

www.al-milani.com

كتاب البيع

من إبحاث

الفقيه المحقق العظيم والأصولي الفذ

المرجع الديني الكبير وآية الله العظمى

السيد محمد هادي الحسيني الميلاني

المتوفي سنة ١٣٩٥ هـ

تقرير وشرح

السيد علي الحسيني الميلاني

الجزء الثالث

مركز الحقائق الإسلامية

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

ضمان القيميّ بالقيمة

صفحه سفید

التاسع^(١)

ضمان القيمي بالقيمة

لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً، فقد حكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة، ويدل عليه... . ذكر الشيخ أنّ الضمان في القيميّات بالقيمة، إمّا للنصوص الخاصّة المصرّح فيها بالقيمة أو الثمن، و إمّا لإطلاقات الضمان المنزّلة على المتعارف بين الناس، والعرف يرى في القيميّات القيمة، على تأمل فيما لو كان للشيء التالف مماثلّ من جميع الجهات... وإمّا لدعوى الإجماع [١].

[١] قد اكتفى قدس سرّه بالإشارة إلى ما يستدلّ به لضمان القيمي بالقيمة، ولم يتكلّم على تلك الأدّلة، ولعلّه لكون المسألة مفروغاً عنها.

ولأبأس بالتعرّض لبعض الكلام حولها، لما فيه من الفوائد العلميّة. وقد ذكر السيّد الخوئي ما حاصله أن ذلك، للدليل القائم عليه، وإلّا، فإن مقتضى القاعدة هو الضمان بالمثل حتى في القيميّات.^(٢)

...

وقد اعترضه شيخنا دام بقاءه بأنّ لاقاعدة تقتضي ذلك، بعد القول بعدم تماميّة قاعدة اليد، وعدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة، كما هو المختار عنده قدس سرّه.

وأما الأدّلة، فهي:

١. الإجماع. لكنّ الإجماع المدّعى في المسألة مستند إلى الأدّلة، ولا يصلح لأنّ يكون دليلاً على الفتوى.

٢. آية الاعتداء، وقد استدلّ بها بعض المحققين^(٣) على ثبوت الضمان بالقيمة مطلقاً. ولكنّ هذه الآية - بغضّ

النظر عمّا أفاده السيّد الجّد وغيره في الاستدلال بها - تدلّ على ضمان المثل في القيميّ عند التمكنّ منه.

(١) وهو السابع في كتاب المكاسب.

(٢) مصباح الفقاهة ٤٢٨/٢.

(٣) الأيرواني في حاشية المكاسب: ٩٨ الحجرية.

٣. الإطلاقات، فإن مقتضى أدلة الضمان في القيميّات هو ذلك بحسب المتعارف.

وأشكل الشيخ على هذا الوجه بوجهين: أحدهما: أن المتيقّن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعدّراً. والآخر:

دعوى انصراف الإطلاقات لصورة تعدّر المثل كما هو الغالب.

وقد أجيّب عن الثاني: بأنّ غلبة الوجود ليست منشأً للإنصراف كما تقرّر في محلّه في علم الاصول.

...

وعن الأوّل: بأن الذي عليه المتعارف أن المثلي هو ماله مثل نوعاً وإن لم يوجد بالفعل، والقيمي هو ما ليس له

مثل نوعاً وإن وجد نادراً.^(١)

وقد أفاد شيخنا دام بقاءه: بأن السيرة في باب الضمانات قائمة على أداء ما هو الأقرب إلى العين وهو المثل، فإن لم

يكن فالقيمة، فصحيح أن الملحوظ هو النوع، ولكن لو اتفق حصول المثل للقيمي حكموا بلزوم دفعه ولم ينظروا إلى

ندرة وجوده.

وإذا كان هذا مراد الشيخ لم يرد عليه الإشكال المذكور.

٤. الأخبار المتفرقة في كثير من القيميّات، كالأخبار عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه. قال عليه السلام:

«هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الذي أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه».^(٢) دلّت على وجوب القيمة سواء

وجد للعبد مثل أولاً، وهي ظاهرة في الإتلاف، فلا يرد على الاستدلال بها إشكال بعض المحققين^(٣)

لكنّها في خصوص العبد من جهة، وفي خصوص الإتلاف من جهة أخرى، وكلامنا في مطلق القيمي، والمأخوذ بالعقد

بالفاسد. وإلغاء الخصوصية مشكل.

الأقوال في يوم القيمة

وهل الواجب قيمة يوم التلف، أو يوم القبض، أو يوم الأداء، أو أعلى القيم من يوم قبض العين إلى

يوم التلف، أو يوم الأداء، أو من يوم التلف إلى يوم الأداء؟ أقوال.

(١) حاشية المحقق الإصفهاني ٣٩٩/١.

(٢) وسائل الشيعة ٣٧/٢٣ - ٢٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، رقم: ٥.

(٣) المحقق الإيرواني في حاشية المكاسب: ١٠١.

المشهور يوم التلف

المنسوب إلى المشهور هو يوم التلف.

وذلك: لأن العين كانت في يده، وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدي، فعليه أداء العين، فلما تلفت - وكانت قيمية - قامت القيمة مقام العين، فعليه دفع قيمته يوم التلف حتى يكون قد دفع بدل العين التالفة.

وكصحيح ابن بكير في الرهن إذا هلك وكان هو والدَّين سواءً في القيمة ليس عليه شيء. (١) فلو كان الضمان بالمثل لم يحكم الإمام عليه السلام بأن لاشئ عليه عند التساوي، بل كان عليه دفع المثل. فالتهاثر بينهما يدل على أن الضمان بالقيمة.

ويشكل: بأن التعدي عن مورد الرواية إلى مطلق المأخوذ بالعقد الفاسد، يحتاج إلى الدليل، على أنه يدل على ضمان القيمة في المثليات أيضاً، وهو خلاف الإجماع.

وكالأخبار في اللقطة، كصحيحة علي بن جعفر عن أخيه: عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنةً ثم يتصدق بها، فيأتي صاحبها... قال عليه السلام: هو ضامن لها

ووجه القول بوجوب دفع قيمة يوم القبض، هو: أن مقتضى صحة أي ولاد وغيرها أن المأخوذ بالبيع الفاسد منزل بمنزلة المغصوب، لأن معنى الغصب أن يكون مال الغير في يده بدون إذنه، غير أنه في الغصب يترتب الإثم، وهو لا يترتب في الأخذ بالبيع الفاسد.

ووجه القول بقيمة يوم الأداء، هو: أن العين - وإن تلفت بوجودها الخارجي - موجودة في الذمة بوجودها الاعتباري، وحيث يريد أداء البدل كان عليه دفع قيمة يوم الأداء حتى تبرء ذمته.

ووجه القول بأعلى القيم من حين القبض إلى يوم التلف، هو: أن العين كانت بجميع حيثياتها في عهدة الضامن، ومن ذلك حيثية المالية، فهو ضامن لهذه حيثية في تمام المدّة، ولا يخرج عن ضمانها إلا بأداء أعلى القيم فيها.

والأجر له، إلا أن يرضى صاحبها فیدعها والأجر له. (٢)

والاستدلال بها - بعد تقييد إطلاقها بالإجماع على أن المثل في المثلي والقيمة في القيمي - تام.

(١) وسائل الشيعة ٣٩١/١٨ الباب ٧ من أبواب الرهن، رقم: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٤٥٥/٢٥، الباب ٢ من أبواب اللقطة، رقم: ١٤.

٥. صحيحة أبي ولأد. والحاجة إلى التمسك بها واضحة خلافاً للشيخ، فإن إطلاقها في الغصب - بأن يعطي «قيمة بخل يوم خالفه» مع التمكن من المثل - دليل على الضمان بالقيمة في غير الغصب بالأولوية، ولا أقل من المساواة.

ووجه القول بأعلى القيم من يوم القبض إلى حين الأداء هو: أن العين كانت مضمونةً بجميع حيثياتها في الخارج وفي الذمة، ومن ذلك حيثية المالمية، فلا يخرج من العهدة إلا بدفع أعلى القيم الحاصلة في تلك المدّة.

ووجه القول بأعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء، هو: أن العين ما دامت موجودةً كانت مضمونةً بعينها، فلمّا تلفت وجب البديل وهو المالمية أي القيمة، فالمناط هو أعلى القيم من حينه إلى حين الأداء.

الأصل ضمان التالف بقيمة يوم التلف

وقد قوّى الشيخ قدس سرّه القول بقيمة يوم التلف، قال:

ومما ذكرنا ظهر أن الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف...

وذلك، لما تقدّم من أن القيمة هي البديل للعين التالفة، فكما لو كانت العين موجودةً وجب عليه دفعها إلى المالك، يكون الواجب عليه دفع قيمتها يوم التلف، وإلا لم تتحقّق البدلية [١].

[١] وخالف السيّد، فقال: بأن مقتضى القاعدة هو كون العين في العهدة إلى حال أداء العوض والخروج عن

العهدة، ولازم ذلك كون المدار على قيمة يوم الدفع.^(١)

وكذا المحقق الخراساني^(٢)

ووجه الخلاف - كما صرح به - هو القول ببقاء العين على العهدة، ومقتضى ذلك دفع ما هو قيمته كذلك، وليست

إلا قيمة يوم الدفع.

ثم استدرك قائلاً:

نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلي^(٣) في هذا المقام من دعوى الإنفاق على كون المبيع فاسداً بمنزلة المغصوب... بل

يمكن أن يقال...

(١) حاشية المكاسب ١ / ٤٩٥ - ٤٩٦.

(٢) حاشية المكاسب: ٢٣.

(٣) كتاب السرائر في الفقه ٤٧٩/٢.

وحاصله: إنه إن تمّ هذا الإجماع، نزل المأخوذ بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب في الحكم بالضمان، وقد قام الدليل في الغصب أنه بقيمة يوم الغصب لو تلف، فالواجب دفع قيمة يوم القبض لا يوم التلف.

القول بضمان يوم القبض لصحيحة أبي ولاد

بل يستكشف من صحيحة أبي ولاد - بناءً تامة دلالتها - أن المراد من إطلاقات الضمان هو يوم القبض، وإلا

والحاصل: إن الشيخ يقول بأنه بمجرد التلف تنتقل العين إلى القيمة وتشتغل الذمة بها فالملاك قيمة يوم التلف. والمحققان المذكوران يقولان ببقاء العين في عالم الاعتبار على العهدة، فالملاك قيمة يوم الأداء، لأن هذا مقتضى أدلة الضمان كحديث اليد وغيره، ولا ينافي ذلك شيء من الأخبار، كما هو صريح السيد، وإذا وجد المقتضي وعدم المانع، فلا وجه لرفع اليد عن ذلك.

لكن الكلام كله في وجود العين على العهدة اعتباراً، فإن أهل العرف - وهم الذين أقيمت عليهم أدلة الضمان - لا يفهمون منها ذلك، بل المرتكز في أذهانهم اشتغال الذمة بدفع العين أو بدلها يوم تلفها، لا أنها باقية على العهدة مع التلف، فلامقتضى ما ذكرنا، بل هو مناف لظواهر الأخبار المذكورة وغيرها، فالمانع أيضاً موجود. فتدبر.

يلزم أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب، غير واجب التدارك عند التلف...

وهذا ممّا لا يلتزم به، إذ لا يمكن القول بأن الغصب أهون من سائر موارد الضمانات، بل الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال.

وتلخص:

أنه إذا كان المأخوذ بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب، وكانت الصحيحة دالة على أن على الغاصب دفع قيمة يوم القبض لو تلف المغصوب، كانت النتيجة وجوب دفع قيمة يوم الضمان لو تلف المأخوذ بالعقد الفاسد. فهل تدلّ صحيحة أبي ولاد على ما ذكر أولاً؟

الكلام حول صحيحة أبي ولاد

صحيحة أبي ولاد

كما في التهذيب قال: اكرتت بغلاً إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة خُبرت أن صاحبي توجه إلى النيل^(١)، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خُبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعته فظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبي أن يقبل.

فتراضينا بأبي حنيفة، وأخبرته بالقصة وأخبره الرجل.

فقال لي: ما صنعت بالبغل؟

فقلت: قد رجعت سليماً.

قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً!

قال: فما تريد من الرجل؟

قال: أريد كرى بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً.

فقال: إنني ما أرى لك حقاً؛ لأنه اكرتاه إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد،

فضمن قيمة البغل وسقط الكرى، فلما ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى.

قال: فخرجنا من عنده، وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة، وأعطيته

شيئاً وتحللت منه.

وحجبت تلك السنة، فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال:

في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها.

قال: فقلت: لأبي عبدالله عليه السلام: فما ترى أنت؟

(١) بلدة صغيرة في ضواحي الكوفة.

قال: أرى له عليك مثل كرى البلغ ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة، وتوقّيه إيّاه.

قال: قلت: جُعِلت فداك، قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟

قال: لا، لأنّك غاصب.

فقلت: أرايت لو عطب البغل أو أنفق، أليس كان يلزمني؟

قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟

فقال: عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه عليه.

قلت: فمن يعرف ذلك؟

قال: أنت وهو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك.

قلت: إنّي أعطيته دراهم ورضي بها وحلّني.

قال: إمّا رضي فأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه وأخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته، فلا شيء عليك بعد ذلك...» الخبر^(١).

محلّ الاستشهاد على قيمة يوم القبض

قال الشيخ قدّس سرّه:

ومحلّ الاستشهاد فيه فقرتان...

الفقرة الاولى: قوله:

أرايت لو عطب البغل أو أنفق، أليس كان يلزمني؟

قال عليه السّلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

وفي كيفة معنى جواب الإمام عليه السّلام احتمالات، قال الشيخ:

فإنّ الظاهر أنّ «اليوم» قيد للقيمة، إمّا بإضافة «القيمة» المضافة إلى «البغل» إليه ثانياً، يعني قيمة يوم

المخالفة للبغل...

وأشكل المحقّق الخراساني بما محصّله:

(١) التهذيب ٢١٥/٧ . و الصحيحة في وسائل الشيعة ٢٥٥/١٣ عن الكافي .

يلزم أن يكون حين التلقظ طرفاً لهذا على حدة ولذا كذلك، وهذا يستلزم أن ينظر إليه في ذلك الحين بالنظرين المتباينين.^(١)

أي: إنَّ الإنسان عندما يتلقظ بلفظ يقصد المعنى الموضوع له اللفظ، والمعنى المقصود هنا عبارة عن حيثية الإضافة بين «القيمة» و«البغل»، فكان لفظ القيمة طرفاً بالاستقلال للإضافة إلى البغل، فلو قصد مرّةً أخرى إضافة لفظ القيمة إلى «اليوم» بالاستقلال كذلك، لزم أن ينظر إلى اللفظ الواحد بنظرتين استقلاليتين متباينتين. والجمع بين المعنيين المتباينين في الاستعمال الواحد غير معقول. وعلى الجملة، فإنّه لا يعقل في الإستعمال الواحد أن يكون المضاف واحداً والمضاف إليه متعدداً، كلُّ بالاستقلال.

وكما أفاد شيخنا الاستاذ قدس سرّه:^(٢) إنَّ كلَّ مستعمل للفظ في معناه، يلحظ اللفظ والمعنى ثم يستعمله فيه، فكلَّ استعمال مسبوق باللحاظ، واللحاطان الاستقلاليان للفظ الواحد غير معقول. أقول:

إنَّ عبارة الشيخ وإن كانت موهمةً لما ذكر، ولكن ليس مراده ذلك. وأيضاً، ليس مراده أن تضاف «القيمة» إلى «البغل» و«البغل» إلى «يوم» على أن يكون للبغل قيمٌ مختلفة بحسب الأيام، فعليه دفع قيمة يوم المخالفة أي الغصب. بل مراده أن يلحظ القيمة والبغل، ثم يجمع بينهما في اللحاط بنحو التركيب ويضاف المجموع إلى «اليوم» بعد لحاظه مستقلاً. فالقيمة مضافة إلى البغل، ومجموعهما مضاف إلى اليوم. ويشهد بأنَّ هذا مراده كلامه بعد ذلك إذ قال:

فيكون إسقاط حرف التعريف^(٣) من البغل للإضافة...

مضافاً إلى أن لازم إضافة «القيمة» إلى «البغل» و«اليوم» كلُّ بالاستقلال، أن تُقرأ الجملة: قيمة بغل يوم خالفته، وهو مستبشع جداً. فالإشكال مندفع.

وعلى الجملة، إن المحتمل في الجملة أربعة أنحاء:

الأول: أن تضاف القيمة مرّتين، مرّة إلى البغل، واخرى إلى اليوم.

والثاني: أن تضاف «القيمة» - بوصف كونها مضافةً إلى «البغل» - إلى «اليوم».

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١ / ٤٠٤.

(٣) هذا بناءً على نسخة التهذيب الفاقدة لحرف التعريف.

والثالث: أن تضاف إلى البغل، ويضاف مجموع المضاف والمضاف إليه إلى الملحوظ معاً بنحو التركيب إلى «اليوم».

والرابع: أن يكون من تتابع الإضافات، فالقيمة مضافة إلى البغل، والبغل مضاف إلى اليوم. وكلها باطل.

أما الأول، فقد عرفت الوجه في بطلانه.

وأما الثاني، فوجه بطلانه هو: لزوم اجتماع اللّحاظ الآلي والاستقلالي في الشيء الواحد، وهو المضاف، لأنّ «القيمة» المضافة إلى «البغل» متضمّنة للإضافة الملحوظة باللّحاظ الآلي، لكنّ إضافتها إلى «اليوم» يستلزم لحاظها باللّحاظ الاستقلالي، فيلزم اجتماع اللّحاظين في لفظ «القيمة» وهو محال. وأما الثالث - وهو الذي حملنا عليه كلام الشّيخ، وكان قوله: فيكون... قرينةً عليه - فيتوجّه عليه: إنّ مجموعهما متضمّن للمعنى الحرّفي وهو الإضافة، ولا يعقل أن يكون المعنى الآلي مضافاً أو جزء مضاف، للزوم الاجتماع كما تقدّم.

فهذا ما يرد على كلام الشّيخ بعد توجيهه ودفع إشكال الأكابر عنه.

وأما الرابع - ويحتمل أن يكون مراداً للشّيخ كذلك، بأن يريد من قوله «ثانياً» أي: مع الوساطة - فيستلزم تحديد الأعيان الخارجيّة المستقرّة بالأزمة، وهو باطل.

وتلخّص: عدم تماميّة كلام الشّيخ مطلقاً.

والتحقيق هو:

قراءة «يوم» بالفتح على الطّرفيّة لنفس القيمة، ومّا كان معنى «القيمة» أمراً حديثاً فهو صالح لأنّ يكون عاملاً، ولفظ القيمة مضاف إلى «البغل»، لأن قيمة الأشياء تختلف باختلاف ما تضاف إليها القيمة. ويؤيّدُه نسخة الكافي: «قيمة البغل يومَ خالفته»^(١).

ويجوز الرابع، بأنّ نقرأ: قيمة بغلٍ يوم خالفته، لإمكان الجواب عن الإشكال بأنّ الأعيان الثابتة لا تقدّر بالأزمة، بأنّه ليس على إطلاقه، فقد تتفاوت قيمة العين لا بحسب ذواتها بل بحسب أوصافها في الأزمنة المختلفة، فيصحّ أن يقال: قيمة بغلٍ يوم كذا بكذا، بلحاظ سمنها، وقيمتها يوم كذا بكذا بلحاظ هزالها، وهذا محتملٌ في الصحيحة، لأنّ من الجائز قريباً أن تختلف أوصاف البغل بعد خمسة عشر يوماً من اكتراه عن أوصافه التي كان عليها في ذلك اليوم، وحينئذ تختلف قيمته، فيكون ضمناً لقيمة يوم المخالفة وهو يوم الاكتراء.

وبهذا التقريب يمكن تصحيح كلام الشّيخ قدّس سرّه.

(١) الكافي ٢٩١/٥.

وأما قوله:

وإِذَا جَعَلَ «اليوم» قِيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل.

أي: بأن تقرأ الكلمة: قيمة بغل يوم خالفته.

فغير معقول، لأن الاختصاص إنما حصل من الإضافة، وهو معنى حرفي، والمعنى الحرفي جزئي، ولا

يعقل تقييده. هذا أولاً.

وثانياً: إنه يعتبر في العامل في الظرف أن يكون معنى حديثاً، والمعنى الحرفي لا يقبل لأن يكون

عاملاً في الظرف. والسر في ذلك هو أن الظرف متضمن للحكم بثبوت المظروف فيه، والمعنى الحرفي لا

يعقل أن يحكم به أو يحكم عليه.

وأما ما احتمله جماعة:

من تعلق الظرف بقوله: «نعم» القائم مقام قوله عليه السلام «يلزمك» يعني: يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل.

أي: إن «يلزمك» بمعنى أنت ضامن، لأن العين المستأجرة أمانة شرعية بيد المستأجر، فإذا خالف

مضمون العقد تحقق الضمان في آن المخالفة، وهوهنا وقت وصوله إلى قرب قنطرة الكوفة، وإذا كان

ضامناً، فقيمة أي يوم هو ضامن؟ قال عليه السلام: يوم خالفته. وهذا نص عبارة صاحب الجواهر رحمه

الله:

احتمال تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله عليه السلام: نعم، فيكون المراد: يلزمك يوم

المخالفة قيمة البغل لو عطب، بمعنى أنها تتعلق بك ذلك اليوم، وحينئذ فحدّ القيمة غير مبين فيه، فلا

ينافي ما دلّ على قيمة يوم التلف الذي عرفت أنه الأصح^(١).

وحاصل ذلك: أن هذا الاحتمال في العبارة إن كان - ولو في أقل تقدير - عقلاً، تسقط العبارة عن

الظهور في ضمان يوم الغضب، فلا تصلح لأن تكون قرينة لرفع اليد عن مقتضى الإطلاقات.

قال الشيخ:

فبعيد جداً، بل غير ممكن، لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة...

وهذا عجيب جداً وبعيد عن مقامه الجليل...

(١) جواهر الكلام ٣٧ / ١٠١ - ١٠٢ .

لقد سأل السائل: أرأيت لو عطب البغل أو أنفق، أليس كان يلزمني؟ فهو كان يعلم بأصل الضمان، أما أي مقدار، وقيمة أي يوم؟ فليس في سؤاله دلالة عليه أصلاً...

وفقه الحديث: إنهما ترافعا إلى أبي حنيفة، فأفتى بأنه يضمن البغل ولا يلزمه الكراء - وهذا مبني على قاعدة: «الخراج بالضمان» - لكن الإمام عليه السلام أمره بدفع الكراء في مقابل كل سيره، إذ قال: «أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً...» فقال الرجل: «قد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟» كأنه يرى جعل العلف في مقابل ما عليه من الكراء، فقال الإمام عليه السلام: «لا، لأنك غاصب».

لقد حاول أبو ولاد التخلص من دفع الكراء بكونه ضامناً للبغل لو عطب أو أنفق، أخذاً بما أفتى به أبو حنيفة، فهو في مقام الاعتراض على الإمام عليه السلام، لا السؤال عما يلزمه كما استظهر الشيخ؟ فأجاب الإمام عليه السلام، بتقرير أصل الضمان وأنه يستقر عليه يوم المخالفة، أما القيمة فيمكن أن تكون قيمة يوم التلف.

والإنصاف: أن هذا الاحتمال وجيه، خلافاً للشيخ القائل ببعده بل عدم إمكانه.

فالصحيحة إلى هنا غير ظاهرة في ضمان يوم الغصب.

الفقرة الثانية، قوله عليه السلام:

أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا، فيلزمك.

قال الشيخ:

فإن إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار، فلا بد أن يكون الغرض منه

إثبات قيمة يوم المخالفة...

ومقصوده تنزيل «يوم الاكتراء» على «يوم المخالفة» لعدم الاعتبار بيوم الاكتراء. وذلك: لأن البغل في يوم الاكتراء أمانة شرعية، ولا يوجب تلفه الضمان، فلا جدوى لإثبات قيمة البغل في هذا اليوم من حيث هو، فلا بد من أن يراد منه يوم المخالفة، لأن المخالفة قد تحققت في نفس يوم الاكتراء أو بعده بساعات. ومن المعلوم عدم اختلاف قيمة البغل في هذه المدّة القليلة، فمراد الإمام عليه السلام من «قيمة البغل حين اكتري...» هو «يوم المخالفة»، فدلت الرواية على أن الضمان بقيمة يوم الغصب لا التلف، فهي حينئذ مقيّدة لإطلاقات الضمان.

أقول:

ولكن هذا الاستظهار مخدوش، والشيخ نفسه ملتفت إلى ذلك وسيتعرّض له.

قال:

وأما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه، فالظرف

متعلق بـ«عليك» لا قيد للقيمة...

أقول:

هذا الإشكال إنما يتوجّه بناءً على وجود كلمة «يوم» وهي نسخة الكافي، وهي غير موجودة في نسخة التهذيب المصحّحة كما قال صاحب الجواهر^(١) وحاصله: أن الواجب دفع الأرش بقيمة يوم ردّ البغل إلى المالك، فالملاك يوم الردّ، لا يوم القبض ولا يوم المخالفة ولا يوم التلف.

ويندفع: بأن ظاهر «عليك» هو الحكم التكليفي، وهو: الوجوب، فالمراد أنه يجب عليك دفع ما بين الصحة والعيب في يوم ردّ البغل إلى مالكه، وليس «يوم» قيماً للقيمة حتى يكون بمعنى الضمان، هكذا أجاب رحمه الله.

على أن الجملة السابقة قد دلّت على ضمان يوم المخالفة، فلو دلّت هذه الجملة على أنه يوم الردّ، لزم أن يكون ضمان الكلّ بيوم المخالفة وضمن الجزء بيوم الردّ، وهذا تهافت، إذ لا يعقل التفاوت في القيمة بين الكلّ والجزء، فهذه قرينة على أن الملاك في تلف الكلّ أو الجزء هو يوم المخالفة.

قال قدّس سرّه:

ويحتمل أن يكون قيماً لـ«العيب»، والمراد: العيب الموجود في يوم الردّ...

ولا يتوجّه عليه الإشكال: بأنّه يعتبر في العامل في ظرف الزّمان أن يكون فيه معنى الحديثية، لإمكان دعوى تحقّقه في «العيب»، وكيف كان، فالأمر سهل.

وحاصل الكلام: إن احتمال كون «يوم» قيماً لـ«العيب» وأن المراد: العيب الموجود في يوم الردّ، لاحتمال ازدياد العيب في يوم الردّ فهو المضمون دون العيب القليل الحادث أولاً، لا يجعل يوم الردّ هو الملاك للضمان، إذ كما يحتمل ازدياد العيب، كذلك يحتمل تناقصه إلى يوم الردّ. وعليه، فالعبرة بالعيب الموجود حال حدوثه، لأن المعيب لو ردّ إلى الصحة أو نقص، لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع، على مقتضى الفتوى.

وإذا سقط هذا الاحتمال أيضاً، تعيّن تعلّق «يوم» بـ«عليك»، ولا منافاة بين الجملتين، والمراد هو

يوم المخالفة.

أقول:

قد تقدّم أن هذا البحث يتأتّى بالنظر إلى نسخة الكافي، أو على نسخة التهذيب: «عليك ما بين الصحة والعيب تردّه» بناءً على أن يرجع الضمير إلى «ما» الموصولة.

(١) جواهر الكلام ١٠٢/٣٧.

لكنَّ عدم سقوط ضمان ما حدث من العيب وارتفع، لا دليل عليه، لأنَّ ثبوت الأرش هو مقتضى قاعدة على اليد وغيرها ممَّا يدلُّ على وجوب أداء ما أخذ كما أخذ، فإذا حَدَّث فيه عيب أو نقص، وجب عليه تداركه، أمَّا لو كان سليماً حين الأداء، فقد أدَّى ما أخذ ولم يكن عليه شيء. وبهذا يمكن جعل «يوم» قيداً لـ«العيب»، وما ذكره الشيخ مندفع، والله العالم.

وبالجملة، فإنَّ كلمة «القيمة» متكررة في الصحيحة ثلاث مرات، غير أنَّ المضافة إليه مختلف، فمرة أُضيفت إلى يوم المخالفة، حيث قال عليه السَّلام: «نعم قيمة يوم خالفته». وفي الثانية إلى يوم الردِّ، قال: «قيمة ما بين الصَّحة والعيب يوم تردّه»، وأضيفت في الثالثة إلى يوم الاكتراء، إذ قال: «بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا...».

فأرجع الشيخ «يوم الاكتراء» إلى «يوم المخالفة» كما تقدَّم، لكنَّه وقع في الإشكال في الموضع الثاني، لعدم صحَّة إرجاع «يوم الردِّ» إلى «يوم المخالفة»، فأفاد رحمه الله أنَّ المراد من «عليك» هو الحكم التكليفي - أي الوجوب - لا الحكم الوضعي، و«يوم تردّه» قيد للحكم المذكور وليس قيداً لـ«القيمة»، على ما سبق بيانه. ثم تعرَّض لاحتمال كونه قيداً لـ«العيب» فيعود الإشكال. ثم أجاب: باحتمال ارتفاع العيب ونقصانه في يوم الردِّ وأنَّ الفتوى عدم سقوط الضمان، قال: فتعيَّن تعلُّق «يوم» بـ«عليك». والمحقق الخراساني أرجع الضمير في «تردّه» من حيث المعنى إلى ما به التفاوت وهو الأرش، إذ هو مذكر ولا يصلح لأن يرجع إلى «القيمة».

وهذا على ما قواه من أنَّ العين التالفة باقية اعتباراً في ذمة من أ تلف، ومقتضى ذلك عدم الخروج عن العهدة إلا بدفع القيمة، وليس إلا قيمة يوم الدفع. ولكنَّا لم نوافق على ذلك.

ومن أنَّ المتعارف ردُّ الأرش يوم ردِّ العين.

وهذا أيضاً لا يمكن المساعدة عليه.

ولنا بحث مع الشيخ رحمه الله في موضعين:

أحدهما في قوله: فتعيَّن تعلُّقه بقوله عليه السَّلام: «عليك».

فقد ذكرنا أنه سواء كان «عليك» حكماً تكليفاً أو وضعياً، فإنَّ كلا الحكمين ثابتان عليه من قبل

بمجرد إصابة العيب، فلا معنى لأن يجعل «يوم الردِّ» قيداً لـ«عليك».

والثاني في قوله: لأن المعيب لو ردَّ إلى الصَّحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع، على

مقتضى الفتوى.

فإنَّ ظاهر كلامه الاتِّفاق على ذلك، والحال أنه ليس كذلك، لاختلاف الأقوال فيه، بين قائل بعدم الضَّمان مطلقاً، وقائل بثبوته كذلك، وقائل بالثبوت إن كان العيب من الأوَّل وبعدمه إن كان حادثاً بعد ذلك ثم ارتفع.

والقول الثالث هو الحق.

ووجه القول بالضَّمان مطلقاً هو: إن السَّمن الذي عاد إلى البغل - مثلاً - بعد هزاله، ليس عين السَّمن الذي كان عليه حين أخذه بل مماثل له، أمَّا الذي زال فقد اشتغلت به عهدة الآخذ، وأمَّا الذي حدث فهو ملكٌ للمالك لكونه نماءً في ملكه، ولا معنى للخروج عن العهدة بدفع الملك إلى مالكه، بل على الآخذ أن يتدارك ما حدَّث في يده من العيب وإن ارتفع، لأنَّ المفروض اشتغال ذمَّته به.

وهذا ما يستفاد من كلام العلامة رحمه الله.

وفيه: إنَّه لا دليل عليه إلا قاعدة اليد، فإنَّ مقتضى «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» أداء نفس ما أخذ، والمفروض أنَّ جزءاً ممَّا أخذ زائلاً، فالآخذ ضامنٌ له، ودفع المماثل - حتى لو كان ملكاً له - لا يعدُّ أداءً له، وحيث أنَّ الزائل لا يعود فهو ضامن للقيمة.

لكنَّ الحديث لا يعتمد عليه بوجه من الوجوه، لأنَّه حديث عامِّي، وهم يروونه عن سمرة بن جندب وهو شقيٌّ خبيث، فالقاعدة بما هي غير معتبرة، إمَّا الدليل هو الإجماع، وهو دليل لبي، والقدر المتيقن هو أنَّه إذا تسلَّم الشيء صحيحاً سالمًا وجب عليه أدائه كذلك، سواء كانت صحَّته حين الأداء بفعل من الآخذ أو بفعل من الله كما في مثال السَّمن، أمَّا لو تسلَّمه كذلك وكان حين أدائه معيباً وجب عليه دفع الأرش، فالقول بالضَّمان مع كونه سالمًا حين الأداء كما تسلَّمه، لا دليل عليه.

ما يوهن الاستدلال على اعتبار يوم القبض

ثم إنَّ الشيخ - بعد أن استظهر من الصحيحة كون الملاك قيمة «يوم المخالفة» وإليه أرجع «يوم الإكتراء» - تعرَّض لما يوهن ذلك، فقال:

نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بأنه: لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية...

وحاصله: إنَّ التعبير بيوم المخالفة إمَّا جاء لخصوصية في مورد الرواية وهي قلَّة المدَّة، - فإنَّ البغل وغيره من الحيوانات - مثلاً، لا يختلف قيمتها في مدَّة خمسة عشر يوماً - لا لكون الملاك هو يوم المخالفة ليؤخذ به في سائر الموارد حتَّى فيما لو طالت المدَّة، ويكون السرُّ في التعبير بذلك هنا دفع ما رها يتوهَّمه أمثال صاحب البغل من العوامِّ من أنَّ العبرة بقيمة ما اكتري به البغل وإنَّ نقص بعد ذلك.

ثم أيَّد هذا الاحتمال فقال:

ويؤيده التعبير عن «يوم المخالفة» في ذيل الرواية بـ«يوم الإكتراء». فإن فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث أنه يوم المخالفة.

ثم ضعّف هذا التأييد: بأنّ الملاك هو «يوم المخالفة»، إلّا أنّ في التعبير بعد ذلك بـ«يوم الاكتراء» نكتةً، وهي التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة. ثمّ أمر بالتأمّل.

ووجهه: أنه لو لم يكن للتعبير بـ«يوم الإكتراء» دخلٌ، وإمّا جي به لمجرد النكتة المذكورة فالعبرة بيوم المخالفة فقط، لقال عليه السّلام: أو يأتي بشهود يشهدون أن قيمة البغل كذا وكذا، لكنّه قال: «قيمة البغل يوم اكتري»، فيظهر أنّ ليوم الاكتراء دخلاً في المطلب وليس للتنبيه على سهولة إقامة الشهود على القيمة، بل فيه إشعار بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث أنه يوم المخالفة، فالصحيحة غير صالحة لرفع اليد بها عن إطلاقات الضمان، بل هي باقية على قوّتها. قال الشيخ:

ويؤيده أيضاً قوله عليه السّلام في ما بعد في جواب قول السائل: ومن يعرف ذلك؟... فإنّ العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل، ثم لا وجه لقبول بينته... فقوى الإشكال في كون الملاك يوم المخالفة بما جاء في الصحيحة من قول الإمام عليه السّلام: «إمّا أن يحلف فيلزمك أو يرد الحلف عليك فيلزمه أو يأتي بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا». فإنه يفيد كون زمام الأمر بيد المالك، إمّا يحلف أو يردّه أو يقيم الشهود؟ فلماذا يقبل قوله مع كونه مخالفاً للأصل. هذا أولاً.

وثانياً: إن كان منكراً فعليه الحلف ولا تطلب منه البيّنة، وإن كان عليه إقامة البيّنة، فلا وجه لأنّ يحلف أو يردّ الحلف، فكيف أُجري في حقّ المالك ما على المدّعي وعلى المنكر معاً؟ قال:

وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف... خلاف الظاهر.

لأنّ «الحلف» و«ردّ الحلف» و«البيّنة» ونحوها عناوين تناسب الترافع، فلا بدّ من حمل «الحلف» على المعنى الترافعي، وحمله على المعنى العرفي خلاف الظاهر. وهذا كلام متين. لكنّ الإشكال - من كلتا الجهتين - يرتفع بناءً على القول باعتبار يوم التلف، قال: وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف، فإنه يمكن أن يوجّه اليمين على المالك...

إنه لما وقع الجمع في الصحيحة بين وظيفة المدعي ووظيفة المنكر، وجمعهما غير معقول وغير مشروع، فإنه تحمل بدلالة الاقتضاء على صورتين من الترافع، يُتصوران على القول باعتبار يوم التلف دون القول بيوم المخالفة، فالصحيحة تفيد أن الملاك قيمة يوم التلف.

الصورة الأولى: أن يتفقا على أن قيمة البغل سابقاً كذا، لكن الغاصب يدعي تنزيلها في يوم التلف والمالك منكر، فيكون قول المالك موافقاً لاستصحاب بقاء القيمة على ما كانت عليه. والصورة الثانية، أن يتفقا على عدم تنزيل القيمة، غير أن المالك يدعي أن القيمة كانت ثلاثمائة درهم مثلاً، والغاصب يقول بل كانت قيمتها مائتين، فعلى المالك إقامة البيّنة على ما يدّعيه من القيمة الإضافية.

فظهر أن ما جاء في الصحيحة يتوجّه على القول بأن الملاك هو يوم التلف، وأما توجيهه على القول بكونه يوم المخالفة فبعيد، قال:

وأما على تقدير كون العبرة بيوم المخالفة، فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له، وادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة. ولا يخفى بعده.

ومراداه من «قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة» هو الصورة الأولى. ومن «اللاحق له» هو الصورة الثانية، وإن كانت العبارة غير وافية به.

أما في الصورة الأولى، فالمالك منكر. وأما في الثانية، فالمالك يدعي. وما ذكره حق، فإنه بناءً على الاتحاد بين «يوم المخالفة» و«يوم الاكتراء» يكون تنزيل القيمة بعيداً، وأما أن تكون قيمته قبل المخالفة بسنة - مثلاً - فلا بعد، كما لا يخفى.

هذا بيان مطلب الشيخ رحمه الله، فأقول:

أولاً:

لفظ الصحيحة هو: «فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟...» وقوله: «فمن يعرف ذلك؟» بعد كلام الامام عليه السلام ظاهر في السؤال عمّن يعرف «قيمة ما بين الصحة والعيب» لا من يعرف قيمة البغل.

وثانياً:

إنه - بناءً على أن «من يعرف ذلك» أي: من يعرف ما بين الصحة والعيب - يمكن توجيهه كالتالي:
الصورتين، بأن يقال:

في الأولى: أن يتفقا على أن قيمة صحيح البغل ثلاثمائة درهم، فيدعي الغاصب أن قيمة المعيب مائتان، فعليه دفع مائة درهم، والمالك ينكر المائتين ويقول قيمته معيباً مائة، فهما متفقان على قيمة الصحيح ومختلفان في قيمة المعيب، والمنكر هو المالك وعليه الحلف أو ردّه.

وفي الثانية: أن يتفقا على أن قيمة المعيب مائة درهم، فيقول الغاصب أن قيمة الصحيح مائتان، فيجب عليه دفع مائة درهم، ويقول المالك بل قيمته ثلاثمائة، فيجب على الغاصب دفع مائتين. فالمدعي هو المالك وعليه إقامة البيّنة.

وعلى هذا، تصبح الصحيحة أجنبيّة عن مورد البحث تماماً.

وثالثاً:

لفظ الصحيحة: «إمّا أن يحلف... أو يأتي بشهود»، وظاهره أن كليهما في عرض واحد والمالك مخير بينهما، فحمل الرواية على أنها ناظرة إلى تعدّد الصّورة بلا وجه، ولذا قال المحقق الخراساني:

يمكن أن يقال: إن الإمام عليه السّلام إنما يكون بصدد الإشارة إلى مالا يقع معه الخصومة، لا في مقام بيان موازين الحكومة لدى التشاجر والمخاصمة، حيث أن الإنسان يحصل له الاطمينان بحلف خصمه غالباً لو لم يكن دائماً. فكان مراده من الحلف أو الردّ: الحلف في صورة اطمينانه بمقدار القيمة دون صاحبه، والردّ في صورة العكس، فيحصل للجاهل منهما الاطمينان بحلف الآخر. فتدبر^(١).

والحاصل، فلو كانت دلالة الاقتضاء مقتضية لتعدّد الصّورة، كذلك تقتضي حمل «الحلف» على

المعنى العرفي لا المصطلح في باب الترافع، فما المرجح لما ذكره؟

ورابعاً:

إن «الحلف» و «إقامة البيّنة» يكون عند الحاكم، وليس في الصحيحة ذكر منه، ولو كان المورد من قبيل الترافع لما أرجع الإمام عليه السّلام الأمر إليهما، بل أمر بالتحاكم إلى الحاكم الشرعي. وهذا يكشف عن أن الحمل على ما قلناه أولى من الحمل على ما ذكره الشيخ.

حمل الصحيحة على التعبد

ثم قال الشيخ:

وأبعد منه حمل النصّ على التعبد، وجعل الحكم في خصوص الدابة المغصوبة أو مطلقاً مخالفاً للقاعدة المتفق

عليها نصاً وفتوى، من كون البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر، كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة والغصب.

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٥.

لقد استبعد الشيخ كذلك ما قد يقال من أنه في مورد الغضب بل مطلقاً يتمكّن المالك المدّعي - بناءً على ما تقدّم - من الحلف بدلاً عن إقامة البيّنة، فتكون الصحيحة مخصّصة لعموم قاعدة: البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر.

وفيه:

أولاً: إنّ حكم هذه القاعدة كغيرها من العمومات القابلة للتخصيص.
وثانياً: إنه ليس في الرواية تعيّن للحلف، بل إنها تُخيّر المالك بينه وبين إقامة البيّنة.
وثالثاً: إنه قد نسب العلّامة إلى جماعة - كما في الجواهر^(١) - عدم انحصار طريق وصول المالك إلى حقّه في مورد الغضب بإقامة البيّنة، بل له الحلف كذلك، وهو منقول عن الشيخين أيضاً.^(٢)
وعلى الجملة، فإنه لا مانع من تخصيص القاعدة بمورد الغضب حتّى وإن لم يقل به أحد، بل هو في غاية القوّة.

القول بضمان أعلى القيم والاستشهاد له بالصحيحة

قال

وأضعف من ذلك الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغضب إلى التلف...
قال الشهيد الثاني^(٣) باعتبار أعلى القيم من حين الغضب إلى التلف، ولو قال بأعلى القيم من يوم الغضب ومن يوم التلف لكان له وجه. لأنّ الإمام عليه السّلام قال: «قيمة بغل يوم خالفته». وبمقتضى القرينة العقلية من عدم إمكان القول بأنّ ضمان المغضوب أسوأ حالاً من سائر الموارد، يتعيّن أعلى القيم بين اليومين.

والمراد من أعلى القيم من يوم الغضب إلى يوم التلف، هو زيادة قيمة البغل وتنزّلها منذ الغضب إلى التلف، فهو ضامن لأعلى القيم في جميع الأزمنة بين اليومين.

قال الشيخ:

لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب.

أقول:

قال في الجواهر في قوله عليه السّلام: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته»:

(١) جواهر الكلام ٢٢٣/٣٧.

(٢) المقنعة: ٦٤١، النهاية: ٤٤٦.

(٣) مسالك الأفهام ٢ / ٢٠٩.

اللهم إلا أن يقال: إنه بناءً على تعلُّق الظرف بالفعل المستفاد من قول «نعم» يكون المراد: أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذ، بل إن جعل متعلِّقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً، لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين، فيكون الحاصل أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة.

ثم قال: إلا أن ذلك كله كما ترى تجشّم...^(١)

وشيخنا الأستاذ قرَّب هذا القول ثم أجاب عنه. قال:

ويمكن أن يقال: في تقريب الاستدلال المذكور من أن العين مضمونة في جميع الأزمنة، أن المراد كون العين في العهدة في جميع الأزمنة وهي أمر فعلي مستمر من حين وضع اليد عليها إلى أن تُؤدَّى أو تُتدارك بدلها، وعهدة العين بلحاظ ماليتها، وما لا مالية له لا عهدة ولا خسارة له، فإنَّ حيثية ردِّ العين لمراعاة جهة ملكيتها، وحيثية عهدتها وغرامتها بلحاظ حيثية ماليتها.

ومن الواضح أنَّ عهدة العين في كلِّ زمان بلحاظ ماليتها في ذلك الزمان لبلحاظ ماليتها سابقاً أو لاحقاً، إذ العين المنسلخة عن المالية في ذلك الزمان ليس لها عهدة في ذلك الزمان، فجميع تلك الماليات في قطعات الأزمنة في عهدة ذي اليد، وتسقط جميع هذه العهديات، إمَّا بأداء العين المجعول غايةً للعهدة أو بتداركها، وتداركها بأداء القيمة العليا تدارك للجميع، إذ الكلُّ داخل فيها، وليست للعين ماليات متجددة بل مالية واحدة مستمرة تزيد وتنقص.

والجواب: ما ذكرنا سابقاً من أنَّ عهدة العين ما دامت موجودة غيرمقتضية للتدارك، لعدم معقولية ذلك، بل المالية التي هي بتبع العين في العهدة مالية أدائية لا مالية تداركية، والمالية التالفة بتلف العين هي التداركية لانقطاع التكليف بأدائها وهي المالية حال التلف، وسائر الماليات غيرتالفة بتلف العين بل تنتزل القيمة السوقية، فلا تدارك لها من حيث تدارك العين التالفة بماليتها.^(٢)

والميرزا الأستاذ^(٣) - قدس سره - ذكر وجهاً آخر لدلالة الصحيحة على هذا القول، وتقريبه:

إن كلَّ قيد يكون في الموضوع أو في ملابسات القضية، فله دخل في الحكم، فلو قال: أكرم زيداً العالم عند مجيئه في يوم الجمعة، كان لكلٍّ من هذه الخصوصيات دخل في وجوب الإكرام، إذ لولا تأثيرها في الملاك لما أخذت في موضوع الحكم، ولذا لو علم بالقربية بعدم دخل بعضها رفع اليد عنه وكان الدخل لما عداه.

(١) جواهر الكلام ٢٧ / ١٠٤.

(٢) حاشية المحقق الإصفهاني ١ / ٤٢١ - ٤٢٢.

(٣) منية الطالب ١ / ١٥٠ - ١٥١.

وعلى هذا، فإنَّ قوله عليه السَّلام: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» ظاهر في أنَّ المخالفة تمام العلة للضمان ولا دخل لـ«اليوم»، وكلَّ جزء من أجزاء أزمنة كون البغل في يد الآخذ مصداقاً للمخالفة، نعم، حدثت المخالفة من ذلك اليوم، وحينئذ، فإنَّ مورد الضمان يكون أعلى قيم البغل الذي وصل إليه في بعض أزمان المخالفة، وسائر مراتب قيمته مندكَّة في تلك المرتبة، فالواجب دفع أعلى القيم في تلك المدَّة. أقول:

إنَّ هذا الوجه وإنَّ كان غير بعيد، لكنَّ دلالة الصحيحة على اعتبار المخالفة أوَّل الكلام، والقول بأعلى القيم غير معقول كما سيظهر.

تكميل

لقد كنت وعدت بذكر الفوائد المستخرجة من صحيحة أبي ولاد، وقد حان وقت الوفاء بذلك، وهي اثنا عشر فائدة، وينبغي ضبطها جيّداً، لأني لم أجد أحداً من الأساطين تعرّض لها. فأقول:

١ - إنه إن تعدّدت الإنتفاعات من العين المستأجرة بحسب تعدّد المقاصد، وجب أن يتعدّد الكرى كذلك، وذلك قوله عليه السّلام: «أرى له عليك مثل كرى البغل...» ولم يقل: كرى البغل ذاهباً من الكوفة وعائداً إلى الكوفة.

٢ - إن الواجب في هذا الفرض أجرة مثل العين المستأجرة، ولذا عبّر عليه السّلام بـ«المثل». فهذا هو الملاك لا ما يقوله الأجير ولا ما يقوله المالك.

٣ - لو كان للعين منافع متضادّة، فهل المالك يملكها كلّها أو يملك الجامع فيما بينها أو يملك كلّاً منها في ظرف عدم الآخر؟ قال في العروة^(١): لو استأجر دابّةً لحمل متاع معيّن شخصي أو كلي على وجه التقييد فحملها غير ذلك المتاع أو استعملها في الركوب، لزمه الأجرة المسماة واجرة المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب. ودعوى: أنه ليس للدابّة في زمان واحد منفعتان متضادّتان... مدفوعة: بأنّ المستأجر بتفويته على نفسه واستعماله في غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة اخرى.

والوجه في ذلك: كونه مالكاً لكلّ واحدة من المنافع على انفراده.

وقال الميرزا الاستاذ رحمه الله في تعليقه^(٢) بوجود أعلى القيمتين من الأجرة المسماة وأجرة المثل. ووجه ذلك: أنّ المالك يملك الجامع بين المنافع، فلو جعله متخصّصاً بخصوصيّة في حيّز الإجارة، فإنّ كانت المنفعة الاخرى مساويةً مع هذه المنفعة في القيمة، فقد أخذ الاجرة المسماة، وإنّ كانت أدون، فقد حصل على الزائد بالعقد، وإنّ كانت أكثر قيمةً استحقّها لكونه مالكاً للجامع.

والتحقيق: أنّ كليهما ضعيف، لمنافتهما للبرهان وللصّححة. أمّا البرهان، فقد ذكرنا في كتاب الإجارة^(٣): أن ركوب الدابة أو سكنى الدار، وأمثال ذلك، هي أفعال المستأجر ولا معنى لأنّ يقال بكونها ملكاً للمالك. وبعبارة اخرى: ليست هذه بمنافع للعين حتى يملكها المالك بل هي من عوارض المستأجر، وإمّا المنفعة هي حيثيّة قابلية العين لأنّ ينتفع بها المستأجر، كأن تكون الدابة قابلةً للركوب أو حمل

(١) العروة الوثقى ٨٧/٥.

(٢) حاشية العروة للميرزا ٧٨/٥.

(٣) درّس السيد الجد قدّس سرّه كتاب الإجارة في الحوزة العلمية بمدينة مشهد المقدّسة.

المتاع عليها، وأن تكون الدار قابلةً للسكنى فيها، وهكذا، والإجارة: تسليط المستأجر على العين لأن ينتفع بها. وعلى هذا، فلما سلط المستأجر على الدابة لأن ينتفع من الحيثية المتخصّصة بخصوصية الركوب - مثلاً - استحقّ الأجرة في مقابل تلك الخصوصية، وأمّا سائر الخصوصيات فباقية على ملك المالك، وليس له المطالبة بشيء في مقابلها، ولا معنى لأن يقال يملكته للجامع.

وأما ما ذكره السيد، ففيه:

إن الملكية إما تتعلق بالأمر الممكن، واعتبار الملكية للممتنع وجوده غير معقول، ولذا لا يعقل اعتبار الملكية للمنافع المتضادة بصورة الاجتماع، لامتناع اجتماعها، بل كلُّ منها مملوكٌ للمالك في ظرف عدم الآخر، فهو مالك للركوب في ظرف عدم الحمل، وكذا العكس، كما لا يعقل أن تكون كلُّ واحدة مملوكةً في عرض الأخرى.

وعلى هذا، فلو استأجر الدابة للركوب مثلاً، امتنع الاستفادة منها للحمل، وإذا امتنعت الاستفادة امتنعت الأجرة المسماة، وإما له أجرة المثل بالنسبة إلى الحمل، لكون هذه المنفعة في ملك المالك. وهذا ما تدلُّ عليه الصحيحة، إذ لم يأمر الإمام بوجوب دفع الأجرة المسماة إلى قصر بني هبيرة، وإنما أمره بدفع أجرة المثل إلى النيل، فقال: «عليك مثل كرى...».

٤ - إن قول أبي حنيفة: «فضمن قيمة البغل وسقط الكرى...» مبني على قاعدة «الخراج بالضمان»، لكن هذه القاعدة - على تقدير ثبوتها - لا تدلُّ على ما ذكره، وقد نص الإمام عليه السلام على بطلان فتواه، وقد تقدّم البحث عنها.

٥ - الإفتاء بغير ما أنزل الله يوجب غضبه جلّ وعلا، والحرمان من بركات الأرض والسماء.

٦ - إن ضمان الإلتلاف جارٍ في جميع الموارد، أمّا ضمان التلف فلا، فلو تلف الشيء عند المستأجر لم يضمن، وكذا المرتهن والوكيل. أمّا في الغاصب، فهو موجود كذلك، وذلك قول الإمام عليه السلام «نعم» في جواب السؤال: «أرأيت لو عطب...»

٧ - الضمان الثابت هو ضمان القيمة، لا ضمان المثل كما عن جماعة من المتقدمين، أو يعتبر بقاء العين التالفة في عهدة الضامن، كما عن جماعة من المتأخرين، فالقولان على خلاف ما في الصحيحة، ولذا كان المختار أنه يضمن القيمة السوقية حين التلف.

المراد من القيمة عندنا: قيمة البغل حال كونها صحيحة ذات أوصاف موجبة لرقبي قيمتها، وقد استفدنا ذلك من قوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته»، فهو ضامن لتلك الأوصاف الدخيلة في القيمة، خلافاً للشيخ إذ حمل الرواية على يوم المخالفة وإن رجع عن ذلك.

٨ - إنه ليس للغاصب شيء على المالك في مقابل ما أنفقه على العين المغصوبة، ولذا ما قال «فلي عليه علفه؟ قال عليه السلام: لا، لأنك غاصب» وليس الأمر في الإجارة والرهن كذلك، وكأنّ أبا ولاد قد قاس الغصب على الرهن، لأنه كان قد سأل الإمام عليه السلام: «عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً

بماله، أله أن يركبه؟ قال عليه السّلام: إن كان يعلفه فله أن يركبه، وإن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه.^(١)

٩ - إنَّ عليه الأرش يوم الردِّ، وقد دلَّ عليه قوله عليه السّلام «يوم تردّه».

١٠ - الميزان في الترافع حول الأرش الحلف أو البيّنة. قال عليه السّلام: «إمّا أن يحلف... أو يأتي صاحب البغل بشهود...» بأنَّ يكون الحلف على الغاصب وإقامة البيّنة على المالك، أو أن الغاصب مخيّر بين الحلف وإقامتها.

١١ - إن كان تحليل المالك الغاصب عن علم ورضا واختيار، فلا شيء على الغاصب، وأمّا إن كان لا عن اختيار ورغبة، فالضمان على حاله، ولذا لمّا قال أبو ولاد: «إني أعطيته دراهم ورضي بها وحلّني» قال عليه السّلام: «إمّا رضي فأحلّك حين قضى عليه أبوحنيفة بالجور والظلم. ولكنّ أرجع إليه...».

وبعبارة أخرى: كلّ قضيّة حقيقيّة فالحكم فيها يدور مدار الموضوع حقيقيّة، فلو قال أكرم كلّ عالم، فأكرم زيد بتوهمّ أنه عالم ثم انكشف كونه جاهلاً، لم يتحقّق الامتثال. بخلاف القضايا الخارجيّة الشخصيّة، فالعناوين فيها نوعاً دواعي ولا أثر لتخلّف الداعي، ولذا لو أذن له بأكل طعامه بتوهمّ كونه رحماً له، فأكل وتبيّن العدم، لم يكن الآكل ضامناً للطعام.

وهناك قسمٌ ثالث من القضايا، وهي القضيّة الخارجيّة التي أخذ فيها عنوان الموضوع بمثابة القضيّة الحقيقيّة، فهنا يكون ضامناً كذلك، وما نحن فيه من هذا القبيل.

١٢ - إنَّ الإبراء من الإيقاعات لا العقود، قال عليه السّلام: «فإنّ جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء

عليك بعد ذلك.»

انتهى البحث عن صحيحة أبي ولاد.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٩٧، كتاب الرهن، الباب ١٢ رقم ١.

الاستدلال لأعلى القيم بوجه آخر

قال الشيخ:

نعم، استدلوا على هذا القول بأن العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته، وفيه...
فذكر ثلاث شقوق:

أحدها: أن يراد وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلفت فيه، وهذا مسلم، لأنه قيمة يوم التلف، ولا يكون تدارك العين إلا بدفع قيمتها في ذلك اليوم، لكن المفروض أنها لم تتلف فيه.
والثاني: أن يراد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلاً وإن تنزلت بعد ذلك وأرجع العين سالمة، وهذا مخالف للإجماع بقسميه كما في الجواهر.^(١) على أنه خلاف البرهان، لأن القيمة إنما كانت بدلاً عن العين، فلو وجبت عليه مع إرجاعها سالمة، لزم الجمع بين المبدل والبدل، وهو محال.
والثالث: أن يراد استقرار القيمة المرتفعة بمجرد الارتفاع مراعى بتلف العين، فإن أرجعها سالمة فلا ضمان، وهذا وإن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل...
هذه عبارته رحمه الله في هذا الشق، والتحقيق أن يقال:

إن أريد من استقرار القيمة عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، أن يكون التلف شرطاً متأخراً لضمان تلك القيمة، فهو مردود بوجهين:
أحدهما: إن الشرط المتأخر معناه تحقق المشروط فعلاً قبل مجئ شرطه. وهذا لا يعقل، لأن الشرط دخيل إما في تأثير المؤثر وإما في تمامية قابلية القابل، فما لم يتحقق لا يعقل تحقق الأثر.
وأما القول بأنه شرط بوصف التعقب كما عن بعض الأكابر، فقد بينا فساده في الاصول ولا نتعرض له هنا.

والثاني: إن القول بكون الشرط المتأخر شرطاً بوصف التعقب لوثم، يستلزم تحقق البدل بلا مبدل، لأنه إذا ضمن القيمة المرتفعة مشروطاً بتعقب التلف، يكون ضامناً عند ارتفاعها لبدل التالف، والحال أن التلف غير متحقق، وهذا غير معقول.

(١) جواهر الكلام ١٠٥/٣٧.

وإن أُريد من كونه مراعىً بالتلف، أن يكون التلف جزءاً للموضوع، بأن تكون القيمة المرتفعة مضمونة - وإن تنزلت فيما بعد قبل التلف - تعبدًا، فهذا يحتاج إلى دليل شاغل، والأصل البراءة كما في كلام الشيخ رحمه الله.

وبما ذكرنا ظهر أن في الشق الثالث احتمالين، فالشقوق أربعة.

الاستدلال لأعلى القيم بقاعدة لاضرر

ثم قال:

عدا ما حكاه في الرياض^(١) عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحيهما من قاعدة نفي الضرر الحاصل على المالك. وفيه نظر...

أي: فيكون الدليل على ضمان أعلى القيم عند التلف قاعدة لاضرر. قال في الجواهر: «وذلك لأن عدم تمكينه منها حين ارتفاع القيمة ضرر عليه وتفويت لتلك المنفعة العليا».

ثم أشكل عليه بقوله:

إلا أنك قد عرفت فيما تقدّم اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته وإن ردّ العين نفسها، وهو مخالف للإجماع بقسميه...^(٢).

وما ذكره متين جدًّا، لكن يضاف إليه:

إن التنزل بعد الترقّي لا يعدّ ضرراً وخسارةً، لأن ذلك إنما يقال لو توجه الضرر إلى رأس المال، وتنزل القيمة بعد ترقّيها يعود إلى المنفعة لا رأس المال. والحاصل: إن المقام من عدم النفع لا من الضرر. سلّمنا، ولكن أي شيء كان ينشأ منه الضرر عند ارتفاع القيمة، حتى ينتفى بالقاعدة، بناءً على أنّها لرفع الموضوع الضّرري؟ أو أيّ حكم شرعي كان مترتباً عند ارتفاع القيمة حتى ينتفي بها، بناءً على أن مفادها رفع الحكم الضّرري؟ غاية ما في الباب أن يكون لهذه الحالة حكم يتدارك به الضرر، وقد تقرّر في محلّه أن هذه القاعدة نافية للموضوع أو الحكم الضّرري على القولين، لا مثبتة لحكم شرعي.

توجيه الاستدلال

قال الشيخ:

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة: بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان...

(١) رياض المسائل ٢ / ٣٠٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٧ / ١٠٥.

أي: إنَّ العين قد ارتفعت قيمتها في أثناء المدَّة، وكان من بيده العين حائلاً بينها والمالك فلم يمكنه الانتفاع بها حتى تلفت، والحيولة سبب من أسباب الضمان، فعليه دفع بدل العين حين التلف والمقدار الكذائي من القيمة.

والحاصل: إن مناط الضمان هو الحيولة، وللعين في كلِّ زمان من الأزمنة من أول الغصب إلى حين التلف قيمة حال الغاصب دون سلطنة المالك عليها، فإن رُدَّت العين ساملةً إليه فلا مال سواها يضمن، وأما ارتفاع القيمة السوقيَّة في الأثناء، فهو أمر اعتباري لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا. وبعبارة أخرى: إزدياد المائيَّة لا يعدُّ مالا عرفاً حتى تشمله أدلَّة الضمان، لأنَّ موضوعها هو «المال». وإنَّ تلفت استقرت المرتبة العالية في ذمَّة الغاصب، لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متضادَّة، حيث أنه يضمن الأعلى منها.

أقول:

إنَّ المناطق في سببيَّة الحيولة للضمان هو انقطاع سلطنة المالك على ملكه وإزالة يده عليها مع تعدُّ ردها إليه، وهذا المناطق غير متحقِّق هنا، لتمكَّن الغاصب من ردِّ العين إلى المالك. هذا أولاً. وثانياً: إنَّ الضمان عبارة عن التعهُّد بالبدل، وماليَّة القيمة الراقية لا بدل لها حتى تضمن. وثالثاً: جعل ردِّ العين تداركاً للماليَّة الراقية الفائتة غير معقول، لأنَّ معنى التدارك أن يكون الشيء المتدارك به واجداً للفائت، والعين غير واجدة للقيمة الراقية الحاصلة في الأثناء. فما ذكره لتوجيه الاستدلال المتقدم، غير وجيه، والله العالم.

الاستدلال لأعلى القيم بالحيولة

قال:

ولأجل ذلك استدلَّ العلامة في التحرير^(١)... ونقول في توضيحه: إنَّ كلَّ زمان من أزمنة الغصب... فتأمل.

أقول:

وهذا الوجه ضعيف جداً، لأنَّ الكلام في ضمان أعلى القيم الحاصلة للعين في أثناء الغصب مع نزول قيمتها عنه في وقت التلف، وأين هذا من أنه لو استمرت الحيولة إلى زمان التلف وكانت العين فيه في أعلى القيم؟ وبعبارة أخرى: إنه لو كانت العين باقيةً وأراد ردها إلى المالك، فليس عليه إلا ردها ولا يقول أحدٌ بضمان أعلى القيم كذلك.

وبعبارة أخرى: المفروض في محلِّ البحث وقوع التلف في زمن تنزُّل القيمة لا في زمان كونها في أعلى القيم، وحينئذ، فلا وجه لضمان أعلى القيم، لأنه إن كان مع وجود العين، وجب عليه دفعه إليه مع ردها عليه، وهذا لا يقول به أحد، وإن لم يكن ضامناً له فكيف يضمنه إذا تلفت؟

(١) تحرير الأحكام ٢ / ١٣٩.

وعلى الجملة، فإنّ ظاهر عبارته لا يناسب مقامه الرفيع قدّس سرّه، فلا بدّ من تأويل كلامه، بأنّ يقال:

لا شبهة في أنّ العين مضمونة ما دامت موجودة، لقاعدة اليد، فلو ترقت ماليتها ضمنت بمراتبها بتبعها، سواء بقي الترقّي أو زال في الأثناء وتنزلت القيمة، فإنّ ردّ العين وارتفع الضمان بالنسبة إليها فلا متبوع حتى يبقى التابع، فهو غير ملزم بدفع القيم الزائدة، وإنّ تلفت بقي ضمان القيم المرتفعة بتبع بقاء ضمان العين.

هذا غاية ما يمكن أن يقال لإصلاح كلامه رحمه الله.

لكنّ فيه:

أولاً: إن ضمان العين عبارة عن ردّها ودفع بدلها إن تلفت، فضمان بدل التالف ضمانٌ حادث، ولم تكن القيم المرتفعة تابعةً للبدل حتى يجب دفعها. وبعبارة أخرى: لقد كان ضمان القيم تابعاً لضمان العين، أمّا العين فقد تلفت وأمّا البدل القائم مقامها فلم تكن القيم تابعةً له. وثانياً: إنه لا معنى لضمان الماليات، لأن ضمان الشيء بدفع قيمته ولا قيمة للقيمة. وثالثاً: إنه ليست الماليات من الأوصاف الوجودية حتى يقال بأنه إذا تنزلت القيمة فقد زال وصف خارجي - كالسمن والوبر ونحوهما - ويكون مضموناً للمالك، بل هو وصفٌ اعتباري عقلائي.

الاستدلال لأعلى القيم بقاعدة الاشتغال

قال:

واستدلّ في السرائر وغيرها^(١) على هذا القول بأصالة الاشتغال... وقد يجاب: بأنّ الأصل في المقام البراءة... فأرجع الشيخ الشك إلى دوران الأمر بين الأقل والأكثر، والقدر المتيقن قيمة يوم التلف، والتكليف بدفع الزائد عليه مشكوك فيه والأصل البراءة.

وقد كان الأولى أن يقول: أنه يشكّ في أصل الاشتغال بالقدر الزائد والأصل عدمه. والأمر سهلاً. لكنّ مبنى استدلال ابن إدريس هو - كما ذهب إليه جماعة من المتقدمين والمحقق الخراساني من المتأخرين - أنّ كلّ تالف فهو باقٍ اعتباراً في ذمّة المتلف، ودفع البدل في القيميات هو لتعدّد المثل، فلو ترقت قيمة العين التالفة، اشتغلت الذمّة ببدل أعلى القيم، فلو دفع قيمة يوم التلف وكانت أقلّ منه، وقع الشكّ في الفراغ ومقتضى القاعدة الاشتغال.

لكنّ المبني غير صحيح، فإنّ الاعتبار المذكور وإن لم يكن مانعاً منه ثبوتاً، إلا أنّ أدلّة الضمان منزلة على ما هو المتفاهم عرفاً.

(١) السرائر ٤٨١/٢، الرياض ٣٠٤/٢، المناهل: ٢٩٩.

الاستدلال لأعلى القيم بالاستصحاب

قال الشيخ:

نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد.

توضيحه: إنَّ المستفاد من حديث على اليد كونه ضامناً للعين، ومما كانت الغاية عبارة عن الأداء، فهي ما لم تؤدَّ ثابتة على العهدة، سواء كانت باقية أو تالفة، فلو تلفت العين ووقع الشك في المسقط عن الذمة هل هو أعلى القيم أو أدناها، فإنه مع دفع الأدنى يشكُّ في تحقُّق الأداء والخروج عن العهدة، ومقتضى الاستصحاب هو العدم وبقاء الضمان، فيجب دفع الأعلى.

وفيه:

أولاً: إنه لما كانت الذمة مشغولةً بالعين، فإذا تلفت وجب عليه دفع القيمة بعنوان البدل ومن أجل الخروج عن العهدة، وذلك يتحقق بدفع قيمة يوم الأداء لا أعلى القيم، نعم، لو كانت العين باقيةً في الذمة حتى مع تلفها، وكان دفع القيمة بعنوان المسقط لما في الذمة، كان للاستصحاب مجال، ولكنّه خلاف التحقيق.

وثانياً: قد ذكرنا سابقاً أنَّ مقتضى الحديث أداء ما أخذ، إلا أنه مقيدٌ عقلاً بإمكان الأداء، إذ لا معنى لجعل «حتى تؤدِّي» أعمَّ من الممتنع أدائه، وعليه، فلا معنى لاعتبار بقاء العهدة مع امتناع الأداء، ولذا تستغل الذمة ببطل المأخوذ حين التلف، فيجب دفع قيمة يوم التلف لا غير. وثالثاً: لو فرض الشك في أنَّ ما يدفع من القيمة هو مسقط لما في الذمة أو أنه بدلٌ، لم يجز التمسك بالاستصحاب لعدم إحراز الموضوع.

الاستدلال لأعلى القيم بأية الاعتداء

وربما يقال^(١): بدلالة آية الاعتداء على أعلى القيم، بتقريب: أن (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ) ^(٢) كناية عن ضمان المعتدي، ومادام الإعتداء موجوداً فالضمان موجود، ومما بلغت القيمة إلى أعلى القيم كان طبعي الاعتداء صادقاً، فثبت الضمان بالعين التي قيمتها كذا، ومقتضى (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ) أخذ العين منه بمالها من القيمة الرأقية، فإن ردَّ العين سقط الضمان، لأنه بردها خرج عن الاعتداء، ولا موضوع لقوله (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ) سواء كانت العين حين الردِّ بتلك القيمة أو نازلةً عنها. أمّا لو تلفت، فالمفروض أنَّ العين بمالها من القيمة الرأقية مورد للضمان، فالواجب عليه دفع أعلى القيم.

وفيه:

(١) حاشية الإيرواني: ١٠١ الحجرية.

(٢) سورة البقرة: ١٩٤.

أولاً: قد ذكرنا سابقاً أنه يحتمل أن تكون «ما» موصولةً، والمعنى: فاعتدوا عليه بمثل الذي اعتدى به عليكم، ويحتمل أن تكون مصدريةً، والمعنى: بمثل اعتدائه.
وثانياً: أن الآية في مقام بيان حكم التقاض ولا ربط لها بمسألة الضمان.

القول بيوم البيع

ثم إنه حكي عن المفيد والقاضي والحلي^(١): الاعتبار بيوم البيع... ولم يعلم له وجه.
لو اشترى شيئاً ولم يعين الثمن بل فوضه البائع إلى حكم المشتري، كان البيع باطلاً. إنما الكلام فيما لو تلف الشيء في يد المشتري، فالمحكي عن الجماعة أن عليه دفع قيمة يوم البيع إلى المالك، قال الشيخ: «لم يعلم له وجه، ولعلهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع والقبض. فافهم».
ولعل الأمر بالفهم للإشارة إلى أن القائل بالاعتبار بيوم القبض لا يفرق بين ما كان فساداً بسبب التفويض إلى حكم المشتري، وما كان بسبب آخر كالغرر وغيره.
ولعله - كما قال السيد^(٢) - للإشارة إلى أنه لا دليل على حمل «يوم البيع» على «يوم القبض» إلا أنه لا مناص من ذلك صوتاً لكلامهم عن الخطأ.
أقول:

قد قلنا في قاعدة «ما يضمن بصحيحه...» بالنظر إلى كلام شيخ الطائفة من أن «المشتري دخل على أن يكون مضموناً عليه» أنه إذا كان العقد فاسداً فلا يجب دفع البدل المسمى بل يتعين عليه دفع المثل أو القيمة. وقد أجبنا عن إشكال الشيخ بأنه ليس من أدلة الضمان الدخول على أن يكون مضموناً عليه، بتقريب كلام شيخ الطائفة بأن نفس الإقدام على المعاملة دليل على الالتزام بالمعاوضة بين الثمن والمثمن، وأنه لا يعطى المعوض مجاناً.

