



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

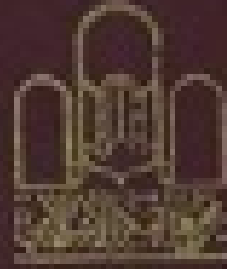
اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir



٢٢

فقر العيون

١٠٢

تأليف

مكتبة دار الفقه الإسلامي - القاهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فقه العقود: دراسه مقارنه بين الفقه الاسلامى و الفقه الوضعى

كاتب:

كاظم حسينى حائرى

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٢	فقه العقود: دراسه مقارنه بين الفقه الاسلامى والفقه الوضعى
٢٢	اشاره
٢٢	الجزء الأول
٢٢	كلمة المؤلف
٢٣	المقدمه
٢٣	اشاره
٢٣	١- تصورات عامه عن الملك
٢٣	اشاره
٢٤	مفهوم الملك
٢٤	اشاره
٢٤	بيان المحقق الأصفهاني رحمه الله:
٢٥	بيان السيد الخوئي رحمه الله:
٢٦	بيان السيد الشهيد رحمه الله:
٢٩	ثلاثه تعابير عن الملك:
٣٠	المصادر الأوليه للملك
٣٠	اشاره
٣٠	رأى السيد الخوئي رحمه الله:
٣٢	رأى السيد الشهيد رحمه الله:
٣٨	مصاديق غامضه من الملكيه
٣٨	ملكيه الأعمال:
٣٩	الأحكام المترتبة على ملكيه الأعمال:
٤١	ملكيه الذمم:

- ٤١ اختلاف الذمة عن العهدة:
- ٤٢ المفهوم الفقهي للدين مقارنا للقانون الوضعي:
- ٤٥ حواله الدين مقارنا للقانون الوضعي:
- ٤٩ الحواله على البرىء فى الفقه الشيعي:
- ٤٩ اختلاط التصورات عند (السنهورى) فى باب الحواله:
- ٥٠ مع مصطفى الزرقاء:
- ٥١ ملكية المنافع:
- ٥١ اشارة
- ٥٢ التخرىج العقلاى لملكية المنافع:
- ٥٢ تفاسير للمنفعة و الانتفاع:
- ٥٥ ملكية الأعيان و الجهات
- ٥٥ اشارة
- ٥٥ الشخصيات الحقوقية فى الفقه الوضعي:
- ٥٧ الشخصيات الحقوقية فى الفقه الإسلامى:
- ٥٧ اشارة
- ٦٠ التمسك بامضاء الشارع للارتكاز العقلاى:
- ٦١ الطريق الأول: التمسك بامضاء الشارع لهذه الشخصيات الحقوقية و أحكامها الثابت بعدم الردع.
- ٦٤ [الطريق الثانى]: التمسك بإطلاقات أدلة العقود:
- ٦٥ [الطريق الثالث]: التمسك بولاية الفقيه:
- ٦٧ إعمال الولاية بلحاظ الآثار:
- ٦٨ ٢- المراد بالمال
- ٦٨ تعريف المال:
- ٦٨ تحديد حدود المال:
- ٦٨ آراء اخرى فى تحديد المال:

- ٣- تحليل حقيقة الحقّ ٦٩
- اشارة ٦٩
- تفسير الحقّ في الفقه الإسلامي: ٦٩
- تفسير الحقّ في الفقه الوضعي: ٧٥
- الأثار المعروفة للحقّ: ٧٦
- اشارة ٧٦
- (الأول) جواز الاسقاط: ٧٦
- (الثاني و الثالث) جواز النقل و الإرث: ٧٦
- نقل الحقّ إلى من هو عليه: ٧٨
- نفي الفرق الجوهرى بين الحقّ و الحكم: ٧٩
- ضابطة التمييز بين الحقّ و الحكم: ٨٠
- الضابط العقلائي لجواز الإسقاط: ٨١
- الضابط العقلائي لجواز النقل و الإرث: ٨٢
- اعتبار المالبية في نقل الحقّ: ٨٤
- تقسيم الحقّ إلى العيني و الشخصي ٨٥
- إرجاع الحقّ العيني إلى الشخصي: ٨٦
- إرجاع الحقّ الشخصي إلى العيني: ٨٧
- إلحاق بعض الحقوق إلى العيني أو الشخصي: ٨٨
- ثمرات الفرق بين الحقّ العيني و الشخصي: ٨٩
- حقوق الابتكار ٩٢
- اشارة ٩٢
- التبرير الشرعى لحقّ الابتكار: ٩٣
- حقّ السرقلية ٩٥
- اشارة ٩٥

- ٩٦ مقتضى القواعد العامة:
- ٩٧ مقتضى الروايات الخاصة:
- ٩٩ تخريج جديد لحقّ السرقفليّة:
- ١٠٠ -٤- تصوّرات عامّة عن العقد
 تعريف العقد و تطوّره التاريخي:
- ١٠٣ تعريف العقد في الفقه السني:
- ١٠٤ تعريف العقد في الفقه الشيعي:
- ١٠٤ اشارة
- ١٠٥ النسبة بين العقد و العهد:
- ١٠٦ وجوب الوفاء بالعهد:
- ١٠٦ مصادر الالتزام في الفقه العربي:
- ١٠٩ شمول العقد لغير العقود الماليّة:
- ١٠٩ تقسيم العقد إلى إذني و عهدي:
- ١١٠ الفصل الأوّل نظرات فاحصة في إطلاقات أدلّة العقود
 اشارة
- ١١١ مقدمة:
- ١١١ -١- كفيّة إبراز العقد
 اشارة
- ١١١ كفيّة الإبراز في الفقه الوضعي
- ١١٢ الجذور العقلانيّة لاشتراط القبض:
- ١١٤ المقايسة بين الفقه العربي و الإسلامي
- ١١٥ إطلاقات أدلّة العقود
 اشارة
- ١١٦ آية الوفاء بالعقد:

- ١١٨ [آية] أحلّ الله البيع:
- ١١٨ اشارة
- ١١٨ و ربّما تذكر على التمسك بهذا الإطلاق عدة إشكالات:
- ١١٨ الإشكال [الأول] التمسك بالعام في الشبهة المصداقية:
- ١٢٢ [الإشكال الثاني]: عدم كون الآية في مقام البيان:
- ١٢٣ [الإشكال الثالث]: دلالة الآية على حليّة الآثار:
- ١٢٥ آية التجارة عن تراض:
- ١٢٨ آية أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا:
- ١٢٩ المرسل المعروف عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: [الناس مسلّطون على أموالهم]:
- ١٣٠ حديث [المؤمنون عند شروطهم]:
- ١٣٠ اشارة
- ١٣١ و يمكن الإيراد على ذلك بإشكالين:
- ١٣١ ١- الشرط الضمني و الشرط الابتدائي:
- ١٣١ اشارة
- ١٣٢ أ- موارد الاستعمال لكلمة (الشرط):
- ١٣٣ ب- التحليل العقلائي للشرط:
- ١٣٨ ج- الاستشهاد برواية خاصّة:
- ١٣٨ ٢- ليس البيع التزاما بشيء:
- ١٣٩ مقتضى السيرة في بيع المعاطاة
- ١٣٩ اشارة
- ١٤٠ إنّما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام:
- ١٤٣ المعاطاة في النكاح
- ١٤٣ اشارة
- ١٤٦ و في ختام البحث عن المعاطاة في النكاح أشير إلى نكتتين في الفرق بين مثل المعاطاة في البيع و المعاطاة في النكاح:

- ١٤٦ الاولى
- ١٤٦ و الثانية
- ١٤٧ - ٢- العقود المستحدثة
- ١٤٨ - ٣- أصالة اللزوم فى العقود
- ١٤٨ اشارة
- ١٤٨ الإطلاقات الدالة على اللزوم:
- ١٤٨ اشارة
- ١٤٨ فمن تلك الإطلاقات حديث «الناس مسلطون على أموالهم»
- ١٥٠ و منها حديث «المؤمنون عند شروطهم»
- ١٥٠ و منها آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
- ١٥٠ اشارة
- ١٥١ و على آية حال فدلالة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على اللزوم يمكن أن تتصور بأحد شكلين:
- ١٥١ الأول
- ١٥١ الثانى
- ١٥١ و منها- آية لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ
- ١٥٢ و منها- آية أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا
- ١٥٢ و قد يتمسك فى المقام بجملة المستثنى فى آية التجارة أو بآية أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ لِإِثْبَاتِ اللزوم
- ١٥٣ دلالة السيرة و الاستصحاب على اللزوم:
- ١٦٠ إثبات اللزوم بالاستصحاب فى موارد الشبهة الموضوعية:
- ١٦١ أدلة اللزوم فى خصوص البيع:
- ١٦٥ خروج بعض العقود عن إطلاقات اللزوم:
- ١٦٥ اشارة
- ١٦٦ دعوى خروج المعاطاة عن تحت الإطلاقات:
- ١٦٩ عدم شمول الإطلاقات لموردين:

١٧٠	الفصل الثاني أركان العقود و شرائطها
١٧٠	اشارة
١٧٠	مقدمة:
١٧١	١- مع الفقه الوضعى فى أركان العقد
١٧١	اشارة
١٧١	ركن الإرادة فى الفقه الغربى
١٧٤	ركن السبب فى الفقه الغربى
١٧٤	اشارة
١٧٤	تاريخ البحث حول السبب:
١٧٤	اشارة
١٧٥	النظرية التقليدية فى السبب:
١٧٥	اشارة
١٧٦	و الشروط الواجب توافرها فى العقد بلحاظ السبب لدى النظرية التقليدية ثلاثة:
١٧٦	الأول- وجود السبب
١٧٦	الثانى- صحة السبب
١٧٧	الثالث- مشروعية السبب،
١٧٧	الهجوم ضدّ نظرية السبب التقليدية:
١٧٨	الدفاع عن النظرية:
١٧٩	النظرية الحديثة فى السبب:
١٨٤	نظرية السبب فى ضوء الفقه الإسلامى
١٨٤	اشارة
١٨٥	تقييم السنهورى لنظرية الإسلام حول السبب:
١٨٧	[البحث الأول]: حرمة العقد عند عدم مشروعية الباعث:
١٨٧	اشارة

- ١٨٧ ١- مقتضى الأدلة العامة:
- ١٨٧ اشارة
- ١٨٧ أ- دعوى حكم العقل:
- ١٨٧ اشارة
- ١٨٨ و قد تثار بوجه هذا الدليل عدة نقائص:
- ١٩٠ [الجواب عن النقائص]
- ١٩٤ ب- التمسك بأية التعاون:
- ١٩٤ اشارة
- ١٩٥ و عن المحقق الإيروانى رحمه الله فى تعليقه على المكاسب النقاش فى أصل التمسك بهذه الآية المباركة فى المقام بإيرادين:
- ١٩٦ [الجواب عن المحقق الإيروانى]
- ١٩٩ ج- التمسك بدليل النهى عن المنكر:
- ٢٠٢ ٢- مقتضى الأدلة الخاصة:
- ٢٠٤ البحث الثانى بطلان العقد عند عدم مشروعية الباعث:
- ٢٠٧ فى ختام بحث السبب:
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٧ الأول
- ٢٠٧ الثانى
- ٢١١ الركن الأول: الإرادة
- ٢١١ اشارة
- ٢١١ [البحث الأول: إرادة العقد فى المرحلة التمهيدية]
- ٢١١ اشارة
- ٢١٢ الوعد بالتعاقد و الاتفاق الابتدائى:
- ٢١٤ العربون و أنواعه:
- ٢١٤ اشارة

- ٢١٥ فرضية كون العربون جزء من الثمن:
- ٢١٥ فرضية عدم كون العربون جزء من الثمن:
- ٢١٥ اشارة
- ٢١٨ حرمة الإقالة بوضيعة:
- ٢١٨ اشارة
- ٢١٨ الوجه الأول - التمسك بقوله تعالى: **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**
- ٢١٩ الوجه الثاني - أن يقال: إن الثمن الذى يأخذه البائع فى مقابل الإقالة إما هو بروح تدارك خسارة تجميد ماله،
- ٢٢١ دعوى استلزام العربون للغرر:
- ٢٢٢ روايات مبطلية الجهالة:
- ٢٢٥ [البحث الثانى] المقارنة بين فقدان الإرادة و وجودها المعيب
- ٢٢٥ اشارة
- ٢٢٥ تقسيم البحث فى الفقه الغربى و الفقه الإسلامى:
- ٢٢٧ صعوبة يواجهها الفقه الإسلامى:
- ٢٢٨ اشارة
- ٢٢٩ مرجع الصعوبة إلى إشكالين:
- ٢٣١ [الإشكال الأول] إشكال عدم تطابق الموجود للمعقود عليه:
- ٢٣١ اشارة
- ٢٣١ ١- الإشارة أقوى من الوصف:
- ٢٣٢ ٢- الجزئى لا يخصص:
- ٢٣٣ ٣- تفریق العرف بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبي:
- ٢٣٥ ٤- التفریق بوجه آخر بين الوصف الجوهرى و الجانبي:
- ٢٣٦ ٥- العوارض الخارجية ليست طرفا للمبادلة:
- ٢٣٧ ٦- أخذ الوصف على أساس تعدد المطلوب:
- ٢٣٨ ٧- دخالة الوصف الجوهرى عرفا فى المائتة و الملكية:

- ٢٤٣ ٨- الحل المختار للإشكال:
- ٢٤٥ الإشكال الثاني إشكال أنّ تخلف الوصف يوجب فقدان الرضا:
- ٢٤٥ اشارة
- ٢٤٥ و على أية حال فالعمدة في الجواب على الإشكال الثاني و هو مشكلة الرضا وجهان:
- ٢٤٥ ١- توفر الرضا المعاملي:
- ٢٤٨ ٢- الرضا يدور مدار الوصول:
- ٢٤٩ سبب الخيار في فقها عند تخلف الوصف:
- ٢٥١ سبب الخيار في الفقه الوضعي عند تخلف الوصف:
- ٢٥٥ تنبيهات حول فقدان الإرادة و وجودها المعيب:
- ٢٥٥ اشارة
- ٢٥٥ [الأمر الأول] أقسام عدم التطابق بين الإيجاب و القبول:
- ٢٥٥ اشارة
- ٢٥٥ ذكر السيد الخوئي في المقام أقساما خمسة لعدم التطابق بين الإيجاب و القبول «١».....
- ٢٥٥ القسم الأول- ما إذا اختلفا في عنوان العقد
- ٢٥٦ القسم الثاني- ما إذا اختلفا في المتعلق،
- ٢٥٦ القسم الثالث- ما إذا اختلفا في طرف العقد
- ٢٥٦ القسم الرابع- ما إذا اختلفا في الشروط
- ٢٥٨ القسم الخامس- ما إذا اختلفا في الأجزاء
- ٢٥٨ فرض القبول إيجابا و إلحاقه بقبول آخر:
- ٢٥٩ [الأمر الثاني] تخلف الداعي لا يوجب الخيار إلا في موردين:
- ٢٥٩ اشارة
- ٢٥٩ و نستثنى من عدم كون تخلف الداعي سببا للخيار موردين:
- ٢٥٩ المورد الأول- ما إذا كان الغلط الذي وقع فيه عبارة عن تخلف الهدف العام
- ٢٦٠ المورد الثاني- ما إذا جهل من انتقل إليه المتاع بوصف المتاع نتيجة عدم القيام بالمقدار المتعارف من الفحص قبل الشراء

- ٢٦١ [الأمر الثالث] حكم أقسام الغلط الواردة في كتاب (الوسيط):
- ٢٦١ اشارة
- ٢٦٢ حكم الشرط الفاسد:
- ٢٦٥ [الأمر الرابع] خيار التدليس:
- ٢٦٧ [الأمر الخامس] حكم الاستغلال و خيار الغبن:
- ٢٦٨ [الأمر السادس] الإكراه مبطل للعقد أو موجب للخيار؟
- ٢٦٩ الجزء الثاني
- ٢٦٩ اشارة
- ٢٦٩ [تتمة الفصل الثاني أركان العقود و شرائطها]
- ٢٦٩ [تتمة الركن الأول الإرادة]
- ٢٦٩ [البحث الثالث] شرائط صحّة الإرادة
- ٢٦٩ اشارة
- ٢٦٩ ١- الرضا بالنتيجة:
- ٢٦٩ اشارة
- ٢٧٠ الدليل على بطلان عقد المكره:
- ٢٧٠ اشارة
- ٢٧٠ الأول- ما دلّ على اشتراط طيب النفس
- ٢٧١ و الثاني- ما دلّ على مانعيّة الإكراه
- ٢٧٣ حكم الإكراه بحق:
- ٢٧٤ اشتراط الرضا أو مانعيّة الإكراه:
- ٢٧٥ ثمرة الخلاف عند وجود المندوحة:
- ٢٧٦ حكم المندوحة بالتوريّة عند الإكراه:
- ٢٨١ أدلّة عدم لحوق التوريّة بالكذب:
- ٢٨٣ التفصيل بين التوريّة الابتدائية و غيرها:

- ٢٨٣ اشارة
- ٢٨٣ و يمكن توجيه هذا التفصيل بوجوه:
- ٢٨٣ الأول- أن يقال [أن التورية الابتدائية تعتبر عقلايا نوعا من الخداع القبيح فى الارتكاز العقلايى الثابت حرمة].....
- الثنائى- أن يقال- بعد تسليم حرمة التورية فى نفسها- إن إخراج السائل للمجيب بسؤاله هو الذى يحللها على أساس قاعدة نفي الـ
- الثالث- أن يقال بعد تسليم كون مقتضى القاعدة حرمة التورية: أنه خرجت التورية التى تكون فى مقام جواب السائل بالنص ٢٨٤
- الرابع- أن يقال: ان من يورى ابتداء فالداعى له هو إفهامه للمخاطب قصد الحكاية عن أمر كان خلاف الواقع ٢٨٤
- فروع بحث الإكراه: ٢٨٤
- ٢٨٤ اشارة
- ٢٨٤ [الفرع الأول] الإكراه على الجامع:
- ٢٩١ [الفرع الثانى] اختلاف فعل المكروه عن مصب الإكراه:
- ٢٩٥ [الفرع الثالث] لحقوق الرضا بالعقد بعد الإكراه:
- ٢٩٩ بقى الكلام فى ان الإجازة بعد انتهاء الإكراه هل هى كاشفة أو ناقلة؟
- ٢٩٩ ٢- التنجيز:
- ٢٩٩ اشارة
- ٣٠٢ كلمات الأصحاب فى شرط التنجيز:
- ٣٠٢ اشارة
- ٣٠٢ ١- ما ذكره المحقق النائينى رحمه الله فى المقام
- ٣٠٢ ٢- ما ذكره البعض
- ٣٠٢ ٣- ما ذكره العلامه فى التذكرة على ما نقله الشيخ الأعظم فى المكاسب
- ٣٠٣ ٤- ما عن جماعة كالمحقق و العلامه و الشهيدين و المحقق الثانى و الصيمرى
- ٣٠٣ ٥- ما ذكره البعض
- ٣٠٤ الركن الثانى: إبراز الإرادة
- ٣٠٤ ١- اعتبار الإبراز و إطلاقه:
- ٣٠٥ ٢- اعتبار الموالة بين الإيجاب و القبول:

- ٣٠٥ اشارة
- ٣٠٥ أدلة اعتبار الموالاة:
- ٣٠٩ أدلة عدم اعتبار الموالاة:
- ٣١٠ اشارة
- ٣١٠ الأول- الإطلاقات بعد فرض إبطال أدلة اشتراط الموالاة.
- ٣١٠ و الثاني- السيرة على المعاملات المعاطية بالكتابة و نحوها
- ٣١٠ الثالث- قصة هبة مارية القبطية للنبي صلى الله عليه و آله.
- ٣١٠ الرابع- حديث المرأة التي طلبت من رسول الله صلى الله عليه و آله تزويجها
- ٣١١ الركن الثالث: المتعاقدان. و كون العاقد ركنا في العقد بديهى.
- ٣١١ [الشرط الأول من شرائط المتعاقدين] اعتبار الأهلية فى المتعاقدين
- ٣١٢ اشارة
- ٣١٢ [البحث الأول] شرط البلوغ:
- ٣١٢ اشارة
- ٣٢٢ دلالة الستة على اشتراط البلوغ:
- ٣٢٢ [ما يدل على أن بلوغ سن اليتيمة إلى تسع سنين غير كاف لانتهاء اليتيم و حصول التكليف إلا إذا تزوجت]
- ٣٢٣ و فى مقابل هذه الروايات روايات تدل على كفاية بلوغها تسع سنين من دون شرط الزواج فى جرى قلم التكليف عليها
- ٣٢٦ و لنعد الآن إلى روايات شرط البلوغ فى انتهاء الحجر:
- ٣٢٩ ما دل على كفاية الرشد:
- ٣٢٩ اشارة
- ٣٣٤ مدى بطلان معاملات الصبى:
- ٣٣٨ دعوى كون الصبى مسلوب العبارة:
- ٣٤٨ و فى ختام البحث عن عقد الصبى [تبتين من أن بطلان عقد الصبى ليس بمعنى لا يقبل التصحيح بعد ذلك بالإجازة المتأخر]
- ٣٤٨ البحث الثانى- فى شرط الرشد:
- ٣٤٩ [الشرط الثانى- من شرائط المتعاقدين] اعتبار الملكية أو الولاية أو الإذن

- ٣٤٩ اشارة
- ٣٤٩ أصل اعتبار هذا الشرط
- ٣٥٠ الدليل العام على هذا الشرط:
- ٣٥١ الدليل الخاص على كفاية إذن المالك:
- ٣٥١ اشارة
- ٣٥١ الأول- ما ذكره السيد الخوئي
- الثاني- ان العقد عهد و العهد أمر تكويني نفسي و المتعهد الحقيقي في باب العهود التي تقام بواسطة نائب أو وكيل أما هو الموكل أو الآذ الثالث- ما أفاده السيد الإمام رحمه الله و هو أننا لو خَلينا و طبع الإطلاق اللفظي لأدلة العقود لاقتضت إمضاء عقد الفضولي و الغاصب للذ
- ٣٥٤ هل يقوم الرضا مقام الإذن:
- ٣٥٨ تأخر هذا الشرط عن العقد
- ٣٥٨ اشارة
- ٣٥٨ [البحث الأول] لحوق الملك أو الولاية:
- ٣٦٢ [البحث الثاني] الإجازة المتأخرة عن العقد:
- ٣٦٢ اشارة
- ٣٦٢ و المتيقن من صحّة الفضولي بالإجازة بناء على صحته هو العقد و ليس الإيقاع،
- ٣٦٣ و الآن حان وقت الشروع في بحث عقد الفضولي:
- ٣٦٣ مصطلح (الفضولي) في الفقهين الإسلامي و الوضعي:
- ٣٦٤ تحرير محل النزاع:
- ٣٦٥ القدر المتيقن في العقد الفضولي:
- ٣٦٥ نصوص خاصة في العقد الفضولي:
- ٣٩٥ أدلة بطلان عقد الفضولي:
- و بعد ذلك يقع الكلام في أنه لو اضيف عنصر آخر على عنصر الفضولية هل يوجب ذلك البطلان و عدم النفوذ بالإجازة اللاحقة أو
- ٤١٠ الإجازة كاشفة أو ناقلة؟:
- ٤٦٤ الركن الرابع: المحلّ.

- ٤٦٤ الفصل الثالث المقبوض بالعقد الفاسد
- ٤٦٤ اشارة
- ٤٦٤ ما ورد فى الفقه الوضعى:
- ٤٦٥ و على أية حال فلو بطل العقد فقد وقع الكلام فى فقهنا الإسلامى عن عدّة أحكام بالنسبة لما وقع عليه العقد الباطل:
- ٤٦٥ [الأول]: جواز التصرف و عدمه:
- ٤٦٦ [الثانى]: الضمان و عدمه:
- ٤٦٦ اشارة
- ٤٦٦ مقتضى الروايات الخاصّة:
- ٤٦٨ مقتضى القواعد العامّة:
- ٤٦٨ و أمّا إثبات الضمان بمقتضى القواعد
- ٤٦٨ اشارة
- ٤٦٨ الأول- قاعدة اليد:
- ٤٦٩ و الثانى- قاعدة الإقدام
- ٤٦٩ اشارة
- ٤٦٩ التفسير الأول- افتراض كون الإقدام على الضمان هو المقتضى للضمان
- ٤٧٠ و التفسير الثانى- انّ مقتضى الضمان هى اليد و المانع عنه التسليط المجانى من قبل المالك
- ٤٧١ و الثالث- قاعدة لا ضرر
- ٤٧٢ و أمّا قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
- ٤٧٢ اشارة
- ٤٧٣ بعض النقوض على قاعدة ما لا يضمن:
- ٤٧٣ اشارة
- ٤٧٣ فمنها- ما لو استعار المحرم الصيد من المحل فتلف الصيد فى يده
- ٤٧٦ و منها- انّ منافع العين المشترأه بالبيع الفاسد هل تكون مضمونة أو لا؟
- ٤٧٩ و منها- حمل المبيع حيث يقال بضمانه على المشتري فى البيع الفاسد مع أنّه غير مضمون مثلاً فى البيع الصحيح.

- ٤٧٩ [الثالث] وجوب الردّ إلى المالك و عدمه:
- ٤٧٩ اشارة
- ٤٧٩ و ما قد يصلح دليلا على وجوب الردّ الذي ذهب إليه الشيخ الانصارى و الشيخ النائينى و السيد اليزدى و غيرهم وجوه:
- ٤٧٩ الوجه الأول- حرمة الإمساك المستفاده من حديث سماعة و زيد الشحام
- ٤٨١ و الوجه الثانى - رواية على اليد ما أخذت حتى تؤدى بعد فرض ثبوتها بالشهرة و الاستفاضة مثلا
- ٤٨٣ الوجه الثالث- نصوص الرد و الأداء
- ٤٨٤ ثم انّ السيد الخوئى فضل في المقام بين الردّ إلى نفس المالك في بيته مثلا و بين الردّ إلى البلد الذي أخذ فيه هذا المتاع
- ٤٨٤ اشارة
- ٤٨٤ أقول: إنّ هذا الكلام يمكن أن يثار حوله عديد من التساؤلات:
- ٤٨٤ اشارة
- ٤٨٤ منها- أنّه لو اتفق أنّه لم تكن لخصوصية كون العين في بلد الاخذ أثر في الرغبة أو القيمة السوقيتين
- و منها- أنّه لم لا نقول أيضا بضمن خصوصيات السلطنة التي للمالك رغبة شخصية فيها و لو لم تكن دخيلة في الرغبة و القيمة السوة
- ٤٨٥ و منها- أنّه لم لا نقول: إنّ خصوصيات السلطنة غير مضمونة في المقام و إن كانت مضمونة في باب الغصب!؟
- ٤٨٥ [الرابع]: ضمان المنافع:
- ٤٨٥ اشارة
- ٤٨٥ المنافع المستوفاة:
- ٤٨٥ اشارة
- و نحن هنا نتكلم تارة في أنّه هل يمكن إثبات قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن عن طريق الروايات و بقطع النظر عن السيرة العقلية
- ٤٨٦ أمّا قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن
- ٤٨٧ و أمّا قاعدة الخراج بالضمان
- ٤٩١ المنافع غير المستوفاة:
- ٤٩٣ [الخامس]: المثل في المثلى و القيمة في القيمي:
- ٤٩٣ اشارة
- ٤٩٣ مقتضى الارتكاز العقلية:

- ٤٩٥ مقتضى الروايات المنفرقة:
- ٤٩٥ اشارة
- ٤٩٦ و بعد فالصحيح عدم وجود رواية تامة السند تدل على قيمية بعض الأشياء كما يتضح ذلك بذكر نموذج مما تتوهم دلالتة على ذلك:
- فمنها- روايات عتق أحد الشريكين أو الشراء نصيبه من العبد الدالة على ضمان المعتق قيمة حصص الباقيين أو استسعاء العبد لتحصيل
- ٤٩٧ و منها- ما عن السكونى بسند فيه النوفلى
- ٤٩٧ و منها- روايات وقوع التهاثر بين الدين و الرهن التالف عن تقصير
- ٤٩٨ و منها- صحيحة أبى ولاد
- ٤٩٩ و منها- رواية أبى الورد
- ٥٠٠ تنبيهات حول المثل و القيمة:
- الأول- ان الأوصاف غير الدخيلة فى الرغبات العامة لو كانت دخيلة فى الرغبة الشخصية للمالك فظاهر إطلاق عبارة السيد الخوئى عدم ض
- ٥٠٠ الثانى- لو وجد المشابه و لم يوجد المثل فهل ينتقل فى مقام الأداء إلى المشابه أو إلى القيمة؟
- ٥٠١ الثالث- لو انكسرت القيمة السوقية للعين المغصوبة مثلا لا لتبدل خصوصية فى العين
- ٥٠٢ الرابع- فى بدل الحيلولة.
- ٥٠٣ الخامس- لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من قيمة المثل
- ٥٠٣ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

فقه العقود: دراسته مقارنة بين الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

إشارة

- سرشناسه : حسینی حائری، کاظم، ۱۳۱۷ -
 عنوان و نام پدید آور : فقه العقود: دراسته مقارنة بين الفقه الاسلامى والفقه الوضعى / تالیف کاظم الحسینی الحائری.
 مشخصات نشر : قم: مجمع الفكر الاسلامى، ۱۴۲۱ق.= ۱۳۷۹ -
 مشخصات ظاهرى : ۲ ج.
 فروست : مجمع الفكر الاسلامى؛ ۳۱؛ ۳۲، ۳۳.
 شابک : ۴۰۰۰۰۰ ریال (دوره)؛ ج. ۱ ۹۶۴-۵۶۶۲-۲۵-۷؛ ج. ۲ ۹۶۴-۵۶۶۲-۲۶-۵:
 یادداشت : عربی.
 یادداشت : ج. ۱ (چاپ سوم: ۱۴۲۸ق.= ۱۳۸۶).
 یادداشت : ج. ۲ (چاپ دوم: ۱۴۲۱ق.= ۱۳۷۹).
 یادداشت : ج. ۲ (چاپ سوم: ۱۴۲۸ق.= ۱۳۸۶).
 یادداشت : کتابنامه.
 موضوع : عقود و ایقاعات
 موضوع : معاملات (فقه)
 موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴
 رده بندى کنگره : BP۱۹۰/ح۴۸۶ف۷ ۱۳۷۹
 رده بندى دیوبى : ۲۹۷/۳۷۲
 شماره کتابشناسى ملی : م۷۸-۱۶۴۹۲

الجزء الأول

كلمة المؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، و الصلاة و السلام على عباده الذين اصطفى، محمد و آله الطيبين الطاهرين.

و بعد: فهذه دراسة مقارنة فى (فقه العقود) بين الفقه الإسلامى و الفقه الوضعى، و أقصد بالعقود: العقود التى يكون الهدف الرئيس منها عادة نقل المال، فالنكاح مثلا و إن كان عقدا يتم به نقل المهر إلى ملك الزوجة لكن الهدف الرئيس منه ليس عادة هو نقل المال، و إنما الهدف هو إيجاد العلة الزوجية بين الرجل و المرأة.

و هذه العقود المشتملة على نقل المال لا يقصد بها طبعاً نقل المال من مكان إلى مكان، أو ما شابه ذلك، و إنما المقصود النقل فى عالم الملكية أو الحق، إذن فنحن بحاجة إلى تصوّر مسبق لمفهوم الملك و الحق.

و لهذا سنتطرّق فى مقدّمة هذا البحث إلى الحديث عن (الملك) و تصوّرات عامة عنه، و كذلك عن (المال) لمعرفة معناه المقصود فى المقام، و كذلك عن (الحق) و حقيقته، ثم نبحث مفهوم (العقد) و حقيقته.

و نبدأ في (فقه العقود) بالأحكام التي تثبت للعقود المائتة بشكل عامّ ضمن

فقه العقود، ج ١، ص: ١٠

ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في البحث عن إطلاقات أدلّة العقود من حيث: (كيفية إبراز العقد) و (حكم العقود المستحدثه، و أصالة اللزوم في العقد).

و الفصل الثاني: في أركان العقود و شرائطها من حيث (إرادة مضمون العقد، و إبراز تلك الإرادة، و ذات المتعاقدين، و محلّ العقد).
و الفصل الثالث: في الحديث حول المقبوض بالعقد الفاسد من حيث (جواز التصرف فيه) و من حيث ضمانه، و (وجوب الردّ إلى مالكة، و ضمان منافعه).

حتى إذا وفقنا الله تعالى لإتمام البحث عن ذلك فقد ننتقل إلى بحث مصاديق تلك العقود كالبيع والإيجار وغيرهما.
و أسأله تعالى التوفيق بالإتمام، و أن يجعله عملاً خالصاً مخلصاً لوجهه الكريم، و ينفع به المسلمين، و يجعله ذخراً ليوم لا ينفع فيه مال و لا بنون، إلّا من أتى الله بقلب سليم.
و ما توفيقى إلّا بالله عليه توكلت و إليه أنيب.

كاظم الحسيني الحائري

فقه العقود، ج ١، ص: ١١

فقه العقود المقدمه.

الفصل الأول: نظرات فاحصة في إطلاقات أدلّة العقود.

الفصل الثاني: أركان العقود و شرائطها.

الفصل الثالث: المقبوض بالعقد الفاسد.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣

فقه العقود

المقدمة

إشارة

١- تصوّرات عامّة عن الملك.

٢- المراد بالمال.

٣- تحليل حقيقة الحقّ.

٤- تصوّرات عامّة عن العقد.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥

١- تصوّرات عامّة عن الملك

إشارة

يقع الكلام أولاً عن مفهوم الملك، و ثانياً عن المصادر الأوّليّة للملك، و ثالثاً عن مصاديق للملك يكتنفها شيء من الغموض، و هي

ملك الأعمال و ملك الذمم و ملك المنافع، و رابعا عن مصاديق للمالك يكتنفها شىء من الغموض كمالكيه بعض الأعيان الخارجيه كالمسجد، أو مالكيه الجهه أو الشخصيات الحكيمه فى مقابل الشخصيات الطبيعیه، أو قل: الشخصيات الحقوقية فى مقابل الشخصيات الحقيقيه.

مفهوم الملك

إشارة

أمّا البحث عن مفهوم الملك فلا- إشكال- على الإجمال- فى أنّ الملك نوع علاقته بين المالك و المملوك، إلّا أنّه قد جاء فى كلمات بعض فقهاءنا العظام البحث عن أنّ الملك هل هو من الأعراض المقوليه العارضه على المالك أو المملوك؟ أو من الامور الانتزاعية التى تنتزع من الحكم التكليفى، أو هو أمر اعتبارى مجعول بجعل الجاعل فى عرض سائر الامور الاعتبارية؟. فقه العقود، ج ١، ص: ١٦

بيان المحقق الأصفهاني رحمه الله:

وقد أورد المحقق الأصفهاني رحمه الله «١» براهين ثلاثة لنفى كون الملك من الأعراض المقوليه العارضه على المالك أو المملوك:

الأول- أنّ المقولة لا بدّ أن يكون لها مطابق و صورة فى الأعيان كالسواد و البياض، أو أن يكون من الحثيات و الشؤون الوجودية لما له مطابق و صورة فى الأعيان، كمقولة الإضافة التى تكون فعليتها بإضافتها و بلحاظها بالقياس إلى الغير، و لا يعقل أن يكون لها وجود استقلالى، و نحن نرى وجدانا أنّه بعد وجود العقد مثلا لم يوجد ما له مطابق فى الخارج فى المالك و لا فى المملوك، و لم يتحيث ذات المالك و لا المملوك بحيثيه وجوديه، بل حالهما حال ما قبل العقد.

الثانى- أنّ المقولات لمكان واقعيته لا تختلف باختلاف الأنظار، و لا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات، فالسقف الملحوظ إلى ما دونه فوق فى جميع الأنظار، و بالإضافة إلى السماء تحت بجميع الاعتبارات، بينما الملك يختلف حاله باختلاف الأنظار، فمثلا: المعاطاة قد تفيد الملك فى نظر العرف و لا تفيده فى نظر الشرع.

الثالث- أنّ العرض كونه فى نفسه عبارة عن كونه فى محلّه فيحتاج إلى محلّ محقق فى الواقع، فإن فرض المحلّ الذى يعرض عليه الملك عبارة عن المملوك انتقض بتعلق الملكيه أحيانا بالكلية فى الذميه، و إن فرض عبارة عن المالك انتقض بتعلق الملكيه أحيانا بالجهه من دون وجود مالك خارجى، ككون الزكاه ملكا لطبيعي الفقير.

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١: ٥ (فائدة فى تحقيق حقيقة الحق).

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧

ثمّ أورد رحمه الله برهانيين على عدم كون الملك أمرا انتزاعيا منتزعا من الحكم التكليفى:

الأول- أنّ قيام الحيثيه الانتزاعيه بمنشئها يصحّ صدق العنوان المأخوذ منها على منشئها، فقيام الحيثيه الخاصه بالسقف الذى هو منشأ انتزاع الفوقيه يصحّ صدق عنوان الفوق عليه، بينما فى المقام لا يصدق العنوان المأخوذ من الملك- و هما المالك و المملوك-

على الحكم التكليفي الذي فرض منشأ لانتزاع الملكية.

و الثاني- أن الملكية قد تكون من دون ثبوت للحكم التكليفي الذي يفترض منشأ لانتزاعها- و هو جواز التصرف- كما في المحجور لصغر أو جنون أو سفه أو فلس.

و قد افترض رحمه الله إلى جانب افتراض انتزاع الملكية من الحكم التكليفي افتراضين آخرين:

أحدهما- افتراض انتزاعها من العقد. و أورد عليه بالإيراد الأول من الإيرادين اللذين ذكرهما على فرض الانتزاع من الحكم التكليفي، و هو عدم صدق عنوان المالك أو المملوك على العقد، كما لا يصدقان على الحكم التكليفي، و بالإيراد الثاني من الإيرادات الثلاثة التي ذكرها على فرض عروض الملكية على المالك أو المملوك، و هو أنه لو كانت الملكية منتزعة من العقد لما اختلفت الأنظار في تحققها و عدم تحققها متى ما تحققوا من ثبوت العقد، مضافا إلى إيراد ثالث، و هو أن من المحسوس بالوجدان أن العقد بما هو عقد و قبل التشريع لم يكن منشأ لانتزاع الملكية.

و ثانيهما- افتراض انتزاعها من القدرة التكوينية على أنواع التصرفات

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨

الشرعية من بيع و نقل و تقلاب و نحو ذلك، فمنشأ انتزاع الملكية ليس هو ذات جواز التصرف كما في الفرض الأول، وإنما هو القدرة الخارجية على التصرف الجائز.

و أورد عليه بأن القدرة إنما تتعلق بالفعل بينما الملكية لها مساس بعين الرقبة ابتداء، فلا يعقل أن تكون القدرة على فعل التصرف المشروع منشأ لانتزاع ملكية رقبة العين. و لعل هذا الكلام مرجعه إلى الإيراد الأول من الإيرادين اللذين أوردتهما على فرض انتزاع الملكية من الحكم التكليفي، أي أن عنوان المملوك إنما يصدق على رقبة العين و لا يصدق على القدرة على التصرف المشروع، مضافا إلى أن الإيراد الثاني من الإيرادين اللذين ذكرهما على فرض الانتزاع من الحكم التكليفي- لو تم- يرد هنا أيضا، إذ قد تثبت الملكية مع عدم القدرة التكوينية على التصرف، أو مع عدم مشروعيتها التصرف المقدور.

بيان السيد الخوئي رحمه الله:

و ذهب السيد الخوئي رحمه الله أيضا إلى أن الملكية عبارة عن سلطنة اعتبارية تثبت باعتبار المعبر و جعله، و ليست منتزعة من الأحكام التكليفية، و لا عرضا قام حقيقة بالمالك أو المملوك. و استدلل «١» على نفي الانتزاع من الحكم التكليفي بالوجه الثاني من وجهي المحقق الأصفهاني رحمه الله من أن الملكية قد تكون مع انتفاء الحكم التكليفي كما في موارد الحجر أو كون المالك كليا أو جهة، كما أنه قد ينعكس الأمر بأن يثبت جواز التصرف من دون أن تثبت الملكية.

و استدلل ٢ على نفي العروض الحقيقي على المالك أو المملوك بالبرهان

(١) (١) و (٢) راجع محاضرات في الفقه الجعفري (قسم المعاملات) ٢: ١٩ و ٢٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩

الثالث من براهين المحقق الأصفهاني رحمه الله على ذلك من الانتفاض بفرض ما إذا كان المالك كليا أو المملوك ذميا، و لم يقبل البرهانين الأولين من براهينه.

أما البرهان الأول: و هو شهادة الوجدان بعدم تغيير عرض من أعراض المالك أو المملوك بعد البيع و الشراء مثلا، فقد أجاب عليه بأن الذي حصل بالبيع و الشراء هو الملكية. و عدم كونها عرضا من أعراض المالك أو المملوك هو المبحوث عنه هنا، فلا يعدو هذا

البرهان أن يكون مصادرة على المطلوب.

و أمّا البرهان الثاني: و هو أنّ الملكية لو كانت من أعراض المالك أو المملوك لما اختلفت باختلاف الأنظار، فقد أورد عليه: بأنّ اختلاف الأنظار في الأمور الحقيقية غير عزيز، فليس كلّ أمر واقعي من الجوهر أو العرض غير قابل للاختلاف فيه.

بيان السيد الشهيد رحمه الله:

و ذكر أستاذنا الشهيد رحمه الله: أنّ هذا الإشكال غير وارد على المحقق الأصفهاني قدس سرّه، و لا يظنّ بالمحقق الأصفهاني أن يتخيل أنّه لا يقع الخلاف في الأمور الواقعية، و ما أسعد ذاك العالم الذي يفترض عدم وقوع الخلاف فيه بين تمام العقلاء في تمام الواقعيّات. و إنّما مقصود المحقق الأصفهاني رحمه الله هو الاستدلال بوقوع الاختلاف الإنشائي في الملكية لا الاختلاف الإخباري فيها، فكلّ مجتمع ينشئها بنحو خاص، و قد تنشأ ملكية في مجتمع و لا تنشأ في مجتمع آخر، و يعترف المجتمع الثاني بتحقيق الملكية بحسب قوانين المجتمع الأوّل، و يعترف المجتمع الأوّل بعدم تحقيق الملكية بحسب قوانين المجتمع الثاني، فلا تكاذب بينهما. و قال رحمه الله: الصحيح أنّه - رغم ما ذكرناه - لا يتمّ برهان المحقق

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠

الأصفهاني قدس سرّه، و لا- ينبغي أن يذكر ما ذكره إلّا كمتبه للوجدان الحاكم باعتباريّة الملكية لا كبرهان على المطلوب، فإنّ الاعتراف بالاختلاف الإنشائي فرع الاعتراف بإنشائيّة المطلب و اعتباريته، و مع الاعتراف بذلك قد ثبت المطلوب، و لا- حاجة للاستدلال عليه بهذا الاختلاف.

و لم يرتض أستاذنا الشهيد رحمه الله أيضا البرهانين الآخرين من براهين المحقق الأصفهاني قدس سرّه على نفى كون الملكية من عوارض المالك أو المملوك كإثبات لا اعتباريّة الملكية.

و قد كان أحدهما عبارة عن أنّ الملكية لو كانت عرضا حقيقيا لاحتاجت إلى محلّ موجود خارجا. فإن فرض محلّه المملوك انتفض بتعلّق الملكية أحيانا بما في الدّمّة، و إن فرض محلّه المالك انتفض بتعلّق الملكية أحيانا بالجهة من دون وجود مالك خارجي، ككون الزكاة ملكا للفقير بلا حاجة إلى فرض وجود فقير في الخارج بالفعل. و هذا البرهان هو الذي ارتضاه السيد الخوئي رحمه الله أيضا. و أورد عليه أستاذنا الشهيد رحمه الله:

أولا- بأنّ الصفات الحقيقية ليس من اللازم أن تطرأ حتما على محلّ خارجي، فامتناع شريك الباري أمر حقيقي و ليس ثابتا في ما هو في الخارج، و إمكان الإنسان أمر حقيقي و لو فرض عدم إنسان في الخارج أصلا، فلئن لم تكن الملكية عرضا مقوليا من مقولات أرسطو المفروض انصباها على الخارج فلتكن صفة حقيقيّة من سنخ صفة الامتناع و الإمكان. قال رحمه الله: قد حققنا في علم الاصول أنّ لوح الواقع أوسع من العالم الخارجي الذي انصبت عليه مقولات أرسطو.

و ثانيا- أنّه بإمكانهم - على مبانيهم - أن يفترضوا أنّ الملكية من الأمور الحقيقية الخارجيّة و من المقولات عند ما تعرض على الأمر الخارجي و إن لم تكن

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١

كذلك عند ما لا تعرض على الأمر الخارجي. و هذا شيء يجوزونه، فيقولون مثلا أنّ عنوان التقدّم - بالرغم من أنّه مفهوم واحد - قد يكون من المقولات و من الأمور الحقيقية الخارجيّة، و قد لا يكون كذلك، فتقدّم إمام الجماعة على المأموم مثلا يكون من الأمور الحقيقية العارضة على ما في الخارج، و تقدّم الجنس على النوع المنحلّ عقلا إلى الجنس و الفصل من باب تقدّم الجزء على الكلّ ليس تقدّما عارضا على الأمر الخارجي، و إنّما مصبّه عالم التحليل العقلي، فليس مقولة، فلتكن الملكية من هذا القبيل.

وقد كان البرهان الآخر عبارة عما نحسّه بالوجدان من أنه بعد تمامية البيع والشراء مثلا لا يعرض أى شىء وجودى على المالك أو المملوك، و الامور الخارجيه كلها ثابتة على حالها.

و أورد عليه أستاذنا الشهيد رحمه الله بأن هذا الكلام إنما يتم لو فرض أن النافذة التي يطل منها الإنسان على العالم الخارجى يرى بها كل ما فى العالم الخارجى، بينما الواقع أن الذى يرى بها من ذلك إنما هو أقل القليل من العالم الخارجى، فلو قال قائل: لعله حصل تغيير فى الخارج لا نراه من تلك النافذة لا يمكن دفع كلامه بهذا الوجه.

و بالإمكان أن يصاغ من جواب أستاذنا الشهيد رحمه الله على هذا البرهان و ما مضى من جواب السيد الخوئى عليه جواب واحد مؤتلف منهما بأن يقال: لو كان المقصود فى مقام البرهنة على عدم كون الملك عرضا مقوليا يعرض على المالك أو المملوك مجرد دعوى عدم تحقق حيثية وجودية جديدة للمالك أو المملوك بعد البيع والشراء ورد ما قاله السيد الخوئى من أن هذه مصادرة على المطلوب، لأن الشىء الجديد الذى حصل هو الملكية، و عدم كونها تساق حيشية وجودية

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢

و عرضا تعلق بالمالك أو المملوك أول الكلام. و لو كان المقصود الاستدلال بأنه لو كانت الملكية تساق حيشية وجودية للمالك أو المملوك لكننا نحسّ بذلك ببعض حواسنا، و لم نحسّ بشىء من هذا القبيل، ورد ما قاله أستاذنا الشهيد رحمه الله من أن النافذة التي نطل بها على العالم الخارجى لا ترينا إلا أقل القليل من العالم الخارجى.

و أما البرهانان اللذان ذكرهما المحقق الأصفهاني رحمه الله لإثبات عدم كون الملكية منتزعة من الحكم التكليفي فأیضا لم يرتضهما أستاذنا الشهيد رحمه الله.

وقد كان أحد البرهانين عبارة عن أن الملكية لو كانت منتزعة من جواز التصرف فكيف تنفك عنه و تثبت بدونه؟ كما فى الصبى الذى يملك المال و لكنه محجور عن التصرف، و تكون تصرفاته بيد الولي. و هذا الوجه هو الذى ذكره السيد الخوئى أيضا.

قال أستاذنا الشهيد رحمه الله: إن هذا باطل من وجوه، نذكر منها: أنه يمكن أن يفترض انتزاع الملكية من جواز التصرف المشروط بالبلوغ، فإن هذا الحكم ثابت فى حق الصغير فى زمان صغره، حيث إن جعل يثبت من أول الأمر، و إنما الذى يتأخر إلى زمان تحقق الشرط هو المجعول، بل قد أنكرنا فى علم الاصول وجود مجعول مستقل وراء الجعل يتحقق متأخرا عن تحقق الجعل، فيمكن أن يقال: إن الملكية تنتزع من هذا الجعل المشروط لكل من هو موضوع له، و لا شك أن هذا الصغير موضوع له، و يمكن أن يفرض: أن هذه الملكية منتزعة عن جواز تصرف الولي، حيث إنه تصرف من قبل الصبي، و لا يضر عدم قيام الحكم التكليفي بالصبي الذى انتزعت له الملكية، بل الحكم التكليفي ليس قائما بالمالك فى البالغ أيضا، فإن الحكم قائم بالحاكم لا بالمحكوم عليه.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣

و المحقق الأصفهاني رحمه الله كأنه تفتن إلى هذين الجوابين اللذين نقلناهما عن أستاذنا الشهيد أو إلى ما يقرب منهما، فأجاب عليهما بعد تمثيله لمورد الانفكاك بالمحجور لصغر أو جنون أو سفه أو فلس بما نصه:

«و كونه فى حد ذاته كذلك- و إن منع عنه مانع- معناه ثبوت الملكية بالاقتضاء لا بالفعل مع أن الملكية فعلية و ثبوت الأمر الانتزاعى بلا منشأ الانتزاع محال، و جواز التصرف للولي لا يصحح انتزاع الملكية للمولى عليه؛ إذ لا يعقل قيام الحيشية المصححة للانتزاع بشىء و الانتزاع من شىء آخر».

فكأن أستاذنا الشهيد رحمه الله يريد أن يوضح أن هذا الكلام غير صحيح. أما صدره و هو (أن كونه فى حد ذاته جائز التصرف و إن منع عنه مانع معناه ثبوت الملكية بالاقتضاء لا بالفعل)، فجوابه: أن جواز التصرف المشروط بما هو جواز مشروط فعلى و إن كان نفس الجواز اقتضائيا، فقد يدعى انتزاع الملكية من جواز التصرف المشروط.

و أمرا ذيله و هو (أن جواز تصرف الولي لا- يصحح انتزاع الملكية للمولى عليه؛ إذ لا يعقل قيام الحيشية المصححة للانتزاع بشىء و

الانتزاع من شيء آخر) فجوابه: أن جواز التصرف للولي له علاقة بالصبي، و هو أن الجواز جواز للتصرف الراجع إلى الصبي. أما إذا لم يكف ذلك لصحة الانتزاع، و توقف الانتزاع على قيام ذات الحكم و هو جواز التصرف بالمالك، فحتى في البالغين ليس الحكم قائما بالبالغ، بل قائم بالحاكم.

و قد كان البرهان الآخر عبارة عن أن الملكية لو كانت منتزعة من الحكم التكليفي، و كانت الحيثية المصححة للانتزاع ثابتة فيه؛ لصدق العنوان الاشتقاقي على الحكم التكليفي، كصدق (فوق) على (السقف)، و (الأب) على (من له الابن).

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤

قال أستاذنا الشهيد رحمه الله: يرد على هذا وجوه، نذكر منها:

أولاً- أنه يمكن أن يقال: إن الحيثية المصححة للانتزاع هي الاختصاص بجواز التصرف، لا- نفس جواز التصرف، و هذه الحيثية موجودة في صاحب المال، و يصدق عليه العنوان الانتزاعي و هو المالك.

و ثانياً- أن جواز التصرف لعل سبب الانتزاع الملكية لا منشأ له، فالسقف مثلاً منشأ للانتزاع الفوقية، و يصدق عليه عنوان (فوق)، و لكن الأرض التي تحته سبب للانتزاع الفوقية، و لا يصدق عليه عنوان (فوق).

أقول: كأن هذين الجوابين بمجموعهما مطلب واحد، حاصله افتراض أن جواز التصرف سبب للانتزاع الملكية، و لا يشترط صدق العنوان الاشتقاقي عليه.

أما منشأ الانتزاع فهو الإنسان الذي يصدق عليه العنوان الاشتقاقي، و هو المالك، و هو إذا كان بحاجة إلى وجود حيثية فيه مصححة للانتزاع. قلنا: إن تلك الحيثية عبارة عن اختصاصه بجواز التصرف.

و الواقع أن هذا غير وارد على المحقق الأصفهاني رحمه الله لأن هذا مرجعه إلى افتراض وجود منشأ الانتزاع في المالك، و المحقق الأصفهاني حينما أنكر سلفاً كون الملكية عرضاً مقولياً يعرض على المالك أو المملوك تمسكاً ببراهين ثلاثة لم يقصد بذلك نفى كونه عرضاً متأصلاً فحسب- كما لعله الذي فهمه أستاذنا منه-، بل قصد بذلك نفى كونه عرضاً مقولياً متأصلاً أو منتزعا من المالك أو المملوك.

و النكتة الإضافية الآن عبارة عن افتراض أن الحكم التكليفي سبب لهذا الانتزاع، و هذا و إن كان يدفع البرهان الثاني من البراهين الثلاثة و هو اختلاف الملك باختلاف الأنظار- حيث يصح أن يقال: إن اختلاف الأنظار في الحكم التكليفي المجعول لهم أو جب اختلاف الأنظار في الملك-، و لكن لا يدفع البرهان الأول و الثالث.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥

و ثالثاً- أن من يقول بكون الملكية منتزعة من جواز التصرف لا يقصد بذلك الانتزاع الفلسفي، و هو انتزاع مفهوم كامن في شيء من ذلك الشيء، و إنما المقصود به كونها مجعولة و معتبرة في طول جعل الحكم التكليفي و بلحاظه.

أقول: إن هذا الإشكال الأخير لو قصد به تفسير انتزاعية الملك، بمعنى جعله بجعل مستقل و لكن في طول جعل آخر و هو جعل الحكم التكليفي و بلحاظه، فلو تم هذا الإشكال يرد على البرهان الأول أيضاً من برهاني عدم انتزاع الملك من الحكم التكليفي، و هو الانفكاك أحيانا عن الحكم التكليفي، و ذلك لأنه لو فرض أن المقصود بالانتزاع عن الحكم التكليفي كونه مجعولاً و معتبراً في طوله و بلحاظه فليس من الضروري عدم الانفكاك المطلق؛ إذ قد يجعل عنوان اعتباري بلحاظ ما يغلب وجوده من الحكم التكليفي و إن لم يكن دائم الوجود. و لكن من المستبعد جداً أن يكون مقصود من يقول بانتزاعية الملك هذا المعنى. إذ لا- يتحصّل معنى فني

للبحث و الخلاف حول الملكية المجعولة بجعل مستقل في أنها هل جعلت بلحاظ الحكم التكليفي أو جعلت بقطع النظر عنه؟

أما لو كان المقصود بهذا الإشكال الأخير تفسير انتزاعية الملك بمعنى كونه مجعولاً جعلاً تبعياً و يكون الجعل الأصلي و المستقل عبارة عن جعل الحكم التكليفي، فهذا لا يخالف أصل الانتزاع الفلسفي، غاية ما هناك أن يقال: ليس بالضرورة كون الجعل الأصلي

هو منشأ الانتزاع، و يكفي في التبعيَّة كونه سببا للانتزاع، و كون منشأ الانتزاع هو المالك مثلا، و هذا رجوع إلى الوجهين السابقين. و على أي حال فقد اختار أستاذنا الشهيد قدس سره كون الملكية من الامور الاعتبارية و المجعولة، لا لبرهان على ذلك، بل لوضوح ذلك بالوجدان.

و قال رحمه الله: إنَّ البحث عن كون الملكية أمرا اعتباريا أو حقيقيا إنما هو بحث على فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦

مستوى تاريخ مضي؛ إذ من يلتفت إلى الملكيات الخارجيّة و التطوّرات الطارئة عليها في الزمان الطويل و نفيها تارة و إثباتها أخرى يجد بوجدانه كونها اعتبارية لا حقيقيّة، و هذا من الواضحات في زماننا، و من لا يتبه وجدانه الالتفات إلى ذلك لا تفيده البراهين الفلسفية غير التامة التي أقامها المحقق الأصفهاني رحمه الله.

أقول: إنَّ هذا الكلام ينفي كون الملكية من الأعراض المتأصلة، و كذلك ينفي كونها منتزعة لا في طول الحكم التكليفي. أما احتمال كونها منتزعة من الحكم التكليفي بمعنى كون الحكم التكليفي منشأ لانتزاعه، أو سببا لانتزاعه، فهذا البيان - كما ترى - لا يكفي لنفيه. و قد ورد في الحلقة الثالثة من (دروس في علم الاصول) «١» لأستاذنا الشهيد رحمه الله بيان لنفي ذلك، و هو أنَّ الملكية تقع عقلا و شرعا موضوعا للحكم التكليفي، فلا يعقل انتزاعها منه و تأخرها عنه.

ثلاثة تعابير عن الملك:

و في نهاية بحثنا عن مفهوم الملك نقول: قد اتضح أنَّ الملك الذي هو نوع علاقة بين المالك و المملوك باستطاعتك أن تعبر عنه بنوع إضافة اعتبارية بين المالك و المملوك، أو بسلطنته اعتبارية، أو جده اعتبارية. و قد جاءت كلّ التعابير الثلاثة - أعني الإضافة و السلطنة و الجدة - على لسان مقرر بحث المرحوم المحقق النائيني رحمه الله في منية الطالب «٢».

(١). ١: ١٨.

(٢). ١: ٢٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٧

و قد تفترض هذه التعابير الثلاثة تعريفات ثلاثة للملكية «١»، و يكون التباين بين هذه التعريفات واضحا بناء على حملها على معانيها المقولية، مع تسليم ما يفترض فلسفيا من التباين بين معنى السلطنة، و هي القدرة على قلب العين و قلبها، و أنّها من مقولة الكيف و معنى الإضافة، و هي النسبة المتكررة و معنى الجدة، و هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم بكله أو ببعضه - على ما يدعون «٢» - فإن كان الملك عبارة عن واقع إحدى هذه المقولات فهذه

(١) راجع حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ١: ٥، فائدة في تحقيق حقيقة الحق.

(٢) ذكر أستاذنا الشهيد رحمه الله: أننا لم ندرك لمقولة الجدة معنى متحصلا، و كأنَّ الفلاسفة بأنفسهم أيضا لم يدركوا لها معنى متحصلا بشهادة الشيخ الرئيس ابن سينا، حيث قال: إنَّه لم نعرف معنى متحصلا للجدة، و قد قالوا: إنَّ الجدة عبارة عن هيئة حاصلة من إحاطة شيء بشيء آخر، و إنما قالوا هكذا و لم يقولوا: إنَّها عبارة عن النسبة بين المحيط و المحاط لئلا يدخل ذلك في مقولة الإضافة، و ذلك من قبيل ما قالوا في (متى) من أنَّه هيئة حاصلة من نسبة الشيء إلى الزمان، لا نفس النسبة بينهما، و في (أين) من أنَّه

هيئة حاصلة من نسبة الشيء إلى المكان، لا نفس النسبة بينهما. والصحيح: أنه ليس هنا أي برهان عقلي على كون هذه الهيئة شيئاً حقيقياً خارجياً، بل يحتمل عقلاً في عرض احتمال ذلك كونها شيئاً ذهنيّاً، بمعنى أنّ الذهن حينما يكسب صورة ذهنيّة عن مجموع المحيط و المحاط تقولب صورته الذهنيّة بالهيئة الخاصّة.

و أكبر الظنّ أنّ أرسطو عند وضعه للمقولات التسع إنّما راجع قاموس اللغة فوضعها، و لذا لم يظهر حتى الآن أيّ مدرّك لوضعه لها، حتى أنّ من يحسن الظنّ بالفلسفة يقول: إنّّه وجد هذه المقولات بالاستقراء في عالم التكوين، و رأى انحصار المقولات فيما عدّه من المقولات التسع، لكنّ المظنون أنّه لم يصدّع نفسه بمطالعة عالم التكوين و استقرائه، و إنّما طالع اللغة، و حيث إنّ رأى فيها عنوان التعمّم و التخصّص و نحو ذلك وضع هذه المقولة، و هي مقولة الجدة. انتهى كلام أستاذنا الشهيد رحمه الله.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨

تعريفات ثلاثة متباينة، و إن كان عبارة عن اعتبار مقولة من هذه المقولات فهي أيضا تعريفات ثلاثة متباينة.

و لكن الظاهر- بعد فرض عدم كون الملك أمراً واقعياً بقطع النظر عن الحكم التكليفيّ، و لا نفس الحكم التكليفيّ، و لا منتزعا عن الحكم التكليفيّ، و كونه أمراً اعتبارياً يجعل موضوعاً للحكم التكليفيّ- أنّ المعبر كأنّه استنسخ نسخة من ملكيّة الإنسان لجوارحه و أعماله بمعنى قدرته و سلطنته عليها «١» التي هي موضوع لحكم العقل العمليّ بأولويّته للتصرّف فيها، و صحّ التعبير عن ذلك بنوع إضافة بين المالك و المملوك بالمعنى الذي يصحّ أن يقال عن سلطنة الإنسان على جوارحه و أعماله: أنّها نوع إضافة بينه و بينها، و صحّ التعبير أيضا عن ذلك بالجدة بمعنى واجديته لأمواله، كما يصحّ التعبير بواجديّة الإنسان لجوارحه و أعماله، لا بمعنى الجدة الفلسفيّة، و لذا اجتمعت كلّ التعبيرات الثلاثة على لسان شخص واحد- كما عرفت-

و اختار المحقّق الأصفهاني رحمه الله أنّ الملك يكون من اعتبار مقولة الإضافة، لأنّه عبارة عن اعتبار إحاطة المالك بالمملوك، و الإحاطة عنوان إضافيّ. و ذكر:

أنّ الملك ليس من اعتبار الجدة، لأنّ إحاطة جسم بجسم ليست جدّة، و لا محاطيّة جسم بجسم هي الجدة، و إنّما الجدة هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم به، أمّا نفس إحاطة جسم بجسم، أو محاطيّة الثاني بالأول فليست إلّا مقولة إضافية «٢».

هذا تمام كلامنا في مفهوم الملكيّة.

(١) راجع كتاب (درآمدی بر اقتصاد اسلامی) ١: ٩٠ و ٩١.

(٢) راجع تعليقه المحقّق الأصفهاني على المكاسب (فائدة في تحقيق حقيقة الحقّ) ١: ٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩

المصادر الأولية للملك

إشارة

و أمّا الكلام في المناشئ العقلانيّة الأصليّة لملكيّة الشيء المنفصل عن الإنسان، و كذلك الشرعيّة- بعد فرض إمضاء ما عليه العقلاء-، فنسطره للبحث رأى السيّد الخوئي و أستاذنا الشهيد الصدر رحمه الله:

رأى السيّد الخوئي رحمه الله:

أما السيد الخوئي رحمه الله فقد ذكر «١» لها منشأين:

الأول- الحيازة كما في حيازة الإنسان للمباحات الأصلية، فإنّ العقلاء يرون هذا منشأ للملكية.

والثاني- الصنع وما يلحق به من الأعمال، كما إذا أخذ أحد ما لا مائته له كالطين فصنعه كوزا فيكون مالا، فيكون هذا الصنع منشأ لدى العقلاء للملكية الكوز. هذا في الصنع، وأما ما يلحق به من الأعمال فكما إذا أتى أحد بالماء من النهر فهو عند النهر لا مائته له، و لكن بعد إبعاده إياه من النهر يكون مالا، فصنع المائته فيه يوجب ملكيته عقلائيًا، و كما لو حفظ الثلج إلى الصيف فإنّه يكون مالا في الصيف- وإن لم تكن له مائته في الشتاء-، و به يصبح مملوكا للمحتفظ به في نظر العقلاء.

قال: وقد يجتمع في مال واحد السببان كحيازة الخشب و صنعه سريرا، فملكته لهذا السرير بلحاظ المادة نتجت من الحيازة، و بلحاظ الصورة نتجت من الصنع. هذا حال المناشئ الأصلية و التي تولد الملكية التي تكون من الإضافة

(١) راجع المحاضرات في الفقه الجعفري (قسم المعاملات) ٢: ٧ و ٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠

الأولية الذاتية.

و أما الملكية التبعية فذكر أنّها تحصل بكون المال ثمرة لما يملكه الإنسان كبيض الدجاج و صوف الغنم و ثمر الشجر، فإنّها تملك بتبع ملكية الأصل.

و أما الملكية التي تكون من الإضافة الثانوية و في طول الإضافة إلى الشخص الأول، فذكر أنّها تنشأ بأسباب اختيارية كالعقود، أو غير اختيارية كالإرث أو الوصية- بناء على أنّها من الإيقاعات-

و أورد أستاذنا الشهيد رحمه الله على ما ذكره السيد الخوئي رحمه الله في مثل السرير من انتساب ملكيته من حيث المادة إلى الحيازة و من حيث الصورة إلى العلاج:

بأنّ سريريّة السرير تملك في نظر العقلاء تبعا لتملك مادته، و لذا لو حاز خشبا ثم صنع شخص آخر منه بدون إذنه سريرا، كان الأمر كما لو صنع هو منه سريرا، بل أنّ ملكية السريريّة تندكّ في ملكية المادة، و لا ترى عرفا ملكية خاصّة للسريريّة.

أقول: نفس هذا الإشكال يرد على السيد الخوئي رحمه الله في مثل مثال صنع الكوز من الطين، أو إبعاد الماء من النهر، أو حفظ الثلج إلى الصيف و ما شابه ذلك، فإنّ الملكية العقلانية للكوز مثلا إنّما تكون في نظر العقلاء بلحاظ ملكية مادته و هو الطين، فلو صنع الكوز من طين كان في حيازة شخص آخر بلا إذنه، كان الكوز ملكا لذاك الشخص لا لصانع الكوز، و كذا لو أبعاد ماء في حيازة شخص آخر من النهر أو حفظ ما حازه من الثلج من دون تملكه بإذنه، كان في ملك الشخص الأول. هذا بحسب النظر العقلاني، و كذلك الحال بحسب الشرع الإسلامي على ما يظهر من موافقته- و لو بعدم الردع- على ما هو المرتكز عقلائيًا.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١

و كأنّ السيد الخوئي رحمه الله وقع هنا في الخطأ على أساس تخيل أنّ الملكية فرع المالية، بمعنى كون الشيء ذا قيمة اجتماعية، فحينما افترض عدم القيمة الاجتماعية للطين أو للماء لدى النهر أو للثلج في الشتاء و أنّ القيمة خلقت فيه بالعلاج أو ما شابه العلاج نسب الملكية إلى العلاج أو ما شابهه، بينما لا مبرر لربط الملكية بالمالية بمعنى التقسيم الاجتماعي، فالمفهوم عقلائيًا- و كذلك شرعا و لو بالإمضاء- أنّ الطين أو الماء أو الثلج ملكه ابتداء بالحيازة، و استمرت ملكيته له بعد صنعه كوزا أو إبعاد الماء عن النهر أو إبقاء الثلج إلى الصيف، كما يشهد لذلك ما أشرنا إليه من أنّ هذا العلاج أو ما شابهه حينما ينصبّ على المادة التي حازها شخص آخر تكون النتيجة لذاك الشخص الآخر.

و قد جاء في كتاب مصباح الفقاهة «١» الذي هو أيضا تقرير لبحث السيد الخوئي رحمه الله الاعتراف بأنّ المملوك قد لا يكون مالا،

إلا أن هذا الاعتراف إنما جاء منه فيما يكون السبب في عدم التقييم الاجتماعي له قتلته وصالته كحبة من الحنطة المملوكة. ولا أدري هل يفترض أن هذه الحبة إنما تكون مملوكة ضمن حبات كثيرة، فلو فصلت عنها و أعدم الباقي مثلا لم تكن مملوكة؟ وهذا غريب، أو يفترض أنها مملوكة حتى لو فصلت عن أخواتها؟ فأى فرق بين فرض فقدان المائئة لأجل الضالة و القلة و فرض فقدانها لأجل كون الثلج في الشتاء، أو كون الماء قريبا من النهر؟! بل و حتى الماء قريبا من النهر إنما لا يمؤل لقلته بدليل أن نفس ماء النهر يمؤل.

(١) مصباح الفقاهة ٢: ٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٢

رأى السيد الشهيد رحمه الله:

و أما أستاذنا الشهيد رحمه الله فإنه أيضا جعل المنشأ لملكية الإنسان لأمواله المنفصلة عنه بحسب الارتكازات العقلائية أحد أمرين: الحيازة أو العلاج، إلا أنه لم يفترض العلاج مملكا في مثل الطين أو الماء و الثلج كى يرد عليه ما ورد على السيد الخوئي رحمه الله، بل ذكر ذلك لأجل التفصيل بين المنقولات و غير المنقولات.

ففى المنقولات يكون التملك الأولى بالحيازة، و فى غير المنقولات كالأرض يكون التملك الأولى بالعلاج كالزراعة أو التعمير.

و أفاد أستاذنا الشهيد رحمه الله: أنه حصلت عند العقلاء توسعات فى باب الحيازة من جهات شتى:

فأولاً- حصل عندهم التوسع من ناحية الحائز، و ذلك فى باب الإرث، فىرى ابن الميث مثلا أحق بمال أبيه من غيره و كأنه وجود امتدادى لوالده. و هذا هو لب المقصود للمحقق النائينى رحمه الله، حيث يقول: إنه فى باب الإرث يتبدل طرف الإضافة الذى هو الإنسان لا الطرف الآخر و لا الإضافة «١». فهذا الكلام تحليل عقلايى للمطلب، لا تحليل عقلى و فلسفى حتى يرد عليه: أن الإضافة تتغير حتما بتغير أحد طرفيها.

و ثانيا- حصل عندهم التوسع من ناحية المال الذى يحاز. فتلحق به نتائجه و أثماره كريع العقار و أثمار الأشجار.

و ثالثا- حصل عندهم التوسع من ناحية ضمان الغرامة، فىرى صاحب المال المحاز مستحقا لبدله عند إتلاف غيره له إما ضمانا لبدله الأصيلى بحسب

(١) راجع منية الطالب ١: ٣ و ٣٥، و راجع كتاب المكاسب و البيع للآملى ١: ٨٦ و ٨٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣

القانون الأولى، كما فى من أتلف مال غيره من دون معاملة، أو ضمانا لبدل مسمى كما فى المتلف المقبوض بالمعاملة الفاسدة إذا كان الثمن المسمى أقل من ثمن المثل، فإن المتفاهم عرفا أن صاحب المال قد قنع بالضمان بمقدار المسمى و هدر كرامته ماله بمقدار الزيادة على المسمى «١». و أما إذا كان الثمن المسمى أكثر من ثمن المثل فلا يضمن إلا بمقدار ثمن المثل؛ لأن ضمان الباقي كان من أثر المعاملة و كان فرع صحتها و إمضاءها، و المفروض عدم الصحة.

و ألحق رحمه الله ببحث التوسع فى الحيازة لدى العقلاء بحثا عن تأثير موقف الحائز الأول فى نظر العقلاء على نتائج حيازة الحائز الثانى. و توضيح ذلك- على ما أفاده رضوان الله عليه:-

أنه إذا ملك شخص مالا بالحيازة ثم جاءت يد ثانية و حازت ذلك المال، فاليد الاولى تجعل اليد الثانية مقتضية للضمان، و اليد الثانية بنفسها مقتضية لإيجاد الملكية لأنها تحوز، إذن فقد اجتمع فى هذه اليد اقتضاء آن: اقتضاء التمليك و اقتضاء الضمان، فإن لم يوجد

مانع عن فعلية كالاقتضاءين و حصول أثرهما خارجاً، تحقّق الملك و الضمان معا، و إن وجد مانع عن أحدهما فقط تحقّق الآخر فقط، و إن وجد مانع عن كليهما لم يتحقّق شيء منهما.
قال رحمه الله: و المانع عمّا تقتضيه اليد الثانية من الملكية عبارة عن عدم رضا صاحب اليد الاولى بتملك صاحب اليد الثانية. و أمّا المانع عمّا تقتضيه من الضمان فهو أمران:

(١) قد يتفق أنّه بعد إيقاع المعاملة يندم عليها و يسلم له المال بناءً على ما يرى نفسه ملزماً به من الوفاء بالمعاملة، بحيث لو كان يعلم بفسادها لما سلّمه له إلّا مجبوراً. و في مثل هذا الفرض ليس هدره للزيادة إلّا هدراً مبيتاً على المعاملة، و قد فرض فسادها.
فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤

(الأول) فرض اليد الثانية كأنها اليد الاولى، كما في الوكالة و النيابة.

(و الثاني) رضا صاحب اليد الاولى بحيازة اليد الثانية.

على فرق بين المانعين، و هو أنّ المانع الأول مانع بذاته، و المانع الثاني و هو الرضا ليس مانعاً بذاته، بل هو مانع بإطلاقه، أي أنّه ليس مطلق الرضا مانعاً، بل المانع هو الرضا المطلق، فلو كان ذلك رضا مقيداً بفرض الضمان لم يمنع عن الضمان.
و أمر اليد الثانية في تأثيرها في التمليك أو الضمان أو عدم تأثيرها موكول إلى صاحب اليد الاولى. و يختلف حالها باختلاف ما يشاؤه صاحب اليد الاولى.

قال رحمه الله: فتكون - بحسب ذلك - لليد الثانية حالات أربع:

الحالة الاولى - حالة عدم التأثير في التمليك و لا في الضمان، كما في حالة الاستيمان و الوديعة، فاليد هنا لا تؤثر أثر الملكية لعدم رضا صاحب اليد الاولى بالتملك. و قد مضى أنّ ذلك مانع عن التأثير في التمليك، و لا تؤثر أثر الضمان أيضاً لكون اليد الثانية بمنزلة اليد الاولى، و كأنها وكيل عنها في الحفظ. و هذا هو المانع الأول عن الضمان، و أيضاً لا ملكية و لا ضمان في مثل العارية و العين المستأجرة التي بيد المستأجر و نحو ذلك. أمّا عدم الملكية فلعدم رضا صاحب اليد الاولى بذلك. و أمّا عدم الضمان فوجود المانع الثاني عن الضمان، و هو رضا صاحب اليد الاولى بحيازة اليد الثانية.

و قد وقع فرق في كلمات الأصحاب بين العارية و شبهها من ناحية و الوديعة من ناحية اخرى، فاتّفقوا في الوديعة على أنّه لا يتحقّق الضمان و لو بالشرط، و في العارية و شبهها اختلفوا في أنّه هل يتحقّق الضمان بالشرط أو لا «١»؟ و كان هذا من

(١) الظاهر أنّ الضمان في العارية مع الشرط إجماعي. راجع الجواهر ٢٧: ١٨٣، و عليه

النصوص، راجع الوسائل ١٣ الباب ١ و ٢ و ٣ من أبواب العارية. نعم وقع خلاف في الضمان بلا شرط في عارية الذهب و الفضة غير الدينار و الدرهم بعد الاتّفاق على الضمان بلا شرط في عارية الدينار و الدرهم مع إمكان إسقاط الضمان في ذلك بالشرط. راجع الجواهر ٢٧: ١٨٤، و الوسائل ١٣ الباب ٣ من أبواب العارية.

أقول: قد يدعى - و لو بمعونة ارتكاز عدم كون عارية الدرهم و الدينار ذات هدف عرفي غالباً، و ارتكاز عدم الضمان في العارية غير المشروطة - أنّ المقصود من روايات الحكم في عارية الدرهم و الدينار بالضمان إرجاع عاريتهما إلى القرض، و من المعلوم أنّ المال المقترض مضمون في كلّ الحالات، و منها التلف. و قد يدعى - و لو بمعونة ارتكاز عدم الضمان في العارية غير المشروطة - حمل روايات الضمان في عارية الذهب و الفضة على كون المقصود بهما ما ورد في الروايات الاخرى و هو الدينار و الدرهم و التي حملناها على القرض.

ثمّ إنّ شرط الضمان في باب الوديعة أو العارية يتصوّر بعدة أنحاء:

الأول- أن يفترض أن هذا الشرط ليس هو الشرط المصطلح الموجب لخلق الضمان من باب شرط النتيجة، وإنما هو تقييد لإطلاق رضا المالك بالوديعة أو العارية بفرض الضمان.

و هذا هو الذى يؤثر فى العارية ولا يؤثر فى الوديعة، لما ذكره أستاذنا رحمه الله من أن المانع عن الضمان باليد فى الوديعة مانع بذاته، و المانع عن الضمان باليد فى العارية مانع بإطلاقه.

الثانى- أن يفترض أن هذا الشرط هو شرط للنتيجة لخلق الضمان، ولكنه ليس شرطاً فى مقابل التزام على الموجب لصالح القابل بنتيجة العقد؛ لأنّ الموجب فى الوديعة لا يلتزم بشيء لصالح الودعي. و هذا يعنى أن هذا الشرط- فى الحقيقة- شرط ابتدائي، فإنّ مجرد ذكره فى ضمن العقد لا يخرج عن كونه ابتدائياً ما دام لم يكن كمكافأة للمشروط له على التزامه بنتيجة العقد، و هذا الشرط لا قيمة له؛ لأنه شرط ابتدائي، و الشرط الابتدائي- بناءً على نفوذه- إنّما ينفذ فى شرط الفعل لا فى شرط النتيجة.

الثالث- أن يفترض أن هذا الشرط هو شرط للنتيجة لخلق الضمان كمكافأة لما التزم به الموجب لصالح القابل. و هذا إنّما يتصور فى العارية دون الوديعة؛ لأنه فى العارية قد التزم الموجب بحل الانتفاع بالعين للقابل، فمن المعقول أن يشرط ذلك بالضمان. أما فى الوديعة فلم يلتزم الموجب بشيء لصالح القابل، و إنّما القابل فقط التزم بالحفظ لصالح الموجب، فلا معنى للشرط عليه بالضمان، و بهذا يكتمل تفسير الفرق فى المقام بين الوديعة و العارية، فإنّ الظاهر أنّ العقلاء لا يفترقون فى رفض شرط الضمان فى الوديعة بين ضمان الشرط و شرط الضمان بنحو شرط النتيجة. و لا أظنّ أنّ الفقهاء أيضاً يفصلون بينهما.

و بهذا أيضاً يتضح الفرق بين فرض الأمانة البحثية و بين فرض الأجير الذى يأخذ العين بالأجرة للحفظ أو النقل من مكان إلى مكان، أو لإجراء عمل عليها كالخياطة، فإنّ شرط الضمان فى ذلك عقلائي بخلاف باب الوديعة. و تفسيره أنّ المستأجر قد التزم للأجير بنتيجة المعاملة من التبادل بين العمل و المال، كما أنّ الأجير التزم للمستأجر بذلك، فكلّ منهما بإمكانه أن يشترط شرطاً على الآخر بأن لا يقبل ذاك الالتزام إلّا بهذا الشرط. و هذا بخلاف باب الأمانة الذى ليس الالتزام فيه إلّا من طرف الأمين، فلا معنى لشرط المستأمن عليه بشيء.

نعم، فى باب الأمانة يتصور الشرط الابتدائي كما مضى، و لا أقصد بذلك مجرد أخذ الوعد الابتدائي البحث غير المرتبط بأى شيء من الأشياء الذى لا ينبغى الإشكال فى عدم صدق الشرط عليه، و إنّما أقصد بذلك شرطاً ترتب عليه الشارط عمله، و هو الاستيمان. و توضيح ذلك: أنّنا نقسم الشرط إلى الابتدائي، و ما هو فى ضمن العقد، لا بالمعنى الذى قد يتبادر إلى الذهن من مجرد ذكره ضمن العقد و عدمه، فإنّه إن قصد ذلك كان هذا مجرد اصطلاح بحث من دون افتراض فرق جوهرى يعقل تأثيره فى النفوذ و عدم النفوذ حسب ما يستظهر من الأدلّة، و فرض صدق عنوان الشرط الوارد فى الأدلّة على خصوص ما ذكر ضمن العقد دون غيره تحكّم بحث، فسواء كان هذا هو مقصود المشهور من تقسيمهم للشرط إلى

الابتدائي و ما فى ضمن العقد، أو لا، نحن نقسم الشرط كالتالى:

إنّ الشرط تارةً يكون كمكافأة للمشروط له الذى التزم بشيء أرادته المشروط عليه.

و أخرى لا يكون كذلك، و لكن الشارط ربط عملاً من أعماله بهذا الشرط.

و ثالثة لا يكون هذا و لا ذاك، و ليس عدا الحصول على وعد ابتدائي بحث.

مثال الأول: البائع يشترط فى قبوله بالبيع أمراً من الأمور على المشتري، فهو لقاء التزامه بما يرغب فيه المشتري من البيع يفرض عليه شرطاً من الشروط. و لا ينبغى الإشكال فى دخول ذلك تحت عنوان الشرط الوارد فى أدلّة: (المؤمنون عند شروطهم)، و لا أثر لمجرد كون هذا فى ضمن العقد فى صدق عنوان الشرط عليه و شمول النصوص له، بل حتى لو لم يكن ضمن العقد ولكنه كان لقاء التزام الشارط بما يريد المشروط عليه صدق عنوان الشرط عليه عرفاً و شملته النصوص من قبيل ما لو التزم شخص بضيافة شخص آخر مثلاً بشرط أن يصلّى الضيف صلاة الليل، فوفى ذلك الشخص بالضيافة فلا ينبغى الإشكال فى وجوب وفاء الضيف بشرطه، و لا يصح له

الاعتذار عن صلاة الليل بحجة أن الشرط الابتدائي لا يجب الوفاء به.

نعم، من حقه أن يتراجع عن أصل الشرط قبل وفاء صاحبه بالضيافة إن لم يتعهدا بالفعل بالضيافة و صلاة الليل، و إلا لم يجز التراجع من طرف واحد لأنه خلاف الوفاء بالعقد و العهد.

و مثال الثالث: أن يحصل شخص من شخص آخر على وعد ابتدائي بحت بضيافته، و لا ينبغي الإشكال في عدم صدق عنوان الشرط هنا عرفاً، و عدم شمول نصوص الشرط إيّاه.

و مثال الثاني: المستأمن الذي اشترط على الأمين الضمان أو أي شرط آخر، فشرطه هذا لم يكن لقاء التزام للأمين، فإن المستأمن غير ملتزم بشيء تجاه الأمين و لم يكن مجرد استحصال وعد بحت من الأمين بلا أي علاقة لذلك بعمل المستأمن، بل هو شرط رتب المستأمن عمله عليه، فلو لا قبول الأمين لشرطه كان من المحتمل أن لا يستأمن المال عنده، و يحفظه بنفسه أو يستأمنه عند شخص آخر.

و هل يجب الوفاء بمثل هذا الشرط أو لا؟

نستبعد ابتداء التفصيل في وجوب الوفاء به و عدمه بين مجرد عنوان ذكره ضمن العقد، كما في عقد الأمانة و عدم ذكره ضمنه، كما لو أراد شخص السفر فرتب سفره على أن يلتزم فلان برعايته أطفاله و أهله في غيابه، و قد قبل فلان بذلك، فسافر ذاك الشخص، فهل يجوز لمن قبل هذا الشرط أن يتخلف و لا- يفى بالرعاية التي التزم بها؟ فإن وجب الوفاء وجب في المثالين، و إن لم يجب لم يجب فيهما.

و لا يبعد القول بوجوب الوفاء و صدق عنوان الشرط على ذلك، و شمول النصوص له، إلا أن هذا إنما يكون في شرط الفعل من قبيل ما ذكرناه من مثال شرط رعاية الأطفال، أو من قبيل أن يشترط المستأمن على الأمين تعويضه على تقدير التلف بما يساويه بنحو شرط الفعل. أما شرط النتيجة من قبيل شرط الضمان فلا دليل على نفوذه، لأن نصوص:

«المؤمنون عند شروطهم» إنما تدل على وجوب احترام الشرط بقدر ما هو مرتبط بالمشروط عليه و تعهد من قبله. أمّا مشروعية المشروط في شرط الفعل و نفوذه في شرط النتيجة فهذا ليس داخلًا في منظور النصوص، و لذا لو شككنا في حل شيء و حرمة لا يمكن إثبات حله باشتراطه ضمن عقد مثلاً، فنفوذ شرط النتيجة يجب إما أن يستفاد بارتكاز عقلائي ممضى بعدم الردع، و لا يوجد ارتكاز عقلائي كذلك في ما نحن فيه في شرط النتيجة الابتدائي- بالمعنى الذي قصدنا من الابتدائي، و هو غير المرتبط بالتزام الشارط بما في صالح المشروط عليه-، أو يستفاد من نصّ طبق قاعدة وجوب الوفاء بالشرط على شرط النتيجة، فنفهم بالالتزام نفوذ شرط النتيجة. و ذاك النص هو ما عن علي بن رثاب بسند تام عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: «سئل و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن يخرج معه إلى بلاده، فإن لم يخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه إلى بلاده. قال:

فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك و لها مائة دينار التي

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩

الألغاز في كلماتهم، حيث يقال: إنه هل يمكن إثبات إمضاء مثل هذا الشرط بدليل: (المؤمنون عند شروطهم) أو لا؟ فإن أمكن ذلك ثبت الضمان بذلك مطلقاً، و إلا لم يثبت الضمان به مطلقاً، فما وجه التفكيك بين الوديعة و مثل العارية، و الاتفاق في الأول على عدم الضمان و الاختلاف في الثاني؟!

و التحقيق: أن نكتة الفرق هي أن المانع عن الضمان في الوديعة هو المانع الأول، و هو مانع بذاته، فلا يمكن أن يثبت ضمان اليد و لو بالشرط. و أمّا المانع عنه في مثل العارية فهو المانع الثاني، و هو مانع بإطلاقه، فيقبل التقييد، فيثبت ضمان اليد بالشرط، و كلامنا إنما هو في ضمان اليد لا في فرض الضمان بذات الشرط بنحو شرط النتيجة.

الحالة الثانية- حالة التأثير في الضمان دون التمليك، وذلك كما في حالة كون اليد الثانية عادية، فهنا تؤثر اليد في الضمان لعدم وجود شيء من المانع عنه، ولا تؤثر في الملكية لوجود المانع عن ذلك، وهو عدم رضا صاحب اليد الأولى بذلك.

الحالة الثالثة- حالة التأثير في التمليك دون الضمان كما هو الحال في الهبة، ففي الهبة لا يثبت الضمان لرضا صاحب اليد الأولى بحيازة اليد الثانية، وهذا هو

أصدقها إياها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين و دار الإسلام فله ما اشترط عليها، والمسلمون عند شروطهم ... إلخ». الوسائل ١٥: ٤٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٢.

إلا أن هذا التطبيق إنما ورد في شرط النتيجة غير الابتدائي- أعني الشرط المرتبط بالتزام المشروط له بمفاد العقد للمشروط عليه-، و احتمال الفرق وارد، فلا يمكن التعدي إلى مثل المقام.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠

المانع الثاني عن الضمان، و تثبت الملكية لتحقق المقتضى لها، و هو اليد و عدم المانع عنها؛ لأن المانع هو عدم رضا صاحب اليد الأولى بذلك، و المفروض في باب الهبة أنه راض بذلك. هذا بناء على أن حقيقة الهبة عقلائيًا هي إجازة صاحب اليد الأولى لليد الثانية بتملك المال بالحيازة و الموهوب له يتملك المال بسبب اليد و الحيازة، و ليست حقيقة الهبة التمليك من قبل الواهب للمتَّهب مجَّانًا، و لعلَّه لذا يكون قوام الهبة عقلائيًا و شرعا بالقبض.

أمَّا لو كانت الهبة تمليكا من قبل الواهب لزم أن يكون شرط القبض شرطا تعديديًا بحتًا. فيشهد لكون حقيقة الهبة إجازة التمليك اشتراط القبض عقلائيًا و عدم تعقل الهبة عند العقلاء فيما لا يقبل الحيازة، فلا تصح هبة العمل و لا هبة شيء في الذمة مع أنه يصح إيقاع المعاملة عليها بمثل البيع و الإجارة؟ فلو كانت الهبة تمليكا كسائر المعاملات لكانت من المناسب صحَّ ذلك عند العقلاء كصحَّ سائر المعاملات.

الحالة الرابعة- حالة التأثير في الملكية و الضمان معا، و ذلك يكون في فرضين:

الفرض الأول: أن يرضى صاحب اليد الأولى بتملك صاحب اليد الثانية رضا مقيدًا ببقاء اليد الثانية على ما تقتضيه من الضمان، و ذلك كما في القرض بناء على أن حقيقته عبارة عن إجازة التملك بقيد الضمان، و ليس تمليكا بضمان، و لذا يكون قوامه عقلائيًا و شرعا بالقبض، و لا يصح القرض عقلائيًا و شرعا في ما لا يقبل الحيازة كالعمل و كشيء في الذمة.

و ذكر بعض: أن القرض تمليك للخصوصية مع الاستيمان على أصل المائتة.

و يرد عليه: أنه هل المقصود الاستيمان على المائتة الموجودة في ضمن

فقه العقود، ج ١، ص: ٤١

هذا المال، أو على مائتة مضافة إلى ذمة المقرض، أو على مطلق المائتة من دون إضافتها إلى ذمة أو عين؟ أمَّا الثالث فلا معنى له، فإنَّ المائتة من دون إضافة ليست أمرًا معتبرا لدى العقلاء يعقل الاستيمان عليه. و أمَّا الأول فيرد عليه: أنه لو كانت المائتة الموجودة في ضمن هذا المال أمانة عنده فكيف جاز له إتلافها؟! و أمَّا الثاني، و هو دعوى كون المائتة الثابتة في ذمته أمانة عنده، فنقول: هذا معناه الاعتراف في الرتبة السابقة على هذا الاستيمان بتحقق مائتة في ذمته، و هذا هو الذي يكون بحاجة إلى التحليل في مقام فهم حقيقة القرض، و لا يمكن تحليله بما يفترض في مرتبة متأخرة عنه، و هو الاستيمان على هذه المائتة و تحليله ما ذكرناه.

الفرض الثاني: أن يرضى صاحب اليد الأولى بتملك صاحب اليد الثانية رضا مقيدًا بالضمان أيضا كما في الفرض الأول، إلا أنه يفرض الضمان هنا ضمنا بالمسمى، و ذلك كما في المعاطاة عند ما لا تكون بداعي الإنشاء الفعلي، فلا ترجع إلى البيع، فعندئذ يكون أحدهما مبرزا لرضاه بتملك الآخر ماله بالحيازة مضمونا عليه ذلك بضمن معين، و يدخل في هذا مثل وضع السقاء قرب الماء في

موضع ما يأخذوا منه و يضعوا ثمنه في كوزه، و نحو ذلك ممّا يشبه المعاطاة و لا معاطاة خارجا، فليس هذا بيعا حتما لعدم معاملة عقدية و لا معاطاتية. و من هنا التجأ السيد الاستاذ - يعني به السيد الخوئي رحمه الله - إلى القول بكون ذلك تمليكا مع الضمان لا بيعا.

و الصحيح: أنّ ما ذكره غير تام، إذ كيف يفترض أنّ السقاء يملك الماء من الشارب بينما قد يكون السقاء حين مجيء الشارب إلى القربة غافلا محضا أو نائما؟ أما افتراض أنّه أبدى رضاه بإيجاد الشارب هذا التمليك بالنيابة عنه فهو الذي يقوم بالإيجاب و القبول الفعلين معا فهو خلاف المرتكز العقلاني، إذ ليس

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢

من المرتكز عندهم مثل هذه التكاليفات، و لو صار القرار على الالتزام بهذه التكاليفات فلم لا نقول: إنّ هذا بيع، و إنّ المعاطاة و التمليك و التملك تحصل بفعل الشارب بالنيابة عن السقاء «١»؟ و الصحيح ما ذكرناه من أنّ السقاء أبدى رضاه بتملك الشارب للماء بالحيازة مضمونا عليه بمبلغ من المال فيضعه في كوزه.

هذا، و ممّا يشبه مثال وضع المال في كوز السقاء مسألة الذهاب إلى الحمام و وضع الثمن في كوز الحمامي. و ذكر استاذنا الشهيد رحمه الله لذلك تفاسير ثلاثة:

الأول - كون الحمامي مبيحا للاستفادة الخاصة من الحمام و الماء إباحة مشروطة بإعطاء ثمن معين، فالمستفيد لا تشغل ذمته بمال لصاحب الحمام، إلّا

(١) لا يخفى أنّ مختار السيد الخوئي رحمه الله - على ما جاء في مصباح الفقاهة ٢: ١٦٩، و في المحاضرات ٢: ٨٢ - في مثال أخذ المحققات كالخضریات و البقوليات، و وضع الثمن في المكان المعدّ له، إنّما هو هذا، أعني حصول البيع من قبل الآخذ بالنيابة عن صاحب المال. نعم، اختار في فرض شرب الشارب من قم قربة السقاء و وضع الثمن في الموضع المعدّ له أنّه ليس بيعا، و علل ذلك بأنّ المقدار الذي سوف يشربه الشارب لكي يرتوي غير معلوم، فلو حملناه على البيع لزم الغرر، و لذا حملناه في المحاضرات على إباحة التصرف بضمان، و في مصباح الفقاهة على إباحة التصرف أو التمليك بضمان.

أقول: إنّ هذا الكلام غريب، فإنّ عدم الغرر ليس من مقومات البيع العقلاني، و إنّما هو شرط تعديدي، فجعله شاهدا على عدم إرادة الناس من مثال الشرب من قربة السقاء لا معنى له.

و الصحيح: أنّ المفهوم عرفا في الأمثلة الاستهلاكية من قبيل الشرب من القربة هو الإباحة بضمان، و في أمثلة الحيازة و نقل الأموال من قبيل أخذ الخضروات و البقوليات هو ما اختاره السيد الشهيد رحمه الله من الإذن في التمليك بضمان.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣

أنّه لو لم يعطه المال كشف عن عدم إباحة تصرفه في الحمام. قال استاذنا الشهيد رحمه الله: لعلّ هذا أبعد الوجوه بحسب الفهم العقلاني.

الثاني - أنّ الحمامي يؤجر حمامه للمنفعة الخاصة بثمر معين و بشرط أن يكون للمنتفع حق استهلاك الماء و إتلافه بالنحو المخصوص.

و الثالث - كون الحمامي مبيحا للاستفادة الخاصة مضمونا عليه بالثمن المعين. قال استاذنا الشهيد رحمه الله: لعلّ هذا هو أقرب الوجوه.

و قال الاستاذ الشهيد قدس سرّه: إنّّه توجد في البيع - و ما أشبهه من المعاملات - الملكية مع العوض، و يمكن تفسير ذلك بأحد وجوه:

الأول: أن يفترض أن كل واحد من المتبايعين يعرض ماله للآخر كي يتملكه الآخر بالحيازة في مقابل أن يعرض الآخر أيضا ماله ليتملكه الأول بالحيازة.

والصحيح أن هذا خلاف المرتكز العقلائي، وإلا لكان قوام البيع عند العقلاء بالقبض، ولما صحّ عندهم بيع العمل أو بيع شيء في الذمة.

الثاني: أن يفرض أن كل واحد منهما يحوز ما في يده بقاء من قبل الآخر ليصبح ملكا للآخر في قبال أن يصنع الآخر أيضا كذلك. وهذا يعالج نقطة الضعف التي كانت في الوجه الأول من عدم كون القبض مقوماً للبيع عند العقلاء، إذ يكفي الوجود البقائي لكل من المالكين في يد المالك الأول لتملك الآخر بحيازة الأول بالنيابة عنه.

قال رحمه الله: والصحيح أن هذا أيضا خلاف المرتكز العقلائي، وإلا لما صحّت عندهم المعاملة على العمل أو على شيء في الذمة كما ذكرنا في الفرض الأول.

الثالث: أن يرى عقلائيًا أن من تبعات مالكية الإنسان لماله أن له أن يملكه من غيره بعوض، والبيع من هذا القبيل.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤

قال رحمه الله: وهذا هو الصحيح.

وقال قدس سره: هل المرتكز عقلائيًا تملك كل منهما ماله للآخر بملكية أخرى غير الملكية التي كانت له، أو إعطاء ما كانت له من الملكية إياه؟ الصحيح هو الأول، ولذا قد تختلف طبيعة الملكيتين كما في تملك العمل، فإنه كان ملكا للعامل بالملكية الحقيقية و صار ملكا للآخر بالملكية الاعتبارية.

وقال الاستاذ الشهيد رحمه الله أيضا: كما أن لصاحب المال حق أن يملكه بعوض كذلك له حق أن يملكه مجانًا، وذلك كما في الهبة بناء على التفسير غير المرضي لها من التفسيرين اللذين مضى ذكرهما، وكما في شرط ملكية شيء بنحو شرط النتيجة، وكما في مهر الزواج «١». انتهى ما أردنا نقله عن أستاذنا الشهيد رحمه الله هنا.

مصاديق غامضة من الملكية

وعدنا منذ البدء أن ندرج في بحثنا عن الملكية البحث عن مصاديق من الملكية قد يكتنفها شيء من الغموض كملكية الأعمال و ملكية الذمم و ملكية المنافع.

ملكية الأعمال:

أما الأعمال: فقد أفاد أستاذنا الشهيد رحمه الله: أن مالكية الإنسان لعمله ليست بمعنى الملكية الاعتبارية التي جعلت بلحاظ الأموال المنفصلة عنه. نعم، الإنسان مالك لأعماله بملكية حقيقية بمعنى قدرته و سلطنته التكوينية عليها بحيث إن شاء

(١) من تقرير غير مطبوع لنا لبعض أبحاثه رحمه الله.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥

فعل و إن شاء ترك. و ترتبت على هذه الملكية التكوينية ملكية أخرى بمنطق العقل العملي، و هي أيضا حقيقية و ليست جعلية و اعتبارية، و هي كون الإنسان أولى بأعماله من غيره، فالملكية بهذا المعنى لا هي أمر اعتباري و جعلي كما في ملكية الأموال المنفصلة عن الإنسان، و لا- هي أمر تكويني خارجي كما في المعنى الأول لملكية الأعمال، و إنما هي أمر خلقي و راجع إلى حكم العقل

العملية.

و أولوية الإنسان بعمله تارة تكون بلحاظ الفعل و الترك، و اخرى بلحاظ التصرف الوضعي في أعماله كما في الإيجار. و الأول يكفيه حكم العقل العملية بلا حاجة إلى أي جعل، و الثاني بحاجة إلى صغرى مجعولة، و هي جعل أصل ذاك التصرف الوضعي كجعل قانون الإيجار، فإذا تمّ الجعل صغرياً طبقت عليها الكبرى المعلومة بالعقل العملية، و هي أولوية الإنسان بعمله. فكان له هذا التصرف لا لغيره.

و أولوية الإنسان بأعماله إنما هي أولوية في مقابل سائر الناس، و ليست أولوية في مقابل الله تعالى، و لا هي مقابل منع العقل العملية عن بعض الأعمال، فكذب الإنسان مثلاً مملوك للإنسان، بمعنى أنه أولى بالاستفادة منه من غيره لكنه ممنوع عليه بحكم العقل العملية، كما أن الله تبارك و تعالى له أن يمنع من عمل ما و الله تعالى مالك لمخلوقاته بمعنى أنه هو الذي خلقهم و كونهم بقدرته، و هذا يقابل القدرة و السلطنة الثابتة للإنسان على عمله، و يترتب على هذا حق المولوية، و هذا الحق له مظاهر أربعة:

١- حق الطاعة، فلو نهاه عن عمل ما لم يكن للعبد حق المخالفة.

٢- حق أخذ أعمال الشخص منه قهراً، كأن يجوز لأحد أن يستوفى منه عمله جبراً، و هذا ما يقابل ملكية الشخص لأعماله.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦

٣- حق التصرف الوضعي في أعمال الشخص، كأن يجعل عمل زيد مملوكاً لعمرو، و هذا ما يقابل ملكية الشخص للتصرف الوضعي في عمله.

و هنا تكون الكبرى مندمجة في الصغرى و ثابتة بنفس حق المولوية بلا حاجة إلى جعل من قبل جاعل.

٤- حق القيمة على شخص، بأن يتصرف تصرفاً وضعياً في عمله كما في السابق، لكن لنفس العامل بأن يعطى عمله لشخص آخر بعوض لنفس العامل، و بكلمة اخرى أن يقف تجاه العبد موقف الولي تجاه الصبي.

أما إذا تجاوزنا حق الله تبارك و تعالى و حكم العقل العملية و قسنا الإنسان إلى سائر أفراد البشر كان كل إنسان أولى بعمله من غيره، و هذه الملكية الحقيقية للناس لأعمالهم كأنها هي التي أوحى إليهم بفكرة جعل الملكيات.

و الملكية الاعتبارية للأعيان المنفصلة عن الإنسان تترتب على ملكيته لعمله بحسب الارتكازات العقلانية بهمزة وصل و هي الحيازة أو العلاج (١). انتهى ما أردنا نقله عن أستاذنا الشهيد رحمه الله.

الأحكام المترتبة على ملكية الأعمال:

و ملكية الإنسان لأعماله بمعنى كونه أولى بها من غيره، لا يترتب عليها جميع أحكام الملكية الاعتبارية، و إنما هذا يتبع سعة دائرة جعل تلك الأحكام و ضيقها، فما جعل منها على الأعم من الملكية الاعتبارية و هذه الملكية يثبت، و ما لم يكن كذلك لا يثبت، و الأحكام الشرعية التعبدية و ردت عادة على موضوع الملكية الاعتبارية، و لا تثبت في ملكية الإنسان لعمل نفسه، و ذلك من قبيل وجوب الخمس أو ثبوت الاستطاعة الموجبة لوجوب الحج.

(١) من تقرير غير مطبوع لنا لبعض أبحاثه رحمه الله.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧

و أما الأحكام العقلانية فهي مختلفة فيما بينها، فجواز التصرف الوضعي يشمل عقلياً ملكية الأعمال، و لذا يجوز للإنسان أن يؤجر نفسه على عمل، و إذا آجر نفسه على عمل أصبح عمله مملوكاً للمستأجر بالملكية الاعتبارية. و ضمان الإلتلاف لا يشمل الأعمال، فلو أن الظالم سجن أحداً لم يضمن عمله بضمان الإلتلاف. نعم، لو استوفى عمله ضمنه بضمان الحيازة و اليد، ف ضمان اليد عقلياً يشمل

العمل بخلاف ضمان الإلتلاف، وحبس الشخص لا- يعتبر عرفا حيازة لعمله، وإنما يعتبر حيازة لشخصه، أمّا حيازة عمله فهي بالاستيفاء.

نعم، لو كان الإنسان كسوبا فحبس فقد يقال بضمن الحابس لعمله، إلّا أنّ هذا ليس ضمان اليد أو الإلتلاف، بل هذا ضمان بنكته دفع الضرر، ولذا لا يحسّ بمثل هذا الضمان في غير الكسوب، ولو ثبت هذا الضمان في الكسوب عقلائيًا ثبت شرعا بقاعدة نفي الضرر و بعدم الردع. أمّا لو لم يثبت عقلائيًا فلا يثبت شرعا لا بعدم الردع كما هو واضح، ولا بقاعدة نفي الضرر، لما حقّق في محلّه من أنّ مفادها نفي الضرر الناشئ من الإسلام، فلو كان الضمان ثابتا عرفا و نفاه الإسلام عدّ هذا النفي ضررا ناشئا من الإسلام، فهو منفيّ، و إلّا فلا، و مجرد نشوء ضرر من قبل هذا الظالم لا يعنى وجوب حكم الإسلام بالضمن عليه.

و بما ذكرناه ظهر الفرق بين منافع الحرّ و منافع العبد، حيث إنّ منافع الحرّ غير المستوفاة لا تضمن، و منافع العبد غير المستوفاة قد يقال: إنّها تضمن.

و الفرق بينهما: أنّ منافع الحرّ ليست مملوكة له ملكيّة اعتباريّة، فلا تضمن بالإلتلاف كما قدّمناه، و لكن منافع العبد مملوكة للمولى ملكيّة اعتباريّة و لو بملكيّة مندّكة في ملكيّة العين، فقد يقال: إنّ مثل هذه الملكيّة المندّكة كافية في ضمان الإلتلاف.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨

و بما ذكرناه ظهر الفرق أيضا بين منفعة الحرّ غير الأجير و منفعة الأجير، فغير الأجير لا تضمن منفعته في غير الكسوب أو مطلقا، لأنّها لم تكن مملوكة بالملك الاعتباريّ، أمّا الأجير فمنفعته كانت مملوكة بالملك الاعتباريّ للمستأجر، فإن فرضنا أنّ هذا الحبس لا يوجب انفساخ الإيجار فالحابس ضامن للمستأجر، لأنّ عمل الأجير كان ملكا له ملكيّة اعتباريّة، فقد ضمنه بالإلتلاف، فإذا فسخ المستأجر العقد لعدم القبض رجع البديل الذي ضمنه الحابس إلى الأجير، و رجعت الاجرة إلى المستأجر. و إن فرضنا أنّ هذا الحبس يوجب انفساخ الإيجار ضمن الحابس الاجرة المسماة للأجير بنكته دفع الضرر، و عقلائيّة الضمان هنا أوضح من الضمان في الكسوب الذي لم يؤجر نفسه.

و هناك تفسير آخر لما يفهم عقلائيًا من الفرق بين منفعة الأجير أو الكسوب و غيرهما بالضمان في الأول أو في الأوّلين دون غيرهما، و هو أن يقال: إنّ ضمان الإلتلاف ثابت عقلائيًا في باب الأعمال كما هو ثابت في الأعيان، إلّا أنّ إلتلاف الأعمال ليس كإلتلاف الأعيان بمعنى هدم ما هو موجود و كسره مثلا، و إنّما هو بمعنى الحيلولة بين الشخص و عمله، و هذه إنّما تكون في الأجير و الكسوب. أمّا الذي لا- يوجد فيه دافع نفسيّ للعمل فعدم صدور العمل منه لا- ينسب عرفا إلى منع الحابس، بل ينسب إلى عدم المقتضى، فلا إلتلاف في المقام.

إلّا أنّ هذا التفسير- لو تمّ- لا- يفسّر لنا الفرق بين عمل الحرّ و عمل العبد، فلا بدّ من التفصيل في عمل العبد أيضا، بينما لو كان المالك مقبلا على استثماره و ما إذا كان المالك مهملا له لا ينتفع به حتى لو لم يسجنه الساجن. و كذلك الحال في منفعة الدار غير المستوفاة من قبل الغاصب، فيجب أن يفصل بين ما إذا كان صاحب الدار يستفيد منها لو لا الغصب و ما إذا كان مهملا لها.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩

و لعلّه من الواضح أنّ هذه التفاصيل ليست عقلائيّة، فالصحيح أنّ إلتلاف الأعمال الذي يترقّب أن يكون موضوعا للضمان هو بمعنى هدر القابليّة للعمل، و قد حصل ذلك بالسجن سواء كان العامل أجيرا أو كسوبا أو لا، فعلى الأولى هو التفسير الأول الذي ذكرناه بعد فرض تسليم الفرق عقلائيًا بين الأجير و غيره، و الكسوب و غيره، و الحرّ و العبد.

و لو قتل شخص حرّا فلا إشكال في أنّه لا يضمن عقلائيًا عمله، و إنّما يصار إلى القصاص أو الدية، و لا يكفي في تفسير عدم الضمان هنا ما ذكرناه في حبس الحرّ، إذ لو كان هذا هو التفسير الوحيد لذلك لزم ضمان العمل في الأجير أو الكسوب لدى القتل بناء على ثبوت الضمان فيهما في الحبس.

و بالإمكان تفسير ذلك بأنّ عدم ضمان عمل الحرّ لدى قتله يكون من قبيل عدم ثبوت ضمان لمنفعة العين في مقابل ضمان العين لدى إتلافها، فكما أنّ ضمان منفعة العين مندكّ في ضمان العين كذلك ضمان عمل الحرّ مندكّ في ضمان الحرّ المتمثل في القصاص أو الديّة، بفرق أنّ ضمان منفعة العين المندكّ في ضمان العين يؤثّر في مقدار الضمان قيمياً، فالعين المضمونة بالقيمة تكثر و تقلّ قيمتها المضمونة على أثر عوامل أحدها كثرة و قلّته منافعتها، لكنّ العقلاء حدّدوا الضمان في قتل الحرّ بمبلغ معيّن من الديّة أو القصاص أيّا كانت منفعته، أو لم تكن له منفعة أصلاً، و ذلك تغليبا لأصل حرمة الإنسان كإنسان على منافعه التي تعتبر لا شيء بالنسبة إليه.

و قد يقال: إنّ ضمان منافع الحرّ في الحبس أولى من ضمان منافع العين، لأنّ منفعة العين مندكّة قيمة و ملكية في العين، فلا يملك صاحب العين - إضافة إلى العين - شيئاً اسمه المنفعة، و ليست للمنفعة قيمة إضافة إلى قيمة العين، و إنّما المنفعة فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠

حيثية تعليلية لتقييم العين، و هذا بخلاف عمل الحرّ، فإنّ الحرّ غير مملوك و لا يقيم، فيقيم عمله مستقلاً عنه، و يملك مستقلاً عنه. و الجواب: أنّ اندكاك قيمة المنفعة و ملكيتها في العين صحيح، و لذا لا يضمن منفعتها إضافة إلى ضمان العين لدى إتلافها، و لكن هذا لا ينافي ضمانها مستقلاً حينما لا يوجد ضمان للعين كما لو حبس العين و لم يتلفها، و كما لو استوفى منفعتها و لم يتلفها. و لهذا أيضاً في باب الإيجار تصوّر ملكية المنفعة رغم عدم ملكية العين. و في الحرّ أيضاً يتبلور اندكاك ضمان المنفعة في العين لدى القتل كما مضى، فإنّ عين الحرّ و إن لم تكن مملوكة بالملكية الاعتبارية لكنّ عمله أيضاً لم يكن مملوكاً بالملكية الاعتبارية، و ملكية عمله لنفسه من سنخ مالكية الإنسان لنفسه، أي أنّه هو أولى من غيره بنفسه و بعمله. و أمّا في مورد الحبس فقد مضى بيان نكته الفرق بين الحرّ و غيره.

ملكية الذم:

و أمّا الذم: فالذمة - في الحقيقة - وعاء اعتباري افترضه العقلاء للأموال الرمزية التي لا وجود لها في الخارج كي يكون موطناً لتلك الأموال التي تتخذ كرمز للأموال الخارجية، و تطبق حين التنفيذ و الأداء على الخارج تطبيقاً للرمز على ذي الرمز. و قد كان هذا الاعتبار من قبل العقلاء تسييراً للمعاملات و تكييفاً عقلياً لها، و تسهلاً لتمشية الأمور. فقد يحتاج الشخص إلى إيقاع المعاملة على شيء لا يمتلكه خارجاً، فيبيع عيناً غير مملوكة له، أو يشتري بثمن لا يمتلكه، فيكون طريق حلّ الإشكال في هذه المعاملة هو البيع في الذمة أو الشراء بالذمة. و قد يمتلك المال خارجاً لكنه لا يريد أن يفقده، و في نفس الوقت هو بحاجة إلى إيقاع فقه العقود، ج ١، ص: ٥١

المعاملة على سنخ ما يمتلكه، فيوقع المعاملة على الذمة. و قد يقتضى القانون تغريم شخص ما من دون غرض في التحجير على ماله و تحجيم ممتلكاته، و ذلك كمن أتلف مال غيره فيفترض تعلق ملك المغرم له بما في ذمة هذا الشخص جمعاً بين بقاء الأموال الخارجية للمتلف على حرّيتها و قدره التصرف المعاملي لمن تلف ماله في ما يكون له في ذمة المتلف، و كذلك في القرض مثلاً تصبح عين المال ملكاً للمقترض و لكن تستقرّ ماله أو مثليته في ذمته، و يمكن إيقاع بعض المعاملات عليها.

اختلاف الذمة عن العهدة:

و الذمة تختلف عن العهدة، و يظهر من الكلمات المنقولة عن المحقّق النائيني رحمه الله: أنّ الفرق الجوهرى بينهما هو أنّ الأموال الخارجية أو أداءها تكون في العهدة لا في الذمة، و الذمة وعاء للأموال الكلية فحسب «١».

و الواقع أن كون العهدة وعاء لأداء الأموال الخارجية صحيح فإنها وعاء للتكاليف و ما يلزم على الإنسان من أعمال و منها أداء الأموال الخارجية. و أما كون الذمة وعاء للأموال الكلية فأيضا صحيح على أن يكون المقصود به ما جاء في تعابير أستاذنا الشهيد رحمه الله من كونها وعاء للأموال الرمزية.

هذا و ربما يكون في العهدة أداء مال ما من دون تعيين خارجي لذاك المال، و لا يكون ذاك المال رغم كنيته شاغلا للذمة كما في نفقة الأقارب الواجبة على الإنسان، فعهدة الإنسان مشغولة بنفقة الأقارب بينما ذمته غير مشغولة بها، و لا

(١) راجع كتاب المكاسب و البيع للشيخ الآملي ١: ٣٥٢، و كتاب منية الطالب للشيخ موسى النجفي ١: ١٤١ السطر ٧ و ص ١٤٥ س ١٢ و ص ١٤٧ س ١٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢

ضمان عليه لو ترك، فلو مات مثلا لم تؤخذ النفقة الماضية التي لم يؤدها من التركة، و ربما يكون المال الكلي مرتببا بالعهدة و الذمة معا، كما في من أتلّف مال غيره فقد انشغلت ذمته بالمال و انشغلت عهده بوجوب إفراغ الذمة و أداء المال، بينما الطفل الصغير الذي أتلّف مال غيره مثلا انشغلت ذمته بالمال لكن ليس على عهده شيء، و لو استدان مالا من كافر حربيّ انشغلت ذمته و لكن ليس على عهده الأداء، و بإمكانه أن يمتلك ما في ذمته فيسقط عنه و تفرغ ذمته، و طبيعيّ أن المال الخارجي لا يشغل الذمة لأنّ الذمة وعاء اعتباريّ فرض كمحلّ لاستيعاب الأموال التي لم يستوعبها الظرف الخارجيّ. أما المال الموجود في ظرف الخارج فليس بحاجة إلى ظرف اعتباريّ من هذا القبيل.

هذا، و الذي يبيع كليا في ذمته و إن كان لا يوجد قبل البيع مال في ذمته يمتلكه كي يبيعه لكن يكفي إشباعا للقانون العقلانيّ الذي يقول: لا يبيع إلّا في ملك، مالكيّة الإنسان لنفس الذمة التي هي من سنخ مالكيته لنفسه و لأعماله، فهو أولى بإشغال ذمته من غيره أو إبقائها على الفراغ.

المفهوم الفقهي للدين مقارنا للقانون الوضعي:

و الدين في مفهومه الفقهيّ لدينا هو المال الكليّ الاعتباريّ الرمزيّ الذي أشغل وعاء الذمة الذي يفترض لصيقا بالإنسان، و لكنّه في مفاهيم الفقه الغربيّ ليس عدا مجرد التزام شخص لشخص، فهو أقرب شيء إلى مفهوم انشغال العهدة لدينا، و رابطة بين إنسان و إنسان، لا بين إنسان و مال، و كان هذا هو الفرق عندهم بين ما يسمونه بالحقّ الشخصيّ و ما يسمونه بالحقّ العينيّ، فالحقّ العينيّ هو الذي يربط الإنسان بعين خارجيّة، و الحقّ الشخصيّ هو الذي يربط الإنسان بإنسان آخر.

و قال الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوريّ متحدثا عن الرابط بين الدائن و المدين:

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٣

و لم تثبت هذه الرابطة على حال واحدة، بل إنّها تطوّرت، فكانت في أوّل أمرها سلطة تعطي للدائن على جسم المدين لا على ماله، و كان هذا هو الذي يميّز بين الحقّ العينيّ و الحقّ الشخصيّ، فالأوّل سلطة تعطي للشخص على شيء، و الثاني سلطة تعطي للشخص على شخص آخر، و كانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة يدخل فيها حقّ الإعدام و حقّ الاسترقاق و حقّ التصرف، ثمّ تطلّفت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البدنيّ بحبس المدين مثلا، و لم يصل الدائن إلى التنفيذ على مال المدين إلّا بعد تطوّر طويل، فأصبح للالتزام منذ عهد الرومان مظهران: مظهر باعتباره رابطة شخصيّة فيما بين الدائن و المدين، و مظهر باعتباره عنصرا مائيا يقوم حقاّ للذمة الدائن و يترتب دينا في ذمة المدين. و لا يزال الالتزام محتفظا بهذين المظهرين إلى الوقت الحاضر و إن اختلفت المذاهب فيه، فمذهب يغلب الناحية الشخصيةّ و هو المذهب الفرنسيّ التقليديّ الموروث عن القانون الرومانيّ، و مذهب يغلب الناحية المائية و

هو المذهب الألماني الحديث ...

و أشهر من قال بالمذهب الشخصي من فقهاء الألمان (سافيني) فقد كان يرى الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن، و هي صورة مصغرة من الرق، فالسلطة التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرّية من يخضع لهذه السلطة، و هذا هو الرقّ الكامل و الملكية التامة، و قد لا تناول السلطة إلا بعض هذه الحرّية، و لا تمتدّ إلا إلى جزء من نشاط المدين، فيترتب من ذلك حقّ للدائن قريب من حقّ الملكية و لكنّه ليس إياها، فهو حقّ خاصّ بعمل معيّن من أعمال المدين ...

هذه النظرية قام في وجهها فقهاء الألمان و على رأسهم (جييريك) و أبوا أن

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٤

تستقرّ في الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية و غلبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها، و قد بين جييريك أنّ الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني، بل تنظر إلى محلّ الالتزام و هو العنصر الأساسي و تجرّده من الرابطة الشخصية حتّى يصبح الالتزام عنصرا ماثيا أكثر منه علاقة شخصيّة، فيفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن و عن شخص المدين، و يختلط بمحلّه فيصبح شيئا مادّيا العبرة فيه بقيمته المائية (١).

و من هنا دخلت فكرة الدّمة في الفقه الغربي، إلا أنّها اختلفت عن فكرة الدّمة عندنا، فبينما الدّمة عندنا وعاء اعتباري لصيق بالإنسان لا علاقة له بأمواله الخارجية كانت لديهم عبارة عمّا يسمّى بالثروة أو بالدّمة المائية، و هي وعاء تستوعب كلّ أموال الإنسان الخارجية و غيرها إيجابية و سلبية. ففي الدّمة المائية عندهم عنصران: عنصر إيجابي هو الحقوق، و عنصر سلبيّ هو التكاليف، و الدّمة تتكوّن من العنصرين معا. و حاصل الفرق بين العنصرين يسمّى الصافي، و قد تكون الدّمة خالية ليس فيها حقوق و لا تكاليف كدّمة الوليد الذي ليس له مال (٢).

هذا، و التصوير القديم للفقه الغربي لمعنى الدين و فهمهم لحقيقة الالتزام الشخصي أدّى إلى عدم تصويرهم لحواله المدين إلى شخص آخر في دينه، و هذه هي الحوالة في فقهنّا و هي حوالة الدين في فقهم، أو تغيير الدائن من شخص إلى

(١) الوسيط ١: ١١٨ - ١٢٠ الفقرة ٧ - ٩ بحسب الطبعة الثانية.

(٢) راجع الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ٣: ٢٣٣ الفقرة ١٢٨ بحسب الطبعة الخامسة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٥

آخر، و هذا ما يتصوّر في فقهنّا ضمن بيع الدين أو هبته، و يسمّى في فقهم بحواله الحقّ. قال الدكتور السنهوري:

قد كانت فكرة الرابطة الشخصية هي الفكرة السائدة في القانون الروماني، ثم سادت بعد ذلك عصورا طويلة في القوانين اللاتينية، فلم يكن يمكن معها تصوّر انتقال الالتزام لا من دائن إلى دائن آخر، و لا من مدين إلى مدين آخر، على أنّ استعصاء الالتزام على الانتقال لم يثبت في هذه القوانين القديمة إلا في انتقاله فيما بين الأحياء. أمّا انتقال الالتزام إلى الوارث بسبب الموت فإنّ هذه القوانين لم تلبث أن استساغته منذ عهد طويل ... فينتقل الالتزام من الدائن عند موته إلى ورثته من بعده، و يصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه، و كذلك ينتقل الالتزام من المدين عند موته إلى ورثته من بعده، و يصبح هؤلاء هم المدينون مكانه ...

و تعتبر شخصية الوارث إنّما هي استمرار لشخصية المورث، فكأنّ الالتزام لم ينتقل إلى شخص جديد بموت صاحبه، بل بقي عند صاحبه ممثلا في شخص الوارث ...

و قد يبدو أنّ الالتزام يتحوّر في الشرائع الغربية إذا هو انتقل من المدين إلى وارثه و قبل الوارث الميراث محتفظا بحقّ التجريد، فيفصل أموال التركة عن أموال الشخصية و لا يكون مسئولا عن ديون التركة إلا في المال الذي ورثه، فيصبح الالتزام بعد أن انتقل إلى الوارث لا يمكن التنفيذ به إلا على أموال التركة التي انتقلت إلى هذا الوارث، و لكن هذا التحوير ليس تحويرا حقيقيا، فالواقع من

الأمر أن الالتزام بقي - من ناحية المال الذي يجوز التنفيذ عليه - كما كان في حياة المورث، فقد كان عندئذ لا يمكن التنفيذ به إلا على ماله فبقي كما كان

و إذا كان قد أمكن في انتقال الالتزام بسبب الموت جعل الوارث خلفا عاما

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٦

للمورث، و تصوير هذه الخلافة العامة كأنها استمرار لشخصية المورث، ففي انتقال الالتزام ما بين الأحياء حيث الخلافة خاصة لا يمكن تصوير هذه الخلافة الخاصة حال الحياة كما أمكن تصوير الخلافة العامة بعد الموت استمرارا لشخصية السلف، ذلك أنه إذا أمكن القول بأن المورث - و قد زالت شخصيته بالموت - يتصور استمرارها في شخص الوارث فإنه يتعدّر القول بأن السلف و هو لا يزال حيا تستمر شخصيته في شخصه خلفه الخاص.

من أجل ذلك لم يكن ممكنا أن ينتقل الالتزام حال الحياة في القانون الروماني من دائن إلى دائن آخر، أو من مدين إلى مدين آخر عن طريق حواله الحقّ أو عن طريق حواله الدين، و لم يكن ممكنا إذا اريد تغيير شخص الدائن إلا بتجديد الالتزام بتغيير الدائن، أو اريد تغيير شخص المدين إلا بتجديد الالتزام بتغيير المدين، و في الحالتين لم يكن الالتزام ذاته بمقوماته و خصائصه هو الذي ينتقل من شخص إلى شخص آخر، بل كان الالتزام الأصلي ينقضى بالتجديد، و ينشأ مكانه التزام جديد بمقومات و خصائص غير المقومات و الخصائص التي كانت للالتزام الأصلي، و في هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن، أو يتغير شخص المدين.

على أن الرومان كانوا يلجئون إلى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر دون تدخل من المدين، فكان الدائن الأصلي يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه في قبض الدين باسمه من المدين، و كان هذا التوكيل وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين، و لكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة، فإن الدائن الأصلي كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٧

و بقي القانون الروماني على هذه الحال دون أن يعرف لا حواله الحقّ و لا حواله الدين، و بقيت الحواله مجهولة مدة طويلة في القانون الفرنسي القديم يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذي كان القانون الروماني يلجأ إليه حتى أصبح هذا الطريق مألوفا، و منه دخلت حواله الحقّ في القانون الفرنسي القديم، و أصبح مسلما في هذا القانون أنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر دون حاجة إلى الحصول على رضاء المدين بالحواله، على غرار التوكيل بالقبض الذي أصبح مفترضا دون نصّ. و هذا بالرغم من أن التحليل القانوني الدقيق ... يستعصى على أن ينتقل الالتزام و هو رابطة شخصية من دائن إلى دائن آخر.

و ساعد على إمكان انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتباره رابطة شخصية أخذت تتطور، و أخذ العنصر المادّي في الالتزام يبرز شيئا فشيئا، فأصبح من السهل أن تتصور أن الالتزام باعتباره قيمة مائية لا باعتباره رابطة شخصية، و بالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه ينتقل من دائن إلى دائن آخر.

و لكن التطور في القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحدّ، و لم يصل القانون الفرنسي حتى اليوم إلى تنظيم حواله الدين، أي انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر، و ليس هناك سبيل إلى تغيير المدين في الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة في الوفاء، ذلك أن شخصية المدين في الالتزام أكبر خطرا من شخصية الدائن، فعلى شخصية المدين و مقدار يساره و حسن استعداده للوفاء بدينه تتوقف قيمة الدين، فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفا في هذا التحويل عن طريق التجديد، لأنّ الدائن يأبى

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٨

أن يتغير عليه المدين من دون رضائه، و يعنيه من تغيير مدينه ما لا يعنى المدين من تغيير دائنه، فبقيت القوانين اللاتينية عند هذه

المرحلة من التطور لم تستكملها إلى غايتها، وذلك مع استثناء التقنين المدني الإيطالي الجديد، فقد أقر حواله الدين عند الكلام في الإجابة في الوفاء

أما التقنينات الجرمانية فقد سارت في التطور إلى نهاية الطريق، وما دامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام قيمة مادية أكثر منه رابطة شخصية، وما دام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر فما الذي يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخر ومن ثم يعرف كل من التقنين المدني الألماني (م ١٤١٤ - ١٤١٩) و تقنين الالتزامات السويسري (م ١٧٥ - ١٨٣) إلى جانب حواله الحق حواله الدين «١». هذا ما أردنا نقله هنا من مقاطع من عبائر السنهاوري بنصها.

حواله الدين مقارنا للقانون الوضعي:

و في فقهننا الإسلامي يوجد باب باسم باب الحواله، و يقصدون بالحواله حواله الدين. أما اصطلاح حواله الحق فلم يرد في فقهننا، فقد يتراءى في النظر - على هذا الأساس - أن الفقه الإسلامي عرف حواله الدين بين الأحياء و لم يعرف حواله الحق خاصه إذا نظرنا إلى الفقه السنّي الذي لا يعترف - في غالب مذاهبه - ببيع الدين أو هبته، إلّا في المذهب المالكي في الجملة «٢». و هذا شيء غير ممكن أن يقع في فقه ما على رأى الدكتور السنهاوري، و إلّا

(١) الوسيط ٣: ٤١٤ - ٤١٩ الفقرة ٢٣٧ - ٢٣٩.

(٢) راجع الوسيط ٣: ٤٢١ و ٤٣٤ - ٤٣٧ الفقرة ٢٤٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٩

كان هذا بدعا في تطور القانون - على حدّ تعبيره - و ذلك لأمرين:

أحدهما: أنه من غير الطبيعي أن يعرف نظام قانوني حواله الدين قبل أن يعرف حواله الحق، لما مضى من أن رابطة الالتزام بالمدين أشدّ و أقوى منها بالدائن، و شخصيته المدين أخطر في هذه الرابطة من شخصيته الدائن. و ثانيهما: أنه من غير الطبيعي أن يسلم نظام قانوني بانتقال الدين بين الأحياء من مدين إلى آخر و هو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت، لأنّ تصوّر قيام الوارث مقام الميت أسهل من تصوّر قيام شخص مقام من هو حيّ يرزق - كما مضى - و الإسلام لا يعترف بانتقال ديون الميت إلى الوارث.

و هنا يواجه الدكتور السنهاوري فتاوى الفقهاء الإسلاميين الذين أفتوا بحواله الدين فيما بين الأحياء، بينما لم يفتوا بانتقال الدين بالموت إلى الوارث، و لا - بحواله الحق - إلّا في المذهب المالكي الذي اعترف به في الجملة - على حدّ تعبيره - و طبعاً هو ينظر إلى فتاوى فقهاء العامّة و ليس على اطلاع من فتاوى فقهاء الشيعة.

و يتصدى لتوجيه هذه الفتاوى و تفسيرها بالنحو الذي لا يعارض ما ذكره من عدم إمكان معرفة حواله الدين قبل معرفة حواله الحق، و عدم إمكان معرفة انتقال الدين بين الأحياء قبل معرفة انتقاله بالموت، و يقيم بعض الشواهد على تفسيره، و هو يأخذ الرأى الإسلامي من كتب السنّة كما قلنا، و يستخلص من كلامه حول الموضوع ما يلي:

إنّ حواله الحق بين الأحياء لم يعترف بها أحد من المذاهب الأربعة عدا المذهب المالكي، حيث أقرها فيما يسميه بهبه الدين و بيع الدين ضمن بعض الشروط.

أما المذاهب الثلاثة الأخرى فلا تجيز بيع الدين أو هبته من غير من هو عليه.

و أما حواله الدين فإن فرضت حواله على البرىء فهي ممّا لا تعترف به

فقه العقود، ج ١، ص: ٦٠

المذاهب الثلاثة، أي غير المذهب الحنفي، فالذي يبقى موردا للبحث عن أنه هل يخالف سلم التطور المفروض في الفقه أو لا؟ إنما هي الحوالة على البريء في الفقه الحنفي، و الحوالة على المدين في كل المذاهب الأربعة.

على أن المعترفين بالحوالة منهم من يرجع - في الحقيقة - الحوالة إلى باب الضمان (١) كزفر من الحنفيين، حيث يفسرها بضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة، فهذا أيضا يخرج من موضوع البحث، لأن الدين لم ينتقل في الحقيقة إلى المحال عليه، و غاية الأمر أن الدائن له حق مطالبة المحال عليه كما له حق مطالبة المدين كما هو الحال في باب الضمان (٢).

و منهم من يفسر الحوالة بمعنى انتقال المطالبة وحدها دون الدين من المدين إلى المحال عليه، كما قال به محمد من الحنفيين، و هذا أيضا خروج عن موضع البحث، لأن الدين لم ينتقل، فلو أراد المدين أن يقضى الدين لا يكون متبرعا، لأنه لا زال مدينا و ليس من حق الدائن الامتناع من الاستيفاء. و لو أبرأ الدائن المحال عليه لا يسقط بهذا دينه، و لا يرجع المحال عليه على المدين و لو كانت الحوالة بأمره، لأن الدائن لم يبرئ المحال عليه من الدين، بل من مجرد المطالبة و لو توى الدين عند المحال عليه بمثل الموت أو الفلاس أو الإنكار مع

(١) عبر السنهوري هنا بالكفالة، و مقصوده هو ما نسميه بالضمان.

(٢) هذا جرى على ما هو المنسوب إلى المشهور في فقه السنة من أن الضمان ضم ذمة إلى ذمة، خلافا لما عند الشيعة من أنه نقل من الذمة إلى ذمة أخرى.

و أظن أن واقع مقصودهم هو ضم عهدة إلى عهدة - لا الذمة بمعناها الدقيق الذي شرحناها في ما سبق، فلا يرد عليهم ما جاء في الجواهر من الاستشكال في تصور شغل ذمتين فصاعدا بمال واحد. راجع الجواهر ٢٦: ١١٣، أول كتاب الضمان.

فقه العقود، ج ١، ص: ٦١

عدم اليئنة عادت المطالبة إلى المدين، فيرجع عليه الدائن بالدين نفسه لا بالضمان، بينما لو كان الدين قد انتقل إلى المحال عليه لما كان للدائن الرجوع بنفس الدين، و إنما كان يرجع عليه بعنوان ضمان الدين التالف.

و الخلاصة: أن الحوالة على هذا المسلك راجعة أيضا إلى الضمان (١)، إلا أنه ضمان محوّر يختلف عن الضمان العادي، لأن الضمان العادي يكون الدائن فيه بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلي، و إن شاء طالب الضامن، بينما في المقام يطالب أولا المحال عليه، فإن توى الدين عنده طالب المدين.

فالذي يبقى موردا للبحث إنما هو ما جاء في مثل رأى أبي حنيفة و أبي يوسف من تفسير الحوالة بانتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، و هذا أيضا يجب صرفه عن معنى الحوالة. بمحتواها الدقيق إلى طريقة التجديد، و لا يصح حمله على حوالة الدين كما يشهد لذلك أمران - و الاستشهاد بثاني الأمرين على المطلوب هو صريح كلام السنهوري، و الاستشهاد بالأمر الأول يظهر من بعض عبائه - و هما ما يلي:

١- في غير المذهب الحنفي لم يعترف بالحوالة على البريء، و إنما الموجود فيها بالنسبة للبريء هو الضمان (٢). أفلا يعني هذا أن ما اعترفوا به من الحوالة على المدين إنما قصدوا بذلك أن المدين يوفى عن طريق ما يسمّى بالحوالة الدين الذي عليه للدائن بالحق الذي له في ذمة المحال عليه؟ فهو بدلا من أن يستوفى حقه من المحال عليه ثم يوفى بهذا الحق الذي استوفاه الدين الذي

(١) عبر السنهوري بالكفالة.

(٢) عبر السنهوري بالكفالة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٦٢

عليه للدائن يختصر هاتين العمليتين في عمليته واحدة، فيقضى الدين الذي عليه بالحق الذي له دون أن يستوفي شيئاً من مدينه أو يوفى شيئاً لدائنه، بل يقتصر على أن يحيل دائنه على مدينه، وذلك لا يعنى الاعتراف بفكرة الحوالة بمعناها الدقيق، وإلا لاعترفوا بها في الحوالة على البريء، ففيها تتجلى الحوالة بالمعنى الدقيق لا في الحوالة على دين المدين الراجعة إلى لون من الوفاء يفسر على أساس التجديد بتغيير المدين.

٢- أنه سواء تكلمنا على المذهب الحنفي أو غيره فالتأمينات التي كانت على الدين المحال به من قبل المدين المحيل تنقضى، بينما لو كان هذا انتقالاً للدين نفسه لا تجديداً بتغيير المدين لا تنتقل مع الاحتفاظ بما له من تأمينات «١».

و يستبعد أيضاً السنهورى إرجاع الحوالة على المدين إلى حوالة الحق بأن يفترض أن المحيل - في الحقيقة - قد نقل الحق الذي كان له على المحال عليه إلى دائنه، و يستشهد لهذا الاستبعاد بوجوه، و بحثه في هذا الجانب و إن كان في فرض المذاهب الثلاثة الأخرى غير المذهب الحنفي و لكن بعض تلك الشواهد - على الأقل - مشترك في الحقيقة بين المذاهب الأربعة، و هي كما يلي:

١- أن تأمينات دين المحال عليه التي كانت للمحيل لا تنتقل إلى دائن المحيل.

٢- لو كان للمحال عليه عذر به يمتنع عن أداء الدين إلى المحيل و لم يكن ذاك العذر راجعاً إلى مجرد علاقة الدائنية و المديونية لم ينتقل في صريح بعض الفتاوى العذر مع انتقال الدين إلى المحال. و جاء في الوسيط في التعليق الموجود تحت الخط مثال ذلك كما يلي:

(١) راجع الوسيط ٣: ٤٢١-٤٣٣ الفقرة ٢٤٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٦٣

جاء في كتاب المهذب: و إن أحال البائع رجلاً على المشتري بالألف ثم رد المشتري المبيع بعيب لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين و هو الاجنبى المحتال، فلم يجز إبطالها.

٣- لو كان هذا الحق قد انتقل إلى الدائن المحال و كان المحال عليه معسراً وقت الحوالة أو أعسر بعد ذلك فقد كان ينبغي أن يضمن المدين المحيل الدين لدائنه، بينما الذى يظهر من الفتاوى أن المدين لا يضمن إعسار المحال عليه.

٤- و لو كان مقدراً لهذا الحق أن ينتقل إلى الدائن و لكن لم يتمكن المدين من نقله كأن كان الحق ثمناً لمبيع استحق أو كان وديعة فهلك فقد كان ينبغي أن يعتبر الدائن غير مستوف لدينه، أو أن الحق لم ينتقل إليه، فيبقى الدائن دينه في ذمة المدين، و لكن هذا الحكم لا يظهر في وضوح من النصوص «١».

أقول: الشاهد الرابع نقلته بنصه، و كأن مقصوده بكون الحق ثمناً لمبيع استحق هو أن المحال عليه كان قد اشترى من المحيل شيئاً بثمن و لم يكن قد أدى الثمن فحوّل البائع دائنه على هذا الثمن و لكن تبين أن الثمن قد استحقه المحال عليه بسبب من أسباب انفساخ البيع كالتلف قبل القبض مثلاً، فلو كان هذا عبارة عن حوالة الحق بالمعنى الدقيق للكلمة للزم أن تكون الحوالة باطلة، إذ ظهر أنها حوالة على ثمن خيالي لا واقع له، أفلا يعنى فرض عدم بطلانها أنه لم يحوّل في المقام نفس الحق و إنما احدث حق جديد بين الدائن و المحال عليه.

أمّا مثال الحوالة على الوديعة التي تلفت فخروج عن المقام، لأنها حوالة على عين خارجية لا على إنسان كي نبحث عن أن هذا هل هو حوالة حق بالمعنى

(١) راجع الوسيط ٣: ٤٣٠-٤٣١ الفقرة ٢٤٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٦٤

الدقيق للكلمة أو إنهاء لحقّ و تجديد لحقّ آخر؟ فواقع الأمر ليس هذا و لا ذاك، بل هو محاولة لأداء الدين بعين خارجيّة انكشف تلفها، فالمفروض كون الأداء باطلا على كلّ تقدير.

بل أنّ مسألة عدم اعتبار الدائن غير مستوف لدينه في مثال حوالته على ثمن المبيع أيضا لا تصلح شاهدا على عدم حواله الحقّ، فإنّه حتّى لو لم يفرض إرجاع الثمن إلى الشخص الثالث حواله للحقّ بالمعنى الدقيق للكلمة و فرض أنّ واقع المطلب إنهاء دين المحيل و دين المحال عليه و إيجاد دين جديد لصالح المحال فلا شك في أنّ إنهاء دين المحيل كان مشروطا بإيجاد الدين الجديد في صالح المحال المشروط بدوره بثبوت الثمن على المحال عليه، فعدم إمكان نقل ذلك إلى المحال يؤدّي - لا محالة - إلى رجوع المحال إلى المحيل. إذن فالإفتاء بعدم رجوعه اليه - لو تمّ - يكون ذلك حياديّا تجاه مسألتنا، و هي كون المقام من حواله الحقّ و عدمه.

و بهذا يظهر أنّ الشاهد الثالث أيضا حياديّ تجاه بحثنا، فإنّ المفروض أنّ ضمن المحيل الدين لدائنه عند إفسار المحال عليه على كلّ حال، أي سواء تصوّرنا في المقام حواله الحقّ أو لا فإنّ الرضا بسقوط دين المحيل - على أيّ حال - كان مشروطا بعدم إفسار المحال عليه. أمّا إذا لم يكن مشروطا بذلك فالمفروض سقوط دينه و عدم الضمان على كلّ حال، فهذه المسألة حياديّة تجاه مسألتنا. و الشاهد الثاني أيضا لا يكفي في نفي حواله الحقّ في المقام، لأنّ العذر المانع عن أداء الدين ليس ارتباطه بالدين فقط بل له نسبة إلى الدائن أيضا، إذ قد صار عذرا عن أداء الدين لهذا الدائن، و عندئذ يجب أن يرى أن نسبته إلى كلا

فقه العقود، ج ١، ص: ٦٥

الدائنين هل هي على حدّ سواء أو أنّ هناك فرقا بين الدائنين جعله عذرا تجاه أحدهما دون الآخر؟ فلو أفتى أحد بأنّ المشتري لو ردّ المبيع يعيب لم تبطل الحواله فلعله يعتقد أنّ العيب إنّما يؤثّر في الامتناع تجاه البائع، و لا يؤثّر في الامتناع تجاه إنسان أجنبيّ تعلق حقّه بسبب الحواله بالثمن.

و من هنا يظهر أنّ الشاهد الأوّل أيضا لا - أثر له في المقام، فإنّ التأمينات لها علاقة بالدائن كما لها علاقة بالدين، فقد يقال: إنّ التأمينات إنّما وضعت لدين ما تجاه دائن ما، فإذا تبدّل الدائن لم يكن من الضروري تحوّل التأمينات إلى الدائن الجديد. و أمّا ما استدللّ به على نفي كون ما تعارف ذكره في الفقه الإسلاميّ من الحواله عبارة عن حواله الدين بدقيق معنى الكلمة و هو أيضا عبارة عن التأمينات بدعوى أنّ التأمينات لا تبقى على حالها لدى تبدّل المدين، و هذا يعني أنّ الدين السابق انتفى و وجد دين جديد، إذ لو كان نفس الدين السابق قد انتقل إلى شخص آخر لكان يحتفظ الدين بتأميناته.

فالجواب على ذلك: ما أفاده أستاذنا الشهيد رحمه الله من أنّ التأمينات تجعل عادة على دين ما و بلحاظ مدين ما. أمّا لو تبدّل المدين إلى شخص آخر فقد لا - يرى الدائن حاجة إلى فرض تأمينات بالقياس له. نعم، لا مانع من افتراض النصّ منذ البدء على أنّ هذه التأمينات هي تأمينات على ذات هذا الدين أينما حلّ، و مع هذا النصّ لا نتحاشى من ثبوت التأمينات على حالها، و لا يشترط في الرهن مثلا أن يكون ملكا للمدين.

و أمّا ما يظهر من بعض عبائر الوسيط كشاهد آخر على نفي كون ما سميّ بالحواله في الفقه الإسلاميّ حواله للدين بالمعنى الدقيق للكلمة، و ذلك في غير

فقه العقود، ج ١، ص: ٦٦

الفقه الحنفي من أنّهم لم يعترفوا بالحواله على البريء، و خصّوا الحواله بالحواله على المدين، و هذا يعني أنّهم يقصدون بالحواله الوفاء، و بما أنّه لا - معنى للوفاء في البريء و لذا خصّصت الحواله بالحواله على المدين، و الحواله بالمعنى الحقيقي لا تكون إلّا في الحواله المطلقة، أي غير المقيّدة بالدين، و تخريج الحواله التي ذكروها إنّما هو تجديد الدين لا المعنى الدقيق لحواله الدين، فهذا كلام لا محصل له، فإنّ فرض كون الحواله على المدين و فاء حياديّ تجاه تفسيرها بالمعنى الدقيق للحواله و تفسيرها بمعنى تجديد الدين، و لئن كان تفسيرها بمعنى الحواله يؤدّي إلى الاستفهام عن أنّها لما ذا تخصّص بالمدين؟ كذلك تفسيرها بتجديد الدين يؤدّي

إلى نفس الاستفهام، وهو أنه لما ذا تخصّص بالمدين؟

نعم، لو كان عنوان الوفاء عنواناً مستقلاً بنفسه لا- يفسّر على أساس الحوالة و لا على أساس تجديد الدين لكان لاختصاص ذلك بالمدين دون البريء وجه بأن يقال: إنّ المدين إنّما يوفى دينه بما يملكه لا بما لإنسان برىء مثلاً، ولكن السنهورى نفسه لم يفترض أنّ عنوان الوفاء بنفسه عنوان مستقّل غير محتاج إلى تكييف، بل فرضه محتاجاً إلى تكييف، و ذكر أنّ تكييفه يكون بمعنى تجديد الدين لا الحوالة بمعناها الدقيق، و إذا كان عنوان الوفاء ليس هو التفسير و التكييف الكافيين للمسألة فلا أدري لما ذا تكون الحوالة بمعناها الدقيق غير متصوّرة إلّا في الحوالة المطلقة دون الحوالة على الدين؟!

الحوالة على البريء في الفقه الشيعي:

و على أيّة حال، فلئن كان أغلب مذاهب السنّة غير معترف بالحوالة على البريء فالمشهور لدى الشيعة- على ما جاء في الجواهر «١»- هو الاعتراف بها.

(١) راجع الجواهر ٢٦: ١٦٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٦٧

و ذكر استاذنا الشهيد رحمه الله بالنسبة لمن ينكر منهم الحوالة على البريء: أنّ هذا الإنكار ليس لأجل الصعوبة في تصوير أصل الحوالة، بل لدعوى أنّ الحوالة على البريء ترجع إلى الضمان، فباب الضمان يختلف عن باب الحوالة بأنّ الحوالة تصدر من المدين إلى من يقع عليه الدين بعد الحوالة، و الضمان بالعكس، فهو شيء يصدر من نفس من يقع عليه الدين، و يقال: إنّ الحوالة على البريء يرجع روحها إلى الضمان، فإنّه- في الحقيقة- يصدر من الذي يقع عليه الدين بهذه المعاملة التقبل للدين، و هذا عبارة عن الضمان، فلا تصوّر الحوالة على البريء بنحو يفترق عن الضمان، هذا ما يذكر في المقام. و هذا- كما ترى- غير مربوط بصعوبة أصل تصوير الحوالة. و الحق: أنّ الحوالة على البريء أيضاً صحيحة و لا ترجع إلى باب الضمان على تحقيق موكول إلى محلّه «١». انتهى ما أردنا نقله من أستاذنا الشهيد رحمه الله.

و لعلمه ينظر رحمه الله في تصحيحه للحوالة على البريء من دون رجوع إلى باب الضمان إلى ما ذكره في الجواهر من أنّ إنشاء الضمان يكون في باب الضمان من الضامن، و في باب الحوالة من المحيل، غاية الأمر أنّه يفرض اشتراط رضا المحال عليه بما أنشأ المحيل من الحوالة، و هذا غير إنشاء الضمان منه مباشرة.

اختلاط التصوّرات عند (السنهورى) في باب الحوالة:

و أمّا أصل ما ذكره السنهورى من كون تصوير حوالة الدين أصعب من تصوير حوالة الحقّ و تحميله لهذا الأمر على الفقه الإسلامي و أنّه لا يمكن للفقه الإسلامي معرفة حوالة الدين قبل معرفة حوالة الحقّ فهذا- كما ذكره أستاذنا

□

(١) من تقرير غير مطبوع لنا لبعض أبحاثه رحمه الله.

فقه العقود، ج ١، ص: ٦٨

الشهيد رحمه الله- خلط بين تصوّرات الفقه الغربي و تصوّرات الفقه الإسلامي فلئن واجه الفقه الغربي مشكلة من هذا القبيل على أساس أنّه يرى الدين عبارة عن الالتزام- و هو خيط بين الدائن و المدين- لا مالا موجودا في ذمّة المدين و عندئذ يصعب عليه تصوّر

تبديل أحد طرفي الالتزام لأن الالتزام متقوم بطرفيه فالفقه الإسلامي من أساسه لا يواجه مشكلة كهذه، لأنه يرى أن الدين مال موجود في ذمة المدين يتصور النقل والانتقال فيه على حد تصورهما في المال الخارجي.

فحوالة الدين عبارة عن نقل المال من مكان إلى مكان، أي من ذمة إلى ذمة. وحوالة الحق عبارة عن تبديل مالك هذا المال الموجود في الذمة. وهذان أمران لا يرتبط أحدهما بالآخر، ويجوز للفقه أن يتصور أحدهما دون الآخر، سواء كان ما تصوره عبارة عن حوالة الحق دون حوالة الدين، أو بالعكس.

أما عدم اعتراف الإسلام بانتقال الدين في باب الموت إلى الورثة مع اعترافه بانتقال الحق إليهم فليس بسبب ما يقوله السنهوري من أن تصور انتقال الدين أصعب من تصور انتقال الحق، وإنما هو بسبب ما قاله أستاذنا الشهيد رحمه الله وهو:

أن الإسلام يرى أن الدين عبارة عن مال موجود في الذمة، وليس عبارة عن الالتزام كما جاء في الفقه الغربي، و يرى أن ذمة الشخص لا تموت بموت الشخص، فإنها وعاء اعتباري قابل للبقاء حتى بعد الموت، ولذا لا حاجة إلى قيام المورث مقام الوارث في الدين، فإن الوارث إنما يقوم مقام المورث في ما يكون المورث ميتا بلحاظه، وهذا هو الحال بلحاظ أمواله الخارجية و بلحاظ ما كان يطلبه من غيره، ولذا عرف الفقه الإسلامي انتقال الحق في باب الإرث.

و أما بلحاظ الديون الثابتة على الميت فذمة الميت باقية على حالها ما لم يوف دينه، ولا مجال لقيام الوارث مقامه، و يوفى دينه من تركته ثم يورث المال

فقه العقود، ج ١، ص: ٦٩

كما قال تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ * «١»، وعلى هذا الأساس لا يقول الإسلام بما جاء في الفقه الغربي من انتقال ديون الميت إلى الورثة و أدانهم إياها بمقدار ما ورثوه من التركة، بل يقول: إن دين الميت لا علاقته له بالورثة. والصحيح أن التركة تبقى ملكا للميت، و يوفى دينه الثابت في ذمته بها لا أن الدين يتعلق بالتركة، و إن لم تف تركته بمقدار دينه بقيت ذمته مشغولة إلى أن يتبرع عنه متبرع. انتهى كلام أستاذنا الشهيد رحمه الله.

مع مصطفى الزرقاء:

هذا، و ذكر الاستاذ مصطفى الزرقاء أن حوالة الحق و حوالة الدين ثابتتان معا في الفقه الإسلامي في حوالة المدين دائنه على دين مدين له، لأنه تتحقق بهذه حوالة الدائن و حوالة المدين في وقت واحد، فلو حوّل زيد دائنه و هو عمرو على مدين له و هو بكر فقد حوّل زيد المدين لعمرو دينه على بكر، و هذه هي حوالة الدين. و في نفس الوقت قد حوّل زيد الدائن لبكر حقه إلى عمرو فأصبح عمرو هو الدائن لبكر بدلا عن زيد، و هذه هي حوالة الحق «٢».

و أورد على ذلك أستاذنا الشهيد رحمه الله بأن هذه الحوالة لا يمكن أن تكون حوالة دين و حوالة حق في وقت واحد، بل يجب إما أن تكون حوالة دين فقط أو تكون حوالة حق فقط. فزيد إما أن يحوّل الدين الذي في ذمته لعمرو على بكر استيفاء لحقه الذي له على بكر، و هذه هي حوالة الدين الموجود في ذمة زيد على بكر، أما الدين الذي يطلبه زيد من بكر فقد سقط. و إما أن يحوّل الحق الذي له

(١) النساء: ١٢.

(٢) راجع كتاب الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: ٧٥-٧٨ الفقرة ٣٢-٣٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٧٠

في ذمة بكر إلى عمرو و فاء لدينه، و هذه هي حوالة الحق، و بهذا سقط الدين الذي كان في ذمته لعمرو.

و أما إذا افترضنا أن هذه حوالة دين و حوالة حق في وقت واحد فهذا يعني أن يكون كلا الدينين ثابتين لعمرو على بكر، لأن الدين الذي كان له على بكر حوالة لعمرو فملكه عمرو بحوالة الحق، و الدين الذي كان عليه لعمرو حوالة على بكر، فهو ما زال ملكا لعمرو يستوفيه من بكر، و هذا يعني أن يأخذ عمرو المال من بكر مرتين، و هو واضح البطلان «١».

ملكية المنافع:

إشارة

و أما ملكية المنافع: فلا ينبغي الإشكال عقلا في اعتبار الملكية لها كما تعتبر للأعيان. و قد نقل المحقق الأصفهاني رحمه الله في كتاب الإجارة إشكالين على ملكية المنفعة: الإشكال الأول: أن منفعة الدار المستقبلية حين إيجارها مثلا معدومة، و المعدوم لا يملك. و الإشكال الثاني: أن منفعة الدار مثلا سكنها، و هي من أعراض الساكن لا من أعراض الدار، و عرض الساكن لو كان مملوكا فهو ملك لموضوعه و هو المستأجر مثلا الذي يسكن الدار لا مالك الدار الذي لا يسكنها. و أجاب رحمه الله على الإشكال الأول بأن الملكية ليست من الأعراض المقولية كي تحتاج إلى محل موجود، بل من الاعتباريات.

(١) من تقرير غير مطبوع لنا لبعض أبحاثه رحمه الله.

فقه العقود، ج ١، ص: ٧١

و على الإشكال الثاني: (أولاً) بأن سكنى الدار كما هو مبدأ لعنوان السكوتية المنتزع من ذات الساكن كذلك هو مبدأ لعنوان المسكوتية المنتزع من الدار كما في كل عنوانين متضامين «١»، و ما هو شأن من شؤون الدار و حيثياتها الموجودة بوجودها هي حيثية المسكوتية لا حيثية السكوتية التي هي من أعراض المستأجر، غاية الأمر أن حيثية المسكوتية وجودها بوجود الدار على حد وجود المقبول بوجود القابل و فعليتها بفعليتها مضائفها القائم بالمستأجر في مقام الاستيفاء، و شؤون العين قابلة لعروض الملكية لها كنفس العين.

(و ثانيا) أن السكنى التي هي من أعراض الساكن في الدار- و هو المستأجر- رغم كونها عرضا للساكن جعل زمام أمرها بيد مالك الدار باعتبار ما لها من نسبة إلى الدار، و لا نعي بالملكية إلا ذلك «٢».

أقول: لو كنا نحن و كلام المحقق الأصفهاني رحمه الله في كتاب الإجارة لعلنا كان يمكننا أن نحمل الجواب الأول من جوابه على أن المنفعة المملوكة عبارة عن قابلية العين للانتفاع و هي قائمة بالعين لا بالمستأجر.

و لكنه صرح في رسالته المكتوبة في الحق المطبوعه ضمن تعليقه على المكاسب بأن المقصود في الجواب الأول أن منفعة الدار المملوكة هي المسكوتية الفعلية المضايقة للسكوتية و هي المنفعة التدريجية، و إلا فصلاحيّة الدار و قابليتها

(١) هذا تعبيره رحمه الله في كتاب الإجارة. أما ما ذكره في رسالته في الحق المطبوعه ضمن تعليقه على المكاسب ففرض فيه تشابه مبدأي المتضامين. و لعل هذا هو حاق مقصوده أيضا مما جاء في كتاب الإجارة من فرض السكنى مبدأ لهما.

(٢) راجع كتاب الإجارة للمحقق الأصفهاني رحمه الله: ١٤ و ١٥، و راجع تعليقه على المكاسب: ٧ و ٨ (فائدة في تحقيق حقيقة الحق).

فقه العقود، ج ١، ص: ٧٢

للسكنى أمر قارّ ثابت و غير مستوفاه أصلاً، بل هي على حالها ما دامت الدار باقية على حالها. ثم اختار في تلك الرسالة من هذين الجوابين الجواب الثاني، و أبطل الجواب الأول ببيان أنّ الساكن ينتفع بسكنائها التي هي عرض قائم بالساكن و لها نسبة إلى الدار، لا بعنوان المسكونية المضايغ لعنوان الساكن المتأخر رتبة عن السكنى التي لها نسبة إلى الدار.

التخريج العقلائي لملكية المنافع:

أقول: إنّ المفهوم عرفاً و عقلائياً في المنفعة المملوكة من الدار ليست هي المسكونية أو الساكنية أو السكنى و نحوها، بل هي قابلية العين للانتفاع، و هي قائمة بالعين لا بالمنتفع سواء انتفع أحد بها فعلاً أو لا، و هذه القابلية تقدّر عرفاً بالزمان، فتقبل التمليك في حصة زمانية، و لا دليل على ضرورة تدرجية المنفعة بمعنى آخر، و لا نعى باستيفاء هذه القابلية عدا استثمارها عملاً. نعم، هناك إشكال آخر يمكن إيراده في المقام غير الإشكاليين المذكورين اللذين أجاب عليهما المحقق الأصفهاني رحمه الله و هو أن يقال: إنّ قابلية العين للانتفاع ليست إلّا كسائر شئون العين و أوصافها من اللون و الشكل، و غيرها لا تتحمّل عقلائياً ملكية أخرى غير نفس ملكية العين. نعم، هي حيثية تعليلية لمالئة العين و تقييمها و رغبة العقلاء في امتلاكها. و الجواب: أن قابلية العين للانتفاع حالها حال سائر أوصاف العين ملكيتها مندكة ضمن ملكية العين، و لا تعتبر لها ملكية مستقلة، و لكن نفس الملكية المندكة لها تبرّر عقلائياً إمكان نقلها إلى الغير بمثل الإيجار، و تفكيكها في عالم الملكية عن العين لعدم اللغوية الموجودة في نقل سائر الصفات، و لدى تفكيكها عن العين

فقه العقود، ج ١، ص: ٧٣

في عالم الملكية و إرجاعها إلى مالك آخر تبرز عقلائياً ملكيتها و تنتفى نكتة اندكاكها في ملكية العين، و يصبح مالكة غير مالك العين، فالإيجار مثلاً سبب عقلائي لانفكاك المنفعة عن العين في عالم الملكية، كما أنّ مثل استيفائها غصبا أو الحيلولة بينها و بين المالك بمثل حبس العين سبب لانفكاكها عقلائياً عن العين في عالم الضمان. هذا حال ملكية المنفعة و تمليكها. و أما ملكية الانتفاع و تملكه فالظاهر أنّها عين ملكية المنفعة و تملكها و ليسا شيئين، غاية ما هناك أنّه تارة تملك المنفعة - أو قل الانتفاع - بجميع أحوالها المتبادلة من سكنى فلان، أو إسكانه المجاني، أو الإسكان بالإيجار و غير ذلك مثلاً، و أخرى يملك نحو واحد من أحوالها و هو سكناه مثلاً من دون أن يحقّ له إسكان غيره، و لا بأس بتسمية الأول بتمليك المنفعة، و الثاني بتمليك الانتفاع، فإنّه لا مشاحة في الاصطلاح.

تفسير للمنفعة و الانتفاع:

و ذكر المحقق الأصفهاني رحمه الله «١» عدّة تفسيرات للمنفعة و الانتفاع:

التفسير الأول: ما فرّعه على الجواب الأول من جوابيه اللذين أجاب بهما على إشكال كون سكنى الدار قائمة بالساكن فكيف يملكها مالك الدار؟! و هو الجواب بأنّ المملوك لمالك الدار هي مسكونية الدار لا سكنى الساكن، و هذا التفسير هو أنّ منفعة الدار مثلاً عبارة عن مسكونية الدار و هي حيثية القائمة بالدار، و الانتفاع عبارة عن سكنى الساكن التي هي حيثية قائمة بالمنتفع. و رأى رحمه الله أنّ هذا يوجب إشكالا في العارية التي هي تمليك للانتفاع، لأنّ الانتفاع

(١) راجع تعليقه على المكاسب (فائدة في تحقيق حقيقة الحق): ٨-٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٧٤

بناء على هذا - حيثية قائمة بالمنتفع و ليس ملكا للمالك العين كى يملكه بالعارية، و ليس حلّ ذلك - فى نظره رضوان الله عليه - أن تفسّر العارية بإباحة الانتفاع بإباحة مالكية تتبعها الإباحة الشرعية؛ لأنّ صيرورة الانتفاع مباحة بالإباحة المالكية لا تتوقف على العارية التى تشتمل على إيجاب و قبول قولى أو فعلى من المنتفع، بل الانتفاع يباح بمجرد إذن المالك، سواء قبله المستعير أو لا، و سواء انتفع بالعين فعلا- أو لا، و إنّما حلّ ذلك - فى نظره قدّس سرّه - هو فرض العارية عبارة عن اعتبار التسليط، أى التسليط الوضعى دون التكليفى الذى ليس إلّا بإباحة مالكية أو شرعية، فمن شئون ملك العين أن يصحّ له تسليط غيره على عينه للانتفاع بها.