وبعبارة أخرى: إن المعاملة متضمنة ارتكازاً لاشتراط وجود العوض للمبيع، والمشتري ملزم بدفع العوض بمقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»^(٣). ولما كان البيع فاسداً ولم يستقر العوض المسمى، فلا محالة يجب عليه دفع العوض الواقعي من المثل أو القيمة.
فعلى ذلك يقال هنا: إن نفس البيع متضمن للشرط الواجب الالتزام به بمقتضى الحديث المتقدم، فقولهم باعتبار يوم البيع هو بلحاظ أنه في هذا اليوم دخل على أن يكون المال مضموناً عليه، فالملاك هو يوم البيع وإن حصل القبض بعد حين. ولعل هذا هو الوجه في الأمر بالفهم.

(١) انظر: مختلف الشيعة ٥ / ٢٤٣ - ٢٤٤.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٥١٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠ رقم ٤، ويوجد في مواضع أخرى.

مسائل متعلّقة بالقيمة

لا اعتبار بزيادة القيمة بعد التلف

قال الشيخ:

ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال، إلا أنه تردّد فيه في الشرائع، ولعلّه...
لو تلفت العين فزادت القيمة قبل أن يؤدّي، بمعنى أنها لو كانت موجودة لكانت القيمة كذا، لم
يضمن الزيادة على جميع الأقوال في يوم الضمان.

إلا أن المحقق يقول: ولا عبرة بزيادة القيمة ولا نقصانها بعد ذلك - أي التلف - على تردّد.

فقال في الجواهر: منشؤه التردّد في كون الواجب في القيمي المثل أو القيمة^(١).

أقول: في المسألة ثلاثة أقوال، فعن جماعة أنّ الواجب في القيمي هو المثل، غير أنه سقط عن الذمّة
بأداء القيمة، فدفعها إسقاط للمثل. وقال آخرون: بأنه بمجرد تلف القيمي يقوم البدل مقام العين وهو
القيمة. وقال المتأخرون ومنهم المحقق الخراساني: إذا تلفت العين اعتبر بقاؤها في العهدة.

قال الشيخ:

ولعلّه - كما قيل - من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله... وقد تقدّم أنه مخالف لإطلاق النصوص
والفتاوى.

أي: إذا كان ما في الذمّة هو المثل، كما هو أحد القولين أو العين كما هو قول المتأخرين، ودفع
القيمة إنما هو لإسقاط ما في الذمّة، كان الواجب دفع القيمة الزائدة، وهذا هو المختار عند السيّد إذ قال
معلّقاً على كلام الشيخ رحمه الله: قد عرفت أنه مقتضى التحقيق الموافق للمستفاد من الأدلّة، والإجماع
على خلافه ممنوع، وعلى فرضه غيركاشف في الظاهر.^(٢)

ومقتضى الدقّة هو:

(١) جواهر الكلام ١٠٥/٣٧.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٥١٢.

إنه لو ترقّت القيمة بعد التلف واستمرت كذلك إلى حين الأداء، فعلى القول باستقرار العين في العهدة اعتباراً، يجب عليه دفع الزيادة. أمّا على القول باستقرار المثل في الذمة، فلا فرق بين زيادة القيمة أو نقصانها، بل عليه دفع قيمة يوم الأداء.

ارتفاع القيمة بسبب الأمانة

قال الشيخ:

ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأمانة، وأمّا إذا كان بسبب الأمانة... فالظاهر اعتبار محل التلف...
أقول:

إن اختلاف مالىة الشيء تتبع كثرة الراغبين فيه وقلّتهم، وكثرة الشيء في السوق وقلّته، ولذا لو حمل المأخوذ بالبيع الفاسد إلى مكان يكثر الراغبون فيه أو يقلّ نظيره في السوق، فتلف في ذلك المكان أو الوقت، ضمن تلك القيمة. وبذلك يظهر أنّ تشخّص القيمة ليس بالزمان وحده ولا المكان كذلك، بل بالزمان والمكان معاً، والله العالم.

ارتفاع القيمة بسبب الزيادة في العين

قال الشيخ:

ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس، وأمّا إذا كان حاصلًا من زيادة في العين، فالظاهر...
لو حصلت في العين نماءات فزادت قيمتها كالسمن والوبر، فالظاهر عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم إن تلفت العين وإن تنزّلت القيمة، وفي الجواهر^(١): لو تجددت صفة مثل أن سمتت فزادت قيمتها ثم هزلت فنقصت قيمتها، أو تعلّمت صنعة فزادت قيمتها، ردّها وما نقص بفوات الاولى، بلاخلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه.

(١) جواهر الكلام ٣٧ / ١٠٧.

الكلام في بدل الحيلولة

صفحه سفید

لقد كان بحثنا إلى الآن في المأخوذ بالعقد الفاسد، وأنه إذا تلف يضمن، ثم وقع الكلام في أنه قيمة أي يوم يضمن؟

وأما إذا أخذ الشيء بالعقد الفاسد ولم يتلف، فما هو حكمه من حيث الضمان؟

تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف

قال الشيخ:

ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر - من ضمان المثل أو القيمة - حكم تعذر الوصول إليه وإن لم يهلك...

توضيحه: إنه إن كانت العين موجودة فعليها ردّها، وإن كانت تالفةً، فالحكم ما ذكر. أمّا إن كانت موجودةً لكن الوصول إليها متعذر، كما لو سرقت أو غرقت أو ضاعت أو أبتقت، فالحكم وجوب دفع بدل الحيلولة.

عدم اختصاص بدل الحيلولة بتعذر الوصول

ولا يختص الحكم بالأمثلة المذكورة، فلو أقرّ بأن ما في يده لزيد ثم أقرّ بأنه لعمرو، وجب عليه دفع بدل الحيلولة لعمرو. وكذا لو شهد الشاهدان على أن ما في يد زيد هو لغيره فحكم الحاكم، ثم رجعا، وجب عليهما دفع بدل الحيلولة لزيد. وكذا في القصاص، فلو أطلق القاتل من يد الولي، وجب عليه الدية. وكذا لو أخذ ما بيد الغاصب فهراً عليه، كان على القاهر دفع بدل الحيلولة.

ثم إن المال المتعذر الوصول إليه، تارةً: هو باق على حاله من المائيّة والملكيّة للمالك، واخرى: المائيّة زائلة والملكيّة محفوظة. كالصّبغ على الجدار، وثالثة: المائيّة والملكيّة زائلتان، كما لو انقلب الخلّ بيد الغاصب خمراً، لكن للمالك حق الاختصاص، ورابعة: لا مائيّة له ولا ملكيّة ولا حق الاختصاص والأولويّة، كما لو أعتق أحد الشركاء نصيبه من العبد، فإنه يسري العتق إلى حصص البقيّة، ويغرم المعتق حقهم. وهل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة يتضرر المالك من انتظارها، أو ولو كانت قصيرة؟ وجوه.

مورد بدل الحيلولة في تعذر الوصول

قال الشيخ:

ظاهر أدلة ما ذكر من الامور الاختصاص بأحد الأولين، لكنّ ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير كما يظهر من إطلاقهم

أنّ اللوح المغصوب...

أقول:

من النصوص في المسألة:

كتبت إلى أبي محمّد عليه السّلام: رجل دفع إلى رجل وديعةً [وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره]، فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السّلام: هو ضامن لها إن شاء الله.^(١)

سألت أبا الحسن عليه السلام: عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعةً، وقال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضاً. فقال عليه السلام: المال لازم له إلا أن يقيم البيّنة أنّها كانت وديعةً.^(٢)

وعن أبي عبدالله قال: سألته عن القصار يسلم إليه الثوب وأشترط عليه يعطيني في وقت؟ قال عليه السلام: إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن.^(٣)

دليل وجوب بدل الحيلولة

إنّما الكلام في دليل الفقهاء على وجوب بدل الحيلولة، فقد استدّلوا بوجوه:

١ - قاعدة السلطنة

قال الشيخ:

فإنّ تسلّط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده تقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم في تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذّر في المثلي.

أقول:

وفي هذه العبارة احتمالات أربعة:

١ - إن من شئون السلطنة على المال جواز المطالبة ببدله، كما هو الحال في المثلي المتعذّر، كما تقدّم

في محله بالتفصيل.

وفيه:

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ٨١ ، كتاب الوديعة، الباب ٥ رقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٩ / ٨٥ ، كتاب الوديعة، الباب ٧ رقم: ١.

(٣) وسائل الشريعة ١٩ / ١٤٣ ، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، رقم: ٧.

أولاً: إذا تعذر المثل فالبدل بدلٌ للتالف لا المثل.

وثانياً: لو سلّمنا، فهو حيث لا وجود للمثل، أمّا فيما نحن فيه فالمتعذر هو الوصول.

وثالثاً: إنّ أخذ البدل يستلزم الجمع بين البدل والمبدل، وهذا لا معنى له.

٢ - إن مقتضى سلطنة الرّجل على ماله هو جواز مطالبته للتوصّل إلى أخذ بدله.

وفيه:

إنه لا معنى لبقاء السلطنة على هذا المال، لتعذر الوصول إليه، والسلطنة على أخذ بدل الشيء غير

سلطنته على نفس الشيء ولا دليل على ثبوتها.

٣ - إن للمال حيثية الشخصية والنوعية والمالية، ومقتضى الحديث التسلّط على كلّ الحيثيات

الثلاثة، فإذا تعذر الوصول إليه، كان له الأخذ بحيثية المالية وهو أخذ البدل.

وفيه: إنّ المالية ليست من الصفات الخارجية الوجودية كي تكون من الامور المسلّط عليها، بل هي

أمر اعتباري عقلائي. هذا أولاً.

وثانياً: سلّمنا، لكنّ السلطنة على مائة الشيء غير السلطنة على قيمته القائمة بالدرهم والدينار.

٤ - إن مقتضى الحديث أن يكون المالك مسلطاً على جميع أنحاء الانتفاعات بماله، وبدل الحيلولة

بدل لهذه السلطنة، ولو كان مثلياً وجب دفع المثل لينتفع به.

وفيه:

إن سلطنة المالك على جميع منافع ماله وانتفاعاته منه حكم وضعي شرعي، وجعل البدل للحكم

الشرعي غير معقول، نعم، يكون بدلاً عن كون الغاصب حائلاً بين المالك وانتفاعاته من العين، لكنّ هذا لا

يتوقف على تعذر الوصول إليه، بل يجب عليه دفع البدل سواء تعذر الوصول إليه أو لا.

وتلخص: أن لا وجه للتمسك بدليل السلطنة مطلقاً.

٢ - قاعدة اليد

قال المحقق الخراساني:

لا يخفى أنّ السلطنة على المال لا يقتضي جواز المطالبة بالبدل عند تعذر ردّ عينه. نعم: لا يبعد أن

يكون جوازها من آثار الضمان والعهدة، فيكون قضيتها وجوب ردّ العين مع التمكن وجواز المطالبة ببدل

الحيلولة مع التعذر في زمان وبالبدل مع التعذر مطلقاً، ...^(١)

أقول:

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٥.

إنَّ قاعدة اليد مغيّاة بالأداء، والعهدة إنَّ كانت حكماً وضعياً، فكُلَّ حكمٍ وضعي فيحتاج إلى مصحِّح، وهو هنا مفقود، لأنَّ المفروض تعذُّر الوصول إلى العين، فكيف يؤدِّيها؟ وإنَّ كانت حكماً تكليفيّاً، فيجب عليه الأداء، فكُلَّ تكليف مشروط بالقدرة ومع العجز فهو ساقط، نعم، يكون عاصياً، وذاك أمر آخر.

ولو قيل: إنَّ مقتضى ضمان اليد أنَّ يخرج عن عهدة بدل الانتفاعات، وهو أجرة المثل لتلك المنافع. قلنا: إنَّ هذا ثابتٌ في ذمّة الغاصب، سواء تعذُّر الوصول إلى العين أو لا، ولا ربط له ببدل الحيلولة. فظهر عدم تماميّة الاستدلال.

اللهم إلا أنَّ يقال: إنَّ مقتضى الحديث أنه إن أمكن أداء الشيء فهو، وإن تلف فعليه دفع البدل، لكنَّ لا موضوعيّة للتلف بل المناط انقطاع يد المالك عن الشيء وخروجه عن استيلائه عليه، فيعمّ صورة تعذُّر الوصول إليه، وتبقى مشكلة الجمع بين البدل والمبدل. لكنَّ الحديث ضعيفٌ للغاية، ونحن لا نعتد على قاعدة اليد إلا في موارد الإجماع، فإنَّ قام الإجماع على بدل الحيلولة فيما نحن فيه فهو، وإلا فالإستدلال ساقط. وعلى الجملة:

المال المأخوذ من المالك غصباً أو ببيع فاسد، وتعذُّر الوصول إليه ولم يمكن ردّه، لغرق أو سرقة، فالفتوى على وجوب دفع بدل الحيلولة، وقد استدل له تارة: بقاعدة السّلطنة، وقد بيّنا عدم تماميّة الاستدلال بها، وأخرى بقاعدة اليد، ولكنَّ لا وجه له، ويشكل بلزوم الجمع بين العوض والمعوض. وقد أجاب الشيخ عن هذا الإشكال بأنَّ بدل الحيلولة هو بدل السّلطنة، لا بمعنى الحكم الشرعي الوضعي بل بدلاً عن الاستيلاء الخارجي، ولذا قال المحقق الخراساني: نعم... وتوضيح كلامه:

إنَّ معنى الحديث: أن على ذي اليد الأخذ ما أخذت يده، فعلى عهده ردّ العين ما دامت موجودة، وخروجها عن القدرة على الردّ غير مخرج لها عن الملكيّة، نظير المفلس، فإن عجزه عن أداء الديون غير مسقط لها عن عهده، فالعهدة باقية وإنَّ تعذُّر الوصول إلى العين، ومن لوازم العهدة أنها إن تلفت وجب عليه دفع المثل أو القيمة، وكذا لو كان الوصول إليها متعذراً، فإنه بمثابة التلف، وعليه دفع بدل السّلطنة الخارجيّة إلى المالك.

ثم يقع الكلام في أنه يملك البدل أو يجوز له الانتفاع به؟ إن قلنا: يملك، لزم الجمع بين العوض والمعوض، لأنَّ المفروض أن المتعذُّر الوصول إليه ما زال في ملكه، ولذا قال ليس هنا ملكيّة مطلقة لعدم دلالة دليل عليه - كما في ملكيّة بدل التالف - بل أن له السّلطنة على التصرفات في البدل بجميع أنحاء التصرفات حتى المتوقفة على المملك.

وفيه: إنَّ مستند قاعدة اليد حديث عامي^(١)، رُوِه عن سمرة بن جندب اللَّعين، وإمَّا نقول بضمان اليد حيث قام الإجماع ودلَّت النصوص عليه، وأمَّا في غير ذلك فلا نقول به، وعليه، فالقدر المتيقن - بعد تسليم ما ذكره الشَّيخ والمحقق الخراساني في القاعدتين - هو إباحة التصرفات، ولا دلالة لهما على التصرفات المتوقفة على الملك.

٣ - قاعدة لا ضرر

بتقريب: إنَّ صبر المالك ضرر عليه، والقاعدة تقتضي وجوب البدل.
أو إن عدم الحكم بوجوب البدل من ناحية الشَّارع ضرري ترفعه القاعدة، ويثبت النقيض وهو وجوب دفع البدل.
أو إن المالك إذا طالب بملكه، يكون جواز امتناع الآخذ عن دفع بدل الحيلولة ضررياً على المالك ترفعه القاعدة فيجب دفعه.
أمَّا التقريب الأوَّل، فيتوقَّف على تمامية دلالة الحديث على ثبوت البدل ووجوب تدارك الضَّرر - كما عليه بعضهم - ، ولكنَّه خلاف التحقيق كما ذكرنا في محلِّه.
وأما التقريب الثاني، فيتوقَّف على القول بأنَّ حديث لا ضرر يرفع الحكم الضرري لا الموضوع الضرري. وتوضيح ذلك: إنَّ في مفاد القاعدة قولين. أحدهما: أنها تدلُّ على انتفاء الموضوع الضرري، وانتفاؤه شرعاً ليس إلا بانتفاء حكمه، لأن ثبوت الموضوع تشريعاً إمَّا يكون بثبوت حكمه وانتفاؤه بانتفاء حكمه. وهذا مختار المحقق الخراساني. وعلى هذا القول لا وجه للاستدلال بالقاعدة في المقام، لأنَّ دفع البدل لم يكن له حكم حتى ينتفي. والآخر: أنها تدلُّ على انتفاء الأحكام التي ينشأ منها الضَّرر، وعلى هذا القول أيضاً لا يتمُّ الاستدلال بالتقريب المذكور، لأن القاعدة بناءً عليه ناظرة إلى الأحكام المجعولة ورافعة لما كان ينشأ منها الضَّرر، وليست ناظرةً إلى مورد عدم جعل الحكم ليتبدَّل بها إلى وجوب الجعل.
فظهر عدم تمامية التقريب الثاني على كلا القولين في حديث لا ضرر.
وأما التقريب الثالث، فيتمُّ بناءً على دلالة الحديث على نفي الأحكام الضرريَّة، فيرتفع الجواز إنَّ كان مجعولاً، ولكنَّ الجواز غير مجعول، بل إنه عبارة أخرى عن عدم وجوب دفع البدل.
وتلخَّص: عدم تمامية الاستدلال بالقاعدة لوجوب دفع بدل الحيلولة مطلقاً.

٤ - الإجماع

(١) مستدرک الوسائل ١٤ / ٨ ، کتاب الوديعة، الباب ١ رقم: ١٢.

والاستدلال به غير تام حتى لو كان محصلاً، فكيف بالمنقول؟

٥ - النصوص

وهذا بعضها:

عن محمد بن الحسن [الحسين] قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع إلى رجل وديعة [وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره] فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أخره وأخرجها عن ملكه؟

فوقَّع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله.^(١)

ووجه ذلك: إن يده لم تكن مأذوناً في وضع الوديعة في دار جاره.

عن الكاهلي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن القصار يسلم إليه الثوب واشترط عليه يعطيني في وقت.

قال عليه السلام: إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن^(٢).

ووجه ذلك: إن يده في ذلك الوقت أمانية ولا توجب الضمان إن لم يكن تفريط، ولذا لو ترافعا وادعى المالك التفريط تقدّم قول القصار، وأما بعد الوقت فليست يده مأذوناً فيها.

ثم إن كان الضياع أو السرقة مقروناً عادةً باليأس من الوصول إلى العين، وجب تقييد النصوص بصورة حصول اليأس وسقط الاستدلال، وأما إن كانت مطلقةً، أمكن الاستدلال بها لوجوب بدل الحيلولة، لأن «الضمان» هو «الكفالة» وهي خسارة و غرامة و ندامة - كما في الخبر - فعلى الضامن ردّ العين في حال الإمكان وإلا فعليه الغرامة، وهي دفع البديل [١].

[١] واستدلّ لوجوب دفع بدل الحيلولة بوجوه أخرى:

منها: آية الاعتداء، لأن الغاصب قد حال بين المالك وملكه، وهذا اعتداء، وقد دلت الآية على جواز الاعتداء عليه كذلك، بأن يؤخذ منه مقدار من المال بدلا عن حيلولته.

وفيه: أن الآية المباركة لاتدلّ على الضمان، كما نصّ على ذلك السيّد الجدّ وغيره.

وأيضاً، فإنّ الآخذ بالعقد الفاسد لايعتبر معتدياً خصوصاً مع الجهل.

ومنها: قاعدة الإلتلاف، بتقريب: أن الضامن قد أتلف باستيلائه على مال الغير سلطنته على ماله، ومن أتلف مال الغير فهو له ضامن، فعليه أن يرفع إليه بدل سلطنته الفائتة.

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ٨٢ ، كتاب الوديعة الباب ٥ رقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٩ / ١٤٣ ، كتاب الإجارة، الباب ٢٩ رقم: ٧.

وفيه: ما أفاده السيّد الجّد من أنّ هذه القاعدة مصطادة ممّا ورد في الموارد المختلفة، فليست بقاعدة شرعيّة منصوص عليها.

والمهمّ هو أنّ تقويت السّلطنة ليس بتقويت للمال.

ومنها: حكم العقل بقبح الظلم، ووضع اليد على مال الغير ومنحه من الانتفاع به ظلماً، فهو قبيح. وحينئذ يحكم العقل برفع هذا الظلم وجبره وهو إنّما يتحقّق بأخذ مال منه يدلاً عمّا فعل. وفيه: إنّ هذا الدليل يختصّ بمورد الغصب ولايعمّ المأخوذ بالعقد الفاسد.

المراد من التّعذر

قال الشيخ:

ثم الظاهر عدم اعتبار التّعذر المسقط للتكليف... لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتّعذر، وهو الأوفق... فتأمل.
أقول:

كان الكلام السابق في إمكان الوصول إلى العين وعدم إمكانه واليأس منه أو رجاء الوصول إليها، والكلام هنا في «التّعذر» وأن المراد منه التّعذر العرفي أو العقلي المسقط للتكليف؟ فالفرق بين البحثين أنه ربما يكون

ومنها: إن أخذ بدل الحيلولة جمع بين الحقّين، قال الشيخ: يظهر من إطلاقهم أن اللّوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزع غرق مال لغير الغاصب، انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل. ويؤيّد: أن فيه جمعاً بين الحقّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين، فإن تسلّط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده، يقتضى جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذر نفسه. ينظر ما تقدّم في تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلي. نعم، لو كان زمان التّعذر قصيراً جداً بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم.

وفيه: إنّه ليس للمالك إلا المال المتعذر الوصول إليه، فدعوى أن له حقّاً آخر في ذمّة الضامن لادليل عليها، لأن الجمع بين الحقّين فرع ثبوت حقّ زائد على المال، وإثباته بعنوان الجمع بين الحقّين إثباتٌ للمدعى بالمدعى، وهو محال.

الوصول إلى العين معلوماً أو مرجوّاً لكنّ يتعذر التحصيل، أو يكون معلوم الوصول لكنّ وصولاً قهريّاً.

وبما ذكرنا يندفع اعتراض السيد^(١) بأن هذا الكلام تكرر لما سبق.

هذا، وقد اختار الشيخ أولاً اعتبار التعذر العرفي، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدماته، لم يسقط وجوب دفع بدل الحيلولة في زمان السعي. ثم نقل عن بعض الفقهاء التعبير بالتعذر، قال: وهو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه برد العين. ثم أمر بالتأمل. ولعل وجه التأمل هو: تقدم القواعد المثبتة لبطلان الحيلولة على أصالة عدم تسلط المالك على الأزيد من إلزامه برد العين.

وأما التحقيق في المقام فهو النظر في القاعدة المستدل بها على وجوب بدل الحيلولة، وتوضيح ذلك هو إنه:

إن كان الدليل على وجوب بدل الحيلولة قاعدة لا ضرر، بمعنى أن صبر المالك إلى زمن حصول العين ضرر عليه ولا بد من تداركه، فلا يعتبر التعذر بل يثبت بدل الحيلولة مع إمكان التحصيل، لأن المناظ ضرورة صبر المالك.

وإن كان قاعدة اليد - بأن مدلول «على اليد» كون المال على عهدة الضامن، وأنه لا تسقط العهدة بتعذر الوصول إلى العين - فإن العهدة ثابتة إلى حين الأداء، ومع عدم إمكان الأداء يكون التعذر الخارجي بمثابة تلف العين، وكأن المناظ انقطاع يد المالك عن ملكه، ولا فرق فيه بين الانقطاع إلى الأبد أو في زمان، والظاهر على هذا اعتبار التعذر العقلي.

وإن كان قاعدة السلطنة، فإن كان بمعنى أن مطالبة البدل من شئون السلطنة، فيجب البدل، سواء تعذر الوصول أو لا، وإن كان بمعنى وجوب بدل الحيلولة في المورد الذي يتعذر الوصول والتحصيل، فلا يجب إلا في هذه الحال.

وأما النصوص، فالقدر المتيقن كون التعذر بالمعنى العقلي.

هل يلزم المالك بأخذ البدل؟

قال الشيخ:

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقاً للضامن فلا يجوز للمالك

الامتناع...

إذن، فرق بين البدل الواقعي وبدل الحيلولة. ففي الأول، يلزم الضامن المالك بأخذ البدل ولا يجوز له الامتناع من الأخذ. وفي الثاني، للمالك أن يمتنع من الأخذ ويصبر إلى زوال العذر. قال: كما صرح به الشيخ في المبسوط،^(١) ويدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم.

(١) حاشية المكاسب ١ / ٥١٦ .

وما ذكره في بادئ النظر جيّد، لأن مقتضى إطلاق قاعدة السّلطنة أنّ له أن لا يتصرّف في ماله كما له التصرّف فيه، فهذا حق ثابت للمالك بالنسبة إلى أمواله، بخلاف بدل التالف، فالحقّ هناك للضامن، بأن يلزم المالك بالأخذ وليس له الامتناع.

إلا أنّه لا يخلو من تأمل، لأنّه يتوقّف على أن يكون عدم التصرّف في المال أو بدله من شئون السّلطنة، وهذا غير صحيح، لما ذكرنا في الاصول من أن قولهم في معنى القدرة والسّلطنة على الشيء أن له إرادة فعله وإرادة تركه كلام صوريّ، بل الصحيح أنّ السّلطنة والقدرة على الشيء هي أنه إن شاء فعل وإن لم يشأ لم يفعل، لأنّ العدم لا ينشأ من الإرادة، والعدميّات لا تدخل في حيّزها، فمعنى الحديث: أنّ له القدرة على التصرّف في ماله، وليس معناه القدرة على ترك التصرّف فيه.

فلا مناص من أن يحمل كلامه على أنّ العين لما كانت موجودةً في الخارج وهي ملكٌ له، فسُلطنته عليها باقية ولم تنتقل إلى البدل في ذمّة الضامن، حتّى يقال بأنّ للضامن الحق في إلزام المالك بأخذ البدل من أجل الخروج عن العهدة.

إلا أنّ هذا الذي ذكره الميرزا الاستاذ رحمه الله^(١) أيضاً في توجيه عبارة الشّيخ رحمه الله، يتناسب مع بعض المباني لا كلّها، فإنّ كان المدرك لبديل الحيلولة قاعدة لا ضرر، لكون صبر المالك ضرراً عليه، كان له أن يطالب ببديل الحيلولة دفعاً لضرر، وله أن لا يطالب، وإن كان قاعدة اليد على ما ذكرنا، اشتغلت ذمّة الضامن بالبدل كما لو تلفت العين، ويضمن المثل أو القيمة، وله حينئذ أن يلزم المالك بالأخذ وليس للمالك الامتناع. وإن كان الإجماع، فالقدر المتيقن صورة مطالبة المالك. وإن كان قاعدة لا ضرر، من جهة أنّ عدم حكم الشارع بدفع البدل ضرر على المالك، اشتغلت ذمّته وكان له إلزام المالك كذلك. وعلى الجملة، فإنّه لا دلالة لقاعدة السّلطنة على ما ذكر، بل الدليل عليه غيرها من القواعد والأدلة المستدلّ بها لوجوب بدل الحيلولة.

خروج العين عن التقويم في حكم التلف

قال الشّيخ:

وكما أن تعذّر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.

أقول:

كأنّ المقصود أنّ المراد من بدل الحيلولة لا يختصّ بما إذا تعذّر الوصول إلى العين، بل يعمّ الحكم ما لو خرجت العين عن التقويم وأصبحت بلا قيمة، كما لو اصطاد سمكةً فغصبها الغاصب وأرسلها في

(١) المبسوط في فقه الامامية ٨٧/٣ .

(٢) منية الطالب ١٥٦/١ .

البحر، أو غصب الكوز - مثلاً - وكسره، فإنه يخرج من التقويم وإن كانت أجزاءه ملكاً للمالك، ففي مثل هذه الموارد تنتفي المائيّة ولكنّ المملكيّة موجودة فتنقل إلى بدل الحيلولة.

هل البدل ملك المالك العين أو مباح له؟

ثم قال الشيخ:

ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف... ولعلّ الوجه فيه أن التدارك لا يتحقّق إلاّ بذلك. ولولا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في المملكيّة لاحتملنا أن يكون له إباحة مطلقّة...

أقول:

هذه مسألة مهمّة جدّاً، لأنّ المفروض بقاء العين على ملك المالك، فمن جهة قام الإجماع بين المسلمين على أنّ المال المبذول يملكه المالك، ومن جهة يلزم اجتماع العوض والمعوض، قال المحقق الثّاني: إنّ هنا إشكالاً، فإنه كيف يجب القيمة ويملكها الآخذ وتبقى العين على ملكه؟ وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه^(١).

وقال الشهيد الثّاني:

إنّ هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح. ولو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلزلاً وتوقف تملك المغضوب منه للبدل على اليأس من العين وإنّ جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة^(٢).

واستحسنه في محكيّ الكفاية^(٣).

قال الشيخ:

ولولا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في المملكيّة، لاحتملنا أن يكون له إباحة مطلقّة وإنّ لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين. وحكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القميّ في أجوبة مسائله.

لكنّ الشيخ نفسه أجاب عن إشكال المحقق والشهيد الثّانيين: بأنّ ما يأخذه المالك بعنوان بدل

الحيلولة ليس عوضاً، ليلزم اجتماع العوض والمعوض، بل هو غرامة، وهي لا تلازم المعاوضة، قال:

هل تدخل العين في ملك الضامن بدفع البدل؟

(١) جامع المقاصد ٦ / ٢٦١.

(٢) مسالك الإفهام ٢ / ٢١٠.

(٣) كفاية الأحكام: ٢٥٩.

وعلى أي حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين في ملكه، وليست معاوضةً ليلزم الجمع بين العوض والمعوض، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البدل له.

ثم قال رحمه الله:

الذي ينبغي أن يقال...

وملخصه: إن بدل الحيلولة إنما يدخل في ملك المالك، إذا ذهبت العين على وجه التلف العقلي الحقيقي أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفاً.

وأما مع بقائها خارجاً وإنما انقطعت سلطنة المالك عنها، فلا يملك البدل بل تكون تداركاً للسلطنة الفائتة، فالعين باقية على ملك المالك بلا إشكال، وله السلطنة المطلقة على بدل الحيلولة بلا إشكال كذلك، إنما الكلام في جواز التصرفات المتوقفة على الملك فيه، وأنها هل تستلزم الملك من حين الإباحة أو يكفي فيه حصول الملك آنماً قبل التصرف؟

التحقيق هو النظر في الأدلة

أقول:

لكن التحقيق هو النظر في مقتضى أدلة وجوب بدل الحيلولة.

فإن كان بديل قاعدة اليد، فإن بدل الحيلولة إنما هو للخروج عن عهدة مالية العين التي حُرِم المالك منها بفعل الضامن، ولازم ذلك أن يدخل البدل في ملكه بدلاً عن المالية الفائتة. وإن كان بديل قاعدة لا ضرر، بأن يكون صبر المالك إلى حصول العين ضرراً عليه فيتدارك ببديل الحيلولة، فهذا لا يقتضي الملكية، لحصول الغرض - وهو تدارك الضرر - بإباحة بدل الحيلولة له يتصرف فيه كيف شاء.

وإن كان بديل قاعدة السلطنة، بأن يقال بأن الضامن قد تسبب في انقطاع سلطنة المالك على ملكه، فعليه دفع البدل عن هذا الانقطاع - وهو مختار الشيخ - فيقال فيه:

إنه لما تعدت العين، وكان البدل بدلاً عن السلطنة، وهي سلطنة مطلقة، فما معنى إباحة البدل؟ إن هذه الإباحة ليست كإباحة الأرض الموات، ولا كإباحة الطعام للضيف، وإنما هي إباحة يستحقها المالك على الضامن في مقابل انقطاع تصرفاته عن ملكه كما أفاد، وعليه، فإن البدل ملك للضامن، وللمالك أن يتصرف فيه، وهل يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذنه؟

وبعبارة أخرى: إن جميع التصرفات في الشيء - سواء المتوقفة على الملك وغير المتوقفة عليه - متوقفة على الملك، فالمتصرف إما يكون هو المالك للشيء فيتصرف فيه كيف شاء، وإما يكون مأذوناً في تصرفاته من المالك.

وبعبارة ثالثة: إنّ إباحة التصرف المطلقة مسببة دائماً عن الملكية، فالقول بالإباحة كذلك بدون الملكية التزام بالمسبب بلا سبب، وهو محال.

إذن، سواء كان الدليل على وجوب بدل الحيلولة هو قاعدة اليد أو الضرر أو السلطنة، لا يعقل إباحة التصرف في ملك الغير إلا مسبباً عن الملكية.

وبيان آخر:

لقد اختار الشيخ أن بدل الحيلولة بدل عن السلطنة، وهو يقتضي إباحة جميع التصرفات، لكن مقتضى قاعدة اليد هو ملكية البدل ولولا الملكية لما صدق عنوان البدل، وأمّا قاعدة السلطنة، فإنّ السلطنة إمّا مضافة إلى العين، فإنّ بدل الملك هو الملك، وإمّا مضافة إلى التصرفات، فهي حكم وضعي شرعي، وقد انتفى هذا الحكم بتعدّد موضوعه وهو العين، فتكون السلطنة ساقطة بسقوط موضوعها، وحينئذ لا معنى للبدل عن الحكم الشرعي. وإن كان مراده من السلطنة القدرة على التصرف في المال خارجاً، فإنه إذا انتفت القدرة الخارجية بفعل الغاصب كان عليه دفع ما يتدارك به تلك القدرة، لا أن يدفع ما هو بدل عن ماليتها العين.

فالقول بالإباحة إستناداً إلى قاعدة السلطنة ممنوع.

ولو تنزلنا عن ذلك، ووافقنا الشيخ فيما ذهب إليه من الإباحة، لكنّ القول بإباحة التصرفات المتوقّفة على الملك كالبيع والعتق ونحوهما، فيه:

إنّ الإباحة معلولة للملكية، بل التصرفات غير المتوقّفة على الملك موقوفة على إذن المالك - وهذا خارج عن البحث - أو انتقال البدل إلى مالك العين على وجه الملكية حتّى يتصرف فيه كيفما شاء، ألهم إلا أن يدعى خروج ما نحن فيه عمّا يدلّ على عدم جواز بيع مال الغير أو عتقه أو غير ذلك من أنحاء التصرف في مال الغير بدون إذنه، إمّا تخصيصاً أو تخصّصاً، ولكن قد تقدّم أن لا دليل على الإباحة. ولو سلّمنا وجود هكذا دليل، ودار أمره بين التخصيص للأدلة العامة أو التخصّص بأن يكون ملكاً، فقد تقرّر تقدّم التخصّص، فسقط القول بالإباحة.

وتلخص:

أولاً: لا معنى لبدل السلطنة.

ثانياً: سلّمنا، لكنّ الدليل القائم على الإباحة للتصرفات إمّا يكون مخصّصاً للعمومات، وإمّا يكون مخرجاً للمورد تخصّصاً بأن يدلّ على الملك، والتخصّص هو المقدم.

كيفية الملكية بناءً على الملك

وعلى القول بالملك، فهل هي ملكية دائمة أو موقّنة؟

قال الميرزا الاستاذ: إنها ملكية مؤقتة^(١)، وقد سبقه إلى ذلك الشهيد الثاني^(٢).

وتقريب ما أفاده الاستاذ هو: إنَّ ظاهر ترتب الحكم على العنوان هو الموضوعية له، فيدور الحكم مداره حدوثاً وبقاءً، لكون الملاك قائماً بالعنوان وعلة تامّة للحكم، وإذا انتفت العلة انتفى المعلول، إلا أنَّ يقوم دليل على كون العنوان واسطة في الثبوت، كالدليل القائم على محرمية حليلة الإبن، فإنه إذا طلقها بقيت على المحرمية للأب، فعنوان الحليلة واسطة في الثبوت وليس علة تامّة، وما دلَّ على أنَّ الماء المتغيّر نجس، فلو زال التغيّر بنفسه لم تزل النجاسة، فالتغيّر واسطة في الثبوت. فهذه مقدّمة.

ومقدمة ثانية: إنَّ الملكية من الأمور القابلة للدوام والانقطاع نظير الرّوجية والوقف على الأولاد مثلاً، فإنه في الحقيقة ملك لهم، فيمكن أن يكون مؤقتاً كاشتراط كونهم طلبة العلم، فإذا زال عنهم هذا العنوان خرج المال عن ملكهم.

وعلى ما تقدّم: إنَّ ملكية بدل الحيلولة كانت تداركاً للعين المتعدّرة الوصول، فهو مرتّب على عنوان التعدّر، ومتى زال هذا العنوان بالوصول إلى العين زالت الملكية. ولو قيل: نحتمل أن يكون العنوان واسطة في الثبوت، فإذا تيسّر الوصول إلى العين وشككنا في بقاء الملكية على البدل، كان المرجع استصحاب الملكية، فالقول بالملكية الموقّعة باطل. قلت: قد تقرّر في محلّه اعتبار وحدة الموضوع في القضيتين، ومع عدم إحراز وحدته لا يجري الاستصحاب. والمفروض هنا هو الشك في العنوان، فلا يجري استصحاب الملكية.

من يملك العين المضمونة؟

ثم قال الشيخ:

وعلى أيّ تقدير، فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكيها. أقول:

وذهب المحقق التستري إلى أنها تدخل في ملك الضامن، وحتى أنها لو كانت تالفه حقيقةً، فإنها إنما تلفت بعد دخولها في ملك الضامن آنأماً، بل حكى عن بعض الأساطين جريان الرّبا أيضاً لو كانت العين ذهباً وقد دفع البدل من الذهب، ومع اتّحاد الجنسين يعتبر الاتّحاد في الوزن، ووافق عليه. وتقريبه: إنَّ مقتضى أدلّة الضمان الدالّة على وجوب تدارك العين هو التدارك المطلق، أي: على الضامن تدارك العين بجميع حيثياتها، ومنها حيثية الملكية، وإذا أعطي المالك البدل فقد تداركت الملكية،

(١) منية الطالب ١ / ١٥٨.

(٢) مسالك الافهام ١٢ / ١٨٦.

ولازم ذلك انقطاع علقه المملكيّة عن العين وخروجها عن ملكه، فتدخل في ملك الضامن، إذ لا يحتمل أحد أن تصير من المباحات.

وربما يؤيد بما عن سدير عن أبي جعفر عليهما السلام: في الرجل يأتي البهيمه. قال عليه السلام: يجلد دون الحد ويغرم قيمة البهيمه لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، وتذبح وتحرق إن كانت مما يؤكل لحمه، وإن كانت مما يركب ظهره غرم قيمتها وجلد دون الحد، وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لاتعرف فيبيعها فيها...»^(١).

فإن ظاهره أنه بعد أن غرم القيمة يصير مالكا للدابة، ولذا يبيعها ويكون الثمن له.

والحاصل: إن غرامة العين مقتضية لأن تدخل العين في ملك الغارم.

وذهب بعض مشايخنا إلى العدم^(٢).

وتقريبه هو: إن الغرامة تارة: تدارك للعين التالفة، وأخرى: لأوصافها وثالثة: لماليتها، ورابعة: لتعدّر

الوصول إليها... وللغرامة أنحاء أخرى.

والغرامة بما هي لا تقتضي البدلية، نعم، قد تكون البدلية لازم التغريم، ولو تنزلنا وسلّمنا أن الغرامة بذاتها تقتضي البدلية، لكن البدلية لا تستلزم المملكيّة حتى في مورد التلف، لأن الغرامة بدل عن المالّية لا المملكيّة، لأن ملكيّة الضامن للتالف بعد التلف لا تصح، وأما قبل التلف أنامًا، فتححتاج إلى سبب، إذ لا معنى للملكيّة بلا سبب، وكون الغرامة هي السبب مستحيل، لأنها مسببة عن التلف، فهي متأخرة عنه، فلو كانت الغرامة المتأخرة سبباً للملكيّة لزم تقدّم المعلول على علته.

وبيان آخر: إذا كان تعدّر المالّية للغير سبباً للغرامة، وكانت الغرامة سبباً لخروج العين عن ملك

الغير، يلزم من كون الشيء ملكاً للغير عدم كونه ملكاً له، واستلزام الشيء لعدم نفسه محال.

فالضامن عليه دفع الغرامة، ولو كانت بدلاً فليست إلا بدلاً عن مالّية العين لا عنها بجميع

الحيثيات، فلا تكون بدلاً عن المملكيّة، فالعين لا تكون ملكاً للضامن.

وأما الرواية، فإنّ الدليل على ملكيّة قيمة البهيمه ليس «يغرم قيمتها»، بل إطلاق كلمة «يبيعها».

وأما نصوص الضمان، فقد اشتملت على كلمة «يضمن»، فعلى الضامن دفع البدل، أما أن تكون

العين المسروقة - مثلاً - ملكاً للضامن في مقابل دفع البدل، فلا دلالة فيها عليه.

وعلى الجملة، فملكيّة الضامن للعين باطلة بالبرهان، ولا أقل من عدم الدليل عليها.

الكلام في نماءات المبدل والبدل

ويقع الكلام حينئذ في ملكيّة النماءات، والانتفاعات المترتبة على المال المبدول بدلاً.

(١) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٥٨، كتاب الحدود أبواب نكاح البهائم، الباب ١ رقم: ٤.

(٢) منية الطالب ١ / ١٥٩.

أمّا على مبنى الشيخ من أنّ ما يبذله الضّامن هو بدلٌ عن السّلطنة الفاتئة وليس بخارج عن ملكه، فالنماءات له، وهو واضح، بل له التبديل، بأنّ يسترجع ما بذل ويعطي مالاّ آخر. وأمّا على القول بملكية المالك المال المبذول بدلاً، فنماءاته تابعة له. وأمّا الانتفاعات، فهي للمالك، على كلا القولين. ثم إنّ الأجزاء الباقية من العين بعد زوال وصفها بفعل الضامن، ملك للمالك بلا إشكال ولا كلام. وكذا حقّ الإختصاص فيما لو كان خلاّ فانقلب خمراً مثلاً. وهل يضمن الغاصب - مثلاً - أجره مثل الانتفاعات الفاتئة من العين؟ أمّا الانتفاعات والنماءات الفاتئة قبل أداء الغرامة، فهي داخلية في حيّز الضّمان، وعلى الضامن دفع أجره المثل، وأمّا ما فات منها بعد أداء الغرامة، فهل هي مورد الضمان على كلا القولين أو لا كذلك أو فيه تفصيل؟

إنّ كانت العين ملكاً للضّامن، فلا ضمان، لأنّها حصلت وتلفت في ملكه، وإنّ كانت باقيةً على ملك المالك، فالشيخ على عدم الضّمان، وهو مشكل. لأنّ المفروض على مسلكه أنّ ما يبذله الضامن بدلاً عن الحيلولة دون السّلطنة فقط، فالعين باقية على ملك المالك بجميع حيثياتها، فما وجه عدم الضّمان للنماءات الفاتئة؟ وبعبارة اخرى: إنّ نفس الملاك لوجوب دفع بدل الحيلولة عن السّلطنة، يقتضي وجوب دفع البدل عن الحيلولة دون الانتفاع بالنماءات. وأمّا على القول بأنّ البدل غرامة مخرجة عن الضمان وهي ملك للمالك، فالوجه هو القول: بأنّ البدل المبذول هو غرامة للعين بجميع جهاتها وحيثياتها، ومن ذلك كونها ناميةً، وبذلك قد خرج عن ضمان العين على النحو المذكور، فلا وجه لأنّ يكون بعد ذلك ضامناً للنماءات. هذا بالنسبة إلى النماءات.

الكلام في الانتفاعات

وأمّا الانتفاعات الفاتئة من الرّكوب ونحوه، فإنّ كانت قبل دفع الغرامة، فلا إشكال في الضّمان، وأمّا ما كان منها بعد دفع الغرامة، فعلى القول بالملكيّة للعين لا شيء عليه، لأنها حادثّة في ملكه، وأمّا على القول بعدم الملكيّة فيحتمل الضّمان وعدمه، والتفصيل بين القول بكون بدل الحيلولة غرامةً أو بدلاً عن السّلطنة، أو بين الانتفاعات الفاتئة والنماءات التالفة، وجوه. والتحقيق: إن كان بدل الحيلولة غرامةً يخرج الضامن ببذله عن عهدة العين المتعدّرة، فالانتفاعات والنماءات كلّها متعلّقة بالعين غير المضمونة، فكما يخرج عن عهدة العين بحيث لو تلفت لم يكن عليه شيء، كذلك النماءات والانتفاعات، بل عدم العهدة بها أولى.

وإن كان بدل الحيلولة بدلاً عن السلطنة، فالتفصيل بين الانتفاعات الفائتة، فلا يضمنها، لتبدل سلطنته عليها بالسلطنة على بدلها، فلا وجه لضمانها، والنماءات التالفة، فإنه يضمنها، لأن العين على ما كانت عليه من الضمان بحيث لو تلفت لكان ضامناً لها، والنماءات تبع لها، فيضمنها إن تلفت.

هل يكفي فوات بعض المنافع؟

قال الشيخ:

ثم إنه قد تحصل مما ذكرنا أن تحقق ملكية البدل أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكها، إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامة وتداركاً، أما لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكية، فالتدارك لا يقتضي ملكه ولا السلطنة المطلقة على البدل.

وحاصله: إن محطّ البحث في بدل الحيلولة هو ما إذا صدق عنوان «التدارك» على بذل البدل، وذلك يكون فيما إذا فات معظم الانتفاعات، وأمّا إذا لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام المآلية^(١) فلا يكون مورداً للبحث، فلو تلف وصف من أوصاف العين ممّا لا يتقوم به مآليتها وجب عليه التدارك، ولكنّه ليس بدلاً للحيلولة ليقضي الملك أو السلطنة.

وقوله:

ولو فرض حكم الشارع بوجود غرامة قيمته حينئذ، لم يبعد انكشاف^(٢) ذلك عن انتقال العين إلى الغارم...

إشارة إلى رواية سدير المزبورة، حيث عبّر الإمام عليه السلام بالغرامة.

يريد أن مورد الخبر خارج عن صغريات البحث، لأنّ قوام مآلية الدابة - وهو إمكان الركوب وحمل الأمتعة عليها - موجود، فمن أمره عليه السلام بدفع الغرامة ينكشف انتقال العين إلى الغارم، وهذا ما ذكرناه سابقاً.

حكم خروج العين عن التقويم مع بقاءها على الملكية

قال:

هذا كلّه مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها^(٣) السابقة، أمّا لو خرج عن التقويم مع

بقائها على صفة الملكية...

أقول:

(١) قوام الملكية سهو من قلمه الشريف، والصحيح: قوام المآلية.

(٢) «انكشاف» سهو من قلمه، والصحيح: كشف.

(٣) كذا والصحيح: مآليتها.

لو خرجت العين عن التقويم وهي موجودة تحت السلطنة على صفة الملكية لماكلها، كما في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب عن جهل بالموضوع، فعلم بذلك قبل المسح، فهل يجوز له المسح بالرطوبة التي هي ملك للغير مع عدم المالية لها؟ وكذا لو خاط الثوب بخيط ثم علم بكونه للغير، فهل تجوز الصلاة في الثوب مع عدم المالية للخيط؟

قال الشيخ: يجب دفع بدل مالية العين، والعين باقية على ملك المالك، لأن ما يدفعه قيمة الأوصاف والأجزاء التالفة لا العين، حتى يتوهم كون الغرامة موجبة للملكية للضامن. لكن العبارة لا تخلو عن مسامحة، لأن المالية هي للعين، والأوصاف والأجزاء واسطة في الثبوت، وليس ما يبذله قيمة لها. قال:

فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك ولو بذل القيمة... ثم أورد كلام العلامة في القواعد: في ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة: ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثم يضمن الغاصب النقص. ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة^(١).

وأضاف في جامع المقاصد: ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أن جنابة الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعبت القيمة أخذها ولم تدفع العين^(٢). وعن المسالك: إنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة^(٣).

ثم نقل الخلاف عن مجمع البرهان، وأنه اختار عدم وجوب النزع بل قال: يمكن أن لا يجوز وتتعين القيمة، لكونه بمنزلة التلف، وحينئذ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، إذ لا غصب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب، الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل وقبل المسح^(٤).

وعن صاحب الجواهر^(٥) أنه استجود كلام الأردبيلي ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته عوضاً شرعاً.

(١) قواعد الأحكام ١ / ٢٠٧.

(٢) جامع المقاصد ٦ / ٣٠٤ - ٣٠٥.

(٣) مسالك الأفهام ٢ / ٢٠٧ - ٢٠٨.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ / ٥٢١.

(٥) جواهر الكلام ٣٧ / ٨٠.

ثم ردّ عليه قائلاً:

إنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، وأدلة الضمان قد عرفت أنّ محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليّتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته. أقول:

إنه بين «الرطوبة» و«الخيطة» فرق، لأنّ الرطوبة في حدّ نفسها في معرض الزوال، ويتعدّد الوصول إليها ولا تقبل الردّ بخلاف الخيطة والخشبة ومما كان الضامن قد دفع قيمة الماء، فما هو وجه الإشكال في جواز المسح بها؟

إنّ كان من جهة التصرف في ملك الغير، فإنّ الروايات الدالّة على المنع موضوعها هو «المال» لا «الملك»، فعن الإمام المنتظر عجل الله فرجه: لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه^(١). وفي رواية عن رسول الله صلى الله عليه وآله: فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلاّ بطيبة نفسه^(٢).

والمفروض أنّ لا ماليّة للرطوبة.

وإنّ كان من جهة أنّ المسح بالرطوبة إتلاف لملك الغير، فالرطوبة في معرض التلف ولا ماليّة لها. وتلخص: جواز المسح بهذه الرطوبة، وفاقاً للأردبيلي وصاحب الجواهر قدّس سرهما. فإنّ قلت:

ففي الرواية عن العبد الصالح عليه السلام: أنّ مختصات الملوك ملك للإمام عليه السلام ما لم يكن غضباً، قال: «لأنّ الغضب كلّ مردود»،^(٣) فالرطوبة يجب ردّها ولا يجوز المسح بها. قلت:

أولاً: صدق «الغضب» على هذه الرطوبة الباقية أوّل الكلام.

وثانياً: سلّمنا، لكن لا يمكن ردّها، فلا يشملها النصّ.

وأما لو خاط ثوبه بمال الغير، ففي المسألة تفصيل:

لأنّ الخيطة إمّا هو مال أو لا، وعلى التقديرين، فإنّما يمكن نزعها بلا تلف فيه وفي الثوب، وإمّا يتلف الخيطة، وإمّا يتلف الثوب، والبحث تارة من حيث الصلاة فيه، واخرى من حيث وجوب نزع الخيطة. فالصور ثمانية، فأقول:

(١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٦، كتاب الغصب، الباب ١ رقم: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ١٠، كتاب القصاص، الباب ١ رقم: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٩ / ٥٢٤، كتاب الخمس، أبواب الأنفال، الباب ١ رقم: ٤.

إن لم يكن للخيط مائة بالفعل، وجب عليه دفع القيمة بالنسبة إلى مجموع الخيط، والمختار أن الغرامة لا توجب الخروج عن الملك، فهو ملك وليس بمال، فيقع البحث في أنه يجوز الصلاة في هذا الثوب أو لا؟ وهل يجب نزع الخيط أو لا؟

إن لم يكن نزعه موجباً لتلفه ولا للثوب، فإنه وإن لم مالاً، لكنّه ملك للمالك أو له فيه حق الاختصاص، فيجوز للمالك المطالبة به، وعليه نزعه وتسليمه إلى المالك مضافاً إلى الغرامة. وإن كان نزعه موجباً لتلف شيء من الثوب، فيجب ردّه تكليفاً على الضامن من باب أن الغصب كلّه مردود أو غير ذلك، لكنّ حديث لا ضرر يرفع هذا الحكم التكليفي.

إن قلت:

قد أقدم الغاصب على ضرره، فلا تجري القاعدة.

قلت: لا نصّ على قاعدة الإقدام، وحديث لا ضرر مطلق.

سألنا، ولكن ليس ما نحن فيه صغرى لقاعدة الإقدام، لأن موضوعها هو الإقدام على الضرر، لا ما لو أقدم على عمل مستلزم للضرر، وما نحن فيه من هذا القبيل. على أنّنا قد ذكرنا أن البحث أعمّ من مورد الغصب، فلا موضوع للإقدام على الضرر في كثير من الموارد.

والحاصل، عدم وجوب النزع في هذه الصورة وإن طالب به المالك.

وإن كان نزعه موجباً لتلف الخيط فقط، وجب نزعه وتسليمه للمالك لأنّ له حق الاختصاص به.

ثم إن الصلاة في هذا الثوب الذي لا مائة للخيط، لا مانع عنها على جميع التقادير، لأنّ موضوع الروايات المانعة من التصرف هو «المال».

فإن قلت:

قد ثبت وجوب الردّ في بعض الصور، وهو ينافي الصلاة فيه.

قلت:

وجوب الردّ لا فوريّة له. وعلى فرضه، تصحّ الصلاة بالترتّب.

هذا كلّه لو لم يكن للخيط مائة.

وأما إن كان الخيط مالاً عرفاً.

فإن كان إخراجه غير موجب لتلفه ولا للثوب، فلا محالة يجب ردّ مال الغير إليه، ولو نقصت

ماليته على أثر الخياطة غرم.

وإن كان إخراج الخيط موجباً لتلفه دون الثوب، فلا حقّ للمالك في مطالبة الخيط، لأنّ المالك غير

مسلمّ على إتلاف ماله، فنزعه غير جائز لأنه تبيذير للمال، فتقع الشركة بين الغاصب والمالك، والمالك

مالك للخيط ولزيادة قيمة الثوب الحاصلة بخياطته بخيطه، فهما شريكان في مائة الثوب. فإنّ قصداً

الإفراز - والمفروض عدم إمكانه هنا - بيع الثوب وأخذ كل حصته، فيعطى قيمة الثوب المجرد للغاصب والباقي للمالك.

وإن كان موجباً لتلف الثوب، سواء تلف الخيط أو لا، فللمالك السلطنة على الخيط وله المطالبة به، لكن نزع الخيط موجب للضرر على الغاصب، فإن تقدم قاعدة لا ضرر على قاعدة السلطنة بالحكومة - كما هو التحقيق - سقط حق المطالبة بالنزع، وأمّا على مبنى الشيخ - القائل بالتعارض بين القاعدة وانتفاء السلطنة عن المالك - فإنهما يتعارضان ويتساقطان وتكون النتيجة الشركة أو وجوب دفع بدل الحيلولة.

إن قلت:

ففي نهج البلاغة: الحجر الغصب في الدار رهناً على خرابها^(١)

فيجب عليه إخراج الحجر وتسليمه إلى صاحبه وإن هدمت الدار، فكذلك الخيط يجب نزعه وإن تلف الثوب.

قلت:

هذا الكلام في مقام بيان الآثار السيئة المترتبة على الغصب ولزوم الاجتناب عن الغصب، لا في مقام بيان الحكم الشرعي.

إن قلت:

فعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:

في رجل اكرى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك. فقال عليه السلام: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارس، إن كان استأمره في ذلك. وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس، ويقلعه ويذهب به حيث شاء^(٢)

وعن أبي عبدالله في حديث: ليس لعرق ظالم حق.^(٣)

وفيما نحن فيه: ليس له أن يصلي في الثوب.

قلت:

هذه النصوص موردها وجود الماليتة للشئ، والمفروض هنا عدمها، فلا تصلح للاستدلال في مفروض البحث.

وأما الصلاة في الثوب في هذه الصور، فلا تجوز، كما هو واضح.

(١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٦، كتاب الغصب، الباب ١ رقم: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٧، كتاب الغصب، الباب ٢ رقم: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٨، كتاب الغصب، الباب ٣ رقم: ١.

ثم إنَّ الشيخ بعد أن ذكر الموارد الثلاثة لوجوب تدارك ما ذهب من المالك، وهي:
تلف العين حقيقةً، وتعذُّر الوصول إلى العين كما لو غرقت، وذهاب الأجزاء أو الأوصاف التي تخرج
بذهابها العين عن التقويم مع بقاء المملكيَّة، قال:

ولا يخفى أن العين على التقدير الأوَّل خارج عن المملكيَّة عرفاً.
والسرُّ في هذا التعبير هو أنه قد يمكن اعتبار الملكية بالدقَّة العقليَّة، كما لو ألقى مقداراً من الماء
الذي هو ملك للغير في حوض من الماء، فإنَّ الأجزاء المنتشرة منه والمستهلكة في الحوض ملك لمالكها
بالدقَّة العقليَّة، لكنَّها خارجة عن المملكيَّة عرفاً.
قال:

وعلى الثاني: السُّلطنة على البديل بدل عن السُّلطنة المنقطعة عن العين، وهذا معنى بدل الحيلولة.
فهو مالٌ متعذُّر الوصول، والبديل بدلٌ عن السُّلطنة على مسلك الشيخ.
قال:

وعلى الثالث: فالمبذول عوض عمَّا خرج بذهابه عن التقويم لا عن نفس العين...
وهذا مثل الرطوبة الباقية من الضوء بماء الغير على الأعضاء، والخيط الذي هو للغير وقد خيط به
الثوب، والخشبة التي هي للغير في السفينة، والآجر الذي هو ملك للغير في البناء... وهكذا.

هل يبقى حق الأولوية بعد خروج العين عن المملكيَّة؟

ثم قال:
إنَّ هنا قسمًا رابعاً، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولويَّة فيه، كما لو صار الخَلُّ المغصوب
خمرًا...

والذي في عبارة الفقهاء العصير العنبي المنقلب خمرًا، وهذا أولى، والأمر سهل.
وقد وقع الخلاف بينهم في وجوب ردِّ هذه العين مع دفع قيمتها إلى المالك.
فعن القواعد^(١): الإشكال في وجوب الردِّ.
قال الشيخ: ولعلَّه: من استصحب وجوب ردِّها، ومن أن الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم
يجب إلَّا ردُّه ولم يكن المالك إلَّا أولى به.
وعن جماعة منهم الشهيدان والمحقق الثاني^(٢) وجوب الردِّ.

(١) قواعد الأحكام ١ / ٢٠٦.

(٢) الدروس الشرعية ٣ / ١١٢، مسالك الإفهام ٢ / ٢١٤، جامع المقاصد ٦ / ٢٩٢.

وأما الإستصحاب، فقد أجاب عنه بأن الموضوع في الإستصحاب عرفي، أي: إنَّ تشخيص الموضوع بيد العرف وليس بالدقة العقلية، والمستصحب هنا نفس الموجود الخارجي وقد كان الحكم بوجود الردّ مترتباً عليه، والآن إذا شك في الوجوب استصحب الحكم لبقاء الموضوع.
قال: ويؤيده أنه لو عاد خللاً ردّت إلى المالك، بلا خلاف ظاهر.
أي: لو لم تكن علاقة بين المالك وهذا الموجود الخارجي، لما وجب ردّه إليه، بل جاز ردّه إلى غيره أو أخذه لنفسه، وهذه هي الأولوية وحق الاختصاص.
وملخص كلام الشيخ: أن ما خرج عن المالية والملكية يردّ على من كان يملكه لألويته به.
فأقول:

إنّ القول ببقاء الأولوية بعد زوال الملكية، يبتني على أنّ تكون الملكية ذات مراتب، والأولوية بالشيء هي المرتبة الضعيفة منها.
وبعبارة أخرى: واقع الملكية هو اختصاص الشيء بالشخص، والاختصاص ذو مراتب، والملكية هي المرتبة الشديدة، والأولوية هي المرتبة الضعيفة، فلو زالت المرتبة الشديدة بانقلاب الخلّ خمرًا، لم يكن زوالها مستلزماً لزوال المرتبة الضعيفة، ومع الشك في زوالها يستصحب بقاء الاختصاص، ولذا قال الشيخ في القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّي: أنه لو زالت المرتبة الشديدة من الحُمْرة يقيناً واحتمل بقاء المرتبة الضعيفة منها، أمكن استصحاب بقاء الحمرة.
والتحقيق خلاف ذلك، لأن «الملكية» و«الحق» ليسا من المقولات التسع، بل هما أمران اعتباريان، والامور الاعتبارية لا تقبل الشدّة والضعف، بل هي قائمة بنفس المعتر، ويدور أمرها بين الوجود والعدم.
وبعبارة أخرى: المراتب إنما هي في الأعراض التسعة - لا كلها، فلا تعقل في مقولة الإضافة والنسبة - والملكية ليست منها.

وربما يقال: الأولوية بالعين الخارجية من آثار الملك لها، وإذا زالت الملكية فلا مانع من بقاء أثرها، ولو شككنا في بقائها تستصحب.
وفيه: إنّ أولوية الإنسان يملكه حكم تكليفي مترتب على ملكيته له، فهو أولى بالتصرف فيه من غيره، والحكم يرتفع بارتفاع موضوعه، لا أنّ هناك أولوية وضعيّة به زائدة على الملكية، حتى يقال ببقائها بعد زوال الملكية، وهذا معنى كلام العلامة في القواعد، وهو متين جداً.
وعلى الجملة، فإنّ الأولوية قد تكون مجعولة بنفسها كما في المباحات الأولية، وهذا لا إشكال فيه، وأما الأولوية الباقية بالنسبة للشيء بعد زوال الملكية عنها، فلا دليل عليها كما عرفت.
والميرزا الاستاذ يقول:

وإنما الكلام في القسم الثالث في أن حق الإختصاص بهذا الباقي هل هو للمالك أو للضامن أو لمن يسبق إليه ففيه وجوه أقواها الأول، وذلك لأن حق الإختصاص إنما هو مرتبة ضعيفة عن الملكية تكون

منشأً ضعفه، إما لقصور في الإضافة أو في أحد طرفيها بأن لا يكون الطرف قابلاً لأن يتعلق به إضافة الملكية، والحق والملك مشتركان تحت جامع واحد وهو الواجدية، وحينئذ نقول: هذا الباقي بعد التلف كان قبله متعلقاً بالإضافة الملكية التي هي إضافة شديدة، وبعد التلف لمكان قصور هذا الباقي عن أن يتعلق بها الإضافة الشديدة تزول عنها الشدة وتبقى الإضافة بمرتبة ضعيفة وهي الحق والحق لم يحدث للمالك بعد زوال الملكية من كتم العدم حتى يسأل عن سببه، نظير حدوث الاستحباب بعد زوال الوجوب، بل هو عين تلك الإضافة الثابتة قبل تلف التالف لكن بمرتبة ضعيفة منها، فلا يحتاج إلى سبب جديد.^(١)

وقد تقدّم ما فيه، لأنّ الملكية أمر اعتباري، والاعتبارات ليست من الأعراض لتكون قابلةً للشدة والضعف.

كما تقدّم ما في التقريب الثاني.

وقد قرّب ثالثاً: بأنّ من الضروريّات كون الإنسان أحقّ بملكه، فهناك حقّ للمالك في ملكه مضافاً إلى الملكية.

وفيه: إنّ اعتبار الأولويّة مقارناً لاعتبار الملكية لغوّ.

ورابعاً: إنه بعد الفحص الطويل لم نظفر بدليل ملكيّة الأرض الموات بالحيازة إلاّ الرواية: «لليد ما أخذت»^(٢). وهذه اللام تفيد الاختصاص، ففي كلّ شيء يقع بيد الإنسان سببان ومسببان: أحدهما اليد وهو سبب الاختصاص، والآخر البيع - مثلاً - وهو سبب الملكية، وإذا زالت الملكية لزوال المقتضي لها بقيت الأولويّة لبقاء المقتضي لها.

وفيه: إنّ الخبر المزبور إمّا هو في المباحات ولا علاقة له بغيرها.

وخامساً: إنه لا خلاف - كما ذكر الشيخ - في ردّ الخمر إذا عاد خلاً إلى المالك، وهذا يكشف عن وجود الأولويّة بالخمر إجماعاً، وإلاّ فلا وجه لوجوب الردّ على المالك. وفيه:

أولاً: قال في الجواهر^(٣): إنه بصيرورته خمرأً خرج عن ملك المالك وصار المثل في ذمة الغاصب لأنه تلف أو بمنزلته، فإذا صار خلاً لا دليل على عوده إلى ملك المالك، بل يمكن أن يكون من المباح، يملكه من سبق إليه أو يكون من هو في يده أولى به.

وثانياً: هذا الإجماع ليس بالإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام.

(١) المكاسب والبيع ١ / ٣٨٣ - ٣٨٤.

(٢) وسائل الشيعة ٣٣ / ٣٩١، أبواب الصيد، الباب ٣٨ رقم: ١: محمد بن يعقوب بإسناده عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: أن أمير المؤمنين قال في رجل أبصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه: للعين ما رأت ولليد ما أخذت.

(٣) جواهر الكلام ٢٧/٢٠٠.

وتلخص: عدم الدليل على الأولوية مطلقاً.

وأما وجوب الردّ، فقد قال المحقّق الخراساني: إنّ الموضوع بمقتضى على اليد هو نفس العين لا ببعض عناوينها، وهي حقيقة باقية، فلا إشكال في صحة استصحاب وجوب أدائها أصلاً، مع أنّ استصحاب حقّ الإختصاص الذي حصل للمالك قبل دفع القيمة وبعد الإنقلاب بلا ارتياب، فإنّ البحث في ارتفاعه بدفعها لافي حدوثه بسببه فتأمل^(١)

وحاصله: إنّ موضوع قاعدة اليد نفس العين المأخوذة، ولم يكن عنوان المملكيّة وغيرها دخيلاً في الموضوع، والمفروض بقاء العين، ومع الشك في وجوب ردّها يجري الاستصحاب.
وفيه:

إنّ كان مفاد حديث على اليد هو الحكم التكليفي تمّ كلامه بلا كلام، لأنّ الأفعال الخارجيّة من الأخذ والرؤية واللمس وغيرها إنّما تتعلّق بالموجودات الخارجيّة ولا تدخل العناوين في حيّزها. وأمّا بناءً على إفادته للحكم الوضعي فلا. وبعبارة أخرى: إنّ معنى «على» في هذا الحديث يختلف عنه في مثل «عليه الوضوء» ونحوه من الموارد، فهنا يفيد الحكم الوضعي وهو الضمان لا الحكم التكليفي كما في تلك الموارد، ولذا يجب دفع المثل أو القيمة إذا تلف المأخوذ استدلالاً بالحديث وغيره من الأدلّة، ولو كان حكماً تكليفيّاً لسقط بعدم القدرة عليه.

وأيضاً: لو سقطت العين عن الماليّة مع وجودها، لم يخرج عن العهدة بردّها، وهذا يكشف عن دلالة الحديث على الحكم الوضعي، فلو كان مفاده الحكم التكليفي لكفى ردّ العين وخرج عن العهدة. وقول المحقّق الخراساني: إنّ استصحاب حق الاختصاص... ردّ على كلام الشيخ بأنّ موضوع الاستصحاب عرفي، لأنه لما صار الخلّ أو العصير خمراً ولم يدفع الضامن الغرامة، كان يجب الردّ بلحاظ حق الاختصاص، فلو شك في وجوبه بعد دفع الغرامة، استصحاب وجوب الردّ. ولكنّه مردود، لعدم ثبوت حقّ الاختصاص بوجه من الوجوه كما عرفت.

وتقريب كلام الشيخ هو: إنّ الحكم الشرعي وتعيين الموضوع له بيد الشّارع، إلّا أن العرف يشخص الموضوع من ظاهر الدليل المشتمل على الموضوع والحكم، فما شخّصه العرف واستظهره هو الذي يجري فيه الإستصحاب وتقتضي الأدلّة بقائه عند الشك. وعليه، فكما يرجع إلى العرف في معنى قوله عليه السّلام: «ماء البئر إذا تغير ينجس»، إذ يفهم منه كون التغيّر علّة لعروض النجاسة على ذات الماء، ثم لو زال التغيّر من قبل نفسه ووقع الشك في بقاء النجاسة - من حيث أنه هل كان التغيّر سبباً للنجاسة حدوثاً وبقاءً أو حدوثاً فقط - تستصحاب النجاسة. كذلك في ما نحن فيه، فإنّ وجوب الردّ للعين الخارجيّة كان مسبباً عن المملكيّة، ومع الشك في أنّ المملكيّة سبب لوجوب الردّ حدوثاً وبقاءً أو حدوثاً فقط، يجري استصحاب وجوب الردّ بعد زوال المملكيّة.

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٥.

وقد وافقه شيخنا الاستاذ^(١) وأفاد بما حاصله: إنَّ الملكية في المقام حيثية تعليلية، أي: إنه قد ترتب بعلّة الملكية وجوب الردّ على العين، لا أنّه يجب ردّها بقيد كونها ملكاً، فإذا كانت علّة وشكّ في بقاء الحكم بعد زوالها، استصحب الحكم، بخلاف ما إذا كانت قيداً، فإنّه بعد زوالها يزول الحكم بتبعها، ولا مجال للإستصحاب.

والتحقيق: إنّ العناوين المأخوذة في موضوعات الأحكام على ثلاثة أقسام: أحدها: إنه عنوان مشير فقط ولا دخل له أصلاً، مثل: أكرم زيداً الجالس. والثاني: إنه عنوان يدور الحكم مداره حدوثاً وبقاءً، مثل: تعطى الزكاة للمسكين، صلّ خلف العادل، المسافر يقصر، المقيم يُتمّ، وهذا هو الأكثر.

والثالث: إنه علّة حدوث الحكم، مثل: الماء إذا تغير ينجس. إذن، فلا بدّ من استكشاف كميّة الموضوع من الدليل، فإن كان العنوان هو الملاك للحكم، دار الحكم مداره لا محالة، كما في: صلّ خلف العادل ونحوه، وإلاّ يلزم كون الحكم بلا ملك إذا زال العنوان، وكذا السّفر بالنسبة إلى قصر الصّلاة، وهكذا.