هذا بناء على ما اختاره رحمه الله من أنّ الملك ليس عبارة عن اعتبار التسليط بل هو عبارة عن اعتبار الإحاطة و الاحتواء. و على أىّ حال فقد قال رحمه الله: «حيث إنّ المعير سلطّ المستعير على عينه لا أنّه أعطاه ملكه أو سلطانه فليس له نقل الملك أو السلطنة». و كيف ما كان فهذا التفسير ليس هو مختارا له قدّس سرّه لابتناؤه على الجواب الأوّل من الإشكال الماضى على ملكية المنفعة.

التفسير الثانى: هو التفسير المختار له، و قد بناه على الجواب الثانى من جوابه على إشكال ملكية المنفعة، و هو أنّ سكنى الدار و إن كانت من أعراض الساكن و لكن بما أنّ لها نسبة إلى الدار و مساسا بها جعلت ملكا لصاحب الدار، و ذاك التفسير هو أنّ منفعة الدار هى طبيعى سكنها من دون لحاظ قيامها بزيد أو عمرو، فإذا ملكها المؤجر للمستأجر فقد ملك طبيعى السكنى و هى قابلة للتملك لآخر لتحقق هذا الطبيعى فى مقام الاستيفاء من كلّ أحد، بخلاف العارية الموجبة لملك الانتفاع، فإنّها تملك سكنى زيد لزيد مثلا، و لا يعقل استيفاؤها إلّا من

فقه العقود، ج ١، ص: ٧٥

زيد، فلذا لا- يعقل نقلها من المستعير، قال: و حصول هذه النتيجة بعقد الإجارة مع شرط الاستيفاء بنفسه لا يوجب نفى الفرق بين الإجارة و العارية من هذه الناحية، و لا عدم الفرق بين ملك المنفعة و ملك الانتفاع، فإنّ اختلاف الحقيقة بالنظر إلى نفس الذات و مقتضياتها محفوظ كما لا يخفى.

التفسير الثالث: ما نقله عن بعض من أنّ ملك العين و ملك المنفعة و ملك الانتفاع كلّها تقع على العين و إن اختلفت فى الشدّة و الضعف، فملك العين أقوى مرتبة من ملك المنفعة، و ملك المنفعة أقوى مرتبة من ملك الانتفاع، فإنّ ملك العين عبارة عن ملكها بجميع جهاتها، و ملك المنفعة عبارة عن ملك العين من جهة تلك المنفعة ملكية مستقلة، و ملك الانتفاع أيضا عبارة عن ملك المنفعة الراجع إلى ملك العين من تلك الجهة و لكن لا بالاستقلال، و لهذا جاز للمستأجر نقل المنفعة لأنّ ملكه للعين فى تلك الجهة كان مستقلا، و لم يجز للمستعير نقل المنفعة، لأنّ ملكه للعين فى تلك الجهة ليس مستقلا.

و ذكر المحقق الأصفهاني رحمه الله: أنّ بعض من عاصره دفع بهذا الوجه إشكال معدومية المنفعة و عدم تعلق الملك بالمعدوم، و إشكال كون المنفعة عرضا من أعراض المستأجر و لا يملكه المؤجر، حيث قد عرفت أنّ المنفعة ليست هى المملوكة حتى يرد هذان الإشكالان، بل العين هى المملوكة فى مدّة خاصّة لجهة مخصوصة.

و أورد المحقق الأصفهاني رحمه الله على هذا الوجه بإيرادين:

أحدهما: أنّ الملك ليس عرضا قابلا للشدّة و الضعف، أو اعتبار عرض كذلك، و إنّما المملوك يقبل السعة و الضيق من دون أن يوجب الضيق و السعة فى المملوك للضعف و الشدّة فى الملك، و كذلك كون المعير مسلطا على ردّ ملكه لا

فقه العقود، ج ١، ص: ٧٦

يوجب ضعفا فى ملكية المستعير كما لو ثبت للمالك الأوّل حقّ ردّ العين أو المنفعة من مالكة الثانى شرعا أو بجعل منهما، فإنّ هذا لا يوجب ضعفا فى ملكية المالك الثانى.

و ثانيهما: أنه حتى لو فرض قبول الملك للشدة و الضعف فهذا لا يصحح اجتماع ملكين على مملوك واحد، فإن فرض المستأجر مالكا للعين من جهة المنفعة و المؤجر مالكا للعين من باقى الجهات و قصد بذلك حقًا مالكيّة المستأجر لتلك الجهة لا للعين حقيقة بحيث كانت نسبة الملك إلى العين من باب الوصف بحال المتعلق، فهذا رجوع مرة اخرى إلى افتراض ملكيّة للمنفعة التي هي غير ملكيّة العين، و لم يندفع به شيء من المحاذير.

و إن قصد بذلك حقًا أن كلاً- الملكين متعلقان بذات العين و إن اختلفا فى الجهة لزم اجتماع ملكيتين على عين واحدة، فإن كان الملك عرضاً لزم قيام عرضين متماثلين بموضوع واحد، و قوّة العرض و ضعفه لا يخرج عن التماثل المانع عن الاجتماع، و إن كان اعتبارياً فالعقلاء لا يعتبرون ملكيتين على عين واحدة، هذا بالنسبة لملك العين و ملك المنفعة.

أمّا بالنسبة للاستقلال و عدمه فى ملك المنفعة و ملك الانتفاع، فإن كان المقصود بذلك الفرق بين الإجارة و العارية بأن مالك العين فى باب الإجارة يقتصر ملكه للعين على باقى الجهات غير الجهة التي أجزها لتلك الجهة و ملك المستأجر للعين يكون من تلك الجهة بينما فى باب العارية يكون ملك المالك للعين ثابتاً لها من كلّ الجهات بما فيها تلك الجهة التي ملك العين للمستعير من تلك الجهة فملك المستعير للانتفاع ملك غير مستقلّ لزم من ذلك ما قلناه من اجتماع ملكين على عين واحدة، و هما ملك المعير و ملك المستعير، و هو غير

فقه العقود، ج ١، ص: ٧٧

مقبول عقلاً إن كان الملك عرضاً، و عقلاً إن كان الملك اعتباراً لعرض كما مضى.

و إن كان المقصود أن الملك من الجهة المعار لأجلها منسوب إلى مجموع المعير و المستعير بأن يكونا معا طرفاً واحداً للملكية فهما بمنزلة مالك واحد لئلا يلزم ورود ملكين على عين واحدة، فهذا و إن كان معقولاً فى الاعتبار فيعقل بناء على كون الملك اعتباراً لا عرضاً مقولياً، إلا أنه هنا غير معقول، لأن المفروض أن المعير مالك للعين بباقى جهاتها من دون شريك فى طرفيته للملكية، و إنما له الشريك فى الطرفية لملك العين فى هذه الجهة الخاصة، فلزم أيضاً ورود ملكين على عين واحدة، و هو غير صحيح عقلاً.

أقول: لو سلمنا أن العارية عقد مملّك و ليس بإباحة تصرف فبالإمكان افتراض كون المعير و المستعير مالكين للعين من تلك الجهة ملكيتين طوليتين، أو مالكين للمنفعة ملكيتين طوليتين، و اجتماع ملكين طوليين على مملوك واحد ليس باطلاً عقلاً كما هو فى ملك المولى لأموال العبد- بناء على الإيمان بالملكية العبد لأمواله-

و لو لم نسلم أن العارية عقد مملّك فبالإمكان أن نمثل لتمليك الانتفاع بدلا عن التمثيل بالعارية بافتراض إعطاء حق الانتفاع لشخص فى مقابل ثمن، فهذا عقد مملّك بلا إشكال، و هو يختلف عن إيجار العين بالشكل المتعارف، و هنا لا تصوّر الملكيتان الطوليتان؛ لأن جهة الانتفاع خرجت من اختيار مالك العين.

و على أى حال فالصحيح ما ذكرناه من أن منفعة العين المملوكة لمالك العين عرفاً و عقلاً هي قابليّة العين للاستفادة، و الانتفاع عبارة عن نفس تلك الاستفادة، و ملك المنفعة و ملك الانتفاع شيء واحد مع الفرق فى سعة و ضيق دائرة المملّك.

فقه العقود، ج ١، ص: ٧٨

و أما إذا أجز العين و اشترط على المستأجر عدم النقل إلى غيره و عدم إسكان الغير فهذا الشرط إن قصد به تضيق دائرة المملّك رجع الأمر إلى تمليك منفعة خاصة و هي خصوص قابليتها لسكن زيد مثلاً، أو سمّه بتمليك الانتفاع. و إن لم يقصد به تضيق دائرة المملّك بل قصد به مجرد الشرط بمعنى أنه لو خالف لم تكن مخالفته غضباً و إن حصل للمؤجر خيار الفسخ، لم يرجع ذلك إلى ما قد يسمّى بتمليك الانتفاع، هذا لو أمكن تصوّر هذين القسمين، و عليه، ينبى ما مضى من المحقق الأصفهاني من أن شرط الاستيفاء بنفسه لا يعدم الفرق بين ملك المنفعة و ملك الانتفاع، و لكن الظاهر أن تصوّر هذين القسمين مشكل، و أن هكذا شرط يعود فى واقعه إلى التضيق.

هذا تمام كلامنا في بحث ملك المنفعة.

مالكية الأعيان والجهات

إشارة

بقي أخيراً- من الأبحاث التي أردنا التعرّض لها في مبحث الملك- الكلام عن مالكية الأعيان والجهات والشخصيات الحكمية أو المعنوية أو الاعتبارية أو الحقوقية في مقابل الشخصيات الطبيعية أو الحقيقية. فدائرة المالكية لدى العقلاء أصبحت بالتدرّج أوسع بكثير من دائرة الأشخاص من بنى آدم، وشملت الأعيان الخارجية من ناحية، و عناوين عامية تشير إلى طائفة من الناس من ناحية أخرى، وأخيراً عناوين معنوية واعتبارية بحثه من ناحية ثالثة. والشريعة الإسلامية بنت نظرتها عن المالكية منذ البدء على هذا المعنى الواسع الشامل لكل هذه الأقسام.

فقه العقود، ج ١، ص: ٧٩

فمثال الأول: المسجد ونحوه من أماكن العبادة، والمرافق العامة التي تمتلك أموالاً ومستغلات عن طريق الوقف وغيره. ومثال الثاني: الزكاة التي هي ملك للفقراء مثلاً.

ومثال الثالث: الدولة أو منصب الإمامة المالك للأنفال وغيرها.

ولم تتوقف النظرة العقلية إلى الشخصية المعنوية على مجرد ثبوت الحق والملك لها، بل اتسعت أيضاً إلى ثبوت الحق والدين عليها خصوصاً في الشخصية المعنوية كالدولة، فيمكنها أن تملك وأن تستدين، ولها ذمة كذمة الشخصية الحقيقية. وتصوّر الملك للأعيان الخارجية سهل رغم أنها لا تفهم ولا تعقل ولا تكون قادرة على التصرف، غاية الأمر يكون التصرف في أموالها بيد ولي أمرها يصرفها في شئونها، كما هو الحال في ممتلكات الصبي والمجنون التي يصرفها وليهما في شئونها. وكذلك يسهل تصوّر الملك للعناوين العامة كالفقراء أو الشخصيات المعنوية البحث كالدولة، بعد أن عرفنا أن الملك ليس إلّا أمراً اعتبارياً وليس عرضاً بحاجة إلى محلّ خارجي.

الشخصيات الحقوقية في الفقه الوضعي:

وقد ورد في الفقه الوضعي ذكر عناوين عديدة من الشخصيات الحقوقية من قبيل: المؤسسات، والجمعيات، والشركات «١».

(١) راجع الوسيط ٥: ٢٢٩-٢٣٩ الفقرة ١٦٣-١٦٧، و راجع الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: ٣١٨-٣٢٧ الفقرة ١٩٠-١٩٤ بحسب الطبعة الخامسة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٨٠

وحاجة المؤسسات والجمعيات إلى افتراض ذمم وديون وممتلكات واضحة، لأن أهدافها وأغراضها ومصاريها تختلف عن الهدف والغرض والمصرف الشخصي لأي فرد من الأفراد القائمين بها.

وأما الشركات فقد قسّمت إلى قسمين: الشركات العادية، والشركات القانونية «١». فالشركات العادية لا تعتبر لها شخصية معنوية، وليست لها ذمة ولا ممتلكات، وإنما الموجود هم الأشخاص المشتركون، وهم أشخاص حقيقيون لهم ممتلكاتهم وذممهم، بينما

الشركات القانونية هي التي تعتبر لها شخصية معنوية تملك و يثبت لها و عليها الحق.

و هنا سؤال يطرح نفسه و هو أنه ما هي حاجة الشركة إلى الذمم و الأملاك و الشخصية المعنوية؟ و لئن كانت الشركة راجعة لجماعة ما تعود نفعها إليهم و ضررها عليهم فلم لا نكتفي بدمم و تملكات المشترين كما هو الحال في الشركات العادية؟! و بالتالي أي قيمة تبقى لافتراض قانونية الشركة؟!

و الجواب على ذلك يكون بإبراز النتائج التي تترتب على ثبوت الملك و الذمة للشركة «٢» من قبيل:

١- لدائني الشركة حق مباشر على مال الشركة، فهم يستوفون حقوقهم من هذا المال دون أن يزاحمهم فيه الدائنون الشخصيون للشركاء، بينما لو فرض مال الشركة ملكا شائعا للشركاء لا ملكا للشخصية المعنوية للشركة فمعنى ذلك أن من دابن الشركة فكأنما دابن الشركاء، و حاله حال الدائنين الشخصيين للشركاء،

(١) راجع الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ٣: ٣٢٤ آخر الفقرة ١٩٢ بحسب الطبعة الخامسة.

(٢) راجع الوسيط ٥: ٢٩٢-٢٩٤ الفقرة ١٩٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٨١

و عند التفليس لا يفرق بين هذا الدائن و الديان الشخصيين، بل كل ما يملكه المفلس في الشركة و غيرها يوزع على حصص الديون بالسوية.

٢- لا تقع المقاصة بين دين شخصي على الشريك و دين للشركة، فإذا كان دائن شخصي للشريك مدينا للشركة لم يحق له إسقاط دينه للشركة بالمقابلة مع ما له على الشريك، و ذلك لأنه دائن لشخص حقيقي و مدين لشخص آخر معنوي لا لذاك الشخص كي يتم التساقط أو التقاص، و كذلك لو كان المدين الشخصي للشريك دائنا للشركة ليس له الامتناع عن أداء حق الشريك بحجة التقاص مع دين الشركة.

و أصل افتراض الملك و الذمة للشركة أثر من آثار افتراض الشخصية المعنوية لها، و تذكر لافتراض الشخصية المعنوية لها آثار اخرى «١» من قبيل:

١- أن للشركة حق التقاضي باعتبارها شخصا معنويا فترفع الدعاوى على الغير أو على الشركاء كما ترفع عليها الدعاوى من الغير أو من الشركاء. و يمثلها في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها نائبها دون الحاجة إلى إدخال الشركاء كلهم أو بعضهم في الدعوى لأن شخصيتها متميزة عن شخصية الشركاء فيها.

٢- أن للشخصية المعنوية موطنًا قد يختلف عن موطن الشركاء، و هو المكان الذي يوجد فيه مقرها الرئيسي أو مركز إدارتها، و يرتبون على ذلك أن الدعاوى الراجعة لهذه الشركة و المرافعات ترفع إلى محكمة الموطن الذي فيه مقر الشركة، و إن كانت الدعوى و المرافعة مخصوصة بفرع من فروع الشركة جاز رفعها إلى المحكمة التي تقع في دائرة ذاك الفرع.

(١) راجع الوسيط ٥: ٢٩٤-٢٩٧ الفقرة ١٩٨-٢٠٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٨٢

و للشركة جنسية لا ترتبط بجنسية الشركاء، و تكون جنسيتها عادة هي جنسية الدولة التي اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي. فالشركات التي أسست في الخارج و اتخذت مركز إدارتها في إقليم دولة أجنبية تعتبر شركات أجنبية و يسرى عليها قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها.

الشخصيات الحقوقية في الفقه الإسلامي:

إشارة

و هنا يجب أن نبحت عن أن الفقه الإسلامي هل يؤمن بهكذا شخصية حقوقية، و بممتلكات و ذمم لها، و بهذه الأحكام و أمثالها مما ورد عادة في الفقه الغربي أو لا؟

و نستبعد منذ البدء من هذه الأحكام ما لا موضوع له في الفقه الإسلامي من قبيل افتراض وطن أو جنسية للشركة مستقل عن وطن أو جنسية الشركاء، لأن الإسلام لا يعترف من أساسه بتعدد الأوطان أو تعدد الجنسيات، و الوطن في باب القصر و الإتمام أجنبي عن المعنى المقصود في المقام، فلا يبقى موضوع في المقام للبحث عن وطن الشركة أو جنسيتها.

كما نستبعد من بحثنا منذ البدء التشكيك في إمكانية فرض شخصية كهذه لأمثال هذه الامور و ممتلكات و ذمم، لما أتضح في ثنايا الأبحاث السابقة من اعتبارية هذه الامور، و الاعتبار سهل المؤونة.

و نحن فارغون أيضا منذ البدء عن وجود بعض المصاديق لمثل هذه الأمور الاعتبارية في الفقه الإسلامي في الجملة، كما في ممتلكات الوقف، و ملكية الزكاة للفقراء، و ممتلكات منصب الإمامة أو الدولة، و امتلاك المسلمين مثلا للأراضي الخراجية، و الوقف على الجهات.

و إنما يقع الكلام في أن كلما اعترف به عرف عقلائي اليوم من شخصيات حقوقية و ما تصوّروا من آثار و أحكام لهذه الشخصية من ملك أو ذمة أو نحو ذلك

فقه العقود، ج ١، ص: ٨٣

هل بإمكاننا أن نثبت بتخريج فقهي صحيح وفق أدلة الفقه الإسلامي أو لا؟

ذهب الاستاد مصطفى الزرقاء (١) إلى القول بصحة هذه الشخصيات الحقوقية و أحكامها حسب أسس الفقه الإسلامي. و خلاصة منهجه في هذا البحث هي: أنه يذكر أولا بعض المصاديق للشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي، ثم يذكر بعض المصاديق للشخصية الحقوقية و الاعتراف بثبوت الأملاك و الذمم لها في الفقه الإسلامي، ثم يستنتج من مجموع هذه الامور موافقة كل الشخصيات الحقوقية و أحكامها المشروحة في الفقه الغربي لأسس الفقه الإسلامي، و أن عدم ذكر الفقهاء القدامى لجملة من هذه الشخصيات أو أحكامها كان نتيجة عدم معرفتهم للصور الجديدة للشركات المنظمة بأنواعها و أساليب عملها الاقتصادية و طرائق تكوينها و حدود مسؤولياتها مما هو وليد العرف و التطور الاقتصادي الحديث في اوربا، و هذا لا- يعني عدم موافقة تلك الشخصيات الحقوقية و أحكامها لأسس الفقه الإسلامي.

أما ما ذكره أولا من نموذج للشخصيات المعنوية في الفقه الإسلامي فهو أمران:

الأول: النص المنقول عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «المسلمون تكافأ دماؤهم و يسعى بذمتهم أدناهم و هم يد على من سواهم» (٢). فذكر: أن قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

(١) راجع الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: ٣٠٠-٣٠٩ الفقرة ١٨٣-١٨٧، و ص ٣٢٤-٣٢٦ الفقرة ١٩٣، و ص ٣٣٤-٣٣٥ الفقرة ١٩٨ بحسب الطبعة الخامسة.

(٢) ورد هذا النص عن طرق الشيعة أيضا، راجع الوسائل ١٩: ٥٥ و ٥٦، الباب ٣١ من أبواب القصاص في النفس.

فقه العقود، ج ١، ص: ٨٤

«يسعى بذمتهم أدناهم» دليل على اعتبار مجموع الأمة كشخصية واحدة يمثلها في إعطاء الذمة و التأمين كل فرد منها.

والثاني: الحقوق العامية والامور الحسبية التي يصح للفرد فيها رفع الدعوى إلى الحاكم من عقوبات الحدود، وإزالة الأذى عن الطريق، وقمع الغش، والتفريق بين الزوجين المستمرين على الحياة الزوجية بعد البيونة بالطلاق، وغير ذلك وإن لم يكن للمدعى في شيء من ذلك علاقة بالموضوع أو ضرر منه يدفعه عن نفسه مما يشترط في صحة الخصومات والدعاوى في الحقوق الفردية، فهذا و أمثاله يدل على تصور شخصيته حكمية لتلك المصلحة العامة التي يمارس حق الادعاء باسمها.

و أما ما ذكره من نموذج للاعتراف بكامل المعنى الحقوقي الحديث للشخصية الحكمية في الفقه الإسلامي فهو عبارة عن ثلاثة أمثلة: الأول: شخصية بيت المال. ففي بيت المال الذي هو خزينة الدولة العامة جاء الشرع الإسلامي بنظرية فصل بيت المال العام عن مال السلطان و ملكه الخاص، فاعتبر الشرع بيت المال جهة ذات قوام حقوقي مستقل يمثل مصالح الأمة في الأموال العامة، فهو يملك و يملك منه و عليه و يستحق الزكاة الخالية عن إرث أو وصية، و يكون طرفا في الخصومات و الدعاوى، و يمثله في كل ذلك أمين بيت المال بالنيابة عن السلطان.

بل إن بيت المال يقسم إلى أقسام و فروع كل منها يعود إلى جهة من الحقوق و النفقات، و يكاد يعتبر كل قسم من أقسامه ذا شخصيته حكمية منفصلة عن شخصيته القسم الآخر ضمن الشخصية الكبرى لبيت المال العام، لأن لكل قسم استحقاقات و أحكاما تخصه، فلا ينفق من قسم فيما يعود إلى آخر على سبيل

فقه العقود، ج ١، ص: ٨٥

الخلط، بل على سبيل القرض بين تلك الفروع، كما عليه الفكرة المالية القانونية الحديثة في تنظيم خزينة الدولة العامة و فروعها. الثاني: شخصية الوقف. فنظام الوقف في الإسلام قائم على أساس اعتبار شخصية حكمية للوقف بالمعنى الحقوقي الحديث، فلوقف ملك محجور عن التمليك و التملك و الإرث و الهبة و نحوها، و هو مرصد لما وقف عليه الوقف يستحق و يستحق عليه، و تجرى العقود الحقيقية بينه و بين أفراد الناس من إيجار و بيع و غلبه و استبدال و غير ذلك، و يمثله في كل هذا المتولى، و يكون المتولى مسئولا عن صيانة حقوق الوقف تجاه السلطة القضائية، و يشتري المتولى للوقف ما يحتاج إليه، فيملكه الوقف و يدفع ثمنه من غلته، و كذلك يستدين المتولى لجهة الوقف عند الحاجة بإذن القاضي.

الثالث: شخصية الدولة. فقد قرّر الفقهاء من الأحكام لتصرف السلطان ما لا يمكن تفسيره إلا باعتبار أنّ الدولة شخصية حكمية عامة، و يمثّلها في التصرفات و الحقوق و المصالح رئيسها و نوابه من سائر العمّال و الموظّفين في فروع الأعمال كلّ بحسب اختصاصه في كلّ من النواحي الخارجيّة و الداخليّة و الماليّة.

فمن تلك الأحكام ما يلي:

١- في الناحية الخارجيّة اعتبروا أنّ ما يبرمه الإمام من صلح أو معاهدات محترم و ملزم للأمة، لا تجوز للإمام أو الرعيّة مخالفتها ما لم ينته أجله، أو ينقض نقضا مشروعا بعد إنذار و إمهال، أو يخل الطرف الثاني بعهد، و ما يفتح من البلدان صلحا يجري الإمام فيه على موجب الصلح، و لا يجوز للإمام الذي يأتي بعده تغييره، و معنى هذا اعتبار الدولة من الوجهة السياسيّة الخارجيّة شخصا حكميا يمثله الإمام و يتعاقد باسمه وفقا لنظريات الحقوق الدوليّة الحديثة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٨٦

٢- و في الناحية الداخليّة ذكروا أنّ القضاء و العمّال - أي الموظّفين - لا ينزلون بموت السلطان الذي عينهم.

٣- و في الناحية الماليّة - و هي التي يبرز فيها وجه الذمة الماليّة في شخصية الدولة - ذكروا أنّ القاضي إذا أخطأ في قضائه بما لا يكون فيه التلافي كان الضمان على بيت المال.

و مقتضى هذه النصوص و أمثالها أنّ الفقهاء قد اعتبروا الدولة شخصية حكمية ذات أهلية و ذمة مستقلة عن شخصيات أفراد الامّة، و لها ماليّة خاصّة مستقلة عن أموالهم و إن كانت تجبى منهم، و هي بيت المال.

ثم يذكر الاستاذ الزرقاء بحثا عن الشخصية الحكمية في النظر القانوني و أنواعها و أحكامها، ثم يقول: أنه بالرجوع إلى القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية و ما أسلفناه يتضح أن النظريات الحقوقية الحديثة و الأحكام القانونية المعتمدة اليوم في الشخصية الحكمية تتفق كلها مع قواعد الفقه الشرعي، و لو أن هذه المؤسسات ذات الشخصية الحكمية القانونية اليوم وجدت في العصور الفقهية الماضية لدينا لأقر لها الفقهاء هذه الأحكام التي جاء الشرع بأمثالها في شخصية الدولة و بيت المال و الوقف كما تقدم، فالأحكام القانونية المتعلقة بالأشخاص الحكمية العامة و الخاصة كالجمعيات و المؤسسات يمكن إدخالها في صلب الفقه و كتبه.

أقول: إن جملة من الأمثلة التي ذكرها الاستاذ الزرقاء لا تخلو من مناقشة:

فذكر بيت المال كشخصية معنوية ثم ذكر الدولة كذلك مع التمثيل في ناحيتها المالية بما يجري في بيت المال لا يخلو من مسامحة. فلئن كان بيت المال

فقه العقود، ج ١، ص: ٨٧

عبارة عما يرجع للدولة أو لعموم المسلمين من مال فالشخصية المعنوية إنما هي شخصية الدولة أو شخصية عموم المسلمين لا شخصية بيت المال. و ما ذكره من فرض شخصيات حقوقية لفروع بيت المال فالواقع أن توزيع أموال بيت المال على عدة شعب و أقسام يكون بشكليين:

الأول: ما لا يعدو- حتى عرفا و عقلائيًا- عن أن يكون مجرد تنظيم للمصاريف، سنخ أن شخصا تاجرا مثلا يمتلك أنواعا عديدة من الأموال الكثيرة فلأجل تدقيق الحساب و تنظيم اموره المالية يفترض عدة حسابات لعدة أقسام من ماله يصرف كل قسم في مصارف معينة، و إذا أراد صدفة أن يصرف شيئا مما خصصه لقسم ما في قسم آخر يفترضه كأنه دين لهذا القسم على ذاك القسم، ثم يوفيه من أموال ذاك القسم، لا بمعنى أن يكون هذا دينا حقيقته، أو أن تكون لكل قسم شخصية حقوقية خاصة به، بل بمعنى مجرد ترتيب و تنظيم للحساب لا أكثر من ذلك.

الثاني: ما قد يتفق من أن الجهة المالكة لبعض أقسام ما في بيت المال تختلف عن الجهة المالكة لبعض آخر، كما لو كان قسم من المال من أرباح الأرض الخراجية بناء على أنها ملك للمسلمين، و قسم آخر من الزكاة التي هي ملك للفقراء، و كما لو قلنا: إن الأقسام الثمانية لمصارف الزكاة يمتلك كل قسم منها ثمن الزكاة و تجب التسوية بينها في التقسيم، و هذا أيضا لا يعنى شخصية معنوية لأقسام الأموال، و إنما يعنى شخصية معنوية لتلك الجهات.

و ما ذكره في الناحية الداخلية للدولة ليس تكييفه المفهوم عرفا و عقلائيًا منحصرًا بفرض شخصية معنوية لمنصب الإمامة، بل يمكن تكييفه عرفا و عقلائيًا أيضا بفرض تضمن الإمامة معنى الولاية لشخص الإمام المنسوب من قبل الله

فقه العقود، ج ١، ص: ٨٨

على رأى الشيعة، أو من قبل الجمهور على رأى آخر مع فرض الولاية ناطرة إلى ما بعد موته أيضا، بمعنى أن الولاية و إن كانت خاصة بزمان حياته لكنها تشمل تصرفاته التي تقع في زمان حياته و التي يمتد نظرها إلى ما بعد وفاته من قبيل نصب القضاة و القيمين و العمال، فلا ينزل المنسوب من قبله بعد موته إلا بعزله من قبل الولي الجديد.

و أما النص المنقول عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من قوله: «يسعى بدمتهم أدناهم» فأیضا ليس واضحا في التفسير بفرض الشخصية المعنوية للمسلمين، بل يمكن تفسيره بأن شخصية كل مسلم مهما تفرض دانية يجب على الآخرين مواساتها فيما أعطاه بالنيابة عن الكل من الأمان.

و إن شئت فقل: إن التفسير الذي فرضه الاستاذ الزرقاء في المقام يعنى في الحقيقة الالتزام بأمرين كل منهما في نفسه خلاف الأصل، أحدهما افتراض شخصية معنوية للمسلمين، و الثاني افتراض نيابة كل واحد منهم عن تلك الشخصية المعنوية في إعطائه للأمان. بينما يكفي لتفسير هذا الالتزام بالأمر الثاني فقط و هو النيابة دون الأمر الأول و هو فرض الشخصية المعنوية، و ذلك بأن نفترض أن الإسلام

أعطى لكل فرد من المسلمين في إعطاء الذمة والأمان النياية عن كل المسلمين من دون أن نفترض شخصية معنوية للمسلمين يكون كل فرد نائباً عنها.

و أمياً فرض رفع الدعوى في الحقوق العامية و في الحدود و ما شابهها إلى القاضي فأيضاً ليس تفسيره منحصرًا بما قال من افتراض شخصيته معنوية لمصلحة عامة يمارس حقّ الادعاء باسمها، فإنّ تلك الامور التي يرفع أحد المسلمين الدعوى بالنسبة لها إلى القاضي - رغم عدم علاقة شخصيته بينها و بين المدعى -

فقه العقود، ج ١، ص: ٨٩

تنقسم إلى قسمين:

الأول: حقوق عامة للمسلمين يكون على الوالى المحافظة عليها و التفتيش عن حقيقة الحال عند الشكّ فيها، كما في حفظ أمن البلاد و راحة العباد، و هنا لا- دليل على اعتبار رفع دعوى أحد على أحد لإخلاله بالأمن أو راحة الناس من دون أداء ذلك إلى ضرر بالمدعى داخلاً في باب المرافعة المألوفة في باب القضاء التي تدور مدار بينة المدعى و يمين المنكر، و إنّما أثر رفع الدعوى هنا هو إيجاد احتمال الخلل بالأمن و الراحة في ذهن الوالى، فيتّم بالنسبة للوالى موضوع وجوب الفحص و التفتيش لحفظ أمن الناس و راحتهم.

و الثاني: المعاصى الموجبة للحدّ أو التعزير كما في رفع دعوى الزنا أو اللواط على شخص، و هذا أيضاً لا دليل على إدخاله في باب المرافعة المألوفة التي يدور الأمر فيها على بينة و الأيمان، بل هذا مجرد إخبار للوالى بالأمر، فإن لم يقترن الإخبار بالبينة بالقدر المثبت لمدّعه لم يطالب القاضي المدعى عليه باليمين، و لم يثبت عليه شيء، بل قد يحدّ المدعى حدّ القذف من دون توقّف ذلك على يمين المنكر.

و إن اقترن الإخبار للوالى بالبينة بالعدد الكافي لإثبات ذاك المدعى تمّ بذلك ثبوت ما يوجب على القاضي إقامة الحدّ أو التعزير، و هذا ما يجب عليه بقطع النظر عن باب المرافعة و القضاء بين المترافعين، أى لو ثبت له ذلك من دون وجود مدّع في المقام كانت عليه أيضاً إقامة الحدّ أو التعزير، و لا علاقة لذلك بباب القضاء بالمعنى الخاصّ.

نعم، رغم كلّ هذه المناقشات لا ننكر صحّة بعض المصاديق التي ذكرها الاستاذ الزرقاء في الجملة، و لو تمّت كلّ المصاديق التي ذكرها فهي غير كافية

فقه العقود، ج ١، ص: ٩٠

لدينا لإثبات كلّ الشخصيات المعنوية و الحقوقية الواردة في الفقه الغربى بعرضها العريض في فقهننا الإسلامى، و إن كان ذلك قد يكفى لإثبات المقصود لدى أمثال الاستاذ الزرقاء على أساس مباني القياس و الاستحسان و المصالح المرسلّة، أمّا نحن الذين لا نؤمن بهذه المباني فهذا المقدار من البيان لا يكفي لإثبات المقصود، بل لا بدّ من استئناف البحث في المقام.

و إذا أردنا استئناف البحث في المقام فلا ينبغي أن يكون ذلك بالروح الموجودة خطأ لدى بعض كتّابنا الإسلاميين الذين يرون من ناحية في النظم الغربية و مفاهيمها أبعث و رقيّاً و كمالاً، و من ناحية اخرى يريدون أن يثبتوا كمال الإسلام و عظمتة فيحملونه نظم الغرب و مفاهيمه كى يكونوا بذلك مدافعين عن الإسلام و يحسبون أنّهم يحسنون صنعا. و قد وقع مثل هذا الخطأ في كثير من المفاهيم و الامور من قبيل الديمقراطية التي قد تحمّل على الإسلام بتخيّل أنّ هذا تعظيم للإسلام و تمجيد له بعد افتراض أنّ الديمقراطية هي النظام المقدم الكامل للحكم مثلاً.

و على أية حال، فهنا طرق ثلاثة لإثبات الشخصيات الحقوقية الثابتة وفق المنهج الغربى و تصحيحها وفق اسس فقهننا الإسلامى.

التمسك بإمضاء الشارع للارتكاز العقلائي:

الطريق الأول: التمسك بإمضاء الشارع لهذه الشخصيات الحقوقية وأحكامها الثابت بعدم الردع.

و توضيح ذلك: أنه لا إشكال - كما نقّحناه في أبحاثنا الأصولية - في أن السيرة العقلانية المعاصرة لزمن المعصوم و ارتكازاتهم بقدر ما ترجمت وقتئذ بالعمل يثبت إمضاؤها بعدم الردع.

و لكن هناك كلاما في أن الإمضاء الثابت بعدم الردع هل يختص بالمقدار

فقه العقود، ج ١، ص: ٩١

المترجم بالعمل وقتئذ؟ أو يشمل المقدار الذي كان كامنا في الارتكاز العقلاني و إن لم يترجم بالعمل في ذلك الزمان؟ و مثاله قانون مملّكية الحياة التي هي مرتكزة في ذهن العقلاء و قد ترجمت في زمن المعصوم في العمل بمقدار الحيازات الجزئية التي يقدر عليها الفرد غير المسلّح بالأدوات الحديثة و قد سكت الشارع عنها و لم يردعها، فهل هذا إمضاء لمملّكية الحياة بالمقدار المتعارف وقتئذ فحسب؟ أو إمضاء لأصل ارتكاز مملّكية الحياة بعرضها العريض؟! فالحيازات الواسعة التي تقع اليوم بالوسائل الحديثة و إن لم تكن موجودة في عصر المعصوم لكنّها لو كانت قد وجدت لحكم العقلاء وقتئذ بحصول الملك على أثرها، لأن القاعدة المرتكزة لديهم في ذلك أوسع من المقدار الواقع خارجا في ذاك الزمان، و ضيق دائرة التملك بالحياة كان ناتجا عن ضيق القدرات لا عن ضيق الارتكاز، فهل يشمل الإمضاء المنكشف بعدم الردع لهذا الارتكاز بعرضه العريض أو لا؟

و هناك وجهة نظر تقول: نعم، الإمضاء يشمل الارتكاز العقلاني بعرضه العريض، و لا يختص بالمقدار المترجم بالعمل، و ذلك لأن شأن الشارع ليس مجرد تصحيح العمل الفعلي للمسلمين، بل هو تصحيح عملهم و مفاهيمهم و مرتكزاتهم التي يؤمنون بها في شئون القضايا التي تمسّ التشريع، فسكوت الشارع عنها يدلّ على إمضاؤها بعرضها الواسع.

و بناء على هذا نقول فيما نحن فيه: إن أصل المملّكية و الذمّة و المعاملات و ما شابه ذلك هي من الامور الارتكازية لدى العقلاء، و المعمول بها في زمن المعصوم في حدود الشخصيات الحقيقية بعرضها الواسع و في حدود الشخصيات الحقوقية في الجملة و في دائرة ضيقه، لكن ضيق الدائرة كان نتيجة عدم التعرّف وقتئذ على

فقه العقود، ج ١، ص: ٩٢

المصاديق المعاصرة لنا، و لو التفتوا إليها لاعترفوا بها و ربّوا عليها أحكامها. إذن فأصل الارتكاز يكون أوسع من المقدار المعمول به وقتئذ و سكوت الشارع إمضاء لكلّ دائرة الارتكاز كما هو الحال في مثال مملّكية الحياة تماما.

إلا أن الصحيح: أن قياس ما نحن فيه بمثال مملّكية الحياة قياس مع الفارق. و توضيح ذلك: أن التمسك بإمضاء ارتكاز عقلائي في زمن المعصوم لإثبات الحكم على مصداق جديد في زمننا للكبرى المرتكزة إنّما يعقل فيما إذا كان لدينا حكم مرتكز و لهذا الحكم موضوع كان يتمثل في بعض مصاديقه في زمن المعصوم ثمّ تمثّل في زمننا في مصداق جديد، و كان هذا المصداق مصداقا حقيقيا و تكوينيا لذاك الموضوع و إن لم يوجد مثله في ذاك الزمان.

و هذا من قبيل ما يقال في الحياة من أن المملّكية حكم مرتكز في ذهن العقلاء على موضوع الحياة، و كان المصداق المتواجد في زمن المعصوم هو الحياة المختصرة باليد أو بالأدوات اليدوية، و قد وجد بعد ذلك مصداق جديد و هو الحياة المفصلة و بالوسائل الحديثة، و هو مصداق حقيقي و تكويني للحياة.

فهنا يمكن أن يقال: إن الحكم بالمملّكية يثبت لهذا المصداق الجديد، لأنّه كامن في الحكم الارتكازي الذي كان ثابتا وقتئذ لدى العقلاء، و كان الضيق في المصداق الخارجي لا في الارتكاز.

أمّا إذا افترضنا أنّه لم يوجد مصداق حقيقي جديد لذاك الموضوع، و لكن العقلاء توسّعوا في الحكم إمّا بمعنى مجرد التوسّع في نفس الحكم أو بمعنى إيجاد فرد اعتباري لذاك الموضوع فهنا لا- يمكن إسراء الحكم الممضى عمّا كان في زمن المعصوم إلى المورد.

مثاله: ما لو فرضنا أن العقلاء حكموا أخيراً بأن من أشعل مصباحاً و أَسْع

فقه العقود، ج ١، ص: ٩٣

نوره على أجسام كانت من المباحات الأصلية فقد ملك تلك الأجسام، وذلك إما بمعنى مجرد توسيع لنطاق التملك، أو بمعنى فرض وقوع أشعة المصباح على جسم من الأجسام مصداقاً من مصاديق الحيضة جعلاً واعتباراً. فهذا لا يكفي لإثبات حكم الحيضة وهو المملكية على هذا المورد. أمياً في فرض مجرد توسيع الحكم فالأمر واضح، لأن هذا حكم جديد للعقلاء لم يكن مستتبناً في الارتكاز السابق. و أمأ في فرض جعل انتشار النور حيضة بالاعتبار فلائ روح الاعتبار- إذا اريد له أن يكون أمراً مفيداً عقلياً- إنما هو توسيع الحكم، فهذا أيضاً يعني الحكم الجديد للعقلاء غير المستبطن في الارتكاز السابق.

نعم، لو فرضنا فرضاً غير واقع أن المملكية التي كانت حكماً ارتكازياً للعقلاء- مثلاً- لم يكن موضوعها عبارة عن الحيضة الحقيقية بل كان موضوعها عبارة عمياً يشمل الحيضة الاعتبارية بالنسبة لكل زمان بحسب ذلك الزمان فعندئذ سيكون اعتبار انتشار النور على الأجسام حيضة لها خلقاً لمصداق حقيقي و تكويني لموضوع الحكم الارتكازي، فيثبت الحكم هنا لأنه رجوع إلى القسم الأول.

إذا عرفت ذلك قلنا في المقام: إن الملكية أو الذميمة أو المعاملة التي يراد إثباتها بالارتكاز هي الحكم، و موضوعها الموجود في زمن المعصوم كان عبارة عن الشخص الحقيقي و بعض الشخصيات الحقيقية. و أمأ مثل شخصيته الشركة القانونية أو الجمعية أو المؤسسة التي لم تكن اعتبرت وقتئذ شخصية حقيقية- إذ لم تكن خاطرة على البال أصلاً- فاعتبارها في يومنا هذا شخصية حقيقية يرجع بروحه إلى توسيع جديد لدائرة الحكم و الارتكاز.

هذا، مضافاً إلى أن هذه الشخصيات الحقيقية ليست عقلائية بحتاً، بل فيها

فقه العقود، ج ١، ص: ٩٤

عنصر من تشريع المشرع في رأى أصحاب القانون، و هو الدولة لا- العقلاء، فإنهم يشترطون في الشخصيات الحقيقية مطابقتها لتشريعات الدولة و شروطها التي قد تختلف من دولة إلى أخرى.

و لو غرضنا النظر عن كل ما مضى و افترضنا هذه الشخصيات الحقيقية من الامور الارتكازية في نظر عامّة العقلاء في يومنا هذا و لم نلتفت إلى الشرح الذي شرحناه من أن اعتبار فرد جديد يرجع بروحه إلى توسيع الحكم قلنا في المقام:

إن دعوى ثبوت هذه الأفراد الجديدة في الارتكاز العقلاني في زمن المعصوم كي يثبت إمضاؤها بعدم الردع و إن تأخر وجودها الخارجى إلى زماننا هذا بحاجة إلى دليل، فليس علينا أن نبرهن على عدم ذلك بل على من يدّعي البرهنة عليه، و الطرق التي شرحناها في علم الاصول لإثبات امتداد السيرة و الارتكاز من زماننا إلى زمان المعصوم لا تأتي هنا.

و نحن نحتمل أن الارتكاز الثابت في هذا اليوم يكون أحد أجزاء العامل المكون له تطوّر الحياة و تجدد الحاجة إلى هذه الشخصيات، فلنفترض أنه لو كان هذا التطوّر في الحياة ثابتاً في زمن المعصوم و كانت الحاجات الفعلية ثابتة وقتئذ لحصل هذا الارتكاز آنذاك، و لكن المفروض أن هذا التطوّر و هذه الحاجة لم يكونا وقتئذ، فلا دليل على ثبوت هذا الارتكاز آنذاك.

و نتيجة البحث: أن هذا الطريق الأول لتصحيح الشخصيات الحقيقية في الفقه الإسلامي و هو التمسك بالارتكاز العقلاني باطل.

و لكن مع هذا قد يقال بإمكان الاستفادة من الارتكاز في المقام في الجملة و توضيح ذلك: أن هناك شخصيات حقيقية كانت موجودة في زمن المعصوم كالدولة المالكة للأنفال، و المسجد المالك لما يوقف عليه، و عنوان الفقير المالك

فقه العقود، ج ١، ص: ٩٥

للزكاة- مثلاً- و لكن قد لا نحصل على إطلاقات كافية في النصوص الواصلة إلينا لإثبات كل الحقوق المطلوبة لهذه الشخصيات أو عليها.

فمثلاً قد نمتلك دليلاً لفظياً دلّ على ملكية الدولة للأنفال و لكن لا نمتلك دليلاً لفظياً دلّ على صحّة هبة شيء للدولة، أو على صحّة

اقتراض الدولة مالا، أو نحو ذلك، وقد نمتلك دليلا على صحّة الوقف على المسجد و لا نمتلك دليلا على صحّة هبة النقود مثلا لمسجد ما، أو اقتراض المسجد لمال ما، وقد نمتلك نصّا يدلّ على مالكيّة كَلّيّ الفقير للزكاة و لا نمتلك نصّا يدلّ على صحّة اقتراض كَلّيّ الفقير أو هبة شيء له، و ما إلى ذلك.

فقد يمكن علاج هذا النقص بأن يقال: إنّ الارتكاز العقلانيّ يحكم بأنّ الشخصيّة الحقوقية لا-تفكّك، فما يقبل الملك يقبل الاستدانة، و ما يقبل الوقف عليه يقبل الهبة، فبإمضاء هذا الارتكاز بعدم الردع تثبت كلّ الأحكام الحقوقية للشخصيات التي كانت في زمن المعصوم و عليها.

بل إنّ هذا البيان لو تمّ لأمكن إثبات جميع الشخصيات الحقوقية به حتى التي لم تكن موجودة في زمن المعصوم، فمثلا- الشركة القانونية تثبت الشخصيّة الحقوقية لها بالبيان التالي: إنّنا لو لم نعرف بالشخصيّة الحقوقية و القانونية لهذه الشركة فلا إشكال في أنّ هناك مؤسّسة لها غاياتها، أو قل: شركة عادية مملوكة بالاشتراك لأصحابها.

و لا إشكال في أنّ من حقّ أحد أن يوقف شيئا ما على هذه المؤسّسة أو الشركة تصرفه في مصالحها إن كان يعتبر ذلك أمرا خيرا، و ذلك تمسكا بعمومات الوقف، و هذا يعني إثبات شيء من الشخصيّة الحقوقية لهذه الشركة أو المؤسّسة، و هو امتلاك العين الموقوفة بناء على أنّ الصياغة العقلانية لفهم مغزى

فقه العقود، ج ١، ص: ٩٦

الوقف على شيء أو جهة هي امتلاك الموقوف عليه للعين الموقوفة التي تحبس و تسبل منفعتها لذاك الشيء أو لتلك الجهة. فإذا ثبت بدليل الوقف هذا الجزء من الشخصيّة الحقوقية لتلك الشركة ضمنا ذلك إلى ما يحكم به الطبع العقلانيّ من ارتكاز عدم إمكان التفكيك بين الحقوق للشخصيّة الحقوقية و عليها، و بناء على أنّ هذا ارتكاز ناشئ من طبع العقلاء فهو ممتدّ إلى زمان المعصوم عليه السلام، فبناء على أنّ عدم الردع يدلّ على إمضاء الارتكاز حتى المقدار غير المترجم بالعمل في زمن المعصوم تثبت صحّة هذا الارتكاز، و بهذا تصحّح كلّ الشخصيات الحقوقية المألوفة في الفقه الغربيّ في منطق فقهاء الإسلام.

بل النتيجة أوسع بكثير ممّا ألفه الفقه الغربيّ، فلا فرق عندنا بين الشركة العادية و الشركة القانونية لإمكان وقف عين على الشركة العادية. و كلّ عنوان من العناوين أو جهة من الجهات أمكن الوقف عليه يأتي فيه هذا البيان، فبما أنّه يصحّ وقف شيء على عنوان العلماء مثلا إذن للعلماء شخصيّة حقوقية، لأنّ هذا العنوان يملك ما يوقف عليه، و بالتالي تثبت له و عليه كلّ الحقوق، و هكذا نسرى الفكرة إلى دائرة أوسع بكثير من الدائرة المألوفة في الفقه الغربيّ. نعم، كلّ هذا يختصّ بالأمور الخيرية.

و لكن الواقع أنّ ثبوت هذا الارتكاز- أعنى ارتكاز عدم التفكيك في الشخصيات الحقوقية بين الحقوق خاصّة في زمن المعصوم عليه السلام- غير واضح، إلّا في عنوان طبّق بالفعل على إنسان فأصبح الإنسان مالكا لما يملكه العنوان كعنوان الدولة أو الإمام المنطبق على شخص الإمام، فملك بذلك ممتلكات الإمام، فهذه الممتلكات و إن كانت لا تنتقل إلى وارثه لأنّها ليست ملكا له بما هو شخص بل

فقه العقود، ج ١، ص: ٩٧

هي ملك له بما هو إمام و بما هو متقمّص قميص الدولة لكن هذا الإنسان الذي أصبح يملك بعض الممتلكات بوصفه إماما يستطيع أن يستدين بهذا الوصف، أو أن توهب له أموال بهذا الوصف.

فلو سلّمنا عدم تعقّل العرف و العقلاء التفكيك بين الحقوق له و عليه في إنسان انطبق عليه عنوان فامتلك ممتلكات ذاك العنوان بوصفه متلبسا بذاك اللباس لا نسلم ذلك في مثل الشركات و الجمعيات و المؤسّسات و ما شابه ذلك.

إذن فغاية ما يثبت بعمومات الوقف هو جواز امتلاك أيّ جهة خيرية لشيء ما بالوقف، أمّا ثبوت كامل الشخصيّة الحقوقية لتلك الجهة لكي تثبت كلّ الأحكام الحقوقية لها و عليها فلا.

نعم، يمكن التعدّي من الوقف الذي هو تحسيس لعين خاصّة إلى تملك المالك التي يمكن تبديل تجسدها من عين إلى عين أخرى

فرارا من مشكلة حرمة تبديل العين الموقوفة، فيجوز للمتولّي البيع والتبديل بما يراه صالحا في أيّ وقت أراد، وذلك تَمَسِّكا بإطلاق روايات الصدقة الجارية (١) بدعوى أنّ الجريان ليس مصداقه الوحيد عبارة عن انحباس العين و توقيفها عن البيع و هو المصداق الراجح في زمن صدور النصّ، بل له مصداق آخر أيضا و هو أن يكون المحبوس على المشروع الخيري هو مالئته الشيء التي يمكن تجسيدها ضمن أعيان مختلفة متعاقبة، لا فردا معينا كي يصبح وفقا لا يجوز تبديله، فقوام الجريان إنّما هو بالتحبّيس و ليس بكون المحبوس فردا معينا من العين.

و بهذا البيان تصحّح أمثال الصناديق الخيرية أو تملكك مال لحركة أو حزب

(١) راجع الوسائل ١٣: ٢٩٢-٢٩٤، الباب ١ من أبواب الوقف و الصدقات.

فقه العقود، ج ١، ص: ٩٨

أو ما شابه ذلك إن كان أمرا خيرا يتمشى فيه قصد القربة، و لا يثبت بهذا كل آثار الشخصية الحقيقية كصحّة إقراضها أو تمثّلها بالمتولّي كأحد المترافعين لدى القاضي.

إلّا أنّ فهم هذا الإطلاق من روايات الصدقة الجارية يتوقّف على أن لا نحتمل كون انحصار مصداق الصدقة الجارية وقتند في مرتكز المتسرّعة في الوقف صالحا للقريّة الموجبة لانصراف إطلاق عنوان الصدقة الجارية إلى الوقف (١)، أمّا إذا احتملنا ذلك فقد بطل الإطلاق.

إلّا أنّ حلّ هذا الإشكال عبارة عن الرجوع إلى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج (٢) الصريحة في جواز شرط الواقف حقّ البيع و التبديل، فيرجع واقع المطلب إلى التصدّق بالمالئته، أو قل: وقف المائئة القابلة للتجسيد في الأعصار المختلفة.

[الطريق الثاني: التمسك بإطلاقات أدلة العقود:]

الطريق الثاني: التمسك بمثل إطلاقات أحلّ الله البيع (٣) فيقال مثلا:

إنّنا إذا بعنا شيئا من شركة أو جمعيتة أو مؤسّسة مثلا أو اشترينا منها شيئا كان هذا مصداقا عرفيا للبيع و الشراء فيدخل في إطلاق أحلّ الله البيع. و في بعض الحقوق لهذه الشخصية الحقيقية أو عليها لو لم نجد إطلاقا تَمَسِّك به نرجع إلى

(١) أي الوقف الذي لا يباع و لا يوهب و لا يبدّل.

(٢) راجع الوسائل ١٩: ١٩٩-٢٠٠، الباب ١٠ من أبواب الوقوف و الصدقات الحديث ٣ طبعه آل البيت عليهم السلام.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٩٩

دعوى عدم احتمال التفكيك و الفرق بين الآثار الحقيقية، أو إلى ما فرضنا في آخر بحثنا عن الطريق الأوّل من ارتكاز عدم التفكيك. و يرد عليه: أنّ التمسك بمثل هذه الإطلاقات عند ما يكون الشكّ في التخصيص و التقييد من دون احتمال مخالفة الشرع للعرف في رؤية تشريعية تؤثّر في نفي موضوع هذه الإطلاقات صحيح، من قبيل ما لو شككنا في صحّة بيع المصحف من الكافر مثلا فتمسكنا بإطلاق أحلّ الله البيع. أمّا إذا كان الشكّ في الحكم ناتجا عن احتمال مخالفة الشرع للعرف في رؤية تشريعية تقلب موضوع الحكم من قبيل حكم الشرع بطلان بيع الكلب رغم صحّته عرفا على أساس اختلاف بين الشرع و العرف في ملكية الكلب و عدمها، فالشرع و العرف كلاهما متفقان على أنّه لا يباع إلّا في ملكك، و لكن العرف بما أنّه يرى مملوكية الكلب يصحّح بيعه، و الشرع بما أنّه يرى عدم قابليته للملك يبطل البيع، فهذا لا يعدّ تخصيصا أو تقييدا ل أحلّ الله البيع، فإنّ مقصود الشارع من البيع في مثل أحلّ الله البيع إنّما هو

ما يكون بيعا في نظره لا ما يكون بيعا في نظر العرف و ليس بيعا في نظره، فالتمسك بالإطلاق في مثل ذلك يكون بحاجة إلى إحدى نكتهتين:

الأولى: إثبات الموضوع مسبقا بالارتكاز مثلا حتى يتم المجال للتمسك بالإطلاق اللفظي.

حائري، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامي، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ١، ص: ٩٩ و الثانية: التمسك بالإطلاق المقامي بدعوى أن الشارع لو كان البيع عنده غير البيع عند العرف لكان عليه البيان، لأن الإنسان العرفي سيطبق بطبيعته إطلاقات الشارع على ما لديه من مصاديق ما لم يصله الردع. و الأمر فيما نحن فيه من هذا القبيل، فإن العرف و الشرع متفقان على أن فقه العقود، ج ١، ص: ١٠٠

البيع لا يكون إلما فيما بين طرفين، و الخلاف المحتمل في المقام هو أن لا يكون الشرع معترفا بالشخصية المعنوية للشركة مثلا كي تصبح طرفا في البيع مثلا و يكون العرف معترفا بذلك، فلو قدر بطلان هذا البيع في نظر الشرع لم يكن ذلك تخصيصا أو تقييدا في أحل الله البيع بل كان ذلك ناشئا من اختلافهما في رؤية تشريعية تؤثر على موضوع الحكم. و هذا علاجه يكون بأحد أمرين كما مضى:

(الأول) تصحيح الشخصية المعنوية للشركة بالارتكاز، و هذا رجوع الى الوجه الأول الذي عرفت بطلانه. أو تصحيحها بولاية الفقيه، و هذا رجوع الى الوجه الثالث الذي سيأتي بحثه إن شاء الله.

(و الثاني) التمسك بالإطلاق المقامي لإثبات مطابقه نظر الشرع لنظر العرف و العقلاء، و هذا إنما يتم بلحاظ نظر العرف و العقلاء المعاصر لزمان المعصوم، و هذا رجوع مرة أخرى الى إثبات سعة دائرة الارتكاز في زمن الإمام الذي عرفت بطلانه. هذا، مضافا الى ما عرفت من أن كون البيع من الشركة مثلا بيعا ليس أمرا عقلايا بحثا، بل له جنبه تشريع في نظر الفقه المؤمن بهذه الشخصيات الحقوقية راجعة الى الدولة، كما ذكرناه في الإشكال الثاني على الطريق الأول.

[الطريق الثالث: التمسك بولاية الفقيه:]

الطريق الثالث: هو التمسك بمبدأ ولاية الفقيه، بأن يفترض أن الولي الفقيه إذا رأى من المصلحة إمضاء أمثال هذه الشخصية الحقوقية أمضاها، و حصلت بذلك الشخصية الحقوقية. و هذا أقرب الى وجهة نظر الفقه الغربي من الوجهين الأولين، لما عرفت من أن الفقه الغربي يعطى أمر تشريع القوانين المصححة

فقه العقود، ج ١، ص: ١٠١

للشخصيات الحقوقية بيد الدولة، و رئيس الدولة في رأينا هو الولي الفقيه و هو الذي يكون من حقه تشريع قوانين معينة تتم على ضوئها الشخصيات الحقوقية ضمن ضوابط و شروط.

و تنقيح هذا الوجه يتوقف على الالتفات الى مقدار سعة دائرة ولاية الفقيه، فنقول: إن الولاية اعطيت للفقيه من قبل الشريعة الإسلامية، و المفهوم عرفا من كل ولاية تعطى لأحد أو لفئة من قبل نظام ما أنها ولاية في دائرة ما يكون داخلا تحت ذاك النظام دون ما يكون خروجا عليه، و كذلك الحال بالنسبة لولاية الفقيه، فالمفهوم عرفا - من دليل ولاية الفقيه المعطاء له من قبل نظام الإسلام - هو الولاية في أمر لا يكون في نفسه خروجا عن ذاك النظام، خاصة إذا كان دليلا مثل قول الحجة عجل الله فرجه: «أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله (أو) و أنا حجة الله عليهم»^(١). فالأمر بالرجوع الى الرواة علة بأنهم حجة الإمام عليه السلام، فلا يفهم من ذلك الولاية في أمر يكون في ذاته خروجا عن النظام الذي يؤمن به الإمام عليه السلام.

و على هذا فنقول: إنّ الولاية تارة تلحظ بلحاظ دائرة الأحكام التكليفية، و اخرى تلحظ بلحاظ دائرة الاحكام الوضعيّة. أمّا إذا لاحظنا دائرة الأحكام التكليفية فمقتضى الالتزام بما شرعناه من كون الولاية فيما لا يكون خروجاً على نظام الإسلام هو أن تختصّ الولاية بدائرة

(١) الوسائل ١٨: ١٠١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٩، و كتاب إكمال الدين و إتمام النعمة: ٤٨٤، الباب ٤٥ التوقيعات التوقيع الرابع بحسب طبعه دار الكتب الإسلامية بطهران، و كتاب الغيبة للطوسى رحمه الله: ١٧٧ بحسب طبعه مطبعة النعمان فى النجف الأشرف.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٠٢

المباحات- و أقصد بذلك الإباحة بالمعنى العامّ الشاملة للمستحبّ و المكروه- دون الإلزاميات، إذ لو أمر الولي الفقيه بفعل مباح أو نهى عنه لم يكن هذا أمراً بما يكون خروجاً على نظام الإسلام، لأنّ التزام المولى عليه بهذا الفعل أو بتركه لم يكن فى نفسه مخالفاً لنظام الإسلام، لأنّ المفروض إباحة الفعل و الترك معاً. و هذا بخلاف أن يأمر بترك الصلاة أو بشرب الخمر مثلاً، فإنّ هذا أمر بما هو خروج على نظام الإسلام و مخالفته للشريعة الإسلامية، و هذا غير مفهوم عرفاً من ولاية أعطيت من قبل نظام الإسلام و الشريعة الإسلامية.

نعم، تشخيص الأهمّ و المهمّ فى المتراحمات فى باب الأحكام الإلزامية يعطى - بحدود المصالح الاجتماعية و العامة - بيد الولي الفقيه. فمثلاً لو رأى الولي الفقيه أنّ باب الحجّ يجب سدّه فى سنة كذا لتراحمه مع مصلحة قطع الروابط مع الحكومة الجائرة المسيطرة على الحرمين الشريفين و كانت تلك المصلحة أهمّ فى نظره من الحجّ فأمر بترك الحجّ و جب على المجتمع اتباع الولي الفقيه فى أمره بذلك.

و أمّا إذا لاحظنا دائرة الأحكام الوضعيّة فالمتمّجه أيضاً تفصيل يشبه التفصيل الذى ذكرناه بلحاظ الأحكام التكليفية، فمتى ما كان الحكم الوضعي كالصحة و البطلان قد ربط أمره برضا الشخص و عدم رضاه كان معنى ولاية الولي على هذا الشخص أنّ رضاه و منعه أولى بالتحكيم من رضا نفس ذلك الشخص و منعه، و متى ما لم يكن كذلك عدّ أعمال الولاية فى ذلك خروجاً على نظام الشريعة. فمثلاً صحة البيع و بطلانه منوطان برضا المالك بالمبادلة و عدمه، و عندئذ يكون من حقّ الولي أن يبيع مال المولى عليه من دون إذنه إذا رأى المصلحة فى ذلك فيصحّ البيع، أو أن يمنع عن البيع لمصلحة فى ذلك فيبطل البيع رغم رضا

فقه العقود، ج ١، ص: ١٠٣

المالك، فكما أنّ الأب من حقّه يبيع مال الصغير لمصلحته أو المنع عن البيع و إن رغب الطفل فى ذلك فتدور صحة البيع و بطلانه مدار رأى الأب و منعه كذلك الولي الفقيه الذى نسبته الى الامة كنسبة الأب الى أطفاله يجوز له عند ما يرى المصلحة فى التدخل أن يتدخل فى تصحيح بعض البيوع أو إبطاله.

أمّا إذا لم يكن الحكم الوضعي مرتبطاً برضا الشخص و منعه كما فى الطهارة و النجاسة فولاية الولي على شخص ما أو على المجتمع لا تعنى سيطرته على هذه الأحكام الوضعيّة بالنسبة للمولى عليه بحيث يطهر النجس و ينجس الطاهر مثلاً، فإنّ هذا خروج على نظام الشريعة.

إذا عرفت ذلك جئنا الى ما نحن فيه فنقول: إنّ ثبوت شخصيّة حقوقية لشركة ما حكم وضعي و لم يثبت كونه مرتبطاً نفيًا و إثباتاً بمجرّد رضا أصحاب الشركة و عدمه أو رضا المجتمع و عدمه، إذن فعلى هذا حكم وضعي من سنخ الطهارة و النجاسة لا من سنخ صحّة البيع و بطلانه، و عليه فلو كانت الشخصية الحقوقية للشركة مثلاً بحدّ ذاتها غير ثابتة فى الشريعة لبطلان الوجه الأول و الثانى الماضيين لتصحيحها فولاية الفقيه عاجزة عن تصحيحها، فإنّ ولاية الفقيه على المجتمع أو على أصحاب الشركة إنّما تدلّ على أنّه

يحل محلهم في التصرف و يكون أولى بالتصرف منهم، فلو كان أمر إيجاد الشخصية الحقيقية بيدهم ثبت بذلك أنه من حقه إيجادها بالولاية عليهم. أمّا إذا لم يكن ذلك بيدهم، و كانت الشخصية الحقيقية في ذاتها منتفية شرعا فإيجاد الفقيه لها خروج على نظام الإسلام، و هذا غير صحيح، و الشك في ذلك كاف في عدم الثبوت.

و بهذا بطل آخر وجه من وجوه تصحيح الشخصيات الحقيقية الثابتة في الفقه الغربي بشكل عام، و إن كنا لا ننكر وجود ذلك في الجملة في فقها

فقه العقود، ج ١، ص: ١٠٤

الإسلامي، كما لا ننكر تامة الاستفادة من الارتكاز في الجملة بالشكل الذي مضى بيانه ضمن بحثنا عن الطريق الأول.

إعمال الولاية بلحاظ الآثار:

و هناك تقريب لإثبات كل أو جل الآثار العملية للشخصيات الحقيقية في فقها عن طريق فرض تدخل الفقيه بإعمال الولاية رغم عدم ثبوت نفس الشخصية الحقيقية، و ذلك بأن يلحظ الفقيه الآثار العملية المترتبة على فرض الشخصية الحقيقية و يأمر بها إذا رأى المصلحة الاجتماعية في ذلك من دون خلق هذه الشخصية ابتداء التي فرضنا أنها لا تخلق ابتداء بولاية الفقيه، و ذلك بالقدر الذي لا يتنافى مع نظام الإسلام.

فمثلا: كان من جملة الآثار العملية للاعتراف بالشخصية الحقيقية للشركة القانونية أن من أقرض الشركة مالا لم يضرب مع الغرماء الشخصيين للشركاء لدى التفليس، بل أخذ حصته من أموال الشركة لو كانت مشتملة على ذاك المقدار من دون مزاحمة الديان الشخصيين لهم إياه. و هذا يمكن تحقيقه لدى المصلحة بأمر الفقيه بأن يلزم الديان الشخصيين للشركاء بأمر كان مباحا لهم و هو عدم مزاحمتهم لمن أقرضهم لصالح الشركة في أخذ حصته من المال الموجود في حوزة الشركة.

و كان من جملة الآثار العملية للشخصية الحقيقية أنه لو كان أحد دائئا للشركاء و مدينا للشركة أو بالعكس لم يقع التهاتر بين الدينين. فإن قلنا: إن التهاتر بين الدينين في موارد أمر اختياري و ليس قهرياً، أي أن أحد المدينين بإمكانه أن يوفى دينه بجعل ما يطلبه من صاحبه بدلا عن دينه، و أن أحد المدينين لو عصى و امتنع عن الأداء كان لصاحبه تملك ما عليه

فقه العقود، ج ١، ص: ١٠٥

بالتقاص، إذن فمن حق الفقيه إلزامهم بما كان مباحا لهم من عدم اختيار التهاتر.

و إن قلنا: إن التهاتر أمر قهري فإثما يكون التهاتر أمرا قهرياً في نظر العقلاء عند تماثل الوفاءين، و لذا لو حل زمان و فاء أحدهما دون الآخر مثلا لم يقع التهاتر و لو كان و فاء أحدهما مقيدا بنقد من النقود غير ما يوفى به الآخر لم يقع التهاتر، فمن حق الولي الفقيه لدى المصلحة أن يقيد أحد الوفاءين بما كان يجوز لهم تقييده به من خصوص مال الشركة أو خصوص أموال الشركاء الشخصية.

و كان من جملة الآثار العملية للشخصية الحقيقية تمثلها بمتولّيها لدى القاضى في المرافعة دون حاجة إلى إحضار الشركاء أو الحكم عليهم بعنوان الحكم على الغائب، و بإمكان الولي الفقيه لدى المصلحة أن يحجر الشركاء عن متابعة وضع الأموال الموجودة في الشركة فيما هو متنازع فيه، فيصبحون بذلك قاصرين عن المرافعة و محتاجين إلى الولي، فيجعل متولّي الشركة ولّيا عليهم يتابع المرافعة كمتابعة الأب المرافعة الراجعة إلى طفل صغير.

و لو لم نقبل ما مضى منّا في آخر بحث الطريق الأول من ارتكازية تملك الصناديق الخيرية أو الجهات الاخرى كان بإمكان الفقيه لدى المصلحة أن يلزم الملاك، و كذلك ورثتهم بعد موتهم بما كان مباحا لهم من عدم الاستفادة من تلك الأموال و أن لا تصرف إلّا في مصاريف تلك الجهة.

و إن شئت قلت: إن الشخصية الحقيقية ليست إلّا صياغة عقلانية و تكييفاً عقلائياً لهذه الأحكام، فلئن لم يكن فرض هذه الأحكام من

قبل الفقيه خروجاً عن نظام الشريعة الإسلامية ففرض الشخصية الحقوقية من قبل الفقيه لا يعدّ خروجاً عن هذا النظام، فيكون مشمولاً لدليل ولاية الفقيه.

نعم، يبقى الشأن بعد كلّ هذا في إحراز المصلحة الاجتماعية في ذلك، لأنّ

فقه العقود، ج ١، ص: ١٠٦

ولاية الفقيه إنّما هي في حدود مصالح المجتمع لا في العمل بالرغبة و هوى النفس.

هذا تمام الكلام في بحثنا عن الملك. و يأتي بعده البحث عن مفهوم المال المقصود في المقام.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٠٧

٢- المراد بالمال

تعريف المال:

مقصودنا بالمال في المقام (ما يرغب في امتلاكه بالعوض ذاتاً امتلاكاً غير محرّم) و لا يشترط في ذلك الرغبة العقلانية العامة، فصورة شخص ما مثلاً- قد يرغب ابنه في شرائها و لو بأعلى الأثمان، بينما عامية الناس لا يقيم لها وزناً. و لو فرضنا دلالة دليل تعديدي على اشتراط الرغبة العامة في صحّة البيع أو المبادلة فهذا لا يمنع عن أن نجعل موضوع البحث هنا مطلق المال حتى نبحت بعد ذلك عن شرائط صحّة المبادلة كي نرى هل من شرائطها الرغبة العامة أو لا؟

تحديد حدود المال:

و المال كما يصدق على العين كذلك يصدق على العمل و المنفعة- و إن كانت مالّية المنفعة مندّكة في ضمن مالّية العين- بل المنفعة حيثية تعليلية لمالّية العين، و ليست ماليتها مستقلة عن العين، كما أنّ ملكيتها لم تكن مستقلة عن العين. نعم، تظهر ماليتها بشكل مستقلّ حينما تفصل عن العين، كما في عمل الحرّ في رأى الشريعة التي أسقطت الحرّ عن المالّية- أي حكمت بتحريم امتلاكه ذاتاً فقه العقود، ج ١، ص: ١٠٨

و المعاوضة عليه- و لم تسقط عمله عن المالّية. كما مضى أنّه تظهر ملكيتها بالاستقلال حينما تفصل عن ملكية العين كما في باب الإيجار.

و الهدف من ذكر كلمة (ذاتاً) في تعريفنا للمال هو إدخال ما امتنع امتلاكه بالعوض لعارض ما ضمن تشريع، و لم يكن ذاك التشريع يرى عدم صحّة امتلاكه بالعوض لازماً ذاتياً له، و ذلك كالعين الموقوفة التي منع التشريع عن تبادله لعارض و هو تعلق الوقف بها، و كالعين المرهونة و نحو ذلك. فذاك التشريع معترف بمالّية هذه العين رغم عدم إمكان امتلاكها بالعرض.

و الهدف من قيد (الرغبة) إخراج ما لا يرغب في امتلاكه إمّا لفقدانه لجميع المنافع أو لانتشاره وسعته كالهواء.

و الهدف من قيد عدم الحرمة إخراج مثل الخمر التي يحرم امتلاكها و المعاوضة عليها شرعاً، فهي ليست مالا شرعاً و إن كانت مالا عرفاً لعدم الحرمة العرفية في ذلك.

و قد أخرجنا بهذا التعريف الحقّ، لأنّه لا يصبح طرفاً لإضافة الملك و إنّما هو إضافة في عرض إضافة الملك، و إنّما المال هو ما يتعلّق به الحقّ.

آراء اخرى في تحديد المال:

و قد نقل عن الحنفية اختصاص عنوان المال بالعين، فلا يشمل المنفعة «١». و ليس مقصودهم بهذا منع التبادل في باب المنافع و تخصيص العقود المائنة بالأعيان، فإن هذا خلاف فتاواهم. إذن فلا يعدو هذا أن يكون اصطلاحاً خاوياً.

(١) راجع الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: الفقرة ٧١-٧٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٠٩

و قد نقل عن علماء القانون الحديث شمول عنوان المال للحقوق المتعارف تداولها و الاعتياض عنها «١». و ما ذكرناه أولى لما قلناه من أن الحق كالملك، و هما يتعلقان بالمال، و كما لا يكون الملك مالا آخر غير متعلقه كذلك الحق. و أغرب ما رأيت في المقام ما نقل عن القانون المدني العراقي من تعريف المال بأنه كل حق له قيمة مادية «٢»، فقصر مفهوم المال على الحقوق بما فيها حق الملكية، و أخرج بذلك الأعيان عن حيز المال، نظراً إلى أن مائنة الأعيان إنما هي باعتبار ما فيها من حقوق لأصحابها، فتدخل في زمرة الحقوق.

(١) راجع الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: الفقرة ٧٥.

(٢) راجع نفس المصدر، الفقرة ٧٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ١١١

٣- تحليل حقيقة الحق

إشارة

يقع البحث عن الحق، و الفرق بينه و بين الملك و الحكم.

تفسير الحق في الفقه الإسلامي:

ذكر المحقق النائيني رحمه الله: أن الحق سلطنة ضعيفة على المال، و السلطنة على المنفعة أقوى منها، و الأقوى منهما السلطنة على العين، فالجامع بين الملك و الحق هو الإضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الإضافة المعبر عنها بالواجديّة، و كون زمام أمر الشيء بيد من جعل له و كونه ذا سلطنة و قدرة. و هذه الإضافة لو كانت من حيث نفسها و من حيث متعلقها تامة بأن تكون قابلة لأنحاء التقلبات تسمى ملكاً. و لو كانت ضعيفة - إما لقصور نفس الإضافة كحق المرتهن بالنسبة للعين المرهونة، و إما لقصور في متعلقه كحق التحجير و حق الخيار بناء على تعلقه بالعقد غير القابل لما عدا الفسخ و الإجازة و حق الاختصاص بالنسبة إلى الأشياء غير المتمولة كالخمر القابل للتخليل - تسمى حقاً «١».

و قد جاء في تقرير الشيخ الآملي لبحث المحقق النائيني رحمه الله نقلاً عن بعض

(١) منية الطالب للشيخ موسى النجفي ١: ٤١.

فقه العقود، ج ١، ص: ١١٢

الاساطين التعبير عن الحق ب (ملكيت نارسیده) أي الملكية غير الناضجة «١».

و بحث المحقق الأصفهاني رحمه الله «٢» في المقام تفاسير ثلاثة للحق:

التفسير الأول: ما نسبته إلى المشهور، وهو أن الحق بمعنى السلطنة، ورأى أن هذا غير الملك؛ لأنه يرى الملك عبارة عن الإحاطة و الاحتواء دون السلطنة.

و ذكر رحمه الله: أنه ليكن المراد بالسلطنة السلطنة الاعتبارية لا- السلطنة التكليفية ليورد على ذلك أن الجواز التكيفي من أحكام الحق لا نفسه، أو أنه لا سلطنة للقاصر على التصرفات مع كونه ذا حق شرعا. و ذكر أيضا: أن المراد بالسلطنة الاعتبارية اعتبار السلطنة لا السلطنة الانتزاعية لما يرد على ذلك ما أوردناه على انتزاعية الملك.

التفسير الثاني: أن يقال: إن الحق هو الملك، ولذا عتب عن حق الخيار بملك الفسخ و الإمضاء. و ذكر رحمه الله على هذا التفسير إشكالين:

الأول: أن الملك يستلزم السلطنة المطلقة مع أن الحق سلطنة خاصة على تصرف خاص. و أجاب على ذلك: بأن سعة المملوك و ضيقه لا ربط له بسعة الوجدان و ضيقه.

و الثاني: أن الحر لا يملك عمل نفسه بالمعنى الذي يملك به أمواله، بينما الحق قد يتعلق بعمل من أعمال ذي الحق كحق الفسخ و الإمضاء، فإن الفسخ أو الإمضاء عمل لنفس ذي الحق.

(١) المكاسب و البيع للشيخ محمد تقى الآملی رحمه الله ١: ٩٢.

(٢) في تعليقه على المكاسب (فائدة في تحقيق حقيقة الحق): ١٠ و ١١.

فقه العقود، ج ١، ص: ١١٣

و أجاب على ذلك بأن عمل الحر يصبح مملوكا له في حالتين:

(الأولى) ما يتوقف تحققه على اعتبار ملكه إياه و سلطنته عليه كالفسخ و الإمضاء و التملك، فهنا يعتبر ملكه لذاك العمل كى يصبح قادرا عليه. أما العمل الذي يقال عنه أنه لا يملكه نفس العامل فهو ما يكون من قبيل الأكل و الشرب و الكتابة و الخياطة و نحو ذلك مما لا يتوقف تمكّنه منه من اعتبار الملك فيلغو اعتبار الملك.

(و الثانية) العمل الذي يكون الإنسان قادرا عليه بلا حاجة إلى اعتبار ملكه إياه كالأكل و لكن كان له مساس بملك الغير، فمن حيث انتسابه إلى ملك الغير عدّ من منافع ملك الغير و مملوكا للغير تبعا، فيصحّ تملك الغير إياه لنفس العامل أو جعل الشارع له إياه كحق المارة.

و أورد رحمه الله على هذا الوجه- أعنى تفسير الحق بالملك- بأنه ربّما يضاف الحق إلى شىء لم يكن له اعتبار الملك شرعا كحق الاختصاص بالخمير التي كانت خلا قبل ذلك، و كحق الأولوية في الأرض المحجرة التي لا تملك إلا بالاحياء على المشهور، فالحق ليس بمعنى الملك إمّا مطلقا أو في أمثال هذه الموارد.

قال رحمه الله: نعم، تفسيره بمعنى السلطنة الوضعية- يعنى التفسير الأول- ممّن يجعل الملك غير السلطنة لا مانع منه. و أمّا من يرى أن الملك بمعنى السلطنة فالإيراد متوجه إليه أيضا.

أمّا الجواب على مثل النقض بحق الاختصاص في الخمير التي لا تملك شرعا و حق الأولوية في الأرض المحجرة على رأى المشهور القائل بعدم ملكها بأننا نفترض الحق مرتبة ضعيفة من الملك، و الملك المنفى في الخمير و في الأرض المحجرة هي الملكية التامة، فلم يرتضه المحقق الأصفهاني رحمه الله، و اعترض على

فقه العقود، ج ١، ص: ١١٤

التفريق بين الملك و الحق باختلاف الدرجة بأن حقيقة الملك سواء كانت من مقولة الإضافة أو مقولة الجدة ليست لها مراتب

مختلفة. أمّا الإضافة فهي تتبع المقولة التي تعرضها، فإن كانت من مقولة تقبل الشدّة و الضعف كالكيف قبلت الشدّة و الضعف كعنوان الأحرّ العارض على الحرارة، و إلّا فلا. و أمّا الجدة فلا تتّصف بالشدّة و الضعف، و إنّما تتّصف بالزيادة و النقص، حيث إنّ الهيئة الحاصلة للرأس من العمامة مثلا أنقص من الهيئة الحاصلة للبدن من القميص.

التفسير الثالث: ما ذكره بعنوان (يمكن أن يقال) قائلا: «و إن لم أجد من وافق عليه صريحا» و هو أن يقال: إنّ الحقّ ليس له معنى واحد في كلّ الموارد، ففي جملة من الموارد توجد هناك اعتبارات خاصّة لها آثارها الخاصّة، و لتكن تلك الاعتبارات هي الحقّ بلا حاجة إلى افتراض اعتبار آخر و هو اعتبار سلطنة أو ملكك لترتيب تلك الآثار عليه.

فحقّ الولاية مثلا ليس إلّا اعتبار ولاية الحاكم و الأب و الجدّ، و من أحكام نفس هذا الاعتبار جواز تصرفه في مال المولّى عليه تكليفا أو وضعاً، و لا حاجة إلى اعتبار آخر اسمه السلطنة أو الملك مثلا، و إضافة الحقّ إلى الولاية إضافة بيائية. و كذلك حقّ التولية و حقّ النظارة. و كذلك حقّ الرهانة، فإنّه ليس إلّا اعتبار كون العين وثيقة شرعا، و أثره جواز الاستيفاء ببيعه عند الامتناع عن الوفاء. و كذلك حقّ التحجير، أى الحقّ المسبّب عن التحجير، فهو ليس إلّا اعتبار كونه أولى بالأرض من دون لزوم اعتبار آخر. و حقّ الاختصاص في الخمر ليس إلّا نفس اعتبار اختصاصه به في قبال الآخرين من دون اعتبار ملك أو سلطنة له، و أثر الأولويّة و الاختصاص عدم جواز مزاحمة الغير له.

و خلاصة هذا الكلام: أنّه لا داعي لاعتبار السلطنة في جملة من الحقوق.

فقه العقود، ج ١، ص: ١١٥

قال رحمه الله: نعم، لا بأس بتفسير الحقّ بالسلطنة عند ما يكون مفهوم السلطنة مأخوذا في لسان الدليل كحقّ القصاص، حيث قال الله تعالى بشأنه: **فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا** (١) و كذلك عند ما لا يكون هناك معنى اعتباري آخر مناسب للمقام. و لو فرض عدم ذكر عنوان السلطنة في لسان الدليل - و ذلك كما في حقّ الشفعة - فإنّه ليس معناه اعتبار نفس الشفعة أى ضمّ حصّة الشريك إلى حصّته، و إلّا للزم انتقال حصّة الشريك إليه بمجرد ثبوت الحقّ، بينما ليس كذلك. فحقّ الشفعة يعنى السلطنة على ضمّ حصّة الشريك إلى حصّته. و كذلك حقّ الخيار يعنى السلطنة على اختيار الفسخ أو الإمضاء لا اعتبار اختيار أحدهما بالفعل بأن يكون بالفعل فاسخا أو ممضيا، إذ لا فسخ و لا إمضاء بمجرد جعل الحقّ.

قال رحمه الله: نعم، ليس حقّ الخيار ملك الفسخ و الإمضاء معا أو السلطنة عليهما معا، و إلّا نفذ إمضاءه و فسخه معا، و لا أحد الأمرين من الفسخ و الإمضاء، فإنّ أحدهما المرّد لا ثبوت له حتى يقوّم به الملك أو السلطنة، بل الملك أو السلطنة يتعلّق بترجيح أحد الأمرين على الآخر.

و قال رحمه الله: و يمكن أن يقال: إنّ المعنى الاعتباري المعقول هنا غير السلطنة، و المناسب للخيار جعله مفوّضا، فاعتبار كونه مفوّضا يترتب عليه جواز الفسخ و الإمضاء تكليفا و وضعاً من دون لزوم اعتبار آخر.

أقول: إنّ هذا الكلام المفضّل للمحقّق الأصفهاني رحمه الله فيه مجال واسع للملاحظة:

فأولا: أنّنا لا نظنّ بمن يعتبر الحقّ مرتبة ضعيفة من الملك كالمحقّق النائيني

(١) الاسراء: ٣٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ١١٦

رحمه الله أنّه يقصد بذلك الشدّة و الضعف بالمعنى الفلسفي الذي شرح المحقّق الأصفهاني رحمه الله عدم تصوّره في الملك، و إنّما المقصود التعبير العرفي عن كون السلطنة على الشيء أحيانا بلحاظ تمام الجهات، و اخرى بلحاظ بعض الجهات.

و ثانيا: ما ذكره جوابا على أنّ الحقّ قد يتعلّق بعمل الإنسان فلا يمكن أن يفسّر بالملك من أنّ عمل الإنسان يمكن تصوير امتلاك

صاحبه له في موردين.

يرد عليه: أن نكتة عدم تصوير العقلاء للملكية بالنسبة لعمل الإنسان بالقياس إلى نفس العامل هي أن العقلاء إنما اعتبروا الملكية لتكون علاقة اعتبارية بين الإنسان والأموال المنفصلة عنه من أعيان أو منافع أو أعمال الآخرين كي يرتبوا عليها أحكام الاختصاص والأولوية للإنسان بالنسبة لتلك الأمور المنفصلة عنه. أما بالنسبة لأعماله هو فلم يروا حاجة إلى خلق علاقة اعتبارية بينه وبينها بعد ما كانت العلاقة التكوينية والسلطنة الحقيقية موجودة بينه وبينها، فلم يبق إلا الحكم التكليفي من حلية وحرمة شرعيتين، أو حسن وقبح عقليين، أو النفوذ وعدم النفوذ كنفوذ الفسخ وعدمه، فمتى ما جاز ذلك أو نفذ لا حاجة إلى خلق علاقة اعتبارية لوجود العلاقة التكوينية، ومتى ما لم يجر أو لم ينفذ لسبب ما انفصلت تلك العلاقة التكوينية عما يرتب عليها من الأولوية لمانع.

وهذه النكتة نسبتها إلى كل الأعمال على حد سواء، ولا استثناء فيها، فحتى فسخه للعقد بمقدار ما هو عمل له - أعنى إنشاء الفسخ وأكله لثمرة الأشجار التي مر بها - توجد بينه وبينها العلاقة التكوينية والسلطنة الحقيقية، فان نفذ الفسخ و جاز الأكل لم تكن حاجة إلى فرض علاقة اعتبارية بينه وبينهما، وإن لم ينفذ الفسخ و لم يجر الأكل لارتباط ذلك بمال الغير أو لأى سبب آخر، لم نحتاج أيضا إلى فرض علاقة اعتبارية بينه وبينهما.

فقه العقود، ج ١، ص: ١١٧

وكان الأولى به رحمه الله أن يدفع الإشكال ببيان أعمق و هو أن يتجاوز الأعمال في معرفة مصب الحق إلى الأموال التي تتعلق بها تلك الأعمال، و يقول: إن مصب حق الفسخ هي العين المباعه، و مصب حق المارة هي الثمرة التي تؤكل. إذن فكل الحقوق في واقعها تتعلق بالأموال كالمملك، و إن صح أحيانا التعبير العرفي عن ذلك بمثل تعلق الحق بالفسخ أو بالأكل.

و ثالثا: أن تفسيره للخيار بحق الفسخ و الإمضاء غير صحيح، و إنما الخيار هو حق الفسخ. و أما الإمضاء فهو إسقاط للخيار، و إسقاط الخيار غير الخيار. نعم، قد يقال بالنسبة لصاحب المال الذي باعه الفضولي: إن له حق الإمضاء و الرد.

و رابعا: أن قوله: إن حق الخيار ليس هو حق الفسخ و الإمضاء معا لعدم إمكان الجمع بينهما و لا حق أحدهما، لأن أحدهما المراد لا ثبوت له، ثم حله للإشكال بأن حق الفسخ هو حق ترجيح أحد الأمرين على الآخر.

أقول: هذا الكلام من أطرف ما جاء في بحثه رحمه الله، و لا أدري لما ذا لم يكرر السؤال على نفسه من أن ما أضيف إليه (الترجيح) في فرض تعلق الحق بترجيح أحد الأمرين هل هو كلا الأمرين معا أو أحدهما المردد؟ و الأول مستحيل، لعدم إمكان الجمع بينهما. و الثاني باطل، لأن أحدهما المردد لا ثبوت له. و الواقع أن الخيار إذا كان بمعنى حق الفسخ و الإمضاء إذن هو متعلق بالفسخ و الإمضاء معا، و لكن كلمة (معا) هنا ليست بمعنى المجموع، بل بمعنى الجميع، فله حق الفسخ و له حق الإمضاء، و هو تكويننا عاجز عن الجمع في إعمال الحق بين الأمرين، و هذا ما يصاغ عرفا بصياغة (تعلق الحق بأحدهما). فعنوان أحدهما قالب ذهني يصوغه الذهن لصب بعض أحكامه عليه في عالمه، و الاستفادة منه خارجا سيتجسد في فرد معين لا في فرد مردد.

فقه العقود، ج ١، ص: ١١٨

و خامسا: أن الفارق بين الأمثلة التي ذكرها غير واضح، فلما ذا يكون الحق في الخيار و الشفعة سلطنة و لا يكون في الولاية و التولية و النظارة و الاختصاص في الخمر سلطنة؟! و صحيح أن إضافة الحق إليها بيانية، فحق الولاية مثلا لا يعني حق السلطنة على الولاية، و إنما يعني (حقا هي الولاية)، و لكن لم لا- نفسير نفس الولاية بالسلطنة على أموال المولى عليه و الامور التي يجوز له التدخل فيها بالنسبة لمولى عليه؟ و التفسير الأخير الذي ذكره للخيار و هو جعله مفوضا لم لا يذكر في الشفعة؟ فيقال أيضا: إن حق الشفعة عبارة عن جعله مفوضا في ضم حصية شريكه إلى حصيته ثم كيف الطريق لمعرفة أن التفويض غير التسليط؟ كل هذا غامض لم يوضحه المحقق الأصفهاني رحمه الله في كلامه.

و من الغريب ما استفاده من كلمة (السلطان) في قوله تعالى **جَعَلْنَا لِرِوَيْهِ سُلْطَانًا** من أن حق القصاص يكون بمعنى اعتبار السلطنة، بينما

من الطبيعي العرفي التعبير عن الحق بالسلطنة حتى لو لم يكن في تحليله الدقيق الفلسفي عبارة عن السلطنة، و لم لا نحتمل أن السلطان في هذه الآية المباركة عبارة عن السلطنة التكليفية و لا علاقة لها بالسلطنة الاعتبارية؟! و ذكر الإمام الخميني (١) رحمه الله في المقام: أن الحق بحسب المفهوم العرفي و المرتكز العقلائي له معنى واحد و هو اعتبار خاص يختلف عن اعتبار الملك أو السلطنة، و جعل رحمه الله الحقوق التي عدّها المحقق الأصفهاني بعنوان حقيقة اخرى غير السلطنة خارجة عن الحقوق، فذكر: أن مثل الولاية أمر اعتباري لدى العقلاء مجعول بذاته غير الحق و الملك و السلطنة.

(١) راجع كتاب البيع ١: ٢٢-٢٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ١١٩

و استشهد على كون الحق اعتبارا خاصا مغايرا للملك و السلطنة- إضافة إلى دعوى الفهم العرفي و الارتكاز- بامور:

١- صدق الحق في موارد لا يعتبر فيها الملك و لا السلطنة، فحق الأولوية الذي قال به المشهور في من سبق إلى المسجد أو الأمكنة الاخرى الموقوفة و كذلك حق أولوية الإحياء في مورد التحجير قد انفصل عن الملك لعدم الملك في هذه الموارد بلا ريب و لو بمرتبته ضعيفة لو سلمنا تصور الشدة و الضعف في الملك.

و الحقوق الثابتة للصغير أو السفية المحجور عليهما منفصلة عن السلطنة، فإن السلطنة فيها للولي لا للمحجور عليه. و ما يقال من أن سلطنتهم سلطنة القاصر ليس بشيء، لأن القاصر مسلوب السلطنة لا موقوفها.

٢- أنه قد تثبت السلطنة و لا- يثبت الملك و لا- الحق، فهذا دليل على أن الحق غير السلطنة، و ذلك من قبيل سلطنة الناس على نفوسهم، فإنها عقلائية، و لهم أن يتصرفوا في أنفسهم بأي نحو شاءوا لو لا المنع القانوني لدى العقلاء و الشرعي لدى المتشرع، مع أنهم لا يملكون أنفسهم و لا لهم الحق على أنفسهم.

٣- أن الملك في جميع الموارد إضافة بين المالك و المملوك، و لا يتقوم بطرف ثالث اسمه المملوك عليه حتى في باب الدين، فإن حال الذمة في الدين حال المحفظة الخارجية في الأموال العينية التي جعلت فيها لا دخل لها في اعتبار الملكية، بينما الحق كثيرا ما يعتبر بين ذي الحق و من عليه الحق، كما في حق الاستحلاف للمدعي على المدعى عليه، فهذا دليل على أن الحق غير الملك.

٤- و ذكر هذا الوجه بعنوان التأييد، و هو أن الحق حينما يكون على شخص يعتبر فيه الأداء، فيقال مثلا: أدى حقه، كما يقال في الدين: أدى دينه، بينما لا يقال: أدى سلطنته أو أدى ملكه، فهذا يؤيد تغاير الحق للملك و السلطنة.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٢٠

٥- أنهم قالوا: إن للمطيع على الله تعالى حق الثواب، بينما لا تعتبر الملكية و لا السلطنة في ذلك بالضرورة.

أقول: إن هذه الشواهد التي ذكرها رحمه الله كلها قابلة للنقاش:

أما عدم تصوير الملكية الضعيفة في حق الأولوية لمن سبق في الوقف كالمسجد و نحوه فليس بأوضح من أصل دعوى دلالة الارتكاز العقلائي على مغايرة الحق للملك، و من ينكر ذلك لا يمكن إفحامه بهذا الشاهد، و القدر المسلم بين الجميع عدم الملك بمعناه المقابل للحق، و هو الملك التام في المقام في رأى من يفترض الشدة و الضعف في الملك، و قد مضى أن المقصود بالشدة و الضعف قد لا يكون معناهما الفلسفي الواضح بطلانه في المقام، فبالإمكان أن يقال: إن من سبق إلى إشغال مكان في الوقف كانت له سلطنة محدودة على ذاك المكان في مقابل من يريد إزاحته كي يجلس هو مكانه، و بناء على أن السلطنة هي الملك رجع الأمر إلى الملك بلحاظ بعض الجهات، و لا نغني بالملكية الضعيفة إلا هذا.

و أما ثبوت سلطنة الناس على أنفسهم من دون ملك أو حق فهذه هي سلطنة تكليفية أو عنوان متترع عنها، و هي أجنبيّة عن السلطنة الاعتبارية التي يتكلم السيد الإمام رحمه الله عنها، و العقلاء لم يروا ملاكا في اعتبار السلطنة للإنسان على نفسه أو جوارحه بعد أن

كانت السلطنة التكوينية الموجودة في المقام تكفي في نظرهم لترتيب السلطنة التكليفية عليها، بلا حاجة إلى افتراض سلطنة اعتبارية يترتب عليها الحكم التكليفي.

و أمّا كون الحقّ متقوماً أحياناً بمن عليه الحقّ بخلاف الملك فالواقع أنّ الحقّ دائماً متقومٌ بمن عليه الحقّ حتى في الحقوق المتعلقة بالأعيان الخارجية من قبيل حقّ التحجير، فحقّ التحجير يعني أنّ المحجّر له على الناس حقّ عدم فقه العقود، ج ١، ص: ١٢١

مزاحمتهم إياه في إحياء الأرض... وهكذا. و الملك في مورد الدين أيضاً متقومٌ بالملوك عليه، و فرق الذمة عن المحفظة إضافتها إلى الإنسان و عدم امتلاكها الاستقلالية التي تمتلكها المحفظة، بل الملك في غير الدين أيضاً قد فرض في حيثيته التعليلية وجود المملوك عليه. فلو لم يكن في العالم إلّا شخص واحد يتصرّف في كلّ الأموال كما يشاء لم تكن نكته لفرض مالكيته لها، و إنّما يملك الشخص الأموال باعتبار وجود آخرين معه في العالم فيقال: إنّ المال الفلاني ملك لزيد، أي أنّه مختصّ به في مقابل باقي الناس.

نعم، هناك فارق لغويّ بين الحقّ و الملك، و هو أنّ الحقّ لوحظ في مفهومه لغه فرض من عليه الحقّ، و لكن الملك لم يلحظ في مفهومه لغه فرض من عليه الحقّ، فكأنما يرى أنّ الملك متقومٌ بالمالك و المملوك فحسب، بخلاف الحقّ الذي هو بحاجة إلى من عليه الحقّ، و هذا فارق لغويّ بين الكلمتين، و ليس فارقاً ماهوياً بين السلطنتين.

و بما ذكرناه اتّضح الجواب على الشاهد الرابع، فإنّما يتعلّق الأداء بالحقّ و بالدين فيقال: أدّى حقّه، أو أدّى دينه، لأنّ (كلمتي الحقّ) و الدين قد أشربتا لغوياً معنى الإضافة إلى من عليه الحقّ أو الدين، و لا يتعلّق الأداء بالملك، فلا يقال: أدّى ملكه، لعدم وجود إشراب من هذا القبيل لكلمة (الملك) فالفارق لغويّ لا علاقة له بهويّة السلطنتين.

و أمّا استحقاق العبد للثواب على الله تعالى فإنّما هو حقّ عقليّ بمنطق العقل العمليّ، و ليس حقّاً وضعياً اعتبارياً بالمعنى الذي نبهته في المقام.

و تحقيق الكلام في المقام: أنّنا إذا اعتبرنا الحقّ عبارة عن أمر اعتباريّ يعتبره العقلاء كعلاقة بين صاحب الحقّ و متعلّق الحقّ كي تترتب عليه الأحكام فلا

فقه العقود، ج ١، ص: ١٢٢

ينبغي الشكّ في أنّ هذا الأمر الاعتباريّ هو من سنخ نفس الأمر الاعتباريّ الذي يعتبره العقلاء باسم الملك، فإنّ الدافع العقلانيّ لكلا الاعتبارين واحد، و هو إيجاد ربط بين الإنسان و ما هو منفصل عنه من عين أو عمل أو منفعة يحلّ محلّ الربط التكوينيّ الموجود بين الإنسان و ما هو متّصل به من جوارحه و أعماله، و يكون استنساخاً لتلك العلقه التكوينية التي إن شئت فسّمها بالسلطنة، و إن شئت فسّمها بالإحاطة، أو بأيّ اسم آخر، و هذا الخلق و الاعتبار من قبل العقلاء - سواء كان بملاك تنظيم الأحكام المترتبة عليه أو بملاك صعوبة تصوّرهم لترتب تلك الأحكام على ما هو منفصل عن الإنسان من دون فرض ربط و علقه بينه و بين الإنسان - من سنخ العلقه و الربط الموجود بين الإنسان و جوارحه و أعماله، و التي كانت تترتب على الجوارح و الأعمال بنكته تلك العلقه. و لا معنى لافتراضه في باب الملك شيئاً و في باب الحقّ شيئاً آخر، فهو في كليهما استنساخ عن العلقه التكوينية الثابتة بين الإنسان و جوارحه، أو الإنسان و أعماله، و هي السلطنة، و إنّما الفرق يكون في سعة و ضيق الأحكام التي تترتب على هذه السلطنة الاعتبارية، أو شدة الأهمية و ضعفها، فالأحكام المترتبة في باب الملك واسعة أو مهمّة، و في الحقّ تكون في دائرة ضيقة أو أقلّ أهميّة، و هذا يعني صحّة ما ذكره المحقّق النائيني رحمه الله من أنّ الحقّ هو المرتبة الضعيفة من الملك، و ذلك لا بالمعنى الفلسفيّ للشدة و الضعف الذي أورد عليه المحقّق الأصفهانيّ رحمه الله بعدم معقولية ذلك في مفهوم الملك، بل بمعنى عرفيّ يقصد به كون اعتبار السلطنة بلحاظ دائرة واسعة من التصرفات أو دائرة أهمّ تارة، و بلحاظ دائرة ضيقة أو أقلّ أهميّة تارة أخرى. و المقصود هو السعة و الضيق أو الأهمية و عدم

الأهمية بلحاظ الطبيعة الأولوية للأمر، و بقطع النظر عن الطوارئ و الموانع. فلا يرد على ذلك النقض بأن

فقه العقود، ج ١، ص: ١٢٣

الآثار المترتبة على الملك من جواز التصرف أو نفوذه قد تضيق أو تنعدم نهائيا بالنسبة للمالك كما في حالات الحجر. و على هذا، فالحق عبارة عن سلطنة ضعيفة من سنخ السلطنة الموجودة بمرتبة أقوى في الملك، و لا اريد أن أنكر بهذا الفارق اللغوي الموجود بين الملك و الحق و هو أن الحق لوحظ فيه لغويا فرض النظر إلى المحقوق عليه، بينما لم تشرب كلمة (الملك) بفرض المملوك عليه، فالملك رابطة بين المالك و المملوك بلا- حاجة إلى المملوك عليه و إن كان وجود المملوك عليه ضروريا من الناحية التعليلية في الملك كما في الحق تماما، أي أنه لو لم يكن في العالم إلا شخص واحد يتصرف فيه كما يشاء لم تكن حاجة إلى اعتبار الملكية و فرض السلطنة الاعتبارية له، و إنما وقعت الحاجة إلى ذلك بلحاظ وجود الآخرين، فيفترض عندئذ كل شخص مالكا لشيء كي لا تجوز للآخرين مزاحمته في ملكه، فالملك أيضا في واقعه حق على الآخرين و لكن لم ينظر إلى ذلك في مفهوم الملك لغويا، بينما نظر إليه في مفهوم الحق، و هذا لا يعدو أن يكون فارقا لغويا بين المفهومين لا فارقا ماهويا بين السلطتين. و الخلاصة: أنه بناء على افتراض الحق اعتبارا عقليا يربط بين ذي الحق و متعلق الحق يكون الصحيح ما قاله المحقق النائيني رحمه الله من أنه درجة خفيفة من الملك.

تفسير الحق في الفقه الوضعي:

و المعروف في الفقه الغربي عدم التمييز بين الملك و الحق، و اعتبار الملك مصداقا من مصاديق الحق.

و الحق بهذا المعنى قد يكون صادقا في بعض الحقوق كحق الولاية، و لكنه

فقه العقود، ج ١، ص: ١٢٤

لا يصدق حتما في جميع الحقوق كحق الأولوية في من سبق في إشغال مكان في الأوقاف العامة. فمن الواضح أن العقلاء لا يوجدون بالخلق و الاعتبار رابطة بين هذا الإنسان و المكان الذي أشغله، و لا يوجد هنا عدا الحكم التكليفي من جواز بقائه في المكان و استمراره في الاستفادة منه، و عدم جواز مزاحمة الآخرين له و إزاحتهم إياه إلى أن ينتقل هو من المكان، و ما ينتزع من ذلك و هو عنوان اختصاصه بهذا المكان، فهذا المعنى الأول للحق و هي السلطنة الاعتبارية قد يكون صحيحا في الجملة.

و لكن يوجد في المقام منحي ثان لتفسير الحق بما هو أوسع مصداقا و أعم تطبيقا من المعنى الأول، و هو تفسيره بأمر انتزاعي ينتزع من الأحكام التكليفية من الجواز و عدمه، و الوضعية من النفوذ و عدمه، لا بأمر اعتباري جعل موضوعا لتلك الأحكام، و ذلك الأمر الانتزاعي عبارة عن عنوان اختصاص متعلق الحق بذي الحق.

و قد فسّر الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء الحق بذلك حيث قال: «الحق هو اختصاص يقرّر به الشرع سلطة أو تكليفا» (١)، و بكلمة (الاختصاص) تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها كإباحة الاصطياد و الاحتطاب من البراري و حيازة المباحات و حق الانتخاب و ما إلى ذلك.

و هذا المنحى في تعريف الحق يشمل مثل حق الولاية، و مثل حق الأولوية في من سبق إلى مكان في الوقف العام، و سائر الحقوق الأخرى.

و يقصد بكلمة (السلطة) في التعريف ما يرجع إلى تصرف نفس الولي كما في حق الولاية على النفس، حيث يمارس الولي فيه سلطته على القاصر تأديبا

فقه العقود، ج ١، ص: ١٢٥

و تطبيقاً وتعليماً وإيجاراً وتزويجاً وغير ذلك. و كما في حق الملكية حيث يمارس الإنسان سلطته على الشيء المملوك. و كحق الشفعة حيث يمارس الإنسان فيه سلطته على حصة الشريك المشترية بضمها إلى ملكية نفسه. و الاستاذ الزرقاء يتبع في مصطلحه في (الحق) الفقه الغربي في جعل الملك مصداقاً من مصاديق الحق.

و يقصد بكلمة (التكليف) في التعريف ما يرجع إلى تصرف من عليه الحق من قبيل حق المستأجر على الأجير الموجب لقيام الأجير بعمله، و حق الدائن على المدين الذي هو حق قيام المدين بوفاء الدين.

و في المقام معنى ثالث للحق أوسع و أعم تطبيقاً من المعنيين الأولين، و هو نفس الجواز التكليفي أو الجواز الوضعي بمعنى النفوذ، فهذا يشمل حتى مثل حق الاصطياد و الاحتطاب و الحيازة و حق الانتخاب و ما إلى ذلك.

و على أية حال فهذا المنحى من البحث الذي بحثناه حتى الآن و هو البحث عن تعريف الحق و إن كانت له قيمته من زاوية فقه الحقوق و لكن لا أثر عملي فقهي يترتب عليه.

و إنما الأثر العملي يترتب على منحى ثان من البحث، و هو ما قد يسمى ببحث الفرق بين الحق و الحكم، و هو البحث عن الآثار المعروفة التي قد ترتب على الحق.

الآثار المعروفة للحق:

إشارة

و هي ثلاثة:

الأول - جواز الإسقاط.

الثاني - جواز النقل.

الثالث - الانتقال بالإرث.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٢٦

(الأول) جواز الإسقاط:

و قد أفاد المحقق النائيني رحمه الله: أن قوام الحق بقبول الإسقاط، لأن الحق عبارة عن السلطنة، و لو لا جواز الإسقاط لم يكن هذا سلطنة لدى الحق، بل هو حكم مفروض عليه، فإن السلطنة تعني كون زمام أمر الشيء بيده «١».

و هذا الاستدلال غريب، فإن السلطنة على الشيء تعني كون زمام أمر ذلك الشيء الذي هو متعلق للسلطنة بيده، و لا تعني كون زمام أمر تلك السلطنة من الإسقاط و عدمه بيده.

و لا- أدرى لما ذا لا يقول أيضاً بأن قوام الحق يكون بقبول النقل، لأن جواز النقل و عدمه أيضاً نوع من كون زمام أمر تلك السلطنة بيد الإنسان؟!!

(الثاني و الثالث) جواز النقل و الإرث:

و أفاد المحقق النائيني رحمه الله بالنسبة للنقل و الإرث: أن الحقوق ليست كلها على حد سواء: فمنها: ما لا يقبل غير الإسقاط كحق القذف.

ومنها: ما يقبل النقل إلى الغير إما بلا عوض كحق القسم على ما ذكره جماعة فهو ينقل إلى الضرّة و لا يجوز أخذ العوض «٢»، أو ينقل بعوض كحق التحجير.

و ما يقبل النقل قد يقبل النقل إلى كل أحد كحق التحجير، و قد لا يقبل النقل إلّا إلى بعض الناس كحق القسم الذي لا يقبل النقل إلّا إلى الضرّة.

(١) راجع منية الطالب ١: ٤٢.

(٢) لم نعرف السبب في عدم جواز أخذ العوض في المقام.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٢٧

ومنها: ما يقبل الانتقال بالإرث لا النقل، كالخيار، فالبايع مثلاً لو كان له خيار الفسخ لإرجاع العين فلا معنى لنقل خياره إلى شخص آخر، إذ لا معنى لإرجاع العين المبيعة إلى شخص آخر، و لكن انتقاله إلى الوارث في محله لدخوله تحت عنوان التركة.

و الحق القابل للنقل لا يقبل النقل إلى من هو عليه لئلا يعمد في جميع موارد، و لنكات خاصية في بعض الموارد. أما النكته العامة في جميع موارد فهي عدم إمكان وحدة المسلّط و المسلّط عليه. و أما النكات الخاصة فمن قبيل أن حق الرهانة سلطنة للمرتهن على العين المرهونة ليستوفى منها دينه، و لا يتصور ذلك في الراهن كي يعقل نقله إليه، و حق الشفعة سلطنة بها يقدر الشريك على أخذ الحصّة المشترية، و لا يتصور ذلك في المشتري نفسه كي ينقل إليه، و حق الخيار بالنسبة للبايع مثلاً يعني حق تملكه للمبيع، و لا معنى لنقل هذا الحق إلى المشتري بأن يكون له حق تملك المبيع «١». انتهى ما أردنا نقله عن المحقق النائيني رحمه الله.

و للسيد الإمام رحمه الله «٢» إشكال على مثل دعوى عدم إمكان نقل حق القسم إلى غير الضرّة لعدم معقولية انتقال حق المضاجعة إلى غير الزوجة، و هو أن معنى انتقال حق القسم إلى إنسان آخر غير الزوجة ليس هو امتلاكه لحق المضاجعة بمعنى مطالبته لذاك الرجل بمضاجعته معه، و إنّما معنى ذلك أن حق المضاجعة الذي كان لتلك الزوجة صار أمره بيد من نقل إليه الحق، فبإمكانه مثلاً إسقاطه و بإمكانه إعطاؤه لإحدى الضرّات الأخرى، أو مصالحته مع إحدى الضرّات على

(١) منية الطالب ١: ٤٢-٤٣.

(٢) راجع كتاب البيع ١: ٢٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٢٨

الحق الذي صار بيده، و كذلك حق الشفعة قابل للانتقال إلى المشتري بمعنى أن يكون له حق ضمّ الحصّة المشترية إلى ملك الشريك، و ليس بمعنى حق أن يمتلك هو تلك الحصّة حتى يقال: إن هذا غير معقول، لأنّ تلك الحصّة هي ملك له.

و بهذا يتضح أن ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله من عدم إمكان نقل الخيار من البائع إلى المشتري - إذ لا معنى لتملك المشتري للعين المبيعة، لأنّها ملكه - في غير محله، فإنّ جواب السيد الإمام رحمه الله الذي نقلناه يسرى هنا بأن يقال: إن معنى انتقال الخيار إلى

المشتري هو أن يكون له حق إرجاع العين إلى البائع لا حق تملكها، كي لا يعقل ذلك بالنسبة للمشتري، و لك أن تقول: إن الخيار للبايع لا يعني حق تملك العين المبيعة بالذات، و إنّما يعني حق فسخ العقد، و هذا كما يتصور بشأن البائع يتصور بشأن المشتري.

كما أن ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله من عدم معقولية نقل الخيار إلى شخص ثالث - لأنّ الخيار يعني حق إرجاع العين إلى ملك المالك الأول بالفسخ و لا يعقل إرجاعها بالفسخ إلى ملك الأجنبي - غير صحيح، لأنّه يرد عليه ما أفاده السيد الإمام رحمه الله،

حيث ذكر: أن لصاحب الخيار سلطته على الفسخ والإمضاء، ولازم الفسخ رجوع كل من العين و الثمن إلى محلّه الأوّل، و هذا المعنى قابل للنقل إلى الغير سواء كان هو الأجنبيّ أو طرف المعاملة، و ليس نقله إلى الأجنبيّ أو طرف المعاملة إلّا كجعل الخيار ابتداءً للأجنبيّ أو لطرف المعاملة، فلو فسخ ذاك الأجنبيّ كانت نتيجة الفسخ رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكة الأوّل لا إلى ملك الأجنبيّ (١).

(١) كتاب البيع ١: ٢٧-٢٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٢٩

نقل الحق إلى من هو عليه:

و أمّا ما أفاده المحقّق النائيني رحمه الله من أن نقل الحق إلى من هو عليه غير معقول لعدم إمكان وحدة المسلّط و المسلّط عليه، فهو منقوض ببيع الدين على من هو عليه.

و قد أجاب الشيخ الأنصاري رحمه الله عن هذا النقض بأنّ الحقّ متقوم بالمحقوق عليه، فلا يمكن نقله إلى المحقوق عليه للزوم اتّحاد ذى الحقّ و المحقوق عليه، و لكن الملك غير متقوم بغير المالك و المملوك، فيمكن نقل الدين الذي في ذمّة المدين إلى المدين، فيملك الدين فيسقط (١).

و اعترض عليه المحقّق النائيني رحمه الله بأنّه إذا فرضنا تقييد الدين المملوك بالذمّة فأى أثر للقول بأنّ الملك لا يتقوم إلّا بطرفين: المالك و المملوك؟ بينما الحقّ بحاجة إلى المحقوق عليه، فيلزم اتّحاد ذى الحقّ و المحقوق عليه!! فإنّه بعد فرض تقييد الدين بالذمّة من الواضح وقوع الحاجة إلى المملوك عليه، فلزم اتّحاد المالك و المملوك عليه، فلا فرق في الإشكال بين الموضوعين (٢).

و قد نقل عن المحقّق النائيني رحمه الله جوابان (٣) على هذا النقض.

(الجواب الأوّل) يتركز ابتداءً على تحليل حقيقة المبيع في بيع الدين الذي هو بيع للكليّ، حيث يقال: إنّ المبيع ليس متقومًا و متقيّدًا بالذمّة، إذ لا شكّ في إمكان تطبيق الكليّ المبيع في بيع الكليّ على ما في الخارج لدى الوفاء، و المتقيّد بالذمّة لا يقبل الانطباق على ما في الخارج، و بهذا البيع يصبح المدين مالكا على

(١) المكاسب ١: ٧٩ بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدى.

(٢) المكاسب و البيع للشيخ الآملى ١: ٩٦، منية الطالب ١: ٤٣.

(٣) على ما في منية الطالب ١: ٤٣، و اقتصر في تقرير الشيخ الآملى ١: ٩٥ على الجواب الثانى.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣٠

الدائن كليًا منطبقًا تمامًا على ما في ذمته هو، و بهذا الانطباق القهرى على ما في ذمته تفرغ ذمته، فهذا شبيه بالتهاتر، و ليس تهاترًا، فإنّ التهاتر يعنى سقوط الدينين بالتقابل، بينما فى المقام قد سقط الدين بانطباق الكليّ المبيع عليه قهرا.

(و الجواب الثانى) يبدأ بالتركيز على معرفة حقيقة ما فى ذمّة المدين من الدين، حيث يقال: إنّ الدين الذى فى ذمّة المدين ليس عبارة عن المال المتقوم و المتقيّد بالذمّة، و إلّا لزم عدم إمكان تطبيقه على ما فى الخارج وقت الأداء، و إنّما الذى فى ذمّة المدين عبارة عن ذات المال من دون تقيّد بالذمّة، و ليس الكليّ المتقيّد بالذمّة فى الذمّة و مستحقًا عليه، و إنّما ذات الكليّ هو المستحقّ عليه، و بهذا الاستحقاق اعتبرت الذمّة، فحينما باعه الدائن على المدين فقد باعه ذات الكليّ لا الكليّ المتقيّد بما فى الذمّة حتى يلزم اتّحاد المالك و المملوك، و قد ترتبت على هذا البيع براءة ذمته.

و في أكبر الظن أن المقصود الحقيقي للمحقق النائيني رحمه الله هو ما جاء في الجواب الثاني و الذي ذكر مشروحا في تقرير الشيخ الآملي رحمه الله مقتصرًا عليه و أن ما جاء في منية الطالب من ذكر الجواب الأول مشروحا ثم الإشارة إلى الجواب الثاني بشكل مختصر ناتج عن تشويش البيان أو تشويش التقرير، و ذلك لأن ما جاء في الجواب الأول - من أن المبيع الكلي لا بد أن لا يتقيد بالذمة كي يمكن تطبيقه على ما في الخارج لدى الوفاء - لا علاقة له بمورد البحث، إذ لا تطبيق على ما في الخارج لدى الوفاء في بيع الدين، و إنما المفروض حصول الوفاء بنفس سقوط الدين قهرا، فهذا الكلام إنما يناسب غير بيع الدين من موارد بيع الكلي، و ليس المفروض في باب بيع الدين بيع كلي أجنبي ينطبق قهرا على الدين، و إنما المفروض فيه هو بيع الدين نفسه.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣١

على أن هناك إشكالا يرد على فرض هذا الانطباق - لو قيل به - و هو أنه لا يوجد محتوى حقيقي لفرض انطباق الكلي المبيع على الدين، لأن هذا يعني انطباق الرمز على الرمز بينما الرمز لا ينطبق إلا على ذي الرمز.

و على أية حال فالجواب الثاني في المقام أكثر معقولية في نفسه من الجواب الأول، إلا أنه مع هذا لا يصلح لإثبات كون المبيع هو ذات الكلي لا الكلي المتقيد بالذمة، فصحيح أن ما هو موجود في ذمة المدين هو ذات الكلي لا الكلي المتقيد بكونه في الذمة، لأن المحمول لا يؤخذ قيدها في مرتبة الموضوع، و لكن البيع الطارئ على هذا الكلي إنما طرأ على الكلي المتقيد بالذمة، ففرق كبير بين طرؤ الدخول في الذمة على الكلي و بين طرؤ البيع على الكلي الذي دخل في الذمة، فالدخول في الذمة لا يطرأ على الكلي الذي هو داخل في الذمة، و إنما يطرأ على ذات الكلي، و لكن بيع الدين - لا محالة - هو بيع للكلي الذي هو في الذمة.

و الآن فلنفترض أن الكلي الذي باعه على المدين هو ذات الكلي لا الكلي الذي في ذمته سواء قرب ذلك بالوجه الأول أو بالوجه الثاني، و لكننا نقول: إنه هل امتلك المدين بالنتيجة الكلي الذي في ذمته و لو بسبب انطباق ذاك الكلي على ما في ذمته مثلا، أو امتلك كليًا على البائع من دون انطباقه على ما في ذمته؟ فعلى الأول لزم تملك الشيء على نفسه و اتحاد المالك و المملوك عليه و لو بعد الانطباق، و على الثاني لزم عدم مبرر لسقوط ما في ذمته إلا بالتهاتر، و هو خلف المفروض.

ثم إن الجواب الثاني لو تمّ لتمّ في باب الحق أيضا، و لم يصلح فارقا بين نقل الحق إلى من عليه الحق و بيع الدين على من هو عليه، إذ كما أن ما في ذمة المدين هو ذات الكلي لا الكلي المتقيد بكونه في ذمته كذلك ما ثبت على المحقوق عليه من متعلق الحق إنما هو ذات متعلق الحق لا المتعلق بقيد كونه ثابتا عليه.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣٢

و الواقع: أن أصل الإشكال في نقل الحق إلى من هو عليه و بيع الدين على من هو عليه و الوجوه التي ذكرت للفرق بينهما لا تخلو كلها عن كونها دورانا في عالم الألفاظ، و حقيقة الأمر هي أن امتلاك كل شيء بحسبه، فامتلاك شخص لذمة شخص آخر يعني انشغالها للشخص المالك، و امتلاكه لذمة نفسه يعني فراغ ذمته، و بيع الدين على من هو عليه أمر عرفي لا يقصد به إلا تملك ذمته إياه و امتلاكه لذمته عين فراغها، و كذلك بيع الحق على من عليه الحق يعني رجوع الحق أو متعلقه إليه و هو عين سقوطه. و على أية حال فلم نعرف من كلام المحقق النائيني رحمه الله ضابطا محددا لقبول الحق للنقل أو الإرث و عدمه.

نفي الفرق الجوهرى بين الحق و الحكم:

و الذى يستفاد من المطالب المنقولة عن السيد الخوئي رحمه الله «١» في المقام هو أنه لا فرق بين الحق و الحكم عدا مجرد اصطلاح، حيث اصطلح على الحكم القابل للإسقاط باسم الحق، فلم ير السيد الخوئي مجالا للبحث عن كون شيء ما حقا و عدمه لنثبت بذلك قبوله للإسقاط أو النقل أو الإرث و عدمه، بل لا بد في كل حكم من الرجوع إلى الأدلة الواردة بشأن ذلك الحكم، فإن ورد ما دل على جواز إسقاطه أو نقله أو عدم جواز ذلك أخذنا به، و إلا فبالنسبة للإسقاط يكون مقتضى إطلاق دليل ذلك الحكم - لو كان له

إطلاق لما بعد الإسقاط - هو عدم السقوط بالإسقاط. و لو لم يكن له إطلاق، فإن آمنًا باستصحاب بقاء الحق بعد إسقاطه ثبت أيضا عدم نفوذ الإسقاط، و إن لم تؤمن بهذا الاستصحاب - إما لعدم الإيمان

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٠-٢٤، و مصباح الفقاهة ٢: ٤٥-٥١.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣٣

بالاستصحاب في الحكم الكلي الشرعي و إما لتعليقية الاستصحاب في ما إذا كان الحكم المشكوك قابليته للإسقاط وضعيا لا تكليفا - فعندئذ يكون مقتضى القاعدة هو سقوط الحق بالإسقاط، لأن المتيقن من ثبوته هو ما قبل الإسقاط، أما بعد الإسقاط فنرجع إلى دليل عدم جواز التصرف في مال الغير بلا رضاه، و إنما رفعنا اليد عن هذا الدليل قبل الإسقاط لتقدم دليل الحق عليه، و المفروض عدم ثبوت إطلاق له لما بعد الإسقاط.

و أما بالنسبة للنقل فمقتضى الأصل العملي - بعد فرض عدم دليل خاص على جوازه - عدم صحه النقل، لأن دليل الحق إنما دل على ثبوته على صاحبه الأول، و لم يدل على ثبوته للمنقول إليه، بل قد يقتضى الأصل اللفظي أيضا عدم جواز النقل، و ذلك كما في حق الفسخ، فإن أكل المال بفسخ الشخص الثاني غير من كان له الفسخ أولا يكون خلاف إطلاق دليل حرمة أكل مال الغير إلا بالتجارة عن تراض.

و أميا الإرث فهو يتبع النقل، فإن ما يقبل النقل و لا يكون متقوما بالشخص الأول يبقى بعد موته و يصدق عليه عنوان التركة، و مع الشك في ذلك نكون قد شككنا في انتقاله إلى الوارث، و مقتضى الأصل عدم انتقاله إليه.

هذه خلاصة كلام السيد الخوئي رحمه الله، و مقتضاه أيضا عدم وجود مميز موضوعي نميز به الحق عن الحكم بشكل يقع في طريق معرفة جواز الإسقاط أو النقل أو الإرث.

ضابطة التمييز بين الحق و الحكم:

و ذكر أستاذنا الشهيد رحمه الله: أنه من الواضح المرتكز لدى العقلاء أن الحق قابل للإسقاط بخلاف الحكم، و التفتيش عن ضابط ذلك يكون بأحد وجوه ثلاثة:

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣٤

الأول: أن يفترض عن موارد الحق و موارد الحكم، أي عن التشريعات القابلة للإسقاط و التشريعات غير القابلة له، ثم يؤخذ جامع بين الطائفة الأولى و جامع بين الطائفة الثانية، و هذا لا يفيدنا في مقام استنباط الأحكام، و إنما هو شيء في طول الاستنباط، و إنما أثره تنظيم الاستنباط و التطبيق لكبريات المطلب بعد الفراغ عن مجموعة الاستنباطات.

الثاني: أن يفترض عن الموارد التي دلّ الدليل على قابلية الإسقاط فيها فتستكشف نكتة مشتركة عن تلك الموارد فيحكم بالحقيّة على كلّ تشريع مشتمل على تلك النكتة و لو لم يدلّ دليل خاص فيه على الحقيّة و قابلية الإسقاط، و هذا لو تمّ يفيدنا في مقام الاستنباط، إلا أن هذا الاستقراء حجّيته موقوفة على إيرائه للقطع، إذن ففي غالب الظنّ سوف لن يفيدنا هذا الاستقراء خصوصا إذا وجدت مادة أو مادّتان للنقض و انخراط القاعدة.

الثالث: أن ننظر إلى المرتكزات و التشريعات العقلية بقطع النظر عن الأحكام الشرعية، فقد نستكشف النكتة المشتركة عن طريق الرجوع إلى الارتكازات العقلية و هذا يفيدنا في مقام الاستنباط بعد إعطاء تلك طابع الشرعية بأحد وجوه ثلاثة:

الأول: إثبات إضاءتها عن طريق عدم الردع على حدّ إضاء سائر السير العقلية.

الثاني: الرجوع إلى ظاهر أدلة التشريعات بعد تحكيم تلك الارتكازات في ظهورها، فدليل الخيار مثلا لا يبقى له ظهور في الإطلاق

لما بعد الإسقاط بعد الالتفات إلى الارتكاز العقلاني القائل بقبوله للإسقاط، فإن الارتكازات العقلانية تتحكم في الظهورات كما تتحكم فيها الأوضاع اللغوية.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣٥

إلا أن الصحيح: أن هذا الوجه لا يثبت الإمضاء، إذ غاية ما يثبت به هو عدم الإطلاق لتلك الأدلة لما بعد الإسقاط. و أما السقوط بالإسقاط فلا يثبت بها، بل يبقى مشكوكا يجب الرجوع فيه إلى القواعد.

الثالث: الرجوع إلى الأخبار الظاهرة في الإمضاء كصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قلت له: رجل جنى إلى أعفوه عنه أو أرفعه إلى السلطان؟ قال: هو حَقِّك، إن عفوت عنه فحسن، وإن رفعته إلى الإمام فإنما طلبت حَقِّك، وكيف لك بالإمام» (١). فهذا ظاهر في ذكر الصغرى والإحالة في الكبرى على الارتكاز العقلاني، فيدل على إمضائه بحدوده العقلانية.

ثم إن هذا الطريق - أعني التمسك بالسيره العقلانية مع إثبات الإمضاء بعدم الردع أو بالرجوع إلى الأخبار الظاهرة في الإمضاء - لا يضره وجود بعض المواد للنقض وانخام القاعدة، فتلك الموارد تعتبر ردعا عن السيرة، وهذا لا ينافي الإمضاء في الموارد الأخرى بالسكوت أو بتلك الأخبار.

ومع وجود هذا الطريق لا تنتهي إلى ما انتهى إليه السيد الخوئي من انغلاق باب البحث عن كون شيء ما حقا و عدمه بنحو منتج فقهيًا. هذا تمام ما أردنا نقله عن أستاذنا الشهيد رحمه الله.

ولا يخفى أن إثبات الإمضاء بعدم الردع وإثباته بمثل ما مضى من صحيح محمد بن مسلم كلاهما ينتجان جواز الإسقاط بمستوى واحد، ولا يتوهم أن نتيجة الثاني أوسع من الأول باعتبار ظهور الحديث في أن موضوع جواز الإسقاط هو الحق، وهو يشمل حتى الحق الذي ليس في ارتكاز العقلاء قابلا للإسقاط كحق الولاية.

(١) الوسائل ١٨: ٣٢٩، الباب ١٧ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣٦

والوجه في منع هذه السعة في نتيجة الثاني هو أننا إما أن نقول: إن ما لا يقبل الإسقاط في نظر العقلاء لا يسمى حقا عندهم، أو نقول: إنه يسمى حقا رغم عدم قبول الإسقاط، فإن قلنا بالأول فعدم شمول الحديث له واضح، وليس القول بعدم تسميته حقا منافيا لما مضى من فرض الولاية حقا إما بمعنى السلطنة الاعتبارية أو بمعنى الاختصاص المنتزع من الأحكام، فإننا هناك كنا نتكلم عن الحقيقة الفلسفية لمغزى الحق مع غرض النظر عن مثل الإسقاط أو النقل، و نعتقد أن الحق في سائر الموارد إن كان سلطنة اعتبارية أو أمرا انتزاعيا من الأحكام وهو عنوان الاختصاص، فنفس هذه الحقيقة موجودة في مثل الولاية رغم قبولها للإسقاط، وهذا لا ينافي أن يفترض في المقام أخذ قيد جواز الإسقاط عقليا في المفهوم اللغوي والعرفي لكلمة الحق.

و إن قلنا بالثاني - أي أننا افترضنا أن مثل الولاية أيضا تسمى في نظر العرف حقا رغم عدم قبولها للإسقاط في ارتكاز العقلاء - فأیضا نقول: إن مثل صحيح محمد بن مسلم لا يشمل ذلك، لما مضى عن أستاذنا الشهيد رحمه الله من (أنه ظاهر في ذكر الصغرى والإحالة في الكبرى على الارتكاز العقلاني) فهو إنما يدل على سراية الحكم من المورد إلى سائر الحقوق في حدود الارتكاز العقلاني لا أكثر، فإن الارتكازات العقلانية مؤثرة كالدلالات اللغوية في تحديد الظهورات.

ويمكن أن يقال في بعض ما لا يقبل الإسقاط كحق الولاية و حق الحضانه:

إنه لم يكن فقط حقا لمن يمارس السلطة كي يشمل قوله: «هو حَقِّك إن عفوت عنه فحسن» بل هو حق أيضا للمولى عليه أو الطفل.

الضابط العقلاني لجواز الإسقاط:

و إذا أردنا التفتيش عن الارتكازات العقلانية فخير ما أفيد كضابط لجواز

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣٧

الإسقاط و عدمه هو ما يمكن استنباطه من كلام المحقق الأصفهاني رحمه الله «١» من أن ما كان في نظر العقلاء لرعاية حال من أعطى الأمر بيده، و لأجل مصلحته كحقّ التحجير و حقّ الخيار و ما شابه ذلك، فهو قابل للإسقاط في نظرهم، و كلما لم يكن كذلك فهو غير قابل للإسقاط من قبيل الولاية المجعولة لمصلحة المولى عليه لا لمصلحة الولي، و الوصاية التي أعطاها الميت للوصي حفاظا على مصلحته هو لا حفاظا على مصلحة الوصي.

و بهذا يظهر الفرق بين الأمثلة التي ذكرها السيد الخوئي رحمه الله، و جعل وضوح عدم الفرق بينها شاهدا على ما قال من عدم الفرق بين الحقّ و الحكم. فقد جاء في المحاضرات: و ممّا يشهد لما ذكرناه- من أن الحقّ هو الحكم بعينه- أنا لا- نرى فرقا بين الجواز الحكمي غير القابل للإسقاط في جواز قتل الكافر تكليفا و بين الجواز الحقّي في جواز قتل الجاني قصاصا، و هكذا لا فرق في جواز رجوع الواهب و ضعا و جواز رجوع من له الخيار في البيع مع أن الأول حكمي و الثاني حقّي «٢».

و جاء في مصباح الفقاهة: «فاعطف نظرك هل ترى فارقا بين جواز قتل المشرك الذي يسمّى حكما شرعيا و بين سلطنة وليّ الدم على قتل القاتل الذي يسمّى حقا شرعيا لقبوله الإسقاط؟ ثم ارجع البصر كرتين هل ترى فارقا بين حقّ الحضانه و الابوة و الولاية و أشباهها ممّا لا يقبل الإسقاط، و بين حقّ الشفعة و حقّ الخيار القابلين للإسقاط؟ فافهم و اغتم» «٣».

(١) راجع تعليقه على المكاسب (فائدة في تحقيق حقيقة الحق): ١٢.

(٢) المحاضرات ٢: ٢١.

(٣) مصباح الفقاهة ٢: ٤٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣٨

أقول: إن الفرق أصبح واضحا بالبيان الذي ذكرناه، فجواز القتل قصاصا كان لأجل وليّ الدم و لمصلحته، و جواز قتل الكافر كان لخصية الكافر و عدم حرمة. و جواز الفسخ بالخيار كان في نظر العقلاء لمصلحة الفاسخ. و كلمة الخيار الواردة في لسان الأدلة تعني اختيار صاحب الحقّ، و تشير- في الفهم العرفي- إلى النظر إلى مصلحة ذي الحقّ، و عندئذ يحكم الارتكاز العقلاني بقبوله للإسقاط، بينما لم يعبر عن جواز فسخ الهبة في لسان الدليل بعنوان خيار للواهب، بل فرض حالة راجعة إلى ذات الهبة، و هي كونها عقدا مترلزلا. و لا يفهم من هذا اللسان أن الجواز إنما جعل لأجل الواهب و لصالحه و إن كان حقّ الحضانه قد لوحظت فيه مصلحة الأمّ، فلا إشكال في أنه ليس متمحضا في مصلحة الأمّ، بل لوحظت فيه مصلحة الطفل أيضا بلا شكّ، و هذا بخلاف حقّ الشفعة و حقّ الخيار.

و بهذا يظهر الكلام في مثل حقّ الابوة أو الولاية و أشباههما. هذا كلّ في جواز الإسقاط.

الضابط العقلاني لجواز النقل و الإرث:

و أما جواز النقل أو الإرث فأیضا يمكن أن يستنبط من كلام المحقق الأصفهاني رحمه الله «١» له ضابط ارتكازي للعقلاء، و هو أنه إن وجدت في ذي الحقّ خصوصية ترى بالنظر العقلاني أنها مقومة للحقّ لم يجز نقله إلى غيره ممن لا يملك تلك الخصوصية، و إن نفيت مقومية الخصوصية بالنظر العقلاني جاز.

فحقّ الولاية المعطى للحاكم أو للأب يرى عقلايا أنه لخصوصية في الحاكم أو الأب، فلا معنى لنقله إلى الغير. و كذلك حقّ الوصاية التي أوكلها الميت

(١) راجع تعليقه على المكاسب (فائدة في تحقيق حقيقة الحق): ١٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٣٩

إلى شخص إنما أوكلها إليه لخصوصيته فيه و نظر الميِّت إليه بالخصوص، فلا معنى لنقله إلى غيره. و حقّ الشفعة المجعول للشريك يرى أنّ التضرّر اللاحق به مقوم له، فلا معنى لنقله إلى غيره. و حقّ الرهانة يرى أنّ حاجة الدائن للوثيقة بالنسبة لدينه مقومة لثبوت له، فلا معنى لنقله إلى غيره، و هذا بخلاف حقّ التحجير مثلاً فهو يقبل النقل لعدم وجود خصوصية مقومة في بقائه لنفس المحجّر عقلاً.

و كلام المحقّق الأصفهاني رحمه الله ليس كاملاً في بلورة هذه الفكرة، فقد جاء في كلامه ما لا يمكن المساعدة عليه، من قبيل: أنّ حقّ الشفعة لا يمكن نقله إلى المشتري، لأنّ سلطنة الشخص على تملك ما ملكه غلط: و أنّ حقّ الرهانة لا يمكن نقله إلى غير الدائن؛ لأنّ كون العين وثيقة لغير الدائن غير معقول، فلا ينقل إلى الغير إلّا بتبع نقل الدين إلى الغير فينقل حقّ الرهانة تبعاً. و أنّ حقّ القسم يمكن انتقاله إلى الضرّة و لكن لا يمكن انتقاله إلى الوارث، إذ لا يعقل قيام الوارث مقام الزوجه في هذا الحقّ، و لا يعقل استفادته من هذا الحقّ.

و هذا كلّه يرد عليه ما مضى عن السيد الإمام رحمه الله من أنّه بالإمكان انتقال حقّ القسم إلى غير الضرّة بأن يكون بيده أمر هذا الحقّ من إسقاطه أو إيقاع المصالحة عليه مع إحدى الضرّات و نحو ذلك. و بالإمكان انتقال حقّ الشفعة إلى المشتري بأن يكون أمر إرجاع تلك الحصّة إلى الشريك المالك للحصّة الأخرى بيده. و كذلك في حقّ الرهانة يمكن أن يكون أمر هذه الوثيقة بيد شخص أجنبي لا بمعنى كونها وثيقة له حتى يقال: إنّ هذا غير معقول، بل لا زالت وثيقة لنفس الدين السابق.

و لكن إذا صغنا المطلب بالصياغة التي نحن بينّاها لم يكن مورد لهذا الإشكال، و ذلك بأن نقول: إنّ حقّ القسم متقوم عرفاً بالخصوصية الموجودة في

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤٠

الزوجه من استفادتها من المضاجعة، فلا يمكن نقله إلى غير الزوجه. و حقّ الشفعة متقوم عرفاً بتوجه الضرر المخصوص إلى صاحب الحقّ، حيث جعل له الحقّ تداركاً لذاك الضرر، فلا يمكن نقله إلى غير المتضرّر به. و حقّ الرهانة متقوم عرفاً بالحاجة إلى الوثيقة، فلا يمكن نقله إلى الغير، بل قد لا يمكن نقله إلى الغير حتى ينقل الدين إليه حينما تكون خصوصية الدائن الأول مأخوذة بعين الاعتبار في موافقة المدين على إعطاء الوثيقة.

و الكلام في الإرث هو عين الكلام في النقل، فأيضاً نقول: إنّ المورث إن كان واجداً لخصوصية ترى مقومة للحقّ فالوارث الفاقد لها لا يرثه، و لا يعتبر متعلق الحقّ تركه بعد الوفاة، و إلّا اعتبر تركه و ورثه الوارث.

و لا أقصد بهذا الكلام أنّ جواز النقل و الإرث متلازمان متى ما صحّ أحدهما صحّ الآخر، فهما و إن كانا دائرين مدار نكتة واحدة و هي وجود الخصوصية المقومة و عدمها و لكنهما قد يفترقان بلحاظ نفس هذه النكتة. فحقّ الشفعة يورث و لا ينقل، لأنّ الوارث مالك لنفس الخصوصية المقومة بخلاف الأجنبي. و كذلك حقّ الخيار و حقّ الرهانة. بينما حقّ القسم ينقل إلى الضرّة و لا يورث، لأنّ الضرّة مالكة لنفس الخصوصية المقومة بخلاف الوارث.

و الواقع أنّ النقل أو الإرث بحاجة إلى مجموع أمرين لو ثبتا معا ثبت النقل أو الإرث، و إلّا فلا:

أحدهما: أن لا تكون في الشخص الأول خصوصية مقومة للحقّ في نظر العقلاء مفقودة في الثاني، و هذا ما وضّحناه بالأمثلة الماضية. و الثاني: أن لا يكون الحقّ لقصره و ضيقه غير قابل للانتقال، و مثاله حقّ الأولوية الثابت لمن سبق في حيازة الوقف. فهذا لا يقبل النقل إلى الغير عقلاً،

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤١

لأنَّ الشخص الأول لو أراد نقله إلى شخص آخر فالمفروض به أن يخلى المكان كى يشغله صاحبه الذى أراد نقل الحق إليه، و بمجرد إخلائه للمكان ينتهى حقه، و تصبح نسبة المكان إلى صاحبه و إلى اى إنسان آخر على حدّ سواء. و إن شئت فقل: إن كلا الأمرين راجعان إلى فكرة الخصوصية المقومة، إلّا أنّه تارة يفرض أنّ الخصوصية المقومة أشارت إلى شخص معيّن و لا- ينتقل الحقّ إلى غيره لفقدان الغير لتلك الخصوصية، و اخرى يفرض أنّ الخصوصية المقومة أشارت إلى فترة معيّن من الزمان كفترة جلوسه فى المسجد مثلا، و بفقدانها يفقد نفس الشخص الأول الخصوصية فينتهى حقه. نعم، قد يأخذ مالا من شخص ما لقاء أن يخلى المكان فيتمكّن الآخر من إشغاله، و هذا خروج عمّا نحن بصدده. هذا، و كلّ حقّ لا يقبل الإسقاط عرفا لا يقبل النقل أو الإرث عرفا أيضا، لأنّ عدم قبوله للإسقاط كان لدخل مصلحة فيه غير مصلحة ذى الحقّ. و من الواضح أنّ مصلحة الشخص الآخر التى أوجبت ثبوت حقّ الولاية أو الوصاية أو غيرهما لشخص ما ليست بالضرورة منحصرة لدى انتقال الحقّ إلى شخص آخر، و ليس ذو الحقّ هو صاحب المصلحة فقط حتى يحقّ له عرفا أن يقول: أنا أرفع يدي عن مصلحتي.

اعتبار المآلة فى نقل الحقّ:

و هناك مشكلة اخرى فى مسألة نقل الحقّ أو المعاملات التى تكون بحاجة إلى مآلة العوضين فيها، و هى أنّه هل الحقّ يعتبر مالا كى يمكن نقله بتلك المعاملة أو لا؟

و الواقع أنّ الحقّ ليس مالا، فإنّ حاله حال الملك. و كما أنّ الملك لم يكن يعتبر مالا و إنّما كان يتعلّق بالمال كذلك الحقّ لا يعتبر مالا، و إنّما يتعلّق بالمال.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤٢

و مآلة المتعلّق كافيّة فى حلّ الإشكال كما كان الحال كذلك فى الملك. و لا فرق بين المعاوضة بين مالين فى عالم الملكية أو فى عالم الحقّ، أو ملكيّة و حقّ، و التعبير عن ذلك بمبادلة المالين أو بمبادلة الملكين أو الحقيين سيان، فكلّ هذا تعبير عن حقيقة واحدة عرفيّة.

و البحث الموروث عن المحقّق النائينى رحمه الله «١» عن أنّ البيع هل هو تبديل الملكيتين و الإضافتين كما يناسبه تعريف البيع بأنّه تملك عين بمال؟ أو هو تبديل المملوك بالمملوك كما يناسبه تعريف البيع بأنّه مبادلة مال بمال، ثمّ استظهاره الثانى، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم لا على ملكيتهم الاعتباريّة ...

أقول: كلّ هذا بحث لفظي، و لا فرق فى واقع المقصود العرفي بين التعبير بتبديل الملكيتين أو الإضافتين فى باب البيع و التعبير بتبديل المملوك بالمملوك. و الواقع الفلسفيّ للعلميّة هو فناء الإضافة الاولى و خلق إضافة جديدة. كما لا فرق فى واقع المقصود العرفي أيضا فى باب الإرث بين التعبير بأنّ الوارث حلّ محلّ المورث أو التعبير بأنّ الإضافة إلى المال انتقلت من المورث إلى الوارث. و الواقع الفلسفيّ للعلميّة هو فناء الإضافة الاولى و خلق إضافة جديدة.

نعم، الفرق العرفي بين باب الإرث و باب البيع هو: أنّ الإضافة كأنّها تبدلت فى باب الإرث بتبدل أحد طرفيها، و تبدلت فى باب البيع بتبدل الطرف الآخر، و كلاهما مشتركان فى صدق تبدل الإضافة عرفا. و ليس من الصحيح تفريع الثمرة التى ذكرها المحقّق النائيني لهذا البحث فى الإرث من أنّه لو كان المال متعلّقا لحقّ آخر يكون بما هو كذلك موروثا، لأنّ التغير و التحويل لم يحصل فى ناحية الملكية، و إنّما التبديل فى المالك.

(١) راجع تقرير الشيخ الآملي رحمه الله ١: ٨٦-٨٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤٣

و يرد عليه: أنّ الحقّ إذا كان متعلّقاً بالمال فمن الطبيعيّ أن يكون مع المال حيث ما ذهب المال، سواء فرض التبدّل في المملكيّة أو المالك أو المال.

و كذلك يظهر بما ذكرنا أنّه لا مورد للبحث الذي أثاره الشيخ الأنصاريّ رحمه الله «١» من أنّه هل يصحّ جعل الحقّ ثمنا في المبيع مع أنّ الحقّ ليس بمال و يشترط في ثمن البيع المائيّة؟ مع جواب السيّد الخوئيّ عليه بأنّ الحقّ مال، لأنّ المال ما يرغب فيه العقلاء و يبذلون بإزائه شيئا، و من البيّن أنّ حقّ التحجير مورد لرغبة العقلاء و تنافسهم، فيكون مالا بالحمل الشائع.

و لكن مع ذلك قال السيّد الخوئيّ رحمه الله: بأنّه لا يصحّ جعله ثمنا في البيع لأنّه لا تتعلّق بالحقّ الذي هو حكم من الأحكام إضافة ملكيّة أو غيرها بأن يملك الإنسان الحقّ مثلا، و البيع مبادلة بين المالكين و المملوكين لا بين المملكتين أو السلطنتين. نعم، نقل الحقّ أو إسقاطه أو إعماله فعل من أفعال المكلف، فيصحّ جعله ثمنا، و إذن فيملك البائع على المشتري هذا الفعل و يلزم عليه تسليمه إلى البائع بعد البيع، كما هو الحال في بقيّة الأفعال المجعولة ثمنا «٢».

أقول: هذا الكلام كلّ لا مورد له، صحيح أنّ حقّ التحجير شيء يرغب فيه العقلاء و يبذلون بإزائه المال، لكن هذا تماما من قبيل أنّ ملكيّة الأرض أيضا شيء يرغب فيه العقلاء و يبذلون بإزاء اتّصافهم بصفة ملكيّة الأرض المال، و هذا كلّ يعني مائيّة المتعلّق و معاوضة المتعلّقين في كلّ شيء بحسبه، فقد تكون المعاوضة في عالم المملكيّة و اخرى في عالم الحقّيّة.

(١) راجع المكاسب ١: ٧٩ أوّل البيع بحسب الطبعة التي تشتمل على تعليقه الشهيدي.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٢٢-٢٣، و مصباح الفقاهة ٢: ٤٢-٤٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤٤

و ذكر المحقّق الأصفهانيّ رحمه الله: أنّ النقل لو كان متعلّقاً بطرف الحقّ كان صحيحا، فإنّ ذا الحقّ يخرج الأرض المحجّرة من طرف إضافته الحقّيّة إلى طرف إضافة اخرى. و أمّا نقل نفس الإضافة بذاتها فغير معقول، لأنّ الإضافات تتشخص بأطرافها، فشخص العين قابل للنقل دون شخص الإضافة، فإذا أريد نقل الإضافة فلا بدّ أن يكون النقل فيها بالعناية و بنظر الوحدة، فكأنّ الإضافة المنقولة من طرف نفسه إلى طرف غيره شخص تلك الإضافة، بينما واقع الأمر هو موت إضافة و خلق إضافة جديدة «١».

أقول: إن كان المقصود بذلك مجرد بحث لفظيّ عن مثل كلمة (النقل) كي ترى أنّ الأصحّ هو التعبير بنقل طرف الإضافة أو التعبير بنقل الإضافة فلا- كلام لنا في ذلك، و أمّا إن كان المقصود تصوير عمليتين إحداهما نقل طرف الإضافة و الاخرى إفناء الإضافة الاولى بين شخص و ذاك الطرف و خلق إضافة جديدة بين شخص آخر و ذاك الطرف و أنّ العمليّة الثانية يعبر عنها بنقل الإضافة بالعناية فالواقع أنّهما عمل واحد فلسفيّا يصحّ التعبير عنه عرفا بنقل الحقّ كما يصحّ التعبير عنه عرفا بنقل متعلّق الحقّ.

تقسيم الحقّ إلى العيني و الشخصي

ثمّ إنّ تعارف في فقه القانون الوضعيّ الحديث تقسيم الحقوق المائيّة إلى قسمين «٢»: الحقّ العينيّ و الحقّ الشخصيّ.

(١) راجع تعليقه على المكاسب (فائدة في تحقيق حقيقة الحقّ): ١١-١٢.

(٢) راجع بهذا الصدد الوسيط ١ الفقرة ٢-٥، و ٨ الفقرة ٩٤-٩٩، و الفقه الإسلاميّ في ثوبه الجديد ٣: الفقرة ٥-١٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤٥

فالأول: هو الحق الذي يكون قائما بين صاحب الحق و الشيء المستحق، و يكون ذو الحق مسلطاً بموجبه على ذلك الشيء مباشرة و من دون وساطة شخص آخر في ممارسة السلطان على ذلك الشيء، و مثاله: حق الملكية، و حق السكنى، و حق الانتفاع، و حق الرهن، و ما إلى ذلك.

و الثاني: هي الرابطة القائمة بين شخصين، التي يمارس ذو الحق بموجبها سلطته على ما يريد بواسطة الشخص الآخر، أي بمطالبتة إياه بإعطاء ما يستحقه من دين أو عمل، أو الامتناع عن عمل من قبيل حق الدائن المقرض على المدين المقترض و حق المستأجر على الأجير. و قد وجد للبعض في داخل الفقه الوضعي اتجاه إلى إنكار هذا التقسيم، و إرجاع كل الحقوق المألوية إلى قسم واحد على خلاف في ذلك بين إرجاع الحق العيني إلى الحق الشخصي، و بالعكس.

إرجاع الحق العيني إلى الشخصي:

أما من أرجع الحق العيني إلى الشخصي فحاصل كلامه: أن الحق إنما هو رابطة بين شخصين، و يكون الحق ثابتاً لشخص على شخص آخر حتى في ما يسمى بالحق العيني، و ليس الحق ثابتاً لشخص على العين، غاية ما هناك أن العين هو مورد حقه و محله، فحق الملكية مثلاً- محله و متعلقه الشيء المملوك، و ذو الحق هو المالك، و من عليه الحق هم الناس كافة عدا نفس المالك، إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق.

فكما أن الحق الشخصي يشتمل على عناصر ثلاثة: ذو الحق، و من عليه الحق، و متعلق الحق، كذلك الحق العيني مشتمل على هذه العناصر الثلاثة، و لا

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤٦

فارق جوهرى بينهما. نعم، هما يختلفان في شيء غير جوهرى، و هو أن المدين - أي من عليه الحق - في الحق الشخصي هو شخص معين أو أشخاص معينون، و في الحق العيني هم جميع الناس عدا الدائن، و لهذا يمكن اعتبار الحق العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين.

و أجاب على ذلك الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى بجوابين «١»:

الجواب الأول: صحيح أن الحق العيني يشتمل على جانب عام، و هو أنه يجب على الجميع احترامه و لا يجوز لهم هتكه، إلا أن هذا ليس هو امتياز الحق العيني عن الحق الشخصي كما تخيله صاحب الإشكال، فإن هذا ثابت حتى في الحق الشخصي، فحق المقرض على المقرض مثلاً يجب على الناس جميعاً احترامه، و لا يجوز لأحد أن يحرض المدين على الامتناع عن أداء الدين مثلاً، و إن فعل ذلك كان مسئولاً عن التدارك، فالحق العيني و الحق الشخصي مشتركان في الجانب العام، و لكن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني في أمر جوهرى، و هو ثبوت الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره، ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين أو مدينون معينون هم الذين يباشرون سلطته على الشيء محل الحق بوساطتهم، و لا وجود لهؤلاء في الحق العيني، و هذا فرق جوهرى ما بين الحقين تترتب عليه نتائج هامة سيأتى ذكرها.

و إذا اعتدى شخص بالذات على الحق العيني فأصبح مسئولاً عن تداركه فهذا الشخص ليس مسئولاً بموجب الحق العيني ذاته، بل بموجب التزام شخصي

(١) الجواب الأول موجود في الجزء الأول من الوسيط: الفقرة ٣، و كلا الجوابين موجودان في الجزء الثامن منه: الفقرة ٩٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤٧

تولد عن الخطأ الذي ارتكبه، و يكون إذن طرفاً لا في الحق العيني الموجود من قبل بل في الحق الشخصي الذي تولد عن الخطأ.

الجواب الثاني: أن الحق العيني غير متقوم في عناصره بالمدين أو المدينين حتى بلحاظ عموم الناس، و صحيح أنه يجب على الناس كافة احترام الحق العيني لذي الحق، لكن هذا إنما يكون بعد استكمال هذا الحق لجميع عناصره و قيامه حقًا كاملاً مستوفياً لجميع مقوماته، فهذا الاحترام إذن ليس عنصراً من عناصر الحق العيني، ولا يوجد مدين بالحق العيني هو عنصر من عناصر هذا الحق، بينما يوجد مدين في الحق الشخصي هو أحد عناصره.

أقول: إن ما افترضوه من عدم وجود المدين في الحقوق العينية لا ينافي ما مضى من أن كلمة (الحق) اشربت لغويًا النظر إلى من عليه الحق لا في الملك ولا في الحقوق الأخرى.

أمّا في الملك فيكفي في رفع التنافي أن يقال: إننا لم نكن نصلح على الملك بالحق، فنحن وإن قلنا: إن الحق - بناء على كونه أمرًا اعتباريًا - هو في روحه ملكية ضعيفة و لكننا أشرنا إلى فارق لغوي بين الملك و الحق، و هو إشراب كلمة (الحق) النظر إلى من عليه الحق دون كلمة (الملك). نعم، قلنا: إن وجود الآخرين المملوك عليهم كان دخيلاً كحيثية تعليلية في جعل الملك، لكن هذا لا يعدو أن يكون حيثية تعليلية، و بما أن الملك يفترض في الفقه الغربي حقًا من الحقوق إذن فقد حصلوا على حق غير مأخوذ فيه عنصر المدين.

و أمّا في الحقوق العينية الأخرى كحق الرهن أو حق الفسخ أو حق الشفعة فالمفروض عندنا تقومها بمن عليه الحق من شخص خاص، و هو الراهن أو المفسوخ عليه العقد أو المشتري. بينما ذكر السهوري في جوابه الأول: أن

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤٨

الحقوق الشخصية لا - تشتمل على الجانب الخاص من حيث المدين. و ذكر في جوابه الثاني: أن الحقوق الشخصية لا تقوم أصلاً بالمدين حتى بلحاظ عموم الناس.

و لكن مع ذلك لا - تنافي بين هذه الكلمات و ما ذكرناه، و ذلك بلحاظ الفرق بيننا و بينهم في المصطلحات. فنحن كنا نقصد بمن عليه الحق المتقوم به حق الرهن أو الفسخ أو الشفعة الراهن أو المفسوخ عليه أو المشتري بلحاظ أن الحق متعلق بما يملكه و محدد لصلاحياته في التصرف الناتجة من ملكيته. و هم يقصدون بنفي تقوم هذه الحقوق بمن عليه الحق أو عدم وجود المدين في هذه الحقوق أن صاحب الحق يمارس سلطته على هذه الأعيان مباشرة لا بواسطة ممارسة السلطة على شخص ما. و هذا صحيح. هذا، و سيأتي إن شاء الله أن الدكتور السهوري أنكر دخول مثل الشفعة في الحق سواء العيني أو الشخصي.

إرجاع الحق الشخصي إلى العيني:

و أمّا من أرجع الحق الشخصي إلى الحق العيني فحاصل كلامه: أنه حان الآن وقت النظر إلى الحق الشخصي لا باعتباره رابطة بين الشخصين، بل باعتباره عنصراً من عناصر الذمة المالية و منفصلاً عن المدين، و هذا ما يقتضيه تقدم المعاملات و سرعة تداول الأموال و تصحيح حوالة الدين، فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن و عن شخص المدين، و بذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني، و هذا هو المذهب المادّي في الالتزام.

و أجاب عليه الدكتور السهوري «١»: بأننا لا ننكر على المذهب المادّي

(١) راجع الوسيط الجزء ١: الفقرة ٤، و الجزء ٨: الفقرة ٩٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٤٩

للالتزام انتشاره و مسيرته للتطور القانوني الحديث، و لكننا نقول: إن هذا لا يؤدي إلى هدم التمييز بين الحق العيني و الحق الشخصي، فيبقى الفارق جوهرياً بين الحقيين حتى إذا نظرنا إليهما من حيث متعلق الحق و هو أن الدائن يمارس في الحق العيني سلطته على متعلق

الحق مباشرة دون وسيط بينهما، بخلاف الحق الشخصي، فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على متعلق الحق، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين.

ورغم ما يترأى من وضوح الفرق بين الحق العيني والحق الشخصي قد يقع نوع من الخلط أو التقارب بينهما من قبيل ما يسمى عندهم بالالتزام العيني «١».

وجه هذه التسمية هو أن كلمة (الالتزام) تشير إلى جانب شخصيته الحق، لأن الالتزام هو العنوان المضاييف للحق الشخصي، فكل حق شخصي بالقياس إلى الدائن حق، وبالقياس إلى المدين التزام. وكلمة (العين) تشير إلى علاقة هذا الحق بعين معينة، وهذا في الموارد التي يكون الالتزام الثابت على المدين التزاما بعمل للدائن يجب إيقاعه بلحاظ عين مملوكة للمدين، من قبيل ما افترضوه من أن كل مالك يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما.

ومثل هذا الالتزام يوافق الالتزام الشخصي من حيث إنه يجبر مدينا معيننا نحو دائن معين على أداء عمل معين، لكنه يوافق الحق العيني في أنه يتركز الالتزام العيني في عين معينة بالذات، وأنه يدور مع ملكية هذه العين أينما دارت، فلو انتقلت الأرض المجاورة مثلا إلى شخص آخر تحوّل الالتزام بوضع الحد إلى

(١) راجع الوسيط ٨: الفقرة ١٠٠ و آخر الفقرة ٩٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥٠

ذاك الشخص، وأن المدين يستطيع أن يتخلص من التزامه بتركه العين أو التخلي عنها.

إلحاق بعض الحقوق إلى العيني أو الشخصي:

ثم إن الدكتور عبد الرزاق السنهوري ذكر: أن الشفعة ليست حقا وأن الشفيع إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه، فهو لا يطالب بالشفعة، وإنما يطالب بالملكية، وقد كان اعتبار الشفعة حقا هو الذي حير بعض الفقهاء ودفعهم إلى التساؤل: هل الشفعة حق عيني أو حق شخصي؟ والواقع أنها ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، وإنما هي كالعقد سبب من أسباب كسب الملكية، وإذا كانت المناقشة لا تجوز في اعتبار العقد حقا عينا أو حقا شخصيا كذلك لا تجوز المناقشة في اعتبار الشفعة هذا أو ذاك «١».

وذكر أيضا: كثيرا ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو هي شيء غير ذلك؟ كما يتناقشون في طبيعة الحيازة وهل هي حق عيني؟ ونحن لا نتردد في الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه، فلا الشفعة ولا الحيازة حق عيني أو شخصي، بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان في أسباب كسب الملكية، فهما إذن ليستا بحقوق، بل هما مصدر للحقوق، ولا يصح أن يقال عن أي منهما إنه حق عيني أو حق شخصي بالقدر الذي لا يصح أن يقال به إن العقد - وهو أيضا مصدر للحقوق - حق عيني أو حق شخصي. والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقا أنه لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينيهم «٢».

(١) انظر الوسيط ٨: الفقرة ١٠٥.

(٢) الوسيط ١: الفقرة ٣٣، الهامش.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥١

أقول: لا إشكال في أن الشفعة تختلف عن العقد في أن العاقد لا يعقد رغم أنف الطرف الآخر، بل يعقد برضاه، بخلاف الشفيع الذي يطالب ببطالين البيع رغم البائع. وكذلك الشفعة تختلف عن العقد وعن الحيازة في أن ممارستها العقد أو الحيازة جائزة لكل أحد بخلاف الشفعة التي لا تكون إلا للشريك، فلو فرضت الشفعة حقا عينا أو شخصيا لا ينقض بالعقد أو الحيازة. وأما أن الشفيع يطالب

بملكيّة العقار لا بالشفعة فيرد عليه:

أولاً: أنّ الشفيع لا يطالب بملكيّة العقار وإنّما يطالب بالجامع بين ملكيّة العقار ورجوعه بالفسخ إلى البائع، و من هنا كان وسطا بين الحقّ العينيّ و الحقّ الشخصيّ؛ لأنّ الفسخ عمل يلزم به البائع و تملك العقار أمر متعلّق بالعين.

و ثانياً: أنّه لو كان الشفيع يطالب بملكيّة العقار لكانت الشفعة عبارة عن حقّ أن يمتلك لا أنّها تخرج عن كونها حقّاً، و لا ينقض بالعقد أو الحيازة، لما عرفت من أنّهما لا يختصان بشخص دون شخص، بخلاف حقّ الشفعة.

و ذكر السنهوري - بعد تبيته لعدم كون الشفعة حقّاً -: و الذي ضلّل الناس في أمر الشفعة هو أنّها تجعل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها في منزلة من له الحقّ في أن يمتلكها، و هذه منزلة وسط بين مجرد الرخصة في التملك حيث يكون الشخص أجنبيّاً عن الشئ، و حقّ الملكية الكامل حيث يكون للشخص حقّ عينيّ في الشئ. و نظير ذلك شخص صدر له إيجاب البيع، فهو أيضاً في منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة في الشراء قبل صدور الإيجاب و بين المشتري الذي أصبح مالكا عند تمام البيع «(١)».

(١) الوسيط الجزء ١، الفقرة ٣٣، الهامش.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥٢

أقول: إنّ الفرق بين الشفعة و قبول القابل بعد صدور الإيجاب هو أنّ للموجب أن يرجع من إيجابه قبل قبول القابل، و للأجنبيّ أن يتفق مع الموجب و يشتري منه العين قبل قبول القابل، و لكنّ الشفيع ليس لأحد أن يزاحمه في أعمال حقّه.

و أمّا ما ذكره من أنّه لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدنيهم فلدى إرادة حمله على معنى معقول ينبغي أن يكون إشارة إلى شرط من شروط المعنى المصطلح عليه بالحقّ الماليّ، و هو أن يكون الحقّ الماليّ قابلاً للانتقال على الأقلّ إلى الدائنين، بمعنى أن يتمكّنوا من الاستفادة الماليّة من حقّ مدنيهم، كما هو حاصل في حقّ الرهن، فمن حقّ دائني المرتهن لدى تفليسه الاستفادة من العين المرهونة. و ليس الأمر كذلك في الشفعة أو خيار الفسخ، فإنّ فرض هذا الشرط في معنى الحقّ الماليّ صحّ ما يقوله الدكتور السنهوري من أنّ الشفعة ليست حقّاً عينيّاً و لا حقّاً شخصيّاً.

هذا كلّ ما أردنا بيانه هنا لتوضيح مصطلح الحقّ العينيّ و الشخصيّ في الفقه الغربيّ.

ثمرات الفرق بين الحقّ العينيّ و الشخصيّ:

أمّا الثمرات التي ترتّب على تقسيم الحقّ إلى العينيّ و الشخصيّ فعمل من أهمّها ما يلي:

١- لصاحب الحقّ العينيّ تتبع العين في حقّه أينما انتقلت، و ذلك إمّا بمعنى أنّ العين متى ما تنتقل من حيازة شخص إلى حيازة شخص آخر يكون لصاحب الحقّ تتبع العين أينما كانت. فمالك العين مثلاً له أن يقيم الدعوى على اليد الأخيرة لدى تعاقب أيد متعدّدة على العين المغصوبة، و له أن يفرض سيطرته على

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥٣

العين و إن كان صاحب اليد الأخيرة يتضرّر بذلك؛ لأنّه اشتراها من صاحب اليد السابقة بثمن ما باعتقاد كونه مالكا لها. نعم، لصاحب اليد الأخيرة الرجوع إلى من قبله، و هكذا إلى أن يستقرّ الضمان على الغاصب.

و إمّا بمعنى أنّ العين متى ما تنتقل من ملكيّة شخص إلى ملكيّة شخص آخر فصاحب الحقّ يتبّعها بحقّه. فالعين المرهونة مثلاً إذا انتقلت من المالك الأوّل إلى أيّ مالك آخر كان للمرتهن حقّ افتراضه وثيقه لدينه و حقّ استيفاء دينه منه، و تبدّل المالك مهما تكرر لا يؤثر على ذلك، بينما لا يتصوّر التتبع في الحقّ الشخصيّ.

٢- أنّ لصاحب الحقّ العينيّ أن يتقدّم على جميع الدائنين الشخصيّين في تقاضى حقّه من الشئ، فالمرتهن مثلاً يتقدّم في استيفاء حقّه

من العين على الغرماء الشخصيين، ولا يكون اسوة الغرماء «١».

و الواقع أننا إن قصدنا بالثمرة الأثر الشرعي المتفرع على الفرق بين الحقيين فالمفروض أن تكون الثمرة من قبيل الثمرة الثانية دون الاولى، فإن الاولى لا تعدو أن تكون فارقا موضوعيا بين الحقيين لا ثمرة شرعية مترتبة على الفرق بينهما، فمتعلق الحق حينما يكون عينا خارجية فهذه العين تقبل الانتقال خارجا من حيازة إلى اخرى، أو أن ملكية هذه العين تنتقل من شخص لآخر، و الحق يبقى ملتصقا بها. أما متعلق الحق الشخصي فقومه بنفس الحق، و لا وجود له خارجي منفصلا عن عالم الحق و الالتزام كي يفترض تنقله من حيازة إلى حيازة، أو من ملكية إلى ملكية كي نرى هل يتبعه الحق أو لا يتبعه.

(١) راجع بشأن آثار الحقيين الوسيط ١: الفقرة ٦، و ٨: الفقرة ١١٥ - ١٢٠، و الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: الفقرة ١٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥٤

و أما إن قصدنا بالثمرة مطلق الفارق المبرر لتقسيم الحق بنكته تنظيم أبواب الفقه و ترتيبها فلا بأس بذكر الثمرات التي تكون من قبيل الثمرة الاولى.

و نقل الاستاذ مصطفى الزرقاء «١» عن كتاب «نظريه العقد» للدكتور السهوري قوله:

إن الشريعة الإسلامية لا يستشعر فيها بهذا التمييز بين الحق العيني و الشخصي إلا في بعض عبارات تأتي عرضا في موضوعات مختلفة ميز فيها فقهاء المسلمين بين حق يتعلق بالعين و حق لا يتعلق بها، و لكنه تمييز غير واضح، و لم يعقب عليه الفقهاء تعقبا يتفق مع أهميته، و لم تصغ منه نظرية ممهدة كما فعلت في النظريات الاخرى للفقه الإسلامي و إن كان الفقهاء قد رتبوا لحق الرهن مثلا حق التقدم و نوعا من حق التبعية.

و أجاب على ذلك الاستاذ مصطفى الزرقاء بقوله:

أما أن فقهاء المسلمين لم يصوغوا نظرية ممهدة مستقلة للتمييز بين الحق الشخصي و الحق العيني فنعم، و هذا راجع إلى اختلاف مبني الترتيب و الصياغة بين الفقه الإسلامي و الفقه الأجنبي.

فالفقه الأجنبي يقوم ترتيبه على أساس تقسيم أحكامه إلى زميتين منفصلتين:

١- زمرة أحكام الحقوق الشخصية، و تشمل على النظرية العامة للالتزامات ثم أحكام العقود المسماة.

٢- زمرة أحكام الحقوق العينية، و تسمى نظرية الأموال، و من ثم برز للنظر هذا التمييز بين الحقيين العيني و الشخصي في الفقه الأجنبي و القوانين المصوغه منه، لأن هذا التمييز هو أساس ترتيب الفقه الأجنبي كله.

(١) في كتاب الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: الفقرة ١٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥٥

أما الفقه الإسلامي فإن ترتيبه و صياغته يقومان على أساس سرد مصادر الحقوق و الالتزامات و بيان أحكامها و نتائجها في كل مصدر بحسب أحواله، فلم يبق مجال لأن يظهر تمييز فقهاء الفقه الإسلامي بين الحقيين العيني و الشخصي إلا في فروع الأحكام المتفرقة لمن يتبعها.

و إذا كان فقهاؤنا لم يتخذوا هذا التمييز بين نوعي الحق أساسا لترتيب فقهم - كما فعل علماء القانون الأجنبي - فليس في ذلك أبدا دلالة على عدم تمييز فقهاؤنا بين نوعي الحق و طبيعتهما تمييزا ذاتيا، إذ العبرة في هذا التمييز لفروع الأحكام لا للترتيب.

و هذا مما دعانا إلى صياغة فقها على غرار نظرية الالتزامات القانونية.

و الواقع أن فقهاؤنا قد ميزوا بين الحقيين في جميع المسائل التي يقتضى هذا التمييز فيها اختلاف الأحكام، و لهم في ذلك أنظار دقيقة

جدًا.

فمن ذلك الأمثلة التي تقدّمت «١» و من ذلك أيضا تصريح فقهاؤنا بأن المبيع المعين إذا استحقّ من يد المشتري ينتقض عقد البيع السابق فلا يكلف البائع إعطاء المشتري مثل المبيع الذي استحقّ من يده، بل يسترّد المشتري ما دفع من الثمن، لأنّ حقّ المشتري عينيّ متعلّق بعين المبيع، فباستحقاق المبيع استحال تنفيذ البيع، فيبطل.

أمّا إذا استحقّ الثمن من يد البائع فلا- ينتقض البيع، و لا- يسترّد البائع المبيع و إن كان قائما، و إنّما يرجع على المشتري بمثل الثمن المستحقّ، لأنّ أصل الثمن حقّ شخصيّ للبائع في ذمّة المشتري «٢»، فإذا وفّاه إيّاه بمبلغ معين فاستحقّ هذا

(١) يشير بذلك إلى أمثلة ذكرها في الفقرة ١٢ من كتابه.

(٢) ينظر إلى الفرض الغالب في الخارج من كون الثمن كليًا.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥٦

المبلغ من يد البائع تبين عدم صحّة وفاء الثمن، فيوفيه المشتري مجددا بمبلغ آخر.

و من ذلك أيضا ما صرّحوا به في بحث الحقوق التي تتعلّق بالتركة و ترتيب استيفائها، فقد قالوا: إنّ الحقوق منها ما يتعلّق بعين التركة كالدين المتعلّق بالمرهون و المأجور «١»، و أرسّ جناية العبد الجاني في حياة مولاه، و المبيع المحبوس بالثمن «٢»، و العبد المأذون بالتجارة إذا لحقته ديون ثم مات المولى و لا مال له سوى هذا العبد «٣».

و منها ما يتعلّق بمالئة التركة كالديون العادية التي على الميت.

فالنوع الأول يقدم استيفاؤه على نفقات التكفين إلّا إذا كان الحقّ قد تعلّق بالعين بعد صيرورتها تركة كالعين الموصى بها، فإنّ تنفيذ الوصية بها عندئذ يؤخّر عن التكفين.

و أمّا النوع الثاني فإنّ التكفين يقدم عليه مطلقا

و العلّة هي أنّ هذا النوع الثاني حقوق شخصيّة على الميت لا تتعلّق بعين معيّنة من التركة ليكون لاستيفائها امتياز و رجحان ... «٤».

أقول- بعد ترك البحث عن كلّ فرع من الفروع التي أشار إليها- إنّ ما ذكره من تمييز الفقه الإسلاميّ تمييزا دقيقا بين الحقّ العينيّ و الحقّ الشخصيّ صحيح.

(١) يشير إلى دعوى أنّ المستأجر من حقّه أن يستوفي دينه من منفعة العين المأجورة على تقدير ما ذهب إليه الفقه الحنفّي من انفساخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين.

(٢) يشير إلى الرأي القائل بثبوت حقّ الفسخ للبائع عند عدم تسليم الثمن و هو حقّ عينيّ متعلّق بعين المبيع.

(٣) يعني بناء على تعلّق الديون عندئذ بنفس العين و هي العبد.

(٤) الفقه الإسلاميّ في ثوبه الجديد ٣: الفقرة ١٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥٧

نعم، التسمية بهذه الأسماء إنّما وردت في الفقه الغربيّ. و في الفقه الإسلاميّ حقوق مالئة تتعلّق بالأعيان الخارجيّة- كالملكيّة، و حقّ الرهن، و حقّ الفسخ، و ما إلى ذلك- و هي التي تقابل مصطلح الحقّ العينيّ في الفقه الغربيّ، و حقوق مالئة تتعلّق بالذمّة- كحقّ المقرض على المقترض، أو حقّ المالك على من أ تلف العين، أو على الغاصب الذي تلفت العين في يده، و حقّ المستأجر على الأجير- و هي تقابل مصطلح الحقّ الشخصيّ في الفقه الغربيّ. و قد ذكر الفقهاء آثار كلّ فرع من هذه الفروع في محلّه.

و هناك حقوق ثالثة تتعلّق بالعهد و لا تتعلّق بالذمّة، من قبيل حقّ نفقة الابن على الأب أو العكس، و من قبيل انشغال العهدة بأداء

أعيان خارجية لم تدخل الذمة لكونها أموالاً حقيقية ثابتة في وعاء الخارج لا رمزية كى يكون وعاءها الذمة، من قبيل وجوب تسليم المشتري للثمن إلى البائع، أو وجوب تسليم البائع للمبيع إلى المشتري، أو وجوب أداء الأمانة، أو وجوب رد الغاصب ما غصبه إلى صاحبه، وما إلى ذلك، فهذه كلها التزامات من طرف و حقوق من طرف آخر.

و لو اريد إدراج هذه الامور في أحد القسمين الشخصي و العيني من الحقوق فهي ملحقة بالحق الشخصي، و أنا لم أجد- بقدر فحصي الناقص- فيما يترجم عن الفقه الغربي حينما يتعرضون لشرح الحق الشخصي و العيني وضوحاً لإدراج أمثال هذه الحقوق في المقسم و إلحاقها بالحق الشخصي، لكن إذا ضمنا عدّهم لأمثال هذه الامور في الالتزامات حيث قالوا مثلاً: إنّ العقد سبب للالتزام المشتري بتسليم الثمن و التزام البائع بتسليم المبيع، إذا ضمنا ذلك إلى ما افترضوه من أنّ الالتزام و الحق الشخصي متضايقان- فكلّ حق شخصي في طرف الدائن يعتبر التزاماً من طرف المدين، و كل التزام في طرف المدين يعدّ حقاً

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥٨

شخصياً من طرف الدائن- كانت النتيجة افتراض أمثال هذه الالتزامات حقوقاً شخصيّة لمن فرضت هذه الالتزامات في صالحه و لأجله.

حقوق الابتكار

إشارة

و هناك قسم ثالث للحقوق المائيّة لا يدخل في الحق العيني و لا في الحق الشخصي ذكره الاستاذ مصطفى الزرقاء حيث قال: و هناك نوع ثالث حديث من الحقوق المائيّة أوجدته أوضاع الحياة المدنيّة و الاقتصاديّة و الثقافيّة الحديثيّة، و نظّمته القوانين العصريّة و الاتّفاقات الدوليّة، يسميه بعض القانونيين: (الحقوق الأدبيّة) كحق المخترع و المؤلّف و كلّ منتج لأثر مبتكر فنيّ أو صناعيّ، فإنّ لهؤلاء حقاً في الاحتفاظ بنسبته ما اخترعوه أو أنتجوه إليهم، و في احتكار المنفعة المائيّة التي يمكن استغلالها من نشره و تعميمه. و مثله العلامات الفارقة الصناعيّة و العناوين التجاريّة و امتيازات إصدار الصحف الدوريّة، كلّ ذلك بشرائط و حدود تقرّها القوانين المحليّة و الاتّفاقات الدوليّة.

فهذا النوع من الحقوق لم يكن معروفاً في الشرائع القديمة، لأنّه وليد العوامل و الوسائل المدنيّة و الاقتصاديّة الحديثيّة. و هو لا يدخل في الحقوق العينيّة لأنّه لا يرد مثلها مباشرة على شيء مادّيّ معيّن، كما أنّه لا يدخل في الحقوق الشخصيّة لأنّه لا يفرض تكليفاً خاصاً على شخص معيّن آخر غير صاحب الحقّ.

و القصد من إقرار هذه الحقوق إنّما هو تشجيع الاختراع و الإبداع، كى يعلم من يبذل جهده فيهما أنّه سيختصّ باستثمارهما، و سيكون محميّاً من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره و تفكيره و يزاحموه في استغلالها.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٥٩

و في الشرع الإسلاميّ متّسع لهذا التدبير تخريجا على قاعدة المصالح المرسلّة في ميدان الحقوق الخاصّة. و قد رجّحنا أن نسمي هذا النوع (حقوق الابتكار) لأنّ اسم (الحقوق الأدبيّة) ضيق لا يلائم مع كثير من أفراد هذا النوع، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجاريّة، و الأدوات الصناعيّة المبتكرة، و عناوين المحالّ التجاريّة ممّا لا صلة له بالأدب، و النتاج الفكريّ. أمّا اسم (حقّ الابتكار) فيشمل الحقوق الأدبيّة كحقّ المؤلّف في استغلال كتابه، و الصحفيّ في امتياز صحيفته، و الفنّان في أثره الفنّي من الفنون الجميلة، كما يشمل الحقوق الصناعيّة و التجاريّة ممّا يسمونه اليوم بالملكيّة الصناعيّة، كحقّ مخترع الآلة، و مبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، و مبتكر العنوان التجاريّ الذي أحرز الشهرة...» (١).

التبرير الشرعي لحق الابتكار:

أقول: بما أننا لا نؤمن بمبدأ المصالح المرسله بحرفيتها التي يؤمن بها الاستاذ الزرقاء فبالإمكان استبداله بمبدأ ولاية الفقيه. فالولي الفقيه متى ما يرى المصلحة الاجتماعية بالمستوى المبرر لإلزام المجتمع بأمثال هذه الحقوق يعمل ولايته في تثبيت ذلك، فإذا حرم مثلا على الناس أن يطبعوا تأليف شخص ما بلا إذنه صحّ للمؤلف أن يأخذ مبلغا من المال ممن يريد الطبع لقاء إذنه له بذلك، و لو طبع بلا إذنه فرض عليه بمبدأ ولاية الفقيه دفع ثمن حق الطبع إلى المؤلف، كما تفرض الضرائب على الناس بمبدأ الولاية. أما لو غضبنا النظر عن أعمال ولي الأمر صلاحيته لتثبيت هذه الحقوق

(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: الفقرة ١١، الهامش.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦٠

فهل يمكن إثباتها في المقام في فقها الإسلامي أو لا؟

يمكن ذكر عدّة أوجه لإسباغ الشرعية على هذه الحقوق بحسب الفقه الإسلامي:

الوجه الأول: التمسك بالارتكاز العقلاني الدال على امتلاك هذه الحقوق بعد عدم ورود الردع.

وهذا الوجه بهذا المقدار يتبادر إلى الذهن الإيراد عليه بأن هذا الارتكاز العقلاني ارتكاز حديث لم يكن في زمن المعصوم كى يدلّ عدم الردع على إفضائه بناء على دلالة عدم الردع على إفضاء الارتكاز حتى غير المترجم إلى العمل، وقد مضت من الإشارة إلى أنّ التوسّع الجديد في الارتكازات لا يثبت إفضائه بعدم الردع، ولا يقاس ذلك بالتوسّع في المصاديق من قبيل ارتكاز مملكيّة الحيازة الثابت في زمن المعصوم والمقتصر في عالم الصدق الخارجي وقتئذ على الحيازات اليدويّة أو الحيازة بالآلة اليدويّة، بينما توجد اليوم مصاديق جديدة للحيازة وهي الحيازات الواسعة بالأدوات الصناعيّة الحديثة، ففي مثل ذلك يمكن أن يقال: إنّ عدم الردع دلّ على إفضاء كبرى الارتكاز، واليوم يطبق الحكم المستفاد من إفضاء الارتكاز على مصاديق جديدة لم تكن وقتئذ. أمّا في ما نحن فيه فارتكاز ثبوت الحقّ في مثل حقّ الطبع والنشر وجميع الحقوق الأدبيّة أو حقوق الابتكار ارتكاز جديد، لا يكون عدم الردع عنه في زمان المعصوم دليلا على إفضائه.

إلّا أنّه بالإمكان أن توجه دعوى التمسك بالارتكاز في المقام بأن يقال:

إنّ التوسّع في ما نحن فيه توسّع في تطبيق ارتكاز ثابت في زمن المعصوم، أي أنّه وجدت للقضيّة المرتكزة مصاديق جديدة، وليس توسّعا في نفس الارتكاز.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦١

و توضيح ذلك: أنّه مضى في بحث المملكيّة أنّ المناشئ الأوليّة للملكيّة الاعتباريّة في ارتكاز العقلاء أمران: الحيازة، والعلاج أو الصنع، فالحيازة توجب ملكيّة الأشياء المنقولة، والعلاج أو الصنع يوجب ملكيّة الأشياء غير المنقولة، كما في إحياء الأرض أو تعميمها، أو حفر عين الماء، أو ما شابه ذلك. و هنا نقول: إنّ العلاج أو الصنع لا يختصّ بالأشياء الماديّة غير المنقولة بل يتحقّق في الامور المعنويّة، فمؤلف الكتاب يكون صانعا لتلك الشخصيّة المعنويّة وهي شخصيّة الكتاب بوجوده التجريدي، وقد يكون تعب عليها أكثر من تعب محيي الأرض أو معمرها، أو حافر العين و أمثالهم، وقد يكون صنعه و علاجه أشدّ و أقوى من صنعهم و علاجهم، وقد لا يختصّ علاج صاحب الكتاب بمجرد التأليف و التويب و الجمع و الترتيب، بل تكون له إبداعات حديثه و ابتكارات جديدة خلقها و ضمّنها الكتاب.

و الكبرى المركوزة في الذهن العقلاني إنّما هي مملكيّة الصنع و العلاج بالمعنى الشامل لصنع الامور المعنويّة، غاية ما هناك أنّ

الأفراد المعنوية لم تكن موجودة في زمن المعصوم و وجدت في الأزمنة المتأخرة، و هذا يعني التوسع في المصداق و التطبيق لا في أصل الارتكاز.

و الصحيح: أن هذا الوجه غير تام، فإن أمثال هذه العلاجات المعنوية و الصنع المعنوي كانت موجودة في زمن المعصوم و لو بمستوى منخفض و ضيق، فهناك تأليفات في ذاك الزمن و هناك إبداعات راقية و قنن بالقياس إلى زمانها، و لكن لم يكن هناك ارتكاز امتلاكها من قبل مؤلفها أو مبدعها، أو نشكك - على الأقل - في وجود ارتكاز من هذا القبيل و قنن. و كان السبب في عدم هذا الارتكاز عدم الشعور بحاجة إلى اعتبار ملكية من هذا القبيل، إذ لم يكن مجال

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦٢

لاستغلال ذاك الأمر التجريدي المصنوع، إذ لا طباعة و قنن و لا قدرة على سعة النشر، و لا على تقليد الفنون و الصناعات بشكل واسع، و قد حصلت الحاجة حديثا إلى اعتبار هذه الملكية بسبب تطوّر الأوضاع و الأدوات و اتساع القدرات و انفتاح أبواب كثيرة للاستغلال، فهنا حصل للعقلاء ارتكاز الملكية للأمر التجريدي المعنوي بصنعه و علاجه، و فيما سبق لم يكن الارتكاز إلّا على ملكية العلاج في الامور المادية، و لا أقل من احتمال ذلك، فالقضية إذن راجعة إلى حصول التوسع في الارتكازات، و ليست راجعة إلى التوسع في دائرة المصداق.

و الوجه الثاني: أن يقال: إن ملكية الإنسان لأعماله و ذممه و جوارحه و أعضائه و نتائج أعماله ليست ملكية اعتبارية، بل هي ملكية تكوينية بمعنى السلطة التكوينية عليها، و لم ير العقلاء حاجة إلى جعل السلطة الاعتبارية في هذه الموارد لكفاية السلطة التكوينية فيها عن الاعتبارية في نظرهم. و هذه الملكية التكوينية موضوع لحق الاختصاص و الأولوية للإنسان على تلك الأعمال و النتائج، لا تمسكا بالارتكاز القائل بذلك كي يعود المحذور و يشكك في ثبوت هذا الارتكاز في مورد الكلام في زمن المعصوم، بل تمسكا بروايات عدم جواز التصرف في مال الغير من قبيل ما ورد في توقيع علي يد أبي جعفر محمد بن عثمان العمري رحمه الله من قول الإمام صاحب الزمان عجل الله فرجه الشريف: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» (١).

و من قبيل ما ورد عن سماعة و عن زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا

(١) الوسائل ٦: ٣٧٧، الباب ٣، من الانفال، الحديث ٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦٣

يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلّا بطيبة نفسه» (١).

فإذا ثبتت هذه الأولوية للإنسان بالقياس لنتائج أعماله قلنا: إن الكتاب مثلا بوجوده التجريدي المعنوي يكون من نتائج صاحب الكتاب فهو مملوك له ملكية تكوينية لا اعتبارية، و التصرف فيه بمثل الطبع بغير إذنه مثلا تصرف في مال الناس و منهي عنه بحكم تلك الروايات. و كذلك تشمله أدلة المعاملات في غير ما تشترط فيه العينة كالمبيع مثلا.

و الجواب - بعد تسليم شمول روايات النهي عن مال الغير و أدلة المعاملات لما هو مملوك بالملكية التكوينية لا الاعتبارية -: أن المملوك بالملكية التكوينية التي هي بمعنى السلطنة التكوينية إنما هو نفس الأعمال لا نتائجها التي تنفصل عن الإنسان و تخرج عن اختيار الإنسان تكوينيا، و ليس حال الكتاب مثلا بمعناه التجريدي بعد أن أوجده المؤلف و جسده في الكتاب الخارجي الذي يصل إلى يد كل أحد بالقياس إلى المؤلف إلّا كحال الدار المبنية بالقياس إلى من بناها، و لا سلطة تكوينية لصاحب الدار على الدار، و لا للمؤلف على الكتاب، و كلاهما بحاجة إلى السلطة الاعتبارية الارتكازية، و إذا انتهينا إلى الارتكاز فقد انتهينا إلى الوجه الأول الذي عرفت جوابه.

الوجه الثالث: أن يقال بأن أولوية الإنسان بعمله و بنتائج عمله أمر عقلي، و ليست مجرد ارتكاز عقلائي. نعم، الإنسان إنما يكون أولى بعمله و بنتائج عمله بالقياس إلى الناس الآخرين لا بالقياس إلى المولى سبحانه و الشريعة الإسلامية،

(١) ورد الحديث عن سماعه في الوسائل ٣: ٤٢٤، الباب ٣ من مكان المصلى، الحديث ١، و ورد عن سماعه و عن زيد الشحام في الوسائل ٣: ١٩، الباب ١ من قصاص النفس، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦٤

فلو وصل حكم من الشريعة الإسلامية بالتسليم أمام استغلال الآخرين لعمله و نتيجة عمله يسلم بذلك، و يكون وصول هذا الحكم مغيرا للموضوع، لأن ما أدركه العقل كان عبارة عن أولويته بعمله و بنتائج العمل في قبال الآخرين فقط، و هذا لا ينافي استغلال الآخرين لذلك بحكم واصل من الشريعة الإسلامية، لعدم الأولوية في قبال المولى.

إذن فالاستغلال- على هذا الأساس- موضوع جديد يتحقق بوصول الحكم الشرعي، و نحن لم يصلنا حكم شرعي من هذا القبيل، فموضوع الحكم العقلي باق على حاله، أى أن استغلال الآخرين لنتيجة عملنا التأليفي أو الفنى أو نحو ذلك استغلال غير ناشئ من حكم المولى، فهو لا يجوز لحكم العقل بأولوية الإنسان على عمله و نتاجه من الآخرين.

و الصحيح: أننا إن سلمنا حكم العقل و كونه مغيب بالحكم الشرعي الواصل فإنما هو في مورد السلطنة التكوينية كما في الأعمال لا أكثر من ذلك. و أما في دائرة نتائج الأعمال فلا يوجد عدا حكم العقلاء و ارتكازهم، فنعود مرة اخرى إلى الوجه الأول الذي عرفت عدم تماميته.

الوجه الرابع: التمسك بقاعدة «لا ضرر و لا ضرار» لأن استغلال نتيجة عمل المؤلف أو الفنان أو نحوهما إضرار به، فهو منفي بهذه القاعدة.

و الجواب: أن الضرر في باب الأموال و الحقوق ليس إلّا عبارة عن سلب المال و الحق، فصدقه يتوقف على تامة امتلاك المال و الحق، و هو أول الكلام.

و لو ثبت الحق في المقام في الرتبة السابقة على التمسك بلا ضرر بوجه شرعي لم نحتاج إلى قاعدة لا ضرر. أما إثبات الحق في الرتبة السابقة بالارتكاز فهو رجوع إلى الوجه الأول.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦٥

الوجه الخامس: أن المعاملات التي تقع عند العقلاء على أمثال هذه الحقوق معاملات عقلانية داخله في مثل إطلاق أو فوا بالعقود «١». و الجواب: أننا إن سلمنا بدلالة (أو فوا بالعقود) على صحة العقد أو وجدنا إطلاقا آخر يناسب المقام فالإطلاق إنما يتم بعد ثبوت المالية و الحق شرعا، إذ لا شك أن العقد يجب أن يقع على ما هو داخل في ملك العاقد أو حقه في نظر التشريع الذي استقيناه منه قاعدة وجوب الوفاء بالعقد، فإذا كان الحق و المال ثابتا عقليا فقط ثبتت صحة العقد عقليا لا شرعا، إلّا بمعونه الارتكاز، و هو رجوع إلى الوجه الأول. و إذا كان ذلك ثابتا شرعا ثبتت صحة العقد شرعا، و مع الشك في ذلك يكون التمسك بمثل أو فوا بالعقود تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية.

حق السرقانية

إشارة

و في ختام بحثنا عن الحق لا بأس بالكلام عما تعارف في هذه الأيام مما يسمّى بالسرقفليّة، فنقول:

مقتضى القواعد العامة:

لا إشكال في أنّ المالك له- بالعنوان الأوّل- الخيار في قبول بقاء المستأجر بعد انتهاء مدّة الإيجار في الحانوت مثلا، و تجديد العقد معه إذا أراد مع تصعيد مبلغ الاجرة و عدمه، و تبديل المستأجر بمستأجر آخر، أو ترك الإيجار نهائيا، فيما كانه نقل هذا الحق إلى المستأجر لقاء مبلغ باسم السرقفليّة مع إعطائه صلاحية نقل ذلك إلى المستأجر الثاني، و هكذا.

(١) المائة: ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦٦

و قد يناقش في ذلك «١» بأنّ الأصل لدى الشكّ في الحقّ و الحكم أو في قابليّة الحقّ للنقل أو الإسقاط هو عدم القابليّة للنقل أو الإسقاط، إذن فليس للمالك نقل هذا الحقّ إلى المستأجر. نعم، له أخذ مبلغ باسم السرقفليّة من المستأجر بعنوان القرض المشروط في ضمن عقد الإيجار، أو كجزء من إيجار الشهر الأوّل مثلا.

و يرى صاحب هذا النقاش أنّه بإمكاننا تثبيت النتائج المطلوبة في فكرة حقّ السرقفليّة بأحد طريقين:

الأوّل: أن يشترط المستأجر على المالك في ضمن عقد الإيجار أن يعمل بما يرغبه المستأجر من عدم تصعيد مبلغ الإيجار، و عدم إخراجه بعد انتهاء المدّة من الحانوت، و تجديد الإيجار منه بنفس المبلغ، أو إيجاره بنفس المبلغ من أيّ شخص آخر يتفق معه المستأجر الأوّل، و أن يتعامل مع المستأجر الجديد نفس تعامله مع المستأجر الأوّل، و يكون من حقّ المالك أن يأخذ مبلغ السرقفليّة من المستأجر الأوّل بعنوان جزء من الإيجار في الشهر الأوّل مثلا، كما يكون من حقّ المستأجر الأوّل أن يأخذ المبلغ من المستأجر الثاني مقابل أن لا يزاحمه في إيجار المالك للحانوت إيّاه، إذ كانت من حقّه- بمقتضى شرطه مع المالك- هذه المزاحمة فيأخذ منه المبلغ كشرط أو جعالة أو من قبيل الهبة المعوّضة، عوضها عدم مزاحمته إيّاه.

و الثاني: أن يشترط المستأجر على المالك توكيله في تجديد الإيجار على نفسه بنفس المبلغ و إيجاره على شخص آخر- لو أراد- بنفس المبلغ مع تفويض

(١) راجع المسائل المستحدثة للسيد الروحاني: ٢١-٢٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦٧

نفس الأمر إلى المستأجر الجديد، و يأخذ المالك من المستأجر بإزاء هذه الوكالة مبلغ السرقفليّة، كما أنّه من حقّ المستأجر الأوّل أن يأخذ مبلغ السرقفليّة من المستأجر الجديد مقابل تفويض الأمر إليه.

و هذه الوكالة لا تقبل العزل لأنّها لزمّت بشرطها في ضمن العقد اللازم.

و إذا مات الوكيل انتقلت هذه الوكالة إلى ورثته الوكيل، لأنّ لها قيمة و مالئ.

و لو لم يقبل بهذا الإرث أمكن شرط وكالة الورثة بعد موت المورث في ضمن العقد أيضا.

و إذا مات الموكّل بقي المستأجر على وكالته، لأنّ الوكالة لا تنسخ بموت الموكّل، سيّما في الوكالة اللازمة كما في المقام.

أقول: لو سلّمنا عدم انفساخ الوكالة بموت الموكّل فإنّما هو فيما يبقى تحت ملك الموكّل بعد موته، لكونه من الثلث الذي استبقاه في

ملكه بالوصيّة مثلا. أمّا دعوى بقاء الوكالة فيما خرج عن ملك الموكّل فغريبة.

و أما دعوى انتقال الوكالة بالإرث إلى ورثة الوكيل بعد موته لأن لها مائتة فهذه أيضا غير صحيحة، فإن المقصود بالخير في مثل قوله: **إِنْ تَرَكَ خَيْرًا** «١» هو الأمر الذي يكون قائما بعد موت الميِّت، لاستقلاله الخارجيّ عن الميِّت، و عدم كونه أمرا إضافيا متقوما بالميت كالمملك أو الحق أو الوكالة، و بهذا يصدق عنوان الترك في قوله: **إِنْ تَرَكَ خَيْرًا**. فهذا العنوان إنما يصدق بلحاظ متعلق المملك أو الحق أو الوكالة، لا بلحاظ نفس هذه العناوين الإضافية. و عنوان المال و الخير و ما شابه ذلك أيضا يراد به متعلق هذه الإضافات لا نفسها، و المفهوم عرفا

(١) البقرة: ١٨٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦٨

من انتقال المال الخارجيّ من عين أو منفعة إلى الوارث انتقاله في عالم الملكية أو في عالم الملكية و الحق، و ليس في عالم مطلق الإضافات بما فيها الوكالة مثلا.

و على أية حال، فنحن لسنا بحاجة في تصحيح نتائج فكرة حق السرقة إلى ما ذكره من التخريجات، و ذلك لأن نقاشه الأساس في الأمر بأصالة عدم قبول الإسقاط و النقل في كل ما شككنا في كونه حقا أو حكما، أو شككنا في قبوله للنقل و الإسقاط لا نقبل انطباقه على المقام، و ذلك لما مضى منّا في شرح مقياس قبول الحق للنقل أو الإسقاط، فلا إشكال في أنّ المالك كان له - بالعنوان الأوّل - حق التصرف في ماله و تعيين مصيره بتجديد الإيجار و عدمه، و تبديل المستأجر و عدمه، و تصعيد مبلغ الاجرة و عدمه. و هذا الحق قابل للإسقاط و النقل كما يظهر بمراجعة ما مضى منّا في ضابط ذلك، لأن هذا الحق إنما كان لمصلحة المالك، و له أن يرفع اليد عن المصلحة، و ليس متقوما عرفا بعنصر خاص بالمالك من قبيل حق الولاية، أو الوصاية التي جعلت لشخص الولي أو الوصي لخصوصية فيه، فلا معنى لنقلها إلى غيره.

إذن فيصح للمالك نقل هذا الحق إلى المستأجر الأوّل، أو نقل المستأجر هذا الحق إلى مستأجر جديد، و له أن يجعل ذلك لقاء مبلغ السرقة. و هذه معاملة برأسها، أو تكون شرطا ضمن عقد الإيجار، و لا حاجة إلى إرجاعها إلى الجعالة أو الهبة المعوضة أو القرض. و إذا تمّ نقل هذا الحق ثمّ مات المستأجر المنقول إليه، فإن فهمنا من دليل الإرث انتقال متعلق الحق إلى الوارث في عالم الحق كما ينتقل في عالم المملك فلا إشكال، و إلّا فينحصر حلّ الإشكال بالنسبة للوارث بتعميم الشرط في ضمن عقد الإيجار بأن يشترط ثبوت هذا الحق للوارث بعد موت المستأجر.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٦٩

و أما إذا مات المالك الناقل للحق فبالإمكان تخريج بقاء الحق للمستأجر و عدم جواز نقضه من قبل الورثة بأن المنفعة الباقية للحنوت للورثة قد تضيقت.

فهذا يشبه العين الموروثة التي هي تحت إيجار الآخرين فانتقلت إلى الوارث مسلوبة المنفعة. و بكلمة اخرى: ان العين محتملة بحق السرقة، فتورث بهذا الشكل من قبيل إرث العين المحتملة بحق الرهن.

مقتضى الروايات الخاصة:

و قد يناقش في ذلك بإحدى روايتين:

الاولى: ما عن خالد بن نافع (أو رافع) البجلي عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له مدة حياته يعنى صاحب الدار (و الظاهر أنّ هذا التعبير خطأ، و الصحيح: يعنى من جعلت له

السكنى) فمات الذى جعل السكنى وبقى الذى جعل له السكنى، أ رأيت إن أراد الورثة أن يخرجوه من الدار ألهم ذلك؟ قال: فقال: أرى أن يقوم الدار بقيمة عادلة و ينظر إلى ثلث الميت، و إن كان فى ثلثه ما يحيط بثمان الدار فليس للورثة أن يخرجوه. و إن كان الثلث لا يفي بثمان الدار فلهم أن يخرجوه ... «١».

فقد يقال: إن هذا الحديث دلّ على أنّ متعلّق حقّ السكنى لو لم يدخل فى الثلث انتقض الحقّ بموت المالك، فكذلك الأمر فيما نحن فيه.

و الجواب- بقطع النظر عن ضعف سند الحديث-: أنّ هناك فرقا يحتمل كونه فارقا بين ما نحن فيه و مورد الحديث، و هو أنّ تصرف المالك فى مورد الحديث كان مجانا فلم يأكل هو منفعة الدار، و التصرف المجانى نفذ شرعا بمقدار

(١) الوسائل ١٣: ٣٣١، الباب ٨ من أحكام السكنى و الحيس، الحديث ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧٠

حياته. أما فى مورد السرقة فالمالك أعطى الحقّ للمستأجر بإزاء مبلغ السرقة. و هذا يعنى أنّه أخذ المنفعة المستقبلية فى حال حياته، فهو شبيه بما لو أجر الدار لمدة من الزمن ثم مات قبل انتهاء الإيجار، فالوارث يرث الدار مسلوبة المنفعة، و يرث الاجرة لو كانت باقية.

و الثانية: ما ورد بسند تامّ عن عمر بن أذينة قال: كنت شاهدا عند ابن أبى ليلى و قضى فى رجل جعل لبعض قرابته غلّة داره و لم يوقّت وقتا، فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبى ليلى و حضر قرابته الذى جعل له غلّة الدار، فقال ابن أبى ليلى: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال محمّد بن مسلم الثقفى: أما إنّ على ابن أبى طالب عليه السّلام قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: و ما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر محمّد بن علىّ عليه السّلام يقول: قضى علىّ عليه السّلام برّد الحيس و إنفاذ الموارث، فقال له ابن أبى ليلى: هذا عندك فى كتابك؟ قال: نعم، قال: فارسل و اتنى به، فقال له محمّد بن مسلم: على أن لا تنظر من الكتاب إلّا فى ذلك الحديث، قال: لك ذلك. قال: فأحضر الكتاب و أراه الحديث عن أبى جعفر عليه السّلام فى الكتاب فردّ قضيتّه «١». و اختصاص مورد بهيس لم يوقّت فيه الوقت لا يضرب بإطلاق النصّ.

و نحوه حديث آخر ٢ لم يذكر فى مورد هذا القيد إلا أنّه غير تامّ سندا.

فيقال: لئن كان الحيس يرّد إلى الورثة فكذلك حقّ السرقة.

و هنا أيضا يكون الفارق الذى ذكرناه فى ذيل الرواية الاولى موجودا، فالجس عبارة عن تخصيص المنافع للمحبوس له دون أكل المالك لها بأخذ ما

(١) (١) و (٢) الوسائل ١٣: ٣٢٨ و ٣٢٩، الباب ٥ من أحكام السكنى و الحيس، الحديث ١ و ٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧١

يقابلها، بخلاف ما نحن فيه المفروض أكل المالك فيه لحقّ السرقة بأخذ العوض، فذاك العوض لو كان باقيا كان هو الذى ينتقل إلى الوارث بالإرث، و لو كان مصروفا كانت العين هى التى تورث فحسب مسلوبة المنفعة.

هذا، مضافا إلى أنّه لا بدّ من تخصيص هذه الرواية بفرض عدم توقيت الحبس، لا بمدى حياة المحبوس له و لا بأمد آخر، مع عدم فرضه تحيسا مؤبدا الذى هو راجع إلى الوقف. و الوجه فى هذا التخصيص هو ورود روايات صريحة فى أنّ السكنى و العمرى لو جعلت لمن يسكن فى الدار مع عقبه فهى له و لعقبه حتى يفنوا ثم تردّ إلى صاحب الدار «١». و من الواضح: أنّ الغالب فى هذا الفرض هو موت المالك قبل فناء عقب المحبوس له.

تخريج جديد لحق السرقة:

هذا، وهناك منحنى آخر لفهم فكرة حق السرقة لا بأس بالتعرض له ومناقشته، وهو أن يقال: إن حق السرقة (النتيجة) عن هذه النقطة التي سنشرحها) خاص بمثل الحانوت البكر الذي أشغله المستأجر إلى أن راج الحانوت وتعارف الناس عليه وتعودوا على التردد عليه، فأوجب ذلك رفع قيمة الدكان، إذ من الواضح أن الدكان الذي لم يتعود الناس على التردد عليه والشراء منه يكون أقل قيمة من الدكان الذي تعود الناس عليه، فالمستأجر يطالب عند إخراجه من هذا الدكان بهذا الفارق في القيمة أو بجزء منه، ويأخذه من المالك الذي يخرج منه أو يشترط عليه تصعيد الاجرة أو من المستأجر الجديد الذي يطالبه بمغادرة الحانوت كي يعقد هو الإيجار مع صاحب الدكان ويحل محله، وذلك

(١) راجع الوسائل ١٣: ٣٢٥، الباب ٢ من كتاب السكنى والحيث.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧٢

بدعوى أن خالق القيمة يملكها، وهذا المستأجر هو الذي خلق القيمة الإضافية لهذا الدكان، أو أنه ساهم في خلق هذه القيمة الإضافية. ولا- ترد على هذا البيان جملة من الإشكالات الواردة على فكرة القيمة الفائضة المنسوبة إلى ماركس، فماركس أقام فكرته على أساس أن العمل هو الأساس الوحيد للقيمة، وهذا مناقش في محله، إلا أننا هنا لا نقيم الفكرة على هذا الأساس، وإنما نقول: إنه لا إشكال في أن المستأجر يكون لعمله سهم في رفع قيمة الدكان، فله حق المطالبة بجزء من هذه القيمة الإضافية باسم السرقة.

وكذلك ماركس ادعى أن القيمة الفائضة جاءت من ناحية أن المستأجر يشتري من العامل قوة العمل ويستلم منه نفس العمل، وقوة العمل أرخص من نفس العمل، لأن إرجاعها بعد استهلاكها ليس بحاجة إلّا إلى قليل من العمل والمصرف. فالقيمة الفائضة تخلق من الفارق بين قوة العمل ونفس العمل، وهذا الكلام مناقش في محله لكننا لسنا بحاجة إليه في ما نحن فيه، وإنما نقول: إن المستأجر ساهم - على أي حال - في رفع قيمة الدكان، فله المطالبة بشيء ما في مقابل ذلك.

وأيضا يرد على ماركس الذي لا يؤمن بغير المذهب الحسي والتجريبي في نظرية المعرفة أنه كيف عرف أن الذي يملك القيمة الفائضة هو خالقها؟! وليس هذا شيئاً دل عليه الحس أو التجربة، ونحن لا نبني كلامنا طبعاً على مباني الحس والتجربة كي يرد هذا الإشكال.

ولكن الصحيح - رغم هذا كله - أن تأثير عمل المستأجر في رفع قيمة الدكان وإن صلح كداع للاتجاه إلى فكرة السرقة ثم تخريجها على أساس البيان الذي مضى منا و لكنّه لا يصلح كتخريج شرعي لحق السرقة. فنحن وإن كنا لا

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧٣

نشك في أن عمل المستأجر في كثير من الأحيان ساهم في رفع قيمة الدكان ولكننا نقاش في كون ذلك كافياً في امتلاكه لهذه القيمة المرتفعة أو جزء منها، ونقول:

هل أن الحكم بامتلاكه لما خلقه من القيمة عقلي أو عقلائي؟

فإن قيل: إن هذا حكم عقلي فالعقل يحكم بأن من يخلق قيمة ما يملكها لا بمعنى الملكية الاعتبارية حتى يقال: إنها مجعولة من قبل العقلاء وليست عقليّة، بل بمعنى الأولوية العقلية من قبيل ما يدعى من حكم العقل بأولوية الإنسان على عمله وجوارحه من الناس الآخرين.

قلنا: إننا لا نحس بحكم عقلي من هذا القبيل في نتائج العمل التي تنفصل عن نفس العمل. ومما يتبّه الوجدان على كون هذا حكماً

عقلانيًا لا-عقلانيًا اختلاف المجتمعات المختلفة و الأزمنة المتعددة في قبوله و عدمه، بل تفريق مجتمع واحد في زمان واحد بين مصداقين من مصاديق خلق القيمة، فمثلا قد يقال: إنَّ للمستأجر حقَّ السرقفليَّة لأنَّه كان سهيما في رفع قيمة الدكان، و لكن لا يقال بمثل ذلك في رجل عالم أو المعنى يتهافت عليه الناس، فسكن منطقة قليلة السكَّان و أدَّى ذلك إلى غلاء أسعار بيوت تلك المنطقة أو إيجاراتها لتهافت الناس على مجاورته، أو في شركة مدَّت أنابيب الغاز أو أسلاك الكهرباء إلى منطقة ما و أدَّى ذلك إلى غلاء أسعار بيوتها و ما شابه ذلك.

و إن قيل: إنَّ هذا حكم عقلانيّ.

قلنا: إنَّ هذا الارتكاز العقلانيّ متأخَّر عن عصر التشريع الإسلاميّ، فليس سكوت المشرِّع عنه دليلا على الإمضاء.

هذا تمام كلامنا في بحث الحقّ.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧٥

٢- تصوّرات عامّة عن العقد

تعريف العقد و تطوّره التاريخي:

و لتعريف العقد نختار للبحث تعريفا عن الفقه السنّي و تعريفا عن الفقه الغربيّ، ثمّ ننتهي إلى تعريف له عن الفقه الشيعيّ: ذكر الاستاذ مصطفى الزرقاء ناسبا ذلك إلى مصطلح الفقه الإسلاميّ: أنَّ العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محلّه «١».

و يقرب من هذا التعبير ما نقله الدكتور عبد الرزاق السنهوريّ عن صاحب «مرشد الحيران» من أنَّ العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العقادين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه «٢».

و نقل الزرقاء تعريف الفقه الغربيّ للعقد عن كتاب «نظريّة العقد» للأستاذ السنهوريّ: أنَّ العقد هو اتّفاق إرادتين على إنشاء حقّ أو على نقله أو على إنهاؤه «٣».

(١) الفقه الإسلاميّ في ثوبه الجديد ١، الفقرة ١٣٢.

(٢) مصادر الحقّ للسنهوريّ ١: ٤٠.

(٣) الفقه الإسلاميّ في ثوبه الجديد ١: الفقرة ١٣٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧٦

و ذكر السنهوريّ في الوسيط: أنَّ العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانونيّ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه «١». و نقل عن بعض حذف التعديل و الإنهاء و الاقتصار على الإنشاء و النقل، مدّعيًا الفرق بين العقد و الاتّفاق بأنَّ العقد أخصّ من الاتّفاق فهو لا يشمل إلّا إنشاء الالتزام و نقله، بينما الاتّفاق يعمّ الكلّ. و رجيح السنهوريّ نفسه تعميم العقد و عدم التفريق بينه و بين الاتّفاق ناسبا له إلى الأكثر.

و ذكر الزرقاء: أنَّ تعريفه الفقهيّ أحكم منطقا و أدقّ تصوّرا من التعريف القانونيّ، و إن كان التعريف القانونيّ أوضح تصوّرا و تعبيراً «٢».

و ذكر في وجه كون التعريف الفقهيّ أدقّ و أحكم من التعريف القانونيّ:

(أولاً-) أنَّ العقد على التعريف الفقهيّ يختصّ بالمؤثّر في نظر التشريع، بينما ترى التعريف القانونيّ يشمل حتى ما لا يجمع شروط

التأثير. (و ثانيا) أن الأول يمتاز بتصوير الحقيقة العقدية ببيان الأداة العنصرية المكونة للعقد، أي الأجزاء و هما الإيجاب و القبول. أما اتفاق الإرادتين فيشمل الوعد أيضا.

و هناك فارق جوهري بين التعريف الفقهي و التعريف القانوني لم يشر إليه الزرقاء و هو: أن العقد في تعريفه القانوني عبارة عن إنشاء الالتزام بنقل حق أو إيجاده، و ليس بنفسه إنشاء للنقل أو للحق، بينما العقد في تعريفه الإسلامي يمكن أن يكون بنفسه إنشاء للنقل أو لفرض الحق أو إنهائه لا- التزاما بفعل ذلك. فالبيع مثلا في الفقه الغربي ليس إنشاء للتملك و التملك أو النقل و التبادل، و إنما هو إنشاء

(١) الوسيط ٤: الفقرة ٢٢٩.

(٢) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد الجزء ١، الفقرة ١٣٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧٧

للا التزام بفعل ذلك، و هذا بقتة تخلف في فقههم موروث من فقههم المتخلف القديم.

و إليك خلاصة من التطور التاريخي لذلك بالنسبة للبيع مأخوذة من كتاب الوسيط «١»:

كان البيع في القانون الروماني عقدا لا ينقل الملكية بذاته، بل لم يكن البيع يرتب في ذممة البائع التزاما بنقل الملكية، و كان كل ما يلتزم به البائع بمجرد البيع- ما لم يوجد شرط صريح في العقد يلزمه بنقل الملكية- هو أن ينقل إلى المشتري حيازة هادئة بموجبها يضع يده على المبيع كمالك دون أن يتعرض له أحد، و دون أن يتعرض له البائع نفسه، فكان البائع- إلى جانب التزامه بنقل هذه الحيازة- يلتزم أيضا بضمان التعرض الصادر من جهته هو أو الصادر من أجنبي، و كان هذا يعتبر كافيا لتحقيق الغرض الذي يستهدفه البيع، فما دام المشتري واضعا يده على المبيع يحوزه حيازة هادئة و ينتفع به بجميع الطرق المشروعة دون أن يتعرض له أحد في ذلك، فما عليه أن لا يكون مالكا و قد حوى في يده جميع الميزات التي يتوخاها من كسب هذه الملكية؟

أما الذي كان ينقل الملكية فليس هو مجرد إنشاء العقد، بل هو أمر مادي من الإشهاد أو التنازل القضائي أو التقادم بمعنى بقاء العين في يد المشتري مدة محددة من الزمن، أو في بعض الأحيان مجرد القبض على الأقل.

و كان يرتب على عدم ملكية البيع أن الشخص كان يستطيع بيع ملك غيره، و كان بيع ملك الغير صحيحا ما دام البائع- دون أن يكون مالكا- قادرا على نقل حيازة المبيع إلى المشتري بالنحو الذي أسلفناه، و قادرا في الوقت ذاته على

(١) راجع الوسيط ٤: الفقرة ٢٢٩-٢٣٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧٨

منع أي عمل يكدر على المشتري حيازته، إذ هو ضامن له التعرض و الاستحقاق و جلب موافقة المالك.

و هنا يذكر صاحب الوسيط: أن البيع في القانون الروماني إذا كان لا يستلزم نقل الملكية كان من طبيعته نقلها. و الدليل على ذلك أمران:

(أولهما) أنه كان يجوز للمشتري أن يشترط في عقد البيع على البائع أن ينقل له ملكية المبيع، و كان هذا الشرط صحيحا لأنه يتألف مع طبيعة البيع، و عند ذلك كان على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشتري و لا يقتصر على نقل الحيازة الهادئة.

(و الأمر الثاني) أنه كان لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري أن لا ينقل له ملكية المبيع، فهذا الشرط يتنافى مع طبيعة البيع، و من ثم كان غير جائز.

أقول: الصحيح من هذين الدليلين هو الدليل الثاني دون الأول، لأن مجرد صحة شرط التمليك لا يدل على كون نقل الملكية من

طبيعة البيع، بل يكفي في صحته الشرط أن لا ينافي طبيعة البيع، و ينبغي أن يكون المراد من التدليل على كون التملك من طبيعة البيع إبراز نقطة للضعف في القانون الروماني لاستبطانه- في الحقيقة- نوعا من التناقض، حيث يفترض عدم مملكية البيع، ثم يفترض بطلان شرط عدم التملك الذي هو شاهد على إحساسهم في قرارات أنفسهم بمملكية البيع، مما يدل على أن قانونهم يخالف المرتكزات العقلية.

و على أية حال فعند ما انتقلت أحكام القانون الروماني في هذا الصدد إلى القانون الفرنسي القديم كان البيع في هذا القانون أيضا لا ينقل الملكية ولا- يرتب التزاما بنقلها، و كان بيع ملك الغير صحيحا، و لكن دخل بعض التطورات على وضع البيع: فأولا أصبح المملك هو القبض وحده بعد أن اختفى الإسهاد و التنازل القضائي عن ساحة المملكية. ثم أدى تطور القانون الفرنسي القديم طوال

مراحله

فقه العقود، ج ١، ص: ١٧٩

إلى أن يجعلوا هذا القبض أمرا صوريا، فكانوا يكتبون في بيعاتهم أن القبض قد تم، فكان من وراء هذا القبض الصوري أن تنتقل الملكية إلى المشتري، و المفروض أنها انتقلت بالقبض، و الواقع أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد، على أن ذكر حصول القبض ما لبث أن أصبح هو أيضا شرطا مألوفًا في عقد البيع، أي شرطا ضميا لا حاجة إلى التصريح به. و قال صاحب الوسيط: قد جاوز الفقه الإسلامي هذه المرحلة التي وصل إليها القانون الفرنسي القديم فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة.

و على أية حال، ففي القانون الفرنسي الحديث لما رأى واضعو تقنين نابليون إلى أين انتهى التطور في القانون الفرنسي القديم على النحو الذي أسلفناه خطوا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور، فجعلوا البيع ذاته ناقلا للملكية، لا بمعنى أن البيع إنشاء للتملك، بل هو لا زال إنشاء للالتزام بنقل الملكية، و لكنه يتم نقل الملكية كقاعدة عامة فورا بمجرد نشوء الالتزام، فينتهي الالتزام، و ذلك لدى توافر شروط معينة من التسجيل في العقار و الإفراز في المنقول الذي يكون كليا و غير معين بالذات مع عدم فقدان شرط يتفق عليه المتبايعان، كما لو اتفقا على أن لا تنتقل الملكية إلا عند تسليم المبيع إلى المشتري مثلا، فإن لم تكن هذه الشروط متوفرة انفصلت الملكية عن الالتزام، فالبيع قد أوجد الالتزام بنقل الملك، و لكن النقل يتحقق في زمن متأخر متى ما توفرت الشروط. أما لو كانت هذه الشروط متوفرة حين العقد فالالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فورا بحكم القانون، و في صورة عدم توافر الشروط يجب على البائع تهيئة المقدمات اللازمة لتوافرها و فاء بما التزم به، و بعد أن أصبح البيع ناقلا للملكية بالمعنى الذي عرفت صار بيع ملك الغير لا يتلاءم مع طبيعة البيع، فحكموا ببطلانه.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨٠

أقول: لا أدري لما ذا يكون بيع ملك الغير غير ملائم مع طبيعة البيع بعد أن فرض أن البيع التزام بنقل الملك و ليس نقلا للملك؟! و لكن مالكية البائع أو تحصيل رضا المالك شرطا لحصول الانتقال كباقي الشروط التي قالوا: لو تخلفت تأخر حصول الانتقال عن زمان الالتزام إلى زمان تحقق تلك الشروط.

و على أية حال، فقد ذكر صاحب الوسيط: يلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها، و هذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه، فتنقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون، و ينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه. و هذا الوضع بقيه تخلفت عن تقليد القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد.

و نقل صاحب الوسيط عن بنكاز: أنه لا يوجد اليوم مانع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية و ينقضى بمجرد أن ينشأ... على أنه في بلد تتبع نظام السجل العقاري يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية و نقل الملكية بالفعل، فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه، بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها. أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد في السجل

العقاري

أقول: إن الامتياز الذي ذكره بنكاز لافتراض الالتزام الموهوم بالنسبة لبلد تتبع نظام السجل العقاري ناتج من الخلط بين مطلين كان ينبغي التمييز بينهما:

أحدهما: أن العاقد هل ينشئ نقل الملك؟ أو ينشئ الالتزام بنقل الملك؟

و الثاني: أنه حتى لو تمّ نقل الملك في اعتبار المتعاقدين، فهذا لا يعني تماميته في اعتبار القانون، فقد يكون القانون مؤجلاً للاعتراف بالملك لحين حصول شرط ما.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨١

و الفقه الإسلامي يرى أن العقد إنشاء لنقل الملك مثلاً لا للالتزام بنقله، و أن القانون يحكم فوراً بحصول النقل إن كانت الشروط متوفرة في حين العقد، و إلّا ففي غالب الفروض لا يحصل الملك عند تحقق الشرط في وقت متأخر إلّا بعقد جديد أو بإمضاء للعقد السابق. و قد يفترض نادراً شرط ما شرطاً لحصول الملك لا لتماثية العقد، فإذا حصل متأخراً حصل الملك الشرعيّ مقارنة للشرط لا مقارنة للتملك الاعتباري الذي صدر من المتعاقدين. مثاله: بيع الصرف بناء على توقف حصول الملك فيه على تمامية القبض.

تعريف العقد في الفقه السنّي:

و لنعد الآن إلى التعريف الذي نقلناه عن فقه السنّة، و هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مؤثّر. و قد جعل الزرقاء اختصاص ذلك بالعقد الصحيح مرجحاً له على التعريف المنقول عن الفقه القانوني.

إلّا أن كون هذا مرجحاً له غير واضح، فأى بأس في تعريف العقد بالنحو الذي يشمل الباطل؟ فنحن تارة نفتش عن حقيقة العقد القائمة بنفس المتعاقدين، و اخرى نفتش عما يحدثه الاعتبار التشريعي الذي أحدثه المشرّع، سواء كان هو العقلاء أو أيّ مشرّع آخر، و لا- تلازم بين الأمرين كما قلنا في ما سبق بأنّ إنشاء نقل الملك في اعتبار المتعاقدين مغاير لحصول الملك في اعتبار القانون، و لا تلازم بينهما، و لا- ينبغي الخلط بينهما، فبالإمكان أن ننظر في تعريف العقد إلى ما يقوم به المتعاقدان بقطع النظر عن مدى إمضاء الشرع له.

و ذكر السنهوري- بعد نقله لما مضى من تعريف صاحب «مرشد الحيران» للعقد:- أن تعريف العقد الذي نقلناه عن مرشد الحيران ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلاميّ دون النزعة الذاتية. فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨٢

لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصيّة في جانب المتعاقدين، و هذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية، بل من حيث إنّه يثبت أثره في المعقود عليه، أي يغيّر المحلّ من حاله إلى حاله، و هنا تبرز النزعة الموضوعية التي أشرنا إليها. و سنرى أن هذه النزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلاميّ لها أثر كبير في مبادئه الأساسية، و في تفصيلات أحكامه، و هي التي جعلته يأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة «١».

أقول: إن كان المقصود بدلالة تعريف العقد في الفقه الإسلاميّ على النزعة الموضوعية لهذا الفقه الإشارة إلى ما يفهم من تعريف مرشد الحيران من اختصاص اسم العقد بالعقد الصحيح المؤثّر خارجاً دون الباطل الذي لا- يثمر النقل و الانتقال في المحلّ فمن الواضح أنّ مجرد إدخال العقد الباطل في اسم العقد أو إخراجه عنه الذي لا يعود إلّا إلى مجرد تسمية لفظية لا ينبغي أن يجعل شاهداً على النزعة الذاتية أو الموضوعية.

و إن كان المقصود الإشارة إلى أن العقد في الفقه الإسلاميّ يعتبر إنشاءً للتملك مثلاً بينما هو في الفقه الغربيّ يعتبر إنشاءً للالتزام بالتملك فالموضوعية بهذا المعنى و إن كانت صحيحة لكن هذا لم ينشأ من افتراض نزعة موضوعية بشكل عامّ في الفقه الإسلاميّ. و

سنوضح إن شاء الله في محلّه - عند ما نبحت ما أشار إليه السهوري من الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة في العقد - بأنّ الفقه الإسلامي ملتزم في تلك المسألة بالجانب الذاتي لا الموضوعي، و أنّ المقياس في نظر الفقه الإسلامي هي الإرادة الباطنة، و لكنّها تجعل الإرادة الظاهرة دليلاً على الإرادة الباطنة.

(١) مصادر الحقّ ١: ٧٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨٣

و الواقع أنّ الفقه الإسلامي ليست له بشكل عامّ نزعة ذاتية و لا- نزعة موضوعية، بل يتبع في ذلك كلّ مسألة بالخصوص الدليل الخاصّ بتلك المسألة، و الذي قد يؤدّي إلى التزام الذاتية و قد يؤدّي إلى التزام الموضوعية.

و على أيّة حال، فليس كلّ التعاريف الموجودة في الفقه الإسلامي تختصّ بالعقد الصحيح، فلننتقل هنا إلى تعريف للعقد من الفقه الشيعي.

تعريف العقد في الفقه الشيعي:

إشارة

قد عرّف السيد الخوئي العقد - على ما جاء في المحاضرات «١» - بأنه شدّ أحد الالتزامين و عقده بالآخر، و هذا التعريف - كما ترى - يشمل العقد الصحيح و الفاسد.

و هذا التعريف لا يرد عليه ما أورده الزرقاء على تعريف الفقه الغربي من شموله للوعد - كما هو واضح - فهو شريك مع تعريف الفقه السنّي في اختصاصه بالعقد بالمعنى الحقيقي للكلمة دون الوعد، و هو يستبطن أيضاً فرض وجود إيجاب و قبول، لكن لا بخصوص معنى الفعل و المطاوعة بمثل: (بعت و قبلت)، بل بمعنى أوسع من ذلك، و هو مطلق القرارين المرتبط أحدهما بالآخر ممّا يشمل أيضاً مثل: (بعت و اشتريت).

و لكنّ عيب هذا التعريف هو تعبيره بالالتزام، و هو تعبير أقرب إلى تعريف الفقه الغربي منه إلى تعريف الفقه الإسلامي، فإنّ العقد - حسب نظر الفقه الإسلامي - ليس دائماً التزاماً، بل ربما يكون نقلاً للملك مثلاً لا التزاماً بالنقل.

فعلّ الأولى تعبير المحقّق الأصفهاني رحمه الله حيث ذكر: أنّ العقد هو القرار

(١) المحاضرات ٢: ٦٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨٤

المرتبط بقرار آخر، و العهد عبارة عن القرار و الجعل. فالعقد و العهد يتصادقان في مورد القرار المرتبط بالقرار، فحيثية القرار فيه هي حيثية العهدية، و حيثية الارتباط هي حيثية العقدية.

و العقد بمعناه اللغويّ أعمّ من العهد، لأنّ العقد لغه هو ربط شيء بشيء، و العهد لا أقلّ من ارتباطه بما تعلق به، فكلّ عهد و قرار عقد، و لكن ليس كلّ عقد عهداً و قراراً، فعقد الجبل مثلاً لا علاقة له بالعهد و القرار، و لكن العقد بمعناه الاصطلاحيّ أخصّ من العهد، لأنّ العقد هو القرار المرتبط بقرار، و العهد هو مطلق القرار من دون تقيّد بالارتباط بقرار آخر، و العهد الذي هو القرار و الجعل قد يكون في المناصب المجعلولة كالإمامة و الخلافة، كما في قوله تعالى: **إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا** قَالَ **وَمِنْ ذُرِّيَّتِي** قَالَ **لَا يَنَالُ عَهْدِي**

الظالمين» (١). وقد يكون في التكليف كقوله تعالى: وَعَهْدْنَا إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ أَنْ طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّائِفِينَ (٢). انتهى ما أردنا نقله بالمعنى عن المحقق الأصفهاني رحمه الله (٣).

النسبة بين العقد والعهد:

أقول: إنَّ العهد يستعمل بمعنيين كما تشهد بذلك كتب اللغة و موارد الاستعمالات. الأول: الوصية، كما في عهد الإمام إلى مالك الأشر، أو قل القرار، وهو يشمل القرار الوضعي والتكليفي. فالوضعي كما مضى من قوله تعالى: لَا يَنْالُ

(١) البقرة: ١٢٤.

(٢) البقرة: ١٢٥.

(٣) راجع تعليقه على المكاسب: ٣٥، وقسم منه موجود في كتابه في الإجارة: ١٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨٥

عَهْدِي الظَّالِمِينَ، والتكليفي كما مضى من قوله تعالى: وَعَهْدْنَا إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ أَنْ طَهِّرَا بَيْتِيَ، وكقوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ عَهِدَ إِلَيْنَا أَلَّا نُؤْمِنَ لِرَسُولٍ حَتَّىٰ يَأْتِينَا بَقُرْبَانٍ تَأْكُلُهُ النَّارُ (١)، وقوله تعالى: أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ (٢). والعهد بهذا المعنى يكون فعلة (عهد)، ويتعدى ب (إلى).

والثاني: الميثاق، وفعلة (عاهد) ويتعدى بنفسه، أو (تعهد) ويتعدى باللام. قال تعالى: وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهُ لَنْ لَا يَنْصَدُقَنَّهُمْ (٣)، وقال تعالى: بَرَاءَةٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ (٤)، وقال تعالى: وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُولُونَ الدُّبَارَ (٥).

والعهد بهذا المعنى الثاني هو الذي يتعلّق به الوفاء، قال الله تعالى: وَمَنْ أَوْفَىٰ بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهِ اللَّهُ فَسَيُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا (٦)، وقال تعالى: وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذْ عَاهَدْتُمْ (٧)، وقال تعالى: وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذْ عَاهَدُوا (٨)، وقال تعالى: الَّذِينَ يُؤْفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ (٩).

(١) آل عمران: ١٨٣.

(٢) يس: ٦٠.

(٣) التوبة: ٧٥.

(٤) التوبة: ١.

(٥) الأحزاب: ١٥.

(٦) الفتح: ١٠.

(٧) النحل: ٩١.

(٨) البقرة: ١٧٧.

(٩) الرعد: ٢٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨٦

و صحيح أنّ العقد بمعناه الاصطلاحيّ أخصّ من العهد، إلّا أنّ هذا بلحاظ المعنى الأوّل للعهد و هو الوصيّة. أمّا بلحاظ المعنى الثاني للعهد و هو الميثاق فلا، فربّ عقد لا يكون ميثاقا كالبيع على ما مضى من أنّه نقل و ليس التزاما بالنقل، و كلّ ميثاق عقد، فإنّ الميثاق مشتمل على قرار مرتبط بقرار.

و أمّا ما ورد في تفسير عليّ بن إبراهيم عن عبد الله بن سنان بسند تامّ عن الصادق عليه السّلام في تفسير أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، قال: العهود «١». فهو تفسير للعقد بفرد جليّ من أفرادها كما هو شأن كثير من التفاسير الواردة للآيات الكريمة.

أمّا إذا حمل على حصر المقصود من العقد في الآية بالعهد فتسقط الآية عن صلاحية الاستدلال بها على اللزوم في مثل عقد البيع، لأنّ المقصود بالعهد في هذا الحديث المفسّر به العقد هو الميثاق لا الوصيّة و القرار، و ذلك بقريته الوفاء، و البيع ليس ميثاقا كما مضى إلّا أن يقال: إنّ القرار المرتبط بالقرار أيضا داخل عرفا في مفهوم الميثاق، كما لعلّه أطلقت كلمة «الميثاق» على عقد النكاح في قوله تعالى:

وَ أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢﴾.

وجوب الوفاء بالعهد:

و العهد بمعنى الميثاق واجب الوفاء بدليل قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴿٣﴾، و بدليل قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. و من هنا نقول

حائري، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامي، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ١، ص: ١٨٦

(١) تفسير علي بن إبراهيم ١: ١٦٠، و رواه الحرّ العاملي في الوسائل ١٦: ٢٠٦، الباب ٢٥ من النذر و العهد، الحديث ٣، عن العياشي.

(٢) النساء: ٢١.

(٣) الإسراء: ٣٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨٧

بوجوب الوفاء بالشرط الابتدائيّ حينما يكون ميثاقا، و لا يشترط أن يكون ضمن عقد، بل هو بذاته عقد و عهد و مشمول للآيتين. و إذا كان التزاما في مقابل التزام شملته أيضا أدلّة الوفاء بالشرط.

و قد يقال بصدق الشرط أيضا فيما لو كان التزاما ربّ عليه الملتزم له عمله بعلم من المشروط عليه، كمن يسافر مبتيا على التزام زيد بحفظ أهله و عياله، و يقبل زيد بذلك. نعم، لو كان وعدا ابتدائيا بحتا لا يشتمل على شيء من هذه الامور لم يجب الوفاء به.

مصادر الالتزام في الفقه الغربي:

ثمّ إنّ الفقه الغربيّ جعل العقد مفردة من مفردات مصادر الالتزام. و إليك بعض خلاصة من التطوّر التاريخيّ لذلك، مأخوذ من كتاب الوسيط «١»:

جاء في القوانين اللاتينيّة: أنّ مصادر الالتزام خمسة: العقد، و شبه العقد، و الجريمة، و شبه الجريمة، و القانون. و يقصد بشبه العقد ما يصدر عن إرادة مفردة يوجب إثراء الغير، بينما العقد تتوافق فيه الإرادتان. و مثال ذلك ما لو بنى شخص دارا في أرض الغير أو غرس بستانا في داره من دون عقد أو استيجار في ما بينهما، فشبه العقد عمل اختياريّ مشروع ينشأ عنه الالتزام نحو الغير، فيلتزم مثلا بأن

يستمر في العمل الذي بدأه، و بأن يقدم حساباً عنه، و ينشأ منه التزام آخر في جانب ربّ العمل، فيلتزم هذا في حالة ما إذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه بأن يردّ ما ينفقه الفضولي من مصروفات ضرورية و نافعة، و بأن ينفذ ما عقده الفضولي من التزامات في سبيل القيام بمهمته.

(١) راجع الوسيط ١: الفقرة ٢٢-٣٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨٨

و الجريمة هي العمل الضارّ يأتيه فاعله متمّداً بالإضرار بالغير، كما إذا ألتف شخص عمداً مالا- مملوكاً لغيره فينشأ عنه الالتزام بالتعويض.

و شبه الجريمة هو الجريمة بفرق عدم العمد، و صدوره عن الإهمال و عدم الاحتياط، لا عن تعمد الضرر.

و ناقش في ذلك الاستاذ بلانيول، فذكر: أنّ تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام إلى جريمة و شبه جريمة بحسب وجود نية التعمد أو انعدامها لا أهميّة له، لا من حيث نشوء الالتزام و لا من حيث ما يترتب عليه من الأثر. فشبه الجريمة ينشئ التزاماً كالجريمة سواء بسواء، و التعويض يدفع كاملاً في الحالتين.

أمّا شبه العقد فهو في نظر الاستاذ بلانيول تعبير مضلل، ذلك أنّ أصحاب الترتيب التقليدي يزعمون أنّ شبه العقد قريب من العقد في أنّه عمل إراديّ، و بعيد عن الجريمة و شبه الجريمة في أنّه عمل مشروع.

و الواقع عكس هذا تماماً، فشبه العقد ليس إراديّاً، لأنّ الملتزم الذي أثرى على حساب الغير و يلتزم بالتعويض ليس هو صاحب الإرادة. و إذا كنّا في شبه العقد قد نصادف عملاً إراديّاً في مبدأ الأمر، كما إذا أقام شخص بناء على أرض الغير فينشأ الالتزام في ذمّة صاحب الأرض، فهذه الإرادة إنّما صدرت من قبل الملتزم له لا من قبل الملتزم كي تكون الإرادة مصدراً للالتزام.

و شبه العقد عمل غير مشروع، فإنّنا إذا تعمّقنا في تحليل الالتزام الذي ينشأ من شبه العقد فنحن و إن كنّا نقف عادة عند العمل الذي يبدأ به شبه العقد و هو مشروع دون شكّ فمن يدفع دينا غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بأعمال مشروعة، و لكنّ هذا العمل المشروع ليس هو الذي ينشئ الالتزام، فإنّ

فقه العقود، ج ١، ص: ١٨٩

الملتزم ليس هو الشخص الذي دفع الدين أو أقام البناء. و معروف أنّ سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن، فهذا السبب يرجع إلى إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن، فوجب عليه التعويض، فالإثراء دون حقّ هو إذن مصدر الالتزام و هو عمل غير مشروع.

و يذهب الاستاذ بلانيول إلى أنّ للالتزام مصدرين اثنين: العقد، و القانون.

و يردّ شبه العقد و الجريمة و شبه الجريمة جميعاً إلى القانون، ذلك أنّ الالتزامات التي تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست إلّا التزامات جزائية قامت بسبب الإخلال بالالتزامات القانونية. ففي شبه العقد أثرى شخص على حساب غيره فأخلّ بالتزام قانونيّ هو أن لا يثرى دون حقّ على حساب الغير. و كذلك في الجريمة و شبهها أخلّ بالقانون عن عمد أو غير عمد و ينشأ عن الإخلال في كلّ هذه الأمور بهذا الالتزام القانونيّ التزام جزائيّ فرضه عليه القانون و هو التعويض.

و فرق هذه الالتزامات الجزائية عن الالتزامات القانونية الأصلية أنّها ليست درءاً للضرر قد يقع في المستقبل، بل هي تعويض عن ضرر قد وقع في الماضي. على أنّه يلاحظ أنّ هذه الالتزامات الجزائية إنّما هي في الواقع الالتزامات القانونية ذاتها قد استحالت إلى التعويض على الوجه الذي تراه في الالتزامات التعاقدية عند ما تستحيل هي أيضاً إلى تعويض إذا لم يمكن تنفيذها عينا، فكلّ التزام غير تعاقدّي يكون التزاماً قانونياً إمّا في صورته الأصلية و إمّا في صورة استحاله فيها إلى تعويض، و هو في الصورة الأولى يراد به درء ضرر قد يقع،

و في الصورة الثانية يراد به التعويض عن ضرر قد وقع.

و أورد الاستاذ السنهوري على مقالة الاستاذ بلانيول ما يلي:

أولاً: أن القانون مصدر و لو بشكل غير مباشر لكل الالتزامات بما فيها

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩٠

الالتزامات التعاقدية، و لكن كما ابرز العقد مصدراً مستقلاً باعتبار أن القانون في مورده يؤثر بشكل غير مباشر كذلك الأولى إبراز العمل كمصدر مستقل من مصادر الالتزام.

و ثانياً: أنه بالغ الاستاذ بلانيول في تأكيده بأن شبه العقد عمل غير مشروع مع أن القول بأنه عمل مشروع لا يخلو من الوجهة، و ذلك أن المثري على حساب الغير إنما يلتزم بعمل إذا نظرنا إليه في أصله كان مشروعاً، و إذا نظرنا إليه في نتيجته كان غير مشروع، فهو عمل يتسبب عنه إثراء على حساب الغير، فيبقى العمل في ذاته مشروعاً و إن تسببت عنه نتيجة غير مشروعة.

و أما التقنين المدني المصري القديم فيرى أن مصادر الالتزام ثلاثة: العقد، و الفعل، و القانون.

و ذكر السنهوري - تعليقاً عليه - أن الفعل إما أن يكون من شأنه أن يفقر الدائن دون حق و هذا هو العمل غير المشروع، أو أن يغني المدين على حساب الدائن دون سبب و هذا هو الإثراء بلا سبب. و فصل أحدهما عن الآخر أجلى بيانا و أوسع إحاطة.

و أما التقنينات الحديثة فهي ترى عادة أن مصادر الالتزام خمسة: العقد، و الإرادة المنفردة، و العمل غير المشروع، و الإثراء بلا سبب، و القانون. و يشترك هذا الترتيب الحديث مع الترتيب القديم في مصدرين هما: العقد و القانون. أما الجريمة و شبه الجريمة فيجتمعان في العمل غير المشروع. و شبه العقد في الترتيب القديم يقابله الإثراء بلا سبب. و يزيد الترتيب الحديث الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، و هذا الترتيب هو الذي أخذ به أكثر الفقهاء في الفقه الحديث. و يلاحظ أن التقنينات الحديثة لا تورد في نص خاص مصادر الالتزام مرتبة هذا الترتيب

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩١

الخماسي بل إن هذا الترتيب سيستخلص من التبويب الذي اتخذته هذه التقنينات.

هذا، و ذكر السنهوري أن هذا الترتيب لمصادر الالتزام تغلب فيه الناحية العملية، و ينقصه الأساس العلمي الذي يركز عليه، فلا يكفي أن نقول: إن هذه مصادر الالتزام، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى اصول علمية منطقيّة.

و خلاصة ما قال في إرجاع هذه المصادر إلى اصول علمية هي: أن الوقائع في العالم هي التي تؤدي إلى التغيير في العلاقات القانونية الموجودة، و لو سكن كل شيء لبقيت العلاقات القانونية على حالها، فإذا حدثت بعد ذلك أية حركة فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات. و هذه الحركة هي التي نسميها (بالواقعة)، فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت ب (الواقعة القانونية)، و هي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان و اختياره، أو لا تكون كذلك، بل هي من عمل الطبيعة. فالوقائع الطبيعية المؤثرة في تلك العلاقات مثالها الجوار و القرابة و نحوهما مما يرتب عليه القانون التزامات معينة. أما الوقائع الاختيارية فهي إما أعمال مادية أو أعمال قانونية.

و الأعمال المادية هي التي لا تتقوم بإرادة إحداث الأثر في الروابط القانونية كالأكل و المشي و الحديث مع الناس و معاشرتهم و نحو ذلك، فقد يريد صاحبها بها إحداث أثر قانوني جديد، و قد لا يريد. و هذه الأعمال تأثيرها في إحداث أثر قانوني إما أن يكون على أساس كونها أعمالاً غير مشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق و هو العمل المادي الضار، أو على أساس كونها أعمالاً مشروعة نافعة تغني المدين على حساب الدائن.

و الأعمال القانونية هي الأعمال الإرادية المحضة المتجهة نحو إحداث

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩٢

نتائج قانونية، و هي إما أن تكون صادرة من جانبين أو من جانب واحد.

فالوقائع الطبيعية كالجوار و القرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة و التضامن الاجتماعي، لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة، فيكون هو مصدرها.

و أمّا الوقائع الاختيارية، فإن كانت أعمالاً مادية مؤثرة في العلاقات القانونية عن طريق الإضرار فهذه هي التي تسمى بالعمل غير المشروع، و إن كانت أعمالاً مادية مؤثرة عن طريق النفع، فهذه هي التي تسمى بالإثراء بلا سبب، و إن كانت أعمالاً قانونية صادرة من جانبين فهي العقد، أو من جانب واحد فهي الإرادة المنفردة.

أقول: إن هذا الأساس العلمي لا يخلو من نقاش، لأننا نتساءل: ما ذا يقصد بالوقائع الطبيعية؟ هل يقصد بها ما يكون خارجاً عن إرادة الإنسان؟ أو يقصد بها ما لا يكون متقوماً بإرادة الإنسان و يمكن صدوره بلا إرادة؟ فإن قصد الأول فمثل الجوار و القرابة قد يحصل بالإرادة فيخرج من القسم الأول الذي فرض فيه أن القانون هو مصدر الالتزام، فقد يجاور الإنسان شخصاً بالاختيار، و قد يولد الإنسان زوجته بالاختيار فتولد قرابة الأبوة و البنوة. و إن قصد الثاني دخل العمل غير المشروع في هذا القسم الأول لأنه ليس متقوماً بالإرادة، فلو أئلف شخص مال شخص بلا إرادة و اختيار ضمن له.

و كان الأولى به أن يقول- بدلاً عن إبراز هذا الأساس العلمي المزعوم:-

إن هناك أسباباً بارزة للالتزام كثيرة الوقوع خارجاً و هي: العقد، و الإرادة المنفردة، و العمل غير المشروع، و الإثراء بلا سبب، و هناك أسباباً متفرقة و متشعبة جمعناها تحت عنوان واحد و هو القانون.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩٣

شمول العقد لغير العقود المالية:

الأول: إن تعريف العقد في الفقه الإسلامي لا يختص بالعقود المالية و إن كان بحثنا هذا مخصوصاً بالعقود المالية. إلا أن الدكتور السنهوري يظهر منه اختصاص العقد في مصطلح الفقه الغربي بالعقود المالية، حيث كتب يقول:

و ليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص، و في دائرة المعاملات المالية.

فالمعاهدة اتفاق بين دولة و دولة، و النيابة اتفاق بين النائب و ناخبيه، و تولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة و الموظف، و لكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً، إذ هي تقع في نطاق القانون العام: الدولي و الدستوري و الإداري.

و الزواج اتفاق بين الزوجين، و التبني في الشرائع التي تجيزه بين الوالد المتبني و الولد المتبني، و لكن يجدر أن لا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً و إن وقعت في نطاق القانون الخاص، لأنها تخرج عن نطاق المعاملات المالية.

فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص و في دائرة المعاملات المالية فهو عقد «١».

أقول: إن العقد في مصطلحنا و إن كان لا يختص بالعقود المالية و لكن بحثنا هذا خاص بالعقود المالية.

تقسيم العقد إلى إذني و عهدي:

الثاني: ذكر المحقق النائيني رحمه الله- على ما جاء في تقرير بحثه:- أن العقد على قسمين: عقد إذني، و عقد عهدي. و العقد الإذني إنما يكون عقداً باصطلاح

(١) الوسيط ١: ١٣٩ الفقرة ٣٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩٤

الفقهاء لا بالمعنى اللغويّ و العرفي، فهو عقد بالمسامحة لا بالحقيقة في معناه اللغويّ و العرفي، ذلك أنّ العقد الإذنيّ عبارة عمّا يتقوم بالإذن حدوثا و بقاء و يرتفع بارتفاع الإذن.

و العقد العهديّ عبارة عمّا يتقوم بالعهد و الالتزام. و العقد لغه و عرفا عبارة عن العهد المؤكّد و هو غير موجود في العقود الإذنيّة كالوديعة و العارية- بناء على أن يكون مفادها الإباحة المجانية لا التملك- و هذا القسم من العقد غير مشمول لقوله تعالى أوّفوا بالعقود (١). و تختصّ الآية المباركة بالعقود العهديّة كالبيع و أمثاله.

و أمّا الوكالة فهي على قسمين: فتارة تكون عبارة عن مجرد الإذن في التصرف مثلا و هي تبطل بمجرد رجوع الموكل عن إذنه، و اخرى تكون عبارة عن عقد حقيقيّ بين طرفين واجد للشرائط الخاصّة، و هي لا تبطل بمجرد رجوع الموكل، بل يتوقّف انفساخها على بلوغ الرجوع إلى الوكيل (٢).

أقول: تقسيم الوكالة إلى قسمين غير واضح. و الظاهر أنّ الوكالة ليست إلّا عبارة عن الإذن الصادر من الموكل، أو هو مع رضا الوكيل بالوكالة، فالوكالة عقد إذنيّ. أمّا عدم انفساخها برجوع الموكل قبل وصول ذلك إلى الوكيل فليس على مقتضى القاعدة، بل هو بدليل خاصّ.

و أمّا كون العقد لغه و عرفا عبارة عن العهد المؤكّد فالواقع أنّنا لو سلّمنا أنّ

(١) المائدة: ١.

(٢) راجع منية الطالب ١: ٣٣ و ١١٢، و كتاب المكاسب و البيع تأليف الشيخ الآمليّ ١: ٨١ و ٨٢ و ٢٩٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩٥

العقد عبارة عن العهد فإنّما نقصد بذلك العهد بمعنى القرار كي يشمل مثل البيع لا العهد بمعنى الميثاق، بينما العقد في الآية الكريمة لو فسّر بمعنى العهد لكان بمعنى الميثاق لا القرار بقريته التعبير بالوفاء كما مضى، فيلزم من ذلك أجنبيّة العقد بالمعنى المقصود عن الآية الكريمة.

و الصحيح ما مضى من أنّ العقد عبارة عن قرار مرتبط بقرار، و أنّ العقد في الآية ليس بمعنى العهد، و تفسيره به في بعض الروايات تفسير بفرديّ.

و على أيّة حال، فنحن نقصد بالعقد الذي جعلناه موضوع بحثنا في هذا الكتاب ما أسماه المحقق النائينيّ رحمه الله بالعقود العهديّة، و لا يشمل موضوع بحثنا ما أسماه قدّس سرّه بالعقود الإذنيّة.

إلى هنا انتهى بحثنا في المقدّمه التي قدّمناها لفقه العقود.

و آخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين. و الآن حان وقت الشروع في صلب البحث عن فقه العقود، و فيه فصول ثلاثة:

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩٧

الفصل الأوّل نظرات فاحصة في إطلاقات أدلّة العقود

إشارة

١- كيفيّة إبراز العقد.

٢- العقود المستحدثة.

٣- أصالة اللزوم في العقود.

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩٨

مقدمة:

نبدأ حديثنا في فقه العقود بالبحث عن مدى تواجد إطلاقات في أدلة العقود بلحاظ ثلاث جهات:

الأولى: أنه هل يشترط في العقد شكل مخصوص زائدا على أصل إبراز المقصود؟ أو يكفي إبراز المقصود الذي هو ربط قرار بقرار بأي مبرز عرفي؟

والثانية: هل العقد المشروع عبارة عن العقود المسماة عادة في الكتب الفقهية أو في المصادر الأولية للفقه؟ أو أن أي عقد آخر استحدث أو يستحدث جديدا وفق الضوابط العامة يكون مشروعا و صحيحا؟

والثالثة: هل أن إطلاقات العقود تقتضي اللزوم و تنفي التزلزل و إمكانيه الفسخ بحسب الطبع الأولى للمعاملة أو لا؟ كل ذلك يتم في مباحث ثلاثة:

فقه العقود، ج ١، ص: ١٩٩

١- كيفية إبراز العقد

إشارة

الجهة الأولى: هل العقد يكفي فيه إبراز ربط قرار بقرار بأي مبرز عرفي؟

أو هناك شكل مخصوص يجب تقيده العقد به؟

نبدأ بكلام عن الفقه الغربي في ذلك، ثم نقايس بينه وبين فقه الإسلام، ثم نختم البحث بالحديث عن مدى تمامية الإطلاق في المصادر الأصلية للفقه الإسلامي في ذلك.

كيفية الإبراز في الفقه الوضعي

ورد في فقه القانون: أن العقد على ثلاثة أقسام: العقد الرضائي، و العقد الشكلي، و العقد العيني. و لننقل شيئا من التفصيل في ذلك عن كتاب الوسيط:

فالعقد الرضائي: هو ما يكفي في انعقاده تراضى المتعاقدين، أى اقتران الإيجاب بالقبول بلا حاجة الى شكل مخصوص، فالتراضى وحده هو الذى يكون العقد، و أكثر العقود فى القانون الحديث رضائية كالبيع و الإيجار و غيرهما.

و العقد الشكلي: هو ما لا يتم بمجرد تراضى المتعاقدين، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون، و أكثر ما يكون هذا الشكل ورقة

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠٠

رسمية يدون فيها العقد. و لم يبق فى القانون الحديث إلا عدد قليل من العقود الشكلية، الغرض فى استبقاء شكليتها هو فى الغالب تنبيه المتعاقدين الى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد، كما فى الهبة و الرهن.

و القانون لم يبلغ مستوى الاعتراف بجعل الأصل فى العقود كونها رضائية طفرة، بل تطور إليها تدرجا.

فالقانون الروماني بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات و ألفاظ و كتابة. أما مجرد توافق إرادتين فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً، فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة، و يكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي - الذي من أجله التزم - لم يوجد أو لم يتحقق، أو كان غير مشروع، أو كان مخالفاً للآداب.

فالعقد الشكلي كان عقداً مجرداً، صحته تستمد من شكله لا من موضوعه و لكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت و تعقدت سبل الحياة، فكان من ذلك توزيع العمل و الحاجة الى كثرة التبادل و وجوب السرعة في المعاملات، و اقترن هذا كله بتقدم في التفكير القانوني أدى الى التمييز بين الشكل و الإرادة في العقد، و إعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني، و دعا هذا الى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين، و الشكل ليس إلا سبباً قانونياً للالتزام قد توجد أسباب غيره. و من ثم ظهر الى جانب العقود الشكلية العقود العينية و الرضائية و العقود غير المسماة، و لكن القانون الروماني لم يقرر في أي مرحلة من مراحلها مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام.

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية و تستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً، و قد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر الى نهاية القرن

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠١

الثاني عشر، ثم أخذت تتحوّر و اتجهت الى التناقص، و أخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئاً فشيئاً. أما اليوم فأكثر العقود في القانون الحديث رضائية كما قدمنا، و القليل هو الشكلي.

و تختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة في أنها أكثر مرونة، و تختلف عنها أيضاً بوجه خاص في أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد، فالشكلية الحديثة إذا كانت لازمة فهي ليست بكافية، بل لا بد أن تقترن بإرادة المتعاقدين، فالإرادة هي التي يقع عليها الشكل. أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هي التي تكون العقد، لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية، فالشكل إذن كان هو العقد لا الإرادة.

و العقد العيني: هو عقد لا يتم بمجرد التراضي، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد، و لا يكاد يوجد في التقنين المدني الجديد المصري مثل للعقد العيني إلا هبة المنقول، فهذه قد تكون عقداً شكلياً إذا تمت بورقة رسمية، و قد تكون عقداً عينيّاً إذا تمت بالقبض، و لكن ليس هناك ما يمنع عن أن يتفق المتعاقدان في عقد ما غير عيني العينية، فتكون العينية هنا مصدرها الاتفاق لا القانون.

أما التقنين المدني القديم المصري فكان يسير على نهج التقنين الفرنسي، و يجعل الى جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة: القرض، و العارية، و الوديعة، و رهن الحيازة.

قال السنهوري: و كلا التقنينين ورث عينية هذه العقود الأربعة عن القانون الروماني دون مبرر، فقد كانت هذه العينية مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في بعض العقود،

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠٢

و هذه هي العقود العينية، و لم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية. أما اليوم فقد أصبح التراضي كقاعدة عامة كافياً لانعقاد العقد، فلم يعد هناك مقتضى لإحلال التسليم محل الشكل، و قد قللت بعض التقنينات الحديثة عدد هذه العقود العينية، فاستبقى التقنين المدني الألماني منها القرض و رهن الحيازة، و لم يستبق تقنين الالتزامات السويسري إلا رهن الحيازة وحده «١». انتهى ما أردنا نقله عن الوسيط.

الجذور العقلانية لاشتراط القبض:

أقول: إنَّ العقود الأربعة التي نقل عن القانون المصري القديم و القانون الفرنسي عيبتهما و اعترض عليهما بأنَّ هذه العقود لئن كانت قديما عيبتة كان لذلك ما يبرره، لأنَّ العيبتة كانت تعنى تخفيفا عن الشكليئة. أما اليوم فبعد أن أصبح التراضي كقاعدة عامة كافيا فلا مبرر لشرط التسليم و القبض في هذه العقود.

أقول: إنَّ أكثر هذه العقود توجد لعيبتتها جذور عقلائية بقطع النظر عما ذكره.

و توضيح ذلك:

إنَّ العارية- بحسب مصطلح المحقق النائيني رحمه الله- عقد إذني، قوامها بالإذن حدوثا و بقاء، و في أي لحظة تراجع المعير عن إذنه بطلت العارية، و عندئذ ما معنى انعقاد العارية بلا قبض؟! هل يعنى أنَّ للمستعير أن يستفيد من العين من دون قبض؟ فمن الواضح أنَّ الاستفاداة منها لا- تنفك عن القبض، أو يعنى أنَّ المعير لا يجوز له التراجع عن إذنه حتى قبل القبض؟ فمن الواضح أنَّ العارية عقد إذني قوامها بالإذن حدوثا و بقاء، أو يعنى أنَّ مجرد إذن المعير في التصرف الذي

(١) راجع الوسيط ١: الفقرة ٤٢- ٤٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠٣

أوجب إباحة القبض و إباحة التصرف نسمة بالعارية؟ فهذا مجرد تسمية و اصطلاح، و لا مشاحة في الاصطلاح، و العرف العقلائي لا يسمي هذا عارية.

□
و كذلك الوديعة عقد إذني- بحسب مصطلح المحقق النائيني رحمه الله-.

و الوديعة متقومة بمفهوم الحفظ و لا حفظ قبل القبض. فإن قصد بانعقاد الوديعة قبل القبض وجوب الحفظ على الودعي بمجرد وقوع عقد الوديعة و قبل القبض فهذا لا معنى له، لأنَّ الوديعة عقد إذني و بإمكان الودعي التراجع عنه في أي لحظة.

و كذلك رهن الحيازة قوامه بمفهوم الوثيقة و لا يحصل الوثوق للمرتهن بضمان حصوله على حقه إلا بقبض الرهينة.

و أما القرض فهو كالهبة. فإن قلنا: إنَّ حقيقتها عرفا إخلاء المالك بين المال و بين صاحبه كي يمتلكه بالحيازة مضمونا أو مجانا إذن فهما متقومان بالقبض. و إن قلنا: إنَّ حقيقتهما التمليك مع الضمان أو مجانا إذن فهما غير متقومين في مفهومهما بالقبض، و يكون شرط القبض تعبدا صرفا من قبل المشرع كما هو الحال في شرط القبض في بيع الصرف مثلا في الشريعة الإسلامية.

و أمّا رهن الحيازة فإن قلنا: إنَّه يتقوم عرفا بحصول الوثوق الخارجي المتقوم بالقبض إذن تتوقف تمامية الرهن عقلايا على القبض. و إن قلنا: يتقوم عرفا لا- بحصول الوثوق الخارجي بل بأن يكون للدائن حق الحصول على هذا الوثوق إذن فالقبض لا يكون مقوما لحقيقة الرهن و لكن يجب على المدين تسليم العين المرهونة لو طالب الدائن بذلك. و إن قلنا: إنَّ مفهوم الرهن عرفا لا يتقوم لا بهذا و لا بذاك بل يكفي فيه تعلق حق الدين بالعين المرهونة المانع تشريعا عن تضرر الدائن بتأخير الوفاء عند الإعسار بقانون فنظرة إلى

ميسرة «١»، إذن

(١) البقرة: ٢٨٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠٤

لا يكون القبض شرطا عقلايا في الرهن و لا التسليم واجبا عند مطالبة الدائن إلا إذا شرط على المدين في ضمن الدين تسليم العين المرهونة.

و لو لم يكن القبض مقوما للرهن و لكن ثبت في الفقه الإسلامي شرط القبض تعبدا بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ «١»، أو برواية: «لا رهن إلا- مقبوضا» «٢» أمكن التفصيل بين القبض حدوثا و القبض بقاء باشرط الأول دون الثاني، و بما أنَّ ظاهر الأصحاب القائلين

منهم بشرط القبض عدم اشتراطه بقاء فالظاهر أنّ شرط القبض في الرهن لديهم شرط تعبدي. وقد اختلفوا في أصل القبض حدوثاً في أنه هل هو شرط لصحة الرهن أو للزومه؟ أو لا أكثر من وجوب التسليم عند مطالبته الدائن؟ بل قد استشكل البعض حتى في ذلك «٣». و على أية حال، فالآية لا تدلّ على شرط القبض أو وجوبه، لأنّ أصل الأمر بالرهان المقبوض ليس إلزامياً ضرورةً عدم وجوب الرهن في الدين.

المقايسة بين الفقه الغربي والإسلامي

و أمّا عن المقايسة بين الفقه الغربي و الفقه الإسلامي في الشكليّة و الرضائيّة فنكتفي في ذلك بنقل ما ذكره الاستاذ مصطفى الزرقاء في المقام، فقد كتب يقول:

قد كان العقد لدى بعض الامم قبل الإسلام مطوّقا و مثقلا بالشكليات:

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) الوسائل ١٣: ١٢٣ و ١٢٤، الباب ٣ من أبواب الرهن، الحديث ١ و ٢.

(٣) راجع الجواهر ٢٥: ٩٩-١١٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠٥

أ- ففي التشريع الروماني القديم كان لأنواع العقود من بيع و نكاح و غيرهما مراسم و أشكال لا تعتبر العقود إذا لم تمرّ بها. فمن ذلك الطريقة المعروفة في البيع عند الرومانيين باسم (مانسياسيو)، و قد يسمونها أيضا (طريقة النحاس و الميزان) لأنهم يوجبون فيها حمل الميزان و الضرب بالنقد النحاسي عليه، و كان يشترط لديهم في البيع حضور المبيع في مجلس البيع، فلم يكن قابلا للبيع إلّا الأموال المنقولة.

و لمّا سوّغوا بيع الأراضي كان لا بدّ في عقد (المانسياسيو) في أوّل الأمر من إحضار جزء من تراب الأرض رمزا الى حضورها في مجلس العقد كالمنقولات. فكانت العقود لديهم خاضعة لصور من الشكليّة الماديّة الابتدائيّة.

ب- و في جاهليّة العرب كانت بيوع تظفي فيها الشكليّة على حرّية أحد العاقدين و إرادته كبيع الملامسة و المنابذة و إلقاء الحجر، فقد تعورف فيها أنّ المشتري إذا لمس المبيع أو ألقى عليه حجرا أو نبذه إليه البائع فقد لزم العقد.

و قد نهى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم عن هذه البيوع، و جاء التشريع الإسلامي على يديه بإطلاق العقود من القيود السخيفة، و إخضاعها لمجرّد الإيجاب و القبول الصادرين بالتراضي و الأهلية، و اعتبر فيها هذا التراضي هو الملزم دون الأشكال و المراسم.

حتى لقد اعتدّ الفقه الإسلامي بما يغني عن الإيجاب و القبول في الدلالة على توافق الإرادتين، ذلك التوافق الذي هو الأصل في اعتبار العقود، فسوّغ التعاطي في البيع و نحوه، و اعتبر به العقد منعقدا في خسيس الأموال و نفيسها، و لم يفرّق في البيع بين المنقول و العقار، و لا بين حضور المبيع و غيابه.

و التشريع الإسلامي لم يتقيّد بشيء من الشكليات التي لا- دخل لها في تحقّق معنى العقد بين طرفيه، إلّا إذا كان لها مساس بالغاية المقصودة من العقد،

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠٦

كاشتراط القبض في عقد التبرّع و الرهن، أو إذا كانت تتوقّف عليها مصلحة ذات بال كاشتراط الشهود لصحة عقد النكاح.

و قد صحّح التشريع الإسلامي عقود الصغار المميّزين و الأرقاء إذا أذن لهم الأولياء و الموالي في التجارة.

و كذلك سوى بين الرجل و المرأة في حرّية العقود و احترام الإرادة في تصرّفات الإرادة من معاوضات و تبرّعات و التزامات و نكاح. و لا يعرف تشريع سبق التشريع الإسلامي في مضمار تحرير العقود من قيود شكلياتها المثقلة «١» انتهى.

أقول: كأنه يشير بفرض مساس القبض بالغاية المقصودة في عقد الرهن الى ما ذكرنا من أنّ الرهن وثيقه، و لا يحصل الوثوق قبل القبض، و لعله يشير بفرض مساس القبض بالغاية المقصودة في عقد التبرّع الى ما مضى من الفكرة القائلة: إنّ الهبة مثلا ليست تمليكا، بل هي إذن في التملك بالحيازة. و أما شرط الشهود في عقد النكاح فهو غير ثابت على فقه الشيعة، و هو إنّما ينظر في ذلك الى ما يؤمن به من فقه السنّة. نعم، ورد في روايات فقهنّا استحباب الإشهاد على النكاح و الإطعام «٢»، و كأنّ هذا لأجل الإعلان عنه و حفظ الموارث و النسب، و إمكان الشهادة بعد ذلك على تحقّق النكاح.

و أما ما أشار إليه من نهى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم عن مثل بيع الملامسة و المنابذة فهذا الحديث قد دخل في كتبنا أيضا، فقد روى في الوسائل عن معاني الأخبار بسند

(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء ١، الفقرة ١٣٥-١٣٦.

(٢) راجع الوسائل ١٤: ٦٤ و ٦٧، الباب ٤٠ و ٤٣ من مقدّمات النكاح.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠٧

غير تامّ عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أنّه نهى عن المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة «١». و روى في مستدرک الوسائل عن دعائم الإسلام مرسلّة عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أنّه نهى عن الملامسة و المنابذة و طرح الحصى «٢». و المنابذة فسرت تارة بنبذ الحصاة فهي عين بيع الحصاة، و اخرى بنبذ المتاع فهي غير نبذ الحصاة.

و على أيّ حال ففي هذا الحديث احتمالان:

الأول: أن يكون ناظرا الى إبطال تقييد البيع بشكليته معيّنه من لمس المتاع أو نبذه أو طرح الحصاة عليه، فيكون إشارة الى خرافية الشكليات التي آمنت بها الجاهليّة، و كذلك آمن بها الفقه الغربيّ ردحا من الزمن، و لا فرق في الحقيقة بينه و بين الجاهليّة.

و الثاني: أن يكون ناظرا الى المنع عن بيع الغرر، و بيان سلطان الإرادة بمعنى النهي عن الاكتفاء عن رؤية المتاع و فحصه باللمس أو النبذ، أو أن يبيع أحد أفراد المتاع الموجودة عنده ثمّ يعين المبيع بمثل رمى الحصاة. و على هذا الاحتمال أيضا يكون دالّا على خرافية ما قام عليه الفقه الغربيّ ردحا من الزمن من عدم إقامة وزن للإرادة في المعاملات و الاكتفاء بالشكليات «٣».

و يمكن تطبيق أحد الاحتمالين على بعض فقرات الحديث- أعنى الملامسة أو المنابذة أو بيع الحصاة- و تطبيق الاحتمال الآخر على البعض الآخر منها.

(١) الوسائل ١٢: ٢٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١٣.

(٢) مستدرک الوسائل ١٣: ٢٣٨، الباب ١٠ من عقد البيع و شروطه، الحديث ٣.

(٣) ذكر في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٠ كتاب المتاجر احتمالات ثلاثه في تفسير بيع الحصاة، و أولها إشارة الى ما مضى منه في الصفحة ١٥٤ من مفتاح الكرامة، فراجع.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠٨

و بعد، فالآن نريد أن نبحت عن أنه هل يوجد لدينا إطلاق في الكتاب أو السنة يقتضى كفاية مجرد إبراز المقصود في العقود و عدم اشتراط شكلية معينة نرجع إليه في جميع الموارد إلما أن يخرج قيد ما بدليل خاص، أو لا؟ و هنا تذكر عدة إطلاقات لا بد من تمحيصها كي نرى هل يصح منها شيء أو لا؟

آية الوفاء بالعقد:

(أولاً- قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١»، و كون هذه الجملة معقبة بقوله تعالى: أَحَلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ ... لا تكون قرينة على صرف الآية الى العقود الإلهية. و لو سلمت قرينته ذلك فإنما هي قرينة على شمول الآية للعقود الإلهية، و هي التكاليف، حيث إن التكاليف كما تعتبر عهداً بمعنى الوصية كما قال تعالى: أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ «٢» كذلك تعتبر موثيق مأخوذة من البشر في عالم الذرّ أو الفطرة كما قال تعالى: وَ أَشْهَدُهُمْ عَلَيَّ أَنْفُسِهِمْ أَ لَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ شَهِدْنَا أَنْ تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ «٣» فيصحّ تعلق الوفاء بذلك، و لكنّ هذا لا يعنى اختصاص الآية بالعقود و الموثيق الإلهية، بل مقتضى إطلاقها شمولها للعقود التي تكون بين الناس. و ما مضى من الرواية التي فسرت العقود في الآية بالعهد «٤» (و المقصود

(١) المائة: ١.

(٢) يس: ٦٠.

(٣) الأعراف: ١٧٢.

(٤) تفسير علي بن إبراهيم ١: ١٦٠، الوسائل ١٦: ٢٠٦، الباب ٢٥ من أبواب النذر و العهد، الحديث ٣ عن العياشي.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٠٩

بها الموثيق بقرينة الوفاء) محمولة على التفسير بفرد بارز، لا على الحصر كي يخرج مثل البيع لعدم كونه ميثاقاً، فإنّ هذا اللحن و هو التفسير بفرد بارز شائع في الروايات الواردة في تفسير القرآن من قبيل ما ورد من تفسير الصادقين في قوله تعالى: كُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ «١» بالأئمة عليهم السلام «٢». و ما ورد من تفسير اولى الأمر في قوله تعالى: أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ «٣» بعلی و الحسن و الحسين عليهم السلام «٤».

و هذه الآية هي أكمل إطلاق ورد في المقام، حيث تشمل كلّ العقود حتى التي لا تكون مائية و التي هي خارجة- كما مضى- عن بحثنا.

هذا، و الشيخ الأنصاري رحمه الله لم يذكر هذه الآية المباركة في عداد أدلة صحّة المعاطاة، و لكنّه ذكرها في عداد أدلة اللزوم، و لعلّ السّرّ في ذلك النقاش في دلالة هذه الآية على صحّة العقود و حملها على خصوص اللزوم إمّا بدعوى أن الوفاء بالعقد عبارة عن الوفاء بآثار العقد، و آثار العقد إنّما تترتب على العقد الصحيح، فصحة العقد يجب أن تكون مفروغا عنها في رتبة الموضوع، أو بدعوى أن عدم صحّة العقد يعنى عدم انعقاد العقد، و عدم انعقاده يعنى فقدانه، فالشكّ فيه شكّ في الموضوع. إلّا أن هذا كلّ واضح البطلان، فإنّ انعقاد العقد ليس إلّا عبارة عن ارتباط قرار بقرار سواء نفذ شرعاً أو لا، و الوفاء بالعقد يعنى الوفاء بالأثر الذي قصده المتعاقدان من قرارهما، لا الأثر الشرعي. و كلّ هذا حاصل حتى في العقد

(١) التوبة: ١١٩.

(٢) راجع تفسير البرهان ٢: ١٦٩ و ١٧٠.

(٣) النساء: ٥٩.

(٤) اصول الكافي ١: ٢٨٦، باب ما نصّ الله عزّ وجلّ ورسوله على الائمة الحديث ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١٠

الباطل شرعا، إذن بإطلاق الآية يدلّ على صحّة العقد الذي هو ربط قرار بقرار بأيّ مبرز عرفيّ و نفوذه شرعا.

نعم، البطلان الذي يأتي من قبل عدم مشروعيتها متعلّق العقد لا ينفيه إطلاق أو فوّا بالعقود. فالعقد على المحرّم لا يشمل هذا الإطلاق، لا أنّه خرج بالمخصّص، و ذلك إمّا ببيان أنّ مثال هذه النظم الثانويّة كنظام الوفاء بالعقد أو الشرط أو اليمين أو النذر في أيّ شريعة شرّعت تنصرف عرفا بالمناسبات الى نظم ضمن إطار تلك الشريعة، و لا يفهم منها نظام يحلّل مخالفة النظم الأوليّة للشريعة، أو ببيان أنّ المفهوم من هذه النظم كونها أحكاما حيثيّة، أي أنّ العقد من حيث كونه عقدا صدر من الطرفين يجب احترامه من قبل الطرفين، أو أنّ الشرط أو اليمين أو النذر من حيث هو واجب الاحترام. أمّا لو حكم المولى تعالى بنقضه بفرض حرمة متعلّقه فهذا لا ينافي احترام العقد كعقد، أو الشرط و النذر كشرط و نذر.

هذا، و قد جاء في مصباح الفقاهة «١» توجيه آخر لإغفال الشيخ الأنصاريّ رحمه الله لهذه الآية في عداد أدلّة صحّة المعاطاة، و لا يظهر من عبارته نسبة هذا التوجيه الى السيّد الخوئي، لأنّه ذكره تحت الخط لا في متن التقرير.

و ذلك التوجيه هو: أنّ الآية إنّما دلّت بالمطابقة على لزوم العقد؛ لأنّ الأمر بالوفاء بالعقد إنّما يكون إرشادا الى لزومه و عدم انفساخه بالفسخ. و هذا يدلّ بالملازمة على صحّة العقد، إذ لا معنى للزوم العقد الفاسد، و الدلالة الالتزامية تسقط عن الحجّية إذا سقطت المطابقيّة عن الحجّية. و بما أنّ الشيخ الأنصاريّ رحمه الله ذكر قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة إذن لم يبق عنده مجال للتمسك بهذه الآية لصحّة المعاطاة لأنّه بسقوط المطابقيّة سقطت الالتزامية. و هذا بخلاف آيتي حلّ البيع و التجارة عن تراض، فإنّهما تدلّان بالمطابقة على صحّة البيع.

(١) مصباح الفقاهة ٢: ١٠٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١١

أقول: إنّ دلالة الآية على اللزوم و الصحّة في عرض واحد، فالآية تدلّ بالمطابقة على وجوب الوفاء و بالالتزام على الصحّة و اللزوم، لأنّ وجوب الوفاء لا يكون إن فسد العقد، و كذلك لا يكون إن لم يكن العقد لازما، فلعلّ الأولى في تقريب النتيجة المقصودة أنّ يقال: إنّنا إذا قطعنا بعدم اللزوم بسبب الإجماع فقد قطعنا بعدم وجوب الوفاء، فقد سقطت الدلالة المطابقيّة عن الحجّية، و بسقوطها تسقط الدلالة الالتزامية على الصحّة «١».

(١) لا- يخفى أنّ الاستدلال بمثل أو فوّا بالعقود على صحّة مثل البيع لا يخلو من إشكال، فإنّ البيع ليس عقدا على الالتزام بعمل كى يتصوّر فيه الوفاء و عدم الوفاء مباشرة، و إنّما الذي يتصوّر فيه مباشرة هو النفوذ و عدم النفوذ. نعم يتصوّر فيه الوفاء و عدم الوفاء بمعنى الوفاء بآثاره أو عدم الوفاء بها، فقد يقال: إنّ وجوب الوفاء بآثاره المقصودة من قبل المتعاقدين يدلّ بالالتزام على نفوذه، إذ لو لم يكن نافذا لما وجب الوفاء بآثاره من تسليم العوضين و نحو ذلك، و لكنّ الجواب على ذلك هو: أنّ الأمر بالوفاء بالعقود أمرٌ حيثي أي بيان لكون العقد بما هو عقد محترما و واجب الوفاء، فلكى تثبت فعليّة هذا الأمر لا بدّ من ثبوت كون المتعلّق مشروعاً، فلو كان المتعلّق غير مشروع و لذلك لم يجب الوفاء به لم يكن ذلك تخصيصا في الأمر بالوفاء بالعقد، لأنّ هذا لا ينافي كون العقد من حيث

هو عقد محترماً و العقد إذا كان عقد فعل كما لو تعاقدنا على الاجتماع في مكان ما كانت مشروعيتها متعلقة عبارة عن إباحته، فالتعاقد على الاجتماع في الحرم الشريف نافذ و لكنّ التعاقد على الاجتماع في مجلس المنادمة على مائدة الخمر ليس نافذاً لحرمته متعلقه. و إذا كان عقد نتيجة كالباع كانت مشروعيتها متعلقة عبارة عن نفوذه فلا يعقل دلالة الأمر بالوفاء بالعقد على النفوذ، لأنّ مشروعيتها المتعلق يجب أن تكون أمراً مفروغاً عنه مسبقاً. نعم بعد ثبوت نفوذه و مشروعيتها يدلّ الأمر بالوفاء على حرمته مخالفة الآثار و على اللزوم. و من هنا يظهر أيضاً الإشكال في الاستدلال ببعض الإطلاقات الآتية كآية الميثاق أو رواية: المؤمنون عند شروطهم.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١٢

و على أية حال، فلعله يأتي في المستقبل بيان منع تحقّق إجماع حجة على عدم اللزوم في المقام.

[آية] أحلّ الله البيع:

إشارة

(و ثانياً) قوله تعالى: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** «١». و هذا و إن كان خاصاً بالبيع إلّا أنّه يتعدى من البيع الى كلّ ما لا يحتمل الفرق بينه و بين البيع، فمثلاً لو كان المقصود تصحيح المعاطاة و لم يحتمل الفرق بين البيع و سائر المعاملات المالية في صحّة المعاطاة و عدمها صحّ التمسك بهذه الآية لإثبات صحّة المعاطاة في المعاملات المالية على الإطلاق على أنّه لو عثرنا في كلّ معاملة مألّفة على نصّ لإمضاء تلك المعاملة من سنخ هذا النصّ في البيع جرى فيه بلحاظ تلك المعاملة نفس البحث الذي يجري في **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** بلحاظ عقد البيع.

و ربما تذكر على التمسك بهذا الإطلاق عدة إشكالات:

الإشكال [الأول] التمسك بالعام في الشبهة المصدقية:

الإشكال الأوّل: إنّ أسامي المعاملات لو كانت اسماً للأعم صحّ التمسك بإطلاق أدلته المعاملات. أمّا لو كانت اسماً للصحيح فالتمسك بإطلاقها مشكل، لأنّ الشك في الصحّة يعنى الشك في موضوع العام، فيصبح التمسك به تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية لنفس العام، و هذا لا يجوز قطعاً.

و لعلّ هذا الإشكال يسرى الى مثل الإطلاق الماضي، و هو: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، أو الإطلاق الآتي و هو: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** بدعوى أنّ العقد أيضاً اسم للعقد الصحيح، أو أنّ التجارة تعنى المعاملات الصحيحة.

(١) البقرة: ٢٧٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١٣

و لكنّي أحسّ بفطرتي العرفية أنّ عدم اختصاص العقد بخصوص الصحيح أوضح من عدم اختصاص البيع بخصوص الصحيح، فالتعاقد ليس عدا قراراً مرتبطاً بقرار، أو ربط قرار بقرار، أمّا نفوذ ذاك القرار شرعاً أو عرفاً و وجوب الوفاء به شرعاً أو عرفاً فخارج عن مفاد العقد، فحتى لو تعاقدنا مثلاً على أعظم المناكير الشرعية و العرفية و التي لم ير الشرع و لا العرف مصلحة في إمضاء التعاقد عليها لم يكن ذلك خارجاً عن معنى العقد.

و على أية حال، فالذي يبدو أنّ الإشكال في الإطلاق بفرض عناوين المعاملات أسماء للصحيح كان بحاجة الى نوع من التعميق، إذ

يتبادر الى الذهن الجواب عليه- لو لا التعميق- بأن المعاملات ليست كالعبادات التي هي من مخترعات الشارع حتى يأتي احتمال كون أسامها أسام للصحيح، بل هي ثابتة لدى العرف قبل الشرع الإسلامي، وجاء الشرع الإسلامي فأدخل في شروطها بعض التعديلات، وهذا لا يوجب انتقال الوضع من معناه اللغوي والعرفي الى وضع جديد.

و كآته لهذا حاول الشيخ الأنصاري رحمه الله تعميق صيغته الإشكال ببيان (١) يرجع بعد إدخال شيء من التعديل عليه بأن البيع يمكن افتراضه من أول الأمر اسما للصحيح، لكن الصحيح في نظر الشرع يختلف عن الصحيح في نظر العرف، فما يكون صحيحا عرفا و باطلا شرعا يكون بيعا عرفا و لا يكون بيعا شرعا، فالتمسك لدى الشك في ذلك بدليل أحل الله البيع يعود عليه إشكال التمسك بالعام في الشبهة المصدقية للعام.

(١) راجع المكاسب: ٨٠ و ٨١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١٤

و أجاب الشيخ الأنصاري رحمه الله على هذا الإشكال- بناء على فرض حمل أحل الله البيع على هذا المعنى- بأن الخطابات لما وردت على طبق العرف يحمل هذا الكلام بالإطلاق المقامي على إرادة ما هو الصحيح المؤثر عند العرف، فلدى الشك في شرط جديد يرجع الى إطلاق الدليل لنفيه.

و قد فسر المحقق النائيني رحمه الله كلام الشيخ الأنصاري في المقام إشكالا و جوابا- على ما جاء في تقرير الشيخ الآملي قدس سره (١)- بتفسير غريب، و هو: أن الإطلاقات الواردة في أبواب المعاملات راجعة الى إمضاء المسببات لا الأسباب، إذ لا معنى مثلا لحمل أحل الله البيع على حليته مجرد إنشاء الإيجاب و القبول، و إنما المقصود حليته المسبب، فإذا شككنا في تحقق المسبب للشك في دخل شيء شرطاً أو شرطاً في السبب كان التمسك فيه بالعام تمسكا في الشبهة المصدقية للعام. و من هنا عمم المحقق النائيني رحمه الله الإشكال على مثل أوفوا بالعقود حيث يقول: إن هذا أيضا راجع الى ناحية المسبب ضرورة أن العقد عبارة عن العهد الموثق الحاصل بالإيجاب و القبول لا نفس الإيجاب و القبول. هذا تفسير الإشكال.

و أما تفسير الجواب الذي ذكره الشيخ الأنصاري فقد نقله ببيان أن الدليل و إن كان ناظرا الى إمضاء المسببات لكن إمضاء المسببات يدل بالملازمة على إمضاء أسبابها، إذ لا يتحقق المسبب من دون السبب. و عندئذ أورد عليه المحقق النائيني رحمه الله بأن إمضاء المسبب إنما يقتضى إمضاء السبب في الجملة، إذ يكفي في تحقق المسبب تحقق السبب في الجملة، و لا يقتضى إمضاء السبب بقول مطلق كي نتمسك لدى الشك بالإطلاق.

(١) راجع الجزء الأول من تقريره: ١١١-١١٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١٥

ثم تصدى هو رحمه الله لحل الإشكال بما حاصله: أن ترتب المنشأ على ألفاظ العقود و الإيقاعات ليس من قبيل ترتب المسببات على أسبابها، كترتب الإحراق على الإلقاء في النار، أو كترتب حصول السنبل على إلقاء البذر، فمثل هذين المثالين يكونان من ترتب المسبب على السبب، بفرق أن السبب في المثال الأول سبب تام، و يكون المسبب فعلا لفاعل السبب حقيقة، إلا أنه فعل غير مباشر، و في المثال الثاني مقدمة إعدادية، و يفصل بينه و بين المسبب ما يكون خارجا عن قدرة فاعل السبب و اختياره، فلا ينسب المسبب حقيقة الى فاعل السبب.

و أما ما نحن فيه فليس من هذا القبيل، و إنما هو من باب إيجاد ذى الآلة بالآلة كالتكلم باللسان، أو الكتابة بالقلم، و هذا يكون فعلا مباشرا للفاعل لا- مسببا توليديا و فعلا- غير مباشر. نعم، هذه المنشآت تارة ينظر إليها باعتبار ذاتها من حيث هي بقطع النظر عن

انتسابها الى الفاعل، و اخرى ينظر إليها باعتبار انتسابها الى الفاعل، و إن شئت فعبر عن الأول بالمعنى الاسم المصدرى، و عن الثانى بالمعنى المصدرى.

و دليل إمضاء هذه المنشآت إن كان ناظرا إليها بالمعنى المصدرى، فإمضاء المنشأ بالإنشاء عين إمضاء إنشائه بالآلة المعدّة لإنشائه، فإنّ إمضاء الكتابة بمعناها المصدرى عين إمضاء إيجادها بالقلم، و إن كان ناظرا إليها بالمعنى الاسم المصدرى فكذلك. لأنّ التغير بين المعنى المصدرى و المعنى الاسم المصدرى ليس إلّا بالاعتبار.

أقول: إنّ هذا البيان- إشكالا و جوابا- يشتمل على خلط غريب بين المنشأ و الثمرة التى تثبت بالشرع أو القانون أو عرف العقلاء، و ذلك لأنّ تصوير الإشكال- بكون الشكّ فى المسبّب شبهة مصداقية للعام- يتوقّف على كون المراد فقه العقود، ج ١، ص: ٢١٦

بالمسبّب تلك الثمرة القانونيّة أو الشرعيّة، أو على تخيّل كون ما يثبت بإمضاء القانون هو عين المنشأ بالإيجاب و القبول و تصوير الجواب- بأنّ ما نحن فيه من قبيل الآلة و ذى الآلة- يتوقّف على كون المراد بالمسبّب هو المنشأ. و الواقع أنّ المنشأ هو غير الثمرة القانونيّة، فكلاهما أمران اعتباريان، لكنّ الاول أمر اعتبره الناقل، و نسبته الى اعتباره نسبة الوجود الى الإيجاد. و الثانى أمر اعتبره المقنّن، و نسبته الى اعتبار المقنّن له نسبة الوجود الى الإيجاد، و ليس هذا نسبته الى فعل الناقل نسبة ذى الآلة الى الآلة، و إنّما هى نسبة الحكم الى الموضوع.

و مع الالتفات الى أنّ الثمرة القانونيّة غير المنشأ و إنّ عدم إمضاء القانون للمنشأ لا يعنى عدم تحقّق المنشأ يتّضح أنّ فرض البيع أو العقد اسما للمنشأ لا يصوّر إشكالا فى المقام بلزوم كون التمسكّ بالعامّ تمسّكا به فى الشبهة المصداقية حتى يجاب عليه بالجواب الذى نسبه الى الشيخ الأنصارى، أو الجواب الذى اختاره هو.

أمّا لو فرضنا أنّ المقصود الواقعى للشيخ الأنصارى رحمه الله هو تصوير الإشكال- بناء على فرض كون البيع اسما لما يثمر الثمرة القانونيّة- فهنا اختلاف فى تصوير تلك الثمرة القانونيّة المقصود للشيخ بالنحو الذى يؤدّى الى تصوير الإشكال فى المقام. فالسيد الخوئى رحمه الله نسب الى الشيخ أنّه يفسر فرض كون البيع اسما للصحيح بمعنى كونه اسما لما هو المؤثر واقعا أثر الملكية و الانتقال، و ما يقع أحيانا من مخالفة الشرع للعرف فى صحّة بعض المعاملات مرجعه الى تخطئه العرف فى تشخيصه للواقع، و عندئذ أورد عليه بمنع كون الملكية أمرا واقعا،

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١٧

و إنّما هو أمر اعتبارى صرف «١».

إلّا أنّ المحقّق الأصفهانيّ رحمه الله فسّر كلام الشيخ قدس سرّه بتفسير آخر و هو أنّ يكون معنى فرض البيع اسما للصحيح فرضه اسما للبيع المؤثر على ما هى عليه كلمة المؤثر من معنى متقوم بالاعتبار المختلف باختلاف الأنظار، و مخالفة الشرع للعرف ليست بمعنى تخطئه فى تشخيصه للواقع، بل بمعنى كون اعتبار أحدهما مغاير للاعتبار الآخر «٢».

و هذا الكلام يمكن أن يذكر كتقريب لتمازيه الإطلاق فى أحلّ الله البيع بدعوى أنّ البيع اسم لجامع المؤثر و لا- يختصّ بالمؤثر الشرعى حتى يكون الشكّ فى التأثير الشرعى شكّا فى المصداق، و يمكن أن يذكر كتقريب للإشكال على الإطلاق بدعوى أنّ البيع لئن كان اسما للمؤثر فالمؤثر لدى كلّ متكلم يختلف عن المؤثر لدى متكلم آخر، فإذا شككنا فى ثبوت التأثير لدى الشارع يكون التمسكّ بإطلاق كلامه تمسّكا بالعامّ فى الشبهة المصداقية للعام، و عندئذ نكون بحاجة الى الجواب بمثل دعوى الإطلاق المقامى، و إنّ خطاب الشارع المتوجّه الى العرف ينصرف الى إرادة ما هو المؤثر لدى العرف مثلا.

إلّا أنّ السيد الخوئى رحمه الله لم يقبل صلاحية هذا التقريب كبيان للإشكال على الإطلاق، فهو يرى أنّ التقريب الوحيد لفرض البيع اسما للصحيح بنحو يصلح تقريبا للإشكال هو أن نتخيّل أنّ الملكية و الانتقال من الامور الواقعيّة. أمّا إذا اعترفنا بأنّ تأثير البيع ليس عدا

أمر اعتباري بحث ولا وجود واقعي للملكية فلا

(١) راجع مصباح الفقاهة ٢: ٨٠، والمحاضرات ٢: ٤٠.

(٢) راجع تعليقه على المكاسب ١: ٢١ و ٢٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١٨

يبقى موضوع للإشكال فإنه إذا فرض البيع اسما للمؤثر فإن قصد بذلك التأثير الشرعي قلنا: إن كلمة البيع موضوعه من قبل العرف قبل الشرع، وليست موضوعه من قبل الشرع، والعرف لا يضعها للمؤثر الشرعي، وإن قصد بذلك جامع التأثير كان هذا في صالح الإطلاق، لأن جامع التأثير لا يشك فيه بالشك في التأثير الشرعي. وإن قصد به التأثير في الاعتبار الصحيح الناشئ عن المصلحة الواقعية قلنا: إن موافقة الاعتبار للمصلحة وعدمها أجنبية عن المفهوم العرفي الذي تجرى عليه الاستعمالات العرفية «١».

أقول: يمكن افتراض وضع البيع للصحيح بمعنى المؤثر اعتبارا لا واقعا، مع تصوير الإشكال في الإطلاق رغم اعتبارية الأثر، وذلك بأن يقال: إن البيع موضوع ليس لجامع المؤثر على شكل الوضع العام والموضوع له العام على حد وضع الرجل مثلا للجامع بين أفراد الرجل كي يقال: إن هذا بإطلاقه يشمل المؤثر باعتبار العقلاء والمؤثر باعتبار الشرع، وهذا لا يوجب إشكالا في إطلاق الآية، بل يؤكد إطلاقها، وإنما هو موضوع للمؤثر في اعتبار أي معتبر على حد الوضع العام والموضوع له الخاص مثلا، فيحمل في لسان أي متكلم على الاعتبار الذي يرتبه هو، وذلك سنخ أن كلمة (الحسن) مثلا- بناء على كون الحسن والقبح أمرين اعتباريين عقلايين لا واقعيين- يحمل في لسان كل متكلم على الاعتبار الذي يرتبه هو فيكون هذا تصويرا للإشكال بناء على وضع البيع للصحيح. وعلى أية حال، فالجواب على هذا الإشكال- حسب ما حملنا عليه كلام

(١) راجع المحاضرات ٢: ٤٠، أما في مصباح الفقاهة ٢: ٨١ فقد حذف التنبيه على إشكال الشق الثالث.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢١٩

الشيخ الأنصاري رحمه الله- هو التمسك بالإطلاق المقامي ل [□]أحلَّ اللهُ البَيْعَ الذي هو خطاب موجّه الى العرف، فيحمل على الصحيح العرفي.

إلا أن السيد الخوئي رحمه الله «١» فسّر جواب الشيخ رحمه الله بتفسير آخر، وهو التمسك بالإطلاق المقامي ل [□]أحلَّ اللهُ البَيْعَ بيان أن إمضاء المسبب المنشأ يجعله مؤثرا شرعا مع إهمال سببه لغو. إذن فيصبح الكلام بإطلاقه المقامي ظاهرا في إمضاء كل الأسباب العرفية، لأن إمضاء سبب ما على الإجمال يكون بمنزلة إلغاء كل الأسباب، فقرينه صون كلام الحكيم عن اللغوية تثبت لنا الإطلاق. وأجاب السيد الخوئي رحمه الله على ذلك بأن هذا إنما يتم لو لم يكن في الأسباب العرفية ما هو متيقن الاعتبار بالإضافة الى غيرها، وإلا كفى ذلك في صون كلام الحكيم عن اللغوية ولم يتم الإطلاق.

و اختار هو جوابا آخر- بناء على القول بالصحيح- وهو أن ظهور النص في الإمضاء يصره الى الصحيح العرفي، لأن الصحيح الشرعي لا معنى لإمضائه.

وعلى أية حال، فالظاهر أن الإشكال من أساسه غير وجيه، لأنه كان مبنيًا على كون أسماء المعاملات موضوعه للصحيح، والواقع خلاف ذلك. فالحق هو أنها لم توضع إلا للاعتبار المبرز بغض النظر عن إمضائه من قبل العقلاء، أو من قبل الشرع وعدمه، كما اختار ذلك السيد الخوئي رحمه الله «٢».

أما عدم أخذ الإمضاء الشرعي في مفهوم مثل البيع فواضح، لما مضى من أن هذه الأسماء ثابتة لدى العرف لمعانيها قبل الشرع، ولم يتدخل الشرع إلا في بعض التعديلات مما لا يستوجب انتقال اللفظ الى معنى جديد.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٤١-٤٢، و مصباح الفقاهة ٢: ٨٣-٨٥.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٢٧ و ٤٢، و مصباح الفقاهة ٢: ٥٣ و ٨٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢٠

و أما عدم أخذ الإمضاء العقلاني أو مطلق الإمضاء في مفهومه فلوضوح أن البيع مثلا في نظر العرف فعل للبائع أو للمتبايعين، و التأثير العقلاني أو الشرعي حكم له، و ليس من المعهود في اللغة أو العرف أخذ الحكم ضمن مفهوم الموضوع.

ثم إن السيد الخوئي رحمه الله رتب على ما اختاره من كون البيع اسما للاعتبار المبرز و عدم دخل الإمضاء الشرعي و لا العقلاني في مفهومه أن الإطلاق الذي يثبت ل **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** بناء على ذلك يكون أوسع من تقريب إطلاقه بكونه ناظرا بالإطلاق المقامي أو بقريته عدم معقولية إمضاء البيع الشرعي الى ما هو المؤثر عند العرف، و ذلك لأنه لو صرف الى ما هو المؤثر عند العرف فإتما يتم التمسك بالإطلاق إذا تحقق المؤثر العرفي و شككنا في إضافته شرط جديد في الشريعة، و لا يتم التمسك به عند الشك في اعتبار قيد في صحة المعاملة عرفا، و هذا بخلاف فرض القول بأن الإمضاء العرفي كالإمضاء الشرعي ليس دخيلا في مفهوم البيع، فعندئذ يتم التمسك بالإطلاق حتى لدى الشك في اعتبار قيد في صحة المعاملة عرفا «١».

أقول: لا ينبغي الإشكال في عدم إمكان نفي شرط ما شرعا بإطلاق **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** حينما يكون مقتضى الارتكاز العقلاني دخله في صحته البيع حتى على القول بأن الصحة العقلانية غير مأخوذة في مفهوم البيع، و ذلك لأن هذا الارتكاز العقلاني يمنع عن انعقاد الإطلاق.

و عندئذ نقول: إنه إن قصد السيد الخوئي رحمه الله بالشك في دخل قيد عرفا و عقليا احتمالنا لدخله عرفا، أي أن حكم العقلاء في ذلك كان مجهولا لدينا،

(١) المحاضرات ٢: ٤٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢١

فهنا لا يصح التمسك بإطلاق **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**، لأن احتمال ذلك احتمال لما يصرف الإطلاق. و الصحيح في مثل احتمال وجود قريته كالمتمصل عدم تمامية الإطلاق ما لم يكن فرض القرينة منفيا بأصالة عدم الغفلة.

و إن قصد بذلك فرض إجمال الأمر على العرف نفسه بأن لم يكن واضحا لدى العرف دخل هذا القيد و عدمه، فقد يقال: إننا عندئذ نتمسك بالإطلاق لعدم وجود احتمال الارتكاز الصارف للإطلاق، و قد يقال: إن عقلائية المعاملات تصرف إطلاقاتها الى دائرة ما يتقبله العقلاء بحيث يصبح الإجمال و التردد عند نفس العقلاء موجبا لإجمال الدليل الشرعي و عدم تمامية الإطلاق.

[الإشكال الثاني: عدم كون الآية في مقام البيان:

الإشكال الثاني: أن **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** إنما هو بصدد تشريع أصل البيع، و ليس بصدد بيان الشروط. و قد أجاب على ذلك المحقق الأصفهاني رحمه الله بعد إيرادته على التمسك بإطلاق الآية لتصحيح المعاطاة باشتهار التمسك به من علماء الإسلام في موارد الشك، ثم استشهد على تمامية الإطلاق بحديث عمر بن يزيد التام سندا قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إن الناس يزعمون أن الربح على المضطر حرام و هو من الربا، قال: و هل رأيت أحدا يشتري غنما أو فقيرا إلّا من ضرورة؟! يا عمر قد أحل الله البيع و حرّم الربا، فابرح و لا ترب، قلت: و ما الربا؟ قال: دراهم بدراهم مثلين بمثل «١». قال المحقق الأصفهاني رحمه الله: و الظاهر أنه إشارة الى الآية الشريفة و ليس الربح على المضطر بأظهر و لا باغلب من المعاطاة ليمنع عن شمولها بإطلاقها «٢».

(١) الوسائل ١٢: ٣٢٩، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ١.

(٢) تعليقه الشيخ الأصفهاني على المكاسب ١: ٢٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢٢

أقول: إن مجرد تمسك العلماء ليس دليلاً إلا إذا كشف عن الفهم العرفي، و لم يحتمل كونه خطأً فتيماً مشتركاً بين الكل.

ويمكن الجواب على أصل الإشكال بأنه إن قصد بذلك الجانب الإيجابي، وهو كونه بصدد التشريع من دون نفي كونه بصدد بيان كل قيود ما شرعه - لو كانت له قيود - فهذا لا ينافي الإطلاق. وإن قصد بذلك نفي كونه بصدد بيان قيود ما شرعه فهذا ليس إشكالا فتيماً على الإطلاق، وإنما هو مجرد دعوى عدم كونه بصدد البيان المنافي لأصالة كون المتكلم إثباتاً بصدد بيان كل ما قصده ثبوتاً، فهذا الإشكال لا محصل له.

□
إلا أن يرجع هذا الإشكال الى تقريب آخر، وهو أن الآية بصدد المقايسة بين البيع والربا ونفي التسوية بينهما، حيث تقول: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا** وليست بصدد بيان حكم البيع في ذاته، أو أن الآية إنما كانت بصدد بيان حرمة الربا. أما حليّة البيع فلم تبين إلا استطرافاً.

□
إلا أن هذا البيان الثاني أيضاً لا محصل له، إذ لئن كان بصدد بيان حرمة الربا فحسب دون حليّة البيع فلم يقتصر على ذكر حرمة الربا دون حليّة البيع؟! إلا أن يرجع حاق المقصود الى البيان الأول، وهو أن الآية بصدد المقايسة بين البيع والربا ونفي التسوية لا بصدد بيان حكم البيع في ذاته.

و الجواب على ذلك ما ذكره السيد الإمام الخميني رحمه الله من أن بيان نفي التسوية تارة يكون بنفي التسوية مباشرة بأن يقول مثلاً: ليس البيع مثل الربا، و اخرى يكون بيان حكم كل منهما الذي يؤدي بالملازمة الى نفي التسوية، و الآية من قبيل الثاني. و هذا يعنى أنه كان في مقام بيان الحكمين حتى يتجلى بذلك عدم تسويتهم في الحكم، و هذا لا يضر بالأخذ بإطلاق كل من الحكمين فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢٣

و حمل ذلك على نفي التسوية بينهما في حكميهما المطلقين «١».

[الإشكال الثالث: دلالة الآية على حليّة الآثار:

□
الإشكال الثالث: إن قوله تعالى: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** إنما دلّ على حليّة التصرفات المترتبة على البيع - باعتبار أن حليّة نفس البيع لا معنى لبيانها لعدم مبرر لاحتمال الحرمة - و حليّة التصرفات أعم من صحّة البيع بمعنى افادته لمقصود المتعاملين وهو الملك. فإن دلّ هذا النصّ على صحّة البيع فإنما هي صحّة بمعنى أنه أثمر - على أي حال - ثمره شرعيّة، و هي حليّة التصرفات و لم يدلّ على الصحّة بالمعنى الذي قصدناه من افادته لمقصود المتعاملين. و لئن أصررنا على توقّف حليّة بعض التصرفات على الملك و عدم قبول ذلك للاستثناء، أمكن فرض حصول الملكيّة قبل التصرف آناً ما مثلاً، فالآية - على كل حال - لا تدلّ على إفادة البيع المعاطاتي، أو أي بيع شككنا في صحته للملك مباشرة.

و الجواب على ذلك يكون بوجهين:

الوجه الأول: أنه بعد فرض حمل الحليّة في الآية المباركة على حليّة التصرفات تدلّ الآية بالملازمة العرفيّة على صحّة البيع بالمعنى المقصود للمتعاملين، و ذلك:

□
إما بتقريب أن حليّة جميع التصرفات بما فيها الموقوفة على الملك تدلّ عرفاً على حصول الملك بالفعل. و هذا هو المفهوم ممّا نسبه

المحقّق الأصفهاني رحمه الله إلى مختار الشيخ قدس سره «٢» و المفهوم من بعض عبارات مصباح الفقاهة «٣». أمّا فرض

(١) كتاب البيع ١: ٦١ و ٦٢.

(٢) راجع تعليقه على المكاسب ١: ٢٥.

(٣) مصباح الفقاهة ٢: ١٠٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢٤

حصول الملك قبل التصرف آنا ما أو الاستثناء عن شرط الملك، فهو بعيد عن فهم العرف لدليل تلك الحلية. أو بتقريب أن العرف لما كان يعتقد بكون حلية التصرفات مستندة الى إفادة البيع للملك بالفعل، فتوجيه الخطاب إليه بحلية البيع ينصرف الى ما يطابق مرتكزهم.

أو بتقريب أن نسبة الحلية في الآية الى البيع ظاهرة عرفا في كون حلية التصرف بسبب إمضاء البيع، وهذا هو الذي اختاره السيد الخوئي رحمه الله - على ما في المحاضرات - على تقدير كون الحلية في الآية تكليفية «١».

الوجه الثاني: أننا نمنع حمل الحلية في الآية المباركة على الحلية التكليفية المتعلقة بالتصرفات، حيث إن لازم ذلك كون إسناد الحل في الآية إلى البيع إسنادا للشيء إلى غير ما هو له، بل نحملها على الحلية المنتسبة حقيقة إلى البيع. والظاهر من إسناد الحل إلى الامور الاعتبارية كالببيع هو الحل الوضعي بمعنى الإمضاء والصحة.

إلا أنه يقع الكلام في حمل الحل على الحل الوضعي هل هو حمل له على معنى حقيقي أو مجاز؟ فإن كان مجازا لم يكن هذا الوجه وجها مستقلا للجواب في قبال الوجه الاول، بل يصاغ من الوجهين وجه واحد للاستدلال ببيان أن الحل في الآية مردد أمره بين الحل الوضعي و الحل التكلفي، إذ في كل منهما وجه للتجاوز، حيث إن الحل الوضعي معنى مجازي للحل، و الحل التكلفي يكون

(١) راجع المحاضرات ٢: ٥١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢٥

إسناده - في الواقع - إلى التصرفات، فإسناده إلى البيع إسناد إلى غير ما هو له، و سواء حمل الحل على الوضعي أو التكلفي تثبت صحة البيع أما على الاول فبالدلالة المطابقة، و أما على الثاني فبالدلالة الالتزامية العرفية بأحد التقريبات الثلاثة الماضية.

أما إذا افترضنا استعمال الحل في مورد الحل الوضعي حقيقة، فهذا الوجه يصبح دليلا مستقلا على المدعى، حيث يقال: إن الحل هنا مستند بظاهرة الى ذات البيع، فهو حل وضعي بمعنى إمضاء البيع و صحته.

و يرى السيد الخوئي رحمه الله أن حمل الحل في المقام على الحل الوضعي لا يستلزم المجاز و ذلك بدعوى أن الحل في الآية الشريفة يكون بمعنى الإرسال و إطلاق السراح و إرخاء العنان في مقابل الشد و العقد. و هذا نسبه إلى الحل التكلفي و الحل الوضعي على حد سواء، و في كل مورد يحمل على ما يناسبه، فإذا اسند الى أفعال المكلفين أو الموضوعات الخارجية أعطى معنى الحل التكلفي، و إذا اسند الى الاعتبار العرفية أعطى معنى الحل الوضعي و الإمضاء «١».

و ذكر المحقق الأصفهاني رحمه الله: أن حمل الحل في المقام على معنى الحل في مقابل الشد غير صحيح، لأن الحل في مقابل الشد يتعدى بنفسه إلى ما يحل، و لا مجال لتعديته إليه بتحويله إلى باب الإفعال، و الموجود في الآية الكريمة هو صيغة «أحل» أي من باب الإفعال، فالمفروض أن يحمل الحل على ما يشتق من الحلول بمعنى القرار فإنه يتعدى إلى ما يحل بأدوات التعدي، فيقال مثلا: أحله

(١) المحاضرات ٢: ٤٨ و ٤٩، و مصباح الفقاهة ٢: ٩٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢٦

الدار. وهذا يناسب التكليف والوضع، فالمعنى - والله أعلم - أنه - تعالى - أحل البيع محلّه وأقرّه مقرّه، ولم يجعله كالقمار بحكم العدم «١».

و أورد عليه السيد الخوئي رحمه الله: بأنّ حمل الحلّ في الآية الكريمة على معنى الحلول والقرار خلاف الظاهر، خصوصاً بملاحظة مقابلته ب «حرّم الربا»، إذ لو كان المقصود به الحلول والقرار لكان المناسب مقابلته بالإزالة، فيقول: و أزال الربا «٢».

أقول: الظاهر أنّ «أحلّ» في الآية المباركة ليس من الحلّ بفتح الحاء في مقابل الشدّ والعقد لأنّه يتعدى إلى ما يحلّ بنفسه لا بباب الإفعال، ولا - من الحلول بمعنى القرار، لأنّه لا - يناسب المقابلة ب «حرّم الربا»، بل المفروض أنّ يقابل ب (أزال الربا)، وإنّما هو من الحل - بكسر الحاء - في مقابل الحرمة، كما تشهد له مقابلته ب «حرّم الربا». وهذا حقيقة في الحليّة التكليفية، و مجاز في الحليّة الوضعية. فالصحيح أن نضوع من الوجهين دليلاً واحداً على المقصود بالتقريب الذي مضى.

على أنّه يرد على جعل تفسير الحلّ بالحليّة الوضعية دليلاً مستقلاً في مقابل الوجه الأول: أنّ الربا اسم لذات الربح، بينما البيع اسم للعقد الذي هو أمر اعتباري، و كما يحتمل حمل الربا بقريته المقابلة بالبيع على معنى البيع الربوي مثلاً كذلك يحتمل حمل البيع بقريته المقابلة بالربا على الربح البيعي. و على هذا التقدير يتعيّن الحلّ في الحليّة التكليفية.

(١) تعليقه الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١: ٢٥.

(٢) المحاضرات ٢: ٤٩، و مصباح الفقاهة ٢: ٩٥ و ٩٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢٧

آية التجارة عن تراض:

و ثالثاً - قوله - تعالى - : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (١).
و الاستدلال بهذه الآية يكون بتقريبين:

التقريب الأول - هو الاستفادة من النهي عن أكل المال واستثناء فرض التجارة عن تراض. و توضيح ذلك: أنّ المقصود بالأكل هنا ليس هو معناه اللغوي الأصليّ حتماً كما هو واضح، وإنّما هو كناية إما عن مطلق التصرف، و إمّا عن التملك.

فإن كان كناية عن التملك فالنهي المتعلّق به نهى وضعي يقصد به البطلان، و قد استثنى من هذا البطلان فرض التجارة عن تراض، و هذا يعني صحة التجارة عن تراض و مقتضى إطلاق ذلك عدم اشتراط شكلية معينة في التجارة.

و إن كان كناية عن مطلق التصرف فالنهي المتعلّق به تكليفي، و استثناء فرض التجارة عن تراض يعني حليّة التصرف بالتجارة عن تراض. و هذا يدلّ بالدلالة الالتزامية العرفية على صحة التجارة إمّا بتقريب أنّ حليّة جميع التصرفات بلا إذن البائع الموقوفة على الملك دالّة عرفاً على الملكية الفعلية، أو بتقريب أنّ الخطاب متوجّه الى العرف الذي يرى التجارة عن تراض مملّكة، فيصرف الخطاب الى إمضاء ذلك، أو بتقريب أنّ إسناد حلّ الأكل الى التجارة عن تراض إسناد المسبّب الى سببه ظاهر عرفاً في إمضاء التجارة بنفس المعنى المقصود للمتعاملين، و مقتضى الإطلاق عدم اشتراط شكلية معينة في التجارة عن تراض.

(١) النساء: ٢٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢٨

التقريب الثاني - هو الاستفادة من كلمة (الباطل)، حيث إنّ الاستثناء سواء فرض متصلاً أو منقطعاً يدلّ على أنّ التجارة عن تراض

ليست باطله، إذ لا- يتقيد عرفا أن يقال: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا هذا الباطل». وهذا يعني صحّة التجارة المنصرفه إلى الصحّة بالمعنى الذى قصده المتعاملان من التمليك و التملك، فهذه الدلالة تتم سواء فرضنا أن الاستثناء منقطع تمسكا بأصالة عدم التقدير، أو فرضناه متصلا بأن قدرنا شيئا يناسب المورد كأن نقول: إن التقدير ما يلى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بكل سبب فإنه باطل، إلّا أن تكون تجاره عن تراض» وذلك باعتبار أن الاستثناء المنقطع بطبعه و بلا نكته و مناسبة ليس عرفيا، بخلاف التقدير و الحذف، فإنه و إن كان خلاف الأصل لكنّه أمر عرفي و مقبول، و كثير الوقوع فى الاستعمالات.

ثم إنه ذكر فى بلغة الفقيه «١» إشكالا على التمسك بهذه الآية لصحة المعاطاة، و هو أن هذه الآية وزانها وزان: لا صلاة إلّا بفاتحة الكتاب، و لا صلاة إلّا بطهور، و نحو ذلك مما يكون مركز عموم الحكم فيه هو حكم المستثنى منه لما عدا موارد المستثنى، و ليس مركز العموم هو حكم المستثنى لجميع موارد. فقولته مثلا: «لا صلاة إلّا بطهور» يعنى عموم بطلان الصلاة لكل موارد عدم الطهارة، و لا يعنى عموم صحة الصلاة لكل موارد الطهارة بحيث لو صلى متطهرا مستديرا للقبلة مثلا لكان هذا الكلام دليلا على صحة صلاته. فأية التجارة عن تراض من هذا القبيل، فهى إنما تدل على عموم حرمة أكل المال لكل موارد فقدان التجارة عن تراض، و لا تدل على جواز أكل المال فى كل موارد حصول التجارة عن تراض، أى أنها مسوقة لبيان شرطية المستثنى من دون نفي شرطية شىء آخر.

(١) راجع بلغة الفقيه ٢: ١٠٣-١٠٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٢٩

و أجاب على ذلك: بأن الاستثناء هنا منقطع بخلاف الحال فى مثل لا صلاة إلّا بفاتحة الكتاب، أو لا صلاة إلّا بطهور. و فى مورد الاستثناء المنقطع لا يكون مركز العموم هو حكم المستثنى منه لما عدى موارد المستثنى، لأن مغايرة المستثنى للمستثنى منه بالجنسية فى المنقطع تبطل كون ما عدا المستثنى من جنس المستثنى منه كئيه حتى يؤخذ بعموم الحكم فيه، إذن فمركز العموم إنما هو حكم المستثنى، و يكون الكلام مسوقا لبيان حكم المستثنى فقط، و إنما ذكر المستثنى منه توطئه لذلك. فهذا الإشكال إنما يمكن تماميته بناء على حمل الآية الكريمة على الاستثناء المتصل.

إلّا أن حملها على الاستثناء المتصل غير صحيح، إذ أولا يستلزم الحذف و التقدير، و هو خلاف الأصل. و ثانيا يستلزم الالتزام بالنسخ أو كثرة التخصيص المستهجن، إذ لو كان الاستثناء متصلا لدلت الآية على حرمة الأكل بكل ما عدا التجارة عن تراض، مع أنه كما يحل الأكل بذلك كذلك يحل بالهبات و الوقوف و الصدقات و الوصايا و اروش الجنائيات و سائر النواقل الشرعية و الإباحات بقسميها الشرعية و المالكية. فكيف يكون مطلق غير التجارة عن تراض أكلا- بالباطل، و لا كذلك على المنقطع لرجوعه إلى ذكر السبب الخاص لا حصر الأسباب به؟

أقول: إن هذا الكلام من أوله إلى آخره لا يمكن المساعدة عليه.

أمّا كون الحذف خلاف الأصل فيمكن الجواب عليه بكون الاستثناء المنقطع من دون مناسبة مقبولة أمر غير مطبوع عرفا، بخلاف الحذف الذى هو مقبول و كثير الوقوع فى الاستعمالات.

و أما لزوم النسخ أو كثرة التخصيص المستهجن، فقد أجاب عليه السيد

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣٠

الخوئي رحمه الله أن ما عدّه من أسباب جواز الأكل كلما كان منها مشتملا على القبول كالهبات و الصدقات و الوصايا بناء على اعتبار القبول فى الوصية داخل فى التجارة عن تراض. و أمّا ما لا يشتمل على القبول كالوقوف و الإباحات و الوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها، فهى و إن لم تكن من التجارة لكنها أولا ليست فى الكثرة بمقدار يوجب استهجان التخصيص، و ثانيا هى خارجة عن حدود المستثنى و المستثنى منه من الآية تخصّصا لا تخصيصا؛ لأن المستثنى منه إنما هو أكل مال الغير بعنوان التملك، و هذا إنما

يكون فيما يحتاج إلى القبول «١».

أقول: لعل مقصوده: أن الأكل في الآية كناية عن التملك، فما يدخل في ملك الإنسان من دون تملك أو يباح للإنسان من دون تملك ليس داخلا في مورد الآية. أما إذا فسرنا الأكل بمعنى التصرف فهذا البيان الأخير لا يأتي:
و على أية حال، فحتى لو تسجل إشكال صاحب البلغة على فرض كون الاستثناء متصلا من لزوم كثرة التخصيص مثلا فهذا لا يهمنا، فإنه لا علاقة له بما هو المقصود من الاستدلال بالآية، إذ لم يكن متوقفا على كون الاستثناء متصلا.
و أما ما ذكره من أن الاستثناء إذا كان منقطعاً فالعموم لا يتركز في المستثنى منه لعدم صحته شموله لجميع ما عدا الاستثناء، فيتركز في المستثنى، فهو مع أصل الإشكال الذي يفرض هذا جوابا عليه من أن العموم في موارد الاستثناء يتركز في شمول حكم المستثنى منه لجميع الموارد ما عدا المستثنى لا- في المستثنى غريب، فلا أدري ما هو الوجه في افتراض أن العموم يتركز في طرف المستثنى منه فحسب؟! و هل أن أداة الاستثناء هي التي تخلق العموم في المستثنى منه فيقال

(١) مصباح الفقاهة ٢: ١٠٤-١٠٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣١

مثلا: إن أداة الاستثناء إنما تخلق العموم في المستثنى منه لا في المستثنى؟! و لو تم ذلك فلا أدري ما هو الوجه في الجواب عليه بأنه في الاستثناء المنقطع حيث لا يمكن تركز العموم في المستثنى منه يتركز في المستثنى؟ و من الواضح أن تركز العموم في المستثنى منه بلحاظ أفراد المستثنى منه ممكن، بلا- فرق بين الاستثناء المتصل و المنقطع، و تركز العموم في أفراد أخرى غير أفراد المستثنى منه و غير المستثنى لا يمكن، بلا فرق بين الاستثناء المتصل و المنقطع.

و أما أصل النقص بمثل لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب، أو لا صلاة إلا بطهور فهذا هو الإشكال المنقول عن أبي حنيفة على دلالة الاستثناء على عموم المفهوم، و الذي أجاب عليه صاحب الكفاية في كفايته تارة بأن الصلاة إنما هي اسم للصحيح أو محمولة في مثل هذا النص على الصلاة التامة المأمور بها، فالنص يدل على أن الصلاة التامة لا تكون إلا مع طهور، أما أن تتم الصلاة الناقصة بنقص آخر بواسطة الطهور فلا- و أخرى بأنه إن لم يثبت المفهوم في مورد لعلمنا بالحال فهذا لا يعني إنكار المفهوم على الإطلاق «١». و أجاب عليه في تعليقه على الكفاية بأن المراد من المستثنى منه في مثل هذا المثال هو نفي الإمكان، و مقتضاه إمكان ثبوته مع المستثنى لا وقوعه.

أقول: الحمل على الإمكان خلاف الظاهر، فإن الفعل المقدر المتعلق به الظرف هو من أفعال العموم عادة كالوجود لا الإمكان، و أما علمنا بالقرينة بعدم المفهوم فقد يكون مقصود أبي حنيفة وضح عدم دلالة (لا صلاة إلا بطهور، أو إلا

(١) راجع الكفاية ١: ٣٢٦-٣٢٧ مع تعليقه هو على الكفاية في الصفحة ٣٢٦ بحسب الطبعة التي معها تعليقه المشكيني.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣٢

بفاتحة الكتاب) على المفهوم العام بقطع النظر عن القرينة و علمنا الخارجى.

و الانصاف أنه لا ينبغي الشك في عدم الدلالة في مثل هذا المثال.

و أمّا الجواب الأول لصاحب الكفاية في كفايته- فبناء على كون الصلاة اسما للأعم- لا يتم أيضا، إذ لا موجب لحمل الكلام على نفي الصلاة التامة، بل يحمل على نفي الصلاة نفيا تشريعيًا، و لو تم هذا الوجه فإنما يتم في مقابل دعوى التمسك بإطلاق كلمة (الصلاة)، و لكن القائل بعموم المفهوم في باب الاستثناء يتمسك بإطلاق المستثنى، فقد ينقض عليه بأنه لو تم هذا الإطلاق في المستثنى لتم في مثل لا صلاة إلا بطهور أو إلا بفاتحة الكتاب، و هو يعني أن الطهور أو الفاتحة يصحح الصلاة حتى لو كان المصلى

مستدبرا للقبلة مثلا، و من الواضح عدم دلالة له من هذا القبيل.

و التحقيق في المقام: إنه لا مجال لدلالة مثل لا صلاة إلا بطهور أو بفاتحة الكتاب على صحة كل صلاة حتى المستدبرة للقبلة مثلا بواسطة الطهور أو الفاتحة، وذلك لأنه إن فرضت هذه الدلالة ناتجة من إطلاق كلمة (الصلاة) الشاملة للصلاة المستدبرة للقبلة- لو قلنا بأنها اسم للأعم-، فالجواب هو أن الخبر المحذوف في المقام هو كلمة (موجود) أو نحو ذلك، وقد حققنا في علم الاصول أنه متى ما كان المحمول عبارة عن مثل الوجود لم يتم للموضوع إطلاق شمولي، فإن الطبيعي يوجد بوجود فرد واحد منه.

و إن فرضت هذه الدلالة ناتجة من إطلاق الطهور أو الفاتحة فالجواب هو أن الحكم المحمول على الطهور أو الفاتحة ليس هو وجود الصلاة و تحققها، بحيث لو أن أحدا تطهر مثلا حصلت الصلاة سواء فعل شيئا آخر أو لا، و ليس مدعى من يفترض الإطلاق ذلك، و إنما مدعا أن الإطلاق يصحح الصلاة الفاقدة لبعض

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣٣

الأجزاء أو الشرائط الاخرى، و إنما الحكم المحمول على الطهور أو الفاتحة هو تقييد الصلاة بالطهور أو الفاتحة، و هذا التقييد مستفاد من الباء و إطلاق الطهور أو الفاتحة عندئذ يعني أن صلاتك مقيدة و مشروطة بالطهور أو الفاتحة سواء كنت مستقبلا للقبلة أو مستدبرا لها. و هذا كما ترى لا يعني عدم تقييد الصلاة بشيء آخر كاستقبال القبلة مثلا.

و أمّا قوله: **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** فالحكم المحمول فيه على تجارة عن تراض هو نفس حلّ الأكل لا مجرد كونه مقيدا بالتجارة عن تراض كى يقال: إن هذا لا ينافي تقيده بقيد آخر أيضا، و مقتضى إطلاق التجارة عن تراض هو ترتب حلّ الأكل عليها، سواء كان معها شيء آخر كالعقد بصيغته لفظية أو لا.

آية أَخَذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا:

و رابعا- قوله- تعالى-: **وَ إِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَ تَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا* وَ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَ أَخَذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا «١».**

و خير وجه للاستدلال بهذه الآية هو التمسك بعموم التعليل بأخذ الميثاق الغليظ بعد وضوح أن الميثاق الذي يكون في العقود ليس عادة منقسما إلى قسمين: غليظ و غير غليظ، فليس قيد الغليظ مخرجا لبعض أقسام الميثاق، بل هو وصف منتزع من ذات الميثاق، فكل ميثاق هو غليظ، فالآية تدلّ على وجوب الوفاء بالميثاق. و هذا إما من باب أن كل قرار مرتبط بقرار داخل في مفهوم

(١) النساء: ٢٠-٢١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣٤

الميثاق، أو من باب أن الميثاق و إن فرض اختصاصه بالاستيثاق من عمل في المستقبل و لا يشمل العقود التي تنجز أمرا حاليا كالنكاح و البيع، و لكن الآية قد نزلت عقد النكاح منزلة الميثاق.

و هنا قد يقال: إنه بناء على الاحتمال الأخير لا يوجد للآية إطلاق لمثل عقد البيع؛ لأن الآية إنما نزلت عقد النكاح منزلة الميثاق، و لم تدلّ على تنزيل كل عقد منزلة النكاح.

و الجواب: أن الآية مسوقة مساق التعجب و الاستغراب، و هذا ظاهر في كون التعليل تعليلا بأمر مرتكز عقلايا، لا بأمر تعبدى بحت، و لو فرض وجوب الوفاء المقصود في الآية مختصا بعقد النكاح لكان حكما تعديدا بحتا، فالمقصود إذن هو الاستغراب و التعجب من نقض عقد النكاح بنكته عقلائية عامة و هي أن كل قرار مرتبط بقرار حاله حال الميثاق، و يجب الوفاء به.

أما الإيراد على خصوص الاستدلال بهذه الآية على صحة العقد المعطاتي بلزوم خروج المورد من إطلاق النص لوضوح عدم صحة المعاطاة في عقد النكاح، فالجواب عليه هو أنه لا يلزم من ذلك خروج المورد، إذ لم يكن المقصود فرض اختصاص الميثاق بالعقد المعطاتي حتى يقال: لزم من ذلك خروج المورد لعدم صحة المعاطاة في النكاح، وإنما المقصود كفاية صدور الميثاق في وجوب الوفاء مع رفض أي شكلية وقيد آخر في الموضوع، وإذا دلّ دليل خاصّ باشتراط شكلية معينة في عقد النكاح، وهي الصيغة اللفظية فهذا تقييد للإطلاق في خصوص باب النكاح، ولا يسرى التقييد إلى سائر الأبواب.

و تحقيق الحال في هذا الاستدلال أنه يختلف الأمر باختلاف ما يحمل عليه قوله - تعالى -: وَ قَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ فِيهِ إِحْتِمَالَانِ:

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣٥

الأول: أن يكون هذا تعليلاً أخلاقياً، ويكون قوله - تعالى -: وَ أَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا تعليلاً قانونياً، فكأنه - سبحانه و تعالى - يقول: كيف يجوز لكم نقض الميثاق على الخصوص أن بعضكم دخل في فناء بعض و تعاشرت و تواددت؟! أ فهل بعد المعاشرة و التوادّ يحلو لكم نقض الميثاق؟! و على هذا التفسير قد يتم الاستدلال بالآية الشريفة على نفوذ العقد و الميثاق.