ولو شككنا في عنوان مأخوذ في حيّز الحكم أنه هو الملاك ليدور مداره حدوثاً أو بقاءً أو ليس هو الملاك له، لم يجر الاستصحاب أصلاً. وهذه هي القاعدة الكلية.

وحينئذ نقول: إنه لا أقلّ من الشك في كون «الملكية» هي «الملاك» لـ«وجوب الردّ»، وحينئذ لا يجري الاستصحاب، لعدم إحراز الموضوع.

وهذا هو الجواب الصّحيح عن كلام الشيخ والوجه الذي أفاده شيخنا الاستاذ قدّس سرّهما. هذا أوّلاً.

وثانياً: ما هو الدليل على وجوب الردّ؟

إنّ كان أخبار: «لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غير إلّا بإذنه» بتقريب أنّ الإمساك تصرّف، وإذا حرم فيجب الردّ. فلا شبهة في أنّ الموضوع فيها هو «المال»، وما سقط عن المالمية - وإن كان ملكاً - فلا دليل على حرمة التصرف فيه، ولذا جازت الصّلاة في الثوب المخيط بالخيط الذي هو ملك للغير، كما تقدّم، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وإنّ كان ما ورد في بعض أخبار الأنفال من أن صوافي الملوك للإمام إذا لم يكن غصباً، «لأن الغصب كلّه مردود»^(٢) ففيه:

(١) حاشية كتاب المكاسب ١ / ٤٤٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٦، كتاب الغصب، الباب ١ رقم: ٣.

أولاً: البحث لا يختص بالغصب، بل يجري في موارد كثيرة، كما ذكرنا من قبل، فالدليل أخص من المدعى.

ثانياً: إن هذه الرواية إنما تنطبق على شيء مضاف إلى المالك، بالإضافة الملكية أو المالية أو الحقيقية. وفيما نحن فيه: لا إضافة ملكية ولا مالية والحقبة أول الكلام.

وإن كان قاعدة اليد، فقد تقدم ما فيه.

إذن، لا دليل على وجوب الرد حتى يستصحب.

وأما قول الشيخ:

ويؤيده أنه لو عاد خللاً ردّت إلى المالك، بلا خلاف ظاهر.

وقد تقدم منا وجه التأييد، وعدم تمامية الاستدلال بالإجماع صغرى وكبرى.

فقد أجاب شيخنا الاستاذ عن ذلك^(١) بما تقرّبه: تارة: يقع البيع على الخمر، وهذا فاسد بلا كلام. واخرى: يشترى الخل، فيكون سبباً مصححاً لاعتبار الشارع الملكية، ثم ينقلب الخل خمرًا، فيحصل الرفع للاعتبار الشرعي وبذلك تنتفي الملكية، فإن زال المانع بعود الخل خمرًا أثر المقتضي أثره وتترتب الملكية. فظهر أن الدليل على فتواهم بوجوب الردّ في هذه الصورة هو قاعدة المقتضي والمانع، لا الأولوية كما ذكر الشيخ.

وعندنا أن حق الأولوية ثابت، وذلك ببيان آخر:

إنّ الدليل القائم على أنّ «الليد ما أخذت» ظاهرٌ في أنّ الإحاطة بالشيء والسلطنة التامة عليه توجب الاختصاص، ولذا كانت اللأم موضوعة للاختصاص، فإذا جاءت الملكية الشرعية أفادت السلطنة والاختصاص كذلك، ولمّا كان اجتماع المثليين محالاً، فإنّ أقواهما يبقى ويسقط الآخر، ثم لو زال المماثل الأقوى عاد المماثل الضعيف ليؤثر أثره.

وعلى هذه القاعدة نقول: إذا زالت الملكية عادت اليد لتؤثر أثرها وهو الإختصاص والأولوية.

وأيضاً: يمكن أن يستكشف من الإجماع المدعى كون الأولوية بعد زوال الملكية من الارتكازات العقلانية.

وهكذا يتم القول بثبوت الأولوية بعد سقوط الوجوه الخمسة المذكورة في كلمات الأعظم، والله العالم.

حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع البدل

قال الشيخ:

(١) حاشية كتاب المكاسب ١ / ٤٤٥.

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع، خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواءً للسوق أو الزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمرة، ولا يضمن منافعه...
وحاصله: عدم الضمان للعين وللنماءات مطلقاً وللمنافع وارتفاع القيمة بعد دفع بدل الحيلولة، ثم أشار إلى كلمات بعض الفقهاء واختلافهم في المسألة.
أقول:

إن بدل الحيلولة - بناءً على كونه بدلاً عن السلطنة كما هو مختار الشيخ - باق على ملك الضامن، وإنما للمالك أن يتصرف فيه بدلاً عن تصرفاته في ملكه، وعلى هذا، فالعين مضمونة لعدم تدارك ماليتها، وهي قوام الضمان، إذ مالا مالية له لا ضمان له، وكل عين مضمونة فنمائها مطلقاً ومنافعها كلها مضمونة. نعم، يمكن أن يقال بعدم ضمان المنافع الفائتة، لكونها متداركةً ببديل الحيلولة المدفوع لتدارك السلطنة، أما النماءات وارتفاع القيمة، فالضمان بالنسبة إليها ثابت على هذا المبني بلا ريب.

فقوله رحمه الله بعدم الضمان ينافي ما اختاره في المقام.
وأما على ما هو التحقيق من أن بدل الحيلولة غرامة، فهو بدل عن ماليتها العين، فإذا تداركت المالية خرجت العين عن كونها مضمونة، ولو تلفت لم يترتب ضمان التلف، وإذ لا ضمان للعين، كذلك لا ضمان بالنسبة إلى النماءات وارتفاع القيمة.
وربما يقال:

كما أن الغاصب حال دون العين المتعذر الوصول إليها، كذلك حال دون النماءات والمنافع، والحيلولة ملاك دفع البديل، فعليه دفع بدل الحيلولة عن هذه أيضاً.
نقول:

إن الحيلولة إما تكون سبباً لدفع البديل لو كانت العين تحت الضمان، فلو دفع البديل عن الحيلولة دونها خرجت يده عن كونها يد ضمان، وكل عين خرجت عن يد الضمان فلا أثر لنمائها ومنافعها.
وتلخص: ثبوت ضمان النماءات وغيرها على مسلك الشيخ، وعدم ثبوته على المسلك المختار، فالحق مع القائلين بعدم، والله العالم.

حكم ارتفاع القيمة قبل دفع البديل

وأما حكم الضمان لتلك الامور قبل دفع البديل، فقد تعرض له بقوله:
ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم... يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة... قبل الدفع... لكن مقتضى القاعدة ضمانه له...

وحاصله: إن ظاهر كلام بعض الفقهاء^(١) وجوب دفع قيمة يوم التعذر لا قيمة يوم الأداء. قال: لكن مقتضى القاعدة ضمان ارتفاع القيمة وغير ذلك، لأن العين باقية على عهده، فلا بد من لحاظ ارتفاع القيمة، فبين التعذر والتلف فرق، ولذا مع التلف تتعين القيمة وليس للمالك الامتناع من أخذ القيمة، بخلاف صورة تعذر العين، فإن عليه دفع قيمة يوم الأداء بدلاً عن العين والأمور المذكورة. قال: والحاصل: إن قبل دفع القيمة تكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر، والحكم بضمان النماءات والمنافع وعدم الضمان لارتفاع القيمة، تناقض. فعطف التعذر على التلف مخالف لمقتضى القاعدة.

قال السيّد: مقتضى ما قدّمناه من كون نفس العين في العهدة بعد التلف حتى في القيميات ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البديل بعد التلف أيضاً، فلا فرق بين التلف والتعذر في ذلك^(٢). لكن لا دليل على بقاء العين التالفة اعتباراً في الذمة وإن كان ممكناً عقلاً. هذا أولاً. وثانياً: سلّمنا، لكن ارتفاع القيمة بالنسبة إليها قضية يمتنع فيها التالي بامتناع المقدم، إذ لو كانت العين التالفة موجودة لكان لها هذه القيمة المرتفعة، لكنها غير موجودة فليس لها تلك القيمة. والحاصل: إنه لا معنى لأن توصف العين التالفة بارتفاع القيمة، لأنها سالبة بانتفاء الموضوع، بخلاف العين المتعدّرة، فيمكن وصفها بذلك، وهي مورد الضمان، وكذلك النماءات والمنافع وارتفاع القيمة، كما ذكر الشيخ.

حكم ما لو ارتفع التعذر وأمكن ردّ العين

قال الشيخ:

ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر ردّ العين وصار ممكناً، وجب ردّها إلى مالكها... وحاصله: إن دفع بدل الحيلولة إما أخرج العين عن الضمان، بمعنى أنه لو تلفت بعد دفعه، لم يكن عليه دفع قيمتها، وأمّا إذا تمكّن من ردّ العين، فإنّ عموم «على اليد» يقتضي وجوب ردّها فوراً. إن قلت: لقد سقط بسبب التعذر وجوب الردّ، فإذا صار ممكناً يستصحب عدم وجوب الردّ. قلت: إن كلّ تكليف غير مقيّد بوقت ترتّب على موضوع، فإنه يستمرّ بحسب الأزمنة، ولو تعذر امتثاله في قطعة من الزمان لعذر عقلي، فلا وجه للقول بسقوطه كليّةً، لأنّ المفروض وجود الملاك للحكم ووجود الموضوع المترتب عليه، ولذا لو ارتفع العذر بقي التكليف على حاله، لوجود المقتضي وعدم المانع. وهذه قاعدة عامّة مقرّرة، وعلى ذلك، فإنّ التكليف برّد العين المرتفع في وقت تعذّره باق على حاله، فإذا ارتفع العذر وأمكن الردّ وجب، فلا يجوز استصحاب سقوط وجوبه في تلك الفترة.

(١) المحقق في المختصر النافع ٢ / ٢٥٦، والعلامة في تحرير الأحكام ٢ / ١٣٩.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٥٣١.

قال: بل مقتضى الاستصحاب والعموم هو الضمان المدلول عليه بحديث على اليد.
أقول:

وهذا صحيح على مسلكه من أن البديل بدل عن السلطنة، وأن الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفيّة. وذلك: لأنه إذا دفع بدل السلطنة ثم شك في أنه يخرج بذلك عن ضمان العين أو لا، استصحب بقاء الضمان.

وأيضاً: فإنّ الضمان حكم وضعي منتزع من قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت» الذي أفاد وجوب الردّ تكليفاً، والمفروض عدم خروج العين عن يده، ومقتضى عموم الحديث وجوب الردّ، وأمّا ما لم يردّ العين فالعهدة باقية.

إنّما الكلام في إثبات وجوب الردّ بمجرد ارتفاع التعذّر، وإن لم تكن العين في اليد، بناءً على ما هو التحقيق من أن بدل الحيلولة بدل عن الماليّة، والضمان حكم وضعي مستفاد من كلمة «على» في حديث «على اليد»، وأنّ البديل يكون ملكاً للمالك. وذلك: لأنه لما أعطى البديل خرجت العين عن الماليّة، وما لا ماليّة له لا ضمان له، وإذا خرجت العين عن الضمان، فلا وجه للقول بوجوب ردّها.

والحاصل: إن وجوب الردّ أثر الضمان، والضمان يعود إلى الماليّة، والماليّة قد تداركها بدفع بدل الحيلولة، فلماذا يجب الردّ؟ وما معنى التمسك بالإستصحاب أو العموم؟

اللهم إلا أن يقال: بأنّ الضمان هو الكفالة، أي تعهد ردّ العين أو بدلها، فإذا تعذّر ردّها ودفع الضامن البديل، صار مالك العين مالكاً للبديل بعنوان أنه بدل عن العين المتعدّرة، لأنّ البدليّة إنّما تصدق حيث لا يتمكّن من العين، وأمّا مع التمكن من العين فلا مجال للبديل، وعلى هذا، فإنّ مالكيّة المالك للبديل يكون مؤقتاً بزمان تعذّر العين، كما أنّ ارتفاع الضمان بدفع البديل مؤقت، وأنّ الضمان للنماءات والانتفاعات وارتفاع القيمة مؤقت.

ومن هنا يظهر: أنه لو كان الدليل على الضمان هو العمومات الواردة في المال المسروق أو الضائع و نحو ذلك، فإنّ دلالتها على ذلك محدود بصدق عنوان «المسروق» و«المحروق» و«الضائع»، وإلا، فلا معنى للضمان والكفالة، والله العالم.

هل يعود البديل إلى ملك الضامن بمجرد التمكن من ردّ العين؟

قال:

وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكيتها إلى الغارم بمجرد طرّو التمكن، فيضمن العين من يوم التمكن ضماناً جديداً... أو أنها باقية على ملك مالك العين، وتكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر... وأمّا الضمان وعهدة جديدة، فلا؟ وجهان، أظهرهما الثاني، لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة...

وتوضيح الوجه الثاني هو: إن العين المتعدّرة في عهدة الضّامن من أجل اليد عليها، فما دام لم تصل إلى المالك فالضمان باق.

ولا يقال: يعود البديل بمجرد التمكن.

لأنّ بدل الحيلولة كان بدلاً عن العين المتعدّرة، وهي في عهدة الضّامن، ولا أثر لمجرّد التمكن، لأنّ البديل إمّا هو بدل عن السلطنة على التصرفات كما عليه الشيخ، وإمّا هو بدل عن مائة العين كما هو التحقيق، وعلى كلّ تقدير، لا يعود البديل ما لم يُردّ المبدل - وهو العين - إلى المالك.

وعلى الجملة، فإن العين ما لم تعد إلى يد المالك خارجاً، أو لم يقدر المالك على التصرفات الخارجية فيها، لا يخرج البديل عن بدليته، فلا يكفي مجرد التمكن من العين لأنّ يعود البديل إلى الضّامن، كما أنه لا يوجب عود سلطنة المالك على العين، حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض والمعوّض كما ذكر الشيخ.

قال الشيخ:

فإنّ دفع العين، فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة...

ويتحصّل مما ذكر: إنه إنّ دفع الضّامن العين إلى المالك زالت ملكيته عن الغرامة، بلا إشكال، لأنّ البديل إن كان بدلاً عن السلطنة فيكون مباحاً للمالك، فالمفروض رجوع السلطنة، وبذلك ترفع الإباحة، وإنّ كان بدلاً عن مائة العين وهو ملك للمالكها، فقد تقدّم أنّ التعدّر كان هو الموضوع لكون البديل ملكاً للمالك بدلاً عن ملكه، فإذا زال التعدّر وعادت العين إلى المالك، لم يصدق على المدفوع عنوان بدل الحيلولة، وحينئذ تنتمي الملكية، لأنّ الحكم يدور مدار عنوان موضوعه دوران المعلول مدار علته، فإذا زال زال، نظير ما إذا وقف داره على ولده السّاكين في البلد، فمن خرج عن البلد خرج عن تلك الملكية الخاصّة، لأنها كانت تدور مدار ذلك.

فسواء كان بدل الحيلولة بدلاً عن السلطنة أو عن المائة، فإنه بمجرد عود العين إلى المالك يعود البديل إلى الضّامن.

وأما النماء المنفصل، فعلى القول الثاني، تكون النماءات في ملكه، سواء المتّصلة أو المنفصلة، ولو تلف شيء منها فقد تلف في ملكه ولا ضمان عليه.

وأما بناءً على القول الأوّل، فللمالك التصرف بالنماءات بأنحاء التصرف، فيقع الإشكال في التالف، أمّا المتصل، فيمكن القول بعدم ضمانه لأنّ نماءات بدل الحيلولة ليست نماء العين المضمونة، وأمّا المنفصل الذي له وجود خارجي، فهو ضامن له،

فإطلاق القول بعدم الضمان في المنفصل غير تام.

وتنقيح المقام هو:

إن كان بدل الحيلولة بدلاً عن السلطنة، فهل بمجرد تمكّن الغاصب من ردّ العين ترتفع سلطنة المالك عن البديل، أولاً إلا بعد رجوع العين إليه خارجاً؟

وليس المراد من السلطنة - التي كان البديل بدلاً عنها - السلطنة الفائتة من المالك على ملكه، وإلا يلزم أنه لو أرجع الغاصب العين إلى المالك وجب عليه دفع شيء بدلاً عما فات عنه من السلطنة، وهذا ما لا يقول به أحد، لأن مقتضى حديث على اليد ردّ العين، لا ردّها مع شيء زائد، بل المراد أصل السلطنة، فالتوهم المذكور ضعيف للغاية كما قال الشيخ.

قال الشيخ: أظهرهما الثاني...

فإنه ما لم تعد سلطنة المالك على العين برجوعها إليه خارجاً لا يعود ملك البديل إلى الضامن، ومجرد التمكن من إيصال العين إلى المالك لا يصدق عليه عنوان السلطنة الخارجيّة، ولو فرض الشك، جرى استصحاب بقاء سلطنة المالك على البديل بعد التمكن وقبل الرجوع خارجاً.

هذا على مبنى الشيخ.

وأما على مبنى أنّ البديل بدل عن الماليّة وهو ملك المالك العين، فيمكن أن يتمسك بالاستصحاب كذلك.

ولقائل أن يقول: إنّ المالك إنما يملك البديل عوضاً عن ماليّة العين الساقطة بسبب تعذر الوصول إليها لأنّ المال ما تميل النفوس إليه، والشيء المتعذر الحصول لا يمتل إليه النفوس - ومع التمكن من الحصول على العين، تعود الماليّة إليها وتصير بمثابة المال الغائب، وحينئذ، يرجع البديل إلى الغاصب. إلا أنه يجاب عنه: بأن لازم عود البديل إلى الضامن بمجرد التمكن من ردّ العين إلى المالك، أنّ لا يكون ضامناً للعين لو تلفت في البين، لفرض زوال الضمان الأول وعدم تحقق ضمان جديد، وهذا مما لا يلتزم به.

ولو قيل أيضاً: بأن الضامن قد خرج عن الضمان بدفع البديل ولم يتحقق ضمان آخر، فلو تمكّن من ردّ العين وعادت الماليّة إليها بذلك، ورجع البديل إلى الضامن - لأنه كان بدلاً عن الماليّة وقد عادت - فما الدليل على وجوب تسليم العين إلى المالك؟

وبعبارة اخرى: لقد كان وجوب ردّ العين إلى المالك على أثر الضمان، والمفروض ارتفاع الضمان بدفع البديل وكونه ملكاً للمالك، وعدم تحقق ضمان جديد، فلماذا يجب ردّ العين خارجاً إلى مالِكها؟ وأيضاً: وجوب إرجاع العين إلى المالك إنما هو لأجل الضمان، فهو موقوف عليه، لكن الضمان منوطٌ بالبديل، فلو كان دفع بدل الماليّة متوقفاً على إرجاع العين لزم الدور، فلا مناص من القول بعود البديل بمجرد التمكن.

والجواب عن ذلك كلّه يظهر مما تقدّم في حديث على اليد، فقد قلنا بأن «على» تفيد الضمان، والضمان هو الكفالة لغةً وعرفاً، وللکفالة اقتضاء: ان ردّ العين، فإن تعذر فالبدل عن الماليّة، إرجاع العين

هو مقتضى القاعدة والذمة به مشغولة، والبدل كان بدلاً عن مائة تلك العين المضمونة ما دامت متعذرةً، وبمجرد التمكن منها يتوجه إليها الحكم بوجود الرد بمقتضى القاعدة، فإذا ردت عاد البدل إلى الضامن.

قال الشيخ:

ولوم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً... نعم، للمالك مطالبة عين ماله...
أقول:

إن كان بدل الحيلولة عوضاً عن العين، بأن تقع بينهما المعاوضة القهرية شرعاً - كما قال بعضهم - جاز له أن يطالب بالبدل ولا يدفع العين إلا بعد وصول البدل إليه، لأن هذا مفهوم العوضية، فلكل منهما المطالبة بعين ماله.

ولكن الصحيح بقاء العين على ملك مالکها والبدل بدلاً عن المائة، فللمالك أن يطالب بعين ماله، وليس للضامن المطالبة بالبدل، لأنها كانت بدلاً عن مائة ما في عهده، وما لم يخرج عن العهدة بدفع العين، لم يجز له المطالبة بالبدل.

وربما يقال: إن وجوب رد العين إلى مالکها على الضامن يلزم كونه ضامناً فعلاً للعين، والضامن للعين إما يكون حيث يرجع إليه بدل الحيلولة، إذ لو كان ملكاً مالك العين لارتفع الضمان عن الضامن. فالقول بعدم رجوع البدل إلى الضامن بمجرد تمكنه من إيصال العين وبقائه على ملك مالك العين الملازم لعدم الضمان، والقول بوجود رد العين الملازم لكونه ضامناً، جمع بين المتناقضين.

وأيضاً: وجوب إيصال العين إلى مالکها متوقف على الضمان، والضمان متوقف على رجوع البدل، فلوم يرجع فلا ضمان، فرجوع البدل إلى الضامن يتوقف على إيصال العين وإيصال العين يتوقف على الضمان، والضمان يتوقف على رجوع البدل، فرجوع البدل يتوقف على رجوع البدل. وهذا دور. أفاده الميرزا الاستاذ في الدورة الثانية^(١).

والجواب ظاهر مما تقدم، فإن وجوب إيصال العين إلى مالکها مسبب عن الضمان الأول، فكان الواجب عليه رد نفس العين، ثم يكون الواجب عليه دفع البدل في فرض تعذر العين، فإذا تمكن من رد العين أثار الضمان الأول أثره، فلا مانع من الجمع بين القولين ولا دور.

وأما التمسك باستصحاب بقاء ملك المالك على البدل، واستصحاب عدم استحقاق الضامن له، فمن الواضح أنه متأخر عن الدليل، وقد قال المحقق الخراساني: الظاهر أن الغرامة المدفوعة لا تعود إلى ملك

(١) المكاسب والبيع ١ / ٣٨٨.

الغارم بمجرد حدوث تمكّنه من ردّ نفس العين ما لم يردها، حيث إنّ العرف الحاكم في باب كيفية الغرامات إنما يكون بناؤهم على العود بالردّ لا بالتمكّن.^(١)

وهذا عجيب جدًّا، لأنّ بناء العرف على عدم عود الغرامة إلى الضّامن ما لم تسلّم العين إلى المالك، لا أنّها تكون ملكاً للضّامن.

وقال شيخنا الاستاذ: إنّ التعدّر لا يسبّب ملكيّة الغرامة، بل هو سبب استحقاق المالك للغرامة ووجوب دفعها على الضّامن، وبمجرد الدفع يسقط الوجوب ويصل الحقّ إلى صاحبه ويملك المالك البدل، فالقول برجوع البدل إلى الضّامن بمجرد التمكّن من ردّ العين، بلا وجه.^(٢)

والتحقيق:

إنه بمجرد التمكّن من ردّ العين يرجع البدل إلى ملك الضّامن، أمّا وجوب دفع بدل الحيلولة، فالدليل عليه ليس إلّا النصوص، ففيها: «ضاع» أو «سرق» أو «غرق» أو «هلك». والجامع بين هذه العناوين هو عدم إمكان الوصول إلى الشيء، لأنّ الشيء إذا «هلك» لا يعود حقيقةً، وإذا «ضاع» أو «سرق» ونحو ذلك لا يعود عادةً، فالجامع بين هذه العناوين - إذ جاءت في سياق واحد - هو ما ذكرناه، وهذا الجامع موجب للضّمان والكفالة، ويستفاد أيضاً من ورودها في سياق واحد: أنّ الذي يضمنه الغاصب هو مالّية ملك الغير، لا أن الشيء يخرج عن ملك المالك ويكون ملكاً للضّامن إذا دفع بدل الحيلولة، لأنّ الهالك لا يملك، ويشهد بكون المضمون هو المالّية التعبير في بعض النصوص بـ«الغرامة» و«القيمة» و«التمن».

فالمستفاد من وحدة السّياق في النصوص: أنه لو غصب مال الغير وتعدّر الوصول إليه، ضمن الغاصب مالّيته وهو باق على ملك المالك غير خارج عن ملكه، نعم، هو ملك بلا مالّية، فالغرامة غرامة العين المسروقة... ثمّ إذا أمكن الوصول إلى العين تبدّل العنوان الجامع وعادت المالّية إلى ملك المالك، وإذا عاد المبدل إلى المالك عاد البدل - وهو بدل الحيلولة - إلى الضّامن، ولا وجه لبقائه بيد المالك بل هو خلف.

هل للضّامن حبس العين إلى أن يأخذ البدل؟

وممّا ذكرنا يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة كما اختاره في التذكرة...^(٣) وعن

التحرير^(٤): الجزم بأنّ له ذلك...

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٦.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١ / ٤٥٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢ / ٣٨٥، إيضاح الفوائد ٢ / ١٧٨، جامع المقاصد ٦ / ٢٦١.

(٤) تحرير الأحكام ٢ / ١٤٠.

أقول:

هذا متفرّع على ما سبق، ونحن بناءً على المختار من أنه بمجرد التمكن من ردّ العين يعود البدل إلى الضامن، نبحث عن حكم الطرفين، ولكنّ الشيخ لما قال بأنّ بدل الحيلولة بدل عن السلطنة، فلا محالة يجوز للمالك حبسه إلى أن تصل العين إليه، فهل للمالك أن يحبس الغرامة إلى أن تصل إليه العين؟ وهل للضامن حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة؟ فنقول:

قد ذكروا أنّ للبائع أن لا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن، وكذا المشتري، فله أن لا يسلم الثمن حتى يقبض المبيع، وفي خيار الفسخ حيث يستحقّ كلّ منهما ما كان يملكه يحكم عليهما بإرجاع كلّ منهما ما لصاحبه وتسلمه ما لنفسه، والظاهر أن قولهم بذلك مستند إلى كونه من المرتكزات عند العرف، لأن المتعاملين إذا تبادلوا المالين في معاملة، ثم أرادا الفسخ، لم يدفع كلّ منهما مال صاحبه إلاّ بأخذ ما هو له منه، ولكن لا دليل شرعيّ على ذلك، ولذا جاز لكلّ منهما المطالبة بماله الذي بيد الآخر، ولو امتنعا من التسليم رجع الأمر إلى التقاض، وذاك أمر آخر.

هذا بالنسبة إلى العين وبدل الحيلولة.

أما في النماءات، فالنماء المنفصل الموجود لبذل الحيلولة يرجع مع البدل إلى الغاصب، بناءً على كونه بدلاً عن السلطنة، وهو ملك مال العين بناءً على كون البدل بدلاً عن المالية. وأمّا النماء المنفصل غير الموجود، فلا ضمان بالنسبة إليه على كلا المسلكين.

الكلام في

شروط المتعاقدين

البلوغ * القصد * الاختيار

* إذن السيد لو كان العاقد عبداً

* أن يكونا مالكين أو مأذونين.

صفحه سفید

مسألة

المشهور بطلان عقد الصبي

قال الشيخ:

المشهور كما عن الدروس والكفاية^(١) بطلان عقد الصبي، بل عن الغنية^(٢) الإجماع عليه وإن أجاز الولي، وفي كنز العرفان^(٣) ... وعن التذكرة^(٤) ...

أقول:

المشهور المعروف - بل المحكي عليه الإجماع - هو بطلان عقد الصبي حتى مع إذن الولي، وصاحب الجواهر رحمه الله أيضاً على أن الصبي محجور عليه بقول مطلق^(٥).

والمباحث المرتبطة بالصبي تارة: تتعلّق بالاعتقادات، كما ذكر السيّد الطباطبائي أنه يجب على الصبيّ الاصول الاعتقاديّة بحسب استعداده^(٦). ومن العجائب قول بعضهم: بأنّ اعتقادات الصبيّ ملغاة كمعاملاته ولا أثر لها، إذ لا شبهة في أنّ الصبيّ إذا أدرك المعارف واعتقد بالاصول الدينيّة يعدّ من المسلمين، بل إنه المستفاد من بعض النصوص. ومن أقوى الشواهد على ذلك إسلام أمير المؤمنين، فإنه أوّل من أسلم وإسلامه أوّل الإسلام، وإن قيل: بأنّ ذلك من خصائصه عليه السّلام^(٧).

واخرى: تتعلّق بعباداته من حيث المشروعيّة وعدمها وإن لم تكن واجبةً عليه، والحق هو القول الأوّل، غير أنّ حجّه لا يكفي عن حجة الإسلام.

ولولا خروج البحثين عن محلّ الكلام لتعرّضنا لهما بالتفصيل.

(١) الدروس ٣ / ١٩٢، كفاية الأحكام: ٨٩.

(٢) غنية النزوع: ٢١٠.

(٣) كنز العرفان في فقه القرآن ٢ / ١٠٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢ / ٧٣.

(٥) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٦١.

(٦) حاشية المكاسب ٢ / ١٠.

(٧) جواهر الكلام ٣٨ / ١٨٢.

والكلام في معاملات الصبي، فأما الأحكام الوضعيّة المتعلّقة بنفسه، فلا ريب في تلبّسه بها، فإنّه يكون مالکاً سواء بالإرث والوقف، ويكون ضامناً. أمّا الأحكام الوضعيّة المتعلّقة بغيره، من البيع والصلح والهبة وغيرها من المعاملات، فقد وقعت موقع الخلاف، فنقول:

هل يصحّ منه البيع ويترتب عليه الأثر بإذن من وليّه أو أنّ قصده للبيع كلا قصد وإنشائه للصيغته
كلا إنشاء؟ وبعبارة أخرى: هل محجوريّة الصبي كمحجوريّة المجنون بمعنى اللغوّة المحضّة، أو أنّها
بمعنى عدم الاستقلال له؟

أدلة القول بالبطلان مطلقاً

ولنذكر أولاً ما استدلّ به لقول المشهور وبعض الأقوال في المسألة، وقد استوعبها جدنا في حاشيته بالتفصيل^(١)...

الوجه الأول: قوله تعالى: (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)^(٢) بتقريب: إن الإبتلاء هو الاختبار، و «حتى» غاية لذلك، فإن كانوا على رشد فادفعوا إليهم أموالهم، فكان دفع المال إلى اليتيم منوطاً بالبلوغ والرشد، لاشتمال الآية على مفهوم الغاية الدالّ عليه «حتى»، ومفهوم الشرط الدالّ عليه «إن»، فليس له حقّ التصرف في أمواله قبل البلوغ، بل يعتبر الرشد فيه بعد بلوغه.

وقد أورد على الاستدلال^(٣): بأن مقتضى الشرط في (فإن آنستم منهم رشداً) أنّ الصبي إذا كان رشيداً يدفع إليه ماله وإن لم يبلغ. وبعبارة أخرى: هذا الشرط يرجع إلى صدر الآية لا إلى مدخول «حتى»، بقريّة عود الضمير في «منهم» إلى «اليتامى».

الوجه الثاني الروايات:

منها: عن أبي جعفر عليه السّلام: الغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك.^(٤)

ومنها: عن أبي عبد الله عليه السّلام: أنه سئل عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال: احتلامه^(٥).

(١) غاية الآمال: ٣١٩.

(٢) سورة النساء: ٦.

(٣) انظر: المكاسب والبيع ١ / ٣٩٦ - ٣٩٧.

(٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٦٠، كتاب التجارة، الباب ١٤ رقم: ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٨ / ٤١٢، كتاب الحجر، الباب ٢ رقم: ٥.

ومنها: عن أبي عبدالله عليه السلام: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها وجاز أمرها في مالها وأقيمت الحدود التامة لها وعليها^(١).

هذا، مضافاً إلى أخبار رفع القلم:

كقول أمير المؤمنين عليه السلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ^(٢).

فذهب المشهور إلى أن كل قول أو فعل له أثر وضعي، لا يترتب عليه الأثر إذا صدر عن الصبي، فقبول الهدية - مثلاً - مشروط بالقبض، فقبض الصبي لا قبض، فلا تتحقق الهدية وإن وصلت إلى يده، والحياسة تابعة للقصد، وقصده كلا قصد، وكذا التسمية في الذبح، وهكذا في البيع والإجارة وغيرهما من المعاملات، سواء كانت في أمواله أو بالوكالة عن غيره.

ولابد من النظر في الأدلة لنرى مدى دلالتها، ويقع البحث في مسائل:

إحداها: أن يستقل الصبي كالبالغين في جميع الأمور.

ولا خلاف ولا كلام في عدم كونه كالبالغين، وهذا هو القدر المتيقن من الأدلة.

والثانية: أن يتصرف في أمواله بإذن من الولي ويكون تصرفه نافذاً.

والمشهور: عدم الجواز.

والثالثة: أن يتصرف في مال غيره، بأن ينشئ العقد وكالة عن المالك بإذن من وليه أو بدون إذن

منه.

والرابعة: إنه لا أثر لقوله ولا فعله، لا في أموال نفسه ولا أموال غيره قليلاً كان أو كثيراً.

وهذا ظاهر عبارة الشيخ إذ قال بعد قوله: والعمل على المشهور:

والحاصل: إن مقتضى ما تقدم... عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتر في القصد

إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً ووكالةً والقبض والإقباض، وكل التزام على نفسه من ضمان أو أقرار أو

نذر أو إيجار...

النظر في الاستدلال بالكتاب

ولا ريب في أنه لا خصوصية لليتيم، بملاحظة الحكم والموضوع.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٤١١، كتاب الحجر، الباب ٢ رقم ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١ / ٤٥، أبواب مقدمة العبادات، الباب ٤ رقم ١٠.

والإبتلاء - كما في تفسير الصّافي وغيره^(١) - هو الإختبار، وهو يكون في حال الصّغر وإلّا يلزم منع المالك من التصرف في أمواله بلا دليل.

(حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ)، كناية عن البلوغ.

لكنّ البلوغ وحده لا يجوز أن يدفع إليه ماله، بل يشترط الرّشد، وهو ما دلّ عليه قوله: (فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)، أي: (فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا) في حال بلوغهم حدّ النكاح، (فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ليتصرفوا فيها كيفما يشاؤون.

فمقدّم القضية الشرطيّة مرّكب من قيدين.

هذا تقريب الاستدلال بالآية المباركة على بطلان جميع تصرفات الصّبي مطلقاً.

وفيه نظر:

لأنّ غاية ما يمكن أن تدلّ عليه الآية: أن الصّبي لا تدفع إليه أمواله لأنّ يتصرف فيها كيفما شاء، أمّا أن لا يجوز له شيء من التصرفات في أمواله حتى مع إذن الولي، فلا دلالة لها عليه، وكذا لا تدلّ على المنع من تصديّه للتصرف في مال لغيره بإذن منه والقبول لهبة وهديّة مثلاً:

إنّ غاية ما تدلّ عليه الآية عدم جواز تصرفاته في أمواله، أمّا في أموال غيره مع الإذن من المالك، وكذا في أمواله مع الإذن من وليّه، وكذا في أخذ شيء وقبوله، فالآية ساكتة عن ذلك. فهو في أمواله فقط غير مستقلّ في التصرف.

الاستدلال بالروايات

(الطائفة الاولى) استدلل جماعة منهم: الشيخ والسيد في الغنية وابن إدريس والعلامة^(٢) بحديث

رفع القلم، ففي الوسائل:

عن الصدوق بإسناده عن ابن زيبان قال: أتى عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها.

فقال علي عليه السلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصّبي حتى يحتلم وعن المجنون

حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ.

وفي الرّواية بعدها:

عن الغلام متى تجب عليه الصّلاة؟

أنه إذا احتلم فقد وجبت عليه الصّلاة وجرى عليه القلم.^(١)

(١) تفسير الصّافي ٣٩١/١.

(٢) المبسوط ٣ / ٣، الغنية: ٢١٠، السرائر ٣ / ٣، التذكرة ٢ / ١٤٥.

وفي المستدرک: عن سليمان المرزوي عن الرضا عليه السلام إنه قال: وإنَّ الصبي لا يجري عليه القلم حتى يبلغ^(٣)...

قال الشيخ بعد أن ذكر روايات رفع القلم:

ثم إنَّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين أقول:

والإنصاف عدم إمكان المساعدة على ذلك، لأنَّ ظاهر ما يصدر عن الشارع من الوضع والرفع هو أن يكون تشريعاً، فالمراد هنا رفع قلم التشريع في قبال وضعه، لا أنه لا يؤخذ، إذ المؤاخذة إن كانت دينوية كالحد، فالرواية عامة غير مختصة بها، وعلى فرضه فالمراد غيرمخصّص. لكنَّ ظاهر كلام الشيخ أن المراد المؤاخذة الاخروية.

وأيضاً، فإن الظاهر من الرفع هنا هو رفع التكاليف الإلزامية، والمراد منه في هذه الروايات هو «الدفع»، فالمعنى أن الصبي غير مكلف بشئ من الأحكام الإلزامية المكلف بها البالغ.

والحاصل: إنه ليس ظاهر الرواية عدم ترتب شيء من الآثار على أفعال الصبي، كما ذكر الفقهاء، ولا أنها تفيد عدم المؤاخذة، كما ذكر الشيخ، بل ظاهرها أن ما وضع على البالغ من التكاليف الإلزامية غير موضوع على الصبي.

ويمكن أن يقال في الآية أن المعنى: راقبوا اليتامى في شئونهم، فإذا بلغوا النكاح فهم مستقلون في أفعالهم وهم المسئولون عنها، فإن أنستم منهم رشداً قبل البلوغ فادفعوا إليهم أموالهم. فتدل الآية على أن الصبي الرشيد تفوض إليه أموره.

ولكن قد ورد في تفسير الصافي^(٣) عن القمي عنه عليه السلام قال: من كان في يده مال بعض اليتامى، فلا يجوز أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتلم، فإذا احتلم وجبت عليه الحدود وإقامة الفرائض، ولا يكون فإذا أنس منه رشداً دفع إليه المال فإذا كان كذلك دفع إليه ماله. فهو ظاهر في الرشد بعد البلوغ.

وعن تفسير العياشي عن عبدالله بن سنان قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام: متى يدفع إلى الغلام ماله؟ قال: إذا بلغ وأونس منه رشده ولم يكن سفيهاً^(٤).

(١) وسائل الشيعة ١ / ٤٥، في علائم البلوغ، أبواب مقدمة العبادات، الباب ٤، رقم ١١ و ١٢.

(٢) مُستدرک الوسائل ١ / ٨٧، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤ رقم: ٩.

(٣) تفسير الصافي ٣٩١/١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩ / ٣٧٠، كتاب الوصايا، الباب ٤٦ رقم: ٢.

وهذا مثل سابقه.

وعلى الجملة، فقد تقدّم عدم دلالة الآية على المدعى، فلو توكلّ الصبي عن غيره في شئ من العقود والإيقاعات لم تمنع الآية عن ذلك، إذ الآية إنما دلّت على أن لا يجوز له أن يتصرّف في ماله بإذن من الوليّ أو في مال غيره بإذن مالكه.

ثم ذكرنا حديث رقم القلم، فقد استدّل به المشهور، وهو عدّة روايات، ذكرنا بعضها، ومنها عن علي عليه السّلام:

إنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق ذكرنا بعضها، والصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأ، تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم^(١).

وتقريب الاستدلال:

إن فعل المجنون والصبي والنائم لا يترتّب عليه شيء، ففعلهم فعل، وقصدهم قصد، لا يكتب شيء من أقوالهم وأفعالهم بقول مطلق، لأنّ القلم هو ما تشير الآية المباركة إليه من (وَإِنَّ عَلَيْكُمْ لِحَافِظِينَ * كِرَامًا كَاتِبِينَ)^(٢) والآية (إِنَّ رُسُلَنَا يَكْتُبُونَ مَا نَمُكِّرُونَ)^(٣) فالمراد قلم كتابة الملكين، فهما لا يكتبان شيئاً من أقوال وأفعال الثلاثة، فلا يترتب على شئ من ذلك أثر من الآثار الشرعيّة بل هو كأن لم يكن.

النظر في الطائفة الاولى

قال الشيخ:

وأما حديث رفع القلم، ففيه...

أجاب الشيخ بثلاثة وجوه، وهي:

أولاً: المراد من القلم قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام الوضعيّة منها والتكليفية.

وثانياً: المشهور على أنّ الأحكام الوضعيّة مجعولة بنفسها، فلم لا يقال بأنّ المرتفع قلم الأحكام التكليفية، وأمّا الأحكام الوضعيّة فتابعة لموضوعاتها، وتدور مدارها، فكما يكون الصبي محدثاً إلا أن وجوب الوضوء بعد البلوغ، ويكون ضامناً للشيء إذا غصبه في حال صباه لكنّ وجوب الأداء بعد البلوغ، كذلك لو أجرى عقد البيع، فالملكيّة تحصل له قبل البلوغ إلا أنّ وجوب الوفاء يكون بعده، أو أجرى عقد النكاح، فالزوجيّة تتحقّق له إلا أنّ وجوب النفقة - مثلاً - بعد البلوغ، وهكذا.

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٩٠، كتاب القصاص، الباب ٣٦ رقم: ٢.

(٢) سورة الإنفطار: ١٠.

(٣) سورة يونس: ٢١.

فالأحكام الوضعية تترتب على أفعال الصبي، غير أن آثارها التكليفية تتوقف على البلوغ. وثالثاً: إنه يجوز أن يكون الفعل أو القول الصادر من غير المكلّف موضوعاً لأحكام البالغين، كما لو أنجس الطفل المسجد، فإنه يجب على البالغين إزالة النجاسة، وعليه، فلو عقد الصبي البيع لم يترتب عليه الأثر فعلاً إلا أنه يصير موضوعاً لوجوب الوفاء عليه بعد بلوغه، إذ لا فرق في كون الفعل موضوعاً لحكم البالغين، بين أن يكون البالغ هو أو غيره، ولذا يجب عليه تطهير المسجد بعد بلوغه إن لم يبادر غيره إلى ذلك.

أقول:

إن رفع المسبب برفع سببه، وإنّ المؤاخذة مسببة عن المعصية، وهي ترك الواجب أو فعل الحرام، فإذا كان المراد قلم المؤاخذة، كان المعنى عدم صدور المعصية من الصبي، أي: إنه لا يجب ولا يحرم عليه شيء، وحينئذ يكون الحديث أجنياً عن العقود والإيقاعات ويخرج عن البحث. وبعبارة أخرى: رفع القلم كناية عن رفع الأحكام الإلزامية، فلا دلالة للحديث على بطلان عباداته المستحبة. أما العقود والإيقاعات، فلا ربط للحديث بها حتى يستدلّ على بطلانها من الصبي. هذا أولاً.

وثانياً: إن هذا الرفع تشريعي، وهو إنما يتعلّق بالتكليف، فإنه القابل للوضع فيقبل الرفع. نعم، إنما يتم الرفع حيث يكون المقتضى للحكم ثبوتاً أو إثباتاً متحققاً. وبعبارة أخرى: إنما يصدق الرفع إذا كان المرفوع ثابتاً خارجاً أو ملاكاً أو بحسب العمومات في مقام الإثبات، وعلى كلّ حال، فإنّ الرفع إنما يتعلّق بالتكليف، ولذا جاء التعبير عن التكليف بالكتابة في مواضع من الكتاب المجيد، كقوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ)^(١) وقوله: (فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ...)^(٢) وأمثال ذلك، حيث جاء الحكم التكليفي في حيّز الكتابة، فالقلم قلم التكليف، وهو مرفوع عن الصبي، أي لا يكتب عليه، لأنّ العقاب - سواء كان بحكم العقل، أو كما قال ابن سينا: هو على أثر الوعيد، أو كما قال الفلاسفة: إنه على أثر إفاضة الصور الاخروية على الأعمال - لا علاقة له بالتشريع.

ولمّا كان الرفع تشريعياً، فهل هو رفع لخصوص التكاليف الإلزامية أو للأعمّ منها ومن غير الإلزامية؟ الظاهر هو الأول، لأنّ الرفع يقابل الوضع، والوضع لا يصدق إلا في الإلزاميات [١]، وعلى هذا، فالحديث أجنبي عن محلّ الكلام.

وعلى الجملة: فإنّ الشيخ ذكر أنّ المراد قلم المؤاخذة، ولعلّه لأنه المرفوع عن المجنون والنائم وهما غير مكلّفين، فمقتضى وحدة السياق أن يكون هو المراد في الصبي كذلك، فالرفع عنهم عقلي لا شرعي.

(١) سورة البقرة: ١٨٣.

(٢) سورة البقرة: ٢٤٦.

لكنَّ الرفع تشريعي، وهو إما يصدق حيث يمكن الوضع، والوضع إنما يتعلَّق بالتكليف، فلو سلّمنا مقتضى وحدة السياق، فإن قوله: «لا قلم جعل الأحكام» غير صحيح، لأن «رفع القلم» سواء كان إخباراً أو إنشاءً لرفع المؤاخذة، كناية عن رفع سببها، وهو المعصية، والمعصية فرعٌ للأمر أو النهي الإلزامي، فيرجع إلى رفع التكليف، وعليه، يكون الحديث أجنبياً عن العقود والإيقاعات ومطلق الأحكام الوضعيّة.

[١] وهذا البيان هو الصحيح، وأمّا ما عن بعض الأصحاب من أن ظاهر كلمة الرفع وجود الثقل وهو في التكليف الإلزاميّة دون المستحبّات. فيرد عليه: أن كلمة الرفع تستعمل سواء في الثقل والخفيف، إذ لم يثبت أخذ الثقل في مفهوم الرفع، ومن هنا جوز بعض مشايخنا دام بقاءه رفع الحديث المستحبّات كالواجبات. لكنَّ مقتضى بيان السيّد الجدّ عدم رفع المستحبّات كما لا يخفى.

على أنّ ظاهر الحديث هو أنّ ما شرّع للبالغين غير مشرّع لغيرهم، وما شرّع للعقلاء غير مشرّع للمجانين، وما شرّع لليقظين غير مشرّع للنائمين، فهو غير مرتبط بالأحكام الوضعيّة التي لا دخل للعقل والبلوغ واليقظة فيها، لأنها أحكام تترتب على موضوعاتها، أعمّ من أن يكون عاقلاً أو مجنوناً، بالغاً أو صبيّاً، نائماً أو مستيقظاً.

وتلخص: عدم تماميّة الاستدلال بهذا الحديث لاعتبار البلوغ في العقود والإيقاعات.

فإن قلت:

قد ورد في خبر أبي البختري: «المجنون والصبي عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم»^(١) وظاهره كون رفع القلم مسبباً عن أنّ «عمدهما خطأ»، فيفيد أنّ قصدهما لا قصد، فهو ظاهر في أن كلّ أمر قصدي يصدر عن المجنون والصبي لا يترتب عليه الأثر الذي يقصد منه، فيعمّ العقود والإيقاعات ونحوها من الأحكام الوضعيّة المعترّبة فيها القصد، فيدلّ على اعتبار البلوغ في البيع.

قلت:

أولاً: هذه الرواية تشتمل على جملتين، الأولى اسميّة والثانية فعليّة، وفي كلّ واحدة منهما حكم مستقلّ، لا أن الثانية متفرّعة على الأولى، وإن ذكر ذلك الشيخ فيما سيأتي.

وثانياً: إنّ لسان قوله: «عمدهما خطأ» لسان الحكومة، ومعنى ذلك ترتيب آثار المنزل عليه على المنزل، مثل: «الطواف بالبيت صلاة» وحينئذ، فما هو أثر الخطأ حتّى يترتب على العمد؟ إنه ليس رفع القلم من آثار الخطأ منهما حتى يترتب على العمد.

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٩٠، كتاب القصاص، الباب ٣٦ رقم: ٢.

وثالثاً: إنّ غاية ما تدلّ عليه هذه الرواية ترتيب أثر الخطأ على العمد منهما، ولا دلالة لها على أنّ القصد منهما كلا قصد، وهذا هو المدعى.

هذا تمام الكلام على حديث رفع القلم.

النظر في الطائفة الثانية

(الطائفة الثانية) واستدلّ أيضاً بالخبر عن حمزة بن حمران عن حمران، قال:

سألت أبا جعفر عليه السّلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود...؟ فقال: إذا

احتلم... قلت: فالجارية متى...؟

قال عليه السّلام: 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 وأقيمت عليها الحدود التامة... والغلام لا

يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ...^(١).

وعن أبي الحسين الخادم بيّاع اللؤلؤ عن أبي عبدالله عليه السّلام: قال سأله أبي - وأنا حاضر - عن

اليتيم متى يجوز أمره؟

قال عليه السّلام: حتّى يبلغ أشده.

قال: وما أشده؟

قال: احتلامه^(٢).

وعنه: عن اليتيم متى يجوز أمره؟

فقال عليه السّلام: حين يبلغ أشده.

قلت: وما أشده؟

قال: الاحتلام.

قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة لا يحتلم أو أقل أو أكثر.

قال: إذا بلغ ثلاث عشرة سنة كتب له الحسن وكتب عليه السّي وجاز أمره إلا أن يكون سفيهاً

أضعيفاً^(٣).

وعن عبدالله بن سنان... عن قول الله عزّوجلّ (حتّى إذا بلغ أشده) قال: الاحتلام.

(١) وسائل الشيعة ١ / ٤٣، أبواب مقدّمة العبادات، باب ٤ رقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٤١٢، كتاب الحجر، الباب ٢ رقم: ٥.

(٣) مستدرک الوسائل ١ / ٨٨، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤ رقم: ١٢.

قال فقال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة ونحوها.

فقال: لا، إذا أتت عليه ثلاث عشرة... جاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً.

فقال: وما السفيه؟

فقال: الذي يشتري الدرهم بأضعافه.

قال: وما الضعيف؟

قال: الأبله^(١)

وعن الصدوق: قال أبو عبدالله: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها وجاز أمرها في مالها...^(٢)

قال الشيخ:

لكن الإنصاف: أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأن الجواز مرادف للمضي... ويؤيده: ظاهر إضافة «الأمر» إلى «الشخص».

قال:

فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماض بل موقوف. أي: إن لعقد الصبي صحة تأهليّة، فكما يتوقف بيع الفضولي على إجازة المالك، فإذا أجاز جاز البيع، كذلك بيع الصبي، يتوقف على إجازة الولي، فإذا أجاز جاز، فاستدلال المشهور بهذه الروايات على أن قصد الصبي كلا قصد مردود، لأنها تدلّ على عدم الجواز بنحو الإستقلال.

قال:

ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: إلا أن يكون سفيهاً...

أقول:

وحاصل الكلام: إنه إن كان الأمر راجعاً إلى الغير - كأن يكون الصبي وكيلاً في بيع مال الغير - فهذا خارج عن الروايات الظاهرة في كون الأمر أمره موضوعاً، وإن كان الأمر أمر الصبي، فهو موقوف على إذن الولي، والروايات لا تنفي صحة عقده إذا كان بإذنه، وإنما تنفي استقلاله في التصرف، ويشهد له الاستثناء المذكور، فلا دلالة للروايات على سلب عبارته.

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ٣٦٣، كتاب الوصايا، الباب ٤٤ رقم: ٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٤١١، كتاب الحجر، الباب ٢ رقم: ٣.

فإن قلت:

قد دلت الأخبار على أنه إذا كان بالغاً جاز أمره، وهذا واضح، أمّا عدم جواز أمره في حال الصغر، فيمكن أن يكون للغويّة معاملته، أو لوجود المانع وهو الاستقلال، أو لعدم الشرط وهو إذن الولي. وبعبارة أخرى: عدم جواز أمره في حال صغره يمكن أن يكون لفقد عقده للشرط وهو إذن الولي، أو لوجود المانع عنه وهو استقلاله، كما يمكن أن يكون من جهة أن قصده كلا قصد. أمّا السفيه، فقد علم من الخارج انتفاء الشرط في معاملته، فلا يصلح لأن يكون شاهداً على أنّ الموجب لعدم الجواز في الصبيّ فقدان الشرط كذلك.

وعلى الجملة، فإنّ الروايات بالنسبة إلى سبب عدم جواز أمر الصبيّ مجملة، فلا ظهور لها ليستدلّ بها على سلب عبارته أو لتوقف عقده على الإذن.

قلت:

قد تقرّر في الاصول: أنّ المخصّص المنفصل إن كان مجملاً يؤخذ بالقدر المتيقّن منه، ويبقى العام على حجّيته في الزائد عنه ويتمسك به، إذ لا ترفع اليد عن الحجّة إلاّ بالحجّة. وفيما نحن فيه: مقتضى عمومات البيع من (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)^(١) و (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)^(٢) ونحوهما هو جواز بيع الصبيّ، لكنّ الروايات المذكورة تخصّص تلك العمومات بالقدر المتيقّن منها، وهو ما لو كان الصبيّ مستقلاً في تصرفه في ماله، وما زاد عنه - وهو ما لو كان مع إذن الولي، أو كان تصرفه في مال غيره بإذن مالكة - فمشكوك فيه، فيتمسك بالعام.

إن قلت:

لا إشكال في أنّ للوليّ أن يتصرّف في مال الصبيّ بالاستقلال، فالقول بجواز أمر الصبيّ في ماله بإذن وليّه يستلزم اجتماع المثليين في جواز الأمر - غاية الأمر أنّ أحد المثليين بنحو الإطلاق والآخر بنحو التقييد - وهو محال.

فالبرهان العقلي مانع من التمسك بالعام في الزائد عن القدر المتيقّن.

قلت:

إن كان ترتب الأثر على تصرّف الوليّ في مال الصبيّ أمراً وضعياً، توجّه الإشكال بلزوم اجتماع المثليين، ولكنّه حكم شرعي، وتصرّف الصغير في ماله حكم وضعي لكونه مالاً حقيقةً، فالإشكال المذكور مندفع.

والتحقيق:

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.

تارةً: يوكل الولي الأمر إلى الصبي ويجعله مختاراً في اموره يفعل ما يشاء، فهذا لا يجوز، لأنه على خلاف الكتاب كقوله تعالى: (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى... وَالسُّنَّةَ، وهو ما ورد في الروايات من أنه لا يجوز أمر الصبي حتى يبلغ. واخرى: يكون للولي نظارة، وكلّ معاملة صدرت من الصبي وكانت بنظارة من الولي، فهذا لا مانع عنه، كما هو الحال بالنسبة إلى السّفية تماماً. والعلم عند الله.

النظر في الطائفة الثالثة

قال الشيخ:

وكيف كان، فالعمل على المشهور، ويمكن أن يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن «عمد الصبي وخطأه واحد»... فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطئ وإيقاعاتهم. وأجاب عن سؤال مقدّر حاصله: اختصاص تلك الأخبار بباب الجنائيات، وأنّ في ذيل بعضها قوله: «تحمله العاقلة»، بأن لا إشعار في صحيحة محمد بن مسلم بل في غيرها بالاختصاص، ولذا تمسك بها الشيخ في المبسوط وابن إدريس في السرائر^(١) على أنّ إخلال الصبي المحرم بمحظورات الإحرام لا يوجب الكفارة عليه ولا على الولي، لأنّ عمده خطأ.

فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطئ وإيقاعاتهم.
وخلاصة كلامه:

أولاً: الأخبار مطلقة، أمّا ما لا ذيل له فواضح، وأمّا ما اشتمل في ذيله على: «تحمله العاقلة» فهو حكم ترتبه الشارع في مورد خاص، والعام الوارد في مورد خاص باق على عمومته، لأن المورد غير مخصّص. وثانياً: إنّ معنى قولهم: «عمد الصبي وخطأه واحد» هو عدم ترتب الأثر على عمد الصبي.
أقول:

وما قاله سهو من قلمه الشريف، ولا بدّ من ذكر الأخبار، فإنها على ثلاثة أقسام، منها ما فيه من أن «عمد الصبي خطأ»، ومنها ما جاء فيه: «عمد الصبي وخطأه واحد»، ومنها ما اشتمل على «تحمله العاقلة»، وإليك النصوص:

عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: عمد الصبي وخطأه واحد^(٢).

عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: أن عليّاً كان يقول: عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقلة^(١).

(١) انظر: المبسوط ١ / ٣٢٩ والسرائر ١ / ٦٣٦ - ٦٣٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٤٠٠ كتاب الديات، أبواب العاقلة، الباب ١١ رقم: ٢.

عن أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: إنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفیق والصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم^(١).
المستدرک عن علي عليه السلام: ليس بين الصبيان قصاص، عمدهم خطأ يكون فيه العقل^(٢).
المستدرک عن دعائم الاسلام عن أميرالمؤمنين عليه السلام أنه قال: ما قتل المجنون المغلوب على عقله والصبي، فعمدتهما خطأ على عاقلتهما^(٣).

مقدمات التحقيق في المقام

ولنقدّم اموراً:

١ - إن الأحكام الشرعيّة على أنحاء:

فتارة: يترتب الحكم على الموضوع الواقعي، ولا دخل فيه لحال وصفة للمكلف، فهو حكم يترتب على موضوعه على جميع التقادير، مثلاً: من احتلم أجنب، من أتلف ضمن، فلا دخل للكبر والصغر، والعمد والخطأ ولا غير ذلك.

وأخرى: يترتب على صفة خاصّة، مثل: من أفطر في شهر رمضان عامداً كفر. ومن تظلل في حال الإحرام عمداً كفر... وهكذا... فالصفة الخاصّة من المكلف دخيلة في ترتب الحكم على الموضوع. وثالثة: يكون للمكلف صفتان لكل حكم، مثلاً: التكلم في الصلاة إن كان عن عمد فحكمه البطلان، وإن كان عن سهو فالسجدتان. والفرق بين القسمين الأخيرين واضح، لأنّ الحكم في الأول ينتفي بانتفاء موضوعه، فلو أفطر لا عن عمد لم يبطل صومه ولا كفارة عليه، وأمّا في الثاني، فالصفتان موضوعان وقد جعل لكلّ منهما حكم.

٢ - إن الحكومة على نحوين:

فتارة: تكون بلسان النفي، مثل: لا شك لكثير الشك، لا ربا بين الوالد والولد، فهو نفي للموضوع لساناً ونفي للحكم لباً، فهو شك وربا ولكن لا أثر له شرعاً.
وأخرى: تكون بلسان الإثبات، مثل: الطواف بالبيت صلاة، سين بلال شين عند الله، ومعنى ذلك: أنّ أثر المنزل عليه مترتب على المنزل، فيعتبر أنّ يكون المنزل عليه ذا أثر حتّى يتمّ التنزيل.

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٤٠٠ كتاب الديات، أبواب العاقلة، الباب ١١ رقم: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٩٠ كتاب القصاص، الباب ٣٦ رقم: ٢.

(٣) مستدرک الوسائل ١٨ / ٢٤٢ كتاب القصاص، الباب ٣٣ رقم: ٢.

(٤) مستدرک الوسائل ١٨ / ٤١٨ كتاب الديات، الباب ٨، رقم: ٤.

٣ - إنَّ الظهور الإطلاقي متوقف على إحراز أمرين:

أحدهما: كون المتكلم في مقام البيان. والآخر: أن لا ينصب قريناً، وإلا لم ينعقد الإطلاق. ولهذا، لو احتف الكلام بما يصلح للقرينية لم ينعقد الإطلاق، بل يمكن أن يكون وجوده لإفادة كونه في مقام الإجمال لا البيان.

٤ - وحدة الحكم لشيئين يتصور في موردين:

أحدهما: أن يتوجه الحكم إلى الجامع ويكون الشيئان فردين له، ويكونان سيان حكماً. فيقال: هذان حكمهما واحد، أي لا مدخلية لخصوصية الفردية في الحكم، بل هو للجامع وينطبق عليهما لكونهما فردين له. والآخر: أن يختلف حكم الشيئين ثم يرتفع الحكم الخاص بأحدهما عنه لعارض. إذن: القول بأن هذين حكمهما واحد منحصر بالموردين المذكورين، وقولهم: «عمد الصبي وخطؤه واحد» من قبيل الثاني، فمعناه: أن الحكم المختص بصورة العمد مرتفع في صورة الخطأ.

٥ - إن القصد في المعاملة عبارة أخرى عن الإرادة، وشرطية الإرادة فيها عقلية، لأن المعاملة أمر إنشائي، والإنشاء أمر اختياري، ولا يعقل تحققه بلا قصد وإرادة.

٦ - إن الحكومة إن كانت بلسان النفي للشيء، أفادت انتفاء ما كان يترتب عليه في حال وجوده من الآثار، فمفاد: لا شك لكثير الشك، هو انتفاء أثر الشك لا أن لعدم الشك أثر. وإن كانت بلسان الإثبات، اعتبر أن يكون للمنزل عليه أثر حتى يترتب على المنزل، كما في: المعتدة الرجعية زوجة. أي يترتب بالرجوع أثر الزوجية وهو وجوب النفقة مثلاً، وكذا في: الطواف بالبيت صلاة، فإنه يعتبر في الطواف ما يعتبر في الصلاة وهو الطهارة. وذلك، لأن الحكومة من قبيل الاستعارة، كقولهم زيد أسد، أي في الشجاعة.

٧ - إنه إذا لزم تخصيص الأكثر في مورد امتنع انعقاد الظهور العمومي والظهور الإطلاقي، لأن المولى عند بيان العام أو المطلق يريد تأسيس قاعدة كلية، وذلك يكون بما إذا كان بنحو الموجبة الكلية، فلو جاء المخصص أو المقيد كان الخارج بنحو الموجبة الجزئية، وأما لو قيد أو خصص بكثرة بحيث يكون الباقي تحت العام أو المطلق جزئياً، كان منافياً لضرب القاعدة التي يقصد التمسك بها في الموارد المشكوكة. وعليه، فلو وقع في مورد من كلام المولى خروج الأكثر، كشف عن عدم إرادته تأسيس القاعدة الكلية فيه.

التحقيق

وبعد المقدمات نقول:

قد وصف الشيخ ما دلَّ على أن عمد الصبي وخطأه واحد بالإستفاضة، والحال أنه ليس إلا رواية واحدة، وهي صحيحة محمد بن مسلم، وأما بقية الروايات فموردها الجنائيات.

فأما ما عدا الصحيحة، فلا يصلح للاستدلال على بطلان عقد الصبي، إذ لا إطلاق لتلك النصوص، لاشتمالها على قوله «تحمله العاقلة»، لأنه قرينة على أن المراد هو الجنابة، ولا أقل من صلاحيتها للقرينية، فلا مجال لدعوى انعقاد الظهور الإطلاقي. هذا أولاً.

وثانياً: لو كان مراد الشارع إسقاط عمل الصبي عن التأثير مطلقاً لقال: عمد الصبي كلا عمد، كما قال في «لا شك لكثير الشك». لكن الجملة إثباتية والمقصود منها الحكومة، بتنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ. أي كما لا أثر لخطأ الصبي كذلك لا أثر لعمده، وهذا المعنى خاصٌ بباب الجنایات.

وثالثاً: القول بدلالة الروايات على سلب عبارة الصبي وأن قصده كلا قصد، يستلزم تخصيص الأكثر، فلا يترتب الأثر الشرعي على قصده الإقامة عشرة أيام في مكان لو بلغ في الأثناء، أو قصد السفر وبلغ في الأثناء... وهكذا...

فدعوى العموم والإطلاق في روايات عمد الصبي وخطؤه واحد تحمله العاقلة، لتشمل العقود، مردودة بوجوه.

وأما الصحيحة، فلا تخلو عن أن يكون المراد أن الأثر هو للعنوان الجامع بين العمد والخطأ، كما في قولنا: «الإخلال بالركن في الصلاة مبطل لها سواء كان عن عمد أو خطأ» حيث أن الحكم - وهو البطلان - مترتب على عنوان «الإخلال بالركن» الجامع بين الخطأ والعمد، أو أن المراد أنه وإن كان للعمد والخطأ حكمين مختلفين، إلا أنهما في الصبي بحكم واحد.

ولكن المعنى الأول غير مراد من الصحيحة يقيناً، لعدم الأثر للعنوان الجامع هنا، والمعنى الثاني أيضاً غير مراد، إذ لا أثر لكل من عمد الصبي وخطئه على الإنفراد في العقود، حتى يكون عمده بمنزلة خطئه في ذلك الأثر.

وعلى هذا، تكون الصحيحة أيضاً مختصةً بباب الجنایات، لأنَّ لعمد الصبي وخطئه فيها حكمين مختلفين، فكان حكم عمده فيها حكم خطئه... فهي أجنبية عن العقود والإيقاعات. [١].

[١] وأما القول باختصاص الأخبار بباب الجنایات، لأنَّ الذيل «تحمله العاقلة» قرينة على إرادة ذلك حتى في غير المذيل، ومع قطع النظر عن هذه القرينة، فإن المتعارف في التعبير بكلمتي العمل والخطأ هو باب الجنایات وباب كفارة الإحرام، وهذا المتعارف يوجب صرف الكلمتين عن الظهور في العموم.^(١)

(١) كتاب البيع والمكاسب ١ / ٤٠١.

فلا يخفى ما فيه، أمّا الأوّل، ففيه أنه خلاف المبنى في باب الإطلاق والتقييد، فقد تقرّر عدم جميل المطلق على المقيّد إن كانا مثبتين، وأمّا الثاني، ففيه أنه خلاف المبنى في منشأ الإنصراف، فقد تقرّر أن الإنصراف لا يكون إلّا في مورد خفاء الصدق.

فإن قلت:

إن قوله عليه السّلام في الصّحيحة كناية، فكأنه قال: عمد الصبيّ وخطأ واحد في عدم ترتّب الأثر على العمد.

قلت:

إذا كانت كنايةً كذلك، فلا يعقل أن تكون عامّةً، لأنّ عمد الصبيّ وخطئه في الجناية واحد في ترتّب الأثر، فكون الصّحيحة عامّةً للعقود والجنائيات يستلزم الجمع بين المتناقضين، وإذ لا عموم لها، فإنّما هي دالّة على الوحدة في ترتّب الأثر أو على الوحدة في عدم ترتّب الأثر، فتكون مجملّةً. على أنّه يرد على القول بأنّ عمد الصبيّ وخطئه واحد في عدم ترتّب الأثر على العمد، بأنّ العمد لم يكن ذا أثر شرعي، لأنّ اعتبار الأثر كان من العقل.

وتلخص:

سقوط الاستدلال بالصّحيحة، وكذا غيرها من النصوص، على سلب عبارة الصبيّ في العقود والإيقاعات، وكون قصده كلا قصد. [١].

[١] وقد أُجيب عن الاستدلال بهذه النصوص بوجهين آخرين يرجعان إلى فقه تلك النصوص بالنظر إلى العمد والخطأ:

...

مع القصد، وإذلا أثر في صورة الخطأ فلامعنى للتنزيل.^(١)

وقد أُجيب: بأنه يعتبر في تنزيل الشئ بمنزلة الشئ وجود المصحح للتنزيل ولا يعتبر وجود الأثر، بل يصحّ التنزيل في عدم الأثر، فيكون العمد منزلاً بمنزلة الخطأ في عدم الأثر.

وأورد عليه: بأنّ التنزيل لا يصحّ إلّا بلحاظ الأثر، كما في تنزيل الطواف بمنزلة الصلاة، فإنه بلحاظ الطهارة. ولو سلّمنا بما ذكر، فلا بدّ وأن يكون عدم الأثر لعنوان الخطأ، لكنّ عدم الأثر في المعاملات هو للعنوان المقصود من المعاملة وليس للخطأ. فهذا الجواب مردود.

(١) حاشية المكاسب للاصفهاني ٢ / ١٨ - ١٩.

بل الصحيح في الجواب هو: إنّ «العمد» و «الخطأ» لا يختصان بالموارد التي تنقسم المسببات فيها إلى ما يكون ترتبه قهرياً وما يكون ترتبه قصدياً، فقد استعمل اللفظان في موارد ليست من هذا القبيل، كما في الخبر:
عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن الرجل يخطئ في أذانه وإقامته، فذكر قبل أن يقوم في الصلاة، ما حاله؟ قال: إن كان أخطأ في أذانه مضى على صلاته، وإن كان في إقامته انصرف فأعادها وحدها، وإن ذكر بعد الفراغ من ركعة أو ركعتين، مضى على صلاته وأجزأه ذلك.^(١)

النظر في الاستدلال برواية أبي البخري

قال الشيخ:

بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار... إستظهار المطلوب من رفع

فقد أطلق عنوان الخطأ في الأذان والإقامة مع عدم ترتب المسبب على السبب قهراً أو قصداً.
الوجه الثاني: إن لسان الأخبار هو الاتحاد بين العمد والخطأ، وهذا إما يصح حيث يكون لصورة العمد حكم ولصورة الخطأ حكم مغاير لحكم العمد كما هو الحال في القتل. أما في المعاملات، فإنه ليس للمعاملة الخطائية حكم بالنسبة إلى البالغين، كي يصح القول بأن معاملة الصبي كمعاملة البالغ في الخطائية.^(٢)
وأجيب: بأن ظاهر عمد الصبي خطأ هو: إن عمد الصبي كلاً عمداً.
وهذا واضح الاندفاع، إذ ليس الخبر ظاهراً فيما ذكر.
بل الجواب الصحيح هو أن الخطأ مما ارتفع بحديث الرفع، وقد تقرر في محله إن حديث الرفع يفيد جعل الحكم الظاهري بالنسبة إلى (ما لا يعلمون) ويرفع الحكم الواقعي بالنسبة إلى (الخطأ) و(النسيان) و (ما اكرهوا عليه) و (ما اضطرّوا اليه)، فمدلول حديث الرفع هو جعل عدم الحكم إماً ظاهراً وإماً واقعاً، وعليه، يكون للخطأ أثر شرعي، والشارع ينزل عمد الصبي بمنزلة خطئه في الحكم.

القلم، وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البخري... فإن ذكر رفع القلم في الذيل...

أقول:

(١) وسائل الشيعة ٤٤٢/٥ الباب ٣٣ من أبواب الأذان والإقامة، رقم: ٥.

(٢) مصباح الفقاهة ٢٥٥/٣.