و الثاني - أن تكون الآية إشارة إلى ما هو المعروف في الفقه من أن تمام المهر إنما يتنجز بالدخول، فلو طلق قبل الدخول كان له حقّ استرجاع نصف المهر، فالإمضاء كناية عن الدخول. و مفاد الآية: أنه بعد أخذ الميثاق و الدخول لا يجوز استرجاع شيء من المهر، و عليه فالآية لا - تدلّ على المقصود، لأنه و إن فهم منها ضمناً لزوم الوفاء بالميثاق لكنّها كانت بصدد بيان حكم آخر و هو لزوم المهر بعد الميثاق و الدخول، و لم تكن في مقام بيان حكم الميثاق ذاتا كي تجرى بلحاظه مقدمات الحكمه و يتمّ الإطلاق. فهذه الآية من قبيل آية: فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ «١» التي هي بصدد بيان التذكية لا - بصدد بيان طهارة محلّ الامسك، كما أنه لا يتمّ أيضا جعل الآية إشارة إلى أمر ارتكازي عقلائي و هو وجوب الوفاء بالعقد و الميثاق؛ لأنّ الارتكاز العقلائي لا يفرّق بين فرض الدخول و عدمه، و الطلاق ليس فسحا حتى يوجب ردّ المهر.

و لا استبعاد - بحسب الفهم العرفي - كون الاحتمال الأول هو الأظهر.

إلا أن هناك نصّاً تامّ السند جعل كلمة (الغليظ) إشارة إلى الدخول أو

(١) المائدة: ٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣٦

الإنزال فيها، حيث ورد عن بريد بسند تامّ، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله - عزّ و جلّ -: وَ أَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا فقال: الميثاق هو الكلمة التي عقد بها النكاح، و أمّا قوله: غليظاً فهو ماء الرجل يفضيه إليها «١».

فلو أخذنا بمفاد هذا الحديث و لم نحمل ذلك أيضا على إلفات النظر إلى النكتة الأخلاقية بطل التمسك بهذه الآية على المقصود.

[المرسل المعروف عن النبي صلى الله عليه وآله:] الناس مسلطون على أموالهم:

و خامسا - المرسل المعروف عن النبي صلى الله عليه وآله: أن الناس مسلطون على أموالهم «٢». و وجه الاستدلال بذلك هو التمسك بإطلاق متعلّق السلطنة، و أنه يشمل مطلق التصرفات بما فيها التصرفات الاعتبارية. و السلطنة على التصرفات الاعتبارية لا تكون بمجرد الجواز التكليفي، بل هي تستبطن الإمضاء الشرعي.

أما التمسك بإطلاق السلطنة وشمولها لأنواع السلطنة فهو من التمسك بإطلاق المحمول، وقد أوضحنا في محلّه أن إطلاق المحمول ليس شموليًا.

و خير جواب على التمسك بإطلاق هذا الحديث- بعد غضّ النظر عن سقوطه سندا- ما يستفاد من كلام السيد الخوئي رحمه الله من أن المفهوم عرفا من هذا الحديث إنما هو سلطنة المالك في مقابل الآخرين على التصرفات، وهذا يعني أن كل تصرف جائز أو نافذ في ذاته يكون المالك مسلطا عليه، أي أنه هو المقدم على الآخرين، فلا يتوقف تصرفه على إذن غيره، بينما لا يجوز أو لا ينفذ تصرف

(١) الوسائل ١٤: ١٩٥، الباب ١ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٤.

(٢) البحار ٢: ٢٧٢، الباب ٣٣ من كتاب العلم، الحديث ٧، نقلا عن عوالي اللالكلي.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣٧

غيره بلا- إذنه. أمّا إذا شكنا في نفوذ تصرف ما في ذاته كالبيع المعاطاتي فالحديث لا يدل على نفوذه، كما أنه لم يتمسك أحد بإطلاقه لجواز تصرف شكنا في جوازه في ذاته، كما لو شكنا في حليّة شرب التتن، وليس هذا إلّا لأجل أن الحديث ينظر إلى السلطنة على التصرفات في المال من زاوية إضافته إلى المالك و في مقابل الآخرين، ولا ينظر إلى حكم التصرفات في ذاتها «١».

[حديث] المؤمنون عند شروطهم:

إشارة

و سادسا- حديث (المسلمون أو المؤمنون عند شروطهم).

و قد ورد ذلك بأسانيد عديدة:

١- فعن عبد الله بن سنان- بسند تام- عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم ممّا وافق كتاب الله- عزّ و جل- «٢».

٢- و عنه- بسند تام- عن أبي عبد الله ٧: المسلمون عند شروطهم، إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله- عزّ و جل- فلا يجوز ٣. و يحتمل كونهما رواية واحدة.

٣- و روى الشيخ بإسناده عن الصفار عن الحسن بن موسى الخشاب عن غياث بن كلوب عن إسحاق بن عمّار عن جعفر عن أبيه عليه السلام: أن عليّ بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم، إلّا شرطا حرم حلالا أو أحلّ حراما «٤». و هذا السند أيضا تام، فإنّ

(١) انظر مصباح الفقاهة ٢: ١٠٢ و المحاضرات في الفقه الجعفري ١: ٥٢.

(٢) (٢) و (٣) الوسائل ١٢: ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٥٤، الحديث ٥، و ١٤: ٤٨٧، الباب ٣٢ من أبواب المتعة، الحديث ٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣٨

غياث بن كلوب يفهم توثيقه من كلام الشيخ الطوسي رحمه الله في العدة. و حسن بن موسى الخشاب يفهم توثيقه من نصّ النجاشي بشأنه بأنّه (من وجوه أصحابنا مشهور كثير العلم و الحديث). و بعض أسانيد الشيخ إلى الصفار تام.

٤- و عن علي بن رثاب- بسند تام- عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: سئل و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن يخرج معه إلى بلاده، فإن لم يخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه إلى بلاده، قال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك و لها مائة دينار التي أصدقها إياها، و إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين و دار الإسلام فله ما اشترط عليها و المسلمون عند شروطهم ... (١).

٥- و عن منصور بزرج- بسند تام- عن عبد صالح عليه السلام قال: قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلماً أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بس ما صنع، و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار، قل له فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله قال:

المؤمنون عند شروطهم (٢). و الظاهر أن المقصود ب «عبد صالح» هو الإمام الكاظم عليه السلام، فإن منصور بزرج يروي عن الصادق و الكاظم عليهما السلام، و ينصرف هذا التعبير إلى الإمام رغم عدم الألف و اللام كأنصراف المضمرات إلى الإمام عليه السلام. و أما تطبيق الحديث المروي فيه عن رسول الله صلى الله عليه و آله على المورد المذكور

(١) الوسائل ١٥: ٤٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٣٩

في كلام منصور من قبل الإمام الكاظم عليه السلام، فلو لم يقبل و حمل على التقيّة لم يضر ذلك بأصل الحديث المروي فيه عن الرسول صلى الله عليه و آله، و هو قوله: المؤمنون عند شروطهم. و على أيّة حال، فوجه الاستدلال بحديث (المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم) على وجوب الوفاء بالعقد و نفوذه أيّا كان شكله هو دعوى صدق الشرط على العقد.

و يمكن الإيراد على ذلك بإشكالين:

١- الشرط الضمني و الشرط الابتدائي:

إشارة

الإشكال الأول- أنّ الشرط حقيقة في الشرط الضمني، أي الالتزام الذي يكون في ضمن العقد، و إطلاقه على الشرط الابتدائي مجاز، و عليه فالبيع مثلاً الذي هو عقد و ليس شرطاً في ضمن العقد ليس مشمولاً لنصوص (المسلمون عند شروطهم). و يشهد لهذا الإشكال ما عن بعض أهل اللغة من تفسير الشرط بمثل (إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه). أقول: إن كان المقصود بالشرط الضمني ما يشمل كلّ التزام متقابل مع التزام آخر باعتبار أنّ مجموع الالتزامين عقد، و قد وقع كلّ واحد من الالتزامين ضمن هذا العقد. فهذا الإشكال لا يوجب خروج مثل البيع عن إطلاق نصوص (المسلمون عند شروطهم)، إذ بالإمكان أن يقال عندئذ: إنّ كلّاً من الإيجاب و القبول في البيع مثلاً- يستبطن التزاماً ضمن مجموع الالتزامين المتقابلين و الشرط الابتدائي إنّما هو ذاك الالتزام الذي لا يقابله التزام آخر من قبل الشخص الآخر. و كلمات اللغويين قابلة للحمل على هذا المعنى بأن يكون مقصودهم بالضميّة ما ذكرناه.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤٠

و إن كان المقصود بالشرط الضممي خصوص ذلك الالتزام الذي وقع ضمن عقد مؤتلف من التزامين غير ذاك الشرط، بأن يكون ذاك الشرط شيئاً زائداً على أصل الإيجاب و القبول اخذ ضمن الإيجاب و القبول، فهذا هو الذي لا يصدق على مثل البيع، لأنه لم يكن ضمن عقد آخر، و لكن بالإمكان إثبات كون معنى الشرط أوسع من ذلك، فهو يشتمل الالتزام المتقابل مع التزام آخر إن لم يشمل الشرط الابتدائي البحث، و ذلك بعدة بيانات:

أ- موارد الاستعمال لكلمة (الشرط):

البيان الأول- الاستشهاد بجملة من موارد الاستعمال التي استعمل الشرط فيها في الالتزام المتقابل لالتزام آخر لو لم يكن مستعملاً في الالتزام الابتدائي البحث. و هنا يمكن النقاش بلحاظ كل مورد من موارد تلك الاستعمالات: بأن الاستعمال أعم من الحقيقة. و لكن قد نستطيع أن نحصل بالفحص على نسبة من الاستعمالات كافية لحصول الجزم أو الاطمئنان بأنها ليست جميعاً مجازية. و هذا الوجه بحاجة إلى فحص واسع نسبياً، إلّا أننا نشير بهذا الصدد إلى بعض موارد الاستعمالات.

١- ورد في بعض الروايات «شرط الله قبل شرطكم» (١). و من الواضح أن شرط الله لم يكن في ضمن العقد بالمعنى الأول. و غاية ما يمكن فرضه فيه هي تقابله بالالتزام بالثواب مثلاً، فالله - تعالى - ألزماً بالطاعة في مقابل التزامه بالثواب.

(١) من قبيل ما في الوسائل ١٥: ٣١، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦، و: ٤٧ الباب ٣٨ منها الحديث ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤١

٢- و نحوه ما ورد في دعاء الندبة «اخترت لهم جزيل ما عندك من النعيم المقيم الذي لا زوال له و لا اضمحلال، بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا الدنية و زخرفها و زبرجها، فشرطوا لك ذلك...» فغاية ما يمكن افتراض النظر في هذا النص إلى ضميته الشرط هي تقابل الإلزام بالزهد بالالتزام بجزيل النعيم من دون أن يكون الشرط أمراً مغايراً للعقد، و واقعا ضمن العقد.

٣- ما ورد في دعاء الصحيفة «و أوجب لي محبتك كما شرطت، و لك يا رب شرطي أن لا أعود» فهذا الشرط أيضاً ليس شرطاً مغايراً للعقد واقعا ضمن العقد، و غاية ما يفترض في المقام هي النظر إلى التقابل بين التزام العبد بالتوبة أو بعدم العود، و التزام الرب - تعالى - بالمحبة.

٤- ما ورد في حكاية بيع بريرة- على ما جاء في مستدرک الوسائل «١»- «الولاء لمن أعتق، و شرط الله آكد» و التعبير الوارد في مكاسب الشيخ الأنصاري رحمه الله: أن قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق «٢». و الظاهر أن هذا التعبير مأخوذ من روايات العامة.

٥- إطلاق الشرط في بعض الروايات على خيار الحيوان و خيار المجلس «٣»، فقد يكون ذلك بمعنى كونه إلزاماً من قبل الله - تعالى - إما بلحاظ كون الشرط صادقاً على مطلق الإلزام حتى الابتدائي البحث، أو بلحاظ كونه

(١). ٢: ٤٧٣، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢). ٢: ٢٧٥، أول بحث الشروط، حسب الطبعة المشتملة على حاشية الشهيد.

(٣) راجع الوسائل ١٢: ٣٤٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣، و: ٣٤٩، الباب ٣ منها، الحديث ١، ٤ و ٥، و: ٣٥٠، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١، و: ٣٥٢، الباب ٥ منها، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤٢

إلزاماً من قبله - تعالى - في مقابل الالتزام بالجزاء و الثواب لمن يفى من العبيد بالالتزامات الثابتة عليه من قبل المولى سبحانه.

ب- التحليل العقلائي للشرط:

إشارة

البيان الثاني - إلفات النظر إلى تحليل عقلائي في المقام. و توضيحه: أنه لا ينبغي الإشكال في أن الشرط في نظر العقلاء مقتض بذاته لوجوب الوفاء، وليس وجوب الوفاء بالشرط حكما تعبديا بحتا، فإذا استطعنا أن نلقى ضوءا بالتحليل العقلائي على ما يقتضى وجوب الوفاء واستبعدنا دخل بعض العناصر عقلائيا في هذا الحكم عرفنا أن ذاك العنصر ليس دخيلا في مفهوم الشرط. وعلى هذا الأساس نقول: إن العنصر المؤثر في وجوب الوفاء عقلائيا إما هو مطلق التعهد والالتزام وإن كان ابتدائيا بحتا، أو خصوص الالتزام الضمني بأن تكون الضميتة عنصرا دخيلا في وجوب الوفاء. فإن فرض الأول فلا إشكال في شمول الشرط للشرط الابتدائي بمعنى مطلق التعهد والالتزام. وإن فرض الثاني بأن تكون الضميتة عنصرا دخيلا في وجوب الوفاء قلنا: إن الضميتة التي تفترض دخيلة في وجوب الوفاء يحتمل فيها عدّة معان:

الأول- أن يكون المقصود بها مجرد ظرفية العقد لذكر الشرط بقطع النظر عن أي ربط آخر بين الشرط والعقد. و من الواضح أن الظرفية بما هي ظرفية لا أثر لها عقلائيا في وجوب الوفاء.

والثاني- أن يكون المقصود بها القيدية بأن يكون الشرط مقيدا لمتعلق العقد ومخصّصا له. و من الواضح أنه لو كان المقصود بالشرط الضمني ذلك لكان هذا مستلزما لكون الشرط الفاسد مفسدا للعقد، و لكون عدم وفاء المشروط عليه بالشرط موجبا لعدم إمكان الوفاء بالعقد من قبل الطرف الآخر في حالة فقدان ما

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤٣

اشترط، لا موجبا لخيار الفسخ. و من الواضح عقلائيا أن تخلف الشرط إنما يوجب خيار الفسخ لا أكثر من ذلك.

والثالث- أن يكون المقصود بها الداعوية، بأن يكون التزام المشروط عليه بالشرط هو الذي دعا المشروط له إلى قبول الدخول في العقد، و الالتزام به، و تخلفه لا يوجب فساد العقد أو عجز المشروط عليه عن الوفاء بالعقد؛ لأنّ تخلف الداعي لا يؤثر شيئا من هذا القبيل، إذ لم يكن قيديا في متعلق العقد، و لكن تخلفه يوجب الخيار للمشروط عليه رغم أن تخلف الداعي في سائر الموارد لا يوجب الخيار، و ذلك لأنّ السبب في اعتقاد الشخص بالداعي الذي أوجب دخوله في العقد لم يكن هو إغراء صاحبه إياه و إيحاه إليه بذلك الداعي، و لذا لم يوجب تخلفه الخيار.

أمّا إذا كان صاحبه هو الذي أغراه بذلك و أوحى إليه ذلك فتخلفه يوجب في نظر العقلاء الخيار، بنكته أن المغرور يرجع إلى من غرّه. فمثلا- لو أن أحدا اشترى الدواء لعلاج ابنه باعتقاد كون ابنه مريضا، ثم انكشف الخلاف لم يكن له خيار الفسخ، لأنّ مجرد تخلف الداعي لا يوجب الخيار، و لكن لو كان الصيدلي هو الذي أغراه و أوحى إليه بأن ابنه مريض فصدقه و اشترى منه الدواء، ثم تبين الخلاف، فهنا يوجد له عقلائيا خيار الفسخ. و ما نحن فيه من هذا القبيل، لأنّ التزام المشروط عليه هو الذي أغرى المشروط له و دعا إلى الدخول معه في العقد، فتخلفه يوجب الخيار.

أقول: إن كان هذا هو معنى ضميتة الشرط، فهذا ثابت في كلّ التزام متقابل للالتزام الآخر حينما يكون أحد الالتزامين هو الداعي للالتزام الآخر، و لو لم يكن الالتزام الآخر عبارة عن الالتزام بعقد واجد للإيجاب و القبول المغايرين تماما

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤٤

للشرط. و الفرق بين هذا و بين الشرط في ضمن العقد بمجرد أن ما يقابل الشرط في الثاني هو الدخول في عقد كامل ذي إيجاب و قبول غير الشرط، و في الأول هو مجرد التزام في مقابل الالتزام بالشرط ليس عقلائيا فارقا موجبا لوجوب الوفاء و عدمه، فلو كانت الضميتة بهذا المعنى لزم كون دخل هذا العنصر في وجوب الوفاء دخلا تعبديا صرفا، و قد فرضنا منذ البدء أن اقتضاء الشرط بذاته

لوفاء يكون أمرا عقلائيا، وليس تعبدا بحتا.

و الواقع أن ارتباط الشرط بالعقد الموجب للخيار لدى تخلف المشروط عليه ليس منحصرا بداعويته لقبول المشروط له بالعقد، ولذا ترى أن الخيار ثابت عقلائيا للمشروط له عند تخلف المشروط عليه حتى في المورد الذي كان للمشروط له داع آخر تامّ الداعويّة إلى دخوله في العقد من دون حاجة إلى ضمّ الشرط إليه، وإنما اشترط ذلك الشرط طلبا للمزيد من الخير، إذن فللشرط في ضمن العقد ارتباط آخر بالعقد زائدا على مسألة الداعويّة، وهو التقابل الذي نشرحه في الاحتمال الرابع.

و أيضا يرى العقلاء ثبوت الخيار في تخلف الوصف في الموارد الراجعة إلى تخلف الشرط، كما لو باعه العبد الكاتب فتيين أنه ليس بكاتب مع أنه ربما يفترض أن البائع لم يكن هو الذي أغراه في المقام، بل المشتري هو كان من أول الأمر معتقدا أن هذا العبد كاتب و البائع أيضا كان معتقدا نفس الاعتقاد، فتبايعا مبيّتا على كونه كاتبا.

و الرابع- أن يكون المقصود بها التقابل بين الشرط و العقد، بمعنى أن الالتزام بالشرط من طرف المشروط عليه، و الالتزام بالعقد من طرف المشروط له متقابلان، أي جعل أحدهما مكافأة للآخر، فكأنهما أمران متبادلان، لو قدّم

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤٥

أحدهما البدل رأى الآخر نفسه ملزما بتقديم المبدل. و هذا غير تقيّد متعلّق أحدهما بالآخر بمعنى التخصيص، فإنّ التقابل بين أمرين يستدعي استقلال أحدهما عن الآخر لا التخصيص به، و لذا ترى أن التخلف عن الشرط لا يوجب عجز الشخص الآخر عن الوفاء بالعقد، و إنّما يوجب الخيار، فإن كانت نكتة وجوب الوفاء هي هذا التقابل فهذه موجودة في كلّ التزامين متقابلين من دون حاجة إلى اشتراط كون أحدهما في ضمن عقد متكامل واجد للإيجاب و القبول بقطع النظر عن الشرط، فنكتة التقابل هي التي أوجبت الوفاء. أمّا فرض دخل كون أحد الطرفين عبارة عن الدخول في عقد واجد للإيجاب و القبول مغاير للشرط، فهو يرجع إلى كون تأثير الشرط في وجوب الوفاء تعبديا بحتا، و قد استبعدنا ذلك منذ البدء.

و بهذا التحليل نعرف أن الشرط إن سلّم كونه اسما لخصوص الشرط الضمني دون الابتدائي فإنّما نسلّم ذلك بمعنى يشمل مطلق التزام في مقابل التزام، و بما أن العقد بمعنى قرار مرتبط بقرار يستبطن دائما التزاما مرتبطا بالالتزام إذن يمكن التمسك لإثبات وجوب الوفاء به بدليل (المسلمون عند شروطهم).

و في الختام نشير إلى أمرين:

أحدهما: وجوب الوفاء بالعهد:

أنا لو سلّمنا اختصاص الشرط بمعناه الحقيقي بالشرط الضمني، فهذا لا يعني الإفتاء بعدم وجوب الوفاء بالشرط الابتدائي، فإنّ الشرط الابتدائي إذا كان بمعنى التزام شخص لشخص و تعهده له بأمر ما، فإنّ هذا يجب الوفاء به، إذ لو لم يكن داخلا في قوله: «المسلمون أو المؤمنون عند شروطهم» فهو داخل - بلا إشكال - في آيات الأمر بالوفاء بالعهد و العقد.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤٦

نعم، مجرد الوعد غير المشتمل على الالتزام و التعهد لا يجب الوفاء به و إن كان مستحبا.

و الثاني: الرهن مع الإيجار:

إشارة

قد تعارف بين جمع من الناس تعامل يسمّى برهن البيت مع الإيجار، و حاصله: أن أحدهم يقرض مبلغا للآخر، و الآخر يؤجره البيت بسعر منخفض.

وقد صدرت من بعض الأعلام الفتوى بالتفصيل في جواز ذلك و عدمه بين ما إذا كان القرض شرطا في ضمن عقد الإيجار فيجوز، لأنه اشترط في ضمن العقد شرطا سائغا فهو نافذ، و ما إذا كان الإيجار شرطا في ضمن عقد القرض فلا يجوز، لأنه دخل ذلك تحت عنوان (قرض جرّ نفعاً).

أقول: قد أتضح بما ذكرناه أنه لا معنى لهذا التفصيل، فإنّ الضمّيّة هنا ليست بمعنى التقييد كما مضى، و الضمّيّة بمعنى الظرفيّة البحتة من دون أيّ ربط آخر لا أثر لها، و لا تجعل القرض قرضا جرّ نفعاً، و الضمّيّة بمعنى الداعويّة أو التقابل ثابتة من كلا الطرفين، و مجرد ذكر هذا في ضمن ذاك أو بالعكس ليس عدا فارق في الصياغة اللفظيّة لا تؤثر على المحتوى الحقيقي للمعاملة إطلاقاً.

نعم، بالإمكان أن يقال في أصل هذه المعاملة: إنّها قد لا تستبطن قرضا جرّ نفعاً، لأنّ البيت المرهون أجرته أقلّ من أجره البيت غير المرهون لعجز المالك من إيجاره لغير المرتهن، فإذا استأجره المرتهن بسعره السوقي النازل لم يكن هنا نفع.

و يرد عليه: أنّ الرهن لو كان مؤثراً في تقليل المنفعة الاستعماليّة للبيت، و على هذا الأساس تنزلت قيمة الإيجار، كان هذا الكلام صحيحاً، و لكنّ الواقع ليس هكذا، فإنّ تنزل قيمة الإيجار في المقام إنّما هو نتيجة عجز المالك من إيجاره لغير المرتهن، و هذا يؤدي وجدانا إلى انتفاع المقرض.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤٧

نعم، لو تمّ الإقراض من دون أن يكون المقترض في مقابل ذلك ملزماً بإيجار البيت بسعر منخفض، ثمّ بدا له بمحض اختياره أن يؤجره من المرتهن بسعر منخفض، فهذا خارج عن محلّ الكلام، و لا إشكال فيه.

و قد يقال انتصاراً للتفصيل بين ما إذا كان القرض شرطا في ضمن الإيجار أو العكس بأنّه لو وقع القرض أولاً و اشترط في ضمنه الإيجار بسعر منخفض، فمن الواضح أنّ هذا قرض جرّ نفعاً. أمّا لو وقع الإيجار أولاً و اشترط في ضمنه القرض فالقرض الذي يقع بعد الإيجار لا يسمّى عرفاً مشروطاً بالإيجار. صحيح أنّه لو لا الإيجار لما كان يقرضه، و لكن بما أنّ الإيجار متحقّق بالفعل فالقرض سوف لن يكون مشروطاً بالإيجار.

أمّا ما يقال من أنّ تحقّق الشرط لا يخرج الأمر المشروط مثلاً عن كونه مشروطاً فهذا إنّما يتمّ في أمر أو قرار أو عقد وقع مشروطاً ثمّ تحقّق شرطه، كما لو قال المولى: إذا زالت الشمس فصلّ ثمّ زالت الشمس، فزوال الشمس لا يخرج الصلاة عن كونها واجبا مشروطاً إلى الوجوب المطلق. أمّا لو زالت الشمس فأوجب ذلك أن يأمر المولى عبده بنحو القضيّة الخارجيّة بالصلاة لا بنحو القضيّة الحقيقيّة، فهذا الأمر لا يسمّى مشروطاً، و كذلك الحال في المقام، فلو تمّ عقد القرض بشرط الإيجار فهذا قرض مشروط و بعد ذلك لو تحقّق الشرط و هو الإيجار لم يخرج عقد القرض عن كونه مشروطاً. أمّا لو تمّ أولاً الإيجار بشرط القرض، ثمّ تمّ القرض فهذا القرض ليس مشروطاً، لأنّ ما كان من المتوقّع أن يكون شرطا له هو حاصل بالفعل.

و الواقع: أنّ هذا التفصيل غير صحيح، فإنّه إن كان تقدّم الإيجار على القرض بمعنى عدم ترابط بينهما، أي أنّه حينما تمّ الإيجار لم يكن الاتّفاق الذي

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤٨

تمّ بينهما قبل العقد على التقابل بين الإيجار و القرض، و لكن بعد أن تمّ الإيجار بسعر منخفض بدا للمستأجر أن يكافئ الموجر بالقرض، فهنا لا يعتبر القرض قرضا بزيادة، أو قرضا ربويّاً. أمّا إذا كان الاتّفاق منذ البدء، بينهما على التقابل و الداعويّة بينهما و أنّه لا قرض بلا إيجار كما لا إيجار بلا قرض، فهذا القرض لا محالة قرض جرّ نفعاً و زيادة، و هو ربا سواء سُمّي مشروطاً أو لم يسمّ، و لذا ترى أنّ العرف حينما يسمع حرمة القرض بزيادة لا يفرّق بين الإقراض بشرط الزيادة أو هبة الزيادة بشرط القرض، فكما يكون إقراض مائة دينار بشرط زيادة عشرين ربا، كذلك تكون هبة عشرين دينارا بشرط الإقراض الذي لم يكن يتمّ لو لا الهبة ربا في القرض، لا بمعنى أنّ العرف يتعدّى من تحريم القرض الربوي إلى تحريم الثاني، بل بمعنى أنّه هو هو.

حكم الحيلة في الربا:

نعم هناك حيل شرعية تكون في واقعها غير القرض الربوي قد يدعى أن العرف يتعدى من دليل حرمة الربا إليها، وقد لا يدعى من قبيل أن يتفقا على بيع متاع بسعر ما مؤجلا، ثم شراؤه من المشتري بسعر أقل معجلا، و من قبيل بيع متاع بالنسيئة مع إضافته في القيمة لأجل كون الثمن نسيئة، بحيث لو وافق المشتري على أن يشتريه بثمن معجل لكان يبيعه إياه بأقل من ذلك، و إنما زاد في الثمن بنكته كونه مؤجلا.

ولا- يبعد أن يقال في هذه الحيل بالتفصيل بين ما لا يشتمل على غرض غير نفس غرض الربا كما في المثال الأول، و إنما بدلت الصياغة فرارا من الربا، و بين ما يشتمل على غرض آخر، ولكنه يشتمل في نفس الوقت على نفس الأثر الموجود في القرض الربوي، كما في مثال بيع النسيئة، فالأول يكون حراما لأنه لو حل كان معنى ذلك أن تحريم قرض الربا تعبدى بحت، و هو مما يقطع بخلافه، فقه العقود، ج ١، ص: ٢٤٩

أو لا يقبله الفهم العرفي من الدليل. و أما الثاني فلا دليل على حرمة إذ لعل الغرض الآخر حلل المعاملة، و مجرد اشتغالها ضمنا على نفس أثر الربا لا دليل على كونه موجبا للتحريم، لأن الأثر الاقتصادي للربا كان حكما للحرمة، و لم يثبت كونه عللة لها، بمعنى أنه متى ما وجد وجدت الحرمة، و أنه لا يمنع عنها مانع، و أنه لا يكون تحريم ما عداه كافيا لإشباع الحكمة المقصودة.

و من هنا نقول: لو باع غرفة من البيت بالمبلغ الذي كان يريد اقتراضه ببيع خيارى، أى بشرط أن لهما الخيار على رأس السنة مثلا و أجر باقى البيت بسعر أقل من سعر إيجار تمام البيت جاز ذلك، لاشتمال ذلك على غرض آخر غير الإقراض بفائدة، و هو نفس غرض تحصيل الغرفة للسكنى، و هذا بخلاف مثال التوافق على بيع متاع بسعر أكثر مؤجلا ثم شراؤه منه بثمن أقل معجلا، فإن هذا لا يشتمل بتاتا على غرض غير القرض الربوي لا- بمعنى أن البيعين صوريان، فيكون هذا ربا حقيقة، بل بمعنى أن الغرض النهائى ليس عدا نفس غرض القرض الربوي، و فتح مثل هذا الباب يؤدى إلى كون تحريم القرض الربوي تعبدا بحتا.

و نحن نفرق بين القرض الربوي و القرض المعاملى، فحرمة القرض المعاملى حكم تعبدى بحت، و لذا ترى أن مبادلة الموزون بالموزون مع زيادة الردىء منهما على الجيد، أو مبادلة الذهب الجيد بذهب ردىء أكثر منه مثلا غير جائز، مع أن الردىء المشتمل على الزيادة قد لا يكون أكثر قيمة من الجيد الذى هو أقل منه، و لا تتصور فى ذلك أية نكته اقتصادية مفهومة- و لو إجمالا-، فهذا الحكم ليس إلّا تعبدا بحتا، و يجوز التخلص منه بالحيلة كما وردت بذلك بعض الروايات «١».

(١) راجع الوسائل الجزء ١٢: ٤٥٥ الباب ٢٠ من أبواب الربا، و ٤٦٦ الباب ٦ من أبواب الصرف.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥٠

و أمّا الربا القرضى فهناك نكته اقتصادية مفهومة لدى العرف- و لو إجمالا- لتحريمه، و هى وقوع الزيادة مقابلا للزمان محضا من دون القيام من قبل المرابى بأى عمل مفيد، فقد يدعى القطع بأن تحريم القرض الربوي ليس حكما تعبديا بحتا، أو يدعى أن هذا هو المفهوم عرفا، إذن فلا- يصح التخلص منه بالحيلة التى يكون الهدف منها هو هدف القرض الربوي، إذ لو جاز ذلك لأصبح الحكم تعبديا بحتا، نعم ما كان يشتمل على هدف آخر و يترتب عليه ضمنا أثر الربا لا يلزم عرفا من تحليله كون تحريم الربا تعبديا صرفا، و لا يتعدى العرف من القرض الربوي فى التحريم إلى تلك المعاملة.

القرض المشروط بمعاملة مريحة:

و بالإمكان أن يقال: إن الربا إنما هى الزيادة الكمية فى المال بأن يقرضه مالا و يسترجع منه ما هو أكثر منه، أو الزيادة الكيفية بأن

يقرضه مالا من القسم الرديء و يسترجع منه القسم الجيد. أما جعل القرض مشروطا بمعاملة مربحة فليس ربا، و مثال الرهن مع الإيجار من هذا القبيل، فالمستأجر يقرض المودع مبلغا من المال من دون أن يسترجع منه مبلغا أكثر، غاية ما هناك أنه يجعل القرض مشروطا بإيقاع معاملة مربحة له، و هي إيجار البيت بسعر زهيد، و هذا ليس ربا.

و الدليل على جواز القرض المشروط بمعاملة مربحة، و عدم دخول ذلك في الربا المحرم هو ورود روايات بذلك «١». و الصحيح سندا منها منحصر برواية

(١) ذكرها في الوسائل ١٢: ٣٨١، الباب ٩ من أبواب أحكام العقود. و الرواية الأخيرة منها إضافة إلى ضعفها السندی قابلة للنقاش الدلالي، باعتبار أنه لا يفهم منها بشكل واضح كون المعاملة المربحة شرطا في مقابل القرض، فلعلمهم كانوا مستعدين لإرباحه مطلقا فكان ذلك داعيا له إلى الإفراض، راجع المصدر، الحديث ٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥١

واحدة هي ما ورد عن محمد بن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل دراهم، فيقول أخرجني بها و أنا اربحك فأبيعه جيئة تقوم علي ألف درهم بعشرة آلاف درهم، أو قال بعشرين ألفا و أؤخره بالمال، قال: لا بأس «١». و محمد بن إسحاق بن عمار رجل صيرفي فقد يتهم في هذه الرواية، باعتبار أن هذا النحو من المعاملة يناسب وضعه، لكنه ثقة، بل هو في أعلى درجات الوثاقة على ما قاله المفيد رحمه الله من أنه: من خاصة الكاظم عليه السلام و ثقافته، و أهل الورع و العلم و الفقه من شيعته «٢» فاتهم رجل من هذا القبيل في ذلك بعيد.

و لكن مع ذلك في النفس شيء من العمل بهذه الرواية، و ذلك لأنه إن صحَّ القرض المشروط بمعاملة مربحة لكان تصحيح القروض الربويَّة جميعا من أسهل ما يكون، و ذلك بالإفراض من دون ربح مع بيع متاع زهيد بمبلغ يشتمل على الربح المطلوب. و هذا لا يكون إلَّا إذا حملنا تحريم القرض الربوي على التعبد بالبحث، فيجوز عندئذ كل أقسام الحيل من قبيل بيع متاع على من يحتاج مبلغا من المال بسعر كبير مؤجلا، و شرائه منه بثمان أقلَّ معجلا «٣». أما إذا لم نحتمل التعبد

(١) الوسائل ١٢: ٣٨٠، الباب ٩ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

(٢) الإرشاد ٢: ٢٤٨.

(٣) إن لم يكن هذا بشرط فلا إشكال فيه، و إن كان بشرط فهو غير جائز لورود النهي عن ذلك تارة بلسان المنع عن بيع العينه مع كون البيع الثاني مشروطا في البيع الأول من قبيل حديث علي بن جعفر... «إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس». راجع الوسائل ١٢: ٣٧١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦. و اخرى بلسان المنع عن الإلزام بالبيع الثاني قبل تمامية البيع الأول و إن كان مورد الحديث هو البيع من شخص ثالث من قبيل حديث معاوية بن عمار الوارد في الوسائل ١٢: ٣٧٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥٢

الصرف أو قلنا: إن الفهم العرفي لا يحتمل ذلك، فهذه الرواية تعتبر عرفا معارضة للكتاب لا مخصّصة له، فتطرح عرض الحائط. بل حتى لو فرضناها مخصّصة للقرآن لا بدّ من طرحها؛ و ذلك لأنّ هذه الرواية معارضة بروايات حرمة بيع الشيء بثمان مؤجلا و شرائه منه بثمان أقلّ نقدا إذا كان أحد البيعين مشروطا بالآخر، من قبيل ما ورد في كتاب علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام:

سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى رجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد أ يحلّ؟ قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس «١». فإن

العرف لا- يحتمل أن يكون القرض المشروط بمعاملة مربحة جائزا و غير ملحق بالربا، و لكنّ البيع بثمن مؤجل مشروطا ببيع آخر يوجب ربح من تقبل الأجل يكون حراما و ملحقا بالربا، فإذا تعارضت الروايتان قدّم ما وافق القرآن على ما خالفه.

ج- الاستشهاد برواية خاصة:

البيان الثالث- أنه مضى فيما سبق حديث منصور بزرج، و هو تامّ السند عن عبد صالح عليه السلام قال: قلت له: إن رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها، فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها، فأعطاه ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال بش ما صنع، و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار؟! قل له فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: المؤمنون عند شروطهم. و الوارد في هذا الحديث إنما هو أن المرأة أبت من العقد عليها إلا بعد أن

(١) الوسائل ١٢: ٣٧١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦. راجع أيضا الحديث ٤ و ٥ من نفس الباب.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥٣

ينذر الرجل أو يعاهد الله أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها، و لم يرد فيه فرض ذكر ذلك كشرط في ضمن العقد، أو تقييد العقد به. فتطبيق قول رسول الله صلى الله عليه و آله و هو المؤمنون عند شروطهم على هذا المورد يعني أن الشرط لم يقصد به خصوص ما ذكر في متن العقد أو ما كان العقد مقيدا به، فهذا دليل آخر على بطلان المعنى الأول و الثاني من المعاني الأربعة التي شرحناها في البيان الثاني، و بهذا ينحصر الأمر في المعنى الثالث و الرابع، و كلاهما في صالح المدعى في المقام كما عرفت. نعم لا إشكال في أن العقد معها وقع مبيتا على ما ذكره قبل العقد و الذي تعلّق به النذر أو العهد، لكن هذا البناء ليس شيئا أكثر من الداعوية أو التقابل، و هما المعنيان الأخيران من تلك المعاني الأربعة، و لئن توهم متوهم أن ذكر الشرط في متن العقد يرجع إلى التقييد فهذا التوهم في أمر لم يذكر في متن العقد و لكن ذكر في المقابلة ثم بنى العقد عليه أبعده. و إن حمل تطبيق حديث النبي صلى الله عليه و آله على المورد في هذا الحديث على التقييد، فهذا يعني أن السنة و قتنذ لم يكونوا يفهمون من الشرط خصوص فرض ذكره في متن العقد أو تقييد العقد به. و لا- إشكال في أنهم كانوا أقرب منّا إلى اللغة العربية الأصيلة، فلا أقل من كون هذا الحديث مؤيدا للمقصود.

٢- ليس البيع التزاما بشيء:

الإشكال الثاني- إن الشرط حتى لو شمل الالتزام الابتدائي لا يكون صادقا على مثل البيع؛ لأنّ البيع ليس التزاما بشيء، و إنما هو اعتبار للمبادلة بالفعل، و الالتزام إنما يكون بأمر مستقبلي. إذن فلا معنى لتطبيق مثل (المسلمون عند شروطهم) على البيع و نحوه، فلو كان البيع التزاما بالمبادلة صحّ تطبيق هذا النصّ عليه، و لكن بما أن البيع مبادلة بالفعل لا التزام بها فهذا التطبيق بلا مورد.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥٤

و الجواب: أنه صحيح أن البيع في فقها مبادلة بالفعل، و ليس- كما في الفقه الغربي- التزاما بالمبادلة، لكنّه يستبطن في نظر العقلاء الالتزام بالآثار، و لهذا لا يحس عرفا بالمتوهم في استعمال الوفاء بالنسبة للعقد مع أنه لا وفاء إلا بالالتزام. أمّا مجرد المبادلة الفعلية فلا معنى للوفاء بها، و لا يحس بالمتوهم في إطلاق الميثاق على عقد النكاح في قوله- تعالى-: وَ أَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا (١).

و يدلّ على شمول الشرط في نصوص (المسلمون عند شروطهم) لمثل ذلك ما مضى عن عليّ بن رثاب- بسند تام- عن أبي الحسن

موسى عليه السلام قال: سئل و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن يخرج معه إلى بلاده، فإن لم يخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن يخرج معه إلى بلاده، قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك و لها مائة دينار التي أصدقها إياها، و إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين و دار الإسلام فله ما اشترط عليها، و المسلمون عند شروطهم، و ليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها، أو ترضى منه من ذلك بما رضيت، و هو جائز له «٢».

و المقصود بقوله: له ما اشترط عليها و هو خروجها معه، و انتقاص مهرها إلى النصف لو لم يخرج معه لا الأول فقط، و ذلك بقرينة المقابلة بفرض ما إذا أراد الخروج بها إلى بلاد الشرك، حيث نفى الإمام عليه السلام في ذاك الفرض كلا الأمرين.

و من الواضح أن انتقاص مهرها إلى النصف ليس بمعناه المطابقي التزاماً، و إنما هو من قبيل شرط النتيجة، و هذا دليل لنا على نفوذ شرط النتيجة. و لا فرق بين هذا

(١) النساء: ٢١.

(٢) الوسائل ١٥: ٤٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥٥

و مثل البيع في أنه ليست بالمدلول المطابقي التزاماً و إن كان يستبطن الالتزام بالآثار، فالباع هو من قبيل شرط النتيجة، فإذا كان النصّ شاملاً لشرط النتيجة بقرينة هذا الحديث فهو شامل لمثل البيع.

هذا تمام الكلام في الإطلاقات التي يمكن التمسك بها لرفض أي قيد احتمالي في شكلية العقد لم يقم عليه دليل.

مقتضى السيرة في بيع المعاطاة

إشارة

و قد يتمسك بالسيرة لنفي بعض القيود كقيد العقد اللفظي، و هذه ليست إطلاقاً يتمسك به متى ما شككنا في قيد، فإنّ الدليل اللبّي لا إطلاق له، و لكنّها - على أي حال - تفيد في مقام دفع بعض القيود، و لعلّ أهمّها قيد العقد اللفظي.

و كأنّ الشيخ الأنصاري رحمه الله حمل ذلك على التمسك بسيرة المتشرّعة، فاعترض عليه بأنّ هذه السيرة تنشأ من قلّة المبالاة في الدين كمسامحتهم في كثير من العبادات و المعاملات و السياسات «١».

و نقل عن السيّد الخوئي رحمه الله في المحاضرات «٢» التفصيل بين سيرة العقلاء و سيرة المتشرّعة، فالتمسك بسيرة المتشرّعة غير صحيح، و التمسك بسيرة العقلاء صحيح. و كأنّ المقصود من العبارة: أنّ سيرة المتشرّعة في أيام مراجع التقليد القدامى قبل المحقّق الثاني لم تكن سيرة لهم بما هم متشرّعة، بدليل أنّ علماءهم كانوا يفتون بعدم إفادة المعاطاة للملك، و هم كانوا يبنون على إفادتها للملك،

(١) المكاسب ١: ٨٣، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدي.

(٢) المحاضرات ٢: ٤٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥٦

فكيف نثبت اتصال سيرة المتشرّعة بما هم متشرّعة بزمان المعصوم عليه السلام؟! و التمسك بسيرة العقلاء صحيح، إذ لا شك في

ثبوتها في زمان المعصوم و بعدم الردع يثبت الإمضاء.

أقول: إن سيرة المتشّرع لو ثبت استمرارها من زمان المعصوم فحتّى لو كانت ناتجة عن اللامبالاة تدلّ على المقصود، لأنّها لو لم تكن مرضيّة من قبل الإمام لكان يردع عنها ردعا كاسرا لها، ففرض ثبوتها في زمن المعصوم و عدم انكسارها يعنى رضا الإمام بذلك. و أمّا السؤال عن أنّه كيف تثبت استمراريّة السيرة من زمان المعصوم فلعلّها سيرة طارئة بعد المعصوم. فهذا سؤال لا يختصّ بسيرة المتشّرع، بل يأتي حتّى في سيرة العقلاء، و لم يبحثه السيّد الخوئي رحمه الله.

و الواقع: أنّه يمكن تقريب السيرة في المقام بأحد وجوه ثلاثة:

الأول- سيرة العقلاء، و ذلك بلحاظ ما نحسّ به نحن من الطبع العقلائي و نحسّ اشتراكه بين هذا الزمان و زمان المعصوم، و هذا الحدس أمر ممكن و معقول، لأنّها سيرة مفهومة لنا أي مفهومة جذورها النفسيّة و أسبابها، فيمكننا الحدس عن ثبوتها في زمن المعصوم، و نتمّم الدليل عندئذ بيان أنّ المعصوم لو لم يكن يرض بها لردع عنها، و لو ردع لوصل الردع و لم يصل.

الثاني- أنّنا لا نشكّ في أنّ الالتزام بالعقد فيه مئونة زائدة، و هي على خلاف الطبع، فحتّى لو تنازلنا عن فرض كون ذلك بمستوى يوجب القطع بثبوت السيرة العقلائيّة في زمان المعصوم، فلا أقلّ من التسليم بأصل كون ذلك خلاف الطبع، و مشتملا على المؤونة، و عليه فلو لا- قيام سيرة المتشّرع- و لو بما هم عقلاء- على المعاطاة لكثير السؤال و الجواب، و لوصل ذلك إلينا، فعدم وصول ذلك دليل على ثبوت سيرة المتشّرع- و لو بما هم عقلاء-، و سيرة المتشّرع إن

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥٧

كانت بما هم متشّرع فهي دليل إني على رأى الشارع، إذ لا- تتكوّن إلّا برأى الشارع و سيرتهم بما هم عقلاء دليل على عدم ردع الشارع ردعا كاسرا لها، إذ لو ردع كذلك لانكسرت، و هو خلاف الفرض، على أنّ المفروض عدم وصول الردع، و عدم ردعه كذلك دليل الرضا.

الثالث- أنّه بعد تسليم سيرة العقلاء على المعاطاة أمكن إثبات سيرة المتشّرع- و لو بما هم عقلاء-، بأننا نعلم حتما أنّ المجتمع- أيّ مجتمع كان- لا يخلو عن سيرة قائمة على طريقة المعاملة، فإن لم تكن سيرة المتشّرع قائمة على طبق سيرة العقلاء فهي قائمة حتما على خلاف سيرة العقلاء، و لو كان الأمر كذلك لكان هذا ملفتا للنظر، و لتناقضه الألسن، و كان يصلنا خبره و لم يصل، فبهذا البيان تثبت سيرة المتشّرع و لو بما هم عقلاء على المعاطاة، إلّا أنّ سيرة المتشّرع في هذا التقريب تثبت في طول ثبوت سيرة العقلاء، و فائدة ثبوتها أنّنا لسنا بحاجة في مقام تميم الدليل على صحّة المعاطاة إلى القول بأنّه لو ردع الشارع لوصل الردع إلينا، فإنّ نفس قيام سيرة المتشّرع دليل على المقصود بلا حاجة إلى البحث عن وصول الردع و عدمه، لأنّها إن كانت سيرة لهم بما هم متشّرع فهي في طول رأى الشارع، و إن كانت سيرة لهم بما هم عقلاء، فنفس ثبوتها دليل على عدم صدور الردع الكاسر، و إلّا لانكسرت، و هو خلف. و هذا بخلاف ما لو لم تثبت عدا سيرة العقلاء، فإنّنا عندئذ بحاجة إلى البحث عن عدم وصول الردع، فلو شكّك مشكّك في عدم وصول الردع لمثل ما سيأتى- إن شاء الله- من حديث «إنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام»، فهذا التشكيك قد يضرّ بالتمسك بسيرة العقلاء، و لكنّه لا يضرّ بالتمسك بسيرة المتشّرع و لو بما هم عقلاء، و إن كان ثبوتها لنا في طول ثبوت سيرة العقلاء.

هذا تمام كلامنا في إثبات صحّة المعاطاة بالسيرة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥٨

إنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام:

و قد ورد بعض ما يمكن أن يدعى كونه رادعا عن السيرة و مقيدا للإطلاقات الماضية، و لعلّ أقواها دلالة حديث خالد بن الحجاج أو

خالد بن نجیح، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا، قال: أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنما يحل الكلام و يحرم الكلام «١». و الذي رواه عن خالد هو يحيى بن الحجاج. و خالد بن نجیح ثقة لنقل ابن أبي عمير عنه، و لكن خالد بن الحجاج لا دليل على وثاقته، و يغلب على الظن كون الصحيح هو خالد بن نجیح، و ذلك لأمرين:

أولاً- أن نسخة الكافي التي هي أضبط من التهذيب ورد فيها خالد بن نجیح، بينما الوارد في التهذيب هو خالد بن الحجاج. و ثانياً- أن احتمال الخطأ بتبدل ابن نجیح بابن الحجاج أقوى من العكس، و ذلك لاحتمال أن كون الراوي عنه يحيى بن الحجاج أخا خالد بن الحجاج أوجب سبق الذهن أو القلم خطأ إلى خالد بن الحجاج، و لكن مع ذلك كله يصعب تحصيل الاطمئنان بأنّ النسخة الصحيحة هي النسخة المشتملة على خالد بن نجیح.

و على أية حال فلا يمكن دفع الاستدلال بسيرة المتشعبة بهذا الحديث لما مضى من أننا إذا أثبتنا سيرة المتشعبة في زمان المعصوم على شيء لم نحتاج إلى البحث عن وصول الردع و عدمه، فتلك السيرة إما هي سيرة لهم بما هم متشعبة، فهي في طول رأى الشارع، أو سيرة لهم بما هم عقلاء فهي بنفسها كاشفة عن عدم

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٥٩

ردع كاسر، و لو كان المعصوم غير راض بسيرة المتشعبة لكان يكسرها بالردع.

بل قد لا يكفي هذا الحديث لو بقي وحده للردع عن سيرة العقلاء، لأن الردع يجب أن يتناسب في الشدة مع مدى شدة السيرة و أصالتها و قوتها، و بما أن سيرة العقلاء على المعاطاة سيرة قوية و عريقة فلو كانت غير مرضية لدى الشارع لكثير الردع عنها و كان هذا الردع ملفتا للنظر و كان يكثر تناقله و بالتالي كان يصلنا أكثر من مثل حديث واحد في الردع.

أما لو قطعنا النظر عن السيرة و أردنا البحث عن فرض كون هذا الحديث مقيدا لما مضى من الإطلاقات، فهنا تدخل مسألة السند في الحساب، بينما لا تدخل مسألة السند في حساب الردع عن السيرة، فإن فرض صدور ردع لا يساوق فرض وصوله بسند صحيح، و احتمال الردع يكفي لعدم حجته السيرة.

و بما أنك عرفت أن سند الحديث لا يخلو من إشكال لعدم ثبوت وثاقه خالد بن الحجاج و احتمال أن يكون الراوي هنا خالد بن الحجاج، إذن فالحديث لا يصلح لتقييد المطلقات.

على أن تمامية دلالة أيضا محل إشكال. و توضيح ذلك: أنه ذكر الشيخ الأعظم رحمه الله «١» بالنسبة لمعنى قوله: (إنما يحل الكلام و يحرم الكلام) بقطع النظر عن صدر الحديث و جوها أربعة:

الأول- أن يكون واردا أساسا بصدد بيان أن التحليل و التحريم يكون بالنطق دون القصد بلا دلالة أو بدلالة الأفعال، و عليه تكون الرواية دالة على المدعى.

(١) في المكاسب ١: ٨٦، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدي.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦٠

و الثاني- أن يكون المقصود أن المطلب الواحد قد يؤدي بمضامين مختلفة يحل حينما يؤدي ببعضها و يحرم حينما يؤدي بالآخر، و ذلك كالنكاح الذي قد يؤدي بمضمون زوجتك نفسى، فيصح، و قد يؤدي بمضمون أحللت لك نفسى، فلا يصح. و هذا سنخ ما يحتمل في حديث أبي ربيع و نحوه «١».

و الثالث- أن الكلام الواحد وجوده محلل و عدمه محرم، أو بالعكس، أو أنه محلل في محل و محرم في محل آخر، و تحتمله روايات المزارعة.

و الرابع- أن المقابلة قبل استيجاب البيع محللة و إيجاب البيع محرم.

و أبطل الشيخ الأنصاري رحمه الله الاحتمال الأول بأنه- بناء عليه- يلزم تخصيص الأكثر، إذ ما أكثر ما يحل أو يحرم بغير الكلام. إلا أن هذا الإشكال على الاحتمال الأول غير صحيح؛ لأن المفهوم- وفق المناسبات الارتكازية- من هذا الكلام إنما هو حصر التحليل و التحريم بالكلام في باب المعاملات لا- في كل الأمور. و ما ذكره السيد الخوئي رحمه الله من أن هذا لا- يتم حتى بلحاظ باب المعاملات؛ لأن المعاطاة تفيد الإباحة- على الأقل- بالإجماع «٢» غير صحيح، إذ لا إجماع تعبدى في المقام. و ذكر السيد الخوئي رحمه الله: أن تفسير (يحلل الكلام و يحرم الكلام) بالتفصيل بين الوجود و العدم غير مقبول فإن اللفظ إذا أطلق يكون فانيا في الوجود الواقعي لا في الوجود و العدم «٣».

(١) راجع الوسائل ١٣: ١٩٩- ٢٠١ الباب ٨ من أبواب المزارعة و المساقاة.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٧١ و ٧٢، و مصباح الفقاهة ٢: ١٤٩.

(٣) راجع المحاضرات ٢: ٧٢، و مصباح الفقاهة ٢: ١٥٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦١

و على أيّة حال، فهذه الاحتمالات الأربعة في قوله: (إنما يحل الكلام و يحرم الكلام) إنما ذكرها الشيخ رحمه الله بقطع النظر عن صدر الحديث. و أمّا بالنظر إلى صدر الحديث فقد ذكر الشيخ رحمه الله: أن الاحتمال الأول و الثاني يسقطان بعدم مناسبتهما لمورد الحديث فكون النصّ أساسا بصدد حصر المحلل و المحرم في الكلام لا يناسب المورد، فإن التفصيل المقصود في الحديث بينما إذا كان الأمر بنحو إن شاء ترك و إن شاء أخذ و ما إذا كان مجبوراً على الأخذ لا علاقة له بحصر المحلل و المحرم في الكلام بدهاءة أن هذا التفصيل يكون وارداً حتى لو لم يكن الكلام هو المحلل و المحرم، أي أنه حتى لو كانت المعاطاة صحيحة في نفسها كان يرد التفصيل بين ما إذا كان بالخيار في الأخذ و الترك، أو كان مجبوراً على الأخذ، هذا حال الاحتمال الأول، و كذلك الحال في الاحتمال الثاني و هو كون المقصود أن مطلباً واحداً يبيّن بمضمون و صياغة و يكون محللاً، و يبيّن بمضمون و صياغة أخرى فيكون محرماً، فإن هذا لا- يناسب المورد، إذ ليس الكلام فيه في مطلب واحد يكون محللاً- حينما يؤدي بمضمون و محرماً حينما يؤدي بمضمون آخر، فينحصر الأمر بالاحتمال الثالث و الرابع.

و على أيّة حال فيبطلان الاحتمال الأول يبطل الاستدلال بهذا الحديث على بطلان المعاطاة.

ثم ذكر الشيخ الأنصاري رحمه الله: أن بالإمكان التمسك بالحديث لفساد المعاطاة رغم بطلان الاحتمال الأول بعد فرض أن المقصود بالكلام إيجاب البيع إذ يقال عندئذ: إنه لو لا- انحصار البيع بالكلام فلما ذا حصر المحلل و المحرم بالكلام؟! و لو كانت المعاطاة صحيحة لكان الحكم المقصود في هذا المقطع ثابتاً على المعاطاة أيضاً لا على الكلام فقط، قال رحمه الله: إلا أن يفرض أن السبب في هذا

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦٢

الحصر كان هو عدم إمكان المعاطاة في مورد الحديث، لأن الثوب لا زال في يد المالك الأول، فليس بإمكان الدلال أن يبيعه من المشتري بالمعاطاة.

و أورد عليه السيد الخوئي رحمه الله بأن ظاهر الحديث هو أن الثوب كان بيد الدلال حيث يشير إليه بقوله: «اشتر هذا الثوب» فالمعاطاة ممكنة في المقام، و حتى لو فرضنا عدم وجود الثوب عنده فيكفي في المعاطاة الاعطاء من طرف واحد كالمشتري في المقام «١».

أقول: ولو فرض عدم إمكان المعاطاة في مورد الكلام فهذا لا يبزر حصر المحلل و المحرم في الكلام إلا إذا فرض كون النص ناظرا إلى المورد فحسب.

و أما ما ذكره الشيخ رحمه الله من إمكانيه الاستدلال بالحديث على المقصود رغم فرض بطلان الاحتمال الأول، وذلك بنكتة أنه لو لا انحصار البيع بالكلام لما انحصر المحلل و المحرم في الكلام، فقد أورد عليه السيد الخوئي رحمه الله:
أولاً- بأن ثبوت الكلام مأخوذ في مفروض المورد.

و ثانياً- أنه يلزم عليه القول بعدم ترتب الأثر على المعاطاة حتى إباحة التصرف، و هو خلاف الإجماع «٢».

أقول: أما الإجماع فليس تعديداً في المقام، و لا يفيدنا شيئاً. و أما كون مفروض الحديث هو ثبوت الكلام فلا أعرف كيف اكتشفه السيد الخوئي رحمه الله في المقام.

و لعل مقصوده- رغم قصور العبارة- أن يقال: إنه لو حملنا الحديث على

(١) راجع المحاضرات ٢: ٧٤، و مصباح الفقاهة ٢: ١٥٣-١٥٤.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٧٤، و مصباح الفقاهة ٢: ١٥٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦٣

أى احتمال آخر غير الاحتمال الأول فهو ليس بصدد البيان بالنسبة لاشتراط الكلام و عدمه، و إنما هو بصدد بيان حكم آخر و هو الحكم المذكور في ذاك الاحتمال. و عندئذ فقوله: إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام يحتمل حمله على أنه فرض في مورد الحديث وجود الكلام، و لا يتعين حمله على اشتراط الكلام و لا إطلاق في الحديث من هذه الناحية كي يتعين به ذلك.

المعاطاة في النكاح

إشارة

و في خاتمة البحث عن صحة المعاطاة لا بأس بالكلام عن إشكال نقضى قد يورد في المقام، و هو النقض بالنكاح حيث قد يقال: لئن كانت الإطلاقات في باب البيع تدل على صحة المعاطاة فقس من تلك الإطلاقات نسبتها إلى البيع و النكاح على حد سواء. صحيح أن النكاح خارج عن موضوع بحثنا، و هو العقد في المعاملات المائيه لكنه- على أى حال- عقد، فيشمله مثل (أوفوا بالعقود) و غير ذلك من عديد من الإطلاقات التي مضى شرحها، فلم لا يقال بصحة المعاطاة في النكاح؟! فإما أن الإطلاقات تامه فتصح المعاطاة في النكاح أو غير تامه فلا تدل على صحة المعاطاة في البيع.

صحيح أن آية التجارة عن تراض و رواية الناس مسلطون على أموالهم أجنبتان عن باب النكاح، لكن آية أوفوا بالعقود تشمل النكاح كما تشمل البيع، و آية أخذن منكم ميثاقاً غليظاً واردة في النكاح، و رواية المؤمنون عند شروطهم تشمل النكاح و البيع. و ما يقوم في النكاح مقام أحل الله البيع في البيع كثير كروايات فضل النكاح، كمعتبره محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله: تزوجوا فإنني مكاثر بكم الامم غدا في يوم

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦٤

القيامة «١» ... و روايات تحليل الفرج بأسباب ثلاثة «٢»، و حديث زرارة التام سنداً عن أبي جعفر عليه السلام في المتعة: أحلها الله في كتابه و على سنة نبيه، فهي حلال إلى يوم القيامة «٣» ... و حديث أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المتعة نزل بها القرآن و جرت بها السنة من رسول الله صلى الله عليه و آله «٤» و قوله- تعالى:- وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَهُ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصَيْنِينَ غَيْرَ

مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ «٥»، و قوله - تعالى -: وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ «٦»، و قوله - تعالى -: وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً «٧».

و لو كُنَّا نحن و دليل السيرة على المعاطاة فالفرق بين البيع و النكاح بلحاظ هذا الدليل واضح، فإن السيرة على المعاطاة قائمة في البيع دون النكاح، و لكن بالنظر إلى كثير من الإطلاقات قد يقال بعدم الفرق بين البيع و النكاح.

و قبل أن نشرع في الجواب على الإطلاقات لا بأس بذكر رواية قد تستفاد

(١) الوسائل ١٤: ٣، الباب ١ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٢.

(٢) راجع الوسائل ١٤: ٥٨، الباب ٣٥، من أبواب مقدمات النكاح، و أحاديث الباب جميعا غير تامة سندا.

(٣) الوسائل ١٤: ٤٣٧، الباب ١ من أبواب المتعة، الحديث ٤.

(٤) الوسائل ١٤: ٤٣٧، الباب ١ من أبواب المتعة، الحديث ٥.

(٥) النساء: ٢٤.

(٦) النور: ٣٢.

(٧) النساء: ٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦٥

منها صححة المعاطاة بالخصوص لا بالإطلاق في باب النكاح، و هي ما روى عن عبد الرحمن بن كثير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى عمر فقالت: إنني زينت فطهرني فأمر بها أن ترحم فاخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام فقال: كيف زينت؟ قالت: مررت بالبادية فأصابني عطش شديد فاستقيت أعرابيا فأبى أن يسقيني إلا أن أمكنه من نفسي فلما أجهدني العطش و خفت على نفسي سقاني فأمكنته من نفسي، فقال أمير المؤمنين عليه السلام تزويج و رب الكعبة «١». إلا أن سند الحديث ضعيف بعلي بن حسان و بعدد الرحمن بن كثير الذي ضعف و اتهم بوضع الحديث، و دلالة ضعيفة بأن الظاهر أنه لم يرد في النكاح المعاطاتي، بل مورده مورد الزنا الصريح إذ الظاهر أنهما لم يقصدا إيجاد علقه الزواج لا الدائمية و لا الموقته بوقت معين.

و الرواية معارضة برواية اخرى مثلها في كون السند ضعيفا، و هي رواية محمد بن عمرو بن سعيد عن بعض أصحابنا في قصة تشبه هذه القصة، و لكن لم يرد في آخرها: (سقاني فامكنته من نفسي) بل ورد فيها: (سقاني و وقع علي).

و كان جواب أمير المؤمنين عليه السلام: «هذه التي قال الله - عز و جل - فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ * هَذِهِ غَيْرَ بَاغِيَةٍ وَ لَا عَادِيَةٍ، فَخَلَّ سَبِيلَهَا ...» «٢» فهذه الرواية ظاهرة في كون ما حدث زنا إلا أنها معذورة بالاضطرار. فبناء على كونهما ناظرين إلى قصة واحدة يقع التعارض بينهما. نعم لو فرض أنهما ناظران إلى قصتين، و أن المفروض في الاولى أنها هي مكنته من نفسها ففرض هذا تزويجا و لو بالمعاطاة، و في الثانية أنه هو وقع عليها فهرا فكان زنا فلا تعارض بينهما.

(١) الوسائل ١٤: ٤٧٢، الباب ٢١ من أبواب المتعة، الحديث ٨.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٨٤، الباب ١٨ من أبواب حد الزنا، الحديث ٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦٦

أما الإطلاقات فيمكن الجواب عليها بأجوبة ثلاثة:

الجواب الأول - مختص بالإطلاقات الخاصة باب النكاح، و لا يرد في مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مِمَّا كَانَ يَشْمَلُ الْبَيْعَ وَ النِّكَاحَ وَ هُوَ أَنَّهَا لَمْ

ترد مورد بيان أصل حليّة النكاح، بل حليّة النكاح كأنها مفروغ عنها «١» في المرتبة السابقة بشروطها المفروضة، و تكون هذه الأدلة بصدد بيان حكم آخر من الترغيب في هذا النكاح المشروع و بيان استحبابه و فضله أو كونه منقسما إلى أقسام ثلاثة، أو جواز جعله على شكل العقد الموقت خلافا للعامة، أو تمييز النساء المحللات من المحرّمات، أو حلّ مشكلة الأيامي و الصالحين، أو بيان جواز التعدّد، أو بيان الوظيفة عند احتمال عدم العدل و في خصوص قوله - تعالى - : «أحلّ لكم ما ورأى ذلكم توجد قرينه واضحة في أنها ليست بصدد بيان شرائط النكاح، و إنما هي بصدد بيان تمييز النساء المحللات من المحرّمات، و هي قوله - تعالى - : «مُحَصِّنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَكَلِمًا شَكَّكْنَا فِي اشْتِرَاطِهِ شَكَّكْنَا فِي أَنَّهُ مَعَ عَدَمِهِ هَلْ يَقَعُ الْإِحْصَانُ أَوْ السَّفَاحُ».

الجواب الثاني - يشمل حتى مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و هو أن الإطلاقات لا تنفي الشروط العقلية، و ذلك إما بنكته كونها اسما للصحيح و محمولا على الصحيح العقلاني بالإطلاق المقامي، أو بسبب أن حملة على الصحيح الشرعي يجعله قضية بشرط المحمول، و إما بنكته أن الارتكاز العقلاني يكون كالمتمصل الذي يمنع عن انعقاد الإطلاق، و العقد اللفظي في النكاح في بيئه النصوص من الشروط العقلية بخلاف البيع، و يكفينا احتمال ذلك.

(١) لا يبعد القول بأن دليل الترغيب بنفسه دليل للحلّ و ليس الحلّ مأخوذا مفروغا عنه.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦٧

الجواب الثالث - يشمل أيضا جميع الإطلاقات و هو دعوى تخصيصها ببعض المخصّصات من قبيل.

١- ما قد يستفاد منه شرط التلّفظ بالكلام في المتعة (بعد العلم بعدم الفرق من هذه الناحية بين المتعة و العقد الدائم) كحديث ثعلبة قال: تقول: أتزوجك متعة... «١» إلما أنه غير منته إلى المعصوم، و حديث أبان بن تغلب، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة... «٢» إلما أنه غير تامّ سندا، على أنه في الدلالة أيضا ضعيف لأنّ مفروض السائل هو العقد اللفظي و سأل الإمام عن كفيته فأجابته ببيان كفيته معيّنة و هذا لا يدلّ على أصل اشتراط العقد اللفظي دلالة أقوى من مجرد الإشعار.

و نحوه في الضعف سندا و دلالة حديث هشام ابن سالم:

قال: قلت كيف يتزوج المتعة؟

قال: يقول: أتزوجك... «٣».

و بسند آخر ضعيف أيضا عن هشام بن سالم الجواليقي عن أبي عبد الله عليه السلام، نحوه «٤» و لعلهما حديث واحد.

و ورد أيضا عن الأحوال قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، قلت: ما أدنى ما يتزوج الرجل به المتعة؟ قال: كفّ من برّ يقول لها: زوّجيني... «٥».

و هذا امتيازها عمّا قبله أنه لم يكن المفروض في لسان السائل وجود العقد اللفظي فدلالته أقوى ممّا قبله، و لكن يوجد في أحد سنده جبير أبو سعيد المكفوف و في الآخر محمّد بن علي ماجيلويه.

(١) الوسائل ١٤: ٤٦٦ و ٤٦٧، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٤: ٤٦٦-٤٦٧، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث ١ و ٣ و ٦ و

(٣) الوسائل ١٤: ٤٦٦-٤٦٧، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث ١ و ٣ و ٦ و

(٤) الوسائل ١٤: ٤٦٦-٤٦٧، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث ١ و ٣ و ٦ و

(٥) الوسائل ١٤: ٤٦٦-٤٦٧، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث ١ و ٣ و ٦ و

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦٨

٢- روايات شرط اللفظ في الطلاق بل و شرط لفظ مخصوص ... «١» فبناء على عدم احتمال الفرق في شرط اللفظ بين الطلاق و النكاح يتعدى إليه. و لكن الإنصاف أن احتمال الفرق وارد فكما أن الطلاق اختصّ باشتراط الشهود بخلاف النكاح فكذلك لو اشترط فيه اللفظ لم يكن يعني هذا شرط اللفظ في النكاح.

٣- روايات اشتراط ذكر شروط المتعة في متن العقد «٢» حيث تدلّ ضمنا على شرط العقد اللفظي و بعدم الفرق يتعدى إلى النكاح الدائم. و الاستدلال بهذه الروايات يتوقف على أن لا نحتمل أن السبب في حاجة المتعة إلى العقد اللفظي إنما هو أن شروط المتعة يجب أن تذكر في متن العقد فلا- بدّ من العقد اللفظي لكي تذكر تلك الشروط في متنه، أما إذا احتملنا ذلك كان هذا بنفسه هو الفارق بين المتعة و العقد الدائم.

و في ختام البحث عن المعاطاة في النكاح أشير إلى نكتتين في الفرق بين مثل المعاطاة في البيع و المعاطاة في النكاح:

الاولى

- لو قلنا: إن المعاطاة في البيع لا تدلّ عرفا على إنشاء التملك

(١) راجع الوسائل ١٥: ٢٩٠-٢٩٦، الأبواب ١٤ و ١٥ و ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.
(٢) راجع الوسائل ١٤: ٤٦٨ و ٤٦٩، الباب ١٩ من أبواب المتعة، و: ٤٩٢-٤٩٣ الباب ٣٩ منها، و الجزء ١٨: ٤١٢، الباب ٤٢ من أبواب حدّ الزنا، و الحديث في هذين البابين تارة يروى بصيغته «أنسى أن يشترط» و اخرى بصيغته «ثم نسي حتى واقعها» الظاهر في نسيان العقد و الإنصاف قوة دلالة هذه الأحاديث، على الخصوص الحديث الأخير بصيغته الظاهرة في نسيان العقد على بطلان المعاطاة. و احتمال اختصاص ذلك بالمتعة لأجل التمكن من ذكر الشروط في لفظ العقد بعيد جدا.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٦٩

و التملك و إنما يرجع واقعها إلى أن كلّ واحد منهما يسمح لصاحبه التملك بالحيازة، و لكن في مقابل تملك الآخر لا مجانا، فالفرق بين المعاطاة في البيع و المعاطاة في النكاح الموجب لعدم نفوذ الثانية، بخلاف الاولى حسب الارتكاز العقلاني يصبح واضحا فإنّ الحيازة إنما تكون مملّكة في باب الأموال، و مالكية الشخص السابق تمنع عن تأثير الحيازة، و سماحه بذلك يرفع المانع أما في باب النكاح فلا يوجب شيء يحلّ محلّ الحيازة في الأموال.

و الثانية

- لو قلنا: إن المعاطاة في البيع إنشاء للتملك و التملك فالنكتة في أن المعاطاة في النكاح لا تعتبر عرفا لإنشاء للزوجية بلحاظ مدرسة لا- تسمح بالارتباط الجنسي غير القائم على أساس الزوجية هو أن نفس المعاطاة في النكاح مصداق للسفاح أو الحرام لأنّ هذا المصداق لم يكن عملا- ناشئا عن زوجية فكان حراما، و هذا بخلاف المعاطاة في البيع فإنّ القبض أو الإقباض الأول و إن لم يكن ناشئا عن الملكية الجديدة لكنّه لم يكن حراما، لأنّ التصرف العملي في مال الغير برضاه جائز، و ليس التصرف العملي الجنسي بمجرد رضا الرجل و المرأة جائزا لدى عرف يحرم الارتباط الجنسي غير القائم على أساس الزوجية، إذن فهذا التصرف مصداق لما يناقض النكاح، أي للسفاح أو الحرام فلا يساعد العرف على إنشاء النكاح به في دين يحرم ذاك الارتباط.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٧١

- ٢ - العقود المستحدثة

الجهة الثانية: أن العقود المشروعة ليست منحصره في العقود المسماة في النصوص أو في كتبنا الفقهية القديمة، بل كل عقد جديد استحدث في زمان متأخر كعقود التأمين أو السرقفلية أو يستحدث في المستقبل ما دام لا يعارض الشرائط العامة و لم يرد دليل على خلافه، نحكم بصحته و ذلك تمسكا بجمله من الإطلاقات الماضية ك «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ آيَهُ أَخَذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا»، و كذلك آية تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ إِنْ كَانَ الْعَقْدُ الْجَدِيدَ تِجَارَةً وَ كَذَلِكَ قَوْلُهُ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ». نعم، لو كان الشك في مشروعية المتعلق لم يتم التمسك بهذه الإطلاقات، إِمَّا لِأَنَّ هَذِهِ الْإِطْلَاقَاتُ حَيْثِيَّةٌ أَيْ أَنَّهَا إِنَّمَا تَبَيَّنَ احْتِرَامَ الْعَقْدِ مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ عَقْدٌ أَوْ لِأَنَّهَا أَحْكَامٌ ثَانَوِيَّةٌ فِي إِطَارِ الْأَحْكَامِ الْأَوَّلِيَّةِ.

و لا فرق في ما ذكرناه في التمسك بالإطلاقات لتصحيح العقود الجديدة بين عقد يكون من سنخ شرط الفعل أو عقد يكون من سنخ شرط النتيجة و لا يتوهم عدم تمامية الإطلاق بالنسبة للثاني، ف «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لو خصصناه بما يكون من سنخ شرط الفعل لما شمل مثل البيع الذي هو في فقهننا إنشاء للنتيجة مباشرة من التمليك و التملك، فلو كان «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شاملا للبيع فهو شامل للعقود

حائري، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامي، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ١، ص: ٢٧٢

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٧٢

الجديدة التي تنشئ النتيجة، و أما آية مِيثَاقًا غَلِيظًا* فموردها ما كان من قبيل شرط النتيجة و هو ملكيتها للمهر و كذلك آية التجارة القدر المتيقن منها البيع الذي ينشئ مباشرة النتيجة و أما قوله: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» فَإِنْ لَمْ نَقْبَلْ دَلَالَتَهُ فِي فَهْمِنَا عَلَى إِمضَاءِ شَرْطِ النَّتِيْجَةِ كَفَانَا تَطْبِيقَهُ مِنْ قَبْلِ الْإِمَامِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى شَرْطِ النَّتِيْجَةِ فِي حَدِيثِ عَلِيِّ بْنِ رَبَائِبٍ عَنْهُ ... «١».

نعم في شرط النتيجة أو إيجاد النتيجة بالعقد لا بد أيضا من الفراغ مسبقا عن مشروعية تلك النتيجة، بمعنى صحة إيجادها في ذاتها بقطع النظر عن هذا العقد، فمثلا لو تعاقدنا على أن يصبح أحدهما عبدا للآخر لم تدل المطلقات على صحة هذا العقد لعدم مشروعية النتيجة، و كذلك لو تعاقدنا على أن تكون حيازة أحدهما للآخر مقابل تمكينه من استعمال وسائل الحيازة أو مقابل أي ثمن من الأثمان بحيث تصبح الحيازة مملّكة للمال المحاز إياه دون المحيز، فهذا غير واضح الصحة، لأن أصل تمليك الحيازة لشخص بمعنى أن تصبح مملّكة للمال المحاز إياه غير معلوم الصحة عقلا تيا أو شرعا.

أمّا لو مكّنه من استعمال وسائل الحيازة أو ملكه مالا في مقابل تمليكه إياه للمال الذي سيحوزه بنحو شرط الفعل أو النتيجة لا في مقابل مملّكية الحيازة للمال إياه فهذا لا ينصدم بالإشكال الذي عرفت، إذ لا إشكال في مشروعية تمليك مال ما لشخص. و لكن هذا قد ينصدم بإشكال عدم معلومية العوض إذا كان لا يعلم بما ستدخل في الحيازة خاصّة إذا كانت أصل مالية ما سيدخل في الحيازة

(١) الوسائل ١٥: ٤٩، الباب ٤ من أبواب المهور، الحديث ٢. و لا يخفى أنه مضمي منّا في الهامش في ذيل البحث عن آية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نقاش في الاستدلال بأمثال هذه الإطلاقات.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٧٣

غير معلومة، أو ينصدم بإشكال بيع ما لا يملك الذي ورد النصّ الخاص على بطلانه، إلا أن هذه الإشكالات غير مرتبطة بالمقام. و لو باعه شيئا في الذمة ثم ملكه بالحيازة فوفّي به ما ثبت على ذمته فهذا صحيح بلا أي انصدام بإشكال من هذه الإشكالات كما هو واضح.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٧٥

- ٣ - أصالة اللزوم في العقود

إشارة

الجهة الثالثة- هل إن إطلاقات العقود تفيد أن العقود بحسب الطبع الأولى لها لازمة أو لا؟ نتكلم هنا أولاً عن الإطلاقات المفيدة للزوم ثم نلحق بهذا البحث ما إذا كان لدينا دليل آخر على اللزوم كالسيرة والاستصحاب و بعد ذلك نبحث إن شاء الله عما قد يدعى في خصوص المعاطاة من الإجماع على عدم اللزوم أو عدم الملك ثم نبحث إن شاء الله عن أن العقود غير اللازمة كالوكالة و العارية و الوديعة هل هي خارجة تخصّصاً أو تخصيصاً؟

الإطلاقات الدالة على اللزوم:

إشارة

أمّا الإطلاقات الدالة على اللزوم فهي جملة من الإطلاقات الماضية زائداً حديث عدم حلّ مال المسلم إلّا بطيب نفسه.

فمن تلك الإطلاقات حديث «الناس مسلطون على أموالهم»

بقطع النظر عما مضى من ضعفه سنداً، و أوّل إشكال دلالي يخطر بالبال في المقام هو أنّه بعد الفسخ يشكّ في كون المال باقياً على ملك المالك السابق فالتمسك بحديث «الناس مسلطون على أموالهم» لصالح المالك السابق تمسك بالعام في الشبهة فقه العقود، ج ١، ص: ٢٧٦

المصدقية لنفس العام. و يجاب على هذا الإشكال، بأننا نتمسك بهذا الحديث بلحاظ نفس الفسخ ففسخ المعاملة من قبل أحد الطرفين رغماً على الطرف الآخر ينافي سلطنته على ماله. و قد يعمّق الإشكال بيان لا يكفي في إبطاله هذا الجواب، و هو ما قد يقال من أن السلطنة حكم موضوعه المال المنتسب إلى الشخص فإنّ هذا هو المستفاد من إضافة المال في الحديث إلى الضمير و هذا يعني أنّ موضوع السلطنة هو الشيء المملوك و لا بدّ من حفظ الموضوع في الرتبة السابقة على الحكم فنفس الحكم لا يدلّ على ثبوت الموضوع أو نفيه و عليه فما معنى التمسك بهذا الحديث لإبطال الفسخ؟

فإن كان معناه أن إفناء الموضوع، و هو ملكية المشتري مثلاً بفسخ البائع غير نافذ بدليل السلطنة، كان هذا خلف ما ذكرناه من أنّ الحكم لا يدلّ على حفظ موضوعه، و إن كان معناه إثبات السلطنة على المملوك بعد الفسخ و رغم الفسخ فهذا أوضح بطلاناً، لأننا نحتمل أن يكون الفسخ قد أنهى الملكية.

و قد يضاف إلى هذا التقريب بيان أنّ حديث السلطنة إنّما نطق بثبوت السلطنة على نفس المال و لم ينطق بثبوت السلطنة على نفس السلطنة، و سلطنة المشتري مثلاً على المنع عن الفسخ تعنى السلطنة على إبقاء سلطنته على المال و لا تعنى السلطنة على نفس المال. و أيّ واحد من هذين البيانين لو تمّ يرد في مسألة الإعراض أيضاً و هي أنّ إعراض المالك عن ملكية ماله هل يخرج عن ملكيته أو لا؟

حيث قد يقال: إنّ دليل السلطنة يدلّ على مخرجية الإعراض لأنّ قدرة الإنسان على إخراج ماله من ملكه نوع من السلطنة على ماله، فيجاب على ذلك تارة بأنّ الحكم لا يحفظ و لا يزيل موضوع نفسه، و إنّما يؤخذ الموضوع مفروغ

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٧٧

الوجود في الرتبة السابقة على الحكم، إذن فالسلطنة على الملك لا تدلّ على إمكان إزالة الملكية بالإعراض، و أخرى بأنّ حديث السلطنة إنّما ورد في السلطنة على نفس المال لا على السلطنة، و السلطنة على الاعراض و إنهاء الملكية إنّما هي سلطنة على نفس السلطنة لا على المال.

و ينبغي أن يكون المقصود بالسلطنة على السلطنة، السلطنة على إبقاء الملكية و إزالتها لا السلطنة على السلطنة التي هي حكم للملكية و التي هي بمعنى جواز التصرفات و صحتها.

و على أيّة حال فالواقع أنّ كلا هذين التقريبين غير تام.

فأولاً- يرد عليهما النقص بمثل البيع إذ لا شك في أنّ قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» يدل على كون المالك أولى ببيع ماله من غيره، كما يدلّ على كونه أولى بالتصرّف الاستهلاكي فيه من غيره، مع أنّه بناء على هذين التقريبين يجب أن تختص السلطنة في الحديث بالتصرفات الاستهلاكية دون التصرفات الاعتبارية كالبيع و ذلك لأنّ البيع إخراج للمال عن ملك صاحبه و سلطته و المفروض أنّ الملكية موضوع للسلطنة و لا بدّ أن تحفظ في الرتبة السابقة عليها، و لا يدلّ الحكم على إزالة موضوع نفسه أو قل إنّ الحديث إنّما دلّ على السلطنة على نفس المال لا على الملكية أو السلطنة و القدرة على البيع تكون سلطنة على الملكية أو السلطنة لا على نفس المال.

و ثانياً- الحلّ بالإجابة على كلا- التقريبين، أمّا التقريب الثاني فبأنّ السلطنة على إبقاء الملك و إزالته تعتبر سلطنة على المال و ليس المفهوم عرفاً من السلطنة على المال خصوص السلطنة على التصرفات الاستهلاكية. و أمّا التقريب الأوّل فجوابه: أنّ المفهوم عرفاً بمناسبة الحكم و الموضوع هو أنّ موضوع السلطنة

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٧٨

على التصرف إنّما هي الملكية الثابتة للمال بقطع النظر عن التصرف، و إن كان نفس ذاك التصرف مخرجا للمال عن الملكية استهلاكاً أو اعتباراً.

و قد اتّضح بكلّ ما ذكرناه أنّ قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» يدلّ على أنّ الطبع الأوّل للعقود هو اللزوم لأنّ نفوذ الفسخ من قبل أحد الطرفين رغماً على الطرف الآخر خلاف سلطته على ماله.

و هذا لا يستلزم القول بأنّ الإعراض عن الملكية يخرج المال عن الملك تمسّكاً ب «الناس مسلطون على أموالهم» و ذلك لما مضى من أنّ قوله: الناس مسلطون على أموالهم إنّما يدلّ على أنّ كلّ تصرّف سائغ أو صحيح و نافذ في نفسه يكون المالك أولى به من غيره، و صحّة الإعراض و نفوذه أوّل الكلام، و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ إبقاء المال في ملك مالكة و عدم الفسخ مشروع في ذاته بلا- إشكال فيكون المالك مسلطاً على ذلك، و إعطاء الفسخ بيد أحد الطرفين خلف سلطنة الآخر على المال فلا بدّ أن يكون برضاها معاً كي لا يكون خلاف سلطنة أيّ واحد منهما على ماله و عندئذ يكون مشروعاً و هو المسمّى بالإقالة.

و لا يقال: إنّ مسألة اللزوم في المقام و مسألة نفوذ الإعراض متلازمتان، لأنّ إحداهما تعني السلطنة على إبقاء الملكية، و الأخرى تعني السلطنة على إزالتها، و من الواضح أنّ نسبة السلطنة إلى الإبقاء و الإزالة على حدّ سواء، فالسلطنة على الإبقاء وحده أو الإزالة وحده ليست سلطنة، بل هي عبارة عن ضرورة البقاء أو ضرورة الزوال، و هذا نسخ ما يقال في القدرة التكوينية من أنّ نسبتها إلى الوجود و عدمه على حدّ سواء، و لا- تعقل القدرة على الوجود فقط أو على عدمه فقط فإنّ ذلك يعود إلى الوجوب أو الامتناع و هما غير القدرة.

فإنّه يقال: صحيح إنّ السلطنة الشرعية كالقدرة التكوينية نسبتها إلى الإبقاء

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٧٩

و الإزالة على حدّ سواء لكننا لو فضّلنا بين مسألة الإعراض و مسألة اللزوم فهذا ليس تفصيلا بين طرفي النقيض في مورد واحد حتى يقال إنّ هذا ينافي معنى السلطنة و إنّما هذا تفصيل بين الأسباب، فالفسخ الذي أراده الطرف الآخر سبب لإزالة الملك، و يكون المالك مسلّطا عليه نفيا و إثباتا و الإعراض سبب آخر لإزالة الملك قد لا يكون المالك مسلّطا عليه نفيا و إثباتا.

و منها حديث «المؤمنون عند شروطهم»

فبعد فرض شمول الشرط للعقد يصبح ك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و يأتي فيه ما سيأتي إن شاء الله تعالى في أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قد يقال: إنّ رواية منصور بزرج صريحة في اللزوم (١) حيث جاء فيها:

بئس ما صنع و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار، قل له فليف للمرأة بشرطها فإنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله قال: المؤمنون عند شروطهم (٢). إلّا أنّ افتراض خصوصية و امتياز لهذه الرواية على باقي روايات الشرط في الدلالة على اللزوم غريب، فإنّ هذا الرجل لم يكن فرضه فرض التراجع عن الشرط مع مشروطه و إنّما كان فرضه فرض التراجع عن الشرط فحسب، و هذا ممّا لا شكّ في عدم جوازه على جميع روايات الوفاء بالشرط، و لو جاز ذلك لم يبق معنى لوجوب الوفاء بالشرط المذكور في الروايات، و إنّما الكلام في أنّ أدلّة الوفاء هل تنفي بالإطلاق فسخ الالتزامين المتقابلين أيضا أو لا؟ أمّا نفى فسخ أحد الالتزامين وحده فواضح بلا كلام.

و منها آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

إشارة

(٣) حيث يقال:

(١) راجع كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله ١: ١٤٤.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٣) المائدة: ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨٠

إنّ الفسخ من طرف واحد يعدّ خلافا للوفاء و هذا بخلاف التقايل فإنّه و إن كان مخالفة للعقد لكنّه لا يعدّ عرفا خلافا للوفاء و الشبهة التي مضت في «الناس مسلّطون على أموالهم» من أنّه بعد الفسخ يشكّ في كونه ماله فالتمسك به تمسك بالعام في الشبهة المصدقية للعام لو تمّت هناك لا تأتي هنا، لوضوح أنّ موضوع الوفاء بالعقد ليس هو القرار المستمر بل بمجرد أن حدث قرار مرتبط بقرار تمّ موضوع أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و لو عدل بعد ذلك أحدهما عن قراره اشتهاه و كذلك لو نسيه مثلا فزال من قلبه فإنّه مهما تذكّره لا تجوز له مخالفته، فلا تأتي شبهة أنّ الفسخ قد ينهي العقد كما ينهي الملكية فبتلى بمشكلة التمسك بالعام في الشبهة المصدقية للعام. و الفسخ من طرف واحد رغم الآخر عين عدم الوفاء بالعقد بلا شكّ.

و قد اتّضح بكل ما ذكرناه أنّه لا مجال لما قد يقال من: أنّ العقد أمر عرفي عقلائي و هو مستمر إلى حين الفسخ و ينتهي بالفسخ أو يقال: إنّ هذا الوجود العرفي العقلائي و إن كان لا ينتهي بكل فسخ و لكنه ينتهي بالفسخ إذا كان تزلزل العقد أو الخيار عقلائيًا فإذا شككنا في عقلائية الخيار أو تزلزل العقد أو كان نفس العقلاء شاكين في الخيار أو التزلزل كان التمسك بدليل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

المنصرف إلى العقد العرفي العقلاني تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية أو يقال: أنه حتى لو ثبت عدم عقلانية الخيار أو التزلزل و لكن شككنا في اللزوم الشرعي لم يمكن إثبات اللزوم بـ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَ إِنْ كَانَ بَاقِيًا عَقْلَانِيًا بَعْدَ الْفَسْخِ لِعَدَمِ تَأْثِيرِ الْفَسْخِ فِي نَظَرِ الْعَقْلَاءِ حَسَبِ الْفَرَضِ لَكِنَّ الشَّارِعَ إِنَّمَا يَأْمُرُنَا بِالْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ الشَّرْعِيِّ وَ الْمَفْرُوضِ أَنَّنَا نَحْتَمِلُ اخْتِلَافَ نَظَرِ الشَّرْعِ عَنِ نَظَرِ الْعَقْلَاءِ فَنَحْتَمِلُ عَدَمَ مَوَافَقَةِ الشَّارِعِ، إِمَّا بِمَعْنَى تَخَطُّطِهِمْ أَوْ بِمَعْنَى كَوْنِ جَعْلِ الشَّارِعِ وَ اعْتِبَارِهِ مُخْتَلِفًا عَنِ جَعْلِهِمْ وَ اعْتِبَارِهِمْ.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨١

إِذْنِ فَالْتَمَسْكَ بِ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تَمَسَّكَ بِالْعَامِ فِي الشُّبْهَةِ الْمَصْدَقِيَّةِ، وَ قَدْ يُقَالُ: إِنْ التَّمَسَّكَ بِ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فِي مَوْرِدِ يُعْتَبَرُ الْعَقْلَاءُ عَدَمَ تَأْثِيرِ الْفَسْخِ صَحِيحَ بَيْرَكَةِ الْإِطْلَاقِ الْمَقَامِيِّ وَ لَكِنَّ الْإِطْلَاقَ الْمَقَامِيَّ لَا يَتَمُّ فِيهَا إِذَا لَمْ يَحْرُزِ الْلِزُومَ عَقْلَانِيًا، وَ هُوَ الْقَرَارُ الْمُرْتَبِطُ بِقَرَارِ أَوْ الْإِتْرَامَانَ الْمُتَقَابِلَانَ وَ هَذَا يَكْفِي فِيهِ الْوُجُودَ الْآتِيَّ وَ لَا مَعْنَى لِفَرَضِ زَوَالِهِ بِالْفَسْخِ.

و على أية حال فدلالة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على اللزوم يمكن أن تتصور بأحد شكلين:

الأول

– أن تطبق الآية على نفس الملك الذي حقق بالعقد فيقال: إن معنى الوفاء بالعقد هو أن يبقى صاحبه وفيما بما أحدثه من الملك و النقل و بناء على هذا فالأمر بالوفاء أمر وضعي بمعنى عدم نفوذ الفسخ إذ لا نحتمل حرمة الفسخ تكليفاً فالآية تدل بالمطابقة على اللزوم. إلا أن هذا الوجه خلاف الظاهر لأن الآية لا تختص بالعقود المحققة للملك بنحو شرط النتيجة بل تشمل العقود التي هي في واقعها التزام مرتبط بالالتزام. و الأمر بالوفاء بتلك العقود محمول على ظاهره و هو الأمر التكليفي، و افتراض كونه بلحاظ بعض العقود أمراً تكليفاً و بلحاظ بعضها أمراً وضعياً يشبه فرض استعمال اللفظ في معنيين.

الثاني

– أن تطبق الآية على ترتيب آثار الملك و النقل من التسليم إلى المالك الجديد و عدم مزاحمته في الاستفادة من المتاع و نحو ذلك، و يحمل الأمر على ظاهره من الأمر التكليفي و يقال: إن الالتزام بتلك الآثار المترتبة على الملك الذي حصل بالعقد يعتبر عرفاً وفاء بالعقد و وجوب هذا الوفاء لازمه عدم تأثير النسخ، إِمَّا بِيَانِ أَنَّ إِطْلَاقَ هَذَا الْحُكْمِ يَشْمَلُ مَا بَعْدَ النَّسْخِ وَ هَذَا يَعْنِي عَدَمَ تَأْثِيرِ الْفَسْخِ لِعِلْمِنَا بِأَنَّهُ لَوْ أَثَّرَ الْفَسْخُ لَمَا بَقِيَ وَجُوبُ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ ثَابِتًا، وَ إِمَّا بِيَانِ أَنَّ وَجُوبَ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ مَعَ التَّرْخِيصِ فِي الْفَسْخِ يُعْتَبَرُ عَرَفًا لِعَوَا وَ أَمْرًا غَيْرَ مَعْقُولٍ.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨٢

و الخلاصة إن الآية تدل بالمطابقة على وجوب الوفاء و بالملازمة على اللزوم. فإن قلت: إن لازم ذلك أن البائع مثلاً لو خالف التكليف الشرعي و غضب العين المبيعة يشتد عقابه لأنه فعل حرامين، أحدهما الغضب و الثاني ترك الوفاء بالعقد، مع أنه لا إشكال في عدم الفرق بينه و بين أي إنسان آخر أجنبى عن هذه المعاملة يأتي و يغتصب هذه العين.

قلت: إن ثبت بمثل ضرورة فقهية أو وضوح لا يقبل الشك أو بظهور عرفي ناشئ من المناسبات أنهما سيان عرفاً أن السببين و هما الغضب و ترك الوفاء بالعقد يتداخلان عند الاجتماع و يوجبان حكماً واحداً ليس بأشد و أكد من واحد من الحكامين كما هو الحال في كل حكمين بين موضوعهما عموم من وجه، لو علمنا من الخارج بعدم التأكد في مادة الاجتماع فلو ورد أكرم العالم و أكرم الهاشمي و علمنا بعدم تأكد الحكم في العالم الهاشمي ثبت عليه حكم واحد غير أكد من وجوب الإكرام في مادة الافتراق.

و منها – آية لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

«١» و هي تدلّ على المقصود سواء حملت على النهي الوضعي عن التملك أو على النهي التكليفي عن التصرف الاستهلاكي الدال بالملازمة على نفي التملك فعلى كلّ حال نقول: إنّ الفسخ رغما على أنف الطرف المقابل ليس تجارة عن تراض فهو غير مملّك للفسخ، كما أنّه لا فرق في الاستدلال بهذه الآية بين تفسير الباطل بمعنى الباطل العرفي و جعل الاستثناء منقطعاً، أو تفسيره بمعنى حكم الشارع بالبطان و جعل الاستثناء متصلاً، فيكون المعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم

(١) النساء: ٢٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨٣

بكل سبب فإنّه باطل إلّا أن تكون تجارة عن تراض فعلى كلا التقديرين يثبت المقصود إذ على الثاني يكون مقتضى الحصر بطلان الفسخ لأنّه ليس تجارة عن تراض، و على الأول يكون الفسخ في الحالات الاعتيادية التي يعتبر فيها باطلا في نظر العرف داخلا في جملة المستثنى منه و هي النهي عن الأكل بالباطل فيبطل.

و منها - آية أَخَذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا

«١» بناء على استفادة معنى الوفاء بالعقد منها فيما سبق و عندئذ يكون حال الاستدلال بها في المقام كحال الاستدلال ب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و قد يتمسك في المقام بجملة المستثنى في آية التجارة أو بآية أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ لِإِثْبَاتِ الزُّومِ

بدعوى إنّ إطلاق مثل ذلك يشمل ما بعد الفسخ فمن تملك شيئا بالبيع و بالتجارة عن تراض جازت له الاستفادة منه حتى بعد الفسخ تمسكا بإطلاق تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ أو بإطلاق أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و به يشبّ عدم نفوذ الفسخ. و يرد عليه: أنّه إن كان المقصود ب تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ أو أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ كون التجارة عن تراض أو البيع مملّكا فهي إنّما دلّت على حصول الملك، أما بقاءه و عدم بقاءه بعد الفسخ فغير مفهوم من الآيتين، و إن كان المقصود بهما حليّة التصرف تكليفا فأدلة الإباحة دائما حيثيّة، فلو ورد دليل على حليّة الجبن لم يمكن التمسك بإطلاقه لما إذا كان الجبن مغضوبا أو نجسا مثلا، و إنّما الدليل دلّ على أنّ الجبن - من حيث هو جبن - حلال، و كذلك في المقام إنّما دلّ الدليل على أنّ التجارة عن تراض أو البيع يترتب عليهما - بحدّ ذاتهما - حلّ التصرف. أمّا طرو الحرمة مرة أخرى بالفسخ و عدمه فهو غير مستفاد من هذا الدليل.

(١) النساء: ٢١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨٤

و النكتة في حمل العرف لأدبته الإباحة على الحكم الحيثي هي أنّ الإباحة يكفي فيها عدم الاقتضاء للزوم و اللاقتضاء لا- يزاحم المقتضى.

و أمّا حديث عدم حلّ مال المسلم بغير رضاه فقد ورد في صيغتين:

الاولى - حديث سماعة و زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرسول صلّى الله عليه و آله: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنّه لا يحلّ دم امرء مسلم و لا ماله إلّا بطيبة نفس منه «١».

و الثانية- التوقيع عن الإمام صاحب الزمان- عجل الله فرجه:- و أما ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتساباً للأجر، و تقرباً إليكم؟ فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحل ذلك في مالنا؟! «٢».

فإن حملنا الحلّ في الروايتين على ما يشمل الحلّ الوضعي، و حملنا التصرف في الرواية الثانية على ما يشمل التصرف الاعتباري دلّت الروايتان على بطلان فسخ أحد المتعاملين من دون رضا الآخر، لأنه تصرف اعتباري في ماله فهو غير حلال بمعنى أنه باطل. أمّا إذا حملنا الحلّ على الحلّ التكليفي فحسب بدعوى كونه حقيقة فيه دون الحلّ الوضعي فقد يدعى أن الرواية بكلتا صيغتيها تصبح أجنبية عن أدلة اللزوم، لأنّ التمسك بها بعد الفسخ تمسك بالعام في الشبهة المصدقية للعام، فإنّها حسب الفرض لم تشمل الحلّ الوضعي و التصرف الاعتباري كي تشمل الفسخ و تدلّ على

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

(٢) الوسائل ٦: ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨٥

بطلانه و إنّما تنظر إلى تحريم التصرف الاستهلاكي و الانتفاعي في ملك الغير و كونه بعد الفسخ باقيا على ملك الغير أولّ الكلام، و لا يأتي هنا الجواب الذي مضى عن هذه الشبهة في «الناس مسلطون على أموالهم» من أنّ الكلام في نفس الفسخ إذ المفروض هنا أنّ الرواية أجنبية عن نفس الفسخ.

و إنّ حملنا الحلّ في الرواية الأولى على ما يشمل الحلّ الوضعي و في الرواية الثانية على الحلّ التكليفي، بدعوى أنّ كلمة التصرف قرينة على ذلك لأنّ التصرف حقيقة في التصرف الاستهلاكي و الانتفاعي دون الاعتباري، إذن فالرواية الأولى تدلّ على اللزوم و الثانية تأتي فيها الشبهة التي شرحناها.

و الواقع أنّه حتى إذا فسّرنا الحلّ بمعنى الحلّ التكليفي- كما هو الظاهر- فالرواية بكلتا صيغتيها تدلّ على اللزوم و ذلك لأنّ العرف لا يتعلّق افتراض حرمة التصرف الانتفاعي و الاستهلاكي في مال الغير مع صحّة تملكه بلا رضاه و من ثمّ جواز تصرفه فيه بعد التملك لأنّه خرج عن كونه مال الغير، فأى احترام هذا لمال الغير حينما يحرم التصرف فيه بلا إذنه، لكن يحلّ تملكه بلا إذنه أوّلا ثمّ التصرف فيه لأنّه خرج عن كونه مالا له!!

إذن فدلّيل حرمة التصرف الاستهلاكي و الانتفاعي في مال الغير بلا إذنه يدلّ بالالتزام العرفي على بطلان تملكه بلا إذنه، فالفسخ إذن من دون إذن الطرف الآخر للمعاملة غير صحيح حسب الطبع الأولى.

دلالة السيرة و الاستصحاب على اللزوم:

و هنا وجهان آخران لإثبات اللزوم غير الإطلاقات و هما:

أوّلا- التمسك بالسيرة، و البحث في ذلك من قبيل بحثنا عن السيرة في إثبات صحّة المعاطاة فلا نعيده.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨٦

و ثانيا- الاستصحاب، فالملكية التي حصلت بالعقد قد شككنا في زوالها بالفسخ نتيجة الشك في لزوم العقد و جوازه فنستصحب بقاءه، و الملكية التي زالت بالعقد قد شككنا في رجوعها و عدمه نتيجة الشك في لزوم العقد و جوازه فنستصحب عدمها. و عمدة الإشكالات التي قد تورد على هذا الاستصحاب أمور ثلاثة:

الإشكال الأول- إشكال السيد الخوئي رحمه الله و هو عدم حجّية الاستصحاب لدى الشك في الأحكام الكلية نتيجة لما يؤمن به من

وقوع التعارض بين استصحاب المجعول و استصحاب عدم الجعل. و هذا الإشكال بحثه بحث مبنائي بحث راجع إلى علم الاصول فنحن نحيل هذا البحث إلى محلّه من علم الاصول، و النتيجة المختارة هناك هي جريان الاستصحاب عند الشك في الحكم الكلي و عدم قبول التفصيل بين الشبهة الحكمية و الشبهة الموضوعية.

و الإشكال الثاني - إشكال استصحاب الكلي حيث يقال: إن الملك الحاصل في المقام مردّد بين الملك الجائر و الملك اللازم، و الأوّل إن كان فهو مرتفع يقينا، و الثاني مشكوك الحدوث، فهذا من قبيل العلم الإجمالي بوجود حيوان مردّد بين حيوان طويل العمر و حيوان قصير العمر. و هذا الإشكال يمكن بحثه مبنّي و بناء:

أمّا بحثه المبنائي، و هو البحث عن حجّية القسم الثاني من استصحاب الكلي فنحيله أيضا إلى محلّه من علم الاصول و المختار هو حجّيته.

و أمّا بحثه المبنائي، فهو عبارة عن المنع عن كون الجواز و اللزوم مفزدين للملكية و مقومين لها أو كاشفين عن مائز مقوم بينهما. نعم هما يعتبران من أحكام الملكية، فالملكية تارة يحكم عليها بالجواز و اخرى باللزوم تبعا لاختلاف

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨٧

أسباب الملكية أو مواردها لا تبعا لاختلاف حقيقة الملك. إذن فاستصحاب الملكية استصحاب لشخص الملكية لا للجامع بين الفرد الذي لو كان فهو زائل و الفرد المشكوك الحدوث.

و توضيح ذلك: أنّ معنى الملكية الذي انشأه المتعاقدان هو معنى مفهوم لدى العقلاء و معروف عدم تقوّمه بالجواز أو اللزوم و عدم اختلافه بعنصر مقوم لأقسام الملكية موجب للاختلاف بينها بالجواز و اللزوم، فليس ما ينشئه المتعاقدان في الهبة اللّازمة مختلفا عمّا ينشئانه في الهبة الجائزة، نعم مصبّ كلامنا إنّما هي الملكية الشرعية لا ما انشأه المتعاقدان. و لكن إذا كان من الواضح أنّ الجواز و اللزوم لا دخل لهما فيما ينشئه المتعاقدان و لا يتبعان فرقا بين المنشأين قلنا:

إنّ ظاهر أدلّة إمضاء العقود عرفا إنّما هو ترتيب الملكية الشرعية بالنحو المماثل للمعنى الذي قصده المتعاقدان، و ذلك إمّا بدعوى أنّ إمضاء عقد شرعا يكون ظاهرا ابتداء في إمضاء ما قصده المتعاقدان إلّا ما خرج بالدليل، و إمّا بدعوى أنّ الحكم العقلاني الذي يترتب في ارتكاز العقلاء على العقد إنّما هي الملكية بالمعنى المماثل لما قصده المتعاقدان، و الأحكام الشرعية الواردة في موارد الارتكازات العقلانية تحمل بطبعها الأولى على ما يطابق تلك المرتكزات إلّا ما خرج بالدليل.

هذا و الشيخ الأنصاري رحمه الله اختار في المقام ما اخترناه من أنّ الاستصحاب استصحاب لشخص الملك لا للجامع بين الملك الجائر و الملك اللازم، لأنّ الجواز و اللزوم من أحكام أسباب الملك و ليسا من خصوصيات الملك، و أنّه حتى لو فرض الاستصحاب في المقام استصحابا للجامع فلا بأس بجريانه، و ناقش المحقق الخراساني رحمه الله الشيخ في كلا هذين الكلامين:

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨٨

أمّا كلامه الأوّل - و هو كون الاستصحاب في المقام استصحابا لشخص الملك لعدم اختلاف حقيقة الملك في مورد اللزوم عنها في مورد الجواز، فأورد عليه بأنّ هذا لا ينسجم مع فهم الشيخ الأنصاري رحمه الله لحقيقة اللزوم و الجواز في العقود اللّازمة و الجائزة فإن كان الجواز و اللزوم بمعنى إمكان فسخ العقد و عدمه كما في حق الخيار المفسّر بحق فسخ العقد، صحّ القول بأنّ اللزوم أو الجواز حكم يختلف باختلاف أسباب الملك، و هي العقود لا باختلاف حقيقة الملك.

و لكن الاستفادة من كلام الشيخ الأنصاري رحمه الله في بحث ملزمات المعاطاة هو أنّ الرجوع في باب المعاملات الجائزة يختلف عنه في باب حق الخيار، فالرجوع في مورد حق الخيار يعني فسخ العقد، و ما دام العقد قائما غير منفسخ لا بدّ من الالتزام بنتائجه و إنّما ترفع نتيجة العقد برفع العقد و فسخه، و أمّا العقود الجائزة فمعنى جوازها إمكانية التراجع عن نتائجها مباشرة من دون فسخ لها، فالواهب - هبة جائزة - يجوز له إرجاع العين مباشرة بلا حاجة إلى فسخ الهبة و العاقد بالمعاطاة بناء على عدم لزومها يجوز له تراءد

العينين دون توسط فسخ المعاملة.

فإذا كان هذا هو حقيقة الجواز واللزوم في العقود اللازمة والجائزة مما لا علاقة له بفسخ السبب وهو العقد وعدمه، إذن باختلاف الملك باللزوم والجواز ليس من أحكام الأسباب وهي العقود كي يختلف باختلافها، وإنما هو من أحكام المسببات وهي نفس الملك حيث كان معنى الجواز إمكان التراجع عن المسبب مباشرة ومعنى اللزوم عدم إمكانه، ولا إشكال في أن اختلاف حكم الملك يتبع اختلاف خصوصية في الملك كي لا يكون حكم الشارع جزافاً وإن فرض اختلاف الخصوصية في الملك ناتجاً عن اختلاف الأسباب، وهذا يؤدي إلى

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٨٩

رجوع استصحاب الملك في المقام إلى استصحاب الكلّي «١».

أمّا عبارة الشيخ الأنصاري رحمه الله التي استفاد منها المحقق الخراساني دعوى الفرق بين الجواز الخياري وجواز العقد ذاتاً، بكون الأول راجعاً إلى جواز فسخ المعاملة والثاني راجعاً إلى جواز ترداد العينين من دون توسط فسخ المعاملة فهي ما ورد في المكاسب من الاستدلال على ملزمة مثل تلف العوضين بناء على إفادة المعاطاء الملك بامتناع الترداد عندئذ قال الشيخ رحمه الله: (... و أمّا على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم، والمتيقن من مخالفتها جواز ترداد العينين و حيث ارتفع مورد الترداد امتنع و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين فلا مانع من بقائه بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما، بخلاف ما نحن فيه فإنّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز، بل الجواز هنا يتعلق بموضوع الترداد لا مطلق الرجوع الثابت للهبة) «٢».

و لا يخفى أنّ هذا التعبير لا يدلّ على ما قاله المحقق الخراساني رحمه الله فإنّ غاية ما يفيد هذا التعبير أنّ المتيقن من الحكم الثابت في العقد الجائر منحصر في ترداد العينين و لم يثبت حق فسخ العقد بشكل مطلق و لو بترداد المثل أو القيمة عند التلف، و أمّا إنّ هذا الترداد- أعني ترداد العينين في مورد الجواز- هل هو ترداد ابتدائي أو بتوسط فسخ العقد؟ فهذا مما لم يتعرض له الشيخ رحمه الله من قريب أو بعيد.

□

(١) راجع تعليقه المحقق الخراساني رحمه الله على المكاسب: ١٣ و ١٤.

(٢) المكاسب ١: ٩١، حسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدي.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩٠

و على أية حال فنحن لا نملك دليلاً على الفرق بين الجواز في العقد الجائر والجواز في مورد الخيار، بكون الأول متعلقاً بالعقد و فسخه، والثاني متعلقاً بالترداد من دون توسط فسخ العقد، عدا أن يقال إنّ العقد إذا كان في ذاته لازماً إذن هو مشمول لأدلة وجوب الوفاء به كـ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإذا دخله الخيار لم يجز التراجع عن ثمرة العقد إلّا بعد فسخ العقد لأنّ التراجع عنها مع افتراض العقد قائماً على حاله خلف وجوب الوفاء به، فلا بدّ أولاً من إعمال حق الخيار بفسخ العقد، فإذا انتهى العقد انتهى موضوع وجوب الوفاء بالعقد فيتمّ الترداد و التراجع عن الثمرة بتبع فسخ العقد.

و أمّا إذا كان العقد في ذاته جائزاً كالهبة أو المعاطاء على القول بجوازها فمعنى جوازه خروجه تخصيصاً أو تخصصاً من أدلة وجوب الوفاء بالعقد، و عندئذ فلا بأس بالترداد من دون حاجة إلى توسط فسخ العقد، لأنّ العقد في ذاته ليس لازماً كي يكون فرض بقائه قائماً على حاله مانع عن الترداد و مخالفة ما بنوا عليه. إلّا أنّ هذا البيان لا يرجع إلى محضّل، و يرد عليه:

أولاً- أنّنا لو فرضنا أنّ الترداد بعد إنهاء العقد بالفسخ لا ينافي وجوب الوفاء بالعقد، قلنا إنّ لا مبرّر لافتراض أنّ الجواز في العقود الجائزة يعني خروجها عن أدلة وجوب الوفاء بالعقد تخصيصاً بل مقتضى إطلاق دليل وجوب الوفاء بالعقد أن نحمل الجواز في العقود

الجائزة على جواز التراد بتوسيط فسخ العقد كي لا- ينافي ذلك وجوب الوفاء فيكون حاله حال الجواز الخياري، بفرق أن الجواز الخياري حقّ قابل للإسقاط و الجواز الحكمي ليس حقًا يقبل الإسقاط، نعم في مثل الوكالة لو قلنا إنها ليست عقدا فهي خارجة عن دليل الوفاء بالعقد تخصصا و خارجة عن محل البحث أساسا و لا يتصور فيها هذا النزاع.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩١

و ثانيا- أنه لا ينبغي الإشكال في أن دليل وجوب الوفاء بالعقد يمنع عن التراد و التراجع عن النتائج من دون رضا صاحبه، سواء كان ذلك بلا فسخ أو بتوسيط الفسخ، فحتى التراجع بتوسيط الفسخ و كسر العقد يعتبر عرفا خلافا للوفاء بالعقد الذي كان ثابتا حتما قبل الفسخ، و لذا نقول: إن دليل الخيار يخصه دليل وجوب الوفاء بالعقد، إذن فليل وجوب الوفاء بالعقد لا يمكن أن يكون مؤثرا في إثبات الفرق بين الجواز الخياري و الجواز الحكمي بإرجاع الأول إلى فسخ العقد بخلاف الثاني.

و ثالثا- سواء فرضنا أن التراد بتوسيط الفسخ ينافي وجوب الوفاء أو لا، لا إشكال في أن التراد بلا توسيط الفسخ في مثل المعاطاة مما لا يكون خروجه عن أدلة العقود تخصصا خلاف الوفاء بالعقد، فإذا ثبت جواز التراد بإجماع أو غيره في مثل المعاطاة كان تعيينه في التراد بلا حاجة إلى توسيط فسخ العقد، دعوى بلا دليل فلعل المقصود هو التراد بتوسيط فسخ العقد.

و رابعا- إن أصل افتراض أن التراد تارة يكون بتوسيط فسخ العقد، و اخرى مباشرة و من دون توسيطه أمر لا نتعقله، لأننا لا نفهم فرقا بين التراد بمعنى إبطال ثمرة العقد مباشرة و الفسخ بمعنى فسخ العقد، فإن العقد شيء قد وقع آنا ما و حَقَّق الثمرة و لا ينقلب الشيء عما وقع عليه، و ليس من الامور التي لها استمرار إلا في العقد الذي ليس شأنه الالتزام بالنتيجة- أي من سنخ شرط النتيجة- بل يكون شأنه الالتزام بالفعل، فإذا كان هذا الفعل يستوعب فترة من الزمان كان بالإمكان فسخ الالتزام، فإن كان العقد من القسم الأول- أعنى التراما بالنتيجة- و إنشاء لها ففسخ العقد يرجع إلى التراد و إبطال ثمرة العقد و هي تلك النتيجة، و لا معنى آخر لفسخ العقد فيه لعدم تصور استمرارية لنفس العقد و الالتزام في هذا القسم حتى يفسخ،

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩٢

و إن كان العقد من القسم الثاني أعنى التراما بالفعل و كان ذاك الفعل يستوعب فترة من الزمان، فالتراجع عن الثمرة و هي الفعل عبارة اخرى عن فسخ الالتزام بالفعل و هو العقد الذي كان مستمرا، فلم نتعقل أيضا شيئين، فسخ العقد تارة، و التراجع عن الثمرة من دون فسخ العقد تارة اخرى.

إذن ففي كلا قسمي العقد يكون فسخ العقد و التراد أو إبطال ثمرة العقد شيئا واحدا و ليسا أمرين نفرق بهما بين الحق الخياري و جواز عقد المعاطاة أو الهبة.

هذا و لو سلم الفرق بينهما بدعوى أن الفسخ في العقد الخياري يتعلق بذات العقد و التراجع في العقد الجائر يتعلق بالثمرة من دون توسيط فسخ العقد، فمجرد ذلك لا يدل على أن الجواز و اللزوم في الأول يتبعان خصوصية في العقد و في الثاني يتبعان خصوصية في ذات الملك دون خصوصية السبب، بخلاف حق الخيار فلعل جواز الملك و لزومه نتجا أيضا عن اختلاف في أسباب الملك أو موارد، رغم كون الملك في مفهومه أمرا واحدا في الموردين، فإنه عندئذ لا يلزم الجزاف في الأحكام و إنما يلزم الجزاف لو فرضنا كون الفرق بلا فارق نهائيا و ليس مجرد كون متعلق التراجع هو النتيجة لا العقد دليلا على كون الفارق كامنا في النتيجة لا في العقد.

و أمّا كلامه الثاني- و هو أن استصحاب الملك حتى لو فرض استصحابا للجامع بين الملك اللّازم و الملك الجائر فهو جار في المقام لأنه من استصحاب القسم الثاني من الكلّي الذي هو حجة، فقد ناقش فيه المحقق الخراساني رحمه الله بأن الاستصحاب في المقام إذا كان استصحابا للجامع بين الملكين فهو، و إن كان جاريا على مختارنا- يعني مختار المحقق الخراساني رحمه الله- من حجية الاستصحاب في موارد الشك في المقتضى و لكنه لا يجري على مبنى الشيخ من

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩٣

عدم حجية الاستصحاب في موارد الشك في المقتضى، لأن التردد بين قسمي الملك يعني التردد بين الملك الذي يملك مقتضيا للبقاء في ذاته بعد الفسخ و هو الملك اللازم و الملك الذي لا يملك في ذاته مقتضيا للبقاء بعد الفسخ و هو الملك الجائر «١». أقول: إن هذا الإشكال لو تم لم يختص بفرض الاستصحاب استصحابا للجامع بل حتى لو كان استصحابا للشخص يرد هذا الإشكال. حيث يقال أيضا:

إن الشك في اللزوم و الجواز مرجعه إلى الشك في أن السبب، و هو العقد هل يقتضى مثلا الملك حتى بعد الفسخ أو لا يقتضى الملك إلا بلحاظ ما قبل الفسخ؟

و لا ينبغي الإشكال في أن الشيخ الأنصاري رحمه الله لا يقصد بقوله بعدم حجية الاستصحاب لدى الشك في المقتضى هذا المعنى، و إنما لزم بطلان كل استصحاب كان منشأ الشك هو الشك في رافعية الموجود و انحصر مورده بفرض الشك في وجود الرفع، فإن هذه الشبهة سيئالة ترد في جميع موارد الشك في رافعية الموجود كما لو شككنا في ناقضية المذى أو الودى للطهارة فيقال: إن هذا الشك مرجعه إلى الشك في أن الطهارة هل لها قابلية الدوام بعد الودى و المذى أو لا؟

و الواقع أن المقصود بالشك في المقتضى هو احتمال زوال المستصحب بمجرد مرور الزمان و انتهاء قابليته بذلك بقطع النظر عن فرض رافع خارجي، كالسراج الذي شككنا في كميّة القوّة الممدّة له بالنور و من المعلوم أن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، فإن الملكية لو لا طرؤ الفسخ كانت باقية حتما فليس الشك في بقائها بعد الفسخ شكاً في المقتضى بل هو شك في رافعية الموجود، و كلام

(١) في تعليقه على المكاسب: ١٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩٤

الشيخ الأنصاري رحمه الله في الرسائل صريح في حجية الاستصحاب في الشك في الرفع سواء كان شكاً في وجود الرفع أو في رافعية الموجود.

هذا و ذكر الشيخ الأنصاري رحمه الله: أننا لو شككنا في أن الملك هل ينقسم إلى قسمين متباينين أي الملك اللازم و الملك الجائر فيكون المستصحب جامعا بين القسمين؟ أو أنه ليس الأمر كذلك و يكون الملك في كلا القسمين شيئا واحدا و قلنا بعدم حجية استصحاب الكلّي؟ فنفس الشك و احتمال كون الاستصحاب استصحابا للشخص - لا- للجامع بين مقطوع الارتفاع و مشكوك الحدوث - كاف في جريان الاستصحاب «١».

و قد نقل السيد الخوئي رحمه الله عن المحقق النائيني رحمه الله تفسيراً غريباً لهذا الكلام، و هو أنه بما أن المخصص لدليل الاستصحاب المخرج للاستصحاب الكلّي كان ثيباً و لم يكن لفظياً و لهذا جاز التمسك بدليل الاستصحاب لدى الشك في ذلك لأن التمسك بالعام في الشبهة المصدقية في المخصص اللبّي جائز «٢».

و هذا المطلب موجود في أحد تقريرى بحث المحقق النائيني رحمه الله و هو كتاب منية الطالب للشيخ الخونساري رحمه الله «٣» و لكن الموجود في التقرير الآخر و هو كتاب المكاسب و البيع للشيخ الآملى رحمه الله عكس ذلك، حيث ركّز إشكال عدم إحراز دخول المورد في دليل الاستصحاب و لم يردّه بدعوى جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية «٤».

(١) راجع المكاسب ١: ٨٥، حسب الطبعة التي تشتمل على تعليقه الشهيدى.

(٢) على ما ورد في المحاضرات ٢: ٦٣، و في مصباح الفقاهة ٢: ١٣١ و ١٣٢.

(٣). ١: ٦١.

(٤). ١: ١٦٨ و ١٦٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩٥

و على أي حال فيرد على هذا الوجه ما أورده على السيد الخوئي رحمه الله و هو أن المورد اجنبي عن المخصص اللبي نهائيا و الذي يقول بعدم اتحاد متعلق اليقين و الشك في موارد القسم الثاني من استصحاب الكلّي، و لذا لا يؤمن بحجية الاستصحاب فيه لا يقول بذلك بعنوان ورود مخصص لبي على عموم دليل الاستصحاب، بل هذا يعني أن أصل الموضوع المأخوذ في لسان دليل الاستصحاب غير شامل لذلك فإن موضوعه هو فرض يقين و شك متعلق ببقاء نفس ما كان على يقين منه، فيما أن وحدة المتعلقين غير ثابتة في المقام لا يجري الاستصحاب.

و وجه السيد الخوئي رحمه الله كلام الشيخ الأعظم رحمه الله بتوجيه آخر، و هو أن يكون رحمه الله ناظرا إلى الاستشكال في استصحاب القسم الثاني من الكلّي بدعوى حكومة استصحاب عدم الفرد الطويل على استصحاب الجامع لا بدعوى عدم اتحاد متعلق اليقين بالشك، و هذا الإشكال يكفي في اندفاعه في المقام الشك في أنه هل هو من استصحاب الكلّي أو لا، فإن الشك في ذلك يعني الشك في وجود الحاكم و الحكومة في المقام ظاهرية و قوام الحكومة الظاهرية بالوصول فالشك في وجود الحاكم يساوق القطع بعدم الحكومة فيجري استصحاب الملكية بلا إشكال، و هذا التوجيه مذكور في المحاضرات «١» و في مصباح الفقاهة «٢»، على فرق بينهما و هو أنه استفاد في المحاضرات في المقام من مسألة أن الحكومة الظاهرية قوامها بالوصول كما ذكرنا، فإن كان مقصوده بالحكومة الظاهرية الحكومة - برفع الشك - على دليل يكون موضوعه الشك، فهذا الكلام صحيح إذ

(١). ٢: ٦٣.

(٢). ٢: ١٣١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩٦

لو لم يصل الحاكم لم يرتفع الشك لا محالة. و أما في مصباح الفقاهة فلم يشر إلى نكتة تقوّم الحكومة الظاهرية بالوصول، و إنما اكتفى بالقول بأنه ما لم يحرز الأصل الحاكم لا مانع من جريان الأصل المحكوم، فإن كان المقصود بذلك: أن عدم إحراز الأصل الحاكم يؤدي إلى القطع بعدم الحكومة، رجع إلى ما في المحاضرات، و لا - كلام لنا فيه، و إن كان المقصود به ما يقال حتى في الحكومة الواقعية من أن المعارض و المخصص و المقيد و الحاكم ما لم تصل يكون الدليل الآخر باقيا على حجته رغم عدم العلم بانتفاء الحكومة أو التقييد و التخصيص و المعارض و رد عليه، أننا نقطع في المقام بعدم جريان استصحاب الجامع و ذلك لعلنا الإجمالي بأنه إمّا لا - جامع في المقام فلا معنى لاستصحابه أو أن الجامع موجود و لكن استصحاب عدم الفرد الطويل حاكم على استصحابه فأیضا لا مورد لاستصحابه.

و ذكر السيد الإمام رحمه الله: أن الشك في المقام في كون الملكية الجائزة غير الملكية اللازمة و عدمه يساوق كون استصحاب الملك استصحابا للكلّي، فبناء على عدم جريانه يكون الشك في المقام في تعدد الملك و عدمه كافيا في عدم جريان الاستصحاب، و ذلك لأننا مع هذا الشك نمتلك - تصورا - مفاهيم ثلاثة:

الأول الملك المتقوّم بخصوصية الجواز، و الثاني الملك المتقوّم بخصوصية اللزوم، و الثالث الملك غير المتقوّم بشيء و قد شكنا في أن الأملاك في الدنيا هل هي داخله جميعا في المفهوم الثالث؟ أو أن بعضها من المفهوم الأول و بعضها من المفهوم الثاني و لا وجود للمفهوم الثالث؟ إذن فالقدر المتيقن في المقام هو الجامع بين هذه الامور الثلاثة و استصحاب هذا الجامع استصحاب للكلّي لا محالة «١».

و الإشكال الثالث إشكال استصحاب بقاء علقه المالك الأول فإنه يعارض

(١) راجع كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله ١: ١٠٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩٧

أو يحكم استصحاب الملك، و المقياس في كونه معارضا له أو حاكما عليه، هو أن نرى أن تلك العلقه هل تعنى رفع موضوع ملكية المالك الثاني شرعا؟ أو هي حكم شرعي ينافي تلك الملكية؟ فعلى الأول تتم الحكومه، و على الثاني يتم التعارض، و إن لم تكن هذا و لا ذاك أو لم تكن هناك علقه أصلا غير مثل علقه الملك المرتفعه بالبيع مثلا لم يكن مجال لاستصحاب بقاء العلقه. و ذكر الشيخ الأعظم رحمه الله في أول بحث الخيار ما نصه: «و ربما يقال: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك عن العين، فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقه المالك عن العين التي له فيها الرجوع، و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم- يعنى به استصحاب بقاء ملك المالك الثاني بعد الفسخ- المقتضى للزوم.

و ردّ بأنّه إن اريد بقاء علاقه الملك أو علاقه تتفرّع على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك. و إن اريد بها سلطنه إعادة العين في ملكه، فهذه علاقه يستحيل اجتماعها مع الملك و إنّما تحدث بعد زوال الملك لدلاله دليل، فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها و إن اريد بها العلاقه التي كانت في مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار كما يقال: الأصل في الهبه بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمه بالتصرف، ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه في المجلس بل مطلقا بناء على أنّ الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم أوفوا بالعقود لا الاستصحاب: أنّه لا يجري بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم فتأمل» (١).

(١) مكاسب الشيخ الأنصاري ٢: ٢١٦، حسب الطبعة المرافقه لتعليقه الشهيدى.

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩٨

و لعل أمره بالتأمل إشاره إلى أنّنا حينما نبحت إثبات لزوم باستصحاب الملك نكون قد غرضنا النظر عن الدليل الآخر على اللزوم، و هو أوفوا بالعقود أو أى دليل لفظي آخر، فلا معنى للجواب على إشكال استصحاب الجواز الثابت في المجلس بأن المرجع عند الشك في بقاء حكم المخصص هو عموم العام، و هو في المقام أوفوا بالعقود لا استصحاب حكم المخصص، فإن المفروض غرض النظر عن كل دليل لفظي دل على اللزوم.

و على أيّ حال فيكفى في دفع استصحاب الجواز الثابت في المجلس أن يقال: إنّ قصد به استصحاب الخيار و هو الجواز الحقي فالنصوص صريحه بانتفائه بعد انتهاء المجلس، و إن قصد به استصحاب الجامع بين الجواز الحقيّ و الجواز الحكمي فهما عرفا فردان متباينان، و استصحاب الجامع بينهما استصحاب للقسم الثالث من الكلّي و هو غير جار.

و هنا إشكال آخر على استصحاب هذا الجامع، و هو أن استصحاب الجواز في المقام استصحاب تعلقي، لأنّ مرجعه إلى القول بأنّ هذا البيع في زمان المجلس كان بحيث لو فسخ لا يفسخ و الآن كما كان. و تحقيق مدى صحه هذا الإشكال نوكله إلى علم الاصول. و لاستصحاب علقه المالك الأول تقريبات عديده، بإمكانك الوقوف عليها بمراجعة تعليقه الشيخ الاصفهاني رحمه الله على المكاسب و كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله. و لعلّ أفضلها ما جاء في تعليق الشيخ الاصفهاني رحمه الله من أنّ المالك كانت له السلطنه على التصرف الاستهلاكي في ماله و السلطنه على تسليط الغير عليه حدوثا و بقاء، و بعد أن باع العين انتفت سلطنته على التصرف و انتهت أيضا سلطنته على تسليط الغير عليه حدوثا، إذ قد فعل ذلك و لا يمكن قلب الشيء عمّا وقع عليه و شككنا في زوال سلطنته على تسلط الغير

فقه العقود، ج ١، ص: ٢٩٩

بقاء، إذ لو كان العقد جائزا فله السلطنة على تسلط المشتري على العين بقاء، و لو كان لازما انتفت هذه السلطنة أيضا، و مع الشك نستصحب هذه السلطنة، و هذا الاستصحاب حاكم على استصحاب بقاء ملكية المالك الثاني بعد الفسخ (١).

و قد ردّ رحمه الله الحكومة بعدم الترتب الشرعي لعدم بقاء المال على ملك المالك الثاني على سلطنة المالك الأول. و ردّ أصل تقريب استصحاب بقاء تلك السلطنة بأن السلطنة على الملك هي القدرة الترخيضية و الوضعية على التصرف الاستهلاكي و التصرف الوضعي بإحداثه. أما ردّ الملك فسلطنة جديدة غير منبعثة من الملك.

أقول: كان مفاد الإشكال: أن زمام أمر بقاء المال في ملك المالك الثاني، قبل الحدوث كان بيد المحدث و لو بتبع الحدوث الذي كان بيده و الآن قد خرج الأمر من يده حدوثا، و لكننا لا نجزم بخروجه بقاء من يده، إذ لو كان العقد جائزا فلا زال أمر بقاء المال في ملك المالك الثاني بيده فيستصحب بقاء ذلك في يده.

و الأولى في الجواب أن يقال: إن السلطنة على تسليط الغير بقاء بمعنى أن له نفيها بنفي الحدوث تغاير عرفا السلطنة عليه بالردّ و عدمه، فيرجع استصحاب السلطنة في المقام إلى استصحاب القسم الثالث من الكلّي. هذا تمام الكلام في إثبات اللزوم بالاستصحاب.

إثبات اللزوم بالاستصحاب في موارد الشبهة الموضوعية:

و لا بأس بالتطرق بالمناسبة إلى أنه لو كانت الشبهة موضوعية فهل يجرى هذا الاستصحاب أيضا أو لا؟ فلو تردد الأمر مثلا بين الصلح و الهبة، علما بأن

(١) راجع تعليقه الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١: ٣١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠٠

الأول لازم و الثاني جائز فهل يجرى استصحاب الملك بعد الفسخ أو لا؟ و نحن نستبعد عن بحثنا فرض ابتلاء هذا الاستصحاب صدقة باستصحاب آخر ينفي أثرا من آثار العقد اللازم، كما لو تردد الأمر بين البيع و الهبة و أصبح استصحاب بقاء العين في ملك الثاني بعد الفسخ معارضا لاستصحاب عدم انشغال ذمته بالثمن للعلم الإجمالي، بأنه إما يجب عليه دفع الثمن أو يجب عليه ردّ العين بسبب الفسخ و لا يسوغ له التنصل من الأمرين معا في وقت واحد. و نركز بحثنا على استصحاب بقاء الملك فقط و عندئذ نقول:

إنه بناء على جريان استصحاب الكلّي من القسم الثاني لا شك في جريان الاستصحاب في المقام حتى مع فرض تغاير الملك الحاصل بالهبة عن الملك الحاصل بالصلح مثلا. و أما بناء على عدم جريان استصحاب الكلّي من القسم الثاني و أننا إنما أجرينا استصحاب بقاء الملك في مورد الشبهة الحكمية في اللزوم و التزلزل لإيماننا بأن اللزوم و التزلزل ليسا مقومين للملك و لا مترتين على خصوصية ذاتية في الملك، و إنما هما حكمان يترتبان على الملك الذي ليس له عدا معنى واحد. فهنا قد يستشكل في الاستصحاب، و ذلك بدعوى أن استصحاب الملك و إن كان في مورد الشبهة الحكمية صحيحا و لكنه في مورد الشبهة الموضوعية ليس صحيحا، لأنّ الملك الذي يكون موضوعه الشرعي هو الصلح غير الملك الذي يكون موضوعه الشرعي هو الهبة، فاستصحاب الملك في المقام هو استصحاب للجوامع بين فردى الملك، و قد افترضنا عدم الإيمان باستصحاب الكلّي. نعم لو أنكرنا و لو عرفنا تعدد الملك بتعدد سببه أو موضوعه انتفى الإشكال في المقام.

و لا يقال: إنه حتى لو أنكرنا تعدد الملك في المقام لم نتخلص من إشكال

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠١

شبيه بإشكال حكومة استصحاب عدم الفرد الطويل في استصحاب الكلّي، و ذلك لأنه يجرى في المقام استصحاب عدم الصلح و هو يحكم على استصحاب بقاء الملك.

فإنه يقال: إننا لو انتقلنا إلى الأصل الموضوعي في المقام فلا ترجيح لاستصحاب عدم الصلح على استصحاب عدم الهبة، فإن العقلية التي تغفل اشتراط الترتب الشرعي في الحكومة و تقول بأن الشك في بقاء الجامع مسبب عن الشك في حدوث الفرد الطويل نسبتها إلى استصحاب عدم الصلح و إلى استصحاب عدم الهبة في المقام واحدة، فإن شكنا في بقاء الملك و عدمه نشأ من شكنا في الصلح و الهبة.

و الصحيح أنه لو انتقلنا في المقام إلى الأصل الموضوعي فالأصل الجاري في المقام إنما هو استصحاب عدم كون العقد الواقع هبة لأن العمومات دلت على لزوم كل عقد و المخصّص أخرج منها الهبة و العام يتعنون بعد التخصيص بنقيض عنوان الخاص. فأصبح موضوع الملك اللازم مركبا من العقد و أن لا يكون هبة، و العقد ثابت بالوجدان و أن لا يكون هبة ثابت بالاستصحاب، و استصحاب عدم الصلح غير جار لأنه مثبت في المقام، لأن الأثر يترتب كما عرفت على العقد و على عدم الهبة لا على الصلح. و قد يقال: إننا لا نتقل في المقام إلى الأصل الموضوعي و ذلك لأننا لو أردنا أن نتقل إليه فإما أن نجري استصحاب عدم الهبة بنحو مفاد «ليس» الناقصة كما هو المستفاد من ظاهر عبارة المحاضرات «١» أو نجري استصحاب عدم كون

(١) المحاضرات ٢: ٦٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠٢

العقد الواقع هبة بنحو مفاد «ليس» الناقصة و على أساس استصحاب عدم الأزلي كما هو المستفاد من مصباح الفقاهة «١»، و كلاهما باطل:

أما الأول فلأن موضوع لزوم هذا العقد كما عرفت هو عدم كونه هبة بنحو مفاد «ليس» الناقصة و إثبات ذلك باستصحاب عدم الهبة تعويل على الأصل المثبت.

و أما الثاني فلأن كون هذا العقد هبة أو عدم كونه هبة أمر داخل في هوية العقد و حقيقته و ليس كقرشية المرأة التي هي من عوارض الوجود حتى يمكن نفي ذلك باستصحاب عدم الأزلي.

و تحقيق حال الاستصحاب في نفي ما يكون داخلا في هوية الموضوع موكول إلى علم الاصول و الظاهر أن الصحيح جريانه. هذا تمام الكلام في أدلة كون الأصل في العقود هو اللزوم إلّا ما خرج بالدليل.

أدلة اللزوم في خصوص البيع:

و أما ما قد يتمسك به لإثبات اللزوم بلحاظ عقد خاص من قبيل روايات:

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع» «٢» فبحثه خارج عن عهدته مقامنا لأننا عقدنا البحث في كلى العقود، إلّا أننا مع ذلك نتعرض لخصوص ما ورد في باب البيع و هو ما أشرنا إليه من روايات: «البيعان بالخيار» نظرا لكون البيع أهم العقود المالية. و قد عقد السيد الإمام الخميني رحمه الله في كتاب البيع بحثا مفصلا في

(١) مصباح الفقاهة ٢: ١٣٤.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٤٥-٣٤٧، الباب ١ و ٢ من أبواب الخيار.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠٣

المقام حول مدى صحة التمسك بهذه الروايات «١» و ذكر: أن مورد الاستدلال بهذه الروايات أحد بنود ثلاثة:

١- «البيعان بالخيار» باعتبار أن الخيار مختص بالعقد اللازم.

٢- «ما لم يفترقا» باعتبار أن الغاية تفيد نفى الحكم و هو الجواز عند حصول الغاية و هذا يعني أن البيع يصبح بعد الافتراق لازما.

٣- «فإذا افترقا وجب البيع» فهذا تصريح بمفهوم الغاية و بالضرورة.

أما البند الأول- و هو قوله: «البيعان بالخيار»- فقد أفاد السيد الإمام رحمه الله:

أن الاستدلال به يتوقف على أن الخيار لا يكون عقلا أو عقلايا في العقد المترزل فإثبات الخيار في البيع دليل عقلا أو عقلايا على لزومه الذاتي أما لو قلنا بإمكان اجتماع الخيار مع الجواز الذاتي كالجمع بين خيارين فلا مورد للاستدلال بهذا البند.

أقول: لو سلم عدم تصور الخيار في العقد الذي يكون جائزا ذاتا فغاية ما يدل عليه هذا البند هو عدم الجواز الذاتي لعقد البيع، و لكن مدعانا في المقام أكثر من ذلك فأننا نريد أن ندعى أصالة اللزوم و نقصد باللزوم نفى الجواز الذاتي و نفى الجواز الحقي أو الخيار في وقت واحد لا- خصوصا نفى الجواز الذاتي. نعم هذا النقاش لا- يرد على كلام السيد الإمام رحمه الله لأن مصب كلامه ليس- كمصّب كلامنا- عبارة عن إثبات أصالة اللزوم في العقد بشكل عام، و إنما مصب كلامه خصوصا المعاطاة، فهّمه هو إثبات كون المعاطاة كالعقد اللفظي في اللزوم، و التقريب الماضي يفى بهذا المقدار، فإن احتمال الفرق بين المعاطاة و العقد اللفظي إنما هو

(١) راجع كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله ١: ١٢٠-١٢٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠٤

في الجواز و اللزوم الذاتيين لا في الخيار، فهذا البند يدل على أنه متى ما كان العقد اللفظي لازما لعدم الخيار فيه كانت المعاطاة في ذاك المورد أيضا كذلك، لأن دخول خيار المجلس فيها بحكم إطلاق الحديث دليل على عدم جوازه الذاتي، فإذا لم تكن المعاطاة جائزة أي مترزلة ذاتا و المفروض عدم الخيار فقد أصبحت لازمة.

و على أية حال فمسألة إمكان اجتماع خيارين و عدمه أو اجتماع الخيار مع الجواز الذاتي و عدمه في رأينا لا يصح طرحها كبحث ثبوتي في إمكان الاجتماع و استحالته بقدر ما يصح طرحها كبحث إثباتي في أن دليل الخيار هل ينظر إلى الحق حيثما أو ينظر إلى ذات الحق؟ فعلى الأول لا- يكون دليل خيار الحيوان مثلا نافيا لثبوت الحق بحيثية أخرى أيضا، و هي حيثية المجلس و كذلك من يسقط الخيار هل يسقط حقه من حيثية معينة أو يسقط أصل الحق الذي لا يقبل التعدد؟ فعلى الأول لو اسقط خيار الحيوان لم يسقط خياره من حيث المجلس و بالعكس. و بما أن الظاهر من أدلّة الخيارات هو النظر إلى الخيار من حيث الجهة المثبتة للخيار فالصحيح: أن قوله: «البيعان بالخيار» لا يدل على اللزوم الذاتي للمعاطاة، إذ لا يدل على أكثر من أن البيع من حيثية المجلس يوجب الخيار و هذا يجتمع مع الجواز الذاتي.

هذا، و قال السيد الإمام رحمه الله: أننا حتى لو قلنا بعدم إمكان اجتماع الخيار مع الجواز الذاتي فقوله: «البيعان بالخيار» لا يدل على لزوم المعاطاة ذاتيا، و ذلك لأن معنى عدم إمكان اجتماع الخيار مع الجواز الذاتي هو خروج الجائز الذاتي من إطلاق قوله «البيعان بالخيار» بالتخصيص اللبي، فان فرضنا في المقام أن هذا المخصص كالمتمصل لم يمكن التمسك هنا بالعام، لأنه تمسك بالعام في الشبهة

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠٥

المصدقية للعام. و إن قلنا: إنه كالمفصل فمن يجوز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية للمخصيص اللبي يجوز على مبناه التمسك هنا بالعام لإثبات الخيار في المعاطاة و بالتالي إثبات لزومها الذاتي، و لكننا لا نجوز ذلك فالتالي لا يجوز التمسك بالعام في المقام لكونه تمسكا به في الشبهة المصدقية للمخصص إلا أن يقال: أن الشك في أصل التخصيص لعدم إحراز مصداق للعنوان العقلي. و يمكن أن يقال: إن تحقق فرد متيقن من العنوان الخارج و عدمه لا دخل له في الحساب.

أقول: نعم التخصيص لو كان فأنما هو بنحو القضية الحقيقية و ليس تخصيصا إفراديا بنحو القضية الخارجية حتى يقال: أنه مع عدم

إحراز فرد خارج بالتخصيص يكون أصل التخصيص مشكوكا و لو كان التخصيص بنحو القضية الخارجية، لجاز التمسك بالعام في الفرد المشكوك خروجه حتى مع فرض القطع بخروج فرد آخر، لأنّ خروج كل فرد إذا كان التخصيص إفراديا يكون تخصيصا مستقلا لا علاقة له بالآخر. و على أية حال فالمسألة عندنا ليست مسألة انفصال المخصص اللبّي و اتصاله، و إنّما هي مسألة كون القيد اللبّي إحرازه بيد المولى و عدمه، فمتى ما كان إحرازه بيد المولى جاز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية على ما نّقح عندنا في علم الاصول و ما نحن فيه من هذا القبيل؛ لأنّ الذي يشخص الجواز الذاتي و عدمه للعقد شرعا إنّما هو المولى. و على أية حال فقد عرفت عدم تمامية التمسك بالبند الأوّل في المقام لما قلناه من ظهور دليل الخيار في النظر إلى الجانب الحيثي فلا ينافي ثبوت الخيار من حيثية اخرى أو الجواز الذاتي.

و أمّا البند الثاني - و هو قوله «ما لم يفترقا» فقد أجاب السيّد الإمام رحمه الله على الاستدلال به بأنّ مفهوم الغاية نفى الخيار لا نفى الجواز الذاتي.

أقول: وجه الاستدلال بالبند الثاني هو حمل الخيار في الحديث على معناه

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠٦

اللغوي الشامل لمورد الجواز الذاتي و إن كنّا نحن نعلم أنّ مصداقه الذي ينتفى بالافتراق هو الخيار الحقّي. و الصحيح حمل الخيار في هذا الحديث على الخيار الحقّي لما مضى منّا في بحث الحق و الحكم من أنّه إذا نسب الخيار إلى البيع و هو في صالح البيع فهم منه الحق، و إذا نسب الجواز إلى العقد فهم منه الحكم، فالاستدلال بهذا البند أيضا غير صحيح. هذا لو آمنّا أساسا بمفهوم الغاية أمّا لو قلنا: إنّ الغاية لا تدل على أكثر من انتهاء شخص الحكم بحصول الغاية فلا مجال للاستدلال بهذا البند أصلا.

و أمّا البند الثالث - و هو قوله: (فإذا افترقا وجب البيع) فوجه الاستدلال به أنّ وجوب البيع عبارة عن لزومه و مقتضى إطلاق النصّ شموله لكل بيع من معطاء و غيرها فيكون هذا أصلا لفظيا للزوم يرجع إليه في موارد الشك. و قد ذكر السيد الإمام رحمه الله في مقام المناقشة للاستدلال بهذا البند: أنّه لا إشكال بمقتضى وحدة السياق في وحدة الموضوع في الصدر و الذيل و هو البيع إطلاقا و تقييدا ففرض كونه مطلقا في احدهما و مقيدا في الآخر خلاف الظاهر و عندئذ: فإن قلنا: أنّ الخيار لا يجتمع مع الجواز الذاتي فلا بدّ من تقييد الصدر بالبيع اللازم، و بالتالي لا بدّ من تقييد الذيل أيضا بالبيع اللازم حفاظا على وحدة السياق، و عندئذ جاء إشكال التمسك بالعام في الشبهة المصدقية الذي مضى ذكره في البند الأوّل، و بهذا يبطل التمسك بالذيل كما بطل التمسك بالصدر.

و إن قلنا: بعدم المنافاة بين الخيار و الجواز الذاتي وقع التعارض بين إطلاق الصدر و إطلاق الذيل، لان إطلاق الصدر يشمل البيع اللازم ذاتا و البيع الجائر ذاتا، بينما إطلاق الذيل يقتضى لزوم كل بيع حسب الفرض، فإذا وقع التعارض بين الإطالقين:

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠٧

فإيّا أن نرفع اليد عن إطلاق الذيل بتفسير الوجوب بالوجوب الحيثي فمعنى وجب البيع هو وجوبه من حيث زوال خيار المجلس لا الوجوب الفعلي، و بهذا يبطل الاستدلال بالحديث لعدم دلالة عندئذ على اللزوم و هو الوجوب الفعلي.

و إيّا أن نرفع اليد عن إطلاق الذيل لا بحمل الوجوب على الوجوب الحيثي بل نحمله على الوجوب الفعلي و لكن بإخراج البيع غير اللازم عن الإطلاق بالتخصيص، و هنا يعود إشكال التمسك بالعام في الشبهة المصدقية و به يبطل الاستدلال بالحديث على المدعى.

و إمّا أن نرفع اليد عن إطلاق الصدر و عندئذ يبطل إطلاق الذيل أيضا تبعا للصدر بوحدة السياق، و يصبح التمسك به أيضا تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية.

أقول: مع غضّ النظر عن جوابنا على مشكلة التمسك بالعام في الشبهة المصدقية الذي مضت الإشارة إليه. أنّه تارة نفترض التنافي بين الخيار و الجواز الذاتي. و نجيب على إشكال لزوم تقييد الصدر و بالتالي تقييد الذيل بجواب متوقف على أن لا نجد في الشريعة بيعا نحرز له الجواز الذاتي. و الجواب هو أنّنا حفاظا على إطلاق الذيل نفترض أنّ العنوان الذي كان المفروض أن يكون قييدا لبيتا في

الصدر و هو عدم الجواز الذاتى لم يؤخذ في مصبّ الجعل و ذلك لأنّ كل قيد دخيل في الملاك لو علم المولى بتحقيقه دائما جاز له أن لا يأخذه في مصب الجعل فعمل المولى علم بأنّ البيع دائما هو لازم ذاتا و لا يوجد لدينا بيع مترنزل بالذات، فاستغنى عن أخذ قيد اللزوم في متعلق الحكم، و لعلّ هذا هو المراد اللبى للمحقق النائينى المفصّل في التمسك بالعام في الشبهة المصدقية للمخصص اللبى فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠٨

بين أن يكون القيد قيّدا في الموضوع أو قيّدا في الملاك بجواز التمسك بالعام في الثانى دون الأوّل. و اخرى نفترض عدم التنافى بين الخيار و الجواز الذاتى و نجيب على إشكال التعارض بين إطلاقى الصدر و الذيل، بأنّ إطلاق الصدر إنّما يدل على أنّ البيع حتى لو كان جائزا ذاتا يدخله الخيار و لا يدل على وجود بيع جائز بالذات فعلا كى تنافيه دلالة الذيل على وجوب كل بيع، فدعوى التنافى بين الإطالقين غريب.

و الواقع أنّ تمامية الاستدلال بقوله: «وجب البيع» على لزوم كل بيع و عدمها تنفرّج على ان نستظهر من الوجوب الوجوب الفعلى أو الوجوب الحيثى أى من حيثية انتهاء خيار المجلس. فعلى الثانى لا- يتم الاستدلال و على الأوّل يتم الاستدلال، و اعتقد أنّه لا مبرر لحمله على الوجوب الحيثى، و الظاهر الأوّل لكل عنوان هو و جودة الفعلى، فالصحيح تمامية الاستدلال بالبند الثالث على المقصود. ثم استأنف السيد الإمام رحمه الله مرة اخرى ذكر مناقشات تعود إلى الاستدلال بالبند الثانى أو إلى الاستدلال بالبند الثالث، و لا علاقة لها بالبند الأوّل، و حاصل ما ذكره رحمه الله في المقام امور:

١- أنّ التمسك بمفهوم الغاية المذكورة في البند الثانى- بقطع النظر عمّا سبق من الإشكال- يتوقّف على كون المقصود بالخيار في قوله: البيعان بالخيار ماهية الخيار المطلقة كى تكون الغاية غاية لماهية الخيار و نحن نعلم أنّ المقصود به في المقام إنّما هو خيار المجلس، و أنّ الافتراق إنّما هو غاية لخصوص خيار المجلس فحسب، و حمل الحديث على فرض الافتراق غاية لماهية الخيار مع خروج جميع الخيارات على كثرتها ما عدا خيار المجلس يستلزم تخصيص الأكثر المستهجن.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٠٩

أقول: إنّ هذا الكلام غريب، فإنّ الموضوع في الحديث هو البيعان، و الخيار الغالب وجوده في البيع إنّما هو خيار المجلس، أمّا فرض ثبوت شيء من باقى الخيارات لو قسناه إلى فرض عدم ثبوتها فهى حالة نادرة، فاستثناؤها من فرض لزوم البيع ليس تخصيصا مستهجنا، و المفروض في معرفة لزوم تخصيص الأكثر المستهجن و عدمه في المقام هو أنّ نقيس موارد الخيارات بموارد عدمها لا أنّ نقيس سائر الخيارات بخيار المجلس لنقول: قد خرج من الإطلاق أكثر الخيارات فلزم تخصيص الأكثر المستهجن!؟

٢- قال السيد الإمام رحمه الله: و مما ذكرنا ظهر الجواب على الاستدلال بذيل صحيحة فضيل: عن أبى عبد الله عليه السلام قال، قلت: ما الشرط في الحيوان؟ فقال لى: ثلاثة أيام للمشتري، قلت و ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «١». فالبند الثالث في هذا الحديث إنّما جاء بتعبير: «لا خيار بعد الرضا منهما» و المفروض هو أنّ نحمل الخيار في هذا الذيل على نفس المعنى المقصود به في الصدر، و قد عرفت أنّ المقصود به في الصدر هو خصوص خيار المجلس، فلو سلّمنا أنّ نفى مطلق الخيار يدل على اللزوم المدعى في المقام، فهذا التعبير ليس نفيا لمطلق الخيار، و إنّما هو نفى لخيار المجلس بعد الافتراق، على أنّنا لو حملنا قوله: (لا خيار بعد الرضا منهما) على نفى ماهية الخيار لزم تخصيص الأكثر المستهجن، لعلمنا بأنّ جميع الخيارات ما عدا خيار المجلس على كثرتها لا تنتفى بالافتراق.

أقول: قد اتضح التعليق على هذا الكلام مما مضى.

(١) الوسائل ١٢: ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥ فيه صدر الحديث و ذيله في الصفحة ٣٤٦، الباب ١ من تلك الأبواب، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١٠

٣- وقال السيد الإمام رحمه الله (في تعليقه على الاستدلال بصحیحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: أيما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع «١»): إن باقي الروايات جميعا كان مفادها انتهاء خصوص خيار المجلس بالافتراق، وهو قرينة على أن المقصود بقوله في هذه الرواية: (وجب البيع) أيضا هو ذلك. فالجواب هنا محمول على الوجوب الحيثي أي من حيثية زوال خيار المجلس لا الوجوب الفعلي.

أقول: إن هذا الكلام أيضا غريب، فإنه لو حمل الوجوب في هذه الرواية على الوجوب الفعلي، كان معنى ذلك دلالة هذه الرواية على مطلب إضافي لم يكن موجودا في باقي الروايات، وهو لزوم البيع بالفعل بعد انتهاء المجلس، ولم يكن معنى ذلك دلالة هذه الرواية على معنى يعارض باقي الروايات ولا أدري لما ذا يكون خلواً باقي الروايات على مطلب إضافي موجود في رواية واحدة قرينة على حمل تلك الرواية على عدم إرادة ذلك المطلب؟! نعم لو كانت هذه الرواية الواحدة معارضة للروايات الأخرى الكثيرة فقد يدعى: أن العبارة الواردة في الروايات الكثيرة وانحصار العبارة المعارضة في رواية واحدة مثلا مع قبولها للحمل على ما يوافق العبارة الأولى يورثان لنا بحساب الاحتمالات الاطمئنان بأن تلك العبارة المنحصرة لو كانت صادرة حقا من الإمام عليه السلام لم يقصد بها ذلك المعنى المعارض. وإنما كان المترقب كثرة ورود هذه العبارة في الروايات وقله ورود تلك العبارة دون العكس. أما مع فرض عدم المعارضة فلا نكتة لرفع اليد عن معنى يستفاد من رواية واحدة لمجرد خلواً باقي الروايات عن ذلك المعنى.

(١) الوسائل ١٢: ٣٤٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤، و الصفحة ٣٤٨، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١١

٤- إن هناك روايات نقلت فعل أبي جعفر عليه السلام في الافتراق بهدف لزوم البيع كصحیحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: أنه قال: إن أبي اشترى أرضا يقال لها العريض، فلما استوجبها قام فمضى فقلت له: يا أبة عجلت القيام؟ فقال: يا بني أردت أن يجب البيع «١».

وقد علق السيد الإمام رحمه الله على التمسك بذلك بأنها مضافا إلى ظهورها بسبب كلمة (استوجبها) في البيع بالصيغة و إلى بعد شراء الأراضي و القرى في المعاطاة و تعارف البيع بالصيغة فيها لا تشمل إلّا على قضية شخصية لا يعلم الحال فيها فلا إطلاق لها يشمل المعاطاة.

أقول: المهم هو الإشكال الأخير وهو كونها قضية شخصية لا إطلاق فيها، أما لو كان فيها إطلاق لما كانت خصوصية المورد موجبة لتخصيص الموارد، على أن ظهور كلمة (استوجبها) في البيع بالصيغة غير مقبول، وغلبة شراء العقار بالصيغة لا توجب القطع مع أن هاتين الملاحظتين لا تردان في صحیحة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: بايعت رجلا فلما بايعته قمت فمشيت خطى ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا «٢». فالمهم هو الإشكال بأنها قضية في واقعة ليس فيها إطلاق بملاك مقدمات الحكمه ولا بملاك ترك الاستفصال.

خروج بعض العقود عن إطلاقات اللزوم:

إشارة

وفي ختام البحث عن أصالة اللزوم في العقود نذكر أمرين:

(١) الوسائل ١٢: ٣٤٧، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٤٨، الباب ٢ من الخيار، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١٢

دعوى خروج المعاطة عن تحت الإطلاقات:

الأمر الأول- أنه قد يدعى في المعاطة أنها خرجت عما مضى من إطلاقات نفوذ العقود أو عما مضى من إطلاقات اللزوم وذلك بواسطة الإجماع من قبل علماء الشيعة.

و الواقع: أن دعوى الإجماع على عدم اللزوم ضعيفة جداً، فإن ما هو المنقول عن القدماء أنما هو عدم إفادة المعاطة للملك، لا عدم اللزوم بعد تسليم إفادتها للملك، و إنما يأتي توهم الإجماع على عدم اللزوم مما فعله المحقق الثاني رحمه الله من حمل ما ورد في كلمات القدماء من إفادة المعاطة للإباحة على إفادتها للملك المترزلاً لاستغرابه فرض افتاء أحد حصول الإباحة بالمعاطة مع أن مقصود المتعاطيين هو الملك، إذ المعاطة لو كانت صحيحة لكان المترقب أن تفيده ما قصدها من الملك، و لو كانت باطلة لكان المترقب عدم ترتب أي أثر عليها حتى الإباحة، و أيضاً لاستغرابه لدعوى حصول الملك بمثل التلف بعد فرض عدم مملكية المعاطة «١».

و في مقابل هذا التوجيه من قبل المحقق الثاني لكلمات القدماء بحمل الإباحة فيها على عدم اللزوم حمل صاحب الجواهر رحمه الله فرض حصول الإباحة الواردة في كلماتهم على ما إذا كان المقصود للمتعاطيين هو الإباحة فكأنهم أرادوا أن يقولوا إن المعاطة لا تكفي لإنشاء الملك و حصوله بها. و إنما تكفي لإنشاء الإباحة و حصولها بها «٢».

و على أية حال فكلمات القدماء آبية عن الحمل على إرادة عدم اللزوم،

(١) راجع المكاسب ١: ٨٢، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدي.

(٢) راجع الجواهر ٢٢: ٢٢٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١٣

و بإمكانك أن تراجع كلماتهم الواردة في المكاسب للشيخ الأنصاري رحمه الله «١» و في مفتاح الكرامة «٢».

و قد تقول: إن المتيقن من مجموع كلمات القدماء القائلين بعدم الملك و كلمات من قال بعدم اللزوم هو عدم اللزوم، فإن المعاطة إن كانت غير مملّكة فاللزوم منتف بانتهاء الموضوع، و إن كانت مملّكة فقد قالوا بأنها تفيده الملك المترزلاً، و هذا سنخ الإجماع المركب. إلا أن هذا الكلام لا قيمة له، فإن الإجماع المركب على ما نفتح لدينا في علم الاصول إنما يفيد الحدس بنفي الثالث إذا رجع بروحه إلى الإجماع البسيط، بأن نعلم: أن أصحاب الرأي الأول على تقدير تنازلهم عن رأيهم يكونون ملتزمين بالرأي الثاني و ليس الأمر في المقام كذلك، إذ لم يعلم من القدماء المنكرين لحصول الملك أنهم على تقدير القول بحصول الملك يفتون بالتزلزل و عدم اللزوم.

فالأولى إذن عطف عنان الكلام إلى دعوى الإجماع أو الشهرة على عدم إفادة المعاطة للملك، و هذا و إن كان محتمل المدركية باستنادهم مثلاً إلى أصالة عدم الملك و لكن الإجماع الذي نؤمن به إنما هو الإجماع الحدسي و الحدس قد يتم رغم وجود المدرك، و ذلك:

إمّا بدعوى أنّه لو لا أنّ الحكم كان من المسلّمات يدا بيد لما أجمعوا عليه متمسكين بالمدرک الفلانی، فهم في طول مسلمية الحكم تخيلوا صحة المدرک و ذلك لاستبعاد تورّطهم جميعا في تخيّل صحة المدرک، لو لا- أنّ مسلمية الحكم هي التي أوحت إلى أذهانهم المباركة بذلك.

(١) الجزء ١، بحث المعاطاة، الصفحة ٨١ فصاعدا.

(٢) الجزء ٤، بحث المعاطاة، الصفحة ١٥٤ فصاعدا.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١٤

أو بدعوى أنّه إن كان مدرکهم للحکم هو الأمر الفلانی فهذا بنفسه دليل على صحة المدرک و إنّ ما يترأى لنا من ضعف في الدلالة أو السند مثلا لم يكن مطابقا للواقع و ذلك لاستبعاد خطائهم جميعا في الاستناد إلى ما نفترضه من المدرک الباطل. قد تقول: إنّ الأقوال الواصلة لنا من القدماء إن هي إلّا أقوال قليلة فكيف نستطيع أن نستفيد منها حصول الإجماع أو الشهرة وقتئذ؟! و لكن قد يقال في قبال ذلك: إنّ المسألة لو كانت خلافية وقتئذ فافتراض ان اولئك الذين وصلت أقوالهم إلينا كلّهم كانوا صدفة من طرف واحد بعيد بحساب الاحتمالات، و بهذا نحسد قيام الإجماع أو الشهرة على الرأي الذي لم يصلنا غيره. و على أيّة حال فقد قال الشيخ الأنصاري رحمه الله في المكاسب (١): المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة بل لم نجد قائلا به إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب. و قال العلامة في التذكرة: الأشهر عندنا أنّه لا بد منها (يعني الصيغة) فلا يكفي التعاطي في الجليل و الحقير مثل اعطني بهذا الدينار ثوبا، فيعطيه ما يرضيه أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فأخذه، و به قال الشافعي مطلقا لأصالة بقاء الملك و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. و عن بعض الحنفية و ابن شريح في الجليل، و قال أحمد ينعقد مطلقا، و نحوه قال مالك، فأنّه قال ينعقد بما يعتقده الناس بيعا (٢).

(١) المكاسب ١: ٨٣، حسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدي.

(٢) راجع المكاسب ١: ٨٢، حسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدي.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١٥

و قال في التحرير: الأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزمّت «١» و هذا و إن كان ظاهره الأولى هو حصول الملك المترلز و لكنه قصد بذلك الإباحة بدليل قوله بعد ذلك: و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد «٢» إذ لا يبقى موضوع لهذا الكلام لو قلنا بإفادتها للملك.