إنَّ الشيخ - بعد أن استظهر سابقاً من حديث رفع القلم عدم المؤاخذة الأخروية - يريد استظهار سلب اعتبار قصد الصبي من رفع القلم الوارد في ذيل خبر أبي البخترى المتقدم قريباً، إذ قال عليه السلام: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم»، بتقريب أن قوله: «رفع عنهما القلم» بعد «عمدهما خطأ تحمله العاقلة» ليس إلا للدلالة على رفع قلم المؤاخذة عنه، دنيوية واخروية، نفسية ومالية، فقد رفع عنه قلم المؤاخذة بقول مطلق - لا خصوص المؤاخذة الأخروية - وذلك: لأنَّ رفع القلم إمَّا هو علةٌ لتحمل العاقلة، أو هو معلول له،

أمَّا كونه علةً، فلأنَّه لمَّا رفع القلم مطلقاً عن الصبي، لم يكن عليه إن قتل قصاص ولا دية، ولكنَّ هذا ينافي ما دلَّ على أن دم المسلم لا يذهب هدرًا، كخبر أبي عبيدة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمى فقأ عين صحيح

فقال عليه السلام: إن عمد الأعمى مثل الخطأ، هذا فيه الدية في ماله، فإن لم يكن له مال فالدية على الإمام ... ولا يبطل حق امرئ مسلم^(١).

والخبر عن أمير المؤمنين في حديث: «فأنا وليه والمؤدِّي عنه ولا أبطل دم امرئ»^(٢). فلا محالة يكون عليه شيء «تحمله العاقلة»، فكان «رفع القلم» علةً لقوله «تحمله العاقلة»، وإلَّا لكان رفع القلم بقول مطلق بلا ربط بالسابق.

وأما بيان كون «رفع القلم» بقول مطلق معلولاً لقوله «عمدهما خطأ»، فقد ورد في كلام الشيخ، قال: يعني أنه لمَّا كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع رفع القلم عنهما. وعلى كلِّ تقدير، يكون المرفوع قلم المؤاخذة بقول مطلق، أي: ارتفاع المؤاخذة عن الصبي والمجنون شرعاً من حيث العقوبة الاخروية والدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية، وعدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها، مما لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتبت عليه غرامة أخروية أو دنيوية.

كان هذا شرح مطلب الشيخ، وبه يظهر اندفاع ما أورده البعض من أنه لا عليّة ولا معلوليّة بل النسبة هي الترادف^(٣).

أقول:

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٨٩ ، الباب ٣٥ من أبواب القصاص رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٩٣ ، الباب ٢ من أبواب العاقلة رقم: ١.

(٣) حاشية كتاب المكاسب ٢ / ٢٢.

أولاً: إن كانت القضية قضية شخصية، لم يكن وجهه لرفع القلم إلا بأن يكون علته أو معلولاً لقوله «عمدهما خطأ»، فما ذكره الشيخ إنما يصح لو كانت القضية في الرواية شخصية، ولكنها ليست كذلك، بل هي كلية كما هو واضح، فقد أفاد الإمام عليه السلام حكمين كليتين بالنسبة إلى الصبي والمجنون لا ربط لأحدهما بالآخر، أحدهما: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة» والآخر: إنه «قد رفع عنهما القلم». وثانياً: إنه لولا المقدمة الخارجية التي ذكرناها - وهي أن دم المسلم لا يذهب هدرًا - لم تكن لرفع القلم بقول مطلق عليّة لـ«تحمله العاقلة» أصلاً ولا دية على أحد أبداً، وأما بالنظر إليها، فلماذا تتعین الدية على العاقلة، فلتكن على بيت المال كما في الأخبار المذكورة، فأين العليّة؟ وثالثاً: إن القلم المرفوع هو قلم التكليف، وقوله عليه السلام في الرواية: «وقد رفع عنهما القلم» علة لقوله عليه السلام: «عمدهما خطأ»، فليس علة ولا معلولاً لقوله: «تحمله العاقلة»، لأنه لما كان لا تكليف عليه لا قصاصاً ولا دية، فقد جعل الشارع عمدهما خطأً، وحينئذ تحمله العاقلة. وهذا هو التحقيق في معنى الرواية.

الكلام في حكم إتلاف الصبي

قال الشيخ:

ثم إن مقتضى هذه الفقرة بناءً على كونها علة للحكم: عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكي عن بعض، إلا أن يلتزم بخروج ذلك من عموم رفع القلم. ولا يخلو عن بعد. لكن هذا غير وارد على الاستدلال...

أقول:

هذا في الحقيقة إيراد على ما أفاده من جواز أن يكون «رفع القلم» بقول مطلق علة لـ«تحمله العاقلة» ومعلولاً له، بأنه إذا كان علة يلزم عدم ضمان الصبي فيما لو أتلّف مال الغير، وهذا ممّا لا يلتزم به. فاضطرّ إلى أخذه معلولاً له، فيختصّ رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الإتلاف.

لكن يرد عليه: أنه أراد أن يجعل «رفع القلم» الوارد في ذيل خبر أبي البخري قرينة على أن المراد من أخبار رفع القلم المذكورة سابقاً، هو رفع قلم المؤاخذة بقول مطلق، فيتوجّه الإشكال المزبور على تلك النصوص، لأن تقييد رواية أبي البخري حتى يخرج مثل الإتلاف لا يوجب تقييدها، لأن تقييد المطلق يبتني على التنافي بينهما بالسلب والإيجاب، وهو هنا مفقود، فيعود الإشكال بالنظر إلى تلك النصوص، لأن ضمان الإتلاف ثابت على الصبي ويجب عليه دفع المثل أو القيمة بعد البلوغ. أمّا ثبوت الضمان،

فلمعموم أدلته، وأمّا حديث الرّفْع، فيرفع التّكليف، وأمّا «عمدهما خطأ» فلسانه على التحقيق لسان الحكومة - الإثباتيّة من قبيل «الطواف بالبيت صلاة» خلافاً للشيخ إذ استظهر منه الحكومة السليبيّة من قبيل «لا شك لكثير الشك». والحكومة إنّما تكون حيث للمنزل عليه أثر، ولا أثر لخطأ الصبي. والحاصل: إن عموم: من أتلف مال الغير فهو له ضامن، يشمل الصبي، فالضمان ثابت عليه. لكنّ يجب عليه دفع المثل أو القيمة بعد البلوغ، لأن الحكم يبقى إذا كان موضوعه باقياً، والمفروض هنا بقاء الضمان.

ثبوت بعض العقوبات للصبي

قال:

ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي، كالتعزير. أقول:

هذا إشكال آخر على القول بأنّ المرفوع قلم المؤاخذة بقول مطلق، فإنه يعمّ التعزير، ولكنّ التعزير على الصبي ثابت في موارد كالسرقة^(١)، وتخصيص نصوص رفع القلم بغيره مستهجن، لأنّ ظاهرها كون الصغر علّة تامّة لعدم المؤاخذة مطلقاً.

والقول: بأن حديث رفع القلم امتناني، ورفع التعزير - وهو تأديب للصبي - خلاف الامتنان، فلا يرتفع التعزير بحديث رفع القلم. وبعبارة اخرى: خروج التعزير تخصّص.

مندفع، بأنّ هذا الاستظهار في مثل حديث الرّفْع له وجه، لأنه يشتمل على كلمة «عن أمّتي» فسياقه سياق الامتنان، فأما حمل «الرّفْع» أينما كان على ذلك فغير صحيح.

وقد دفع الشيخ الإشكال بما حاصله: إنّ مفاد حديث رفع القلم هو رفع الموضوع على البالغين، وهو القتل والرّجم ونحوهما، والتعزير يختص بالصغير، فلا يشمل الحديث.

وفيه: إنه يبتني على أن يكون رفع القلم معلولاً لعمد الصبي خطأ، أمّا لو كان علّة فإن العلة تعمّم، وحينئذ تقع المعارضة بينه وبين أدلّة التعزير.

والصحيح أن يقال: إنّ معنى الحديث: إنّ كلّ حكم ثابت على طبيعي الإنسان على نحو العموم فهو مرفوع عن الصبي، فلا يرفع ما كان موضوعاً لخصوص الصبي، والتعزير من هذا القبيل، فهو خارج بالتخصّص.

(١) وسائل الشيعة ٢٨ / ٢٩٣، الباب ٢٨ من أبواب حدّ السرقة.

خلاصة البحث

قال الشيخ:

والحاصل: إن مقتضى ما تقدّم من الإجماع... والأخبار... عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود...
أقول:

محصل كلام المشهور في المقام هو: إن مقتضى وحدة السياق أنه كما لا يترتب الأثر على أقوال وأفعال المجنون والنائم، كذلك لا يترتب على أقوال وأفعال الصبي، بل كلها لغو. ولكن المهم هو النظر في حدّ دلالة الأدلة:
أمّا الآية المباركة، فالقدر المسلم من دلالتها أنه لا يسلم إلى الصبي شيء من أمواله، وليس للوليّ إيكال أمر التصرف فيها إليه، أو يستقلّ في التصرف تحت نظارة الولي. وأمّا أن يتصرّف في أمواله بإذن من الولي، أو في أموال الغير بإذن من المالك وإن لم يأذن الولي، فلا دلالة في الآية للمنع عن ذلك. وأمّا الروايات، فلا يدلّ شيء منها على سلب الاعتبار عن قصد الصبي كما عرفت. وحينئذ، فالمرجع العمومات من (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ونحوه.

كلام العلامة في قبض الصبي وتصرفات اخرى

وقال العلامة:

وكما لا يصحّ تصرفاته اللفظيّة، كذا لا يصحّ قبضه، ولا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتّهب له الولي، ولا غيره وإن أذن الموهوب له بالقبض، ولو قال مستحقّ الدين للمديون: سلّم حقّي إلى هذا الصبي، فسلم مقدار حقّه إليه، لم يبرأ عن الدين وبقي المقبوض على ملكه، ولا ضمان على الصبي؛ لأنّ المالك ضيّعه حيث دفعه إليه، وبقي الدين لأنّه في الذمّة ولا يتعيّن إلّا بقبض صحيح، كما لو قال: إرم حقّي في البحر، فرمى مقدار حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالي إلى الصبي أو ألقيه في البحر؛ لأنّه امتثل أمره في حقّه المعين، ولو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن وإن كان بإذن الولي؛ إذ ليس له تضييعها بإذن الولي.

وقال أيضاً: لو عرض الصبي ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه، لم يجز له ردّه إلى الصبي، بل على وليّه إن كان. فلو أمره الوليّ بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولي، وإن كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر، فإنّه يلزمه ضمانه. وإذا تباع الصبيّان

وتقابضا وأتلف كل واحد منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيين. ويأتي في باب الحجر تمام الكلام.

ولو فتح الصبي الباب وأذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي، فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه انتهى كلامه رفع مقامه.^(١)

النظر فيه

أقول:

تارة: يكون القبض والإقباض في مال الصبي نفسه، واخرى: في مال الغير. وعلى كل تقدير، تارة: يكون بإذن الولي، واخرى: بدون إذنه.

وأيضاً:

تارة: يكون القبض والإقباض تمام السبب، نظير الحيازة، واخرى: جزء السبب، نظير قبض أو إقباض الثمن في بيع الصرف والسلم، وثالثة: هما شرط في تأثير المقتضي، نظير الهبة.

وأيضاً:

القبض والإقباض تارة: يتعيّن به الكلّي في الخارج، واخرى: هو تسليم الشيء الخارجي، كوجوب تسليم كل من المتعاملين العوض للآخر.

وهذا بيان الحكم في الفروع المذكورة:

إنّ قوله تعالى (وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) يدلّ على أنّ الصبي ممنوع من القبض والإقباض وسائر أنحاء التصرف في أمواله بالاستقلال وإن لم تكن في حوزة الولي، فلا خصوصية لقوله (فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ).

وأما إذا كان بإذن من الولي، فلا دلالة للآية على المنع عنه، فمقتضى العمومات هو الجواز و النفوذ إن كان بإذن منه، ولكن ذلك لا ينافي بقاءه تحت نظارة الولي.

وأما إن كان القبض والإقباض في مال الغير بإذن منه، وهذا الإذن عبارة عن توكيله، فلا دليل على البطلان، وإن لم يكن بإذن الولي.

وإن كان القبض والإقباض تحصيلاً للمال، كقبض الزكاة والهبة وحيازة الأرض ونحو ذلك، فلا دليل على المنع، بل تعمّه أدلة الجواز كتاباً وسنة.

(١) المكاسب ٣ / ٢٨٥ - ٢٨٦ عن تذكرة الفقهاء.

وإن كان المال كلياً يتعين بالقبض والإقباض، كما لو كان له دين في ذمة الغير، فإن كان بالاستقلال لم يصح، للآية الكريمة، وإن كان بإذن من الولي صح، للعمومات.
وكذا إن كان تسليماً للمال خارجاً.
هذا كله بالنظر إلى الآية.
وأما الروايات المستدل بها على المنع، فقد عرفت عدم دلالة شيء منها على ذلك.

المختار في المسألة

وتلخص:

إن المنع الذي تدل عليه الآية ليس إلا صورةً واحدة، وهي تصرف الصبي في ماله بدون إذن من وليه، وأما فيما عدا هذه الصورة، فلا دلالة للآية، بل المرجع عمومات النفوذ.

النصوص الخاصة الدالة على المختار

بل عندنا نصوص خاصة - بالإضافة إلى العمومات - تشير إلى بعضها:

عن أبي عبدالله عليه السلام قال: تزوج رسول الله صلى الله عليه وآله أم سلمة، زوجها إياه عمر ابن أبي سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم^(١).

عن يونس بن عبدالرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل عليه كفارة إطعام عشرة مساكين، أيعطي الصغار والكبار سواءً والنساء والرجال، أو يفضل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟

فقال عليه السلام: كلهم سواء^(٢).

ولا يخفى الفرق بين الإطعام والإعطاء، ففي الإطعام يساوي الصغيران كبيراً واحداً. أما في الإعطاء فكلهم سواء، وفي كلا الموردين قبض من الصبي.

وعن أبي بصير قال قلت لأبي عبدالله: الرجل يموت ويترك العيال، أيعطون من الزكاة؟ قال: نعم، حتى يبلغوا^(٣).

(١) وسائل الشريعة ٢٠ / ٢٩٥، الباب ١٦ من أبواب عقد النكاح، رقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢ / ٣٨٧، الباب ١٧ من أبواب الكفارات رقم: ٣.

(٣) وسائل الشريعة ٩ / ٢٢٦، كتاب الزكاة، أبواب المستحقين، الباب ٦ رقم: ١.

وعن أبي خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام: ذرية الرجل المسلم إذا مات، يعطون من الزكاة والفطرة كما كان يعطى أبوهم حتى يبلغوا^(١).

وعن يونس بن يعقوب قال:

قلت: لأبي عبدالله عليه السلام: عيال المسلمين، أعطيتهم من الزكاة... قال: لا بأس^(٢).

وعن عبدالرحمن بن الحجاج قال:

قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل مسلم مملوك ومولاه رجل مسلم وله مال يزكّيه، وللمملوك ولد صغير حرّ، أيجزي مولاه أن يعطي ابن عبده من الزكاة؟ فقال: لا بأس به^(٣).
وهذه النصوص ظاهرة في دفع الزكاة والكفارة والطعام... إلى نفس الصّغير.
وقال صاحب الجواهر:

لا يخفى أن المراد من إعطاء الأطفال في النصّ والفتوى الإيصال إليهم على الوجه الشرعي المعلوم بالنسبة إليهم، فإذا أراد الدفع إليهم من سهم الفقراء مثلاً، سلّم بيد وليهم، لأن الشارع سلب أفعالهم وأقوالهم^(٤).

وهذا خلاف ظواهر النصوص.

ولو قيل:

إنه يعتبر في انعقاد الظهور الإطلاقي للكلام كون المتكلّم في مقام البيان من جميع الجهات، أمّالو كان في مقام البيان من جهة معيّنة انعقد ظهوره في تلك الجهة ولم يكن له إطلاق من جهة غيرها، مثال قوله تعالى: (وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا)^(٥)، فإنه ناظر إلى جهة الحرمة الثابتة من حيث الإحرام، فإذا أحلّ المحرم جاز له الصيد لكن من ذلك الحيث لا من جميع الحيثيات، ولم لا يكون الجواز المستفاد من هذه الروايات من حيث الإعطاء وعدمه إلى الصغير، أمّا اعتبار كونه بإذن من الولي أو عدم اعتباره فليست في مقام البيان بالنسبة إليه؟

وعلى الجملة: قد دلّت النصوص على جواز الإعطاء إلى الصبيّ، وأمّا دلالتها على جوازه حتى مع

عدم إذن الوليّ، فتتوقف على إحراز كونها في مقام البيان من هذه الجهة.

أقول:

(١) وسائل الشريعة ٩ / ٢٢٧، كتاب الزكاة، أبواب المستحقّين، الباب ٦ رقم: ٢.

(٢) وسائل الشريعة ٩ / ١٦٨، كتاب الزكاة، أبواب زكاة الذهب والفضة، الباب ١٤ رقم: ٤.

(٣) وسائل الشريعة ٩ / ٢٩٤، كتاب الزكاة، أبواب المستحقّين، الباب ٤٥، رقم: ١.

(٤) جواهر الكلام ٣٨٤/١٥.

(٥) سورة المائدة: ٢.

أولاً: إنّ النصوص المزبورة ظاهرة في الإعطاء إلى الصبي مباشرةً من دون التقييد بإذن من أحد.
وثانياً: إنه لا دليل على شرطية إذن الولي في التملك.

عدم الفرق بين الأشياء اليسيرة والخطيرة

قال الشيخ:

ثم إنه ظهر مما ذكرنا: أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن تكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة، لما عرفت من عموم النص والفتوى، حتى أن العلامة في التذكرة...
أقول:

قد عرفت مختارنا في المقام في قبال ما ذهب إليه المشهور، قال الشيخ: بأن مقتضى عمومات أحاديث رفع القلم وغيرها هو عدم الفرق بين أن تكون معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة، حتى أن العلامة في التذكرة في كتاب الحجر^(١) حكى عن أبي حنيفة أنه لا فرق بين الشيء اليسير والكثير في المنع من تصرف غير المميز. وعن أحمد: يصح تصرف غير المميز في الشيء اليسير، لأن أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي وأرسله.

قال العلامة: وفعله ليس حجةً، وجاز أن يكون قد عرف أنه ليس ملكاً للصبي فاستنقذه منه.
ومراده: كون العصفور ملكاً لغير الصبي، وقد أذن مالكه لأبي الدرداء في إرساله.

نقد تفصيل المحدث الكاشاني

قال الشيخ:

وبه يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني من أن الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة، دفعاً للرجح.

وهذه عبارته في كتاب المفاتيح: الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون دفعاً للرجح في بعض الأحيان^(٢)

أقول:

والبحث في جهات:

(١) تذكرة الفقهاء ٢ / ٨٠.

(٢) مفاتيح الشرائع ٤٦٣.

الأولى: في شراء شيء يسير من الصبي هو ملك له، أو بيع شيء يسير منه يشتريه بماله، من دون إذن من الولي.

والثانية: أن يكون ذلك بإذن من الولي.

والثالثة: أن يكون أجيراً بإذن من الولي في البيع والشراء للغير في الأشياء اليسيرة، أو يكون وكيلاً عن الغير بإذن من الولي في بيع أو شراء شيء يسير من أموال الموكل.

أمّا في الجهة الأولى، فلا شبهة في أن قوله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى...) يدلّ على محجوريّة الصبيّ في تصرفاته وإن كان في ملكه، حتى في الأشياء اليسيرة.

وأمّا في الجهة الثانية والثالثة، فقد تقدّم عدم الدليل على المنع، ومقتضى العمومات والإطلاقات هو الجواز. وتوضيح ذلك: أنه قد ظهر سابقاً أن لا دليل تام في المسألة إلا الآية المباركة، وهي لا تدلّ على أكثر من عدم جواز تصرفات الصبيّ في أمواله بالاستقلال، فلو تصرف في أمواله لا بالاستقلال بل بإذن من وليّه، أو تصرف لا في أمواله بل في مال غيره بإذن منه أو وكالة عنه، فلا دليل على المنع عن ذلك.

نعم، يعتبر في كلّ ذلك أن تكون معاملته عقلائيّة، لأنّ العمومات من (وَاحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ونحوه إمضائيّة، وهي لا تعمّ المعاملة غير العقلائيّة.

وأمّا بناءً على المشهور، فرمّا يقال بأنّ مقتضى النظام الاجتماعي أن يقوم كلّ فرد بما ينبغي أن يقوم به، ولا يهمل أحدٌ ولا يكون عاطلاً عن العمل، وعليه، فإنّ البالغين يقومون بالأمور المتعلقة بهم، فلو اختصّ بهم القيام بالأعمال اليسيرة الممكن صدورها من غيرهم، لزم وقوعهم في الحرج وتعطيل الصبيان عن العمل، ولعلّ هذا وجه نظر المحدث الكاشاني.

أو أن مراده: إنه لما كانت العادة جاريةً على بيع وشراء الأشياء اليسيرة من الصبيان، فإنّ الفتوى ببطلان معاملاتهم فيها موجبة للحرج على الناس لاحتياجهم إلى تلك الأشياء.

وأمّا استدلال أحمد بن حنبل للجواز بفعل أبي الدرداء - لكونه من الصحابة، وهم يقولون بحجيّة قول الصحابي وفعله والعياذ بالله - وجواب العلامة عن ذلك، فقد تقدّم ذكره.

وقال صاحب المقابس بعد نقل كلام العلامة: والأولى أن يجاب بما ذكره أولاً وبعدم ثبوت النقل واحتمال الإستيذان من الولي وتسليم الثمن إليه، أو إرادة الصبيّ في العرف وإن كان بالغاً في الشرع، ولا

عموم في حكاية القضية.^(١)

وعلى الجملة، فإن الاستدلال بفعل أبي الدرداء باطل، كبرى وصغرى.

وأمّا أصحابنا، فقد ذكروا للجواز أربعة وجوه:

(٢-١) مقابس الأنوار: ١١٣.

الأول: ما تقدّم عن المفاتيح، مع تقريب له ممّا.

والثاني: ما في المقابس عن كاشف الغطاء مستدلاً بتداوله في الأمصار والأعصار السابقة والأحقّة من غير تكبير بحيث يعدّ مثله إجماعاً من المسلمين كافة. قال: لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة.^(١)

والثالث: ما في المقابس^(٢) أيضاً من أنه يمكن أن يستأنس لذلك - مضافاً إلى السيرة المستمرة وقضاء الحاجة والضّرورة في كلّ من المعاملة ودفع العوض وأخذه منه بما رواه الشيخ في الموثق عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن شهادة الصبي والمملوك؟ فقال: على قدرها يوم أشهد، تجوز في الأمر الدون ولا تجوز في الأمر الكبير.^(٣) وعنه: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الذي يشهد على الشئ وهو صغير قد رآه ثم صغره ثم قام به بعد ما كبر.

فقال: تجعل شهادته نحواً من شهادة هؤلاء.^(٤)

قال: وقريب منه موثقة ابن أبي يعفور...^(٥)

قال: فإذا شرّع الفرق في الشهادة، فلا يبعد في المعاملة التي...

والرابع: رواية السكوني، التي ذكرها الشيخ أيضاً:

عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله... عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعةً بيده، فإنه إن لم يجد يسرق^(٦)

وفي هذه الرواية قد نهى النبي صلّى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير، فما وجه الاستدلال بها للجواز؟

قال شيخنا الاستاذ رضوان الله عليه: إن النهي هنا تنزيهي،^(٧) فالرواية دالّة على الكراهة. وقد سبقه المحدث الكاشاني إلى ذلك.

وقال الاستاذ: لو كانت المعاملة باطلة لم يقل «لأنه إن لم يجد سرق».

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٤٤ كتاب الشهادات، الباب ٢٢ رقم: ٥.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٤٣ كتاب الشهادات، الباب ٢١ رقم: ٣.

(٥) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٤٧ كتاب الشهادات، الباب ٢٣ رقم: ٨.

(٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٣ كتاب التجارة، الباب ٣٣ رقم: ١.

(٧) حاشية كتاب المكاسب ٢ / ٢٥.

وتوضيحه: إنه مع عدم المقتضي للصحة لا وجه للتمسك بالمانع، فالتمسك بالمانع يكشف عن وجود المقتضي، فيحمل النهي على الكراهة، لا سيما وأنه في سياق النهي عن كسب الإماء الجائز بالضرورة على كراهة.

أقول:

أما الوجه الأول ففيه: إن الحرج إنما يرفع التكليف عن مورده، فهو مرتفع في كل مورد يكون متعلقه حرجياً للفرد المكلف، لأن التكليف إنما يتوجه إلى الفرد والنوع لا تكليف له حتى يرتفع بالحرج النوعي.

وأما الوجه الثاني، فقد أجاب عنه صاحب المقابس بقوله:

وأما السيرة والضرورة، فالتمسك بهما في مقابل الآية والرواية وفتوى الإمامية وغيرهم من العامة، خروج عن جادة الصواب وعدول عن طريقة الاحتياط. ويمكن التخلّص عن المشقة والحرج بما يأتي عن قريب.

ثم قال: قلت: المتداول فيما بينهم ذلك في المعاطاة خاصةً دون الصيغة، وفي الأشياء اليسيرة دون الخطيرة، في صورة تعيين الكيفية وقد يتفق في غير ذلك، إلا أن الغالب الذي يمكن فيه استنباط الإجماع ما ذكر فيقتصر عليه، ولما كان بناء المعاطاة على المرادة كيف اتفقت... وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعيين القيمة... فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء...^(١)

وما أفاده متين جداً.

وأما الوجه الثالث، ففيه: إن الانتقال - بتنقيح المناط - من شهادة الصبي في الأشياء اليسيرة إلى تصرفه بالاستقلال في ماله اليسير، ممنوع جداً، لدلالة الآية على عدم جواز تصرفه في أمواله بالاستقلال مطلقاً، كما تقدم. نعم، يتم ذلك في تصرفاته فيها مع إذن الولي وفي تصرفاته في أموال الغير مع إجازته أو وكالته، ولعل السيرة قائمة عليه أيضاً.

وأما الوجه الرابع، ففي النهي عن كسب الغلام ثلاثة احتمالات:

أحدها: أن يكون النهي متوجّهاً إلى الغلام نفسه، بأن يكون منهياً عن الاكتساب.

والثاني: أن يكون متوجّهاً إلى الولي، بأن يكون النبي صلى الله عليه وآله قد نهى الولي عن أن يورد

الغلام غير البالغ في أعمال الكسب، لأنه يمكن أن يسرق أموال الناس إن لم يجد.

(١) مقابس الأنوار: ١١٣.

والثالث: أن يكون متوجّهاً إلى المكلفين، أي: نها هم النبي عن أن يأخذوا من الغلام ما اكتسبه وحصل بيده، لجواز كونه سرقةً. وقد اختار الشيخ هذا الوجه.

وفي قوله: «لأنه إن لم يجد سرق»، احتمالان:

أحدهما: أن لا يجد ما يكتسب به، بأن لم يستأجره أو لم يستخدمه أحدًا للعمل، فإنه يبادر إلى السرقة.

والآخر: أن لا ينتفع ولا يربح في الكسب الذي هو مشغول به، فيبادر إلى السرقة. والأول هو الظاهر.

وقوله عليه السلام: «الذي لا يحسن صناعةً بيده» بمثابة الشرط، من قبيل: «المكلف المسافر يقصر» ويفيد الحصر، بأن يكون الحكم منحصرًا بالغلام الذي هذا حاله، كما أن قصر الصلاة حكم المكلف الذي في حال السفر.

هذا ما يتعلّق بفقّه الحديث.

وأما كيفية الاستدلال، فإن كان «الكسب» بالمعنى المصدري - كما في الاحتمالين الأولين - فالنهي ليس تحريمياً ليدلّ على الفساد، وإنما هو تنزيهي، والكراهة دائماً تناسب الجواز الوضعي، وذلك: أولاً: لأنّ هذا النهي في سياق النهي عن كسب الإماء، وهو مكروه وليس بحرام. وثانياً: إنّ نواهي رسول الله صلى الله عليه وآله كثيرة، والغالب عليها الكراهة، واستعماله فيها شائع جداً.

وثالثاً - وهو العمدة - إنه لو كانت معاملة الصبي فاسدة ولا مقتضي فيها للصحة، لم يكن للتمسك بالمانع وجه، وقوله عليه السلام: «فإنه إن لم يجد سرق» بيان للمانع، فذكر المانع يدلّ على وجود المقتضي للصحة. وأيضاً، فإنّ ظاهر هذا التعليل هو الكسب البدني، كأن يكون أجيراً، وأما في غيره كأن يسلم إليه المال لأن يبيعه، فلا دلالة على الفساد.

ورابعاً: مقتضى قوله عليه السلام: «الذي لا يحسن صناعةً بيده» التفصيل بينه وبين الذي يحسن، ولو كانت معاملة الصبي في حدّ ذاتها فاسدة لم يفرّق بين من يحسن ومن لا يحسن. نعم، الذي ينهى عنه هو معاملة الذي «لا يحسن» نهياً تنزيهياً.

وإن كان «الكسب» بمعنى المكتسب، كما احتمل الشيخ قائلاً: «محمول على عوض كسبه، من التقاط أو أجرة عن إجارة أوقعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الأمر اجرة المثل، فإن هذه كلّها ممّا يملكه الصبي...» فمع التسليم بذلك وغض النظر

عمّا تقدّم منه من عدم الاعتبار بقبض الصبيّ وإقباضه. يكون معنى الحديث: الاجتناب عمّا اكتسبه الصبيّ، لإمكان كونه سرقة، فاحتمال كونه سرقةً هو المنشأ للنهي.

ولكنّ القول ببطلان معاملة الصبيّ مطلقاً، أي: يحرم تملك ما بيده، سواء احتتمل السرقة أو لا، ولزوم لغويّة هذا التعليل قرينة على عدم كون النهي تحريميّاً، فما لم يحتمل فيه السرقة صحيح، وما احتتمل فيه فالاجتناب راجح.

والحاصل: دلالة الحديث على الكراهة مطلقاً، سواء كان كسبه من المحقّرات أو من غيرها، ومن قال باختصاص النهي بالمحقّرات احتاج إلى مقيد من إجماع أو غيره.

نقد تفصيل صاحب الرياض

قال الشيخ:

نعم، ربما صحّح سيد مشايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبيّ بمنزلة الآلة لمن له أهليّة التصرف، من جهة استقرار السيرة واستمرارها على ذلك.
أقول:

ذهب إلى هذا التفصيل كاشف الغطاء^(١) وصاحب الرياض^(٢) وغيرهما، فهم يقولون ببطلان معاملته إن لم يكن بمنزلة الآلة، سواء كان بإذن من الولي أو لم يكن، في مال نفسه أو مال الغير بإذنه. أمّا إن كان بمنزلة الآلة فصحيحة، لأنّ الفعل حينئذ لذي الآلة لا للصبيّ. والظاهر أن الأصل في ذلك هو المحدث الكاشاني، فإنّه بعد أن اختار الصحة في المحقّرات، قال:

وكذا فيما كان الصبيّ فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهليّة^(٣).

وفي المقابس عن كاشف الغطاء الاستدلال بتداوله في الأعصار والأمصار السابقة والأحققة من غير كبير، بحيث يعدّ مثله إجماعاً من المسلمين كافة. قال: لكنّ ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في هذه الأزمنة، فإنه الذي يمكن دعوى الإجماع عليه من هذه الأمة^(٤).

لكنّ في المقابس: ظاهر المشهور البطلان.

(١) كشف الغطاء: ٤٩ - ٥٠.

(٢) رياض المسائل ١ / ٥١١.

(٣) مفاتيح الشرائع ٣ / ٤٦.

(٤) مقابس الأنوار: ١١٣.

وكانه لأن قصد الصبيّ كلا قصد وعمله كالعدم، فجميع أقواله وأفعاله ملغاة ولا يترتب عليها أثر ولا تثبت له حتى حيثية الآلية.

التحقيق في المقام

وتفصيل الكلام وتحقيق المقام هو:

إنّ المعاملة على ثلاثة أنحاء:

تارة: هي إباحة بعوض معيّن، واخرى: هي معاملة معاطاتية، وثالثة: هي معاملة تمليكية إنشائية باللفظ.

فإن كانت بالنحو الأوّل - كما هو المتداول في الدخول إلى الحمام، حيث يبيع صاحب الحمام التصرف في الماء بعوض معيّن يوضع في المكان المخصّص له وإن لم يكن حاضراً - فالتحقيق أنها معاملة صحيحة، سواء كانت من الكبير أو الصبيّ إذا كان بمنزلة الآلة، لكونه آله لإظهار الرضا ممّن له الأمر. ويدلّ عليه - بالإضافة إلى مفهوم التوقيع الشريف عن صاحب الأمر: لا يحلّ لأحد... الدالّ على الحلّية التكليفيّة - عموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) أي العهود، وهذا عهد من صاحب المال، بأن يجوز التصرف في ماله بعوض خاصّ.

وإن كانت بالنحو الثاني، فقد قلنا بأنّ المناط في المعاطاة هو إيصال المال إلى الغير بقصد التمليك، والإيصال يتحقّق بإعطاء المالك بنفسه أو بواسطة شخص آخر. وكون الصبيّ آله في مجرد الإيصال وفعليّة المعاملة بعد الإنشاء من البائع، لا مانع عنه.

وأما قول الشيخ:

ودعوى حصول الإنشاء بدفع الوليّ المال إلى الصبيّ. مدفوعة: بأنه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها.

فعجيب جدّاً، لعدم ارتباطه بالبحث، لأنّ الشّخص غير المعيّن يكون نكرةً، والنكرة بما هي كذلك لا يحكم عليها بشيء، ولا يترتب عليها أمر وضعي، لأنّ النكرة لا تعيّن لها لا ماهيّة ولا هويّة، وقد بيّنا هذا في بحثنا كراراً. ولكنّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، وإنما يعطى المال للصبيّ لأنّ يكون واسطةً في الإيصال لكليّ الآخذ، وكون الآخذ غير معلوم غير مضرّ بصحة البيع، نظير ما تفرّر في الواجب الكفائي. فكون الصبيّ آله في المعاملة المعاطاتية لا مانع عنه.

وإن كانت بالنحو الثالث، فعلى القول بأنَّ عمد الصبي كلا عمد، - لأحاديث «عمد الصبي خطأ» لأنها كناية عن لازم الخطأ وهو نفي العمد - لا يترتب الأثر على إنشاء الصبي، لأنَّ الإنشاء يتوقف على القصد، والمفروض سلب الاعتبار عن قصده، ولكنَّ التحقيق عدم تمامية الاستدلال بالأحاديث على ذلك: أمَّا أولًا: فلأنَّ الكناية خلاف الأصل.

وأمَّا ثانيًا: فلأنَّ جعل هذه الأحاديث من باب الكناية بالنحو المذكور بعيدٌ عن الصواب جدًّا. ولذا قلنا بأنَّ هذه الأحاديث معناها أنَّ أثر الخطأ يترتب على العمد، وهو مختصٌّ بمورد وجود الأثر على الخطأ بما هو خطأ، فتكون أجنبيَّة عن مباحث المعاملات. وإنَّ قلنا بأنَّ مدلول أحاديث رفع القلم هو: أنَّ كلَّ أمرٍ وضعي يراد ترتبه على عمل الصبي، سواء كان من قبل نفسه أو كان آله، فهو مرفوع، أمكن القول بالبطلان. ولكنَّ قد تقدّم أنَّ تلك الأحاديث غير ظاهرة في هذا المعنى.

إذن، الصبي الذي يقدر على إنشاء الصيغة، يصحُّ أن يكون آله في إنشائها في مال نفسه بإذن وليه أو في مال غيره بإذن المالك أو توكيله، للعمومات. فإن قلت:

مقتضى إطلاق الرواية عن حمران عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: «لا يجوز أمر الغلام في الشراء والبيع»^(١) ومفهوم ما دلَّت عليه النصوص من أنه «إذا بلغ الحلم جاز أمره»^(٢) عدم جواز كون الصبي آله، بل عدم جواز معاملاته في أمواله بإذن الولي وفي أموال غيره بإذن المالك. ويؤيِّد الإطلاق خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر^(٣) وعبيد بن زرارة عن أبي عبد الله في رجل وهب ماله إلى أولاده، قال: «... لأنَّ الوالد هو وليُّ أمر الصغار...»^(٤) فإنه يفيد أن قبض الصبي لا قبض كما ذكر العلامة^(٥).

وعن علي بن رثاب عن موسى بن جعفر عليه السلام: عن رجل مات وله ممالك وجواري، «فماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أمّ ولد؟ فقال: لأبأس بذلك إذا باع عليهم القيم»^(٦) فإن ظاهر إطلاقه عدم كفاية الإذن من القيم.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٤١١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٦٠، كتاب التجارة، الباب ١٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٩ / ١٧٨، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٤ رقم: ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩ / ١٨٠، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٤، رقم: ٥.

(٥) تذكرة الفقهاء ٨٠/٢.

(٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٦١، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، الباب ١٥ رقم: ١.

وعن علي بن يقطين عن موسى بن جعفر عليه السلام في رجل أوصى إلى امرأة وولد صغير قال عليه السلام: الوصاية للمرأة.^(١) ومن المعلوم أن الوصاية بمثابة الوكالة بعد الموت، فهذا الخبر يدل على عدم جواز تصرف الصبي في مال غيره بالوكالة عنه.

قلت:

إن كلمة «الأمر» مضافة إلى «الغلام»، بمعنى كون زمام أمر الصبي بيده، فالرواية ظاهرة في عدم استقلال الصبي في تصرفاته وأنها بدون الإذن غير نافذة، فلا إطلاق للرواية حتى تدل على المنع من التصرف في ماله بإذن وليه أو في مال غيره بإذن أو وكالة منه، لأنه إذا وقع كذلك كان صادراً في الحقيقة من الولي والمالك، ولذا قال فخر المحققين: إن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر منه، فيكون صحيحاً^(٢) فإذا كان الصبي آله كان أولى بالصحة.

وأما رواية الهبة، فإن قبض الولي قبض الموالي عليه، فعدم ذكر قبض الصبي لا يدل على عدم صحته بإذن من الولي.

وأما رواية علي بن يقطين في الوصاية، فمعارضة بخبر تزويج ابن أم سلمة أمه من رسول الله صلى الله عليه وآله، لأنه إذا جازت وكالة الصغير في النكاح جازت في البيع والشراء بالأولوية، إلا أن يחדش فيه بضعف سنده، وأنه يمكن أن يكون من خصائصه صلى الله عليه وآله، فيجاب عن رواية ابن يقطين بجواز الفرق بين الوكالة في الحياة والوكالة بعد الممات.

وحينئذ، فإن العمومات من (وَأَحَلَّ اللَّهُ التَّيِّبَ) و (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) و (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) وغيرها محكمة، إلا صورة الاستقلال، وصورة التفويض الكلي من الولي، فإن هاتين خارجتان همقتضى قوله تعالى (وَابْتُلُوا الْيَتَامَى...) والله العالم.

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ٣٧٥، كتاب الوصايا، الباب ٥٠ رقم: ٢.

(٢) إيضاح الفوائد ٥٥/٢.

مسألة

اشتراط قصد المتعاملين

قال الشيخ:

ومن جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما مدلول العقد الذي يتلفظان به... فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغلط أو إلى المعنى... كما في الهازل، أو قصد معنى يغاير مدلول العقد... أقول:

إنّ المعاملة بالصيغة استعمال اللفظ في المعنى إنشاءً، ولا ريب في اعتبار صدور اللفظ عن إرادة وقصد، ولكنّ هذا لا ربط له بالمتعاقدين، بل الوجود الخارجي للعقد لا يتحقّق إلّا بها. وكذلك قصد المعنى باللفظ، بأنّ يجعل اللفظ وجوداً تنزلياً للمعنى، وهو قولهم: أن للشيء وجودات ومنها الوجود اللفظي، ولكنّ هذا القصد أيضاً لا ربط له بالمتعاقدين، بل هو مقوم استعمال اللفظ في المعنى.

ومجرّد استعمال اللفظ في المعنى أعمّ من الإنشاء والإخبار - والفرق بينهما هو حيثيّة الحكاية الموجودة في الإخبار دون الإنشاء، وإلّا، فإنّ استعمال اللفظ في المعنى إنشاء دائماً - غير كاف، بل لابدّ من القصد. ولكنّ هذا أيضاً لا ربط له بالمتعاقدين.

والذي يتعلّق بالمتعاقدين أن يقصدا مدلول العقد، خلافاً للمحقق الخراساني، فإنه جعل هذا أيضاً من مقومات العقد إذ قال: لا يخفى أنّ كلّ واحد من القصد إلى اللفظ وإلى المعنى الاستعمالي وإلى هذا المعنى - أي قصد المدلول - من مقومات العقد، لا يكاد يتحقّق بدون واحد منها...^(١).

فإن إرادة مدلول العقد من التمليك وغيره من شؤون المتعاقدين، ولا علاقة لذلك بلفظ العقد. وعلى الجملة، فإن العقد بالحمل الشائع لا يصدق إلّا مع القصد، وجعل ذلك من شرائط المتعاقدين بلحاظ أن المتعاقد عنوان وصفي، وكلّ عنوان وصفي فهو متوقّف على وجود المبدء له، فماله

(١) حاشية المكاسب: ٢٧.

دخل في المبدء يكون دخيلاً في العنوان الوصفي، ولذا كان القصد من شرائط المتعاقدين بما هما متعاقدان، ولا يصدق عليهما ذلك إلا إذا صدر منهما المبدء أي العقد.

إن قوام العقد بالقصد، وليس المراد قصدهما اللَّفْظ في مقابل ما يصدر من النائم والسَّاهي والغافل، ولا اللَّفْظ الصَّادر من دون قصد استعمال اللَّفْظ في المعنى، كما يصدر من الهازل، ولا اللَّفْظ المستعمل في المعنى بقصد السؤال والإستفهام، ولا الاستعمال الإخباري، بل المراد أن يقصد اللَّفْظ ويستعمله في معناه بنحو الإنشاء الجدِّي قاصداً تحقق المعنى في نفس الأمر، من الملكية والزوجية ونحوهما... فالمعتبر قصد المدلول، فلو كان جاهلاً للمعنى بالكلية لم يعقل منه تمشي القصد. وعلى الجملة، فإنه يشترط أن يقصد تحقُّق مدلول العقد في الخارج، لأن العقود تتبع القصد - كما تسالم عليه الكل - .

ولا يبعد الاستدلال لاشتراط القصد في البيع بهذا المعنى بقوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)^(١)، لأنه ما لم يقصد المدلول جدًّا لم يصدق عليه عنوان التجارة، فإن من لم يقصد المعنى لم يتجر.

هذا مضافاً إلى أن اشتراط قصد المتعاملين من الاعتبارات العقلانية.

وهل الجاهل بصحة البيع الذي يريد إيجاده يتمشى منه القصد؟

إن قلنا - كما عليه المشهور - بأن الملكية أمر واقعي يتحقَّق بألية الصيغة، فمن كان جاهلاً بكون العقد الذي يجريه سبباً لتحقُّق ذلك الأمر الواقعي كيف يعقل أن يقصد إيجاده به؟ ولو كان عالماً بأن عقده هذا لا يؤثِّر في تحقُّق الملكية الواقعية، لفقده بعض الشروط الشرعية، فلا يتمشى منه القصد بطريق أولى.

إذن، لابد من أن يعلم من قبل مؤثرية عقده في حصول الملكية، حتَّى يتمشى منه القصد.

التحقيق في المسألة

ولكنَّ التحقيق أن الملكية - وغيرها من الوضعيات - يستحيل أن تكون من الأعراض المتأصلة التي لها ثبوت واقعي، وإنما هي امور اعتبارية، تقوم بالاعتبار العقلائي أو بالاعتبار الشرعي، وقد يتطابق الاعتباران وقد يختلفان بمعنى عدم اعتبار الشارع على طبق اعتبار العقلاء، لا بمعنى تخطئته لهم في اعتبارهم كما قيل.

وبعبارة اخرى: إن الشارع تارةً يمضي اعتبار العقلاء، ويعتبر على طبق اعتبارهم، واخرى لا يمضي، لا أن الشرائط الشرعية جاءت لتخطئة العقلاء في اعتبارهم كما قيل، لأن قوام الاعتبار بالمعتبر، فإذا حصل

(١) سورة البقرة: ٢٨٢.

الاعتبار للشيء فذلك الشيء ثابت في وعاء الاعتبار ومتحقق حقيقةً، غير أنّ الاعتبار الآخر قد يوافقه وقد يخالفه.

وعلى هذا المبني، فإنّ القصد يتمشى مع الجهل بالصحة والفساد للعقد الصادر، بل مع العلم بالفساد أيضاً له أن يعتبر الملكيّة ويتمشى منه القصد، وقد بيّنا هذا المطلب بالتفصيل في أوائل المعاطاة.

قول صاحب المسالك بعدم تحقق القصد من الفضولي

قال الشيخ:

ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره كما صرح به في المسالك حيث قال: لأنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. وفيه...

أقول:

كلام صاحب المسالك مخدوش: بأن المكره قاصدٌ للمدلول - إلا أنه ليس عن طيب النفس - ولذا لو رضي بعد ذلك صحّ، ولو كان غير قاصد للمدلول لما كان العقد حتى يؤثّر الرضا للأحق. وكذا الفضولي، غير أنه لم يتحقق إسناد العقد إلى من هو بيده، لا أنه غير قاصد للمدلول، ولذا يتم الإسناد بالإجازة للأحقة ويترتب الأثر على العقد.

فقوله: «إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله» مردود.

وأما كلام الشيخ في الجواب، فمخدوش كذلك، ولا مناص من حمله على ما ذكرناه.

كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين

قال الشيخ:

ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه^(١) كلاماً في هذا المقام في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل

والانتقال بالنسبة إليهما أم لا؟

مقدمات التحقيق فيه

أقول:

ينبغي تقديم أمور:

(١) مقابس الأنوار: ١١٥ - ١١٦.

الأول: كل من المتعاقدين، كالبائع والمشتري، إما أصيل أو وكيل أو فضولي. وعلى كل تقدير، يكون المبيع والمشتري شيئاً شخصياً موجوداً في الخارج أو كلياً في الذمة أو يختلفان.

فهل بناءً على اعتبار تعيين المالكين، يعتبر ذلك في جميع الأقسام المذكورة أو في بعضها؟
الثاني: البيع عبارة عن مبادلة مال بمال بنحو التمليك، فهل يعتبر أن يحل كل من العوضين في محل الآخر كما لعلة المشهور، وقد كان الميرزا الاستاذ يقول بأن البيع هو المبادلة بين طرفي الإضافة، أو لا يعتبر كما عليه المحقق الخراساني، فيصح أن يعطي الدرهم لشخص لأن يشتري به خبزاً فيأكله؟
الثالث: لاريب في مالية العين الخارجية، أما الكلي، فقد قالوا: بأنه ما لم يضاف إلى ذمة ليس بمال، بل ربما يقال بأنه ليس بملك، لأن الملكية أمر اعتباري ثبوتي، وكل ثابت فيحتاج إلى محل موجود يثبت فيه، فإما يكون شيئاً شخصياً خارجياً أو كلياً موجوداً بوجود اعتباري في ذمة شخص.
ولكن الأمر يعود إلى تعريف المال، فإن كان المال ما يبذل بأزائه شيء، فالكلي بالنسبة إلى سائر الناس على حد سواء، ولذا لا يبذل شيء بأزائه إلا إذا أضيف إلى الذمة. وإن كان المال ما تميل إليه الطباع وترغب فيه، فالكلي مالاً.

والقول بأنه ما لم يضاف ليس بملك، يستلزم بطلان بيع السلم، وهو كما ترى.
فالصحيح أن يقال: الكلي ما لم يضاف إلى ذمة لا يقابل بالمال ولا يصح تمليكه.
الرابع: العقود على أقسام، ففي العقود المعاوضية، العوضان ركن ولا بد من اعتبارهما وذكرهما، وأما غيرهما، فيحتاج اعتباره إلى الدليل، كما أن الركن في النكاح الزوجان فقط، ولذا يصح عقد النكاح لو لم يذكر المهر، وفي كل عقد يتعلق بالأشخاص كالوقف والشركة والمضاربة والسبق والرماية والوصية فالشخص هو الركن.

الخامس: إن المتعاملين إما شخصان متعینان معلومان في الخارج، كأن يقول: بعت هذا من زيد بكذا. وإما شخص خارجي يشار إليه إجمالاً، كأن يقول: بعت هذا الشيء بالثمن المعين لمالكه، وإما هو شخص وطرفه كلي مثل: الوقف على من في المدرسة، وإما هو كلي بقيد الوحدة، كأن يقول: بعت لرجل واحد، كما يقال: جئني برجل واحد. وإما هو مردّد، كأن يزوج المرأة من أحد الشخصين.

لكن الأخير لا يعقل، لأن المرّد لا وجود له ولا ماهية، بل هو مساوق للمعدوم بالحمل الشائع.
السادس: إن الاعتبار يتعلق تارةً بالجواهر، كأن يعتبر زيداً أسداً، وأخرى بالمقولة العرضية، كقولهم: فلان قلبه أبيض، وثالثة: بمقولة الإضافة، كاعتبار النبوة لزيد المستلزم لاعتبار الأبوة لعمر، لأن قوام هذه المقولة بالطرفين، ولا يعقل اعتبار الإضافة لشيء بدون الطرف، كما أن وجود أحدهما خارجاً بدون طرفه غير معقول، إذ المتضائفان متكافئان في القوة والفعلية، ولذا يكون الكلي المضاف إلى الذمة مضافاً إلى

المالك أيضاً، لأن المالكية والمملوكية متضائفان، وإلا يلزم وجود المملك بلا مالك، وهو مستحيل. ومن هنا يظهر الفرق بين «المال» و«المملك»، إذ المال يمكن وجوده بلا مالك، كالجواهر في معادنها، فإنها أموال يبذل الشيء بأزائها، لكن المملك بلا مالك غير معقول.

شرحه

إذا عرفت هذه الامور نقول:

إن صاحب المقابس يشترط في البيع أمرين:

أحدهما: تعيين المالكين، فلو كان وكيلاً أو ولياً عن اثنين في بيع واحد، وجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء من نفسه أو غيره.

والآخر: أن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما، كما لو كان عند كل من الموكلين من الحنطة، فوكلاه في أن يبيع مالهما، فقال: بعت متاً من الحنطة بمن من الحنطة، وكذا لو وكلاه بنحو الإطلاق، بأن يبيع لهما أو يشتري العين الخارجية أو في الذمة، فيقول: بعت حنطة في ذمة أحد موكلتي بدراهم في ذمة موكلتي الآخر.

واستدل على الإشرط: بأنه لولا ذلك لزم بقاء المملك بلا مالك معين في نفس الأمر، وأن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان، ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك. وفساد ذلك ظاهر.

فأشكل السيد بأن: وجه الاستدلال واحد لا اثنان^(١).

والظاهر المغيرة بين لزوم بقاء المملك بلا مالك، وعدم حصول الجزم بشيء من العقود والأحكام، فلو باع متاعاً كلياً في ذمة أحد الموكلين بلا تعيين، يلزم أن يكون المملك بلا مالك، ولو باع متاعاً خارجياً بأن أخرجه عن ملكه بلا تعيين للمشتري، كان ملكاً بلا مالك، ولو لم يصف الكلي إلى ذمة لم يعقل الجزم لعدم المالكية بل الملكية كما قيل.

وحاصل كلام صاحب المقابيس: إنه يعتبر تعيين المالك في النية، هذا ثبوتاً، وأما إثباتاً، فإما يتلفظ بذلك وإما يكون التعيين بإنصاف الإطلاق، فقوله «بعت» أي هو البائع بالأصالة، وقوله «بعتك» ينصرف إلى المخاطب.

ثم ذكر إنه لو لم يعين المالك في عالم الثبوت تلزم ثلاثة محاذير:

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٢٧.

الأول: بقاء الملك بلا مالك.

والثاني: عدم تحقق الجزم بالعوذين.

والثالث: لزوم الإبهام، ولا دليل على صحة العقد المبهم، لانصراف الأدلة إلى الشائع المعهود.

وإني أذكر أربعة أمثلة، ثم أتعرض للمثال الذي أفاده رحمه الله:

لو قال: بعت هذا المال بعشرة دراهم، من دون إضافة الدراهم إلى ذمة، فهذا تملك بلا مالك،

والملك بلا مالك غير معقول، لما تقدّم.

ولو قال: بعت الحنطة بدراهمك العشرة. كان غير معقول كذلك، لأنّ الحنطة غير مضافة فلا جزم

بالعوضيّة.

ولو قال وهو وكيل عن جماعة: بعت لموگلي كذا بكذا، لم يصح كذلك، لعدم تعيّن الموگل، وقد تقدّم

أنّ الإبهام مبطل للعقد.

ولو قال وهو وكيل عن اثنين في البيع والشراء: بعت حنطة موگلي بحنطة موگلي، بطل، لعدم تميّز

البائع عن المشتري.

قال صاحب المقابيس:

وعلى هذا، فلو شرى الفضولي لغيره في الذمة، فإنّ عين ذلك الغير، تعيّن ووقف على إجازته، سواء

تلقّظ بذلك أم نواه.

أي: فهو صحيح، لأنّ المفروض تعيّن كلّ ما يعتبر تعيّن في العقد، غير أنّه وقع فضولاً، فيتوقف على

إجازة المشتري له.

قال: وإنّ أبهم مع قصد الغير بطل...

كأن يقول: اشتريت هذا المتاع بكذا لغيري، من غير تعيين له لا ثبوتاً ولا إثباتاً. ووجه البطلان: عدم

تعيّن أحد المالكين، ولا يوقف إلى أنّ يوجد له مجيز، لاعتبار التعيين بحسب النيّة في حين العقد.

قال: وجميع ما ذكر... وأمّا إذا لم يتوقف التعيّن على التعيين...

أقول:

وهذا هو المثال الخامس، كأن يقول: «بعت هذا المتاع المعين الخارجي بهذه الدراهم العشرة» ففي

هذه الصّورة: المالكان والعوضان متعيّنان في نفس الأمر، وامتنياز البيع عن الشراء حاصل.

فهو يجب - بالإضافة إلى التعيّن - التعيين لفظاً، بأنّ يقول مثلاً: بعت هذا المتاع الذي هو لزيد أو

لنفسى، بهذه الدراهم التي هي لك، أو يأتي بالإطلاق المنصرف إليه؟

أو لا يجب مطلقاً؟

أو التفصيل بين التصريح بالخلاف، فيبطل، وعدمه فيصح؟
أوجه.

قال في المقابيس: أحوطها - لكن في نقل الشيخ: أقواها - الأخير، وأوسطها الوسط، وأشبهها للاصول
الأول.

ولعل مراده من الشبه للأصول: أن العقلاء لا يكتفون في المعاملات المتعارفة المعهودة بالتعيين
الواقعي، بل يصرّحون بالمالكين ويعيّنونهما لفظاً أو بالإطلاق المنصرف.

ووجه عدم الوجوب مطلقاً هو: إن البيع مبادلة مال بمال، وفي قوله: «بعت هذا المتاع بهذه
الدراهم العشرة» قد تحققت المبادلة كذلك، ولا يلزم من هذا القول محذور، من لزوم وجود المالك بلا
مالك، أو عدم الجزم، أو الإبهام، فلا يلزم التعيين.

ووجه التفصيل: أنه يصحّ إن قال: «بعت هذا المتاع بهذه الدراهم» أمّا لو قال: «بعت هذا المتاع
الذي هو لعمر» مع كونه لزيد، فقد صرح بخلاف الواقع، وحينئذ يبطل.
قال:

وفي حكم التعيين ما إذا عيّن المال بكونه في ذمة زيد مثلاً.
وهذا واضح.

ثم ذكر على الأوسط فروعاً هي:

لو باع مال نفسه عن الغير، وقع عنه ولغى قصد كونه عن الغير.

وذلك: لأن المال لنفسه في نفس الأمر، والمفروض عدم وجوب تعيين المالك، فلو باعه وكالة عن الغير
وقع البيع عن نفسه، لتحقق المبادلة، ولغى قصد كونه عن الغير.

ولو باع مالا هو لزيد في نفس الأمر وكالة عن عمرو، فإن كان وكيلاً عن زيد في البيع صحّ عنه، وإن
لم يكن وكيلاً عنه وقف على إجازته لكونه فضولاً.

ولو اشترى شيئاً معيّناً خارجياً لنفسه بدراهم في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلاً عن زيد، وقع البيع عن
نفسه وتعلّق المال بذمته. وإن كان وكيلاً، فمقتضى الاشتراء لنفسه، أن يقع الشراء لنفسه ويكون هو
المالك، ومقتضى كونه بدراهم في ذمة زيد، أن يقع لزيد ويكون المالك، وكلّ من المقتضيين يمنع الآخر عن
تأثيره، وإذا تمانعا تساقطا وبطلت المعاملة.

ويحتمل صحته عن نفسه، لأنّ المفروض أنه وكيل في الشراء له، فلم يعمل بالوكالة بل وقع الشراء
لنفسه، فكان المقتضى لوقوعه عنه بلا مزاحم.

ويحتمل صحته عن الموكل، لتعيّن العوض في ذمة الموكل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو، كما في المعين.

قال رحمه الله:

ولا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة والتسمية.
ويفرّق بينهما على الأخير.
ويبطل الجميع على الأول.
هذا تمام كلام المقابس مع توضيحه.

مناقشة الشيخ فيما أفاده صاحب المقابس

قال الشيخ:

مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر... وعلى هذا، فالقصد إلى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك، إلا أن ملكية العوض وترتب آثار الملك عليه، قد يتوقف على تعيين المالك... فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر...

النظر فيها

أقول:

ذكر الشيخ قبل مناقشة الوجوه الثلاثة أمرين:

أحدهما: إن مقتضى المعاوضة هو التبادل بين العوضين، وكان الميرزا الاستاذ يقرب هذا المعنى، بأن حقيقة البيع هي التبادل بين طرفي الإضافة.

وقال المحقق الخراساني: البيع هو التملك بالعوض.^(١)

وقد حققنا في محله: إن البيع في اللغة مبادلة مال بمال، وليس تبادل مال بمال، إذ ليس في هيئة المفاعلة صدور المبدء من الطرفين، بل إنها تفيد أن المبدء الصادر متوجه إلى طرف، كقولك: «خاطب القوم مخاطبةً»، فإن الخطاب متوجه إلى القوم، ولا يصدر منهم خطاب، و«جادل زيد عمراً» مع سكوت عمرو، و«كاتبته فلم يجيني». فالمبادلة عبارة عن صدور المبدء من طرف ناظراً إلى آخر، سواء صدر من الآخر كذلك أولاً. والهيئة التي يعتبر فيها الصدور من الطرفين هي التبادل.

(١) الحاشية على المكاسب: ٣.

وزمام الأمر في البيع بيد البائع، أي: إنه يجعل البدل لمتاعه ويعاوضه به، فيكون تملكه بعوض، ومقتضى ذلك وقوع الثمن في موقع المثلث ودخوله في ملك مالكة عوضاً عنه، أمّا أن يدخل المثلث في ملك من خرج الثمن عن كيسه، فلا دليل عليه، ولذا يصحّ أن يقول: «اشترى بمالي متاعاً لنفسك» فإنه بيع حقيقةً، ولا نوافق على ما قاله الميرزا الاستاذ في مثله، فالبيع مبادلة مال بمال، أعم من أن يدخل كلّ منهما في ملك مالك الآخر أو لا يدخل.

فظهر ما في كلام الشيخ في الأمر الأوّل، والتفصيل موكول إلى موضعه.

والثاني: إنّ القصد إلى العوض المعين خارجاً يغني عن تعيين المالك، وإن كان العوض كلياً، فإن وقوعه عوضاً يتوقّف على تعيين المالك، فكان تعيين المالك ذا دخل في تحقق العوضيّة لا في أصل المعاملة. والحاصل: إن الكلي ما لم يضاف إلى الذمّة فلا ملكيّة له، وإن أضيف إلى ذمّة مردّدة بين شخصين فصاعداً، فهذا غير معهود، ولا يعامل معه معاملة الأموال عند العقلاء. فلا يلزم تعيين المالكين في المعاملة، وإنما يلزم ذلك حيث يتحقّق به عنوان العوضيّة. وعليه، فلو قال: بعت عبداً بألف، كان باطلاً، لأنه لم يضاف «العبد» و«الألف» إلى شخص أو ذمّة، والعبد المطلق لا يباع والألف بدون الإضافة لا يشتري به شيء. أمّا لو قال: بعت عبداً عن موكّلي زيد بألف من موكّلي عمرو، فلا إشكال فيه، لتحقق التعيين. أقول:

لكنّ الشّيخ لم يتعرّض لسائر الموارد التي بحث عنها صاحب المقابس، كما لو قال: بعت رجلاً، أو بعت عن أحد موكّلي.

لقد كان المهمّ عند صاحب المقابس هو: أن التملك عنوان إضافي لا يتحقق بلا متعلّق، فلا يعقل التملك بلا مالك، والمردّد والمبهم هما كذلك يساوقان المعدوم - كما ذكرنا - فلا يعقل وقوعهما طرفاً للملكيّة وإن لم يكن الشيء كلياً، والشّيخ لم يتعرّض لهذه الموارد وإنما اكتفى بمورد بيع الكلي. والعلم عند الله.

بقية المناقشة والنظر فيها

قال الشيخ:

وأما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين، فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية... فلا

حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما وإليهما العوضان...

أقول:

إنَّ البيع معاوضة بين المالكين في الملكية، والملكيّة أمر إضافي لا يعقل تحقّقه في الخارج بلا طرف، فالملكيّة بلا مالك غير معقولة. والقول بأنّ العوضين يدخل كلّ منهما بالملزمة العقليّة في ملك مال الآخر، لا معنى له، فإنّ حقيقة المعاوضة إنشاء تمليك هذا بهذا، ولا يعقل دخول الشيء في ملك أحد بعنوان المعاوضة بلا إنشاء لها، فلا وجه لدعوى الملزمة العقليّة.

وعلى هذا، فإنّ أراد من قوله: «فلا حاجة إلى التعيين...» أن لا حاجة بقول مطلق حتى في النية، فهذا لا معنى له، إذ لا بدّ من أن يقصد المملّك طرفاً لتمليكه.

فظهر سقوط ما ذكره من الملزمة العقليّة، وما ذكره من عدم الحاجة إلى التعيين.

بل التحقيق أن بيع المالك وإنشائه المعاوضة بين المالكين، يلزم عقلاً قصده دخول ملكه في ملك مالك العوض، فهو إدخال من المالك وليس دخولاً، لأنّ الدخول بلا تمليك غير معقول، إذ ليست الملكية أمر ثبوتياً واقعياً حتى يقع التبادل فيه، كما هو الحال في المكان مثلاً، إذ يقال: قام هذا بدلا عن ذاك في مكانه وسدّ مسدّه وحلّ محلّه، بل هي أمر إنشائي اعتباري، وإذا اعتبر، فهل يعقل أن يعتبر الملكية وينشئها بلا طرف؟ كلاً. نعم، لاحاجة إلى التعيين التفصيلي بل يكفي التعيين بالقصد الإجمالي. ولو كان صاحب المقابس يرى لزوم تعيين المالك تفصيلاً ورد عليه الإشكال.

وبما ذكرنا ظهر ما في كلامه السابق من أنّ القصد إلى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك، فإنه إن أراد الإغناء مطلقاً، ورد عليه ما تقدّم، وإنّ أراد الإغناء عن تعيينه تفصيلاً، فالحق معه، لكنّ صاحب المقابس لا يدعي لزوم النية التفصيليّة خاصّةً لطرف الإضافة بل عبارته أعم منها ومن الإجمالية. هذا كلّ على مسلكه.

وأما على المختار من أنّ البيع تمليك بعوض - وما في القاموس من أنّ البيع مبادلة بمال^(١) متينٌ جدّاً - أي أن البائع يبذل ما عنده بالعوض الخارجي، ويقتضي ذلك أن يقوم العوض مقام المبيع وإنّ كان لغير المشتري، فلو باع شيئاً بعوض شيء، فلا يلزم أن يكون المشتري مالكاً لذلك الشيء، ولذا لو لم يعين المشتري لم يقع البيع.

قال الشيخ:

وأما ما ذكره من مثال: من باع مال نفسه عن غيره، فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره، والظاهر وقوعه عن البائع ولغوّة قصده عن الغير، لأنه أمر غير معقول...

(١) القاموس المحيط «بيع».

أقول:

أما لغوية قصده عن الغير، فواضحة.

وأما استظهار وقوعه عن البائع، ففيه: إن قوله: «بعت متاعي عن زيد» قاصداً لوقوع البيع عن نفسه، مستلزم للتناقض كما لا يخفى، وأما إن لم يكن قاصداً لذلك، فكيف يعقل أن يخرج الإنسان ملكه عن نفسه بلا قصد لذلك بل مع قصد كونه عن الغير؟
فالتحقيق بطلان هذا البيع.

وبعبارة اخرى:

إن كان البيع مبادلة مال بمال، بأن تكون حقيقة البيع هي حفظ الإضافة ووقوع المبادلة بين طرفي الإضافتين وهما المالان، فلا شبهة في أن جعل الثمن طرفاً لإضافة البائع يستلزم لحاظ الإضافة، والإضافة لا يعقل لحاظها إلا بلحاظ طرفيها، فالبائع المالك موردٌ للحاظ لا محالة. وهذا هو حقيقة المعاوضة لا أنه من لوازمها.

وبهذا يظهر أيضاً عدم تمامية قوله: فلا حاجة...

نعم، لا حاجة في مقام الإثبات.

وإن كان البيع إنشاء تمليك عين بعوض - كما هو المختار عنده -، فلا يعقل تمليك الشيء لأحد من غير تعيين له، لأنه أمر إضافي ولا يعقل إنشاؤه بلا طرف.

إذن، لا بد من تعيين المالك في مقام الثبوت ولو إجمالاً بالنية.

وقال السيد^(١) معلقاً على قول الشيخ: والظاهر وقوعه عن البائع:

إنه لا معنى للغوية قصد الغير وإنه راجع إلى التناقض ويبطل من هذه الجهة.

أقول:

لو باع الشيء الذي هو ملك له قاصداً لأن يبيعه عن نفسه وهو لا يريد التصريح بذلك، فيذكر عنوان الغير توريةً لئلا يفهم كونه له، صح البيع ووقع عن نفسه. أما لو باعه عن الغير محضاً وأخرج نفسه تماماً، كان باطلاً بلا ريب، إذ لا معنى لأن يبيع الرجل مال نفسه عن الغير فضولاً. ولو باع عن نفسه وعن غيره معاً بطل، للزوم التناقض.

فصور البيع ثلاثة، وهو في واحد منها فقط صحيح.

قال الشيخ:

(١) حاشية السيد ٣٢/٢.

إلا أن يقال: إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية، لم لا يجعل هذا قرينةً على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقية أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكيّة المبيع... وحينئذ، فيحكم ببطلان المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي.

أقول:

قد انتقض قوله: فيحكم ببطلان المعاملة لعدم قصد... بمعاملة الفضولي الغاصب حيث حكم بصحة معاملته، مع عدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي^(١).

ولكن يمكن الفرق: بأن المعاملة الواقعة من الغاصب صادرة عن المالك الإدعائي، ثم إذا لحقتها الإجازة من المالك الأصلي صحت، وأما فيما نحن فيه، فقد جعل الغير مالكاً إدعائياً إلا أن المعاملة غير صادرة عنه ولا علاقة للمالك الحقيقي بها. فالنقض غير وارد.

وبذلك يظهر وجه البطلان، ولعلّه مراد الشيخ من قوله: لعدم قصد المعاوضة... ولكن الأظهر عندي - وإن لم ينبّه عليه أحد - أن مراده هو: أن المقصود - من قول المالك «بعث مالي عن غيري» - دخول الثمن في ملك الغير، بدليل قوله بعد ذلك: ومن هنا ذكر العلامة وغيره في عكس المثل المذكور أنه لو قال المالك للمرتهن: «بعه لنفسك» بطل...

والحاصل: إن سبب البطلان عدم دخول العوض في المحلّ الذي خرج عنه المعوض، على مسلكه رحمه الله في المعاوضة الحقيقية من لزوم دخول كل من العوضين في المحلّ الذي خرج منه الآخر. لكن التحقيق هو: إن البيع مبادلة مال بمال بنحو التملك، أي: هو التملك بعوض، بأن يدخل الثمن العوض في محلّ المبيع المعوض، أما اشتراط أن يدخل المعوض إلى المحلّ الذي خرج عنه العوض، فلا دليل عليه، ولذا لو باع العين الموقوفة - حيث يجوز بيعها - بعوض، كان العوض وقفاً، ولو باع الزكاة كان زكاةً. فالوجه في الحكم ببطلان البيع في المثل المذكور هو عدم دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه.

وأما في المثل الثاني، وهو ما لو دفع مالاً إلى من يريد أن يطعمه وقال: اشتر به لنفسك طعاماً، فالمعاملة صحيحة، لأن الثمن يدخل في ملك بائع الطعام، فكان تملكه للطعام بعوض يدخل في ملكه، وإن لم يدخل الطعام في ملك من خرج الثمن من كيسه.

وعلى الجملة، فإنه إما يبطل البيع في كل مورد لا يدخل الثمن في الموضع الذي خرج عنه المثل، لما ذكرنا من أن البيع هو التملك بعوض.

(١) حاشية السيد ٢ / ٣٢ - ٣٣.

فالحق هو الفرق بين المثالين المذكورين في كلام العلامة وغيره.

ثم قال الشيخ:

لكِنَّ الأقوى صحة المعاملة المذكورة ولغوئية القصد المذكور، لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركني المعاملة.

أقول:

تقريب الحكم بالصحة هو: إن الواقع في حيز البيع في قوله: «بعت هذا عن غيري» هو المال، وأما حيثية الإضافة فلا تقع في حيز البيع، وادعاء كونه ملكاً للغير لا يضرُّ بوقوعه بل يكون ملغىً.

هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري؟

قال:

ثم إن ما ذكرنا كله حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري من يبيع له ويشترى له. وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب والقابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره إلأ... ويحتمل عدم اعتباره إلأ...

أقول:

كان الكلام فيما إذا تعيّن العوضان بالوجود الخارجي أو الثبوت في الذمة، حيث ذكر صاحب المقابس ثلاثة وجوه، وفيما إذا لم يتعيّن لا خارجاً ولا في ذمة قال بأنه لابد من تعيين الذمة ولا يصح البيع مع الإبهام والتردد، وذكر لذلك أدلّة مقتضى الإنصاف تماميتها، والشيخ وافقه على ذلك إلأ أنه جعل تعيين المالكين مقدّمه لتعيين العوضين.