و قال الشيخ في الخلاف: إذا دفع قطعة إلى البقلى أو الشارب فقال: اعطني بها بطلا أو ماء فأعطاه فإنّه لا يكون بيعا، و كذلك سائر المحقرات، و إنّما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من دون أن يكون له ملكه، و فائدة ذلك أن البقلى إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعه كان لهما ذلك لان الملك لم يحصل لهما، و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة يكون بيعا صحيحا و إن لم يوجد الإيجاب و القبول و قال ذلك في المحقرات دون غيرها، دليلنا أن العقد حكم شرعي و لا دلالة له في الشرع على وجوده هنا، فيجب ان لا تثبت، و أما الإباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها «٣».

هذا و قد يستشهد ببعض الشواهد على كون المسألة لدى القدماء خلافية و لم يكن وقتئذ إجماع على عدم إفادة المعاطاة للملك من قبيل:

١- الكلام المنقول عن المقنعة للمفيد رحمه الله قال: البيع ينعقد عن تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا

بالبیع و تقابضا و افتراقا

(١) راجع المكاسب ١: ٨٣، حسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدى.

(٢) راجع المكاسب ١: ٨٣، حسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدى.

(٣) راجع المكاسب ١: ٨١ حسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدى.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١٦

بالأبدان «١». حيث يبدو للذهن فى أوّل وهلة من هذا الكلام أنّ المفيد رحمه الله أفتى بإفادته المعاطاة للملك اللازم إذ لم يذكر شرط الصيغة فى هذا الكلام نهائيا مع أنّه بصدد ذكر شروط انعقاد البيع.

ولكن من المحتمل أنّ المفيد رحمه الله كان يرى أنّ الصيغة هى قوام العقد وأصله، و كان بصدد بيان الشرائط التى يجب أن تقترن بهذا العقد حتى يصحّ العقد ويلزم، ولذا ذكر الرضا و القبض و الافتراق و لم يذكر أصل الصيغة.

٢- ما مضى من كلام الشيخ رحمه الله فى الخلاف حيث لم يستند فى إثبات مدّعه من إفادته المعاطاة للإباحة دون الملك بالإجماع، رغم تعوّده فى الخلاف على الاستدلال بإجماع الفرقة و إنّما استند فى ذلك إلى دعوى الإجماع على الإباحة و عدم دلالة فى الشرع على أزيد منها و هو الملك، و تراه قد استدل على قضية ثانوية فى كلامه، و هى إفادته المعاطاة للإباحة بالإجماع و لم يستدل على القضية الأصلية و هى عدم إفادتها للملك بالإجماع، فهذا دليل على أنّه لم يكن يعتقد بثبوت الإجماع على عدم الملك.

و يمكن أن يناقش فى ذلك باحتمال أنّ الشيخ رحمه الله كان بصدد ذكر دليل مقنع للعامة حيث ذكر رأى أبى حنيفة و أصبح بصدد ردّه. و من الواضح أنّ إجماع الفرقة لا يقنع العامة فاستدل بأصالة عدم الملك بعد فرض الإباحة مجمعا عليها بين المسلمين.

ولكن الإنصاف أنّ كلامه رحمه الله لا يخلو من إشعار بعدم ثبوت الإجماع، إذ لو كان يرى الإجماع ثابتا لكان يتمسك به للشيعة و باصالة عدم الملك لتمام

(١) راجع مفتاح الكرامة ٤: ١٦٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١٧

المسلمين، فإنّك ترى أنّ دأبه فى الخلاف هو التمسك بإجماع الفرقة و أخبارهم بعد ذكره لآراء العامة فى كثير من المسائل.

٣- ما مضى عن العلامة فى التذكرة من قوله: (الأشهر عندنا أنّه لا بدّ منها) أى من الصيغة، فهذا يدل على وجود رأى مشهور فى قبال الأشهر، و هو القول بعدم اشتراط الصيغة و كفاية المعاطاة فى حصول الملك.

ولكنّ العلامة من المتأخرين و يحتمل أن يكون المشهور الذى ينظر إليه من المتأخرين، فهذا لا- ينافى دعوى الإجماع على عدم الملك لدى المتقدمين.

إلّا أنّه رغم كل ما ذكرناه لا يتم الاستدلال بالإجماع فى المقام على عدم إفادته المعاطاة للملك، فإنّ الذى يكسر الحدس بكون حكم الشرع هو عدم إفادتها للملك مجموع امور:

١- ما مضى من كلام الشيخ فى الخلاف الذى لا يخلو من إشعار بعدم الإجماع على ذلك.

٢- سيرة المتشرعة أو سيرة العقلاء على أقلّ تقدير، فإنّها تبطل فرض وضوح الحكم بعدم الملك خلفا عن سلف، إذ لو كان الأمر كذلك لانكسرت سيرة المتشرعة و لم تنكسر، أو لكان لا بدّ من تكثّر النصوص ضدّ السيرة العقلائية و عدم الاكتفاء بوضوح متوارث و لم يرد نصّ من هذا القبيل.

٣- من المحتمل أن مقتضى طبيعة سير الفقه و نموّه بمرور الزمن هو التدرج فى شرائط العقود من التضييق إلى التوسعة باتساع الامور و

تعقدها، فسهولة الحياة و بساطتها كأن توحى إلى الاتجاه نحو الاحتياط و التضييق و الاقتصار على المتيقن. و لكن تعقد الأمور بالتدرج زائدا نفس مرور الزمن الموجب لنمو العلم أديا إلى انقلاب الرأي في الفقه من التضييق إلى التوسعة، و يشهد لذلك تقدم فقه

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١٨

السنة على فقه الشيعة في الاعتراف بمملكية المعاطاة باعتبار اختلاف فقه السنة عن فقه الشيعة في الأمر الثاني، و هو مرور الزمن، لأنّ البحث الفقهي لدى السنة أقدم تاريخيا منه لدى الشيعة على أثر انقطاع عصر النصوص لدى السنة قبل انقطاعه لدى الشيعة. و هذا الذي ذكرناه يصلح نكته مشتركة لتوزط الجميع في الخطأ و بهذا ينكسر الحدس بثبوت الحكم الشرعي من وراء هذا الإجماع.

عدم شمول الإطلاقات لموردين:

الأمر الثاني- أن إطلاقات اللزوم لا تشمل موردين:

أولاً- موارد ثبوت الخيار عقليا كخيار العيب أو الغبن أو التدليس و نحوها لانصرافها عن عقد لا يقبل العقلاء لزومه كما أن من الواضح عدم إمكان إثبات اللزوم في مثل ذلك بالسيرة. أمّا استصحاب الملكية فيجربى في المقام و يثبت اللزوم بقطع النظر عن دلالة السيرة أو مثل قاعدة لا ضرر أو أى دليل خاص على عدم اللزوم.

ثانيا- موارد العقود المسماة في مصطلح المحقق النائيني رحمه الله بالعقود الاذنية، و هي التي يكون قوامها بذات الاذن كالعارية و الوديعة و الوكالة و هي في الحقيقة ليست شروطا و لا- عقودا بمعنى الالتزام في مقابل الالتزام، أو القرار المرتبط بالقرار فلا معنى لشمول مثل أوفوا بالعقود لها. كما أنه لا سيرة تدل فيها على اللزوم و لا الاستصحاب يجربى في المقام لأنّ قوامها بالإذن و بانتفائه يتبدل الموضوع في فهم العرف.

أمّا الهبة فإن فسّرنا العقد بالالتزام في مقابل الالتزام فهي ليست عقدا، لعدم وجود التزام من قبل المتهب في غير الهبة المعوضة و المشروطة فلا تشملها

فقه العقود، ج ١، ص: ٣١٩

الإطلاقات فينحصر دليل اللزوم في السيرة و الاستصحاب لو لا دليل خاص يرفع اللزوم.

و إن فسّرنا العقد بقرار مرتبط بقرار، فعندئذ لو قلنا:

إنّ الهبة تملك مجانى فهي عقد و تشملها الإطلاقات، و لو قلنا إنّها مجرد رفع المانع عن تملك المتهب للعين بالحيازة. إذن ليست عقدا و إنّما هي من سنخ الاعراض بناء على تفسير الاعراض برفع المانع عن تملك الآخرين للمال بالحيازة. و لكنّ الهبة اعراض مضيق و في مقابل المتهب فحسب، بخلاف الاعراض الكامل.

و على أية حال فدليل اللزوم في الهبة ينحصر عندئذ بالسيرة و الاستصحاب ما لم نفرض دليلا خاصا على عدم اللزوم رادعا عن السيرة و حاكما على الاستصحاب.

و أمّا القرض لمدة معينة فان قلنا أنه إذن في التملك مع الضمان فليس عقدا و لكن تكفى السيرة و الاستصحاب لإثبات لزومه. و إن قلنا بأنه تملك بضمان فهو عقد سواء فسّر العقد بالالتزام في مقابل الالتزام أو بقرار مرتبط بقرار و تشمله الإطلاقات.

و قد عدّ الاستاذ الزرقاء من العقود الجائزة التحكيم إلى غير القاضى «١» فيجوز التراجع عنه قبل الحكم. و طبعى أنّنا إن عددنا ذلك من العقود فهو عقد اذنى. و عدّ أيضا منها الوصية ٢. و قد قصد بالعقد هنا ما يعم موارد الانشاء في مصطلحنا أو موارد الإرادة المنفردة في مصطلح الفقه الغربى.

(١) (١) و (٢) راجع الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ١: ٤٨٧، الفقرة ٢٠٠ بحسب الطبعة الثامنة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٢٠

و على أية حال فلو عدت الوصية من العقود فمن الواضح كونها من العقود الاذنية.

هذا تمام ما أردنا أن نبينه في مدى تواجد الإطلاقات في أدلة العقود، و يليه البحث عن أركان العقد و شروطه إن شاء الله.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٢١

فقه العقود

الفصل الثاني أركان العقود و شرائطها

إشارة

١- مع الفقه الوضعي في أركان العقد.

٢- الإرادة.

٣- الإبراز.

٤- المتعاقدان.

٥- محل العقد.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٢٣

مقدمة:

لئن سمينا مراكز شروط العقود بأركان العقود لصح القول- وفق ما تعارف لدى الأصحاب من ترتيب ذكر الشروط- بأن أركان العقد ثلاثة:

١- صيغة العقد.

٢- المتعاقدان.

٣- العوضان.

حيث نرى أن الأصحاب يبحثون تارة عن شروط صيغة العقد، و اخرى عن شروط المتعاقدين، و ثالثة عن شروط العوضين.

و لئن سمينا ما بها قوام العقود بأركان العقود أمكن القول أيضا بأن أركان العقد ثلاثة: صيغة العقد، و المتعاقدان، و العوضان.

و أنا أقترح افتراض أركان العقد أربعة:

١- إرادة المضمون.

٢- إبرازها سواء كان باللفظ أو بأي مبرز آخر.

٣- المتعاقدان.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٢٤

٤- المحل.

و الأصحاب إنما ذكروا شروط (العوضين) لأن مصب كلامهم كان هو البيع المشتمل على العوضين. أما التعبير بالمحل فيشمل كل

عقد و لو لم يكن مشتملا على العوضين كالهبة.

و بهذا التقسيم لأركان العقد نأتى على ذكر الشروط بطريقة تختلف عن عرض الأصحاب لها فمثلا: شرط الصراحة راجع إلى الركن الثانى. و شرط التنجيز راجع إلى الركن الأول، بينما نرى فى عرض الأصحاب أن شرط الصراحة و الماضوية و تقديم الإيجاب على القبول و نحوها مع مثل شرط التنجيز تجعل جميعا- فى صف واحد- شروطا للركن الأول و هو صيغة العقد. و شرط الرضا و الاختيار نبحثه فى شروط الركن الأول و هو الإرادة فهو أنسب بها، بينما ذكرها الأصحاب فى شروط المتعاقدين.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٢٥

أركان العقود و شرائطها

١- مع الفقه الوضعي فى أركان العقد

إشارة

ركن الإرادة فى الفقه الغربى

ركن السبب فى الفقه الغربى

نظريّة السبب فى ضوء الفقه الإسلامى

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٢٦

و قد ورد فى الفقه الغربى: أن أركان العقد ثلاثة:

١- الإرادة أو التراضى أو قل توافق الإرادتين.

٢- المحل.

٣- السبب (١).

و قبل أن نبدأ ببحث الشروط نتكلم عن تصور الفقه الغربى عمّا أبرزوه من ركنى الإرادة و السبب.

ركن الإرادة فى الفقه الغربى

أمّا الإرادة فقد ذكروا لها تفسيرين: إرادة ظاهرة و إرادة باطنة (٢) و قصدوا بالإرادة الباطنة: الإرادة بمعناها الحقيقى القائمة فى النفس، و بالإرادة الظاهرة:

(١) راجع الوسيط ١: ١٨٢، الفقرة ٦٨.

(٢) راجع الوسيط الجزء ١: ٩٥-٩٩، بحث الاتجاهات العامّة للتقنين الجديد (فى مصر) البند (ج)، و راجع أيضا ١: ١٩١-١٩٤، الفقرة ٧٧-٨٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٢٨

التعبير عن الإرادة و اختلفوا فى أن ما هو ركن فى العقد هل هى الإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة؟ فمذهب الإرادة الباطنة و هو المذهب اللاتينى يقف عند الإرادة النفسية أمّا التعبير المادى عن هذه الإرادة فليس إلّا قرينه عليها تقبل إثبات العكس و مذهب الإرادة الظاهرة و هو المذهب الجرماني يقف عند التعبير عن الإرادة و يعتبره هو الإرادة ذاتها:

فمذهب الإرادة الباطنة يرى أن المقياس فى العقد ينبغى أن تكون هى الإرادة الكامنة فى النفس، لأنها الإرادة الحرة المختارة فى

معدنها الحقيقي غير متأثرة بغش ولا ياكراه ولا بغلط. ومذهب الإرادة الظاهرة يرى أن جعل المقياس هي الإرادة النفسية ليس على ما ينبغي فقد بحث في النصف الثاني من القرن التاسع عشر فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة المتعارفة لدى الفقهاء الفرنسيين وخلصوا إلى أن هذه الإرادة لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، لأنها شيء كامن في النفس والقانون ظاهرة اجتماعية يدرس الظواهر الاجتماعية وليس ظاهرة نفسية ودارسا لقضايا النفس ولأن جعل الإرادة الظاهرة هي المقياس يؤدي إلى استقرار التعامل وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من التعبير المادي عن الإرادة، وهذا بخلاف جعل المقياس هي الإرادة الباطنة.

والإرادتان لو اتفقتا فلا أثر لهذا الخلاف، وإنما يظهر الأثر عند ما تختلفان كما إذا أمضى شخص عقدا مطبوعا يتضمن شرطا كان لا يقبله لو فطن له وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته وكمن يوصى على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال. ومذهب الإرادة الباطنة يرى التعبير دليلا على الإرادة الباطنة، وبالتالي يأذن بمفاد التعبير كما هو الحال عند

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٢٩

مذهب الإرادة الظاهرة، فالأثر العملي بين المذهبين إنما يظهر في إمكان إثبات العكس وعدمه. فالتعبير لو لم يعتبر إلّا دليلا وقرينة لإثبات الإرادة فقد يثبت العكس بدليل أقوى، أما لو اعتبر هو الإرادة فلا معنى لإثبات العكس.

وذكر السنهوري «١»: أن التقنين الجديد المصري أخذ بشكل عام بالإرادة الباطنة ولكنه أخذ في بعض الفروض بالإرادة الظاهرة حتى يكمل الاستقرار في التعامل فمثلا:

١- نصّ التقنين الجديد في المادة (٩١) على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. وفي نفس الوقت قالوا: إن من وجه إليه إيجاب قبله ثم عدل ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل العدول يرتبط بالعقد بينما لا يعقل أن يكون هذا الارتباط إلّا على أساس الإرادة الظاهرة لأن الإرادة الحقيقية قد انتهت بالعدول.

٢- نصّت المادة (٩٢) من القانون الجديد المصري على أنه: «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه» ولا يستقيم هذا الحكم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة في النفس التي تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته بل على أساس الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه وتبقى حتى بعد موته أو بعد فقده لأهليته.

أقول: إن تفسيرها في القانون المصري في هذين الفرعين لا ينحصر بالأخذ بالإرادة الظاهرة، فقد يقول القانون المصري: إن العبرة بالإرادة الباطنة

(١) راجع الوسيط ١: ٩٦ و ٩٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣٠

التي كانت موجودة قبل الموت أو فقدان الأهلية أو العدول وأن التوسع المتبع ليس في الإرادة بالجنوح إلى الإرادة الظاهرة وإنما هو في شرط الوصول فحينما شرطنا في تأثير التعبير وصوله إلى من وجه إليه نكتفي بوصوله قبل وصول العدول أو نكتفي بوصوله حتى بعد الموت أو فقدان الأهلية.

٣- ويقرر التقنين الجديد المصري إن الغلط المختص بأحد المتعاقدين أو التدليس الصادر من شخص ثالث أو الإكراه الصادر من شخص ثالث لا يكون سببا في إبطال العقد من قبل الغالط أو المكره أو المدلس عليه إلّا إذا كان المتعاقد الآخر على علم بالغلط أو الإكراه أو التدليس، أو كان من السهل أن يتبينه ومن المفروض أن يعلم به، ففي غير فرض العلم أو سهوله التبين لا مجال للإبطال وهذا لا يكون على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول فإنها قد شابها الغلط أو التدليس أو الإكراه، وإنما هو على أساس إرادته

الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر و اعتمد عليها في ترتيب شئونه. و قال الدكتور السنهوري: أمّا الشريعة الإسلامية فمع أنّ القاعدة فيها أنّ العبرة بالمعاني أي بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إلّا أنّ الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان فلا يتعدونها إلى المعاني الكامنة في السريرة، و لعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات و الألفاظ و وقوفهم طويلا عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعاني و ما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام فليس هذا منهم في رأينا استمساكا باللفظ بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة... «١».

(١) في الوسيط ١: ١٩٣، في تعليقه على الفقرة ٧٩ تحت الخط.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣١

أقول: إنّ تبرير مذهب الإرادة الظاهرة بأنّ القانون ظاهرة اجتماعية و لا تدرس الامور النفسية و الإرادة الباطنة ليست عدا أمر مكنون في النفس تبرير غير مقبول. فان المجتمع بإمكانه أن يرتب حكما اجتماعيا على أمر نفسي. نعم عندئذ لا تعرف فعليه ذاك الحكم إلّا بمعرفة تحقق ذاك الأمر النفسي عن طريق أماره تدل عليه، و المفروض لدى القائلين بمذهب الإرادة الباطنة أنّ التعبير أماره تدل عليها.

و كذلك لا يصحّ تبرير مذهب الإرادة الظاهرة بتوخي استقرار التعامل فان قسما كبيرا من استقرار التعامل محرز لدى مذهب الإرادة الباطنة باتباع ظواهر التعبيرات بعنوانها أماره على الإرادة الباطنة و لا يضحى هذا المذهب إلّا بجزء ضئيل من الاستقرار توخيا للمصلحة بمراعاة حال من عجز عن إيصال مراده بالشكل الذي أراد.

و أمّا تبرير مذهب الإرادة الباطنة بأنّها غير متأثرة بغشّ و لا ياكراه و لا بغلط، فلا يخلو أيضا عن ضعف و لعلّ الضعف في التعبير لا في المقصود، و الاولى أن يعبر بتعبير أنّ الإرادة الباطنة تبلى بغشّ أو غلط أو إكراه أو تعدم بالإكراه فيكون البطلان أو إمكانية الإبطال عندئذ موجبا لتدارك الغشّ و الغلط و الإكراه.

بينما نرى أنّ مذهب الإرادة الظاهرة يؤدّي إلى عدم تدارك هذه الامور، و لا يخفى أنّ مذهب الإرادة الباطنة لا يبقى المظهر الخارجي الخاطيء دون جزاء بل يترتب عليه الحق في التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لمن اطمأن لهذا المظهر حماية للثقة المشروعة على حدّ تعبير الدكتور السنهوري «١».

(١) في الوسيط ١: ١٩٤، في تعليقه على الفقرة ٧٩ تحت الخط.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣٢

و أمّا قوله: «بأنّ فقهاء الشريعة الإسلامية يقفون في كثير من الفروض عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي يستعملها المتعاقدان و هذا يعني تغليب الإرادة الظاهرة في تلك الفروض و هذا هو تفسير تدقيقهم لبعض العبارات و الألفاظ و وقوفهم طويلا عند شرحها» فهو غير صحيح فان تدقيقهم في فهم معاني تلك العبارات و وقوفهم عند المعاني الظاهرة أنّما هو ناتج من إيمانهم بأمارية التعبير على الإرادة الباطنة و هذا ما يؤمن به مذهب الإرادة الباطنة فليس هذا دليلا على اقتراب من مذهب الإرادة الظاهرة.

و الواقع أنّ مصطلح الإرادة الظاهرة و فكرتها مرتبطان بمدرسة الفقه الغربي تماما و لا علاقة لهما بالفقه الإسلامي إطلاقا و لا يقصد بالإرادة في الفقه الإسلامي عدا معناها الحقيقي المتواجد في النفس و لا يعدّ التعبير إلّا أماره و قرينه على تلك الإرادة قابلة للمعارضة بدليل أقوى على الخلاف، و حينما قال فقهاء الإسلام: (العقود تتبع القصد) قصدوا بذلك المعنى الحقيقي للقصد و هي الإرادة النفسية.

ركن السبب في الفقه الغربي

إشارة

و أما السبب فقد اختلف الفقه الغربي حول ركنيته في العقد و حول معناه في تاريخ طويل و قد ورد ذلك مشروحا في الوسيط «١» و للسنيهورى. و نحن نلخص هنا ما قد يكون أهم النقاط الواردة في البحث مشيرين إلى أن مقصودهم بركنية السبب للعقد افتراض بعض الشروط بلحاظ السبب يؤثر اختلاله على مدى نفوذ العقد أو صحته:

(١) راجع الوسيط ١: ٤٥١-٥٣١، الفقرة ٢٤٢-٢٩٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣٣

تاريخ البحث حول السبب:

إشارة

ظهر البحث عن السبب- أى سبب الإرادة في العقد في الفقه الغربي- من حين ما اختلفت الشكلية و برزت الإرادية و الرضائية في العقود و بقدر ما كانت تختفى الشكلية و تبرز الإرادة كان يبدو مجال للبحث عن سبب الإرادة.

فحينما ظهرت في القانون الرومانى إلى جانب العقود الشكلية عقود اخرى غير شكلية أهمها العقود العينية و العقود الرضائية و العقود غير المسماة و عقود التبرع ظهر الاتجاه إلى بحث السبب:

أما العقود العينية- و كانت هى القرض و العارية و الوديعة و الرهن- فالإرادة لم تكن ظاهرة فيها كى تظهر فكرة البحث عن سبب الإرادة في عقد القرض أو العارية أو الوديعة أو الرهن، و إنما كان يرى أن المقترض أو المستعير أو الودعى أو المرتهن ملزم برد العين بسبب تسلمها و إلا كان مثيرا دون سبب.

و أما العقود الرضائية- و كانت هى البيع و الإيجار و الشركة و الوكالة- فالإرادة هى قوام العقد فيها فبرزت فكرة السبب فى هذه العقود واضحة. ففى عقد البيع يكون التزام البائع سببا لالتزام المشتري و بالعكس و لكن فكرة السبب لديهم وقفت فى حدود تكوين العقد و لم تتجاوز مرحلة التنفيذ. أى أنه لدى تكوين العقد إذا كان السبب منتفيا بطل العقد، و لكن لدى التنفيذ لو طرأ امتناع التنفيذ بالنسبة لأحد العوضين أو امتنع صاحبه عن التنفيذ لم يبطل العقد و لا كان للآخر الفسخ أو الامتناع عن التنفيذ فكل من الالتزامين بعد حصولهما أمر مستقل عن الآخر.

و أما العقود غير المسماة فقد ظهرت فيها أيضا فكرة السبب، ففى عقد المقايضة مثلا إذا سلم أحد المتقايضين العوض الذى يملكه كان هذا سببا لالتزام الآخر بتسليم ما يقابله.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣٤

و أما عقود التبرعات فأهمها الهبة و قد اعترف القانون الرومانى فيها بالسبب إلى حد كبير فالتبرعات المحضه تقوم على تية التبرع و هى السبب فى التزام المتبرع. فإذا انعدمت بطل التبرع و الهبة المقرونة بالشرط يكون السبب سببا لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع. فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط كان للواهب استرداد ما وهب أو إجباره على التنفيذ. و فى الوصية- و هى إرادة منفردة- اعترف القانون الرومانى بالسبب إلى حد أن مزجه بالبائع، فإذا اعتقد الموصى أن وارثه قد مات فأوصى بماله لاجنبى و تبين أن الوارث لا

يزال حيًا واستطاع هذا أن يثبت أن الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصي أن الوارث قد مات فالوصية باطلة لانعدام سببها. ثم جاء دور الفقهاء الكنسيين فهم فسّروا السبب بالباعث دون السبب الروماني الموضوعي الداخل في العقد و هم جعلوا نظرية السبب في بداية الأمر أداة لحماية المجتمع فحسب عن طريق إبطال العقود التي تتجه لتحقيق أغراض غير مشروعة، ولكن ما لبثوا أن جعلوها إلى جانب ذلك أداة لحماية العاقد نفسه و تحرير إرادته من الغلط و التدليس و الغش، ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع في إبطال العقد السبب غير الحقيقي، فإذا وقع غلط أو تدليس في الباعث على التعاقد كان السبب غير حقيقي و بطل العقد. ثم جاء عهد الفقيه الفرنسي الكبير (دوما) في القرن السابع عشر فأحيا فكرة الرومان القديمة عن نظرية السبب، فالسبب عنده في التزام التعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر، أي الالتزام المقابل و السبب في مثل القرض الذي يظهر أن شخصا واحدا فيه قد التزم، هو التسليم الذي تم من الشخص الأول و السبب في التبرعات هو نية التبرع و كلامه و إن لم يكن واضحا وضوحا كافيا في هذا

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣٥

الأخير و لكن كلام بوتيه و هو فقيه فرنسي معروف جاء بعد دوما و ردّد ما سبق إليه دوما واضح في ذلك كل الوضوح. و هذا المنحى من التفكير صنع البذور الأولى للنظرية التقليدية في السبب في القانون المدني الفرنسي و كذلك المصري القديمين و إليك الخلاصة عن النظرية التقليدية في السبب:

النظرية التقليدية في السبب:

إشارة

تميّز النظرية التقليدية بين السبب الانشائي و السبب الدافع و السبب القصدى:

فالسبب الانشائي هو الذى ينشئ الالتزام و يخلقه و هو نفس العقد، و هذا ليس هو المقصود من السبب في المقام و السبب الدافع هو الباعث الذى دفع الملتزم إلى ان يرتب في ذمته الالتزام كمن كان دافعه في شراء البيت ان يخصصه لسكانه أو أن يجعل منه محلا لعمله أحد غير ذلك و هذا أيضا ليس هو المقصود في المقام.

و السبب القصدى - و هو السبب الذى تقف عنده النظرية التقليدية و إذا أطلقت كلمة السبب عنته بهذه الكلمة - يعرف عادة بأنه الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم، أما الباعث فغاية غير مباشرة تتحقق بعد أن يتحقق السبب و لا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام.

و تقول النظرية التقليدية للسبب: إن سبب الالتزام لكل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين عبارة عن الالتزام المقابل و سبب الالتزام في العقود الملزمة لجانب واحد إذا كان العقد عينيا قرضا كان أو عارية أو ودیعة أو رهن

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣٦

حيازة هو تسلّم الشيء محل التعاقد، فالمقترض يلتزم برد القرض لأنه تسلّمه.

و في عقود التبرع السبب في التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها. و تحرص النظرية التقليدية على أن لا تقتصر في تأثير السبب على تأثيره في مرحلة تكوين العقد بل يبقى التأثير إلى حين التنفيذ فإذا قام السبب عند تكوين العقد ثم انقطع قبل التنفيذ سقط الالتزام و تظهر أهميّة هذا الحكم في العقود الملزمة للجانبين فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام، و هذه هي نظرية الدفع بعدم التنفيذ، و إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد و هذه هي نظرية الفسخ و إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمّل هو تبعه هذه الاستحالة و سقط التزام المتعاقد الآخر و هذه هي نظرية تحمل التبعة.

و الشروط الواجب توافرها في العقد بلحاظ السبب لدى النظرية التقليدية ثلاثة:

الأول - وجود السبب

فان لم يكن السبب موجودا بطل العقد و ليس مقصودهم بعدم وجود السبب ما يشمل موهومية السبب، فان السبب الموهوم قد احترزوا منه بشرط آخر و إنما المقصود بعدم وجود السبب ان يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود غير واهمين وجوده و يمكن تصوير إقدامهما على العقد رغم علمهما بعدم وجود السبب في فروض منها:

١- أن يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته و هو غير مدين، أي الالتزام بالدين لسبب لا وجود له كقرض لم يتم. فهذا العقد باطل و ليس بطلانه لأجل الإكراه فإن الإكراه في رأيهم ليس مبطلا للعقد و إنما يوجب قابلية العقد للإبطال بالفسخ و إنما بطلانه لأجل انعدام السبب و قد لا يكون إكراه أصلا كما لو

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣٧

أقر بالمديونية قبل تسلم القرض ثم لم يحصل تسلم القرض فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلا لانعدام السبب. و يستقيم الفرض حتى لو اعتبر الإقرار إرادة منفردة لا عقدا فإن السبب ركن في كل التزام إرادى لا في خصوص العقد.

٢- أن يوقع على سند المجاملة فيتم بذلك عقد بلا سبب من دون فرض إكراه أو وهم في المقام و صورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاما صوريا فيمضى سندا لمصلحته كي يستفيد الدائن الصورى من هذا السند بتحويله لشخص ثالث لقاء أخذ مبلغ منه حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى حساب المدين الصورى فيدفعها المدين لحامل السند و بذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم لا من مدينه بالذات بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند المجاملة و لا يحتج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن التية و لكن يحتج به في العلاقة ما بين المدين و دائنه الصورى إذا أراد الدائن أن يستفيد من السند الممضى من قبل مدينه الصورى من دون توريد قيمته إليه. و يتحقق انعدام السبب بعد التعاقد أيضا و ذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحاله عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة، فإن السبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجودا عند التعاقد و هو يبرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ و نظرية الفسخ و نظرية تحمّل التبعة كما تقدمت الإشارة إليه.

الثاني - صحة السبب

فإن كان السبب غير صحيح بطل العقد و قصدوا بالسبب غير الصحيح السبب الموهوم و المغلوط أو السبب الصورى: أما السبب الموهوم فأمثله كثيرة من قبيل وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه شريكه في الإرث فيعطيه مبلغا من النقود لقاء تخلية من الإرث ثم يعرف أنه ليس وارثا فهذا

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣٨

العقد باطل لأن سببه موهوم، و كذلك وارث يمضى إقرارا بدين على التركة و يتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم، و وارث يتعهد لموصى له بعين في التركة أن يعطيه مبلغا من المال في نظير نزوله عن الوصية و يتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها فتعهد الوارث باطل. و مدين يتفق مع دائنه على تجديد الدين فيتبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه فالتجديد باطل. و أما السبب الظاهر صوريا لا موهوما فمجرد صورية السبب الظاهر لا تبطل العقد عند فرض وجود سبب حقيقى مشروع صحيح و لكن إذا أثبت المدين صورية السبب فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقى و يكون الالتزام قائما أو غير قائم تبعا لهذا السبب الحقيقى فإن كان هذا السبب موهوما سقط الالتزام و إن كان سببا غير مشروع و قد

اخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب في صورته الأسباب الظاهرة سقط الالتزام أيضا وإلا كان الالتزام قائما.

الثالث - مشروعية السبب،

و السبب المشروع هو الذى لا- يحرمه القانون و لا- يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب. و مشروعية السبب عند أصحاب النظرية التقليدية شرط متميز عن مشروعية المحل فقد يكون المحل مشروعاً و السبب غير مشروع من قبيل:

١- ما إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع و لكن سببه و هو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة غير مشروع فيكون الالتزام باطلا رغم مشروعية محله.

٢- إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود فإنّ التزام كل من المتعاقدين محله مشروع، فعدم ارتكاب الجريمة مشروع و دفع

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٣٩

مبلغ من النقود أيضا مشروع و لكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثانى بدفع النقود و هذا سبب غير مشروع لأنه ملزم بذلك مسبقاً و سبب التزام الثانى بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة و هذا أيضا سبب غير مشروع لأنّ ذاك ملزم بالامتناع عنها بقطع النظر عن أخذ النقود و كذلك الأمر فى كل عقد يلتزم أحد فيه بجائزة لشخص ليحملة على الالتزام بما يجب عليه فى ذاته و بقطع النظر عن الجائزة كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة و كالمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق و كالمخطوف ولده يجيز الخاطف حتى يرد الولد و كمن يخشى أذى دون حق من شخص يجيز هذا الشخص حتى يكفّ عنه أذاه.

الهجوم ضدّ نظرية السبب التقليديّة:

هذه خلاصة عن نظرية السبب التقليديّة. ثم هوجمت النظرية فى سنة ١٨٢٨ من قبل الفقيه البلجيكي (ارنست) ثم هاجمها آخرون بلجيكيون و فرنسيون إلى أن جاء دور (بلانيول) و انحاز إلى خصوم السبب و كان معولاً فعلاً فى هدمها و ردد بعده آخرون صدى هذه الحملة.

و إليك خلاصة من نقد بلانيول لنظرية السبب التقليديّة:

يقول بلانيول: إنّ نظرية السبب التقليديّة نظرية غير صحيحة ثم هى غير ذات فائدة. أمّا أنّها غير صحيحة فيظهر باستعراض السبب فى فروضه الثلاثة:

العقد الملزم للجانبين، و العقد العيني و عقد التبرع: ففى العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول كما تزعم النظرية التقليديّة: أنّ سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر فإنّ فى هذا استحالة منطقية ذلك لأنّ الالتزامين يولدان فى وقت واحد من مصدر واحد هو العقد فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤٠

و فى العقد العيني يقولون: أنّ سبب الالتزام هو تسليم العين و لكن التسليم ليس إلّا المصدر الذى كوّن العقد و انشأ الالتزام فإنّ إنشاء الالتزام فى العقود العينية إنّما هو بتسليم العين ففرض التسليم سبباً للعقد يعنى توحيد السبب الانشائي و السبب القصدى.

و فى عقد التبرع يقولون أنّ سبب الالتزام هو نيّة التبرع و هذا كلام فارغ من المعنى فإنّ نيّة التبرع هى الرضا بالعقد ذاته و ليست سبباً قصدياً للتبرع.

و أمّا أنّ النظرية غير ذات فائدة، فلأنّ الفائدة المتوخاة منها تحصل بشيء آخر يغنيها عنها:

ففي العقود الملزمة للجانبين يكفي أن نقول: إن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثاني و تغني فكرة الارتباط في هذه العقود عن فكرة السبب.

و في العقود العينية و عقود التبرع انعدام السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية هو انعدام التسليم في العقد العيني و انعدام تية التبرع في الهبة و هذا معناه انعدام العقد ذاته فلسنا إذن في حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ما دام العقد ذاته غير موجود.

هذه خلاصة الاعتراضات على فكرة السبب التقليدية.

الدفاع عن النظرية:

و لكن كثيرين دافعوا عن النظرية التقليدية بعد تحويرها و على رأس هؤلاء (كاپيتان) في كتابه المعروف (السبب في الالتزامات) فعند كاپيتان أن السبب في العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل ذاته بل هو تنفيذ هذا الالتزام فلم فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤١

يلزم أن يكون الالتزام الواحد سببا و مسببا في وقت واحد كي تحصل الاستحالة العقلية «١».

ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقا للنظرية التقليدية أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته فليس المقصود بذلك السبب الانشائي كي يقال:

لا يمكن أن يكون الشيء منشأ لشيء آخر و ناشئا منه في آن واحد، و إنما المقصود بذلك السبب القصدى أى الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه و يسهل مع هذا المعنى أن نفهم أن الغرض الذى قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر بالذات فكل من المتعاقدين التزم حتى يلتزم الآخر و لا يكون في هذا خروج عن المنطق.

أما الالتزام الذى ينشأ عن عقد عيني فسببه هو تسليم الشيء كما تقرر النظرية التقليدية و هذا صحيح في نظر كاپيتان في عقود عينية ثلاثة، و هى القرض و العارية و رهن الحيازة فإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة فهى من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجانبين، فالمقرض و المقترض مثلا يتفقان على القرض و يتم العقد بالاتفاق فيلتزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقترض بردّ مثله. إذن فالتسليم ليس هو حتما السبب المنشئ للالتزام بل هو الغرض الذى يسعى إليه المقترض من وراء التزامه برد الشيء فلا يختلط في هذه العقود الثلاثة السبب الانشائي و السبب القصدى كما يزعم خصوم نظرية السبب.

(١) لو كان الإشكال هو الدور أو ما يشبهه فهو لا يرتفع بتحويل السبب من الالتزام إلى تنفيذه، لأن تنفيذ الالتزام مسبب عن الالتزام. فالمهم هو الجواب بالتفريق بين السبب الانشائي و السبب القصدى أو العلة الفاعلية و العلة الغائية و هو الجواب الثانى الوارد فى المتن من دون فرق فى ذلك بين أن يفرض السبب هو الالتزام أو تنفيذه.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤٢

و لا يبقى من العقود العينية إلا الوديعة و هنا يسلم كاپيتان أن الوديعة بطبيعتها عقد عيني ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر، و يرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء إذ يختلط بذلك السبب الانشائي بالسبب القصدى بل هو رغبة المودع عنده فى أن يسدى جميلا للمودع، أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقدا ملزما للجانبين و صار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر «١».

و أما عقود التبرع فسبب الالتزام هو تية التبرع ذاتها كما تقرر النظرية التقليدية و لا تختلط هذه التية بالرضا كما يقول خصوم السبب، فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين:

العنصر الأول هو إرادته أن يلتزم و هذا هو (الرضا) و العنصر الثانى هو إرادته أن يكون الالتزام دون مقابل و على سبيل التبرع و هذا

هو (السبب) يتميز عن الرضا كما نرى. والدليل على ذلك أن العنصر الأول وهو الرضا بالالتزام قد يثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهو نية التبرع كما إذا كتب شخص سندا بدين في ذمته لآخر ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود له فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع في جانب المدين حتى يستوفى منه قيمة السند فهذا مثل نرى فيه رضا المدين بالالتزام ثابتا دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة، على أن كاپيتان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباعث الدافع فيجعله هو السبب في ثلاث حالات:

(١) وإن شئت كلامه في سائر العقود الملزمة لجانب واحد فراجع الوسيط ١: ٤٩٠، ما ورد تحت الخط، الفقرة ٢٧٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤٣

- ١- التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه كما إذا وهب شخص مالا لجمعية خيرية واشترط على الجمعية أن تنشئ بهذا المال مستشفى أو ملجأ فإن سبب الهبة في هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشرط الذي اقترن به التبرع.
- ٢- الوصية حينما لا توجد إلّا إرادة واحدة هي إرادة الموصى فيرى كاپيتان أن الباعث الذي دفع الموصى إلى تبرعه هو الذي يجب اعتباره سببا للوصية. وفي هاتين الحالتين يسلم كاپيتان باختلاط الباعث بالسبب.
- ٣- إذا أدخل المتعاقدان الباعث في دائرة التعاقد وأصبح جزء من العقد متفقا عليه. قال السنهوري: ويختلف كاپيتان في هذا عن النظرية الحديثة فعنده لا يكفي للاعتداد بالباعث أن يكون معروفا من المتعاقدين كما تقول النظرية الحديثة بل يجب أن يكون متفقا عليه بينهما «١».

ومن ذلك يرى أن كاپيتان أدخل تحويرا في النظرية التقليدية حيث يجعل الباعث يختلط بالسبب في الحالتين المتقدمتين، وحيث يحدد السبب في العقد الملزم للجانبين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده وحيث يحدد السبب في عقد الوديعة غير المأجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة ولكنه مع ذلك يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يخلط بينهما إلّا في فروض نادرة ويجعل المعيار في تحديد السبب موضوعيا لا ذاتيا، فيكون السبب عنده شيئا داخلا في العقد لا منفصلا عنه وهو واحد لا يتغير في أي نوع من العقود.

(١) راجع الوسيط ١: ٤٩١، التعليق الوارد تحت الخط، الفقرة ٢٧٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤٤

وجاء بعد ذلك دور النظرية الحديثة في الفقه الفرنسي عن السبب وهي تتلخص في رفض النظرية التقليدية للسبب مع قبول أصل نظرية السبب في صياغة جديدة ويقال: إن الفقه الفرنسي كان متأخرا في هذه المسألة عن القضاء الفرنسي ذلك أن القضاء باعتباره كان يواجه الحياة العملية أدرك ضيق النظرية التقليدية وعمها فلم يرض به و سار في طريق غير طريق الفقه التقليدي وتوسع في تحديد السبب فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وقد عاد القضاء بذلك - عن غير قصد - إلى نظرية السبب عند الكنسيين لأنها هي النظرية التي تنتج في العمل. وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء في نظريته الجديدة إذ أدرك مدى ما فيها من خصوبة و مرونة.

النظرية الحديثة في السبب:

وهنا نستعرض موقف النظرية الحديثة في السبب في مرحلتين: أولا رفضها للنظرية التقليدية في السبب، و ثانيا قبولها لنظرية السبب في صياغة جديدة:

أما رفض النظرية التقليدية للسبب فيقال: إن فيها عيباً جوهرياً وهو عقمها وعدم اضافتها شيئاً إلى الثروة القانونية فكل من الشروط الثلاثة الماضية وهي وجود السبب القصدى وصحته ومشروعيته يمكن الاستغناء عنه بسهولة:

أما وجود السبب فقد قالوا: إن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم، فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له كقرض لم يتم فإن العقد يكون باطلاً لا للإكراه فإن الإكراه لا يبطل العقد وإنما يجعله قابلاً للإبطال بل لفقدان السبب وإذا أمضى شخص سند مجاملةً لدائن صوري كان العقد باطلاً لفقدان السبب أيضاً كما مضى شرحه.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤٥

والجواب: أنه في المثال الثاني تغنيا قواعد الصورية عن نظرية السبب فالسند صوري والدين لا وجود له فيما بين الطرفين ولم يتم عقد حقيقي في المقام كى نحتاج فى إبطاله إلى نظرية السبب. أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ باعتداده على العقد الظاهر و أمّا فيما ذكر من مثال الإكراه فأيضاً من السهل أن نصل إلى النتيجة ذاتها وهي البطلان عن غير طريق نظرية السبب لأننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له فمحل الالتزام معدوم فيسقط الالتزام بفقدان المحل لا بفقدان السبب، وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته فالالتزام المقترض يكون متقابلاً للالتزام المقرض ولا بد من أن يتسلم المقرض مبلغ القرض حتى يلتزم برده ومن دون تسلمه إياه يسقط التزامه إياه لأن القرض عقد عيني لم يتم بالتسليم و أمّا لأن القرض عقد رضائي (وفقاً للتقنين الجديد) لم يتم فيه المقرض بتنفيذ التزامه وهما التزامان متقابلان و مترابطان يسقط أحدهما عند عدم تنفيذ الآخر.

وبشكل عام نقول: إن الالتزام في العقد الملزم للجانبين سببه حسب النظرية التقليدية هو الالتزام المقابل، ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها بلانيول فنفس التقابل بين الالتزامين يوجب سقوط أحدهما بسقوط الآخر أو عدم تنفيذه بلا حاجة إلى نظرية السبب، بل لعل فكرة الارتباط والتقابل من الناحية الفيتية أدق من فكرة السبب ذلك أن انعدام السبب جزاؤه البطلان كما هو معروف فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعده كان من الواجب أن يكون الجزاء واحداً في الحالتين ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويفسخ في الحالة الثانية وفي هذا التفريق عيب فني

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤٦

واضح. أما فكرة الارتباط والتقابل فأكثر مرونة من فكرة السبب وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد إذ منطق الارتباط يقتضى عندئذ البطلان وتسمح في نفس الوقت بان نقول بالفسخ إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد «١».

(١) التفريق بين فكرة السبب وفكرة الارتباط يكون بحاجة إلى بيان أعمق وأكثر فتيية من هذا المقدار من البيان وذلك بتوضيح نقطتين أولاً توضيح إن فكرة السبب غير فكرة الارتباط وليس الفرق في التعبير فقط، وثانياً توضيح أنه لما ذا يجب أن يكون الجزاء في نظرية السبب عند فقدان الالتزام المقابل وقت التكوين و بعده واحداً ولكن فكرة الارتباط تسمح باختلاف الجزاء في الحالتين؟ أمّا النقطة الأولى - فبالإمكان أن يقال: إن فكرة السبب تستبطن مفهوم الداعوية بينما فكرة الارتباط لا تستبطن أكثر من التقابل بين الالتزامين وربط أحدهما بالآخر، وعلاقة الارتباط أخف من علاقة الداعوية ولذا يمكن أن يفترض في مورد ما عدم تحقق الداعوية المنحصرة رغم تحقق الارتباط كما لو فرضنا أن البائع كان مصمماً على أن يلتزم بدفع العين إلى صاحبه ولو مجّاناً ومن دون ثمن لأن وجود العين عنده يكون ضاراً بحاله أو لأنه يحب أن يتمتع صاحبه بهذه العين حتى لو لم يلتزم بدفع الثمن إليه أو لأى سبب آخر، ولكن بما أن البيع كان أنفع له من الهبة والتبرع لأنه يحقق له هدف دفع العين إلى صاحبه زائداً للحصول على قيمة العين اختار البيع فقد أصبح التزام المشتري بدفع الثمن مقابلاً للالتزام البائع بدفع العين و مرتبطاً به من دون أن يكون سبباً وداعياً إليه بشكل منحصر، و

هذا بنفسه يبرهن حسنة لفكرة الارتباط تماز بها عن فكرة السبب لأنها أوسع و أشمل بخلاف فكرة السبب التي لا تصدق في جميع موارد العقد الملزم للطرفين إذ في المثال الذي ذكرناه يوجد داع آخر مستقل لالتزام البائع بالثمن فإذا انفق التزم المشتري الذي هو في أحسن الأحوال ليس إلّا داعياً غير منحصر و قد لا يكون إلّا جزء الداعي في مقابل داع آخر مستقل فليس المفروض أن يكون فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤٧

أمّا في العقود العينية فقد قالت النظرية التقليدية بأنّ العقد العيني سببه التسليم فإذا لم يتم التسليم لم يتمّ الالتزام لانعدام سببه. و لكن من السهل القول بأنّ الالتزام لا يقوم لا لانعدام السبب بل لعدم انعقاد العقد العيني لأنّ معنى عينية العقد كون قوامه بالتسليم.

زواله سبباً لبطلان التزم البائع المشتمل على داعٍ آخر و هذا بخلاف ما لو لاحظنا فكرة الارتباط فإنّها تشمل حتى مثل هذا المثال. و أمّا النقطة الثانية - فبالإمكان أن يقال: إنّ السرّ في التفريق بين فكرة السبب و فكرة الارتباط بدعوى ضرورة وحدة الجزء في فكرة السبب حدوثاً و بقاء و عدم ضرورتها في فكرة الارتباط هو أنّ سبباً أحد الالتزامين للآخر بمعنى داعيته له يجب أن ترجع بروحها إلى سببته تنفيذ أحد الالتزامين للآخر، إذ أي قيمة للالتزام الذي لا ينفذ في الدعوة إلى الالتزام الآخر؟ و لعله لهذا انقذح في ذهن كايّتان بتعديل سببته الالتزام بسببته التنفيذ كما مضى، و إذا كان التنفيذ هو الداعي للالتزام ففقده في موطنه يستوجب جزاء واحداً من دون فرق بين فرض معرفتنا بانفقاده من أول الأمر أو انكشاف انفقاده في وقت متأخر، أمّا الارتباط و التقابل المفهوم من العقد فليس بين أحد الالتزامين و تنفيذ الالتزام الآخر أو بقاءه، بل هو ارتباط بين الالتزامين بوجودهما الحدوثي المقوم للعقد، فإذا فقد أحدهما حدوثاً بطل الآخر لأنهما مترابطان أما فقده بقاء أو فقد التنفيذ فهو ليس فقداً لأحد الأمرين المترابطين في العقد فلا ينبغي أن يكون جزاؤه بطلان العقد، و لكن بما أنّ الالتزامين كانا مترابطين و متقابلين فعدم تنفيذ أحدهما أو عدم بقاءه يؤدي إلى حق عدم تنفيذ الآخر أو حق الفسخ، و الخلاصة أنّه بناء على نظرية السبب يكون فقد الالتزام حدوثاً و بقاءً فقداً للسبب و لذا يجب أن يتحد الجزاءان و بناء على نظرية الارتباط يكون فقد الالتزام حدوثاً فقداً لأحد الأمرين المرتبطين بينما فقده بقاءً يعني فقد تنفيذ أحد الأمرين المرتبطين لا فقد نفس الأمر المرتبط فمن المعقول اختلافهما في الجزاء.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤٨

و أمّا في التبرعات فقد قالت النظرية التقليدية: إنّ السبب في التبرعات هو نية التبرع فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يقم التزم المتبرع لانعدام السبب.

و لكن الواقع ان الرضا بالتبرع لا ينفك عن نية التبرع فإذا انعدمت نية التبرع بطلت الهبة بفقدان الرضا بها لا بفقدان السبب (١). هذا كله بلحاظ الشرط الأول و هو شرط وجود السبب. و أمّا صحة السبب و هي الشرط الثاني فالسبب غير الصحيح كما رأينا إما سبب موهوم أو سبب صوري.

أمّا في السبب الموهوم فدائماً يمكن الاستغناء عن نظرية السبب بنظرية المحل لأنّ العاقد قد توهم وجود المحل و هو غير موجود فالشخص غير الوارث الذي تخارج مع وارث يتعامل في حق معدوم، و هذا حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه، و حال الموصى له الذي يتعامل في الموصى به إذا كانت الوصية باطلّة أو كان الموصى قد عدل عنها، و حال الدائن الذي يجدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه.

و أمّا السبب الظاهر الصوري فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلّا إذا كان يخفى سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع، و قد فرغنا عن السبب الموهوم و ننتقل الآن إلى السبب غير المشروع.

و أمّا مشروعية السبب و هي الشرط الثالث فمن السهل أن نستغنى عن

(١) و أما ما مضى عن كاييتان من الجواب على ذلك بأنّ نيّة التبرع غير الرضا فقد يرضى أحد بالالتزام من دون نيّة التبرع فجوابه: أنّ التبرع صنف من العقد غير عقود الالتزام التي ليست تبرعية فلو أمضى سنداً بدين في ذمته لآخر بدافع ردّ القرض مثلاً ثم تبين عدم وجود الدين كان عقد التبرع باطلاً بفقدان الرضا به و الالتزام بأداء الدين باطلاً بفقدان المحل أو بفقدان الالتزام المتقابل له. فقه العقود، ج ١، ص: ٣٤٩

السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التي مضت فمن يتعهد بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لعدم مشروعية المحل و كذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع و من يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لاستحالة المحل إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الانشاء، و كذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل.

و أما في العقود العينية و التبرعات فإنّ اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم، فالسبب في العقود العينية هو التسليم و لا يتصور ان يكون التسليم غير مشروع إلّا إذا وقع على محل غير مشروع و عند ذلك لا ينعقد العقد لعدم مشروعية المحل لا لعدم مشروعية السبب، و السبب في التبرعات هو نيّة التبرع و كيف يتصور أن تكون نيّة التبرع في ذاتها غير مشروع؟ إنّ وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسّر إنّ بعض أنصار النظرية التقليدية و منهم كاييتان يجنحون إلى اعتبار السبب في التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع، بل إنّ القانون الروماني ذاته يعتد بالباعث في الوصايا و بعض الهبات.

و أما الصياغة الجديدة لنظرية السبب التي مشى عليها أولاً القضاء الفرنسي ثم صيغت فقها في الفقه الفرنسي فهي تفسير السبب بالباعث الدافع للملتزم في أن يلتزم، فيشترط في هذا الباعث أن يكون مشروعاً لا- يحرمه القانون و لا يتنافى مع النظام العام و لا مع الآداب و هذا رجوع إلى نظرية الفقهاء الكنسيين في السبب.

و لا يجوز بدهاءه أن يعتد بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولاً للمتعاقد الآخر، و إلّا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٥٠

التزاماته بدعوى أنّ الباعث له على التعاقد- و هو أمر مستكن في خفايا الضمير- من شأنه أن يجعل العقد باطلاً، فلا بدّ إذن من صلة وثيقة تربط كلا- من المتعاقدين بالباعث فما هو الضابط في ذلك؟ أ يكفي أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه في العقد بين المتعاقدين كما مضى عن كاييتان؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين فيشترط أن يكون ذات الباعث باعثاً للطرف الآخر أيضاً و إن لم يكن بينهما توافق عقدي على ذلك؟ و ليسم هذا بكون الطرف الآخر مساهماً في الباعث. إنّ أنصار النظرية الحديثة لا يشترطون وجوب الاتفاق العقدي على الباعث فيما بين المتعاقدين بل هم منقسمون بين مرتبة العلم و مرتبة المساهمة «١».

و القضاء الفرنسي يكتفي بمرتبة العلم و يعتد بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث.

أما الفقه الفرنسي فيميّز بين المعاوضات و التبرعات فيطلب في الأولى مرتبة أعلى و لكن الفقهاء يختلفون في تحديد هذه المرتبة. فيذهب (چوسران) إلى أنّه يكفي أن يكون الباعث في المعاوضات معلوماً من المتعاقد الآخر حتى يكون في هذا وقايةً للتعامل من أن يتزعزع. أما في التبرعات فإنّ الإرادة التي نقف عندها هي إرادة المتبرع وحده فهي الإرادة التي

(١) و بالامكان القول في ما إذا وصل الأمر إلى مستوى الاتفاق العقدي على الباعث: بأنّ الأمر رجوع مرة أخرى إلى عدم مشروعية المحل فتلغو نظرية السبب من أساسها إذا كان الاتفاق العقدي على مستوى الشرط و تصورنا الشرط بنحو لا يرجع إلى القيد في متعلق

العقد و في نفس الوقت التزمنا بتسرب الفساد من الشرط إلى العقد الأصلي.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٥١

تسيطر على التصرف سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالهبة أو بإرادة واحدة كالوصية، و هو لذلك يعتد بالبائع الذي دفع المتبرع إلى تبرعه سواء كان معلوما للطرف الآخر أو مجهولا لديه.

و يذهب (بواجيزان) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات و الاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى بذل فيها كل من المتعاضين شيئا من عنده، وإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد و من ثمّ وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في البائع الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية، و ان تتعاون الإرادتان معا في تحقيق الفرض غير المشروع، أما في التبرعات فإن إرادة المتبرع وحدها هي الأساسية، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل و من ثم جاز الاقتصار على هذه المرتبة السلبية، و هي مرتبة العلم فهي كافية لاستقرار التعامل.

قال السنهوري «١»: و إذا كان الذي يعيننا في انضباط معيار البائع هو استقرار التعامل فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم سواء كان التصرف تبرعا أو معاوضة.

و جاء بعد ذلك دور نظرية السبب في التقنين المدني المصري الجديد فاعتنق التقنين المصري الجديد نفس النظرية الحديثة الفرنسية من تفسير السبب بالبائع الدافع إلى التعاقد مشروطا أن يكون السبب معلوما من المتعاقد الآخر، فإذا كان البائع الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع و لم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا البائع و ليس في استطاعته أن يعلم به فعدم المشروعية

(١) في الوسيط ١: ٥٠١، آخر الفقرة ٢٨٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٥٢

هنا لا يعتد به و يكون العقد صحيحا «١».

و هذه النظرية الحديثة التي أخذ بها القانون المصري سبقه إليها الفقه و القضاء في مصر.

و قد خطا التقنين المصري خطوة أخرى تخلف عنها الفقه المصري و تلك الخطوة هي أنه لا يوجد في التقنين الجديد للسبب إلّا شرط واحد و هو أن يكون مشروعا و لم يشترط فيه أن يكون السبب صحيحا و سبقه إلى ذلك القضاء المصري فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع في إبطال العقد و قل أن تجد تطبيقا قضائيا لما يدعى بالسبب غير الصحيح.

و الاقتصار على شرط المشروع مع حذف شرط الصحة أمر طبيعي بعد أن فسّر السبب بالبائع لا بالغرض المباشر المقصود في العقد و ذلك لأمرين:

الأول- أن الغلط في البائع يعود إلى نقص في الرضا الذي هو ركن آخر من أركان العقد فلا داعي لإدراجه في بحث السبب و يصبح بالإمكان حصر الهدف من نظرية السبب في حماية المصلحة العامة للمجتمع و هي المشروعية دون

(١) قال هنا السنهوري في الوسيط ١: ٥١٦، في آخر الفقرة ٢٨٩: إن العقد هنا يقوم لا على الإرادة الحقيقية فهي غير مشروعة و لكن على الإرادة الظاهرة.

أقول: إن هذا لا ينحصر تفسيره بالأخذ بالإرادة الظاهرة بل يمكن القول بأن المقياس هو الإرادة الباطنة إلّا أن عدم مشروعيتها لا يبطل العقد ما لم يعلم بذلك المتعاقد الآخر و لم يكن المفروض به أن يعلم و الاختلاف بين مذهب الإرادة الظاهرة و مذهب الإرادة الباطنة هنا بعد اشتراط علم المتعاقد الآخر في البطلان يكون صوريا بحثا و إنما مقصودنا من هذا الكلام: أن الذي يقول: لا بدّ من الاعتداد بالإرادة الباطنة لأنها هي الإرادة الحقيقية لا يكون كلامه هذا منافيا لشرط العلم في المقام.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٥٣

حماية مصلحة العاقد التي يقوم بها ركن آخر و هو الرضا كما أن السبب لو فسر بمعناه القديم و هو الغرض المباشر للعقد فأیضا يكون الغلط فيه راجعا إلى انعدام الرضا أو انعدام المحل.

و الثاني- إن نظرية السبب تذكر لإثبات بطلان العقد و البطلان إنما يناسب فرض عدم مشروعية السبب لا فرض الغلط في السبب بعد أن كان السبب عبارة عن الباعث فالبطلان لئن كان يناسب كونه جزءا للغلط في السبب بمعناه القديم و هو الغرض المباشر في العقد لشدة لصوقه بالعقد فهو لا يناسب السبب بمعنى الباعث الخارج عن العقد فان أثره فائما يؤثر في قابلية العقد للإبطال لا في البطلان. إذن فالشرط الوحيد في السبب ينبغي أن يكون هو شرط المشروعية كما كان عليه الفقهاء الكنديون في بادئ الأمر دون شرط الصحة و قد مضى في ما سبق عن النظرية القديمة للسبب إن صحة العقد مشروطة بشروط ثلاثة: وجود السبب، و صحته، و مشروعيته. و قد استغنيا الآن عن شرط الصحة و فصلنا بين منطقتي الغلط و منطقتي السبب. و أما شرط الوجود فأیضا لا محل له بعد تفسير السبب بالباعث لعدم إمكان تصوير وجود إرادة من غير باعث كي نحتاج إلى شرط وجوده فلا تبقى من الشروط الثلاثة عدا شرط المشروعية، و من هنا يبدو ضعف في صياغة القانون المصري الجديد المادة ١٣٦ حيث تقول: (إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا) فكلمة (إذا لم يكن للالتزام سبب) كأنها تشير إلى شرط الوجود و قد عرفت أنه لا محل له.

و قد قال السنهوري: «إن هناك مأخذين على التقنين الجديد تجمعا في العبارة التي صدرت بها المادة ١٣٦ فقد جاء في صدر هذه المادة (إذا لم يكن للالتزام سبب) فالسبب نسب إلى الالتزام و كان الاولي أن ينسب إلى العقد إذ هو

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٥٤

متلازم مع الإرادة كما رأينا ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب و هذا الاحتمال لا يتصور فما دمنا نجعل السبب هو الباعث فكل إرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذي تمييز» (١).

و أما القوانين الجرمانية فهي لا تقيم عادة وزنا للسبب بمعنى الباعث إلا إذا اخذ في متن العقد، و أخذه في متن العقد يعنى رجوعه إلى المحل (٢). و من هنا لا ترى في القوانين الجرمانية أثرا من نظرية السبب بمعنى الباعث و هذا المنحى يناسب إيمانهم بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة، نعم لديهم فكرة عن السبب بمعناه الأول عن الغرض المباشر يميزون على اساسه بين التصرف المسبب و التصرف المجرد و بإمكانك أن ترى شرح الكلام حول التصرف المسبب و التصرف المجرد في كتاب الوسيط (٣).

و على أية حال فقد خلص من هذا البحث أن نظرية السبب بمعناه القديم يغني عنها البحث عن سائر أركان العقد و لم يبق شيء معقول من نظرية السبب عدا البحث عن السبب بمعنى الباعث و عن شرط المشروعية فحسب.

نظرية السبب في ضوء الفقه الإسلامي

إشارة

و من هنا تبدو قيمة الفقه الإسلامي الذي لم يركز الكلام من أول الأمر إلا على هذا المعنى الأخير و هو الباعث أو الغاية من العقد بلحاظ المشروعية و عدمها

(١) في الوسيط ١: ٥٢٦، الفقرة ٢٩٤.

(٢) إلا إذا أخذ على نحو الشرط و تصورنا عدم رجوع الشرط إلى القيد و في نفس الوقت التزمنا بسريان فسادة إلى العقد الأصلي.

(٣) الوسيط ١: ٤٦٣-٤٧٠، الفقرة ٢٨٥-٢٨٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٥٥

و ذلك تحت عنوان ان حرمة الغاية في العقد أو البيع هل توجب حرمة أو بطلان ذلك أو لا؟ و أن بيع العنب ممن يصنعه خمرا أو الخشب ممن يصنعه صنما أو صليبا أو السلاح ممن يحارب به الإسلام و المسلمين أو نحو ذلك جائز أو لا؟ و هذا التطواف الطويل الفارغ الذي رأته في الفقه الغربي لا تراه في الفقه الإسلامي إطلاقا.

تقييم السنهوري لنظرية الإسلام حول السبب:

و قال السنهوري في كتاب مصادر الحق: إن هناك عاملين متعاكسين في التأثير على الفقه الإسلامي في مدى التزامه لنظرية السبب أو رفضه إياها.

١- أنه فقه ذو نزعة موضوعية بارزة يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أي يأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة فهو أقرب بكثير من هذه الناحية إلى الفقه الجرمانى منه إلى الفقه اللاتينى. و الفقه ذو النزعة الموضوعية يكون أكثر استعصاء على نظرية السبب من الفقه ذى النزعة الذاتية و من ثم تستعصى النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على نظرية السبب فكان المترقب لو لا العامل الثانى ان تضمير نظرية السبب في الفقه الإسلامي كما ضمرت في الفقه الجرمانى.

٢- و لكن الفقه الإسلامي من جهة اخرى فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية و الخلقية و الدينية و هذا يقتضى ان يعتد بالبائع الذى تقاس به شرف النوايا و طهارتها فكان المترقب لو لا العامل الأول ان تكون لنظرية السبب و هى نظرية خلقية مكان ملحوظ يضاهى مكانها في الفقه اللاتينى. و بين هذين العاملين المتعارضين يتراوح الفقه الإسلامي ففى بعض مذاهبه نرى نظرية السبب تختفى تحت ستار من صيغة العقد و التعبير عن الإرادة و يختلط السبب بالمحل فلا يعتد

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٥٦

بالسبب، أى الباعث على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة و فى مذاهب اخرى تتغلب العوامل الأدبية و الخلقية و الدينية فيعتد بالبائع و لو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة و يكون العقد صحيحا أو باطلا تبعا لما إذا كان هذا الباعث مشروعا أو غير مشروع. ثم يستعرض السنهوري ضمور نظرية السبب فى المذهبين الحنفى و الشافعى و ظهورها فى المذهبين المالكى و الحنبلى و يعقبه بكلام مختصر عن المذاهب الاخرى «١».

أقول: أما بالنسبة لما ذكره فى العامل الأول من أن الفقه الإسلامى يتجه إلى نظرية الإرادة الظاهرة فقد مضى منا: إن تلك النظرية فكرة و اصطلاحا غريبة بحتة لا علاقة بها بالفقه الإسلامى أبدا، و الفقه الإسلامى يقصد بالإرادة، الإرادة بمعناها الحقيقية و هى الإرادة الباطنة، و أما ما يسمّى بالإرادة الظاهرة فى مصطلح الغرب فينظر الفقه الإسلامى إليها بمنظار الأمانة و القرينة القابل لثبوت العكس. نعم اتجاه الفقه الإسلامى إلى الإرادة الحقيقية لا يحتم عليه الأخذ بنظرية السبب بمعنى الباعث، ففرق بين أصل إرادة العقد و بين الباعث و الغاية لها، فبإمكان من يتجه فى بحثه إلى الإرادة الباطنة أن يقتصر على دراسة الإرادة العقدية و لا يرى أثرا للبائع. و أما ما ذكره من العامل الثانى و هو الاتجاه الخلقى فى الفقه الإسلامى فلا ريب إن الفقه الإسلامى فقه الأخلاق و الآداب و لكن هذا لا يحتم عليه الأخذ بنظرية السبب بمعنى كون عدم مشروعية الباعث موجبا لبطلان العقد. فإن المحتم

على الفقه الإسلامي أنما هو أن يضرب في نظامه الفقهي على يد من يعمل ما ينافي الأخلاق، و أن يمنع عن البواعث غير المشروعة أما أن هذا هل سيكون عن طريق إبطال أو تحريم العقد الذي يكون باعته غير مشروع أو يكتفى فيه بمنع العاقد في ظرف تصديده لتنفيذ باعته غير المشروع عن ذلك و الحيلولة دونه و دون حصول ما يهدفه؟ فللفقه الحريّة في ذلك و سيظهر إن شاء الله في آخر البحث أن النصوص الواردة عن أهل البيت عليهم السّلام فيها تفصيل بين البواعث غير المشروعة بلحاظ شدّة أو ضعف مخالفتها للأخلاق فقد يحرم بيع الخشب ممّن يصنعه صنما من دون أن يحرم بيع العنب ممّن يصنعه خمرا علما بأنّ عبادة الصنم أشدّ قبحا من شرب الخمر.

و على أيّة حال فالباعث غير المشروع تارة يكون مأخوذا في الاتفاق العقدي و اخرى لا يكون كذلك.

فإن كان مأخوذا في الاتفاق العقدي على مستوى رجوعه إلى محل العقد فلا إشكال في الفقه الإسلامي في بطلان العقد و هذا ما يبحثه الفقه الإسلامي تحت عنوان بيع ما يحرم الانتفاع به أو الإيجار على المنفعة المحرّمة و نحو ذلك و لا علاقة له بالسبب.

و إن كان مأخوذا في الاتفاق العقدي على مستوى الشرط فهو بالنسبة لذات الشرط يكون محلا للشرط و يرى الفقه الإسلامي عندئذ فساد الشرط. و بالنسبة للعقد الأصلي قد بحثه الفقه الإسلامي تحت عنوان: أن الشرط الفاسد هل هو مفسد للعقد أو لا؟

و أما إن لم يكن الباعث مأخوذا في الاتفاق العقدي فقد بحثه الفقه الإسلامي تحت مسائل من قبيل بيع العنب ممّن يصنعه خمرا، أو بيع الخشب ممّن

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٥٨

يصنعه صنما و نحو ذلك، و وقع الخلاف فيه على وجوه، نظير الخلاف الوارد في الفقه الغربي، فمثلا جاء في مصباح الفقاهة للشيخ التوحيدى الذى هو تقرير لبحث استاذة السيد الخوئى رحمه الله: «فى المختلف: (إذا كان البائع يعلم أنّ المشتري يعمل الخشب صنما أو شيئا من الملاهى حرم بيعه و إن لم يشترط فى العقد ذلك لنا: أنّه قد اشتمل على نوع مفسدة فيكون محرما لأنّه اعانته على المنكر). و نقل عن ابن ادريس جواز ذلك لأنّ الوزر على من يجعله كذلك لا على البائع، و فضل المصنف رحمه الله - يعنى الشيخ الأنصارى قدّس سرّه فى المكاسب - بين ما لم يقصد منه الحرام فحكم بجواز بيعه و بين ما قصد منه الحرام، فحكم بحرمته لكونه إعانة على الإثم فتكون محرمة بلا خلاف» (١) انتهى ما أردنا نقله عن مصباح الفقاهة.

و نفس صاحب المختلف و هو العلامة رحمه الله اختار فى القواعد التفصيل بين ما لو شرط الحرام فيحرم أو لم يشترط فلا يحرم، و نسب فى مفتاح الكرامة إلى ظاهر المشهور التفصيل بين ما إذا قصد الحرام و ما إذا كان عالما بذلك من دون قصده إياه فيحرم البيع فى الأوّل دون الثانى، و ذكر وجهها لحمل أقوالهم على اختصاص المنع بصورة الشرط و عدم كفاية مجرد القصد، و هو أنّه لو كان مجرد القصد مبطلا لزم البطلان سواء كان البائع قاصدا أو لا، و سواء كان عالما أو لا، لأنّ القصد من طرف المشتري مفروض على أى حال، فإنّ علم البائع أنما يتعلق غالبا بقصد المشتري، لا بأنّه سوف يصرفه فى الحرام رغم عدم قصده الآن. فلو فسد العقد من جانب المشتري فسد من الجانبين لعدم إمكانية التفصيل بين البائع و المشتري فى الفساد (٢).

(١) مصباح الفقاهة ١: ١٧٠.

(٢) راجع مفتاح الكرامة ٤: ٣٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٥٩

أقول: إنّ هذا الكلام إنّما تكون له صورة بناء على حمل المنع أو الحرمة على البطلان، أو على ما يشمل البطلان دون مجرد الحكم التكليفي، و إلّا فإمكان التفصيل بين المشتري القاصد للحرام و البائع غير العالم بذلك فى غاية الوضوح.

و على أيّة حال فالدليل على بطلان العقد أو حرمة بعدم مشروعية الباعث قد يكون عبارة عن دليل عام يشمل ابتداء كل عقد، و قد

يكون عبارة عن أدلة خاصة واردة في موارد مخصوصة كبيع العنب أو الخشب أو السلاح ممن يصنعه خمرا أو صنما أو صليبا أو يحارب به المسلمين، ثم ينتزع منها حكم عام بلحاظ كل العقود. و على كل تقدير تارة نستنتج الحرمة التكليفية فحسب، و اخرى نستنتج البطلان فهنا لدينا بحثان:

[البحث الأول]: حرمة العقد عند عدم مشروعية الباعث:

إشارة

البحث الأول: في الحرمة التكليفية للعقد حينما يكون الباعث إليه للشخص المقابل غير مشروع، و نبحت ذلك أولا على مستوى الأدلة العامة ثم على مستوى الاستنتاج من الأدلة الخاصة.

١- مقتضى الأدلة العامة:

إشارة

أما على مستوى الأدلة العامة للتحريم فقد اختار السيد الإمام الخميني رحمه الله الحرمة بمجرد العلم و بلا حاجة إلى قيد الشرط أو قصد تحقق الحرام، و استدل على ذلك بوجوه ثلاثة «١» على تأمل له في إطلاق الوجه الثاني:

(١) راجع المكاسب المحرمة للسيد الإمام رحمه الله ١: ١٢٩-١٤٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦٠

أ- دعوى حكم العقل:

إشارة

الوجه الأول- دعوى حكم العقل بقبح تهيئة شرائط أو أسباب المعصية و الإثم لمن يعصى الله تبارك و تعالي كما يحكم بقبح المعصية، و لا فرق في ذلك بين كون الهدف من ذلك تحقق تلك المعصية أو لا، و بين كون السبب من الأسباب القريبة أو البعيدة، و لا بين كون السبب منحصرا عند هذا الشخص أو أن العاصي سيشتري العنب مثلا من شخص آخر لو امتنع هذا عن بيعه منه فيجعله خمرا، و لا بين كون المشتري قاصدا بالفعل لاستعمال العين المبيعة في المحرم و كونه غير قاصد ذلك بالفعل و لكن الباع يعلم أنه سيتحقق له هذا القصد في المستقبل، أو أن نفس حصوله على هذه العين سيقدر في نفسه الداعي إلى صرفها في المعصية. و كذلك لا مجال لأي تفصيل آخر من أمثال هذه التفاصيل إلا بشدة القبح و ضعفه، أما أصل القبح فهو عنصر مشترك في كل هذه الموارد، و القبح العقلي يؤدى إلى الحرمة الشرعية.

و ليس المقياس في صحة هذا الوجه صدق عنوان الإعانة كى يشكك في بعض الفروض في صدق هذا العنوان كما لو خصص صدق هذا العنوان بما إذا كان هدف الباع من هذا البيع تمكين المشتري من المعصية أو حصولها منه، أو بخصوص الأسباب القريبة دون البعيدة، أو بما إذا كان المشتري من الآن عازما على الصرف في المعصية دون ما إذا علمنا بأنه سينقدح في نفسه داعي المعصية في المستقبل و نحو ذلك، و إنما المدعى في هذا الدليل هو حكم العقل بقبح تهيئة أسباب و شرائط المعصية لشخص ما من دون ارتباط لذلك بصدق عنوان الإعانة عليه و عدمه. هذا و ما قلناه في علم الاصول من أن مقدمة الحرام ليست حراما إنما يعنى عدم الملازمة

بين حرمة الفعل و حرمة مقدمته، فنفس فاعل الحرام لا

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦١

يكون بارتكابه للمقدمات مرتكبا لحرام إضافي، أما غير الفاعل الذي هيأ الأسباب و الشرائط لفاعل الحرام فعمله هذا بنفسه حرام لا من باب حرمة المقدمة بل من باب حكم العقل عليه بقبح ذلك، بينما لا يوجد قبح إضافي في مقدمة الحرام بالنسبة لنفس مرتكب الحرام.

و قد تثار بوجه هذا الدليل عدة نقائص:

الأول – أن هذا الوجه قد يحرم مثل البيع المعاطاني دون مثل البيع الذي يتم بالعقد اللفظي،

فان دخول العين في ملكك من يستفيد منه فائدة محرمة بالعقد اللفظي يمكن للبائع إخراجه عن غير سلسلة أسباب وقوع المحرم و شرائطه بترك التسليم إذ لو باعه العنب مثلا ثم لم يسلمه إليه بل حال بينه و بين تسلمه للعنب ما دام قاصدا لتحويله إلى الخمر ردعا له عن المنكر لم يكن هذا تهيئة لأسباب المعصية.

و الثاني – إن هناك بعض المصاديق لتهيئة الأسباب أو الشرائط و المقدمات ضروري الجواز فقهيا،

بينما الدليل العقلي لا يقبل التخصيص. مثاله من تزوج رغم علمه إجمالا بأن بعض أولاده أو أحفاده سيعصى الله تبارك و تعالي، و من أآجر رغم علمه بأنه حينما يربح في التجارة يصبح مشمولاً لقوانين ضرائب السلطة غير الشرعية فيأخذ منه السلطان الضرائب ظلما و عدوانا و قد هيأ هو بتجارته أسباب هذا العمل المحرم للسلطان.

فلو كان دليلنا على حرمة العقد المؤدى إلى فعل الحرام دليلا نقليا لسهل الجواب على مثل هذه النقوض بخروجها من ذاك الدليل إما تخصيصا بضرورة من الفقه أو بأدلة الحث على النكاح مثلا مع عدم انفكاكه غالبا عن مثل هذا العلم الإجمالي، أو بالسيرة القطعية في زمان المعصوم، أو تخصصا بدعوى كون تلك الضرورة أو السيرة موجبة لانصراف الدليل، أو ببيان أن العنوان المأخوذ في لسان

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦٢

الدليل لا يشمل مثل هذا الفرض كما لو كان الدليل دالاً على حرمة عنوان الإعانة على الإثم فقد يقال بأن عنوان الإعانة لا يصدق على مثل ذلك كما ورد عن المحقق النائيني رحمه الله تخصيص صدق الإعانة بإيجاد الأسباب التي ليست هي في سلسلة علل خلق الإرادة و تحققها في نفس العاصي فأنما تصدق الإعانة حينما تكون الإرادة بمعنى أن الدافع النفساني تأمياً في نفس العاصي من غير ناحية احتياجه في تحقيق المعصية إلى السبب الفلاني فعندئذ يكون تأمين ذاك السبب له إعانة على المعصية على كلام في أن صدق الإعانة هل يختص بإيجاد السبب المباشر، أي الجزء الأخير من المقدمات أو يشمل المقدمات البعيدة؟ و هل يختص بما إذا كان داعي موجد السبب هو تحقق المعصية أو لا؟ و اختار المحقق النائيني أن صدق الإعانة يختص بما إذا أوجد الجزء الأخير من المقدمات كإعطاء العصا بيد من أراد ضرب مظلوم أو قصد توصل الغير إلى الحرام أما مع عدم القصد و عدم كون المقدمة المأتمى بها هي المقدمة المباشرة فلا تصدق الإعانة.

و على أية حال فحتى لو قلنا بصدق الإعانة في هذا الفرض فهذا لا يشمل في نظر المحقق النائيني مثل مثال النكاح و التجارة لأن المقدمات هنا واقعة في الرتبة السابقة على إرادة العاصي للمعصية «١».

و السيد الخوئي رحمه الله فضّل بين مثل مثال النكاح مع العلم إجمالا بأن بعض الأولاد أو الأحفاد سيعصى الله، و مثل مثال التجارة مع العلم بأدائه إلى أخذ الضرائب من قبل السلطان الجائر، ففرض أن صدق الإعانة يختص بما إذا لم تكن المقدمة التي أوجدها عبارة عما يكون دخيلاً في وجود نفس المعان كما في مثل

(١) راجع المكاسب و البيع للشيخ الآملى ١: ٢٦ و ٢٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦٣

النكاح فليس العباس بن عبد المطلب معينا على قتل الأئمة عليهم السلام لكونه قد أولد خلفاء بنى العباس فالمفروض أن يكون وجود المعان مفروغا عنه و تكون تلك المقدمة من مقدمات صدور المعصية منه، و هذا صادق فى مثال التجارة و إن لم يكن فى نظر السيد الخوئى حراما لعدم حرمة الإعانة على الإثم «١».

و على أية حال فكل هذه الكلمات لها مجال فى المورد الذى أوردها فيه المحقق النائيني و السيد الخوئى و هو البحث عن مدى دلالة الدليل اللفظى على حرمة الإعانة. أما فى ما هو محل كلام السيد الإمام رحمه الله الآن من دعوى دلالة العقل على قبح إيجاد أسباب و شرائط المعصية فكل هذه التفاصيل لا مجال لها لأن المسألة ليست مسألة لغوية نبحت فيها عن معنى الإعانة فيبدو فى الذهن استفحال هذا النقض. حيث يقال لئن صح أن العقل يحكم بقبح ذلك فما ذا تقولون فى الموارد التى لا شك فى عدم الحرمة فيها فقهيا؟!

و الثالث - أنه لئن صح حكم العقل بقبح إيجاد سبب المعصية

لأنه يؤدى إلى معصية المولى تبارك و تعالى فهذا إنما يكون فيما إذا لم يكن المشتري عند الامتناع من بيع العين إياه سيشتريها من شخص آخر بحيث لا يكون امتناعنا هذا مؤثرا فى تقليل المعصية، أما إذا كان الأمر كذلك كما لو كان المشتري يريد تخمير كمية معينة من العنب لا- تخمير أكبر مقدار يبيعه البائعون و كانت الكمية المعينة موجودة لدى غيرنا أيضا بحيث لو امتنعنا من بيعها إياه لاشرتها من غيرنا فهنا لا موجب للقبح المدعى فى المقام.

و هذا النقض يذكر عادة على ما سيأتى إن شاء الله من الدليل الثالث من أدلته

(١) راجع المحاضرات ١: ١٣٣، و مصباح الفقاهة ١: ١٧٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦٤

الحرمة فى المقام و هو دليل وجوب دفع المنكر حيث يقال: إن امتناعنا عن بيع العين إياه لا يدفع المنكر لأنه سوف يشتريها من غيرنا. أما هذا الدليل الأول الذى صيغ بعنوان قبح إيجاد أسباب المعصية فقد يدعى سلامته من هذا النقض حتى لو تم فى الدليل الثالث، و الفرق هو أن عنوان دفع المنكر المدعى وجوبه فى الدليل الثالث قد يقال إنه عنوان بسيط لا يتحقق إلا بامتناع الكل من بيع العين إياه، فإذا عرفنا عدم الامتناع من قبل البعض فقد عجزنا عن تحقيق المنع، و هذا نظير ما إذا أوجب رفع جسم ثقيل من الأرض و هو لا يمكن إلا بتعاون اناس عديدين على حمله فإذا امتنع عن ذلك عجز الآخرون عن رفعه و سقط التكليف عنهم.

و أما ما يدعى فى هذا الدليل الأول فهو قبح إيجاد سبب المعصية، و إيجاد سبب المعصية عنوان انحلالى له مصاديق عديدة كلها محرمة فكل من باع العنب من هذا الذى يريد تخميره فقد أوجد سبب المعصية و هو حرام و ليس مصداقه منحصرًا بفرد واحد مرتبط بالكل كما فى رفع الجسم الثقيل حتى يسقط التكليف عن البعض عند امتناع الآخرين فما نحن فيه ليس من قبيل إيجاد رفع جسم ثقيل و إنما هو من قبيل تحريم قتل المؤمن فلو علم أحد أنه لو لم يقتل المؤمن الفلانى لقتله شخص آخر لم يكن هذا مجوزا لقتله إياه فإن حرمة القتل أمر انحلالى متوجه إلى كل واحد من المكلفين مستقلا و كذلك الأمر فى ما نحن فيه فحرمة إيجاد سبب الحرام حكم انحلالى متوجه إلى جميع آحاد المكلفين و عصيان البعض لا يبزر عصيان الآخرين.

إلا أن الواقع هو أننا لسنا أمام دليل لفظى دلّ على حرمة إيجاد سبب المعصية كى نستظهر منه الانحلال و إنما نحن أمام حكم عقلى بالقبح و هذا الحكم العقلى لو كان فأنما النكتة المعقولة له هى التقليل من وجود ما هو مبغوض للمولى

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦٥

سبحانه أو إزالته من صفحة الوجود و إن شئت فقل إنَّ الدليل الثالث إذا فرض وجوب دفع المنكر فيه عقليا لا شرعيا مع الدليل الأول في واقعهما ينبغي أن يكونا دليلا واحدا، و لا يتصور لإيجاد سبب المعصية قبح مستقل عن قبح ترك دفع المنكر و لذا لا نحس فيمن أوجد سبب المعصية باشتداد القبح نتيجة صدق كلا العنوانين على ما هو مقتضى الاستدلال بكلا الدليلين، فلئن فسّرنا هذا الدليل الأول بتفسير معقول و هو التفسير الراجع إلى أحد شقّي الدليل الثالث، أعنى وجوب دفع المنكر عقلا كان لإيراد هذا النقص عليه مجال. هذه هي النقائص الثلاثة التي يمكن إبرازها بلحاظ هذا الدليل.

[الجواب عن النقائص]

أما النقص الأول

- و هو عدم شموله للبيع الذي يتم بالعقد اللفظي فلم يتعرض له السيد الإمام رحمه الله في المقام و لكنه حينما بحث مسألة البطلان بعد فرض الحرمة التفت إلى مسألة الفرق بين البيع اللفظي و البيع المعاطاتي، حيث إنَّ ما يحتم وقوع البيع في طريق تحقق المعصية إنما هو التسليم لا-العقد اللفظي، و ذكر أن الحرمة في البيع المعاطاتي ثابتة على عنوان منطبق على مصداق البيع المعاطاتي و هو التسليم لا على نفس عنوان البيع حتى تفترض دلالتها على بطلان البيع. و في البيع اللفظي يقع بعد تمامية البيع التراحم بين دليل حرمة العنوان المحرّم المنطبق على التسليم و دليل وجوب تسليم المثلث...، «١». و لعله يريد أن يقول: إنَّ عدم بطلان البيع هنا أيضا واضح لأنَّ الحرمة هنا أصلا لم تكن ثابتة على البيع و إنما كانت ثابتة على التسليم و مزاحمة للوجوب الناشئ من البيع كما و يحتمل أيضا أن يقول رحمه الله بحرمة البيع هنا لكونه مورّطا للمكلف في التراحم بين

(١) راجع المكاسب المحرّمة للسيد الإمام ١: ١٤٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦٦

وجوب التسليم و حرمة الإعانة على الإثم، أو إيجاد سبب من أسباب المعصية، إذ لو صحَّ القول بقبح إيجاد سبب من أسباب معصية الغير صحَّ القول أيضا بأنَّ إيجاد ما يورّط نفس الموجد في التراحم بين تكليفين يضطر إلى مخالفة أحدهما أيضا قبيح عقلا، فإنَّ الامتناع بالاختيار لا-ينافي الاختيار عقابا و إن كان ينافيه خطابا، و البيع اللفظي هنا من هذا القبيل لأنَّه يورّط البائع في التراحم بين حرمة التسليم بعنوانه سببا من أسباب معصية المشتري و وجوبه بعنوانه تسليما للمثلث فيكون هذا البيان جوابا على النقص الأول من النقائص التي بيّناها.

إلّا أنّ هذا الجواب مبتن على الإيمان بكون وجوب تسليم المثلث في حدّ ذاته مطلقا يشمل فرض ما إذا كان المشتري سيصرفه في الحرام، و على القول بأنَّ اجتماع هذا الوجوب مع حرمة التسبب إلى المعصية من باب التراحم، و عدم رجوعه أو رجوعه مطلق باب التراحم إلى التعارض و إلّا لتقدم دليل حرمة التسبب على دليل وجوب التسليم باعتبار تقدم الدليل العقلي على الدليل اللفظي لدى التعارض فلا يصح البيع مورّطا للإنسان في التراحم بين تكليفين، و على أيّ حال فالمهم عندي هو النقص الثاني و الثالث لأنهما في نظري مدخلان للبحث الحلي في المقام.

و أما النقص الثاني

- و هو الانتقاض بموارد لا شك بضرورة من الفقه في كون الحكم فيها هو الجواز كالنكاح الذي قد يوجب العلم الإجمالي بتورط بعض الأولاد أو الأحفاد في معصية الله، أو التجارة التي تؤدّي إلى أخذ الظالم للضرائب. فقد أجاب على ذلك السيد الإمام رحمه الله

بأن القبيح عقلا إنما هو تحصيل الشرائط و الأسباب للمعصية لا مطلق ما له دخل في تحقق المعصية كتجارة التاجر العالم بأخذ الظالم للضرائب منه، و النكاح ممن يعلم بتحقيق العصيان من الأولاد أو

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦٧

الأحفاد فمثل هذا ليس قبيحا لأنه ليس من قبيل تهيئة الأسباب و لم يذكر رحمه الله ما هو المقياس المميز عنده بين المعنى الذى يقصده فى المقام بتهيئة الأسباب و غيره، و لعله يقصد بذلك التفصيل بين ما يكون من مقدمات إرادة العاصى كتجارة التاجر، و النكاح المؤدى إلى وجود الولد، و ما يكون من مقدمات تحقق الفعل بعد افتراض تمامية الإرادة من غير زاوية وجود الأدوات كإعطاء العصا بيد الظالم الذى يريد ضرب المظلوم فهذا نظير التفصيل الذى ادعاه المحقق النائنى رحمه الله فى صدق عنوان الإعانة إلا أن مثل هذا التفصيل فى المقام لا مورد له لأننا لو سلّمنا بحكم العقل بقبح تهيئة الأسباب فإنما نسلّمه برجوعه بروحه إلى دعوى أن من وظيفة العبودية و الإخلاص للمولى هو تقريب المولى دائما نحو حصول أغراضه و إخلاء الساحة عمّا يبغضه المولى و لو كان ذاك المحبوب أو المبعوض من فعل الآخرين، و لا يفرق فى ذلك بين ما يكون سببا و بين المقدمات التى لا ترجع إلى السبب، و إن كان قد يقع الفرق بين مورد و مورد بشدة القبح و ضعفه.

و الحاصل: أن النكتة الفتيّة للفرق بين الموارد المقطوع بالجواز فيها فقها و غيرها لم تتضح حتى الآن. و كذلك من ضروريات الفقه جواز المبيعات مع الكفار حيث لا شك فى أن الكفار الذميين كانوا فى زمن المعصومين معاشرين مع المسلمين و متعايشين معهم فى بلادهم و كان بيع المآكل و المشارب و الأدوات منهم قائما على قدم و ساق و كان ذلك مورد رضا الأئمة عليهم السلام من دون شك مع العلم فى نهار شهر رمضان بأن كثيرا منهم سيصرف هذا المآكل أو المشرب فى الإفطار المحرّم، أو العلم بأن الطعام الذى يأكلونه ينجسونه بريقهم ثم يأكلون النجس و هم مكلفون بالفروع كالمسلمين.

و أجاب على ذلك السيد الإمام رحمه الله بأن هذه التكاليف غير منجزة على

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦٨

الكفار عادة و غالبا لأنهم فى غير ما شدّ و ندر قاصرون و ليسوا مقصرين، من دون فرق فى ذلك بين عوامهم و علمائهم، أما عوامهم فلعدم انقداح خلاف ما هم عليه من المذاهب فى أذهانهم، بل هم قاطعون بصحة مذهبهم و بطلان سائر المذاهب نظير عوام المسلمين، و أمّا علماءهم فالغالب فيهم أنه بواسطة التلقينات من أول الطفولة و النشوء فى محيط الكفر صاروا جازمين و معتقدين بمذاهبهم الباطلة بحيث كل ما ورد على خلافها ردّوه بعقولهم المجبولة على خلاف الحق من بدو نشوئهم.

أقول: لو سلّمنا قصورهم رغم انحشارهم مع المسلمين فى بلادهم آنذاك فهذا لا يدفع النقض و ذلك لأن العقل لو حكم بقبح تهيئة مقدمه المعصية علينا إلى حدّ الإلزام. فهذا ليس على أساس حقّ ذاك العاصى علينا، أى حق أن لا نسبب لدخوله نار جهنم مثلا. فأننا بتهيئة المقدمه لا نسلب منه الاختيار فى التورط فى المعصية و عدمه. و لا يكون له بذلك حجة علينا كى يقال: إن هذا الحق ينتفى حينما ينتفى تنجز الحكم عليه بقصوره، و أنّما كان حكم العقل بذلك علينا على أساس حق المولى تعالى علينا فى تقريبه إلى أغراضه المولوية و إخلاء الساحة عمّا يبغضه و هذا ثابت فى المثال المذكور لأنّ القصور و عدم التنجز لا يفنى الغرض المولوى، فإذا كان الغرض المولوى لا زال ثابتا فى حق القاصر فعلى أن لا أورطه فيما يبغض المولى و لا أهتئى له أسباب ذلك و حتى إذا قلنا إن نفس جرأه الفاعل على المولى ما يغيظ المولى و قد انتفت بالقصور و عدم التنجز فالهدف الآخر للمولى و هو الهدف الكامن فى متعلق الحكم لا زال موجودا لعدم سقوط الحكم بالقصور. و لئن كان الفاعل غافلا عن ذلك فأنى غير غافل عنه فيجب على الحفاظ عليه بحكم العقل المفروض فى المقام.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٦٩

- و هو أن امتناعنا عن تهيئته المقدمات قد لا يؤدي إلى إزالة المبعوض لأن الخمار سيشتري عندئذ العنب من غيرنا مثلا، فقد مضى أن هذا إنما يرد في المقام بعد فرض إرجاع الدليل الأول و هو دعوى حكم العقل بقبح إيجاد سبب المعصية و شرطه إلى أحد شقى ما سيأتي- إن شاء الله- من الدليل الثالث و ذاك الشق هو دعوى حكم العقل بوجود دفع المنكر و أنّهما يعودان إلى روح واحدة و هي ضرورة إخلاء صفحة الوجود مما يبغض المولى، تارة بعدم خلق السبب كما في المقام، و اخرى بدفعه فعندئذ نقول: إن دفع المنكر حاله حال ما مضى من مثال رفع جسم ثقيل فهو متوقف على تعاون جماعة عليه و بتخلف بعضهم يسقط عن الآخرين بالعجز.

و أجاب السيد الإمام رحمه الله عن ذلك في بحثه عن الدليل الثالث بأن هناك فرقا بين وجوب دفع المنكر و وجوب رفع جسم ثقيل من الأرض و هو أن رفع الجسم الثقيل ليس له إلا مصداق واحد يقوم به الكل و لا ينحل حكمه إلى أحكام استقلالية بعدد مصاديق كثيرة له. فإذا امتنع البعض عن التعاون في تحقيق هذا المصداق فقد عجز الآخرون عن تحقيقه و سقط الحكم عنهم لا محالة. و أما في المقام فدفع المنكر و إن كان أيضا ليس له عدا مصداق واحد متقوم باتفاق الكل على عدم بيع العنب من هذا الخمار مثلا و لكن إذا وجب هذا الدفع فقد حرم نقض الدفع، أما بعنوان أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده العام شرعا، و إما بلحاظ أن العقل يحكم بقبح الضد العام للواجب بلا- إشكال، فإذا وجب الصوم مثلا قبح تركه و عوقب المكلف على تركه بلا كلام، و لئن لم يكن لدفع المنكر في المقام عدا مصداق واحد فلضده العام و هو نقض الدفع مصاديق كثيرة فيعنى للعنب إياه نقض للدفع و بيع الشخص الآخر له إياه مصداق آخر لنقض الدفع و بيع الثالث مصداق

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧٠

ثالث له و هكذا. و حرمة النقض على الكل شبيهة حرمة قتل المؤمن على الكل لا وجوب رفع الجسم الثقيل على الكل. و من الواضح أنه لا يجوز لأحد قتله بحجة أنني لو لم اقتله لقتله غيرى.

و إن شئت قلت: إن الدفع الواجب إنما يتحقق العجز عنه بعصيان بعض الجماعة بنقض الدفع فكيف يعقل أن نبرئ من نقضه بالفعل ببيع العنب إياه عن المعصية ملقين باللوم على من كان ينقض لو لا نقض هذا بالبيع و هو بالفعل لم ينقض؟! فتمام الفرق بين ما نحن فيه و بين مثال رفع الجسم الثقيل أنه بمجرد أن امتنع البعض عن التعاون في الرفع قد انتقض الرفع فسقط عن الآخرين. و أما في المقام فالذى نقض الدفع هو الذى باع العنب بالفعل من الخمار لا الذى لو كنا لا نبيعه إياه لكان يبيعه إياه.

و لو أمر المولى عبده بدفع السارق عن سرقة ماله و كان ذلك متوقفا على بقاء الباب مسدودا يجب على كل واحد منهم دفعه بحفظ سد الباب أ فهل يجوز لأحدهم فتح الباب للسارق و تمكينه من السرقة حينما يعلم بأنه لو لم يفعل ذلك فعله عبد آخر؟!

أقول: قد نفهم من ظاهر دليل لفظي و لو بمعونه المناسبات، أو من الارتكازات المتشعبة أو الارتكازات العقلانية أن المولى صبّ الحكم ابتداء على نقض الدفع فحرّمه بجميع مصاديقه و لو من باب اتخاذ الاحتياط من قبل المولى حيث يحتمل خطأ عبده في علمه بأنه لو لم ينقض الدفع لنقضه آخرون و عندئذ لا إشكال في انحلال الحكم إلى أحكام مستقلة و غير مترابطة ابتداء و بلا نظر إلى مسألة اقتضاء الأمر بالشىء للنهى عن ضده العام أو قبح ضده العام، و لعلّ مثال دفع السارق يكون من هذا القبيل. أما إذا كان مصبّ الحكم ابتداء هو دفع

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧١

المنكر الذى لا ينحل إلى مصاديق عديدة و يكون حاله حال رفع الجسم الثقيل المتوقف على تعاون الجميع فصحيح أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده العام أو قبحه و لكن هذا النهى أو القبح تبعي لا محالة إعانه بتبع وجوب الشىء فقبل معرفة وظيفة العبد تجاه هذا الضد العام يجب أن نعرف ما هو حال أصل الوجوب، و ما دام الوجوب متعلقا بشىء واحد غير انحلالى و هو دفع المنكر فهو لا محالة يسقط عن البعض بفرض عدم تعاون البعض الآخر للعجز عن تحقيقه كالعجز عن رفع الجسم الثقيل عند امتناع البعض عن ذلك

و إذا سقط الوجوب لم تصل النوبة إلى حرمة الضد العام أو قبجه، فلو وجد أحد صمم على بيع العنب على تقدير عدم بيع الآخرين كان هو العاصي لا محالة لا من باعه بالفعل على أثر علمه بتصميم ذاك. وقد تحصل بكل ما ذكرناه أن النقص الثاني و الثالث لا جواب عليهما. أما حل المسألة فهو أن الحق الإلزامي الثابت للمولى الحقيقي سبحانه و تعالى على العبد عقلا إنما هو أحد أمرين أو كلاهما:

١- حق تحقيق أهدافه المولوية و إخلاء الساحة عما يبغضه.

٢- حق تبجيله و احترامه بتحقيق ما اعتقد كونه من أهدافه و لو خطأ، و إخلاء الساحة عما اعتقد كونه مبغوضا له و لو خطأ و عدم الجراءة عليه بخلاف ذلك.

فإن آمنا بالحق الثاني فحسب و لم نؤمن بالأول من دون إرجاعه إلى الثاني تساوى المتجرى و العاصي في العقاب، و إن آمنا بالحق الأول فحسب، أى باختصاص الحق بصورة الموافقة للواقع ثبت العقاب على العاصي دون المتجرى، و إن آمنا بهما معا بأن افترضنا أن ذات الوصول و لو خطأ يوجب الحق و موافقه

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧٢

الوصول للواقع يوجب حقا آخر كان المتجرى مستحقا للعقاب و العاصي أشد استحقاقا له.

و على أية حال فحق المولى الإلزامي لا يخلو من أحد هذين الأمرين، إما حق تحقيق الأهداف المولوية و إخلاء الساحة مما يبغضه، و إما حق التبجيل و الاحترام و عدم الهتك و التجري. و القاسم المشترك الذى ينصب عليه الحقان هو الأهداف المولوية إما بوجودها العلمى كما فى الحق الثانى من دون دخل للواقع فى ذلك أو بقيد ثبوتها فى الواقع كما فى الحق الأول، و قد افترضنا فى المقام أن هذين الحقين لا- يختصان بمن خوطب بالأهداف و الأغراض المولوية المبرزة بل يشملان الأهداف و الأغراض المولوية المبرزة لشخص آخر فيقبح عقلا مساعده ذاك الشخص الآخر على المخالفة و يجب دفعه عن المعصية.

و على أية حال فمصّب كلا- الحقين كما عرفت هى الأهداف و الأغراض المولوية المبرزة سواء اشترطنا وجودها الواقعى أو اكتفينا بالوجود العلمى، فكل تبدل فى الأهداف المولوية فى الواقع أو فى مرحلة العلم أو وجود مزاحم يغلبه أو يكسره يؤثر على الحق و على قبح الفعل أو الترك و يكسره. و أما ما نقوله من أن قبح معصية المولى ذاتى لا يمكن أن ينفك عنها فأنما هو لأجل أنه أخذت لغه فى مفهوم المعصية تامة الغرض المولوى و عدم ابتلائه بمزاحم يكسره، أما لو انتفى الغرض المولوى أو انكسر بسبب المزاحم لم تكن هناك معصية و لم يكن قبح فى المقام.

حائرى، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامى، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ١، ص: ٣٧٢
إذا عرفت ذلك قلنا: إن سريان الحق المولوى و القبح العقلى مّمن وجه إليه الخطاب إلى غيره و عدمه ليس أمرا دائما، بل يختلف باختلاف عدة نكات فقد يسرى و قد لا يسرى و ذلك لأننا بعد أن التفتنا إلى أن الحق المولوى مصّبّه هو

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧٣

الغرض المولوى و لو بوجوده العلمى يجب أن نحسب حساب دخل عمل الغير فعلا و تركا فى هذا الغرض و المزاحمات التى تراحم ذاك الغرض فى دائرة فعل الغير و هذا الحساب يتبهننا إلى عدة نكات فى المقام:

الاولى: ان الملاك الإلزامى الموجود فى متعلق الحكم المتوجه إلى شخص قد يزاحمه ملاك الترخيص بلحاظ الشخص الآخر المساعد له فى بعض المقدمات لما حققناه فى محله من أن الحكم الترخيصى ليس دائما ناشئا من عدم الملاك فى الإلزام بل قد يكون ناشئا من ملاك فى الترخيص، فقد تكون فى ترخيص صاحب العنب فى بيع عنبه و لو من الخمر مصلحة تراحم مفسدة التخميم و تسقط تلك المفسدة عن تأثير مفسدة التخميم فى تحريم بيع العنب من المخمر.

الثانية: إن ملاك متعلق التحريم قد يراحمه ملاك تلك المقدمة. أي أن المزاحمة تقع بين ملاك متعلقين لا بين ملاك متعلق التحريم و ملاك الترخيص كما في النكته الأولى و مثاله: هو أن نفترض أن مفسدة معصية الأولاد أو الأحفاد زاحمت مصلحة النكاح فإما أن مصلحة النكاح لم تكن إلى حد الإلزام و لكن المقدار الذي تفوق عليها مفسدة المعصية ليس بمستوى يوجب الإلزام بترك النكاح، أو أن مصلحة النكاح في حد ذاتها كانت بمستوى الإلزام و غلبت تلك المفسدة و تنزلت على أثر هذا التراحم من مستوى الوجوب إلى مستوى الاستحباب. أو أن الوجوب كانت تعارضه مصلحة في عدم الإلزام بالنكاح على ما أشرنا إليه من أن الترخيص و عدم الإلزام ليس دائما نتيجة عدم ملاك في الإلزام بل قد يكون نتيجة ملاك في عدم الإلزام.

الثالثة: إن ترك المقدمة قد لا يكون له أي دخل في تقريب المولى إلى غرضه لأن الخمر سيشتري العنب عندئذ من شخص آخر و لم تكن أهمية الغرض

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧٤

بمستوى يحتاط المولى في تحريم تهيئته المقدمة حتى على من يعلم بعدم تأثير تركه لها في إزالة المعصية باعتبار أن المولى يحتمل خطأ العبد في علمه أحيانا.

الرابعة: إن ترك المقدمة قد لا يكون له أي دخل في تقريب المولى إلى غرضه الإلزامي، لأن الأمر المتوجه إلى الشخص الآخر كان نتيجة مصلحة في نفس الإلزام كما في الأوامر الامتحانية. أو لأن الجزء الأخير من علة الإلزام كان عبارة عن مصلحة في نفس الإلزام و لا أثر لترك المقدمة من قبل الغير في تحقيق هذه المصلحة أصلا، و كون الأمر الإلزامي ناشئا من مصلحة في الإلزام بحتا و إن كان نادرا و بعيدا، لكن كون الجزء الأخير من علة الإلزام عبارة عن مصلحة في الإلزام ليس بعيدا.

فتحصّل أن الوجه الأول من وجوه إثبات حرمة تهيئته مقدمات الحرام للغير و هو حكم العقل بقبح ذلك غير صحيح «١».

نعم قد يتفق أننا نعرف بارتكاز متشرعى أو بارتكاز عقلائي في مورد ما عدم تحقق شيء من تلك النكات الأربع التي قلنا إنها لو تحققت منعت عن هذا القبح بتغير موضوعه. و ما مضى من مثال سدّ الباب بوجه السارق قد يدخل في هذا الباب أي في باب العلم عادة بعدم تحقق تلك النكات، و احتياط المولى في مقابل احتمال خطأ العبد في علمه، و إن شئت تعبيراً عرفياً عن تلك النكات الأربع أو عن بعضها فهو أن يقال: أن المطلوب للمولى تارة يكون سدّ جميع الأبواب

(١) و للسيد الإمام رحمه الله التفاتة جزئية إلى بعض هذه النكات في المقطع الثاني من مقاطع الصفحة ١٤٧ و لعله أيضا في المقطع الأخير من مقاطع الصفحة ١٣٦ من كتابه أعنى الجزء الأول من المكاسب المحرمة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧٥

على تحقق شيء ما فعندئذ تحرم على الغير تهيئته مقدماته، و اخرى لا يكون المطلوب للمولى عدا سدّ بعض الأبواب و ليس منها تهيئته المقدمة من قبل الغير فلا تحرم، و هذا التعبير العرفي أنما يكون تاماً لو رجع بروحه إلى بعض تلك النكات الأربع.

ب- التمسك بأية التعاون:

إشارة

الوجه الثاني- التمسك بقوله تعالى: ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ﴾ (١) حيث يقال: إن هذه الآية تدلّ على حرمة الإعانة على الإثم و تهيئته المقدمة لمعصية العاصي إعانة على الإثم على كلام مذکور في الكتب حول مدى سعة و ضيق دائرة صدق الإعانة. أفهل هو مشروط بقصد المعين لمساعدته على الإثم أو لا؟ أم هل هو مشروط بقصد المعان للمعصية أو يكفي أنه سيحصل له هذا القصد بعد تحقق المقدمة؟ أم هل يشترط في صدقها تحقق المعصية بالفعل أو لا؟ أم هل هذا يكون حتى في

المقدمات البعيدة أو يختص بالمقدمات القريبة و نحو ذلك من التفاصيل؟

و عن المحقق الإيرواني رحمه الله في تعليقه على المكاسب النقاش في أصل التمسك بهذه الآية المباركة في المقام بإيرادين:

الإيراد الأول - أن التعاون على البرّ والتقوى أمر مستحب

و مقتضى التقابل بينه و بين التعاون على الإثم و العدوان هو الحمل على التنزيه لا الحرمة. و أجاب السيد الإمام رحمه الله على ذلك بأنه لو سلّمت في سائر الموارد قرينية بعض الفقرات على الاخرى لا تسلّم في المقام لأنّ تناسب الحكم و الموضوع

(١) المائدة: ٢٠٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧٦

و حكم العقل و مقارنة الإثم بالعدوان الذي لا شك في حرمة الإعانة عليه كلها شواهد على الحمل على التحريم «١». أقول: أمّا حكم العقل فقد عرفت حاله و عرفت معقولية عدم حرمة مقدّمه الحرام في بعض الموارد فالتعاون بعد فرض حمله على ما يشمل الإعانة بإتيان المقدّمه يمكن حمله على التنزيه أو الجامع بين الحرمة و الكراهة و كذلك مناسبة الحكم و الموضوع أيضا لا تعين الحرمة في جميع موارد التعاون بعد فرض شموله لمثل الإتيان بالمقدّمه الذي يناسب كونه مكروها كما يناسب كونه حراما. و أمّا مقارنة الإثم بالعدوان فان منعت عن الحمل على الكراهة فلا تمنع عن الحمل على الجامع بين الحرمة و الكراهة، و هذا يجمع بين وحدة السياق بين الإثم و العدوان من ناحية و بين الأمر بالتعاون في البرّ و التقوى مع النهي عن التعاون في الإثم و العدوان. إلّا أنّه رغم كل هذا نقول: إنّ جواب المحقق الايرواني رحمه الله غير صحيح لأنّ التقابل بين الأمر و النهي يختلف عن اجتماع أمرين أو نهيين في سياق واحد، فاجتماع أمرين أو نهيين في سياق واحد لو اجتمع مع كون أحدهما غير إلزامي أسقط الآخر عن الظهور في الإلزام. و أمّا في التقابل بين الأمر و النهي فمقابله المبعوض إلى حدّ الحرمة مع المحبوب إلى حدّ الاستحباب، أو المبعوض إلى حدّ الكراهة مع المحبوب إلى حدّ الوجوب أمر مقبول عرفا كعرفية التقابل بين المحبوب و المبعوض الإلزاميين أو الاستحبابيين بحيث لو كان أحدهما غير إلزامي لم يوجب سقوط الآخر عن الظهور في الإلزام نعم لو لم يكن المفهوم عرفا

(١) راجع المكاسب المحرّمة للسيد الإمام رحمه الله ١: ١٣١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧٧

مسألة التقابل بل كان المفهوم عرفا مسألة التناسق كما لو جمع الأمر و النهي من مادتين غير متقابلتين فقال صلّ صلاة الليل و لا تصم يوم عاشوراء فلا- يبعد أن يقال هنا أيضا أن عدم إلزامية أحدهما يسقط الآخر عن الظهور في الإلزام، أمّا حينما تفترض المادّتان متقابلتين من قبيل: صم في عيد الغدير و لا تصم في عيد الأضحى، و تعاونوا على البرّ و التقوى و لا تعاونوا على الإثم و العدوان، و انفق على محبينا و لا- تنفق على مبغضينا و نحو ذلك فالمفهوم عرفا من أمثال هذه الأمثلة هو قصر النظر على التقابل دون التناسق و التقابل لا يقتضى سقوط أحدهما عن الظهور في الإلزام عند فرض عدم الإلزام في الآخر.

الإيراد الثاني - أن التعاون باعتباره من باب التفاعل يدل على الاجتماع على إتيان المنكر

كأن يجتمعوا على قتل النفوس و نهب الأموال بحيث تكون المعصية مستندة إليهم جميعا، و لا يشمل فرض إعانة الغير على الحرام عند ما يكون الحرام مستندا إلى الغير مستقلا و يكون دور المعين تهيئة الأسباب و المقدمات فحسب.

و تبعه على ذلك السيد الخوئي مدعيا- على ما يبدو من ظاهر تقرير بحثه «١»- أن الإعانة تختص بما إذا كان المعان أصيلا يسند إليه الفعل و المعين غير أصيل و لا يسند إليه ذات الفعل و أما تسند إليه المقدمة أو التسيب، و يكون التعاون على العكس من ذلك فإنه يختص بما إذا كانا معا أصيلين بان يشتركا في الفعل و يسند الفعل إليهما معا.

[الجواب عن المحقق الإيرواني]

و أما ما عن المحقق الإيرواني بالمقدار المنعكس في المكاسب المحرمة

(١) راجع مصباح الفقاهة ١: ١٨٠، و المحاضرات ١: ١٣٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧٨

للسيد الإمام رحمه الله «١» فهو لا يشتمل إلّا على الدعوى الثانية و هي اختصاص التعاون بما إذا كانا أصيلين و شريكين في الفعل، و هذه الدعوى إن تمت فهي كافية لإثبات المطلوب سواء تمت الدعوى الاولى و هي اختصاص صدق الإعانة بما إذا كان المعان أصيلا و المعين مساعدا له بلحاظ المقدمات أو لم تتم بان قلنا بصدق الإعانة حتى فيما إذا كانا معا أصيلين و شريكين في الفعل فإنه على أية حال لو حملت الآية على فرض كونهما أصيلين و شريكين في نفس الإثم و لم تشمل فرض تهيئة المقدمات ثبت المطلوب من عدم حرمة الإعانة بتهيئة المقدمات سواء سمى الاشتراك في ذات الإثم أيضا إعانة أو لا.

و على أية حال فلا ينبغي أن يورد على هذا الوجه بأن الآية و إن دلت على حرمة التعاون الذي هو من الطرفين و لكن لا إشكال في دلالتها أيضا على حرمة الإعانة من طرف واحد و ذلك من قبيل قوله تعالى: **وَلَا تَنَابَرُوا بِالْأَلْقَابِ** «٢» أ فهل يمكن أن يقال: إن هذه الآية إنما حرمت التنازع من الطرفين أما النبز من طرف واحد فلم تثبت حرمة بهذه الآية.

أقول: هذا الإيراد لا- مجال لتوهمه في المقام فإن مقصود المحقق الإيرواني و السيد الخوئي ليس بيان الفرق بين الإعانة من طرف واحد و التعاون بمجرد أن التعاون إعانتان من طرفين فإذا حرمتا لم تحرم الإعانة من طرف واحد، و لو كان هذا هو المقصود فما أسهل النقض عليه بمثل دليل حرمة التنازع الذي لا شك في دلالة على حرمة النبز من طرف واحد أيضا، و ما أسهل الحلّ بالالتفات إلى أن

(١) راجع المكاسب المحرمة للسيد الإمام ١: ١٣١.

(٢) الحجرات: ١١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٧٩

أدلة الأحكام ظاهرة في الانحلال فكما يكون قوله: «صلوا» إيجابا للصلاة على كل واحد من المكلفين مستقلا فلا تسقط الصلاة من أحد بترك الآخرين كذلك يكون قوله: «لا تنازروا» أو لا تعاونوا تحريما للنبز أو الإعانة من كل واحد منهما مستقلا سواء صدر من الآخر أيضا أو لا.

و أما المقصود للمحقق الإيرواني و السيد الخوئي هو أن ما يصدر من المتعاون مباين لما يصدر من المعاون الواحد لأنّ التعاون كان من باب التفاعل و دلّ على صدوره من الطرفين و هذا يستحيل أن يكون بمعنى كون كل منهما مهينا للمقدمات للآخر إذ لا بد من وجود أصيل على أي حال، فلا بد أن يكون بمعنى اشتراكهما في الفعل و استناد الفعل إليهما و كونهما معا أصيلين و لا إشكال في أن الاشتراك في ذات الإثم أشدّ من تهيئة المقدمات و تحريم الأول لا يدل على تحريم الثاني.

و قد أشكل السيد الإمام رحمه الله على ذلك:

أولا- بأنّ التعاون ليس بمعنى الاشتراك في الفعل فإنّ مادة التعاون و الإعانة واحدة و ليست الإعانة إلّا بمعنى تهيئة الأسباب و

المقدمات فلا- بد أن يكون معنى التعاون عبارة عن تهيئة الأسباب و المقدمات من كلا الطرفين و يكون ذلك بأن يهيئ أحدهما للآخر مقدمات فعله و يهيئ الآخر لهذا مقدمات فعل آخر له لا أن يكونا معا شريكين في فعل واحد و إلا لزم تغيير معنى المادة حينما دخلت عليها هيئة التفاعل بينما ليست وظيفة هيئة التفاعل عدا إفهام أن نفس المعنى المقصود بالمادة صادر من كلا الطرفين كل بلحاظ الآخر دون تغيير معنى المادة، فالتعاون في الإثم إذن يعني أن أحدهما هيا مقدمات إثم للآخر و الآخر هيا مقدمات إثم آخر للأول و لا يعني اشتراكهما في إثم واحد.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨٠

و ثانيا بأنه لو تنزلنا و سلّمنا صدق التعاون على الاشتراك في إثم واحد فلا مبرر لنفي صدقه على إعانة كل واحد منهما للآخر في إثم غير إثم الآخر، إذن فالآية دلّت على حرمة الإعانة بمعنى تهيئة مقدمات الإثم للآخرين و هو المقصود.

أقول: أما اختصاص صدق الإعانة بما إذا كان المعان أصيلا و المعين غير أصيل بان يكون دوره دور تهيئة المقدمات دون الاشتراك في أصل العمل (و هذا هو صريح كلام السيد الإمام و ظاهر كلام السيد الخوئي) فهو غير مقبول فكما أن مساعدة الشخص على عمل بتهيئة مقدماته إعانة له على ذلك العمل كذلك مساعدته عن طريق الاشتراك معه في نفس العمل إعانة له على ذلك فلو قبلنا ما قد يظهر من كلام السيد الخوئي من اختصاص الإعانة بفرض تهيئة المقدمات فقد يتم الإشكال الأول للسيد الإمام رحمه الله من أن هيئة التفاعل لا تغيير معنى المادة و لا تبدل من تهيئة المقدمات إلى الاشتراك في الفعل.

و لكن الواقع أن الاشتراك في الفعل أيضا إعانة فلو فسّر التعاون في الآية بمعنى الاشتراك في الإثم فغاية ما يمكن الإيراد عليه هي أن التخصيص بالاشتراك و فرض عدم شموله لتهيئة المقدمات تقييد بلا موجب فالتعاون يشمل الأمرين معا فتخصيصه بالاشتراك و إن لم يكن تغييرا لمعنى مادة الإعانة من المبين إلى المبين لكنه على أي حال تقييد لها بما هو أخص من معناها الأصلي و هذا يعني الرجوع إلى الإشكال الثاني من إشكالي السيد الإمام، فالإشكال الأول حتى لو كان مسجلا على السيد الخوئي فهو غير مسجل على المحقق الايرواني بالمقدار المنعكس من كلامه في عبارة السيد الإمام حيث لم يشتمل على دعوى اختصاص الإعانة بتهيئة المقدمات. و إذا انحصر الأمر في الإشكال الثاني أمكن الجواب عليه بأن الإعانة و إن

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨١

كانت مطلقة تشمل مساعدة الغير بتهيئة مقدمات عمله و مساعدته بالاشتراك معه في ذات العمل و لكن التعاون في هذه الآية مقترنة بقرينة قيدت هذا الإطلاق و تلك القرينة عبارة عن ذكر مصب للتعاون حيث جاء في الآية المباركة:

تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ وَ لَمَّا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ ﴿١﴾ و متى ما يذكر مصب للفعلين المتقابلين في باب التفاعل من قبيل تضارب زيد و عمرو في البيت أو تضاربا في يوم الخميس و نحو ذلك يكون الظاهر العرفي من ذلك وحدة المصّب لكلا الفعلين فمعنى قوله: تضارب زيد و عمرو في البيت هو أنّهما تضاربا في بيت واحد و لا ينطبق هذا الكلام على ما إذا ضرب أحدهما الآخر في بيت و الآخر ضربه في بيت آخر، و كذلك لا ينطبق قوله تضاربا في يوم الخميس على ضرب أحدهما لصاحبه في خميس و ضرب الآخر لصاحبه في خميس آخر، بل ظاهره التضارب في خميس واحد، و كذا الحال في المقام فمعنى التعاون على إثم هو تعاونهما على إثم واحد، و هذا لا يتصور إلا باشتراكهما في ذات الإثم.

بل إن عنوان التعاون و الإعانة بما أنّهما من المفاهيم ذات الإضافة إلى المعان عليه أي يكون فرض لحاظ إضافته إلى المعان عليه مأخوذا في حاقّ لفظه فحتى لو لم يذكر المتعلق في الكلام لا يفهم من التعاون إلا معنى الاشتراك في عمل واحد.

و لا يقال: إنّه يصدق على كل معين و معان أنّهما تعاونوا في الفعل الذي فعله المعان فلو أنّ أحدا أخذ زيدا بيده كى لا يهرب من القتل و الآخر قتله صدق أنّهما تعاونوا على القتل ففاعل المقدمّة يصدق عليه عنوان المتعاون و يكون فعله حراما

(١) المائدة: ٢٠٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨٢

بحكم الآية و قد أعان كل واحد منهما الآخر على قتل زيد فصدق التعاون رغم عدم اشتراكهما في القتل و اختصاص فعل القتل بأحدهما دون الآخر.

فإنه يقال: أنه قد أخذ في مفهوم الإعانة و التعاون أن يكون المعان أصيلا في الفعل و يكون الفعل منتسبا إليه حقيقة فلو اشتركا في العمل و انتسب العمل إليهما معا فقد أعان كل منهما صاحبه و حصل التعاون بينهما على الفعل أما لو كان العمل مستندا حقيقة إلى أحدهما فقط فالآخر هو الذي أعانه على هذا العمل و ليس هذا قد أعان ذاك على هذا العمل إذ لم يصدر هذا العمل منه كي تفترض إعانة صاحبه إياه في هذا العمل ففي المثال المذكور يكون من أخذ زيدا بيده هو الذي أعان صاحبه على قتل زيد و ليس صاحبه قد أعانه على قتل زيد إذ هو لم يقتل زيدا حتى يصدق أن صاحبه أعانه على هذا القتل و ان صحَّ التعبير في مثل ذلك بعنوان (تعاوننا على قتل زيد) مجازا.

و لو فرض تنزلا- صدق التعاون في ما إذا كان دخل المعين في الفعل كبيرا كما في مثال حبس زيد بيده كي يقتله صاحبه فهو لا يصدق في فرض ضعف الدخل كما في بائع العنب ممن يصنعه خمرا و احتمال الفرق في الحرمة و عدمها بينهما و ارد لأنَّ دخل الأول في الإثم أشدَّ من الثاني (و طبعا ما ذكرناه إنما هو من باب المثال و إلا فلا شك في حرمة الإعانة على القتل و إنما كلامنا في الإعانة على الإثم الذي ليس ظلما للآخرين).

و الحاصل أن كلمة التعاون حتى لو جرّدت عن ذكر المصّب تفهم منها وحدة مصب الإعانتين.

و لا- تقاس بمثل كلمة التواهب حيث لا تفهم منها وحدة مصبّ الهبتين رغم أن الهبة أيضا من المفاهيم ذات الإضافة إلى الموهوب أي أنه لوحظ فيها لغة

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨٣

فرض إضافتها إلى ما يوهب و ذلك لأنَّ الهبتين الفرضيتين يستحيل أن تنصبّا على مصبّ واحد بخلاف الإعانتين فإنهما تنصبان عند الاشتراك في عمل على مصبّ واحد، نعم الهبتان الطوليتان أي ما تحقق احدهما موضوع الآخر يمكن أن تنصب على مصب واحد بأن يهب أحدهما المال للآخر ثم يهب الآخر للأول، و لكن كلمة التواهب لا تنصرف إلى فرض نادر من هذا القبيل. و قد تحصّل بكل ما ذكرناه أن هذا الوجه الثاني لإثبات حرمة تهيئة مقدمات المعصية للعاصي أيضا غير تام لعدم صدق التعاون في المقام إطلاقا.

و بعد هذا لسنا بحاجة إلى البحث عمّا بحثوه في المقام في حدود دائرة صدق الإعانة و أنه هل إنَّ صدقها مشروط بالقصد أو بالعلم أو بتحقيق المعصية خارجا أو نحو ذلك أو لا؟ إذ إنَّ هذه الإعانة على كل تقدير هي غير التعاون الذي نهت الآية الشريفة عنه.

نعم لا بأس بأن نشير إلى أن السيد الإمام رحمه الله اشترط في صدق الإعانة القصد بأن يكون المعين قاصدا لتحقيق الفعل من المعان و من هنا وقع الإشكال عنده في تمامية إطلاق هذا الوجه فيما نحن فيه فلا إشكال عنده في تماميته حينما يكون الدافع- لبائع العنب مثلا- إلى البيع هو تحقق التخميم من قبل المشتري أما حينما لا يكون دافعه إلى البيع ذلك بل إنّما الدافع له حصوله على الثمن مثلا فهنا لا تكون الإعانة صادقة على هذا البيع في نظره الشريف.

و قد حاول تغطية هذا النقص في هذا الوجه ببيانين:

أحدهما عام لكل موارد تهيئة المقدمات للإثم، و الثاني خاص بخصوص الخمر:

أما البيان العام فهو دعوى ان قيد القصد ملغى عرفا في المقام (رغم دخله

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨٤

في معنى الإعانة) و ذلك بالمناسبات المغروسة في الأذهان بأن يقال: إنَّ الشارع أراد بالنهي عن الإعانة على الإثم قلع مادة الفساد و المنع عن إشاعة الإثم، أو أنَّ الإعانة تكون عادةً موجبة التشويق العصاة على عملهم و جرأتهم على الإثم بخلاف ما لو رأى العاصي نفسه وحيداً لا معين له في إثمه فقد توجب الوحدة الوحشة المؤذية إلى الترك، و كل هذه المناسبات مشترك بين فرض قصد المعين و عدمه فالمفهوم العرفي للحكم في المقام يصبح مطلقاً و شامل لفرض عدم القصد أيضاً.

إلّا أنَّ السيد الإمام رحمه الله تحفّظ تجاه هذا الوجه و ذكر: أنَّ إلغاء الخصوصية و فهم العرف من الآية ما ذكرناه لا يخلو من تأمل، و إن لا يخلو من وجه.

و أمّا البيان الخاص بخصوص الخمر فهو دعوى أن حديث لعن غارس الخمر و حارسها و بايعها و مشتريها .. الخ الذي ادّعى السيد الإمام رحمه الله استفاضته يدل على تحريم إيجاد كل مقدمة تكون بقصد التخمير فإنَّ معنى غارس الخمر من يغرس العنب بقصد التخمير و خصوصية الغرس ملغية فشرء العنب بقصد التخمير أيضاً حرام، فإذا حرم شراء المشتري قلنا: إنَّ البائع و إن لم يقصد بيعه تحقق التخمير و لكن لا إشكال في أنَّه قصد بذلك تحقق الشراء فقد قصد تحقق الحرام و بالتالي صدقت الإعانة على الحرام و أصبح بيعه مشمولاً لمفاد الآية الكريمة. هذا لو لم نقل أننا نستفيد من التشديدات الواردة في ذاك الحديث حرمة إيجاد مقدمة التخمير لمن علم بذلك و لو لم يكن عن قصد فغارس العنب يحرم عليه ذلك بمجرد علمه بالأداء إلى التخمير، أمّا إن قلنا بذلك فقد حرم البيع بمجرد العلم بمقتضى هذا الحديث بلا حاجة إلى ضمّ الآية المباركة. انتهى ما أردنا نقله عن السيد الإمام رحمه الله.

و على أية حال فقد عرفت نقاشنا في صدق أصل الإعانة في المقام.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨٥

ج - التمسك بدليل النهي عن المنكر:

الوجه الثالث - هو التمسك بدليل النهي عن المنكر بدعوى عدم الفرق بين الرفع و الدفع سواء فرضنا أنَّ وجوب رفع المنكر عقلي كما وافق عليه السيد الإمام رحمه الله أو فرضناه شرعياً:

أمّا إذا فرضناه عقلياً فمن الواضح أن العقل لا يفرّق في الحكم بالوجوب بين رفع المنكر و دفعه.

و ما قد يقال من أنَّ العقل إنّما يحكم بوجوب رفع المنكر أو دفعه في منكر يكون ذات وجوده في الخارج مبعوضاً للمولى سبحانه كقتل النفس و هتك الأعراض و المشاعر الدينية و نحوها دون ما إذا كان المبعوض حيثية صدوره من فلان فإذا كان المبعوض حيثية الصدور فلا علاقة لذلك بغير من يصدر منه ذاك المنكر. قد أجاب عليه السيد الإمام رحمه الله بأنَّ المهم هو أنَّ مقتضى عبودية العبد أن يحول دون تحقق ما يبغض المولى في نفس دائرة البغض، فإن كانت دائرة البغض هي حيثية الوجود فعلى العبد أن يحول دون وجود ذاك المنكر، و إن كانت دائرة البغض هي حيثية الصدور من فلان فعلى العبد أن يحول دون تحقق ذاك الصدور و ليس من المعقول اختلاف حكم العقل بوجوب المنع عمّا يبغض المولى بمجرد اختلاف مصبّ البغض من حيث الوجود إلى حيثية الصدور.

أقول: إنَّ إشكال السيد الإمام رحمه الله على التفصيل بين مبعوضية حيثية الصدور و مبعوضية حيثية الوجود بظاهره وارد و لكن إذا كان مقصود المفصل بين الأمرين هو الإشارة و لو ارتكازاً إلى بعض النكات الأربع التي شرحناها عند إبطالنا للوجه الأول لم يرد عليه هذا الإشكال فتكون خلاصة الكلام في التفصيل بين الأمرين أنَّ المولى قد يريد سدّ جميع الأبواب على هذا المنكر و هذا هو

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨٦

المقصود بمبعوضية حيثية وجوده، و قد يريد سدّ باب الصدور من قبل من يصدر منه الفعل و هذا هو المقصود بمبعوضية حيثية صدوره، على أن يرجع هذا الإجمال إلى بعض التفاصيل الماضية في بيان النكات الأربع و من الواضح أنَّ الاعتراف بحكم العقل

بوجوب دفع المنكر في الأول لا يلازم الاعتراف بحكمه بذلك في الثاني.

وعلى أيّة حال فقد مضى ممّا أنّ الوجه الأول إنّما يكون معقولا بعد فرض رجوعه إلى هذا الوجه الثالث عند افتراضه عقليا، إذن فنستغنى عن تعليقنا على هذا الوجه بعد فرضه عقليا بما مضى ممّا من التعليقات على الوجه الأول.

و أما إذا فرضناه شرعيا فإثبات وجوب دفع المنكر بالدليل الشرعي الدال على وجوب النهي عن المنكر له تقريبان:

أحدهما- التمسك بالدلالة الالتزامية العرفية بدعوى أنّه إذا وجب الرفع وجب الدفع لأدنى الفائدة من الرفع إنّما هي الحيلولة دون الحصة الثانية من الوجود أما الحصة الأولى فقد تحققت ولا يمكن إفناؤها ففائدة الرفع إنّما هي عين فائدة الدفع ويفهم عرفا من وجوب الرفع وجوب الدفع بالالتزام.

و ثانيهما- التمسك بالدلالة المطابقة لدليل وجوب الرفع وذلك بدعوى أنّ الرفع مرجعه إلى الدفع لما قلنا من أنّ رفع الحصة الأولى من الوجود غير ممكن فالرفع مرجعه إلى دفع الحصة الثانية، إذن فما دلّ عليه الدليل بالمطابقة إنّما هو وجوب الدفع.

وقد أجاب السيد الخوئي على التمسك بأدلة النهي عن المنكر في المقام بوجهين:

الأول- أنّ دفع المنكر لو وجب إنّما هو مخصوص بصورة الإمكان وهذا إنّما يكون في فرض انحصار حصول المقدمه بعمل هذا الشخص، أمّا لو فرض أنّه

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨٧

لو لم يبعه العنب مثلا لباعه شخص آخر فالدفع هنا غير مقدور. وقد مضى ممّا بيان مناقشة السيد الإمام رحمه الله لهذا الكلام بملاحظة الضد العام للدفع الواجب وهو نقض الدفع مع ردّها لدى بحثنا عن الوجه الأول فلا نعيد.

و الثاني- أنّ النهي عن المنكر شيء ودفع المنكر شيء آخر، وإيجاب الأول لا يثبت إيجاب الثاني وكأّنه وقع في شرح ذلك في مصباح الفقاهة^(١) تشويش حيث جاء فيه بيانان للمطلب بتعبير قد يوحي إلى أنّهما بيانان لمطلب واحد بينما هما وجهان:

أحدهما- أنّ الرفع وإن كان يرجع بالتحليل والتدقيق إلى الدفع لأنّ الحصة الأولى قد تحققت ولا محيص عنها والحيلولة دون تحقق الحصة الثانية رفع ولكن الأحكام الشرعية وموضوعاتها لا تبني على التدقيقات العقلية، والدفع في نظر العرف غير الرفع.

وقد أجاب عليه السيد الإمام رحمه الله بأنّ دليل وجوب الرفع محمول عرفا على وجوب مطلق الدفع حسب الارتكازات حتى إذا قلنا بأنّ الدفع عرفا غير الرفع، وذلك لوضوح أنّ دعوى «أن وجوب النهي عن شرب الخمر مثلا مخصوص بما إذا شرب الجرعة الأولى

أمّا لو لم يشربها فليس علينا نهيه رغم العلم بأنّه عازم على الشرب فلنا أن نتنظر إلى أن يشرب الجرعة الأولى ثم ننهاء» أمر غير مفهوم عرفا حسب الارتكازات من الدليل، فخصوصية الرفع في مقابل الدفع ملغية في المقام لدى الفهم العرفي لمعنى النصّ الدال على

وجوب النهي عن المنكر ورفع.

وهذا الكلام من السيد الإمام رحمه الله متين جدا.

(١). ١: ١٨١ و ١٨٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨٨

و ثانيهما- وهو الذي اقتصر عليه في المحاضرات «١»: هو أنّ الدليل إنّما دلّ على وجوب النهي عن المنكر لا أكثر من ذلك والنهي عن المنكر عبارة عن زجر الغير ليترك المنكر باختياره ودفع المنكر عبارة عن تعجيزه عنه.

وهذا البيان صحيح فالواقع أنّ وجوب النهي عن المنكر شيء ودفع المنكر شيء آخر فالدليل اللفظي لوجوب النهي عن المنكر لا يشمل دفع المنكر بالدلالة المطابقة كما لا يدل عليه بشكل مطلق بالدلالة الالتزامية لأنّ الملازمة العرفية في المقام يختلف تحققها باختلاف الموارد حسب الالتفات إلى النكات الأربع التي شرحناها في بحثنا عن الوجه الأول وقد تحصل بكل ما ذكرناه أنّ شيئا من

الوجوه العامة لإثبات حرمة تهيئة المقدمات للإثم أو الإعانة عليه غير تام.

و لكن هذا لا يمنعنا عن القول بالحرمة في الجملة في موردين:

المورد الأول: ما إذا كان هدف المساعد على الإثم في تهيئته للمقدمات هو تحقق الإثم فإن كان هدفه هو تحقق عنوان الإثم و معصية الله تعالى فلا إشكال في أن هذا من أبرز مصاديق الجراءة على الله و محاربهته و لا ينشأ إلا من أعلى مستويات الخبث، و إن كان هدفه تحقق واقع المعصية أى تحقق التخميم مثلا- لغايه له في ذلك و لم تكن الغايه نفس عنوان وقوع المخالفه لله تعالى فهذا في غالب الأحيان يكون أيضا جراءة على الله و إن كان بمستوى أقل بكثير من الجراءة في القسم الأول و حينما نقيسه بالنكات الأربع الماضيه نرى أنه في غالب الأحيان نحرز بارتكاز متشعري أو عقلائي الحرمة و عدم وجود نكتة من تلك النكات المانعة عنها.

(١). ١: ١٣٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٨٩

و المورد الثاني- ما إذا كان عالما بأنه سترتب على عمله الإثم من قبل غيره مع فرض العلم بانحصار من يهتئ المقدمة به، كما لو باع العنب ممن يصنعه خمرا لا- بهدف حصول التخميم بل بهدف تحصيل ثمن العنب عالما بأن المشتري سيخمر العنب مع العلم بأنه لا يوجد شخص آخر يبيعه العنب لو امتنع هو من بيعه إياه فهذا أيضا يكون في كثير من الأحيان حراما لإحراز النكات الماضيه متشعريا أو عقلايا بالشكل المساعد على الحرمة لا بالشكل المانع عنها.

و يختلف فرض ما إذا كانت غايته تحقق الحرام عن فرض مجرد العلم بترتب الحرام على ما يهيؤها من المقدمات في عدة امور:

١- اختلاف درجة الجراءة و القبح فهما أشد في الفرع الأول منهما في الفرع الثاني.

٢- إن النكتة الثالثة من النكات الأربع التي شرحناها في الجواب عن الوجه الأول و هي مسألة انحصار المقدمة في عمل هذا الشخص و عدم انحصاره الدخيلتين في إمكانية دفع المنكر و عدم إمكانيةه تؤثر على الفرع الثاني و لا- تؤثر على الفرع الأول في كثير من الأحيان لأن المحذور في الفرع الثاني إنما هو تحقق الإثم خارجا فإذا كان ذلك محرزا حتى على تقدير عدم بيعه للعنب إياه لوجود آخرين ممن يبيعه العنب لم يبق محذور في البيع و لكن في الفرع الأول كثيرا ما تكون في نفس تهيئته للمقدمة لغايه تحقق الحرام جراءة على المولى محرمة حتى لدى فرض عدم الانحصار و محذور الجراءة هذه أمر زائد على محذور مجرد تحقق الإثم من الغير الثابت في الفرع الثاني.

٣- إن النكتة الثانية من النكات الأربع الماضيه (و هي نكتة وجود مصلحة في فعل المقدمة تراحم مفسدة المعصية) تؤثر في الفرع الثاني و لا تؤثر غالبا في

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩٠

الفرع الأول فقد تكون مصلحة في النكاح تراحم مفسدة ما ستصدر من المعصية من الأولاد و الأحفاد تمنع عن حرمة النكاح رغم العلم بصدور المعصية منهم و لكن لا مصلحة في النكاح بقصد تحقق المعصية من الأولاد و الأحفاد أى لا مصلحة فيه بما هو مقيد بهذا القصد فتحريم هذه الحصه من النكاح باعتباره جراءة على المولى مبرزة بالفعل لا يسد عادة باب مصالح النكاح إذ له أن يرتدع عن النكاح بهذا القصد و لا يرتدع عن أصل النكاح.

٤- إن النكتة الاولى من النكات الأربع الماضيه (و هي المصلحة في الترخيص في المقدمة) قد تؤثر في الفرع الثاني دون الأول إذ لا مصلحة عادة في الترخيص في خصوص بيع العنب بقصد تحقق التخميم إذ لو كانت مصلحة في الترخيص فهي تكون عادة في الترخيص في أصل بيع العنب لا في بيعه إياه بهذا الهدف.

٥- إن البيع العقدي واقع عادة في سلسلة مقدمات الحرام عند ما يكون المشتري قاصدا لتخميم العنب، فإن تخميره للعنب و إن كان

متوقفا على تسليم العنب إياه و لكن إذا كان صاحب العنب غير مستعد لتسليمه إياه مجانا، إذن فيبيعه إياه مقدمة لحصول المشتري على العنب الذي يمكنه من التخمير، نعم إذا أوقع البيع بالعقد اللفظي لا- بالمعاطة فقد يتمكن بعد البيع من امتناعه عن التسليم و هذا لا ينافي كون أصل البيع مقدمة من مقدمات الحرام لأن التسليم لا يتم لو لم يتم البيع، و على هذا يتجه القول بأن البائع لو باع العنب مثلا بالعقد اللفظي من الخمر بهدف تحقق الخمر فقد حصلت الجراءة على المولى بمجرد البيع و قبل التسليم فإن من يشرع في مقدمات المعصية بقصد تحققها فقد حصلت الجراءة منه رغم قدرته في الأثناء على قطع سلسلة المقدمات بترك باقي حلقات المقدمة إذن فلا إشكال في هذا الفرع في عدم الفرق بين البيع العقدي و البيع المعاطاتي، فبناء على الحرمة

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩١

بنكته هذه الجراءة يكون كلاهما حراما و هذا بخلاف الفرع الثاني و هو مجرد العلم بتحقيق المعصية إذ في هذا الفرع تأتي الشبهة الماضية إذا كان البيع عقديا لا معاطاتيا إذ يقال: ما دام البيع العقدي لا يخرج الأمر من سلطان البائع إذ بإمكانه أن يحول دون حصول النتيجة بالامتناع عن التسليم فلا- موجب لتحريم البيع عليه فهنا نحتاج إلى الجواب على هذه الشبهة بما مضى من أن البيع العقدي يورطه في مخالفة أحد التكليفين المتراحمين و هما حرمة تهيئة مقدمة الحرام و وجوب تسليم المبيع إلى المشتري، بينما في الفرع الأول لو قلنا بالحرمة على أساس تلك الجراءة الإضافية لا محل لهذه الشبهة من أساسها.

هذا تمام الكلام في الأدلة العامة على حرمة المعاملة حينما توجب تهيئة المقدمة لعمل العاصي، و قد عرفت عدم تماميتها على العموم رغم الإذعان بالحرمة في الجملة لا على الإطلاق.

٢- مقتضى الأدلة الخاصة:

و أما على مستوى الاستنتاج من الأدلة الخاصة فقد يقال: إن الأدلة الخاصة الواردة في الموارد الخاصة و إن كان كل واحد منها لا يستفاد منه حرمة مطلق العقد الواقع في سلسلة مقدمات معصية الغير و لكن إذا تكثرت تلك الموارد التي ورد فيها الدليل الخاص قد نحس بشكل قطعي بعدم فرض خصوصية في تلك الموارد و أن الحكم عام لكل عقد يكون كذلك، و الموارد التي قد يقال بدلالة الدليل الخاص فيها على الحرمة ما يلي:

١- تحريم إعانة الظالم على ظلمه للآخرين «١».

(١) راجع الوسائل ١٢: ١٢٧-١٣٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩٢

٢- تحريم بيع السلاح من المحاربين «١».

٣- تحريم ثمن المغنبة «٢» بناء على حمل الدليل فيه على ما إذا كان مقدمة لحصول الحرام. و هو الاستفادة من الغناء و انصرافه عما إذا باعها ممن يعتقد أنه سيمنعها من الغناء.

٤- تحريم إجارة البيت إذا كان المستأجر يبيع فيه الخمر حيث ورد بسند تام عن صابر أو جابر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: حرام أجره «٣» و لا يبعد أن يكون الصحيح هو جابر و هو منصرف في هذه الطبقة إلى ابن يزيد الجعفي الذي عدّه المفيد في رسالته العديدة ممن لا يطعن فيهم و لا طريق لدم واحد منهم، و السبب في استظهار صحة كلمة «جابر» في المقام دون صابر هو أنّ كلمة «صابر» إنّما وردت في التهذيب (٧: ١٣٤، الحديث ٥٩٣) و لكن نفس الحديث ورد في التهذيب (٦: ٣٧١، الحديث ١٠٧٧) و في الاستبصار (٣: ٥٥، الحديث ١٧٩) و في الكافي (الجزء ٥ كتاب المعيشة، الباب ١٠٣) جامع فيما يحل الشراء و البيع منه (الصفحة ٢٢٧، الحديث ٨) و الوارد في كل هذه الموارد كلمة «جابر» بدلا عن كلمة «صابر» هذا بالنسبة

لما عندي من الطبقات الحديثة و لا تحضرني الطبقات القديمة لهذه الكتب فإن كان الأمر فيها كما هو الحال في الطبقات الحديثة حصل الوثوق بأن كلمة «جابر» هي الصحيحة في المقام.

(١) راجع الوسائل ١٢: ٦٩-٧١، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ٨٦-٨٨، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل ١٢: ١٢٦، الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩٣

نعم ورد أيضا بسند تام عن ابن اذينة قال: كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته و دابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر و الخنزير قال: لا بأس «١». و يمكن القول بانصراف الحديث الثاني إلى كون المستأجر غير مسلم لأن من يحمل على السفينة أو الدابة الخمر و الخنزير كان هم غير المسلمين عادة و هذا بخلاف مبيعة الخمر في بيت ما فإنه يمكن افتراضه عملا مخفيا كان يصدر عادة من المسلمين الفسقة. أما حمل الخمر و الخنزير على السفينة و الدابة فأمر علني لا يمكن إخفاؤه و لم يكن يصدر وقتئذ من المسلمين و عليه فالحديث الأول يخص إطلاقه بالحديث الثاني المخصوص بغير المسلمين.

٥- تحريم بيع الخشب ممن يعمل صنما أو صليبا «٢».

٦- ما ورد من لعن غارس الخمر «٣» و هو يعنى غارس العنب لأجل صنع الخمر الشامل لما إذا كان غارس العنب شخصا و صانع الخمر و شاربه شخصا آخر.

و التحقيق في المقام أنه لو كان كل مورد من الموارد المختلفة التي ورد النص فيها بحرمة العقد أو الأمر الذي اوجب تهيئته مقدمات الحرام للغير مما لا نحس فيه بخصوصية محتملة الدخل في هذا الحكم و إنما كنا نحتمل اختصاص الحكم به من باب إيماننا بتعبدية الأحكام الشرعية و أن دين الله لا يصاب بالعقول

(١) راجع الوسائل ١٢: ١٢٦، الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ١٢٧، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل ١٢: ١٦٤-١٦٦، الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به، و ١٧، الباب ٣٤ من أبواب الأشربة المحرمة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩٤

أمكن القول بأن تعدد تلك الموارد و تكثرها قد يوجب لنا الحدس القطعي بأن مصب الحكم هو مطلق العقد أو الأمر الذي وقع في طريق مقدمات الحرام و أنه لا خصوصية لتلك الموارد في الحكم و لكن حينما يكون أكثر تلك الموارد مما يشتمل على خصوصية نحس فيه باحتمال الدخل في الحكم وفق نكات معقولة لنا فمهما كثرت تلك الموارد لا نستطيع أن نحس من تكثرها عمومية الحكم و عدم اختصاصه بتلك الموارد، و ما نحن فيه من هذا القبيل:

فالمورد الأول راجع إلى الظلم المرتبط بحق الناس و احتمال خصوصية فيه بالقياس إلى حقوق الله واردة.

و المورد الثاني راجع إلى بيع السلاح من المحارب للإسلام و المسلمين و هو من أبرز أقسام الظالمين و فيه الضرر الكبير على أصل المبدأ الإسلامي و احتمال الخصوصية فيه واضح.

و المورد الثالث عبارة عن تحريم ثمن المغنية و من الواضح أن الامتناع عن بيع المغنية ممن يستفيد من غنائها و حبسها في دائرة تمنع عن غنائها كثيرا ما يؤدي إلى تقليل معصية الغناء في الخارج، بخلاف منع صاحب العنب عن بيع عنبه ممن يصنعه خمرا مع وجود آخرين مستعدين للمنع فاحتمال الخصوصية واردة.

و المورد الخامس تحريم بيع الخشب ليعمل صليبا أو صنما و هذا كما ترى أمر مهمّ يمسّ القضايا العقائدية و ليس كقضية فرعية من قبيل تخمير العنب فاحتمال الخصوصية وارد فيه.

و المورد السادس هو مورد لعن غارس الخمر و معناه من يغرس العنب بهدف التخمير فلو تعدينا منه فأنما نتعدى إلى مثل من يبيع العنب بهدف التخمير دون مثل من يبيع العنب مع العلم بالتخمير دون قصده، على أنّ هذا الحديث يدل على حرمة غرس العنب بهدف التخمير حتى بالنسبة لنفس فاعل الحرام من

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩٥

التخمير أو الشرب و هذا يعنى خصوصية في الخمر إذ لم يعرف في سائر المحرمات عادة ثبوت حرمة خاصة و عقاب خاص على مقدماتها بالنسبة لنفس فاعل الحرام فالتعدى من مورد هذا الحديث إلى تهيئة المقدمة لأى حرام آخر غير صحيح.

و أمّا المورد الرابع و هو تحريم إيجار البيت لمن يجعله محلا- لبيع الخمر فان قبلنا بحرمة المقدمات في خصوص الخمر حتى على نفس الخمر كما قد يستفاد ذلك من لعن غارس الخمر فهذا ممّا يجعلنا نحتمل الخصوصية في الخمر إذ لم نعهد حرمة مقدمة الحرام على فاعل الحرام في سائر الموارد و إلّا فلنفترض أنّه بالنسبة لهذا المورد الواحد من ضمن الموارد الستة الماضية لم نهتد إلى خصوصية نتعلّق دخلها في الحكم أ فهل يكفي مورد واحد للجزم بعمومية الحكم و عدم دخل المورد الخاص في الحكم؟!!

على أنّنا وجدنا في موارد اخرى غير موارد تلك النصوص ما نصّ على الجواز فقد ورد ما يفصّل بين بيع الخشب للصليب و بيعه للربط بتحريم الأول و تحليل الثاني «١» أ فلا يعنى هذا التفصيل فيما بين المحرمات بلحاظ مدى اهميتها شدة و ضعفا؟!!

و قد مضى ما دلّ على جواز إيجار السفينة و الدائبة ممّن يحمل فيها أو عليها الخمر و الخنزير، و قد حملناه على إيجارهما من غير المسلم أ فلا يعنى هذا منضمّا إلى رواية المنع عن إيجار البيت ممّن يبيع الخمر التفصيل بين ما يؤدّى إلى إشاعة الفساد بين المسلمين و ما يعود إلى غير المسلمين باعتبار أهمية المطلب في نظر الشريعة بالنسبة للمسلمين و ضرورة تطهيرهم عن الأرجاس؟! و قد ورد ما دلّ على جواز بيع الميتة و النجس ممّن يستحلّها «٢» رغم أنّ هذا أيضا مقدمة للحرام

(١) الوسائل ١٢: ١٢٧، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

(٢) الوسائل ١٢: ٦٧-٦٩، الباب ٧ من أبواب ما يكتسب به.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩٦

أ فلا يعنى هذا التفصيل بين بيعهما من المسلمين المحرّمين لها و بيعهما من غيرهم على أساس اهتمام الشريعة الإسلامية بالمسلمين المحرّمين دون غيرهم؟! و قد وردت نصوص صحيحة صريحة في جواز بيع العصير أو العنب أو التمر ممّن يجعله خمرًا أو سكرًا «١» أ فلا يعنى هذا عدم الإطلاق و العمومية في تحريم تهيئة مقدمات الإثم؟! و قد ذكر السيد الإمام رحمه الله أنّ بعض هذه الروايات يقبل التوجيه بحمله على معنى لا- ينافى الحرمة التي افتى بها و لكنه اعترف بأنّ باقى الروايات لا تقبل التوجيه فطرحها على أساس مخالفتها للدليل العقلي الذي آمن به و الذي مضى النقاش فيه.

هذا وإن كان في مورد بيع العنب و التمر ممّن يجعله خمرًا أو سكرًا ما يقتضى الارتكاز العقلاني و المتشرعى تحريمه كبيعته بقصد تحقق الحرام بإطلاق روايات الجواز منصرفه عنه، على أنّ شبهه ردعه عن الارتكاز لو تمت في الارتكاز العقلاني لا تتم في الارتكاز المتشرعى فالارتكاز المتشرعى يصلح مقيدا لها.

البحث الثاني- في بطلان العقد الذي وقع مقدمة للحرام بناء على تحريمه و عدمه.

قد حقق في علم الاصول عدم الملازمة العقلية بين الحرمة و البطلان في العقود فلا تصل النبوة إلى البحث عن ان حرمة عنوان آخر انطبق على العقد هل تستلزم عقلا الفساد أو لا؟ و هل التركيب بين ذات العنوان و العقد انضمامي أو اتحادي مثلا؟

(١) الوسائل ١٢: ١٦٩- ١٧٠، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩٧

و لكن رغم هذا قد يدل النهي التحريمي في العقود على الفساد بملازمة عرفية حيث أنّ غلبة الحال في الموالى العرفية في إبطالهم لما يمكنهم من إبطاله مما هو مبغوض لهم أوجب دلالة النهي التحريمي المتعلق بعقد ما على الفساد باعتبار أنّ الغالب في المبغوضيات الواصلة إلى حدّ تحريك المشرّع العرفي نحو التنصيص على تحريم عقد هو اعتباره فاسدا من قبل ذلك المشرّع، نعم هذا الاستظهار أنّما يكون في النهي المتعلق بالعقد بعنوانه.

و قد ذكر السيد الإمام رحمه الله «١» ان المعاملة إن كانت معاطاتية فهي و إن فرضت حرمتها لمثل كونها إعانة على الحرام أو تسهيلا لتحقق الإثم لكن النهي لم يتعلق بعنوان المعاملة كي يوجب الفساد و إنّما تعلق بعنوان آخر انطبق على المعاملة الخارجية و إن كانت بالعقد اللفظي فبعد وقوع العقد يقع التراحم بين حرمة التعاون على الإثم و وجوب تسليم المثلث فان قلنا بترجيح الثاني و جب التسليم و عوقب على الإعانة سواء قلنا ببقاء الحكم في المتراحمين على ما هما عليه من الفعلية أو قلنا بسقوط النهي، إذ أنّ إسقاط المولى للنهي هنا إنّما هو على أساس اضطراره إلى ذلك بسوء اختيار العبد و ان قلنا بترجيح الأول لم يجز له التسليم.

أقول: يحتمل أنّ السيد الإمام رحمه الله أراد أن يقول: إنّ العقد إن كان معاطاتيا فهو غير باطل لأنّ متعلق النهي عنوان آخر غير عنوان العقد، و إن كان لفظيا فعدم بطلانه بطريق أولى لأنّ النهي تعلق بالتسليم لا بالعقد. فإن كان هو هذا مقصود السيد الإمام فبالإمكان أن يقال في مقام توجيه حرمة العقد اللفظي بما مضى من دعوى كونه مورّطاً للعبد في مخالفة أحد المتراحمين بسوء اختياره. و يحتمل

(١) راجع المكاسب المحرمة للسيد الإمام رحمه الله ١: ١٤٩- ١٥٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩٨

أنّه رحمه الله لم يقصد شيئا من هذا القبيل و إنّما كان المقصود من تفصيله بين العقد المعاطاتي و اللفظي في المقام مجرد بيان حال التراحم الذي يقع في مورد العقد اللفظي دون المعاطاتي، أو بيان وجه آخر لبطلان العقد يختص بالعقد اللفظي و ذلك بناء على ترجيح حرمة التسليم و هو ما ذكره رحمه الله: من أنّه (ربّما يقال: إنّ المعاوضة لدى العقلاء متقومة بإمكان التسليم و التسلم و مع تعذره شرعا أو عقلا لا تقع المعاوضة صحيحة، و في المقام يكون تسليم المبيع متعذرا شرعا لعدم جوازه فرضا و عدم جواز إزماءه عليه لا من قبل المشتري و لا الوالى و مع عدم تسليمه يجوز للمشتري عدم تسليم الثمن و المعاوضة التي هذه حالها ليست عقلائية و لا شرعية فتقع باطله).

و أجاب رحمه الله عن ذلك بتعبيرين حيث أجاب عليه أولا بتعبير ثم ذكر تعبيرا آخر تحت عنوان (و إن شئت قلت) ممّا قد يوحى إلى أنّهما تعبيران عن جواب واحد و لكن الصحيح أنّهما جوابان لو أبطل أحد الأول منهما لم يبطل بذلك الثاني:

الجواب الأول- إنّ الشرط في صحة المعاملة إنّما هو القدرة التكوينية على التسليم و التسلم لا الشرعية، و نظر السيد الإمام رحمه الله المقام بجواز ترك التسليم مع صحة البيع فيما لو كان أحد المتبايعين مدينا للآخر فحبس الدائن متاعه المبتاع لاستيفاء دينه فالبيع يكون هنا صحيحا و لا يجوز للآخر حبس العوض فليكن ما نحن فيه من هذا القبيل.

و الجواب الثاني- إنّ البائع قادر على التسليم و غير ممتنع عنه غاية ما هناك ان تسليمه مشروط بعدول المشتري عن قصد التخميم مثلا

فنكول البائع إنما هو بتقصير من المشتري و تسبب منه و في مثله لا يكون النكول منافيا لمقتضى المبادلة بل يجب عليه تسليم الثمن و عدم مقابلة النكول بالنكول.

فقه العقود، ج ١، ص: ٣٩٩

أقول: إن الجواب الثاني أقوى من الجواب الأوّل فقد يورد على الجواب الأوّل بأن الارتكاز العقلاني يرى الملازمة بين تشريع حرمة التسليم و بطلان المعاملة في تلك الشريعة و العقلاء في تشريعهم العقلاني لو حرّموا التسليم الحقوا ذلك بفرض عدم إمكانية التسليم و يكون للطرف الآخر حق عدم تسليم العوض و قياس المقام بحبس الدائن المتاع المبيع لأجل استيفاء دينه قياس مع الفارق فان الحبس بعنوان استيفاء الدين يكون بمنزلة التسليم إذ وقي به دين المشتري الذي كان يمتنع عن وفائه و هذا بخلاف ما نحن فيه. و هذا الإيراد كما ترى لا مجال له على الجواب الثاني.

و على أيّة حال فقد ذكر السيد الإمام رحمه الله في العقد الذي يهتئ مقدمة الإثم للعاصي محاولتين لإثبات تعلق النهي بنفس عنوان المعاملة فيثبت البطلان أحدهما عام و الآخر خاص ببيع العنب و التمر ممّن يصنع خمرا «١».

أمّا الوجه العام- فهو التمسك بحديث تحف العقول ليس بالفقرة الواردة في مكاسب الشيخ الأنصاري رحمه الله بل بفقرة ذكر السيد الإمام رحمه الله أنها ساقطة عن قلم الشيخ قدس سرّه أو لم تكن موجودة فيما كان يمتلكه من النسخة و الفقرة ما يلي:

«و كذلك كل بيع (مبيع ظ) ملهوّ به و كل منهى عنه ممّا يتقرب به لغير الله، أو يقوى به الكفر و الشرك من جميع وجوه المعاصي (و باب من أبواب الضلالة أو باب من أبواب الباطل) أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرّم بيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه».

و ما جعلناه في أثناء هذه العبارة بين القوسين هو الساقط من قلم الشيخ الأنصاري رحمه الله.

(١) راجع المكاسب المحرّمة للسيد الإمام رحمه الله ١: ١٥٠-١٥١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠٠

و المقدار الموجود في مكاسب الشيخ لا يدل على المقصود فان المبيع الملهوّ به يختص بما يكون آله للهو و لا يشمل مثل العنب الذي يباع ممّن يصنعه خمرا و كذلك عنوان (كل منهى عنه ممّا يتقرب به لغير الله) يختص بما يحرم كل أو جلّ منافعه، و لا يشمل مثل بيع العنب ممّن يصنعه خمرا و كذلك عنوان (أو يقوى به الكفر و الشرك من جميع وجوه المعاصي) يختص بمثل بيع السلاح من المحاربين و بيع كتب الضلال و نحوهما من المعاصي التي تكون تقوية لمبدأ الكفر و الشرك و لا يشمل مثل بيع العنب ممّن يصنعه خمرا، و عنوان (باب يوهن به الحق) يختص بما يوجب الوهن في الإسلام كبيع السلاح من المحاربين و نحوه و لا يشمل مثل بيع العنب ممّن يصنعه خمرا.

أمّا ما يدل في نظر السيد الإمام رحمه الله على المقصود فهو قوله: (أو باب من أبواب الباطل) فهذا يشمل مطلق ما جعل مقدمة لمعصية ما سيما مع وقوعه في مقابل (باب من أبواب الضلالة أو باب يوهن به الحق) فالمقصود بباب من أبواب الضلالة ما يوجب ضلال الناس كبيع كتب الضلال بل و بيع القرطاس لطبعه و نشره و المقصود بباب يوهن به الحق ما يوجب وهن الإسلام كبيع السلاح من المحاربين و بيع العنب ممّن يجعله خمرا و يبيعه علنا في شوارع المسلمين، أو جنب المشاهد المعظمة و نحو ذلك ممّا يوجب الوهن في الإسلام، أما مثل بيع العنب ممّن يصنعه خمرا و يستفيد منه شخصيا مثلا فهو غير داخل في أحد هذين البابين و لكن قوله:

(أو باب من أبواب الباطل) لو اريد تخصيصه بأبواب الضلالة أو أبواب وهن الحق لكان تكرارا لإحدى الفقرتين الاخرتين، و لكن لو فسّر بمعنى مطلق أبواب المعاصي فليس تكرارا لهما و يشمل مثل بيع العنب ممّن يصنعه خمرا. و على أيّة حال فقد ناقش السيد الإمام رحمه الله في هذا الوجه بضعف سند الحديث.