ثم يقع الكلام في تعيين الموجب لخصوص المشتري، فذكر الشيخ وجهين كما سيأتي توضيحه.

ولا يخفى أنّ هذا البحث يفترق عمّا وقع البحث عنه سابقاً من اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول، إذ قلنا هناك: إن البيع التزام في التزام، فلولا التطابق لما تحقّق هذا المفهوم، فقول المحقق الخراساني قدس سرّه:

لا يخفى أن العقد لما كان أمراً ربطياً بين الإثنين لم يكف بتحقّق إلأ إذا تواطنا وتوافقا بحسب القصد. فلو قصد أحدهما تمليك الآخر نفسه وقصد الآخر تمليك غيره وكالة أو فضولا لم يتواطنا على

واحد، فلا عقد بينهما، بل من كل واحد منهما إيقاع - نعم، ربما يقال بأنه يكفي قصد أحدهما ما يقصد الآخر إجمالاً في البيع وإن لم يعرفه تفصيلاً، إذ لم دليل على تعيينه كما في النكاح بالنسبة إلى تعيين الزوج والزوجة، كما أن دليل نفي الفور دلّ على لزوم تعيين العوضين فيه وعدم كفاية توافقهما على ما عيّنه أحدهما بحسب قصده، وبالجملة: اعتبار تعيين ما توافقا عليه شئ آخر، والذي لا بد منه في تحقّق العقد التواطؤ على واحد بحسب القصد...^(١)

في غير محلّه، لأنّ التطابق المذكور قد بحث عنه الشيخ مشروحاً، وهو أمرٌ ثبوتي واقعي، وأمّا هنا، فيستدلّ بظاهر الكلام، فهو ناظر إلى مقام الإثبات، ومحطّ البحث هو: إن قول البائع «بعتك» ظاهر في إرادة البيع من خصوص المخاطب، فهل للمشتري أن يقول: «قبلت لغيري» أو لا؟ وجهان: أحدهما: اعتبار أن يكون المشتري هو المخاطب، ولا يصحّ منه القبول لغيره، لأنّ البائع إنما قصد تمليك متاعه للشخص المعين بكاف الخطاب مثلاً، وعلى المشتري أن يرتب الأثر على ما قصده البائع، إلّا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين... والآخر: عدم اعتبار ذلك، وللمشتري أن يقبل لغيره إلّا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح والوقف الخاص والهبة والوكالة والوصية، حيث تلحظ في هذه الموارد خصوصيات الأفراد.

مختار الشيخ

قال الشيخ:

والأقوى هو الأوّل، عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصية وتبعيّة العقود للقصد. وتوضيحه: إن كاف الخطاب هي في القضايا الخارجيّة دائماً إشارة إلى الشخص المعين، فلا تشمل الغائب وغير المعين، وهذا الظهور حجة على المقصود، والعقود تابعة للقصد، وعليه، لا بدّ أن يقبل المشتري لنفسه، ولو قبل لغيره بطل، لانتفاء شرط التطابق، إلّا أن تقوم القرينة من الخارج على عدم إرادة الظاهر، كما في غالب البيوع والإجازات، حيث لا خصوصيّة للشخص، بل المقصود الانتفاع بالمعاملة، فيسقط ظهور كاف الخطاب وينعقد للكلام ظهور ثانوي في أن المراد هو الأعم من الشخص أو وليّه أو موكّله.

وتلخص:

أولاً - إن نظر الشيخ هنا إلى مقام الإثبات بعد الفراغ عن مقام الثبوت في محلّه سابقاً.

(١) حاشية المكاسب: ٢٧.

وثانياً - إنَّ المتَّبِع هو ظهور الكلام، فإنَّ قامت القرينة الخارجيّة على أنّ مقصود البائع هو المعاوضة على ملكه وأخذ العوض بلا نظر خاصّ بالنسبة إلى المشتري، فحينئذ يسقط ظاهر كاف الخطاب وينعقد للكلام ظهور آخر ويكون هو المتَّبِع، وإلاّ لم يجز للمشتري أن يقبل لغيره، بل عليه الأخذ بالظاهر، كما هو الحال في النكاح والهبة ونحوهما.

وهذا هو مراد الشيخ لا ما ذكره بعض الأكابر^(١) من أنّ ركني المعاملة في النكاح ونحوه هما الشخصان، ولا ما ذكره البعض الآخر من أنّ الوكيل في المعاملة البيعيّة يصدق عليه عنوان المشتري، أمّا في النكاح فلا يصدق عليه عنوان النكاح.

التحقيق في المسألة

وبعد:

فإن هذا المبحث مقدّمة للتطابق المعترف في الإيجاب والقبول الذي بحث عنه في شرائط العقد، وفيه جهات من البحث:

الجهة الأولى:

هل يلزم أن يقصد ويعيّن الموجب من يريد تملكه أو تزويجه أو الوصيّة إليه؟
إنّه يشترط تعيين الشخص - زائداً على تعيين العوضين - في كلّ معاملة يكون لتعيين الشخص فيها أثر، كما في بيع السلم وبيع النسيئة، حيث لا يباع أو يشتري الشيء نسيئاً أو سلماً إلاّ ممّن يعرفه وثيق به ويعتمد عليه، وكذا في الزواج كما هو واضح، وفي الوصيّة، إذ لا يوصى إلاّ إلى من كان دينياً عاقلاً قادراً على تنفيذ الوصيّة، وفي الوقف، إذ لا يوقف إلاّ على من يتحقّق به الغرض من الوقف.

فالقاعدة الكلّيّة هي أنه في كلّ مورد يختلف الغرض والمقصد بحسب الأشخاص، فلا بدّ من تعيين الشّخص، سواء - سواء في النكاح والبيع والهبة وغيرها - في النية والقصد، حتى يحصل التطابق. وأمّا إذا لم يكن لتشخص البائع أو المشتري دخل في الغرض، فلا يشترط التعيين، كما في البيع النقدي حيث يذهب الإنسان إلى السّوق لشراء ما يحتاج إليه، فإنّه يشتريه من أيّ أحد وجده عنده، وكذا البائع، فإنه يعرض متاعه للبيع من أيّ أحد اشتراه، لأن غرضه الكسب والانتفاع ليس إلاّ... وفي هذه الحالة يحصل التطابق قهراً.

الجهة الثانية:

(١) منية الطالب ١/١٧٩.

في مقام الإثبات، لا بدّ من تعيين الموجب والقابل في كلّ مورد يكون لخصوصيّة الشخص دخل، بأنّ يتلفّظ بالصيغة ويصرّح بكونه موجباً أو قابلاً لنفسه أو لموكله وغير ذلك، بحيث يكون كلامه ظاهراً في المقصود ويتحقّق التطابق بين الإيجاب والقبول، وأمّا مع عدم الدخل فلا، لأنّ إقامة الدليل إنّما هي حيث يكون للمدلول أثر، ومع عدم الأثر للمدلول يكون ذكر الدليل لغواً.

الجهة الثالثة:

إنّ كاف الخطاب في العقود ظاهرة في الشخص، فلو قال «بعتك» كان المخاطب هو المباع له لأنها أداة إشارة، والمشار إليه دائماً جزئي، والإشارة إلى الكلّي بما هو كلّّي لا معنى له، فلا بدّ من رعاية الظهور الأوّلي فيها إلّا مع التصريح بالخلاف، كأن يقول: بعتك بما أنت وكيل، وهكذا في سائر العقود... وعليه، فلو قال «بعتك» فقال: «قبلت لموكلّي» بطل، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول. نعم، في كلّ مورد لم يكن لخصوصيّة الأشخاص دخل، يسقط ظهور الكاف وينعقد للكلام ظهور ثانوي في الأعم من الشخص وموكله مثلاً، كما هو الحال في غالب البيوع والإجازات.

ويتمُّ شرح الجهات و تكميلها ضمن امور:

الأمر الأوّل

إنه يعتبر في مقام الثبوت ونفس الأمر أنّ يكون كلّ من الموجب والقابل قاصداً على وجه التعيين لآخر في جميع العقود، حتى يتحقّق التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو قصد بيع الشيء من شخص بعينه فقبله لموكله بطل، لعدم التطابق، وكذا لو قبل القابل من غير البائع، كأن يقول: قبلت لنفسيّ عن موكلك، وهكذا.

نعم، من الممكن أنّ يقصد البيع من الأعم من شخص المخاطب وموكله.

الأمر الثاني

إنّ ما ذكر معتبرٌ في مقام الإثبات كذلك حتى تتم الدلالة وتقوم الحجة، وإلّا فلا تترتب الأحكام والآثار.

الأمر الثالث

تارة: يتمخّض الغرض في المبادلة بين المالكين ولا تلحظ خصوصيّة الأشخاص لعدم مدخليّة ذلك في الغرض، واخرى: الخصوصية دخيلة مع المبادلة وعدمها، ففي السّلم والنسيئة تراعى الخصوصيّات في الموجب والقابل، وأوضح من ذلك النكاح والوصية والهبة والوكالة والحوالة والوقف.

الأمر الرابع

لا ريب في لزوم اتّباع الظهور في مقام الإثبات، فليس للقابل أن يقبل لموكله البيع بالإيجاب الظاهر في تمليك نفسه كقوله: بعتك فيقول: قبلت لموكلي، أو يقبل لنفسه البيع الظاهر في تمليك موكله كقوله: بعته موكلك فيقول: قبلت لنفسي... وهكذا.

فكاف الخطاب من أظهر مصاديق ما هو ظاهر في إرادة المخاطب، إلا في المورد الذي قامت القرينة على عدم الخصوصية للمخاطب وانعقد فيه الظهور في الأعم منه ومن موكله مثلاً، كما هو الحال في البيوع المتعارفة.

فالمناط هو الظهور ويجب اتّباعه حتى يحصل التطابق بين الإيجاب والقبول، ولا ترفع اليد عنه إلا بالقرينة القطعية، وليس المناط كون العوضين ركناً في النكاح كما قيل أو قيل بأنّه في البيع يعبر عن الوكيل في الشراء بالمشتري ولا يعبر عنه في النكاح بالناكح والزّوج.

الأمر الخامس

لو شك الموجب في أنّ القابل أصيل أو وكيل وأنّ لخصوصيّة الأفراد دخلاً أولاً، فهل يصح منه الخطاب إليه بضمير المخاطب؟ وبعبارة أخرى: إذا كان لخصوصيّة الأفراد دخل، ولم يحرز الموجب كون القابل أصيلاً ليخاطبه بكاف الخطاب، فهل يصح خطابه كذلك؟
إنه لا يصحّ ذلك، لأنّ هذا الضمير ظاهر في كونه أصيلاً، بل عليه أن يقول: بعته لمن تريد أن تشتري له.

وكذا لو شك القابل في أنّ إيجاب الموجب بالأصالة أو الوكالة، فعليه أن يقول: قبلت البيع، بأن تكون اللّام للعهد، أي البيع الذي قصده الموجب، أعم من كونه بالأصالة أو الوكالة.
وبالجملة، فإنه يعتبر إحراز التطابق بين الإيجاب والقبول، وهو متوقّف على العلم بكونه أصيلاً أو وكيلاً، فعليه أن يأتي بالصيغة بما يعمّ الحالتين.

الأمر السادس

إنه في المعاملات المتعارفة المقصود بها المبادلة بلا دخل لخصوصيّة الأشخاص، لو قال: بعته هذا المتاع بكذا، فقبل المشتري، ثمّ لمّا طالبه بالثمن قال: أنا وكيل، لم تسمع دعوى الوكالة منه، بل عليه دفع الثمن.
هكذا قالوا.

والسرّ في ذلك هو: أنّ كاف الخطاب تسقط عن الظهور في المعاملات المتعارفة، أمّا تاء المتكلّم في «قبلت» فباقية على ظهورها، ويترتب الأثر على هذا الظاهر ويُلزم بدفع الثمن. ولعلّ هذا وجه تأمّل الشيخ كما سيأتي.

النظر في القول بالفرق بين البيع والنكاح

ثم إنّ الشيخ نقل عن بعض الفقهاء وجهين للفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح، وأشكّل عليهما، أمّا الوجه الأول فهو:

إنّ الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، وتختلف الأغراض باختلافهما، فلا بدّ من التعيين وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد.

فأشكّل عليه الشيخ بوجهين. قال:

إنّ كون الزوجين كالعوضين إنّما يصحّ وجهاً لوجوب التعيين في النكاح لا لعدم وجوبه في البيع. مع أنّ الظاهر أنّ ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح... فلا بدّ من وجه مطرد في الكلّ. أقول:

إنّما إشكاله الأوّل فيندفع:

بأنّ تعيين الطرفين في النكاح هو لعلّة كونهما ركنين في العقد، فلولا تعيينهما لم يتمّ العقد، وهذا المعنى مفقود في البيع، فينتفي المعلوم بانتفاء علّته.

وأما إشكاله الثاني فيندفع:

بأنّ ذكر النكاح من باب المثال، وإلا فإنّ الركنيّة في الهبة والوصيّة والوقف والوكالة موجودة كذلك، وما ذكر فيه جار فيها بتنقيح المناط.

وأما الوجه الثاني، فهو:

إنّ معنى قوله: بعتك كذا بكذا، رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك ووكيله. ومعنى قولها: زوجتك نفسي، رضاها بكونه زوجاً، والزوج لا يطلق على الوكيل.

فأشكّل عليه الشيخ بقوله:

إنّ معنى «بعتك» في لغة العرب... هو ملكتك بعوض، ومعناه جعل المخاطب مالكاً، ومن المعلوم أنّ المالك لا

يصدق على الولي والوكيل والفضولي.

الأولى في الفرق

ثم قال الشيخ:

فالأولى في الفرق ما ذكرنا: من أن الغالب في البيع والإجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالةً أو عن الغير. ولا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل. فتأمل. بخلاف النكاح وما أشبهه، فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث أنه ركن للعقد. أقول:

هذا الفرق هو الصحيح، فإن الغالب في البيع هو المبادلة بين المالكين، ولا يلحظ شخص البائع والمشتري، بخلاف النكاح والوصية والوقف وشبهها، فإن الملاحظ فيها الأشخاص بأنفسهم، وقد تقدّم منا ذلك أيضاً.

وقد أشكل السيد على قوله: «ولا ينافي ذلك... فتأمل» قائلاً:

لعلّ الوجه أنه إذا كان الغالب في مثل البيع ما ذكر من قصد المخاطب بالعنوان الأعم، فظهور إرادة المشتري الخصوصية يكون ملغى، ومع ذلك فلاوجه لمراعاته في مقام التنازع، وعدم سماع دعوى المشتري من جهته، فالمنافاة بين هذا الوجه وعدم سماع قول المشتري حاصلة، ولا وجه لمنعها، فتدبر^(١).
والحق أن تأمل الشيخ إشارة إلى ما تقدّم منا من أن كاف الخطاب إنما تسقط عن الظهور في البيوع المتعارفة، وأما سقوط «تاء المتكلم» فلا دليل عليه، بل هو ظاهر في الأصالة.
وبهذا يظهر وجه اندفاع كلام السيد رحمه الله.

قال الشيخ:

بل ربما يستشكل في صحّة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل، كما لو قال: «زوّجتك» مريداً له باعتبار كونه وكيلاً عن الزوج... ولعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها... بخلاف البائع والمستأجر. فتأمل حتى لا تتوهم رجوعه إلى ما ذكرنا سابقاً واعتراضنا عليه. أقول:

وما ذكره متينٌ جداً، وتوضيحه:

إنه يلزم دائماً في استعمال الألفاظ رعاية القوانين المتبعة في المحاورات العامة، وكلّ لفظ أريد استعماله في غير معناه الحقيقي الموضوع له، فلا بدّ وأن يكون استعماله في المعنى المجازي الذي صحّ

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٣٧.

استعماله فيه في المحاورات عند عموم أهل اللسان وكان متعارفاً عندهم. وعليه، فإن استعمال كاف الخطاب في البيع في الأعم من المعنى الحقيقي والتنزيلي - كالوكيل - متعارف وشائع عند أهل اللسان في محاوراتهم. وأمّا في غير البيع، كالنكاح والوصية وشبههما من الموارد التي تلحظ فيها الأشخاص، فلا حتى مع القرينة القطعية، لعدم كون ذلك شائعاً متعارفاً بين أهل المحاورة.

مسألة

اشتراط الاختيار

قال الشيخ:

ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار، والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس، لا الاختيار في مقابل الجبر.

أقول:

قد تقرّر سابقاً اشتراط قصد مدلول العقد، والكلام الآن في اشتراط الاختيار. وليس المراد الإرادة والقصد المقابل للجبر، بل المراد قصد مدلول العقد ووقوع مضمونه عن طيب نفس، [١].

[١] ظاهر السيّد رحمه الله أنّ الصّادر من المكره ليس بعقد، فهو باطل لعدم شمول العمومات والإطلاقات له. وبعبارة اخرى: لا مقتضي للصحة في عقد المكره. وذهب المحقق الخوئي^(١) إلى أن لعقد المكره اقتضاء الصحة كعقد غيره، في مقابل الكراهة.

دليل هذا الشرط

وقد استدللّ الشيخ لاعتبار الاختيار بوجوه، قال:
ويدلّ عليه - قبل الإجماع - قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)^(٢).
وقوله عليه السّلام: لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه^(٣).

(١) مصباح الفقاهة ٢/٢٨٤.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٣) عوالي اللآلي ٢ / ١١٣ رقم: ٣٠٩.

وقوله عليه وآله السلام: في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: رفع - أو وضع

لشمول آية الحلّ وآية الوفاء بالعقود له، غير أنّ كونه مكرهاً عليه هو المانع للأدلة الدالة على ذلك.

ونتيجة ذلك: أنه لو أمكن المناقشة فيما يستدلّ به للمنع، كان مقتضى القاعدة هو القول بصحة عقد المكره.

ويناقش: بأنّ الإطلاقات والعمومات المذكورة منزلةً على ما عليه العقلاء في معاملاتهم، لوضوح أنّ الأدلة الواردة

في أبواب المعاملات إمضائية وليست تأسيسية، فهي مقيدة بالسيرة العقلائية القائمة على عدم ترتيب الأثر على عقد

المكره، كما أنها مقيدة بالحديث المعمول به عن رسول الله صلى الله عليه وآله من أن «الناس مسلطون على أموالهم».

- عن أمّتي تسعة أشياء - أو ستة - ومنها: ما اكرهوا عليه^(١). وظاهره وإن كان رفع المؤاخذة إلا أن استشهاد

الإمام... [١].

[١] لم يتعرّض السيّد الجدلّ لكيفية الاستدلال بهذه الأدلة، وهذا شرح ذلك بنحو الإجمال:

أما الإجماع، فقد قدّم عليه الشيخ الآية والرواية، ولعلّه للتنبية على عدم كونه الإجماع الحجّة الكاشف عن رأي

المعصوم عليه السلام.

وأما الآيّة، فتقريب الاستدلال بها: أنّ «الباء» سببيّة، والاستثناء محمولٌ على الاتّصال لأنه الأصل، فيكون التقدير:

يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بسبب من الأسباب، فإنه باطل إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم.

وعقد المكره ليس بتجارة عن تراض، فهو باطل.

فإن قيل: إنه إذا كان الشرط في صحة البيع هو الرضا، فإن من يبيع شيئاً من باب الإضرار - كأن يكون لدفع

ضرر - فإذن للرّضا كذلك، والحال أن معاملته صحيحة بالاتفاق.

فالجواب: فرقٌ بين الإضرار والإكراه، لأنه في حال الإكراه يكون مكرهاً على البيع نفسه، بخلاف حال الإضرار،

فإنّ العدو - مثلاً - يطالبه بالمبلغ الكذائي، وليس بمكره له على البيع.

وبالجملة، فإنه فرق بين «الإكراه» و «الكره».

فإن قيل: إنه إن كان المستثنى هو التجارة فقط، يلزم تخصيص الأكثر.

...

فالجواب: هذا إن كان التجارة هو خصوص البيع، وليس كذلك.

(١) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٦٩، كتاب الجهاد، أبواب جهاد النفس، الباب ٥٦ رقم: ١.

وأما حديث: لا يحل... ، فتقريب الاستدلال به، أن المعنى: لا يحل لأحد أن يملك أو يتصرف في مال المسلم إلا بطيب نفس منه.

ومن المعلوم أن المكره لا طيب نفس له، فلا يحل التصرف في ماله المأخوذ منه، وإذا كان التصرف في ذلك محرماً، فالعاملة باطلة.

وأما حديث الرفع، فتقريب الاستدلال به هو: إن الرفع في هذا الحديث وإن كان ظاهراً في المؤاخذة الأخروية، إلا أن استشهاد الإمام عليه السلام به في رفع بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخذة فيه المطلق الإلزام بشئ: ففي صحيحة البنظري عن أبي الحسن عليه السلام: في الرجل يستكره على اليمين، فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك. أيلزمه ذلك؟

فقال عليه السلام: لا. قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا و ما أخطأوا.^(١)

قال الشيخ: والحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلا أن مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه، يدل على أن المراد بالنبوي ليس رفع خصوص المؤاخذة والعقاب الاخروي.

...

فإن قيل: إن الحلف على الطلاق والعتاق باطل وإن كان لا عن إكراه - كما ذكر - لكن المانع عن تصريح الإمام عليه السلام بذلك والسبب في استدلاله بحديث الرفع، هو التقية. وإذا حملت الرواية على التقية لم يتم الاستدلال بحديث الرفع لرفع الأحكام الوضعية.^(٢)

فالجواب: إن التقية هي في تطبيق حديث الرفع على المورد، لا في بيان حكم المورد، وذلك لا يضر باستدلال الشيخ رحمه الله.

هذا، ولكن الميرزا رحمه الله قرب الاستدلال وقصر المسافة فقال:

وأما حديث الرفع فبناءً على ما بينا مفاده في الأصول من أن الرفع رفع تشريعي ولا يحتاج إلى التقدير، فدلالته على المقصود واضحة، ولا يتوقف التمسك به على ضمّ استشهاد الإمام على رفع أثر الحلف بالطلاق إذا كان الحالف مكرهاً، لما بينا من دلالاته بنفسه مع قطع النظر عن الخارج. وعلى أي حال، المناقشة في الاستشهاد بحمل نفس الاستشهاد على التقية غير صحيحة لأن الظاهر أن الأمام في استشهاده بحديث الرفع بين الحكم الواقعي وإنما اتقى في

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٠ كتاب الإيمان، الباب ١٢ رقم: ١٢.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق لإيرواني.

تطبيق الحديث على المورد ففي بيان الكبرى لاتقيّة، فيدلّ الحديث على رفع الآثار الوضعية كرفع الآثار التكليفيّة في حال الأكره.

ونظير المقام ورد عن الصادق عليه السّلام في قوله ذاك إلى الأمام، إن صمت صمنا وإن أفطرت أفطرتنا، فإنّ الظاهر من هذا الحديث أنّه لم يتق في ثبوت الهلال بحكم إمام المسلمين بل في تطبيق الإمامة على المنصور الذي أمر الأمام بإفطار آخر يوم الصيام.

مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره^(١). بضميمة عدم الفرق.

أقول:

هنا مقدّمات:

الإخبار والإنشاء عبارة عن استعمال اللفظ في المعنى وإيجاده باللفظ، فتارةً: يكون الاستعمال كذلك بداعي الحكاية عمّا في نفس الأمر، واخرى: بداعي الإنشاء. وبعبارة اخرى: قولنا «بعت» لفظ مشتمل على المادّة والهيئة، فالمادّة تدلّ على المعنى الحدّي، والهيئة تدلّ على إسناد المادّة إلى المتعلّق، فإنّ قصد من استعماله الحكاية صار خبراً، وإنّ قصد منه الإيجاد صار إنشاءً.

كما أنّ الإشكال عليه: بأن مقتضاه بطلان البيع عن إضطرار مع عدم إمكان الألتزام به، غير وارد. لأنّ الحديث حديث و رد في مقام الأمتنان، فلا امتنان في رفع أثر المعاملات الصادرة عن اضطرار. هذا مع أنّ الأضطرار إلى العاملة عبارة عمّا يكون نفس المعاملة اضطراريّة، وأمّا إذا كانت العاملة ممّا يدفع بها الأضطرار، فلا يدلّ الحديث على رفعها، كما أنّه لو كان الخطأ أو النسيان متعلقاً بأمر آخر غير نفس المعاملة و صدرت المعاملة عن عمد وإلتفات، فهذه لاترتفع بالحديث.

وعلى أيّ حال، سواء قلنا برفع الآثار الوضعية أيضاً كرفع الأحكام التكليفيّة كما هو ظاهر استشهاد الأمام بالحديث أم لم نقل به، بأن يحمل نفس الأستشهاد على التقيّة، فعدم مضيّ المعاملة إذا كانت كراهيّة، لإشكال فيه، لأنّ الأكره موجب لفقد الرضا، مع أنّ رفع الآثار الوضعية به في الجملة لا إشكال فيه. وقام الكلام في الأصول^(٢).
وأيضاً: فالإخبار والإنشاء تارةً يكونان بداعي الحقيقة، واخرى: بداعي التخيّل فيكونان مجازاً.
وأيضاً: الإخبار والإنشاء الحقيقيّان تارةً: يكونان عن رغبة وطيب نفس، واخرى: يكونان عن الإكراه، فهو يخبر عن الشّيء أو ينشؤه عن إكراه.

وبعد:

(١) وسائل الشريعة ٨٦/٢٢، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٢) منية الطالب ١ / ١٨٤.

فإنَّ الإكراه تارةً: يكون على نفس الشيء، كأنَّ يقول: بعني وإلَّا قتلتك، واخرى: لا يكون على نفس الشيء، بل يكرهه على دفع مال إليه فيبيع داره كي يعطيه، حتى يدفع عن نفسه ما أوعده عليه من الضرر، وثالثةً: يبيع كتابه مثلاً ليشتري به طعاماً لعياله.

الكلام على الاستدلال بآية التجارة عن تراض

وعليه، فإنَّ كان معنى قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) هو الرضا النفساني المقابل للكراهة، فالبيع الواقع منه في جميع الصور المذكورة باطل، لأنَّ بيع داره أو كتابه في صورتين الثانية والثالثة قد وقع عن كره منه ولم يكن عن شوق ورغبة، فيكون باطلاً كما في الصورة الأولى. مع أنَّ البيع فيهما صحيح إجمالاً.

وأما إنَّ كان المعنى هو الرضا العقلائي، كان البيع صحيحاً في جميع الصور حتى الأولى، لوجود الرضا العقلائي فيها.

وبذلك ظهر عدم تمامية الاستدلال بالآية المباركة على بطلان بيع المكره، لأنَّ الغرض من البيع هو دفع ما أوعده عليه، وبيع الشيء لهذا الغرض المهمُّ أمر عقلائي يصدر عن الرضا. ولا يتوهم وجود الفرق بين الإكراه على بيع نفس الشيء دفعاً للضرر، والإكراه على بيع شيء مقدّمه لدفع الضرر، لعدم الفرق في الكراهة الطبيعية بين الموردين. وبعبارة اخرى:

إنه إنَّ كان معنى الرضا في الآية هو الميل والرغبة الإنسانية، كان اللازم بطلان بيع داره لأداء دينه أو للإنفاق على عياله، لعدم الميل الطبيعي في ذلك، لكنّه ليس بباطل، فليس الرضا في الآية بالمعنى المذكور، فيكون المعنى هو الرضا العقلائي وإنَّ كان مقروناً بالكراهة الطبيعية. هذا بالنسبة إلى الآية المباركة.

الكلام على الاستدلال بحديث لا يحلّ

وكذا الكلام في الاستدلال بحديث لا يحلّ، فإنَّ كلّ ما ذكرناه في الآية المباركة آت في هذه الرواية الشريفة.

وبالجملة، فإنَّ من يبيع الشيء عن كره، تكون تجارته عن تراض وطيب نفس، لأنَّ عقله يحمله على البيع دفعاً للضرر، فالاستدلال بالآية المباركة والرواية الشريفة للبطلان، في غير محلّه.

الكلام على الاستدلال بحديث الرفع

نعم، يدلّ حديث الرفع على بطلان ما وقع عن الإكراه، مع كونه عن الرضا العقلائي، لأنّ رفع الموضوع تشريعاً يكون برفع حكمه.

والحاصل:

صحّة الاستدلال بحديث الرفع دون الآية المباركة، ورواية: «لا يحلّ...».

هذا تقرير كلام بعض الأكابر على الاستدلال بالآية والرواية [١].

[١] وهذا نصّ كلام المحقّق الإصفهاني في هذا المقام:

إعلم أنّ الشئ إنّما تتعلّق به الإرادة المحرّكة للعضلات، إذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى، فينقذ بسببها الشوق في النفس، فيتأكد إلى أنّ يصير علّة تامة لحركة العضلات، وهذه الملائمة ربّما تكون بالإضافة إلى القوى الطبيعية، كقوة الباصرة في المبصرات، وقوة السّامعة للنغمات، وقوة الذوق في المدذوقات الطيبة وهكذا، وربّما تكون بالإضافة إلى القوة العاقلة، وربّما يجتمع فيه جهتان من الملائمة الطبيعيّة والعقليّة، كما أنّه ربّما تلائم القوة الطبيعيّة دون العقليّة كشرب السكّنجين للمريض، فإنّه يلائم القوة الذوقية وينافر القوة العاقلة، وربّما يلائم القوة العاقلة وينافر القوة الطبيعيّة كشرب الدواء، فإنّه يلائم القوة العاقلة من حيث كونه دافعاً للمرض، وينافر القوة الذوقية لمرورتها، فإذا اشتد الشوق العقلي وغلب على الكراهة الذوقية فلا محالة يشربه، وإلّا فيتركه، فما من فعل إرادي إلّا ويصدر إنّما عن شوق طبعي أو عن شوق عقلي، وليس الطيب والرضا ما وراء الإرادة ومبادئها، فالطيب طبعي تارة وعقلي أخرى، فالفعل الصّادر عن إكراه صادر عن طيب عقلي غالب على الكراهة الطبيعيّة وإلّا لما صدر.

صحّة الاستدلال بما تقدّم

ويمكن الجواب عمّا ذكر بأن: كلّ فعل صادر من الإنسان فله علّة غائيّة، ويكون تصوّرها هو الدّاعي لصدوره، وتلك الغاية قد تكون موافقةً للرغبة الطبيعيّة وقد تكون مطابقة للميل العقلائي، وعلى كلّ تقدير، فإنه لا يلزم وقوع البيع عن الرغبة الطبيعيّة بل يكفي الميل العقلائي، لكنّ المهمّ هو أنّ العقلاء لا يفعلون الفعل إلّا بداعي الحصول على الفائدة المترتّبة عليه، والفائدة المترتّبة على البيع قد يكون أداء الدين أو إعاشة العيال، وقد تكون التخلّص من إكراه الظالم.

ثم إنّه من الواضح أنّ مناط صحة المعاملات لا ينحصر في الطيب الطبيعي، ضرورة أنّ البيع الذي دعت إليه الحاجة الضرورية صحيح، وإنّ كان مكروهاً طبعاً، بل ولو كان لدفع مال أُكْرِهَ عليه، فإنّه لا شبهة في صحة البيع إذا كان لدفع ضرر الغير بدفع الثمن الذي أُكْرِهَ على دفعه.

فيعلم أنّ المناط مجرد الطيب الأعم من الطبيعي والعقلي، فعقد المكره غير فاقد لما هو موجود في غيره من الشرط وهو الطيب، وإنّما لا ينفذ لوجود المانع المفقود في غيره وهو كونه مكرهاً عليه، فالمناط هو الإكراه لا الكره. وعليه، فلا يصح الاستدلال على فساده بقوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) أو «لايحل إلا عن طيب... الخ» لوجود الرضا والطيب، بل الصحيح الاستدلال بمثل حديث الرفع وأخبار طلاق المكره وأشباهها.^(١) وبعبارة أخرى: الداعي تارةً هو الفائدة المترتبة على نفس البيع، وأخرى: هو الجري على طبق الإكراه.

فلاية الرواية دالتان على اشتراط أنّ تكون التجارة عن تراض بها هما هي تجارة، لا على اشتراط الرضا في أمر آخر تكون التجارة مصداقاً له، والبيع عن إكراه ليس تجارةً بما هي تجارة. فالاستدلال تام والإشكال مندفع.

الاستدلال بما ورد في طلاق المكره

وأما الاستدلال بما ورد في طلاق المكره لبطلان بيع المكره، فلعدم الفصل، ومن تلك النصوص:

عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن طلاق المكره وعتقه.

قال: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق.

فقلت: إني رجل تاجر أمرّ بالعشّار ومعني مال.

فقال: غيّبه ما استطعت وضعه مواضعه.

فقلت: فإنّ حلفني بالطلاق والعتاق.

فقال: إحلف له...»^(٢)

وعن يحيى بن عبدالله بن الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا يجوز الطلاق في

استكراه...»^(٣)

وعن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: «لو أنّ رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسطان،

فقهره حتى يتخوّف على نفسه أن يعتق أو يطلق ففعل، لم يكن عليه شيء»^(١)

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٣٩ - ٤٠.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢ / ٨٦، كتاب الطلاق، الباب ٣٧ رقم: ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢ / ٤٦، كتاب الطلاق، الباب ١٨ رقم: ٦.

قول جماعة بأن المكره غير قاصد لمُدلول اللَّفْظ

قال الشيخ:

ثم إنه يظهر من جماعة - منهم الشهيدان - أنَّ المكره قاصد إلى اللَّفْظ غير قاصد إلى مدلوله... وليس مرادهم أنه لا قصد له إلا إلى مجرّد التكلّم... فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج... ثم إنه استشهد بأمور، كحكمهم بعدم وجوب التورية في التفصي عن الإكراه، وصحة بيعه بعد الرضا، واستدلالهم له بالأخبار الواردة في طلاق المكره (قال): وغير ذلك مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام.

الكلام حول ما ذكره الشيخ

أقول:

وهذا الكلام يناقض بظاهره ما تقدّم منه من أن المراد من الاختيار هو «القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس «في مقابل الكراهة». وقال أيضاً: «فالمراد بعدم قصد المكره: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج». ولذا قال السيد: هذا ما وعدنا من كونه مناقضاً لما ذكره في أوّل العنوان من أنه قاصد لوقوع المضمون إلا أنه لا يطيّب النفس، فلا تغفل. والحق ما قلنا من أن مراده عدم الرضا. فتدبر^(٢)

ورفع المحق الخراساني المناقضة بأن علّق على قول الشيخ: «هو القصد إلى وقوع أثر العقد» بقوله: أي القصد إلى وقوعه شرعاً لو كان ملتفتاً إلى اعتبار الطيب في تأثيره، وأمّا القصد إلى وقوعه عرفاً والتوسّل بإنشاء مضمونه إلى تحقّقه كذلك ممّا لا بدّ منه في تحقّق العقد، ولا يكاد يكون إنشاء مضمون عقد بدون هذا القصد.^(٣)

أقول:

(١) وسائل الشريعة ٢٢ / ٨٦ ، كتاب الطلاق، الباب ٣٧، رقم: ٢.

(٢) حاشية المكاسب ٢ / ٥٠ .

(٣) الحاشية على المكاسب: ٢٧ - ٢٨.

إنه لا يمكن المساعدة على هذا الكلام، لوضوح أن بيع المكروه لا يترتب عليه الأثر مطلقاً حتى من أهل الديانات الاخرى، فلا معنى لأن يكون مراد الشيخ ما ذكره.

وقال الميرزا الاستاذ:

مراد الشيخ هو أن ظاهر حال من يقول «بعت» أن يكون عن طيب نفس، وهذا الظهور مفقود في بيع المكروه^(١).

والأصل في هذا الكلام هو المحقق النراقي، إذ قال بأن ظاهر حال المتكلم كونه قاصداً لمعنى كلامه، وهذا الظهور منتف عن المكروه^(٢).

والإنصاف أن تفسير كلام الشيخ إذ قال: «فالمراد بعدم قصد المكروه عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج، وأن الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج» وقال أيضاً: «المراد بالقصد المفقود في المكروه هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام» بما ذكره الميرزا الاستاذ، غير صحيح.

والذي أراه ارتفاع التناقض بالنظر إلى ما أفاده الشيخ رحمه الله في أوائل الكتاب، من أن لفظ البيع ظاهر فيما هو المؤثر في الملكية. وهذا هو المعنى الحقيقي له. (قال) وعليه، فلا مجال للتمسك بإطلاق (وَأَحَلَّ اللَّهُ التَّبِيعَ) لنفي شرطية أو مانعية شيء، وإنما يتمسك بالإطلاق المقامي، لأنه لما كان يخاطب العرف، فلا يقصد من «البيع» إلا ما يراه العرف بيعاً.

وقد ذكرنا هناك أن هذا إنما يتم بناءً على كون الملكية أمراً واقعياً، فيكون «البيع» موضوعاً للملكية الواقعية.

وحينئذ يفسر كلامه هنا: بأن المكروه قد أنشأ البيع وقصد المدلول ولكنه لا يقصد ترتب الملكية الواقعية على إنشائه.

وبذلك يرتفع التناقض.

كما أن التناقض يرتفع بما تقدم من أن البيع الصادر من المكروه ليس مصداقاً للتجارة عن تراض، بل إنما يبيع من أجل التخلص من الوعيد، فهو غير قاصد لوقوع مضمون البيع بالمعنى المذكور خارجاً. وتوضيحه على مسلكنا هو:

إن الملكية ليست من الامور الواقعية، بل هي أمر اعتباري قائم بنظر المعتبر، فالبائع يعتبرها بما أنه أحد العقلاء، ثم إن الشارع قد يعتبر على طبق اعتبارهم وقد لا يعتبر، ولذا قلنا في محلّه: إن ما ذهب

(١) منية الطالب ١ / ١٨٦.

(٢) مستند الشيعة ٣ / ٣٦٤.

إليه المشهور - من أنّ للملكية واقعية، ونظر الشارع والعقلاء طريق إليها، والشارع إذا رأى فساد العقد في مورد فهو يخطئ العقلاء في نظرهم و اعتبارهم - غير صحيح، وكذا قولهم بالآية العقود. فالبيع موضوع لإنشاء التمليك، وهو حقيقة في الإنشاء الصادر من المالك، والتمسك بالإطلاقات اللفظية تام بلا إشكال.

وعلى ما ذكرنا، فالقول بأنّ المكره غير قاصد لتحقيق مضمون العقد في الخارج، غير صحيح، لأنّه قاصد له ومعتبر للملكية، وليس هناك خارج ماوراء نفس المعتبر، غير أنّه يريد التخلّص من الإكراه ولا يقصد التجارة، وهذا وجه الاستدلال بالآية والرواية لعدم صحة العقد الواقع منه.

وعلى الجملة، فإنّ التناقض يرتفع بالنظر إلى كلام الشيخ سابقاً على مسلك المشهور والمختار عنده، بحسب ما بيّناه، لكنّ المبني غير صحيح. ويرتفع على مسلكنا في حقيقة الملكية، على ما أوضحناه.

كما ظهر أيضاً صحّة الاستدلال بالآية والرواية على بطلان عقد المكره واندفاع ما أورد عليه.

والحاصل هو أنّا نوافق الشيخ فيما أفاد، إلّا في حقيقة الملكية، وسيأتي مزيد من التوضيح لذلك إن شاء الله.

حقيقة الإكراه

قال الشيخ:

ثم إن حقيقة الإكراه لغة وعرفاً...

أقول:

ذكر للإكراه أربعة شروط:

أحدها: حمل الغير على ما يكرهه. أي: يكون إكراه لا كره، فيخرج ما إذا باع لأداء دينه مثلاً، فإنه مكروه له، ولكن لم يحمله أحد على ذلك. والمراد من «الغير» هنا غير الحاكم الشرعي، كما لو حكم على المفلس ببيع أمواله ليدفع حق الغرماء، أو على أحد المترافعين فامتنع من عليه الحق فأكرهه على دفع الحق، أو على المرتهن الممتنع، أو على المحتكر حيث يكره على بيع الطعام، ففي جميع هذه الموارد إكراه لكنّ البيع صحيح. فالمراد من الحامل هو المكره الذي لا ولاية له.

وهل المراد من المكره من له وجود واقعي أو الأعم منه والوجود الاعتقادي؟ فلو قيل له كذباً: أنّ السلطان يأمر بك ببيع دارك وإلّا فعل بك كذا، فباع معتقداً صدق الخبر، هل يعتبر بيعه باطلاً؟ فيه إشكال، من عدم وجود الرضا، فلا يشمل آية التجارة ورواية لا يحلّ ما امرئ إلا بطيبة نفسه، ومن عدم شمول حديث الرفع له، لعدم كونه مكرهاً في الواقع.

الثاني: إقتران الحمل بالوعيد من المكروه، فلو حمله على البيع قائلًا: إن لم تبع دارك خربت بالزلزلة، أو إن لم تبع متاعك تتضرر، وأمثال ذلك، لم يصدق الإكراه الموجب لبطلان البيع.
فإن قلت: لم لا يكون باطلاً وهو غير راض بالبيع، فلا تشمله الآية والرواية؟
قلت: المناط أن يكون راضياً بالتجارة بما هي تجارة، ولا يبعد صدق ذلك إن كان الإكراه لا من الحامل.

الثالث: أن يكون الوعيد مظنون الترتب على ترك الفعل، والمراد من ذلك هو الظن النوعي وإلا فلا شبهة في كفاية الخوف العقلائي.

الرابع: أن يكون الوعيد مضرًا بحال الفاعل أو متعلقه نفساً أو عرضاً أو مالا، فلو أوعده على ما لا يضره كذلك، أو أوعده على فوت نفع منه، لم يكن يبيعه باطلاً.
وأضاف السيد قيداً خامساً، فقال:

لابد في صدق الإكراه من كون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقاً عليه... فلو قال: إفعل كذا وإلا قتلتك قصاصاً، وكان مستحقاً له عليه، أو وإلا طابتك بالدين الذي لي عليك. ونحو ذلك، لا يصدق عليه الإكراه.^(١)

ولكن الظاهر عدم الحاجة إليه، لأن اقتضاء القصاص ومطالبة الدين موجود، فيكون ترك البيع سبباً لفعليّة المطالبة، وفي ذلك فوات للنفع لا الوقوع في الضرر.

هل يعتبر عدم إمكان التفصي؟

قال الشيخ:

ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوقع به بما لا يوجب ضرراً آخر كما حكي عن جماعة أو لا؟
أقول:

هل عدم إمكان التفصي عن الضرر، بدفعه بشفاعة شفيح - مثلاً - فلا يبيع أصلاً، أو بإيجاب البيع الصوري توريةً، كأن يقصد الإخبار لا الإنشاء مثلاً، شرط آخر من شروط تحقق الإكراه كما عن جماعة كالشهيد الثاني والمحقق الزاقي أو لا؟

(١) حاشية المكاسب ١ / ٥٤ .

شرح كلام الشيخ

ولنشرح كلام الشيخ ثم ننظر في المسألة.

قال: الذي يظهر من العمومات والإطلاقات كحديث الرفع ونحوه وفتاوى الأصحاب، عدم اعتبار العجز عن التورية، لأنَّ حمل عموم رفع الإكراه وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه - كالرواية في أن يحلف كذباً^(١) - ومعاهد الإجماعات والشهوات المدَّعاة في حكم المكره، على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة، بعيد جداً.

قال: بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد، كرواية قضية عمَّار وأبويه رضوان الله عليهم، حيث اكرهوا على الكفر فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمَّار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله صلى الله عليه وآله، فنزلت الآية (مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ)^(٢). فقال له رسول الله: إنَّ عادوا فعد^(٣)، ولم ينبَّهه على التورية.

قال: مع إمكان دعوى أنَّ القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيِّز الإكراه عرفاً.

قال: وربما يستظهر من بعض الأخبار: عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضاً في صدق الإكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أبو عبدالله: لا يمين في غضب ولا في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في إكراه.

قال قلت: أصلحك الله فما فرق بين الجبر والإكراه؟

قال عليه السلام: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء^(٤).
وجه الاستدلال:

إن الجبر من السلطان لا يقبل التخلُّص، لكنَّ الإكراه من الزوجة والأم والأب يمكن التخلُّص منه عادةً، ومع ذلك عبَّر عنه الإمام بالإكراه، فهو ظاهر في صدق عنوان الإكراه مع إمكان التخلُّص.
ثم قال:

لكنَّ الإنصاف: إن وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقَّق إلاَّ مع العجز عن التفصي بغير التورية...

أي: إنه إنَّ أمكنه التخلُّص من الضَّرر بغير التورية، كأنَّ يستعين بشخص يكون شفيعاً عند الحامل المكره مثلاً، فترك ذلك وأقدم على البيع كما حمَّله المكره عليه، كان البيع صحيحاً، لأنَّه يعتبر في البيع

(١) وسائل الشريعة ٢٢ / ٨٦ ، الباب ٣٧ من أبواب الطلاق.

(٢) سورة النحل: ١٠٦.

(٣) وسائل الشريعة ١٦ / ٢٢٥ ، كتاب الأمر والنهي، الباب ٢٩، رقم: ٣.

(٤) وسائل الشريعة ٢٣ / ٢٣٥ ، كتاب الأيمان، الباب ١٦ رقم: ١.

الإكراهي أن يكون الداعي عليه خوف ترتب الضرر المتوعد به على ترك البيع، ومع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكروه عليه بل على تركه وتترك التفصي معاً، فدفع الضرر المتوعد به يحصل بأحد الأمرين: من فعل البيع المكروه عليه والتفصي، فهو مختار في كل منهما، ولا يصدر كل منهما إلا باختياره، فلا إكراه. فلا يكون البيع باطلاً.

قال:

وليس التفصي من الضرر أحد فردي المكروه عليه... لأن الفعل المتفصي به مسقط عن المكروه عليه لا بدل له، ولذا لا يجري أحكام المكروه عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً. وهذا منه دفع توهم، فلو كان التفصي بغير التورية من الضرر أحد فردي المكروه عليه، لوقع كل من التفصي والبيع مكروهاً عليه، فيبطل البيع إن اختاره، لكن الفعل المتفصي به ليس بديلاً عن البيع، بل هو رافع لموضوع الإكراه على البيع، فلو باع مع ترك التفصي كان مختاراً فيه فلا يقع باطلاً. لكن هنا توهم آخر، وهو أنه إذا كان ترك التفصي مع التمكّن منه مؤدياً إلى صحة البيع، فليكن ترك التورية كذلك، فلماذا الفرق؟

فقال:

وما ذكرنا وإن كان جارياً في التورية، إلا أن الشارع رخص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر، لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى، وبعد حملها على صورة العجز عن التورية. مع أن العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه، خصوصاً في قضية عمّار... وعلى الجملة، فالفارق هو النصوص.

لكنه رجع عن ذلك:

قال:

لكن الأولى أن يفرق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها، بتحقق الموضوع في الأول دون الثاني... يعني: إن المناط هو أن يقوم المكروه بفعل يكون سبباً لأن يعتقد المكروه بأنه قد فعل ما أكره عليه ولم يمتنع منه، وذاك الفعل إما البيع حقيقة أو صورةً بالتورية، وكل منهما لو وجد فقد وجد عن إكراه، فلو باع بيعاً حقيقياً - مع إمكان التورية - فهو أحد الأمرين المكروه عليهما، فموضوع الإكراه مع إمكان التورية موجود، لكنه مع إمكان التخلص بغير التورية غير متحقق. هذا تمام شرح كلام الشيخ.

التحقيق في المقام

ولنذكر قبل بيان الحق في المقام مقدمات:

- ١ - إن التجارة عبارة عن إنشاء البيع بقصد التمليك، فلو أنشأ بلا قصد فتلك صورة التجارة.
- ٢ - إن الإنشاء خفيف المؤنة، فالإنسان قد ينشئ التممي أو الترجي أو الإستفهام لقلقة لسان وبلا حقيقة، وينشئ الأمر وليس عنده إرادة حقيقية للمأمور به، وذلك، لأن الإنشاء نحو من أنحاء استعمال اللفظ، فقد يكون بداعي حقيقة الأمانة في النفس فيقول: ليت، وقد لا يكون، وهكذا في الترجي والإستفهام والأمر والنهي.
- ٣ - إنما يمكن الإكراه على فعل الإنسان، أما الامور الباطنية - كالشوق والحب والإرادة والتصور والفكر - فلا يعقل الإكراه عليها.
- فعلى هذا: لو أكره على البيع، فهو يريد من المكره إنشاء البيع بقصد التمليك، لكن الذي يقع في حيز الإكراه هو الإنشاء، وأما كونه بقصد التمليك فلا، فهو بالنسبة إلى القصد الباطني ليس مكرهاً عليه، وحينئذ، يتحقق التخلص من الإكراه بصرف الإنشاء، وأما الزائد عليه فليس مكره عليه.
- ٤ - المناط في المعاملات هو الرضا الأعم من الطبعي والعقلاني، ولذا يصح البيع لغرض إعاشة العيال وأداء الدين، وهذا هو المراد من آية التجارة ورواية لا يحل... إنما الكلام في أن الرضا العقلاني يكون منشأ لإنشاء البيع فقط أو لقصد التمليك أيضاً؟ إنه لا وجه لأن يكون منشأ لقصد التمليك، لأن قصد التمليك لم يدخل في حيز الإكراه، فلا معنى لأن يقال بأن التخلص من الإكراه يدعو إلى قصد التمليك.
- ٥ - لا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون قصد التمليك هو اعتبار الملكية من البائع أو أنه إيجاد للملكية الواقعية، فلا يتعلّق به الإكراه، سواء كانت الملكية أمراً اعتبارياً أو حقيقةً واقعيةً.
- إذا عرفت ما تقدّم، فنقول:
- لو أنشأ الإنسان البيع من دون أن يقصد التمليك حقيقةً، فقد أوجب صورة التجارة، ولم يوجد حقيقة التجارة، فهو نظير ما إذا قال ليت كذا ولعلّ كذا من دون أن يكون متمنياً أو مترجياً حقيقةً، وما إذا أمر بشيء إمتحاناً، فإنه صورة الأمر وليس بأمر.
- وعليه، فإن التمكّن من التخلص بالتورية أو بوجه آخر، إنما يرتبط بإنشاء البيع، وأما من لم يقصد حقيقة التمليك فلا يختلف الحال بالنسبة إليه، لأن من يقدر على عدم إيجاد البيع الحقيقي لا يحتاج إلى التخلص من الضرر لا بالتورية ولا بغيرها، لأن المفروض تخلّصه من ذلك بإنشاء البيع صورةً.

والحاصل: إن دخل عدم التمكّن من التخلّص بالتورية في حقيقة الإكراه، يرجع إلى حيثية إنشاء البيع، فإنه إن أمكنه ذلك لم ينشئ البيع، وأما دخل عدم التمكّن منه في قصد التمليك الذي هو البيع حقيقةً فلا، والبحث عن ذلك فيه لغو.

فإن قلت:

إن كان إنشاء البيع بلا قصد للتمليك بيعاً صورياً، فكيف تقولون بأنه إن رضي بعد ذلك ترتّب الأثر عليه؟

قلت:

قد ذكر الشيخ في المباحث الآتية إيراداً وأجاب عنه: بأنّ العقد الواقع عن الإكراه لا ينقلب عمّا وقع عليه، إلا أنّ الرضا اللاحق يؤثّر في النقل والانتقال.

وتوضيحه: أنا في البيع نحتاج إلى أمرين، أحدهما: الإنشاء، والآخر: قصد التمليك، فلو أنشأ مكرهاً ثم رضي بذلك، فإن رضاه هو قصد التمليك، وبذلك يتم النقل والانتقال.

فإن قلت:

كان الإنشاء عن إكراه، فكيف يكون مؤثراً بتعقّب الرضا؟

قلت:

حديث الرفع امتناني، وعدم تأثير الإنشاء مع مجئ الرضا الباطني وقصد التمليك جدّاً بعده، خلاف الامتنان.

وتلخص:

إن من الممكن التخلّص من الضّرر بعدم قصد التمليك، أعمّ من إمكانه بالتورية أو بوجه آخر. ثم اعلم، أنّ الأثر هو للمقيّد والقيد، أي: إنشاء البيع بقيد أنّ يكون بقصد التمليك، فالمركب بما له من الوحدة التركيبية هو ذو الأثر، والمركب من الداخل والخارج خارج.

وعليه، فإذا أنشأ البيع وقصد التمليك لدهشة غافلا عن إمكان التورية، وعن إمكان عدم قصد التمليك، فقد وقع عن الإكراه، ولا يكون بيعه تجارة عن تراض.

عدم اعتبار العجز في الإكراه الراجع لأثر المعاملات

قال الشيخ:

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات، ومناطه توقّف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه. وأمّا الإكراه الرافع لأثر المعاملات، فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، وقد يتحقّق مع إمكان التفصي...

أقول:

قد فرّق الشيخ في مناط الإكراه بين المحرّمات والمعاملات، فلو أكره على شرب الخمر، وكان بإمكانه أن يتخلّص منه بأن يسكب الخمر على بدنه مثلاً، فيتخيّل المكروه أنه شربه، وجب عليه ذلك ولم يكن معذوراً لو شرب، فالإكراه إنما يسوّغ المحرّمات فيما إذا عجز عن التفصي وتوقف دفع الضرر المتوقّع به على ارتكاب المكروه عليه.

وأما الإكراه الرافع لأثر المعاملات (قال): فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، وقد يكون مع إمكان التفصي

ثمّ إنه ضرب لذلك مثلاً، قال:

مثلاً: من كان قاعداً في مكان خاصّ خال عن الغير متفرّغاً لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شيء ممّا عنده، وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكنّ لو خرج كان له في الخارج حُدْم يكفونه شرّ المكروه، فالظاهر صدق الإكراه حينئذ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء.

بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقّف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه وطرده، فإنّ هذا لا يتحقّق في حقه الإكراه، ويكذب لو ادّعاه، بخلاف الأوّل إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل.

أقول:

تارة: التفصي بالأمر الخارجي يؤدّي إلى أن يرفع المكروه اليد عن إكراهه، واخرى: يؤدّي إلى أن لا يتمكن المكروه من أعمال ما توعّد به. وبين الصّورتين فرق، ففي الاولى يرتفع موضوع الإكراه، وفي الثانية لا يترتّب ما توعّد به.

أمّا في الاولى، فما دام لم يتحقّق التخلّص لم يرتفع الإكراه، وإمكان رفع الموضوع لا يرفعه، فلو وقع البيع في هذه الحالة فقد صدر عن الإكراه.

وأما في الثانية، فإنه لو لم يبادر إلى التخلّص مع إمكانه وأراد البيع في هذه الحالة، لم يكن بيعه عن إكراه.

هذا، ولكنّ كلّ هذا البحث صغروي، ولذا نقول:

تارة: التخلّص ممكن وهو عقلائي ولا مانع له عنه، واخرى: يوجد المانع عن التخلّص إمّا طبيعياً وإمّا عقلائياً. ففي الصّورة الثانية، ليس التمكن من التخلّص مانعاً عن صدق عنوان المكروه عليه على بيعه، وفي الصّورة الاولى، يكون التمكن من التخلّص مانعاً عن كون بيعه إكراهياً.

وبعبارة اخرى: قولنا: بيع المكره باطل، هو في صورة البيع جرياً على الإكراه، وأما وقوع البيع في ظرف الإكراه، فليس يبطل له.

والحاصل: إنه يعتبر في الحكم ببطان البيع أمران: وجود الإكراه ووقوع البيع جرياً عليه، وإلا فلو باع باختياره في ظرف الإكراه لم يكن باطلاً.

فإذن، إذا كان التخلّص عقلائياً وموافقاً لطبعه، وأقدم على البيع تاركاً للتخلّص، كان البيع صحيحاً، لظاهر الحال، ولذا لو ادّعى أنه لم يقصد التملك كذب في دعواه وأخذ بظاهر حاله، وأما إن لم يكن عقلائياً أو كان له محذور طبعي عنه، فإنّ التمكن منه غير مانع عن كون بيعه إكراهياً.

قال الشيخ:

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الرواية، والرافع لأثر المعاملات هو الإكراه الذي ذكر فيها أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة. والمعيار فيه عدم طيب النفس فيها... أي: إن الأحكام الشرعية التكليفية هي الحدود الإلهية، ويجب رعايتها ومراقبتها والمحافظة عليها، فلا يجوز المخالفة لشيء منها إلا إذا أُجبر عليها الإنسان، أو اقتضت الضرورة ذلك. وأما الأحكام الوضعية، فهي مرتبطة بنظم الاجتماع وحال الناس، وقد رفع ما استكره عليه منةً على العباد، ولذا قال عليه السلام في جواب ابن سنان: الجبر من السلطان، والإكراه من... ولا شيء في ذلك...

فالجبر هو المسوّغ في المحرّمات، والرافع للأثر في المعاملات هو الإكراه.

قال الشيخ:

فقد تلخّص مما ذكرنا: أنّ الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخص من الرافع لأثر الحكم الوضعي. أي: إنّ النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، وعطف «ما اضطرّوا إليه» على «ما استكرهوا عليه» في حديث الرفع، من قبيل عطف الخاصّ على العام، لأنّ «ما استكرهوا» أعم من الجبر والإلجاء، و«ما اضطرّوا» خاصّ بالضرورة.

قال:

ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كلّ منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه، كانت النسبة بينهما العموم من وجه. لأنّ...

أي: لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو الضرورة، وهو أعمّ من أن يكون من الغير أو لا، كالجوع والعطش، والمناط في رفع الحكم الوضعي هو عدم طيب النفس، وهو أعمّ من أن يكون هناك ضرورة أو لا.

ولكنَّ النسبة بين المنطين بالنظر الدقيق هو التباين، لأن المنط ما ينشأ الحكم من ناحيته، والضرورة في المحرّمات منط ارتفاع الحرمة، واقتران الإكراه بها من قبيل اقتران ما ليس بمنط بالمنط. أمّا في المعاملات، فالأمر بالعكس، إذ لو اقتترنت الضرورة بعدم طيب النفس، لم يكن لها - أي للضرورة - أثر، بل المنط مجرد عدم طيب النفس.

وتلخّص من جميع ما ذكرنا:

إنَّ وجه بطلان بيع المكره هو: أنّ آية التجارة دلّت على انحصار المعاملة الصحيحة بالتجارة عن تراض، فلا بدّ من قصد التمليك مع الرضا وطيب النفس، وحيث يريد التخلّص من الضّرر بالبيع، لا يكون المقصود هو التجارة عن تراض، لأنّ المتحقّق منه هو المعاملة من أجل التخلّص من الضّرر المتوعّد به، سواء لم يقصد التمليك أو قصده عن كره. نعم، لو أمكنه عدم قصد التمليك وكان ملتفتاً إلى ذلك فباع قاصداً، لم يصدق عليه عنوان الإكراه، وأمّا إذا لم يكن ملتفتاً أو كان مندهشاً فهو صادق كما لا يخفى. ثم إنَّ ارتفاع الضرر إمّا بالتخلّص أو بالبيع، فيكون ترتّب الضّرر بتك أحد الأمرين، ولكنّ، لو كان عنده محذور عقلائي أو طبعي عن التخلّص، صدق عليه أنه باع مكرهاً، أمّا لو لم يكن عنده محذور عن ذلك ولم يقدم عليه، كان ظاهر حاله الرضا بالبيع، فلو ادّعى عدم الرضا لم يقبل منه.

لو أكره على أحد الأمرين

قال الشيخ:

إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه، فكُلُّ منهما وقع في الخارج لا يتّصف بالتحريم، لأنّ المعيار... أمّا لو كانا عقدين أو إيقاعين... فقد استشكل غير واحد... لكنّ المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال... وإنّ كان الأقوى...

أقول:

قد اتّفق الكلّ على أنه لو أكره على أحد المحرّمين لا بعينه، فكُلُّ من المحرّمين وقع في الخارج لا يتّصف بالحرمة، لأنّ المعيار في رفع الحرمة دفع الضّرر المتوعّد به المتوقف على فعل أحد الأمرين لا بعينه.

وأما لو أكره على أحد العقدين، كما لو أكره على أحد البيعين، أو الإيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل بعضهم في أن ما يختاره من الخصوصيّتين بطيب نفسه ويرجّحه على الآخر

بدواعيه النفسانيّة الخارجة عن الإكراه، هل يصدق عنوان المكره عليه باعتبار الجامع المشترك أم لا؟ وعن العلامة في القواعد الحكم بوقوع الطلاق وعدم الإكراه^(١).

والحاصل: وجود الخلاف في المعاملات، وعدم وجوده في المحرّمات.

قال الشيخ: لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال، من جهة مدخليّة طيب النفس في اختيار الخصوصية.

ثم وافق جماعةً في أن الأقوى تحقّق الإكراه لغةً وعرفاً، والبرهان على ذلك هو: أنه يكره على إيجاد فعل في الخارج، وكلّ شيء ما لم يوجد لم يتشخّص، فإذا تحقّق أحد الفردين ووجد خارجاً، كان مكرهاً عليه لا محالة.

نعم، الفرد المتحقّق خارجاً مرّكب من الجهة الاختياريّة وهي حيثيّة الخصوصية، والجهة الإجماريّة وهي الحيثيّة المشتركة. ثمّ قال:

وتظهر الثمرة فيما لو ترتّب أثر على خصوصيّة المعاملة الموجودة، فإنه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك... فالأثر المترتب على الخصوصية، لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك بين الأمرين، الذي ليس بمحرّم أو ليس له أثر أو له أثر لا يرتفع بالإكراه.

فهنا ثلاثة موارد، وقد ضرب لكلّ مثلاً:

الأول: لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، فالقدر المشترك هو الشرب وهو ليس بمحرّم، لكنّ إحدى الخصوصيّتين مباحة والآخرى محرّمة، فلو اختار خصوصيّة الخمر لم يرتفع تحريم الخمر، لأنه مختار فيه، وإن كان مكرهاً في القدر المشترك أي الشرب.

والثاني: لو أكرهه على بيع صحيح كبيع الكتاب أو فاسد كبيع آلة لهو، فإنه لا يرتفع أثر الصّحيح وهو وقوع البيع، لأنه مختار فيه، وإن كان مكرهاً في الجنس ولا أثر له وهو البيع.

والثالث، قال:

ومن هنا يعلم أنه لو أكرهه على بيع مال أو إيفاء مال مستحق، لم يكن إكراهاً، لأنّ القدر المشترك بين الحق وغيره إذا أكرهه عليه لم يقع باطلاً...

وقد استدلل له السيّد بالخبر عن محمّد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض موالينا إلى أبي جعفر عليه السلام معي: إنّ امرأة عارفةً أحدث زوجها فهرب من البلاد، فتبع الزوج بعض أهل المرثة، فقال: إمّا طلّقت وإمّا رددت. فطلّقها، ومضى الرجل على وجهه، فما ترى للمرأة؟

فكتب بخطه: تزوّجي يرحمك الله^(١).

(١) قواعد الأحكام ٢ / ٥١ .

قال السيّد:

بحمله على ما إذا كان يجب عليه الرجوع، أو كان الغرض الردّ لأخذ النفقة أو نحو ذلك.^(١)

ثم قال الشيخ:

ولو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحق، كان إكراهاً، لأنه لا يفعل البيع إلاّ فراراً من بدله أو وعيده

المضرين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر...

والفرق بين المثالين هو: أنّ الضّرر المترتب في الأوّل دنيوي وفي الثاني أخروي، لكنّ الأمر دائر في الثاني

بين المباح والمحرمّ، فهو خارج عن الفرض.

النظر في كلام الشيخ

أقول:

كان ما تقدّم شرح كلمات الشّيخ رحمه الله، وقد ذكر خمسة أمثلة، ولا يخلو كلامه من خلط. و

توضيح ذلك:

تارة: يكون الإكراه على الجامع والكليّ الحقيقي، كأنّ يكره على بيع الدار وهو يملك دارين. واخرى:

يكون الإكراه على بيع هذه الدار أو تلك، فيحتمل أن يكون الإكراه على بيع كلّ منهما في ظرف عدم بيع

الآخرى، أو يكون على بيع كليهما مع رفع اليد عن الإكراه على بيع كلّ منهما، أو يكون على الجامع

الانتزاعي وهو أحدهما.

وقد ذكرنا في بحث الواجب التخييري أنه قيل في تعريفه: أنّ الملاك في كلّ من الفردين يضاف الآخر،

فإذا تعلّق بكلّ أمر ولا يمكن الجمع بينهما كان الواجب تخييراً. فأوردنا عليه: بأنه لو كان هكذا يلزم

لغوّة كليهما، وإذا ترك كليهما استحقّ العقابين. وقيل: كلّ منهما واجب ووجوبه مشروط بترك الآخر.

فأوردنا عليه باستحقاق العقابين بترك كليهما. وقيل: الواجب هو أحدهما لا بعينه. قد أوردنا عليه بأنه

غير معقول. وقيل: بأن الواجب هو الجامع الانتزاعي، وهو أحدهما... وأوردنا عليه بأنه غير معقول

كذلك. [١]

وكان المختار بأنه: مصلحتان ملزمتان، وفي قباليهما مصلحة اخرى - هي مصلحة التسهيل - منعت

عن وجوب كليهما.

وبالجملة، فرق بين الإكراه على الكليّ الحقيقي، والإكراه على الأفراد بنحو التزديد.

(١) وسائل الشيعة ٢٢ / ٥٧ ، كتاب الطلاق، الباب ٢٦ رقم: ٤.

(٢) حاشية المكاسب ٢ / ٥٩ .

وأيضاً، فرقٌ بين أن يكون للجامع بين الأفراد أثرٌ بما هو جامع، وأن يكون الأثر للأفراد، إمّا منها أو لأحدها.

وأيضاً، قد يكون للكلي أثرٌ ولأحد الفردين أثرٌ أكثر، كأن يكرهه على البيع أو الشهادة بالزور، أو يكرهه على شرب النجس، ويدور الأمر بين الماء النجس والماء النجس المغصوب، أو يكرهه على شرب النجس أو الشهادة بالزور.

[١] قد ذكرنا أقوال المحققين الخراساني والإصفهاني والنائيني والعراقي وأقوالاً أخرى في تعريف الواجب التخييري في الجزء الثالث من كتابنا (تحقيق الأصول).

وأيضاً، قد يكون الكلي المكره عليه بنحو التضييق، ويكون بين أفرادهِ عرضية، كأن يقول: بع الآن، وقد يكون موسّعاً ويكون بين أفرادهِ طولية، كأن يقول: بع اليوم. ويختلف الحال في الأفراد العرضية والطولية، من حيث أنها قد تكون متساوية وقد تكون مختلفة، كأن قال: بع دارك اليوم، فكان أحد البيوع في وقت النداء، أو كان أحد البيعين مورد النهي من والده. والجامع بين الأقسام هو:

إن مورد الإكراه إمّا تكليفي وإمّا وضعي، وفي كلّ منهما: الإكراه إمّا على الجامع وإمّا على أحد الأمرين، وعلى التقادير: إمّا يكون لأحد الفردين أثرٌ زائدٌ أولاً. فرؤوس الأقسام ثمانية.

ونحن نبين أولاً أحكام هذه الأقسام بالتفصيل، فإنّ المحقق الخراساني لم يتعرّض للتفاصيل أصلاً، والسيد وشيخنا والميرزا الاستاذ ذكروا بعض الأقسام ولم يفوا البحث حقّه.

أمّا الإكراه في الحكم التكليفي، فإن أكره على الكلي الحقيقي، كأن يكره على شرب المسكر وهو ذو أفراد كثيرة وكلّ منها حصّة من الكلي، بل إن نسبة الكلي إلى الأفراد نسبة الآباء إلى الأبناء، فإنّ كلّ فرد فرد مكره عليه، فلو أتى بأيّ منها على الإكراه وإن كان مختاراً في الخصوصية.

وأما الأفراد الطولية، بأن كان الإكراه في سعة من الوقت، ففي الإقدام على الشرب فعلاً إشكال، لعدم الضرورة المبيحة له، فلا يكون مكرهاً عليه كما لا يخفى.

وعلى الجملة، فإنّ الأفراد العرضية في الضرورة على حدّ سواء، وليست الأفراد الطولية كذلك، ففي المبادرة إلى الشرب مع سعة الوقت من قبل المكره إشكال، لعدم الضرورة بقول مطلق فيه.

ولو كان لأحد الأفراد - مطلقاً - خصوصية زائدة، كأن يكون مغصوباً بالإضافة إلى نجاسته، فاختيار هذا الفرد غير جائز، لكون المكلف من حيث الجامع - وهو شرب النجس - مكرهاً عليه، وأما من حيث التصرف في مال الغير بدون إذنه فلا.

وتفصيل الكلام يتم ضمن مباحث:

١ - أن يكون الإكراه على الجامع الحقيقي ويكون ذا أثر، أو يكون الإكراه على أحد أمرين كل منهما ذو أثر، وكلاهما تكليفي أو وضعي.
وفيه ثمان صور.

٢ - أن يكون الإكراه على أحد الفردين، ولأحدهما أثر دون الآخر.

٣ - أن يكون الأمران مختلفين، فأحدهما وضعي والآخر تكليفي.

المبحث الأول

أن يكون الإكراه على الجامع أو أحد الفردين ويكونان تكليفيين أو وضعيين، وكلاهما ذو أثر.
فإن كان الوقت مضيئاً، والأثر على نسق واحد، كان كل منهما لو وجد وجد مكرهاً عليه، سواء كان الإكراه على الجامع أو أحد الفردين. نعم، بينهما فرق من حيث أن الخصوصية غير داخلية في حيز الإكراه على الأول، وهي داخلية على الثاني، لكن الشيخ لم يفرق، والأمر سهل.
وإن كان الأثر مختلفاً، بأن كان لأحدهما أثر زائد، لم يدخل الزائد في حيز الإكراه، كأن يكون منهياً عنه من والده أو مغصوباً أو في وقت النداء، وإذ لم يكن في حيز الإكراه لم يجز له اختياره. وكذا لو كان أحد الفردين أهم شرعاً من الآخر، كأن اكره على الكذب أو قتل النفس المحترمة، إذ يقع التزاحم ويتقدم أخف المحذورين في الارتكاب على الآخر.