و أمّا الوجه الخاص بباب الخمر- فهو التمسك بروايات لعن غارس الخمر،

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠١

أى غارس العنب لأجل التخمير و الطوائف الأخرى الدخيلة فى شرب الخمر، فان قبلنا دلالتها مباشرة على تحريم بيع العنب ممن يصنعه خمرا فقد ثبت المقصود و إنما فلا- أقل من دلالة على حرمة شراء العنب بقصد التخمير، فلئن كان يحرم الغرس مثلا بقصد التخمير فكيف لا يحرم شراء بقصد التخمير؟! و هذا التحريم يدل على الفساد و إذا فسد الشراء فسد البيع لعدم إمكان التفكيك. أقول: إننا لو تعدينا فى الحرمة من الغرس إلى مطلق ما يوتى به كمقدمة للتخمير فهذا لا يعنى توجه النهى إلى البيع أو الشراء بعنوانه كى يوجب الفساد و إنما هو فى قوة تحريم عنوان مقدمة التخمير و قد انطبق صدفة على شراء العنب أو بيعه، و هذا هو القسم الذى لا يوجب الفساد.

فى ختام بحث السبب:

إشارة

و بودى أن أشير فى ختام البحث إلى أمرين:

الأول

- أننا لو حرّمنا مثل بيع العنب ممن يجعله خمرا على أساس حرمة الإعانة على الإثم و نحوها فى صورة علم البائع بالحال و قلنا باستلزام هذا التحريم للفساد لم يلزم من ذلك الفساد فى صورة جهله بحجته أن البائع لئن كان جاهلا بالحال فالمشترى لم يكن جاهلا به إذن فالشراء باطل لعلم المشتري بالحال و إذا بطل الشراء بطل البيع للتلازم بينهما فى الصحة و البطلان، فهذا الكلام رغم أنه يفهم من ظاهر تقرير بحث السيد الخوئي «١» غريب لأن الإعانة و نحوها

(١) راجع مصباح الفقاهة ١: ١٨٥ فإن التعبير فى هذا التقرير أظهر فى هذا المعنى الغريب من التعبير فى التقرير الآخر و هو المحاضرات ١: ١٣٦ الذى لعله يمكن حمله على معنى أنّ البائع لو كان عمله إعانة للمشتري على الحرام بطل الشراء أيضا و المشتري لو كان عمله إعانة للبائع على الحرام بطل البيع أيضا.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠٢

أما هى فى طرف بائع العنب أما المشتري فلم يعن أحدا على الحرام، و ليست تهيئة مقدمة الحرام حراما على نفس العاصى و إن كانت حراما فأنما هى حرام على غير العاصى فلا معنى لفرض بطلان الشراء بسبب علم المشتري بالحال و بالتالى بطلان البيع نعم لو استدل على حرمة الشراء و بطلانه بأحاديث حرمة غارس الخمر كان لإثبات بطلان البيع بالملازمة مجال كما فعله السيد الإمام رحمه الله.

الثانى

- قد يقال: كيف ينسجم ما ذكرناه من دلالة النهى عن المعاملة بعنوانها على الفساد مع ما دلّ من الأخبار على صحة بيع الخمر رغم حرمة؟ أ فهل يعتبر هذا تخصيصا لقاعدة فساد المعاملة المنهى عنها بعنوانها أم أنّ هذه القاعدة غير صحيحة؟!

و الواقع أنّ هذا الاستغراب ثابت في روايات تصحيح بيع الخمر حتى لو لم تؤمن بدلالة النهي عن المعاملة على الفساد أو لم نقل بتعلق النهي ببيع الخمر بعنوانه و ذلك لأنّ حرمة منافع الخمر اسقطتها عن المالية في نظر الشرع، في حين أنّ الشريعة و العقلاء متفقان على فساد بيع ما لا مالىة له و إن اختلفا بلحاظ النظرة التشريعية أو بعنوان التكاذب في تشخيص المصداق فإذا كانت الشريعة قد شخّصت في الخمر أنّه لا مالىة لها فكيف يصح بيعها؟! و كذلك الحال في الخنزير الذي حرمت منافعه و دلّت الروايات على صحته ببيعها. أمّا ما هي الروايات الدالة على تصحيح بيع الخمر و الخنزير؟ فهي الروايات الواردة في أنّ الدائن يصح له استيفاء دينه من ثمن الخمر و الخنزير الذي اكتسبه المدين من بيعهما «١» و بعضها و إن كان مختصا بما إذا كان المدين

(١) الوسائل ١٢: ١٧١-١٧٢، الباب ٦٠ من أبواب ما يكتسب به، و ١٣: ١١٦، الباب ٢٨ من أبواب الدين.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠٣

ذمياً، لكن هذا لا- يوجب تخصيص سائر الروايات به كما فعله الشيخ الحرّ رحمه الله لأنّ حمل المطلق على المقيد أمّا يكون لدى التنافي بينهما.

و هذه الروايات تعارض ما دلّ على بطلان بيع الخمر أو الخنزير من قبيل روايات تحريم بيع الخمر «١» الدالة بالملازمة على بطلان بيعه و روايات النهي عن ثمنها «٢» و في حديث محمد بن مسلم التام سنداً: (لا يصلح ثمنه) «٣» و أدلة حرمة منافع الخمر و الخنزير «٤» الدالة بالملازمة على بطلان بيعهما.

و ذكر السيد الخوئي في مقام الجمع بين الروايات: أنّا نفصل بين الكافر و المسلم بصحة البيع بالنسبة للكافر و فساده بالنسبة للمسلم «٥»، و قد يظهر من عبارته في بحث الخمر في مصباح الفقاهة اختصاص الجواز بما إذا كان البائع و المشتري معا كافرين، بينما يظهر من عبارته في مصباح الفقاهة في بحث الخنزير و في المحاضرات في بحثي الخمر و الخنزير كفاية كفر البائع. و على أيّة حال فقد تمسك في مصباح الفقاهة لإثبات مدعاه بقاعدة انقلاب النسبة لأنّ بعض الروايات الدالة على الصحة تختص بالكافر فيقيد بها ما دلّ على البطلان و شمل بإطلاقه المسلم و الكافر فيصبح بذلك اخص من مطلقات الصحة

(١) راجع الوسائل ١٢: ١٦٤-١٦٦، الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به، و ١٧: ٣٠٠-٣٠١، الباب ٣٤ من أبواب الأشربة المحرّمة.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ١٦٤، الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل ١٢: ١٦٤، الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

(٤) راجع الوسائل ١٦: ٣٠٩-٣١٢ و ٣٢٠-٣٢٢، الباب ١ و ٣ من أبواب الأطحمة المحرّمة و ١٧: ٢٢١-٢٢٣، الباب ١ من أبواب الأشربة المحرّمة.

(٥) راجع المحاضرات ١: ٤٧-٤٩، و مصباح الفقاهة ١: ٨١-٨٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠٤

و تقيّد به، و هذا الوجه مبنى على مبناه من القول بانقلاب النسبة.

و ذكر في المحاضرات زائدا على هذا الوجه وجهين آخرين:

أحدهما- دعوى انصراف أدلة الصحة الواردة في جواز استيفاء الدائن دينه ممّن اكتسب الثمن ببيع الخمر و الخنزير إلى الكافر باعتبار عدم تعارف بيع الخمر و الخنزير علنا من قبل المسلمين وقتئذ، إذن فهي أخص من أدلة البطلان و بالتخصيص يثبت المطلوب.

و ثانيهما- إنّ بعض أدلة البطلان يختص بالمسلم فلا بد من تخصيص أدلة الصحة بغير المسلم.

أقول: إنّ أثر هذه الوجوه الثلاثة في كفاية كفر البائع او اشتراط كفر المشتري أيضا في صحة البيع مختلف:

فلو كان الوجه في التفصيل بين المسلم والكافر هو الوجه الأول و هو مبنى انقلاب النسبة لو قلنا به. فالنتيجة هي كفاية كفر البائع و ذلك لأن روايات الصحة المخصوصة بالكافر و التي بها تقلب النسبة و إن كان بعضها مخصوصا بفرض كفر البائع و المشتري معا من قبيل حديث علي بن جعفر التام سندا عن أخيه موسى بن جعفر عليه السّلام قال: سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمرا أو خنزيرا إلى أجل فأسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحل له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: إنّما له الثمن فلا بأس ان يأخذه «١» و حديث عمار بن موسى التام سندا عن أبي عبد الله عليه السّلام سئل عن رجلين نصرانيين باع أحدهما من صاحبه خمرا أو خنازير ثم أسلما قبل أن يقبضا الدراهم هل تحلّ له الدراهم؟ قال: لا بأس «٢» و لكن بعضها الآخر لم

(١) الوسائل ١٢: ١٧٢، الباب ٦١ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل ١٧: ٣٠١، الباب ٣٤ من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠٥

يؤخذ فيه عدا قيد كفر البائع من قبيل ما عن منصور بسند تام قال: قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: لى على رجل ذمى دراهم فيبيع الخمر و الخنزير و أنا حاضر فيحلّ لى أخذها؟ فقال: إنّما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك «١» و من الواضح أنه إذا كان لدينا مخصصان متوافقان أحدهما أوسع من الآخر فلا بد من الأخذ بأوسع المخصصين و هو فى المقام ما لم يشتمل إلا على قيد كفر البائع. أمّا الوجه الثانى و هو دعوى الانصراف فهو يقتضى تخصيص الحكم بالصحة بما إذا كانا معا كافرين لأنّه كما لم يكن من المتعارف وقتئذ بيع الخمر أو الخنزير من قبل المسلم علنا كذلك لم يكن من المتعارف وقتئذ شراء المسلم لهما علنا، إذن فجميع تلك الروايات منصرفة إلى فرض كفر البائع و المشتري معا.

و لا يرد على دعوى الانصراف: ان الانصراف الناتج من كثرة الوجود الخارجى انصراف بدوى فإنّ هذا الإشكال أنّما يكون لدى دعوى انصراف كلمة إلى قسم من مصاديق معناه مما يكثر وجوده خارجا كما لو ادعى انصراف كلمة (رجل) إلى الرجل الشجاع لفرض كون غالب الرجال فى البلد شجعانا مثلا، أمّا إذا اكتنفت كلمة بقيد لا يكون غالبا إلّا مع صنف من أصناف مفاد تلك الكلمة فلا- بأس بدعوى الانصراف فى ذلك فمثلا- لو قال: اكرم رجلا- يرمى و كان الرمى عادة لا يصدر إلّا من الرجل الشجاع فلا بأس بدعوى الانصراف إلى الرجل الشجاع و ما نحن فيه من هذا القبيل فإنّ كلمة الرجل (لا) تنصرف فى ذاتها إلى الكافر و لكن اكتنافها بقيد البيع الذى لا يصدر عادة علنا إلّا من الكافر جعلها تنصرف إلى الكافر.

(١) الوسائل ١٢: ١٧١، الباب ٦٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠٦

و أمّا الوجه الثالث و هو اختصاص بعض روايات البطلان بالمسلم مما يوجب تخصيص أدلّة الصحة بغير المسلم فتلك الروايات بعضها أخذ فيها قيد إسلام البائع فقط كروايتى الباب ٥٧ ممّا يكتسب به من المجلد الثانى عشر من الوسائل و لكنهما ضعيفتان سندا و أمّا التامّ منها سندا فقد ورد فى فرض إسلامهما معا و هو ما مضى من حديث علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السّلام سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمرا أو خنزيرا إلى أجل فاسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحل له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: إنّما له الثمن فلا بأس أن يأخذه. فهذا يدل بالمفهوم الجزئى على عدم الجواز لو كانت العملية واقعة بعد الإسلام و القدر المتيقن من عدم الجواز هو فرض إسلامهما معا، إذن فنتيجة هذا الوجه لو كان وحده كفاية كفر أحدهما فى صحة البيع.

و لكن بما أنّ الظاهر صحة دعوى الانصراف فالنتيجة اختصاص الصحة بالمقدار المستفاد من هذه الروايات بفرض كفرهما معا، إلّا أنّه لا يبعد القول بكفاية كفر المشتري فى صحة البيع منه على أساس قاعدة الزامهم بما التزموا به هذا فى الخنزير، و كذلك فى الخمر لو

لم نقل بحرمة بيعه حتى من الكافر تمسكا بإطلاق روايات لعن بائع الخمر فبناء على ضعف تلك الروايات و عدم ثبوت استفاضتها يتجه جواز بيع الخمر من الكافر سنخ ما ورد من جواز بيع الميتة أو النجس ممن يستحلّه «١». وعلى أية حال فالاستغراب الذي أشرنا إليه في صحة بيع الخمر و الخنزير رغم حرمة بيع الخمر بناء على حرمة و رغم سقوطهما عن المالية شرعا قد انحل

(١) راجع الوسائل ١٢: ٦٧-٦٨، الباب ٧ من أبواب ما يكتسب به.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠٧

بما انتهى إليه الكلام من كون هذا الحكم مختصا ببيع الكافر أو بالبيع من الكافر فإنّ تصحيح معاملات الكافر وفق مذهبه حتى لو كانت محرمة يعاقب عليها، أو تصحيح المعاملة مع الكافر وفق مفاد قاعدة الإلزام ليس غريبا، و تصحيح هذه المعاملات يؤثر في تسهيل الامور على المسلمين في استفادتهم من أموال الكفار فروايات الباب تكون من سنخ الروايات الواردة في جواز أخذ الجزية من الذمى من ثمن خمرهم و خنزيرهم و ميتتهم «١» بناء على دلالتها على صحة بيعهم لتلك الامور. هذا. و قد يخطر بالبال عدم صلاحية روايات الباب لتقييد أدلة بطلان بيع الخمر و الخنزير بمعنى تخصيصها بالمسلم و ذلك بأحد تقييبن:

الأول- ان دليل الحرمة التكليفية للبيع أو للانتفاع بالخمر و الخنزير لا يختص مفاده بالمسلمين بناء على ما هو الحق من كون الكفار مكلفين بالفروع و قد افترضنا الملازمة العرفية بينهما و بين بطلان البيع، فإذا ثبت الانفكاك بينهما في بيع الكافر فالعرف لا يستظهر بعد ذلك من دليل تلك الحرمة الملازمة مع البطلان في بيع المسلم و هذا معناه سقوط هذه الدلالة الالتزامية تماما.

و هذه الشبهة أما ترد لو قلنا بأن الدلالات الضمنية تكون في حجيتها أيضا ضمنية و ليست انحلالية قابلة للتفكيك و ان حجية العام في ما عدا مورد التخصيص ليست لأجل انحلالية حجية الدلالات الضمنية بل لأجل وجود ظهور آخر طولي في أقرب المجازات يؤخذ به عند سقوط الظهور الأول و هو الظهور في العموم، أما في المقام فبعد ان سقط جزء من هذه الدلالة الالتزامية فقد سقط كلها إذ ان العرف لا يعترف بالملازمة بالنسبة للمسلم بعد سقوطها بالنسبة للكافر.

(١) راجع الوسائل ١١: ١١٧-١١٨، الباب ٧٠ من أبواب جهاد العدو.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠٨

و هذا الكلام قد اتضح جوابه مما سبق فان كون الملازمة العرفية بالنسبة للمسلم أقوى منها بالنسبة للكافر معقول في المقام و ذلك لمعقولية تنفيذ المعاملات الشخصية للكفار الذين لا يؤمنون بشريعهم ما من قبل تلك الشريعة و لو لأجل تسهيل امور المؤمنين بتلك الشريعة، أو لقاعدة الإلزام رغم عدم تنفيذها حينما تقع فيما بين المؤمنين بتلك الشريعة، إذن فالظهور الطولي في البطلان بالنسبة للمسلم بعد سقوط حجية الظهور في البطلان على الإطلاق ثابت في المقام.

الثاني- ان يقال: ان التفكيك بين حرمة البيع و بطلانه بان يحرم و يصح و أن كان متعقلا في نظر العرف و العقلاء و لكن التفكيك بين حرمة الانتفاعات و بطلان البيع بان يكون الخمر أو الخنزير ساقطا عن المالية شرعا و مع ذلك يصح بيعه من الكافر غير متعقل في نظرهم فدليل صحة بيعهما بالنسبة للكافر يعارض أصل دليل حرمة منافع الخمر و الخنزير بعد عدم احتمال حليتها للكفار بان يصبح الكفر موجبا لتسهيل الأمر عليه و بما ان حرمة منافعهما من الواضحات فهذه الروايات ساقطة في المقام.

و الجواب: أولا- ان صحة بيعهما من الكفار و لو تسهلا لأمر المسلمين أمر يتعقله العرف كما مضى.

و ثانيا- هناك حديث مصرح بالتفصيل بين الحرمة على الكافر و حلّ الثمن للدائن المسلم و هو قوله في حديث محمد بن مسلم: «أما للمقتضى فحلال و أما للبائع فحرام» «١» فهذا لا يسقط بالتعارض مع أدلة الحرمة بل جميع أدلة الجواز في المقام بعد ضمها إلى

الارتكاز المتشرعى الذى لا يشك فى حرمة منافعهما

(١) الوسائل ١٢: ١٧١، الباب ٦٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٠٩

الأساسية من الأكل والشرب هى ادلة التفصيل بين حرمة المنافع الأساسية و حلية ثمنه للدائن المسلم فلو كان هذا يعنى صحة البيع فكونه خلاف الملازمة العرفية لا يمنع من قبوله تعبدا.

على أننا لو سلمنا عدم تقبل العرف للتفكيك بين حرمة عمدة المنافع و بطلان البيع كان هذا موجبا لسقوط ظهور هذه الروايات فى صحة البيع و حملها على مجرّد تحليل من قبل الشارع للمسلم الدائن ان يستوفى دينه من هذا المال.

و على أية حال فقد اتضح بما ذكرناه ان ما فعله الغرييون من جعل السبب ركنا من أركان العقد لا أساس له عندنا و انما نقول: بطلان المعاملة عند حرمة دواعيها فى مورد خاص حينما يدل عليه دليل خاص دلّ على حرمة بيع الخشب ممّن يصنعه صنما أو صليبا، أو بيع السلاح من المحارب للإسلام و المسلمين و لا نقول بذلك على شكل قاعدة عامّة و لنعد الآن إلى بحث الأركان الأربعة التى عددها للعقود و هى:

الإرادة، و إبرازها، و المتعاقدان، و المحلّ. فنقول:

فقه العقود، ج ١، ص: ٤١١

أركان العقود و شرائطها ٢- الإرادة إرادة العقد فى المرحلة التمهيديّة المقارنة بين انعدام الإرادة و وجودها المعيب شرائط صحّة الإرادة

فقه العقود، ج ١، ص: ٤١٢

الركن الأول: الإرادة

إشارة

، و نعقد فى ذلك أبحاثا ثلاثة:

البحث الأول: فيما فرض فى الفقه الوضعى حالة وسطية بين إرادة العقد النهائى و نفي الإرادة المحض.

و البحث الثانى: فى المقارنة بين انعدام الإرادة و قيامها على أساس الغلط.

و البحث الثالث: فى شرائط صحّة الإرادة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤١٣

[البحث الأول]: إرادة العقد فى المرحلة التمهيديّة

إشارة

أمّا البحث الأول- فقد جاء فى الفقه الوضعى ذكر حالة وسطية بين إرادة العقد النهائى و نفي الإرادة المحض تلك هى مرحلة تمهيدية تؤدى- على وجه محقق أو غير محقق- إلى المرحلة النهائية، و لعل أبرز الصور لهذه المرحلة التمهيديّة: الوعد بالتعاقد، و الاتفاق الابتدائى، و العربون:

الوعد بالتعاقد و الاتفاق الابتدائي:

أما الوعد بالتعاقد و الاتفاق الابتدائي فقد مثل لهما في الوسيط بما يلي:

«يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله أو هو الآن في حاجة إليها و لكن لا يستطيع شراءها فوراً فيكفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر.

يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة و يحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد بيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً. يعد المالك من تسلم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته فقه العقود، ج ١، ص: ٤١٤

في الشراء في مدة معينة و هذا ما يسمى ببيع المذاق.

يؤجر المالك العين و يشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار و هذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة.

يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عند ما يريد العميل أن يقترض. و يلاحظ في كل هذه الصور- الوعد بالبيع و الوعد بالشراء و الوعد بالإقراض- أن العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد أما الموعود له فلم يلتزم بشيء.

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزماً للجانبين:

يريد شخصان التعاقد و لكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية أو نحو ذلك، أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يثقله من الحقوق العينية، أو يمنعهما ان هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي و شهره و هما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال. هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً و لكن المتعاقدين قد قرّراهما على إبرام العقد و يريدان التقيد به منذ الآن فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بان يمضى العقد النهائي في مدة تعين في الاتفاق و هذا الاتفاق الابتدائي و هو وعد بالتعاقد لكنه وعد ملزم للجانبين» (١).

(١) راجع الوسيط ١: ٢٦٦-٢٦٧، الفقرة ١٣٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤١٥

و اثر عدم تمامية العقد النهائي: انّ الواعد يبقى مالكا للشيء فله أن يتصرف فيه و يستفيد منه إلى وقت التعاقد النهائي، كما أنه إذا هلك الشيء قضاء و قدرا تحمل الواعد تبعه هلاكه لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما في العقد النهائي بل أيضاً لأنه لا يزال المالك و لكن لا يكون مسئولاً عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض انّ الشيء قد هلك قضاء و قدرا» (١).

و مقتضى مقاييس الفقه الإسلامي ان يقال: إذا كان الوعد بالعقد شرطاً ضمن عقد كما هو الحال في المثال الرابع فلا ينبغي الإشكال في وجوب الوفاء به.

و أما إذا لم يكن كذلك و لكن كان التزاماً في مقابل الالتزام كما في الاتفاق الابتدائي لو كان التزام كل منهما بالعقد في مقابل التزام

الآخر به و كما لو التزم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة في مقابل التزام المؤجر ببيع العين إياه لو أبدى المستأجر رغبته في ذلك خلال عقد الإيجار فأيضاً لا ينبغي الإشكال في وجوب الوفاء بذلك فأننا لو لم نقل ان هذا شرط داخل تحت دليل وجوب الوفاء بالشرط فلا أقل من كونه عهداً و عقداً يجب الوفاء بهما إذ حتى لو قلنا بأن العقد عبارة عن التزامين متقابلين و لا يكفي مجرد قرار مرتبط بقرار ما لم يوجد التزام فهذا أمر متوفر في المقام، و أما ان لم يكن كذلك فالظاهر أنه يجب الوفاء به أيضاً، لأنه حتى لو لم يقبل بكونه شرطاً فهو عقد لأن العقد هو القرار المرتبط بقرار و هذا ثابت في المقام غاية الأمر أنه عقد على الشيء و ليس عقداً على ذلك الشيء الخارجي مباشرة فهذا داخل في عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد و كذلك في عموم قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا** (٢).

(١) راجع الوسيط ١: ٢٧٤، الفقرة ١٣٨.

(٢) الإسراء: ٣٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤١٦

نعم لو كان الوعد بالتعاقد و عدا ابتدائياً بحثاً لا يستبطن أى عهد أو قرار مرتبط بقرار لم يجب الوفاء به.

هذا و قد ورد في الفقرة الثانية من المادة (١٠١) من القانون المدني الجديد المصري: «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد» (١) و العهد الشكلى عندهم كالهبة و الرهن الرسمى و الشركة، و جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لذاك القانون: أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون ما دام ان الوعد قد يؤدى إلى اتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك باعتباره ولياً للممتنع و بذلك يتاح لهما ان يصلا بطريق غير مباشر إلى عدم مراعاة قيود الشكل، و مع ذلك لا يعنى هذا سقوط الوعد بإبرام عقد رسمى أو شكلى عن الأثر القانونى نهائياً إذا لم يستوف ركن الرسمية أو الشكلية فهذا قد ينتهى إلى قيام دعوى بالتعويض عما وقعت من خسارة أو سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به.

و ذكر أبو عافية: ان هذا الكلام أنما يناسب ما إذا كان شرط الشكلية لصالح أحد المتعاقدين فيقال: ان الوعد الابتدائى لو نفذ من دون تقييد بالشكل لا تنتف مصلحة المتعاقد التى لوحظت فى التقييد بالشكل أما إذا قلنا: ان شرط الشكل أنما هو لصالح المجتمع كى يواجها عقداً مثبتاً و يسهل إثباته أو نفيه و تستقر الامور لا لصالح المتعاقدين فإى عيب فى افتراض ان الوعد الابتدائى بالعقد الشكلى يحتم على الواعد الوفاء به و لو لم يف به نفذه الحاكم الولي للممتنع بإجراء العقد الشكلى

(١) راجع الوسيط ١: ٢٧٠-٢٧١، الفقرة ١٣٥ و ما تحت الخط.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤١٧

و إجراء كفيل بتحقيق المصلحة الاجتماعية الملحوظة للمشروع حينما شرع قيد الشكل!!

أقول: مقتضى أدلة فقهننا الإسلامى التى أشرنا إليها هو وجوب الوفاء بالوعد بالتعاقد دون دليل على تقييد ذلك باستيفاء شروط الشكل المفروضة فى العقد النهائى.

و لئن لم نعترف فى فقهننا بعقود شكلية فى العقود المالية فقد اعترف الفقهاء رضوان الله عليهم بعقود عينيه كالهبة و القرض و رهن الحيازة، فالأثر الفقهي لبحثنا يظهر فى هذه العقود إذ لو قلنا بالنكته المشروحة فى المذكرة الإيضاحية للقانون المصرى الموجبة لإسراء شرط الشكل إلى الوعد بالتعاقد لجرت تلك النكته فى شرط القبض أيضاً فى العقود العينية، و القبض فيها يعنى تنفيذها و هذا يعنى إلغاء الوعد بالتعاقد فى العقود العينية نهائياً إذ لو نفذت لتعدينا الوعد بالتعاقد إلى العقد النهائى و لو لم تنفذ لم يصح الوعد بالتعاقد.

و أما ان شروط الانعقاد أو الصحة في العقد الموعود به هل تراعى في الوعد بالعقد أو لا؟ فقد ذكر في الوسيط:

أ- ان الوعد إذا كان ملزماً للجانبين فشرط الأهلية المطلوب للجانبين شرط في الجانبين.

ب- وإذا كان ملزماً لجانب واحد قُدرت الأهلية بالنسبة للواعد وقت الوعد حتى لو فقدت حين العقد النهائي فلا يضرب الحجر مثلاً بعد الوعد وقبل انتهاء العقد النهائي.

ج- و عيوب الإرادة بالنسبة للواعد تقدر وقت الوعد دون وقت العقد النهائي، إذ لا يصدر منه رضا وقت العقد النهائي بل يرغب عليه لو لم يرض بذلك.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤١٨

د- أما أهلية الموعود له فتقدر وقت العقد النهائي لا وقت الوعد إذ لا يلتزم بشيء وقت الوعد و إنما التزامه يكون في وقت العقد النهائي، فلا نشترط فيه أهلية الالتزام وقت الوعد، نعم يجب أن تتوفر فيه أهلية التعاقد و هي التمييز وقت الوعد لأنه عقد و هو أحد طرفيه.

ه- أما عيوب الإرادة بالنسبة للموعود له فتقدر له وقت الوعد و وقت التعاقد النهائي معا لصدور الرضا منه في كلا الوقتين.

و- و سواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو للجانبين فإن مشروعية المحل و السبب يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي «١».

أقول: انّ البند الثاني فيه إشكال من وجهة نظرنا في الفقه لأنّ مثل الحجر في وقت العقد النهائي يكشف عن ان الوعد وقع على متعلق لم يكن مشروعاً في ظرفه، و ان شئت فعبر بأنّ الوعد عقد محله العقد النهائي، و شرط الأهلية في العقد النهائي يعتبر شرطاً للمحلّ بالنسبة للواعد لا بد من توفّره في وقت المحلّ.

العربون و أنواعه:

إشارة

و أما العربون فيفسّر عادة بأحد تفسيرين:

١- أن يكون مبلغاً من الثمن يدفع إلى البائع أو المورج مثلاً كي يكون لكل واحد من المتعاملين حق التراجع على ان يخسر مقداره أي من المتعاملين الذي سيتراجع عما بنوا عليه من المعاملة.

٢- أن يكون دفعه شروعاً في تنفيذ المعاملة فهو مجرد أداء الجزء من الثمن تأكيداً للعقد و البت فيه.

(١) الوسيط ١: ٢٧٢-٢٧٣، الفقرة ١٣٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤١٩

و قد وقع الخلاف «١» في أقسام الفقه الوضعي في بيان ما هو الأصل في تفسير العربون؟ و الذي يحمل عليه ما لم يثبت الخلاف هل هو التفسير الأول أو الثاني؟ أو يؤخذ في كل زمان و مكان بما هو المتعارف في ذلك بين الناس؟

و مقتضى فقهننا الإسلامي بعد تسليم أصل فكرة العربون هو تفسير الكلام أو العمل الواقع بين المتعاقدين على ما تعارف عليه الناس في كل زمان و مكان ما لم يثبت الخلاف أو لم تدل القرائن المكتنفة على الخلاف لأنّ المتعارف بين الناس يولد الظهور و هو حجّة. و على أيّة حال فلا إشكال عندنا في العربون إن كان مجرد أداء لجزء من الثمن شروعاً في تنفيذ العقد من دون أن يخسر أحدهما المبلغ لدى التراجع.

و إنّما الكلام في ما إذا وضع العربون كي يخسر مبلغه كل واحد منهما لدى تراجعه عن المعاملة و هذا قد يفرض جزء من الثمن

يخسره المشتري لو تراجع عن الشراء و يرجعه و مثله معه البائع لو تراجع عن البيع، و قد يفرض عدم كونه جزء من الثمن بل قد يكون قبل تمامية العقد و يقصد به أيضا خسارة كل منهما للمبلغ لدى التراجع عن المعاملة.

فرضية كون العربون جزء من الثمن:

فإن فرض جزء من الثمن دلّت على حرمة صحیحته الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله (يقيله- خ) إلّا بوضيعة قال: لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد «٢»

(١) راجع الوسيط ١: ٢٧٦-٢٨١، الفقرة ١٤٠-١٤٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٩٢، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢٠

و في نقل الصدوق رحمه الله للحديث حذف جملته «و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه» و كأن المقصود بالشرط هو شرط الخيار يعني أنه لم يكن له شرط الخيار كي يضطر البائع إلى الخضوع لرغبة المشتري في الفسخ و لذا أبى قبول ذلك إلّا بوضيعة، و على آية حال فان حرمت الوضيعة من دون شرط كان شرط العربون شرطا مخالفا للسنة، فان معنى مخالفة الشرط للسنة كونه متعلقا بشيء كان في ذاته و لو لا الشرط خلاف السنة و محرّما، و بعدم احتمال الفرق و لو عرفنا تعدّي من فرض اقتطاع البائع لجزء من الثمن لدى إقالته للمشتري إلى فرض اقتطاع المشتري لجزء من المبيع لدى إقالته للبائع.

فرضية عدم كون العربون جزء من الثمن:

إشارة

و إن لم يفرض العربون جزء من الثمن دلّت على حرمة روايته و هب بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: لا يجوز بيع العربون إلّا أن يكون نقدا من الثمن «١» بل هذا الحديث يدل على تحريم العربون بالمعنى الذي يوجب خسارة أحد الطرفين و ان فرض أولا جزء من الثمن فان حمله على تحريم هذا التخسير في خصوص ما إذا لم يفرض جزء من الثمن بعيد لدى النظر إلى المناسبات العقلانية فكأن المقصود من قوله: (لا يجوز بيع العربون إلّا أن يكون نقدا من الثمن) هو ان العربون لا يجوز أن يحسب شيئا عدا ان يحسب جزء من الثمن، أما أن يأخذه البائع لدى رجوع المشتري فهذا باطل لأنه بعد الفسخ لم يعد جزء من الثمن و إن كان أولا جزء منه إلّا ان سند الحديث ضعيف بوهب.

(١) الوسائل ١٢: ٤٠٥، الباب ٢٨ من أبواب أحكام العقود.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢١

و بالإمكان إثبات حرمة العربون الذي يخسره أحد الطرفين و إن لم يفرض جزء من الثمن بنفس صحیحته الحلبي الماضية الواردة في فرضه جزء من الثمن و ذلك بناء على ان لا يحمل الحديث على مجرد معنى أنه لو أقاله البيع و جب عليه إرجاع كل الثمن فعدم رجوع كل المبلغ رغم إقالته العقد ان لم يكن مستحيلا عقلا فهو باطل عرفا و شرعا بل يحمل على بيان منهج اقتصادي في الإسلام من دون خصوصية لفرض الإقالة مع عدم إرجاع كل الثمن فكل ما ينتج نفس هذه النتيجة فهو حرام فلو وافق على الإقالة بشرط ان يهبه ما يساوي جزء من الثمن و ذلك بان يرجع إليه كل المبلغ ثم يأخذ جزء منه بعنوان الهبة المشترطة كان حراما أيضا و كذلك لو لم

يوافق على الإقالة و لكنه وافق على ان يشتري منه العين بسعر أقل ممّا باعه عليه كان حراما أيضا لأنّ النتيجة الاقتصادية لكل هذه الوجوه واحدة، نعم لو اتفق البيع الجديد من دون علاقة له في روجه بموضوع الإقالة كما لو صمّم المشتري بعد فترة على بيع ما اشتراه لا على أساس تندمه على الشراء و صادف ان اشتراه البائع الأول منه بسعر أقل لم يكن بذلك بأس.

أمّا الوجه في حمل هذا الحديث على هذا المعنى فهو أحد أمرين:

الأول- ان الحكم الذي يرد في مورد توجد له في أذهان العقلاء جذور عقلائية يكون حمله على التعبد البحث خلاف الظاهر بل ينصرف إلى تلك النكتة العقلائية، و النكتة العقلائية المتصورة في المقام هي استغلال الحالة الاضطرارية للفاسخ و أكل مبلغ من المال منه على هذا الأساس، و لا فرق في ذلك بين الإقالة بوضيعة أو الإقالة بشرط هبة جزء من الثمن، أو الشراء الجديد منه بسعر أقل و هذه هي نكتة التعدي من دليل حرمة الربا إلى تحريم الحيل الربوية في القرض، و هذا بخلاف تحريم الربا المعاملي، حيث لم تعرف نكتة عقلائية لتحريم مقابلة مقدار

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢٢

من المكيل من جنس معين من القسم الجيد بأزيد منه من القسم الرديء فلا تأتي هذه النكتة للتعدي إلى الحيلة.

و الثاني- انّ الحكم الذي يرد في مورد و توجد هناك حيلة توصلنا إلى نفس النتيجة المطلوبة عادة في تمام الموارد و بلا استثناء لا في بعض الموارد يكون من المترقب ان تلك الحيلة لو كانت جائزة لتبه عليها الشارع كي لا يتورط الناس في المعصية إذ يصبح بإمكانهم الوصول إلى هدفهم عن الطريق الحلال كما تبه في الروايات في الربا المعاملي على جواز الحيلة و عدم التنبيه على ذلك يكون ظاهرا في عدم جواز الحيلة. و هذا أيضا وجه للتعدي من دليل حرمة الربا القرضي إلى خصوص الحيل التي تأتي في تمام الموارد أو غالبها و ما نحن فيه من هذا القبيل فان الاحتيال بالبيع الجديد أو شرط الهبة ممكن دائما. هذا كله لو قرأنا النص في صحيحة الحلبي بتعبير: (فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة) أمّا لو قرأناه (فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة) فقد تدعى تمامية الإطلاق اللفظي لتحريم هذه الحيلة بلا حاجة إلى البيان الذي شرحناه، لأنّ الشراء الجديد بسعر منخفض أيضا قبول بوضيعة.

إلّا أنّ الظاهر أنّ الوجه الأول لا- يتم في المقام و ذلك لأنّ النكتة العقلائية لا- تنحصر في المقام بما مضى من استغلال الحالة الاضطرارية للفاسخ فلعل النكتة العقلائية في تحريم الإقالة بوضيعة هي أنّ الإقالة فسخ للعقد و المفروض عرفا و عقليا عند انفساخ العقد رجوع كل المبلغ، حتى أنّه قيل أنّ هذا عقلي و هذه النكتة لا تأتي في شرط الهبة أو البيع الجديد بسعر أرخص، و هناك نكتة ثالثة متشعبة و هي الاقتراب من ربا الصرف حيث يكون الفسخ مع استرجاع جزء من الثمن بمنزلة حذف العين المبيعة من الوسط و المبادلة بين نقدين مختلفين في المبلغ نظير ما ورد في بعض الروايات من النهي عن بيع ما اشتري سلفا قبل تسلّمه

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢٣

على نفس البائع بسعر أقل «١» و ورد في بعضها التعليل برجوعه إلى الربا «٢» هذا تمام الكلام في الوجه الأول.

و أمّا الوجه الثاني- و هو أنّ عدم ذكر الحيلة التي يمكن إعمالها في تمام الموارد دليل على حرمة، فان قصد بذلك ان عدم ذكرها حتى في حديث آخر منفصل عن حديث تحريم الإقالة بوضيعة دليل على ذلك، باعتبار أنّه لو جازت هذه الحيلة لكان المترقب الإشارة من الشريعة إلى جوازها انفاذا للناس من الحرام، و إرشادا لهم إلى طريق محلّل للوصول إلى هدفهم سواء كانت الإشارة متصلة بالكلام أو في حديث منفصل، و لو كان هذا لوصلنا و لو في رواية ضعيفة السند لأنّ المسألة عامّة الابتلاء و لم يصلنا في المقام.

فالجواب: ان مثل هذا قد وصلنا في المقام ضمن روايات ضعيفة و ضمن روايات تامّة سندا كلها دلّت على جواز بيع المبيع مرة أخرى من بائعه بسعر أقلّ مما اشتراه به منه. فهناك روايات ضعيفة السند وردت في جواز إرجاع العين المسلمّ فيها قبل قبضها إلى بائعها بسعر أقلّ «٣»، و لو تمّت سندا أوجب حمل النواهي التي أشرنا إليها عن ذلك على الكراهة. و هناك روايات كثيرة منها تامّة سندا و فيها ما هي ضعيفة سندا وردت في جواز بيع العينة، و هو بيع العين الشخصية

(١) من قبيل ما في الوسائل ١٣، ٦٨، ٧٠، ٧٢، ٧٣، الباب ١١ من أبواب السلم، الحديث ١، ٩، ١٤، ١٦.

(٢) من قبيل ما في الوسائل ١٣: ٧١-٧٢، الباب ١١ من أبواب السلم، الحديث ١٢ و ١٣ و ١٥.

(٣) من قبيل ما في الوسائل ١٣: ٦٩، ٧٠، ٧١، الباب ١١ من أبواب السلم، الحديث ٥، ٨، ١١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢٤

بسعر نسيئة ثم شراؤه منه بسعر أرخص نقدا تزويدا للمشتري بعين من النقد مع الربح عليه «١»، و في بعضها ما يدل على تقييد الجواز بما إذا لم يشترط البيع الثاني في ضمن البيع الأول، من قبيل ما في كتاب علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى رجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد أ يحل؟ قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس «٢» و تخصيص هذه الروايات بمورده من كون الثمن في البيع الأول مؤجلا- بعيد فان المترقب هو أن يزيد تأجيله في الإشكال بملاحظة اقترابه من الربا القرصي لا ان يخفف الإشكال، و لعله أنما فرض السائل قيد الأجل كي يعرف حال هذا الإشكال و قد حله الإمام عليه السلام بفرض عدم الشرط.

وهذه الروايات الواردة في تحليل بيع العينة توجب حمل ما ورد من النهي عنه على الكراهة و هو ما عن عبد الصمد بن بشير قال سأله محمد بن القاسم الحنّاط فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل فأجىء و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس عندي دراهم؟ قال: خذ منه بسعر يومه قال: افهم أصلحك الله إنّه طعامي الذي اشتراه منّي قال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك قال أرغم الله أنفي رخص لي فرددت عليه فتشدد علي «٣».

(١) من قبيل ما في الوسائل ١٢: ٣٩٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢٣ و ٢٤، و ذكرهما أيضا في ١٣: ٧٥، الباب ١٢ من السلف، الحديث ٦ و ٧، و راجع الوسائل ١٢: ٣٧٠-٣٧١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ فصاعدا، و أكثر أحاديث الباب ٦ منها الصفحة ٣٧١-٣٧٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

(٣) الوسائل ١٣: ٧٥، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢٥

و لا يقال: إن النهي الوضعي لا يمكن حمله على الكراهة. فإنه يقال: ان هذا إنما يكون في الحكم الوضعي الذي يبين بصياغة اخرى غير النهي، أما النهي فبعد ان يحمل على التنزيه تبطل دلالته على البطلان الوضعي. هذا إن لم نفهم من هذا الحديث ابتداء الكراهة و لم نقل - على الأقل - بالإجمال.

و الخلاصة ان هذا الحديث ان كان دالاً على التحريم فهو محمول على الكراهة و كذلك حديث خالد بن الحجاج «١» غير التام سنداً و ذلك بقريته سائر الأخبار من قبيل ما عن بشار بن سيار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه الذي يبيع منه؟ قال: نعم لا بأس به فقلت له اشترى متاعى؟ فقال ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك «٢».

هذا كله إذا كان المقصود من الوجه الثاني أن ترك ذكر الحيلة حتى منفصلاً دليل على تحريمها.

أمّا إذا كان المقصود أن ترك ذكرها متصلاً دليل التحريم باعتبار أننا نترقب من الشارع عند تحريمه لشيء مع وجود حيلة محللة توصل إلى نفس الهدف دائماً هو بيان تلك الحيلة متصلاً فمن الواضح ان هذه الدلالة ليست بأفضل من دلالة إطلاقية تتقدم عليها أحاديث تجويز العينة.

و منه يظهر الحال فيما لو قرأنا صحيحة الحلبي بتعبير «أبي أن يقبله إلا بوضيعة» فدلت بالإطلاق اللفظي على المنع عن البيع الجديد

بوضيعة، فان هذا

(١) الوسائل ١٣: ٧٤، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧٠، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢٦

الإطلاق يقتيد بروايات العينة، نعم لو لا إمكانية التقييد لم يمكن الجمع بينها وبين روايات العينة بوجه آخر وهو حمل الصحيحة على الكراهة فان ذيل الحديث واضح في الحكم الوضعي حيث يقول: «فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد».

حرمة الإقالة بوضيعة:

إشارة

ثم ان حرمة الإقالة بوضيعة كما يمكن إثباتها بصحيفة الحلبي كذلك يمكن إثباتها بوجهين آخرين:

الوجه الأول - التمسك بقوله تعالى: **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**

«١» بناء على ان حمل الآية على الاستثناء المتصل بان يكون المعنى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بكل سبب فانه باطل إلا أن تكون تجارة عن تراض أقرب من حملها على الانقطاع الذي هو خلاف الطبع و الذوق العرفي، فالآية تدل على تحريم أكل المال بكل سبب غير التجارة عن تراض و التجارة عبارة عن مبادلة مال بمال فلا تشمل الهبة و نحوها من انحاء التبرعات، نعم خرج من الآية ما يكون بروح التبرع بمقيد ارتكازي كالم متصل لوضوح ان التبرع يعتبر إحسانا لا باطلا فخرج انحاء التبرع من الآية لا يشكّل تخصيصا للأكثر لان خروجها تخصصي، إذن فمفاد الآية - والله العالم - ان أكل المال حينما لا يكون على أساس روح التبرع و الإحسان يجب أن يكون في مقابل مال آخر من عمل أو حق أو عين و نحو ذلك و إنما لكان أكلا - للمال بالباطل، و أكل المال بالإقالة لا يعتبر أكلا للمال بالباطل لان

(١) النساء: ٢٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢٧

الإقالة «١» و ان لم تعتبر عقلايا مبادلة جديدة و لا تكون تجارة و لكنها بمنزلة الرجوع إلى الأكل بالسبب الأول الذي كان قبل العقد، لان الإقالة فسخ للعقد و لكن أكل جزء من المال تحت عنوان الإقالة بوضيعة أكل للمال بالباطل، إذ السبب الأول لم يكن يشملها، و لم تتم مبادلة بينه و بين مال حتى يدخل في التجارة عن تراض، و لم يكن الأمر بروح التبرع و الإحسان حتى يكون خارجا من مورد الآية تخصصا.

لا يقال: ان هذا الجزء من المال يأخذه في مقابل الإقالة فانها عمل ذو مالبية.

فانه يقال: ان الإقالة و الفسخ تعتبر قيمتهما عقلايا مندكة في قيمة العين المقالة و المفسوخة و لا تعتبر لهما قيمة مستقلة «٢».

(١) لا- يخفى ان الإقالة تختلف عن البيع الجديد في ان البيع الجديد يشتمل على عنوان التمليك و التملك بإيجاب و قبول و لكن الإقالة عبارة عن إبراز الرضا بان يفسخ الطرف المقابل العقد و ليست هي و لا مع الفسخ إيجابا و قبولا بمعنى إنشاءين كما هو الحال

في البيع، و لكن مع هذا لا ينبغي الإشكال في أنّ الفسخ والإقالة يستبطنان في روحهما تبادلاً جديداً و لو بغير لسان الإيجاب و القبول و بغير لسان التملّك و التملّك و لا يرجعان بالدقّة إلى فسخ العقد حقاً فان العقد في غير العقود الراجعة إلى توافق يستمرّ فترة زمنية كما في استئجار الشخص للعمل فترة من الزمن توافق أنّي فالبّيع ليس عدا توافق أنّي لا معنى لفسخه لأنّ الشئ لا ينقلب عما وقع عليه بل لعل الحال كذلك في مثل عقد الاستئجار لأنّ التوافق على كل الفترة الزمّية يتم في آن واحد و لذا لو رجع أحدهما بلا حق و من دون موافقة الآخر كان العقد باقياً يجب الوفاء به، و لكن رغم هذا نقول: أنّ الإقالة ليست عرفاً تبادلاً جديداً بل هي في نظر العرف تعتبر حلّاً للعقد و لذا لا تكون داخله تحت عنوان التجارة.

(٢) هذا الكلام لا يخلو من إشكال.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢٨

لا يقال: أنّه لو جعل في ضمن البيع لأحدهما أو لكليهما حق الخيار بشرط التنازل عن مبلغ من المال فهذا المال يكون في مقابل حق الخيار الذي له مائة و ليس أكلاً للمال بالباطل.

فإنّه يقال: ان جعل مال في مقابل جعل الخيار صحيح لا إشكال فيه لكن هذا لا ينتج التنازل عن مبلغ من المال لدى التراجع عن البيع الذي هو محل الكلام و أنّما ينتج التنازل عن مبلغ من المال في مقابل ان يكون له حق الخيار سواء أعمله بالتراجع و الفسخ أو لم يعمل.

و هذا النمط من الاستدلال يمتاز عن الاستدلال بصحيحة الحلبي في أمرين:

الأوّل- أنّه لو لم نقبل التعدي من مورد صحيحة الحلبي بناء على قراءة «فأبى أن يقيله إلّا بوضيعة» إلى الإقالة بشرط هبة جزء من الثمن، أو هبة مبلغ اجنبي عن الثمن بدعوى أنّ الإقالة بوضيعة تعني رجوع العين كاملة مع عدم رجوع الثمن كاملاً فهذا هو المنهى عنه دون شرط هبة مبلغ من المال، فالتمسك بهذه الآية كفيلاً بتحريم ذلك فإنّ هبة هذا المبلغ من المال ليست بروح التبرع و الإحسان كما هو واضح فهذا أكل للمال بالباطل إذ لا يوجد في مقابله مال آخر.

و الثاني- أنّه لو لم نقبل التعدي من مورد صحيحة الحلبي، و هو إقالة البائع للمشتري بوضيعة في الثمن إلى العكس و هو إقالة المشتري للبائع بزيادة في الثمن أو بوضيعة في الثمن، فالآية كفيلاً بتحريم كل ذلك لأنّه أكل للمال بالباطل.

الوجه الثاني- أن يقال: انّ الثمن الذي يأخذه البائع في مقابل الإقالة إمّا هو بروح تدارك خسارة تجميد ماله،

إذ لو كان يعلم أنّ المشتري سيفسخ المعاملة لكان يبيع العين من مشتري آخر فقد خسر التجارة خلال هذه الفترة إلى الفترة المستمرة من زمن البيع إلى زمن الفسخ، فهو في الحقيقة يأخذ شيئاً من الثمن في

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٢٩

مقابل هذه الفترة الزمنية، أو بروح استغلال الحالة الاضطرارية للمشتري و استفادة مبلغ من المال لا في مقابل شيء، و الأوّل مردوع بأدلة حرمة الربا بناء على التعدي من موردها إلى ما فيه هذه الروح و استفادة قاعدة اقتصادية عامة منها و هي إسقاط قيمة الزمن أو قيمة تجميد المال في فترة زمنية، و الثاني مردوع بالروايات المانعة عن أكل المال لا في مقابل شيء كروايات تحريم المقامرة «١» و روايات تحريم بيع السمك في الآجام «٢» أو الحليب في الضرع «٣» أو الآبق «٤» أو ما في البطون «٥» من دون ضميمه و ذلك بناء على عدم الاقتصار على موارد هذه الروايات و استفادة روح عامية منها و هي المنع عن أكل المال لا في مقابل شيء، فبضم مجموع هذه الروايات إلى دليل حرمة الربا نستفيد نفس المعنى الذي استفدناه من آية حرمة أكل المال بالباطل، و هو أنّ المال المأخوذ لا بروح التبرع يجب أن يكون في مقابل مال آخر بتراض و إلّا كان أكلاً للمال بالباطل، فهذا الوجه أيضاً كالوجه الأوّل يمتاز عن صحيحة الحلبي بالامتنان اللذين شرحناهما و قد يقال بالنسبة لروايات حرمة القمار: ان من المحتمل أن تكون نكتة الحرمة هي

الجهالة و هي غير موجودة في الإقالة بوضيعة.

إلّا أنّ هذا البيان لا يأتي في روايات بيع السمك في الآجام و نحوها لأنّ الضميعة لم ترفع الجهالة و مع ذلك صححت البيع إلّا ان يفترض ان منشأ الحرمة

(١) راجع الوسائل ١٢: ١١٩-١٢١، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ٢٦٣-٢٦٧، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٣) راجع الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٤) راجع الوسائل ١٢: ٢٦٢-٢٦٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٥) راجع الوسائل ١٢: ٢٦١-٢٦٢، الباب ١٠ من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣٠

هي الجهالة التامة التي ترتفع بالضميمة.

فلو شككنا في هذا الوجه بإبداء احتمال كون منشأ الحرمة هو الجهالة، أو إبداء لزوم الاقتصار على مورد الروايات و شككنا في الوجه الأول بعدم قبول الاستظهار الذي استظهرناه من الآية أمكن حل الإشكال بالجمع بين الوجهين ضمن روايات تحريم القمار التي استشهد فيها بآية حرمة أكل المال بالباطل «١» فيعرف بذلك المقصود من الآية و من الروايات: و هو ان أكل المال لا في مقابل مال أكل بالباطل، إلّا أنّ هذه الروايات ضعيفة سندا و الصحيح منها غير مشتمل على الاستشهاد بالآية.

نعم بالإمكان تأييد الاستدلال بأحاديث المقامرة بحديث محمد بن مسلم التام سندا عن أحدهما عليهما السلام قال: لا تصح المقامرة و لا النهبة «٢» بدعوى ان عطف النهبة على المقامرة يعطى للكلام ظهورا في أنّ النظر في تحريم المقامرة إلى كونها كالنهبه أكلا للمال من دون مقابل.

و بعد فان هذين الوجهين أنّما يدلان على حرمة الإقالة بوضيعة و لا يدلان على حرمة البيع الجديد بسعر أقلّ فان البيع الجديد بسعر أقلّ تجارة عن تراض و ليس أكلا للمال بالباطل و قد عرفت دلالة الروايات أيضا على جواز ذلك فهل يمكن - بناء على هذا - الاتخاذ من فكرة البيع الجديد حيلة لتحليل نتيجة العيوب الذي يخسره كل من يتراجع عن البيع و ذلك بان يشترط ضمن البيع الأول قبول أحد الطرفين أو لكل منهما إذا أراد صاحبه بيع العين على البائع الأول بسعر أقل

(١) الوسائل ١٢: ١١٩ و ١٢١، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٨ و ٩ و ١٤.

(٢) الوسائل ١٢: ١٢٠، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣١

أو أكثر؟ أي أنّ التراجع لو كان من المشتري فعلى البائع أن يقبل ابتياع العين و لو بسعر أقل، و لو كان من البائع فعلى المشتري أن يبيع العين من البائع و لو بسعر أكثر! الظاهر أنّ هذا غير جائز و ذلك للروايات التي تنهى عن إيجاب بيع جديد للعين قبل تمامية شرائها، و هي و إن وردت في البيع من شخص ثالث دون البيع من الشخص الأول لكن مع فرض عدم احتمال الفرق أو التعدد العرفي يثبت المطلوب.

و تلك الروايات بعضها ظاهر في المنع عن بيع العين قبل شرائها «١» و هذا اجنبى عمّا نحن فيه إذ المفروض في ما نحن فيه أن البيع الثاني أنّما يتحقق بعد تمامية البيع الأول لا-قبله، و بعضها قد يكون مجملا- من قبيل حديث: «لا توجه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» «٢» حيث يحتمل أن يكون المقصود من مواجهة البيع إيجاد البيع فيخرج عمّا نحن فيه أيضا، و لكن جملة من تلك الروايات

مطلقاً تشمل بإطلاقها إلزام المشتري الجديد بالشراء قبل تمامية البيع الأول، و لو لم يكن هذا الإلزام عبارة عن إيقاع البيع بالفعل، و ذلك من قبيل ما عن معاوية بن عمّار قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل يطلب مني بيع الحرير و ليس عندي منه شيء فيقولني عليه و أقوله في الربح و الأجل حتى نجتمع على شيء ثم اذهب فاشترى له الحرير فادعوه إليه! فقال أ رأيت إن وجد بيعا هو أحب إليه مما عندك أ يستطيع أن ينصرف إليه و يدعك، أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف إليه و تدعه؟ قلت نعم قال فلا بأس «٣» و نحوها غيرها «٤».

(١) من قبيل ما في الوسائل ١٢: ٣٧٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ و ٨.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧٨، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٧٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٧.

(٤) راجع المصدر السابق: الحديث ٤ و ٩ و ١١ و ١٢ و ١٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣٢

إذن فالنتيجة هي أنّ شرط خسارة العربون غير جائز حتى إذا كان على شكل شرط بيع جديد، نعم لو اتفقا صدفة بعد البيع الأول على إرجاع العين إلى البائع ببيع جديد بثمان أقل أو أكثر برضاها و من دون كون أحدهما مجبورا على القبول على أساس شرط سابق كان هذا جائزا.

و ختاماً نلخص بطلان شرط خسارة العربون بمقتضى القواعد العامة بالشكل الذي بحثناه حتى الآن كالتالي:

إنّ شرط خسارة العربون يفسر بأحد تفاسير ثلاثة و كلّها باطل:

الأول- شرط عدم رجوع هذا الجزء من الثمن إلى المشتري بالإقالة فتكون الإقالة مؤثرة في رجوع المثلث إلى بايعه و جزء من الثمن إلى المشتري.

و هذا غير صحيح لأنّ رجوع تمام الثمن بالفسخ أمر قهري عقلائي.

و الثاني- شرط تمليك مقدار العربون للبائع أو شرط دخوله في ملكه.

و هذا يرد عليه أنّ هذا الأمر لا- هو داخل في التجارة عن تراض إذ ليس تجارته و لا هو عطاء بروح التبرع لأنّ المشتري لدى إرادة الفسخ لا يطيب عادة نفسا بذلك فشرطه شرط لما يخالف الكتاب.

و الثالث- شرط بيع المشتري للمثلث لدى ندمه على المعاملة الأولى بسعر أرخص من السعر الأول على البائع.

و هذا مخالف لروايات النهي عن إيجاب البيع الجديد قبل تمامية البيع الأول.

دعوى استلزام العربون للغرر:

و هناك وجه آخر لتحريم شرط العربون الذي يخسره أحدهما و هو التمسك بكون ذلك موجبا للغرر و قد نقل هذا الدكتور

السنهوري «١» عن بعض علماء السنّة

(١) راجع مصادر الحق ٢: ٩١-٩٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣٣

و فهم هو من كلماتهم أنّ المقصود كون عدم اشتغال الخيار لمدة معينة موجبا للغرر و لهذا عالج السنهوري نفسه الإشكال باشتراط مدة معينة للخيار تعين منذ البدء بينهما.

أقول: وقد يقصد بالغرر في المقام تعليق الخيار على أمر مجهول التحقق و هو بذل مرید الفسخ لمبلغ العربون. و لكن هذا أيضا غير صحيح لأن هذا تعليق على أمر داخل تحت قدرة الفاسخ و مجهولية تحققه ليست باشدّ حالا من مجهولية تحقق نفس الفسخ من الفاسخ. على أنّ حديث الغرر في رأينا ضعيف السند فهو وارد في سنن البيهقي «١» و وارد أيضا في كتبنا الروائية بأسانيد غير تامّة «٢». هذا مضافا إلى ان كون الغرر بمعنى مطلق الجهالة غير معلوم فمن المحتمل قويا كونه بمعنى الخداع، أو يشمل الجهالة الفاحشة القريبة من الخداع، أما في المقام فتعليق الخيار على دفع مبلغ من المال ينفع المفسوخ عليه العقد لا أنّه يوجب خداعه أو غرره.

روايات مبطلية الجهالة:

و بهذه المناسبة لا بأس بالإشارة إلى ان لدينا روايات اخرى قد يفترض حلولها محل حديث الغرر في بيان مبطلية الجهالة من قبيل:

١- ما عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال ما كان من طعام سميت فيه كيلا

(١) سنن البيهقي ٥: ٣٣٨.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٣٠، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣، و المستدرک ٢: ٤٧٠، الباب ٣١ من أبواب آداب التجارة، الحديث ١، و الصفحة ٤٦١، الباب ٧ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الوحيد في الباب.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣٤

فلا يصلح بيعه مجازفة و هذا ممّا يكره من بيع الطعام «١» و نحوه غيره «٢».

إلّا أنّ الظاهر أنّ هذه الروايات اجنبية عن المقام و ان المقصود منها النهي عن بيع الطعام باسم كيل معيّن جزافا و من دون كيل لا النهي عن مطلق بيع صبره جزافا.

٢- ما عن محمد بن حرمان قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنّه كاله فصدّقناه و أخذناه بكيه فقال لا بأس، فقلت: أ يجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال لا أما أنت فلا تبعه حتى تكيه «٣» فقد يقال ان هذا النهي مطلق يشمل مثل بيع الصبره جزافا. إلّا أنّ الصحيح أنّ هذا الحديث أيضا اجنبى عن ذلك فان الاستفادة من كلمة (كما اشتريته) هو كون المقصود الاعتماد في البيع الثانى على كيل البائع الأول لا البيع بدون كيل، فالمنوع في هذا الحديث أنّما هو هذا الاعتماد فمفاد الحديث هو أنّك من حقك ان تعتمد على كيل صاحبك الذى تشتري منه و لكن لا تبعه باسم ذلك الكيل من دون أن تكيه.

٣- ما عن سماعة قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن؟ فقال اما ان تأتى رجلا في طعام قد كيل و وزن تشتري منه مرابحة فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تنزهه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع أنّي اربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس «٤» فقد يقال ان مقتضى إطلاق مفهوم الحديث المنع عن شراء

(١) الوسائل ١٢: ٢٥٤، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١.

(٢) راجع المصدر السابق: الحديث ٢ و ٣.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٥٦، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٤.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٥٧، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣٥

صبره بغير كيل إذ لا بد من الكيل و لو من قبل المشتري الأول.

ولكن الظاهر أن ذكر المراجعة في الحديث قرينه، أو صالحه للقرينة على كونه اجنبيا عن المقام، فذكر المراجعة في الحديث يعني أحد أمرين: فإما ان المقصود ذكر المراجعة في مقابل البيع المستقل تماما عن البيع الأول و هذا يعني ان البيع الجديد لو كان مستقلا تماما عن البيع الأول ففي الاعتماد على الكيل نوع حزاة (و إن ثبت جوازه بمثل الحديث السابق) اما لو كان مراجعة فلا بأس بذلك، وهذا يعني ان هذا الحديث أيضا لا ينظر إلى مثل بيع الصبرة جزافا و إنما ينظر إلى مدى إمكانية الاعتماد على الكيل في البيع السابق لمن أراد أن يبيع كيلا.

و إما أن المقصود ذكر المراجعة في مقابل التولية، بمعنى إبراز أخفى الأفراد في جواز الاعتماد على الكيل السابق، أي أنك ان اشترته مراجعة جاز لكما الاعتماد على الكيل السابق فضلا عن بيع التولية الذي يحل المشتري الجديد فيه محل المشتري الأول فكأنه لا يوجد إلا بيع واحد، فمفاد هذا الحديث هو مفاد الحديث السابق من جواز الاعتماد في البيع الجديد على كيل المشتري الأول و لا علاقة له بالمقام، وهذا الاحتمال في الحديث أقوى من الاحتمال الأول.

٤- ما عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام اشتره منه بكيه و صدقه؟ فقال، لا بأس و لكن لا تبعه حتى تكيله «١»، الظاهر أنه أيضا اجنبى عن المقام و ناظر إلى مسألة الاعتماد على الكيل السابق لمن يبيع كيلا لا صبرة و جزافا.

(١) الوسائل ١٢: ٢٥٧، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣٦

٥- ما عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا يصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصر «١». فقد يقال: إن الحديث يشمل بإطلاقه ما إذا كان الصاع الجديد مجهول المقدار لدى المشتري و ما إذا كان المشتري يتخيل تساويه للصاع المألوف فالثاني يشمل على الخداع و الأول يشمل على بيع مجهول المقدار فكلاهما منهي عنه و محل الكلام هو بيع مجهول المقدار و هذا في واقعه إطلاق بملا-ك حذف المتعلق، إذ بعد العلم بأنه لا-إشكال في البيع بصاع جديد مع معرفة نسبه إلى الصاع المعروف يكون المتعلق المحذوف هو فرض الجهالة أو فرض الخداع و حذف المتعلق يقتضى الإطلاق لهما معا أو يقال ان الإطلاق في المقام لا علاقة له بحذف المتعلق و ذلك لأن فرض معرفة نسبة الصاع الجديد إلى الصاع المألوف يرجع في واقعه إلى الكيل بالصاع المعروف، فكل كيل بصاع جديد غير مألوف يكون منها عنه بهذا الحديث.

و لكن لا يبعد ظهور الحديث في إرادة فرض الخداع أو إجماله على الأقل، و ذلك لأن الاعتماد على الصاع الجديد مع فرض الجهالة لا نكتة فيه فلم لا يتعاملان على صبرة جزافا بلا صاع جديد؟! و إنما نكتة الصاع الجديد هي مخادعة المشتري و يؤيد هذا التفسير وروده في حديث آخر لمحمد الحلبي و لعله في واقعه نفس الحديث الأول عن أبي عبد الله عليه السلام لا يحل لأحد ان يبيع بصاع سوى صاع المصر فان الرجل يستأجر الحمال فيكيل له بمد في بيته لعله يكون أصغر من مد السوق، و لو قال هذا أصغر من مد السوق لم يأخذ به، و لكنه يحمله

(١) الوسائل ١٢: ٢٥٨، الباب ٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢، و الصفحة ٢٨٠، الباب ٢٦ منها، الحديث ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣٧

ذلك و يجعله في أمانته و قال لا يصلح إلا مد واحد و الأمان بهذه المنزلة «١» إلا ان هذا الحديث ضعيف بإرسال في سنده.

٦- ما عن عبد الأعلى بن أعين قال ثبت عن أبي جعفر عليه السلام أنه كره شراء ما لم تره «٢».

٧- ما عن محمد بن سنان قال ثبت عن أبي جعفر عليه السلام أنه كره بيعين:

اطرح و خذ على غير تقلب، و شراء ما لم تر «٣» و هما إضافة إلى سقوطهما سندا لا يدلان على أكثر من الكراهة.

٨- ما عن محمد بن العيص قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق يذوقه قبل أن يشتري؟ قال نعم فليذقه و لا يذوقن ما لا يشتري «٤» فقد يقال:

ان الأمر بالذوق دليل على حرمة بيع المجهول، و لكن الحديث إضافة إلى ضعف سنده ظاهر في الأمر في مقام توهم الحظر خصوصا مع قوله: و لا يذوقن ما لا يشتري.

٩- روايات ضعيفة السند نهت عن جعل الثمن دينارا غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم «٥» و أكثرها مشتملة على (كلمة الكراهة)، و حديث واحد منها مشتمل على كلمة فاسد معللا بقوله: (فلعل الدينار يصير بدرهم) و هذا يعنى الاحتراز عن فقدان الثمن نهائيا، و على أية حال فالظاهر ان الروايات ناظرة إلى فرض النسيئة كما ورد التصريح بذلك في بعضها إذ مع عدم النسيئة لا حاجة

(١) الوسائل ١٢: ٢٨٠، الباب ٢٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٧٩، الباب ٢٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٧٩ - ٢٨٠، الباب ٢٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٧٩، الباب ٢٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١.

(٥) الوسائل ١٢: ٣٩٨ - ٣٩٩، الباب ٢٣ من أبواب أحكام العقود.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣٨

إلى جعل الثمن دينارا غير درهم بل الأمر الطبيعي عندئذ جعل الدرهم جزء من المثلث و لا- يبقى عندئذ أى إشكال، فإذا كانت الروايات ناظرة إلى فرض النسيئة فمفادها ان قيمة الدرهم بالقياس إلى الدينار و كذا العكس بما أنها كانت غير ثابتة لا يكون تعين واقعي لمبلغ الثمن و هذا كما ترى اجنبي عن المقام.

١٠- و هناك روايات تمنع عن بيع الطعام المشتري قبل أن يكال «١» ناظرة إلى ما اشتراه على شكل الكلي في المعين ثم باعه قبل أن يميز بالكيل فهذا من سنخ المنع عن البيع قبل القبض و لا علاقة له بالمقام، و قد ورد أيضا ما يجوز ذلك «٢» بأسانيد غير تامة، و ورد بسند تام التفصيل بين المكيل و غيره، ففي الأول لا بد من القبض دون الثاني «٣» و ورد أيضا بسند تام التفصيل في الطعام بين بيع التولية و البيع مع الربح فلا بد من القبض في الثاني دون الأول «٤» و بحث ذلك موكول إلى محله.

و قد يخطر بالبال إثبات صحة مثل بيع الصبرة جزافا بما عن جميل عن زرارة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى تبين بيد قبل ان يداس تبين كل بيد بشيء معلوم يأخذ التبين و يبيعه قبل أن يكال الطعام؟ قال: لا بأس. هكذا ورد في التهذيب «٥» و لكن ورد في الكافي بدلا عن «تبين كل بيد» قوله: «تبين

(١) الوسائل ١٢: ٣٨٨ - ٣٩٠، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥ و ١١ و ١٣ و ١٤ و ١٧.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٨٨، ٣٩١، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٦ و ١٩.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٠.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٩.

(٥) التهذيب ٧: ١٢٥، الحديث ٥٤٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٣٩

كل كثر» «١» و رواه الصدوق بإسناده عن جميل أنه سأل أبا عبد الله و جاء فيه «تبين كل بيد» «٢» و كذلك ما رواه الصدوق بإسناده

عن جميل عن زرارة أنه سأل أبا جعفر عليه السلام «٣» و التبن ما قطع من سنابل الزرع كالبرّ و نحوه و البيدر الموضع الذي يجمع فيه الحصيد، و الظاهر ان الحديث اجنبي عن المقام و ذلك بقرينة قوله:

(بيعه قبل ان يكال الطعام) فهذا يعني ان الشراء الأول كان مقدّرا بالكيل إلّا انه لم يتم بعد الكيل و القبض، فالسؤال إذن راجع إلى البيع قبل الكيل و القبض و هذا يعني ان نسخة الكافي و هي قوله «تبن كل كزّ بشيء معلوم» اصحّ من نسخة «تبن كل بيدر» و إن كان هذا التضارب في النسخ اختص بحديث زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام، أمّا حديث زرارة عن أبي جعفر عليه السلام و حديث جميل عن أبي عبد الله عليه السلام فلم يرد فيهما إلّا «تبن كل بيدر» و ممّا يشهد كون التعبير الأصح هو ما في الكافي أنه لم تفرض في صدر الحديث شراء عدّه بيادر حتى يقال: «تبن كل بيدر بشيء معلوم».

نعم لا بأس بالاستدلال على عدم اشتراط معلومية المقدار بمثل روايات بيع السمك في الآجام و اللين في الضرع بضميمة بعد فرض إلغاء خصوصية المورد، كما لا بأس بالتمسك بالإطلاقات. هذا تمام كلامنا في البحث الأول من أبحاثنا في الإرادة.

(١) الكافي ٥: ١٨٠، الحديث ٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢١٠، الحديث ٣٧٨٤.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٢٦، الحديث ٣٨٣٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤١

[البحث الثاني] المقارنة بين فقدان الإرادة و وجودها المعيب

إشارة

و أمّا البحث الثاني - و هو في المقارنة بين انعدام الإرادة و قيامها على أساس الغلط:

تقسيم البحث في الفقه الغربي و الفقه الإسلامي:

فقد جاء في الفقه الغربي «١» أنّ الإرادة قد تصاب بالانعدام كما إذا اختلف القبول عن الإيجاب، فما ذكره الموجب لا توجد و فقه إرادة من القابل و ما قبله القابل لا توجد و فقه إرادة من الموجب، و قد تصاب بالعيب فهي موجودة و لكنّها معيبة، كما هو الحال فيما إذا اتفق الإيجاب و القبول على عنوان واحد و لكن وقع في التطبيق غلط و اشتباه، كما لو باع أحدهما سيّارة و قبلها القابل بتخيّل كونها ذات مواصفات خاصّة ثم تبين خلاف ذلك. و جزاء فقدان الإرادة هو بطلان العقد، أمّا جزاء كون الإرادة معيبة فهو خيار الفسخ أو قابلية العقد للإبطال.

و هذا المصطلح - أعنى مصطلح أنّ الإرادة قد تكون معدومة فيبطل العقد

(١) راجع: الوسيط ١: ٢٣٢-٢٣٥، الفقرة ١١١، و الصفحة ٣١١-٣٣١، الفقرة ١٦٢-١٧٤، و مصادر الحق ٢: ٤٨ و ٩٨-١٠٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤٢

و اخرى معيبة فيثبت الخيار- غير وارد في فقهنا الإسلامي، و سوف يتضح في ثنايا البحث أن كون الإرادة معيبة بمعنى كونها مبيتة على الغلط ليس هو بعنوانه ما يقتضى الخيار في فقهنا الإسلامي، و ان الخيار الثابت في موارد من الغلط إنما يثبت بنكات اخرى، و على أية حال فالفقه الغربي جعل الغلط سببا لكون الإرادة معيبة، و عدم تطابق الإيجاب و القبول سببا لفقدان الإرادة، و قد بحث فقهاؤنا الإسلاميون- رضوان الله عليهم- مسألة تطابق الإيجاب و القبول ضمن شرائط الإيجاب و القبول و مسألة الغلط الذى يوجب الخيار ضمن البحث عن خيار الرؤية و خيار تخلف الوصف و ضمن البحث عن أحكام الشرط، و فى المقارنة بين مسألة فقدان الإرادة و مسألة الغلط يبدو هنا فرق بين الفقه الغربى و الفقه الإسلامى، ففى الفقه الغربى توجد مساحتان للبحث:

أولاً- مساحة التطابق بين الإيجاب و القبول حيث يذكر أنهما لو لم يتطابقا بطل العقد لفقدان الإرادة.

ثانيا- مساحة وقوع الغلط و الاشتباه فى انطباق العنوان المقصود بعد تطابق الإيجاب و القبول تطابقا كاملا، و قالوا انّ جزء ذلك قابلية العقد للإبطال.

أمّا فى الفقه الإسلامى فالمساحة الاولى موجودة و مبسوط عنها و قد افتوا ببطلان العقد لدى عدم تطابق الإيجاب و القبول من دون فرق فى ذلك بين ما إذا كان الإيجاب و القبول واقعين على جزئى خارجى كما لو أوجب البائع بيع سيارة معينة و قبل المشتري السيارة الاخرى، أو كانا واقعين على الكلّى كما لو باع أحدهما عبدا متصفا بالكتابة و قبل المشتري عبدا غير كاتب.

و أما المساحة الثانية و هى مساحة الغلط فى التطبيق فقد قسّمت فى فقهنا الإسلامى إلى مساحتين.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤٣

و طبعا المقصود بمساحة الغلط فى التطبيق هو الاشتباه فى تشخيص المصداق مع فرض تطابق الإيجاب و القبول على مصداق جزئى كما لو باعه عبدا معينا بقيد الكتابة و قبله الآخر ثم تبين أنه غير كاتب، أمّا لو تطابق الإيجاب و القبول على عنوان كلّى و وقع الاشتباه فى التطبيق لدى التسليم كما لو باعه عبدا كاتباً و قبل المشتري ثم طبّقه لدى التسليم تطبيقاً خطأ على عبد غير كاتب فهذا لا علاقة له بعيوب الإرادة و لا يوجب الخيار و لا البطلان إذ لم يكن هذا الفرد هو متعلق العقد فغاية الأمر لزوم تبديل هذا الفرد بفرد آخر واجد للمواصفات المطلوبة، أمّا إذا كان المبيع كلياً فى المعين بقيد وصف فرض تواجد فى كل مصاديقه ثم تبين عدم وجوده فى شىء من تلك المصاديق فهذا حاله حال بيع الجزئى.

و بالإمكان تصوير العيب فى الإرادة الموجب للخيار لو صحّ التعبير فى فرض كليّة متعلق العقد فيما إذا فرض القيد شرطاً فى ضمن العقد لا مخصّصاً لذاك الكلّى ثم انكشف عدم القدرة على تحقيق الشرط أو فساد الشرط شرعاً أمّا إذا كان مخصصاً للكلّى ثم انكشف عدم القدرة على تحصيل فرد واجد لذاك القيد دخل ذلك فى العجز عن تطبيق الكلّى المبيع على مصداق خارجى يقدر على تسليمه و أوجب ذلك الخيار، كما أنه لو قدر على ذلك و امتنع عنه دخل تحت الامتناع عن التسليم الموجب للخيار، و لو امتنع عن تحقيق الشرط أوجب ذلك أيضاً الخيار على أساس تخلف الشرط.

و على أية حال فمساحة الغلط فى التطبيق لدى وقوع العقد على مصداق جزئى قد قسّمت لدى فقهاءنا الأبرار- رضوان الله عليهم- إلى مساحتين لأنّ الغلط قد يكون جوهرى و قد مثل له الشيخ الأنصارى رحمه الله بأنّه باعه عبدا حبشياً

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤٤

فتبين حماراً و حبشياً «١»، و قد يكون جانبياً كما فى ما إذا وصف العبد بالكتابة فتبين أنه غير كاتب فقد افتوا فى القسم الأول ببطلان العقد لفقدان الإرادة و فى القسم الثانى بالخيار، و قد أفاد الشيخ الأنصارى رحمه الله ما يستحصل منه: ان جوهرية الفرق و جانبيتها ليستا بلحاظ الحقائق الفلسفية بقدر ما هما بلحاظ أهداف العقلاء فالذكورة و الانوثة بلحاظ المماليك تعدّان من الفوارق الجوهرية، و بلحاظ الغنم تعدّان من الفوارق الجانبية، بينما لا فرق من الناحية الفلسفية فى ذلك بين المملوك و الغنم و الرومى و الزنجى حقيقتان عرفاً رغم اتحادهما فى الجوهر فلسفياً، و كون الخلل من الزيبب أو العنب فرق جانبى عرفاً بينما هو فرق جوهرى فلسفياً «٢».

و الفقه الغربي لم يقسم مساحة الغلط إلى هاتين المساحتين نعم جاء في الفقه الغربي التفريق بين الغلط الذي يعيب الإرادة و الغلط الذي اسموه بالغلط المانع و هو يعدم الإرادة و مثلوا له بما إذا وقع الإيجاب على مصداق جزئي معين و القبول على مصداق آخر كمن كان يمتلك سيارتين باع إحداهما و المشتري اشترى الاخرى فهذا في الحقيقة رجوع إلى المساحة الاولى و هي مساحة عدم تطابق الإيجاب و القبول فيبطل به العقد، و لا علاقة له بالمساحة الثانية و هي مساحة الغلط و الاشتباه في التطبيق بعد فرض تطابق الإيجاب و القبول.

و هنا نشير إلى خطأ الاستاذ مصطفى الزرقاء في المقام حيث ذكر: أنه «يلحظ في المقام ان اختلاف الجنس الذي يعتبر في الفقه الإسلامي من قبيل

(١) راجع مكاسب الشيخ الأنصاري ٢: ٢٥٠، بحسب طبعه الشهيدى.

(٢) راجع نفس المصدر.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤٥

الغلط المانع لا- يعتبر في النظر القانوني غلطا مانعا بل هو من الغلط الذي يعيب الرضا فقط فيعقد معه العقد قابلا للإبطال. و عكس ذلك يلحظ في الغلط في ذاتية المبيع كما لو باع إحدى فرسيه و المشتري يظن انه قد اشترى الاخرى فإنه في الفقه القانوني غلط مانع لا ينعقد معه العقد، و في الفقه الإسلامي هو غلط غير مؤثر أصلا فيعقد معه العقد لازما لا خيار فيه لأن الإرادة الظاهرة بالإيجاب و القبول لما وردت في العقد على واحدة معينة من الفرسين انصرف العقد إليها و بقي الغلط في حيز الخفاء ليس عليه دليل قائم فلا يؤثر حرصا على استقرار التعامل بخلاف مسألة اختلاف الجنس فان تسمية الجنس المقصود في صلب العقد تجعل الغلط في الجنس المخالف غلطا واضحا فيؤثر في العقد، و بما ان اختلاف الجنس في حكم فقدان العين لا ينعقد العقد لعدم المحل «١».

أقول: إن اختلاف الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي في اختلاف الجنس صحيح كما ذكره فالفقه الغربي جعل ذلك موجبا لقبالية العقد للإبطال بينما الفقه الإسلامي جعل ذلك مبطلا للعقد، أما العكس الذي ذكره في الغلط في ذاتية المبيع فهو غير صحيح فالفقه الغربي أنما ذكر بطلان العقد فيما إذا اختلف المتعاقدان في صب الإيجاب و القبول على الذات فانصب الإيجاب على إحدى الفرسين و القبول على الاخرى لا فيما إذا انصبنا على مصداق واحد مع الاشتباه في أوصاف ذاك المصداق، و إذا انصب الإيجاب و القبول على مصداقين فلا إشكال في أن الفقه الإسلامي أيضا يفتى بالبطلان غاية ما هناك ان الإرادة الظاهرة إذا

(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ١: ٤٢٦-٤٢٧، في التعليق تحت الخط على الفقرة ٤/١٩١ بحسب الطبعة الثامنة.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤٦

انصبّت فيهما معا على مصداق واحد فقد تجعل هذه اماره ظاهرية على وحدة المصّب في الإرادة الباطنة، بل و حتى لو آمنّا بان المقياس الواقعي أنما هي الإرادة الظاهرة فهنا أنما يفتى بصحة العقد لوحد مصّب الإيجاب و القبول الظاهريين، و هذا ما يقول به من يؤمن من الغربيين بالإرادة الظاهرة معترفين جميعا «الإسلاميون أيضا و الغربيون» بأنه متى ما انصبّ الإيجاب على مصداق و القبول على مصداق آخر بطل العقد، و على أية حال فقد مضى منّا في بحث الإرادة الظاهرة و الباطنة ان المقياس في الفقه الإسلامي أنما هو الإرادة الباطنة و ان ما يسمّى بالإرادة الظاهرة يجعل اماره على الإرادة الباطنة و ان هذا كاف لتأمين الاستقرار بالقدر المطلوب للعقود.

صعوبة يواجهها الفقه الإسلامي:

إشارة

و إذا اتضح لك الفرق بين الفقه الإسلامي و الفقه الغربي في تحديد المساحات التابعة لبطلان العقد أو لقبليته للإبطال قلنا: إن هنا سؤالاً - يواجهه الفقه الإسلامي و هو أنه لما ذا الفرق بين الغلط الجوهرى و الغلط الجانبى بكون الأول مبطلا- للعقد و تابعا لفقدان الإرادة، و الثانى موجبا للخيار؟! و هذا السؤال طرح نفسه فى فقهنا الإسلامى بصياغتين:

الاولى- انّ العقد قد وقع على ما هو مقيّد بوصف معين «يعنى الوصف الجانبى» ففاقد الوصف لم يقع عليه العقد فما وقع عليه العقد غير موجود و ما هو موجود لم يقع عليه العقد، و هذا يوجب البطلان لا الخيار و هذا ما نقله الشيخ الأنصارى رحمه الله «١» عن مجمع البرهان للمحقق الأردبيلي رحمه الله.

(١) راجع المكاسب للشيخ الأنصارى رحمه الله ٢: ٢٥٠، بحسب طبعه الشهيدى.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤٧

و بإمكانك أن تقول: إن الوصف إن كان يجعل مصبّ العقد مغايرا لفاقده لزم بطلان العقد سواء كان جوهريا أو غير جوهرى و إن لم يكن يجعل مصبّ العقد مغايرا لفاقده لتقدم الإشارة على الوصف مثلا- لزم عدم بطلانه سواء كان جوهريا أو غير جوهرى. و بإمكانك أيضا أن تقول: إن الوصف إن كان يوجب التغير بين متعلق العقد و فاقد الوصف فلما ذا يحكم بالصحة؟! و إلّا فلما ذا يحكم بالخيار!؟

الثانية- انّ صحّة العقد مشروطة بالرضا و الرضا مقيّد بالوصف المقصود فمع فقدانه ينفقد الرضا، و هذا يوجب بطلان العقد و هذا ما ذكره الشيخ الأنصارى رحمه الله «١» فى مقام ذكر توجيه لما جعله المحقق الأردبيلي رحمه الله موافقا للقاعدة و هو البطلان و بإمكانك أن تقول: إن تقيّد الرضا بالقيّد المفقود إن كان يوجب البطلان فليوجب مطلقا و إلّا فلنحكم بالصحة مطلقا فما هو الوجه فى التفصيل بين الوصف الجوهرى و غيره؟

و بإمكانك أيضا أن تقول: إن تخلف الوصف إن كان موجبا لانعدام فعليّة الرضا و جب بطلان العقد و إن لم يكن موجبا لانعدامه فلا وجه للخيار.

أما ان شئت أن تصوغ الإشكال وفق المصطلحات التى نقلناها عن الفقه الغربى فلك أن تقول: ما معنى انّ الإرادة قد تكون معدومة و اخرى معيبة؟! فإن كان القيد المفقود دخيلا فى فعليّة الإرادة فبانتهائه قد اصبحت الإرادة معدومة و إن لم يكن دخيلا فى فعليتها إذن فالإرادة غير معيبة.

و طبعا ليس المقصود من هذا الكلام الإشكال على الفقه الغربى لأنه فقه موضوع من قبل انفسهم لا يتبع دليلا كاشفا عن حكم ثابت قبلهم، و إذا كان الوضع بيدهم فمن حقهم ان يفضّلوا بين ما اسموه بالغلط المانع و يضعوا القول فيه بالبطلان

(١) راجع نفس المصدر.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤٨

و ما جعلوه عيبا فى الإرادة و يضعوا القول فيه بقبول العقد للإبطال إذ يكفى مناسبة لذلك ان الإيجاب و القبول لم يتطابقا فى الأول فهذا أوجب البطلان، و تطابقا فى الثانى فهذا أوجب الصحة مع إمكانية الإبطال و أنّما المقصود أنّا لو أردنا أن نفتى بما افتوا به و لم نفرّق بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبى و قلنا فى الجميع بالخيار دون البطلان لأنّ الإرادة ليست معدومة و أنّما هى معيبة فنحن بحاجة إلى فرق حقيقى بين انعدام الإرادة و كونها معيبة نفترض انّ الأول منهما موضوع لدليل البطلان و الثانى منهما موضوع لدليل الخيار، و لا تكفينا مجرد المناسبة التى ذكرناها فإذا كان حال الإرادة دائرا بين الوجود و العدم، و لا معنى لكونها معيبة فلدى تخلف

الوصف ان انعدمت الإرادة بطل العقد و إلا فلا موجب للخيار فما معنى كونها موجودة و لذا لم يبطل العقد و معيبة و لذا ثبت الخيار؟! الوصف ان انعدمت الإرادة بطل العقد و إلا فلا موجب للخيار فما معنى كونها موجودة و لذا لم يبطل العقد و معيبة و لذا ثبت الخيار؟!

مرجع الصعوبة إلى إشكاليين:

و على أية حال فقد عرفت أنه وردت في فقهنا صياغتان للإشكال:

احدهما أن ما تعلق به العقد غير موجود، و ما هو موجود لم يتعلق به العقد، و الثانية أن الرضا مقيد بالوصف المفقود و معه لا يكون الرضا فعليا لعدم فعلية ذاك الوصف، و السؤال الآن هو أن الإشكال الحقيقي في المقام هل هو إشكال واحد يبرز بصياغتين فالفرق بينهما لا يعدو أن يكون فرقا في عالم الألفاظ و الصياغات؟ أو أن هناك فارقا جوهريا بين الصياغتين فنحن أمام إشكاليين مختلفين و نكون بحاجة إلى الحل لكل واحد منهما؟

قد توحى عبارة الشيخ الأنصاري رحمه الله في المكاسب «١» إلى انهما تشيران

(١) المكاسب ٢: ٢٥٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٤٩

إلى إشكال واحد، و كأن الصياغة الثانية لا تعدو ان تكون تعميقا للصياغة الاولى في مقام إبراز نفس الإشكال و ذلك لأنه رحمه الله نقل أولا- عن المحقق الأردبيلي رحمه الله الصياغة الاولى للإشكال ثم أجاب عليه بجواب ثم ذكر كتوجيه لما مال إليه المحقق الأردبيلي الصياغة الثانية، ثم نقل جوابا على وجه البطلان الذي جعله المحقق الأردبيلي موافقا للقاعدة و هو (انه اشتباه ناش عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين في الشخصيات و بين الوصف الذاتي و العرضي).

و ذكر رحمه الله أنه ظهر من هنا (يعنى ما بينه من الصياغة الثانية) أن هذا الجواب مجازفة لا- محصّل لها في حين أن صاحب هذا الجواب إنما كان يقصد الرد على المحقق الأردبيلي و هذا يعنى أنه كان يردّ على الصياغة الاولى و هي التي ذكرها المحقق الأردبيلي فكيف تكون الصياغة الثانية موضحة لمجازفة هذا الجواب و ضعفه إن لم تكن تلك الصياغة تعميقا لنفس الصياغة الاولى؟! بل ان قوله:

(و بين الوصف الذاتي و العرضي) يكون في أحد محتمليه إشارة إلى عين أو ما يقارب الجواب الذي ذكر الشيخ بنفسه أولا على الصياغة الاولى قبل ذكره لتوجيه ما مال إليه الأردبيلي بالصياغة الثانية فإن أحد محتمليه هو أن يكون المقصود بالوصف الذاتي الوصف الجوهري، و المقصود بالوصف العرضي ما لم يكن جوهريا و يكون هذا إشارة إلى الجواب بأننا لا- نتكلم في الفارق الجوهري الذي يجعل الموجود خارجا مغايرا لما وقع عليه العقد و إنما نتكلم في الفارق غير الجوهري الذي لا يوجب المغايرة و هذا عين الجواب الذي ذكره الشيخ أولا عن الصياغة الاولى أو يقاربه.

نعم احتمال الآخر لا علاقة له بجواب الشيخ و هو أن يكون المقصود: ان الوصف إذا كان قيذا للكلى أصبح ذاتيا لأنه يحصص الكلى إلى الواحد و الفاقد، و يختص العقد بالواحد، و إذا كان وصفا للعين الخارجية فلا يعدو ان يكون أمرا

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥٠

عرضيا لأن ذات المبيع إنما هي العين الخارجية.

أمّا المحقق الاصفهاني رحمه الله فكلامه صريح في الفراغ عن كون الصياغتين إشكاليين متغايرين حتى أنه حمل قول الشيخ رحمه الله (و من هنا يظهر ..) على معنى اعترف أنه خلاف ظاهر العبارة و هو أنه ظهر من الصياغة الثانية ان هذا الجواب لا- يكفي لإثبات المقصود من صحة العقد لأن هذا الجواب و إن كان كافيا لإبطال الصياغة الاولى التي ذكرها المحقق الأردبيلي لكن يبقى علينا بعدئذ لإثبات الصحة ان نذكر جوابا على الصياغة الثانية «١».

و على أيّة حال فالذى يمكن أن يذكر كتوجيه لإرجاع الصياغتين إلى إشكال واحد هو ان يقال: إن ما يذكر في الصياغة الاولى من ان المعقود عليه غير الموجود و الموجود غير المعقود عليه لا يقصد بذلك الحديث عن عالم الألفاظ فلسنا نحن أمام إشكال لفظي كما لو كانت صيغة العقد فارسية و كذا قد اشترطنا العربية مثلا، او مستقبلية و كنا قد اشترطنا الماضوية و انما نحن أمام إشكال معنوي و هو ان ما دلّ عليه العقد قد وقع على أمر غير موجود و ما هو موجود لم يقع عليه مفاد العقد، و ليس مفاد العقد عدا الرضا بالمعاملة و إرادة المعاملة فقولنا: إن العقد وقع على ما لم يوجد و ما وجد لم يقع عليه العقد يعنى ان الرضا وقع على ما لم يوجد و أن ما وجد لم يقع الرضا عليه و هذه هي الصياغة الثانية.

إلا أن التحقيق ان هذا البيان لإرجاع الصياغتين إلى روح واحدة انما يتم بناء على المسلك الغربى من الفقه دون المسلك الإسلامى و توضيح ذلك: ان المسلك الغربى يرى العقد إنشاء للالتزام بذلك الأمر الاعتبارى كالملكية فى البيع بل كان يرى قديما ان البيع التزام لنقل العين إلى حيازة المشتري، و أخيرا تطوّر

(١) راجع تعليقه الشيخ الاصفهاني رحمه الله على المكاسب ٢: ٨٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥١

الفقه لديهم فأصبح البيع التزاما بنقل الملكية، و لكن الإسلام يرى ان العقود المعاملية هي عادة إنشاء لنفس تلك الامور الاعتبارية، فالبيع مثلا إنشاء للتملك فان تكلمنا على المسلك الغربى فالبائع مثلا لم ينشئ إلا الالتزام و هو الرضا بالتملك أو نقل الحيازة، فإن كان مصبه العبد الكاتب مثلا فهو عبارة اخرى عن كون مصب الرضا العبد الكاتب فرجعت الصياغتان إلى روح واحدة.

أمّا فى نظر الفقه الإسلامى فالبيع مثلا- إنشاء للتملك و نفوذ ذلك شرعا مشروط بالرضا فلدينا أمران: أحدهما ما ينشأ بالبيع و هو التملك و الثانى شرط نفوذ ذلك و هو الرضا إذن فيوجد مصتان للإشكال فى المقام أحدهما التملك الذى أنشئ بالعقد حيث يقال: أنه أنشئ على العبد الموصوف بالكتابة مثلا فغير الكاتب ليس مصبا للعقد و ثانيهما ما هو شرط لنفوذ هذا التملك شرعا و هو الرضا حيث يقال ان الرضا مقيد بقيد الكتابة فينتفى بانتهائها إذن فكل من الصياغتين إشكال مستقل عن الاخرى.

و لعلّ هذا أيضا هو السبب فى الخلاف بين الفقه الإسلامى و الفقه الغربى فى ان الغلط الذى يعيب الإرادة و يوجب الخيار لا البطلان يشمل الغلط الجوهرى و الغلط الجانبى فى وقت واحد، و الفقه الإسلامى يقسم ذلك إلى مساحتين، مساحة الغلط الجوهرى و يقول فيه بطلان العقد، و مساحة الغلط الجانبى و يقول فيه بالخيار، فلعّلّ السرّ فى ذلك هو ان الفقه الغربى لا يواجه فى المقام إلا سؤالا واحدا و هو ان الوصف إذا كان دخيلا فى المطلوب فهو قيد فى الرضا و الإرادة فبانتهائه تنتفى الإرادة و الرضا فكيف يصح البيع مثلا؟ فإذا اجيب على ذلك مثلا بأن فعليه الرضا و الإرادة تتبع الوجود العلمى للقيد المطلوب لا الوجود الواقعى، فإذا اعتقد كون العبد كاتباً و اشترى العبد الكاتب كانت الإرادة فعليه و لكنها فى نفس الوقت معيبة لأنها قامت على أساس الغلط، فقد صحّ بهذا البيع رغم فقدان فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥٢

الوصف المطلوب من دون فرق بين كون الوصف جانبيا أو جوهريا.

و أمّا الفقه الإسلامى فهو يواجه سؤالا واحدا أحدهما ان الرضا أو الإرادة مقيد بقيد الكتابة فكيف يصحّ البيع عند فقد الكتابة؟! و لنفترض انّ الجواب هو انّ فعليه الرضا أو الإرادة تتبع الوجود العلمى لا الواقعى و هذا الجواب نسبته إلى الوصف الجوهرى و الجانبى سيان، و الثانى انّ التملك الاعتبارى انما تعلق بالعبد الموصوف بوصف كذا فبانتهائه ينتفى متعلق العقد، و لنفترض انّ هذا جوابه هو انّ الوصف إذا كان جانبيا لم يكن الموجود مغايرا عرفا للمعقود عليه، نعم إذا كان الوصف جوهريا استحکم الإشكال و بطل البيع لأنّ الموجود مغاير عرفا للمعقود عليه فهنا انتهينا إلى الفرق بين مساحة الغلط الجوهرى و مساحة الغلط الجانبى و لكن على الفقه الغربى لم يكن موضوع لهذا الفرق لأنّ أصل هذا الإشكال لم يكن له مجال على الفقه الغربى و من هنا اختلف الفقهاء فى هذا

الأمر.

و على أية حال فقد ظهر ان أمام الفقه الإسلامي إشكاليين لا بد له من حلّهما: (أولاً) ان متعلق العقد غير الواقع الخارجى (و ثانياً) انّ الرضا مقيد بقيد منتف و لتأخذ الآن الإشكال الأوّل بالبحث مع عرض الحلول المقترحة فى المقام و ننظر انّ تلك الحلول لو تمّت هل تختص بالإشكال الأوّل؟ أو تحلّ حتّى الإشكال الثانى؟ حتى إذا فرغنا عن هذا البحث و رأينا ان الحلّ المختار له لا يحلّ الإشكال الثانى ننتقل إلى البحث عن حلّ الإشكال الثانى فنقول:

[الإشكال الأوّل] إشكال عدم تطابق الموجود للمعقود عليه:

إشارة

الإشكال الأوّل- انّ تخلف الوصف يوجب عدم تطابق الموجود للمعقود عليه فكيف يمكن أن يصحّ العقد؟! و قد ذكر فى مقابل هذا الإشكال عدّة حلول:

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥٣

١- الإشارة أقوى من الوصف:

الحلّ الأوّل- ما جاء فى المكاسب للشيخ الانصارى رحمه الله نقلاً عنّ لم يسمّه من أن غاية ما يمكن ان يفترض هو فرض تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى من الوصف.

و قد جاء هذا الحل فى ذيل ما أشرنا إليه من كلام نقله الشيخ و هو: «انّ هذا الإشكال اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين فى الشخصيات و بين الوصف الذاتى و العرضى و ان أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى (١)» و قد حمل الشيخ الاصفهاني رحمه الله (٢) ذلك على نقل كلام صاحب الجواهر معترفاً بأنّ ما رآه فى الجواهر يختلف عن هذا الكلام فقد جاء فى الجواهر بعد نقل التامل فى صحّة البيع عن الأردبيلي ما يلى: «و إن كان هو ضعيفاً كالأوّل (٣) أيضاً ضرورة ابتناؤه على عدم الفرق بين وصف المعين و الوصف المعين و بين الذاتى و العرضى» هذا ما ورد فى الطبعة الجديدة للجواهر (٤) و لكن الموجود فى تعليقه الشيخ الاصفهاني على المكاسب نقلاً عن الجواهر التعبير بعبارة «أو بين الذاتى و العرضى» أى انّ العطف يكون ب «أو» لا بالواو و نسخة الطبعة الجديدة من الجواهر تطابق نسخة المكاسب الموجودة عندي و هى طبعة الشهيدى فان العطف فيها أيضاً بالواو، و على أية حال

(١) المكاسب ٢: ٢٥٠.

(٢) راجع تعليقه على المكاسب ٢: ٨٩.

(٣) إشارة إلى مطلب آخر نقله أولاً عن بعض و ضعفه.

(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٩٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥٤

فالمهم من الفرق بين ما فى المكاسب و ما فى الجواهر هو زيادة ما ورد فى المكاسب من عبارة: «و ان أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى» فانّ هذه الزيادة غير موجودة فى عبارة الجواهر فى بحث خيار الرؤية، و قال الشيخ الاصفهاني «و لم أظفر بما ذكره فى سائر المباحث المناسبة للمقام (يعنى فى الجواهر)».

و لعل هذا يوجب احتمال ان الشيخ رحمه الله لم يكن يقصد ما فهمه الاصفهاني من الإشارة إلى عبارة الجواهر بل ينقل من مكان

آخر لم نظفر به.

و على أية حال فخلاصة هذا الجواب أننا لو سلمنا ان الوصف يفيد تقييد متعلق العقد فالإشارة تفيد عدم التقييد بهذا الوصف المفقود و الإشارة أقوى من الوصف.

و هذا الوجه لو تم لا يحل الصياغة الثانية من الإشكال إذ أن صاحب الصياغة الثانية يقول: فليكن متعلق العقد هو ذات المشار إليه بحكم الإشارة لكن رضاي القلبى على أى حال مشروط بكتابه العبد مثلاً لأن العبد الذى لا يكتب لا يحقق تمام أهدافى التى اشتريته لأجلها.

و بالإمكان ان يقال: إن هذا الوجه لو تم فهو و إن كان يحل إشكال عدم مطابقة المعقود عليه للموجود خارجاً لأن أقوائية الإشارة تثبت ان العقد وقع على نفس ما هو موجود فى الخارج، لكنه لا- يفتر الفرق بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبي، فإذا كانت الإشارة أقوى من الوصف فلم لا- يصح العقد فى الوصف الجوهرى أيضاً؟! إلا ان يقصد ان الإشارة أقوى من الوصف الجانبي، أما الوصف الجوهرى فلا يقل تأثيراً عن الإشارة و مع التعارض و التساقت أو اقوائية الوصف يبطل العقد.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥٥

و على أية حال فهذا الوجه لا يحل إشكال الخيار حيث قد يقال: إن الوصف إن كان قيداً فلم لا يبطل العقد لعدم تطابق المعقود عليه لما فى الخارج؟! و إن لم يكن قيداً فلما ذا يثبت الخيار؟! فهذا السؤال لا زال باقياً على حاله حيث يقال: إن كانت الإشارة أقوى من الوصف فلما ذا يثبت الخيار و إلا فلما ذا يصح العقد؟! و طبعاً لا أقصد بهذا الكلام تسجيل إشكال على من يؤمن بهذا الوجه بدعوى ان عليه أن ينكر الخيار كما ذكره الشيخ الانصارى رحمه الله و إنما أقصد ان هذا الوجه لا يحل مشكلة الخيار.

و قد تحل مشكلة الخيار بنكتة اخرى كدعوى وجود شرط لا يعود إلى القيد أما ما جاء فى كلام الشيخ «١» من إزام صاحب هذا الوجه بإنكار الخيار فيرد عليه ما أورده الشيخ الاصفهاني رحمه الله «٢» من أن تقديم الإشارة على الوصف إنما اثبت صحة العقد و أما الخيار فيدعى بنكتة اخرى.

و التحقيق ان أصل هذا الوجه و هو حل الإشكال عن طريق تقديم الإشارة على الوصف على تقدير دلالة الوصف على التقييد مما لا أساس له فإن الوصف لو لم يدل على التقييد لأن الوصف إنما يقيّد الكلّي و لا يقيّد الجزئي مثلاً فلا حاجة إلى نفي التقييد باقوائية الإشارة، و لو دلّ على التقييد و قلنا ان جزئية المتعلق لا تنافى التقييد مثلاً فالإشارة تكون لا محالة إشارة إلى ذاك المقيد، و لا معنى لفرض تناف بين الإشارة و الوصف كى نقدم الإشارة على الوصف بالاقوائية.

٢- الجزئي لا يعص:

الحل الثاني- ما جاء فى الجواهر كما مضى من ان كلام المحقق

(١) فى المكاسب ٢: ٢٥٠.

(٢) فى تعليقه على المكاسب ٢: ٨٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥٦

الأردبيلي رحمه الله خلط بين وصف المعين و الوصف المعين أو بين الذاتى و العرضى بناء على الأخذ بالتفسير الثانى من التفسيرين اللذين مضى ذكرهما و هو كونه بمنزلة التكرار لنفس الخلط الأول فالوصف الذاتى يعنى به الوصف الذى يوصف به الكلّي للتعين و التحصيل و الوصف العرضى يعنى الوصف المعين الذى يوجد فى الجزئي و يكون حاصل هذا الحل عندئذ ان كون الواقع الخارجى

غير المعقود عليه ممنوع فإن هذا إنما يعقل في توصيف الكلّي بوصف لأن وصف الكلّي يخصص الكلّي و الحصة التي تحصل بهذا التخصيص تغاير الحصة الاخرى لا محالة، فلو باعه عبدا كاتباً بشكل كلّي ثم في مقام الوفاء أعطاه عبداً غير كاتب فما سلمه غير ما وقع عليه العقد، أمّا في الجزئي الخارجى و هو محل الكلام فلا يعقل التغير بين مصب العقد و ما فى الخارج لان الجزئى لا يخصّص، و هذا الوجه لو تم لا يحل الصياغة الثانية للإشكال و هو مسألة عدم الرضا إذ لو سلمنا ان العقد وقع على نفس ما فى الخارج لأنه تعلق بالجزئى بقى الإشكال الآخر و هو ان المشتري لا تطيب نفسه بالعبد غير الكاتب و لا يرضى به باقيا على حاله و لا بد له من جواب آخر.

كما ان هذا الوجه لا يفسر الخيار وبقى بحاجة إلى نكتة اخرى للخيار.

و أيضا هذا الوجه لو لم يكتمل بمكتمل لم يفسر الفرق بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبي، لأن برهان عدم قابلية الجزئى للتقييد يأتى حتى فى الوصف الجوهرى، فلو باعه هذا الموجود على أنه عبد حبشى ثم تبين حمارا و حشيا كان بالإمكان أيضا ان يقال: إن الحيوان المبيع لو كان كليا فتحصيله إلى الناطق و الناهق يوجب التباين بينهما، أما لو كان جزئيا فهو لا يقبل التخصيص غاية الأمر أنه كان يتخيل كونه ناطقا و عبدا حبشيا ثم تبين كونه ناهقا و لكن المبيع على أى

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥٧

حال هو هذا الحيوان الخارجى و هو شىء واحد فالمعقود عليه هو عين ما فى الخارج و ليس غيره.

نعم بالإمكان ان يكتمل هذا الوجه بمكتمل كى يصلح مفسرا للفرق بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبي و هو ان العرف هو الذى فرض التوصيف بالوصف الجوهرى موجبا للتغير، و هذا رجوع إلى الحل الثالث فتعلقنا على اصل هذا الوجه نؤجله إلى البحث عن الحل الثالث.

٣- تفريق العرف بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبي:

الحلّ الثالث- هو نفس ما مضى عن صاحب الجواهر مع الأخذ بالتفسير الأول من التفسيرين اللذين مضيا لقوله: (أو بين الذاتى و العرضى) و هو الإشارة إلى الفرق بين الجوهرى و الجانبي و يكون حاصل هذا الوجه عندئذ ان المحقق الأردبيلي إمّا خلط بين وصف المعين و الوصف المعين، فكما ان الوصف المعين و هو الوصف الذى يوصف به الكلّى يوجب مباينة الحصة الفاقدة للحصة الواجدة فقد تخيل ان توصيف الجزئى أيضا كذلك يوجب التباين و هذا خطأ لأن الجزئى لا يخصّص، و إمّا خلط بين الوصف الجوهرى الذى يوجب تغاير الموجود للمعقود عليه و الوصف الجانبي الذى لا يوجب ذلك، و هذا هو الذى قلنا أنه يرجع إلى الحلّ الذى ذكره الشيخ رحمه الله فى أوّل كلامه أو يقاربه حيث ذكر فى مقام الحلّ: ان العرف يفرق بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبي فيرى ان الثانى لا يوجب مغايرة الموجود للمعقود عليه بخلاف الأوّل «١».

و إن كان العلمان قدس سّرهما يعينان دقيق ما فى العبارتين فهنا فرق دقيق بين

(١) المكاسب ٢: ٢٥٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥٨

العبارتين حيث ان الشيخ رحمه الله أجاب على إشكال تغاير الموجود للمعقود عليه بأن العرف هو الذى حكم بأن الوصف الجانبي لا يوجب التغير بخلاف الوصف الجوهرى فكأنه رحمه الله يقول: أننا لو كنّا نبحت الأمر فلسفيا لكان الإشكال محكما لأن فاقد الوصف و لو كان جانبيا هو غير واجده لا محالة لكننا نتبع فى هذه الامور العرف و هو يفرق بين التوصيف بالوصف الجوهرى و التوصيف بالوصف الجانبي، فيرى الأوّل موجبا لمباينة ما فى الخارج لما وقع عليه العقد و الثانى غير موجب للمباينة.

أمّا صاحب الجواهر رحمه الله فكأنه يرى أنّ البحث لو كان فلسفياً ففقدان الوصف لا- يوجب التباين حتى ولو كان جوهرياً لأنّ الجزئي لا يتحصص فيستحيل التباين، والبيع لو كان منصباً على الكلّي كان توصيف الكلّي بوصف موجبا لتحصيصه وبالتالي كان موجبا لمباينة الحصّة الواجدة للوصف للحصّة الفاقدة، ولكن المفروض أنّه انصب على الجزئي فيستحيل التباين بين المعقود عليه و ما في الخارج لأنّ الوصف لا يحصصه وهذا لا يفرّق فيه بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبى، وعندئذ يتوجه السؤال عن أنّه لما ذا اذن تقولون بطلان البيع عند فقدان الوصف الجوهرى كما لو باع عبدا حبشياً فتبيّن حماراً وحشياً؟! والجواب أنّ العرف هو الذى فرّق بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبى بفرض الأوّل موجبا للمباينة بين الواقع و متعلق العقد دون الثانى.

إذن فتقريباً العلمين- لو أردنا ان نأخذ بدقيق العبارتين- متعاكسان فعلى تعبير الشيخ يكون مقتضى الفهم الفلسفى لو جاز المشى عليه فى المقام بطلان البيع سواء كان الوصف جوهرياً أو جانبياً لأنّ الواقع يباين المعقود عليه و لو فى وصف جانبى و العرف تدخّل هنا فى دفع الإشكال عن الوصف الجانبى و وافق الفلسفة فى الوصف الجوهرى، و على تعبير صاحب الجواهر يكون مقتضى الفهم الفلسفى

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٥٩

لو جاز المشى عليه فى المقام صحّ البيع مطلقاً لأنّ الجزئى لا- يحصص و العرف تدخّل فى تثبيت الإشكال فى مورد الوصف الجوهرى حيث فرضه موجبا للتباين بين الواقع و المعقود عليه و وافق الفلسفة فى الوصف الجانبى. و على أيّ حال فهذا الحلّ أيضاً لا يمسّ الصياغة الثانية للإشكال فلا زال المشتري مثلاً من حقه ان يقول: أنّ رغبتى فى العبد منوطه بالكتابة و بفقدانها ينفقد الرضا و بذلك يبطل البيع و لو سلّم ان متعلق البيع هو عين الموجود خارجاً. كما أنّ هذا الحلّ لا يفسّر الخيار و يبقى تفسير الخيار بحاجة إلى إبراز نكتة اخرى.

أمّا تعليقنا على أصل ما قيل فى المقام من أنّ الجزئى لا يتحصص بالتوصيف بخلاف الكلّي و جعل هذا برهاناً على عدم مغايرة الموجود للمعقود عليه فهو ان عدم إمكانية تحصيل الجزئى بالقيّد بخلاف الكلّي صحيح لا إشكال فيه و لكن هذا يعنى أنّ الكلّي قابل للصدق على كثيرين و كلّما قيّد بقيّد و وصف بوصف خرج عن قابلية الصدق على فاقد ذاك القيد أو الوصف و أصبحت لدينا حصّة تان متباينتان، أمّا الجزئى فلم يكن قابلاً للصدق على كثيرين فلا يعقل تقييده بمعنى تحصيصه و منعه عن قابلية الانطباق على بعض الأقسام، و لكن هذا لا- ينافى توصيف المفهوم الجزئى بوصف مطابق لما فى الخارج أو مخالف له فان طابق ما فى الخارج لم يتغير انطباق هذا المفهوم الجزئى و صدقه على ما فى الخارج، إذ من أوّل الأمر لم يكن ينطبق إلّا على فرد واحد و لم يكن يصدق إلّا عليه و لا- زال كما كان لأنّ الوصف المذكور موجود حقيقة فى ذاك الفرد، و إن لم يطابق ما فى الخارج اختلف انطباق ذاك المفهوم الجزئى و صدقه عمّا كان عليه و ذلك لا بمعنى أنّه اختص حصّة معيّنة أضيق ممّا قبل التوصيف فضاقت دائرة صدقه فى الخارج حتى يقال: إنّ الجزئى لا يتحصص بل بمعنى انه خرج أصلاً

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦٠

عن عالم الانطباق و الصدق على ما فى الخارج إذ لم يكن يقبل الانطباق إلّا على فرد واحد و ذاك الفرد لم يكن موصوفاً بهذا الوصف فإذا وصف ذاك المفهوم بهذا الوصف أصبح بما هو موصوفاً بهذا الوصف غير قابل للانطباق على ما فى الخارج و غير ممكن الصدق.

و هذا هو المقصود من الشبهة التى تقول: إنّّه لو باعه هذا العبد الكاتب ثم انكشف أنّه ليس بكاتب فما هو موجود غير معقود عليه و المعقود عليه غير موجود لأنّ المبيع قيّد بقيّد مفقود فى الخارج، و ليس المقصود بهذا دعوى التقييد بمعنى التخصيص و اختصاص المبيع بالصدق على حصّة اخرى غير الحصّة الموجودة خارجاً حتى يقال: إنّ الجزئى لا يتحصص و إنّ هذا خلط بين الوصف المعين للكلّي و الوصف المعين فى الجزئى و أنّما المقام من قبيل ان يقال: إنّ العلم كزيد لو وصف بوصف العلم فقيل: «زيد العالم» و كان

المسمى الخارجى بهذا العلم عالما حقا فهذا المفهوم مطابق لما فى الخارج، اما لو كان جاهلا فهذا المفهوم بما هو معنون بهذا الوصف غير مطابق لما فى الخارج، و لا- يقصد بذلك ان كلمة (زيد) جعلت نكرة و اخرجت عن العلمية و أصبح معناها مطلق المسمى ب (زيد) ثم حصصت بقيد العلم فأصبحت غير صادق إلا على فرد آخر غير زيد الجاهل.

و ان شئت فقل: إن التقييد شأنه حسر المفهوم الذى قيد به عن قابلية الانطباق على بعض المصاديق، فإن كان ذلك المفهوم كليا يقبل الانطباق على مصاديق أو حصص عديدة فحسره عن بعضها يؤدي لا محالة إلى التخصيص، و إن كان المفهوم جزئيا لا يقبل الانطباق على أكثر من مصداق واحد فحسره يؤدي إلى عدم قابلية الصديق على الخارج نهائيا و تحوله إلى مفهوم فارغ عن قابلية الانطباق، و صاحب الشبهة يقول: إن ما نحن فيه من هذا القبيل.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦١

٤- التفريق بوجه آخر بين الوصف الجوهرى و الجانبي:

الحل الرابع- ما نقلناه عن الشيخ الانصارى رحمه الله الذى ذكره قبل تعرضه للصياغة الثانية للإشكال بناء على حمله على ما يغير ما فرضناه فى الحل الثالث بان يكون المقصود: أننا حتى لو فرضنا ان ما فى الخارج يغير المعقود عليه فلسفيا فالعرف يفرق بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبي و يرى الأول موجبا للمغايرة و الثانى غير موجب لها و هذا بخلاف الحل الثالث الذى افترضنا فيه ان الإشكال محلول فلسفيا لان الجزئى لا يتخصص فلا تحصل المغايرة و ان العرف وافق الفلسفة فى ذلك فى الوصف الجانبي و لكنه خالفه فى الوصف الجوهرى.

و هذا الحل لو تم لا يفسر الخيار و يكون الخيار بحاجة إلى تفسير آخر.

و أيضا لو تم هذا الحل لم يمس الصياغة الثانية للإشكال فلا زال من حق المشتري مثلا أن يقول: إن العرف و إن فرض عدم المغايرة و التباين بين ما وقع عليه العقد و هو العبد الكاتب و ما هو موجود خارجا و هو العبد غير الكاتب و لكن رضاي بالمعاملة منوط بوصف الكتابة لأن العبد غير الكاتب لا يحقق لى تمام الأغراض.

و من الطريف ان الشيخ الانصارى رحمه الله ذكر فى بحث خيار الرؤية أولا الصياغة الاولى للإشكال و أجاب عليها بتفريق العرف بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبي فالأول و إن كان يوجب التباين لكن الثانى لا- يوجب التباين عرفا، ثم ذكر الصياغة الثانية للإشكال و جعلها دليلا على مجازفة جواب يقارب فى أكبر الظن نفس جواب الشيخ على الصياغة الاولى، ثم ذكر فى بحث الشرط الفاسد الصياغة الثانية للإشكال و أجاب عليها بنفس الجواب الذى ذكره فى بحث خيار الرؤية على الصياغة الاولى فقد قرب الإشكال فى بحث الشرط بان فساد

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦٢

الشرط أوجب فقدان الرضا لأن التراضى إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، و أجاب عليه بان القيود منها ما يكون ركنا فى المطلوب، ككون الحيوان ناطقا لا- ناهقا فالعرف يحكم فى ذلك بانتفاء الرضا لدى انتفاء القيد، و منها ما لا يكون ركنا فيه ككون العبد صحيحا غير معيب أو المتاع الفلانى من القسم الجيد دون القسم الردىء و هنا يحكم العرف بان الفاقد نفس المطلوب و ان التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط ليس تصرفا لا عن تراض.

و هذا الكلام غريب فان جانبية الوصف و ركنيته لو أثرتا عرفا فى عدّ الموجود عين ما وقع عليه العقد و عدمه من الواضح أنهما لا تؤثران فى ثبوت الرضا و عدمه فلو قلنا مثلا- ان الرضا متقوم بالوجود العلمى ثبت الرضا فى كليهما، و لو قلنا أنه متقوم بالواقع مثلا انتفى فى كليهما، نعم قد تؤثر ركنية الوصف و جانبيته فى درجة الكراهة و عدم الارتياح. و فقدان بعض الأهداف أو جميعها و لكنهما سيان فى أصل مسألة التأثير على الرضا.

و أما تعليقنا على أصل هذا الحلّ فهو أنّه ما ذا يقصد بدعوى تفصيل العرف بين الوصف الجوهري و الوصف الجانبي بكون فقدان الأول موجبا للتغاير و عدم كون فقدان الثاني موجبا له؟ إن كان المقصود بذلك ان فقدان الوصف الخارج عن ماهية الشيء لا يوجب تباين الماهية و فقدان الوصف الداخلى فى ماهية الشيء يوجب تباينها، أو ان فقدان الوصف الداخلى فى جملة ما يكون دخيلا فى الركن الفلسفى أو العقلائى يوجب التباين فى الركن فهذا ثابت لدى الفلاسفة أيضا، إلّا أنّ الواقع ان هذا اجنبى عن المقام فإنّ من يدعى البطلان لا- يدّعيه على أساس دعوى أنّ الفاقد للوصف الجانبي مغاير للواجد فى الماهية أو الركن و أنّما يدّعيه على أساس دعوى أنّ العنوان المأخوذ فى العقد غير منطبق على ما فى الخارج

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦٣

لاختلافه معه و لو فى أمر غير ما هو و غير ركن.

و إن كان المقصود بذلك أنّ العرف يرى المفهوم الذى أخذ فيه وصف جانبي منطبقا على فاقد الوصف لا لشيء إلّا لأنّ الوصف جانبيّ فهذا غير صحيح و آية ذلك أنّه لا خلاف فى أنّ المبيع الذى أخذ فيه وصف جانبيّ لو كان كلياً ثم طبقه البائع على فرد فاقد للوصف و سلّمه إلى المشتري لم يتم التسليم، و ليس هذا إلّا لأن توصيف الكلّي حيث كان ظاهرا فى التحصيل كان داخلا فى متعلق العقد حتما فاعترف العرف بعدم انطباقه على ما فى الخارج الفاقد للوصف و توصيف الجزئى أيضا ان كان يعنى دخوله فى متعلق العقد فالعرف يعترف حتما بمغايرة المعقود عليه للخارج لأنّه لو قال العرف بأنّ الوصف ما دام جانبياً فلا- قيمة مهمة له فلنعتبر الموصوف بهذا الوصف منطبقا على غير الموصوف لقال بذلك أيضا فى الحصّة الموصوفة من الكلّي لأنّ الوصف الجانبي لا قيمة مهمة له فلنعتبر تلك الحصّة منطبقه على الفرد الفاقد للوصف فكان المهم فى البحث ان نرى أنّ الوصف فى الجزئى هل يدخل فى متعلق العقد أو لا؟ لا أن نقول إنّ العرف لا يرى المغايرة إذ لو دخل الوصف فيه فلا إشكال فى المغايرة و عدم الانطباق على الخارج حتى فى نظر العرف و لو لم يدخل الوصف فى متعلق العقد بطل التغاير فلسفياً أيضا لا عرفاً فقط.

٥- العوارض الخارجية ليست طرفاً للمبادلة:

الحلّ الخامس- ما اختاره المحقق النائيني رحمه الله «١» و حمل كلام الشيخ الانصارى عليه، و هو أنّ الوصف الذى اخذ عنواناً لمتعلّق العقد إن كان من الصور

(١) راجع منية الطالب ٢: ١٣٥-١٣٧ و ١٤٨-١٤٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦٤

النوعيّة فهو طرف للمبادلة، و ذلك كما فى حماريّة الحمار و فرسيّة الفرس و ما إلى ذلك، لوضوح أنّ المادّة الهيولائيّة غير صالحه لأن يبذل بإزائها المال، و شيئية الشيء و ماليته متقومتان بهذه الصور النوعية، فلو باعه حماراً فتبين فرساً فهو فى الحقيقة لم يبعه شيئاً لأنّ الذى يباع و يبذل بإزائه المال أنّما هو الحمار أو الفرس، و الفرس لم يكن مبيعا و الحمار لم يكن موجوداً.

و أما إذا كان الوصف من العوارض الخارجية لا الصور النوعية ككتابة العبد فقد فرغ الشيء عن كونه شيئاً قابلاً لوقوع المبادلة عليه بقطع النظر عن هذا الوصف، و قد يكون الوصف دخيلاً فى زيادة قيمته لكنه لا- يقع شيء من المال فى مقابله و أنّما المال يقع فى مقابل الشيء بصورته النوعية و لا يقع شيء منه بازاء الوصف رغم دخل الاوصاف فى قيمة الشيء إذن فتخلّفه لا يعنى مغايرة ما هو موجود لما وقعت عليه المبادلة و انصبّ عليه العقد.

أقول: إنّ هذا الكلام من المحقق النائيني لو تم لا يحلّ بوحده الصياغة الثانية للإشكال و لا يفسّر الخيار، و قد تصدّى هو رحمه الله لحلّ الصياغة الثانية للإشكال و هى مشكلة الرضا بإضافة نكتة اخرى سيأتى بيانه فى محله- إن شاء الله- و تصدى أيضا لتفسير الخيار

بنكته سنذكرها- إن شاء الله- و على آية حال فالانصاف ان هذا الحل غريب فان منشأ الشبهة لم يكن عبارة عن ان المال وقع في مقابل الوصف فصحيح ان المال انما وقع في مقابل الموصوف و لم يقع لا- بتمامه و لا ببعض أجزائه في مقابل الوصف رغم دخل الوصف في زيادة القيمة و لكن الشبهة تقول: إن الوصف قيد لمتعلق العقد و المال طبعاً انما هو في مقابل المقيد لا في مقابل القيد لكن المقيد بما هو مقيد كان متعلقاً للعقد و القيد هنا قد حسر انطباقه على ما في الخارج.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦٥

و لو صحّ تقييده رحمه الله في القيد الحاسر عن الانطباق نهائياً لصحّ أيضاً في القيد المخصّص و المضيّق فلزم ان يقال أنه لو باعه عبداً كاتباً ثم سلّمه عبداً غير كاتب فقد حصل تسليم المبيع و ان اخلف الشرط مثلاً- و ذلك لان ما وقعت عليه المبادلة انما هو العبد بصورته النوعية دون الكتابة لأنّ المال انما يبذل بازاء العبد أما الكتابة فلا يبذل بإزائها المال و إن كانت دخيلة في تصعيد القيمة التي تبذل بازاء العبد أ فهل يلتزم المحقق النائيني رحمه الله بهذه النتيجة؟!!

هذا و نتيجة هذا الوجه لو تم هي كون المقياس في الجوهرية و الجانبية المعنى الفلسفي لا- الجوهرية و الجانبية بلحاظ الأغراض العقلانية نعم ألحق المحقق النائيني رحمه الله بالوصف الجوهرى كل وصف كان قوام مالىة المال به و إن لم يكن دخيلاً في حقيقة الشيء فلسفياً و مثل لذلك بوصف الصحة فيما لا قيمة لمعيه كالجوز و البيض و نحوهما «١».

٦- أخذ الوصف على أساس تعدد المطلوب:

الحلّ السادس- ما اختاره المحقق الخراساني رحمه الله «٢» و حمل عليه كلام الشيخ الانصارى قدّس سرّه و هو ان الوصف إن لم يكن ركناً للمطلوب كان ظاهر أخذه عرفاً هو أخذه على أساس تعدد المطلوب، أى أنّ المشتري يطلب العبد الكاتب مثلاً لو كان فان لم يكن كاتباً يطلب العبد رغم عدم كتابته، و هذا الظهور ناشئ من غلبة ان دخل الأوصاف غير الركنية تكون على هذا الأساس فان أراد الشخص خلاف ذلك كانت عليه إقامة القرينة، و اما إن كان الوصف ركناً للمطلوب فهنا

(١) راجع منية الطالب ٢: ١٣٦.

حائرى، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامي، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ١، ص: ٤٦٥
(٢) راجع تعليقه على كتاب المكاسب: ٢٠٦ و ٢٥١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦٦

يكون ظاهر أخذه عرفاً هو أخذه على أساس وحدة المطلوب فلمن اشترى العبد الحبشى مثلاً مطلوب واحد و هو العبد الحبشى لا مطلوبان: العبد الحبشى إن كان فإن لم يكن فالحمار الوحشى و هذا الظهور أيضاً ناشئ من الغلبة و إن أراد خلاف ذلك كانت عليه إقامة القرينة و يرى رحمه الله ان ذكر الوصف غير الركنى لَمَّا كان دليلاً على تقييد البيع أو المبيع ببعض مراتبهما أو جب الخيار لدى التخلف، بخلاف الوصف الركنى الذى أو جب تقييد البيع أو المبيع بتمام مراتبهما فأوجب البطلان لدى التخلف.

إلّا ان تفسير ذلك لمسألة الخيار غير واضح عندنا إذ هذا مرجعه في الحقيقة إلى بيعين على تقديرين، أو إلى بيع مطلق و بيع آخر على تقدير عدم تمامية الأول، فإذا تخلف الوصف فالبيع الأول لم يتم و البيع الثانى ينبغى أن يكون صحيحاً لازماً لعدم تقيده بوصف مفقود فلما ذا الخيار؟!!

و على أية حال هذا الوجه لو تمّ يحلّ الإشكال بكلتا صياغتيه و قد ذكره رحمه الله تفسيراً لكلام الشيخ الانصارى عند تعرض الشيخ للصياغة الاولى من الإشكال في بحث خيار الرؤية و عند تعرضه للصياغة الثانية من الإشكال، في بحث الشرط الفاسد.

و أورد عليه المحقق النائيني رحمه الله بوجوه أهمها الوجه الثالث منها و هو ان هذا البيان غير كاف لتوجيه فتوى الأصحاب و تفسيرها فان نتيجته لا تطابق الفتوى لوضوح أنه لو أحرزنا صدقه في الوصف الركن اكتفاء المشتري بفاقده لم يشفع ذلك لصحة البيع و ثبوت الخيار فلو باعه الحمار و تبين أنه كان فرسا أو بقرة أو بغلة و عرفنا ان غرض المشتري و مطلوبه مطلق دأيةً تحمله و تحمل أثقاله من دون دخل للحمارية فيما هو مطلوبه من المعاملة لم يكن خلاف و لا إشكال في

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦٧

بطلان البيع، كما أنه لو أحرزنا ان تمام غرضه من شراء العبد أن يكون كاتباً بحيث لو علم بعدم كتابته لا يقدم على شرائه بفلس واحد و مع ذلك اشترى العبد الكاتب ثم تخلف الوصف لم يكن له إلا الخيار بلا خلاف و لا إشكال «١».

أقول: الظاهر من عبارة المحقق الخراساني رحمه الله ان مقصوده هو دعوى ان غلبة تعدد المطلوبة و كون الغرض النفسى و الرضا القلبي ذا مراتب في الأوصاف الجانبيه و غلبه الوحدة و عدم تعدد المراتب في الأوصاف الركنية أوجبت ظهور اللفظ في تعدد الملكية المنشأة في الثانى و وحدتها في الأول و ليس غرضه مجرد تعدد الرضا القلبي و وحدته و كون غرضه النفسى ذا مراتب أو غير ذى مراتب و لهذا ناسب حلّه كلتا صياغتي الإشكال و لم يختص بالصياغة الثانية و عليه فالنقض الأول من نقضى المحقق النائيني رحمه الله غير وارد عليه، فصحيح ان غرضه كان متعلقاً بدأيةً تحمله و تحمل أثقاله لكن المحقق الخراساني يدعى ان إنشاءً أما تعلق بالحمار و لم يفهم منه إنشاء آخر تعلق بالفرس أو البقرة أو البغلة و الإنشاء أما يتعلق في فقهاً بالملكية لا بالرضا أو بالغرض النهائى و هى الفائدة العملية المترتبة من حمله و حمل أثقاله و علمنا صدفةً بتعدد الغرض و وجود رضائين طويلين لا يوجب انثلام ظهور الكلام في وحدة الإنشاء و لا انكشاف كون هذا الظهور غير مراد.

و أورد السيد الإمام رحمه الله «٢» على المحقق الخراساني رحمه الله بان مثل بيع العبد الكاتب و شرائه لا يشمل إلا على إنشاء واحد و لا يعقل انحلال هذا الإنشاء إلى

(١) منية الطالب ٢: ١٤٩.

(٢) راجع كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله ٥: ٢٤٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦٨

إنشاءين لشئين طويلين على فرضى وجدان الوصف و فقدانه بل لو فرض إنشاء البيع كذلك كان باطلاً نظير البيع بشئين على فرضين.

٧- دخالة الوصف الجوهرى عرفاً في المائبة و الملكية:

الحل السابع- ما ذكره المحقق الاصفهاني رحمه الله «١» من انّ العرف هو الذى فرق بين تخلف الحقيقة و تخلف الوصف و ليس بيانه قدس سرّه لذلك هو دعوى اتحاد الفاقد و الواجد عرفاً كما مضى عن الشيخ الانصارى رحمه الله بل له بيان آخر و توضيح ذلك:

انّ فاقد القيد فى المقام لا- ينظر إليه كحصةً كليّةً نرى هل تعلق العقد بها أو لا فانّ القيد فى المقام لم يكن قيماً للكلي و موجبا للتخصيص و أنّما فاقد القيد فى المقام الذى نريد ان نرى أنه هل انتقل إلى ملك المشتري أو لا جزئى حقيقى خارجى، و العقد تعلق طبعاً حسب النظر الأولى لمدايل الألفاظ بمفهوم جزئى و لم يتعلق ابتداءً و بلا واسطةً بالمصدق الخارجى و لو كان متعلقاً بالمصدق الخارجى فانّما هو بواسطة ذاك المفهوم الجزئى و عندئذ يجب ان نرى ان تلك الواسطة و هى المفهوم الجزئى هل هى واسطة فى الثبوت؟ أى انّ العقد حقيقةً يتعلق فى بيع الأعيان الخارجية بالعين الخارجية بواسطة المفهوم المأخوذ كمتعلق له أو هى واسطة فى العروض، أى انّ العقد أنّما يتعلق حقيقةً بالمفهوم و ينسب هذا التعلق إلى ما فى الخارج ثانياً و بالعرض بواسطة التطابق الموجود بين

المفهوم و ما فى الخارج من المصدق؟

و على أساس فناء العنوان فى معنونه فان فرض الثانى فالعقد فى المقام لم

(١) فى تعليقه على المكاسب ٢: ٨٩.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٦٩

يتعلق بالعين الخارجية الفاقدة للقيود من دون فرق بين أن يكون ذاك القيد داخلا فى حقيقة الشىء كالناطقية مثلا أو يكون وصفا عرضيا كالكتابة فإنه على كل حال لم يكن المفهوم المأخوذ فى متعلق العقد مطابقا لما فى الخارج و لم يكن فانيا فيه كى يصبح ذاك المفهوم واسطة فى عروض العقد على ما فى الخارج، و ان فرض الأول و هو انّ العقد حقيقة يتعلق بالعين الخارجية فلا معنى لافتراض انّ تخلف الوصف يخرجها عن كونها متعلقة للعقد فان الجزئى الخارجى هو هو، كان واجدا للوصف أو كان فاقدا له، و هنا أيضا لا يختلف الحال بين الوصف العرضى و الوصف الداخلى فى حقيقة الشىء فان فقدانه على كل تقدير لا يجعل الفرد الخارجى الذى جعل متعلقا للعقد فردا آخر إذن فققدان القيد اما ان يوجب عدم تعلق العقد بما فى الخارج مطلقا- أى سواء كان داخلا فى حقيقة الشىء أو كان عرضيا- أو لا يوجب ذلك مطلقا.

هذا هو مقتضى الفهم الفلسفى للمطلب، و بما انّ الصحيح فلسفيا كون المفهوم المتعلق فى المقام واسطة فى العروض لا فى الثبوت لاستحالة تعلق البيع حقيقة بالعين الخارجية إذ البيع ليس إلما التملك و الملكية من الاعتبارات الشرعية أو العرفية لا من المقولات الحقيقية و الاعتبار متقوم بمتعلقه فى افق الاعتبار لا- فى الخارج و إلما لزم اميا اعتبارية المتأصل أو تأصل الاعتبارى فعروض البيع و الملك حقيقة على العين الخارجية مستحيل غاية الأمر انّ العنوان الخاص المقوم للملكية الاعتبارية لوحظ بنحو فناء العنوان فى مطابقه فيسرى تعلق العقد إلى ما فى الخارج على أساس الواسطة فى العروض إذن فلو كان المقياس فى الحكم فى المقام هى المقاييس الفلسفية لوجب القول بطلان البيع بمجرد فقدان الوصف من دون فرق بين الوصف الجوهرى الداخلى فى حقيقة الشىء أو الجانبى العرضى لأنّ العنوان على أى حال غير مطابق للمصدق الخارجى و غير فان فيه كما أنه لو آمنّا

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧٠

فلسفيا بكون الواسطة واسطة فى الثبوت لوجب أيضا عدم الفرق بين الوصف الداخلى فى الحقيقة و الوصف العرضى، و القول بالصحة فى كلا الموردين إلما انّ المقياس فى ما نحن فيه ليس هو الفهم الفلسفى بل هو الفهم العرفى.

و الفهم العرفى فى المقام يفترض انّ المفهوم الجزئى الذى تعلق به العقد واسطة فى الثبوت لتعلق العقد بالعين الخارجية فكأن العرف يرى انّ العقد تعلق بالعين الخارجية حقيقة و ليس تعلقه بها بالعرض بواسطة فناء العنوان فى معنونه إذن فكان من المترقب أن يحكم العرف بصحة البيع لدى تخلف الوصف من دون فرق بين الوصف الجوهرى و الداخلى فى هوية الشىء و حقيقته و الوصف العرضى و لكن العرف هنا تدخّل مرّة ثانية و كان تدخّله فى جانب الأوصاف الجوهرية الداخلة فى هوية الشىء و حقيقته و حكم فى هذا القسم بانّ البيع لم يتحقق لانّ المبيع لا- وجود خارجى له و السرّ فى الفرق بين تخلف الحقيقة و الوصف العرضى هو انّ العين بما هى موجودة من الموجودات ليس لها فى نظر العرف اعتبار المالىة و الملكية حتى تباع و تملك و أمّا يكون لها اعتبار المالىة و الملكية بما هى حنطة أو شعير أو عبد أو جارية فمع تخلف الحقيقة لا- مبيع و لا- مملوك فى عالم اعتبار العرف فيكون كما إذا أشار إلى موضع و قال بعتك هذا العبد فتبين خلوّ الموضع رأسا و هذا بخلاف ما إذا كان أصل الحقيقة محفوظا فانّ ذات المبيع المتعلق بها البيع حقيقة موجودة و لم يتخلف إلما وصف ما تعلق به البيع حقيقة. انتهى ما يستفاد من كلام المحقق الاصفهاني رحمه الله فى هذا الوجه فى مبحث خيار الرؤية و تراه جعل المقياس فى كون تخلف الوصف موجبا للطلان أو الخيار كونه داخلا فى حقيقة الشىء بالمعنى الفلسفى و عدمه دون كونه دخيلا فى الأغراض الأساسية لدى العقلاء و عدمه.

وقد يقال: أننا رغم هذا الاتعاب للنفس الذي صدر من المحقق الاصفهاني قدس سره

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧١

نوجه إليه سؤالاً وهو أن متعلق التمليك أو البيع هل كان مقيداً بالكتابة أو لا؟ فان قيل: لا فهذا خلف فرض توصيف العبد بالكتابة في الإيجاب والقبول وإن قيل:

نعم قلنا: إن المقيّد يندم بانعدام قيده فما دامت الكتابة معدومة إذن فمتعلق التمليك أو البيع معدوم.

ولكن الواقع أن المحقق الاصفهاني رحمه الله بعد أن فرض أن المفهوم الجزئي الذي أصبح واسطه لسريان الملكية أو البيع إلى العين الخارجية واسطه في الثبوت ولو عرفاً رأى أن الملكية أو العقد تعلقت بذات المقيّد الموجود في الخارج فقد صبها العاقد على ذات المقيّد ولو لأجل اعتقاده خطأ بكونه واجداً للقيّد وقد ذكر رحمه الله في بحث الشرط الفاسد «١»: أنه صحيح ما اشتهر من أن المقيّد ينتفى بانتفاء قيده لكن هذا إنما يعني أن المقيّد بما هو مقيّد ينتفى بانتفاء قيده ولا يعني أن ذات المقيّد ينتفى بانتفاء قيده والبيع في المقام متعلق بذات المقيّد وبه حلّ أيضاً الإشكال فيما لو كان القيد قيداً للبيع لا للمبيع بان كان الالتزام بالبيع مقيداً بالالتزام بالبيع ففسد الالتزام الآخر أو حصل التخلف عنه فقال: إن ذلك لا يؤدي إلى انتفاء ذات المقيّد وهو الالتزام بالبيع وإن أدى إلى انتفاء المقيّد بما هو مقيّد.

وبهذا أيضاً حلّ الصياغة الثانية للإشكال وهي الإشكال من ناحية الرضا حيث يرى أن الرضا تعلق بالملكية التي صبها العاقد على ذات المقيّد ولو لأجل اعتقاده خطأ بتحقيق القيد فرضاه بتمليك ذات المقيّد فعلياً ولديه عدم رضا تعلقي، أي لو علم بانتفاء القيد لما رضى بالبيع الذي أقدم عليه البائع.

وله لتفسير الخيار كلام في بحث خيار الرؤية لسنا بصدده وبإمكانك

(١) راجع ٢: ١٦٤-١٦٥، من تعليقه على المكاسب.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧٢

مراجعة كتابه «١» و سيأتي منا (إن شاء الله) نقله عنه «٢».

وقد ظهر بهذا العرض أن المحقق الاصفهاني رحمه الله وإن اشترك في ذيل كلامه في بحث خيار الرؤية مع المحقق النائيني قدس سره في بيان نكتة الفرق بين الوصف الجانبي والوصف الجوهرى بأن الأول ليس به قوام مالى المال وملكيته، والثاني يكون به قوام ذلك ولكن هناك فرق جوهرى بينهما في كيفية الاستفادة من هذه النكتة لأن المحقق النائيني رحمه الله يرى: أن عدم مقابلة الوصف الجانبي بالمال جعله خارجاً عن طرفيته للمبادلة فأصبح بذلك تخلفه غير مضر بالبيع ولذا أوردنا عليه بأن هذا الوصف وإن لم يكن طرفاً للمبادلة ولكن المقيّد به بما هو مقيّد طرفاً للمبادلة وبزوال القيد ينتفى المقيّد ويطل البيع ولكن المحقق الاصفهاني لم يثبت صحّة البيع بمجرد عدم كون الوصف ممياً يبذل بإزائه المال، بل حَقَّق في بحث خيار الرؤية أن الملكية طرأت على ذات المقيّد لا على المقيّد بما هو مقيّد لأن الواسطه كانت واسطه في الثبوت ولم تكن واسطه في العروض وحقق في بحث الشرط الفاسد أن ذات المقيّد لا ينتفى بانتفاء قيده فكانت النتيجة صحّة البيع وإن كان من المترقب أن يصح البيع حتى في تخلف الوصف الجوهرى ولكن العرف لم يرض بذلك بنكتة كون الوصف الجوهرى مقوماً لمالية المال.

وكذلك لا يرد على المحقق الاصفهاني النقض الذي أوردناه على المحقق النائيني وهو النقض ببيع الكلّي الذي لا إشكال في أنه لو وصف بوصف جانبي منعه هذا التوصيف عن إمكانية التطبيق في مقام التسليم على فرد فاقد للوصف

(١). ٢: ٨٩، من تعليقه على المكاسب.

(٢) في الصفحة ٤٧٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧٣

رغم أن الوصف لا- يقابل بالمال، فهذا النقص لا يرد على المحقق الاصفهاني رحمه الله لأن الفرق بين بيع الكلّي و بيع الجزئي وفق بيان المحقق الاصفهاني هو أنّ البيع في الثاني تعلّق و لو في نظر العرف بالعين الخارجية و هي ذات المقيد التي لا تنتفي بانتفاء القيد، و أمّا في بيع الكلّي فلم يتعلّق البيع حقيقته بالعين الخارجية حتى في نظر العرف و لذا لم يمتلك المشتري فردا معيناً، و أمّا تعلّق بالحصّة و لا يجوز تطبيقها على فرد من حصّة اخرى، هذا و لكن الإنصاف رغم كل ما مضى أنّ هذا البيان من قبل المحقق الاصفهاني رحمه الله لا يرجع إلى محصل فان الكلام كل الكلام في أنّ البيع هل تعلّق بالمقيد بما هو مقيد أو تعلّق بذات المقيد؟

و توضيح المقصود: أنّا تارة نفترض ان وصف الكاتب لم يكن أصلاً قيماً لمتعلّق العقد و أمّا كان ذكره التزاماً في التزام و هذا لا يؤثّر في صحّة البيع ببيان يأتي (إن شاء الله) و مضى ممّا أيضاً ذكر له في بحث «المؤمنون عند شروطهم» و هذا وجه آخر لتصحيح البيع في المقام سيأتي شرحه (إن شاء الله) و لا علاقة له بما ذكره المحقق الاصفهاني في بحث خيار الرؤية من الوجه الذي نقلناه عنه مفصلاً، و قد يكون ما ذكره في موارد الالتزام المقيد بالالتزام في بحث الشرط الفاسد إشارة و لو ارتكازاً إلى روح ذاك المطلوب.

و اخرى نفترض ان وصف الكاتب قد فرض قيماً في المقام و رغم هذا يقال: إنّ البيع و الملكية قد تعلّق بذات المقيد الذي لا ينتفي بانتفاء قيده لا بالمقيد بما هو مقيد و ذلك بنكته ان المفهوم المأخوذ متعلّقاً للعقد كان واسطة في الثبوت لا في العروض، فالتملك و التملك انصباً عرفاً على ذات العين الخارجية.

و يرد عليه: أنّ سراية التملك و التملك إلى المصداق الخارجي بواسطة المفهوم سواء فرضت على أساس الواسطة في الثبوت أو على أساس الواسطة في

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧٤

العروض أمّا كانت بملاك فناء العنوان في المعنون و فناء العنوان فيه فرع التطابق بينهما، فان قلنا أنّ تخلف الوصف الجانبي لا يضرّ عرفاً بالتطابق بينهما لان العرف يتهاون في الوصف الجانبي كان هذا رجوعاً إلى بيان الشيخ الانصاري رحمه الله و ان اعترفنا بان تخلف الوصف الجانبي يضرّ بالتطابق و لذا لم يصح في بيع الكلّي تطبيق المبيع المقيد بالكتابة في مقام التسليم على فرد غير كاتب قلنا أنّ الحكم إذن لا يسرى إلى العين الخارجية لعدم صلاحية الواسطة في الواسطة سواء كانت واسطة في العروض أو في الثبوت، إذن فالبيع أمّا تعلّق بالمقيد بما هو مقيد لا بذات المقيد.

و لعل السبب في توهم التفريق بين ما لو كان ذاك المفهوم واسطة في الثبوت أو كان واسطة في العروض هو تصوّر أنّه لو كان واسطة في العروض فالملكية أمّا تسرى ثانياً، و بالعرض إلى العين الخارجية بملاك الفناء أي فناء العنوان في المعنون، و الفناء فرع التطابق بين العنوان و المعنون فإن لم يتطابق و لو في وصف جانبي لم يتم الفناء فلم يتم العروض على العين الخارجية أما لو كان واسطة في الثبوت فالسراية ليست بملاك الفناء إذ هي من قبيل سراية الحرارة إلى الماء بواسطة النار و لا معنى لفناء النار في الماء و لذا لا يشترط التطابق في المقام لأنّ التطابق أمّا هو شرط للفناء و لا حاجة لنا إلى الفناء في المقام.

و لكنك ترى أنّ هذا مغالطة فان ما نحن فيه يختلف عن مثل مثال سراية الحرارة إلى الماء بواسطة النار ففرق بين سراية وصف إلى شيء بواسطة شيء آخر مابين للشيء الأول و ليست نسبته إلى الشيء الأول نسبة العنوان إلى المعنون كما في النار و الماء، و كذلك في السفينة و راكبها فهذه السراية ليست بملاك الفناء إذ لا معنى لفناء شيء في شيء غير العنوان الذي يفنى في المعنون و بين سراية الحكم الاعتباري الذي فرض للعنوان إلى المعنون فهذه السراية دائماً تكون بملاك الفناء

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧٥

سواء فرضت الواسطة واسطة في العروض أو في الثبوت، و أمّا فرق العرف عن الفلسفة في المقام هو أنّ العرف غفل عن المبانيّة

الحقيقية الموجودة بين العنوان و المعنون للشبه التام بينهما فتصور أنّ الحكم طرأ رأساً على المعنون فأصبحت الواسطة واسطة في الثبوت، و لكن الفلسفة تدرك أنّها واسطة في العروض و لكن نكتة السريان على أيّ حال واحدة و هي فناء العنوان في المعنون المشروط بالتطابق.

فان قلت: إنّ نكتة السريان في المقام ليست هي فناء العنوان في المعنون بل هي الإشارة بما أنّ المتبايعين أشارا إلى عين خارجية و قال أحدهما بعتك هذا العبد الكاتب و قبل الآخر فقد رأى العرف ان التمليك و التملك انصبّا على العين الخارجية و هذا غير مشروط بالتطابق، و لعل هذا مراد من قال بأنّ الإشارة أقوى من الوصف.

قلت: إنّ الإشارة لو كانت سببا للسريان فهذا السريان و إن كان عرفا بالوساطة في الثبوت «١» بخلافه فلسفياً فإنّه بالوساطة في العروض لنفس البرهان الذي ذكره المحقق الاصفهاني من عدم إمكان تأصل الاعتباري و اعتبارية المتأصل

(١) أقصد بذلك أنّ العرف لو التفت إلى الواسطة لحملها على الواسطة في الثبوت دون العروض و لا- أنظر إلى أنّ العرف هل هو ملتفت إلى الواسطة أو لا حتى يناقش بدعوى أنّ العرف لا يعترف بالوساطة لا في العروض و لا في الثبوت بل يرى أنّه لا واسطة في المقام و بتعبير آخر ان ملاك التفصيل الذي ذهب إليه المحقق الاصفهاني رحمه الله في المقام بين فرض الواسطة في العروض و الواسطة في الثبوت لو تمّ فإنّما هو ثابت بين فرض الواسطة في العروض، و فرض عدم الواسطة في العروض لا بين فرض الواسطة في العروض و خصوص الواسطة في الثبوت فالبحت عن ان العرف هل يرى واسطة في المقام كي تكون في الثبوت أو في العروض أو لا بجانب عن روح المطلب و لا أثر له.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧٦

لكن السريان الذي يأتي من الإشارة لو قبلنا به كشيء مستقل عن ملاك الفناء و قلنا إنّ لا يشترط فيه التطابق لم يكن هذا موجبا للفرق بين كون الواسطة في الثبوت أو في العروض فسواء كانت الواسطة في العروض كما في رأى الفلسفة أو في الثبوت كما في رأى العرف يقال: إنّ الحكم الاعتباري سرى إلى ذات المشار إليه و لو فقد الوصف لأنّ السريان بالإشارة لا يشترط فيه التطابق.

و الحاصل أنّ المهم هنا لتصحيح البيع- بعد فرض عدم الرجوع إلى جواب آخر ككون الالتزام بالكتابة التزاما في التزام لا قيذا أو تسامح العرف بالاختلاف الجزئي- هو ان نرى أنّ التطابق شرط في السريان أو لا و لا يؤثّر في ذلك كون الواسطة و ساطة في الثبوت أو في العروض و أنّما نقول: إنّ السريان إن كان بنكتة الفناء فلا بد من التطابق و إن كان بنكتة الإشارة بدعوى تصور كونها ملاكا مستقلا للسريان غير مشروط بالتطابق إذن فلا يضرّ عدم التطابق من دون فرق في ذلك بين فرض الواسطة في الثبوت أو في العروض.

و الظاهر أنّ المحقق الاصفهاني رحمه الله لا- ينظر في المقام إلى مسألة الإشارة و لو كان ناظرا إليها و مدّعيا أنّ الإشارة تنصبّ و لو عرفا على العين الخارجية من دون شرط التطابق لما كان وجه لتبريره لبطان البيع في تخلف الوصف الجوهرى بكونه عرفا مقوماً لمالية المال فلنفرض أنّه باع العين الخارجية مشيراً إليها قائلاً:

بعتك هذا الفرس فتبين أنّه حمار فهذه الإشارة في الواقع إشارة إلى العين الخارجية التي هي حمار و ان أخطأ و تصوّر أنّها إشارة إلى الفرس و الحمارية صورة نوعية مقومة للمالية موجودة في المقام فلما ذا يبطل البيع؟! و لما ذا لا تكفي السراية بالإشارة هنا كما تكفي في مثال تخلف الكتابة؟!!

و الواقع كما ثبت في علم الاصول أنّ الإشارة نسبة ذهنية لا تحكى مباشرة

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧٧

عن الخارج و أنّما تحكى عنه بملا-ك الفناء الملحوظ فيه كل قيود العبارة لا محالة و المشروط بالمطابقة مع ما في الخارج و حالها حال العناوين الاخرى الاسمية بفرق أنّها معنى حرفي بخلاف تلك العناوين.

و أما ما ذكره رحمه الله في بحث الشرط الفاسد في الالتزام المقيد بالالتزام من ان فساد الثاني أو تخلفه لا يبطل الأول لأن ذات المقيد لا ينتفى بانتفاء القيد فالواقع ان الصياغة الاولى من الإشكال لم يكن لها مجال في الالتزام المقيد بالالتزام ما لم يرجع إلى تعليق الالتزام الأول على الالتزام الثاني التزاما نافذا مثلا و لو رجع إلى التعليق فقد قال المشهور: إن التعليق بنفسه مبطل للعقود و لو صح المعلق عليه و حصل و أما الصياغة الثانية من الاشكال هي التي يمكن ان تورد في المقام ببيان ان الرضا إنما كان بالالتزام المقيد بالالتزام لا بذات الالتزام فإذا انتفى القيد انتفى الرضا المتعلق بالمقيد بما هو مقيد لا بذات المقيد.

و هذا كما ترى لا يكفي في جوابه كون المنتفى بانتفاء القيد هو المقيد بما هو مقيد لا ذاته كما أنه في فقدان وصف الكتابة أيضا لئن سلمنا ان العقد انما انصب بوجه من الوجوه على العين الخارجية التي لا زالت هي موجودة و لو فقد الوصف و بهذا انحلت الصياغة الاولى من الإشكال فالصياغة الثانية قد لا تكون محلولة إذ يقول صاحبها إن الرضا بالعقد كان مشروطا بالكتابة أي ان الرضا متعلق بالعقد المقارن بكتابة العبد و المقيد بها و صحيح ان ذات المقيد لا ينتفى بانتفاء قيده فذات العقد باق لكن الرضا لم يكن متعلقا بذات العقد بل كان متعلقا به بقيد الكتابة و المقيد بما هو مقيد ينتفى بانتفاء قيده إذن فجواب المحقق الاصفهاني لو تم فأنما يكفي لدفع الإشكال الأول و نبقي بحاجة إلى إضافة بعض نكات اخرى كي يتم دفع الإشكال الثاني و على أية حال فقد عرفت ان أصل جوابه غير تام.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧٨

٨- الحل المختار للإشكال:

الحل الثامن- ما هو المختار و هو ان هناك فرقا بين تقييد متعلق العقد، و تعليق العقد على شيء، و جعل الالتزام بشيء شرطا في ضمن العقد من دون ان يرجع إلى تقييد متعلقه أو تعليق العقد عليه فقد يقيّد متعلق العقد بقيد كتقييد العبد بالكتابة و هذا القيد يفيد التحصيل إذا كان ما قيّد به كلياً و يفيد الانحسار عن الانطباق على ما في الخارج على تقدير تخلف القيد إذا كان ما قيّد به جزئياً و قد يجعل العقد معلقاً على شيء كما لو جعل البيع معلقاً على حرارة الهواء أو برودته و قد لا يكون هذا و لا ذاك و إنما يكون العاقد ملتزماً بذاك القيد ضمن التزامه بالعقد كما لو باعه العبد على أن يصلّي المشتري صلاة الليل أو اشترى منه العبد على أن يصلّي البائع صلاة الليل من دون أن يكون هذا قيّداً في المتعلق أو يكون العقد معلقاً عليه.

و لا أقصد بالالتزام ضمن الالتزام مجرد الظرفية البحثية التعبيرية أو الزمنية لأحد الالتزامين بالنسبة للالتزام الآخر و إنما أقصد بذلك أن يكون هناك تقابلاً بين هذا الالتزام الضمني و التزام صاحبه بالعقد فكأن التزام البائع بالبيع مع التزام المشتري بصلاة الليل أو التزام المشتري بالشراء مع التزام البائع بالبيع أمران متقابلان جعل أحدهما مكافئاً للآخر و عوضاً عن الآخر و هذا التقابل يساوق الثنائية و الاستقلال فهما التزامان مستقلان متقابلان و لا يكون أحدهما قيّداً في متعلق الآخر أو معلقاً عليه الآخر لأن ذلك خلف الاستقلال و الثنائية.

ففي القسم الأول و هو تقييد متعلق العقد بقيد يكون فقدان القيد لا محالة موجبا لفقدان متعلق العقد لأن العقد تعلق بالمقيد بما هو مقيد لا بذات القيد و يرد هنا الإشكال بأن ما وقع عليه العقد غير موجود و ما هو موجود لم يقع عليه العقد.

و في القسم الثاني و هو تعليق العقد عليه يلزم من فقدان المعلق عليه فقدان

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٧٩

المعلق لا محالة على ان التعليق بذاته مبطل للعقد حسب ما اشتهر بين الأصحاب حتى لو كان المعلق عليه موجودا.

و في القسم الثالث لا يكون فساد أو تخلف الالتزام الضمني موجبا لانعدام الالتزام بالعقد لأنه كان مستقلا عنه غير معلق عليه و لا كان متعلقه مقيداً به حسب الفرض نعم قد يقال إن رضاه بهذا الالتزام الذي صدر منه كان مبتئياً على وفاء صاحبه بالالتزام الآخر فبفقدانه

ينعدم الرضا و هذا رجوع إلى الصياغة الثانية للإشكال و التي لسنا الآن بصدد الجواب عليه.

إذا عرفت ذلك قلنا: إن المتعاقدين لو صرحا بالمقصود فلا- إشكال في ان كل قسم من الأقسام الثلاثة يلحقه حكمه و إلا فهناك نكات عقلائية تؤثر في تكوّن الظهور العرفي في الدلالة على المقصود و هي ما يلي:

١- التعليق في العقد المالي (دون الاذني كالكو كالة) بذاته خلاف المرتكزات العقلائية فما لم يكن نصّ أو قرينة على ذلك لا يحمل الكلام عليه.

٢- الوصف الإضافي لو كان حمله على تقييد المتعلق يستلزم افتراض مئونة إضافية من مثل تقدير التقارن أو الالتحاق أو السبق يحمل على الشرط فمثلا لو قال: بعتك العبد على أن تصلى صلاة الليل فهذا ظاهر في الشرط لأنّ حمله على تقييد المتعلق يستدعي تقدير نسبة التقارن و نحوها بان يكون المقصود بعتك العبد المقارن لصلاتك بالليل مثلا إذ بدون ذلك لا يعقل تقييد العبد بصلاة المشتري لعدم كونها وصفا له و هذه مئونة زائدة لا تفهم بالطبع إذن فالظاهر من هذا الكلام أنه التزم بيع العبد آياه في مقابل ان يلتزم بصلاة الليل من دون تقييد للمتعلق.

٣ و ٤- لو لم يكن حمل الوصف على تقييد المتعلق موجبا لتقدير نسبة إضافية كالتقارن و ذلك كما في وصف الكتابة التي تصلح بنفسها قيда للعبد المبيع

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨٠

فعندئذ إن كان متعلق العبد كلياً كما في قوله: بعتك عبدا كاتباً فهذا ظاهر في التقييد دون الشرط فحمله على معنى بعتك عبدا و اشترطت لك تطبيقه في مقام التسليم على الكاتب خلاف الظاهر، لان أخذ مئونة التطبيق في المقام أخذ لمئونة زائدة و بحاجة إلى النظر و القرينة، و إن كان متعلق العقد جزئياً كما في قوله: بعتك هذا العبد الكاتب فهذا ظاهر في الشرط دون التقييد و ذلك لأنّ التقييد و إن كان بالدقة العقلية أعمّ من التخصيص فقد يكون التقييد تحصيماً و قد يكون حاسراً للموصوف عن الانطباق على الخارج نهائياً على تقدير تخلفه، و لكن التقييد بالنحو الثاني خلاف المرتكز العقلائي و أنّما المرتكز العقلائي من التقييد هو الأول، فإذا جعل المتعلق جزئياً بالإشارة كان حمل الوصف على التقييد خلاف الظاهر، لأنّ الجزئي لا يحصص (و لعل هذا هو المقصود و لو ارتكازا لمن قال باقوائية الإشارة) إذن فقوله: بعتك هذا العبد الكاتب محمول على معنى: بعتك هذا العبد و اشترطت لك أن يكون كاتباً.

٥- و ما قلناه من ان حمل الوصف في الجزئي الخارجى على التقييد الحاسر عن الانطباق نهائياً لدى التخلف أنّما هو في الوصف الجانبي، أمّا الوصف الجوهرى فشده التصادق بالأهداف المطلوبة من الموصوف جعلته ظاهراً في التقييد.

و بكل ما ذكرناه ظهر الوجه في التفصيل بين توصيف الكليّ و توصيف الجزئي بحمل الأول على التقييد حتى و لو كان الوصف جانبياً، بخلاف الثاني و ظهر الوجه في التفصيل في توصيف الجزئي بين الوصف الجوهرى و الوصف الجانبي، ففي الأول يبطل البيع بالتخلف لأنّ التوصيف الجوهرى تقييد حاسر للمفهوم عن الانطباق على ما في الخارج نهائياً لدى التخلف، و في الثاني لا يبطل

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨١

البيع لأنّ مرجع التوصيف إلى الشرط و الشرط التزام في مقابل التزام، و التقابل يساوق الاستقلال فبزواله لا يزول الالتزام بالعقد. نعم، يبقى الإشكال بأنّ الرضا كان مبني على هذا الالتزام الضمني و هذه هي الصياغة الثانية للإشكال التي نشرها بعد ذلك (إن شاء الله) كما يبقى أنه ما هو الوجه في الخيار إذ لو كان الرضا غير ثابت بطل العقد غاية ما هناك ان يقال بإمكانية الإمضاء كما في بيع المكره أو الفضولي، و لو كان الرضا ثابتاً فلما ذا الخيار؟! و هذا ما سنبحثه أيضاً (إن شاء الله).

هذا و لا يخفى أنه بناء على الوجه الذي اخترناه للحل يكون المقياس في تشخيص الوصف الجوهرى أو الجانبي هو الأغراض العرفية و العقلائية في المعاملات، لا كون الوصف داخلاً في حقيقة الشيء أو خارجاً عنه.

و قد انتهينا إلى هنا من الجواب على الإشكال الأول و كان الوجه المختار للجواب غير كاف لحل الإشكال الثاني.

الإشكال الثاني إشكال أن تخلف الوصف يوجب فقدان الرضا:**إشارة**

الإشكال الثاني - أن تخلف الوصف يوجب فقدان الرضا، لأن رضا المشتري بالعبد الذي وصف له بالكتابة مثلا كان مبيتا على صدق الاتصاف، فإذا تخلف الوصف فهو غير راض بشراء العبد فالمرتقب هو بطلان البيع. وقد مضى أن جواب المحقق الخراساني رحمه الله من مسألة تعدد المطلوب و وحدته لو تم فهو جواب على كلا الإشكاليين إلا أنه لم يتم.