وإن كان الوقت موسعاً، يتسع لكليهما أو أحدهما، فقد فرّق الميرزا^(١): بأنه: إن كان الإكراه على أحد المحرّمين، لم يجز له المبادرة، بل عليه أن يصبر حتى آخر الوقت، لعدم الإكراه على فرد أول الوقت، وأما لو كان على أحد البيعين، وكان وقت أحدهما موسعاً والآخر مضيئاً، فله أن يبادر.
وفيه نظر، لأن المحذور مترتب على تركهما معاً، والذي يحقق ذلك هو الترك في آخر الوقت، وحينئذ، لا يكون البيع في أول الوقت مكرهاً عليه، إلا أن يقال بأن بيعه حينئذ لا عن طيب نفس بل جرياً على الإكراه.

(١) منية الطالب ١ / ١٩٠.

أما لو كان المكروه عليه هو الجامع، فليس له أن يبادر مطلقاً، لأن المحذور يترتب على ترك الفرد الأخير.

المبحث الثاني

أن يكون الإكراه على أمرين أحدهما تكليفي والآخر وضعي، وكلاهما ذو أثر، كأن يقول: بع دارك أو اشرب هذا المسكر، فالأمر مردّد بين المباح والحرام. وعليه أن يبيع ويجتنب المسكر. وبيعه باطل، لعدم كونه عن طيب نفس.

المبحث الثالث

أن يكون الإكراه على كلي، لأحد الفردين أثر تكليفاً أو وضعاً دون الآخر، أو لكليهما أثر لكن أحدهما يرتفع مع الإكراه دون الآخر.

ذكر الشيخ أمثلةً من غير بيان للفرق بينها، فنقول:

تارة: يكون الإكراه على الكلي الطبيعي الذي له فردان أحدهما مباح والآخر حرام، أو أحدهما بيع ذو أثر والآخر بيع بلا أثر.

واخرى: يكون الإكراه على أحد أمرين، أحدهما مباح أو ذو أثر، والآخر حرام أو لا أثر له.

فلو أكره على الكلي الطبيعي كالشرب وأحد فرديه حرام والآخر مباح، لم يجز له إيجاد الكلي في ضمن الحرام، لعدم كونه مكرهاً على الخصوصية.

ولو أكره على الكلي كالبيع، وأحد فرديه صحيح ذو أثر كبيع الدار، والآخر فاسد لا أثر له كبيع آلة القمار، فأما الكلي فلا أثر له، لأنّ الجامع بين ماله الأثر وما لا أثر له لا يعقل أن يكون ذا أثر، وأما الخصوصيةتان فليستا داخلتين تحت الإكراه، فلو أوجد الجامع في ضمن الفرد الصحيح، كان البيع صحيحاً نافذاً، لأنه غير مكره عليه.

وقال شيخنا الاستاذ: إنه لا بدّ أن يوجد الكلي مقارناً لاحدى الخصوصيةين، وهذه اللابدية تفيد

الإضطرار، فلو أوقع البيع الصحيح فقد أوقع أحد الفردين المضطّر إليهما، فيكون باطلاً.

ثم أجاب: بأنّ هذا الإضطرار مقدّمة لرفع المحذور المتوعّد به، كما لو اضطرّ لبيع داره ليؤدّي دينه،

فالبيع صحيح نافذ^(١).

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢ / ٥٠ .

ولو أكره على شرب أحد الكأسين، أحدهما حرام والآخر مباح، فالخصوصيتان داخلتان تحت الإكراه، لكن خصوصية الكأس المحرم لها بدل وليست الضرورة بالنسبة إليها مطلقاً، فليس بمكره عليها ولا يجوز له شربه.

ولو أكره على أحد البيعين، أحدهما صحيح والآخر فاسد، قال الشيخ: لو باع البيع الصحيح وقع صحيحاً لعدم كونه مكرهاً عليه بخصوصه.

قال المحقق الخراساني: ظاهره أن ترتب الأثر على أحد الأمرين اللذين أكره على أحدهما دون الآخر يمنع عن وقوعه مكرهاً عليه، فلو اختاره لرتب عليه أثره. وأنت خبير بأن اختلافهما في الترتب وعدمه لا يوجب تفاوتهما في الوقوع كرهاً، ضرورة أن الفرض أنه لولا الإكراه لما اختار واحداً منهما واختار أحدهما لا محالة عن داع آخر مطلقاً اختص بالأثر أم لا، كما لا يخفى. وبالجملة: يكون الإكراه على أحد الأمرين كافياً في وقوع ما اختاره مكرهاً عليه مطلقاً، كان لواحد منهما بخصوصه أثر أو كان لخصوص أحدهما. نعم، يمكن أن يقال: إن دليل ذي الأثر في الفرض أظهر، ففيما لو أكره مثلاً على مباح أو محرم، أو عقد فاسد أو صحيح، يقدم دليله على دليل رفع الإكراه كما يقدم لذلك دليل رفعه على دليله في غير مقام^(١) وكذا قال شيخنا الاستاذ رحمه الله^(٢).

فهما قائلان بفساد البيع، لأن ترتب الأثر على الأمرين أمر، والإكراه على أحدهما أمر آخر، ومناط الفساد هو الإكراه وهو فيهما على حد سواء.

أقول:

هنا مقدمات:

- ١ - البيع الصادر من العاقل الملتفت ظاهر في أنه قاصد للتمليك بطيب النفس.
- ٢ - الإكراه بوجوده الخارجي لا يوجب بطلان البيع، لأنه قد يبيع في ظرف الإكراه عن داع شخصي نفساني، فيقع صحيحاً، فالإكراه الموجب للبطلان هو ما يكون سبباً للبيع ويتحقق ذلك جرياً على الإكراه.
- ٣ - لو باع الشيء مكرهاً عليه مع تمكّنه من التفصي، لكنه تركه لمحدور أو صعوبة، لم يكن يبيعه عن الإكراه وإن كان مقترناً به.

وبعد:

(١) حاشية المكاسب: ٢٨.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٢ / ٥٠.

فتارةً: المكروه له غرض واحد لكثته يُردّد بين الأمرين، ولمّا كان الغرض الواحد لا يعقل أن يترتب على أمرين متباينين، فلا بدّ وأن يتعلّق بالجامع بينهما - وإن كان بعيداً - ويترتب عليه، ويكون هو المكروه عليه، ولا يدخل الخصوصيةان تحت الإكراه، وحينئذ، فلو اختار المكلف البيع الصحيح، كان صحيحاً، والحق مع الشيخ.

واخرى: يكون للمكروه غرضان، وكلّ منهما قائم بأمر أحدهما ذو أثر والآخر لا أثر له، فيكره على أحدهما فقط لعدم إمكانه الإكراه على كليهما، والمكلف قادر على التفصّي من المحذور بفعل ما لا أثر له، فلو اختار البيع الذي له أثر، وقع البيع صحيحاً كذلك.

نعم، لو كان المكروه جاهلاً بفساد أحد البيعين إمّا موضوعاً أو حكماً، وكان يعتقد بصحة الفردين، فاختر البيع الصحيح المؤثّر، وقع باطلاً، وإن كان الذي أوقعه صحيحاً في نفس الأمر.

فقول المحقّقين المذكورين بالفساد مطلقاً في غير محلّه.

ثم إنّ الأمثلة الأربعة التي ذكرها مختلفة جداً:

فتارةً: الأمر يدور بين ماله الأثر وما لا أثر له.

واخرى: الأمر يدور بين أمرين يرتفع أثر أحدهما بالإكراه دون الآخر.

وثالثة: الأمر يدور بين ماله الأثر وما لا يترتب عليه الأثر بالإكراه ويترتب بغير الإكراه.

ورابعة: الأمر يدور بين ماله أثر تكليفي وماله أثر وضعي.

وليته ذكر الخامس وهو:

أن يدور الأمر بين ماله أثر يرتفع بالإكراه وما يتوقّف ترتب الأثر عليه على إجازة المالك، وحكمه حكم ما لو دار الأمر بين أمرين مباحين، لأنّ بيع مال الغير فضولاً ليس بمحرّم.

أمّا حكم ما لو أكره على أمرين لهما أثر لكنّ أثر أحدهما يرتفع بالإكراه ولا يرتفع أثر الآخر به، كما لو تردّد أمر المفلس الذي عليه بيع ما يملك، أي الجامع بين بيع دار سكناه وبيع متاع آخر، لكنّ أثر بيع داره يرتفع بالإكراه، لأنّ دار السكّنى مستثناة، دون المتاع، فالبيع في طرف الدار منعقد، لأنّ خصوصية بيع هذه الدار لم تكن مورداً للإكراه.

ولو أكره على أحد أمرين متباينين، كخصوصية بيع المتاع وخصوصية أداء الدين، فلو باع المتاع، قال الشيخ: هو صحيح، ووافق الميرزا الاستاذ، لأنّ كلّاً منهما ليس يعدل للآخر، إذ البيع يمكن الإكراه عليه فيرتفع بحديث الرفع، أمّا الرضا بأداء الدين فلا، فلو باع صحّ.

لكنّ التحقيق - وفاقاً للمحقّق الخراساني وشيخنا الاستاذ - هو البطلان، لأنّه كاره للبيع ولأداء الدين

كليهما، فبيعه وقع عن الإكراه، والقابلية للارتفاع لا أثر لها.

لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد

قال الشيخ:

ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد - بمعنى إزماءه عليهما كفايةً وإيعادهما على تركه - كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين، في كون كلٍّ منهما مكرهاً.
أقول:

قد يكون الفعل واحداً بالوحدة الشخصيّة الخارجيّة، وقد يكون واحداً بالوحدة السنخيّة الطبيعيّة. وعلى كلٍّ منهما، إمّا هو في الوضعيّات وإمّا هو في التكليفيّات. وعلى التقادير، إمّا يكون إكراههما على نسق واحد من حيث السّعة والضيق، وإمّا يكون زمان أحدهما مضيّقاً والآخر موسّعاً.
فالأقسام ثمانية، فنقول:

كلّ طلب شرعي أو عرفي يكون من أحد الشخصين على نحو الكفاية، هل هو من كلٍّ منهما بتقدير أنّ لا يأتي به الآخر، أو أنّ المطلوب من كلٍّ منهما الإتيان بالعمل في ظرف عدم تحقّقه، أو أن المطلوب منه صرف الوجود من الفردين كما هو المختار عند الميرزا الاستاذ؟
وتظهر الثمرة فيما إذا أتيا كلاهما بالفعل، فالمطلوب على المبنى الأوّل غير متحقّق، وهو على الثاني متحقّق.

والمهمّ هو صورة ما إذا تركا الفعل، فإنّ كليهما يقعان في الضّرر المتوعّد به.

تفصيل المطلب

وتفصيل المطلب هو:

إن كان الفعل الواحد من التكليفيّات، كأنّ يقول: على أحدهما شرب المسكر - سواء كان المسكر موجوداً خارجاً أو أريد طبيعيّ المسكر - فإن كان الوقت مضيّقاً أو موسّعاً لكليهما، فإن كان أحدهما المعين عالماً بأنّ صاحبه سيقدم على الفعل، لم يكن مضطراً إلى الإرتكاب، فلا يجوز له ذلك، وإن كان عالماً بأنه لا يقدم فهو مضطراً ومكره، والحكم مرتفع عنه. نعم، لا يجوز له المبادرة في سعة الوقت. وإن كان كل واحد منهما يحتمل إتيان الآخر بالفعل ويحتمل تركه له والوقت ضيقاً أو أخراً حتى ضاق الوقت، كانا مخيّرين وكلّ منهما ارتكب كان مباحاً له ذلك.

أمّا لو كان الوقت لأحدهما مضيّقاً وللآخر موسّعاً، فإن كان التضييق في أوّل الوقت، لم يجز لمن هو في سعة المبادرة إلى الفعل، فإن جاء به من ضاق وقته، انتفى الموضوع بالنسبة إليه، وإلّا تعيّن الفعل

عليه - أي الذي هو في سعة. وإن كان التضيق في آخر الوقت، فالذي في سعة لا يبادر، فإذا ضاق وقته وكان كلاهما في الضيق، فالتفصيل المذكور من العلم والاحتمال.

وإن كان الفعل من الوضعيات:

فقد يكرهان كفايةً على بيع شيء موجود عندهما كالحنطة مثلاً، بنحو الوحدة الطبيعية النوعية، فبالنظر إلى ما ذكرنا من أنه:

أولاً: يعتبر في البطلان أن يكون البيع مستنداً إلى الإكراه، لا أن يكون بطيب النفس المقارن للإكراه.

وثانياً: المبادرة في سعة الوقت غير جائزة في التكليفيات، وجائزة في الوضعيات.

وثالثاً: معنى إكراه أحد الشخصين كفايةً، ارتفاع المحذور عن كليهما بفعل أحدهما، ووقوعهما في

المحذور لو ترك كلاهما الفعل المكروه عليه، كما هو الحال في الواجبات الكفائية.

وبعد:

فإنه إن علم أحدهما بأن صاحبه سيبيع الحنطة بطيب نفس منه، فباع، كان بيعه صحيحاً نافذاً، وإن لم يعلم، فإن كان الوقت لكليهما على نسق واحد، كان البيع - من أيهما كان - إكراهياً مستنداً إلى الخوف من المحذور، وإن كان الوقت لأحدهما ضيقاً وللآخر موسعاً، فإن باع من ضاق وقته في أوله، كان بيعه إكراهياً باطلاً، أما الآخر، ففي مبادرته إلى البيع إشكال، لأنه يرى أن صاحبه لا يخلو من أحد حالين، إما يبيع، فلا تجوز له المبادرة لانتفاء الموضوع، وإما لا يبيع، فيتعين البيع عليه ويقع باطلاً، فأى وجه للمبادرة؟

وإن كان ضيق الوقت في آخره، فمن كان في سعة فباع، كان بيعه باطلاً.

وقد يكرهان كفايةً على بيع متاع واحد شخصي خارجي، كأن يكون كل منهما وكيلاً مستقلاً عن المالك في بيع المتاع، أو يكونا وليين على الصغير المالك للمتاع، أو يكونا وصيين على ذلك المال، أو يكون أحدهما أصيلاً والآخر وكيلاً في البيع.

فإن كانا وكيلين في بيع المتاع وقد أكرها على البيع والموكل راض بذلك، فالبيع الواقع من أي منهما صحيح نافذ، لأن من يعتبر رضاه - وهو المالك - ليس مكراً، ومن أكره لا يعتبر رضاه، وإن لم يكن المالك راضياً، كان البيع من أيهما فضولياً يتوقف على الإجازة، وليس باطلاً.

وإن كان أحدهما أصيلاً والآخر وكيل، فأكرها على البيع، وقع البيع فاسداً من أيهما كان، لأن الوكيل

وجود تنزيلي للمالك، فكأنه مكروه واحد على بيع واحد.

وعلى التقديرين، لا فرق بين سعة الوقت وضيقه...

وإن كانا وليين، فأكرها على بيع مال الصّغير، أو وصيين فأكرها على بيع ثلث الميتم، فحيث أن المناط هو الرضا من الولي والوصي، فإن لم يكن البيع بمصلحة الصّغير أو الميتم، كان البيع من كل من الوليين أو الوصيين باطلاً، وإن كان على المصلحة، فإن بيع أحدهما مع علمه بأن صاحبه سيبيع، يقع صحيحاً نافذاً.

صور تعلق الإكراه

قال الشيخ:

واعلم أنّ الإكراه قد يتعلّق بالمالك والعاقد كما تقدّم، وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد... وقد ينعكس...

أقول:

للمكره صور أربع:

الصورة الأولى: أن يكون المكره هو المالك العاقد. وقد تقدّم بطلانه.

الصورة الثانية: أن يكون المكره هو المالك، دون العاقد، كأن يكره على توكيل شخص في بيع ماله،

والعاقد غير مكره على البيع، فلو باع الوكيل دخل في عقد الفضولي. كذا قال الشيخ. ولكن لنا كلمتان:

الأولى: هل المالك - إذا أراد الإجازة - يجيز الوكالة أو البيع؟ لا ريب في قابلية البيع للإجازة، وأما

قابلية الوكالة لها، فمشكلة، لأنّ الوكالة نيابة، والمفروض عدم تحققها واقعاً، فلا شيء حتى تتعلّق به

الإجازة.

والثانية: الإجازة إما تؤثر في العقود، وأما في الإيقاعات فلا تؤثر بالإجماع، فلو أكره على التوكيل من

أجل الطلاق، فوقع الطلاق فضولاً، لم تؤثر الإجازة في الطلاق، وهل تؤثر في الوكالة في هذا الفرض؟ قد

يقال بتأثيرها، لخروج الفرض عن معقد الإجماع، بناءً على تأثير الإجازة في أصل الوكالة.

الصورة الثالثة: أن يكون المكره هو العاقد دون المالك، والمكره هو المالك، كأن يقول: بع داري وإلاً

قتلتك، قال الشيخ: الأقوى الصحة، لأن العقد هنا من حيث أنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود

عند المكره إذا كان عاقداً، والرضا المعتبر عن المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد

إذا رضي لاحقاً.

واحتمل في المسالك عدم الصحة^(١)، نظراً إلى أنّ الإكراه يسقط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنون

بطلاقها فطلقها.

(١) مسالك الأفهام ٩ / ٢٢.

ثم قال: والفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوّبة بخلاف المكره، فإنّ عبارته مسلوّبة لعارض تخلّف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه المأمور.

قال الشيخ: وهو حسن.

الصورة الرابعة: أنّ يكون المكره هو العاقد دون المالك، والمكره غير المالك، كأنّ يوكل زيدا في بيع ماله، ثم يكرهه الثالث على البيع، قال في المسالك:

في صحته وجهان، من تحقّق الاختيار في الموكل المالك، ومن سلب عبارة المباشر.

قال الشيخ:

وربما يستدلّ على فساد العقد في هذين الفرعين بما دلّ على رفع حكم الإكراه.

فأجاب قائلاً: وفيه ما سيجئ من أنّه إنّما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الإكراه (قال): وممّا يؤيد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنّه إنّما يتعلّق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمرّ وهو النقل والانتقال. وأمّا التلّفظ بالكلام الذي صدر مكرهاً، فلا معنى للحقوق الرضا به، لأنّ ما مضى وانقطع لا يتغيّر عمّا وقع عليه ولا ينقلب.

وهنا إشكال آخر تعرّض له الشيخ بقوله:

نعم، ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور...

وتوضيحه: إنّه يعتبر في العقد امور، أحدها: أن يستعمل اللفظ في معناه ويقصد. والثاني: أن يقصد

المعنى الحقيقي لا المجازي. والثالث: أن يكون القصد بالنسبة إلى تحقق مضمون العقد جدياً.

وكلّ عقد صدر عن الإختيار فمحمول على الجهات المذكورة، بمقتضى السيرة العقلية القائمة على

الأخذ بظاهر الحال. وأمّا من صدر عنه العقد عن الإكراه، فلا طريق لإحراز الامور المذكورة المفيدة لظهور

الحال.

ثم أجاب بقوله:

اللهم إلا أن يقال: إنّ الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً أو مورياً ولو كان مكرهاً، مع

أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً. فتأمل.

ولعلّ وجه التأمل: أنّ المستند في هذا الأصل هو بناء العقلاء، وقيامه هنا غير محرز.

أقول:

أمّا الإشكال السابق، فهو من صاحب الجواهر، قال:

الوجه البطلان، لرفع ما أكره، ومنه رفع قابليتها للتأثير وإلا ل بقي حكمها، بل الظاهر عدم العبرة لرضاه بعد ذلك، وإن قلنا بالاكْتفاء به في المكروه على بيع ماله، ضرورة وقوع الصيغة فاسدة، فلا يجدي الرضا المتعقب^(١).

فأجاب الشيخ بما حاصله: إن الرضا اللاحق يؤثر في مضمون العقد وهو النقل والانتقال. وفي التعبير بالنقل والانتقال مسامحة، كما لا يخفى.

وأيده المحقق الخراساني في الحاشية: بأن حديث الرفع مسوق للامتنان، وارتفاع صحة عقد العاقد المكروه خلاف الامتنان، فلا يجري^(٢).

والاولى أن يقال: إن ظاهر قوله عليه السلام: «رفع ما استكروهوا عليه» هو رفع الأثر المرتبط بالمكروه، وعقد العاقد المكروه لا أثر له بالنسبة إليه، فلا موضوع لحديث الرفع هنا. وعلى الجملة:

إن كان المكروه هو المالك وكان هو العاقد، فالعقد باطل إلا بالرضا اللاحق.

وإن كان المكروه هو المالك دون العاقد، يكره على التوكيل، كما هو الواقع كثيراً في النكاح، فحيث أن الوكالة غيرمتحققّة يكون العقد الحاصل فضولياً، فلو رضي فيما بعد فما هو متعلق الرضا؟ هل يجيز العقد بما أنه عقد فضول؟ هذا ممكن، لكنه يريد الرضا بما وقع عليه الإكراه وهو التوكيل، فهل يؤثر؟ إنه لا يؤثر. لأن الإجازة اللاحقة، إمّا كاشفة - كما هو عليه المشهور - والمراد من الكشف هو أن يكون العقد مؤثراً من حين وقوعه، وإمّا ناقلة، والمراد كون الإجازة مؤثرة من حينها، ولكن لا معنى للإجازة بالنسبة إلى الوكالة مطلقاً، أمّا على الكشف، فلأن الشارع اعتبر الملكية - مثلاً - من حين العقد بشرط تعقب العقد بالرضا والإجازة، والوكالة - وهي إمّا الإذن في العقد أو الاستنابة فيه - لا ربط لها بعالم الاعتبار الشرعي كي يجري فيها الكشف، فالرضا اللاحق بالوكالة المكروه عليها لا أثر له. وأمّا على النقل - وهو مقتضى القاعدة، لكون الرضا الجزء الأخير للعلّة التامة، والكشف على خلاف القاعدة - بأن يكون المالك راضياً من هذا الحين، فلا أثر له كذلك، لأن المقصود تصحيح الوكالة المكروه عليها، وهذا ما لم يحصل.

إذن، لا طريق لتصحيح الوكالة مطلقاً. نعم، العقد نفسه يمكن تصحيحه من باب الفضولي. أمّا لو

كانت الوكالة المكروه عليها في إيقاع من الإيقاعات، فلا طريق لتصحيحه أصلاً.

وإن كان المكروه هو العاقد دون المالك لكن المكروه هو المالك، كأن يقول: بع مالي وإلا قتلتك، أو وكّل

زيداً للبيع فأكره الوكيل على البيع من قبل شخص ثالث.

(١) جواهر الكلام ٢٢/٢٧٠.

(٢) حاشية المكاسب: ٢٨.

فقد أشكل صاحب الجواهر: بأنَّ العقد الإكراهي يسقط عن القابليَّة للتأثير بالإجازة اللَّاحقة. والجواب عنه هو: إنَّ ظاهر «رفع ما استكرهوا عليه» هو رفع الأثر المرتبط بالمكره، ولا أثر لعقد العقاد المكره بالنسبة إليه حتى يرتفع بالحديث، فلا موضوع للحديث. نعم، لو كان هناك أثر للوكيل العقاد بنذر وشبهه، رفع الحديث عنه كفارة حنث النذر، ولكنَّ هذا لا علاقة له بالعقد الصَّادر منه، بل لو استحقَّ بالعقد أُجرة المثل، فإنه لا يرتفع بالحديث، لأنَّه امتناني ورفع الاجرة خلاف الامتنان. وأشكل صاحب المقابس^(١): بأنَّ القصد إلى المعنى - ولو على وجه الإكراه - شرط في الاعتناء بعبارة العقد، والعقاد عن إكراه غير قاصد. وعبارة اخرى: إنه يعتبر بالإضافة إلى استعمال اللَّفظ في المعنى قصد المعنى الموضوع له اللَّفظ، والمكره لم يحرز قصده ولا يجري في حقِّه أصالة القصد الجارية في أفعال المختار.

فأجاب الشيخ رحمه الله: بأنَّ الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلمِّ العقاد لاغياً أو مورياً ولو كان مكرهاً، مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً. فتأمل.
أقول:

والإنصاف أن هذا الجواب لا ربط له بما نحن فيه.
فالأقوى هو البطلان في الفرعين، لكون البيع الصَّادر من الوكيل مستنداً إلى الإكراه لا نيابةً عن الموكل، ولم يحرز منه القصد، وليس هناك ظهور حال، فلا طريق لتصحيح البيع الصَّادر منه.

(١) مقابس الأنوار: ١١٤.

فروعُ

الإكراه على بيع واحد غير معيّن من عبيد

قال الشيخ:

لو أكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبيد فباعهما أو باع نصف أحدهما. ففي التذكرة: إشكال...
أقول:

لو أكره على بيع واحد غير معيّن من العبيد، فتارةً: يكون الإكراه بقيد الوحدة العددية، واخرى: بالوحدة المفهومية الكلية، أي اللأبشرط. فلو باع العبيد فقد خالف الإكراه على الفرض الأوّل وكان صحيحاً. وعلى كلّ منهما: تارة: توجد الملازمة في البيع بين العبيد، فلا يشتري أحدهما وحده، واخرى: لا ملازمة، وعلى تقدير اللأبشرطية، قد يكون بيع كليهما من جهة رضاه بذلك، وقد يكون من جهة الملازمة بينهما. وأيضاً: يمكن وقوع بيعهما معاً ويمكن تدريجاً.

صور المسألة

١. فإن كان الواحد لا بشرط، فأكره على بيع أحدهما وكان يمكنه ذلك لعدم الملازمة، لكنّه باع كليهما تدريجاً، قال الشيخ قدّس سرّه:

الظاهر وقوع الأوّل مكرهاً دون الثاني، مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادعى العكس أم لا.
أقول:

ومقتضى القاعدة أن يقال: بمجرد بيع الأوّل يخرج عن الإكراه، ويكون بيع الثاني صحيحاً، لكونه بطيب نفس منه كما هو ظاهر الحال. بل لو ادعى كون الثاني عن إكراه فدّل بالملازمة على أن بيع الأوّل بطيب نفس منه، صحّ البيع في كليهما.

قال الشيخ:

٢. ولو باعهما دفعةً، احتمل صحة الجميع، لأنه خلاف المكره عليه، والظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه، وبطلان الجميع، لوقوع أحدهما مكرهاً عليه ولا ترجيح. والأول أقوى.

أقول:

وفيه: إن بيعهما دفعةً في الواحد اللأبشرط ليس خلاف المكره عليه، لأن اللأبشرط يجتمع مع ألف شرط. نعم هذا التعليق في محله لو كانت الوحدة عددية. وعليه، فهل يقبل الإنشاء الواحد لأن يكون إكراهياً من حيث وعن طيب نفس من حيث، أو لا؟

وجه القبول هو: إن هنا تمليكين - لأن الملكية من الامور ذات الإضافة، فإذا تعددت الملكية تعدد التمليك - وإن كان التعبير واحداً، وإذا تعدد التمليك كان أحدهما باطلاً، لكونه عن إكراه والآخر صحيحاً لكونه عن طيب نفس منه، والمرجع في التعيين هو القرعة.

٣. ولو كان بين العبدین ملازمة، لعدم المشتري لأحدهما وحده، فربما يقال^(١): بأن الإكراه على أحدهما يستلزم الإكراه على كليهما. وهو سهوٌ، لأنه قد أكره على أحدهما، والمحدور يترتب على تركه، إلا أنه قد اضطرَّ بسبب خارجي لبيع كليهما، لا أن الإكراه سرى إلى ذلك، فكان بيع أحدهما عن الإكراه وبيع الآخر عن الإضطرار. أمّا ذاك فباطل كما هو واضح، وكذا المضطرُّ إلى بيعه، لأنه بحكم المكره عليه، لتقوم بيع المكره عليه ببيعه.

٤. وإن كان الواحد بالوحدة العددية، فباع كليهما تدريجاً، كان بيع الأول مكرهاً عليه، وارتفع بذلك موضوع الإكراه، فبيع الثاني صحيح. ولو ادعى كون الثاني عن الإكراه، صحَّ بيع كليهما، لأنَّ لازمه كون الأول عن طيب نفس منه وقد ارتفع به الإكراه.

وقال في المقابس: لو باع بعقدين، فالأول هو المكره عليه دون الثاني، إلا أن ينوي عكس ذلك فيتبع ويصدق فيه، لأنه أبصر بنيته^(٢).

وخالفه الشيخ فقال: مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادعى العكس أم لا.

ولا وجه لهذا الاحتمال، إلا ما صرح به سابقاً من أن المكره من لا يقصد تحقق مضمون العقد في الخارج، فلما أوجد البيعين ولم يقصد تحقق مضمون أحدهما، لزم الرجوع إليه في التعيين، لأن ذلك لا يعلم به إلا من قبله.

ولكنَّ التحقيق: أنه لا وجه - على جميع التقادير - لاحتمال كون بيع الثاني مكرهاً عليه، لأنَّ الإكراه

قد ارتفع ببيع الأول، سواء قصد تحقق مضمونه في الخارج أو لا.

(١) حاشية المحقق الخراساني: ٢٨.

(٢) مقابس الأنوار: ١١٧.

نعم، لو باع الأوّل واشترط عليه المشتري بيع الثاني أيضاً منه وإلاّ يفسخ، أمكن توهم فساد بيع الثاني كذلك، لكونه وقع فراراً من الوقوع في محذور الإكراه. لكنّه يندفع: بأنّ البيع الإضطراري مقدّمه للتخلّص من الضرر - كبيع الدار لأداء الدين أو لإعاشة العيال - صحيح، كما تقدّم سابقاً.

٥. ولو باع العبدین دفعةً، كان بيعه مباحاً لما أكره عليه ومخالفاً لغرض المكروه، فيكون بيعه صحيحاً وفاقاً للشيخ. واحتمال بطلان الجميع بلا وجه.

٦. هذا، وقد اختلف الفقهاء فيما لو أكره على بيع أحد العبدین - بالوحدة اللابشرط - فباعهما معاً، على أقوال:

صحة بيعهما. وهو مقتضى إطلاق كلام الشيخ.

بطلان أحدهما وصحة الآخر والتعيين بالقرعة. احتمله السيّد^(١).

بطلانها إذا استلزم أحدهما بيع الآخر. قاله المحقق الخراساني^(٢).

والميرزا الاستاذ وافق الشيخ على صحتهما جميعاً^(٣).

والشيخ الاستاذ^(٤) قال ببطلانها مطلقاً، وأنه لا يمكن القول بصحتهما، لأن هذا البيع يتضمّن بعضه الإكراه عليه. والرجوع إلى القرعة في غير محلّه، لأن القرعة لكلّ أمر مجهول عندنا متعيّن في الواقع، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، والقول بأنّ الواحد المعين صحيح والآخر فاسد، فتعيين بلا معيّن، وأنّ أحدهما لا بعينه صحيح باطل، لأنّ الواحد لا بعينه لا ماهيّة له ولا وجود.

وإذ لا وجه للصحة لا لكليهما ولا لأحدهما، فالبطلان.

والمختار عندنا صحتهما جميعاً، في الواحد بقيد الوحدة، مطلقاً، أي سواء استلزم بيع أحدهما بيع الآخر أو لا، باع الآخر عن رغبة منه أو لا. وقد تقدّم برهاننا على ذلك.

وأما في الواحد اللابشرط، فالحق هو التفصيل بين صورة استلزام بيع أحدهما لبيع الآخر وصورة عدم الاستلزام.

فعلى الثانية: يكون الإنشاء الواحد لبيعهما معاً قد صدر عن الإرادة، وهي غير منبعثة عن الإكراه، لعدم الإكراه إلّا على أحدهما.

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٦٤.

(٢) الحاشية على المكاسب: ٢٨.

(٣) منية الطالب ١ / ١٩٥.

(٤) الحاشية على المكاسب ٢ / ٥٤.

لكن إذا كان الدليل على بطلان بيع المكره هو آية التجارة عن تراض، فإن هذا الإنشاء غير ناشئ عن الرضا، لأن أحدهما مكره عليه.

إلا أن يقال: بأنه إن كان ملتفتاً إلى أن بيع أحدهما الذي هو راض ببيعه رافع للإكراه، فباعهما معاً، كان بيعه لهما عن طيبة نفس منه فيكون صحيحاً، ويختص البطلان بما إذا لم يكن ملتفتاً إلى ذلك. وأما على الأولى، فهو وإن كان مكرهاً على بيع الواحد، إلا أنه مضطر إلى بيعهما معاً لسبب من الأسباب، فرمى يقال: بأن الإكراه على أحدهما يسري إلى الآخر، فكلاهما مكره عليه، لأن معلول المعلول معلول. ولكن هذا سهو، لأن بيع الثاني هو من جهة الاضطرار والأبدية، وهذا غير الإكراه، فالالتزام بالصحة في أحدهما والبطلان في الآخر هو الصحيح.

هذا، والمرجع للتعين هو القرعة، لأن المختار عندنا في قاعدة القرعة هو عدم اعتبار تعين الواقع، بل الملاك كون المورد مشكلاً، كما يرجع إلى القرعة في تعيين السهام في الملك المشاع مع عدم التعين الواقعي. وكذا فيما لو تزوج بالمرأتين في اليوم الواحد، فحق المضاجعة في الليلة الأولى يعين بالقرعة. وأيضاً: لو طلق إحدى زوجاته، فالقرعة هي التي تعين، فالقرعة لكل أمر مشكل، وما نحن فيه من هذا القبيل.

الإكراه على معين فضم غيره إليه

قال الشيخ:

ولو اكره على بيع معين فضم إليه غيره وباعهما دفعةً، فالأقوى الصحة في غير ما اكره عليه.

أقول:

لو اكره على بيع زيد، فضم إليه عمراً وباعهما دفعةً، فالمختار عند الشيخ هو الصحة في عمرو والبطلان في زيد.

ولكن لا بد من التفصيل، فقد يستلزم بيع المكره بيع الآخر غير المكره عليه، كما لو كان أمّاً وطفلاً، بناءً على القول بسراية الإكراه، وقد تقدم الجواب عن ذلك، إلا أنه لو كانت الضميمة بدون ملازمة، ولا أمانة في البين، فلا يحمل على الإكراه.

مسألة النصف

قال الشيخ:

وأما مسألة النصف، فإن باع النصف بقصد بيع النصف الآخر امتثالاً للمكره... فلا إشكال في وقوعه مكرهاً عليه. وإن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضاً إكراهاً، لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر.

أقول:

إلا أن هنا شبهة، وذلك أنه لو باع النصف لرجاء أن يقنع المكره به، لم يكن بيعه جرياً على الإكراه، بل بداع نفساني منه، فكيف يقال بكونه أيضاً إكراهاً؟
فالتحقيق هو التفصيل بين الفرضين.

الإكراه على الطلاق

قال الشيخ:

قال في التحرير: لو اكره على الطلاق ناوباً، فالأقرب وقوع الطلاق. ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع... وعن بعض الأجلة...
أقول:

في الإنشاء بقوله: «هي طالق» امور، أحدها: التلّفظ، والآخر: استعمال اللفظ في معناه، والثالث: قصد تحقق المضمون. والمكره على الطلاق يريد كل هذه الامور، ولكن الذي يخلص من الإكراه هو التلّفظ، وحديث الرفع الظاهر في رفع أثر الإكراه، يفيد ارتفاع أثر التلّفظ.
هذا تقريب كلام المسالك^(١).

وعن بعض الأجلة^(٢): التفصيل بين صورة علم المكره بكفاية التلّفظ وأن له تجريده عن القصد، وصورة عدم العلم بذلك، ففي الأولى لو قصد المعنى يقع الطلاق وبترتب عليه الأثر.
وعلى هذا يحمل كلام العلامة في التحرير^(٣).

وأورد عليه الشيخ: بأن مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفطن لها، إذ لا فرق بين التلّص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً. وقد عرفت أن ظاهر الأدلة والأخبار الواردة في طلاق المكره وعتقه هو عدم اعتبار العجز عن التورية.

أقول:

(١) مسالك الإفهام ٩ / ٢٢.

(٢) كشف اللثام ٣ / ١١٩.

(٣) تحرير الكلام ٢ / ٥١.

قد تقدم منّا الكلام على التورية ولا نعيد.

صور المسألة والنظر فيها

قال الشيخ:

وتوضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور...

أقول:

ونحن نذكر الصور الستّ ونبيّن مرام الشيخ ونتكلّم على ذلك:

الصورة الاولى

أن لا يكون للإكراه دخل في الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه من طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه. ولا يخفى بداهة وقوع الطلاق هنا، وعدم جواز حمل كلام العلامة عليه، ولا معنى لجعله أقرب وذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك، لأنّ من له طيب نفس بتحقيق المضمون، وهو يحصل من الإنشاء باللفظ، ولا يعقل الرضا بالمعلول دون العلة، فهو راض بإنشائه أيضاً.

الصورة الثانية

أن يكون الداعي للطلاق هو الإكراه، بضميمة شيء آخر اختياري للفعل، كالعجز عن النفقة مثلاً. وفي هذه الصورة أيضاً حكم الشيخ بوقوع الطلاق، قال: لا ينبغي التأمل في ذلك. أقول:

هنا صورتان، إحداهما: أن يكون كلّ منهما بوحده مستقلاً في التأثير، لكنهما اجتماعاً صدفةً. والآخرى: أن لا يكون كذلك، بل يكون كلّ منهما جزءاً للعلة. وهنا وجوه: الصحة في الاولى والبطلان في الثانية، والبطلان مطلقاً، والصحة كذلك.

تقريب البطلان: إن الإكراه يقتضي البطلان والداعي النفساني يقتضي الصحة، والصحة وعدمها متناقضان، والمتناقضان لا يجتمعان، ولا معنى لأن يؤثر أحدهما دون الآخر، فكلاهما غير مؤثر، فالإيقاع الواقع بعنوان الطلاق لا دليل على صحته، بل أصالة الفساد جارية فيه.

وإن شئت فقل: إن الداعي النفساني يقتضي التأثير، والإكراه مانع عن ذلك، وإذا اجتمع المقتضي والممانع لم يعقل تحقّق الأثر.

وتقريب الصحة: إن الإكراه عبارة عن الحمل على ما تكرهه النفس الإنسانية، ولكنّ المفروض وجود الداعي النفساني على الطلاق والرضا به، ومعه لا موضوع للإكراه، فالطلاق الواقع صحيح. إذن، لا يمكن المساعدة مع إطلاق كلام الشيخ، فإنّ البطلان مطلقاً وإنّما التفصيل.

وهنا صورة الثالثة، وهي أن لا يكون الإكراه سبباً مستقلاً ولا جزءاً للعلّة بل مبدئاً للرّضا وحصول القصد، كما لو أكرهت المرأة زوجها على الطلاق وكان سوء خلقها باعثاً على الرّضا بطلاقها، فلو طلقها والحال هذه كان صحيحاً.

الصورة الثالثة

أن يكون وقوع الفعل لا من جهة التخلّص عن الضّرر المتوعّد به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره - بالكسر - كمن قال له ولده: طلق زوجتك وإلا قتلتك أو قتلت نفسي، فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل والده.

الصورة الرابعة

أن يكون الداعي على الفعل شفقةً دينيةً على المكره - بالكسر - أو على المطلقة أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لئلا يقع الناس في محرّم.

قال الشيخ:

والحكم في الصورتين لا يخلو عن إشكال.

أقول:

لا يبعد تحقق الإكراه في الصورة الثالثة، إذ لا فرق بين أن يكون الضّرر متوجّهاً إلى المكره - بالكسر - أو المكره - بالفتح.

أمّا في الرابعة، فلا بدّ من القول بالصحة، لأنّ الغرض الديني إما يترتب على الطلاق الصحيح، وقد وقع منه عن الرّضا والقصد.

الصورة الخامسة

أن يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أنّ التخلّص من الضّرر المتوعّد به لا يتحقّق إلاّ بإيقاع الطلاق حقيقةً، لغفلته عن أنّ التخلّص غير متوقف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق وحصول البينونة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة ويوقع الطلاق قاصداً. وهذا كثيراً ما يتفق للعوام.

الصورة السادسة

أن يكون توطين نفسه وإعراضه عن زوجته من جهة جهله بالحكم الشرعي، فزعم أنّ الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصداً لوقوعه، لأنّ القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونة يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضي نفسه بذلك ويوطنها عليه. وهذا أيضاً كثيراً ما يتفق للعوام.

قال الشيخ:

والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلا أن تحقق الإكراه أقرب.
أقول:

والتحقيق في الصورتين أنه إن كان قاصداً حقيقةً، فالطلاق صحيح، والعلم عند الله.

هل الرضا بعد العقد يوجب الصحة؟

قال الشيخ:

ثم إن المشهور بين المتأخرين أنه لو رضي المكره بما فعله صح العقد...
أقول:

المشهور المعروف بين الأصحاب بل ادّعي عليه الإتفاق هو التأثير بالصحة والنفوذ، ودليلهم على ذلك: إنه عقد حقيقي، فإذا رضي به اجتمعت فيه جميع شرائط الصحة، ويترب عليه الأثر الشرعي.

أدلة المانعين

واستدل المخالفون بستة وجوه:

الأول: إنه يعتبر في نفوذ العقد مقارنته الرضا وطيب النفس.

أجاب الشيخ: هذه دعوى خالية عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات.

لكن يمكن أن يقال: إن الرضا وطيب النفس شرط بالضرورة، والأصل في الشرط أن يكون مقارناً، فالعقد الذي لا يقارنه طيب النفس، فمقتضى الأصل بطلانه.

أو ربما يقال: بأن الإطلاقات منصرفة إلى الشائع المتعارف من العقود، وهو العقد المقارن بالرضا، فما لم يقترن به لم تشمل الإطلاقات.

والثاني: إن مفهوم العقد لا يصدق مع عدم طيب النفس، فلا يكون مورداً لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

أجاب الشيخ: بأنه يستلزم أن لا يكون عقد الفضولي عقداً حقيقةً.

ولكن لقاتل أن يقول: العقد هو العهد، والعهد لا يتحقق إلا بطيب النفس، وما كان فاقداً لطيب النفس غير محقق لمفهوم العقد بمعنى العهد.

والثالث: إنه يعتبر في صدق العقد طيب نفس العاقد.

أجاب الشيخ: بأنه يستلزم أن لا يصدق العقد على بيع المكره بحق ولا يكون صحيحاً، لكن بيع المكره بحق كالمحتكر عقد صحيح.

وأيضاً: لو أكره المالك وكيله على إجراء صيغة عقد بيع ماله، كان صحيحاً بلا ريب، ولو كان رضا العاقد شرطاً لما كان صحيحاً.

والرابع: قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) الدال على اعتبار كون العقد ناشئاً عن التراضي، فلو لم يكن كذلك دخل تحت المستثنى منه ويكون باطلاً.

أجاب الشيخ: بأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي، إن كانت بمفهوم الحصر فلا دلالة فيها عليه، لأن الاستثناء منقطع، فهو بمعنى «لكن» وغير مفرغ، لأنه لو كان مفرغاً احتمل إفادته للحصر، لكنه منقطع غير مفرغ، فلا دلالة في الآية على الحصر.

والخامس: حديث الرفع، فإن «رفع ما استكرهوا عليه» وإن كان لسانه لسان الحكومة إلا أنه بحسب النتيجة مخصّص - وكذلك كل حاكم، وكذا العكس - فهو مخصّص للآية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، وعلى هذا، فعقد المكره قد خرج عند تحققه من تحت العام، وإذا خرج لا يعود، فالرضا اللاحق لا يؤثّر.

أجاب الشيخ: بأنه إما خرج بوصف كونه مكرهاً عليه، فإذا لحقه الرضا لم يكن بالعقد المكره عليه، فتشمله الآية المباركة.

والسادس: إن المكره غير قاصد للمعنى، فعقده كعقد الهازل، فكما أن الهازل لو رضي بعد ذلك لا يؤثّر، كذلك عقد المكره.

وأجاب الشيخ: بأن عقد المكره ليس تلفظاً محضاً ليكون كعقد الهازل بل إنه قاصد للمعنى، وهو محلّ البحث.

التحقيق في المقام

والمشهور تأثير الرضا اللاحق، وقد خالف أو توقّف جماعة، والتحقيق أن يقال: كل متكلم فظاهر حاله أنه قد استعمل اللفظ في المعنى الموضوع له، فإن كان حاكياً، فظاهر حاله التصديق بالمضمون، وإن كان منشأً، فظاهر حاله إيجاد المضمون وقصده له حقيقة، فإذا أمر بشيء فظاهر حاله البعث حقيقة لا أنه في مقام الامتحان، وعن هنا تحمل الألفاظ الصادرة من الأشخاص على مقتضى ظاهر الحال إلا إذا دلّت الأمارات والقرائن على خلاف ذلك، ولذا لو تلفظ ثم قال لم أقصد المعنى، كان مدّعياً وعليه الإثبات.

أما المكره، فظهور الحال منتف عنه، ولا يحمل كلامه على المعنى الظاهر فيه إلا بالقرينة الخارجية، فقد يتحقّق البيع حقيقةً من المكره، أو يبيع قاصداً للمعنى بسبب غفلته عن إمكان التفصي.

فمورد البحث هو العقد الصادر مع قصد المعنى في ظرف الإكراه، فهل إذا رضي بعد ذلك يترتب الأثر على هذا العقد أو لا؟

قال الشيخ بأنه يؤثر، لأنه عقد حقيقي واجد لجميع شرائط الصحة إلا طيب النفس، فإذا لحقه طيب النفس أثر أثره.
فإن قلت:

الرضا شرط في تأثير العقد، وكل شرط فلا بد وأن يكون مقارناً للمشروط، لأنه من أجزاء العلة التامة، وما لم تتم العلة لم تؤثر، فالرضا المتأخر لا يؤثر.

وبعبارة أخرى: كل مورد قام فيه الدليل على تأثير الشرط المتأخر يكون الشرط هو التعقب المقارن لا نفس ما يقع متأخراً، أما في طيب نفس المكره، فلا دليل على تأثيره إن جاء لاحقاً، ومقتضى القاعدة اعتبار كونه مقارناً.
قلت:

إن مورد البحث هو ما إذا قصد التملك، والقصد أمر قائم بالنفس ولا يزال باقياً - بخلاف اللفظ فإنه ينعدم - وهذا هو حقيقة العقد، وطيب النفس وإن لم يكن مقارناً له عند حدوثه فهو مقارن له بقاءً، فتجتمع شرائط العقد الصحيح ويكون مؤثراً. نعم، هذا يتم بناءً على النقل لا الكشف.
وأما تأييد الشيخ الصحة بالرضا للأحق بفحوى صحة عقد الفضولي، بتقريب أنه إن دلت الأدلة على تأثير إجازة المالك بيع الفضولي، فهي تدل على تأثير الرضا منه في بيع نفسه بالأولوية.
فالإنصاف عدم تماميته، لأن الفضولي يقصد التملك حقيقةً وبالأصالة، إلا أن الشارع اعتبر رضا المالك في تأثير العقد، فإذا جاء الرضا أثر العقد أثره. أما في بيع المكره، فإن التملك ليس هو المقصود بالأصالة، بل المقصود التخلص من الضرر المتوعد به، فبينهما فرق واضح.

النظر في أجوبة الشيخ عن أدلة المانعين

ولننظر في أجوبة الشيخ عن أدلة المخالفين:

لقد أجاب الشيخ عن الوجه الأول: بأنها دعوى خالية عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات.
أقول:

اقتران واقع العقد والعهد النفساني بالرضا وطيب النفس هو الشرط، وأما دعوى اعتبار اقتران صيغة العقد بذلك، فخالية عن الشاهد، كما ذكر الشيخ، وقد تقدّم منّا بيان اقتران العقد بالرضا المتأخر.

وأجاب عن الاستدلال بآية التجارة: بأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي، إمّا بمفهوم الحصر المدلول عليه بـ«الأ» الاستثنائية، وإمّا بمفهوم الوصف، بتقييد التجارة بكونها «عن تراض». (قال): ولا حصر، لأن الاستثناء منقطع، وهو غير مفيد للحصر، ومفهوم الوصف - على القول به - مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب، وما نحن فيه من هذا القبيل. وتوضيحه: إن الباء في «بالباطل» سببية، فالمعنى: إن تصرف بعضكم في أموال البعض الآخر بالسبب الباطل حرام. والسبب الباطل في الروايات: الرّبّ والقمار. ويحتمل أن المراد ما ليس بحق، فما في الروايات من باب ذكر المصدق.

وفي كلمة «التجارة» قراءة ثان، الرفع، فيكون فاعلاً لكان التامة، وحيث أن التجارة عن تراض ليست من مصاديق الأسباب الباطلة، فالاستثناء منقطع لا محالة. (قال) وهذا الاستثناء غير مفرغ، بأن يكون للإستثناء المنقطع قسمان، المفرغ وغير المفرغ، والمفرغ يمكن تأويله بحيث يفيد الحصر، فهو منقطع محض، وحينئذ لا يفيد الحصر. وبناءً على قراءة الفتح، فالتقدير: إلا أن تكون الأموال أموال تجارة عن تراض، والاستثناء منقطع كذلك.

ولا دلالة على الحصر عن طريق المفهوم، لأن القيد غالبي كما في الآية (وَرَبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ)^(١). أقول:

الإنصاف أن «عن تراض» قيد لا وصف، ولا يخفى الفرق، وإذا كان قيداً، فإن الأصل في القيود هو الإحترازية.

وأما ما ذكره في الإستثناء، فقد قال السيّد: بأن المستثنى منه هو (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ) وقوله (بِالْبَاطِلِ) بيانٌ لعلّة الحكم. فالمعنى: كلّما ليس بتجارة عن تراض فهو في نظر الشارع باطل^(٢).

وعلى هذا يكون الاستثناء متصلاً. وهو حسن، إلا أن الجزم به مشكل.

إلا أن في الاستدلال بالآية عن طريق قيديّة «عن تراض» وأن ظاهر التقييد هو الإحترازية، كفاية.

وببيان آخر:

إن جميع الاستثناءات المنقطعة مآلها إلى الإتصال، مثلاً قوله تعالى: (لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيهَا * إِلَّا قِيلًا سَلَامًا سَلَامًا)^(٣) ظاهره الانقطاع ولكن ليس كذلك، بل لما كان قوله: (لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيهَا)

(١) سورة النساء: ٢٣.

(٢) حاشية المكاسب ٢ / ٧٣.

(٣) سورة الواقعة: ٢٥.

يوهم عدم وجود المتكلم أو الكلام هناك، استثنى بقوله (إِلَّا قِيلاً سَلَامًا سَلَامًا) لدفع التوهم المذكور، وأنَّ هناك متكلمًا وكلامًا وهو ليس إلا سلامًا سلامًا.

وآية التجارة كذلك، فقد يتوهم منها أنها ناهية ومانعة من أن يتاجر الناس فيها بينهم بأموالهم، ف جاء الردُّ بأنَّ المتاجرة الممنوعة هي التي تكون بالباطل، أمَّا التي تكون عن تراض فلا مانع عنها. وبعبارة أخرى: إنَّ «إلَّا» ظاهرة في الإخراج، فالآية تستثنى عن «أموالكم» ما كان تجارة عن تراض، وقوله بـ«الباطل» بيان لعلَّة لتحريم ما عدا التجارة عن تراض.

إذن، يتمُّ الاستدلال بالآية على كلا الوجهين.

وأما حديث الرفع، فيدلُّ على عدم ترتب الأثر على بيع المكروه، إمَّا تخصصًا، بأنَّ بيعه ليس ببيع، فلا تعمه الآية (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) فلا مجال لدعوى شمولها له بطيب النفس لاحقًا. وإمَّا تخصيصًا، وكلَّ فرد خرج عن تحت العام لا يمكن أن يعود ويدخل تحته، لأنَّ ما وقع لا ينقلب عمَّا وقع عليه. وبالجملة، فبيع المكروه خارج عن الآية على كلِّ تقدير.

أجاب الشيخ: بأنَّ المرفوع هو المؤاخذة، الأعم من الدنيويَّة والآخرويَّة.

(قال) والحكم بوقوف عقده على رضاه، راجع إلى أن له أن يرضى بذلك، وهذا حق له لا عليه.

أي: إنَّ المرتفع هو المؤاخذة، وما كان له فليس بمؤاخذ عليه حتَّى يرتفع. أو إنه لمَّا كان حديث الرفع امتنانيًّا، فهو لا يرفع الحكم الذي له، لأنَّ رفعه خلاف الامتنان.

ثم قال:

نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكروه أو يفسخ. وهذا إلزام لغير المكروه، والحديث لا يرفع المؤاخذة والإلزام عن غير المكروه.

والوجه في ذلك هو: إنَّ الطرف الآخر - وهو المشتري - قد قبل البيع عن طيب نفس عنه من المكروه، وهو لم يكن في قبوله مكرهًا حتى يرتفع بالحديث، فيكون ملزمًا بعدم الفسخ.

ثم قال:

وأما إلزامه بعد طول المدَّة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحقِّ الثابت له بالإكراه...

يعني: المفروض لزوم البيع من ناحية المشتري، فليس له التصرف في الثمن ولا في المبيع وليس له الفسخ، ولكنَّ إذا طالت المدَّة جاز إلزام المكروه باختيار البيع أو فسخه، وهذا الإلزام لا يرتفع بحديث الرفع، لأنه من توابع الحقِّ الثابت له بالإكراه. أي: إنَّ الإكراه يرفع ماله الثبوت - ولو بالثبوت الاقتضائي بمقتضى العمومات - وأما ما يثبت بعد الرفع، فمتأخَّر عن الرفع بمرتبتين، ولا يعقل أن يرتفع.

ثم قال:

ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلاً.

يعني: إن الذي ذكرنا - من توقف البيع من حيث التأثير على رضاه اللأحق حقاً له لا عليه - واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، لكون الرضا - بناءً عليه - مؤثراً من حينه.
قال:

وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل.

أي: ربما يقال إنه بناءً على كاشفيّة الرضا عن تحقق البيع وثبوت الملكيّة للمشتري من حين العقد. يكون حقاً عليه لا حقاً له.

فأفاد بأن الأمر ليس كذلك بعد التأمل، وذلك، لأن معنى الكاشفيّة ليس المرآتيّة، بأن يكون الرضا مرآةً لتحقيق البيع في حين العقد، فهذا باطل، بل المراد من الكاشفيّة هو الكشف الحكمي، بمعنى تعبد الشارع عند الرضا اللأحق بترتيب آثار البيع من حين العقد، أو يكون المراد من الكاشفيّة الكشف الحقيقي، أي: إن العقد يؤثر في الملكيّة من حين صدوره بلحاظ تعقّبه بالرضا. لكنّه على كلّ حال مختار في الرضا وطيب النفس وعدمه.

هذا جواب الشيخ أولاً. وقد تعمّدنا شرح كلامه، لأنّ البعض قد غفل عن مرامه فأورد عليه بما لا وجه له.

وأما جوابه عن الاستدلال بالحديث ثانياً، فهو:

إن أثر العقد الصادر من المالك - بمقتضى العمومات والإطلاقات ومع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه - هو السببيّة التامة لنقل المال، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه بمقتضى حديث الرفع، فيثبت له حينئذ السببيّة الناقصة، إذ يكون العقد بالنظر إلى الحديث جزءاً للعلّة التامة، وطيب النفس هو الجزء الآخر، فالسببيّة الناقصة لم تكن من قبل وإنما حدثت بالحديث، فكيف يعقل ارتفاعها به؟
إن رفع ما استكرهوا عليه نظير رفع الخطأ والنسيان، فكما أن الأثر الذي يترتب على العمل بقيد كونه عن نسيان - كوجوب سجدي السهو على المتكلم عن نسيان - لا يرتفع بحديث الرفع، كما أن الأثر المترتب على الفعل بقيد العمد، كوجوب الكفارة على من أفطر عمداً، كذلك، فإنه لا معنى للتمسك بحديث الرفع لعدم وجوب الكفارة على من أفطر سهواً.

كذلك الكلام في فقرة ما استكرهوا عليه، فإن البيع كان سبباً مستقلاً للنقل والانتقال، فإن كان عن إكراه، سقط عن تلك السببيّة ووجد له السببيّة الناقصة، وهذه السببيّة لا ترتفع بحديث الرفع، لكونها وجدت به.

قال:

وبعبارة اخرى: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالإكراه. فأشكل عليه بقوله:

إن مقتضى حكومة الحديث على إطلاقات (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس، فكان المعنى: أحل الله البيع المرضي به، وحينئذ، فبأي دليل يستند القول بتأثير الرضا اللاحق بعد تقييد العمومات بالرضا السابق؟ وإذ لا دليل عام ولا خاص، فيرجع إلى أصالة الفساد. فقال:

الهم إلا أن يقال: إن العمومات والإطلاقات مقيدة - بمقتضى الكتاب والسنة والإجماع والعقل - بالمعاملة الواقعة عن الرضا، وهو أعم من المقارن واللاحق، فلا يبقى مجال للاستدلال بحديث الرفع لعدم تأثير البيع عن إكراه، إذ يعتبر أن يكون هناك أثر ليرفعه الحديث، أما البيع بما هو بيع فلا أثر له، وأما البيع مع الرضا فلا يرتفع، وأما البيع الذي يلحقه الرضا، فقد أفادت العمومات المتقيدة ترتب الأثر عليه. قال:

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه والرضا به لاحقاً، ولازمه - بحكم العقل - كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام، وهذا أمر عقلي غير مجعول، فلا يرتفع بالإكراه. وما في بعض النسخ من قوله: «إلا أن يقال...» إلى لفظة «من اللاحق» باطل، وليس في نسختنا المصححة، والكلام اللاحق قرينة على بطلان تلك الجملة.

وقد أورد بعض الأعظم على كلام الشيخ قدس سره بأنه يبتني على قانون انقلاب النسبة، وهو تخصيص العام بأحد المخصصين، ثم لحاظ النسبة بينه وبين المخصص الآخر. ولكن التحقيق - كما تقرّر في باب التعادل والتراجيح - أنه لو جاء عام وخاصان، فإنهما يخصّصان العام في عرض واحد، لا أن يخصّص أحدهما ثم تلحظ النسبة بين العام والمخصص الآخر. مثلاً: لو قال أكرم العالم، ثم قال: لا تكرم الرومي وقال: لا تكرم النحوي، فلا يخصّص العام بالرومي أولاً وتكون النتيجة لا تكرم الرومي من العلماء، ثم تلحظ نسبته إلى لا تكرم النحوي، حتى تكون النسبة العموم والخصوص من وجه، بل المخصصان يردان على العام في وقت واحد، والنسبة بين كلّ منهما والعام هي العموم والخصوص المطلق، كما لا يخصّص العام بأحد الخاصين فقط فلا يبقى موضوع للمخصص الآخر.

وفيما نحن فيه، يوجد العام وهو (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) والخاصان وهما: حديث الرفع، وحديث: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه. والشيخ يريد تخصيص الآية بحديث لا يحل، ثم يقول بأن لا موضوع لحديث الرفع. وهذا ما يصطلح عليه بانقلاب النسبة، وقد تقرّر بطلانه.

أقول:

قد أوضحنا في بحث التعادل والتراجيح بطلان انقلاب النسبة، ومورده ما إذا كان عام ومخصّصان، كالمثال المذكور. ولكن لا يخفى الفرق بين الحاكم والمخصّص، إذ الحاكم رافع للموضوع والمخصّص هو ما يرفع الحكم مع انحفاظ الموضوع، والحاكم دائماً في رتبة متأخرة في نظام التشريع، لكونه شارحاً للأدلة وناظراً إليها، وإذا كان كذلك، فلا يجعل في عرض المخصّص.

وفيما نحن فيه: حديث الرفع لسانه لسان الحكومة، وحديث لا يحلّ مخصّص، فيتقدّم حديث لا يحلّ ويخصّص العام وهو الآية المباركة، فيعتبر في البيع الرضا، وهو أعمّ من المقارن والمتأخر، وحينئذ، لا يبقى موضوعٌ لحديث الرفع.

وهذا هو الوجه الصحيح لما أفاده الشيخ، وليس من باب انقلاب النسبة حتى يرد عليه الإشكال.

فإن قلت:

فكما أن الرضا أعم من المقارن والأحق، كذلك الإكراه المرفوع بحديث الرفع، فإنه أعم من الإكراه المستمر والإكراه الذي انقطع بالرضا لاحقاً.

قلت:

إنّ حديث الرفع مسوق للامتنان، ومقتضى الإمتنان أنّ يكون البيع الإكراهي المتعقب بالرضا مؤثراً، فلا يعقل الإطلاق في الحديث، بل يكون منحصراً بالإكراه المستمر.

ولو فرض أنّ الحديثين مخصّصان للعام في عرض واحد، لم يكن لحديث الرفع أثر كذلك، لأنه قد اختصّ بالإكراه المستمر، وقد خصّ العام به، وأمّا الإكراه الذي انقطع بالرضا فباق تحت العام ويترتب عليه الأثر.

فالتحقيق في الجواب عن الاستدلال بحديث الرفع أنّ يقال: إنّ مفاد هذا الحديث هو: أن كلّ حكم يكون مترتباً على البيع لولا الإكراه، فهو مرتفع بالإكراه، وهذا الرفع التشريعي امتناني، فيختصّ بما إذا كان الإكراه مستمراً، ولا ربط لحديث الرفع بمورد الإكراه المنقطع بالرضا الأحق، بل هو باق تحت العمومات.

هل الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟

قال الشيخ

بقي الكلام في أنّ الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ مقتضى الأصل وعدم حدوث حلّ مال الغير إلا عن طيب نفسه

هو الأول. إلا أنّ الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني.

أقول:

مقتضى القاعدة أن يكون الرضا ناقلاً، لأنَّ الملكية إنما تحصل من حين الرضا، سواء كان الرضا مقتضياً أو كان الإكراه مانعاً، ولذا كان على المشتري أن يدفع أجره مثل المنافع التي استوفاهها من المبيع إلى حين تحقق الرضا.

هذا هو مقتضى القاعدة، لكنَّ الشيخ اختار الكشف، بتنقيح المناط من النصوص الواردة في بيع الفضولي، كرواية عروة البارقي ورواية محمد بن قيس وغيرهما، فكما ينكشف هناك بالإجازة - إنكشافاً حكماً - مالكيَّة المشتري من حين العقد، كذلك هنا في بيع المكره إذا رضي المالك لاحقاً. وعلى هذا، فلا يجب دفع أجره المثل.

قال:

وربما يدعى أنَّ مقتضى الأصل هنا وفي الفضولي هو الكشف، لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى ... لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل. وفيه...

أقول:

وحاصل إشكال الشيخ هو: إنَّ المنشأ ليس للملكية من حين العقد، بل إنه أوجد ما يكون سبباً للملكية الشرعية، فإن كان سبباً تاماً لها ثبتت فعلاً، وإن لم يكن كذلك، فإنها تتحقق عند تماميته. قال: فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم، ولذلك كان الحكم بتحقيق الملك - بعد القبول أو بعد القبض في الصَّرف والسَّلم والهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ - غير مناف لمقتضى الإيجاب، ولم يكن تبيعاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة. وحاصل ذلك: إن البيع بما هو بيعٌ لا يفيد الملكية من حينه، بل هو سببٌ للملكية الشرعية، وإنما يترتب عليه الأثر إذا تمت سببته.

قال:

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا إلا أنَّ حكمه بذلك لما كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع، فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله.

قلت: المراد هو الملك شرعاً، ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعي بالملك.

أقول:

توضيح الإشكال:

حكم الشارع بالملكيّة بتحقيق الرّضا متأخراً، أمّا المحكوم به وهو الملكيّة فمن حين العقد، لأنّ حكم الشارع بالملكيّة جاء على طبق رضا المالك، والذي رضي به المالك هو الملكيّة من حين العقد، فالشارع قد حكم الآن بالملكيّة من ذلك الحين.

وتوضيح الجواب:

إنه لا معنى لأن تتخلّف الملكيّة الشرعيّة عن حكم الشارع، بأن تكون الملكيّة قبل حكمه. وذلك، لأنّ الملكيّة أمر اعتباري، ونسبة الاعتبار إلى المعبر نسبة الإيجاد والوجود، وهما حقيقةً واحد، ويختلفان بتعدّد النسبة، فكما لا معنى لأن يكون الإيجاد فعلياً والوجود قبل أو بعد، كذلك التملك وهو اعتبار الملكيّة، فإنه والملكيّة شئ واحد، فلا يعقل أن يكون الاعتبار متأخراً والملكيّة متقدّمة.

وربّما يتوهّم من كلام الشيخ أنه يريد أن البائع غير قاصد للملكيّة الفعلية، والحال أن الموجب والقابل يقصدان الملكيّة من حين العقد، وقد عرفت أن لا مجال لهذا التوهّم.

ثم أقول:

إنّ الملكيّة والتمليك أمر واحد حقيقةً ومتعدّدان اعتباراً، ولكن هل أن متعلّق التملك هو طبيعة الملكيّة أو الملكيّة من الحين؟ لا إشكال في أن المنشأ هو طبيعة الملكيّة، إلا أنه لما كان الإنشاء بالفعل كانت الملكيّة بالفعل.

بل مقتضى الدقّة هو: إن الزّمان - وهو من المقولات التسعة ويعبر عنه بـ«متى» - لا يعرض على الامور العرضيّة، فكيف بالامور الاعتباريّة كالملكيّة، وإنما الشخص نفسه زمني فيقع فعله في الزمان، والزمان ليس عارضاً على الملكيّة، وإنما يعرض متعلّق الملكيّة، كقولنا: منفعة العين في الزّمان الفلاني.

وتحصّل:

إنّ البائع يعتبر الملكيّة، فإن كان له موضوعيّة للاعتبار الشرعي، جاء الاعتبار الشرعي على طبقه، وإلا فلا. وربّما يكون سبباً للاعتبار الشرعي بضميمة أمر آخر.

هذا، وتوهّم كون الكشف هو مقتضى القاعدة، مندفع:

أمّا أولاً، فلأن البائع لا يقصد إيجاد الملكيّة من حين العقد، وإنما ينشئ طبيعة الملكيّة، غير أنّ الإنشاء لما كان فعلياً يكون المنشأ كذلك، لا أنه قد أنشأ الملكيّة المقيّدة بكونها من حين العقد، نظير الطلب، فإنه إنشاء لطبيعة الطلب لا الطلب الفعلي، ولذا لا يدلّ الأمر على الفور.

وأما ثانياً، فلأنّ اعتبار الشارع الملكيّة هو بعد الرّضا، وحيث أن اعتبار الملكيّة متحد مع الملكيّة، فلا

يعقل تقدّم الملكيّة على حكم الشارع.

قال الشيخ:

وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد...

أقول:

إن كان مقصوده هو التنظير من جهة أن الفسخ من الحين لا من الأصل، فنعمًا هو، لكن لا يخفى الفرق بين الرضا والفسخ من جهة أخرى، فإن الفسخ يكون بعد العقد التام المؤثر في الملكية من حيث جميع الآثار، ولكن لما كان العقد جائزاً، فإنه يحل العقد كما تحل البيعة من الحين. فالرضا ليس عدل الفسخ، بل هو عدل الرد، كما أن عدل الفسخ هو الإمضاء. فمقصود الشيخ مجرد التشبيه والتنظير من جهة ما نحن فيه، لا من جميع الجهات.

قال:

ثم على القول بالكشف، هل للطرف غير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا؟

أقول:

يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله، لكن الغرض من التعرض لهذا هنا هو أن الطرف المقابل يحتمل نفوذ العقد ولزومه في نفس الأمر، لاحتماله رضا البائع فيما بعد، فيكشف رضاه عن تأثير العقد من حين صدوره، فليس له أن يفسخ، لعدم كونه من العقود الجائزة، وليس الأمر كذلك على القول بالنقل. لكن البحث عن جواز التصرف من الطرف المقابل في المال الذي دفعه وعدم جوازه، وجواز الفسخ وعدمه، يأتي على النقل والكشف معاً.

مسألة

إذن السيد لو كان العاقد عبداً

قال الشيخ:

ومن شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبداً...

أقول:

أي: لو أراد العبد بيع مال له - بناءً على تملكه - أو لغيره وكالةً عنه سواء المولى أو غيره، أو أراد شراء شيء بمال له أو في ذمته، لا يجوز له إلا بإذن سيده. أي: لا يصح ذلك على جميع التقادير. أمّا حكم تصرفاته تكليفاً، فذاك بحث آخر قد نتعرض له.

الدليل على هذا الشرط

والدليل على ذلك:

أمّا كتاباً، فقوله تعالى: (صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ)^(١) «والشيء» عام.

وأما سنة، فعن زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قال: المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده. قلت: فإن كان السيد زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: بيد سيده (صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) أفشيء الطلاق^(٢).

وقوله «لا يقدر على شيء» ليس قيداً احترازياً ليقسم العبد إلى من يقدر ومن لا يقدر، بل هو بيانٌ للحكم الشرعي. أي: ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً، من حاله أنه لا يقدر شرعاً على شيء، ومعنى «لا يقدر» عدم التمكن على فعل بوحده واستقلاله وأنه محتاج إلى غيره في القيام به، و«الشيء» إن كان عبارة عن المشيئ وجوده، كان دليلاً على قول من يقول بأن العبد لا يجوز له حتى تحريك يده والتكلم بلسانه إلا بإذن مولاه، لكونهما مملوكين له، ولكن لا يبعد أن يكون المراد هو المتفاهم منه عند العرف.

(١) سورة النحل: ٧٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢ / ١٠١، كتاب الطلاق، الباب ٤٥ رقم: ١.

وعلى الجملة، فالآية والرواية دالتان على عدم استقلاله في العمل وعدم ترتب الأثر على معاملاته مطلقاً بدون إذن سيده، ومقتضى ذلك، أنه لو صدر منه شيء من غير مدخلية السيد فهو شرعاً بمنزلة العدم، وحينئذ يقع الكلام في تأثير الإجازة اللاحقة.

هذا شرح كلام الشيخ رحمه الله.