نعم قد يتفق ان المشتري رغم أنه قيّد المبيع بكونه كاتباً تكون حالته النفسية بنحو يرضى بشراء العبد حتى لو لم يكن كاتباً، ولكنه اشترط الكتابة ازديادا في طلب الخير، و هنا يكون الإشكال الثاني منتفيا لفعلياً الرضا فيصح البيع بعد أن كان فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨٢

الإشكال الأول منحل - بما عرفته من رجوع ذكر الوصف الجانبي في المبيع الجزئي إلى الشرط، لكن يبقى هنا السؤال عن الوجه في ثبوت الخيار حيث يقال: لو كان الرضا ثابتاً فلما ذا الخيار؟! و لو لم يكن ثابتاً فلما ذا يفتى بصحة البيع؟! وقد مضى أيضاً أن الوجه الذي اختاره المحقق الاصفهاني رحمه الله لحل الإشكال الأول فرضه حللاً لكلا الإشكاليين و مضى النقاش في ذلك. أما ما عالج به المحقق الاصفهاني مسألة الخيار فهو ان البيع و إن صح و لم يضر بصحته فقدان الوصف إما لأقوائية الإشارة مثلاً - كما قيل، و إما لكون البيع متعلقاً بذات المقيّد و ان ذات المقيّد لا ينتفى بانتفاء القيد كما اختاره هو رحمه الله، و لكن هذا لا يوجب عدم إخلال فقدان الوصف باللزوم أيضاً و ذلك لأنّ الخيار يكون بلحاظ نقض الغرض المعاملي، لا بلحاظ عدم تحقق المعقود عليه، فلأنّ المعقود عليه متحقق صحّ البيع، و لأنّ الغرض المعاملي انتقض ثبت الخيار «١».

أقول: إنّ هذا المقدار من البيان لا - زال غير كاف لتفسير الخيار إذ قد يقال ان نقض الغرض المعاملي إن كان على مستوى تخلف الداعي فلما ذا ثبت الخيار مع ان تخلف الداعي عادة لا يوجب الخيار؟! و إن كان على مستوى تخلف الرضا فلما ذا لم يبطل البيع؟! و إن كان المقصود شيئاً آخر فهو بحاجة إلى توضيح و بيان.

و على أية حال فالعمدة في الجواب على الإشكال الثاني و هو مشكلة الرضا وجهان:**١- توفر الرضا المعاملي:**

الوجه الأول - ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله في المقام «٢» من ان الرضا

(١) راجع تعليقه المحقق الاصفهاني على المكاسب ٢: ٨٩.

(٢) في منية الطالب ٢: ١٤٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨٣

المشروط في المعاملة ليس عبارة عن طيب النفس و ارتياحها للمعاملة و إنما هو عبارة عمّا سماه بالرضا المعاملي، و هو عبارة عن كون العقد و الإنشاء عن اختيار لا - عن إكراه أو جبر، فانتفاء الرضا في المقام ان قصد به انتفاء طيب النفس حيث لا يرغب المشتري نفسياً إلا في العبد الكاتب مثلاً فهذا لا يضر بصحة العقد، و إن كان المقصود به الرضا المعاملي، أي حصول العقد عن اختيار فهذا حاصل في المقام، لأنّ الاختيار و الرضا بهذا المعنى يتعلق بالتمليك المتقوم بالصورة النوعية في شئيه الشيء و ماله المال لا بالأوصاف الجانية.

و استشهد لعدم كون الرضا المشروط في المعاملة بمعنى طيب النفس و ارتياحها للمعاملة بأنه لو كان هذا هو الشرط في صحّة المعاملة لبطلت المعاملات التي تحصل على أساس الاضطرار من فقر و فاقة و نحو ذلك ممّا يؤدّي إلى ان يبيع الشخص بعض أثائه رغما على نفسه و بحرقه القلب لا- بطيبه، و كذلك بطلت المعاملات التي تقوم على أساس دواع تتخلف كما لو اشترى الدواء لأجل ابنه الذي اعتقد كونه مريضا ثم انكشف عدم ابتلائه بالمرض و هو لا يطيب نفسا بصرف المال في شراء الدواء بلا فائدة و لكنه حين المعاملة كان راضيا بها، بمعنى أنّه لم يكن مجبوراً أو مكرها عليها بل صدرت المعاملة بمحض اختياره و كان هذا كافيا في صحّة المعاملة فكذلك الحال فيما نحن فيه فقد اشترى هذا العبد الذي اعتقده كاتباً بمحض اختياره و لم يجبره أحد على شرائه و هذا هو المقياس في الصحّة، نعم قد التزم له البائع ضمن التزامه بالبيع بكون العبد كاتباً و قد تخلف هذا الالتزام الضمني و هذا أنّما يوجب الخيار و لا يوجب اختلالاً في الالتزام الأوّل.

أقول: أنّه رحمه الله و إن ربط حلّ مشكلة الرضا بالحلّ الذي ذكره في الجواب عن الإشكال الأوّل فقال هنا أيضا ان الرضا تعلق بالمبادلة الواقعة على الصورة
فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨٤

النوعية دون الأوصاف الجانية، لكنه كان منتبها إلى انّ هذا وحده لا يكفي لحلّ مشكلة الرضا إذ قد يقول قائل بأنّ طيب النفس كان مرتبطاً بوجه من الوجوه بكتابة العبد بالوجدان فأضاف في المقام نكته اخرى و هو دعوى ان الرضا المأخوذ شرطا في المعاملات ليس بمعنى طيب النفس بل بمعنى الاختيار الذي هو في مقابل الإكراه و الإجبار.
و إذا فصلنا الإشكال الثاني عن الإشكال الأوّل نهائيا كانت النكته التي أضافها في المقام جوابا كاملا على الإشكال الثاني غير محتاج إلى ربطه بحلّ الإشكال الأوّل.

و توضيح المقصود: انّ الإشكال الثاني تارة نضمّنه روح الإشكال الأوّل بان نقول: إن رضاه تعلق بالعقد الواقع على الكاتب و لم يتعلق بالعقد الواقع على غير الكاتب و هذا يعنى النظر ضمنا إلى مسألة ان العقد تعلق بالكاتب لا بغيره و هو الإشكال الأوّل، و هذه الروح المتضمّنه في المقام جوابها عين الجواب الذي يختار لحلّ الإشكال الأوّل كلّ على مسلكه، فالمحقق النائيني مثلا يجيب بأنّ العقد وقع على الصورة النوعية لا الأوصاف الجانية، و غيره يجيب بشكل آخر.
و اخرى نتكلّم في مسألة الرضا إلى المشكلة الإضافية التي تبقى مع أكثر أجوبة الإشكال الأوّل و هي شهادة الوجدان بان طيب النفس مرتبط بوجه من الوجوه بالكتابة فلا بد من معرفه حقيقه هذا الارتباط كي نرى هل يضّر ذلك بصحّة البيع بسبب فقدان الوصف الذي ارتبط به طيب النفس أو لا؟

و هذا الإشكال تكفي في حله النكته الإضافية التي ذكرها المحقق النائيني لو تمت و هي ان الرضا المشروط في صحّة البيع أنّما هو الاختيار في مقابل الإكراه و الإجبار لا طيب النفس و ان الاختيار موجود في المقام، و هذا لا يختلف حاله
فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨٥

باختلاف كون الوصف جانبياً أو جوهرياً فحتى في تخلف الوصف الجوهرى لا- شك في انّ المشتري لم يكن دخوله في المعاملة نتيجة للإكراه و الإجبار بل كان باختياره محضاً، و القول بأنّه أنّما رضى بشراء صورة نوعيه غير موجوده في المقام رجوع إلى روح الإشكال الأوّل.

و المقصود من هذا البيان في المقام هو أنّ عدم قبولنا بجواب المحقق النائيني على الإشكال الأوّل لا يضّر بقبول جوابه على الإشكال الثاني بقدر حلّ المشكلة الإضافية، فالإشكال الأوّل قد مضى ممّا حلّه بوجه من الوجوه فلم تبق إلّا المشكلة الإضافية في المقام و هي شهادة الوجدان بارتباط طيب النفس بوجه من الوجوه بالكتابة، فلو قبلنا بالنكته الإضافية التي ذكرها المحقق النائيني لحلّ ذلك فقد انتهينا من كلا- الإشكاليين. أمّا ما ذكره رحمه الله لتفسير الخيار من كونه نتيجة طبيعية لتخلف الالتزام الضمني فهو لا زال يحمل

غموضاً في المقام إذ لقايل أن يقول: إنه ما معنى ضمنية هذا الالتزام؟ فإن كان معناه مجرد الظرفية البحثية بمعنى أن الالتزام الثاني انشئ صدفة ضمن الالتزام الأول من دون علاقة له بالالتزام الأول فلا مبرر لكون التخلف عنه موجبا للخيار من النسبة للالتزام الأول، وإن كان معناه نوع ارتباط له بالالتزام الأول فما هو هذا الارتباط الذي لا يؤدي تخلفه إلى فقدان الالتزام الأول، ولا إلى فقدان الرضا الذي هو شرط في صحته البيع وفي نفس الوقت يؤدي إلى الخيار؟!!

أمّا تعليقنا على أصل النكتة التي بينها المحقق النائيني رحمه الله فهو: ما المقصود من طيب النفس الذي قال عنه المحقق النائيني: ليس هو المراد بالرضا المشترط في باب العقود وإنما المراد به ما يقابل الإكراه والجبر هل المقصود تلك الرغبة والحالة النفسية التي تحصل للنفس تجاه شيء ولو بلحاظ الكسر والانكسار بين

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨٦

المصالح والمفاسد المتزاحمة كطيب النفس المتعلقة بشرب الدواء رغم مرارته لأجل ما فيه من خاصية الشفاء، أو المقصود هي الرغبة الناشئة من المصلحة بلا أي مزاحم؟

فإن كان المقصود هو الثاني مع الاعتراف باشتراط الأول فلا شك بضرورة الفقه في أن طيب النفس بهذا المعنى الثاني ليس شرطاً في المعاملات وهو أمر نادر الحصول في هذا العالم المليء بالتزاحمات بين المصالح ومصالح أخرى وبين المصالح والمفاسد، ولكن صاحب الإشكال في المقام يحس بان طيب النفس بالمعنى الأول الناشئ من نتيجة الكسر والانكسار بين المصالح والمفاسد المتزاحمة أيضاً مرتبط بوجه من الوجوه في كثير من الأحيان بالوصف المفقود فربما نرى ان المشتري لا يرغب في العبد غير الكاتب حتى بعد الموازنة بين المصالح والمفاسد ولذا لو علم بكونه غير كاتب لما أقدم على الشراء فهو لا يرغب حتى بهذا المعنى من الرغبة إلا في العبد الكاتب.

وإن كان المقصود هو الأول فهو يقول: إن طيب النفس الناتج عن الكسر والانكسار بين المصالح والمفاسد أيضاً ليس شرطاً في باب العقود ورد عليه:

(أولاً) أنه ليس من الصحيح الاستشهاد لذلك بوضوح صحته مثل المعاملات التي تصدر من الإنسان نتيجة للفقر والفاقة ورغماً على حاجته الملحة في ما اضطر إلى بيعه إذ من الواضح أن طيب النفس بالمعنى الناتج عن الكسر والانكسار في المصالح ثابت هنا، فهو يرى أن ما يجنيه من فائدة الثمن الذي يحصل عليه بهذا البيع أهم مما يخسره ببيع العين التي هو محتاج إليها.

(و ثانياً) أنه ليس من الصحيح إنكار اشتراط طيب النفس بهذا المعنى في العقود، فإدلة اشتراط كون التجارة عن تراض وعدم حل مال المؤمن إلا بطيب نفسه تدلّ لا محالة على اشتراط هذا المستوى من الرضا وطيب النفس والواقع أن

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨٧

طيب النفس بهذا المعنى ملازم للاختيار المقابل للإكراه والجبر فوضوح عدم الإكراه والجبر في المقام آية وجود طيب النفس بهذا المستوى، إذ لو لم يطب نفساً بالمعاملة لم يكن له داع إلى إيجادها ما دام غير مكره أو مجبور على ذلك، والاختيار الذي هو في مقابل الإكراه والجبر اخص من طيب النفس بهذا المعنى، فإن المكره أيضاً يطيب نفساً بما يفعله حين ما يفعل ذلك لا من دون اختيار بل درأ للخطر الذي توعد به فهنا أيضاً طيب النفس بلحاظ الكسر والانكسار بين المصالح والمفاسد موجود إلا أن هذا الطيب لا يكفي لصحة العقد فإن المفهوم بمناسبات الحكم والموضوع من دليل شرط الطيب والرضا هو الطيب والرضا غير القائمين على أساس الإكراه والإجبار فصحيح أن الشرط في العقود هو الاختيار المقابل للإكراه لا طيب النفس لكن لا بمعنى أنه قد يكون الاختيار المقابل للإكراه، ولا يكون طيب النفس الذي يتحقق ولو بلحاظ الكسر والانكسار في المصالح والمفاسد، بل بمعنى أنه قد يكون طيب النفس بهذا المعنى ولا يكون الاختيار المقابل للإكراه وذلك فيما إذا كان طيب نفسه لأجل الفرار من الخطر المتوعد به على تقدير عدم الخضوع للعقد وعندئذ يكون العقد باطلاً إما بدليل نفي الإكراه أو بدليل شرط الرضا في العقود.

إذن فالمهم في حلّ اللغز في المقام هو ان نعرف كيف يمكن الجمع بين وجدانين:

أحدهما يحكم بأنّ المعاملة صدرت بمحض الاختيار و من دون إكراه أو إجبار و نحن نعلم أنّها لم تكن مقيدة بوجود الوصف لما عرفناه في حل الإشكال الأوّل من أنّ الوصف كان شرطاً لا قيداً و أنّ الشرط التزام متقابل مع الالتزام بالعقد و أنّ التقابل يقتضى استقلال أحد المتقابلين عن الآخر.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨٨

و الثاني يحكم بأنّ طيب النفس كثيرا ما يكون مرتبطاً بوجه من الوجوه بحصول الوصف و لذا لو علم بفقدانه لما أقدم على شراء المتاع مثلاً؟ و ليست طريقة الحل ان نفترض تفكيكا بين الرضا بمعنى طيب النفس و بين الاختيار بمعنى عدم الإكراه و الإجبار بان يقال: إنّهُ قد يحصل الثاني دون الأوّل و يقال إنّ شرط صحّة العقد هو الثاني دون الأوّل.

و من هنا نتحوّل في حلّ اللغز إلى الوجه الثاني.

٢- الرضا يدور مدار الوصول:

الوجه الثاني - هو الوجه المختار، و هو ان الرضا و إن كان في كثير من الموارد مرتبطاً بالوصف المطلوب فلا يرضى إلّا بالعبء الكاتب مثلا و لكن ارتباطه بواقع الوصف لا بوصوله أنّما يعقل بمعنى التخصيص في الكلّي، فهو قد يرضى بالعبء الكاتب و لا يرضى بالعبء غير الكاتب، أمّا سريان الرضا من الحصّة المقيدة بوصف إلى الجزئي فلا يدور مدار واقع الوصف و أنّما يدور مدار وصوله - و لو ببعض درجات الوصول - و لو خطأ و ذلك لأنّ الرضا و الشوق و الحبّ و البغض و الكراهة و نحو ذلك من الامور القلبية يستحيل دورانها مدار واقع وصف ما بغير معنى التخصيص فمن تعتقد كونه صديقا لك مثلا تحبّه و لو كان في واقعه من الدّ أعدائك، و من تعتقد كونه عدواً لك مثلا تبغضه و لو كان في واقعه من أخلص أحبائك، و من تراه متصفا بصفات الإنسانية من الرحمة و الإحسان و النبل و الشهامة تحبّه و لو كان في الواقع على خلاف تلك المواصفات و كذا العكس، و عليه ففي ما نحن فيه لو اشترى العبد المعين خارجا معتقدا بكونه كاتباً بحيث لم يكن يرضى به لو لا كتابته فصحيح انّ رضاه مرتبط بوجه من الوجوه بوصف الكتابة لكن هذا الارتباط ليس إلّا بنحويين:

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٨٩

الأوّل: ان رغبته و رضاه أنّما تعلّق بالحصّة الكاتبية و لم يتعلّق بالحصّة غير الكاتبية.

و الثاني: انّ هذا الرضا سرى من الحصّة الكاتبية إلى الجزئي الذي وقع عليه البيع بتوسط اعتقاده بوصف الكاتبية فيه لا بتوسط ثبوت واقع الوصف لما عرفت من استحالة دوران أمثال هذه الحالات النفسية مدار الواقع بغير معنى التخصيص.

و هذا البيان يمكن صياغته بصياغة أوسع بحيث يشمل حتى فرض تعلّق العقد بالكلّي مع أخذ تواجد الوصف شرطاً في مقام التسليم لا قيماً لمتعلّق العقد كما لو باعه عبداً كلياً غير مقيد بالكتابة بشرط ان يطبّقه لدى التسليم على عبء كاتب فهنا لم يكن المبيع جزئياً و لكن هنا بالدقّة ينطبق أيضاً ما ذكرناه من قاعدة ان سريان الحبّ و الرضا من الحصّة المقيدة بوصف إلى المصداق الجزئي أنّما يكون دائراً مدار وصول الوصف ببعض درجات الوصول و لو خطأ، و ليس دائراً مدار واقع الوصف.

و توضيح ذلك: انّ تحقق الكتابة في الفرد الذي سيطبق عليه الكلّي لدى التسليم أنّما أخذ شرطاً لا قيداً، و معنى كونه شرطاً هو الالتزام من قبل البائع بذلك في مقابل التزام المشتري بالعقد و تقابل الالتزامين يساوق استقلال كل واحد منهما عن الآخر، فلو أخلف البائع التزامه لم يبطل التزام المشتري بالعقد لأنّه كان مستقلاً عن ذاك الالتزام و لم يكن مقيداً و مخصّصاً به و لكن رغبته أنّما تعلّقت في عالم الحصص بتلك الحصّة من الالتزام بالعقد المقارنة لالتزام البائع و وفائه بالشرط فهو غير راضٍ إلّا بهذا إلّا انّ الرضا و الرغبة قد سريا من هذه الحصّة إلى هذا الالتزام الصادر منه بالفعل و هو مصداق جزئي لكلّي الالتزام بسبب اعتقاده بكون البائع صادقاً في التزامه

و كون وصف المقارنة المطلوبة متحققا خارجا لا

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩٠

بسبب واقع تحقق الوصف.

و هذان الارتباطان للرضا بالوصف موجودان تماما في موارد تخلف الداعي فمن اشترى دواء باعتقاد كون ابنه مريضا يكون رضاه متعلقا بكلّي بذل المال في مقابل الدواء الذي يحتاجه ابنه المريض، و لم يتعلّق رضاه ببذل المال في مقابل الدواء الذي لا يحتاجه ابنه و لكن سرى رضاه إلى البذل الذي وقع منه بواسطة اعتقاده بأنّه من القسم الأوّل فرضى بالبيع، فتخلف الوصف فيما نحن فيه يكون من هذه الناحية تماما من قبيل تخلف الداعي، و يكون الرضا المطلوب في صحّة البيع حاصلًا و لأجل رضاه بذلك نرى أنّه يقدم عليه من دون إكراه أو إجبار و يصحّ البيع.

سبب الخيار في فقهنا عند تخلف الوصف:

و أما ثبوت الخيار في المقام فله نكتتان إحداهما غير مطردة في تمام موارد محل الكلام و الثانية مطردة في تمام موارد: أما النكتة الأولى - فهي تخلف الداعي القائم على أساس التغيرير فصحيح ان تخلف الداعي بشكل عام لا يوجب الخيار فمن اشترى دواء لابنه باعتقاده مريضا ثم انكشف خلافه لم يكن له خيار الفسخ، و لكن لو كان انبعث هذا الداعي على أساس التغيرير كما لو كان بائع الدواء هو الذي أومى إليه بمرض ابنه فهنا لا- إشكال في ثبوت الخيار عقلايا و بالتالي ثبوته شرعا على أساس الإمضاء المنكشف بعدم الردع، أو على أساس قاعدة نفى الضرر، و في ما نحن فيه إذا فرض انّ البائع هو الذي وصف عبده بالكتابة مثلا و غرر المشتري بذلك انطبقت عليه قاعدة الرجوع إلى من غرّه و ثبت بها الخيار. و هذا كما نرى- ليس مطردا في تمام الموارد فقد يتفق أنّه لم يكن تغيرير من

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩١

قبل البائع كما لو تورّط البائع و المشتري في عرض واحد في خطأ الاعتقاد باتّصاف هذا العبد بالكتابة و لم يكن البائع هو الذي أوحى إلى المشتري بذلك و قد يتفق انّ المشتري كان راضيا بشرائه حتى لو لم يكن كاتبًا و ان اشترط الكتابة تكثيرا للخير فليس التغيرير هو الذي ورّطه في الالتزام بالعقد.

و أما النكتة الثانية- فهي ما عرفت من انّ قيد الوصف في المقام راجع إلى الشرط، بمعنى التزام مرتبط بالالتزام بالعقد، و ارتباطه به يعنى تقابله معه أي انّ الالتزام بالعقد من أحد الطرفين مقابل و مكافأ بالالتزام الآخر بالشرط، و التقابل يساوق الاستقلال فتخلف المشتري عليه لا- يبطل الالتزام بالعقد و لكن بما انّ الالتزامين كانا متقابلين أي كان كل منهما كجزاء للآخر و كبديل له و مكافئة له فالتخلف عن أحدهما يسمح عقلايا للآخر بالتخلف سنخ ما نراه في المالين اللذين وقعا عوضا و معوّضا فأخلف أحدهما في تسليم المال فيكون للآخر أيضا حق التخلف، و الحاصل انّ الالتزامين إذا كانا متقابلين فوجوب الوفاء بهما أيضا متقابلان في نظر العقلاء أي لا يجب الوفاء بأحدهما إلّا في مقابل وفاء الآخر، فلو أخلف من عليه الشرط لم يجب على الآخر الوفاء بالعقد و جاز له فسخه و هذا معنى الخيار فإذا تبين في المقام عدم اتصاف العين بالوصف المطلوب فقد وقع التخلف عن الشرط و هذا يوجب الخيار عقلايا و بالتالي يوجب الخيار شرعا إمّا بالإمضاء المنكشف بعدم الردع أو بقاعدة نفى الضرر لأنّ سلب الحقّ العقلائي عنه يعتبر ضررا عليه.

هذا. و ذكر السيد الخوئي رحمه الله بيانا آخر لثبوت الخيار في موارد تخلف الشرط غير ما ذكرناه من انّ تقابل الالتزامين يوجب التقابل في وجوب الوفاء بهما أيضا و هو انّ الشرط بعد أن لم يكن راجعا إلى تعليق العقد على تحقق الشرط

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩٢

لا- بد أن يكون التعليق فيه في الالتزام بالوفاء بالعقد و إتمامه، فحقيقته جعل الخيار على تقدير التخلف و لهذا يثبت الخيار بتخلف

الشرط «١».

أقول: كأن السيد الخوئي رأى أن للشرط ارتباطاً لا محالة بالعقد و ليست النسبة بينهما مجرد نسبة الظرفية و المظروفية البحتة من دون ارتباط معنوي بينهما و بما أن هذا الارتباط المعنوي بينهما ليس عبارة عن تعليق العقد على الشرط فانحصر عنده الأمر في أن يكون الارتباط عبارة عن تعليق الوفاء بالالتزام على الشرط أو عن جعل الخيار عند تخلف الشرط و هذا الكلام لو صح عقلياً فلازمه عدم وجوب وفاء المشروط عليه بالشرط في ارتكاز العقلاء لأن واقع ما التزم به إنما هو عبارة عن تحقق الخيار لدى عدم الاتيان بالعمل الفلاني، و ليس عبارة عن نفس ذلك العمل بينما من الواضح في الارتكاز العقلائي ان من حقّ المشروط له إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط، و إن لم يف بالشرط كان له الخيار، فلو كان مرجع الشرط عقلياً إلى ما يقوله من مجرد جعل الخيار على تقدير التخلف أو تعليق الوفاء بالعقد على الوفاء بالشرط لم يكن بالإمكان تفسير ما هو المركز عقلياً من وجوب الوفاء بالشرط الذي كان ضمن العقد.

إذن فلا بد للشرط من تفسير آخر يحفظ ارتباطه بالعقد مع اشتماله على عنصر التزام المشروط عليه بالشرط من كتابة العبد أو عمل من الأعمال أو أي شيء آخر لا مجرد جعل الخيار على تقدير عدم تحقق الشرط. نعم لو كان الشرط سنخ شرط لا يشتمل على التزام العاقد بشيء و لم يكن راجعاً إلى تعليق العقد عليه انحصر تفسيره بإرجاعه إلى جعل الخيار على تقدير

(١) المحاضرات ٢: ١٤٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩٣

عدمه، مثاله ما لو اشترى من الصيدلي دواء بشرط كون ابنه مريضاً و افترضنا عدم رجوعه إلى تعليق العقد على مرض ابنه فهذا تفسيره الوحيد هو شراء الدواء مع فرض الخيار على تقدير عدم كون ابنه مريضاً إذ لا يحتمل هنا إرادة التزام البائع بكون ابن المشتري مريضاً. هذا مضافاً إلى أن إرجاع الشروط إلى جعل الخيار أو تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على تلك الشروط غير كاف لتفسير الارتباط المعنوي للشرط بالعقد.

و توضيح ذلك: أننا ننقل الكلام عندئذ إلى جعل الخيار لثري هل أن هناك ارتباطاً معنوياً بين جعل الخيار في هذا العقد و نفس هذا العقد أو ان ارتباطهما عبارة عن مجرد الظرفية و المظروفية مع كون العقد هو متعلق الخيار فيرجع جعل الخيار إلى شرط ابتدائي بحت من قبيل ما لو جعلنا الخيار في بيع بعد تمامية ذاك البيع فالفرق فقط في ان علاقة الظرفية و المظروفية بينهما منتفية في مثال جعل الخيار بعد البيع و ثابتة في ما نحن فيه؟

فان فرض الثاني، أي ان العلاقة بين العقد و جعل الخيار إنما هي علاقة الظرفية و المظروفية قلنا:

أولاً: ان الشرط الابتدائي البحت غير لازم لدى العقلاء فكيف يثبت الخيار!؟

و ثانياً: لا شك في أنه لو باعه شيئاً بشرط الخيار و قبل المشتري ذلك بلا شرط الخيار ثبت الإحساس بعدم تطابق الإيجاب و القبول و لو على مستوى الشروط و احتجنا إلى البحث الآتي من ان عدم تطابقهما في الشروط هل يضر بالعقد أو لا، بينما على الظرفية البحتة من الواضح التطابق الكامل بين الإيجاب و القبول و عدم وجود أي خلل في العقد

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩٤

و ثالثاً: لو فسّرنا ارتباط شرط الخيار بالعقد بمجرد علاقة الظرفية و المظروفية فلم لا نفسّر كل الشروط بهذا التفسير بأن يكون كل شرط ضمن العقد عبارة عن الإلزام و الالتزام بذاك الشرط في ظرف العقد بلا حاجة إلى إرجاع جميع الشروط إلى شرط الخيار!؟ و ان فرض الأول و هو ان هناك نوع علاقة معنوية بين شرط الخيار و العقد وراء مجرد الظرفية البحتة فلا بد من التفتيش عن تلك

العلاقة فلعلها تصدق ابتداء في سائر الشروط الضمنية بلا حاجة إلى إرجاعها إلى شرط الخيار.

والصحيح ما عرفته منّا من أنّ العلاقة المعنوية الموجودة بين الشرط الضمني والعقد هو تقابل الالتزامين وكون أحدهما بمنزلة العوض عن الآخر والتقابل يحفظ الاستقلال من ناحية فلا يفسد العقد بفساد الشرط أو بالتخلّف عنه و يؤدي إلى الخيار من ناحية اخرى باعتبار أنّ التقابل بين الالتزامين موضوع للتقابل بين الوفائين في الوجوب. أي أنّ وجوب وفاء أحدهما بما التزم مشروط بوفاء الآخر بما التزم.

و على أيّة حال فقد اتضح بهذا العرض ان لثبوت الخيار عند تخلّف وصف مطلوب ملاكين بينهما عموم من وجه:

الأوّل- ملاك التغيرير بإيحاء أمر لم يكن الطرف الآخر ليقبل الدخول في العقد لولاه.

و الثاني- ملاك تخلّف الشرط.

فقد لا يكون شرط بين البائع والمشتري و لكن التغيرير ثابت و ذلك على أساس أنّ البائع غرّر المشتري بإيحاؤه إليه بكون العبد كاتباً مثلاً فوثق المشتري بذلك و لم ير حاجة للشرط فأوقع العقد على هذا العبد الجزئي معتقدا كتابته فهنا

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩٥

يثبت الخيار بالملاك الأوّل دون الثاني.

وقد لا يكون البائع مغرّراً للمشتري بل كانا معا متورّطين في الخطأ في عرض واحد و لكن العقد تمّ بشرط الكتابة، أو غرّره بدعوى ثبوت الوصف و لكن المشتري كان راضياً بالعقد حتى مع عدم الوصف و مع ذلك اشترط الوصف طلباً لزيادة الخير فهنا يثبت الخيار بالملاك الثاني دون الأوّل.

و قد يثبت الملاكان معا كما لو اشترط المشتري على البائع وصف الكتابة و أوحى إليه البائع بثبوت هذا الوصف.

و متى ما انتفى الملاكان دخل الأمر في تخلّف الداعي الذي لا يوجب الخيار- إلّا فيما سيأتي من الاستثناء- كما لو اشترى عبداً بتخيّل كونه كاتباً و كان داعيه إلى هذا الشراء هو الاستفادة من كتابته، و لم يكن هذا الخطأ بوحى من البائع و لا كان بينهما اتفاق على شرط الكتابة ثم تبين أنّه ليس كاتباً فهنا لا خيار له.

سبب الخيار في الفقه الوضعي عند تخلّف الوصف:

إلّا أنّه ورد في الفقه الوضعي المقياس لثبوت الخيار في المقام بشكل آخر يختلف عما ذكرناه.

و قد نقل في الوسيط «١» مقياسين لذلك ناسباً لأحدهما إلى: كثير من الفقهاء، و الآخر إلى التقنين المصري الجديد:

أمّا ما نسبته إلى كثير من الفقهاء فهو أنّ المقياس للخيار هو كون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين، فالعقد عندئذ و إن كان صحيحاً لأنّ الإرادة موجودة و لكن له الخيار، لأنّ إرادته معيبة بمعنى قيامها على أساس الغلط، و صحيح أنّ

(١) راجع الوسيط ١: ٣٣١-٣٤٠، الفقرة ١٧٥-١٧٧.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩٦

هذا السبب للخيار موجود في فرض الغلط الفردي أيضاً، أي ما إذا اختص الغلط بمن قامت إرادته على أساسه، و الآخر كان يعلم بواقع الحال إلّا أنّ الذي يمنع عن الحكم بالخيار في هذا الفرض هو أنّ الحكم بالخيار في ذلك يؤدي إلى تزعزع التعامل و لم يأمن أي متعاقدان يرى العقد الذي اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر و هو بعد لم يدخل في سريرته فيعلم أنّ رضاه كان قد صدر عن غلط! إذن فينبغي تخصيص الخيار بالغلط المشترك، ذلك أنّ المتعاقدين الآخر إذا اشترك معه في الغلط فمن العدل ان يقره على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه، و لا يعود هناك وجه للتدبّر من تقلقل المعاملات و عدم استقرارها.

وعلق على ذلك السنهوري بان هذه النظرية لا تتمشى مع المنطق ولا تتفق مع العدالة، ثم هي ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملي المقصود و هو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر.

أما ان النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه و لو لم يشترك الآخر معه في الغلط فيجب منطقيًا إبطال العقد سواء وقع المتعاقد الآخر في هذا العقد أو لم يقع.

و أما ان النظرية لا تتفق مع العدالة فيظهر ذلك إذا فرضنا ان الغلط لم يكن مشتركاً و لكن المتعاقد الذي صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر و تركه مسترسلاً في غلظه دون ان ينبهه إلى ذلك، فالغلط في مثل هذه الحالة يكون فردياً و ليس من شأنه ان يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك.

و يترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الآخر و لنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه، و بديهى ان هذه

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩٧

النتيجة تصطدم العدالة فإنه إذا كان عدلاً ان يبطل العقد في حالة اشتراك الطرفين في الغلط فالأولى ان يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط و كان الآخر يعلم ذلك و لم يتبته إليه.

و أما ان النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل فإن ذلك يظهر في وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردي و اقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه الذي سيبين في الرأى الثانى.

أقول: كأن ملاحظة السنهوري الاولى و الثالثة تشكّلان إشكالا واحداً و هو أنه حينما يمكن حفظ استقرار التعامل بالقدر المطلوب مع القول بالخيار في الغلط الفردي و جب منطقياً إبطال العقد لأن رضاء مشوب على أى حال بالغلط، أما لو فصلت الملاحظة الثالثة عن الاولى لكان لصاحب نظرية الغلط المشترك ان يجب عليها بأنه صحيح ان مقتضى الطبع الأولى للمنطق هو ثبوت الخيار لدى الغلط الفردي و لكن منعنا عن القول به ضرورة حفظ استقرار التعامل، كما أنه لا يبقى مجال للملاحظة الاولى لو قلنا بالإرادة الظاهرة فإن الإرادة الظاهرة لم تكن مشوبة إلماً إذا ضمّنا إليها أيضاً ما يحل محل الملاحظة الثالثة و هي توضيح أنه يكفى في مشوية الإرادة الظاهرة كون المتعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط.

و أما ما نسبته إلى التقنين المصرى الجديد فهو كفاية الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقد الآخر بمعنى أنه يكفى ثبوت الغلط و لو فردياً و لكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط و جب- حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط- أن يكون على علم به، أو أن يكون من السهل عليه ان يتبينه و هذا ما تقضى به المادّة [١٢٠] من التقنين الجديد المصرى فهى تنصّ على أنه (إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري جاز له ان يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩٨

وقع مثله فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه ان يتبينه).

و علل السنهوري ذلك «١» بأن الغلط إذا لم يكن مشتركاً و فاجأ المتعاقد الذي وقع فى الغلط المتعاقد الآخر بدعوى الغلط و لزم ان نبطل العقد بناء على مبنى الإرادة الباطنة فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له فلما ذا يتبلى بمشكلة عدم استقرار التعامل؟! و المخطئ هو المتعاقد الأول الذي أهمل فى كشف نيته و لم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع ان يتبين ما شاب إرادته من غلط فوجب عليه التعويض و تدارك ضرر عدم استقرار التعامل و خير تعويض فى هذه الحالة بقاء العقد صحيحاً و بكلمة اخرى ان الإرادة الباطنة و إن كانت مشوبة بالغلط و لكن هذا المورد من الموارد التى غلب فيها جانب الإرادة الظاهرة حفظاً لاستقرار التعامل و لا يستقيم هذا التعليل إلماً إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له بالغلط و ليس من السهل عليه ان يتبينه، أما إذا كان عالماً بالغلط و أنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سيئ النية، و إذا لم يكن عالماً بالغلط و لكن كان من السهل ان

يتبينه و ان يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد فلا- حق له كذلك في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصيرا، و يخلص لنا من كل ذلك ان الغلط الجوهرى لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان غلطا مشتركا أو كان غلطا فرديا يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه ان يتبينه.

فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو فأنها لا تتنافى مع استقرار التعامل ذلك لأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلا للزعم بأنه

(١) ما نقلته هنا مستخلص من مجموع ما جاء فى الوسيط فى المتن و فى التعليق تحت الخط، الصفحة ٣٣٥، الفقرة ١٧٦.

فقه العقود، ج ١، ص: ٤٩٩

فوجئ بطلب إبطال العقد فقد ثبت ان هذا المتعاقد الآخر كان مشتركا فى الغلط، أو كان يعلم به، أو كان من السهل عليه ان يتبينه، و هو فى الاولى حسن النيّة و لكن مقتضى حسن نيته ان يسلم بإبطال العقد، و هو فى الثانية سيئ النيّة و الإبطال جزاء لسوء نيته، و هو فى الثالثة مقصر و تعويض التقصير بالإبطال.

و غنى عن البيان أننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بالغلط على النحو المتقدم فإن ذلك يعنى أن يكون على بينة أيضا من ان هذا الغلط الجوهرى هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول. انتهى ما أردت نقله عن الوسيط.

أقول: إن الفرق الأساسى فى المقام بين النظرة الفقهية للفقه الغربى و النظرة الفقهية للفقه الإسلامى هو ان الفقه الغربى يرى ان العيب الذى أدى إلى قابلية العقد للإبطال يكمن فى نفس الإرادة، فالإرادة لأنها كانت معيبة كان أثر ذلك قابلية العقد للإبطال و لو كانت مفقودة كان أثر ذلك بطلان العقد فى المقام حيث ان الإرادة موجودة فالعقد صحيح و حيث أنها قائمة على أساس الغلط فهى معيبة فالعقد قابل للإبطال.

و من هنا نرى ان الفقه الغربى أخذ يبحث عمّا هو المبرر لعدم الخيار فى موارد الغلط الفردى، أو فى موارد الغلط غير المتصل بالمتعاقد الآخر، أو فى موارد ما يسميه فقهاء الإسلام بتخلف الداعى رغم ان الإرادة هنا أيضا معيبة بمعنى كونها قائمة على أساس الغلط فبرروا ذلك بضرورة استقرار التعامل، أو بان المقياس هو الإرادة الظاهرة.

أمّا الفقه الإسلامى فلا- يقسم الإرادة إلى معيبة بعيب يوجب الخيار و غير معيبة بل الإرادة متى ما كانت موجودة مع تواجد سائر الشروط صحّ العقد و إلا بطل العقد، و فى باب الإكراه يكون العقد باطلا فى رأى الفقه الإسلامى لفقدان

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠٠

الرضا بالمعنى المقابل للإكراه، و إن ثبتت الإرادة بمعنى ما يقابل صدور العمل من دون اختيار أو بمعنى الرغبة الموجودة حتى مع الإكراه دفعا للخطر فى عمل لم يكن الإكراه بمستوى سلب الاختيار فإن العامل عندئذ يعمل بإرادته تخلصا من الخطر المتوعد به أو قل إننا نقصد بالإرادة التى هى شرط فى صحّة العقد طيب النفس بالمعنى المقابل للإكراه لا بمعنى مجرد القصد الذى يمتاز به العمل الاختيارى عن العمل غير الاختيارى، و لا بمعنى الرغبة أو الرضا الناتج عن قصد التخلص من خطر المكروه، و ان شئت فعبر بأن عيب الإرادة فى الفقه الإسلامى الذى لا يفقدها و إنما يعيها هو الإكراه و ان جزاء عيب الإرادة هو البطلان لا الخيار.

و على أية حال فالخيار فى الفقه الإسلامى لا يستند إلى كون الإرادة معيبة بقيامها على أساس الخطأ و لذا لم يبحثوا عن المبرر لعدم الخيار فى موارد ما اسموه بتخلف الداعى و إنما بحثوا عن نكته الخيار فى موارد تخلف الوصف المذكور فى متن العقد مثلا و برّوه بمثل تخلف الالتزام الضمنى أو تخلف الغرض المعاملى أو غير ذلك و قد عرفت أننا نرى نكتتين للخيار كلتاهما غير مسألة كون الإرادة معيبة بقيامها على أساس الغلط احدهما التغيير و الاخرى تخلف الشرط.

و هذا المنهج الإسلامى أوفق بالمرتكزات العقلانية من المنهج الغربى و ذلك لأن المنهج الغربى لا يستطيع ان يفسر الخيار فى المقام

تفسيرا يطابق المرتكزات العقلانية على مسلك الإرادة الباطنة الذي هو أحد المسلكين في الفقه الغربي، و تفسير ذلك باستقرار التعامل لا يوضح لنا الفرق بين هذا المقام و سائر الموارد التي أخذوا فيها بالإرادة الباطنة فإن كان الحفاظ على استقرار التعامل هو المنهج العام و كان هو الذي أدى إلى العدول في المقام إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠١

فالمترقب هو المصير إلى إعطاء الأصاله للإرادة الظاهرة و هو خلف هذا المسلك و إلّا فما هو السرّ في خصوص المقام بالتوجه إلى فكرة استقرار التعامل و استثنائه من بين الموارد الاخرى التي استتت الأحكام فيها على أساس الإرادة الباطنة؟! و بكلمة اخرى نحن نرى انّ الفقه الغربي بكلا مسلكيه في باب الإرادة أطبق على قابلية العقد للإبطال في مورد الغلط المتصل بالمتعاقد الآخر أو - على الأقل - الغلط المشترك و ان اختلافهم في كون الأصاله للإرادة الباطنة أو للإرادة الظاهرة لم يؤثر على فكرة قابلية العقد للإبطال في المقام، فلو أردنا ان نفترض ذلك مطابقا لمرتكزات عقلانية كاملة في النفوس دون مجرد تعيّد و اجتهاد من قبل المشترعين فهو يكشف لا محالة عن وجود نكتة اخرى للخيار و قابلية العقد للإبطال غير نكتة كون الإرادة معيبة بقيامها على أساس الغلط لأنّ هذه النكتة لا تفسّر لنا الفرق بين الغلط المشترك و الغلط الفردي أو الغلط المتصل بالمتعاقد الآخر و الغلط غير المتصل به على مدرسة الإرادة الباطنة مع أنّنا نرى انّ اختلاف المدرستين لم يؤثر على ما يختار في المقام.

و إذا قسنا النتيجة التي توصّلنا إليها إلى ما ذكره من الغلط المشترك رأينا انّ النسبة بينهما عموم من وجه، فربما يكون التغيير أو الشرط موجودا و لا يكون الغلط مشتركا بل كان صاحبه على علم و عمد في ما فعل فهنا يثبت الخيار رغم عدم الاشتراك في الغلط كما قال به أصحاب نظرية الغلط المتصل به المتعاقد الآخر بل قال به حتى أصحاب نظرية الغلط المشترك لكن تحت اسم آخر غير اسم الغلط و هو اسم التدليس، كما انّ خيار التدليس وارد في فقهننا الإسلامي أيضا و ربما يكون الغلط مشتركا و قد وقعا في الغلط في عرض واحد و لم يكن تغيير و لا شرط و هنا لا نلتزم بالخيار خلافا لما قالوه.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠٢

و إذا قسنا النتيجة التي توصّلنا إليها بما أضافه من كفاية علم المتعاقد الآخر بخلط صاحبه أو كون تبيّنه سهلا عليه قلنا: إنّه ربما يكون العلم أو سهوله التبين ثابتا له و لكنه لم يكن هو المغرّر و لا كان هناك شرط وجود الوصف بينهما و هنا لا مبرر لدينا للخيار.

ثم انّ صاحب الوسيط نقل في المقام «١» عن التقنين المصري الجديد المادة [١٢٤] أنه: (١- ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن التية. ٢- و يبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد ابرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادة لتنفيذ هذا العقد) و المقصود بالبند الأول ما يشمل فرض ما إذا لم يكن البائع مثلا محققا للوصف أو الشرط المطلوب بالذات و لكنّه كان مستعدا لتدارك الضرر الحاصل من فقد الوصف بحيث يتحقّق كل الأغراض التي قصدها المشتري كما مثل له في الوسيط بمن اشترى أرضا و هو يعتقد انّ لها منفذا إلى الطريق العام ثم يتضح أنّها محصورة فيعرض عليه البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام ممّا يحقّق له كل الأغراض التي قصد إليها فأبى إلّا إبطال البيع فلا يجاب المشتري إلى طلبه. و المقصود بالبند الثاني خصوص ما إذا استعد البائع لتحقيق الوصف أو الشرط المطلوب و تنفيذ العقد حرفيا و نقل في الوسيط تحت الخط عن المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المصري بصدد المادة [١٢٤] التمثيل له بمن يشتري شيئا معتقدا خطأ أن له قيمة أثرية مرتبطبا بعقد البيع و عرض البائع استعدادة لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت نيته إلى شرائه فهنا ليس للمشتري حق الإبطال.

(١) راجع الوسيط ١: ٣٤٠-٣٤١، البند ١٧٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠٣

أقول: لا شك في انّ استعداد البائع لتنفيذ العقد حرفيا لا يبقى مجالا لحق خيار الفسخ، لكن هذا أمّا يتمّ فيما إذا كان المبيع كليا و

كان معه شرط لم ينفذه البائع، أو كان المبيع موصوفاً بوصف لم ينفذه البائع لدى التسليم فاستعدّ لتحقيق الشرط أو بتبديل الفرد المسلم بفرد آخر واجد للوصف مثلاً فإنّ هذا يسقط الخيار الناتج عن عدم وفاء البائع بالشرط أو عدم تسليمه لما التزم به من المتاع الموصوف بوصف ما لأنّ هذا معناه حصول الوفاء و به يزول سبب الخيار.

و كذلك ما لو كان المبيع جزئياً و كان فاقداً للوصف المشترط لكن كان بإمكان البائع تحقيق ذلك الوصف بحيث يتحقّق بذلك الشرط الموصوف به نفس ذاك المبيع الجزئي كما لو اشترى البيت بشرط تعمير الفطور الموجود فيه فخالف البائع الشرط ثم استعدّ لتحقيقه بنحو يعدّ وفاء بالشرط.

أمّا إذا كان المبيع جزئياً فاقداً للوصف المطلوب كما في المثال الذي ذكره فهنا لا مجال لإسقاط الخيار بتبديل الفرد بفرد آخر واجد للوصف فإنّ العقد أنّما وقع على الفرد الأوّل و هو فاقد للوصف المقصود فليس المشتري ملزماً بقبوله، و أمّا الفرد الثاني الواجد للوصف فهو بحاجة إلى عقد جديد و ليس المشتري ملزماً بقبول العقد الجديد إلّا ان ندخل هذا التبديل تحت عنوان تدارك الضرر الحاصل بفقدان الوصف و هذا رجوع إلى البند الأوّل.

و تحقيق الحال في البند الأوّل إذا أردنا ان نخضعه للمقاييس التي نحن توصّلنا إليها من التغيرير و تخلف الشرط هو أنّ التغيرير يرتفع بالتدارك فإنّ التدارك يشيع الفطرة العقلائية التي تقول: إنّ المغرور يرجع إلى من غرّه لأنّ إزماءه البائع بالتدارك بنفسه مصداق تام لرجوع المغرور إلى من غرّه فلا يبقى مجال لخيار الفسخ، و أمّا تخلف الشرط فلا يرتفع بذلك لأنّ المفروض ان ذات الشرط لم

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠٤

يحصل و العدول إلى شيء آخر يحقّ نفس الأغراض المرجوّة من الشرط عدول إلى شرط جديد يحتاج إلى موافقة المشتري عليه و مجرّد حصول الغايات المطلوبة لا يكفي لإشباع الفطرة العقلائية التي تقول: إنّ الالتزامين المتقابلين لدى الانعقاد متقابلان لدى الوفاء فإذا تخلف أحدهما عن الوفاء كان للآخر التخلف عن التزامه و التراجع عنه و فسخه.

تنبيهات حول فقدان الإرادة و وجودها المعيب:

إشارة

و في ختام بحثنا عن المقارنة بين فقدان الإرادة و مسألة الغلط الموجب للخيار نرى لزاماً علينا التنبيه على عدّة أمور:

[الأمر الأوّل] أقسام عدم التطابق بين الإيجاب و القبول:

إشارة

الأمر الأوّل- انّ المصداق المتفق عليه لفقدان الإرادة الموجب للبطلان بين الفقه الإسلامي و الفقه الغربي كان عبارة عن عدم التطابق بين الإيجاب و القبول و هل عدم التطابق بينهما بجمع أنحائه المتصورة يوجب البطلان أو لا؟

ذكر السيد الخوئي في المقام أقساماً خمسة لعدم التطابق بين الإيجاب و القبول «١».

القسم الأوّل - ما إذا اختلفا في عنوان العقد

و هذا ما ذكره في مصباح الفقاهة دون المحاضرات كما لو انشأ الموجب البيع و قبل القابل الهبة، و هنا لا إشكال في البطلان لعدم تمامية العقدة بين الإيجاب و القبول و بالتالي عدم انعقاد العقد.

القسم الثاني - ما إذا اختلفا في المتعلق،

أى الثمن أو المثمن و هنا أيضا لا إشكال في عدم الانعقاد بنفس النكته.

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣: ٧١-٧٤، والمحاضرات ٢: ١٣٩-١٤١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠٥

القسم الثالث - ما إذا اختلفا في طرف العقد

كما لو قال: بعثك بكذا فقال له القابل: قبلت لموكلتي و هنا فصل السيد الخوئي بين ما لو كان طرف العقد ركنا و مقوما للعقد و ما لم يكن كذلك، ففي الأوّل يبطل العقد و في الثاني لا يبطل، و الركنية في نظر السيد الخوئي تكون في موردين: (الأوّل) عقد النكاح لوضوح ركنية الزوجين فيه (و إن كان هذا خارجا عن معقد بحثنا حيث عقدنا البحث في العقود المالية) فلو قالت: زوّجتك نفسي فقال:

قبلت لموكلتي بطل العقد، و هذا بخلاف مثل البيع الذي يكون المهم فيه تبادل المالين و لا ركنية لشخصية البائع أو المشتري. (و الثاني) ما إذا كان الثمن أو المثمن في الذمّة فعندئذ تكون ذمم الأشخاص مختلفة و يكون تعيين شخصية العاقد مقوما و ركنا في العقد و دخيلا في ما يهّم الطرف الآخر، فلو باعه بثمان في ذمته و قبل القابل لموكلته بثمان في ذمّة الموكل بطل البيع، و بكلمة اخرى ان الاختلاف في طرف العقد حينما يكون الثمن أو المثمن في ذمته يرجع إلى الاختلاف في المتعلق و هو القسم السابق لأن ما في ذمّة هذا غير ما في ذمّة ذاك باعتبار تقوّم ما في الذمّة بالذمّة (و هذه الكلمة الاخرى موجودة في مصباح الفقاهة دون المحاضرات) و الأصح ما جاء في تعليق المحقق الاصفهاني رحمه الله على المكاسب «١» من ان الاعتبار بالقصد العهدي العقدي لا بالقصد الخارجي الذي لم يقع العهد و العقد عليه فلو قال: بعث من موكلتك و لم تقم قرينه على نفى تعلّق القصد العقدي بالموكل فقال القابل: قبلت لنفسى بطل العقد، و إن كان الغرض الخارجي متعلّقا بمبادلة مال بمال من دون

(١) المكاسب ١: ٧٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠٦

خصوصية للأشخاص إلّا في ما إذا شكّلت غلبة عدم الاهتمام بخصوصية الأشخاص قرينه نوعيه على صرف القصد العهدي و العقدي عن الظهور الأوّلي للفظ.

القسم الرابع - ما إذا اختلفا في الشروط

و هنا جاء في مصباح الفقاهة: ان الاختلاف في الشرط يوجب البطلان لأن الشرط إمّا أن يرجع في واقعه إلى تعليق العقد على الشرط و به يختلف الإيجاب عن القبول لا تتمّ العقدة بينهما فيبطل العقد، أو يرجع في واقعه إلى تعليق اللزوم على الشرط و هذا يعني جعل الخيار الراجع إلى تحديد المنشأ و بتحديد المنشأ بحدين مختلفين يقع الفرق بين الإيجاب و القبول فيبطل العقد أيضا.

أقول: إن هذا الكلام غريب فان جعل الخيار ليس تحديدا للمنشأ بما قبل الفسخ بذاك الخيار و لا بأى شيء آخر.

و الواقع انّ ما جاء في المحاضرات أدقّ و أمتن ممّا ورد في مصباح الفقاهة و هو ان الشرط في باب العقود اجنبى عن الالتزام العقدي و لا يستلزم تعليقه عليه و أنّما التعليق راجع إلى الالتزام بالوفاء فحقيقته جعل الخيار على تقدير تخلف العقد فلو اختلفا في الشرط لم

يعد ذلك إلى الاختلاف في ذات الإيجاب و القبول فإذا رضى البائع بعد ذلك بسقوط الشرط صحّ البيع.

أقول: إنّ مجرد إرجاع الشرط إلى شرط الخيار لا يحلّ إشكال الاختلاف بين الإيجاب و القبول بل كان لا بد من تحقيق الحال في شرط الخيار عندئذ هل هو قيد في العقد فيعود الأمر مرة أخرى إلى الاختلاف بين الإيجاب و القبول؟ أو ليس قيده فيه إذن فما هي العلاقة المعنوية بين الشرط الضمني و العقد؟

و قد مضى منّا البحث عن ذلك فيما سبق و انتهينا إلى أنّ سائر الشروط لا

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠٧

ترجع إلى شرط الخيار، و إلى أنّ الشرط هو التزام في مقابل الالتزام بالعقد و هذا التقابل يساوق الاستقلال من ناحية و يفسّر الخيار على تقدير التخلف من ناحية أخرى. و إذا ثبت الاستقلال ثبت أنّ الاختلاف في الشرط لا يعود إلى الاختلاف بين ذات الإيجاب و ذات القبول نعم بما أنّ الرضا كان منوطاً بالشرط فالاختلاف في الشرط أوجب فقدان الرضا فنحتاج إلى تجدد الرضا كي يتم البيع أو- على الأقل - كان الرضا المبرز منوطاً بالشرط فاحتجنا إلى تجدد إبراز الرضا كي نحز تمامية العقد.

و ذكر المحقق الاصفهاني رحمه الله في المقام «١» أنّ صحّة البيع في موارد تعذر الشرط أو فسادها إذا كانت على مقتضى القاعدة لا بالتعدي بمثل الإجماع فلا محالة يلزم القول في موارد اختلاف الإيجاب و القبول في الشرط بالصحة أيضاً و ذلك لأنّ تحقق المعاهدة إن كان دائراً مدار الشرط إذن فتعذره أو فسادها يبطل العقد، و إن لم يكن دائراً مداره فالمعاهدة في المقام تتم على أصل التبادل رغم اختلاف الموجب و القابل في الشروط، فالمفروض عدم مضرته هذا الخلاف بصحة العقد.

أقول: قد مضى منّا أنّ الرضا بكلّي العقد يقبل التقييد بواقع الشرط بمعنى التخصيص، أي ان يتعلّق الرضا بخصوص تلك الحصّة من العقد المقارنة لتحقق الشرط المقصود و لكن الرضا يسرى من الكلّي إلى هذا الفرد من العقد و يكون سريان الرضا من الكلّي إلى الجزئي دائراً مدار وصول الأوصاف و الشروط المطلوبة بدرجة من درجات الوصول لا دائراً مدار واقع تلك الأوصاف و الشروط و بهذا يتضح الفرق بين باب اختلاف الإيجاب و القبول في الشرط

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١: ٧٢-٧٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠٨

و باب تعذر الشرط أو فسادها حيث أنّه في مورد انكشاف التعذر أو الفساد بعد العقد يكون الرضا محرزاً حين العقد لأنّ سريان الرضا إلى الجزئي لم يكن دائراً مدار تحقق الشرط واقعا في الخارج و أنّما كان دائراً مدار مستوى من وصوله الثابت حين العقد، أمّا مع اختلاف الإيجاب و القبول في الشرط فلم يتحقق حين العقد الوصول المطلوب في سريان الرضا فلا بد من تجديد الرضا كي يتمّ العقد.

و هذه حالة وسطية بين بطلان العقد بمعنى الحاجة إلى تجديد الانشاء و صحته مع الخيار، بمعنى أنّ إزالته بحاجة إلى الفسخ ففي المقام ليس العقد باطلاً بمعنى أنّ أحدهما لو تنازل بعد ذلك عن اختلافه مع صاحبه في الشرط احتاجا إلى تجديد إنشاء العقد، و ليس صحيحاً بمعنى أنّ إزالته بحاجة إلى الفسخ على أساس الاختلاف في الشرط بل العقد يكون في تأثيره بحاجة إلى تعقب الرضا لأنّ الرضا كان منوطاً بالشرط و قد وقع الخلاف بينهما فيه فان أعقبه الرضا تمّ العقد و إلّا بطل العقد بفقدان الرضا. و نستثنى من ذلك حالتين:

الحالة الأولى- ما إذا كان العاقد راضياً بالعقد حتى على شرط صاحبه و أنّما فرض الشرط الذي فرض طلباً لمزيد الخير فهنا ينعقد العقد (ما لم يفرض معلقاً على الشرط الذي لم يقبله صاحبه) و يكون له الخيار على أساس عدم موافقة صاحبه على شرطه.

الحالة الثانية- ما إذا لم يطلع العاقد على عدم موافقة صاحبه على شرطه لغفلة أو لإجمال كلام صاحبه أو لأيّ سبب آخر فسرى الرضا

إلى هذا المصداق من العقد على أثر جهله بعدم انعقاد شرطه المطلوب له فهنا أيضا ينعقد العقد و يكون له الخيار.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٠٩

هذا. و ما افترضناه من الحالة الوسطية بين البطلان الذي لا يمكن أن يلحقه التصحيح بالرضا و الصحة مع الخيار إنما تتعلّق في المقام على أساس مرتكزات فقهننا الإسلامي و لا تتعلّق على أساس مرتكزات الفقه الغربي.

و توضيح ذلك: إنّ الفقه الإسلامي يرى أنّ البيع مثلا إنشاء للتملك و أنّه مشروط بالرضا فان تمّ بالنتيجة إنشاء التمليك و لكن الرضا بالنتيجة كان مفقودا حصلت تلك الحالة الوسطية فبالإمكان بعد ذلك تصحيح البيع بإلحاق الرضا به، و بالإمكان عدم تصحيحه بعدم الرضا فليس هو باطلا بمعنى عدم قابلية لحق الرضا و لا صحيحا يمكن فسخه.

أمّا على منهج الفقه الغربي فالبيع ليس عدا إبراز الرضا بالتمليك فان فقد الرضا لم يكن هناك بيع و الرضا الجديد يجب ان يتم على أساس بيع جديد و إن لم يفقد الرضا فالبيع قد تحقّق و له الخيار لو كان الرضا معيبا و لذا ترى أنّ الفقه الغربي لم يفصل في الحكم بين الاختلاف في المتعلّق و الاختلاف في الشروط «١» فقد كان هذا مترقبا من الفقه الغربي و لكن الشيخ الانصاري رحمه الله (و هو شيخ فقهاء الإسلام) لم يفصل أيضا بين الاختلاف في المتعلّق و الاختلاف في الشروط «٢» و لعلّه ينظر إلى جامع البطلان الذي يكون في موارد الاختلاف في المتعلّق غير قابل للتدارك بإلحاق الرضا و في موارد الاختلاف في الشرط قابلا لذلك.

القسم الخامس – ما إذا اختلفا في الأجزاء

كما لو قال أحدهما للآخر: بعتك هذه الدار بألف و قال الآخر: قبلت نصفها بخمسائة أو قال أحدهما: بعتك هاتين

(١) راجع الوسيط ١: ٢٣٢، الفقرة ١١١.

(٢) راجع المكاسب ١: ١٠١، حسب طبعه الشهيدي.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١٠

الساعتين بعشرة و قال الآخر قبلت هذه الساعة بخمسة، و ألحق بذلك في المحاضرات مثل ما إذا قال البائع بعتكما هذه الدار بكذا فقبل أحدهما حصته من البيع و لم يقبل الآخر، و قد حكم السيد الخوئي في هذا القسم بأنّ مبدأ الانحلال يؤدّي إلى مطابقة الإيجاب و القبول في القسم الذي اشترك عليه الإيجاب و القبول فلا يبقى فرق بين الإيجاب و القبول إلّا من حيث شرط الانضمام بين الأجزاء فيرجع هذا القسم إلى القسم السابق.

أقول: إنّ هذا الكلام متين إلّا أنّه قد يتفق ان قرائن الحال تدلّ على إرادة الانحلال البحث، أعني أنّه لا يوجد حتى شرط الانضمام فكأنما الإنشاء كان في روجه إنشاءين جمعا في صيغة واحدة، و هناك لا إشكال في أنّه لا يوجد أي فرق بين الإيجاب و القبول حتى على مستوى الشروط.

فرض القبول إيجابا و إلحاقه بقبول آخر:

و مهما بطل العقد على أساس عدم التوافق بين الإيجاب و القبول فهل يمكن فرض القبول إيجابا و إلحاقه بقبول من قبل الموجب الأوّل كي يتمّ بذلك العقد أو لا؟ قد نصّ القانون المصري الجديد في المادة [٩٦] بإمكان ذلك «١» و لا يوجد في المبادئ الفقهية لفقهننا الإسلامي ما يمنع عن ذلك ما دنا آمنّا بإطلاق الأدلّة في طريق إبراز المقصود بالعقد ما عدا قابلية صيغة القبول لوقوعها إبرازا لإيجاب جديد فلو كانت صيغة القبول مثلا بلسان (اشترت) فهذا قابل لفرضه إيجابا للشراء يقبله البائع، أمّا لو كانت صيغة القبول عبارة عن المطاوعة البحثة للإيجاب السابق كما في مثل (قبلت) فقد لا تقبل عرفا فرضها إيجابا جديدا و إن كان فرض اختلافه عن

الإيجاب يبعده عن المطاوعة.

(١) راجع الوسيط ١: ٢٣٥، الفقرة ١١١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١١

[الأمر الثاني] تخلف الداعي لا يوجب الخيار إلّا في موردين:

إشارة

الأمر الثاني- في بيان ما وعدناه من الاستثناء عن عدم كون تخلف الداعي موجبا عندنا للخيار. وتوضيح المقصود أنّه تلخص ممّا مضى ان نكتة الخيار عندنا في المقام هي أحد أمرين صادرين ممّن عليه الخيار و هما التغيرير و تخلف الشرط لا ما صدر من ذى الخيار و هو الوقوع في الغلط و الاشتباه، و لذا نرى انّ عدم الخيار في موارد تخلف الداعي يكون وفق الطبع الأوّلي بلا حاجة إلى تبريره بمثل استقرار العقد.

و نستثنى من عدم كون تخلف الداعي سببا للخيار موردين.

المورد الأوّل - ما إذا كان الغلط الذي وقع فيه عبارة عن تخلف الهدف العام

الثابت لجميع العقلاء عادة في معاملاتهم و هو هدفان:

أحدهما- انحفاظ القيمة المالية و لو بشكل تقريبي لما بذله في ما أخذه بدلا عن ماله، فلو غبن في ذلك كان له خيار الغبن و لو فرض انّ السبب في وقوعه في الغبن لم يكن هو المتعاقد الآخر بل كان هو أيضا كالمتعاقد الأوّل متورّطا معه في نفس الخطأ في عرض واحد، أو كان غير مطلع على السعر السوقي و المغبون هو الذي أخبره بالسعر الذي اعتقده خطأ. و ثانيهما- وصف صحّة المتاع الذي أخذه بدلا عن ماله فلو تبين كونه معيبا كان له خيار العيب.

فيما انّ انحفاظ القيمة المالية و وصف الصحّة غرضان عامّان لدى الناس، من دون فرق بين الموجب و القابل، و لا بين عقد و عقد، و لا- بين متاع و متاع فكأنّهما فرضا في النظام العام ممّا ينبغي انحفاظه و ضمانه لكلا المتعاملين بحيث أصبح تخلف أحدهما موجبا للخيار، و ليس كذلك الحال في الأغراض الخاصّة

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١٢

فلو تخلف وصف تخيله العاقد غير وصف الصحّة و وصف انحفاظ القيمة المالية فيه من دون تغرير أو التزام بالشرط من قبل صاحبه لم يكن هذا في النظام العام العقلاني موجبا للخيار، و كذلك فرض تخلف باقى الدواعي فليس في النظام العام العقلاني أنّه ينبغي انحفاظ الأغراض الشخصية للمتعاملين، و إن شئت فعبر بتعبير أن كون وصف الصحّة و السلامة و كذلك وصف انحفاظ القيمة المالية لما انتقل منه فيما انتقل إليه بما أنّهما غرضان عامّان فكأنّه ثبتت لدى العقلاء أصالة السلامة و أصالة عدم الغبن، فقد يعتمد العاقد في تعاقدته على هذا الأصل و يراه مغنيا عن شرط السلامة أو شرط عدم الغبن فلو ثبت بعد ذلك تخلف هذا الأصل كان له الخيار عقلايا لأجل تخلف هذا الأصل لا لمجرد كون الإرادة معيبة بالعيب الموجود في جميع موارد تخلف الداعي.

و الدليل الشرعي على خيارى الغبن و العيب بعد عقلايتهما هو الإمضاء الثابت بعدم الردع مضافا إلى قاعدة نفى الضرر المطبقة على هذا الحق العقلاني حيث انّ هذا الخيار حقّ عقلائي، يكون سلبه ضررا على المسلوب عنه و يمكن تطبيق قاعدة نفى الضرر في مورد الغبن على المالية التي خسرها المغبون فحتى لو لم نقبل بعقلائية خيار الغبن كانت قاعدة لا ضرر دليلا كافيا لإثبات الخيار لأنّ اللزوم

ضررى فى المقام. و لعلّ تفصیل الکلام فى ذلك نذكره فى مجال آخر.

أما خيار العيب فلا يمكن إثباته بقاعدة نفي الضرر من دون توسط دعوى عقلائية حتى الخيار لأن العيب لا يلزم الضرر المالى، و لو ثبت الضرر المالى دخل فى الغبن و ثبت الخيار بنكته الغبن.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١٣

نعم خيار العيب يمتاز بدلالة نصوص صحيحة صريحة عليه (١).

و قد يقال: إن النكته العقلائية المقتضية للخيار لدى العقلاء فى موارد الغبن و العيب أنما هى الشرط الضمنى العام، فاشتراط السلامة و عدم الغبن أمر مركز لدى العقلاء فى العقود و لو لم يصرح به فليس هذان الخياران عقلائين بنكته جديدة غير ما مضى فان تخلف الشرط هى إحدى النكتتين الماضيتين.

و لكنّ الواقع أنّ هذا الشرط الضمنى كثيرا ما يكون غير موجود فى موارد الغبن كما قد يتفق عدم وجوده فى مورد العيب، و على أية حال فنحن نقصد أنه حينما لا يوجد شرط ضمنى من هذا القبيل يكون المرتكز عقلائيا- رغم عدم الشرط- الخيار لفقدان الغرض العام أو قل: لأصالة السلامة و عدم الغبن إلّا إذا كان ظاهر الحال هو نفي الالتزام بالسلامة، أو بعدم الغبن إلى حدّ فهم منه ضمنا إسقاط الخيار أو قل البراءة عن العيوب و الغبن.

هذا. و خيار الغبن أو العيب غير مشروط فى الفقه الإسلامى بكون الغلط مشتركا، أو كون المتعاقد الآخر عالما بالغلط الذى وقع فيه صاحبه، أو أن يكون من السهل ان يعلمه فان أدلته الخيار الماضيه تشمل فرض عدم كون الأمر كذلك، و لا يضرّ ذلك بملاك استقرار التعامل فانّ الفقه الإسلامى يرى كفاية الاستقرار الحاصل من حجيه الظهورات و الاصول فى المقام مثلا لا يكفى مجرد دعوى

(١) من قبيل: صحیحہ داود بن فرقد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر و ليس بها حمل، فقال: إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه. الوسائل ١٨: ١٠١، الباب ٣ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١، طبع مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١٤

الغبن أو العيب لحكم المحكمه بالخيار بل لا بد من إثبات ذلك بأماره حجّه و إلّا فالحقّ مع المنكر بيمينه.

المورد الثانى - ما إذا جهل من انتقل إليه المتاع بوصف المتاع نتيجة عدم القيام بالمقدار المتعارف من الفحص قبل الشراء

فتورّط فى وصف غير مطلوب له. و هذا ليس على أساس نكته عقلائية فى ذلك فانّ النكته العقلائية مخصوصه- كما مضى- بخصوص الأغراض العامه و أنما ثبت هذا ببعض النصوص تعبدا من قبيل:

١- ما ورد بسند تام عن جميل بن دراج قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما ان نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال ابو عبد الله عليه السلام أنه لو قلب منها و نظر إلى تسعة و تسعين قطعة ثم بقى منها قطعة و لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤية (١) فظاهر هذا الحديث أنّ المقصود بخيار الرؤية ليس هو خيار تخلف الوصف المذكور فى العقد بل هو خيار فقدان وصف فى المتاع لم يكن يعلم فقدانه فيه و لم يكن قام بالفحص و الرؤية بالقدر الكافى عرفا ثم رآه بعد الشراء على غير الوصف المطلوب.

٢- ما عن زيد الشحام بسند تام قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم فقال: لا تشتري شيئا حتى تعلم أين يخرج السهم فان اشترى شيئا فهو بالخيار إذا خرج (٢) بناء على أنّ المقصود هو

(١) الوسائل ١٢: ٣٦١، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٦٢، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١٥

خيار الفسخ لعدم معرفة وصف المبيع لا خيار إمضاء الشراء و عدمه لأجل كون البيع قبل القبض ولا يبعد كون الحديث مجملاً بين المعنيين.

٣- ما ورد عن ميسر بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له: رجل اشترى زقّ زيت فوجد فيه دردياً قال فقال: إن كان يعلم أنّ ذلك يكون في الزيت لم يردّه وإن لم يكن يعلم أنّ ذلك يكون في الزيت ردّه على صاحبه «١» بناء على أنّ قوله: (إن كان يعلم أنّ ذلك يكون في الزيت ... الخ) قرينه على أنّ درديّ الزيت لم يكن أكثر من المقدار المتعارف كي يكون عيباً، أو تبعض صفقة فدخل في خيار العيب أو تبعض الصفقة فالخيار إذن أنّما يكون لأجل عدم معرفته بوصف المتاع و عدم فحصه عنه.

هذا. و التعدي العرفي من موارد هذه الروايات لا يقتضي أكثر من التعدي إلى سائر أوصاف المتاع و إلى سائر أقسام الفحص المتعارف فلا يستفاد من هذه الروايات بالتعدي العرفي قاعدة عامّة مشابهة لمبدأ الفقه الغربي و هي كون توّظّ العاقد في الخطأ يقتضي بشكل مطلق حقّ إبطال العقد كي نحتاج لإخراج موارد ما يسمّى بتخلّف الدّاعي إلى التبرير بضرورة حفظ استقرار التعامل كما فعله الفقه الغربي في الغلط غير المتصل به المتعاقد الآخر، و كذلك ليس خيار الرؤية مشروطاً عندنا بكون الغلط مشتركاً أو كون المتعاقد الآخر عالماً بالغلط أو من سهل ان يعلمه.

[الأمر الثالث] حكم أقسام الغلط الواردة في كتاب (الوسيط):

إشارة

الأمر الثالث قد ظهر بكل ما ذكرناه حال غالب أقسام الغلط التي جاء في

(١) الوسائل ١٢: ٤١٩، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١٦

الوسيط «١» فرض إيجابها لحقّ إبطال العقد و هي:

١- الغلط في وصف المتاع.

و قد عرفت أنّ هذا هو مورد خيار تخلّف الوصف أو الشرط أو خيار الرؤية أو العيب بالتفاصيل التي عرفت فرقتها عن التفاصيل الواردة في الفقه الغربي.

٢- الغلط في شخص المتعاقد.

ولا يبعد في موارد ركنيّة المتعاقد كما في عقد الشركة أو القرض أو التبرّع و نحو ذلك التعدي من مورد روايات خيار الرؤية إلى الغلط في شخص المتعاقد سواء كان الغلط في شخصيّة المتعاقد كالاقتقاد خطأً بكونه فلاناً أو في وصفه الذي يهّمه كالاقتقاد خطأً برابطة قرابة بينه و بين المتبرّع له حينما يكون هذا الاقتقاد هو الدافع إلى التبرّع مثلاً فيوجب ذلك الخيار (بقطع النظر عن فرض تزلزل أصل عقد التبرّع) هذا فيما إذا لم يكن الخطأ في شخص العاقد بمعنى اختلاف الإيجاب و القبول في تعيين شخص العاقد و إلّا فقد عرفت أنّ هذا يؤدّي إلى بطلان العقد.

٣- الغلط في القيمة.

و هذا هو مورد ما مضى من خيار الغبن.

٤- الغلط فى الباعث.

و هذا هو مورد تخلف الداعى الذى عرف أنه لا خيار فيه.

٥- الغلط فى القانون.

و هو ان يشترط خطأ شرطاً غير قانونى و هذا ما يسمّى عندنا بالشرط الفاسد.

(١) الوسيط ١: ٣٢٠-٣٣١، الفقرة ١٦٩-١٧٤.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١٧

حكم الشرط الفاسد:

و قد أتضح ممّا مضى صفة القول فى مفسديّة الشرط الفاسد للعقد و عدمها و أنّ الصحيح عدم الإفساد لأنّ الشرط التزام فى مقابل الالتزام بالعقد، و التقابل يساوق الاستقلال فلا موجب لسريان فسادة إلى العقد «١»، و قد يشهد لعدم سريان فساد الشرط إلى العقد بعض الروايات من قبيل:

ما عن الحلبي بسند تام عن أبى عبد الله عليه السّلام: انّ بريرة كانت عند زوج لها و هى مملوكة فاشتريتها عائشة و أعتقتها فخيرها رسول الله صلّى الله عليه و آله و قال إن شاءت ان تقرّ عند زوجها و إن شاءت فارقته و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة ان لهم ولاءها فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله: «الولاء لمن أعتق» «٢» ففى هذا الحديث قد أبطل رسول الله الشرط من دون ان يبطل البيع.

و ما عن إسحاق بن عمّار بسند تام عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: إنّ على بن أبى طالب عليه السّلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإنّ المسلمين عند شروطهم إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً «٣» حيث فرض كونه امرأته أمراً مفروغاً عنه فظاهره صحّة النكاح و لو كان فيه شرط حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً إلّا ان تحتمل الخصوصية فى النكاح فلا يتعدى إلى عقود الأموال.

(١) طبعا هذا فى غير ما إذا كان سبب الفساد كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد كما فى بعثك بلا ثمن، أمّا فى هذا الفرض فلا إشكال فى فساد العقد لأنّ الضمير لم ينعقد على مقتضى العقد كما هو واضح.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٥٩، الباب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث ٢.

(٣) الوسائل ١٤: ٤٨٧، الباب ٣٢ من أبواب المتعة، الحديث ٩. و ١٢: ٣٥٤، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١٨

و ما عن زرارة بسند تام عن أبى عبد الله عليه السّلام: قلت له: رجل كانت له مأتا درهم فوهبها لبعض إخوانه أو ولده أو أهله فرارا بها من الزكاة فعل ذلك قبل حلّها بشهر فقال: إذا دخل الشهر الثانى عشر فقد حال عليه الحول و وجبت عليه فيها الزكاة قلت له: فان أحدث فيها قبل الحول؟ قال: جائز ذلك له قلت: أنّه فرّ بها من الزكاة قال: ما أدخل على نفسه أعظم ممّا منع من زكاتها فقلت له: إنّه يقدر عليها قال فقال: و ما علمه أنّه يقدر عليها و قد خرجت من ملكه؟ قلت فأنه دفعها إليه على شرط فقال: إنّه إذا سمّاها هبة جازت الهبة و سقط الشرط و ضمن الزكاة قلت له: و كيف يسقط الشرط و تمضى الهبة و يضمن الزكاة؟ فقال: هذا شرط فاسد و الهبة المضمونة ماضية و الزكاة له لازمة عقوبة له ثم قال: إنّما ذلك له إذا اشترى بها داراً أو أرضاً أو متاعاً... «١».

و قد يقال: إنّ هذا الحديث لم يدل فقط على عدم فساد العقد بفساد الشرط بل دلّ أيضاً على عدم ثبوت الخيار بسبب فساد الشرط

لأنَّ الإمام عليه السَّلام نفى ضمان قدرته على إرجاع ما وهب و هذا لا يكون إلَّا مع عدم الخيار، و مع فرض كون الهبة لازمة إمَّا لكونها هبة لذى رحم أو لدعوى لزوم الهبة في ذاتها و لو بعد القبض كما في بعض الأحاديث، أو لفرض تصرّف الموهوب له فكأنَّ الإمام عليه السَّلام يقول: (و ما علمه أنه يقدر عليها مع أنّ الموهوب له من الممكن ان يتصرّف في المال فتلزم الهبة) و على أيّ حال فقد دلّ الحديث على عدم الخيار.

إلَّا أنه لا يمكن التعدّي في مسألة عدم الخيار من مورد الحديث إلى سائر الشروط لأنَّ الشرط الفاسد في مورد الحديث أمّا هو شرط الخيار و من الواضح أنه لو كان فساد شرط الخيار موجباً للخيار كان هذا مساوقاً لعدم فساد الشرط

(١) الوسائل ٦: ١١١-١١٢، الباب ١٢ من أبواب زكاة الذهب و الفضّة، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥١٩

لتحقّق ما هو المقصود من الشرط فلعله لأجل هذا لم يثبت الخيار في المقام بخلاف سائر الشروط.

و على أيّ حال فيقع الكلام في المقام في أنّ فساد الشرط - بعد ان عرفنا عدم مفسديته للعقد - هل يوجب الخيار للمشروط له أو لا؟ و الكلام في ذلك تارة يكون في ما فرضناه من توّزط المشروط له في الشرط الفاسد خطأ، و اخرى في فرض العمد و العلم بفساد الشرط:

أمّا في فرض الخطأ فتارة نفترض ان المشروط عليه يخلف الشرط لفساده و اخرى نفترض انّ المشروط عليه يعمل بالشرط ظاهراً لكن الشرط لا يتنفّذ واقعا لفساده، كما لو شرط عليه بيع أمّ ولد له و هو يعمل بالشرط و لكنّه لا يتنفّذ الشرط واقعا، لفساد بيع أمّ الولد و ثالثة نفترض أنّ المشروط عليه يعمل بالشرط و هو أمر تكويني يتنفّذ تكويناً رغم فساد الشرط كما لو شرط عليه شرب الخمر فشرب. ففي الفرض الأوّل تكفي في ثبوت الخيار نفس النكته التي ثبتناها لدى التخلّف عن الشرط الصحيح و هي انّ الشرط التزام في مقابل التزام و تقابلها لدى العقد يوجب عقلاً تقابلها لدى الوفاء، بمعنى انّ وجوب الوفاء بأحدهما يناط بالوفاء بالآخر بحيث لو لم يف الآخر بذاك الالتزام و لو لأجل عدم مشروعيته كان للأوّل عدم الوفاء بمخالفة آثاره بترك التسليم مثلاً و بالفسخ.

و كذلك الحال في الفرض الثاني لأنّ المشروط عليه و ان أراد الوفاء بالشرط لكنه عاجز عن الوفاء حسب الفرض لعدم نفوذ ما أراد الشارط نفوذه، و نكته خيار تخلف الشرط و هي التقابل بين الالتزامين تعمّ التخلّف العمدي و التخلّف القهري.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢٠

و أمّا الفرض الثالث فهذه النكته للخيار غير ثابتة فيه لأنّ المفروض وفاء المشروط عليه بالشرط و إن كان فاسداً، فالتقابل بين الالتزامين في الوفاء لا يؤدّي إلى الخيار فهذا الفرض نلحقه في الحكم بفرض عدم الخطأ مع وفاء المشروط له بالشرط الفاسد الذي سنبحثه إن شاء الله.

و أمّا في فرض عدم الخطأ و العلم بفساد الشرط منذ البدء فإن كان فساداً يساوق عدم القدرة على نفوذه كما في بيع أمّ الولد حينما يقصد بشرطه شرط البيع الصحيح و كان الشارط يعلم بعدم القدرة فالشرط لا يعدو ان يكون لقلقه لسان و يكون لغوا من قبيل ان يشترط عليه الطيران في السماء مثلاً، و إن لم يكن كذلك فهل يثبت له الخيار بفساد الشرط خصوصاً إذا لم يف المشروط عليه بالشرط؟ أو لا يثبت له الخيار خصوصاً في فرض وفاء المشروط عليه بالشرط رغم فساد؟

التحقيق ان نكته الخيار الماضية لا توجد في فرض وفاء المشروط عليه و هي التقابل بين الوفاءين لأنّ المفروض وفاؤه في المقام.

أمّا في فرض عدم وفاء المشروط عليه بالشرط الفاسد فهنا وجهان:

الأوّل - دعوى ثبوت الخيار لنفس النكته الماضية و هي انّ التقابل بين الالتزامين أوجب عقلاً تقييد وجوب الوفاء بوفاء الآخر.

و الثاني - دعوى عدم ثبوت الخيار بدعوى انّ البناء العقلائي على التقابل بين الوفاءين يختص بفرض عدم علم الشارط بفساد الشرط و

إمضاء الشارع لهذا البناء بعدم الردع أو بلا ضرر أيضا مقيّد بنفس القيد و هو عدم علم الشارط بفساد الشرط، على فرق في بعض الموارد بين العقلاء و الشرع في تشخيص مصداق الشرط الفاسد حسب اختلافهما في الرؤية و الاعتبار هذا. و قد يدعى أنّ هنا نكتة أخرى للخيار ثابتة في جميع موارد فساد الشرط، فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢١

سواء في الموارد التي تمت النكتة الأولى فيها، أو التي لم تتم فيها النكتة الأولى و هي أنّ الارتكاز العقلاني الحاكم بوجود الوفاء في الالتزامين المتقابلين يرى الوجوبين مترابطين، أي أنّه لا يجعل على كل واحد من الالتزامين الحكم بوجود الوفاء بشكل مستقل عن حكم الآخر بل يحكم بالوجوبين بشكل مترابط و متلازم، ففي مورد عجز الارتكاز عن إيجاب الوفاء بأحد الالتزامين لكونه مخالفا لقوانين عقلائية أخرى يسقط الارتكاز في الجانب الآخر أيضا فلا يبقى أي حكم عقلاني بوجود الوفاء من طرف واحد، أمّا الإمضاء الشرعي لما عليه العقلاء الثابت بعدم الردع أو بلا- ضرر فهو أيضا غير ثابت طبعاً بأكثر ممّا عليه العقلاء من الوجوب المترابط لكلا الوفاءين بحيث لو ثبت الردع عن أحدهما لكونه خلافاً للقوانين الشرعية لم يثبت إمضاء الآخر لأنّ العقلاء يرون أنّ شريعته كان الشرط فيها غير قانوني لا نكتة عقلائية لصحة العقد بلحاظ تلك الشريعة.

و أمّا النصوص التعبدية الدالة على وجوب الوفاء من قبيل «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» فهي أيضا منصرفة إلى نفس النسق المألوف من قبل العقلاء من فرض وجوبين مترابطين بحيث لو سقط أحدهما قصر الدليل عن إثبات الوجوب الآخر.

و الخلاصة أنّنا في ما سبق قلنا: إنّ الالتزامين المتقابلين لدى العقد متقابلان أيضا لدى الوفاء و الآن نقول: إنّ الالتزامين المتقابلين لدى العقد متقابلان أيضا في وجوب الوفاء فإذا سقط أحدهما عن الوجوب سقط الآخر أيضا عن الوجوب.

إلّا أنّ هذه النكتة الجديدة للخيار لو تمت للزم ثبوت الخيار بمجرد عدم وجوب الوفاء بالشرط حتى إذا لم يحرم الوفاء به و فعلا و في به المشروط عليه و هذه نتيجة غريبة عن الذهن العرفي و مثاله ما لو باع شيئا من غلام لم يبلغ الحلم

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢٢

بإذن وليه و بشرط مشروع و قد و في الغلام بالشرط و لكنه لم يكن يجب عليه الوفاء به لأنّه غير مكلف بشيء من التكليف، و منها وجوب الوفاء بالشرط و الأغرب من ذلك أنّنا لو حملنا دليل وجوب الوفاء بالشرط ضمن العقد على الوجوبين المترابطين أي وجوب الوفاء بالعقد من طرف و بالشرط من طرف آخر فحمل دليل اصل وجوب الوفاء بالعقد على وجوبين مترابطين بلحاظ وفاء الموجب بإيجابه و وفاء القابل بقبوله أولى، فإذا كان القابل مثلا غير بالغ فلم يجب عليه الوفاء بالقبول و لكنه و في فهل بالإمكان ان يقال: إنّ من حق الموجب الفسخ لأنّه لم يكن يجب على القابل القبول؟! فهذا شاهد على عدم تمامية هذه النكتة.

و قد يقال: إنّ دليل فساد الشرط إذا كان لفظيا يدل بإطلاقه على انتفاء تمام أحكام الشرط، و منها ثبوت الخيار لدى التخلف إذن ففساد الشرط لا يوجب الخيار.

و يرد عليه أنّ دليل فساد الشرط اللفظي لا يدل على أكثر من عدم نفوذ الشرط، خاصّة و ان ذاك الدليل ورد بلسان نفى النفوذ أو نفى الجواز من قبيل ما مضى من قوله: «من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فإنّ المسلمين عند شروطهم إلّا شرطا حرم حلالا أو أحلّ حراما» (١) و من قبيل «من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له و لا يجوز على الذي اشترط عليه» (٢).

(١) الوسائل ١٤: ٤٨٧، الباب ٣٢ من أبواب المتعة، الحديث ٩ و ١٢: ٣٥٤، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١.

نعم ذكر السيد الإمام رحمه الله «١»: أنّ الشرط تارة يكون شرط فعل و أخرى شرط نتيجة و ثالثة شرط وصف كشرط كتابة العبد مثلا فشرط الفعل نفوذه عبارة عن وجوب العمل به و فساده و عدم نفوذه عبارة عن عدم وجوب العمل به، و شرط النتيجة نفوذه عبارة عن تحققها، و فساده و عدم نفوذه عبارة عن عدم تحققها، أما شرط الوصف فلا معنى لنفوذه بمعنى وجوب العمل به أو تحققه و لا معنى لفساده و عدم نفوذه بمعنى نفى ذلك فالحديث الذي دلّ على نفوذ الشرط بناء على شموله لشرط الوصف ليس له معنى عدا ثبوت الخيار على تقدير التخلف و بطلان هذا الشرط و فساده لا معنى له عدا نفى هذا الخيار فلو شرط كون العنب على صفة صالحة للتخمير أو كون العبد كافرا أو كون الجارية مغنّية فبناء على بطلان ذلك و ممنوعيته ينتفى الخيار عند تخلف الوصف، إذن فالاستثناء الوارد في الحديث ينفي الخيار في شرط الوصف بناء على فساده في مثل هذه الأمثلة و لا ينفيه في شرط الفعل أو النتيجة إذا كان فاسدا.

أقول: إنّ ثبوت الخيار لدى تخلف الشرط إن كان مصداقا حقيقيا لنفوذ الشرط أو عنوان العندية مثلا الوارد في قوله: «المؤمنون عند شروطهم» إذن فاستثناء الشرط المخالف للكتاب يدلّ على عدم الخيار في تمام أقسام الشرط لا في خصوص شرط الوصف، لأنّ مقتضى الإطلاق هو نفى نفوذ الشرط المخالف للكتاب بجميع أنحاء النفوذ و إن لم يكن مصداقا حقيقيا لذلك كما هو الصحيح، فالإطلاق لا يدلّ عليه و يبقى شرط الوصف خارجا عن إطلاق دليل «المؤمنون عند شروطهم».

(١) في كتاب البيع ٥: ٢٥٢.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢٤

ثم المقصود من مخالفة الشرط للكتاب هل هو حرمة الاشتراط أو عدم نفوذه أو مخالفة المشروط للكتاب؟ و الجمع بين الكل أو بين اثنين منها كاستعمال اللفظ في معنيين فان فرض الثاني و هو عدم النفوذ أصبحت القضية ضرورية بشرط المحمول إذ معنى الكلام عندئذ: (الشروط نافذة إلا الشروط التي لا تنفذ) و الأول حمل للكلام على فرض نادر فإنّ الشروط المتعارفة ليس فيها ما تكون الحرمة في نفس الاشتراط أو يندر ذلك، و المتبادر إلى الذهن هو المعنى الثالث أي كون المشروط مخالفا للكتاب و هذا أنما يتصور في شرط الفعل و شرط النتيجة و لا معنى لشموله لشرط الوصف.

[الأمر الرابع] خيار التدليس:

الأمر الرابع - جاء في الفقه الوضعي: أنّ أحد عيوب الإرادة هو التدليس و التدليس وارد في فقهاء الإسلام أيضا و لكن في فقهاءنا أنّما يوجب الخيار لكونه تدليسا و تغريرا لا لمجرد صيرورة الإرادة معيبة بالمعنى المنحفظ حتى في تخلف الدواعي كما اتضح بيانه ممّا تقدّم فالتدليس هو التغرير المتعمّد، و قد مضى منّا الكلام عن التغرير، و التغرير اعتم من التدليس إذ قد لا يكون المغرّر متعمّدا كما لو كان هو متورّطا في الخطأ فأوجب خطأ الآخرين و كان ذكر التدليس في الفقه الغربي كما دة مستقلة عن الخطأ في محلّه بناء على مذهب الغلط المشترك لأنّ الغلط في مورد التدليس ليس مشتركا، و كذلك بناء على تخصيص الغلط بمثل الغلط في أوصاف المبيع و فرض التدليس شاملا لما هو أوسع من ذلك كالتدليس على الشخص بالإيحاء إليه بكون ابنه مريضا كي يقدم على شراء الدواء في حين ان ابنه ليس مريضا، أو الإيحاء إليه بأنّ السعر سعر عادل بينما هو سعر مجحف، أمّا بناء على توسيع دائرة الغلط لمثل الغلط في الباعث و القيمة و التعدي من الغلط

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢٥

المشترك إلى كل غلط يتصل به المتعاقد الآخر فلا يبقى مورد مستقل عن الغلط يدرج في التدليس، و لا تظهر نكتة مستقلة في التدليس حسب مبانيهم توجب ذكره كسبب مستقل عن الخطأ لصيرورة الإرادة معيبة.

و قد جاء في الوسيط «١» نقلا عن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري: أنّ النكتة في أفراد التدليس بالذکر ثبوت

أثرين عمليين للتدليس لم يكونا في سائر موارد الغلط، أحدهما سهولة الإثبات فان دعوى الغلط في غير موارد وجود العلام المادية للتدليس ليس إثباتها سهلا و هذا بخلاف موارد التدليس، و ثانيهما ثبوت حق التدارك للأضرار الناجمة عن التدليس. و على أية حال فتحن عندنا ثلاثة أسباب عقلائية للخيار كما مضى، التغير، و تخلف الشرط، و تخلف الأغراض العامة أو التي يكون تخلفها خلاف الأصل كالسلامة و عدم الغبن، و لا يوجد أى تداخل بين هذه النكات كالتداخل الموجود بين النكات المتعرض لها فى الفقه الغربى و قد فرضوا من طرق التدليس مجرد السكوت إذا كان عارفا بتأثيره على إرادة المتعاقد الأول و لم يكن المتعاقد الأول قادرا على كشف الحقيقة عن طريق آخر.

و هذا مما لا دليل عليه فى فقهننا عدا الاستحسان، نعم بالقياس إلى وصف المبيع الذى بقى مستورا على أثر السكوت و عدم فحص المشتري يدخل الأمر فى ما مضى من بحث خيار الرؤية و يثبت الخيار، رغم كون المشتري مثلا قادرا على كشف الحقيقة عن غير طريق إخبار البائع و هو طريق الفحص، ثم ان خيار

(١) راجع الوسيط ١: ٣٥٩، المادة ١٨٦، التعليق الثانى تحت الخط.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢٦

التدليس فى فقهننا الإسلامى مضافا إلى ما عرفت من عقلائته و إمضاء هذا الارتكاز العقلانى شرعا بالسكوت و عدم الردع، أو بقاعدة نفي الضرر يمكن الاستدلال عليه ببعض الروايات و هى الروايات الواردة فى الحيوان المصراة «١» و لكنها غير تامة سندا، و الروايات الواردة فى خيار التدليس فى النكاح و هى و إن كانت فى الغالب واردة فى تدليس العيب «٢» و لا- يمكن التعدى منها إلى مطلق التدليس لاحتمال دخل العيب فى الخيار، سواء فرض العيب سببا مستقلا للخيار كما فى العيوب الخاصية فى النكاح، أو فرض هو مع التدليس بمجموعهما سببا للخيار فمع هذا الاحتمال لا يمكن التعدى إلى التدليس المنفصل عن العيب لكن فيها ما لا يكون كذلك «٣» من قبيل ما ورد بسند تام عن الحلبي عن الصادق عليه السلام فى رجل يتزوج المرأة فيقول لها: أنا من بنى فلان فلا يكون كذلك فقال: تفسخ النكاح أو قال: ترد «٤» فبناء على التعدى من النكاح إلى العقود المائية يثبت خيار التدليس فى العقود المالية. و قد يدغدغ فى هذا التعدى باحتمال الخصوصية فى النكاح لخطورته و كونه بداية اتخاذ حياة مشتركة طويلة الأمد.

(١) راجع الوسائل ١٢: ٣٦٠، الباب ١٣ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٣.

(٢) من قبيل ما فى الوسائل الجزء ١٤، الباب ٢ من العيوب و التدليس، الحديث ١ و ٢ و ٧ و قد يكون من هذا القبيل الحديث ١ و ٤ الباب ٦ من تلك الأبواب بناء على ان الزنا عيب اجتماعى بل هو عيب كبير لا يمكن التعدى منه إلى العيوب المتعارفة فضلا عن التدليس المنفصل عن العيب و قد يكون من هذا القبيل أيضا الحديث ١ و ٢ من الباب ١١ من تلك الأبواب بناء على ان عدم الحرية عيب اجتماعى.

(٣) راجع الوسائل ١٤: ٦١٤-٦١٥، روايات الباب ١٦ من أبواب العيوب و التدليس.

(٤) الوسائل ١٤: ٦١٤-٦١٥، الباب ١٦ من أبواب العيوب و التدليس، الحديث ١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢٧

و قد يدعم هذا التعدى بكون خيار التدليس أمرا ارتكازيا لدى العقلاء، و لا أقصد بذلك الرجوع إلى دليل سابق و إنما أقصد بذلك أننا لو تنزلنا عن إثبات إمضاء هذا الارتكاز بعدم الردع أو بقاعدة نفي الضرر (و هذه هى الأدلة السابقة) فسيكون دليلنا الجديد هو النص الدال على خيار التدليس فى النكاح الذى يفهم منه العرف بسبب ما يمتلك من ذاك الارتكاز قاعدة عامة تشمل سائر العقود فهذا الارتكاز و إن كان فى حد ذاته غير حجّة لكنه يساعد على استظهار العرف للإطلاق من ذاك الدليل اللفظي.

[الأمر الخامس] حكم الاستغلال و خيار الغبن:

الأمر الخامس - جاء في الفقه الغربي: ان أحد عيوب الإرادة هو الاستغلال.

و كما مضى في التدليس ان نظرية الغلط تغني عنه، فان التدليس يوقع المدلس عليه في الغلط لا محالة، كذلك كان بالإمكان الاستغناء عن ذكر عيب الاستغلال لو قصد به استغلال جهل المتعاقد الآخر المؤدى إلى إخلال الموازنة بين العوضين في القيمة فان هذا يرجع إلى التدليس أو الغلط و لكنهم توسّعوا في مسألة الاستغلال لاستغلالات اخرى تؤدى إلى الغبن غير استغلال الجهل فمثلا ورد في القانون المدني الألماني في المادة [١٣٨] بطلان التصرف القانوني الذي يستغل الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره في نظير شيء يؤديه على منافع مادية تزيد على قيمة هذا الشيء بحيث يتبين من الظروف ان هناك اختلالا فادحا في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع و قيمة هذا الشيء «١».

(١) راجع الوسيط ١: ٣٨٩-٣٩٠، الفقرة ٢٠٣.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢٨

و ورد في القانون المصري الجديد في المادة [١٢٩]: إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر و تبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد أو ان ينقص التزامات هذا المتعاقد «١».

و من حكم منهم بكون الاستغلال مبطلا كما عرفته عن القانون الألماني فهو لا ينظر إلى الاستغلال بما هو معيب للإرادة بل ينظر إليه بما هو عمل غير مشروع «٢» و ذلك لأن جزءا معييبا للإرادة في نظرهم إنما هو الخيار لا البطلان.

و على أية حال فالخيار في نظر الفقه الإسلامي إنما يترتب في موارد الغبن لدى جهل المغبون و هذا رجوع إلى الغلط أمّا سائر الاستغلالات فلا- يوجب الخيار فالطيش مثلا إذا كان بمستوى السفه يوجب بطلان البيع و لو لم يستغله المتعاقد الآخر لأن السفه محجور عليه في نظر الفقه الإسلامي، و إن لم يكن بهذا المستوى لم يوجب الخيار إلا بلحاظ الجهل بالقيمة و هذا رجوع إلى الغلط.

و الهوى الجامع لو جعل المعاملة سفهية محاباتيية و قلنا ببطلان مثل هذه المعاملة لم نصل أيضا إلى الخيار و إلا فالعقد لازم و لا موجب للخيار أيضا لأنه باختياره التام فعل ما فعل، و كذلك استغلال حاجة الغير لا يوجب الخيار و لا يحرم ما لم يحرمه ولي الأمر.

و هذا و الغبن بما هو شيء ما دى كان قديما لدى الفقه الغربي هو الموجب

(١) راجع الوسيط ١: ٣٩١، الفقرة ٢٠٤.

(٢) راجع الوسيط ١: ٤٠١، الفقرة ٢٠٨.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٢٩

للخيار أو البطلان بوصفه عيبا في العقد لا بوصفه عيبا في الإرادة و لكنهم أخيرا اهتموا إلى اشتراط العنصر النفسي، و هو عنصر الاستغلال و من هنا أمكن درجه ضمن عيوب الإرادة، فالمقدم بكامل وعيه و اختياره على تقبل الغبن و من دون استغلال لخبطه أو جهله أو نحو ذلك من قبل المتعاقد الآخر لا خيار له و لا يكون العقد معه باطلا، و بهذا اقتربوا من الفقه الإسلامي الذي لا يرى خيارا للمغبون الذي تقبل الغبن بكامل الوعي و الاختيار، و خيار الغبن في الفقه الشيعي و بعض مدارس الفقه السنّي يكفي فيه جهل المغبون و لا يشترط فيه عنصر التغيير لما عرفته في ما مضى من ان نفس أصالة التساوي في القيمة أو كون التساوي في القيمة هو الغرض العام للعقلاء نكتة مستقلة للخيار غير التغيير، و لكن بعض مدارس الفقه السنّي اشترط في خيار الغبن التغيير «١».

وقد جاء في الفقه الغربي «٢»: أن حق الإبطال الذي يتحقق بسبب الاستغلال له عدل آخر وهو حق تقليل التزامات المغبون الباهظة إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة فان اختار المغبون تقليل الالتزامات نفذ له القاضي بقدر ما يقدره القاضي كافيا لرفع الغبن، وان اختار الإبطال جاز للقاضي الإبطال إذا رأى أن الاستغلال عاب رضا المغبون إلى حد أن أفسده نهائيا أي لا يعالج ذلك بتقيص الالتزامات، فلو لا الاستغلال لم يكن يقبل بهذا العقد حتى مع تقيص التزاماته، أما لو لم يكن الأمر كذلك بان رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضا إلى هذا الحد وان المغبون كان يقبل الدخول في العقد بلا استغلال لو لم تكن التزاماته باهظة فهنا ليس للقاضي إبطال العقد واقتصر على انقاص الالتزامات الباهظة.

(١) راجع مصادر الحق ٢: ١٣٤-١٣٧.

(٢) راجع الوسيط ١: ٤٠٦، الفقرة ٢١١.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٣٠

أقول: إن الإقتصار على حق الخيار بمعنى حق الرد كما فعله الفقه الإسلامي أوفق بالاعتبارات العقلانية ذلك لأن الغابن إنما التزم بهذا العقد المشتمل على كذا مقدار من التزامات صاحبه تجاهه، وقد لا يكون مستعدا للالتزام بعقد آخر لا يشمل على تلك الالتزامات ولا مبرر لفرض ذلك عليه، فغاية ما يكون للمغبون على الغابن هي فسخ العقد فان اتفقا بعد ذلك على عقد جديد تقل فيه التزامات المغبون عقدا العقد الجديد وإلا فلا. والشاهد على ذلك من نفس الفقه الغربي أنهم لم يقبلوا في المقام بتدارك الغبن عن طريق إضافة التزامات الغابن.

و ذكر السنهوري في وجه الفرق بين انقاص التزامات المغبون و زيادة التزامات الغابن بقبول الأول دون الثاني ان انقاص مقدار المبيع لا يؤدي البائع المغبون بل يرفع عنه الغبن، و لكنّ الزيادة في الثمن قد تؤدي المشتري إلى حد ان يؤثر العدول عن الصفقة، نعم تجوز الزيادة في الثمن إذا رغب المشتري نفسه في ذلك بان ترفع دعوى الإبطال فيتوقفا بعرض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع الغبن.

أقول: إن هذا الوجه للتفريق بين انقاص التزامات المغبون و زيادة التزامات الغابن غريب فكما انّ الزيادة في الثمن قد تؤدي المشتري إلى حد ان يؤثر العدول عن الصفقة كذلك النقيض في المثلن قد تؤدي المشتري إلى حد ان يؤثر العدول عن الصفقة.

بل حتى ما ذكره من ان الغابن بإمكانه رفع دعوى الإبطال بتدارك الغبن بزيادة في الثمن غير مقبول في فقهاء الإسلامى فان البيع بثمان أكبر من الثمن الأول عقد جديد و هو بحاجة إلى توافق جديد، نعم لو انحصر دليل الخيار في تطبيق

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٣١

قاعدة نفي الضرر في المقام على الضرر المالى فقد يقال: إن الغابن إذا كان مستعدا لرفع الضرر المالى بدفع زيادة توجب تدارك الضرر فلا موجب للخيار، أما إذا صح الاستدلال على الخيار بالارتكاز العقلاني بعد ضم عدم الردع إليه الكاشف عن الإمضاء، أو إثبات إمضاءه بتطبيق قاعدة نفي الضرر على الضرر الحقي لكون نفي حق الخيار الثابت عقليا ضررا فهنا لا تصل التوبة إلى إسقاط الخيار بتقديم الزيادة الراجعة للغبن نعم لو تراضيا معا على ذلك فهذا مطلب آخر.

و الخلاصة ان خيار الغبن حسب ما هو المعروف في فقهاء الإسلامى له عدل واحد و هو الفسخ.

نعم في خيار العيب قد ورد في فقهاء الإسلامى الارش و ذلك بنص خاص و لعل نكته العقلانية ان العيب بمنزلة فقدان جزء من المبيع.

[الأمر السادس] الإكراه مبطل للعقد أو موجب للخيار؟

الأمر السادس - جاء في الفقه الغربي: أن أحد عيوب الإرادة الموجبة لحق الإبطال هو الإكراه «١» و لكنّ الفقه الإسلامي يرى الإكراه مبطلا للعقد لا موجبا لحق الإبطال كما سيأتي إن شاء الله في البحث الثالث. وقد تلخّص من كل ما ذكرناه: أنه لو صحّ أن نقول الفقه الإسلامي يرى تدخّل العيب في الإرادة موجبا للخيار فأنّما يكون هذا منحصرا في عيب واحد وهو «الغلط» وليس عيوباً أربعة وهي الغلط، والتدليس، والاستغلال، والإكراه، والتدليس والاستغلال يرجعان إلى الغلط، والإكراه مبطل للعقد لا موجب للخيار. و لو صحّ أن الغلط عيب في الإرادة يوجب الخيار فأنّما هو في مورد تخلف

(١) راجع الوسيط ١: ٣٦٠-٣٦٣، الفقرة ١٨٧-١٩٠.

فقه العقود، ج ١، ص: ٥٣٢

الأغراض العامية، وهي موارد العيب والغبن وكذلك في موارد التغرير وتخلف الشرط. أمّا ذات الغلط المنحفظ في جميع موارد تخلف الداعي فلا يقتضى الخيار أبداً.

الجزء الثاني

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
فقه العقود، ج ٢، ص: ٧

[تنمّة الفصل الثاني أركان العقود و شرائطها]

[تنمّة الركن الأول الإرادة]

[البحث الثالث] شرائط صحّة الإرادة

إشارة

و أمّا البحث الثالث - وهو البحث عن شرائط صحّة الإرادة و لا نقصد بصحّتها المعنى الوارد في الفقه الغربي، أي عدم العيب الموجب للخيار و حقّ الإبطال بل نقصد بذلك ما يبطل بفقدانه العقد لأنّ الإرادة رغم وجودها تكويناً ليست صحيحة، أي ليست بالشكل الكافي لتصحيح العقد فعدم الغلط في التطبيق مثلاً ليس شرطاً لصحّة الإرادة بهذا المعنى. فنحن نذكر تحت هذا العنوان شرطين فحسب: الرضا والتنجز.

١- الرضا بالنتيجة:

إشارة

فالشرط الأول من شرطي صحّة الإرادة بهذا المعنى هو الرضا بالنتيجة، فيما أنّ إنشاء التملك مثلاً في فقهاء الإسلامى شيء و الرضا

بحصول النتيجة و هي الملكية مثلا خارجا بحسب القانون شيء آخر فقد تصورنا كون العقد الذي هو إنشاء للتمليك مثلا مشروطا في تأثيره قانونا بالرضا بالنتيجة، و بما أنه لا يوجد في مفاهيم الفقه الغربي إنشاء للتمليك و ليس البيع مثلا عدا إبراز الرضا بالتمليك لم يكن معنى لجعل الرضا شرطا في تأثير العقد، إذ لو انفق الرضا فقد انفق العقد

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨

فذكروا إن «١» الرضا في مورد الإكراه موجود و لكنّه معيب لقيامه على أساس الإكراه سنخ ما مضى منهم في موارد الغلط من أنّ الرضا موجود و لكنّه معيب لأنه قائم على أساس الغلط، و قد جعلوا جزءا عيب الرضا بالإكراه قابلية العقد للإبطال «٢» و هذا و إن كان أمرا جعله بيد مشرّعهم فلا معنى لفرض الخطأ و الصواب فيه إلّا أننا نقول: إنّ هذا الجعل لا يناسب الاعتبارات العقلانية فإنّ المقصود بالرضا المفروض وجوده لو كان هو الرضا بإبراز التمليك فأى قيمة للرضا بالإبراز لو علم أنّه ليس راضيا بالنتيجة و هي نفس التمليك القانوني؟! و أى نكتة للفرق بين هذا و بين إبراز الرضا الاستهزائي مثلا؟!!

و لو كان هو الرضا بإحداث الأثر القانوني خارجا و بحسب الانطباق على ما في لوح القانون فمن الواضح أنّ المكره ليس راضيا بذلك، و هذا بخلاف الغلطان، فالغلطان راض بالنتيجة رضا ناتجا عن الغلط أمّا المكره فهو غير راض بالنتيجة و إنّما هو مكره على إبراز الرضا إبرازا نعلم عدم مطابقته للواقع ففرق كبير بين البابين.

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

(١) راجع الوسيط ١: ٣٦٠، الفقرة ١٨٨.

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩

بناء على مسلك الفقه الغربي يتجه القول بأنّه ليس للمتعاقد الآخر ذلك فإنّ العقد قد تمّ من زاويته و إنّما بقي زمام الأمر بيد المكره فحسب فمن حقّه أن يطلب إبطال العقد و من حقّه أن يقوّه.

الدليل على بطلان عقد المكره:

إشارة

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

الأول - ما دلّ على اشتراط طيب النفس

كقوله تعالى:

لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ «١» و كحديث منصور بن يونس الوارد في الطلاق «٢» بناء على التعدى منه إلى المقام.

و كقوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبه نفسه (٣).

و الثاني - ما دل على مانعية الإكراه

كحديث الرفع (٤) و كروايات مبطلية

(١) النساء ٤: ٢٩.

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

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

(٤) الوسائل ١١: ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١، و الجزء ٤: ١٢٨٤، الباب ٣٧ من أبواب القواطع، الحديث ٢، و

١٦: ١٤٤، الباب ١٦ من أبواب الأيمان، الحديث؟؟؟، ٤ و ٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠

الإكراه للطلاق (١) و قد استدلل الشيخ الانصاري رحمه الله في مكاسبه بكلا النوعين من الأدلة (٢).

و اعترض المحقق الاصفهاني رحمه الله (٣) على الاستدلال بأدلة اشتراط الطيب ببيان حلي و هو ان الطيب ليس منحصرًا في الطيب الطبيعي الناتج من ملاءمة الشيء للقوى الطبيعية كملاءمة الصورة الحسنه لقوة البصر و الطعم الشهى لقوة الذوق، أو الرائحة الطيبة لقوة الشم بل يشمل بالإطلاق الطيب العقلي الناتج من ملاءمة الشيء للقوة العاقلة، و هذا الطيب موجود في مورد الإكراه لأن القوة العاقلة أدركت ان تحمّل ضرر العقد أهون من تحمّل ما ينتج من عدم الرضوخ للعقد نتيجة لظلم الظالم، و بيان نقضه و هو أنه لو لا هذا لانتقض الأمر في المقام بباب الاضطرار الذي لا إشكال في صحته العقد معه في حين ان الطيب الطبيعي في باب الاضطرار أيضا غير موجود و إنما الموجود فيه هو الطيب العقلي.

أقول: بناء على هذا النسق من الكلام كان المفروض النقص بكل موارد العقود أو جملها لا بخصوص باب الاضطرار فإن العقد عادة ليس ممّا يلتدّ به الطبع بذاته من قبيل التذاذ البصر بالصور الجميلة أو الذائقة بالطعم الشهى و إنما هو شيء يدرك نفعه بقوة العقل.

(١) راجع الوسائل ١٥: ٣٣١، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، و روايات الحلف بالطلاق و العتاق مكرها و التي يحتمل

حملها على المعنى النافع للمقام بعضها و ارد في هذا الباب و بعضها و ارد في ١٦: ١٣٤-١٣٧، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

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

(٣) راجع تعليقه على المكاسب ١: ١٢١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١

و قد أورد السيد الإمام رحمه الله (١) على كلام المحقق الاصفهاني رحمه الله بأن الطيب و الشوق العقلي لا معنى له فإن العقل شأنه الادراك فحسب لا الالتذاذ بشيء تفترض ملاءمته له كالتذاذ العين ببعض المبصرات و الذائقة ببعض المطعومات و الشوق و إن كان أحد مبادئ الإرادة و لكن ليس تحقق الإرادة منحصرًا بفرض ثبوت أساس الشوق له فقد تتحقق على أساس الشوق و قد تتحقق على أساس ادراك العقل لكون الفعل الفلاني دافعا للضرر مثلا من دون افتراض شوق إلى الفعل و التذاذ به.

أمّا النقص الذي ذكره المحقق الاصفهاني رحمه الله في المقام و هو النقص بالاضطرار فلم يتعرّض السيد الإمام رحمه الله للجواب عليه و لعلّه لهذا النقص نرى أنه رحمه الله يفسّر طيب النفس و الرضا بنفس عدم الإكراه (٢) و يرى عدم الإكراه كافيًا في صحة العقد فلا يبقى موضوع للنقص.

أقول: وقد يجاب على النقض بالاضطرار بأنّ المستفاد من أدلّة اشتراط الطيب حسب الارتكاز هو كونه قاعدةً مضروبةً لحفظ مصلحة الملاك، و من الواضح انّ البطلان أنّما يكون في صالح المالك في باب الإكراه دون الاضطرار و هذا سنخ ما قيل في التفريق بين رفع الإكراه و رفع الاضطرار حيث يستدل بالأوّل على بطلان عقد المكره و لا يستدل بالثاني على بطلان عقد المضطر من انّ امتنانية حديث الرفع هي التي توجب التفريق في المقام بين الفقرتين.

و على أيّة حال فعدم كون قوّة العقل كقوّة البصر و الذوق و الشم و نحو ذلك

(١) راجع كتاب البيع ٢: ٥٦.

(٢) راجع كتاب البيع ٢: ٦٧-٦٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢

مما يلتذّ بإدراك الملائم و إن كان صحيحاً خلافاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقّق الاصفهاني رحمه الله و لكن لا إشكال في أنّ هناك نوعاً من الاشتياق للنفس إلى الشئ حينما ترجّحه على الترك نتيجةً لإدراك منافع أو دفعه للمضارّ بالعقل و الارادة دائماً تكون قائمة على أساس الشوق للمحقّق الاصفهاني رحمه الله ان يسمّى هذا بالشوق العقلي الذي يختلف عن الالتذاذ الحسي و يقول: إنّ طيب النفس و الرضا صادق بمجرّد هذا الشوق.

هذا. و طريقة تفكير السيد الخوئي في المقام تختلف عن طريقة تفكير المحقّق الاصفهاني رحمه الله فكأنّه يرى انّ الطيب و الرضا عبارة عن نوع من انشراح النفس للشئ و ارتياحه به مفقود لدى الإكراه. و هذا النمط من التفكير لا ينصدم بالبيان الحلّي الذي ذكره المحقّق الاصفهاني رحمه الله لكنّه ينصدم بالبيان النقضي له حيث يقال: إنّ هذا الانشراح و الارتياح غير موجودين في مورد الاضطرار أيضاً.

و قد ورد عن السيد الخوئي في المحاضرات «١» الجواب على هذا النقض بأنّ اختيار العقد الناتج من الاعتقاد بفائدة العقد تارة يكون على أساس فائدة إيجابية في ذات الفعل، و هنا الرضا و طيب النفس حاصل، و اخرى يكون على أساس دفع العقد للضرر و على الثاني تارة يكون مكنن الضرر شيئاً آخر غير عدم العقد و يكون العقد دافعاً له فهنا يكون الرضا و الطيب أيضاً حاصلًا كما لو باع بيته لتحصيل المال لمعالجة ابنه به كي ينجيه من الموت مثلاً، أو باعه لتحصيل القدرة على دفع الضريبة التي أجبره الظالم عليها لكي يدفع بذلك خطر الظالم عن نفسه،

(١) المحاضرات ٢: ٢٤٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣

و اخرى يكون مكنن الضرر نفس عدم العقد كما لو هدّده الظالم بالقتل على تقدير عدم بيعه للبيت و هنا لا يكون الرضا و طيب النفس حاصلًا، فهنا لا يبرز الحمد و الشكر على توفيقه لبيع البيت بخلاف المورد الثاني الذي هو مورد الاضطرار فأنّه يشكر ربّه على بيعه للبيت الذي أدّى إلى تحصيل المال لمعالجة ابنه.

أقول: إنّ هذا المقدم من البيان لا- يوضّح لنا الفرق بين مورد الإكراه و مورد الاضطرار، فالانبساط و انشراح الصدر أو الارتياح و الابتهاج بالبيع بمعنى من المعاني غير حاصل في كلا الموردين، أي أنّه سواء باع بيته عن إكراه أو عن اضطرار سوف يحوقل و يتأوّه و يتألّم على بيعه للبيت، و بمعنى آخر يفرح في كلا الموردين بتوفيقه لدفع الضرر عن نفسه بواسطة بيع البيت سواء كان الضرر عبارة عن وفاة ابنه أو قتل الظالم إياه على تقدير عدم بيع البيت فمجرّد ان مكنن الضرر تارة يكون نفس ترك العقد و اخرى شيئاً آخر لم يعرف ما هو أثره في المقام؟! بل بالإمكان ان يقال في مورد الإكراه أيضاً: إنّ مكنن الضرر ليس هو ترك العقد بل هو ضرب الظالم

إياه بالسيف و العقد مانع عن ذلك كما هو مانع عن وفاة ابنه على أساس ترك العلاج.

فان قلت: إن الموت مسبب عن ضرب الظالم و ضرب الظالم مسبب عن ترك العقد فترك العقد هو السبب للضرر و لو بالواسطة قلنا: إن موت الابن أيضا مسبب عن ترك العلاج المسبب عن فقدان المال المسبب عن عدم بيع البيت، فترك العقد هنا أيضا أصبح سببا للضرر و لو بالواسطة.

و لعلّه لهذا جاء بيان المطلب عن السيد الخوئي رحمه الله في المصباح بشكل آخر و هو: انّ منشأ اختيار العقد إن كان هو الفائدة في الفعل فالرضا و الطيب حاصل، و إن كان هو دفع الضرر بالعقد فإن كان الضرر لأجل قضاء الضرورة من غير ناحية فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤

ظلم الظالم بلحاظ نفس المعاملة مباشرة كما لو باع داره لمدواة ابنه أو لدفع الضريبة المجر عليها من قبل الظالم فالرضا و الطيب أيضا حاصل، و إن كان الضرر ناشئا من ظلم الظالم بلحاظ ترك نفس المعاملة فهنا لا يوجد رضا و طيب النفس، ففرق مثلا بين الاضطرار إلى قطع الاصبع - لمرض فيه قال عنه الطيب:

لو لم يقطع لسرى المرض إلى سائر البدن ممّا يؤدى إلى الموت - و إكراه الظالم إياه لقطع اصبعه مهّدا له بالقتل على تقدير ترك القطع ففي الثاني لا يكون طيب خاطر على قطع الاصبع في حين أنّه في الأوّل يكون طيب خاطر على قطعه «١».

أقول: إنّ هذا البيان و إن لم يرد عليه ما أوردناه أخيرا على البيان السابق من أنّ مكنم الضرر في كلا الموردین شیء آخر و ان ترك العقد في كلا الموردین سبب بالواسطة للضرر إلّا أنّه لا يكون هذا البيان انجح من البيان الأوّل في توضيح الفرق بين الفرضين فهنا أيضا نرى أنّه سواء كان الظالم هو الذى أجبره مباشرة على العقد، أو كان العقد لأجل الاضطرار إلى تحصيل المال لعلاج ولده ففي كلا الحالين سيتأوّه و يتحصّر على بيع الدار و لا يكون منبسطا نفسيا تجاه البيع، و فى كلا الحالين يكون بمعنى من المعانى فرحا بالبيع الذى انجاه من وفاة ابنه أو من قتل نفسه و لا يحسّ بأى فرق نفسى فى مثال قطع الاصبع بين ما لو كان ذلك على أساس مرض فى الاصبع يؤدى إلى موته لو لا-القطع، أو كان على أساس تهديد الظالم إياه بالقتل على تقدير عدم القطع عدا أنّه فى الثانى سيحسّ بالغىظ و الحقد و الغضب على الظالم، بخلافه فى الأوّل الذى لا- يوجد فيه ظالم ظلّمه أمّا بلحاظ نفس عملية القطع فلا فرق بين الموردین من ناحية الإحساس النفسى.

(١) مصباح الفقاهة ٣: ٢٨٩ - ٢٩٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥

و حقيقة الأمر فى المقام ان المقصود بالرضا و طيب النفس هو مطلق الشوق و لو كان ناشئا من التفكير العقلى إلّا أنّه ليس المقصود بذلك هو الرضا بإنشاء العقد أو إبراز إرادة النتيجة و أنّما المقصود بذلك هو الرضا بحصول النتيجة وفقا للوح القانون فانّ التجارة أنّما تعتبر تجارة بهذا اللحاظ، و النتيجة المهم بها عقلايا هي التثبيت القانونى لذلك و الارتكاز العقلايى يصرف أدلته اشتراط الرضا و الطيب إلى ذلك، و إذا وضّحنا مصبّ الرضا و الطيب بهذا الشكل كان الفرق بين مورد الإكراه و مورد الاضطرار من أوضح الواضحات، فانّ المكره لا يرضى بالنتيجة و لو اخبر بطلان العقد لفرح بذلك، و لكن المضطر راض بالنتيجة و لو اخبر بطلان العقد لأصبحت مصيبته أكبر من مصيبة فقدانه للمتاع الذى فقده على تقدير صحّة العقد و بالالتفات إلى هذا الأمر لا يبقى مجال للبيان الحلى للمحقّق الاصفهانى رحمه الله فى المقام و لا لبيانته النقضى.

حكم الإكراه بحق:

هذا. و لا- إشكال فى انّ الإكراه بحق لا يوجب بطلان العقد، و قد استدللّ على ذلك السيد الخوئي بانّ الإكراه بحق لو كان مبطلا

للعقد للغي الإكراه «١»، وأضاف في المحاضرات: أنه «و لما كان إكراه على المعاملة و أنّما كان الإكراه على مجزّد اللفظ». أقول: كأنّ المقصود تقديم دليل حقّ الإكراه على دليل شرط الرضا، أو مبطلية الإكراه في الحقّ بمثل الأخصيّة باعتبار أنّه لو عكس لغي دليل حقّ الإكراه لعدم تصوّر أثر عندئذ لهذا الإكراه، أو عدم تصوّر الإكراه عندئذ على المعاملة، و لكن هذا البيان أنّما يتصوّر في ما إذا كان دليل حقّانية الإكراه أخصّ موردا من

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦

دليل شرط الرضا أو مانعية الإكراه في العقد، و لا يأتي في الأدلّة اللفظية الواردة في بعض الولايات التي هي أعمّ من الولاية على العقد أو على الإكراه عليه كما لو وجدنا إطلاقا لفظيا من هذا القبيل في ولاية الأب على الأولاد غير البالغين و كدليل ولاية الفقيه. و هناك بيان أعمق من هذا البيان يشمل أدلّة الولايات مطلقا، و هو دعوى أنّ دليل الولاية حاكم على دليل اشتراط رضا المالك أو عدم إكراهه، لأنّ دليل الولاية ينزل الوليّ منزلة المولّي عليه و يكون ناظرا إلى الأحكام الأوليّة لتصرفات المولّي عليه فيصبح رضا الوليّ بمنزلة رضا المولّي عليه.

بل يمكن ان يقال بأنّ المفهوم من أوّل الأمر من أدلّة مانعية الإكراه أو شرط الرضا ليس أكثر من الجامع بين رضاه أو رضا وليّه، فإنّ الدليل على ذلك إنّ كان هو الارتكاز العقلاني فمن الواضح أنّ الارتكاز أنّما يكون قائما على ما قلناه لا على خصوص رضا المالك و لو كان مولّي عليه و إن كانت هي الأدلّة اللفظية فهي منصرفة إلى ذلك بسبب ذاك الارتكاز.

اشتراط الرضا أو مانعية الإكراه:

بقي الكلام في أنّ العقد هل يكون الرضا شرطا في صحّته، أو يكون الإكراه مانعا عن صحّته حيث أنّه من الواضح ان كون العقد عن إكراه اخصّ من كونه لا عن رضا؟ فقد يكون صدور العقد من الشخص نتيجة تخيله للإكراه من دون وجود مكره حقيقته، أو لأجل مداراة الأهل مثلا كما فرض في ما مضت الإشارة إليه من حديث منصور بن يونس في الطلاق «١» ففي أمثال هذه الموارد لا يكون الإكراه صادقا و لكنّ الرضا أيضا غير موجود.

(١) الوسائل ١٥: ٣٣٢، الباب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧

فإن كان دليلنا في المقام مثل حديث الرفع فقط فهو أنّما يدلّ على مانعية الإكراه أمّا على ما عرفته من صحّة الاستدلال أيضا بنصوص الرضا و الطيب فقد ثبت ما هو أوسع من مانعية الإكراه و هو شرط الرضا و قد مضى عن السيّد الإمام رحمه الله تفسير الطيب و عدم الرضا بنفس عدم الإكراه و أنّه متى ما كان الرضا بمعنى عدم الإكراه صادقا صحّ العقد «١» و لازم ذلك ان يفتى بصحّة العقد في ما أشرنا إليه من موارد الافتراق لعدم صدق الإكراه فيها، و لا أظنّ به و لا بغيره ان يلتزم بذلك، و من الواضح عرفا عدم صدق الطيب و الرضا و كأنّ الذي دعاه إلى هذا التفسير للطيب و الرضا هو التخصّص من النقض بموارد الاضطرار و قد مضى منّا حلّ هذا النقض.

بل قد يقال: إنّ أدلّة مانعية الإكراه هي التي ينبغي إرجاعها إلى شرطية الرضا و ذلك إخضاعا لها للارتكازات العقلانية، إذ من الواضح ان الارتكاز العقلاني يرى شرطية الرضا و لا يكتفى بعدم الإكراه و أنّما يحكم العقلاء بمبطلية الإكراه لنكته فقدان الرضا فيه فأدلّة مبطلية الإكراه تحمل على ذلك كما يشهد لذلك ان إحدى روايات الإكراه «٢» في الطلاق اشتملت أيضا على ذكر شرط كونه مريدا للطلاق و لكنّها ضعيفة سندا.

إلا أن هذا البيان وإن كان يتم في مثل روايات طلاق المكره لكنه لا يتم في حديث الرفع فإن حديث الرفع لم يكن خاصاً بالعقود كى يفهم منه عقلائيًا أن رفع الإكراه يكون بنكته عدم الرضا ويشمل أمثال ارتكاب المحرم عن إكراه فيرتفع به

(١) راجع كتاب البيع ٢: ٦٧-٦٨.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٣١، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، الحديث ٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨

مثل الحدّ و العقاب، فالمفهوم عرفا منه ان رفع الإكراه فى هذا الحديث بنكته اخرى غير فقدان الرضا و هى نكته ضعف القدرة فكأن الإكراه ملحق بالانجبار و العجز عن التفصى.

و على أية حال فقد اتضح بكل ما ذكرناه حتى الآن ان كلتا النكتتين أعنى نكته المانع الإكراه لضعف القدرة و نكته شرطية الرضا ثابتان فى المقام فالنتيجة مع شرطية الرضا.

ثمرة الخلاف عند وجود المندوحة:

و من الثمرات التى تترتب على ذلك هى أنه لو كان المكره قادرا على التفصى بما لا يوجب عليه المشقة أو الحرج فالإكراه على العقد غير صادق و لكن الرضا أيضا غير ثابت، فإن قلنا بمانعية الإكراه فحسب صحّ العقد و إن قلنا بشرطية الرضا و الطيب بطل العقد. و لكن السيد الخوئى رحمه الله ذكر «١» أنه مع وجود المندوحة من دون ضرر أو مشقة يكون العقد صحيحا لأن طيب النفس و الرضا موجود و ذلك لأن المفروض عدم الخوف من الضرر فالثابت فى المقام هو الرضا لا الإكراه و لو لم يكن راضيا لما فعل. و هذا الكلام كما ترى لا أساس له، فإن الإكراه و إن لم يكن ثابتا فى المقام لعدم صدق الخوف من الضرر لدى ترك العقد ما دام قادرا على التفصى بدون ضرر أو حرج، و لكن هذا لا يساوق الرضا و طيب النفس إذ قد يصدر منه العقد تكاسلا من الخروج من الغرفة التى وجد فيها العدو إلى الغرفة الأخرى التى يوجد فيها من

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٤٩، و مصباح الفقاهة ٣: ٣٠٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩

يحميه عن العدو مثلا، و يكفيه هذا التكاسل كدافع إلى العقد بعد علمه بأن العقد إذا لم يكن عن رضا لم يكن له أثر. نعم قد يتفق إثباتا وجود ظهور حالى على الرضا كما لو كان التفصى بالانتصار خاليا عن أى مؤنة عرفية كما لو اتفق ان الذى يحميه عن الظالم كان موجودا فى نفس الغرفة و لم تكن حمايته تتوقف على شىء عدا مجرد الإشارة إليه مثلا و مع ذلك لم يشر إليه و أوقع العقد، و على أية حال فهذا خارج عن محل البحث فإنه ليس عدا أمر إثباتى قد يتحقق و قد لا يتحقق أما بلحاظ البحث الثبوتى فلا ينبغى الإشكال فى ان وجود المندوحة بلا مشقة و ضرر يمنع عن صدق الإكراه و لا يمنع عن صدق الرضا و الطيب.

و للشيخ الاصفهانى رحمه الله تقريبات لدعوى صدق الإكراه عند وجود المندوحة «١» و لم يظهر من عبارته أنه هل يتبناه أو لا، و هو أنه ان فرضنا ان اتصاف صدور الفعل بوصف الإكراه إن كان متوقفا على القضية الإيجابية، و هى كون الإكراه هو السبب للفعل، فالعقد هنا غير مكره عليه لأن الإكراه ليس سببا لخصوص العقد و إنما هو سبب للجامع بين العقد و المندوحة فخصوصية العقد نشأت من سبب آخر، فالعقد إذن لم يكن لسبب الإكراه بل كان لمجموع الإكراه و عدم الداعى إلى التفصى بالمندوحة أو الداعى إلى عدم التفصى. و لا يقال: إن عدم الضد ليس مقدّمة للضد فإنه يقال: نعم و لكن عدم سبب الضد المساوى أو الأقوى من سبب الضد الآخر مقدّمة للضد لمكان التزاحم بين السببين فى التأثير، فعدم سبب التفصى له دخل فى سبب حصول العقد و ليس العقد مسببا محضا من

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١: ١٢١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠

الإكراه، أما ان فرضنا أنه تكفي في اتّصاف الفعل بالإكراه القضيّة السليبيّة و هي أنّه لو لا الإكراه لما فعل إذن فالعقد في المقام متّصف بالإكراه، فإنّ الإكراه و إن لم يكن سببا لخصوص العقد و أنّما كان سببا للجامع بين العقد و المندوحة لكنّه على أي حال لولاه لما صدر العقد إذ بانتفائه ينتفي الجامع بكلا فرديه.

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

حكم المندوحة بالتوريّة عند الإكراه:

و للشيخ الاصفهاني رحمه الله بيان آخر «١» لاستفادة البطلان من حديث رفع الإكراه رغم وجود المندوحة في خصوص ما إذا كانت المندوحة عبارة عن التوريّة فحسب و هو أنّ العقد بمعناه الحقيقي و إن لم يكن مكرها عليه لتمكّنه من التوريّة و عدم إرادة المعنى الحقيقي لكن جامع اللفظ بقطع النظر عن المعنى الذي يقصده مكره عليه فيسقط اللفظ عن التأثير و لا إشكال في أنّ اللفظ جزء العلّة لحصول النتيجة فرفع الحكم عنه و بسقوطه عن التأثير تنتفي النتيجة أي أنّ العقد يصبح باطلا.

و أجاب عليه بان رفع الأثر كان للامتنان و لا امتنان في إسقاط جزء السبب عن التأثير بعد أن كان قد قصد البيع الحقيقي بخصوصية طبيعته لا بسبب الإكراه.

أقول: هذا المقدار من الجواب لا يكفي لردّ ذاك البيان إذ لقاتل ان يقول:

إذا قصد المعنى الحقيقي بعد أن كان مكرها على أصل اللفظ لا لرغبة في حصول النتيجة بل لاعتقاده بأنّ ذاك الإكراه كاف في المنع عن حصول النتيجة مثلا فهنا رفع الأثر امتنانيّ فلما ذا لا يرفع!؟

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١

و الجواب الصحيح في المقام ان يقال: إنّ المفهوم عرفا من حديث الرفع وفق الارتكاز العقلاني هو النظر إلى نكته كون الإكراه كأنه مضعّف للقدرة و الاختيار فيكون ترتّب الحكم على ما صدر منه بمنزلة ثبوت الحكم على العاجز الذي لا يستطيع الفرار عنه بترك السبب، و هذا الوصف غير صادق لدى الإكراه على جزء السبب إذ باستطاعته التفصّي عن النتيجة بترك الجزء الآخر، فمثلا لو كان الحرام مؤلّفا من جزءين بحيث لو فعل أحدهما لم يكن حراما و كان الجزءان عرضيين من حيث الزمان ففعل أحدهما إكراها و ضمّ الآخر إليه اختيارا فهل بالإمكان القول بارتفاع الحرمة و العقاب بسبب كون أحد الجزءين مكرها عليه؟! و من الواضح أنّه في هذا الفرض لا يأتي ما ذكره من الجواب بامتنانية الرفع فان رفع الحرمة و العقاب فيه امتنان على كل حال.

و ذكر الشيخ الانصاري رحمه الله «١»: أنّ التمكّن من التوريّة لا يمنع عن صدق الإكراه و التمكّن من التفصّي بوجه آخر من قبيل الخروج من الغرفة إلى غرفة أخرى يستطيع فيها ان يحتمى بمن يمنعه عن ظلم الظالم يمنع عن صدق الإكراه (و العقد رغم هذا يكون باطلا- في رأيه رحمه الله لأجل فقدان الرضا و طيب النفس) و الوجه في هذا الفرق هو أنّ المقياس في صدق الإكراه هو حصول التخوّف من بطش المكره على تقدير علمه بعصيان المكره إياه لا مطلقا إذ من الواضح أنّ المكره أنّما يبطش بالمكره لو علم بعصيانه إياه دون ما لو اعتقد طاعته له و هذا البطش على تقدير العلم ثابت لدى التفصّي بالتوريّة إذ لو علم المكره، بأنّ المكره قد ورى لبطش به و غير ثابت لدى التفصّي بمثل الخروج من الغرفة و الاحتماء

(١) في المكاسب ١: ١٢٠، حسب الطبعة المشتمة على تعليقه الشهيدي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢

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

وقد أجاب السيد الخوئي على ذلك بمنع تقويم الإكراه بتلك القضية الشرطية وإنما هو متقوم بخوف البطش بنحو القضية الفعلية وهو منتف في كلا الموردين أي في مورد إمكان التفصي بالتورية وفي مورد إمكان التفصي بوجه آخر فلا وجه لهذا التفصيل «١».

أقول: إن النكته التي أبداها الشيخ الانصاري رحمه الله للمصير إلى تلك القضية الشرطية وهي وضوح ان البطش من قبل المكروه إنما يترتب على تقدير علمه بعصيان المكروه إياه دون ما لو اعتقد عدم عصيانه لم يأت في المنقول عن السيد الخوئي الجواب عليها، والجواب هو ان المدعى ليس هو تقويم الإكراه بالتخوف من بطش المكروه مطلقاً، وعلى كل تقدير وإنما هو تقومه بالتخوف من البطش الفعلي والفعلية غير الإطلاق إذ قد يكون الشيء فعلياً لتحقق شرطه لا لإطلاقه وعدم تقييده بذاك الشرط، وما ذكره من وضوح ان البطش مختص بفرض علم المكروه مثلاً بالحال دون فرض اعتقاده بخلاف الحال إنما يمنع عن الإطلاق لا عن الفعلية أي إنما يمنع عن تقويم الإكراه بتخوف البطش على كل تقدير، إذ لو كان كذلك لما تحقق إكراه أبداً إذ البطش على تقدير الاعتقاد بعدم لا يتحقق ولا يمنع

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٥٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣

عن تقويم الإكراه بتخوف البطش الفعلي، وهذا التخوف منتف في كلا الموردين أي في التورية وفي باقي أنحاء التفصي.

وقد أورد السيد الخوئي أيضاً النقض على الشيخ الانصاري رحمه الله «١» بأنه لو أكره أحد على شرب الخمر مع تمكنه من هراقته في جيبه حرم عليه شربها جزماً مع أنه لو علم المكروه بذلك لبطش به فهل يقال إن الإكراه صادق في المقام وإن حديث الرفع يرفع الحرمة عنه؟! وبأنه لو أكره الجائر أحداً على ارتكاب محرّم أو ترك واجب ثم غاب عنه بحيث لا يلتفت إلى حاله فهل يتوهم أحد صدق الإكراه هنا لأن الجائر لو علم بمخالفة المكروه إياه لبطش به فيجوز ارتكاب الحرام أو ترك الواجب؟! وذكر الشيخ الاصفهاني رحمه الله «٢» في مقام الرد على مقالة الشيخ الانصاري (رضوان الله عليه): أنه صحيح ما ذكره الشيخ الانصاري رحمه الله من ان الضرر مترتب على الامتناع على تقدير اعتقاد المكروه واكتشافه لواقع الحال لا مطلقاً ولكن هذا ينتج عكس مقصود الشيخ أي يثبت في المقام عدم صدق الإكراه وذلك لأن الضرر إذا كان مترتباً على الامتناع الاعتقادي لا مطلق الامتناع، إذن هو مكروه على ترك الامتناع الاعتقادي لا مطلق الامتناع فإن المكروه عليه إنما هو ترك ما يجلب الضرر لا ترك شيء آخر، والذي يجلب الضرر في مورد القدرة على التورية إنما هو عدم إجراء العقد لا حقيقة ولا على نحو التورية فإنه الذي يكشفه المكروه ويعلم به أما ترك العقد الحقيقي الذي يتحقق ضمن التورية فلا يجلب الضرر فلا إكراه عليه.

(١) في مصباح الفقاهة ٣: ٣٠٦.

(٢) في تعليقه على المكاسب ١: ١٢٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤

أقول: إنَّ هذا الكلام في نفسه و إن كان صحيحا و لكن الظاهر انَّ خطأ الشيخ الانصاري رحمه الله يكمن في الخلط بين القضية المطلقة و القضية الفعلية فحلَّ إشكاله في المقام يكون يالغات النظر إلى الفرق بينهما كما مضى منّا.

ثم انَّ الشيخ الانصاري رحمه الله ذكر أيضا في المقام: انه حتى لو قلنا: إنَّ مقتضى القواعد اعتبار العجز عن التورية و انه مع القدرة عليها لا يثبت الإكراه فقد ثبت بالتعبّد بحكم الروايات عدم اعتبار العجز عنها و انَّ القادر على التورية ملحق حكما بالمكره، لأنَّ حمل عموم رفع الإكراه و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره و عتقه و الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذبا عند الخوف و الإكراه على فرض العجز عن التورية لجهل أو دهشة حمل على فرد نادر مع انَّ العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليه في تلك الروايات خصوصا في قضية عمّار و أبيه حيث اكرهوا على الكفر فأبى أبواه فقتلا و أظهر لهم عمّار ما أرادوا فجاء باشيا إلى رسول الله صلّى الله عليه و آله فنزلت الآية مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ «١» فقال له رسول الله صلّى الله عليه و آله ان عادوا عليك فعد و لم يتبته على التورية فان التورية في المقام و إن لم يكن واجبا إلّا انه لا شك في رجحانه خصوصا من النبي صلّى الله عليه و آله باعتبار شفقتة على عمّار و علمه بكراهة تكلم عمّار بألفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى «٢».

و أورد على ذلك السيد الخوئي «٣» بأن التمسك بأدلة رفع الإكراه العامة أو

(١) النحل: ١٠٦.

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥

الخاصية لعدم اشتراط العجز عن التورية رغم فرض دخل العجز عنها في صدق الإكراه عجيب و لا علاقة لهذا بلزوم حمل العام على الفرد النادر، فان حمل العام على الفرد النادر الذى هو مستهجن يعنى صرف العام عن عمومته إلى النادر من أفرادها أما إذا فرض انَّ نفس عنوان العام لا يشمل إلّا الأفراد النادرة فليس هذا من باب ما يقال من حمل العام على الفرد النادر.

و كذلك أورد السيد الخوئي «١» على استدلال الشيخ بحديث عمّار: أوّلا- بأنَّ جلاله قدر عمّار تقتضى انه ورى في ذلك و لم يقصد الكفر و التبرى من النبي صلّى الله عليه و آله و دينه.

و ثانيا- بأنَّ التورية في إظهار الكفر ليست فرارا عن الحرام كى يترقب تنبيه النبي صلّى الله عليه و آله على ذلك فان نفس إظهار الكفر و التبرى هتك لله سبحانه و تجاسر لعظمتة و هو حرام و ذلك سنخ حرمة السب و هتك المؤمن التى لا تنتفى بالتورية.

أقول: إنَّ كلَّ هذه المناقشات يمكن الجواب عليها: أما ثبوت حرمة إظهار الكفر و لو تورية لما فيه من الهتك و التجاسر فهو و إن كان مسلما لكن تبقى في المقام حرمة اخرى قد يقال بأنّها تختص بفرض عدم التورية و هى حرمة الكذب.

و أما كون عمّار اجلّ شأننا من أن يكون قد كفر حقيقة فهذا ممّا لا غبار عليه، إلّا انَّ هذا لا يعنى انه قد ورى فالمقصود بالتورية أن يكون مستعملا للفظ في غير ظاهره من الكفر، و لنفترض انه لم يورّ و لو غفلة أو ذهولا أو لعدم الاعتقاد بوجود فائدة في التورية فاستعمل اللفظ في معناه الظاهر، لكن استعمال اللفظ في معناه خوفا من العذاب لدى الغفلة عن التورية أو اعتقاد عدم فائدة فيها شيء و أن يكون قد

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٦

كفر حقيقة في قرارات قلبه شيء آخر، و عظمتة عمّار أنّما تنفى الثانى دون الأول.

و أما ما أورده من أنّ التمسك بأدلة رفع الإكراه العامية و الخاصة في غير محله لفرض دخل العجز عن التورية في صدق الإكراه فقد يجب عليه بلحاظ الأدلة الخاصة ان المقصود بالإكراه ليس هو الإكراه على الطلاق الحقيقي مثلا.

و ذلك لأنّ عدم تجاوز إحاطة المكروه لدائرة اللفظ و الظاهر إلى ما في القلب قرينة عرفية على أنّ المقصود بالروايات هو الإكراه على اللفظ و إظهار الطلاق سواء حصل صدفة الإكراه على واقع الطلاق لعجز الشخص عن التورية أو لا، و عند ذلك يقال: إنّ حمل هذه الأدلة على الإكراه على الطلاق الحقيقي للعجز عن التورية حمل على النادر أو خلاف الإطلاق.

و نفس هذا البيان يأتي في الآية الشريفة: **إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ** نعم هذا البيان لا يأتي في الرفع العام و هو حديث رفع الإكراه الذي يكون في كثير من موارد كالإكراه على المحرمات إكراها على الواقع حينما لا يمكن للمكروه الاحتيال بإظهار خلاف الواقع بإدارة الخمر في جيبه مثلا. هذا.

و خصوص قضيتة عمّار ان ثبتت سندنا لا- مبرر لحملها على فرض العجز عن التورية لأنّ قوله صلى الله عليه و آله: «إن عادوا عليك فعد» مطلق يشمل فرض ما لو قدر على التورية، و هذا بنفسه دليل على أنّ المقصود بالإكراه في الآية الشريفة الواردة في تلك القضية هو الإكراه على إظهار الكفر الشامل لفرض التورية.

على أنّ هذا الإشكال لو تمّ في روايات الإكراه على الطلاق و العتاق لا يرد في روايات الحلف كاذبا «١» فإنه لم تفترض فيها إرادة الظالم للإكراه على الحلف

(١) الوسائل ١٦: ١٣٤-١٣٧، الباب ١٢ من أبواب الأيمان.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧

الكاذب حتى يقال أنّها لا تشمل فرض القدرة على التورية و أنّما افترضت فيها إرادته للإكراه على شيء آخر كدفع العشر فجوز له الإمام عليه السلام التخلّص من هذا الإكراه بالحلف الكاذب، و هذا يشمل بإطلاقه فرض القدرة على التورية و ذلك من قبيل ما عن زرارة بسند تام قال قلت لأبي جعفر عليه السلام نمّرّ بالمال على العشار فيطلبون منا ان نحلف لهم و يخلون سبيلنا و لا يرضون منا إلّا بذلك قال: فاحلف لهم فهو أحلّ من التمر و الزبد «١».

فأنّه من الواضح أنّ مقصود العشار ليس هو بالذات الإكراه على الحلف كي يفترض ان نستظهر من الحديث الإكراه على الحلف الكاذب دون التورية، و أنّما مقصوده بالذات هو أخذ العشر من أمواله إن كانت معه أموال، و يرى الحلف أمانة على المال، فالحديث مطلق لغرض القدرة على التورية و عدمها.

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

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

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨

و الوجه في جواز ذلك بمقتضى القواعد أمران:

الأول- ان يقال: إن التورية كذب فلا معنى للتفصيلى عن الكذب بالتورية و توضيح الحال فى ذلك: ان الكلام توجد له عادة دلالة على إرادات ثلاث:

- ١- إرادة استعمال اللفظ فى المعنى.
 - ٢- إرادة اخطار المعنى لذهن السامع.
 - ٣- إرادة المدلول الجدى من قصد الحكاية أو غير ذلك.
- و شرح ذلك موكول إلى محله من علم الاصول، ألما ان هدفى من الإشارة إلى ذلك توضيح ان الإرادة الاستعمالية هى غير إرادة اخطار المعنى لذهن السامع، خلافا لما تعارف لدى الأصحاب، و وفاقا لما عن استاذنا الشهيد رحمه الله فى تقرير السيد الهاشمى (حفظه الله) «١» بدليل انه قد يستعمل اللفظ فى المعنى من دون إرادة اخطار ذاك المعنى كما فى موارد استعمال اللفظ فى أحد معانيه المشتركة مع تعمد إخفائه عن فهم المخاطب بعدم إقامة القرينة عليه فهو بينه و بين نفسه قد قصد معنى معيناً من اللفظ و لكنه لم يقصد اخطاره إلى ذهن المخاطب، بل قد يقصد إخطار معنى آخر إلى ذهن المخاطب غير ما استعمل اللفظ فيه كما هو الحال فى كثير من موارد التورية، إذن فاستعمال اللفظ فى المعنى ليس عبارة عن قصد الاخطار و إنما هو عبارة عن نوع فعالية للنفس بقدره مودعة فيها من قبل الله تعالى و هى نوع إشارة باللفظ إلى المعنى شبيهة بالإشارة بالاصبع مثلاً.
- و ما عن استاذنا الشهيد رحمه الله فى تقرير السيد الهاشمى بعد توضيح ان الإرادة الاستعمالية ليست هى إرادة تفهيم المعنى و اخطاره باللفظ من: ان (الإرادة

(١) بحوث فى علم الأصول ١: ١٣٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩

الاستعمالية عبارة عن إرادة التلّفظ باللفظ و لكن لا بما أنه صوت مخصوص بل بما أنه دال بحسب طبعه و صالح فى ذاته لايجاد صورة المعنى فى الذهن) ان رجوع إلى ما قلناه و هو ما سمّيناه بالإشارة إلى المعنى باللفظ فهو صحيح و إلّا لم نفهم المقصود منه فان كون دلالة بالطبع على المعنى المستعمل فيه هى الحيثية التى تعنون بها إرادة التلّفظ لو لم يرجع إلى ما قلناه لا نفهم له محصلاً عدا كون هذه الحيثية هى التى دعت إلى إرادة التلّفظ، و هذه الحيثية لا تدعو إلى ذلك إلّا حينما تكون الغاية من التلّفظ إفهام ذاك المعنى و إخطار إلى ذهن السامع، و هذا رجوع مرة اخرى إلى الإرادة الإخطارية.

إذا عرفت هذه الإرادات الثلاث قلنا: إن فرق التورية عن الكذب الذى لا تورية فيه ليس فى المعنى الذى يخرجه إلى ذهن السامع، و لا فى الدلالة التصديقية الجدّية التى يريد إفهامها للسامع فلو قال للمخاطب الذى يطالبه بالمال مثلاً: (و الله ان يدي خالية) قاصداً بذلك صرفه عن مطالبته المال بتخييل كونه صفر اليمين من المال لم يكن فرق بين ان يقصد كذبا عدم امتلاكه للمال و ان يقصد تورية خلو يده من وجود عين مقبوضة فى أنه أراد ان يخطر فى ذهن السامع المعنى الأول، و أن يفهمه حكاية المعنى الأول، و أنّما الفرق بينهما فى الإرادة الاستعمالية حيث قد يجعل اللفظ بينه و بين نفسه إشارة إلى المعنى الأول، و قد يجعله إشارة إلى المعنى الثانى، و لكنّه على كلا التقديرين يريد إظهار المعنى الأول للمخاطب إذ من الواضح ان فائدة التورية هى ان يفهم المخاطب غير المعنى الذى قصده المتكلم باستعماله، أمّا لو فهم المخاطب نفس المعنى المقصود حقيقة فقد فسدت التورية و انتقض الفرض كما هو واضح.

و عندئذ يجب ان نرى ان المقياس فى الكذب ما هو؟ هل هو مخالفة

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠

المدلول الجدى، و هو الحكاية للواقع أو كون الدلالة الإخطارية أو الإرادة الاستعمالية غير منسجمة و غير متناسبة لدلالة جدّية مطابقة

للوواقع؟

لا شك و لا ريب في ان مجرد عدم انسجام الدلالة الاخطارية أو الإرادة الاستعمالية لدلالة جدية مطابقة للواقع لا يكفي في صدق عنوان الكذب، فلو استعمل اللفظ في معنى و قصد إخطاره إلى ذهن المخاطب في مجال المزاح لا في مجال الجد و كانت القرينة الحالية على ذلك مثلا واضحة فمن الواضح ان عنوان الكذب لا يصدق في المقام، إذن فمخالفة الإرادة الحكائية للواقع لها ركنية في صدق عنوان الكذب حتما و عندئذ لا يبقى مجال لدعوى خروج التورية عن تحت عنوان الكذب، إلا بان يدعى ان مخالفة الإرادة الحكائية للواقع و إن كانت ركنا و شرطا في صدق عنوان الكذب و لكن عدم انسجام الإرادة الاستعمالية لإرادة جدية مطابقة للواقع أيضا شرط في صدق عنوان الكذب، فتخلف أحد الأمرين كاف في الخروج عن عنوان الكذب و التورية، و إن كانت لا تختلف عن الكذب في الدلالة الجدية لكنها تختلف عنه في الإرادة الاستعمالية، و هذا كاف في نفي عنوان الكذب و ذلك بدعوى ان المتبادر من عنوان الكذب ما اجتمع فيه الشرطان.

إلا أننا و إن كنا لا نملك برهانا على رفض هذه الدعوى فإن التبادر أمر وجداني لا يمكن نفيه بالبرهان، لكننا لا يتبادر إلى ذهننا من عنوان الكذب عدا مخالفة الإرادة الجدية الحكائية للواقع.

الثاني- أننا لو لم نقبل ما مضى في البيان الأول من ان مقياس الكذب في مدلوله العرفي إنما هو عدم مطابقتها ما يريد تفهيمه من الحكاية للمخاطب للواقع دون دخل شيء آخر فيه، فلا أقل من ان المفهوم عرفا بمناسبات الحكم فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١

و الموضوع من أدلته حرمة الكذب أنها تنظر إلى هذا الجانب فحسب، فإن الكذب كما يحمل حرمة شرعية كذلك يحمل حرمة عقلانية مرتكزة في أذهان العقلاء، و من الواضح أنه لا قيمة للإرادة الاستعمالية نفا و إثباتا في حساب هذا الأمر الارتكازي، و إنما المهم فيه كون الحكاية مضللة للمخاطب و حكاية لأمر مخالف للواقع، و الارتكازات العقلانية لها تأثيرها الكبير على مداليل الألفاظ في الأدلة اللفظية، فالمنصرف من أدلة حرمة الكذب إنما هو النظر إلى جانب الإرادة الحكائية فحسب، سواء فرض ان المدلول اللغوي للكذب يشمل التورية أو لا.

نعم التضليل عن غير طريق الحكاية حينما لا يكون مضرًا بالأهداف المحللة للآخرين لا يحمل حرمة في ارتكاز العقلاء من قبيل الإنشاء كما لو قال:

(بعت) بقصد إبراز الإنشاء في حين أنه لم يكن يقصد الجد في ذلك، و كما لو أشعل الكهرباء في بيته الذي ستركه فارغا كي تكون لوجود النور في البيت دلالة طبيعية لا حكاية على وجود إنسان في البيت كي يؤدي ذلك إلى امتناع السراق عن التخطيط لسرقه ما في البيت، فثبوت مثل هذه الدلالة لغير السراق أيضا لا يكون حراما في مرتكز العقلاء ما دامت الدلالة طبيعية لا حكاية، لا أنه يكون حراما عقلايا في ذاته و ترتفع الحرمة بالتراحم مع مصلحة دفع السراق مثلا.

و الحاصل ان مقتضى القواعد أنه لا فرق بين التورية و الكذب، إنما لدخول التورية في الكذب موضوعا كما مضى في الوجه الأول، أو لالتحاقها به حكما كما عرفته في الوجه الثاني.

نعم لا نمنع عن رجحان الالتزام بالتورية في كل مورد جاز فيه الكذب على أساس أمر تربوي، و هو بقاء ملكة التحرز عن الكذب في النفس و عدم تعود النفس على التهاون بالكذب، فصحيح ان التورية هي كذب في واقعها حقيقة أو

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢

حكما لكن الإيحاء النفسي له أثره التربوي، فحينما يتقيد بالتورية رغم حليته الكذب و كأنما يوحى إلى نفسه أنه هرب من الكذب إلى الصدق، فهذا الإيحاء بنفسه له أثره المرغوب فيه.

أدلة عدم لحوق التورية بالكذب:

وقد يستدل ببعض الآيات أو الروايات على جواز التورية و عدم التحاقها بالكذب من قبيل:
 قوله تعالى: **ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ** «١» حيث تحمل على التورية بمعنى أنهم سرقوا يوسف عليه السلام.
 وقوله تعالى: **فَنظَرَ نَظْرَةً فِي النُّجُومِ * فَقَالَ إِنِّي سَقِيمٌ** «٢» حيث تفسر بمعنى السقم في الدين أو السقم في الحسين عليه السلام. وقوله
 تعالى: **بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَهُمْ يَلْمُوهُمْ إِنَّ كَانُوا يَنْطِقُونَ** «٣» وقد وردت بهذه التفاسير بعض الروايات «٤» الواردة في مقام إخراج هذه
 الآيات عن الكذب، إلا أن تلك الروايات ضعيفة السند والآية الثانية غير واضحة في الكذب فلعل قواعد النجوم كانت مشيرة حقيقة
 إلى أنه سيكون سقيما كما أن الآية الثالثة واضحة في عدم الكذب، بقطع النظر عن فرض التورية، إذ من الواضح لكل عاقل بالقرينة
 الحالية

(١) يوسف: ٧٠.

(٢) الصافات: ٨٨ و ٨٩.

(٣) الأنبياء: ٦٣.

(٤) راجع تفسير البرهان ٢: ٢٦١، الحديث ٦، ٧، ٨، في تفسير قوله تعالى: **أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ** و ٣: ٦٥، الحديث ٣، في تفسير
 قوله تعالى: **بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ** و ٤:

٢٥، الحديث ١ و ٥، في تفسير قوله تعالى: **إِنِّي سَقِيمٌ**.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣

المكتنفة بالكلام أنه ليس المقصود الإخبار الجدي عن أن كبيرهم هو الذي كسر الأصنام فإن الكل يفهم أن كبيرهم لا يمكن أن
 يكون قد كسرها، و إنما المقصود الجدي بيان أن الأصنام إن كانت عاجزة عن عمل من هذا القبيل لفقدانها للوعي والشعور والإرادة
 والقدرة فكيف يمكن أن تكون آلهة حقا؟! و أما ما ورد في الآية الأولى من حملها على إرادة سرقة يوسف دون سرقة متاع بالفعل
 كالصواع على أن الروايات الواردة في تفسير قوله تعالى: **أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ** بالتورية و بعض روايات تفسير قوله تعالى: **إِنِّي
 سَقِيمٌ** لم تصرح بكون التورية فرارا عن الكذب فيمكن حملها على الأمر التربوي الذي أشرنا إليه و هناك روايات أخرى وردت في
 تفسير هذه الآيات بتفسير آخر كالتفسير بالكذب المصلحي «١».

و هناك رواية رواها ابن ادريس في آخر السرائر نقلا من كتاب عبد الله بن بكير بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل
 يستأذن عليه فيقول للجارية:

قولي: ليس هو هاهنا قال: لا بأس ليس بكذب «٢».

فقد تحمل على معنى أن التورية ليست بكذب، و على أية حال فسند ابن ادريس إلى كتاب عبد الله بن بكير غير معلوم عندنا.
 و هناك رواية أخرى وردت في روضة الكافي «٣» و فيها أن أبا حنيفة ذكر أمرا فقال الإمام عليه السلام اصبت و الله يا أبا حنيفة ثم
 خطاه الإمام عليه السلام بعد خروجه

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

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

(٣) روضة الكافي ٨: ٢٩٢، الحديث ٤٤٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤

فقال له الراوى و هو محمد بن مسلم جعلت فداك فقولك أصبت و تحلف عليه و هو مخطئ؟! قال نعم حلفت عليه أنه أصاب الخطأ. إلّا أنّ سند الحديث ضعيف بأبى جعفر الصائغ، على أنّ هذا الحديث قابل للحمل على النكتة التربوية التي أشرنا إليها، و للحمل على أنّ النظر إلى حلّ مشكلة الحلف التي قد يقال: إنّها لا ترتبط بإفهام المخاطب معنى مخالفا للواقع، بل ترتبط بكون المراد الاستعمال معنى مخالفا للواقع، فلو حلف أحد بالله كاذبا من دون وجود مخاطب يفهمه فقد فعل حراما، و هذا الإشكال ينحلّ بالتورية التي توجب تغيير المراد الاستعمال من الكذب إلى الصدق. و فى ذهنى بعض روايات اخرى فى المقام لم أفحص عنها من قبيل ما ورد بشأن الشيخين من أنّهما إمامان عادلان، يعنى العدول عن الحقّ لو تمّت سندا أمكن حملها- على الأكثر- على ما مضى من النكتة التربوية.

التفصيل بين التورية الابتدائية و غيرها:

إشارة

هذا. و كان يقول استاذنا الشهيد رحمه الله بالتفصيل بين التورية الابتدائية و التورية فى مقام الفرار عن بيان الحقيقة لدى الجواب على سؤال السائل «١» و لا أعرف ما ذا كان مدركه رحمه الله لهذا الرأى و هل ثبت عليه إلى آخر حياته أو لا؟

و يمكن توجيه هذا التفصيل بوجوه:

الأول- أن يقال [انّ التورية الابتدائية تعتبر عقلايا نوعا من الخداع القبيح فى الارتكاز العقلاى الثابت حرمة]

- بعد عدم قبول ما مضى من إلحاق التورية بالكذب

(١) الذى يفهم من تعليقه رحمه الله على منهاج الصالحين للسيد الحكيم قدس سرّه هو جواز التورية حيث افتى السيد الحكيم بذلك و لم يعلّق عليه استاذنا بشىء و ذلك فى تعليقه للجزء الثانى الصفحة ١٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥

موضوعا أو حكما-: انّ التورية الابتدائية تعتبر عقلايا نوعا من الخداع القبيح فى الارتكاز العقلاى الثابت حرمة و لو بإمضاء الارتكاز على أساس عدم الردع أمّا التورية فى مقابل إخراج السائل للمجيب بطرحه للسؤال فلا- تحمل هذا القبيح الارتكازى أو الحرمة العقلائية، حيث انّ السائل لا يملك على المجيب ان يجيبه ببيان الواقع فكأنّ العقلاء يرون أنّه من حقّه بعد ان أخرج بالسؤال أن يورى لكى ينجو من بيان الواقع من دون تورّط فى الكذب.

إلّا أنّ هذا النوع من التفصيل لو تمّ فأنما يتمّ بعد نفي ما مضى من لحوق التورية بالكذب موضوعا أو حكما و قد وضّحنا فى ما سبق لحوقها به موضوعا أو حكما.