التحقيق

ولكن المستظهر من الآية شيء آخر، فقد تكرر قوله تعالى: (لا يَفْدُرُ مَرَّتَيْنِ. أَمَا فِي الثَّانِي وَهُوَ «الْأَبْكُمْ» فالعجز تكويني، وأما في الأول، فهو من شئون المملوكية، وذلك، لأنه ليس في القرآن قيد أو وصف توضيحي، بل جميع ألفاظ القرآن حتى حروفه وأدواته إنما جاءت للدلالة على معنى، وقد ورد في الآية «عبدًا مملوكًا» فما هي النكته في كلمة «مملوكًا» مع وضوح كون العبد مملوكًا؟

الظاهر أنه وصفٌ يتفرع على القدرة على شيء، وقد جئ به للدلالة على أن هذا العجز ليس تكوينيًا بل هو عرضي بلحاظ مملوكيته، وعلى هذا نقول:

إن هذه الآية تدل على أنه ليس للعبد أن يتصرف في نفسه وماله كما يتصرف المالك الحر في نفسه وأمواله، لأنه مملوك. وأما الاستدلال بها على عدم جواز التصرف في أموال المولى، وفي أموال غير المولى من سائر الناس، فغير تام، لأن التصرف في مال الغير إلا بإذنه غير جائز لغير العبد أيضاً، فأنحصرت دلالة الآية على عدم صحة تصرف العبد في نفسه وماله إلا بإذن من سيده.

ولا أعهد أحداً تنبه إلى ما ذكرناه في الآية.

حكم إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد

قال الشيخ:

وأما مع الإجازة اللاحقة، فيحتمل عدم الوقوع... إلا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى... أقول:

قد ذكر في وجه عدم وقوع بيع مال الغير بالوكالة: إن الإجازة إنما تتعلق بمضمون العقد وهو انتقال مال الغير بعوض، وهذا ليس منوطاً برضا المولى لكونه أجنبياً، وإنما للمولى أن يجيز إنشاء العبد، لكن المفروض أن هذا الإنشاء - لما كان بدون إذن المولى - ساقط عن الاعتبار وكان بمنزلة العدم، والإجازة اللاحقة لا تخرجه عن العدم، لأن الشيء لا ينقلب عما وقع عليه.

وفي وجه تأثير الإجازة ووقوع البيع: إن الآية لا تدل على لغوية إنشاء العبد مطلقاً، إنما دلت على لغويته إن كان بلا إذن سابق أو لاحق، ومع لحوق الإجازة يكون الأثر مترتباً على الإنشاء، بشمول

العمومات والإطلاقات له، ولو شككنا في أن الآية المباركة تنفي الصحة مطلقاً أو في خصوص عدم لحوق الرضا، وجب الأخذ بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ونحوه، لكون المخصّص منفصلاً دائراً أمره بين الأقل والأكثر، فيخصّص بالقدر المتيقّن وهو الإنشاء الخالي من الرضا سابقاً ولاحقاً، ويتمسك بالعام في الزائد، وهو ما لو لحقه الرضا، كما تقرّر في الأصول.

وقال بعض الأكابر:

إن الرواية أناطت الصحة بالإذن، والإذن هو الترخيص، ولا يعبر بالترخيص إلا عمّا كان مقدّمًا، والرضا اللاحق ليس بإذن، فالرواية دلّت على عدم تأثير الرضا اللاحق^(١).
وفيه:

إنه لم يكن في الآية تعرض للإذن، والرواية إنما وردت في مورد الآية وسياقها، وقد استشهد بها فيها، فالمراد من الآية والرواية: عدم استقلال العبد في تصرفاته، فما صدر منه باستقلاله لا أثر له. ومن المعلوم أنه مع الإذن اللاحق لا يكون مستقلاً، فيترتب الأثر على إنشائه.

تأييد وقوع البيع بالصحيحة السابقة

قال:

ويؤيد إرادة الأعم من الإجازة: الصحيحة السابقة، فإن جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة، فالمراد بالإذن هو الأعم، إلا أنه خرج الطلاق بالدليل...
أي: إن الصحيحة قد ذكر فيها النكاح، ونكاح العبد من الأمور التي تلحقها إجازة المولى، ويكشف ذلك عن أن الإنشاء لم يكن لغواً بل كان قابلاً للإنفاذ بالإجازة.
فإن قيل:

إن كان كذلك فليكن في الطلاق أيضاً، والحال أن الإجازة اللاحقة لا تؤثر فيه.
أجاب:

بأن الطلاق قد خرج بالدليل. وسيأتي أن الإجازة في الإيقاعات غير مؤثرة.
فإن قيل:

يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.
أجاب:

(١) حاشية كتاب المكاسب للمحقق الإصفهاني ٢ / ٦٨.

لا يلزم ذلك، لأنَّ الكلام مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق، ويرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله: بيد من الطلاق؟

وأشكل بعض الأكابر:

بأنه إذا كان الكلام مسوقاً لبيان عدم استقلال العبد في الطلاق، فهو غير ناظر إلى كفاية الرضا على إطلاقه، فلا يصح الاستدلال بالصحيحة على تأثير الإجازة اللاحقة في البيع، لكونها حينئذ مجملة^(١). وفيه:

إنه قد تقرّر في الأصول أنه متى كان العام موضوعاً للحكم، لزم ذكر المخصّص معه - إن كان له مخصّص - حتى لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، أمّا إذا لم يكن كذلك، فلا يلزم لعدم لزوم المحذور المذكور. وكلام الشيخ إشارة إلى هذه القاعدة، لأنَّ العام هنا هو «الإذن» ولم يكن المقصود ترتيب حكم عليه، بل الكلام مسوق لبيان أمر آخر.

وبعبارة أخرى: ذكر العام في مقام بيان حكم أمر آخر من غير أن يذكر المخصّص له، لا يلزم منه محذور تأخير البيان عن الوقت الحاجة، وما نحن فيه من هذا القبيل. فأشكال السيّد رحمه الله مندفع.

أمّا إشكاله الآخر فوارد، قال ما نصّه: والتحقيق أن الصحيحه ساكتة عن حكم لحوق الإجازة، بل المستفاد منه أن العقد بلا إذن باطل، والقدر المتيقّن منها بلا إذن مطلقاً لا سابقاً ولا لاحقاً، فلا ينافي الدليل الخارج على أحد الأمرين كما في النكاح والطلاق، حيث دلّ الدليل على صحّة الأول بالإجازة وعدم صحّة الثاني بها.^(٢)

أقول:

ويرد على الشيخ أيضاً، أنّ في الصحيحه: «لا يجوز... إلا بإذن سيّده» أي: يجوز بإذن سيّده، وحينئذ، يكون الحكم متوجّهاً إلى العام وهو «الإذن»، فيعود الاشكال بلزوم تأخير البيان عن وقت الحاجة، على ما تقرّر في الأصول.

تأييد وقوع البيع برواية: إنه لم يعص الله

قال الشيخ:

ويؤيد المختار بل يدل عليه: ما ورد في صحّة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته، معللاً بـ«إنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز...»

(١) حاشية المكاسب للسيّد البيهقي ٢ / ٨٧ .

(٢) حاشية المكاسب ٢ / ٨٧ .

أقول:

نصّ الرواية عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده. فقال: ذاك إلى سيّده، إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينهما. قلت: أصلحك الله، إن الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيّد له.

فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله وإمّا عصى سيّده. فإذا أجازته فهو له جائز^(١) ويفسرها ما عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثمّ اطّلع على ذلك مولاه؟ قال: ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلّا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل. فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإن أصل النكاح كان عاصياً، فقال أبو جعفر عليه السلام: إمّا أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله، إمّا عصى سيّده ولم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه.^(٢) وذكر الميرزا القمي ترك الاستفصال في ما يدلّ على العموم، فقال:

ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال، ينزل منزلة العموم في المقال، نقله في التمهيد عن جماعة من المحققين.^(٣)

وفيما نحن فيه، السّؤال عن تزوّج العبد، وهو قد يكون بعقد العبد على نفسه، وقد يكون بعقد الغير له وكالة أو فضولة. فأجاب الإمام عليه السلام بأنه إذا أجاز سيّده جاز، ويستكشف منه صحّة نكاحه على نفسه وأنّ إنشائه مؤثر وليس بلغو. ثم من ترك الإمام الإستفصال يفهم عدم انحصار الإجازة بما لو عقد له غيره، بل يشمل ما إذا عقد هو لنفسه، فإذا كانت الإجازة مؤثرة في عقده لنفسه، حيث أن الإنشاء منه ومضمون العقد له، كانت مؤثرة في عقد الغير له - حيث الإنشاء من غيره - بالأولوية.

وإذا ثبت هذا في النكاح، فهو ثابت في غيره من العقود.

وهذا توضيح تقريب الاستدلال بالرواية.

وقد أشكل الميرزا الاستاذ على الأولوية المزبورة:

(١) وسائل الشيعة ٢١ / ١١٤، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٤ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١ / ١١٥، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٤ رقم: ٢.

(٣) قوانين الأصول: ٢٢٥.

بأن ترك الإستفصال وإن كان مفيداً للتعميم في باب النكاح ونحوه، إلا أنه للتعدي إلى غير مورده لايفيد، لأنه لو فرض بأنه صرح بأن نكاح العبد يصح بالإجازة ولو باشره بنفسه، لما أمكن التعدي إلى مورد وكالة العبد لغيره أو إجرائه الصيغة وإيجاده العلقة فضولاً. لأن صحّة نكاحه لنفسه وإن استلزم تصحيح جهة إصداره أيضاً، حيث أنّ الإجازة يرجع إلى ما يتعلّق مضمونه بالمولى، فصحة جهة إصداره إنّما لوحظ معنى حرفياً إذا دلّ الدليل على صحّة النتيجة بالإجازة، فيدل على صحّة جهة الإصدار، لأنّها من مقدمات حصول النتيجة. إلا أنّ هذا الدليل لايمكن أن يدل على صحّة جهة الإصدار إذا لوحظت معنى اسمياً، وعقد العبد لغيره فضولاً أو وكالة جهة توقّفه على إجازة المولى هو جهة إصداره، وإلا فمضمونه غيرراجع إلى المولى، ولم يدلّ دليل على أنّ الإجازة أيضاً كالإذن في جهة الإصدار كما لعلّه لا يخفى.

أقول:

هذه الشبهة إنّما تتوجّه بالنظر إلى الرواية: «إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما». أمّا في الرواية الأولى فيقول عليه السلام: «ذاك إلى سيّده إن شاء أجاز» أي: أجاز تزوّجه، والتزوّج هو الإنشاء، وهو السبب، فيكون مؤثراً بالإجازة اللاحقة.

إلا أنّ الميرزا أجاب بوجه آخر فقال: إلا أنّ يقال: إن الأخبار الدالّة على صحّة نكاح العبد إذا أجازة المولى، الواردة في ردّ حكم الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي، ظاهرة في إعطاء قاعدة كليّة وهي: إن كلّ ما رجح جهة الصحّة إلى إذن السيّد فأجازته كإذنه.^(١)

قال الشيخ:

مع أنّ تعليل الصحّة بأنه: لم يعص الله تعالى... في قوّة أن يقال: إنه إذا عصى الله بعقد، كالعقد على ما حرّم الله تعالى... كان العقد باطلاً... أمّا إذا لم يعص الله وعصى سيّده، أمكن رضا سيّده فيما بعد...

أي: إذا كان العقد محرّماً بالذات، كنكاح المحارم أو كالعقد الواقع في العدة... فإنه يكون باطلاً والله لا يرضى به، أمّا العبد، فلم يرتكب المحرّم بالذات، فلم يعص الله وإمّا عصى سيّده. وهذه العلّة المذكورة في الرواية تعمّم الحكم إلى سائر الموارد، فلا يختصّ الحكم بالنكاح، بل يعمّ البيع وغيره من العقود، فلو باع بدون إذن من سيّده - وكان بيعه ممّا لم ينه عنه الشارع - كان عاصياً للسيّد. فسواء كان رضاه شرطاً للصحّة أو كان عدم رضاه مانعاً، يكون رضاه موجباً للصحّة.

وقد أخذ الميرزا الاستاذ هذا البيان من الشيخ، وجعله الجواب عن الإشكال في الأولويّة...

(١) منية الطالب ١ / ٢٠٨.

والحاصل: إنه لو أنشأ عقد النكاح لنفسه، أو أنشأ هو لغيره وكالته عنه، أو أنشأ الغير له بتوكيل منه، فمقتضى الصحة في جميع هذه الصور أنه لو رضي السيد بذلك فيما بعد صح، لأن المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلية مفادها الفرق بين معصية الله فيقع باطلاً، ومعصية السيد فيكون صحيحاً إذا رضي به سيده. وإذا صح ذلك في النكاح صح في غيره من العقود كالبيع.

وقال صاحب الجواهر ما حاصله^(١):

إنه لا حاجة لإجازة المالك ولا موضوع لهذا البحث فيما إذا أنشأ العبد البيع للغير، لأنه إن كانت الحاجة إليها من جهة أن إنشائه تصرف في ملك السيد، فكان منهيماً عنه لحرمة التصرف في ملك الغير، فإن النهي في المعاملة لا يوجب الفساد، خصوصاً النهي الناشئ عن معصية السيد، وإن كانت الحاجة لتصحيح مضمون العقد وهو ملكية الغير للشيء، فإن مضمون العقد لا ربط له بالسيد المالك حتى تؤثر إجازته في صحته.

بل إن هذه المعاملة صحيحة حتى مع نهي السيد عنها، فلا مجال للشك في صحتها إن وقعت من دون إجازة منه، بل صحتها في هذه الصورة ثابتة بالأولية.

فأجاب الشيخ:

بأن الروايات ناطقة بأن الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى وتبديلها بالرضا، فهي دالة على أن رضا المولى شرط. فالقول بأن الروايات تدل على أن معصية السيد لا تقدر بصحة العقد، في غير محله. وأفاد: بأن مفاد تلك النصوص في إنطاتها صحة عقد العبد بإجازة السيد هو عدم استقلال العبد في تصرفاته مطلقاً، فلا فرق بين أن يكون عقده لنفسه أو لغيره.

أقول:

تقريب كلام صاحب الجواهر هو:

إن مدلول النصوص هو أن لعقد العبد صحة تأهلية من حيث السببية لوقوع المضمون، غير أن ترتيب المسبب بالإجازة للعقد وعدم ترتيبه بعدمها، فإذا كان العقد للغير لم يكن لمضمونه ربطاً بالمالك، كما لا ربط له بالعبد. وحينئذ، لا يكون العقد الواقع كذلك مشمولاً للنصوص، لكونها ظاهرة في العقد لنفسه، وأن المولى إن شاء فرق بينهما وإن شاء أجاز، وحينئذ، تؤثر الصحة التأهلية أثرها ويصح العقد.

هذا بالنسبة إلى الروايات.

وأما الآية المباركة، فقد تقدم منّا عدم دلالتها على عدم صحة عقد العبد إن كان لغيره. وبعبارة أخرى: لا دلالة لها على البطلان في غير العقد لنفسه، وخلاصة ما قلناه هو: إن عدم قدرة العبد على شيء

(١) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٧١.

متفرّع على كونه مملوكاً، وحينئذ، يكون عدم نفوذ عقده في خصوص ما يرتبط بمملوكيته، وهو ما إذا كان العقد لنفسه فقط.

وأما ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله من أنّ العبد بتصرّفه في لسانه قد عصى سيّده لكونه مملوكاً له، فقد أجاب عنه الشّيخ بوجوه:

أولاً: منع حرمة مثل هذه التصرفات، للسيرة المستمرة على مكاملة العبيد ونحو ذلك من المشاغل الجزئية.

وثانياً: بدهة أنّ الحرمة في مثل هذه لا توجب الفساد، فلا يظنّ استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة.

وثالثاً: أن الاستشهاد بالرواية لعدم كون معصية السيّد - بالتكلّم بألفاظ العقد والتصرّف في لسانه - قاحدةً في صحّة العقد، غير صحيح، لأنّ مقتضاه أن يكون التكلّم الذي هو معصية لله تعالى مفسداً، مع أنّ حرمة العقد من حيث أنه تحريك للسان لا يوجب فساده إجماعاً.

فرع

لو أمر العبد بأن يشتري نفسه من مولاه

قال الشيخ:

لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه، صح ولزم... وعن القاضي: البطلان...

أقول:

لو أمر العبد أن يشتري نفسه له من مولاه، فباعه مولاه، فهل يصح أو لا؟

قال الشيخ بالصحة واللزوم، بل لم ينقل الخلاف^(١) إلا عن القاضي ابن البراج.

الدليل على الصحة واللزوم

واستدل الشيخ: بأن بيع المولى في هذا الفرض رضاً منه، فلم يكن تصرف العبد بدون رضاه، بناءً على

كفاية الرضا وعدم اشتراط الإذن الصريح. قال: بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمني.

فإن قيل:

العبد في زمن الإيجاب كل على مولاه ولا يقدر على شيء، فلا قابلية له للقبول، فلا ينعقد البيع.

أجاب الشيخ:

بأن هذا غير قادح، لأن هذا الشرط ليس على حد غيره من الشروط المعتمدة في كل من المتعاقدين

بما هما متعاقدان، من أول الإيجاب إلى آخر القبول، كالعقل والبلوغ وغيرهما، بل هو نظير إذن مالك

الثلث في الإشتراء بماله، حيث يكفي تحققه بعد الإيجاب وقبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه

فضولاً.

والحاصل: إن الشروط المعتمدة في المتعاقدين على قسمين، فقسم يعتبر فيهما بما هما متعاقدان،

فلابد أن تكون متوقفة فيهما من أول الإيجاب إلى آخر القبول، كالعقل وغيره، وقسم يعتبر فيهما من جهة

(١) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٧١.

انتزاع عنوان العاقد من العقد، فهو شرطٌ للعقد فيشترط في المتعاقدين لتحققه بهما، وقصد كلٌّ من المتعاقدين للمدلول من شروطهما، ولكنّه في الحقيقة من شروط صحّة العقد وتأثيره، فلولم يكن قاصداً للشراء، ففيل له: بعثك متاعي هذا، فانقذح في ذهنه قصد المدلول وهو الشراء بعد الإيجاب من البائع، صحّ، لتوفّر الشرط في العقد.

الجواب عن دليل القول بالبطلان

وعن القاضي الاستدلال للبطلان باتّحاد الموجب والقابل، والعقد لا يتحقّق مع اتّحادهما.

أجاب الشيخ:

أولاً: بالنقض، بأنّه لو تمّ ذلك لاقتضى المنع من الصحّة لو أذن له السيّد سابقاً.

وثانياً: بالحلّ:

أمّا أولاً: بمنع الاتّحاد في الخارج، فالمالك موجب والعبد قابل.

وأمّا ثانياً: بمنع قدح الوحدة الاعتباريّة.

لو أمر العبد بأن يشتري نفسه من وكيل المولى

قال الشيخ:

فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعة^(١) ... لا يصح... وربما قيل^(٢) بالجواز...

أقول:

في المسألة قولان:

دليل القول بالبطلان هو: إنّ المولى لم يأذن بذلك.

ودليل القول بالجواز هو: إنّ الذي صدر من العبد هو التصرف في لسانه، ولكنّ هذا الفعل المحرّم

لا يوجب بطلان اشتراؤه، لأنّ النهي لا يستلزم فساد المعاملة.

وأجاب الشيخ بما تقدّم: من أنّ الأدلّة إنّما أفادت عدم استقلال العبد في التصرفات، ولا تدلّ على

حرمة التصرف في لسانه.

وهذا هو الصحيح.

(١) جامع المقاصد ٤ / ٦٨ وغيره.

(٢) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٧١.

صفحه سفید

بيع الفضولي

صفحه سفید

مسألة

في عقد الفضولي

قال الشيخ:

ومن شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع...
واختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي.
أقول:

مبحث عقد الفضولي لا يختص بالبيع، بل يجري البحث في مطلق عقوده، موجباً أو قابلاً.
والفضولي أعم من أن يعتقد كون المال ملكاً له فيبيعه وهو ليس بملك له، أو يعلم بكونه ملكاً
للغير فيبيعه لملكه كما يفعل الوكيل، أو لنفسه كما هو فعل الغاصبين.
وقد تكون الفضوليّة في حيثيّة اخرى غير الملكيّة، كأن يبيع العين المرهونة لزيد عند عمرو بدون
إذن من المرتهن، أو يبيع المفلس المال بدون إذن الغرماء، أو يتزوج بنت أخ زوجته - المنوط صحّة الزواج
منها بإذن الزوجة - بدون إذن منها، إلى غير ذلك من الأمثلة.
قال الشيخ:

فعقد الفضولي لا يصح، أي: لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللّزوم، وهذا مراد من جعل الملك وما
في حكمه شرطاً، ثم فرّع عليه... فاعتراض جامع المقاصد^(١) عليه بأنّ التفريع في غير محله، لعلّه في غير محله.
أقول:

إن من شرائط المتعاقدين الملكيّة ولولاها لم يصح العقد، والصحّة عبارة عن تأثير المقتضي أثره، وفي
بيع الفضولي لا تترتب الملكيّة للبائع أو المشتري، لا أنها تترتب إلا أنها غير لازمة.
وبعبارة اخرى: اللّزوم يقابل الجواز، فكّل عقد ليس لأحد المتعاملين حلّه فهو لازم، وكلّ عقد يكون
لأحدهما ذلك فهو جائز. أمّا في بيع الفضولي، فلا تحصل الملكيّة لا أنها تحصل وللمالك حلّ العقد.

(١) جامع المقاصد ٤ / ٦٨.

فلا مناص من القول بأن مراد الشيخ من «اللّزوم» هو «فعلية الأثر» - أي: إنّ لبيع الفضولي صحّة تأهليّة، بأنّ يكون مؤثراً في المملكيّة بإجازة المالك - وليس مراده اللّزوم المصطلح.

المراد بالفضولي

قال الشيخ

والمراد بالفضولي كما ذكره الشّهيد^(١) هو الكامل غير المالك للتصرف ولو كان غاصباً...

أقول:

الفضول لغةً - كما في المفردات^(٢) - من الفضل، وهو الزيادة عن حدّ الوسط، فإن كانت الزيادة في الامور الممدوحة عبّر بالفضل. وعليه: يصحّ وصف العقد نفسه بالفضولي، لأنّه خروج عن الحدّ الوسط، أي الميزان الشّرعي، ويصحّ وصف العاقد به، لأنّه قد خرج عن الحدّ، وليس في أحدهما مسامحة.

وهنا بحثان:

هل يجري البحث في الإيقاعات؟

الأول: هل يجري بحث الفضولي في الإيقاعات؟

قال الشيخ:

بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه كما في غاية المراد.

أقول:

لم يدع الاتّفاق على بطلان إيقاع الفضولي بقول مطلق، إلّا الشّهيد في كتابه المذكور. وقال كاشف الغطاء بجريانه فيها لو لم يكن إجماع.

[١] وهذه عبارة الشّهيد: اختلف علماؤنا في كلّ عقد صدر عن الفضولي... بعد اتّفاقهم على بطلان الإيقاع، وعلى

عدم الزوم العقود على أقوال...

وقال بعض مشايخنا^(٣): إنّ كان فعل الفضولي على خلاف القاعدة، فلا بدّ من الاقتصار على ما جاء في

النصوص، وهو البيع والنكاح فقط، وإذ لا نصّ في الإجارة والهبة والصّح وغيرها من العقود، فما الدليل

(١) غاية المراد: ١٧٧.

(٢) المفردات في غريب القرآن «فضل».

(٣) حاشية الإصفهاني ٢ / ٧٥.

على التعدي لسائر العقود؟ وإن كان على القاعدة، فلا بد من القول بصحته في الإيقاعات أيضاً إلا ما خرج بالدليل، مثل ما قيل في طلاق العبد، للرواية عن زرارة عن

وهذه عبارة كاشف الغطاء في شرح القواعد: وبعد إمعان النظر في الأدلة، يعلم أن منها ما يقضي بصحة الفضولي في جميع العقود والإيقاعات وما يتبعها مما شرط فيه القرية أولاً، إلا ما دلّ الدليل على خلافه...^(١) وفي غاية الآمال - بعد إيراد عبارة الشهيد - : قال المحقق الأردبيلي في شرح قول العلامة في الإرشاد: والراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن ما لفظه: والظاهر عدم القول به - يعني الفضولي - في العتق، لقولهم لاعتق إلا في ملك. ويمكن الجواز والتأويل كما لا يبيع إلا فيما يملك. انتهى. ويستفاد منه أن عدم جواز الفضولي في العتق الذي هو من جملة الإيقاعات، لم يكن واضحاً مسلماً عند الفقهاء رضي الله عنهم.

وسنذكر من كلام صاحب الجواهر عن قريب ما يلوح منه الشك في عدم جواز الفضولي في الطلاق.

لكن العبرة بما أفاده الشهيد...^(٢)

أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «فبيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد. قال الله تعالى (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) أَفَشِيءُ الطَّلَاقِ»^(٣)

كما أنّ بعض العقود لا يجري فيها الفضولي، مثل الوقف - بناءً على كونه منها - إذ يعتبر فيه المباشرة، لاعتبار قصد القرية فيه وهو لا يتمشى من الفضول كما لا يخفى.

لكن مسلّمك الشيخ كون عمل الفضولي على القاعدة، فلا بد من جريانه في الإيقاعات.

وعن بعض الأصحاب الاستدلال بطلان إيقاع الفضولي: بامتناع التعليق في الإيقاعات^(٤).

ويمكن تقريبه: بأنّ الإيقاع والوقوع كالإيجاد والوجود، وكما أنّ الإيجاد والوجود أمر واحد بالذات وتعدّدهما بالاعتبار، كذلك الإيقاع والوقوع ولا انفكاك بينهما، فإذا صدر الإيقاع ولم يتحقق مضمونه لكونه معلّقاً، فالإيقاع غير متحقّق.

ويؤيدّه ماورد من النصوص في بعض الموارد الخاصّة، مثل الطلاق، قال رسول الله صلى عليه وآله :

الطلاق بيد من أخذ بالساق^(٥) بناءً على ظهوره في المباشرة. وفي العتق، كالخبر عن أبي عبد الله قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا عتق إلا بعد ملك^(٦).

(١) شرح القواعد ٨١/٢.

(٢) غاية الآمال: ٣٥٢.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢ / ١٠١ كتاب الطلاق، الباب ٤٥ رقم: ١.

(٤) انظر: حاشية المحقق الإصفهاني ٧٥ / ٢ - ٧٦.

(٥) مستدرک الوسائل ١٥ / ٣٠٦، كتاب الطلاق، الباب ٢٥ رقم: ٣.

التحقيق هو التفصيل

والتحقيق أن لا نقول بالمنع مطلقاً ولا بالصحة كذلك بل التفصيل. وذلك: لأنّ في العقود دليلاً عاماً هو عبارة عن قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بناءً على إفادته صحة العقود مطلقاً، وأمّا في الإيقاعات فلا يوجد دليل عام، والآية المباركة لا تشملها، لأنّ «العقود» جمع «العقد»، وهو في الحقيقة التزام في التزام وعهد مربوط بعهد، والإيقاع ليس كذلك.

لكنّ الإيقاع، قد تكون الفضوليّة فيه في نفس المضمون، وقد تكون في حيثيّة اخرى غير مضمون الصيغة، ففي العتق: تارة يعتق المالك عبده، واخرى: يريد عتق عبده المرهون. وفي التدبير: له أن يقول لعبده أنت حرّ دبر وفاقي، أمّا لو قال هذا لعبد غيره توقّف على إجازة المالك، وفي الوصيّة في الزائد عن الثلث، يتوقف المضمون على إذن الوارث، وفي الطلاق، يطلق الحرّ زوجته بلا توقف على رضا أحد، لكنّ العبد إذا طلق زوجته توقف على إذن مولاه.

فأمّا الإيقاع من قبيل القسم الأوّل، فلا تجري الفضوليّة فيه، وأمّا الإيقاعات التي يكون عدم تحقّقها منوطاً بحيثيّة أخرى، كتعلّق حقّ يمنع من وقوعه، فالحق جريانها فيه، لأنّ كلّ مالك فله أن يعتق عبده، خرج منه ما إذا تعلّق حقّ الغير به، كأن يكون مرهوناً عند شخص، فإنه يتوقف صحّة عتقه على إجازة المرتهن، فإنّ لم يجز وقع التخصيص في العام - أعني: كلّ مالك فله أن يعتق عبده - وإنّ أجاز المرتهن وشككنا في التخصيص، كان المرجع هو العام.

والحاصل: إنه لا بدّ من التفصيل بين الإيقاعات المنوطة بصحتها برضا من بيده الأمر، والإيقاعات التي لا تقع، بسبب تعلّق حقّ الغير، فالفضوليّة جارية في القسم الثاني دون الأوّل.

هل يشمل البحث الرضا الباطني؟

البحث الثاني: هل يشمل الفضولي: ما إذا تحقّق رضا المالك بالتصرّف باطناً من دون إذن منه صريحاً أو فحوى، أو لا يشمل؟

قال الشيخ:

فالظاهر شموله... وإنّ كان يقوى في النفس - لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب - عدم توقّفه على الإجازة للأحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد.

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٥، كتاب العتق، الباب ٥ رقم: ٢.

دليل الشمول

أقول:

وقد استدلل للشمول: بأنَّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرف ومسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك. ثم أيد ذلك: باشتراط الفقهاء في لزوم العقد: كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، وفرعوا عليه ببيع الفضولي، وظاهر ذلك أنَّ الفضولي هو من لم يكن مالكاً أو مأذوناً من قبل المالك أو ولياً على المالك، سواء تحقق رضا المالك وطيب نفسه بالعقد أو لا، علم الفضولي بذلك أو لا. ثم أيد ذلك بحديث عروة البارقي، المروي في كتب العامة والمستدل به في كتب الخاصة لصحة الفضولي.

أدلة الشيخ على عدم الشمول

ثم إنَّ الشيخ اختار عدم الشمول، واستدل له بخمسة وجوه:

الأول: قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)^(١) فإنه عام لجميع العقود، خرج عنه بالتخصيص ما لم يُجزه المالك وما لم يرض به، ومع الشك في خروجه إن كان بالرّضا المقارن فالأصل عدم التخصيص، فيرجع إلى العام ويكون صحيحاً مؤثراً.

والثاني: قوله تعالى: (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)^(٢)، إذ النهي عن الأكل كناية عن الفساد، واستثناء التجارة عن تراض كناية عن صحة الأكل بالتجارة عن تراض، وبيع الفضولي المقرون برضا المالك من مصاديق المستثنى.

والثالث: رواية: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.^(٣) بتقريب: إنه بإطلاقه يدل على حلية ما يأخذه المشتري له من الفضولي، والحلية لا تنفك عن صحة العقد.

والرابع: ما دلّ من النصوص^(٤) على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه، ومن ذلك: ما أخرجه الشيخ عن الحسن بن زياد قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت رجلاً مملوكاً، فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم أعتقني الله بعد، فأجدد النكاح؟ قال فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً. قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك.

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٣) عوالي اللآلي ٢ / ١١٣ رقم: ٣٠٩.

(٤) وسائل الشيعة ٢١ / ١١٧، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

وما أخرجه الكليني عن معاوية بن وهب، قال: جاء رجل إلى أبي عبدالله، فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، وإني تزوجت امرأة حرّة بغير إذن مواليّ، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت؟ فقال له عليه السّلام: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ. قال فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم. اثبت على نكاحك الأوّل.

والخامس: رواية عروة البارقي^(١) حيث أقبض المبيع وقبض الدينار، لعلمه برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلّم، ولو كان فضوليّاً موقوفاً على الإجازة، لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض، وتقرير النبي له على ما فعل دليل على جوازه، والجواز لا ينفك عن الصّحة.

قال:

ثم لو سلّم كونه فضوليّاً، لكنّ ليس كلّ فضولي يتوقف لزومه على الإجازة، لأنه لا دليل على توقفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة.

قال: مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنفاً، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات.

واستشهد لذلك: بأنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات، يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي وعدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصّحة: إن الشرائط كلّها حاصلة إلّا رضا المالك...

وعلى الجملة، فهذا الفرض ليس من مصاديق الفضولي.

الكلام على الدليل الأوّل

وأشكل السيّد على الاستدلال بآية الوفاء، قال:

لأنّ المراد من قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ليس وجوب الوفاء على كلّ أحد بالنسبة إلى كلّ عقد صادر من كلّ أحد، بل هو نظير قوله تعالى (وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ) ونحوه خطاب بالنسبة إلى من صدر منه العقد، فيكون المعنى: أوفوا بعقودكم الصّادرة منكم، ومن المعلوم عدم صدور العقد من المالك ولو بالواسطة، فمثل عقد الوكيل والمأذون مشمول؛ لأنّه صادر عن الموكل والآذن بالواسطة، بخلاف ما نحن فيه.^(٢)

أقول:

(١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٤٥، كتاب التجارة، الباب ١٨ رقم ١.

(٢) حاشية المكاسب ٢ / ١٠١.

لم يذكر دليلاً على دعوى أن ليس المراد من الآية أن يفى كل أحد بعقد كل أحد.
ثم إن ما ذكر من اعتبار الصراحة في العقود التي هي أسباب لترتب الآثار من الملكية والزوجية وغير ذلك، متين، لأن السبب - بما هو سبب - لابد وأن يكون صريحاً واضحاً بجميع قيوده الدخيلة في السببية، أو تكون هناك قرائن تجعل الكلام بمنزلة الصراحة، فلا يؤثر الرضا الباطني بأن يكون ماله ملكاً للغير، بل لابد من ذكر السبب، وهو الإنشاء الخاص بيعاً أو هبةً - مثلاً - بكل وضوح.
وأما اعتبار الوضوح والصراحة في الشروط الخارجية الدخيلة في ترتب المقتضى على المقتضي، فلا دليل عليه.

والميرزا الاستاذ^(١) قد وافقه على أن المراد «أوفوا بعقودكم» قال: أما قوله عز من قائل: (أوفوا بالعقود) فلأن مقابلة الجمع بالجمع يقتضي التوزيع، أي: كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده.
كما في (وَأُوفُوا نُذُورَهُمْ) أي: كل يفى بنذره.
ووافقه أيضاً على ضرورة الصراحة.

ولكنه خالفه في التفصيل المزبور، وحكم بضرورة الصراحة وعدم كفاية الرضا الباطني، حتى في موارد مانعية تعلق حق الغير التي قال السيد بكفايته فيها، واستدل على ذلك بما حاصله: إن إجازة العقد يحتاج إلى التنفيذ والاستناد، وهو أمر إيقاعي، وكل إيقاعي يحتاج إلى دليل وأمرة عليه، ولا يتم الاستناد والتنفيذ بمجرد الرضا الباطني.
وفيه:

صحيح أن الجمع إذا أسند إلى الجمع يقتضي التوزيع، لكن فيما إذا كان الجمع المسند إليه مضافاً إلى الفاعل، ففي (وَأُوفُوا نُذُورَهُمْ) «النذور» مضاف إلى الضمير الراجع إلى فاعل «الوفاء»، وكذا في (فَأَتُوا بِكِتَابِكُمْ) ونحو ذلك. أما إذا لم يكن الجمع الثاني المسند إليه مضافاً إلى الفاعل، فلا يقتضي التوزيع أبداً، فليس معنى قولك: «أيتوني بالكتب» أن يأتي كل واحد بكتابه.

والآية تقول: (أوفوا بالعقود) وليس فيها إضافة، فلا دلالة فيها على ما ذكر في معناها.
وأما أن التنفيذ أمر إيقاعي، فصحيح، ولكن ما الدليل على اعتبار التنفيذ في العقود؟ إن الإجازة كاشفة عن الرضا، وهو الشرط المعتبر في ترتب الأثر، ومتى كان الرضا حاصلًا فالعقد صحيح.
ثم أقول:

(١) منية الطالب ١ / ٢١٠.

إن إسناد «أوفوا» بالعقد، هو بمناسبة أن حقيقة العقد العهد، وأنه يجب الوفاء به، ولما كان الوفاء بعهد الغير غير واجب، فالمراد أن على كل أحد أن يفي بعهده، فالقول بأن المعنى: «بعقودكم» هو الصحيح، لكنّ البرهان عليه ما ذكرناه لا ما ذكره الميرزا الاستاذ.

ثم إن الإضافة على نحوين، فقد تكون صدوريّةً، بأن يصدر شيء من الإنسان فيسند إليه، كأن تضاف «العقود» - سواء كان «العقد» مصدرًا أو اسم مصدر - إلى الفاعل، لكونها صادرةً منه، وقد لا تكون صدوريّةً، وإنما تحصل الإضافة ولو بأدنى ارتباط، كما في: غلام زيد، جلّ الفرس، وهكذا. وعليه، فلو قال لغيره لا على وجه التوكيل: أنا راض بأن تبيع داري، فباعها، أسند البيع وأضيف إلى المالك بلا إشكال، فيكون مصداقاً لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) كذلك، ولو لم يتلقَّ الرضا وكان حاصلًا في باطنه.

فالاستدلال بالآية المباركة لكفاية الرضا الباطني تام، والمناقشات مندفة.

ويشهد بما قلناه ما روي عن الحميري: أنه كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام: أن بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيها حصّة، واكرته ربما زرعوا تنازعوا في حدودها، وتؤذيهم عمال السلطان، وتتعرض في الكلّ من غلات ضيعته، وليس لها قيمة لخرابها، وإنما هي باثرة منذ عشرين سنة، وهو يتحرج من شرائها لأنه يقال: إن هذه الحصّة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديمًا للسلطان، فإن جاز شراؤها من السلطان، كان ذلك صونًا وصلاحًا له وعمارة لضيعة، وأنه يزرع هذه الحصّة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامرة، وينحسم عن طمع أولياء السلطان، وإن لم يجز ذلك عمل بما تأمره به إن شاء الله.

فأجاب: الضيعة لايجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضا منه.^(١)

الكلام على الدليل الثاني

واستدلّ الشّيخ ثانيًا بآية التجارة عن تراض.

وقد أشكل بأن المراد: إلا أن تكون تجارة منكم. بأن تكون صادرةً عن المالك، فلا يتم الاستدلال^(٢). وهو بظاهره دعوى بلا دليل. ولكن يمكن تقريبه: بأن التراضي تفاعل، وهيئة التفاعل موضوعة لصدور المبدء من الطرفين، وكلمة «عن» موضوعة للتجاوز، بأن يبيع البائع عن رضا ويشترى المشتري عن رضا. إذن، فالتجارة التي يترتب عليها الأثر هي الصادرة منكم عن الرضا.

(١) وسائل الشريعة ١٧ / ٣٣٧، كتاب التجارة أبواب عقد البيع الباب ١ رقم: ٨.

(٢) حاشية السيد ٢ / ١٠١، منية الطالب ١ / ٢١٠.

ويرد عليه:

أمّا نقضاً، فبعدم تمامية الاستدلال بالآية لو أجاز المالك البيع الفضولي بصراحة، لعدم كونه صادراً عن المالك، وكذا لو قيل له: أبيع دارك؟ فأخبر عن رضاه بذلك.

وأما حلاً، فإنّ استثناء التجارة عن تراض، من الأكل بالباطل، والمقابلة بينهما، ظاهر في دخل الرضا وشرطيته في صحة المعاملة وحلية الأكل، وكلمة «عن» الظاهرة في التجاوز، تفيد هنا ترتب الصحة والحلية على التجارة الواقعة عن الرضا، والمفروض تحقّق الرضا المقارن في بيع الفضولي. فالاستدلال تام. هذا أولاً.

وثانياً: إنّ الظاهر كون «التجارة» اسم مصدر، وهو صادق هنا يقيناً، بمناسبة اقترانه بالرّضا الباطني. وتحصّل: أن التجارة عن الرضا الباطني تجارة عن تراض، لا سيّما بالنظر إلى ما أفاده الشيخ سابقاً من أن قوله (عَنْ تَرَاضٍ) قيد وارد مورد الغالب، إذ الدلالة حينئذ أوضح. فإن قلت:

يعتبر في العقود أن تكون إنشائية في جميع جهاتها حتى الشرائط.
قلت:

لا دليل على ذلك، بل اللفظ كاشف عن الرضا الذي هو المناط وطريق إليه، فلا موضوعية له حتى يعتبر. [١].

الكلام على الدليل الثالث

واستدلّ الشيخ ثالثاً بحديث: لا يحلّ...

وقد أشكل فيه بوجوه:

أولاً: بأنّ هذه الحلية تكليفية، فهو أجنبي عن البحث.

[١] بقي الاشكال: بأن كلمة «منكم» - في الآية المباركة - كما يحتمل أن تكون قيداً لـ «التراض»، يمكن أن تكون

قيداً لـ «التجارة».

وأيضاً، فإنّ ظاهر قوله تعالى في صدر الآية (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ) هو إضافة الأموال إلى الأشخاص، فقوله: (إِلَّا

أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) أي: في تلك الأموال.

فتكون الآية - صدرأ وذبيلا - ظاهرة في الاستناد.

ولكنّ الاستناد لا يتحقّق بمجرد الرضا.

ومع التنزل عن ظهور الآية فيما ذكر، فلا أقل من الإجمال، فيسقط الاستدلال.
لكن العمدة في هذا الكلام عدم تحقق الاستناد بالرضا، وقد تقدّم في كلام السيد الجّد كفايته للاستناد، فالاستدلال تام.

ثانياً: إنّ الحديث مسوق لإفادة مجرد شرطية طيب النفس، كما في: «لا صلاة إلا بطهور»، ولا دلالة للحديث على الحلية - إن كانت وضعيّة - في كلّ مورد كان فيه طيب نفس، كما لا تدلّ الرواية على تحقق الصلاة في كلّ مورد من موارد الطهارة.

ثالثاً: لو سلّمنا الدلالة، كان مقيداً بما يدلّ على اعتبار الصدور.

والجواب:

أمّا الوجه الثالث، فقد ظهر ممّا تقدّم أنّ لا دليل على اعتبار الصدور.
وأمّا الوجه الثاني، فمتين، إذ هناك فرق بين: «لا صيام إلا صيام شهر رمضان»، و«لا صيام إلا بإدراك الفجر متطهراً»، فإنّ لفظة «الباء» تفيد الشرطيّة، والحديث كذلك، فطيب النفس شرط لما يوجب ارتفاع النقيض، أي: كون المال مضافاً للمسلم سبباً لعدم حلّيته لغيره، فإنّ كان هناك طيب نفس منه، ارتفع السبب وانقلب عدم الحلّية إلى الحلّية. فطيب النفس شرط للحلّية، وحينئذ يعمّ الحديث بإطلاقه ما نحن فيه، والحلّية ملازمة للصحة.

الكلام على الدليل الرابع

واستدلّ الشيخ رابعاً بما دلّ على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه، وتقريب الاستدلال هو:

إنه إنّ كان سكوت المولى بعد العقد دالاً على الرضا والإقرار، فهو في صورة التقدّم أو المقارنة دالّ بالأولويّة.

وأشكل عليه:^(١)

بأنّ سكوت المولى أمانة على الرضا، فلا يكون دليلاً على مدّعى الشيخ وهو كفاية الرضا. وهذا عجيب جدّاً، فإنّ الشيخ في مقام الاستدلال على كفاية الرضا باطناً وعدم لزوم إنشائه. نعم، لا بدّ من العلم به أو قيام الأمانة عليه.

بل الوارد على الشيخ هو: إنّ الفضوليّة هنا من ناحية حق المولى، فإذا سكت كان سكوته إقراراً منه، فالاستدلال بنصوص المسألة لكفاية الرضا في مطلق الفضولي غير تام.

(١) منية الطالب ١ / ٢١١.

الكلام على الدليل الخامس

واستدلَّ الشيخ خامساً برواية عروة البارقي.

وهذا عجيب منه، لأنَّ الإقباض والقبض خارجان عن المعاملة، والرِّضَا بأصل المعاملة غير كاشف عن الرِّضَا بذلك. على أنه يحتمل أن يكون عروة وكليلاً مفوضاً من قبل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ. فالاستدلال في غير محلِّه [١].

[١] هذا هو الجواب الصحيح، وأمَّا قول المحقق الخوئي في الاشكال على هذا الاستدلال بأن: إقباض عروة المبيع وقبضه الثمن مع تقرير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ ذلك، لا يدلُّ إلا على رضاه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بهما فقط لا على رضاه بأصل البيع أيضاً، ضرورة أنه لا ملازمة بين جواز القبض والإقباض وبين صحَّة البيع، إذ قد يكون البيع أقول:

ثم إنَّ الشيخ يريد نسبة القول بكفاية الرِّضَا الباطني إلى الفقهاء، فاستشهد ببعض كلماتهم. وهذا أيضاً في غير محلِّه، فالرِّضَا معتبر عندهم، ولكن لا تدلُّ كلماتهم على كفاية مطلق الرِّضَا حتى الرِّضَا الباطني.

وأما قوله: مع أنه يمكن الاكتفاء...

فعجيب جداً، إذ لم يكن الكلام في تقدُّم الرضا وتأخُّره، وإنما هو في اعتبار إنشاء الرِّضَا أو كفاية الباطني منه بلا إنشاء.

وأما قوله: ثم لو سلَّم فضولياً...

فمتين.

وكذا قوله:

صحيحاً ولا يجوز القبض والإقباض، كبيع الوكيل الذي هو وكيل في أصل المعاملة فقط، وقد يجوز القبض والإقباض مع فساد المعاملة، كما كان أحد مأذوناً فيهما من قبل المالك لا في أصل المعاملة. إذن، فرضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بالقبض والإقباض لا يدلُّ على صحَّة ما أنشأه عروة من البيع.^(١)

(١) مصباح الفقاهة ٢ / ٦١٣.

فضعيف، لأنَّ الرِّضا بالقبض والإقباض كان بعد البيع، فقد تعلَّق بالمعاملة وما ترتَّب عليها، وهذا ظاهر من

الرِّواية جدًّا.

ثم إنه لو أُشكل في عقود غير المالك، فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له، لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، وعدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

إلَّا أنه لا وجه لتخصيص المطلب بالعبد، بل في كلِّ مورد تكون الممنوعيّة لتعلُّق حق الغير، كبيع العين المرهونة مثلاً، يكون الرِّضا الباطني من الغير كافياً، كالمرتهن في المثال. ويقع الكلام في أقسام بيع الفضولي.

صفحه سفید

أقسام

بيع الفضولي

الأوّل

أن يبيع مع عدم سبق منع المالك

صفحه سفید

قال الشيخ:

ثم اعلم أن الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه، وعلى الأول: فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع. فهنا مسائل ثلاث.

المسألة الأولى

أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي. والمشهور الصحة... أقول:

قد استدلل للصحة أولاً بالقاعدة المستفادة من العمومات والإطلاقات، ثم بالنصوص الخاصة. ولكن المهم هو القاعدة، لأن النصوص في موارد مخصوصة، ويشكل التعدي عنها إلى غيرها، والبحث لا يختص بعقد دون عقد، ولذا قدم الشيخ الكلام على القاعدة.

قال:

لعموم أدلة البيع والعقود، لأن خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه... فلم يبق الكلام إلا في اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه، ومرجع ذلك كله إلى عموم «حل البيع» و«وجوب الوفاء بالعقد»...

وجه الاستدلال بالعمومات والإطلاقات

أما وجه الاستدلال بأية الوفاء فهو: إن مفهوم «العقد» هو العهد المرتبط بعهد آخر، وليس لشيء من إذن المالك أو الصدور منه أو الوكالة عنه، دخل فيه، فالآية المباركة مطلقة من تلك الجهات، وقد أمر بالوفاء بعموم العقود، والأمر بالوفاء يدل على الصحة.

وأما وجه الاستدلال بأية الحل فهو: إن الموضوع فيها هو «البيع» بما هو بيع، من غير تقييد بكونه صادراً عن المالك أو عن وكيله أو بإذن منه، وغير ذلك.

نعم، قد وقع تخصيص الآيتين - بالأدلة الأربعة - برضا المالك، فما كان من العقود - بيعاً أو غيره - في ملك الغير من دون رضاه سابقاً أو لاحقاً، فهو باطل ولا يحل التصرف فيه، وأما في الزائد عن ذلك فيؤخذ بالعمومات، لما تقرّر من أن كلّ مخصّص منفصل إذا دار أمره بين الأقل والأكثر، يؤخذ منه بالأقل ويتمسك في الأكثر بالعام، فالصورة المذكورة خارجة من تحته يقيناً، وغيرها فباق تحته، ومن ذلك ما إذا لحقت إجازة المالك بيع الفضول.

فهذا مقتضى القاعدة في المسألة.

قال الشيخ:

وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنه عقد صدر عن أهله وقع في محله.

يعني: إنّ العاقد الفضولي واجد لجميع الشرائط المعتبرة في العاقد من البلوغ والعقل وغيرهما، فهو أهلاً لأن يصدر منه البيع، والمبيع قابل للبيع وليس فيه شيء من الموانع من كونه وقفاً مثلاً، فهو صالحٌ شرعاً لأن يقع عليه البيع.

الإشكال على الاستدلال

وقد أشكل عليه بأربعة وجوه:

الأول:

إنّ الدليل الدالّ على شرطية الرضا يقتضي كونه سابقاً على البيع أو مقارناً له، لأنّ الشرط ما يكون دخلياً في الأثر، أي يتوقف حصوله على وجوده، فما لم يوجد لا يتحقّق الأثر. فالإجازة المتأخرة غير مؤثرة، ولا تصل النوبة إلى فرض الدوران بين الأقل والأكثر والتمسك بالعام.

فإن قيل:

إنّ إجازة المالك بعد العقد تكشف عن أنّه لو أطلع عليه حين العقد لأجاز، والرضا التقديري كاف.

قلت:

أولاً: ليس الأمر كذلك في كلّ مورد، فقد يكون كارهاً لذلك بشدّة، ثم يتبدّل رأيه ويرضى.

وثانياً: لا دليل على كفاية الرضا التقديري.

والثاني:

سَلّمنا عدم دلالة الدليل على لزوم المقارنة، لكنّ نقول: إن لم يكن عندنا إلّا مخصّص واحد، كان مخصّصاً مضمونه للعام، وإن كان متعدداً وبعبارات مختلفة، لزم جعل المضمون الجامع بين الكلّ

مخصّصاً، فلو كان بعضها مشتملاً على حدّ المخصّص ودالاً على تعيّنه، فلم يكن بالنظر إليه دائراً بين الأقل والأكثر، وجب الأخذ بذلك اللفظ ورفع اليد عن العام بحسبه.

وبناءً على هذه القاعدة، فإنّ من بين ما يكون مخصّصاً لآية الوفاء وآية الحلّ: قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) الظاهر في اعتبار صدور التجارة عن التراضي وانبعائه عنه، وهذا لا يعقل إلاّ مع تقدّم الرضا، وإذا خصّصت الآيتان بآية التجارة، فما عدا التجارة المتقدّم فيها الرضا لا يجب الوفاء به وليس بحلال.

الثالث:

إنّ «البيع» في (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ظاهر في بيع الشخص، أي: بيعكم، فلو حلّ بيع كلّ أحد لكلّ أحد اختلّ النظام الاجتماعي في العالم ووقع الهرج والمرج، وظاهر «العقد» في (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) هو عقد الشخص نفسه، أي: بعقودكم، إذ لا معنى لأنّ يجب الوفاء على كلّ أحد بعقد غيره، وكذا «التجارة» في (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) أي: تجارتكم. وظاهر هذه الإضافات هي الإضافة الصدوريّة، والإجازة اللاحقة من المالك لمعاملة الفضولي لا توجب تحقّق هذه الإضافة وصدق صدور المعاملة منه، فهو بيع لم يصدر من المالك، وبإجازة المالك لا يكون صادراً عن المالك، لأنّ الشيء لا ينقلب عمّا وقع عليه.

فالبيع الصادر من الفضولي الملحق بالإجازة، لا يكون مشمولاً للآيات الثلاث، فلا يترتب عليه مداليلها.

الرابع:

إذا ورد عام أزماني ثم جاء المخصّص بخروج فرد من الموضوع في بعض الأزمنة، جاز التمسك به في غيره. فلو قال: أكرم العلماء في كلّ يوم، ثم قال: لا تكرم هذا العالم في يوم الجمعة، جاز التمسك بالعام لإكرام العالم في يوم السبت.

أمّا لو قال: أكرم العلماء، ثم قال: لا تكرم هذا العالم في يوم الجمعة، ثم شك في إكرامه يوم السبت، لم يجز التمسك بالعام وإنما يستصح عدم جواز الإكرام.

هذه هي القاعدة المقررة في الأصول.

وما نحن فيه من قبيل الثاني، فأية الوفاء دلّت على وجوب الوفاء بكلّ عقد، وقد قام الإجماع على عدم وجوب الوفاء بعقد الفضولي إذا لم يجز المالك، فلو أجاز بعد العقد وشك في وجوب الوفاء به، استصح عدم الوفاء، ولم يجز التمسك بالعام.

التحقيق في المقام

أقول:

والتحقيق عدم ورود شئ مما ذكر.

وهنا مقدمات:

الاولى: إنه ليس بين الفاعل وما يقع عليه الفعل إلاّ الفعل، فإنّ نسب المبدء إلى الفاعل سمّي بالمصدر كالإيجاد، وإنّ نسب إلى ما وقع عليه سمّي باسم المصدر كالوجود، فالمصدر واسم المصدر واحد في الحقيقة والتعدّد اعتباري، وكذا التملك والملكيّة، فإنّ المبدء إذا نسب إلى المالك يقال: التملك، وإنّ نسب إلى الشيء المملّك يقال: المملّك، والملكيّة، ومن هذا القبيل الإنشاء والمنشأ، والتأثير والأثر، وغير ذلك.

الثانية: إن الموجودات على أقسام، فمنها: الجوهر، وهو ما لا يحتاج في تحقّقه إلى موضوع، ومنها: العرض، وهو ما يحتاج في تحقّقه إلى موضوع، ومنها: الوجود الذهني، وهو على قسمين، أحدهما: الوجود تصوّري، والآخر: الوجود الاعتباري، وهو ما يختاره الذهن ويبدعه.

والملكيّة ليست من الجواهر والأعراض، إذ ليس في الخارج غير الشخص ومتاعه، بل هي أمر اعتباري كالزوجة ونحوها.

والمعتبر للملكيّة تارة: هو الشخص، واخرى: العقلاء، وثالثة: هو الشارع، وربما يتحقق الاعتبار من الشخص في مورد ولا يعتبر العقلاء والشارع، كبيع الطير في الهواء، وربما يعتبر الشخص والعقلاء، والشارع لا يعتبر كالبيع الغرري، وربما يعتبر الكلّ، كبيع زيد داره وغير ذلك من البيوع.

الثالثة: إن الأمر الاعتباري يتقوم دائماً بالمعتبر، والقول بأنّ العقد سبب وآلة، مجاز، وإلاّ فليس للفظ بعت واشترت دخل في تحقق الملكيّة، لأنّ اللفظ أمر خارجي، والملكيّة أمر اعتباري نفساني، ولا يعقل أن يكون الأمر الاعتباري مسبباً للأمر الخارجي. نعم، اللفظ مبرز للاعتبار، وبهذه المناسبة يعبر عنه بالآلة والسبب مجازاً.

فالرضا بالبيع شرط للاعتبار وجزء للموضوع الشرعي.

الرابعة: كلّ عقد صادر من الوكيل، فإنّ صدوره ينسب إلى العاقد الوكيل لأنه الفاعل له، ولا ينسب إلى الموكل المالك، إلاّ كنسبة الحدث إلى اسم المصدر.

وقد تحصّل مما ذكرنا:

إنه لا يعقل أن يكون الاعتبار في وقت، والمعتبر في وقت آخر، لأنهما واحد حقيقةً.

وإنه في كلّ مورد لم يتطابق اعتبار الشارع مع اعتبار العقلاء - كما في البيع الغرري - فالملكيّة العقلانيّة متحقّقة، لأنّ الاعتبار العقلاني موجود.

وعلى هذا:

فما جاء في أوّل الإشكالات من أنّ الرضا شرط للملكية - متقدماً أو مقارناً - صحيح، لكنّ الجواب هو أنه شرطٌ للملكية الشرعية، وهو متقدّم عليها، فالإشكال مندفع.

وبه يظهر الجواب عن الإشكال الثاني.

وأما الثالث ففيه:

إنّ غاية ما ذكر اشتراط استناد البيع أو العقد أو التجارة إلى المالك، وإلا فلا حلية ولا يجب الوفاء، ومن الواضح أن الإجازة تفيد الاستناد، ويترتب أثر الحلية وغيرها. وأما اعتبار الصدور - صدور البيع أو العقد أو التجارة - منه، فلا دلالة عليه في الآيات. وأيضاً: لو اعتبر ذلك، يلزم بطلان ما وقع وكالة أو إذناً عن المالك.

وأما الرابع:

فإنّ صاحب الكفاية قسّم المسألة إلى أربعة أقسام، ففي قسمين أجاز التمسك بالعام، وذهب في الثالث إلى استصحاب حكم المخصّص، وأما في الرابع، فلا التمسك بالعام ولا استصحاب حكم الخاص. ففي مثل (نساؤكم حرّت لكم فأنتوا حرّتكم أنّي شئتكم) و (فاعتزلوا النساء في الـمحيض) يتمسك بالعام بعد زمان الحيض.

وكذا في ما لو قال: أكرم العلماء في كلّ يوم، ثم قام الإجماع على حرمة إكرام زيد العالم في يوم خاص، فإنّه يتمسك بالعام في غيره.

ولو لم يكن العام مقيّداً بزمان، لكنّ الخاص مقيّد، فلا يتمسك بالعام في غير زمان التقييد، ولا يستصحب حكم الخاص.

وأما لو لم يكن أحدهما مقيّداً بزمان، فإنه يستصحب حكم الخاص في غير اليوم الذي قام الدليل على عدم إكرامه فيه.

وقد جعل ما نحن فيه من هذا القبيل.

فنقول:

لو قال أكرم العلماء الذين في المدرسة، ثم قام الدليل في يوم الجمعة على عدم إكرام زيد، وكان السبب في عدم إكرامه عدم كونه في المدرسة، فإنه يتمسك بالعام لإكرامه في يوم السبت، لأن عدم إكرامه يوم الجمعة لم يكن من باب التخصيص، وإنما كان للخروج الموضوعي. وما نحن فيه من هذا القبيل.

وذلك، لأنّ عدم وجوب الوفاء بعقد الفضولي ما لم يأت الإجازة من المالك، إنما هو لعدم كون العقد مرتبطاً به، فعدم وجوب الوفاء به ليس للتخصيص بل لعدم الموضوع، لأنّ الموضوع في الآية «عقودكم».

وكذا آية الحلّ، فإن الموضوع «بيعكم» وبيع الفضولي ما لم يجر المالك ليس كذلك، فليس حلالاً لعدم الموضوع لا للتخصيص.

فظهر مما ذكرنا:

سقوط جميع الإشكالات، وأن الاستدلال بالقاعدة تام.[١].

[١] إن ما ذكره السيّد الجدّ هنا ناظر إلى ما أفاده شيخه الميرزا - ولم يصرّح باسمه تأدّباً - فإنّه قد أشكل بوجوه على استدلال الشيخ بالعمومات، لكثته قَرَب الاستدلال بها بطريقة اخرى، ثم استدل للمدعى بالسيرة العقلائية أيضاً على مسلكه، فلاحاجة بعد ذلك إلى الاستدلال بالتّصوص الخاصّة، كخبر عروة البارقي وغيره، وهذا نصّ كلامه بتمامه: وأما الثاني: أعني تقريب مطابقة صحة الفضولي مع القواعد محاذياً مع ماهو المختار من اعتبار الاستناد والرضا، فبيانّه يتوقف على مقدّمة، وهي إنه لا إشكال أن باب العقود والإيقاعات إنما هو باب الإيجاد والإنشاء، لكن الإيجادات تنقسم على قسمين: فمنها ما يتعلق بالامور الخارجية التي موطن وجودها وعالم تحققها هو الخارج، ومنها ما يتعلق بالامور الاعتبارية التي لاوعاء لوجودها إلاعالم الاعتبار. وبين القسمين فرق، إذ في الخارجيات يترتب وجودها على إيجادها بلا مهلة ولا يعقل التفكيك بينهما، فإذا تحقق الكسر يتحقق الانكسار أو تحقق التسخين يتحقق التسخين.

...

وأما في الاعتباريات، ففيها مرحلتان: مرحلة وجود المنشأ في موطن الإنشاء، وهذه المرحلة كالخارجيات لا ينفك المنشأ فيها بوجوده الإنشائي عن الإنشاء، ومرحلة تحقق المنشأ في عالم الاعتبار، وهذه المرحلة يمكن انفكاكها عن الإنشاء، وذلك فيما إذا توقف تحققه على أمر آخر من اعتباره ممن بيده الاعتبار، إذ ليس كلّ منشئ ممن بيده الاعتبار، وعلى هذا، ففي مثل ملكتك السماء أيضاً يتحقّق المعنى الإنشائي بالإنشاء، لكنه لا تحقّق له في عالم الاعتبار.

...

أن ينقلب عمّا وقع عليه، ففي مثله يستحيل تأثير الإجازة المتأخّرة، فلا يتمشى فيه الفضولي بوجه من الوجوه. وأما الاعتباريات، فما لا يقبل منها النيابة أيضاً لا يقبل الفضولي، والقابل منها للنيابة، فبالنسبة إلى المعنى المصدرى، لا تؤثر الإجازة المتأخّرة في استناد إلى المجهز كما في المعنى المصدرى من الخارجيات، وبالنسبة إلى المعنى الاسم المصدرى، تكون هي قابلة للإجازة بخلاف الخارجيات، وذلك لإمكان تخلف وقوعه عن وقوع المعنى المصدرى، لأجل توقفه على أمر مترقب من اعتبار ممن بيده الاعتبار أو إجازة أو نحو ذلك، وعلى هذا، فيصير المعنى الاسم المصدرى الواقف لولا الإجازة متنفذاً بالإجازة وتكون الإجازة منفذاً له.

ومنه يظهر، أن الإجازة لابد من أن تقع على عقد متحقق بحيث تؤثر في نفوذه وترتيب الأثر عليه، لا أن تكون هي بنفسها مما يترتب عليه الأثر، كان في البين عقد أم لا، ويترتب على ذلك أنه يعتبر في مورد تأثير الإجازة أمران: أحدهما: أن يكون ترتب الأثر على متعلق الإجازة متوقفاً على الإجازة، بحيث لولاها لما ترتب عليه الأثر، فلو كان هو بنفسه مما يترتب عليه الأثر، كانت في البين إجازة أم لا، لكان خارجاً عن مورد الفضولي، وذلك كأداء الدين والزكوات والأخماس من المتبرع، حيث أن نفس تأديتها يوجب تخلية ذمة المديون منها، بلا توقف منها على إجازة المديون، فلا يقع فيه الفضولي ولا يصير بالإجازة مستنداً إلى المجيز.

ثانيهما: أن تكون الإجازة تنفيذاً لفعل الفضولي ولم تكن مما يترتب عليه بنفسه الأثر

...

ولو لم يكن فعل فضولي في البين، ولو كان كذلك لكان خارجاً عن باب الفضولي، وذلك كما في مثل الرجوع وجميع العقود الإذنية التي يكفي فيها الإذن، حيث أن الإجازة فيها رجوع أو إذن.

إذا تبين ذلك، فنقول: إذا كان مصب الإجازة هو المعنى الاسم المصدري لا المعنى المصدري لعدم قابليته لأن يلحقه الإجازة، يكون مرجع الشك في صحة الفضولي إلى الشك في اعتبار صدور المعنى المصدري عمّن يعتبر إجازته، فإنه لو كان صدور المعنى المصدري منه معتبراً في صحة العقد لم يكن الفضولي صحيحاً، ولو لم يكن معتبراً، لما كان مانعاً عن صحة الفضولي.

وحيث رجع الشك إلى اعتبار صدور المعنى المصدري عمّن له الإجازة، زائداً عن اعتبار استناد المعنى الاسم المصدري إليه يدفع اعتباره بالاطلاقات، حيث أنه بعد الإجازة يستند العقد أو التجارة وكل ما كان من نظائر ذلك موضوعاً لحكم في عام من العمومات مثل (أحلّ الله التبيح) ونحوه إلى المجيز، وبعد استناده إليه وكون الشك في الصحة ناشياً عن الشك في اعتباره، حيث صدور المعنى المصدري عن المجيز يدفع اعتباره ببركة الاطلاقات والعمومات، ولا يلزم حينئذ المحذور الذي أوردناه على مسلك المصنف قدس سرّه، من أنه مع عدم الاستناد لا دلالة في العمومات، وظهر الفرق بين المسلكين، وتبين فساد التمسك بالعمومات على المسلك الأول دون المسلك المختار بما لا مزيد عليه. هذا إذا انتهت النوبة إلى الشك في اعتبار استناد الإنشاء إلى من له الإجازة زائداً عن اعتبار استناد المنشأ إليه. ويمكن دفع الشك في

ويقع البحث بعد ذلك في الأدلة الخاصة:

الاستدلال بقضية عروة البارقي

قال الشيخ:

وقد اشتهر الاستدلال عليه بقصة عروة البارقي... فإن بيعه وقع فضولاً وإن وجهنا شراءه على وجه يخرج عن

الفضولي. هذا، ولكن لا يخفى أن الاستدلال بها يتوقف...

أقول:

هذه القصة غير واردة من طرفنا، لكن الاستدلال بها في كتبنا مشهور.

تقول الرواية: إن النبي صلى الله عليه وآله دفع إلى عروة ديناراً وقال له: اشتر لنا به شاةً للأضحية،

فاشترى بالدينار شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبي بالشاة والدينار، فقال له رسول الله

صلى الله عليه وآله: «بارك الله لك في صفقة يمينك»^(١).

اعتباره بالتمسك ببناء العقلاء، بأن يقال: إن المعتبر عندهم في أبواب المعاملات هو استناد المعنى المنشأ، والاسم

المصدري إلى من بيده الإجازة، ولا يعتبرون استناد المعنى المصدري إليه.^(٢)

والذي فعله عروة أمران: شراء الشاتين، وبيع أحدهما. وكلاهما وقع فضولاً. أما البيع فواضح، وأما

الشراء، فلأن النبي أمره بشراء شاة واحدة. ولكن المهم تقريره صلى الله عليه وآله لما فعل.

يقول الشيخ: بإمكان إخراج الشراء عن الفضولي، بدعوى إحرازه رضا النبي الأكرم. وأما البيع، بأن

أقبض احدي الشاتين وقبض الثمن، فقد ذكر فيه أربعة احتمالات:

١ - أن يكون فعله حراماً، لأنه تصرف في مال الغير قبل إجازة النبي.

ولكنه مناف لتقريره صلى الله عليه وآله. فالإحتمال مردود.

٢ - أن يكون فعله جائزاً في نفس الأمر، لأن الإجازة المتأخرة تكشف بالكشف الحقيقي عن صحة

بيعه.

قال الشيخ: وسيجيئ ضعفه.

فهذا الإحتمال أيضاً مردود.

٣ - أن لا يكون فعله فضولياً، لكونه مقروناً برضا النبي صلى الله عليه وآله، وكلّ معاملة اقترنت

برضا المالك فهي ليست فضولية.

(١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٤٥، کتاب التجارة، الباب ١٨ رقم: ١.

(٢) المكاسب والبيع ٢ / ٩ - ١٢.

٤ - أن يكون فعله فضولياً، لكنّه كان يعلم برضا النبي بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً، حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة. وهذا الإحتمال بعيد جداً، إذ لا شاهد له في القصة أصلاً. ويبقى الإحتمال الثالث. وعليه يسقط الاستدلال بالخبر، قال الشيخ: خصوصاً ملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة، وقد تقدّم أن المناط فيها مجرد المرآة ووصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره... أقول:

قد أشرنا إلى أن الحديث عامي.

قال ابن رشد: روي أن النبي صلى الله عليه وآله دفع إلى عروة البارقي [١] ديناراً وقال: اشتر لنا من هذا الجلب شاة. قال: فاشترت شاتين بدينار وبعثت إحدى الشاتين بدينار. وجئت بالشاة والدينار وقلت: يا رسول الله، هذه شاتكم وديناركم. فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه^(١).

[١] هو في جميع المصادر العامية الراوية للخبر: «عروة». فما في بعض كتبنا نقلاً عنهم من أنه «عرفة» سهو. ثم إن قوله رحمه الله «الحديث عامي» إشارة إلى ضعفه سنداً، فالرجل لاوثيق له وإن كان من الصحابة. هذا، وقال ابن حجر العسقلاني في فتح الباري في شرح صحيح البخاري. قوله: عن عروة. هو ابن الجعد، أو ابن أبي الجعد، وقد تقدّم بيان الصواب من ذلك في ذكر الخيل من كتاب الجهاد.

قوله: أعطاه ديناراً يشتري له بهاشاة. في رواية أبي لبيد عند أحمد وغيره عن عروة بن أبي الجعد قال: عرض للنبي صلى الله عليه وآله جلب، فأعطاني ديناراً...

قوله: فباع إحداهما بدينار. أي: وبقي معه دينار. وفي رواية أبي لبيد: فلقيني رجل فساومني...

وهو في مسند أحمد بن حنبل: ... عن عروة بن أبي الجعد البارقي.

قال: عرض لرسول الله صلى الله عليه وآله جلب، فأعطاني ديناراً وقال: أي عروة، إئت الجلب، فاشترنا شاة، فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت منه شاتين بدينار. فجئت أسوقهما - أو قال: أقدودهما - فلقيني رجل فساومني فبعته شاة، فجئت بالدينار وجئت بالشاة فقلت: يا رسول الله، هذا

(١) بداية المجتهد ١٣٨٢ - ١٣٩٠.

ديناركم وهذه شاتكم. قال: و صنعت كيف؟ قال: فحدّثت الحديث. فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه...^(١)

وفي كتاب البخاري عن شبيب بن غرقدة قال: سمعت الحيّ يحدثون عن عروة أنّ النبي صلّى الله عليه وآله أعطاه ديناراً يشتري له به شاةً، فاشترى

قوله: فدعا له بالبركة في بيعه. في رواية أبي لبيد عن عروة فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه. وفيه: أنه أمضى له ذلك وارتضاه.

واستدلّ به على جواز بيع الفضولي، وتوقّف الشافعي فيه، فتارةً قال: لا يصح، لأنّ هذا الحديث غير ثابت. وهذه رواية المزني عنه. وتارةً قال: إنّ صحّ الحديث قلت به. وهذه رواية البويطي.

وقد أجاب من لم يأخذها بأنها واقعة عين، فيحتمل أن يكون عروة كان وكبلاً في البيع والشراء معاً. وهذا بحث قويّ يقف به الاستدلال بهذا الحديث على تصرف الفضولي. والله أعلم.^(٢)

له به شاتين، فباع احدهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه. وكان لو اشترى التراب لربح فيه.^(٣)

والكلام أولاً في شرائه، وهنا احتمالات:

أحدها: أن يكون النبي صلّى الله عليه وآله قد أمر عروة بشراء شاة واحدة، كما هو ظاهر اللفظ، من دون تقييد بكون شرائه بالدينار، إذ ليس في رواية أحمد كلمة «به».

وبناءً على هذا الاحتمال يكون شراؤه الشاتين كليهما فضولياً.

والثاني: أن تكون الشاة في ذلك الزمان بقيمة دينار، فأعطاه رسول الله ديناراً لأن يشتري له به شاةً. فشراؤه للشاتين فضولي كذلك.

والثالث: أن يكون قد أمره بشراء طبيعيّ الشاة من غير تقييد بالوحدة، فشراؤه الشاتين حينئذ لا يكون فضولياً.

والرابع: أن يكون قد أمره بشراء شاة واحدة بالدينار، لكنّه فهم من هذا الكلام جواز شراء الشاتين، من جهة أن رضاه بالشاة الواحدة بالدينار يستلزم رضاه بالشاتين بالدينار الواحد.

فشراؤه على الأولين فضولي، وعلى الأخيرين خارج عن الفضولي.

(١) مسند أحمد ٣٧٦/٤.

(٢) فتح الباري في شرح صحيح البخاري ٦ / ٤٩٥.

(٣) صحيح البخاري ١٨٧/٤.

ثمّ الكلام في القبض والإقباض:

ولا يخفى أن حرمة القبض والإقباض في معاملة الفضولي قبل الإجازة تكليفية وليست بوضعية، فلو أحرز الفضولي رضا المالك باطناً بالقبض والإقباض ارتفعت الحرمة، ولكن لا تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية.

وأما قبض الثمن من المشتري، فقد ذكرنا في بحثنا أن القضايا على نحوين: القضايا الحقيقية، والدواعي فيها هي العناوين الكلية، وهي تابعة لمصاديقها، فلو تخلف المصدق لم يتحقق الموضوع. والقضايا الخارجية، وليس الدواعي فيها هي العناوين، وتخلف المصدق لا يضرّ بتحقيق الموضوع. وقبض الثمن من قبيل الثاني كما هو واضح؛ وقد دفع المشتري الثمن إلى عروة باعتقاده أنه البائع حقيقة، وتخلف الداعي لإعطاء الثمن - من جهة أن عروة كان فضولياً - لا ينافي رضا المشتري بدفع الثمن وتحقق المعاملة بينهما. إلا أن هذا لا يخرج المعاملة عن الفضولية.

فظهر أن إقباض عروة لما كان عن علم منه برضا النبي صلى الله عليه وآله كان جائزاً، وكذا قبض الثمن من المشتري، لأن المفروض رضاه بالمعاملة، لكن المعاملة - مع ذلك كله - فضولية. وأما استظهار وقوع المعاملة على جهة المعاطاة، فلا منشأ له إلا قول النبي صلى الله عليه وآله: «بارك الله لك في صفقة يمينك»، ولكن الاستشهاد بهذه الجملة على المدعى غريب جداً، لأن هذا دعاء يقال لمطلق المعاملة وإن كانت بالصيغة [١].

[١] وقد سبقه السيد إذ قال في حاشيته: لم أفهم وجه هذه الدعوى، ولم أدر من أين هذا الظهور. (١) وتعقبه

المحقق الإصفهاني بقوله: قلت: الظاهر استظهاره رحمه الله

وتلخص:

إن هذه القصة - بعد تسليم سندها - مما يصح الاستدلال به على صحة معاملة الفضولي كما عليه الأصحاب.

الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس

قال الشيخ:

واستدل له أيضاً - تبعاً للشهيد في الدروس - بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام... وجميع ما

ذكر فيها من الموهنات موهونة إلا...

(١) حاشية السيد ٢ / ١١٠.

أقول:

من قوله: صلى الله عليه وآله: بارك الله في صفقة يمينك. لشيوع إطلاق صفقة اليمين وصفقة اليد على البيع والبيعة، لحصولهما في المتعارف بضرب إحدى اليدين على الأخرى. وفي الدعاء: أعود بك من صفقة خاسرة، أي: بيعة خاسرة. وقوله: من نكث صفقة الإمام. أي بيعته. ونهى رسول الله عن الاستحطاط بعد الصفقة، أي بعد البيع. وفي الخبر: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب البيع.^(١)

أقول: الحق ما ذكر السيد الجدي، فإن هذا الدعاء كان يقال في كل بيع، ولا دلالة فيه على وقوع البيع في جميع تلك الموارد بالمعاطاة. ويشهد بذلك ورود الدعاء بلفظ «قبضة يمينه» فليس وضع اليد على اليد. والأمر في البيعة كذلك، فقد كانوا يتلفظون بصيغة البيعة ويضعون اليد في اليد، فراجع.

الصحيحة - كما رواها المشايخ - هي عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني.

فقال: خذ وليدتك وابنها.

فناشده المشتري.

فقال: خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك.

فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني.

فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني.

فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه.^(٢)

وقد أشكل على الاستدلال بها بوجوه، قال الشيخ: جميعها موهونة.

قال: إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد، من جهة ظهور المخاصمة في ذلك.

إذن، فهذه الرواية قضية في واقعة ولا يتم الاستدلال بها لسائر الموارد.

نقد الإشكال في الاستدلال

أقول:

(١) حاشية الإصفهاني ٢ / ٨٥ .

(٢) وسائل الشريعة ٢١ / ٢٠٣ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد، الباب ٨٨ رقم: ١.

ظاهر الفقهاء عدم تأثير الإجازة بعد الردّ، لأنه بالردّ ينتفي الموضوع، إلّا أنّ للبحث في ذلك مجالاً، كما سيأتي إن شاء الله.

والكلام فعلاً في الصغرى، بناءً على ما ذهبوا إليه، فهل الصّحيحة ظاهرة في الإجازة المسبوقّة بالردّ من جهة المخاصمة في ذلك؟

الجواب: إنّ المخاصمة ظاهرة في عدم الإجازة، وعدم الإجازة ليس بردّ، لوجود الواسطة بين الرضا والكراهة.

سَلّمنا دلالة عدم الرضا على الكراهة، لكنّ الكراهة الباطنيّة ليست ردّاً وفسخاً، لأنّ الفسخ أمر إنشائي إمّا بالقول وإمّا بالعمل.

على أنه يحتمل أن تكون مخاصمته لاسترجاع الثمن الذي أكله الولد، فلا دلالة فيها على الردّ والفسخ.

وتلخّص: سقوط استظهار كون الإجازة بعد الردّ من المخاصمة. واستظهر ذلك أيضاً: من قول الإمام عليه السّلام: «الحكم أن تأخذ الوليدة» الظاهر في علمه بفسخ المالك بردّ البيع، وإلّا لقال: خذ الوليدة إن لم ترد البيع.

وفيه: كان المالك يتوهّم عدم جواز أخذ الوليدة، والأمر مع توهم الحظر يدلّ على الجواز، كما تقرّر في الأصول، إذ للمالك ما لم يجز البيع أن يأخذ ملكه، إمّا يجيز أو لا، فلا يدلّ إطلاق الحكم بالأخذ على أنه قد ردّ، بل كان الإمام على علم بأنه لم يرد، فأجاز له أخذ الوليدة لينظر في أمره.

واستظهر الردّ ثالثاً من أخذ الوليدة، فإنّه ردّ للبيع وفسخ له عملاً. وفيه: ليس في الرواية أخذ الوليدة. نعم، قد أذن له بذلك. سَلّمنا، لكنّه ليس بفسخ عملي، لأنّ الفسخ عملاً إمّا يكون حيث توجد الملازمة بين ذاك العمل وانحلال العقد، بأن لا يعقل بقاؤه، كما لو باع المبيع في زمن الخيار، فإنّه ملازم بالضرورة مع انحلال العقد الأوّل، لأنّ ملكيّة الثاني للمبيع تضادّ ملكيّة الأوّل له، واجتماعهما غير معقول، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل، لأنه لم يجز البيع ولم يفسخ، وأخذ الوليدة لا يلزم الفسخ، وإمّا يأخذها ليتأمّل وينظر في الأمر. وبعبارة اخرى: أخذها لا ينافي بقاء العقد، لإمكان الإجازة بعد الأخذ.

ورابعاً: مناقشة المشتري للإمام عليه السّلام وإلحاحه عليه في فكاك ولده، يكشف عن فسخ العقد من قبل المالك.

وفيه: إمّا ناشد الإمام عليه السّلام فكاك ولده، وهذا لا يكشف عن الفسخ، بل إنه أراد من الإمام أن يعلمه ماذا يفعل حتى يجيز المالك البيع، ولذا قال الإمام: خذ ابنه حتى ينفذ البيع.

وخامساً: إن أخذ الولد مع عدم الردّ غير جائز، لأنه حرّ والحرّ لا يجوز حبسه، فكان الأخذ إمّا من جهة اطلاع المالك على أنّ المشتري قد أقدم على الشراء ثم استيلاء الجارية، عالمّاً بكون البائع فضولياً، فيكون الوليد ابن زنا وهو رقبّ فيرجع إلى المالك، أو من جهة كون الوليد نماءً للجارية مع فرض جهل المشتري والوطني شبهةً، وعليه حينئذ دفع قيمته يوم الولادة.

فالأخذ - ولو بجعله رهينةً للقيمة - كاشف عن ردّ البيع وبطلانه، وإلّا لم يجز له أخذ الولد. وفيه: إنه ما دام لم يجز البيع ولم يرد، فالوليدة ملك له، وكذا ابنها لكونه نماءً لها، فإن كانت الإجازة ناقلةً، استحقّ القيمة حتى بعدها، لضمان المشتري جميع التصرفات إلى حين الإجازة، وإن كانت كاشفةً، كان له أخذ الولد لكونه نماءً لملكه. وعلى كلّ حال، فإن أخذ المالك الوليدة من المشتري لا يكشف عن ردّ البيع.

وتلخّص: عدم تماميّة دعوى تحقّق الردّ، ولا دلالة في شيء مما ذكر على ذلك [١].

[١] وحاصل الكلام: دعوى ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقّة بالردّ، وهذا خلاف الإجماع القائم على عدم التأثير. أمّا السيّد الجّد، فلا يعتبر هذا الإجماع، ومختاره تأثير الإجازة بعد الردّ - كما سيأتي - . مضافاً إلى رفع الإشكال من ناحية ألفاظ الرواية المستظهر منها المخالفة للإجماع. وأمّا غيره من الأكابر، فمنهم من دفع الإشكال: بأنّ المسلم من كون الردّ مانعاً عن الإجازة هو ما إذا كان صريحاً، لا في مثل المقام الذي ليس إلا إظهار الكراهة. مع أن هذا الإجماع لا يكون كاشفاً قطعاً.^(١)

ففي هذه العبارة وجهان: أحدهما اعتبار الصراحة في الردّ، والرواية ليست كذلك. والآخر إنكار كاشفيّة الإجماع عن رأي المعصوم عليه السّلام.

ومنهم: من ذكر الوجه الأوّل، وحَمَل الألفاظ على معنىّ لينافي الإجماع، من قبيل ما أفاد السيّد الجّد، ثمّ قرب ذلك بوجه برهاني أيضاً.^(٢)

ومنهم: من اعتمد على الفقرتين الصريحتين في صحّة عقد الفضولي بالإجازة الأحقّة، وهما: قوله عليه السّلام:

«خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتّى ينفذك البيع» وجملة: «فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه» ورفع اليد

الجواب عن موهنات الاستدلال

وأما الموهنات:

(١) حاشية السيّد البيهقي ١١١ / ٢ .

(٢) حاشية الإصفهاني ٨٦ / ٢ - ٨٧ .

فإنَّ الشيخ لم يتعرَّض لها ولكنَّه قال: «هي موهونة» وهو كذلك، ولو تمَّ شيء منها لم تصلح الرواية للاستدلال على صحَّة بيع الفضولي بالنحو الكلي.

فالأوَّل:

إنه لما جاء المالك وادَّعى عند الإمام أنَّ ولده باع وليدته بغير إذنه، قال عليه السَّلام: «خذ وليدتك وابنها»، فحكم له قبل أن يسمع من المدَّعى عليه وأنَّ يطالبه البيِّنة. وهذا خلاف موازين القضاء.

والجواب:

قد كان المدَّعي والمدَّعى عليه حاضرين عند الإمام، ولما طرح المالك دعواه سكت المشتري ولم ينكر ولم يدَّع كون الولد وكيلًا عنه مثلاً، وسكوته إقرار بما قال، وكان حكم الإمام على الموازين.

بهما عن ظهور الألفاظ المنافية للإجماع المدَّعى.^(١)

ومنهم: من قال في آخر الكلام: لما كان ظاهر نقل أبي جعفر عليه السَّلام حكم علي عليه السلام صحَّة عقد الفضولي وقابليَّته للحقوق الإجازة به، فالاستدلال به خال عن المناقشة، وإنَّ نوقش في نفس هذه القضية الشخصية من جهات.^(٢)

فإنَّ قلت:

لقد قال الإمام: «الحكم أن تأخذ وليدتك وابنها». فلو كان بيع الفضوليَّ يصحَّ بالإجازة اللاحقة من المالك لقال له: الحكم أنك مخيَّر بين إجازة المعاملة وردّها، فقلوله ذاك الكلام دون هذا، دليلٌ على بطلان بيع الفضولي، فالصحيحة دالَّة على فساد معاملة الفضولي.

قلت:

في الرواية كما في وسائل الشيعة: «خذ وليدتك وابنها» والأمر في مورد توهم الحظر يدلُّ على الجواز، فليس حكماً قطعياً حتى يقال إنه على خلاف الموازين، بل هو المراد بناءً على لفظ: «الحكم أن تأخذ...» أيضاً، إذ لا يستفاد منه إلا الترخيص والجواز.

والثاني:

أخذ الوليدة على القاعدة، لأنَّها ملك له، وما لم يجز البيع فهي باقية على ملكه، أمَّا الابن الحرُّ بالوطني عن شبهة لجهل المشتري، فبأيِّ ميزان يجوز له حبسه؟ نعم، على والده دفع قيمته يوم الولادة، وهذا أمر آخر.

(١) كتاب البيع للرازي - بحوث الشيخ الحائري اليزدي ١ / ٢٩٨.

(٢) منية الطالب ١ / ٢١٥.

والجواب:

قد كان للمالك الحق في مائة هذا الولد، ولكل ذي حق أن يأخذ حقه، فكان أخذه له رهينة للوصول إلى حقه، ولا إشكال في ذلك.

فإن قيل:

أليس كان من الجائز أن يميز المالك البيع، فيكون البيع صحيحاً نافذاً، فلماذا أمر بالأخذ ولو لأجل القيمة؟

قلت:

أمّا بناءً على النقل، فالقيمة لا تسقط بالإجازة اللاحقة، بل على المشتري دفعها، وأمّا بناءً على الكشف، فالاستحقاق لها موجود، غير أنها تسقط بالتعبّد الشرعي، لكونه كشافاً حكماً. فاستحقاق قيمة الولد يوم الولادة ثابت على كل تقدير، فله أخذه رهينة للوصول إليها في حال عدم الإجازة.

والثالث:

إنّه قد ذكر في كتاب القضاء والشهادة أن ليس من وظائف القاضي أن يعلم أحد الطرفين طريق الوصول إلى حقه ويرشده إليه، فما جاء في الصحيحة من قول الإمام عليه السلام للمشتري لما ناشده: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة» موهن للاستدلال بها.

قلت:

فرق بين أن يقوم القاضي في أثناء المخاصمة بفعل يتنافى مع موازين القضاء، وبين أن يقوم بذلك من أجل رفع الخصومة وحصول الصلح بينهما، وما في الصحيحة من قبيل الثاني لا الأول.

والرابع:

مقتضى القاعدة أن يطالب من عليه الحق أو المدين، فإن نكل أجبر وحبس. فأمر الإمام عليه السلام المشتري بحبس ولد المالك الذي باعه الوليدة بدون إذن أبيه مقدّمة لإرسال ابنه، ما وجهه؟

والجواب:

الأمر من الإمام عليه السلام بأخذ الإبن البائع يدلّ بالالتزام على أنه قد طالبه قبل ذلك فامتنع، والممتنع يحبس حتى يؤدي ما عليه، ولا يضرّ بذلك كون الأخذ بداعي المقدّمة.

الاستدلال بفحوى صحّة عقد النكاح

قال الشيخ

وربما يستدلّ أيضاً بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضولي في الحرّ والعبد...

أقول:

من النصوص في نكاح الفضولي:

عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: إنه سأله عن رجل تزوّجته أمّه وهو غائب.

قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوّج قبل وإن شاء ترك...^(١)

وعن زرارة عن أبي جعفر قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده.

فقال: ذاك إلى سيّده... فإذا أجازته فهو له جائز.^(٢)

استدلّ جماعة من الأصحاب بهذه النصوص، من جهة أن تملك بضع الغير - كما في كلام الشيخ - إذا لزم بالإجازة، كان تملك ماله أولى بذلك، لا سيّما مع شدّة اهتمام الشارع في عقد النكاح، لأنه يكون منه الولد.

توهين الاستدلال بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة

قال الشيخ:

إلاّ أنّها ربما توهن بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه، بالصحّة في الثاني والبطلان في الأول... سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده، فإنّ النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه.

والرواية المشار إليها مطوّلة، وهي:

عن العلاء بن سيابة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكّلت رجلاً بأن يزوّجها من رجل، فقبل الوكالة، فأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوّجها، ثمّ إنّها أنكرت ذلك الوكيل، وزعمت أنّها عزلته عن الوكالة، فأقامت شاهدين أنّها عزلته.

فقال: ما يقول من قبلكم في ذلك؟

(١) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٨٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، الباب ٧ رقم: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢١ / ١١٤، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٤ رقم: ١.

قال: قلت: يقولون: ينظر في ذلك، فإن كانت عزلته قبل أن يزوّج فالوكالة باطلة، والتزويج باطل، وإن عزلته وقد زوّجها فالتزويج ثابت على مازوّج الوكيل، وعلى ما اتفق معها من الوكالة إذا لم يتعدّ شيئاً ممّا أمرت به واشترطت عليه في الوكالة.

قال: ثم قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل؟

قلت: نعم يزعمون أنّها لو وكتت رجلاً وأشهدت في الملاء وقالت في الملاء: إشهدوا أنّي قد عزلته، أبطلت وكالته بلا أن يعلم بالعزل، وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصّة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلاّ أن يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون: المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد.

فقال عليه السلام: سبحان الله، ما أجور هذا الحكم وأفسده؟ إنّ النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه وهو فرج، ومنه يكون الولد. إنّ عليّاً عليه السلام أتته امرأة تستعديه على أخيها. فقالت: يا أمير المؤمنين، إنّني وكتت أخي هذا بأن يزوّجني رجلاً وأشهدت له ثمّ عزلته من ساعته تلك، فذهب فزوّجني ولي بيّنة أنّي قد عزلته قبل أن يزوّجني، فأقامت البيّنة، فقال الأخ: يا أمير المؤمنين إنّها وكتتني ولم تعلمني أنّها عزلتني عن الوكالة، حتّى زوّجتها كما أمرتني.

فقال لها: ما تقولين؟

قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين.

فقال لها: ألك بيّنة بذلك؟

فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون.

قال لهم: ما تقولون؟ فقالوا: نشهد أنّها قالت: إشهدوا أنّي قد عزلت أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً، وإنّي مالكة لأمري قبل أن يزوّجني.

فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر؟

فقالوا: لا.

فقال: تشهدون أنّها أعلمته بالعزل كما أعلمته الوكالة؟

قالوا: لا.

قال: أرى الوكالة ثابتة، والنكاح واقعاً. أين الزوج؟

فجاء فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها.

فقالت: يا أمير المؤمنين، أحلفه أنّي لم أعلمه العزل ولم يعلم بعزلي إيّاه قبل النكاح.

قال: وتحلف؟

قال: نعم يا أميرالمؤمنين، فحلف فأثبت وكالته وأجاز النكاح.^(١)

فبناءً على هذا النص، يعترض الشيخ - على الفقهاء المستدلّين - بما حاصله: أن مقتضى حكم الإمام عليه السّلام هو أن صحّة المعاملة الماليّة الواقعة في كلّ مقام، تستلزم صحّة النكاح الواقع بطريق أولى، وحينئذ، فلا يجوز التعدي من صحّة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحّة البيع، والاستدلال بصحّة النكاح على صحّة البيع، لأنه مخالف لحكم الإمام ومطابق لحكم العامة، حيث عكسوا وحكموا بصحّة البيع دون النكاح.

أقول:

ما هي الفحوى؟ وما هو تنقيح المناط؟

إذا أحرز ملاك الحكم في موضوع، ثم علم بوجوده في موضوع آخر، بحيث يكون كلاهما من مصاديق الملاك الواحد، حكم على الثاني بنفس حكم الأوّل، ويسمّى في الإصطلاح بتنقيح المناط. أمّا لو كان الملاك في الموضوع الثاني أقوى منه في الأوّل، فيسمّى بالفحوى والأولويّة. وعلى الجملة، فإن الموضوع في الحقيقة هو الملاك، والحكم يترتب عليه، وأمّا مع احتمال دخل خصوصيّة المورد في الملاك، فالتعدي عنه إلى غيره قياس وهو غير جائز.

ثم إنّ النكاح على أنحاء: الزواج الدائم، والزواج المنقطع، ونكاح ملك اليمين، والتحليل، عدم ذكر المهر، تقدّم القبول على الإيجاب، النكاح بنحو الاستدعاء... فهل يدلّ كثرة أنحاء النكاح على أهميّة ملاكه أو على السهولة؟

وأهميّة الشيء قد تكون من جهة الإهتمام بشأنه بحدّ ذاته، وقد تكون من جهة دفع محذور أهم. ولا يبعد أن يكون الحكمة في التوسعة في أسباب النكاح وتشريعه على أنحاء متعدّدة، هي الفرار من الوقوع في الزنا، وإذا كان لخصوصيّة هذه الحكمة دخل في الملاك، فلا مجال للتعدي عنه إلى غيره. وتلخص مما ذكرنا:

أولاً: إنّ التعدي من النكاح يتوقّف على إحراز كون الملاك الذي اقتضى قبول الفضولي فيه، أقوى منه في غيره من العقود، ولكن لا طريق لنا إلى إحراز ذلك، فلا يجوز التعدي.

وثانياً: إنّ الحكمة في الإهتمام بالنكاح والتي اقتضت التوسعة في أسبابه، هي الفرار من محذور الوقوع في الزنا، وهذا المعنى غير موجود في سائر العقود، فلا يجوز التعدي منه إليها.

بحوث مهمّة

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ١٦٣ - ١٦٤ كتاب الوكالة، الباب ٢ رقم: ٢.

بقي الكلام في أمور:

الأول: في بيان وجه الأولوية كما في كلام الأصحاب.

والثاني: في بيان ما يمكن أن يكون الوجه عقلاً لما ذهب إليه العامة في هذه المسألة؟

والثالث: في بيان الوجه في نفي الشيخ الأولوية.

والرابع: في فقه الحديث.

في وجه دعوى الأولوية

أما الأمر الأول:

فقد ذكر الفقهاء القائلون بالأولوية وجهين:

أحدهما: النكاح تملك للبضع، والبيع تملك للمال، والبضع أهم من المال، فإذا صح فيه عقد الفضولي، كان في البيع صحيحاً بالأولوية.

هذا، ولا يجوز أن ينسب إليهم القول بملكية البضع على وجه الحقيقة، إذ لا إشكال في عدم التملك الحقيقي للبضع في النكاح، وأن المهر إنما يدفع إلى المرأة في مقابل الزوجية، وليس عوضاً عن البضع، غير أن من آثار الزوجية هو التسلط على البضع والانتفاع به، فهم يريدون من «تمليك البضع» معنى «التسليط»، فإذا جرى في التسليط على البضع حكم، جرى في سائر العقود بالأولوية.

إلا أن دعوى الأولوية بهذا الوجه مندفة:

أولاً: بالنقض بالإجارة، حيث أن المالك الموجر مسلط للمستأجر على منافع داره، ولكن لا يصح القول بأن الحكم الذي يجري في الإجارة أولى بأن يثبت في تملك الدار مثلاً.

وثانياً: قد تقدم أن التعدي يتوقف على إحراز الملاك، فلو أحرز أن أهمية المسبب أي التسليط على البضع - بما هو مسبب - هو الملاك لأن يجري حكم الفضولي في النكاح، صح التعدي إلى المال وجرى الحكم فيه بالأولوية، أما إذا كانت التوسعة في السبب خاصة بمورد التسليط على البضع، لم يجز التعدي أصلاً.

إذن، فرق بين عليّة الشيء للحكم وبين موردية له، والذي عندنا هو موردية النكاح لجران الفضولية فيه، ولم نحرز أن للتسليط على البضع عليّة حتى يقال: إذا ثبت شيء لعلية السلطنة على البضع، فثبوته بطريق أولى بالسلطنة على المال.

الوجه الثاني: ما ورد في النصوص من شدة الاهتمام بأمر النكاح، كصحيحة الحداد قال: قلت لأبي

عبدالله عليه السلام: رجل من مواليك يقرؤك السلام وقد أراد أن يتزوج امرأة، وقد وافقته وأعجبه بعض

شأنها، وقد كان له زوج فطلّقها على غير السنّة، وقد كره أن يقدم على تزويجها حتى يستأمرّك فتكون أنت تأمره.

فقال أبو عبدالله عليه السلام: هو الفرج وأمر الفرج شديد، ومنه يكون الولد، ونحن نحتاط، فلا يتزوّجها.^(١)

وعن مسعدة بن زياد عن جعفر عن آبائه: إن النبي صلى الله عليه وآله قال:
لا تجامعوا في النكاح على الشبهة...^(٢)

وعن العلاء بن سيّابة عن أبي عبدالله عليه السّلام في حديث، قال:
إن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه...^(٣)
إلى غير ذلك.

فإذا ثبت حكم في النكاح ثبت في البيع بالأولوية.
فنقول:

إن موارد الفرق بين النكاح والبيع من حيث التوسعة والتضييق في الأحكام عديدة، فالمعاطاة جارية في البيع وغير جارية في النكاح، والبيع الموقّت غير مشروع على المشهور، ولكنّ النكاح الموقّت مشروع بالإجماع، والنكاح الغرري صحيح، أمّا البيع الغرري فباطل، والخيار والإقالة جاريان في البيع، وغير جاريين في النكاح...

وهذه الاختلافات بين النكاح والبيع وغيره من العقود، كاشفة عن وجود ملاكات للأحكام مجهولة عندنا، وقد تقدّم أنّ التعدي يتوقف على إحراز الملاك، ولولاه فلا يجوز.
فظهر: عدم جواز التعدي، لا من باب أنّ النكاح تمليك للبعث والبيع تمليك للمال، والبعث أهم، فإذا جرى الفضولي فيه جرى في غيره بالأولوية، ولا بالنظر إلى النصوص الواردة في شدّة اهتمام الشارع بالنكاح.

ولكنّ يمكن أن يقال بذلك - خلافاً لبعض الأكابر - من جهة الفرق بين المقتضيات والشرائط، أمّا في المقتضيات، فما لم يحرز الملاك لم يجز التعدي، كمسألة المعاطاة وجريانها في البيع دون النكاح، ومسألة التوقيت في النكاح وعدم جريانه في البيع. وأمّا الشرائط، فقد يتمّ التعدي فيها، فالتراضي بين المتعاملين

(١) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٥٨ كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح، الباب ١٥٧ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٥٨، كتاب النكاح، الباب ١٥٧ رقم: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٥٩. وقد تقدّم نصّه الكامل قريباً.

شرط في النكاح والبيع معاً، ولمّا كان الرّضا المتأخّر في النكاح - على أهمّيته - مؤثراً، جاز التعديّ منه إلى البيع، والقول بكفايته فيه بالألويّة.
ولعلّ هذا مراد المستدلّين بالألويّة.

في الفرق بين البضع والمال

وأما الأمر الثاني:

قد فرّقوا بين البضع والمال، بأنّ البضع ليس له عوض والمال له عوض، وهذا التعليل موجود في النصّ أيضاً، فعن العلاء بن سيّابة، قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن امرأة وكّلت رجلاً بأن يزوّجها... ثم إنها أنكرت ذلك الوكيل وزعمت أنها عزلته.

فقال عليه السّلام: ما يقول من عندكم؟

قال قلت: يقولون ينظر في ذلك، فإنّ كانت عزلته قبل أن يزوّج، فالوكالة باطلة والتزويج باطل...

قال عليه السّلام: يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل؟

قلت: نعم... وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصّة وفي غيره لا يبطلون الوكالة...

ويقولون: المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس له عوض إذا وقع منه ولد...^(١)

وقوله: «إذا وقع منه الولد» إمّا كناية عن التصرف، أو أنّ الانتفاع الاستيلادي لا عوض له.

ثم إنّ من المعلوم أنّ العامّة يعملون بالقياس ويفتون بالاستحسانات والاعتبارات، وفي المعاملة التي أوقعها الوكيل المعزول الذي لم يبلغه العزل وجهان، من أنّها معاملة وقعت ممّن بيده الأمر، فتقتضي الصحّة، ومن أنّه قد أوقعها في حال العزل عن الوكالة، فهي - أي المعاملة - غير مستندة في واقع الأمر إلى المالك، فيقتضي الفساد، فعمدوا إلى الإستحسان، من حيث أنّ المال له عوض، فلو كانت المعاملة فاسدة، فقد أخذ كلّ من المتعاملين عوض ما أعطاه، فكان المدرك لفتياهم - بعد دوران أمر المعاملة بين الصحّة والفساد - هو الاستحسان، فأفتوا بصحّتها وربّوا عليها الأثر لما ذكر. أمّا في النكاح، فحيث أنه لا عوض للبعث، يلزم من القول بصحّته أن يتسلّط عليه الطّرف الآخر بلا عوض، فكان مقتضى الاستحسان أن يقال بالفساد.

وحاصل ذلك: الأخذ بالاحتياط في المعاملة الماليّة، والأخذ بأصالة الفساد في النكاح.

فقال الإمام عليه السّلام: «إنّ النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه، وهو فرج ومنه يكون الولد»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ١٦٣ - ١٦٤، كتاب الوكالة، الباب ٢ رقم: ٢. وقد تقدم في الكتاب بكامله.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٥٩، كتاب النكاح، الباب ١٥٧ رقم: ٣.

على أنه لا وجه للتمسك بأصالة الفساد في الشبهات الحكمية إلا بعد الفحص عن الحجّة، وقضاء أمير المؤمنين عليه السّلام حجّة حتى عند العامّة، وقد قال رسول الله صلّى الله عليه وآله «أقضاكم علي»^(١)، وقد قضى في مثل المسألة بصحة النكاح إذ خاطب الرجل بقوله: «خذ بيدها بارك الله لك فيها»^(٢).

في كلام الشيخ بعد الخبر

وأما الأمر الثالث:

قال الشيخ بعد الخبر: «وحاصله: أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع... فدلّ على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى». وهذا غريب جداً، إذ ليس في الرواية دلالة على الأولوية المذكورة أصلاً، بل الإمام عليه السّلام يقول: إذا كان وجود العوض للمال مدركاً للاحتياط، فإنّ النكاح أولى وأجدر بالاحتياط. وبعبارة أخرى: إنّ كنتم بصدد الاحتياط في الفتوى، فإنّ النكاح أولى بذلك من المال، لأنّ الفرج أهم.

في وجه جعل الاحتياط في النكاح

وأما الأمر الرابع:

فقد قال الشيخ:

بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السّلام الاحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله... ويمكن أن يكون الوجه في ذلك...

أقول:

ما ذكره هنا أيضاً غريب، لأنّ من يفتي بفساد النكاح منهم - أي من العامّة - إنّ كان أهلاً لأنّ يقلّد في نظر المرأة، وتزوّجت على فتواه، فنكاحها في الظاهر جائز وليس بزنا، وإنّ كان في الواقع وطياً بالشبهة. وإنّ لم يكن أهلاً للتقليد، فما نحن فيه - حيث يبحث عن صحة هذا النكاح في نفس الأمر وفساده - والمورد السّابق - حيث تزوّجت بفتواه - سيّان ولا فرق بينهما.

(١) حديث متفق عليه بين الخاصّة والعامّة.

(٢) وسائل الشيعة ١٩ / ١٦٤، كتاب الوكالة، الباب ٣ رقم ٢.

والكلمة الأخيرة هي: إنَّ أخذهم هنا بالإستحسان - بعد بطلانه من الناحية الكبرويّة - فاسد، لأنَّ قولهم بأن المال له عوض والبضع ليس له عوض، باطل، لأنَّ المهر في النكاح - وإن لم يكن عوضاً عن البضع - يسدُّ مسدَّ العوض له، كما أنَّ المال يسدُّ مسدَّ العوض للمال. ولو أرادوا من هذا الكلام أنَّ المرأة إذا زنت فلا تستحقُّ عوضاً، فكذلك الخمر - مثلاً - لا يستحق في مقابله العوض.

وتلخص:

إن الاستدلال بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضولي لصحّة سائر العقود منه، صحيحٌ بلا إشكال.

الاستدلال بروايات المضاربة

قال الشيخ:

ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدلّ عليها بروايات... مثل موثقة جميل...

أقول:

قد أيّد صحّة بيع الفضولي أو استدلّ عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّة:

منها: ما ورد في المضاربة، كرواية جميل الموثقة عن أبي عبدالله عليه السّلام: في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربةً، فذهب فاشترى غير الذي أمره.

قال: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط^(١).

ولا يخفى أنَّ المضاربة هي: أن يدفع الرجل المال - والمعروف المشهور اعتبار الذهب والفضة - لغيره على أن يعمل، والربح بينهما على ما اتّفقا عليه من النسبة، ومن أحكامها أنه إن خسر فهي على المالك فقط وإن ربح فبينهما. ولعلّ السرّ في عدم توجّه شيء من الخسارة إلى العامل هو كونه أميناً - والأمانة إمّا مالكيّة كما في الوديعة، وإمّا شرعيّة كما في الإجارة والمضاربة والرهن - والأمين لا يضمن مع عدم التفريط والتعدّي، فليس على العامل شيء إن تلف المال أو خسر في المعاملة، أمّا إذا خالف المالك فيما أمره به فهو ضامن.

وللمخالفة أربعة أنحاء، أن يخالف في المال المشتري، كأن يأمره بشراء شيء خاصّ فيشتري غيره، أو ينهاه عن شراء شيء معيّن بصراحة لكونه في معرض الخسران، أو لكونه مال يتيم وإن كان البائع وليّه، أو يشترط عليه العمل في البلد، فيخرج إلى مكان آخر.

والذي في الرواية المخالفة من النحو الأوّل.

وروى زيد الشحّام عن أبي عبدالله عليه السّلام:

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ١٨، كتاب المضاربة، الباب ١ رقم: ٩.

في المضاربة إذا أعطى الرجل المال ونهى أن يخرج بالمال إلى أرض أخرى، فعصاه فخرج به.

فقال: هو ضامن والربح بينهما.^(١)

فوقعت المخالفة من النحو الرابع.

وروى الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام.

في الرجل يعطي المال فيقول له: ائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها. قال: فإن جازها وهلك

المال فهو ضامن. وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه. وإن ربح فهو بينهما.^(٢)

قال الشيخ:

فإنها إن أبقيت على ظاهرها... وإن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح... اندرجت

المعاملة في الفضولي...

أقول:

قد خالف العامل - في رواية جميل - ما أمره به المالك، ولذا كان ضامناً إن خسر، ولكن ليس فيها

تعرض لإجازة المالك للمعاملة، فظاهرها عدم توقف ملك الربح على إجازة المالك. فإن أبقيت الرواية على

ظاهرها خرجت عن بحث تأثير الإجازة للأحقة لمعاملة الفضولي، وكان الحكم بملكية الربح تعبدياً.

وبعبارة أخرى: كونه ضامناً إن خسر، وإن ربح فهو بينهما، لا يجتمعان، لأنه إن كان الربح بينهما

فهي مضاربة فلا ضمان على العامل، وإن كان ضامناً فهي ليست مضاربة ولا يكون الربح بينهما، فالرواية

محمولة على التعبد.

قال الشيخ: لكن فيها استيناس لحكم المسألة، من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال

المالك إلى غيره.

هذا هو الاحتمال الأول في الرواية.

والإحتمال الثاني: أن يكون المالك راضياً بالمعاملة - الواقعة على خلاف رأيه - بعد ظهور الربح كما

هو الغالب، وحينئذ، تدرج المعاملة في الفضولي، ويتم الاستدلال بها لما نحن فيه.

وفيه نظر، لأنه إذا اندرجت المعاملة في الفضولي استندت إلى المالك ويكون الربح كله له.

لا يقال: يكون الربح لهما، إذ يعطى العامل من باب أجره العمل.

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ١٨، كتاب المضاربة، الباب ١ رقم: ١١.

(٢) وسائل الشريعة ١٩ / ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١ رقم: ٢.

لأنَّ العمل إن كان بأمر من المالك فهو محترم ويستحق عليه الاجرة، لكنَّ المفروض أنَّ هذا العمل لم يكن بأمر منه، فلا يستحق شيئاً، ولو فرض استحقاقه فأجرة المثل.

وفي المقابض: ووجه الإستدلال بها أنَّ العامل لم يكن وكيلًا في تلك المعاملة، فلو بطل عقد الفضولي لبطل عقد العامل هنا أيضاً، فوجب ردُّ كلِّ إلى صاحبه، ولم يجز تقسيم الربح بينهما كما دلت عليه الرواية، فهي محمولة على تحقق الإجازة مع الربح كما هو الغالب دون الخسران، وإثما قسّم الربح بينهما بناءً على إطلاق عقد المضاربة...^(١)

وفيه:

إن صحَّ الحمل المذكور، فلماذا الضمان إن اتفقت الخسارة؟
ثم إنه لا فرق بين أن يقال: أن الغالب رضا المالك في صورة ظهور الربح، أو يقال: إنَّ الأدلة الأربعة على صحّة الفضولي بالإجازة اللاحقة، تتقيّد إطلاق «الربح بينهما» فيختصّ الحكم بصورة الرضا لاحقاً.
وفي الرواية احتمالان آخران:

أحدهما: الحمل على كفاية الرضا الباطني المقارن، كما هو مختار الشيخ.
والآخر: الحمل على الاختلاف في مصداق ما به الربح، لأنَّ الغرض من المضاربة هو تحصيل الربح، والغالب فيها أن لا يكون للمالك نظر خاص في المال المشتري والمبايع، ولا في مكان المعاملة وزمانها، بل يفوّض الأمر إلى العامل في كلِّ ذلك، فلو اتّفق أن عين المالك مصداقاً لما يحصل به الربح فأمر العامل بشرائه، فاشتري العامل غيره لكونه المصداق لذلك برأيه، فإن حصل الربح بما اشتراه العامل فهو بينهما، لأنَّ الكبرى الكلية منطبقة عليه، وإن خسر فهو ضامن، لعدم كونه مأذوناً في الخصوصية.
وهذا الوجه هو الأظهر في رواية جميل، وبذلك تخرج عن مسألة الفضولي.
ولو اتّفق اختلافهما في مكان المعاملة أو زمانها، لم يقدر فيها، لأنَّ الزمان والمكان خارجان عن المعاملة المقررة فيما بينهما، وعليه، فكون الربح بينهما على القاعدة، ويبقى الإشكال في كونه ضامناً إن خسر، فلا بدّ من حمله على الاشتراط كما في الخبر:

عن أبي عبدالله عليه السلام: كان للعباس مال مضاربةً، وكان يشترط أن لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً، فإن فعلتم، فأنتم ضامنون فأبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله فأجاز شرطه عليهم.^(٢)

وتلخص:

عدم تمامية الاستدلال بروايات المضاربة.

(١) مقابض الأنوار: ١٢٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٩، كتاب المضاربة، الباب ١، رقم: ١٢.

الاستدلال بروايات الاتجار بمال اليتيم

قال الشيخ:

ومن هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتجار غير الوليّ في مال اليتيم وأن الربح لليتيم، فإنها إن حملت على صورة

إجازة الوليّ... كان من أفراد المسألة...

ومنها: عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في مال اليتيم قال:

العامل به ضامن ولليّتم الربح إذا لم يكن للعامل مال...^(١)

ومنها: عن ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في رجل عنده مال اليتيم.

فقال: إن كان محتاجاً وليس له مال فلا يمَسّ ماله، وإن هو اتّجر به فالربح لليّتم وهو ضامن.^(٢)

ومنها: عن العياشي عن زرارة و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: مال اليتيم إن

عمل به الذي وضع على يديه ضمن، ولليّتم ربحه. قالوا: قلنا له: قوله: (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)

قال: إنما ذلك إذا حبس نفسه عليهم في أموالهم فلم يجد لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم.^(٣)

ومنها: عن منصور الصيقل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به. قال فقال:

إذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح وأنت ضامن للمال، وإن كان لا مال لك وعملت به فالربح

للغلام وأنت ضامن للمال.^(٤)

ومنها: عن أبي الربيع قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم

وهو وصيّّه، أيصلح له أن يعمل به؟

قال: نعم، كما يعمل بمال غيره، والربح بينهما.

قال قلت: فهل عليه ضمان؟

قال: لا، إذا كان ناظرًا له.^(٥)

صور المسألة في الأخبار

وتفيد هذه الروايات صوراً: أن يكون العامل هو الوليّ وعنده مال، فيقترض مال اليتيم ويتّجر به.

والحكم فيها الضمان إن خسر وإن ربح فهو له.

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٥٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٥ رقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٥٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٥ رقم: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٥٨، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٥ رقم: ٥.

(٤) وسائل الشيعة ٩ / ٨٩، كتاب الزكاة، أبواب من تجب عليه الزكاة الباب ٢ رقم: ٧.

(٥) وسائل الشيعة ٩ / ٨٩، كتاب الزكاة، أبواب من تجب عليه الزكاة، الباب ٢ رقم: ٦.

وأن يكون هو الولي ولا يكون ذا مال، فالربح لليتيم والخسارة على الولي.
وأن يتجر به الولي مضاربةً، فالربح بينهما وليس عليه الضمان إن خسر إذا كان ناظرًا له.
هذا، وقد حمل جماعة من الفقهاء رواية اتجار غير الولي على صورة إجازة الولي لاحقاً فتكون من
أفراد معاملة الفضولي. وعن آخرين العمل بإطلاقها، فتخرج عن البحث. قال الشيخ: لكن يستأنس بها
بالتقريب المتقدم.
قال الشيخ:

وربما احتمل دخولها في المسألة من حيث أن الحكم بالمضي إجازة إلهية لاحقة للمعاملة. فتأمل.
وعلى الجملة، فالصور أربع، أما الصور المتعلقة بالولي، فخارجة عن البحث، لأن الولي غير محتاج
إلى الإجازة، وأما اتجار غير الولي، فحمل الجماعة على صورة الإجازة اللاحقة بلا دليل، بل الحكم تعبد
محض.
وأما الاحتمال الأخير، فقد أمر فيه بالتأمل مشيراً إلى ضعفه، لأن الإجازة الإلهية هي التعبد، لا أن
المعاملة فضولية وقد أجازها الله.

على أن مورد الكلام هو تأثير الإجازة اللاحقة من المالك.
وتحصل: إن الاستدلال بهذه النصوص لصحة الفضولي مشكل.

تأييد المطلب برواية ابن اشيم

قال الشيخ

وربما يؤيد المطلب أيضاً برواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة
ويعتقها...

وهذا نص الرواية:

عن ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام: عن عبد لقوم مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل ألف
درهم فقال: اشتر بها نسمةً وأعتقها عني وحج عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبد
فاشترى أباه فأعتقه عن الميتم ودفع إليه الباقي يحج عن الميتم.
وبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميتم جميعاً، فاختموا جميعاً في الألف، فقال موالي العبد
المعتق: إنما اشترت أباك بمالنا. وقال الورثة: إنما اشترت أباك بمالنا. وقال موالي العبد: إنما اشترت أباك
بمالنا.

فقال أبو جعفر عليه السلام: أمّا الحجّة، فقد مضت بما فيها لا ترد، وأمّا المعتق، فهو ردّ في الرق لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعدُ أقاموا البيّنة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقاً^(١).
ويمكن أن يتوهّم كون المال ملكاً للعبد من جهة يده عليه، ومن ملك أمراً ملك الإقرار به، وهو يقرّ بأنّه قد أعتق العبد بعد أن اشتراه بذاك المال، فلماذا يعود رقاً؟
ولكنّه يندفع بما قرّناه في الأصول من أن ما اشتهر من حجّية مثبتات الأمارات ليس على كليّته، بل قلنا بأنّ اليد برزخ بين الأمانة والأصل، فليس مثبتاتها بحجّة. وعليه، فلمّا كان العبد مقرّاً بعدم كون المال ملكاً له، كان مقرّاً ببطان شراء أبيه، لوقوعه بمال الورثة - لانتقال الدراهم إليهم ببطان وكالة العبد عن أبيهم بموته -

ولو قيل بصحة الشراء، لقاعدة اليد، ولإلزامها الإذن منهم.

قلنا: بأنّ مثبتات قاعدة اليد ليست بحجّة.

وإذا بطلت المعاملة، عاد العبد المشتري رقاً.

وأما وقوع الحجّة على وجه الصحة، فحكمٌ تعبدي.

قال الشيخ:

بناءً على أنه لولا كفاية الشراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمّنة لإجازة البيع، لم يكن مجرد

دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البيّنة عليها كافيةً في تملك المبيع.

أقول:

وهذا وجه تأييد المطلب بالرواية، وتقريبه:

إنه إن أقام الورثة البيّنة على وقوع الشراء بمالهم وطالبوا بالعبد، كانت مطالبتهم إيّاه متضمّنة

لإجازتهم المعاملة الواقعة، فالإجازة اللاحقة مؤثرة في صحّتها [١].

...

العقد، لم يكن كذلك، لعدم استلزام العام للخاص.^(٢)

فصاحب المقابس والشيخ والسيد الجدّ على أنّ الرواية مؤيّدة، بل الأوّل عبّر بالاستدلال.

لكنّ أكابر المحشّين على كتاب المكاسب بحثوا عن الرواية في ثلاثة جهات:

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٨٠ - ٢٨١، كتاب التجارة أبواب بيع الحيوان، الباب ٢٥ رقم: ١.

(٢) مقابس الأنوار: ١٢٦.

الأولى: جهة السند، فقد نصّ السيّد والميرزا وغيرهما على ضعف سند الرواية، لضعف راويها «موسى بن أشيم» إما لكونه من أصحاب أبي الخطاب، وإمّا لعدم وثاقته في كتب الرجال، نعم، احتمل الاعتماد عليه لرواية ابن محبوب عنه.

والثانية: جهة الدلالة، فقد قال الميرزا: يمكن التمسك بخبر ابن أشيم بوجهين:

الأول: دلالة حكمه عليه السلام بردّ المملوك رقاً لمولى العبد المأذون، إذا أقام البيّنة على أنّ عبده اشترى أباه من ماله، فإن دعواه ملكيّة الأب المشتري وأنه اشترى من ماله، متضمّن لإجازة البيع، فالحكم بكونه له بعد البيّنة متوقف على صحّة البيع بالإجازة، وهو المطلوب.

الثاني: دلالة حكمه عليه السلام بردّ المملوك رقاً لورثة الدافع لو كانوا هم يقيمون البيّنة، بالتقريب المتقدم، بناءً على أنّ يكون الدافع وكلّ العبد المأذون في البيع. فإنه تبطل وكالته بموته ويكون شراء العبد المأذون بعد موته فضولياً في المال المدفوع إليه المنتقل إلى ورثة الدافع بعد موته.

التأييد برواية الحلبي

قال الشيخ:

وممّا يؤيد المطلب أيضاً صحيحة الحلبي...

وهذا نصّها:

عن الحلبي: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثم ردّه على صاحبه، فأبى أن يقبله إلاّ بوضيعة.

قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإنّ جهل فأخذه فباعه أكثر من ثمنه، ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد^(١).

أقول:

إن حقيقة الإقالة فسخ العقد وأنّ يعود كلّ من العوضين إلى صاحبه،

قال: ولا يخفى أنّ كلّ واحد من التقريبيين خلاف ظاهر الخبر.^(٢)

والثالثة: قولهم أنها مخالفة للقواعد.

وقد ذكر الميرزا المخالفة من سنة وجوه. ثم أجاب عنها.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٧١، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ١٧ رقم: ١.

(٢) منية الطالب ١ / ٢١٨، المكاسب والبيع ٢ / ٣٠ - ٣١.

والمهم مع ذلك قوله أنّ الرواية قابلة للحمل على المدعى.

فصح قول الشيخ ومن تبعه صلاحيتها للتأييد، وهذا هو المقصود.

فعلى البائع أن يرجع الثمن الذي أخذه بلا نقيصة، ولذا قال الإمام عليه السلام: لا يصلح له...

فإن جهل الحكم فأخذ الثوب فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد.

دلّت الصحيحة على صحّة المعاملة الثانية، وإلّا لم يملك الثمن حتى يردّ المقدار الزائد على المشتري

الأوّل، فما الدليل على صحّتها؟

إنه ليس في الرواية قرينة على رضا المشتري الأوّل بالمعاملة الثانية، بل إنه قد ردّ الثوب وبطلت

معاملته في الظاهر وإن لم تبطل في الواقع. نعم، لو كان عالماً بأن الثوب له لكان راضياً باطناً ببيعه من

غيره، ولكن الرضا التقديري - ولا سيما الباطني - لا أثر له. كما أنه لا وجه لأنّ يحتمل أن في ردّ الثوب

إجازةً ضمنيّة بأن يبيعه من أيّ أحد شاء، على أنّه قد ردّه بعنوان الإقالة، فلا يبقى موضوع للإجازة.

فما وجه صحّة المعاملة الثانية بعد الإقالة الفاسدة؟

لقد أجاز الميرزا الاستاذ - في الدورة الاولى من بحثه - عود الضمير في «صاحبه» إلى «الثوب»^(١).

ولكنّ الإنصاف أن الضمير يرجع إلى المشتري الأوّل، وإرجاعه إلى الثوب خلاف الظاهر جدّاً.

ويمكن شرح القضية على نحوين:

الأوّل: أن نقول: إنّ ردّ الثوب بقصد الإقالة، ظاهر في جعله تحت اختيار البائع بعنوان أنه ملك له،

فله أن يفعل به ما شاء، فإذا باعه فقد وقع عن رضا من المشتري الأوّل، فهو بيع صحيح، غير أنه يردّ عليه

ما زاد من الثمن.

وعلى هذا، فالرواية خارجة عن مسألة الفضولي.

والثاني: أن نقول: بأنه قد ردّ الثوب واعتقد أنه قد خرج عن ملكه، فلمّا وقعت المعاملة الثانية

وأراد البائع ردّ الزائد إليه، علم المشتري الأوّل بكونه مالكاً للثوب، فإذا أخذ الزائد دلّ أخذه على رضاه،

وكان إجازةً عمليّة بالمعاملة الثانية. وبهذا تدخل الرواية في المسألة [١].

[١] وحاصل كلام الميرزا في الدورة الاولى أن كون الخبر من الفضولي محلّ كلام. وأمّا في الدورة الثانية، فاختار

خروجه بلا كلام.^(٢)

(١) منية الطالب ١ / ٢٢٠.

(٢) المكاسب والبيع ٢ / ٣١ - ٣٢.

وقال السيّد - في التعليق على قول الشّيخ: فإنّ الحكم برّد ما زاد... : هذا بناءً على ما هو الظاهر من كون المراد من رده على صاحب الإقالة بوضيعة فإنّها باطلة حينئذ، ويبقى الثوب على ملك المشتري لعدم صحّة الإقالة بزيادة أو نقيصة وإن كان على وجه الإشتراط، لأن مقتضى الفسخ بها رجوع كلّ من العوضين إلى مالكة، فلا يكون هناك سبب لملكيّة البائع ما نقص في صورة الوضيعة، ولا لملكيّة المشتري ما زاد عن الثمن في صورة الزيادة.

ويمكن - على بعد - أنّ يحمل على شرائه ثانياً من المشتري بوضيعة، وحينئذ، فيكون المراد من عدم الصلاح الكراهة ومن ردّ الزيادة ردها على وجه الاستحباب،

التأييد برواية عبدالله

قال الشيخ:

ويمكن التأييد له أيضاً بموثقة عبدالله عن أبي عبدالله عليه السّلام...

أقول:

كذا في النسخ، والصحيح: عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السّلام، وهذا نصّ الرواية:

فلا دخل لها بالفضولي أصلاً، إذ يكون الثوب حينئذ للبائع، لأنه رجع إليه بالشراء من المشتري بوضيعة ولادخل له بصاحبه الأول وهو المشتري.^(١)

وقد ذكر المحقق الإيرواني الاحتمال الثاني، فقال: ظاهر التعبير بلفظ «لا يصلح» في الصحيحة، وظاهر تعليق ردّ ما زاد على بيع ما أخذه بأكثر مما أخذ، دليل الكراهة، وأن ردّ ما زاد على وجه الاستحباب. فتدلّ على صحّة الإقالة بوضيعة... فالصحيحة دليل لابن الجنيد القائل بصحّة الإقالة بوضيعة... فلا تصلح للتأييد.^(٢)

أقول: فرجع الأمر إلى دلالة «لا يصلح» على الكراهة، وهي أول الكلام، فإنّ الظهور الأوّل لكلمة «لا يصلح» و «لا ينبغي» و «لا أحبّ ذلك» ونحوها في كلام المعصوم عليه السلام في المعاملات هو النهي الدالّ على الفساد، وفاقاً لشيخنا الاستاذ دام بقاءه في مختلف بحوثه الفقهيّة والاصوليّة، إلا إذا قامت القرينة على الخلاف، وللتفصيل موضع آخر.

قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق ويشترط عليه أنك تأتي بما تشتري، فما شئت أخذته وما شئت تركته. فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت.

قال عليه السّلام: لا بأس^(١).

(١) حاشية السيد ٢ / ١٢١.

(٢) حاشية الإيرواني ٢ / ٢٢٢.

تقريب الاستدلال هو: إن الإمام لم يستفصل، وترك الاستفصال يدل على العموم، لأن في القضية ثلاثة احتمالات:

الأول: أن يكون السمسار قد اشترى لصاحب الورق فضولاً، فما أجازته صحيح ومالا فغير صحيح.
والثاني: أن يكون صاحب الورق قد أذن له بالشراء مع جعل الخيار لنفسه، بأن يفسخ المعاملة فيما كرهه.

والثالث: أن يكون قد أقرض السمسار الورق، فاشترى لنفسه، ثم جاء بالمتاع وباع من صاحب الورق ما رضي به.

وعدم استفصال الإمام في هذه القضية الشخصية، يكشف عن أنها بأي وجه وقعت صحيحة، وقد عرفت أنها تدخل في مسألة الفضولي بناءً على الأول.

وأما في المقام، فقد بنى شيخنا الاستاذ الأمر على اختلاف النسخة في الرواية، ففي وسائل الشيعة «يقتله»، فتكون الرواية من الفضولي، وفي الكافي والتهذيب «يقبل» فتكون خارجة عن البحث. فتدبر.
لكن دلالة ترك الاستفصال على العموم إنما هي حيث تكون الاحتمالات على حد سواء، ولا ظهور للقضية الخارجية في أحدها. ولكن ظاهر الرواية هو: الإذن في الشراء لصاحب الورق، وحينئذ، لا دلالة لجواب الإمام على العموم، فلا مجال لاحتمال الفضولية في هذه المعاملة.

التأييد برواية إنه لم يعص الله

قال الشيخ:

وربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه، معللاً بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده.

أقول:

مذهب العامة بطلان إنشاء العبد وإن أجاز المولى بعد، وكأنهم يريدون أن إجازة المولى لا توجب انقلاب الشيء عما وقع عليه...

أجاب الإمام عليه السلام: بأن العبد لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز.

وأفاد بتمثيله في ذيل الرواية أن المراد المعصية الوضعية لا التكليفيّة.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٧٤، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود الباب ٢٠ رقم: ٢.

والحاصل: إنه قد أتى بما ليس مرخصاً فيه من قبل المولى، فإذا لحقه الرضا منه ترتب عليه الأثر. بخلاف ما إذا كان معصيةً لله، أي لم يكن مشروعاً، كالنكاح في العدة مثلاً، وهذا ما لا ينقلب عمماً وقع عليه، وهذا مراد الشيخ من قوله:

إن المانع من صحة العقد إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً، وهو عصيان الله تعالى. وأما المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيد، فبزواله يصح العقد، ورضا المالك من هذا القبيل. وتوضيحه:

إنه قد تقرّر في الاصول الفرق بين قولنا: أكرم زيداً لعلمه، وقولنا: أكرم زيداً لأنه عالم، ففي الأول - حيث يحتمل أن يكون العلم الذي يختص به هو العلة لوجوب إكرامه - لا يتعدى إلى غيره من العلماء. أمّا في الثاني - حيث جئ بالجملة علةً للحكم - فيتعدى، لظهوره في أن علة إكرامه هو كونه أحد مصاديق العالم، فكل من كان عالماً فيجب إكرامه.

وعلى هذا نقول: قوله عليه السلام: لأنه لم يعص الله، كبرى كلفة ظاهرة في أن كل ما لم يكن فيه عصيان لله فهو قابل لأن يقع صحيحاً وليس فاسداً من أصله.

وعقد العبد كذلك، فليس فاسداً من أصله، وإمّا قد عصى سيده لعدم ترخيصه فيه، فإذا حصل الرضا لاحقاً فلا عصيان فلا فساد.

فيتم الاستشهاد لمسألة الفضولي بهذه الأخبار.

وأشكل السيد رحمه الله^(١): بأنّ هذا الإستدلال إمّا ينفع لأحد قسمي الفضولي فقط، وهو ما إذا كان المانع حق الغير، كما لو وقع العقد فضولاً للرجل على بنت أخت زوجته، فإنه لا يكفي رضا البنت، بل يشترط في صحة العقد رضا الزوجة. وأمّا القسم الآخر وهو: أن يبيع مال الغير، أو يزوّج بنته بغير إذن منه، فلا يتم الاستدلال له بهذه الأخبار.

وبالجملة، فهذا الاستدلال أو التأييد أخص من المدعى.

ولكن يمكن الجواب: بأنّ مدلول الأخبار أنّ ما كان فساداً بالذات - وهو معصية الله - فلا يقبل الصحة، وما كان فساداً بالعرض، فيقبل الصحة، وهذا أعم من أن يكون من هذا القسم أو ذاك.

قال الشيخ:

هذا غاية ما يمكن أن يحتج ويستشهد به للقول بالصحة...

الاستدلال برواية اخرى

(١) حاشية المكاسب ٢ / ١٢٢.

أقول:

واستدلّ السيّد وشيخنا الجد^(١) برواية اخرى، وهي:

عن مسمع بن يسار قال قلت لأبي عبدالله عليه السّلام: إني كنت استودعت رجلاً مالاً، فجدني، وحلف لي عليه، ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حلّ، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته، وأتيت حتى استطلع رأيك، فما ترى؟

فقال عليه السّلام: خذ الربح وأعطه النصف وأحلّه. إن هذا رجل نائب والله يحبّ التّوابين^(٢).

وجه الاستدلال:

إن أخذ الربح ظاهر في رضاه بالمعاملات التي أجزاها على ماله فضولاً.

نعم، قد كانت المعاملات لنفسه لا لصاحب المال، ولكنّ إذا صحّ الفضولي في هذا القسم، فصحتّه

فيما لو باع لصاحب المال فضولة ثابتة بالأولوية القطعية.

ولا بأس بهذا الاستدلال.

(١) حاشية السيّد ٢ / ١٢٢، غاية الآمال: ٣٦١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩ / ٨٩، كتاب الوديعة، الباب ١٠ رقم: ١.

صفحه سفید

الفهرس

- ضمان القيميّ بالقيمة ٥...
التاسع ٧...
ضمان القيمي بالقيمة ٧...
الأقوال في يوم القيمة ١٠...
المشهور يوم التلف ١٠...
الأصل ضمان التالف بقيمة يوم التلف ١٢...
القول بضمان يوم القبض لصحيحة أبي ولأد ١٣...
الكلام حول صحيحة أبي ولأد ١٥...
صحيحة أبي ولأد ١٥...
محلّ الاستشهاد على قيمة يوم القبض ١٧...
الفقرة الاولى: قوله: ١٧...
الفقرة الثانية، قوله عليه السّلام: ٢٣...
ما يوهن الاستدلال على اعتبار يوم القبض ٢٩...
حمل الصحيحة على التعبد ٣٤...
القول بضمان أعلى القيم والاستشهاد له بالصحيحة ٣٥...
تكميل ٣٩...
الاستدلال لأعلى القيم بوجه آخر ٤٤...
الاستدلال لأعلى القيم بقاعدة لاضرر ٤٥...
توجيه الاستدلال ٤٦...
الاستدلال لأعلى القيم بالحيلولة ٤٨...
الاستدلال لأعلى القيم بقاعدة الاشتغال ٤٩...
الاستدلال لأعلى القيم بالاستصحاب ٥٠...
الاستدلال لأعلى القيم بأية الاعتداء ٥١...
القول بيوم البيع ٥٢...
مسائل متعلّقة بالقيمة ٥٤...

- ٥٤... لا اعتبار بزيادة القيمة بعد التلف
- ٥٥... ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة
- ٥٦... ارتفاع القيمة بسبب الزيادة في العين
- ٥٧... الكلام في بدل الحيلولة
- ٥٩... تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف
- ٥٩... عدم اختصاص بدل الحيلولة بتعذر الوصول
- ٦٠... مورد بدل الحيلولة في تعذر الوصول
- ٦١... دليل وجوب بدل الحيلولة
- ١ - قاعدة السلطنة ٦١...
- ٢ - قاعدة اليد ٦٣...
- ٣ - قاعدة لا ضرر ٦٦...
- ٤ - الإجماع ٦٧...
- ٥ - النصوص ٦٧...
- المراد من التعذر... ٦٩
- هل يلزم المالك بأخذ البديل؟ ٧١...
- خروج العين عن التقويم في حكم التلف ٧٣...
- هل البديل ملك لمالك العين أو مباح له؟ ٧٣...
- هل تدخل العين في ملك الضامن بدفع البديل؟ ٧٥...
- التحقيق هو النظر في الأدلة ٧٥...
- وبيان آخر: ٧٧...
- كيفية الملكية بناءً على الملك ٧٨...
- الكلام في نماءات المبدل والبديل ٨٢...
- الكلام في الانتفاعات ٨٣...
- هل يكفي فوات بعض المنافع؟ ٨٤...
- حكم خروج العين عن التقويم مع بقاءها على الملكية ٨٥...
- هل يبقى حق الأولوية بعد خروج العين عن الملكية؟ ٩٢...
- حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع البديل ١٠١...
- حكم ارتفاع القيمة قبل دفع البديل ١٠٣...
- حكم ما لو ارتفع التعذر وأمكن ردّ العين ١٠٤...
- هل يعود البديل إلى ملك الضامن بمجرد التمكن من ردّ العين؟ ١٠٦...
- هل للضامن حبس العين إلى أن يأخذ البديل؟ ١١٣...
- الكلام في ١١٥...

شروط المتعاقدين... ١١٥

مسألة... ١١٧

المشهور بطلان عقد الصبي... ١١٧

أدلة القول بالبطلان مطلقاً... ١١٩

النظر في الاستدلال بالكتاب... ١٢١

الاستدلال بالروايات... ١٢٢

النظر في الطائفة الاولى... ١٢٦

النظر في الطائفة الثانية... ١٣٠

النظر في الطائفة الثالثة... ١٣٥

مقدمات التحقيق في المقام... ١٣٧

التحقيق... ١٤٠

النظر في الاستدلال برواية أبي البخري... ١٤٤

الكلام في حكم إتلاف الصبي... ١٤٧

ثبوت بعض العقوبات للصبي... ١٤٨

خلاصة البحث... ١٥٠

كلام العلامة في قبض الصبي وتصرفات اخرى... ١٥٠

النظر فيه... ١٥٢

المختار في المسألة... ١٥٣

النصوص الخاصة بالدالة على المختار... ١٥٣

عدم الفرق بين الأشياء اليسيرة والخطيرة... ١٥٦

نقد تفصيل المحدث الكاشاني... ١٥٧

نقد تفصيل صاحب الرياض... ١٦٤

التحقيق في المقام... ١٦٥

مسألة... ١٧١

اشتراط قصد المتعاملين... ١٧١

التحقيق في المسألة... ١٧٣

قول صاحب المسالك بعدم تحقق القصد من الفضولي... ١٧٤

كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين... ١٧٥

مقدمات التحقيق فيه... ١٧٥

شرحه... ١٧٨

مناقشة الشيخ فيما أفاده صاحب المقابس... ١٨٢

النظر فيها... ١٨٣

- بقيّة المناقشة والنّظر فيها ١٨٥...
هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري؟ ١٩١...
مختار الشيخ ١٩٣...
التحقيق في المسألة ١٩٤...
ويتمُّ شرح الجهات و تكميلها ضمن امور: ١٩٦...
النظر في القول بالفرق بين البيع والنكاح ١٩٩...
الأولى في الفرق ٢٠٠...
مسألة ٢٠٣...
اشتراط الاختيار ٢٠٣...
دليل هذا الشرط ٢٠٤...
الكلام على الاستدلال بآية التجارة عن تراض ٢٠٩...
الكلام على الاستدلال بحديث لا يحلّ ٢١٠...
الكلام على الاستدلال بحديث الرفع ٢١٠...
صحّة الاستدلال بما تقدّم ٢١٢...
الاستدلال بما ورد في طلاق المكره ٢١٣...
قول جماعة بأن المكره غيرقاصد لمدلول اللفظ ٢١٤...
الكلام حول ما ذكره الشيخ ٢١٤...
حقيقة الإكراه ٢١٨...
هل يعتبر عدم إمكان التفصي؟ ٢٢٠...
شرح كلام الشيخ ٢٢٠...
التحقيق في المقام ٢٢٤...
عدم اعتبار العجز في الإكراه الراجع لأثر المعاملات ٢٢٧...
لو أكره على أحد الأمرين ٢٣١...
النظر في كلام الشيخ ٢٣٤...
وتفصيل الكلام يتمّ ضمن مباحث: ٢٣٧...
لو أكره أحد الشخصيين على فعل واحد ٢٤٣...
تفصيل المطلب ٢٤٤...
صور تعلّق الإكراه ٢٤٧...
فروع ٢٥٣...
الإكراه على بيع واحد غيرمعيّن من عبيدين ٢٥٣...
صور المسألة ٢٥٤...
الإكراه على معيّن فضمّ غيره إليه ٢٥٨...

- مسألة النصف ... ٢٥٩
- الإكراه على الطلاق ... ٢٥٩
- صور المسألة والنظر فيها... ٢٦١
- هل الرضا بعد العقد يوجب الصحة؟... ٢٦٤
- أدلة المانعين... ٢٦٤
- التحقيق في المقام ... ٢٦٦
- النظر في أجوبة الشيخ عن أدلة المانعين ... ٢٦٨
- هل الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ ... ٢٧٧
- مسألة ... ٢٨٣
- إذن السيد لو كان العاقد عبداً ... ٢٨٣
- الدليل على هذا الشرط ... ٢٨٣
- التحقيق ... ٢٨٤
- حكم إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد ... ٢٨٥
- تأييد وقوع البيع بالصحيحة السابقة ... ٢٨٧
- تأييد وقوع البيع برواية: إنه لم يعص الله ... ٢٨٩
- فرع ... ٢٩٦
- لو أمر العبد بأن يشتري نفسه من مولاه ... ٢٩٦
- الدليل على الصحة واللزوم ... ٢٩٦
- الجواب عن دليل القول بالبطلان ... ٢٩٨
- لو أمر العبد بأن يشتري نفسه من وكيل المولى ... ٢٩٨
- بيع الفضولي ... ٣٠١
- مسألة ... ٣٠٣
- في عقد الفضولي ... ٣٠٣
- المراد بالفضولي ... ٣٠٤
- هل يجري البحث في الإيقاعات؟ ... ٣٠٥
- التحقيق هو التفصيل ... ٣٠٨
- هل يشمل البحث الرضا الباطني؟ ... ٣٠٩
- دليل الشمول ... ٣٠٩
- أدلة الشيخ على عدم الشمول ... ٣١٠
- الكلام على الدليل الأول ... ٣١٢
- الكلام على الدليل الثاني ... ٣١٥
- الكلام على الدليل الثالث ... ٣١٧

- الكلام على الدليل الرابع... ٣١٨
- الكلام على الدليل الخامس... ٣١٩
- أقسام... ٣٢٣
- بيع الفضولي... ٣٢٣
- الأول... ٣٢٥
- المسألة الأولى... ٣٢٧
- وجه الاستدلال بالعمومات والإطلاقات... ٣٢٨
- الإشكال على الاستدلال... ٣٢٩
- التحقيق في المقام... ٣٣١
- الاستدلال بقضية عروة البارقي... ٣٣٩
- الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس... ٣٤٥
- نقد الإشكال في الاستدلال... ٣٤٦
- الجواب عن موهنات الاستدلال... ٣٥٠
- الاستدلال بفحوى صحّة عقد النكاح... ٣٥٣
- توهين الاستدلال بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة... ٣٥٤
- بحوث مهمّة... ٣٥٨
- في وجه دعوى الأولويّة... ٣٥٨
- في الفرق بين البضع والمال... ٣٦١
- في كلام الشيخ بعد الخبر... ٣٦٣
- في وجه جعل الاحتياط في النكاح... ٣٦٤
- الاستدلال بروايات المضاربة... ٣٦٥
- الاستدلال بروايات الاتّجار بمال اليتيم... ٣٦٩
- صور المسألة في الأخبار... ٣٧١
- تأييد المطلب برواية ابن اشيم... ٣٧٢
- التأييد برواية الحلبي... ٣٧٥
- التأييد برواية عبدالله... ٣٧٨
- التأييد برواية إنه لم يعص الله... ٣٨٠
- الاستدلال برواية اخرى... ٣٨٢