الثانى- أن يقال - بعد تسليم حرمة التورية فى نفسها- إن إخراج السائل للمجيب بسؤاله هو الذى يحلّلها على أساس قاعدة نفي الحرج.

إلّا أنّ هذا أخصّ من المدعى إذ قد لا- يصل الأمر إلى مستوى الحرج على أنّه إن وصل الأمر إلى مستوى الحرج فلما ذا لا يحلّ الكذب و تخلّ التورية؟! و من هنا يتّضح أنّه لو قيل بأنّ مجرد هذا الإخراج كاف فى التحليل بلا حاجة إلى الوصول إلى مستوى الحرج الفقهي و ذلك من قبيل «١» جواز الكذب لدى الظالم العشار و لو لم يكن إعطاء العشر حرجيا قلنا: إنّ هذا لا يثبت المطلوب أيضا لأنّه يحلّل الكذب الصريح لا خصوص التورية و لعلّ هذا كان مقصودا لأستاذنا رحمه الله

(١) و من قبيل جواز الكذب في الوعد مع الزوجة على ما ورد في بعض الروايات و لعلها غير تامة سنداً راجع الوسائل ٨: ٥٧٨-٥٧٩، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٢ و ٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦

و لكنّه كان يذكر حلية التورية في المقام و لم يكن يبرز حليّة الكذب بلحاظ النكتة التربوية التي أشرنا إليها.

الثالث - أن يقال بعد تسليم كون مقتضى القاعدة حرمة التورية: أنه خرجت التورية التي تكون في مقام جواب السائل بالنص

و هو ما مضى ذكرها من رواية ابن ادريس في السرائر إلا أنك عرفت عدم تماميتها سنداً.

الرابع - أن يقال: ان من يوزى ابتداءً فالداعي له هو إيفاهمه للمخاطب قصد الحكاية عن أمر كان خلاف الواقع

و هذا هو الملحق بالكذب موضوعاً أو حكماً و لو لم يكن له هذا الداعي و لا يقصد عدا مجرد إخفاء الواقع دون إبراز خلاف الواقع لاكتفى بالسكوت أما من يوزى في مقام الجواب على سؤال السائل فأنما هدفه إخفاء الواقع دون إبراز خلاف الواقع و إنما لم يكتف بالسكوت لأن سؤال السائل هو الذي الجاه إلى الجواب فجوابه التوروي و إن كان يفهم المخاطب الحكاية عن أمر خلاف الواقع لكن هذا ليس مراداً للمتكلم و إن وقع قهراً و إنما كان مراده إخفاء الواقع دون إبراز خلاف الواقع فهذا ليس كذبا و لا ملحقا بالكذب. إلا أن هذا البيان أخص من المدعى إذ قد يقصد المجيب إظهار خلاف الواقع خاصة إذا لم يكن السائل يقنع بالجواب إلا إذا أظهر له خلاف الواقع أي أن الإجمال لم يكن يقنعه فالسائل الذي يسأل عن وجود فلان في الدار قد لا يرفع يده عن إلحاحه على أخذ الجواب إلا إذا اجيب بجواب عرف منه عدم وجوده في الدار و لو بالتورية بأن يشير المجيب إلى نقطة ليس فيها فلان فيقول: ليس هاهنا. فالمجيب يقصد عادة إبراز خلاف الواقع للسائل بهدف ان يقتنع بالجواب مع بقاء الواقع مستورا و إن شئت فعبر بأن المجيب و إن كان هدفه إخفاء الواقع لكنه يقصد

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧

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

فروع بحث الإكراه:

إشارة

و في ختام البحث عن شرط الرضا أو مانعيّة الإكراه نتعرض لبعض الفروع.

[الفرع الأول] الإكراه على الجامع:

الفرع الأول - لو اكراه على بيع إحدى العينين أو على طلاق إحدى الزوجتين أو على بيع داره أو طلاق زوجته مثلا فالافتاء ببطلان ما يختاره من أحد فردي المكره عليه واضح يشبه المسلمات في الفقه رغم ما نسب إلى القواعد من القول بالصحة و أول بإرادة فرض قناعه المكره بطلاق احدهما على الإبهام الذي هو باطل في ذاته «١» فيعود الأمر إلى دعوى ان وجود المندوحة يصحح العقد. و على أية حال فرغم وضوح القول بالبطلان فقهيًا في ذلك قد اثير بوجهه إشكال فتي و هو ان الفرد الذي يختاره من أحد الأمرين المكره على الجامع بينهما إنما اختاره بمحض اختياره مع عدم صدق الإكراه عليه أو مع صدق الطيب و الرضا مثلا.

و أجاب الشيخ الانصارى رحمه الله على ذلك «٢» تارة بالنقض بأن الإكراه دائمًا يكون على الجامع و لا يتفق عادة الإكراه على الجزئى الحقيقى من جميع الجهات فلازم الإشكال فى المقام هو انكار مبطلية الإكراه للعقد خارجا على الإطلاق لعدم وقوعه عادة.

(١) راجع المكاسب ١: ١٢٠، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدى.

(٢) راجع نفس المصدر.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨

و اخرى بالحل بصدق الإكراه لغه و عرفا لأنّ ما وقع منه يعتبر مكرها عليه بلحاظ القدر المشترك بين العملين اللذين خيّر المكره بينهما و يعتبر مختارا بلحاظ الخصوصية فمتى ما اختصّ الأثر بإحدى الخصوصيتين لا يعتبر الإكراه رافعا لذلك الأثر لأنّ الإكراه أنّما تعلقّ بالقدر المشترك لا بالخصوصية فلو اكره على الجامع بين البيع الصحيح و البيع الفاسد فاختار البيع الصحيح صحّ البيع و لم يبطله الإكراه و فى باب الحكم التكليفى لو اكره على الجامع بين شرب الخمر و شرب الماء فاختار شرب الخمر ثبت الحدّ و العقاب لأنّ الأثر مخصوص بإحدى الخصوصيتين و متى ما لم يختصّ الأثر بإحدى الخصوصيتين كان الإكراه رافعا للأثر كما لو اكره على طلاق إحدى زوجتيه أو على شرب أحد الخمرين.

و ذكر رحمه الله: أنّه لو اكره على الجامع بين البيع و إيفاء مال غير مستحق أو الجامع بين البيع و شرب الخمر فاختار البيع كان الإكراه رافعا لأثر البيع لأنه أنّما اختار البيع فرارا من بدله أو وعيد المكره المضرّين و لو اكره على الجامع بين البيع و إيفاء مال مستحق لم يكن الإكراه رافعا للأثر و صحّ البيع لأنّ القدر المشترك بين الحقّ و غيره إذا اكره عليه لم يبطل و إلّا لبطل الحق أيضا.

و أورد السيد الخوئى «١» على الجواب النقضى الذى ذكره الشيخ الانصارى رحمه الله بأنّ رافعية الإكراه على الجامع للأثر حينما يكون الأثر أثرا للجامع و إن كان واضحا إلّا أنّنا نتكلّم فى ما إذا لم يكن الأثر أثرا للجامع و أنّما كان أثرا للخصوصية و كلتا الخصوصيتين كانتا ذا أثر كما لو اكره على الجامع بين بيع داره و طلاق زوجته فأثر البيونة خاص بالطلاق و أثر خروج الدار عن الملك خاص

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٥٣، أمّا ما جاء فى مصباح الفقاهة بهذا الصدد فى المقام فهو مشوش راجع مصباح الفقاهة ٣: ٣٠٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩

بالبيع و هنا يقال يبطلان ما اختاره من البيع أو الطلاق فيرجع الإشكال مرّة اخرى و هو أنّ الخصوصية لم تكن مكرها عليها فلما ذا يفتى بارتفاع الأثر؟ و لا- معنى لنقض ذلك بالقول بأنّ الإكراه دائمًا على الجامع إذ لا يتفق عادة الإكراه على الجزئى الحقيقى من جميع الجهات.

و هذا البيان بنفسه يبطل الجواب الحلّى الذى ذكره الشيخ أيضا فالتفصيل بين أثر القدر المشترك و الأثر الخاص بإحدى الخصوصيتين لا يحلّ الإشكال فى المقام لأنه و إن كان الأثر فى مفروض الافتاء بالبطلان ثابتا على كلتا الخصوصيتين و غير مختص باحدهما لكنّه ليس أثرا للقدر المشترك و أنّما هو أثر للخصوصية فلما ذا يرتفع بالإكراه رغم أنّ الإكراه لم يتعلّق إلّا بالقدر المشترك و هو الجامع الانتزاعى مثلا دون الخصوصية؟!

إلّا أنّ الشيخ الانصارى رحمه الله جاء فى عبارته فى المقام بعض الكلمات ممّا يمكن حمله على جواب على هذا الإشكال يكمل به جوابه الحلّى بان يقال:

إنّ الإكراه صادق فى المقام عرفا و لغه و ذلك بان يدعى أنّ الأثرين و إن كانا أثرين للخصوصيتين و لكن بعد ان شمل الأثر كلتا الخصوصيتين يعتبر أثرا للجامع و قد تمّ الإكراه على الجامع إذن فقد صدق الإكراه على ما فيه الأثر فيرتفع الأثر بالإكراه و هذا بخلاف

ما لو كان الأثر مختصاً بإحدى الخصوصيتين و الأخرى فاقدة للأثر فهنا لا يسند الأثر إلى الجامع و أمّا في خصوص ما إذا كرهه على الجامع بين العقد و فعل الحرام فالإكراه صادق بالنسبة للعقد لأنه يصدر من الخوف من وعيد من أحدهما الوعيد الأخرى على الحرام و الآخر وعيد المكروه على ترك الجامع فيما أنّ المكروه دخيل في تمامية الوعيد صدق الإكراه عليه و ليس الإكراه صادقاً بالنسبة لفعل الحرام لأنه كان بإمكانه اختيار العقد الذي لا عقاب عليه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٠

و أمّا ما ذكره السيد الخوئي في المقام «١» فهو ان الإكراه و إن كان إكراهاً على الجامع و الأثران أثران للخصوصيتين فلا إكراه على ماله الأثر و لكن في مقام التطبيق العملي و الاتيان بالجامع فرارا من وعيد المكروه يكون مضطراً إلى الاتيان بإحدى الخصوصيتين لاستحالة تحقيق الجامع من دون الخصوصيتين فإيّا منهما اختاره ارتفع أثره بالاضطرار و إن لم يرتفع أثره بالإكراه و حديث رفع الاضطرار أمّا كذا نقول في سائر موارد الاضطرار من قبيل من اضطر إلى بيع داره لعلاج ابنه بأنه لا يبطل العقد لأنّ البطلان هناك كان خلاف الامتنان و هذا بخلاف ما نحن فيه.

و عليه فان كرهه على أحد العقدين كبيع داره أو طلاق زوجته فهو مكروه على الجامع و مضطر إلى اختياره إحدى خصوصيتين ذات أثر فيرتفع الأثر بالاضطرار في حين أنّه لو كرهه على الجامع بين عقد ذي أثر و عمل لا أثر له كشراب الماء أو عقد باطل فهو غير مضطر إلى اختيار إحدى خصوصيتين ذات أثره إذ بإمكانه ان يختار الخصوصية التي لا أثر لها و كذلك نقول: إنّه لو كرهه على الجامع بين حرامين متساويين في الحرمة فهو مضطر إلى اختيار حرام فترتفع عنه الحرمة بالاضطرار في حين أنّه لو كرهه على الجامع بين حرام و حلال فهو ليس مضطراً إلى اختيار حرام كي ترتفع عنه الحرمة إذ بإمكانه ان يختار المباح و لو كرهه على الجامع بين حرامين أحدهما أشدّ فهو بالقياس إلى مقدار الزيادة ليس مضطراً إذ بإمكانه ان يختار أخفّ الحرامين.

أقول: أولاً- إن كان المقصود بهذا الكلام التفصيل بين الإكراه و الاضطرار بدعوى أنّ الإكراه أمّا يتعلّق بالجامع و الاضطرار يتعلّق بإحدى الخصوصيتين

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٥٤-٢٥٦، و مصباح الفقاهة ٣: ٣١٠-٣١١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤١

فهذا غريب فكما أنّه قد اضطر إلى إحدى الخصوصيتين كذلك المكروه قد يكرهه على إحدى الخصوصيتين فان قلنا: إنّ (إحدى الخصوصيتين) عبارة عن الجامع فكما أنّ الإكراه كرهه على الجامع كذلك الاضطرار اضطرار إلى الجامع و ان قلنا إنّ هذا العنوان يحكى عن شيء أكثر من الجامع فالإكراه أيضاً تعلّق بشيء أكثر من الجامع.

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

و ثانياً- لو فرض أنّ الاضطرار يسرى لدى التطبيق إلى واقع الخصوصية و لا يقف على الجامع فلا مبرّر للتفصيل بين ما إذا كانت كلتا الخصوصيتين محرّمة أو ذات أثر أو لا- بأن يقال إن كانت كلتا الخصوصيتين كذلك قيل: إنّّه تمّ الاضطرار إلى الحرام أو إلى ذات

الأثر فتنتفى الحرمة أو يبطل الأثر وإلا قيل: إنه لا اضطراب

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢

إلى الحرام أو إلى ذات أثر لتمكّنه من اختيار المباح أو غير ذات الأثر بل المفروض ان الاضطراب سار إلى ذات الخصوصيةين و يقال على الإطلاق: إن الإكراه على الجامع أو الاضطراب إليه يؤدي لدى التطبيق إلى الاضطراب إلى إحدى الخصوصيةين لأن الجامع يستحيل وجوده مجردا عنهما وإذا تم الاضطراب إلى شيء انتفت حرمة أو بطل أثره فلا يصح التفصيل المذكور.

أمّا الشيخ ميرزا جواد التبريزي (حفظه الله) فهو يرى «١» أنّ الإكراه يقف على الجامع وأنّ الأثرين الثابتين على الخصوصيةين لا تصعدان إلى الجامع ولكن مع هذا يكون الإكراه رافعا للأثر أو الحرمة حينما يثبت في كلتا الخصوصيةين ولا يكون رافعا له حينما يختص بإحدى الخصوصيةين والوجه في ذلك ان رفع الإكراه نقيض وضعه و تحميلة على المكلف بالإكراه وإن كان إكراها على الجامع لكنّه يؤدي لا محالة بالنسبة لمن يهرب من وعيد المكروه إلى الابتلاء بأحد الأثرين أو إحدى الحرمتين حينما لا يختص الأثر أو الحرمة باحدهما فلو ظلت الشريعة الإسلامية مصرّة على بقاء الحرمة أو الأثر بالنسبة لكلتا الخصوصيةين كان هذا تحميلا و وضعاً لثقل الإكراه على المكلف فيشمله حديث الرفع أو لو اختص الأثر أو الحرمة باحدهما و ظلت الشريعة الإسلامية مصرّة على بقاء الحرمة أو الأثر لم يكن هذا تحميلا و وضعاً لثقل الإكراه عليه إذ بإمكانه ان يختار الفرد الذي لا حرمة له أو لا أثر له.

أقول: إنّ هذا الكلام ينبغي ان يرجع في روجه إلى دعوى ان المختار في حديث الرفع هو ان رفع الإكراه يقصد به رفع لكل أثر ينتهي و لو في سلسلة عله

(١) راجع إرشاد الطالب ٢: ٢٤٨-٢٥٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣

إلى الإكراه و بقاءه وضع للإكراه أما بناء على كون المختار رفع أثر الشيء المكروه عليه مباشرة و ان وضع الإكراه هو وضع ذاك الأثر فلا يتم هذا الكلام فان الأثر قد فرض أثرا للخصوصية و الحرمة حرمة لها بينما الإكراه قد فرض متعلّقا بالجامع لا بالخصوصية. و تحقيق الحال في المقام: إنّ الإكراه و إن كان إكراها على الجامع لا على واحدة من الخصوصيةين لكن ليس المقصود بالجامع جزء مشترك بين الفردين غير الخصوصيةين و أنّما المقصود به الجامع بين الخصوصيةين المعبر عنه بتعبير (احدهما) فهذا الجامع إمّا مكروه عليه كما لو كان الوعيد على تركهما أو مضطر إليه كما لو كان الوعيد على ترك جزء مشترك لا ينفك خارجا عنهما و هذا الجامع يحمل لا محالة الأثر المشترك أو الحرمة المشتركة فأحد الحرامين حرام لا محالة و أحد المؤثرين مؤثر لا محالة فإنّ الجامع المنتزع من شيئين موصوف بجميع الأوصاف المشتركة بينهما إذن فيرتفع بالإكراه عندئذ الأثر أو الحرمة و هذا هو توجيه كلام الشيخ الانصاري رحمه الله الذي مضى.

أما إذا اختصت الحرمة أو الأثر بواحد من الأمرين فالجامع بينهما و لو بمعنى (أحدهما) ليس متصفا بالحرمة أو بذاك الأثر فالجامع بين الحلال و الحرام ليس حراما و الجامع بين ذي الأثر و غير ذي الأثر ليس مؤثرا و هذا هو السرّ في أنّه لو أكرهه على الجامع بين الحرام و الحلال لم تسقط عنه الحرمة و لو أكرهه على الجامع بين حرام خفيف و حرام شديد لم تسقط عنه الشدّة لأنّ الجامع بين شديد الحرمة و خفيفها ليس شديد الحرمة أمّا لو أكرهه على الجامع بين البيع و ما ليس له أثر كشرب الماء أو بين البيع الصحيح و البيع الفاسد أو بين البيع و أداء الدين المستحق فاختر البيع فهنا نقول يبطلان البيع لا بصحّته و ذلك لا لأجل ان الإكراه

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤

رفع أثر الجامع حتى يقال- كما مضى عن الشيخ-: انّ هذا يستلزم بطلان الحق أيضا بل لأجل انّ البيع كما يكون الإكراه مانعا عن صحّته كذلك يكون طيب النفس شرطا في صحّته و هنا لم يقع البيع عن طيب النفس بل وقع هربا من وعيد المكروه و من إيفاء الحقّ

الذي لا يريد إيفاءه و لو عصيانا أو هربا من وعيد المكروه و من شرب الماء الذي لا يشتهيهِ نعم قد تكون سهوله المندوحة قرينه عرفية إثباتية على طيب النفس كما مضى منا في ما سبق و هذا مطلب آخر.

بقي الكلام في ما إذا اكرهه على الجامع بين البيع و فعل الحرام و قال السيد الخوئي في ذلك: إن الحرمة لا ترتفع لعدم الإكراه على الحرام إذ بإمكانه اختيار الحلال و هو البيع و لكن البيع يبطل لعدم الطيب و ثبوت الخوف الجامع بين الإكراه و الاضطرار - على حدّ تعبير المحاضرات «١» - أو للإكراه و عدم الطيب - على حدّ تعبير المصباح «٢» و لعل صدق الإكراه عنده على خصوص البيع في المقام (لو صحّ تعبير المصباح) يكون لأجل أنّ البيع صدر عن خوف أحد العقابين الدينوي و الاخرى و بما أنّ أحدهما كان بتهديد المكروه اذن صدق الإكراه في رأى السيد الخوئي في حين أنّ فعل الحرام لا يصدر منه سبب الخوف من أحد العقابين إذ لو اختار البيع نجى من كلا العقابين فلا يصدق الإكراه بلحاظ الحرام.

أمّا لو أخذنا بتعبير المحاضرات فظاهره أنّ الإكراه بعنوانه غير صادق حتى على البيع و أنّما الصادق هو الخوف الجامع بين الإكراه و الاضطرار و أنّما قال بطلان البيع هنا بعدم الطيب و لم يقل به في سائر موارد وجود المندوحة لأنّ مقياس

(١) راجع ٢: ٢٥٦.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٣: ٣١٣-٣١٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥

الطيب و عدمه في رايه هو الخوف و عدمه فإن كان العقد صدر عن الخوف لم يثبت الطيب و إلّا ثبت الطيب فيما أنّ البيع هنا صدر عن خوفه لأحد العقابين الدينوي و الاخرى لم يصدق طيب النفس بالبيع و بهذا يبطل البيع بخلاف سائر موارد المندوحة فلو اكرهه على الجامع بين البيع و إيفاء الحقّ مثلا فاختار البيع صحّ البيع لثبوت طيب النفس إذ كان بإمكانه ان يختار إيفاء الحق و قد عدل عنه إلى البيع بمحض اختياره و رضاه و لكن لو اكرهه على الجامع بين البيع و الحرام فاختار البيع بطل البيع لأنّ عنصره الخوف هنا دخیل في اختيار البيع.

أقول: قد عرفت فيما مضى أنّ الفرق بين باب الإكراه و الموارد المتعارفة من الاضطرار هو ان المضطر يطيب نفسا بالنتيجة و لذا لو اخبر بطلان البيع لاغتمّ بذلك في حين أنّ المكروه لو اخبر بطلان البيع لفرح بذلك و هذه آية عدم الطيب و هذه الحالة ثابتة حتى مع فرض المندوحة المحللة بل المندوحة الواجبة فلو أكره على الجامع بين البيع و إيفاء الحق فاختار البيع هربا من إيفاء الحق و من الوعيد بطل البيع لا- للإكراه على الجامع حتى يقال إنّ هذا يستلزم بطلان إيفاء الحق أيضا بل لعدم طيب النفس بالنتيجة إذ لو اخبر بطلان البيع لفرح بذلك.

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦

فرفعهما رفع للإكراه إلّا أنّه (حفظه الله) فصل بين الحرمة و البيع بدعوى ثبوت الحرمة و بطلان البيع و لعله لأجل غرابة القول بعدم التفصيل إلّا أنّه لم يعرف من كلامه وجه فتى، لهذا التفصيل عدا أنّ البيع يبطل بالاضطرار لأنّه اختاره فرارا من أحد العقابين «١» و لكنّه لم يبيّن أنّه لما ذا لا يوجب الإكراه على الجامع ارتفاع الحرمة و أثر البيع معا في حين أنّه على مبناه الماضي و هو كون المقياس صدق

التحميل المستند إلى الإكراه قد يتجه القول بذلك لأن ثبوت الحرمة و صحّة البيع معا تحميل، لنتيجة الإكراه عليه فليرتفع في عرض واحد.

و كان بإمكانه (حفظه الله) حلّ المطلب ببيان أنّ البيع بعد ان بطل بدليل مستقل عن رفع الإكراه و هو رفع الاضطرار أو عدم الطيب اتفتى التحميل فلم يبق عندئذ موجب لرفع الحرمة بحديث رفع الإكراه.

و لو أمكنه عدم قصد الإنشاء و مع ذلك قصد الإنشاء فلئن لم يصدق الاضطرار عندئذ لوجود المندوحة كفى عدم الطيب. و لكن هذا البيان لا يدفع الإشكال فيما إذا كان المكره يطبق الأثر الخارجي للبيع لو اختاره المكره رغم بطلان البيع أي أنّه سيخرج المبيع من يده قهرا عليه و يسلمه للمشتري فهنا بقاء الحرام على حرمة تحميل على المكره لنتيجة الإكراه فالمفروض على مبنى الشيخ ميرزا جواد (حفظه الله) الافتاء في هذا الفرض بزوال الحرمة و هو غريب على ان لازم ذلك أيضا أنّ دليل بطلان بيع المكره لو فرض انحصاره في حديث رفع الإكراه لما أمكن التفصيل في باب الإكراه على الجامع بين حرمة الحرام و صحّة البيع بارتفاع الثانية دون الاولى.

(١) راجع إرشاد الطالب ٢: ٢٤٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧

و الصحيح في المقام أنّ الجامع هو المكره عليه و ليس حراما و ما هو حرام ليس مكرها عليه فلا ترتفع الحرمة بالإكراه أما البيع فيبطل بالإكراه لأنه فرار من أحد عقابين و يكون واحد من العقابين عقابا بشريا و هذا كاف في صدق الإكراه و كذلك يصدق الاضطرار و عدم الطيب أما لو كان قادرا على عدم قصد الإنشاء و قد قصد الإنشاء فالوجه في بطلان البيع عندئذ منحصر في عدم الطيب دون الإكراه أو الاضطرار هذا. و هناك وجوه اخرى غير الوجوه الماضية ذكرت لمعرفة أثر الإكراه على الجامع بين ما له الأثر و ما ليس له الأثر أو بين شيئين كلّ منهما ذو أثر من قبيل:

١- ما ذكره المحقق الخراساني رحمه الله «١» من أنّ الإكراه على الجامع يسرى إلى الفرد و يقع التعارض بين دليل رفع الإكراه و دليل الأثر الثابت لذاك الفرد سواء فرضنا اختصاص الأثر بذاك الفرد الذي اختاره المكره أو فرضنا كون كل منهما ذا أثر لكن يمكن أن يقال: إنّ دليل أثر ذي الأثر عند اختصاصه بأحدهما أظهر من دليل رفع الإكراه فيقدم عليه أما لدى اشتراكهما في الأثر فدليل رفع الإكراه أظهر من دليل الأثر فيقدم عليه.

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

٢- ما جاء عن المحقق النائيني رحمه الله في منية الطالب «٢» للشيخ موسى

(١) في تعليقه على المكاسب: ٤٩.

(٢) منية الطالب ١: ١٩١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨

النجفي الخونساري قدس سرّه و كذلك في كتاب المكاسب و البيع للشيخ محمّد تقي الآملی رحمه الله «١» من أنّ الإكراه على الجامع يسرى إلى الفرد عند تساوي الفردين في الأثر أما عند عدم التساوي كما إذا كان أحدهما ذا أثر و الآخر غير ذي أثر أو كان أحدهما أخفّ حرمة و الآخر أشدّ حرمة فالإكراه أمّا يسرى إلى غير ذي الأثر أو إلى الأخفّ حرمة.

و هذا الكلام غريب، فإنّ الإكراه و سريانه أو عدم سريانه أمر تكويني و وجود الأثر شرعا و عدمه ليس له أيّ دخل في ذلك.

٣- ما ذكره الشيخ موسى الخونساري في تعليقه تحت الخط على ما تقدّم من كلام استاذه حيث قال: إن الإكراه يسرى إلى الفرد المختار من قبل المكره بلا تفصيل و به يبطل البيع الذي يختاره لو كان أحد فردى المكره عليه لكن في خصوص باب الحرمة نرى أنّ الإكراه لا يرفع الحرمة مع وجود المندوحة و حلية أحد الفردين و كذلك لا يرفع حرمة الفرد الأشدّ حرمة مع وجود فرد أخفّ حرمة. أقول: إنّ وجه هذا التفصيل غير واضح إلّا ان يتمسك في باب البيع بشرط الطيب و يقال بأنّ المستظهر من دليل الإكراه بمناسبات الحكم و الموضوع هو كون الهدف من رفع الإكراه إخراج المكلف من المأزق و مع وجود المندوحة ليس المكلف في مأزق و مع وجود الأخفّ حرمة ليس المكلف في مأزق بلحاظ الأشدّيّة في الحرمة الثابتة للفرد الآخر و لكن الواقع ان عدم كونه في المأزق هو معنى عدم صدق الإكراه و هو ليس في مأزق بلحاظ خصوصية كل من الفردين حتى فيما لو فرضت حرمتها نعم هو في مأزق عندئذ من جامع الحرام.

(١) المكاسب و البيع ١: ٤٣٩-٤٤٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٩

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

فصّل المحقق النائيني رحمه الله بين باب المحرمات و باب المعاملات «١» بدعوى أنّ المقياس في البطالان في باب المعاملات هو الإكراه و الإكراه صادق بلحاظ جميع الأفراد ان أيّ فرد اختاره المكره من أفراد الجامع فقد صدر منه عن إكراه و لو كان هو الفرد الأوّل فتبطل المعاملة من دون فرق في ذلك بين الأفراد في حين أنّ المقياس في رفع الحرمة في باب المحرمات ليس هو الإكراه الصادق حتى بلحاظ الفرد الأوّل بل هو عدم المناس و هو غير صادق إلّا بلحاظ آخر الأفراد ففي زمان الفرد الأوّل بإمكانه ان يتهرب من فعل الحرام بتأجيله إلى آخر الزمان ثم في آخر الزمان لا يبقى له مناص عن الارتكاب فيحلّ له عندئذ الحرام و لم يعرف ما هو دليله رحمه الله على التفصيل في المقياس بين البابين.

أمّا السيد الخوئي فقد انكر الفرق بين البابين و ذكر «٢»: أنّ الإكراه مقياسه الخوف و أنّ الخوف هو الجامع بين الإكراه و الاضطرار و ان هذا لا يتحقّق إلّا بلحاظ الفرد الأخير فلو ترك الفرد الأوّل لم يكن عليه خوف لأنّ الظالم سوف لن يبطش به باعتبار أنّ الوقت لا زال واسعاً و أنّما يتحقّق الخوف عند ضيق الوقت حيث أنّه عندئذ لو ترك الفرد الأخير سيحلّ عليه بطش الظالم فهنا يتمّ الخوف و يحلّ الحرام أو تبطل المعاملة نعم في التكاليفيات إذا كان الثاني أهمّ و جبت

(١) راجع منية الطالب ١: ١٩٠-١٩١، و كتاب المكاسب و البيع ١: ٤٤٠-٤٤١.

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥٠

التضحية بالمهم بمخالفة التكليف الأوّل رغم تقدّم زمنه و ذلك حفظاً للقدرة كي تصرف بشأن الأهم كما ذكر ذلك المحقق النائيني رحمه الله في الاصول.

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

و الأمر أوضح في باب البيع منه في المحرمات على أساس أنّه يكفي في بطلان البيع عدم الطيب و أي فرد اختاره بهدف دفع الضرر

الذي سيحل به في آخر الوقت فهو ليس طيب النفس به إذن فيبطل البيع بلا إشكال.
و لو شك في أن الإكراه هل سيبقى إلى آخر الوقت أو سيرتفع و مع ذلك بادر بالإتيان بالفرد الأول ففي باب المعاملة يكفي في
البطلان عدم الطيب و في التكاليفيات تشبه المسألة مسألة الشك في القدرة التي قالوا فيها بالاحتياط.

[الفرع الثاني] اختلاف فعل المكره عن مصب الإكراه:

الفرع الثاني- لو اختلف ما فعله المكره عما انصب عليه الإكراه فالاختلاف قد يكون بالزيادة و اخرى بالنقص و ثالثه بالتباين: أما
الاختلاف بالزيادة فمن قبيل ما لو أكرهه على بيع أحد الفرسين فباعهما معا و الذي يبدو للذهن في أول وهلة هو التفصيل بين ما لو
أكرهه على بيع فرس معين فأضاف إليه الآخر فعندئذ يكون بيع ذاك الفرس المعين هو الباطل و بيع الفرس الآخر هو الصحيح و ما لو
أكرهه على بيع أحد الفرسين فباعهما معا و عندئذ تارة يفترض بيعهما بالتدرج فالبيع الأول هو الباطل لأنه الذي رفع به الإكراه و البيع
الثاني هو الصحيح لأن

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥١

الإكراه قد انتهى بسبب البيع الأول و اخرى يفرض بيعهما في آن واحد و هذا هو الذي يشكل الأمر فيه فقد يقال ببطلانهما معا لبطلان
أحدهما و عدم تعيينه حتى في الواقع أو بصحتهما معا لأن ما أكرهه عليه هو بيع أحدهما و ما وقع هو بيعهما و هو يغير المكره عليه أو
بطلان أحدهما و صحته الآخر لأن الإكراه على أحد البيعين لا يفسد إلا أحد البيعين و عندئذ يعين الصحيح من الفاسد بالقرعة أو
بتعيين البائع.

و قد قرب الشيخ الانصاري رحمه الله في فرض بيعهما دفعة واحدة مع كون الإكراه على بيع أحدهما غير المعين صحته كلا البيعين لأن
ما وقع خلاف ما أكرهه عليه «١» و هذا الكلام بظاهره مشكل حيث يقال في الجواب: إن ما وقع هو ما أكرهه عليه و زيادة و لكن من
المحتمل ان يكون مقصود الشيخ رحمه الله ان بيع كل واحد منهما يكفي لرفع الإكراه فبيع الآخر وقع عن رضا فهو صحيح كما ان بيع
الآخر كان كافيا لرفع الإكراه فبيع غيره وقع عن رضا فهو صحيح و بذلك تتضح صحته كلا البيعين إلا أنه يرد على ذلك ان بالإمكان
افتراض أنه لم يكن له داع إلى بيع الثاني لو لا إكراهه على بيع أحدهما فالذي دعاه إلى بيع الثاني إنما هو بيعه لأحدهما المكره عليه و
عندئذ فبيع أحدهما هو الدافع للإكراه و الثاني اختياري.

و من هنا يخطر بالبال القول بصحة أحد البيعين و بطلان الآخر و تكون صحته أحد البيعين من سنخ بيع الكل في المعين و لهذا اختار
السيد الخوئي ان التعيين بيد البائع من دون حاجة إلى القرعة و استثنى من ذلك ما إذا باع أحدهما من مشتر و الآخر من مشتر آخر
كما إذا باع من شخصين بيع واحد بناء على صحته ذلك فهنا لا يمكن إعطاء التعيين بيد البائع لأن كلا من المشتريين يريد صحته
شرائه و لا

(١) المكاسب ١: ١٢١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥٢

تعيين لأحدهما فلا بد من القرعة «١».

أقول: إن بيع الكل في المعين إنما يكون أمر التعيين فيه بيد البائع لأن البيع وقع على الكل فالمشتري لا يستحق على البائع إلا بمقدار
الجامع فللبائع الخيار في تسليم الجامع ضمن أي فرد شاء أما في ما نحن فيه فقد وقع البيع الواحد على جزئيين و المفروض انحلاله إلى
فاسد في أحدهما و صحيح في الآخر و لا تعين للصحيح من الفاسد.

و من هنا يخطر بالبال بطلان كلا البيعين لاستحالة حصول النقل و الانتقال بلحاظ أحدهما غير المعين حتى في الواقع.

و ذكر السيد الإمام رحمه الله حلين لهذا الإشكال «٢» بعد البناء على كون هذا النحو من التملك أمرا عقلايا فإنه إذا قال: «وهبتك أحد هذين» فقبل صح عرفا.

الأول- إن التمليك و التملك وقع على عنوان أحدهما القابل للانطباق البدلي و هو غير مردد و لا مبهم و يرجع في التعيين إلى القرعة و نحوها.

و الثاني- ان يقال: إن للعقد سبباً ناقصاً و تتم بالقرعة قال رحمه الله: و هذا أوجه من الوجه الأول لأن الوجه الأول لا يخلو من إشكال.

أقول: لعل نظره في الإشكال على الوجه الأول أنه بعد أن لم يكن البائع قد قصد تمليك عنوان أحدهما لم يكن فرض عروض الملكية على هذا العنوان عرفيا و هذا بخلاف ما لو قال ابتداء بعتك أحدهما أو قال وهبتك أحدهما و أقول: لو رجع الأمر بأي وجه من الوجوه إلى تمليك هذا العنوان الكلي إذن صح كلام السيد

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٦٥.

(٢) راجع كتاب البيع ٢: ٧٧-٧٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥٣

الخوئي الذي مضى و هو أنه لا حاجة في مقام التعيين إلى القرعة بل يكون أمر التعيين بيد البائع.

و على أية حال فالمختار في المقام للسيد الإمام رحمه الله لحل الإشكال هو الوجه الثاني قال: و بهذا الوجه يمكن أيضا رفع الإشكال العقلي عن بعض موارد الروايات كما ورد فيما لو أسلم كتابي عن أكثر من أربع أو عقد مسلم على خمس أو على اثنتين «١».

و أما الإشكال في تعيين الصحيح من الفاسد بالقرعة بأن القرعة مخصوصة بماله تعين في الواقع و في المقام ليس الأمر كذلك فقد رد عليه السيد الإمام رحمه الله بأن القرعة ليست مخصوصة بذلك بل موردها عم من فرض التعيين في الواقع و عدمه كما يظهر من بعض الأخبار و هو رحمه الله يشير بذلك إلى ما يكون من قبيل:

١- ما ورد في من نذر عتق أول مملوك يملكه فملك أكثر من واحد فقد ورد أنه يعين ما يعتقه بالقرعة «٢».

٢- و ما ورد في وصية الإمام موسى بن جعفر عليه السلام بعق ثلث ممالিকে بعد وفاته من أنه أقرع بينهم و اعتق الثلث «٣».

أقول: إن هذه الأحاديث إنما تحمل على قضية أخلاقية و ذلك لوضوح أنه يكفي في العمل بالنذر ان يعتق أي فرد شاء و يكفي في العمل بالوصية عتق الوصي

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

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥٤

ايا منهم شاء بقدر ثلثهم فالقرعة في هذه الموارد تحمل عرفا على قضية أخلاقية لكي لا يتأذى بعض المماليك نفسيا على أثر ترجيح غيره عليه بلا مرجح على ان الحديث الأخير لم يشتمل على الأمر بالقرعة حتى يتوهم منه الوجوب.

و يؤيد الحمل على القضية الأخلاقية ما ورد في روايات من نذر عتق أول مملوك له فملك أكثر من واحد من رواية تدل على كون الناذر مخيرا في عتق ما أراد «١» و إن كانت الرواية ضعيفة سندا على أننا لو حملنا هذه الروايات على وجوب القرعة في موردها لا يمكن التعدى منها إلى المقام لإثبات نكتة إضافية و هي كون القرعة متممة للسبب الناقص للملكية كما فرضه رحمه الله.

و أما إطلاقات القرعة للأمر المشكل فهي أيضا لا تثبت كون القرعة متممة للسبب الناقص للملكية إذ لا مشكلة في افتراض بقاء السبب الناقص على نقصه و بالتالي عدم حصول المسبب و هو الملكية حتى يتمسك بكون القرعة لكل أمر مشكل؟! هذا لو كان لدينا إطلاق من هذا القبيل أما لو قلنا إن الإطلاق إنما ورد في كون القرعة لكل أمر مجهول فهذا لا يشمل إلا فرض وجود تعين للأمر في الواقع كما هو واضح.

هذا و الحق في المقام أنه لو قلنا بأن الارتكاز العقلائي يقبل صحة أحد البيعين في مورد بطلان أحدهما غير المعين حتى في الواقع فهذا يعني أن العرف يرى أن الملكية حصلت على عنوان أحدهما الجامع رغم أن البائع لم يقصد ذلك و إنما قصد بيع هذا و ذاك على التعيين و عندئذ يتم كلام السيد الخوئي من أنه لا داعي إلى القرعة بل أمر التعيين يكون بيد البائع و لو لم نقل بذلك إذن يتعين

(١) الوسائل ١٦: ٥٩، الباب ٥٧ من أبواب العتق، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥٥

بطلانها معا كما اختاره الشيخ الاصفهاني رحمه الله حيث ذكر: أن أحدهما باطل و لا تعين للصحيح منهما فيبطلان معا قال و لا يعكس الكلام علينا بان يقال: أحدهما صحيح و لا تعين للبطل منهما فيصحان معا فان حصول النقل و الانتقال هو الذي يكون بحاجة إلى دليل أما الحكم بالبطلان فيكفيه أننا لم نستطع الحكم بصحة أحدهما لعدم تعيينه في الواقع «١».

هذا. و ذكر المحقق الخراساني رحمه الله في المقام: أنه لو اكراه على بيع أحد الأمرين و لم يكن يرغب في بيع الثاني لو لا بيعه مكرها للأول أي كان هناك ارتباط بين البيعين في رغبته النفسية إذن فالإكراه قد سرى إلى كلا البيعين و بطلا معا حتى فيما إذا كان الإكراه على بيع أحدهما المعين و ضم المكره الثاني إليه باعتبار ما في نفسه من الترابط بين البيعين و عدم رغبته في بقاء الثاني وحده لديه بل لا يبعد ذلك فيما إذا باعهما تدريجا أيضا ففي كل هذا قد باع البيعين عن إكراه لما هو المفروض من الترابط بينهما في رغبته النفسية «٢».

إلا أن هذا الكلام في غير محله فان الإكراه لم يكن إلا على أحدهما و مجرد انجرار بيعه إلى الرغبة في بيع الآخر الذي لم يكن يرغب في بيعه في ذاته و إنما رأى نفسه مضطرا إليه بعد أن كان البيع الأول مفروضا عليه لا يوجب صدق الإكراه و غاية ما في الباب فرض صدق الاضطرار و هو غير مبطل للمعاملات.

و قد يقال «٣» إن الاضطرار أيضا مبطل للبيع و إنما كان في الفروض المتعارفة

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١: ١٢٥.

(٢) راجع تعليقه على المكاسب: ٥٠.

(٣) كما عن السيد الإمام رحمه الله في خصوص ما إذا كان الإكراه على أحدهما غير المعين و باعهما دفعة واحدة و كان بيع الثاني عن اضطرار جزه إليه بيع الآخر إكراها.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥٦

غير مبطل لأن الإبطال كان خلاف الامتنان أما في المقام فهو وفق الامتنان و لذا لو عرف بطلان البيعين و رجوع العينين إليه سره ذلك إذن فكلا البيعين في المقام باطل أحدهما بالإكراه و الآخر بالاضطرار.

و يردّ عليه: أن امتنانية بطلان البيع الثاني في المقام نتيجة الاضطرار بل نتيجة انكشاف الخلاف حيث أنه كان يعتقد أن أحد الفردين قد خرج من يده و لو ظلما و إكراها و رأى أن الفرد الآخر وحده لا ينفعه مثلا فاضطرّ إلى بيعه و بعد ما انكشف له إرجاع الفرد الأول إليه بسبب سلطان عادل مثلا يسره إرجاع الفرد الثاني أيضا و هذا نظير من اعتقد مرض ابنه فاحسّ بالاضطرار إلى بيع داره للحصول على

مال يداوى به ابنه ثم انكشف بعد البيع ان ابنه ليس مريضا و عندئذ لو حكم له ببطلان البيع لسره ذلك أ فهل يقال هنا ببطلان البيع بحكم رفع ما اضطروا إليه باعتبار ان بطلانه امتنانى فى المقام؟!

و فضيل السيد الخوئى فى موارد بيع العينين دفعة واحدة إذا كان الإكراه على بيع أحدهما لا بعينه بين ما لو كان لانضمام كل من العينين إلى الأخرى دخل فى مالىة الآخر كفردى النعال أو مصراعى الباب فيبطل البيعان معا لاستنادهما إلى خوف الضرر أما ضرر الجائر مباشرة أو ضرر بقاء الفرد الآخر بلا راغب الذى هو أيضا نتيجة عمل الجائر و ما لو لم يكن لأحدهما دخل فى مالىة الآخر من قبيل فرسين فهنا يصح أحد البيعين و يبطل أحدهما «١».

أقول: يرد عليه:

أولا- أنه فى مثال الفرسين إن لم نفترض تضرره ببقاء أحدهما عند بيع الآخر

(١) المحاضرات ٢: ٢٦٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥٧

صح إذن ما قرّبه الشيخ الانصارى من صحه كلا البيعين لأن كل واحد منهما كان كافيا لإشباع رغبة المكروه فالآخر صدر منه عن رضا وهذا صادق فى كلا الفرسين إذن فقد صح كلا البيعين و إن فرضنا تضرره بذلك لم يبق فرق بين مثال الفرسين و مصراعى الباب أو فردى النعال فالمفروض به أن يقول بالبطلان فى الكل لأن كلا البيعين نتجا عن خوف ضرر مستند إلى الجائر سواء كان هو ضرر البطش عليه من قبل الجائر أو ضرر بقاء أحد الفردين عنده منفصلا عن الفرد الآخر.

و ثانيا- أنه لو كان خوف الضرر مبطلا ما دام مستندا إلى إكراه المكروه و لو على شىء آخر و لذا حكم ببطلان البيعين فى المقام للزم من ذلك أنه لو اكراهه على دفع مال فباع بيته خوفا من ضرر المكروه ثم تبين أنه كان يمتلك ذاك المبلغ بطل البيع فى حين أنه لا يفتى بذلك و الواقع ان الرضا موجود و لو بدافع الخوف و الاضطرار غير مرفوع لان الامتنانية نشأت من الجهل لا من الاضطرار كما مضى. و أمّا الاختلاف بالنقيصة فمن قبيل ما لو اكراهه على بيع الفرسين فباع أحدهما فان فعل ذلك بقصد التدرج أى أنه ناو لبيع الفرس الثانى بعد ذلك معتقدا ان المكروه لم يقصد خصوص بيعهما دفعة فالبيع باطل بلا إشكال و ان فعل ذلك عن طوع و رضا بعد ما لم يكثرث بإكراه المكروه و لذا لم يفعل ما أراه من بيع كلا الفرسين فالبيع صحيح بلا إشكال و ان فعل ما فعل برجاء اكتفاء المكروه بهذا المقدار و رفع يده عن الإكراه على بيع الفرس الثانى فهذا بيع صادر عن إكراه و يكون باطلا.

نعم ذكر الشيخ الانصارى رحمه الله: ان فى سماع دعوى ذلك من قبل البائع مع عدم الامارات نظرا «١».

(١) راجع المكاسب ١: ١٢١، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥٨

و يرد عليه: ان الإكراه على البعض ثابت ضمن الإكراه على الكل فحال بيعه للبعض هو حال ما لو باع الكل و احتملنا رضاه صدفة. نعم لو فرض كون إكراه المكروه على الأبعاض بشرط شىء فكل واحد من الأبعاض ليس مطلوبا له لو لا البعض الآخر فالإكراه كان على المجموع من حيث المجموع لا- على الجميع فهنا لا يكون بيع البعض صادرا عن إكراه لأنه يباين ما اكراهه عليه و هذا داخل فى ما سيأتى الآن إن شاء الله من القسم الثالث و هو الاختلاف بالتباين.

و أمّا الاختلاف بالتباين فمن قبيل ما لو أكرهه على بيع كتابه فباع رداه فإن كان ذلك بطوع و رغبته بلا علاقة له بإكراه المكروه صح البيع بلا إشكال و إن كان ذلك برجاء قناعة المكروه بذلك و رفع يده عن إكراهه على بيع الكتاب فالبيع باطل لا بالإكراه بل بعدم الطيب و هنا يصح القول بان دعوى البائع ذلك لا تسمع بلا قرينة تدل على ذلك.

[الفرع الثالث] لحوق الرضا بالعقد بعد الإكراه:

الفرع الثالث- لو رضى المكره بعد إيقاع العقد قالوا صحَّ العقد و يمكن النقض عليه بسائر الشروط فمثلا لم يقل أحد ان بيع الصغير إذا أعقبه البلوغ أصبح تاما لأنه لم يكن يعوزه عدا شرط البلوغ وقد حصل فلما اذا يقال في الرضا الذي هو شرط من الشروط ان لحوقه المتأخر كاف في صحَّة العقد فأى فرق بينه وبين باقى الشروط!؟

كما يمكن إثبات البطلان بالحلِّ بأن دليل شرطية الرضا ظاهره الشرطية المقارنه خصوصا قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ﴾

فقه العقود، ج ٢، ص: ٥٩

تجارة عَنْ تَرَاضٍ «١» فَإِنَّ عَنِ النَّشِوَةِ تَدُلُّ عَلَى ضَرُورَةِ نَشْوَءِ التِّجَارَةِ عَنِ تَرَاضٍ وَ لَا يَكْفَى فِي صَدَقِ هَذَا الْعُنْوَانِ لِحُوقِ الرِّضَا. و بان دليل مانعية الإكراه و حديث رفع ما اكروهوا دلَّ على ان الإكراه قد أبطل العقد و تصحيحه مرة اخرى بالرضا المتأخر بحاجة إلى دليل جديد و لم يرد.

و ان ورد دليل في الفضولي بصحَّة العقد بلحوق الرضا لم يمكن قياس عقد المكره بذلك لاحتمال الفرق بأن عقد الفضولي نشأ استناده إلى المالك عن الرضا فصدق عنوان نشوء التجارة عن تراض في حين ان تجارة المكره لم تنشأ عن رضا و إنما لحقه الرضا متأخرا فصحَّة عقد الفضولي بالرضا و الإمضاء ثابتة بمقتضى القاعدة حتى لو لم يكن هناك نص يدل على صحته و هذا بخلاف عقد المكره.

و أجاب الشيخ الانصارى رحمه الله عن الآية بأن الاستثناء منقطع تام فلا يدل على الحصر.

و عن حديث رفع الإكراه بوجهين: (الأول) ان حديث الرفع امتنانى و لا امتنان فى إبطال الحكم بوقوف العقد على الرضا. (و الثانى) ان الحكم بوقوف العقد على الرضا متفرع على الإكراه فلا يرتفع بحديث رفع الإكراه.

ثم أورد إشكالا قد توهم عبارته أنه إشكال على الوجه الثانى و اظن ان المقصود هو الإشكال على كلا الوجهين و هو: ان ووقوف العقد على الرضا حكم جديد و الحكم الأولى للعقد و هو النفوذ المستفاد من مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قد ارتفع بحديث رفع الإكراه و الحكم الجديد بحاجة إلى دليل جديد و هو مفقود.

ثم أصبح رحمه الله بصدده حلَّ الإشكال بلحاظ حديث الرفع ببيان آخر و هو ان

(١) النساء: ٢٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦٠

دليل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أَوْ أَحَلَّ اللَّهُ التَّيِّعَ قَد قَيْدِهِ. أَوْلَا بِالْأَدَلَّةِ الْأَرْبَعَةِ بِالرِّضَا مِنْ دُونَ ثُبُوتِ قَيْدِ التَّقَارُنِ وَ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَبْقَ مَجَالٌ لِلتَّمَسِّكِ بِحَدِيثِ الِرْفَعِ لِأَنَّ حَدِيثَ الِرْفَعِ هَلْ يَرْفَعُ أَثْرَ ذَاتِ الْبَيْعِ أَوْ يَرْفَعُ أَثْرَ مَجْمُوعِ الْبَيْعِ وَ الرِّضَا الْمَتَأَخَّرُ؟! فَانْ فَرضِ الْأَوَّلِ قَلْنَا إِنَّ ذَاتَ الْبَيْعِ لَا أَثْرَ شَرْعِي لَهُ وَ أَنَّمَا الْأَثْرُ الشَّرْعِي يَتَرْتَّبُ عَلَى مَجْمُوعِ الْبَيْعِ وَ الرِّضَا حَسْبِ الْفَرْضِ نَعَمْ هُنَا أَثْرٌ عَقْلِي مُنْتَزِعٌ مِنْ ذَلِكَ وَ هُوَ كَوْنُ ذَاتِ الْبَيْعِ جُزْءٌ سَبَبٌ لِحُصُولِ النُّقْلِ وَ الْإِنْتِقَالِ وَ حَدِيثِ الِرْفَعِ لَا يَشْمَلُ الْآثَارَ الْعَقْلِيَّةَ وَ انْ فَرضِ الثَّانِي قَلْنَا: إِنَّ مَجْمُوعَ الْبَيْعِ وَ الرِّضَا الْمَتَأَخَّرُ يَسْتَحِيلُ طَرَوْءَ الْإِكْرَاهِ عَلَيْهِ «١».

أقول: و قد يعترض على الشيخ رحمه الله بأنه لو لم يبق مجال بعد هذا البيان للتمسك بحديث رفع الإكراه إذن فقد بطل استدلاله فى مستهلِّ بحث الرضا و مبطلية الإكراه بحديث الرفع على المقصود و كان ينبغى له الاقتصار فى الاستدلال على ذلك بمثل آية التجارة عن تراض.

ولكن بالإمكان ان يقال: أنه يكفي في نظام المحاوره لصحة الاستدلال بدليلين أن يكون أحد الدليلين صحيحا بعد فرض التنزل عن الدليل الآخر ولا يشترط كونهما دليلين عرضيين فلعل مقصود الشيخ رحمه الله في المقام كان ذلك أي أنه يقال: أولا أن بيع المكره باطل بدليل ما ثبت به شرط الرضا ولو تنزلنا عن ذلك وافترضنا عدم ورود دليل يدل على شرط الرضا صح لنا التمسك بحديث رفع الإكراه فهما دليلان طويلان على المقصود.

أما المحقق الاصفهاني رحمه الله «٢» فذكر بالقياس إلى جواب الشيخ الانصاري

(١) راجع المكاسب ١: ١٢٢.

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦١

عن الآية الشريفة بكون الاستثناء منقطعا تاما: ان الانقطاع لا يمنع عن إفادة الحصر بل يكون أكد في الحصر فهو يفترض ان الشيء الذي كان يترقب دخوله في المستثنى منه في الحكم و يتوهم ذلك هو الشيء الفلاني وهو الوحيد الذي خرج حيث لم يجد ما يستثنى إلا ما يتوهم دخوله من قبيل فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس «١» ونظيره ما يفترض دخوله تأكيدا و مبالغة حيث لم يجب ما يستثنيه فاضطر إلى فرض الدخول ثم الإكراه فهذا أيضا يكون أبلغ في الحصر من قبيل: فلان لا عيب فيه إلا أنه عالم.

أقول: إن الانقطاع إن كان أكد في الحصر بلحاظ المستثنى منه فالتمسك بالمستثنى منه في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصدقية لان كون أكل المال بالبيع المكره عليه بعد الرضا أكلا بالباطل أول الكلام فالمهم هو استظهار كون الاستثناء متصلا بان تفسير الآية بمعنى لا تاكلوا أموالكم بينكم بكل سبب فإنه باطل إلا ان تكون تجارة عن تراض.

و على أية حال فالمحقق الاصفهاني رحمه الله يرى ان إشكال الآية الكريمة يحل ببيان أنها و إن كانت تدل على كون الرضا شرطا مقارنة للعقد لكن التقارن في المقام محفوظ لأن الرضا شرط لواقع التعاقد و القرار المعاملي و الذي هو مستمر إلى حين لحوق الرضا لا للألفاظ المتصرمة التي لم تكن عدا آلة للتعاقد و القرار.

أقول: لئن سلمنا ان العقد أمر مستمر و ليس في مثل البيع أمرا آتيا قلنا في المقام: إن التقارن لو كان مستفادا من مجرد دعوى ظهور دليل الاشتراط في كون الشرط شرطا مقارنة لأمكن حل الإشكال بما ذكره من ان الرضا و إن كان متأخرا

(١) ص: ٧٣ و ٧٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦٢

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

و أما تعليق الشيخ الاصفهاني رحمه الله على ما ذكره الشيخ الانصاري أخيرا من ان حديث الرفع لا مورد له في المقام إذ لو اريد به رفع أثر ذات البيع فليس لذات البيع عدا أثر عقلي و هو انتزاع كونه جزء سبب و لو اريد به رفع أثر العقد المرضي فالعقد المرضي بوصفه مرضيا لا يطراً عليه الإكراه فهو أن لذات البيع أثرا شرعيا بشرط الرضا و هو حصول النقل و الانتقال أو قل ان البيع جزء سبب أو جزء موضوع لأثر شرعي جعله الشارع و هو الملك و هذا الأثر الشرعي هو الذي يرفع بحديث الرفع.

و من هنا ذهب رحمه الله إلى ان حل الإشكال إذن يكمن في امتنانية حديث الرفع فيقال: إن دليل حل البيع و الوفاء بالعقد لم يقيد بدليل رفع الإكراه إلا بمقدار زمان ثبوت الإكراه لأن هذا المقدار هو الذي كان مطابقا للامتنان اما بلحاظ ما بعد زوال الإكراه فالدليل الأولى للمعاملة باق على إطلاقه لعدم الامتنان في رفع الحكم بلحاظه كي يشمل حديث الرفع.

أقول: و زائدا على ذلك بالإمكان أن يقال: إنَّ المستظهر من حديث رفع الإكراه بمناسبة الحكم و الموضوع هو أن رفع الإكراه ناظر إلى نكتة تضعيف الإكراه للقدرة و الاختيار و هذه النكتة مفقودة في مورد اختصاص الإكراه بجزء موضوع الأثر الشرعي و بقاء الجزء الآخر تحت القدرة و الاختيار الكاملين.

هذا. و أورد السيد الخوئي «١» على الكلام الأخير للشيخ الانصاري رحمه الله بان

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٧٢، و مصباح الفقاهة ٣: ٣٣٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦٣

تخصيص دليل الوفاء بالعقد بحديث الرفع يكون في عرض تخصيصه بباقي أدلة الشرائط التي منها أدلة شرط الرضا لا في طوله فلا مبرر لتخصيصه أولا- بتلك الأدلة ثم قياسه إلى حديث الرفع كى يقال: لم يبق مورد للتمسك بحديث الرفع لأن ذات البيع لا أثر شرعى له و البيع المرضي بما هو مرضي لا يطرأ عليه الإكراه.

أقول: إنَّ هذا الإشكال غريب فان حديث الرفع له الرفع حكومه على الأحكام الأولية بالنظر و نظره ليس إلى كل دليل على حده و إنما ينظر إلى ذات الأحكام بجميع ما لها من قيود و شروط في ذاتها و بقطع النظر عن حديث الرفع فالحكم الذي لا يكون وفق قيوده و شروطه شاملا قبل حديث الرفع لفرض وجود الإكراه لا معنى لحكومه دليل رفع الإكراه على دليله.

هذا. و بنى السيد الخوئي «١» البحث في المقام على مسألة الرجوع إلى العام بعد انتهاء زمان المخصص و عدمه فذكر: انَّ عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ له إطلاق زمني خرجت منه فترة وجود الإكراه و المخصص لم يشمل ما بعد انتهاء تلك الفترة و ذلك لأنَّ موضوع المخصص كان هو وجود الإكراه و قد انتهى و لأنَّ إطلاقه لما بعد تلك الفترة ليس موافقا للامتنان فإذا انتهت فترة التخصيص بأحد هذين الوجهين رجعنا إلى الإطلاق الأزمني للعام و ثبت بذلك نفوذ العقد بهذا ينتهي الإشكال الناتج عن حديث الرفع في المقام. و قد اقحم السيد الخوئي حسب ما في المحاضرات ضمن بيان الوجه الأول فكرة أن واقع العقد باق إلى حين الرضا و إن كانت الألفاظ قد تصرّمت.

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

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٧٢-٢٧٤، و مصباح الفقاهة ٣: ٣٣٤-٣٣٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦٤

ينتهي بذلك الإشكال الناتج عن حديث الرفع بلا حاجة إلى فرض أن العقد أمر باق إلى حين الرضا فحتى بناء على أن العقد أمر آتني يتم هذا البيان لكن هذا لا يؤدي إلى الإفتاء بصحة بيع المكره بعد الرضا ما دنا لم نحل الإشكال الناتج عن دليل شرط الرضا و طيب النفس و خاصّة بلحاظ (عن) النشوية الواردة في الآية المباركة و قد تعرّض السيد الخوئي لإشكال عن النشوية في المحاضرات «١» و في المصباح «٢» إلّا أنه لم يذكر جوابا عليه في المحاضرات لدى ذكر الإشكال و أمّا المصباح فقد ذكر «٣» في جوابه أمرين:

(الأول) أن التعاقد مستمر إلى حين لحوق الرضا و ان انتهت الألفاظ و هذا غريب فإنَّ هذا الجواب أمّا يدفع إشكال التقارن لو كان منشأ مجرد دعوى ظهور ذكر الشرط في كونه شرطا مقارنا و لا يدفع إشكال ظهور كلمة (عن) في النشوة فان مجرد لحوق الرضا مع استمرار العقد لا يحقّق عنوان نشوء العقد عن الرضا.

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

و قد ذكر نظير هذا الكلام في المحاضرات «٤» أيضا و لكن ضمن الجواب عن

(١) المحاضرات ٢: ٢٧١.

(٢) مصباح الفقاهة ٣: ٣٣١.

(٣) المصدر السابق: ٣٣٢.

(٤) ٢: ٢٧٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦٥

إشكال حديث الرفع ولعله اشتباه في الكتاب فكان المقصود به هو الجواب عن إشكال الآية و على أية حال فهذا الكلام أيضا غريب فان فرض عدم كون الأكل في المقام أكلا- بالباطل مصادرة على المطلوب و لو كنا نعلم أنه ليس باطلا- لم نكن نحتاج إلى هذا البحث.

و أما ما أشرنا إليه في مستهل البحث من النقض بسائر الشروط و أنه لما ذا لا يكون لحقوق شرط آخر مفقود حيث العقد موجبا لصحة العقد و يكون خصوص الرضا لحوقه موجبا لصحته لدى فقدانه حين العقد فلم أر من الأصحاب بحدود فحصى الناقص من تعرض له. و الصحيح: انّ عقده البحث شيء واحد إذا انحلت انحلت الإشكال النقضي و الحلّى معا.

و توضيح ذلك: أنه هل المقصود بلحوق الرضا المصحح لعقد المكره مجرد حصول الحالة النفسية المسماة بطيب النفس؟ أو المراد هو الإمضاء و الإجازة و هو نوع إنشاء يصدر من الإنسان إذا طابت نفسه بالعقد؟ فإن كان المقصود هو الأول فحال الرضا حال سائر الشرائط لا يكفي مجرد لحوقه لصحة العقد فان ظاهر دليل الشرط بطبعه هو الشرط المقارن و خاصّة بلحاظ ما يستفاد من كلمة (عن) النشوية في المقام و بيع الفضولي أيضا لا يصح بمجرد لحوق الرضا بمعنى طيب النفس.

و إن كان المقصود هو الثاني فهو أمر صحيح و كل الإشكالات تنحل في المقام و في الحقيقة يتم العقد بضمّ الإجازة من أحد الطرفين إلى إنشاء الطرف الآخر إذا كان العاقد الآخر أصيلا و غير مكره و بضمّها إلى إجازة الآخر إن كان العاقد الآخر أيضا فضوليا أو مكرها فهذا في الحقيقة انتساب جديد للعقد إليه بما

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦٦

هو راض و يكفي تقارن الرضا بهذا الانتساب و كذلك يكون هذا تجارة جديدة نشأت عن تراض و لم تكن مكرها عليها و يشترط فيها بقاء الطرف الآخر واجدا للشرائط العامّة للعقد إلى حين لحوق الإجازة و هنا أيضا لا فرق بين الرضا و سائر الشرائط فعقد الصبي مثلا لو لحقه البلوغ صحّ العقد بإمضائه بعد البلوغ لما صدر منه قبل البلوغ نعم لو كان فقدان الشرط في حين العقد بنحو بحيث يؤدي إلى عدم تحقق عقد فعندئذ لا مصب للإجازة و ذلك كما في فرض الجنون بمستوى مانع عن تحقق العقد القلبي من أساسه.

و بهذا البيان الذي شرحناه يتضح ان قياس باب الإكراه بباب الفضولي ليس قياسا مع الفارق.

و قد يقال: إن الفرق بينهما هو أنه في باب الفضولي تكون الإجازة من شخص آخر غير الذي أجرى العقد فالعقد لم يكن منتسبا إليه قبل الإجازة و أما انتسب إليه بالإجازة و أما في المقام فالعقد كان منتسبا إلى المكره قبل رضاه و لا يتكرر انتساب فعل إلى شخص مرتين فبعد الرضا لا يوجد انتساب جديد للعقد إليه بوصفه راضيا مثلا إذن فلا مبرر لصحة العقد لأنه حينما وقع لم يكن راضيا و حينما رضى لم ينتسب العقد إليه بانتساب آخر.

و الجواب: أننا لا نقصد بانتساب العقد إليه الانتساب بالمعنى الحقيقي للكلمة لذات العقد إليه فانّ هذا لا يتم عندنا حتى في الفضولي على ما سيأتي شرحه إن شاء الله في محله و إنما نقصد بذلك ان انتقاله و تبنيّه للعقد و الذي هو انتقال جديد حصل بالإجازة المتأخرة سواء في باب الفضولي أو في باب المكره هو موضوع للسيرة العقلانية و للإطلاقات كما سيأتي ذلك أيضا في بحث الفضولي إن شاء الله.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦٧

بقي الكلام في ان الإجازة بعد انتهاء الإكراه هل هي كاشفة أو ناقله؟

و نحن نختصر الكلام في ذلك محيلين التفصيل إلى بحث الفضولي فنقول:

لا إشكال ولا ريب في ان الكشف سواء فرض حقيقته أو حكما فهو خلاف أصالة عدم ترتيب الآثار فلا بد من الالتزام بالنقل ما لم يثبت خلافه بدليل.

كما لا ينبغي الإشكال في عدم استحالة الكشف الحقيقي لا لأن الشرط يؤول من كونه هو الرضا إلى كونه هو التعقب بالرضا فرارا من إشكال الشرط المتأخر مثلا بل لأن الشرط في مفهومه الفقهي ليس عدا تضيق لدائرة الجعل وهذا ممكن حتى بلحاظ الشرط المتأخر على تفصيل و تحقيق موكول إلى محله في علم الاصول.

و هناك وجهان لإثبات الكشف:

الأول- هو التمسك بروايات خاصية سنبحتها إن شاء الله في بحث الفضولي و هي لو تمت سنداً و دلالة فأنما هي واردة في مورد الفضولي فالتعدى منه إلى المقام يحتاج إلى القطع بعدم الفرق أو عدم احتمال العرف للفرق بحيث يؤدي إلى ظهور للكلام في إطلاق الحكم للمقام في حين أنه قد يدعى ان احتمال الفرق موجود باعتبار ان القطعة الزمنية السابقة في مورد الفضولي أنما كان العيب فيها هو عدم استناد العقد إلى المالك و لكن العيب في ما نحن فيه بالنسبة لتلك القطعة الزمنية هو الكراهة و إرغام الأنف بالنسبة للمالك و هذا اشد عرفاً من الأول فهذا يشبه الردّ و الأول يشبه مجرد عدم الإمضاء و هذا ممّا يحتمل عرفاً كونه فارقاً.

و الثاني- هو دعوى ان الكشف موافق لمقتضى القاعدة و ذلك لأن الإجازة إجازه لما وقع و ما وقع هو التملك من ذاك الحين فإن كان دليل على نفوذ الإجازة فمقتضى القاعدة تحقق المجاز و هو التملك من ذاك الحين.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦٨

و يرد عليه ما ورد في كلام الشيخ الانصاري رحمه الله في المقام «١» و هو ان عقد البيع مثلاً- أنما يكون إنشاء لذات التملك لا للتملك المقيد بذلك الوقت فان نفذ شرعاً من ذاك الحين فقد حصل التملك الشرعي من ذاك الحين و ان نفذ بلحاظ زمن متأخر فقد حصل التملك الشرعي بلحاظ زمن متأخر.

أقول: و إذا اتفق ان التملك كان منصبا على قطعة مقاسة بالزمان كإيجار الدار سنة من الزمان مثلاً فاتفقت الإجازة في أثناء السنة فهذه الإجازة لا تنفذ إلا بلحاظ القطعة الباقية و ذلك لأن منفعة القطعة المتصرمة قد تلفت و انتهت و تملكها و إن كان معقولا و تظهر الثمرة في ضمان اجرة المسمى دون المثل للمستأجر الذي استوفاهما قبل الإجازة لكنه ليس عرفياً فليست إجازة تملك المنفعة المتصرمة بالإجازة إلا من قبيل تملكها ابتداء بالإيجار كما لو آجر شخص بيته الآن لسنة سابقة ممن كان يسكنه في تلك السنة غصبا و كما ان هذا غير مقبول عرفاً و لا يرى هذا الغاصب إلا ضامناً لأجرة المثل كذلك الحال في مورد الإجازة.

٢- التنجيز:

إشارة

الشرط الثاني- من شرطي صحة الإرادة هو التنجيز و قد ادعى على ذلك إجماع الإمامية و ذكر ان هذا هو عمدة الدليل على هذا الشرط لأن الوجوه الاخرى التي ذكرت في المقام ضعيفة و من هنا ذهب بعض المحققين المتأخرين كالسيد الخوئي و السيد الإمام إلى إنكار هذا الشرط لأن الإجماع التعبدى غير ثابت في المقام لاحتمال كون مدرك المجمعين بعض الوجوه التي ذكرت في

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٦٩

المقام و تلك الوجوه كلها باطله اذن فالمرجع هو اطلاق أدلة العقود المقتضية لنفي هذا الشرط.

و اخص بالذكر الآن من أدلة القول بطلان التعليق دعوى عدم قابلية الإنشاء للتعليق «١» و قد أجاب عليه الشيخ الأعظم رحمه الله بان المعلق ليس هو ذات الإنشاء حتى يقال بان أمره دائر بين الوجود و العدم و لا- معنى للتعليق فيه و إنما هو المنشأ فبدلاً عن ان ينشئ الملكية المنجزة ينشئ الملكية المعلقة على شيء و هذا أمر معقول و الذي دعاني إلى تخصيص هذا الوجه بالذكر ما استرعى انتباهي من وقوع التعاكس في كلمات الأعلام في ان الذي يعقل تعليقه هل هو الإنشاء أو المنشأ و إمكانية تفتيق صورة برهان على المدعى من مجموع الكلامين المتعاكسين.

فالمفهوم من كلام الشيخ الأعظم رحمه الله و كذلك المحقق النائيني «٢» و السيد الخوئي «٣» هو ان الإنشاء غير قابل للتعليق و إنما يدور أمره بين الوجود و العدم و لكن المنشأ قابل للتعليق فهو ينشئ الملكية المعلقة لا الملكية المطلقة «٤».

و المفهوم من كلام السيد الإمام رحمه الله العكس حيث يقول: إن تعليق المنشأ لا معنى له لأن المعاني التصورية لا يعقل فيها التعليق فلا معنى لتعليق زيد أو تعليق بيع الدار بل التعليق لا بد ان يرجع إلى المعاني التصديقية خبرية كانت أو إنشائية أما تخيل عدم معقولية التعليق في الإنشاء قياساً للوجود الاعتباري بالوجود

(١) راجع المكاسب ١: ١٠٠، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدي.

(٢) راجع منية الطالب ١: ١١٢-١١٣، و كتاب المكاسب و البيع ١: ٢٩١-٢٩٢.

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

(٤) راجع كتاب البيع ١: ٢٣٣-٢٣٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٧٠

التكويني فهو قياس مع الفارق و لا- يلزم من امتناع التعليق في التكوين امتناعه في التشريع و عالم الاعتبار فإذا قال: إن جاءك زيد فاضربه يكون القيد قيد الهيئة لا المادة و البعث الاعتباري معلق على مجيئه فما لم يجئ لا بعث بالضرورة، و في ظرف تحقق المجيء يتحقق البعث الاعتباري، و الإنشاء غير التلفظ بالألفاظ الموقعة له، و التلفظ أمر تكويني و لا- يعقل تعليقه بخلاف الإنشاء و الإيقاع الذي هو أمر اعتباري، و توهم ان التعليق في الإنشاء يلزم منه التناقض غير وجيه لأن ما يناقض العدم بالفعل هو الوجود بالفعل، و الإنشاء حينما يكون مشروطاً و معلقاً ليس إيجاباً بالفعل و إنما يتحقق الإيجاد و الوجود لدى تحقق الشرط.

و السيد الإمام رحمه الله في كلامه هذا ينظر إلى الرد على ما جاء في منية الطالب «١» من ان التعليق إنما يعقل في المنشأ لا في الإنشاء لأن الإيجاد سواء كان اعتبارياً أو تكوينياً يستحيل ان يعلق على شيء، فكما لا يمكن ان يعلق وقوع الضرب على أحد على كونه عدواً كذلك يستحيل أن يكون إنشأؤه شيئاً و اخباره به معلقاً على شيء، فإن إيجاد المعنى المقصود باللفظ إما لا يحصل أصلاً أو يحصل منجزاً فوق الإيجاد معلقاً مرجعه إلى التناقض.

أقول: و بالإمكان التفتيق بين جزءين من هذين الكلامين المتعاكسين ليفترض ذلك برهاناً على استحالة التعليق في العقود و ذلك بان يقال: إن قصد بذلك تعليق الإنشاء فالإنشاء حاله حال الإيجاد مردد أمره بين الوجود و العدم و لا معنى لافتراض التعليق فيه، و ان قصد به تعليق المنشأ فهو أيضاً غير معقول لأن المعاني التصورية لا يعقل فيها التعليق.

(١) ١: ١١٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٧١

و بهذا ننتهي إلى نتيجة واضحة البطلان و هي استحالة التعليق في كل شيء من نذر أو عهد أو حكم و نحو ذلك مع بدهاه كثيرة التعليق بمعنى مشروطة كثير من الأحكام و توقفها على شرطها، و كذلك ما أكثر النذور و الأيمان المعلقة على وقوع شيء من الأشياء كمن ينذر الحج مشروطا بحصول ولد له مثلا ففي كل هذا يمكن ذكر تلك المغالطة و هي ان المشروط و المعلق هل هو الإنشاء أو المنشأ؟ فالأول أمره دائر بين الوجود و العدم و لا معنى للتعليق فيه، و الثاني يرجع تعليقه إلى التعليق في الامور التصورية. و أما ما أفاده السيد الإمام رحمه الله من ان الإنشاء المشروط ليس إيجابا فعليا و إنما يتحقق الإيجاد و الوجود عند تحقق الشرط فهذا إن كان مرجعه إلى ما تعارف القول به في باب الأحكام من الفصل بين الإنشاء و الفعلية و أن فعلية الحكم تتبع فعلية الموضوع بكل ما فيه من شروط و لا تتبع فعلية الإنشاء.

فهذا لو تم في نفسه فهو لا ينافي كلام منية الطالب من ان التعليق في المنشأ دون الإنشاء بل هو يؤكد فأنه لو لا ان المنشأ كان معلقا على أمر استقبالي دون الإنشاء لما كان يتصور فرض الإنشاء فعليا و المنشأ غير فعلي، و إن كان مرجعه إلى ان الإنشاء و المنشأ كلاهما غير فعلي فهذا واضح البطلان لأن الإنشاء قد تحقق وجدانا لا بمعنى مجرد اللفظ الفارغ. و أمّا قوله رحمه الله: إن تعليق المنشأ لا معنى له لأن المعاني التصورية لا يعقل فيها التعليق فهذا ما لم نتحقق معناه إلا ان يقصد بالمعاني التصورية الموضوع و المحمول و بالمعنى التصديقي النسبة و إن كان هذا خلاف المصطلح فيقال: إن التعليق داخل في صميم النسبة و شأن من شئونه لا- في صميم الموضوع و المحمول و يشهد لكون هذا هو مقصوده رحمه الله ما ذكره في مثال ان جاءك زيد فاضربه

فقه العقود، ج ٢، ص: ٧٢

(كتوضيح لتصور التعليق في الوجود التشريعي) من: ان القيد قيد للهيئة لا للمادة.

و على أية حال فإن كان هذا هو مقصوده قلنا: لا شك ان التعليق الذي يصدر من المتكلم شأن من شئون النسبة لكن هذا لا ينافي كلام منية الطالب من كون التعليق راجعا إلى المنشأ لا الإنشاء فالمتكلم قد أنشأ نسبة معلقة و إنشأه بما هو إنشاء فعلي منجز و ليس معلقا على شيء.

و كيفما كان فقد ذكر السيد الخوئي رحمه الله في المقام: ان عمدة الدليل على اشتراط التنجيز هي الإجماع و المتيقن من مورده هو التعليق على ما لا- تتوقف عليه حقيقة العقد و لا- صحته مع كونه أمرا مشكوك الحصول أو أمرا مستقبل الحصول، على أن يكون المقصود بالتعليق على الأمر الاستقبالي تأخر حصول المعاملة لحين حصول الشرط لا حصولها الآن على تقدير حصول الشرط في وقته، و ذكر ان الإجماع هنا لا حجية له لاحتمال استناده إلى الوجوه الاعتبارية التي ذكرها في المقام و هي كلها ضعيفة إذن لا يوجد دليل متين على اعتبار التنجيز أو مانعية التعليق «١».

أقول: لعل خير ما يمكن ان يفترض دليلا على شرط التنجيز أو مانعية التعليق في الجملة، أي في خصوص الموارد التي جعلها السيد الخوئي هو القدر المتيقن من الإجماع ان يقال: إن مانعية التعليق لها أحد جذرين عقلايين.

الأول- يكون في موارد التعليق على أمر مشكوك الحصول حيث يفترض ان المركز في نظر العقلاء لزوم كون العقد منجزا بمعنى كونه محقق الحصول لا معلقا على أمر مشكوك.

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٣٤-١٣٩، و مصباح الفقاهة ٣: ٥٨-٧٠.

والثاني - يكون في موارد التعليق على أمر استقبالي بمعنى قصد تأخر حصول النتيجة لحين تحقق الشرط حيث يفترض أيضا أنّ المركز في نظر العقلاء لزوم كون مفاد العقد فعليا لا استقباليا إلّا في موارد خاصّة ثبت عقلانيا فيها جواز تعليق النتيجة على المستقبل كما هو الحال في عقد الإيجار حيث يعقد أحيانا لزمان مستقبل، بناء على تفسير ذلك بتمليك مستقبل لا بتمليك حالي لمنفعة مستقبلية و كما هو الحال في الوصية بناء على كون الإيقاع كالعقد في اشتراط التنجيز، فالوصية تكون خارجة من هذه القاعدة لعدم وجود ارتكاز عقلائي على بطلان الوصية الاستقبالية بل لا وصية إلّا و هي استقبالية و معلقة على الموت.

كلمات الأصحاب في شرط التنجيز:

إشارة

و لعلّ ما ذكرناه هو المعنى المقصود ارتكازا لكثير من الكلمات الواردة على لسان فقهاءنا العظام و إن لم يتم الالتفات إليه تفصيلا، و لو وّجّهت كلماتهم بهذا التوجيه و أوّلت بهذا التأويل ارتفع كثير من الإشكالات التي أوردت عليهم في المقام، و نحن نشير هنا كنموذج لتلك الكلمات إلى عدد منها:

١- ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله في المقام

من أنّه يمكن ان يقال: إنّ التعليق ليس ممّا جرى عليه العرف و العادة في الامور العهديه و العقود المتعارفة بين عامّة الناس و ان مسّيت الحاجة إليه أحيانا في العهود الواقعة بين الدول و الملوك فلا تشمله أدلّة العقود و العناوين للشكّ في صدقها عليه «١» فان حمل هذا الكلام على التأويل الذي ذكرناه بان يكون المقصود دعوى ارتكازية شرط التنجيز و ان يكون ذكر عدم تعارف التعليق كتنبه على هذا الارتكاز أو كيان لسبب تكوّن هذا

(١) راجع كتاب منية الطالب ١: ١١٣، و كتاب المكاسب و البيع ١: ٢٩٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٧٤

الارتكاز لم يرد عليه ما قد يتوهم وروده عليه من أنّ التعارف و عدم التعارف لا يوجب الانصراف أو عدم تمامية الإطلاق «١».

٢- ما ذكره البعض

لإثبات شرط التنجيز من التمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على القدر المتيقن، و هو العقد العارى عن التعليق «٢»، و قد أورد عليه الشيخ الأعظم و غيره بأنّ الوظيفة لدى الشكّ هو التمسك بالإطلاقات لا الاقتصار على القدر المتيقن. و لكن بالإمكان أن يفترض أنّ المركز في ذهن صاحب هذا الوجه كان ما أشرنا إليه من إمكان دعوى أنّ شرط التنجيز شرط عقلائي و ارتكازي فيصبح هذا الارتكاز مانعا عن تكوّن الإطلاق في أدلّة العقود فلا بدّ من التمسك بالقدر المتيقن.

٣- ما ذكره العلامة في التذكرة على ما نقله الشيخ الأعظم في المكاسب

من الاستدلال على اشتراط التنجيز بأنّ التعليق يناهى الجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم، ثم فرّع عليه عدم جواز التعليق قال رحمه الله: الخامس من الشروط الجزم فلو علّق العقد على شرط لم يصح ... «٣» فلا يبعد أن يكون هذا إشارة إلى ما ذكرناه من الأمر الأوّل من الأمرين من دعوى ارتكازية ضرورة الجزم و كون مفاده محقق الحصول لا معلقا على أمر مشكوك.

٤- ما عن جماعة كالمحقق والعلامة والشهيد والمحقق الثاني والصيمري

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

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

(٣) راجع المكاسب ١: ٩٩، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٧٥

و عن المبسوط و الإيضاح في مثل مسألة «إن كان لي فقد بعته» من عدم بطلان العقد حينما يكون الشرط معلوم الحصول في الحال قال الشيخ الأعظم: بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح و لذا ادعى في الرياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحا و استدلل البعض على استثناء الشرط المعلوم الحصول في الحال بأن هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علمه للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع «١» و هذا الوجه بظاهره باطل لأن العلم بحصول الشرط لا ينافي صدق التعليق، و لكن لا يبعد أن يكون المقصود و لو ارتكازا هو الإشارة إلى ارتكازية مبطلية التعليق، و أن هذا النمط من التعليق و هو التعليق على معلوم الحصول في الحال خارج عن التعليق المرتكز بمبطلية، و إن لم يكن خارجا عن ذات التعليق.

٥- ما ذكره البعض

من أن التعليق على ما تتوقف صحته العقد عليه لا- يوجب البطلان فقد نقل الشيخ الأعظم في المكاسب عن المبسوط: أنه حكى في مسألة «إن كان لي فقد بعته» قولا من بعض الناس بالصحة و أن الشرط لا يضره مستدلا بأنه لم يشترط إلّا ما يقتضيه إطلاق العقد، و كذلك قبول المشتري لغيره مشروط بأن يكون الموكل قد أذن له في الشراء فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره و شرطه. و أورد عليه الشيخ الأعظم رحمه الله بأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء، و المعلق على شيء ليس

(١) راجع مكاسب الشيخ ١: ٩٩، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٧٦

معلقا في كلام المتكلم، إذن فهذا الشرط تعليق جديد و ليس مما يقتضيه إطلاق الكلام «١».

و فضل السيد الخوئي في المقام بين ما إذا كان ذاك الشرط مقوماً لحقيقة العقد و مفهومه من قبيل قوله: (بعثك إن قبلت) فإن مفهوم العقد و حقيقته متقوم بالقبول، و ما إذا كان شرطا لصحة العقد ثبت بدليل ما من دون أن يكون مقوماً لمفهوم العقد كأن يعلق البيع على كون الشيء مما يملك أو يعلقه في الصرف و السلم على التسليم و التسلم و نحو ذلك فقال في الأول بصحة ذاك الوجه، و هو أن التعليق في الكلام لم يزد على الواقع شيئا فمن الواضح أن التعليق هنا لا يوجب البطلان، و قال في الثاني بعدم صحة هذا الوجه لأن التعليق هنا ليس أمرا صوريا أو اشتراطا لما يقتضيه إطلاق العقد و ذلك لما ذكره الشيخ الانصاري رحمه الله من أن ما كان في الواقع معلقا على ذلك الشرط هو ترتب الأثر الشرعي و ما علق في الكلام بذكر الشرط هو إنشاء مدلول الكلام فهذا تعليق جديد لم يكن مستبنا في الإطلاق، نعم مع ذلك لا نقول بمبطلية التعليق على ما هو شرط لصحة العقد حتى لو قلنا بمبطلية التعليق في الجملة و ذلك لأن عمدة الدليل على مبطلية هو الإجماع و هذا غير داخل في القدر المتيقن من الإجماع «٢».

أقول: إن في القسم الأول أيضا بإمكان أحد أن يدعى وجود تعليق جديد فكون البيع معلقا على القبول مثلا، و إن كان أمرا ثابتا في الواقع بلحاظ ذات العقد لأن العقد مؤلف من الإيجاب و القبول فينتفى لا محالة بانتفاء القبول، و لكن تعليق

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٧٧

الإيجاب على القبول بقوله: «بعتك إن قبلت» تعليق جديد لأن شرط القبول ليس مستتبنا فى ذات الإيجاب.

إلا أنه لا يبعد أن يكون لب المقصود و لو ارتكازا لصاحب هذا الوجه الذى استثنى به التعليق على شرط الصحة من مبطلية التعليق هو ان الارتكاز العقلاى القائل بمبطلية التعليق للزوم كون العقد حاليا و جزميا غير موجود فيما إذا كان التعليق لا يؤثر شيئا على النتيجة النهائية لكونها فى الواقع معلقة على ما علق عليه العقد وهذا لا يفرق فيه بين ما يكون مقوما لمفهوم العقد و ما يكون مجرد شرط لصحة العقد، و على أية حال فالارتكاز العقلاى الذى ذكرناه أعنى ارتكاز شرط التنجيز أو مانعية التعليق لو تم فطريق الاستفادة منه يكون بأحد نحوين:

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

و الثانى- دعوى إبطاله للإطلاقات على أساس انصرافها فى باب المعاملات إلى ما يطابق الارتكازات العرفية و من ثم الرجوع إلى أصالة الفساد.

هذا. و لكن الإنصاف ان أصل الارتكاز العقلاى الذى ذكرناه كتوجيه للقول بمبطلية التعليق غير واضح الصحة و غاية ما يمكن أن يقال هى غلبة التنجيز فى العقود فى زمن صدور النصوص أمّا بلوغ الأمر إلى مستوى الارتكاز المانع عن انعقاد الإطلاق فى الأدلة فعهده على مدّعيه.

هذا تمام الكلام فى الركن الأول من أركان العقود و شروطه و هو الإرادة.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٧٩

أركان العقود و شرائطها ٣ إبراز الإرادة ١- اعتبار الإبراز و إطلاقه

٢- اعتبار الموالاة بين الإيجاب و القبول

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨١

الركن الثانى: إبراز الإرادة

١- اعتبار الإبراز و إطلاقه:

و لا إشكال فى ركيته حيث إن عناوين المعاملات من العقد و التجارة و البيع و نحو ذلك لا تصدق على الإرادة الباطنة من دون إبراز لها فلا تشمل الإطلاقات فرض عدم إبراز، كما أن السيرة و الارتكاز العقلاى أيضا لا يشملانه بل السيرة و الارتكاز على العكس، أى عدم ترتيب الأثر القانونى على مجرد الإرادة الباطنة غير المبرزة.

أمّا شروط هذا الركن من قبيل الصراحة و الماضوية و العريية و تقديم الإيجاب على القبول فنحن نفضل ترك بحثها هنا و الأصالة على الكتب الفقهية و يكفينا فى هذا البحث ما بحثناه مفضيلا فى ما سبق من تمامية الإطلاقات الرافضة لكل قيد من القيود فى شكلية المعاملة فاصل العقد اللفظى قد انكرنا اشتراطه فضلا عن مثل الماضوية و العريية إلا ما ثبت بدليل خاص، و الأدلة الخاصة لهذه

الشروط المذكورة كلها تقبل النقاش ولا تتم فعليكم ان شئت بمراجعتها في الكتب الفقهية.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨٢

٢- اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول:

إشارة

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

أدلة اعتبار الموالاة:

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

وذكر الشيخ الأنصاري رحمه الله: ان هذا الكلام حسن لو اختص الملك واللزوم في المعاملة بفرض صدق العقد ولا يأتي في مثل «أحل الله البيع» أو «تجارة عن تراض» «٢».

وأورد عليه المحقق النائيني «٣» والسيد الإمام رحمهما الله «٤» بأنه لا فرق بين عنوان العقد وعنوان البيع أو التجارة، فان قلنا باشتراط الهيئة الاتصالية قلنا بذلك في جميع هذه المفاهيم.

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

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

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

(٤) راجع كتاب البيع ١: ٢٣١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨٣

وأجاب على ذلك المحقق الاصفهاني رحمه الله «١» بان نكتة شرط الاتصال بين الإيجاب والقبول في مفهوم العقد هي ان العقد يعني خلق العقدة بين التزامين وشد أحدهما بالآخر، فمفهوم العقد استبطن الربط والوصل فإذا وقع الفصل الطويل بينهما كما المدعى في المقام انهتادام هذا الوصل، أما عنوان البيع أو التجارة فغير مشتمل على مفهوم الربط والوصل.

وذكر السيد الإمام رحمه الله «٢»: ان الاستفادة في المقام من مفهوم الربط والوصل المستبطن في معنى العقد بمعنى الشد غير صحيحة في نفسها واجنبية عن مراد الشيخ الانصاري رحمه الله.

أقول: أما كونها اجنبية عن مراد الشيخ الانصاري رحمه الله فكأنه إشارة إلى تفسير آخر لدعوى لزوم الصورة الاتصالية في العقد غير التفسير الذي استظهره الشيخ الاصفهاني من المكاسب من الإشارة إلى مسألة الربط والوصل المستبطن في مفهوم العقد بمعنى الشد و

ذلك التفسير الآخر أيضا مذكور في تعليقه الشيخ الاصفهاني إلا أنه رحمه الله يعتقد أن هذا ليس هو المستفاد من عبارة الشيخ و كأن السيد الإمام رحمه الله يستظهر هذا التفسير الآخر و هو ان يقال: إن الإيجاب و القبول و إن كانا كلامين لشخصين و لكن بما أنهما يتفاعلا في خلق أثر واحد و هو النقل و الانتقال فهما بمنزلة كلام واحد لشخص واحد يتقوم عرفا بالهيئة بالاتصالية كما هو الحال في مثل الأذان أو الإقامة أو الصلاة، و من الواضح أن هذا التقريب لا يفرق فيه بين عنوان العقد و عنوان البيع أو التجارة.

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١: ١٧١.

(٢) في كتاب البيع ١: ٢٣١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨٤

و أما عدم صحّة الاستفادة في المقام من مفهوم الربط المستبطن في كلمة العقد بمعنى الشدّ و عدم تمامية الاستدلال بذلك على شرط الموالاة فلعله أيضا إشارة إلى ما ورد في نفس كلام المحقق الاصفهاني رحمه الله «١» حيث اعترض على هذا الوجه بأن الربط و الشدّ المستفاد من مفهوم العقد ليس بمعنى وصل الإيجاب و القبول بمعنى كون أحدهما قريبا زنيا، و أنّما هو إذا قسناه إلى الالتزامين القلبيين يكون بمعنى توارد الالتزامين على شيء واحد فلو التزم أحدهما بشيء و الآخر بشيء آخر لم يتمّ العقد لعد تواردهما على شيء واحد، و لو التزم بشيء ثم تراجع عنه فالتزم الآخر به لم يتمّ الربط أيضا لأنّ الربط لا يتحقق بين معدوم و موجود، و هذا كلّه لا علاقة له بكون تخلّل الزمان قصيرا أو طويلا، و أما إذا قسناه إلى العقد اللفظي فأیضا ليس الربط هنا بمعنى اتصال لفظ بلفظ و كلام بكلام حتى تشترط الموالاة و أنّما هو بمعنى أن يكون أحدهما مطاوعة للآخر «٢»، و هذا أيضا لا علاقة له بمسألة تخلّل الزمان بين الكلامين.

أقول: إنّه حتى الآن بقي التفسير الآخر لدليل شرط الاتصال- بقطع النظر عن كونه مقصود للشيخ الانصاري رحمه الله أو لا- بمعزل عن الإشكال و هو التفسير بكون المقصود أن الإيجاب و القبول بمنزلة كلام واحد كالأذان و الإقامة أو الصلاة و لو بنكتة أنّهم يتفاعلا في إيجاد تأثيرا قانوني واحد، فكما تشترط عرفا في

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١: ٧١.

(٢) لازم هذا عدم تمامية القبول بمثل «اشترت» و الاولى ان يقال إن ارتباط القبول اللفظي بالإيجاب اللفظي ليس عدا كشفها عن الالتزامين المترابطين و لا حاجة إلى الفحص عن ارتباط آخر بلحاظ عالم الألفاظ غير الارتباط الثابت في عالم الالتزامين.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨٥

صدق عنوان الأذان أو الإقامة أو الصلاة الموالاة كذلك الحال في العقد و عين البيان يأتي في البيع و التجارة فهذا التفسير كما ترى لا يرد عليه إشكال الشيخ الانصاري رحمه الله بعدم تأتّي ذلك في البيع و التجارة إذ لا فرق في هذه النكتة بين العقد و بين البيع و التجارة، و كذلك لا يردّ عليه إشكال المحقق الاصفهاني إذ لا علاقة له بمعنى الربط و الشدّ المستبطن في مفهوم العقد.

و لكن قد أورد على هذا السيد الإمام رحمه الله «١» و كذلك السيد الخوئي قدس سرّه «٢» بأنّ العقد التزامان قليبان مترابطان و المفروض تعاهدهما و لا علاقة للهيئة الاتصالية للألفاظ بذلك فان العقد ليس عبارة عن الإيجاب و القبول اللفظيين.

أقول: بالإمكان أن يقال: إنّ العقد و إن لم يكن من مقولة الألفاظ و أنّما هو من مقولة الإرادة الباطنية بشرط الإبراز لكن الإنشاء اللفظي لا- يبرز الإرادة في الحالات الاعتيادية إلّا بلحاظ فترة قصيرة من الزمن فمن قال لصاحبه: بعتك هذه العين بكذا و صاحبه لم يبرز القبول إلّا بعد عدة أيام مثلا فيوجب الموجب ليس مبرزا لبقاء إرادة البيع إلى حين قبول القابل فلو تمّ البيع بهذا الشكل فقد تمّ على أساس إرادة باطنية بحتة بلا إبراز، فشرط الموالاة في الحقيقة يكون على أساس دخلها في تمامية الإبراز الذي هو شرط في العقود

بلا إشكال، و مجرد استصحاب بقاء الإرادة الباطنية لا يكفي لأن نفس الإبراز له الموضوعية في تمامية العقد و ما دام الإيجاب السابق قاصرا عرفا عن الإبراز بلحاظ الزمان المتأخر إذن نحتاج إلى إبراز جديد.

(١) راجع كتاب البيع ١: ٢٣٠.

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨٦

نعم، في الموارد التي يكون الإبراز السابق إلّا بلحاظ بعض المناسبات و القرائن على استمرار الإرادة لحين لحوق القبول نلتزم بصحة العقد كما في مثال البيع من مكان بعيد بواسطة إرسال رسالة كتيبة أو شفوية أو بواسطة البرقية، أو الهبة المعاطية التي تتم من شخص إلى شخص متباعدين مكانا بواسطة مسافر يأتي بالعين من الواهب إلى الموهوب له و ما شابه ذلك حيث أنّ القرينة قائمة هنا ان مقصود الموجب عادة هو الاستمرار في إرادته و التزامه لحين وصول الرسالة أو البرقية أو الرسول إلى صاحبه.

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

و بكلمة دقيقة ليست الموالاة في الحقيقة شرطا و ليس في المقام شيء عدا نفس الركن الثاني من أركان العقد و هو إبراز الإرادة و الاخلال بالموالاة قد يوجب الاخلال بهذا الإبراز.

و أمّا المحقق النائيني رحمه الله «١» فقد قسم في المقام العقد إلى قسمين: العقد الاذني، و العقد العهدي، و يقصد بالعقد الاذني ما يكون قوامه بمجرد الاذن و الرضا حدوثا بقاء كما في العادية و الوديعه و يقول في هذا القسم بعدم اشتراط الموالاة بين الإيجاب و القبول لأنّ قوام العقد ليس إلّا بنفس الاذن و الرضا الباطني فما دام موجودا يتم الأمر سواء تمت الموالاة بين الإيجاب و القبول أو لا، و بكلمة اخرى: انّ هذا القسم ليس عقدا إلّا بالمسامحة.

(١) راجع منية الطالب ١: ١١١-١١٢، و كتاب المكاسب و البيع ١: ٢٩٠-٢٩١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨٧

و أمّا العقود العهدية فقسمها إلى عقود معاوضة كالبيع و غير معاوضة كالهبة:

و ذكر في القسم الأول: أنّه لا بد من الموالاة و استدل على ذلك بدليلين:

أحدهما- ما مضى بحثه من مسألة الهيئة الاتصالية بين الإيجاب و القبول أخذ ذلك بتفسيره الثاني من التفسيرين الماضيين و لذا لم يقبل الفرق في ذلك بين عنوان العقد و عنوان البيع أو التجارة.

و ثانيهما- انّ مفاد العقد مشتمل على الخلع و اللبس و بيان ذلك في ظاهر أحد التقريرين يختلف عنه في ظاهر التقرير الآخر، فظاهر كتاب منية الطالب للشيخ موسى النجفي رحمه الله هو انّ المقصود خلع الموجب لعلقة الملكية عن نفسه و لبس القابل أيّاهما و ان محذور الفصل بينهما هو بقاء العلة بلا طرف في فترة الفصل و هو محال، و ظاهر كتاب المكاسب و البيع للشيخ الآملي رحمه الله هو انّ المقصود خلع الموجب لملكية المثلث عن نفسه و لبسه ملكية الثمن و ان محذور الفصل بينهما هو أنّهما يعدّان عملا- واحد، فالإعطاء و الأخذ هما مسبب واحد، و مع الفصل الطويل بينهما يخرجان عن مصداق الواحد فيكون الإعطاء إعطاء لشيء مستقل و الأخذ أخذا لشيء آخر مستقل، و كأنّ المقصود من هذا الكلام: أنّ هذه الوحدة العرفية بين الخلع و اللبس أوجبت في نظر العرف شرط الاتصال و الموالاة بينهما.

وأما القسم الثاني: وهو العقود غير المعاوضية كالهبة فاختار فيها أيضا شرط الموالاة مستدلاً بالدليل الأول، وأما الدليل الثاني ففي منية الطالب لم يذكره في هذا القسم، أي اقتصر في هذا القسم على ذكر الدليل الأول في حين أنه في القسم الأول استدلت بكلا الدليلين، وهذا ظاهر في أنه يرى أن الدليل الثاني خاص

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨٨

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

ومن هنا اظن أن ما هو موجود في المكاسب والبيع للشيخ الآملي الظاهر في إرادة خلع الموجب ولبسه هو المطابق لمقصود المحقق النائيني رحمه الله دون ما يستفاد من منية الطالب من خلع الموجب ولبس القابل وإلا لورد عليه بوضوح ما أورده السيد الإمام رحمه الله «١» من أن هذا الوجه لو تم لجري في غير المعاوضية أيضا كالهبة لأن فيها أيضا خلعا ولبسا، فالواهب يخلع عن رقبته علقه ملكية العين الموهوبة والموهوب له يلبسها أيضا يقال: لو وقع الفصل بينهما لبقيت العلقه بلا طرف. في حين أن هذا الإشكال لا يرد على ما يظهر من كتاب المكاسب والبيع للآملي من إرادة خلع ولبس الموجب، فإن الموجب في البيع يخلع ملكية الثمن و يلبس ملكية الثمن، وأما الواهب فيخلع ملكية العين الموهوبة ولا يلبس شيئا.

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

(١) في كتاب البيع ١: ٢٢٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٣: ٥٥.

(٣) في كتاب البيع ١: ٢٢٨ - ٢٢٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٨٩

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

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

ويرد عليه أيضا ما أفاده السيد الإمام رحمه الله بقوله في مقام الطعن على هذا الدليل: (و ربما يتشبهت بدليل عقلي على الاعتبار «١») و حاصله أن الاستدلال بدليل عقلي من هذا القبيل في الاعتباريات البحثية لا معنى له.

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

و ذكر المحقق النائيني رحمه الله في القسم الثاني من العقود العهديه، أعني العقود

(١) في كتاب البيع ١: ٢٢٨.

(٢) المحاضرات ٢: ١٣٣.

(٣) كتاب البيع ١: ٢٢٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩٠

غير المعاوضة كالهبة على ما ورد في منية الطالب: ان في اشتراط الموالاة فيه إشكالا و ذلك لأجل معارضة الدليل الذي ذكرناه لشرط الموالاة بالسيرة القطعية على قسم المعاظة في الهدايا والهبات التي تهدي من مكان بعيد بواسطة المسافرين إلى مكان آخر. فلينفصل القبول لا محالة عن الإيجاب و تشهد لذلك قصة مارية القبطية التي اهديت إلى النبي صلى الله عليه وآله «١».

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

أقول: إنّ ما ذكره من المثال غريب و كأنّما تخيل ان من له يد طويلة يتأخر وصول يده من المشرق إلى المغرب للفاصل المكاني البعيد و على أية حال فهذا غير مهم و لا مناقشة في الأمثال.

و المهم انّ ما فوضه من تاخر الإيجاب في الهدية المعاطية من مكان بعيد إلى حين وصول المسافر للمهدي إليه غير صحيح، فإنّ الإيجاب ان حصل فأنما يحصل حين إعطائه الهدية للمسافر لا حين وصولها للمهدي إليه و قد ينام- يغفل على حدّ تعبير السيد الخوئي في المصباح «٢»- في حين وصولها إلى المهدي إليه

(١) راجع البحار ٨: ٤١٦-٤١٩، الباب ٤ من أبواب أحوال الرسول صلى الله عليه وآله من البعثة إلى نزول المدينة، و هو باب الهجرة إلى الحبشة، حيث ورد فيهما انّ النجاشي بعث إلى رسول الله صلى الله عليه وآله بمارية القبطية أمّ إبراهيم و بعث إليه بثبات و طيب و فرس.

(٢) مصباح الفقاهة ٣: ٥٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩١

فكيف يقصد الإيجاب وقتئذ؟! بل قد تفسّر هذه الهدية بالمعنى الآخر من معنى الهدية للذين مضى ذكرهما في بحث المقدمات، و هو كونها بمعنى رفع المانع عن تمامك المهدي إليه للمال فإنّ هذا الاحتمال وارد في الهبات خصوصا المعاطية منها، و عليه فلا إيجاب في المقام بالمعنى المألوف حتى يفرض تأخر القبول عنه.

و هناك وجه ثالث لإثبات شروط الموالاة في العقود و هو ما ورد ذكره في كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله «١» و هو انّ الإيجاب تمليك من حينه فإذا تأخر القبول فإن كان القبول قبولا لتمام مضمون الإيجاب فأما ان لا ينفذ و هذا يعني بطلان العقد، أو ينفذ و هذا يعني تقدّم حصول النقل على القبول و إن لم يكن قبولا- لتمام مضمون الإيجاب لزم عدم التطابق بين الإيجاب و القبول و الفاصل القليل يغتفر عرفا.

و يرد عليه: ما أورده السيد الإمام رحمه الله عليه من انّ الإيجاب يدل على ذات التمليك من حينه.

هذا تمام الكلام في وجوه اشتراط الموالاة.

أدلة عدم اعتبار الموالاة:

إشارة

و أما وجوه عدم اشتراط الموالاة فهي أيضا عديدة:

الأول – الإطلاقات بعد فرض إبطال أدلة اشتراط الموالاة.

و هذا الوجه صحيح لكنّه لا ينافي المقدار الذي نحن قَرَبناه من شرط الموالاة من انّ الموالاة قد تؤثر في صدق الإبراز لأنّ الإطلاقات لا تصدق في فرض عدم تمامية الإبراز.

(١) كتاب البيع ١: ٢٢٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩٢

و الثاني – السيرة على المعاملات المعاطية بالكتابة و نحوها

و إن شككنا في ثبوتها في بمثل الكتابة في زمان المعصوم فلا اظنّ التشكيك في ثبوت الهبة المعاطية بواسطة المسافرين في ذاك الزمان مع استبعاد الفرق بين الهبة و غيرها كالبيع مثلا.

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

هذا مضافا إلى ما مضى منّا من التشكيك في أنّ ما يقع من الهبة المعاطية عقدا مركبا من الإيجاب و القبول بالمعنى المألوف، فلعلّ الواقع هو انّ الواهب يرفع المانع عن تملك الموهوب له للمال بالقبض، بل لعلّ هذا التشكيك يأتي في البيع المعاطي أيضا بأن يكون كل من المتبايعين رافعا للمانع عن تملك صاحبه في مقابل العوض لا مجانا من دون أن يكون هناك إنشاء التملك.

الثالث – قصة هبة مارية القبطية للنبي صلى الله عليه و آله.

و يأتي فيه ما ذكرناه في الوجه الثاني حرما.

الرابع – حديث المرأة التي طلبت من رسول الله صلى الله عليه و آله تزويجها

و قد ورد الحديث بسند تام عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه و آله فقالت زوّجني فقال رسول الله صلى الله عليه و آله من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله زوّجنيها فقال ما تعطيها؟ فقال ما لي شيء قال: لا فاعادت فاعاد رسول الله صلى الله عليه و آله الكلام فلم يقدّم أحد غير الرجل ثم أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه و آله في المرة الثالثة أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم قال: قد زوّجتكها على ما

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩٣

تحسن من القرآن فعلمها إياه «١» بناء على حمل كلمة «زوّجنيها» على القبول المقدم بلسان الطلب مثلا، و قول الرسول صلى الله عليه و آله «زوّجتكها» على الإيجاب و قد وقع الفصل بينهما بالسؤال عن معرفته بالقرآن و الجواب بل الفصل أكثر من هذا بناء على بعض نقول الحديث غير التامة سندا كما عن عوالي اللآلي روى سهل الساعدي انّ النبي صلى الله عليه و آله جاءت إليه امرأة فقالت يا رسول الله انّي و قد وهبت نفسي لك فقال صلى الله عليه و آله لا إربة لي في النساء فقالت زوّجني بمن شئت من أصحابك فقام رجل فقال يا رسول الله زوّجنيها فقال صلى الله عليه و آله هل معك شيء تصدقها فقال و الله ما معي إلّا ردائي هذا فقال ان اعطيتها

إياه تبقى ولا رداء لك هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم سورة كذا و كذا فقال صلى الله عليه وآله: زوجتكها على ما معك من القرآن «٢».

و على أية حال إضافة إلى أنه لا دليل على أن قوله «زوجنيها» كان هو القبول، والحديث ليس بصدد البيان من هذه الناحية كي نستظهر من ترك ذكر القبول بعد الإيجاب أن قوله «زوجنيها» كان قبولاً نقول: إن هذا المقدار من الفاصل لا يعدّ فاصلاً كبيراً يضرّ بالموالاة.

و على تقدير تمامية الاستدلال بهذا الحديث فهو لا ينفي ما قلناه من اشتراط الموالاة بالمقدار الحافظ للإبراز عرفاً بداهة ثبوت الإبراز في مورد الحديث.

و أما ما مضى من كلام المحقق النائيني رحمه الله عن العقود الإذنية من أنه لا يشترط الموالاة، فقد أورد عليه السيد الإمام رحمه الله «٣» بأنه لا تكون لنا عقود إذنية

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

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

(٣) راجع كتاب البيع ١: ٢٢٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩٤

و إن الموكل لا يوقع إلّا الوكالة، أما الإذن فيقع لا يحتاج إلى القبول و المخاطب لو لم يقبل الوكالة أو ردّ الإيجاب ثم باع لا بعنوان قبول الوكالة لم ينفذ البيع بخلاف المأذون.

و لا- يوجد في الحقيقة في هذا الكلام إشكال فنى على المحقق النائيني رحمه الله فالمحقق النائيني رحمه الله هو الذى يقول: إنّ العقود الإذنية ليست عقوداً فى الحقيقة لغه و عرفاً و هو الذى يقول «١»: إنّ الوكالة على قسمين فقسم منها يكون عقداً، و قسم آخر يكون إذناً، فلا يبقى عداً إنّ الفقهاء هل يسمون هذه الامور الإذنية عقوداً أو لا؟ و أنّها هل تشمل على إيجاب و قبول أو لا؟ و أظنّ أنّ الفطرة العرفية ترى هذه الامور مجرد امور إذنية بحتة بما فيها الوكالة، و أنّها ليست بحاجة إلى القبول سواء سميت عقوداً مسامحةً أو لا، فلا أثر عملي لمجرد التسمية.

(١) راجع منية الطالب ١: ٣٣، و كتاب المكاسب و البيع للشيخ الآملى ١: ٨٢.

حائرى، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامي، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ٢، ص: ٩٥

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩٥

أركان العقود و شرائطها ٤ المتعاقدان ١- اعتبار الأهلية فى المتعاقدين.

٢- اعتبار الملكية أو الولاية أو الإذن.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩٧

الركن الثالث: المتعاقدان. و كون العاقد ركناً فى العقد بديهي.

[الشرط الأول من شرائط المتعاقدين] اعتبار الأهلية فى المتعاقدين

إشارة

و أول شرط نذكره للعاقده هو أن لا يكون قاصراً أو ناقص الأهلية، وهذا عنوان مشير إلى واقع ما يوجب نقص الأهلية كالصغر و الجنون و السفه فلا يرد عليه لزوم أخذ المحمول في الموضوع ببيان أن نقص الأهلية عبارة أخرى عن عجزه عن إجراء العقود و هذا هو الحكم في المقام لا الموضوع.

و لا نتكلم هنا عن الحجر الطارئ بحكم الحاكم بواسطة التفليس، أو عدم جواز تصرف المريض في مرض الموت في التركة أو عدم جواز تصرف الزوجة في مالها بلا- إذن الزوج بناء على القول بذلك، أو عدم جواز تصرف المملوك بلا إذن مالكة و نحو ذلك، فأمثال هذه الأبحاث نحولها على أبوابها الخاصة و نقتصر هنا على ذكر القصور في ذات المالك، و هذا القصور لا يكون إلا بصغر أو جنون أو سفه أو ذهول، و لا حاجة للبحث عن الجنون.

و أما السفه فهو عبارة عن كون الإنسان الكبير غير رشيد و نقتصر في بحث الرشد و السفه و كذلك الذهول على حديث مختصر بعد انتهاء البحث عن شرط البلوغ أو مانعية الصغر، إذن فلدينا في اشتراط أهلية العاقده بحثان:

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩٨

[البحث الأول] شرط البلوغ:

إشارة

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

دلالة الكتاب على اشتراط البلوغ:

و يدل على ذلك من الكتاب قوله تعالى:

وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَ كَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴿١﴾.

و اختصاص الآية باليتامى لا يضر بالاستدلال بشأن كل صغير لعدم احتمال الفرق، و كأن النكته في نزولها بخصوص شأن اليتامى: إن ما كان محلاً للابتلاء بلحاظ حفظ أموالهم أو صرف المال عليهم أو أخذ اجور الخدمة عليهم كانوا هم اليتامى.

أمّا غير اليتيم فهو يعيش عادة تحت كنف أبيه و لا يطلب الأب عادة الاجور بل لا يملك الطفل الذي في كنف أبيه غالباً مالا يخصه فنزلت الآية بلحاظ الواقع الخارجى الذى كان يتطلب بيان أحكام هذه الامور.

ما الحجر فلا يختص باليتيم كما هو واضح.

و هل الآية تدل على شرط البلوغ أو تدل على شرط الرشد فحسب؟

قد يستفاد من كلمة (أن يكبروا) شرط البلوغ ببيان ان الآية منعت عن أن

(١) النساء: ٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٩٩

يأكل الولي مال اليتيم إسرافاً أو بداراً مخافة أن يكبروا، و هذا يعنى ان اليتيم أنما يتسلم المال من الولي بعد أن يكبر.

و لكن قد يدغدغ في هذا الاستدلال بدعوى احتمال كون المقصود أن اليتيم أنما يقدر على الغلبة التكوينية على الولي و أخذ المال

منه قهرا بعد أن يكبر فقد يستغل الولي فرصة عجزه التكويني عن ذلك فيأكل المال إسرافا و بدارا قبل أن يكبر.

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

ذكر المحقق النائيني رحمه الله «١» في معنى الآية المباركة احتمالين:

الأول- أن يكون قوله: حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ غايَةً للابتلاء خارجة عن المعنى، أي أنّ زمان الابتلاء هو ما قبل البلوغ و يكون قوله: فَإِنِ آتَيْتُم مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ تفريعا على الابتلاء قبل البلوغ، فالمعنى انّ الابتلاء يكون لما قبل البلوغ و إذا ظهر بالابتلاء رشدهم و جب دفع المال إليهم، و هذا يعني أنّه لا يشترط في دفع المال البلوغ بل يكفي الرشد.

و الثاني- أن تكون حتى للغاية و يكون قوله: فَإِنِ آتَيْتُم مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ تفريعا على الابتلاء مع البلوغ فالمعنى: ابتلوهم من زمان قابليتهم للابتلاء إلى زمان البلوغ فإذا بلغوا راشدين فادفعوا إليهم أموالهم، و هذا يعني دلالة الآية على شرط البلوغ، و أنّما أمر بالابتلاء من قبل البلوغ بأمل أن يثبت

(١) راجع منية الطالب ١: ١٦٩-١٧٠، و كتاب المكاسب و البيع للشيخ الآملي ١: ٣٩٦-٣٩٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠٠

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

و استظهر المحقق النائيني رحمه الله المعنى الثاني و أبطل المعنى الأول حسب ما ورد في منية الطالب بوجهين:

الأول- أنّ المعنى الأول يقتضى كفاية الرشد وحده لدفع المال إليهم و كفاية البلوغ وحده أيضا لدفع المال إليهم، فدفع المال إليهم مشروط بظهور الرشد، و هذا الحكم المشروط معني ببلوغ النكاح، أي أنّهم إذا بلغوا النكاح دفعت إليهم أموالهم و لو لم يكونوا راشدين في حين أنّنا لئن احتملنا كفاية الرشد لدفع المال إليهم فأنّنا لا نحتمل كفاية البلوغ بلا رشد لدفع المال إليهم لأنّ هذا يخالف الآية السابقة على هذه الآية و هي قوله تعالى: وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَ آزُوقُوهُمْ فِيهَا وَ اكْسُوهُمْ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا «١» فإنّ النهي عن ايتاء السفهاء للمال يعني شرط الرشد. و هذا البيان هو الذى نحمل عليه عبارة منية الطالب و نقول: أنّه في أكبر الظن هو المقصود رغم ضعف العبارة و غموضها فراجع.

و الثاني- أنّ قوله: فَإِنِ آتَيْتُم مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ لو كان تفريعا على الابتلاء لا على البلوغ مع البلوغ كان جعل بلوغ النكاح غاية لغوا و كان المناسب ان يقال: و ابتلوا اليتامى فَإِنِ آتَيْتُم مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ.

و يمكن الجواب على الوجه الأول لو بقى وحده بأن مفاد الآية على المعنى

(١) النساء: ٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠١

الأول لا ينحصر توجيهه بفرض كفاية البلوغ لدفع المال، بل يحتمل أن يكون المقصود بيان حكم ما قبل البلوغ و هو الاختبار مع دفع المال إليهم إن ثبت رشدهم مع السكوت عن حكم ما بعد البلوغ، و لعل البلوغ لا أثر له أصلا كما يمكن الجواب على الوجه الثاني لو بقى وحده بما أفاده السيد الإمام رحمه الله «١»: من أنّه لعل جعل البلوغ غاية كان لأجل إفهام انّ لزوم الابتلاء أنّما هو قبل البلوغ دون ما بعد البلوغ، لأنّ البلوغ وحده كاف في دفع المال إليهم أي أنّ الاختبار و إمساك المال له غايتان: كل منهما وحدها كاف في دفع المال إليهم احدهما ظهور الرشد، و الثانية البلوغ.

إلّا أنّنا إذا ضمنا الوجهين احدهما بالآخر و كوّنّا منهما وجها واحدا لم يرد ما عرفته من الإشكال و ذلك بأن يقال: إنّنا إن حملنا الآية

على المعنى الأول و هو كون قوله: فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ تفريعا على الابتلاء قبل البلوغ فالرشد وحده كاف لدفع المال إليهم، فالأمر عندئذ لا يخلو من أحد فرضين فإما أن نفترض أن الرشد وحده يجوز دفع المال إليهم، و البلوغ وحده أيضا يجوز ذلك و لو لم يكونوا راشدين، أو نفترض أن الرشد وحده يجوز دفع المال إليهم أما البلوغ فلا اثر له أصلا. فان فرض الأول ورد عليه الوجه الأول لأن فرض كفاية البلوغ وحده لدفع المال إليهم و إن لم يكونوا راشدين ينافي الآية السابقة و هي قوله: لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ.

و إن فرض الثاني ورد عليه الوجه الثاني لأن البلوغ إن كان لا أثر له فجعله

(١) راجع كتاب البيع ٢: ٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠٢

في الآية الشريفة غاية لغو، و هذا بخلاف ما لو أخذنا بالمعنى الثاني و هو تفريع (فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا ... الخ)، تفريعا على الابتلاء مع البلوغ فعندئذ يكون الابتلاء بما هو مطعم- بقرينة هذا التفريع- بالحكم بعدم الدفع و لو فرض رشيدا معني بالبلوغ؛ لأن البالغ إذا ثبت رشده يدفع إليه ماله بخلاف غير البالغ.

و لا يبعد أن يكون هذا هو مراد المحقق النائيني قدس سره كما يشهد لذلك أن الوجهين لم يذكر في تقرير الشيخ الآملي بهذا الشكل المنفصل أحدهما عن الآخر، بل ذكر بالنحو الذي قلناه من الدمج بينهما ضمن دليل واحد بفرق أنه ليس فيه استشهاد بقوله تعالى: لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ، و إنما فرض فيه عدم كفاية البلوغ بلا رشد لدفع المال أمرا واضحا و متفقا عليه بين الكل. فذكر: ان حمل الآية على المعنى الأول يستلزم أحد أمرين، إما لغوية ذكر البلوغ لأنه لا أثر له نهائيا، أو كفاية أحد الأمرين: البلوغ و الرشد، و هذا يعني جواز دفع المال للبالغ غير الرشيد و هذا مما لا يمكن الالتزام به و لم يلتزم به أحد.

هذا. و قد أورد السيد الإمام رحمه الله «١» على الوجه الأول من الوجهين الواردين في منية الطالب في المقام: ان قوله تعالى: لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ لا يدل على ما أراده المحقق النائيني من إبطال المعنى الأول للآية و تأييد المعنى الثاني، بل قد يؤيد المعنى الأول بدعوى ان هذه الآية تخصيص لما ورد قبلها بآيات من قوله: وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ «٢» فإطلاق قوله آتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ يقتضى وجوب الإيتاء و لو مع سفههم، و قوله تعالى: لَا تُؤْتُوا

(١) راجع كتاب البيع ٢: ٨.

(٢) النساء: ٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠٣

السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ تقييد لذلك، أى لا- تؤتوهم إن كانوا سفهاء فهذا يعني: آتوا اليتامى أموالهم إن أصبحوا راشدين، و هذا هو ما يستفاد من قوله تعالى:

وَآتُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا .. بناء على المعنى الأول.

و هذا الإشكال أيضا كما ترى لا يرد على التقريب المذكور في تقرير الشيخ الآملي، و إنما يختص بالتقريب المذكور في منية الطالب حيث استفاد فيه من قوله تعالى: لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ أما تقرير الشيخ الآملي فقد اعتمد على وضوح عدم جواز إيتاء المال للبالغ غير الرشيد فقها من دون استدلال بتلك الآية.

على أنه قد يقال: إن هذا الإشكال لا يرد حتى على ما جاء في منية الطالب و ذلك بدعوى: ان السفه يقصد به البالغ غير الرشيد لا الصغير، أو ان البالغ غير الرشيد هو القدر المتيقن منه بحيث لا يحتمل تخصيصه بالصغير و ذلك بنكتة ان السفه بمعنى خفة العقل و

المصداق البارز منه هو البالغ الذي خفّ عقله، أما الصغير الذي لا يتوقّع منه ضرورة الرشد فعدم الرشد فيه لا يعتبر خفّة و سفها، أو أنّ المتيقن من إطلاق الكلام غيره.

ثم أنّه قد يقال: إنّ تقريب المحقّق النائيني رحمه الله للاستدلال أنّما يتمّ بعد دمج الوجهين في وجه واحد بناء على ما بنى هو عليه في الاصول من دلالة الغاية إذا كانت خارجة عن المعنى على المفهوم، أمّا لو قلنا بأنّ الغاية لا تدلّ إلا على ارتفاع شخص الحكم بحصولها دون نسخ الحكم، فهذا الاستدلال لا يتمّ لأنّه يبطل بذلك الشق الثاني من شقّي الكلام وهو القول بأنّه إن كانت الغاية خارجة عن المعنى و كان البلوغ غير مؤثّر في جواز الدفع، أي أنّ الرشد وحده يكفي للدفع

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠٤

و البلوغ وحده لا يكفي كان جعل البلوغ في الآية الشريفة غاية لغوا فإنّ هذا يجب عليه: بأنّ البلوغ أنّما هو غاية لشخص الحكم فليس من المترقّب تأثير هذه الغاية على نسخ الحكم بنفيه.

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

إلّا أنّ الصحيح أنّ إنكار مفهوم الغاية بشكل عام لا يضرّ بالاستدلال في المقام و ذلك لأنّ الغاية في خصوص المقام تدلّ على المفهوم لأنّ المتركز عقلايا على تقدير كفاية الرشد في الصبي لدفع المال إليه مع كون دفع المال في البالغ أيضا مشروطا بالرشد هو أنّ حكم اشتراط دفع المال إليه في ما قبل البلوغ و بعده بالابتلاء يكون بجعل واحد لا بجعلين فلا يحتمل عقلايا أنّ موضوعية الرشد للدفع أو ضرورة الابتلاء فيما قبل البلوغ تكون بجعل، و فيما بعده تكون بجعل آخر، إذن يكفي جعل الغاية لشخص الحكم لفهم انتفاء نسخ الحكم بحصولها، لأنّ انتفاء شخص الحكم عند انحصار الحكم بذاك الشخص مساوق لانتفاء نسخ الحكم.

ثم أنّ التفسيرين اللذين ذكرهما المحقّق النائيني للآية ثم استظهر الثاني منهما كلاهما مبنيان على جعل «حتى» في الآية الشريفة للغاية مع فرض قوله:

«فإنّ آنستم الخ» تارة تفريعا على الابتلاء قبل البلوغ كما هو الحال في التفسير الأوّل، و اخرى على الابتلاء و البلوغ كما هو الحال في التفسير الثاني، في حين أنّ

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠٥

ل «حتى» معاني ثلاثة: الغاية، و العطف، و التعليل، إذن فالاستدلال بالآية على شرط البلوغ يبطل التفسير الأوّل من التفسيرين لا يتمّ إلاّ يبطل الاحتمالات الاخرى أو إثبات أنّ الاحتمالات الاخرى أيضا تناسب الاستدلال بالآية فلتتميم منهج استدلال المحقّق النائيني رحمه الله نقول: إنّ هنا احتمالين آخرين في الآية المباركة:

الأوّل - أن تكون حتى للعطف من قبيل أكلت السمكة حتى رأسها بنصب الرأس فكأنّ الآية تقول: وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ فِي كُلِّ زَمَانٍ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ وَ هُنَا تَتَمُّ الْجُمْلَةُ وَ يَكُونُ قَوْلُهُ «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» جملة اخرى، و بناء على هذا تكون الآية دالة على أنّ الابتلاء لكشف الرشد لا بد منه سواء قبل البلوغ أو بعده و أنّه متى ما انكشف الرشد يدفع إليه المال إذن فالبلوغ لا أثر له في المقام.

و هذا الاحتمال لم يتعرّض له المحقّق النائيني رحمه الله.

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

و الثاني - أن تكون حتى للتعليل و تكون إذا أداه شرط و عندئذ تكون حتى حرف ابتداء «٢» و قد ذكر هذا الاحتمال المحقّق النائيني

على ما في منية الطالب

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠٦

بعنوان: (قيل ان إذا للشرط و جوابها مجموع الشرط و الجزاء و حتى حرف ابتداء) و لم يصبح المحقق النائيني بصدد دفع هذا الاحتمال أو تأييده و كأنه لأجل ان هذا الاحتمال وجوده و عدمه سيان في المقام، لأن هذا الاحتمال هو في صالح الاستدلال بالآية و ليس ضده لأن معنى الآية على تقدير شرطية إذا هو جعل البلوغ شرطاً في استلام المال و هذا هو المقصود.

هذا غاية ما يمكن ان يذكر لتوجيه استدلال المحقق النائيني رحمه الله في المقام.

إلا ان الصحيح رغم كل هذا عدم تمامية استدلاله في المقام لأن الشق الثاني من شقّي استدلاله و هو القول بأنه لو حملت الآية على المعنى الأول و فرض ان البلوغ لا أثر له في دفع المال و ان تمام الموضوع لدفع المال إنما هو الرشد في كل الحالات لزم كون جعل البلوغ غاية لغوا يرد عليه: ان بالإمكان افتراض ان الرشد هو الموضوع لدفع المال دون البلوغ و مع ذلك لا يكون جعل البلوغ غاية في الآية الشريفة لغوا و ذلك بأن يكون البلوغ غاية للابتلاء و يكون المعنى ان دفع المال إلى الصبي يكون مشروطاً بالرشد، و أنه يجب ابتلاء الصبي لمعرفة رشده، و أمّا البالغ فالرشد و إن كان أيضاً شرطاً في دفع المال إليه و لكن لا يجب ابتلاؤه بل تجرى فيه أصالة الرشد فإذا بلغ الصبي يدفع إليه ماله ما لم ينكشف عدم رشده، و ليس دفع المال إليه لعدم اشتراط رشده بل لأصالة الرشد فيه، فإذا جاء هذا الاحتمال بطل الاستدلال لأننا احتفظنا في هذا الاحتمال بغائية البلوغ للابتلاء من دون ان يلزم من ذلك عدم شرطية الرشد في دفع المال إلى البالغ.

هذا تمام الكلام في تقريب المحقق النائيني رحمه الله للاستدلال بالآية في المقام و إبطاله.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠٧

و للسيد الإمام رحمه الله تقريب آخر «١» للاستدلال بالآية فهو أولاً يدعى ظهور كلمة (حتى) في الغاية و بهذا يبطل احتمال العطف الذي لم يكن في صالح الاستدلال بالآية ثم يقول: ان معنى جعل البلوغ غاية للابتلاء هو ان الابتلاء مستمر و لو عرفنا إلى أول البلوغ، فإذا فرغ على هذا الابتلاء المستمر حسب الفرض إلى أول البلوغ قوله: فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فلا محالة يكون دفع المال إليهم بعد البلوغ و هذا هو المقصود.

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

و لكن مع هذا يمكن تحوير المطلب بشيء من الإصلاح كي يتم الاستدلال بالآية- و لعلّ هذا هو لبّ مقصود السيد الإمام رحمه الله- و لو ارتكازاً و هو ان يقال: إنه

(١) راجع كتاب البيع ٢: ٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠٨

حينما جعل البلوغ غاية لفترة الابتلاء و لو بمعنى فترة المهلة للابتلاء لا فترة الابتلاء الفعلى المستمر، و جاء تفريع دفع المال بشرط ظهور الرشد بعد ذكر هذه الغاية فهذا يكون لا محالة ظاهرا فى تفريع دفع المال على تمامية هذه الفترة لا على مجرد الابتلاء الفعلى المظهر للرشد و لو قبل البلوغ و بهذا يثبت المطلوب.

أما ما أفاده من استظهار كون (حتى) للغاية فإن لم نقبله كفانا وضح كون الحمل على العطف خلاف الظاهر كما مضى، أما احتمال التعليل فلا يضرنا لأنه أيضا فى صالح الاستدلال كما مضى.

هذا تمام الكلام فى تقريب السيد الإمام للاستدلال مع إصلاحه أو توجيهه.

و القاسم المشترك بين هذا التقريب و تقريب المحقق النائينى رحمه الله أنهما يستفيدان المطلوب من جعل كلمة (حتى) للغاية فالابتلاء و عدم دفع المال مستمران إلى غاية البلوغ بأحد التقريبين، و هذا يعنى شرطية البلوغ فى جواز التصرف بالمال.

و لكن صاحب الجواهر رحمه الله سلك مسلكا آخر للاستدلال بالآية «١» فهو لا- يستفيد المطلوب من دلالة حتى على الغاية، بل يستفيد المطلوب من كلمة إذا التى تفترض أداة ظرف و شرط فكلمة (حتى) التى هى للابتداء و تدخل على جملة تامه قد دخلت فى المقام على قضية شرطية شرطها قوله بلغوا النكاح و جزاؤها إما هو قوله: فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ أَى انّ جملة الشرط و الجزاء جزاء للشرط الأوّل كما ينقله صاحب الجواهر عن السيد بحر العلوم (رضوان الله عليه) أو هو قوله: فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ بأن يكون هذا جزاء لمجموع

(١) راجع الجواهر ٢٦: ١٨-١٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٠٩

الشرطين و يكون الشرطان شرطين مستقلين فى عرض واحد كما احتمله أو استظهره صاحب الجواهر، و الأوّل أولى بدليل دخول فاء الجزاء على قوله: فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا و لو كان الشرطان عرضيين لكن المناسب العطف بالواو بأن يقول: حَتَّى إِذَا بَلَّغُوا النَّكَاحَ وَ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ.

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

و أورد صاحب الجواهر رحمه الله على هذا التقريب إشكالا و هو إبداء احتمال ان لا- تكون إذا فى المقام أداة ظرف و بالتالى لا تكون أداة شرط فيكون معنى الآية:

ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ إِلَىٰ حِينٍ بَلُوغِهِمْ وَ تَكُونُ حَتَّىٰ لِلْغَايَةِ، وَ قَدْ فَرَعَ عَلَىٰ هَذَا الْاِبْتِلَاءِ دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِمْ مَتَىٰ مَا ظَهَرَ رَشْدُهُمْ، وَ هَذَا يَعْنِي جَوَازَ دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِمْ قَبْلَ الْبَلُوغِ لَدَىٰ ظَهْوَرِ الرُّشْدِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ الْمَفْرُوضُ اسْتِمْرَارَ الْاِبْتِلَاءِ إِلَىٰ حِينِ الْبَلُوغِ حَتَّىٰ مَعَ ظَهْوَرِ الرُّشْدِ فِي أَوَائِلِ الْاَيَّامِ وَ اَمَّا الْاِبْتِلَاءُ يَكُونُ لِمَعْرِفَةِ الرُّشْدِ، فَانْ عَرَفَ الرُّشْدَ انْقَطَعَ الْاِبْتِلَاءُ اِذْنًا فَالْاَيَّةُ تَدُلُّ عَلَىٰ عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْبَلُوغِ فِي دَفْعِ الْمَالِ لَآ عَلَىٰ اشْتِرَاطِهِ.

و أجاب على ذلك بوجوه:

أولا- انّ خروج إذا عن الظرفية ان سلم وروده فى لغة العرف فهو نادر جدّا لا يحمل عليه التنزيل و مقصوده رحمه الله بهذا إما الإشارة إلى انّ حمل إذا هنا على هذا الاستعمال النادر بعد فرض صحّة هذا الاستعمال حمل على استعمال غير فصيح، أو الإشارة إلى أنّه خلاف الظاهر.

و ثانيا- ان هذا يعنى ان ايناس الرشد قبل البلوغ هو الشرط فى دفع المال لأن قوله: فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا إِشَارَةٌ عِنْدُنَا إِلَى نَفْسِ الرُّشْدِ الْمُسْتَفَادِ مِنْ

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١٠

الابتلاء المذكور فى صدر الآية، فلو بلغ و اونس منه الرشد بعد البلوغ لا قبله لا يدفع إليه المال و هذا واضح البطلان. و ثالثا- اتنا لو أولنا الشرط فى قوله: فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا عَلَى الرُّشْدِ الْمُسْتَفَادِ مِنَ الْإِبْتِلَاءِ قَبْلَ الْبُلُوغِ فَأَمَّا إِنْ يَحْمَلُ عَلَى إِيْنَسِ الرُّشْدِ مُطْلَقًا، أَوْ عَلَى إِيْنَسِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ، فَإِنْ حَمَلَ عَلَى إِيْنَسِ الرُّشْدِ مُطْلَقًا كَانَ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ إِيْنَسَ الرُّشْدِ شَرْطٌ فِي دَفْعِ الْمَالِ حَتَّى فِي الْبَالِغِينَ، وَ لَكِنِ الْإِبْتِلَاءُ مَعْنَى بِالْبُلُوغِ وَ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الصَّبِيَّ يَجِبُ اخْتِبَارُهُ حَتَّى يَدْفَعَ إِلَيْهِ الْمَالُ لَوْ ثَبِتَ رُشْدُهُ، وَ أَمَّا الْبَالِغُ فَلَا يَجِبُ اخْتِبَارُهُ وَ لَكِنِ لَوْ ثَبِتَ رُشْدُهُ وَ لَوْ مِنْ دُونِ اخْتِبَارِهِ وَ جَبَّ دَفْعُ الْمَالِ إِلَيْهِ، وَ هَذَا يَعْنَى أَنَّ الْبَالِغَ أَسْوَأَ حَالًا مِنَ الصَّبِيِّ فَيَجُوزُ إِهْمَالُهُ وَ عَدَمُ اخْتِبَارِهِ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ رُشْدُهُ بِنَفْسِهِ وَ إِنْ طَالَ الزَّمَانُ وَ سَهَّلَ الْاِخْتِبَارَ، وَ هُوَ غَيْرُ مُحْتَمَلٍ.

و إن حمل على ايناس الرشد بعد البلوغ فهذا أولا لا يبطل الاستدلال بالآية لأن هذا ينتج عندئذ أن دفع المال مشروط بإيناس الرشد بعد البلوغ فلا يجوز دفع مال اليتيم إليه قبل البلوغ و هو المطلوب.

و ثانيا يرد عليه نفس ما شرحناه من أنه يلزم من ذلك جواز إهمال البالغ و عدم اختباره فما دام صغيرا يجب اختباره بأمل أن يدفع إليه المال فى أول البلوغ، أما إذا بلغ و لم يختبر، أو لم يكن الاختبار الذى حصل قبل البلوغ كافيا، أو ثبت عدم رُشْدِهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ فَبِمَجْزِدِ الْبُلُوغِ يَجُوزُ إِهْمَالُهُ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ الرُّشْدُ بِنَفْسِهِ وَ هَذَا غَيْرُ مُحْتَمَلٍ.

ثم أبدى رحمه الله احتمالا آخر فى الآية و هو: حمل (إذا) على الظرفية من دون أن تكون شرطا، فهى ليست متعلقة بما بعد (الفاء) و إنما هى متعلقة بعامل محذوف تقديره مثلا أن يقال: وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى تَنْظُرُوا إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١١

رُشْدًا فَأَدْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ.

و كأنه أبدى رحمه الله هذا الاحتمال فى المقام لعلاج كل الإشكالات الثلاثة التى مضت: فالإشكال الأول و هو ندره أو استبعاد خروج (إذا) عن الظرفية لا- يرد هنا لأننا لم نفرض خروجها عن الظرفية، و خروجها عن الشرطية ليس نادرا، و أما الإشكال الثانى و الثالث و هما كون قوله فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا مُتَفَرِّعًا عَلَى الْإِبْتِلَاءِ قَبْلَ الْبُلُوغِ، فَإِمَّا أَنْ يَلْزَمَ مِنْهُ عَدَمُ دَفْعِ الْمَالِ إِلَى الْبَالِغِ إِنْ رُشِدَ بَعْدَ الْبُلُوغِ، أَوْ يَلْزَمَ مِنْهُ إِهْمَالُ الْبَالِغِ وَ عَدَمُ ابْتِلَائِهِ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ رُشْدُهُ فَأَيْضًا لَا يَرِدَانِ فِي الْمَقَامِ لَوْضُوحِ أَنَّ قَوْلَهُ فَإِنْ آتَسْتُمْ - إِلَى آخِرِهِ - مُتَفَرِّعٌ عِنْدُنَا عَلَى تَنْظُرُوا إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ لَا عَلَى ابْتِلَاؤِ الْيَتَامَى.

و لكنّه يقول رحمه الله: إِنَّ هَذَا الْاِحْتِمَالَ خِلَافَ الظَّاهِرِ لِحَاجَتِهِ إِلَى التَّقْدِيرِ عَلَى أَنَّ هَذَا الْاِحْتِمَالَ هُوَ فِي صَالِحِ الْاِسْتِدْلَالِ، وَ كَأَنَّ نَظْرَهُ فِي كَوْنِ هَذَا الْاِحْتِمَالَ فِي صَالِحِ الْاِسْتِدْلَالِ إِلَى مَا أَشْرْنَا إِلَيْهِ مِنْ وَضُوحِ كَوْنِ قَوْلِهِ فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا - إِلَى آخِرِهِ - مُتَفَرِّعًا عِنْدُنَا عَلَى حَتَّى تَنْظُرُوا إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ، إِذَنْ فَالْشَّرْطُ فِي قَوْلِهِ: فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا يَكُونُ بِمَعْنَى إِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا وَ هُمُ الْبَالِغُونَ النِّكَاحَ، وَ هَذَا يَعْنَى أَنَّ الْبُلُوغَ شَرْطٌ فِي دَفْعِ أَمْوَالِهِمْ إِلَيْهِمْ.

و هذا الذى ذكرناه لا يفترق فيه بين افتراض كلمه حتى عندئذ للغايه أو للتعليل.

بقى الكلام فى الوجوه الثلاثة التى استدلل بها على كون إذا فى المقام للظرفية فنقول:

أما الوجه الأول و هو كون خروج إذا عن الظرفية إن صح نادرا لا يحمل عليه التنزيل فقد أجاب عليه السيد الإمام رحمه الله بأن ندره استعمال (إذا) فى غير

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١٢

الظرفية ما لم تكن محلّه بالفصاحة لا توجب عدم حمل التنزيل عليه و ذلك لوجود قرينه توجب ظهور الكلام فى إرادة هذا المعنى

النادر و هو (حتى) الغائية فإنَّ العرف يفهم من الآية أنَّ (حتى) للغاية و لا يستقيم ذلك إلَّا بخروج (إذا) عن الظرفية و بهذا يثبت ظهور الآية في إرادة غير الظرفية.

أقول: إن سلَّمت صحَّة و فصاحة استعمال (إذا) في غير الظرف فلا- شكَّ في أنَّ ندرته توجب ظهور (إذا) في الظرفية فإن فرض ل (حتى) ظهور في الغائية أقوى من هذا الظهور ثبت ما قاله السيّد الإمام من ظهور الآية في غير الظرفية، لأنَّ ظهور (حتى) في الغاية غلب على ظهور (إذا) في الظرفية و لكن لا أدري أنَّ مقصوده رحمه الله هو ادعاء ظهور (حتى) بشكل عام في الغاية مهما أمكن حملها على معنى الغاية أو أنَّ مقصوده هو ادعاء ظهورها في الغاية في خصوص هذه الآية المباركة؟ فإن كان المقصود هو الثاني فهو بحاجة إلى فرض قرينة خلقت هذا الظهور و نحن لا نعرفها.

و إن كان المقصود هو الأوَّل فنحن نسلم ظهور (حتى) في الغاية إن كان ما يقابلها هو العطف لأنَّ العطف نادر و لكن لا نسلم ظهورها في الغاية حينما يكون الاحتمال الآخر هو التعليل فإنَّ هذا الاستعمال أيضا رائج في كلمة (حتى) كرواج استعمالها في الغاية.

و أما الوجه الثاني و هو أنَّه لو فرض خروج (إذا) عن معنى الظرفية و كون (حتى) للغاية إذن فقولته: فَإِنَّ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا إشارة إلى نفس الرشد المستفاد بواسطة الابتلاء قبل البلوغ و هذا يعني أنَّه لو بلغ ثم اونس منه الرشد لم يدفع إليه ماله و هذا واضح البطلان فقد يجاب عليه: بأنَّ الارتكاز العرفي و مناسبات الحكم و الموضوع يوجبان التجاوز عن هذا الإشكال و التعدّي القطعي من إيناس الرشد

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١٣

قبل البلوغ إلى إيناسه بعد البلوغ.

و لكن لا يخفى أنَّه لو فرض أحد يستظهر من الآية ان (حتى) للغاية و إن كلمة (إذا) خارجة عن الظرفية و يريد ان يصرَّ على الالتزام بأنَّ مفاد الآية إذن هو أنَّه يشترط في دفع المال إلى صاحبه إيناس الرشد منه قبل البلوغ، و لا يكفي إيناسه بعد البلوغ.

ورد على هذا الشخص هذا الجواب الذي ذكرناه فيقال له: كيف تفسِّر الآية بهذا تفسيرا مع أنَّ التعدّي من إيناس الرشد قبل البلوغ إلى إيناسه بعد البلوغ قطعاً بالارتكاز و مناسبات الحكم و الموضوع.

و لكنني لا- أظنَّ أنَّ مقصود صاحب الجواهر هو أنَّه لو كان يعتقد أنَّ (حتى) للغاية و إن كلمة (إذا) خرجت عن الظرفية لكان يعتقد بظهور الآية في اشتراط إيناس الرشد قبل البلوغ و عدم كفاية إيناسه بعد البلوغ.

و لعلَّ مقصوده هو أنَّ كون مقتضى الحاقَّ الأوَّل لمفاد الكلام على تقدير خروج (إذا) عن الظرفية هو اشتراط خصوص الإيناس قبل البلوغ منضمًا إلى الارتكاز و المناسبة المانعين عن ذلك أوجب ظهور (إذا) في المقام في الظرفية.

و بكلمة أخرى: إذا دار الأمر بين الأخذ بمفاد حاقَّ اللفظ أو مفاد الارتكاز و المناسبات الخارج عن حاقَّ اللفظ قدَّم الثاني على الأوَّل، لأنَّ المفاد الأصلي لحاقَّ اللفظ ليس هو كلَّ شيء، و الارتكاز و المناسبات يغيّران الظهور اللفظي لكن إذا لم يدر الأمر بينهما و كان هناك وجه آخر للكلام يلتزم فيه مفاد حاقَّ اللفظ مع الارتكاز و المناسبات، فالتضارب الموجود في المعنى الأوَّل بين مفاد حاقَّ اللفظ و الارتكاز أو المناسبات يكون قرينة على ذلك الوجه الآخر أو المعنى الآخر للكلام.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١٤

و ما نحن فيه من هذا القبيل فالتضارب الموجود بين الأمرين على معنى غائية (حتى) و خروج (إذا) عن الظرفية يشكل قرينة على كون (حتى) ابتدائية غير غائية و كون (إذا) ظرفية.

و أمَّا الوجه الثالث و هو أنَّه لو فرض خروج (إذا) عن الظرفية و حمل (حتى) على الغاية و فرض أنَّ المقصود بإيناس الرشد مطلق إيناس الرشد أو خصوص ما بعد البلوغ فهذا يعني أنَّ إيناس الرشد شرط في دفع المال بعد البلوغ و لكن الابتلاء قد انقطع بحصول الغاية و هو البلوغ و معنى ذلك أنَّ التيمم إذا بلغ سقط وجوب ابتلائه و يوكل الأمر إلى حصول إيناس الرشد و لو صدفة و هو غير محتمل.

فقد أورد عليه السيد الإمام رحمه الله بأن الارتكاز العرفي و المناسبة يمنعان عن فهم سقوط وجوب الابتلاء بالبلوغ إذا لم يظهر الرشد قبل البلوغ و بهذا يسقط مفهوم الغاية في المقام بل لا مفهوم للغاية في المقام من أساسها لأن الآية ليست بصدد بيان حدود الابتلاء بحسب الغاية و إنما هي بصدد بيان حدوده بحسب الابتداء، فذكر البلوغ جاء لتوضيح أنه لا بد أن يبدأ بالاختبار من زمان بحيث يضمن عادة ظهور الحال إلى زمان البلوغ كي لا يتأخر تسليم المال إليه من أول البلوغ إن كان رشيدا، أما لو لم يظهر الحال إلى أول البلوغ لأي سبب من الأسباب أو لم يكن رشيدا فالابتلاء لا ينقطع و ذلك بحكم الارتكاز و مناسبات الحكم و الموضوع.

أمّا لو أغفلنا الاستفادة من هذا الارتكاز و المناسبة فالإشكال الذي ذكره صاحب الجواهر و هو لزوم عدم وجوب الابتلاء و جواز الإهمال بعد البلوغ مشترك الورد بينهما لو حملنا (حتى) على الغاية و إذا على غير الظرف أو حملنا (حتى) على الابتداء و التعليل و (إذا) على الظرفية و الشرطية ف (حتى) على

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١٥

الثاني نقول: إن الابتلاء في الآية مختص باليتيم، لأنه الموضوع الذي أخذ في الحكم به، و قوله إذا بلغوا النكاح - إلى آخره - لو فرض كونه جملة شرطية على ما رامه، لكن لا شبهة في عدم انقطاعه عن الجملة السابقة و تفرّعه عليها فأیضا يكون ما يتفرّع عليه الحكم هو الابتلاء قبل البلوغ و الآية ساكنة عن الابتلاء بعد البلوغ فلا يجب.

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

أمّا عدم دلالة الغاية هنا على المفهوم لعدم كونه بصدد البيان إلّا بلحاظ الابتداء دون الانتهاء فلو سلّم فأنما يسلم بلحاظ نفي سنخ الحكم بناء على كونه مستفادا من الإطلاق، و لا - يسلم بلحاظ نفي شخص الحكم الذي هو بظهور وضعي لا - بالإطلاق فلا يتقوم بمقدمة كون المولى في مقام البيان و قد مضت الإشارة آنفا إلى أنّ نفي الشخص هنا يساوق نفي السنخ لعدم احتمال وجود شخصين للحكم عرفا و عقلا ففرق بين مجرد افتراض أنّ اليتيم جعل موضوعا للابتلاء فقيل:

ابتلوا اليتامى و بين الإتيان بأداة الغاية بأن يقال مثلا: ابتلوا اليتامى إلى البلوغ ففي الفرض الأوّل يأتي احتمال أنّ اليتيم ليس هو الموضوع حتى لشخص الحكم بل الموضوع يشمل البالغ الذي لم يثبت رشده أيضا و أنّما الذي صحّح عرفا ذكر قيد اليتيم في المقام هو أنّ توهم رافعية الحجر المطلق لوجوب الابتلاء مختص باليتيم، و لا يأتي في البالغ فلعلّ الآية كانت بصدد بيان أنّ اليتيم رغم ثبوت الحجر

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١٦

عليه حتى على تقدير الرشد لا بدّ من اختباره حذرا من تأخر دفع المال إليه عن أول البلوغ لو كان رشيدا.

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

على أنّ دعوى كون الآية بصدد بيان ابتداء الحكم فحسب دون انتهائه لا قرينه عليها، فإنّ مقصود المتكلم لو كان هو تحديد الابتداء فحسب دون الانتهاء كان المناسب ان لا يذكر حرف الانتهاء و يقول مثلا: و ابتلوا اليتامى فإن آنستم منهم رشدا و قد بلغوا النكاح فادفعوا إليهم أموالهم.

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

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

نعم هناك نكتة بلحاظ الوجه الثالث و هو أننا لو بنينا على ان المقصود بإيناس الرشد هو مطلق إيناس الرشد أو خصوص ما بعد البلوغ كما هو مبنى الوجه الثالث دون خصوص ما قبل البلوغ فهنا لا ثمره لفرض كون (إذا) ظرفية فقه العقود، ج ٢، ص: ١١٧

و عدمه، و فرض كون (حتى) للابتداء أو للغاية فإن فرض شمول إيناس الرشد لما بعد البلوغ قرينه عرفا على كون قوله فإن آنسيتم منهم رُشداً فاذفَعُوا- إلى آخره- تفریع على المعنی و الغاية أي الابتلاء و البلوغ لا على الابتلاء فحسب و بناء على هذا يتم الاستدلال بالآية على تقدير الحمل على الغائية فلا تبقى ثمره بين الفرضين. و قد تحصل حتى الآن ان هناك مسلكين لاستفادة المقصود من الآية:

أحدهما: حمل (حتى) على الغاية مع افتراض ان المعنى و هو الابتلاء مشرب بمعنى الحجر عن التصرف حتى مع الرشد أو قل افتراض كون قوله فإن آنسيتم- إلى آخره- تفریعا على المعنی و الغاية لا على المعنی، فحسب، فعندئذ يستفاد استمرار الحجر إلى البلوغ. و الثاني حمل حتى على الابتداء و التعليل و افتراض ان (إذا) للشرط فيستفاد بمفهوم الشرط الحجر على غير البالغ.

و قد يقال: إن المسلك الثاني يتوقف على الإيمان بمفهوم الشرط حتى في مثل كلمة إذا كما هو مختار صاحب الجواهر رحمه الله، فبناء على ما اخترناه في علم الاصول من إنكار مفهوم الشرط مطلقاً أو على التفصيل بين المتمحض في الشرطية ك (إن) فيتم فيه المفهوم و الأسماء ك (إذا) فلا يتم فيها يبطل المسلك الثاني، و إذا ضمنا ذلك إلى استظهار كون (حتى) للابتداء لا للغاية و كون (إذا) للظرف و الشرط بطل الاستدلال بالآية على المقصود.

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١٨

البلوغ لو قلنا به ليسا بجعلين، و أنما هما بجعل واحد فانتفاء شخص الحكم يلزم انتفاء سنخ الحكم في المقام و به يثبت المطلوب. هذا. و لعلمك اقتنصت من كل البحث في المقام أننا نؤمن أولاً بما أفاده صاحب الجواهر رحمه الله من كون إذا في المقام أداة ظرف و شرط و حتى للابتداء و بتمامية دلالة الآية على المقصود عن هذا الطريق.

و ثانياً بأنه لو تنزلنا عن ذلك و حملنا حتى على الغاية و إذا على غير الظرف و الشرط فأیضا تتم دلالة الآية على المقصود لأننا نستظهر على هذا الفرض كون قوله: فإن آنسيتم- الى آخره- تفریعا على المعنی و الغاية معا و هذا يوجب إشراب المعنی بمعنى الحجر الثابت حتى مع الرشد فيكون هذا الحجر مستمرا إلى زمان حصول الغاية و هي البلوغ.

بقي في الآية احتمال آخر و هو أن يقصد بالابتلاء اختبار البلوغ أي الفحص عنه لا الرشد و عندئذ فتكون الآية ظاهرة جدا في كون (حتى) للابتداء و (إذا) للظرف إذ لا معنى لكون البلوغ غاية للابتلاء بهذا المعنى كما تبّه عليه السيد الإمام رحمه الله «١»، و أنما الذي يعقل أن يكون غاية له هو تبين البلوغ و العلم به.

و على هذا الاحتمال تكون دلالة الآية على شرط البلوغ أوضح لأنها امرت باختبار البلوغ كي يدفع إليهم المال إن كانوا بالغين. إلما ان هذا الاحتمال خلاف الظاهر جدا فإن ما يترقب تحقيقه للكشف عن البلوغ أنما هو الفحص لا الابتلاء بمعنى الاختبار و التعبير عن ذلك بالابتلاء أو الاختبار تعبير مسامحي.

(١) في كتاب البيع ٢: ١١-١٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١١٩

و على أية حال فقد تحصلت من كل ما ذكرناه تامة دلالة الآية على المقصود.

أما إذا لم يقتنع أحد بكل ذلك و افترض الإجمال في الآية و لم يفده أيضا ما قد يقال من إجماع الإمامية باستثناء النادر على شرط البلوغ، و ذلك بدعوى احتمال مدركيته، فأمانا باب آخر نستطيع سلوكه لإثبات المقصود من شرط البلوغ و هو التمسك بالروايات في المقام، و لعل عمدتها في المقام ما يلي:

دلالة السنة على اشتراط البلوغ:

[ما يدل على أن بلوغ سن اليتيم إلى تسع سنين غير كاف لانتهاه اليتيم و حصول التكليف إلا إذا تزوجت]

١- ما عن حرمان قال سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة و يقام عليه و يؤخذ بها؟ قال إذا خرج عنه اليتيم و أدرك قلت: فلذلك حد يعرف به؟ فقال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو انبت قبل ذلك اقيمت عليه الحدود التامة و أخذ بها و أخذت له قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة و تؤخذ بها و يؤخذ لها؟ قال: إن الجارية ليست مثل الغلام إن الجارية إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع إليها مالها و جاز أمرها في الشراء و البيع و اقيمت عليها الحدود التامة و أخذ لها و بها قال: و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمسة عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك «١» و سند الحديث ضعيف بعد العزيز العبدى.

و يبدو من هذا الحديث أن بلوغ سن اليتيم إلى تسع سنين غير كاف لانتهاه اليتيم و حصول سنّ التكليف إلا إذا تزوجت و دخل بها و البحث عن ذلك و إن كان

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢٠

خارجا عن عهدة هذا المقام، لأننا لسنا بصدد بحث البلوغ و علائمه و لكن لا بأس باستيراد بحث السنّ فحسب كى نرى هل من الصحيح هذا الفاصل الكبير بين البنت و الغلام في البلوغ السنّي أو لا؟ و هذا الحديث الذى ربط بلوغ البنت التى اتت عليها تسع سنين بالزواج و إن كان ضعيفا سندا و لكن يوجد ما يشابهه و هو تام سندا و هو ما رواه العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن اليتيم متى يدفع إليها مالها؟ قال: إذا علمت أنّها لا تفسد و لا تضيع فسألته إن كانت قد تزوجت فقال: إذا تزوجت فقد انقطع ملك الوصى عنها «١».

و لو حمل التزويج هنا على الدخول طابقت هذه الرواية الرواية السابقة.

و تؤيد هاتين الروايتين رواية يزيد الكناسى فى أحد نقلها و هو النقل الذى نقله الشيخ الطوسى رحمه الله فقط دون الكينى و هو وارد ضمن حديث مفصل يقول فيه: قلت: أفتقام عليها الحدود و تؤخذ بها و هى فى تلك الحال و أنّما لها تسع سنين و لم تدرك مدرك النساء فى الحيض؟ قال: نعم إذا دخلت على زوجها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع إليها مالها و اقيمت الحدود التامة عليها و لها ... «٢»

فان فرض قوله: «دخلت على زوجها» كناية عن الدخول بها طابقت الرواية الرواية الاولى.

و لعل هذه الروايات تشير إلى أحد أمرين:

إمّا إلى كون زواجها أماره و لو نوعا على أنّها ادركت و نضجت و فى غير هذه الحال كان المترقب ان لا تتزوج.

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢١

و إما إلى افتراض أن نفس زوجها و الدخول بها له أثر في الإسراع بدركها و نضجها.

و تؤيد هذه الروايات أيضا رواية جعلت الحد السنّي للبلوغ في البنت ثلاث عشرة سنة و هي موثقة عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: سألت عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال: إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة و جرى عليه القلم و الجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة و جرى عليها القلم «١» فبضم هذا الحديث إلى الأحاديث السابقة يستفاد أنّ البنت تبلغ إذا أتى لها ثلاثة عشرة سنة إلا إذا حاضت قبل ذلك أو تزوّجت و لم يكن عمرها أقل من تسع سنين و هذه الرواية تخالف المشهور أيضا في تعيين سنّ بلوغ الغلام.

و ممّا يؤيد أيضا عدم بلوغ البنت بمجرد وصول سنّها إلى تسع سنين ما عن عبد الرحمن بن الحجّاج قال: سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الجارية التي لم تدرك متى ينبغي لها ان تغطّي رأسها ممّن ليس بينها و بينه محرم؟ و متى يجب عليها ان تغطّي رأسها للصلاة؟ قال: لا تغطّي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة «٢» بناء على الملازمة بين تغطية الرأس و باقى التكليف و لا يقبل الحديث التقييد بما قبل تسع سنين لأنّ البنت لا تحيض قبل تسع سنين و لا التقييد بمن شكّت في مبلغ عمرها فلا تدرى هل أكملت التسع سنين أو لا ثم حاضت فنجعل الحيض علامة على إكمال التسع سنين فإنّ هذا تقييد بفرض نادر.

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢٢

و بهذا ظهر وجه الاستدلال بكل رواية علّقت بعض التكليف في البنت على الحيض من قبيل ما ورد بسند تام عن اسحاق بن عمّار قال سألت أبا الحسن عليه السّلام عن ابن عشر سنين يحج قال عليه حجّة الإسلام إذا احتلم و كذلك الجارية عليها الحج إذا طمّث «١» بل لعلّ هذا الحديث صريح في عدم كفاية إكماله تسع سنين في بلوغ البنت لأنّ سؤال السائل كان عن ابن عشر سنين و الإمام عليه السّلام عطف عليه في الجواب الجارية و هذا يعنى الجارية بنت عشر سنين.

و في مقابل هذه الروايات روايات تدلّ على كفاية بلوغها تسع سنين من دون شرط الزواج في جرى قلم التكليف عليها

و هي ما يلي:

١- موثقة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنه و كتبت عليه السيئه و عوقب و إذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك و ذلك أنّها تحيض لتسع سنين «٢». و في السند آدم بيّاع اللؤلؤ و بناء على اتحاده مع آدم بن المتوكّل أبي الحسين بياع اللؤلؤ فهو ثقة لشهادة النجاشي بتوثيقه.

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

٢- ما عن الحسن بن راشد عن العسكري عليه السّلام قال: إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجازر أمره في ماله و قد وجب عليه الفرائض و الحدود و إذا تمّ للجارية تسع فكذلك.

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢٣

هذا على ما ورد في الجواهر الطبعة الحديثة «١» أما على ما ورد في الوسائل الطبعة الحديثة «٢» وكذلك في التهذيب الطبعة الحديثة «٣» فالمتن هكذا... وإذا تم للجارية سبع سنين فكذلك. وعندئذ يكون متروكا قطعاً كما هو الحال بالنسبة لتحديده ثمان سنين لبلوغ الغلام، وأما سنده ففيه العبدى على ما ورد في الوسائل الطبعة الحديثة، وكذلك التهذيب الطبعة الحديثة. ولكن الظاهر أنّ الصحيح هو العبيدى كما نقله السيد الخوئي «٤» عن بعض نسخ التهذيب وهو محمد بن عيسى بن عبيد فبناء على موثوقيته يكون السند تاماً.

٣- مرسله الفقيه قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها و جاز أمرها في مالها و اقيمت الحدود التامة لها و عليها «٥». و لعل نقل الصدوق رحمه الله لهذا الحديث عن الصادق عليه السلام إشارة إلى ما يأتي من حديث يزيد الكناسي.

٤- رواية يزيد الكناسي في نقلها الآخر غير النقل الذي مضى و هو ما نقله الكليني و الشيخ معا عن أبي جعفر عليه السلام قال: الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم و زوجت و اقيمت عليها الحدود التامة لها و عليها... «٦».

(١) الجواهر ٢٦: ٣٧.

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

(٣) التهذيب ٩: ١٨٣، الحديث ٧٣٦.

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

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

(٦) الوسائل ١٨: ٣١٤، الباب ٦ من أبواب مقدمات الحدود و ١: ٣١، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢٤

و سند الحديث تام بناء على فرض يزيد أبي خالد الكناسي متحدا مع يزيد أبي خالد القمط الكوفي الثقة، كما يشهد لذلك كون كناسه محلّة بالكوفة و أنّ الشيخ اقتصر في رجاله على ذكر يزيد أبي خالد الكناسي و لم يذكر يزيد أبا خالد القمط، مع أنّه اعترف ضمن ترجمه (كنكر) بأنّ أبا خالد القمط له كتاب.

إلّا أنّ البرقي ذكر أبا خالد الكناسي و يزيد أبا خالد القمط كلا من العنوانين في أصحاب الصادق عليه السلام ممّا يشعر بالتعدّد.

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

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

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

و إذا استحکم التعارض بين الطائفتين و وصلت النوبة إلى الترجيح فقد ترجح الطائفة الثانية على الطائفة الاولى، لاقترب الطائفة الاولى إلى فتاوى العامة و ابتعاد الثانية عنها، إذ يبدو أنّ العامة لا يفتون بالبلوغ في البنت باكمال التسع سنين، بل يتراوح سنّ البلوغ في

البنات في آرائهم بين الخمس عشرة سنة

(١) الوسائل ١٤: ٧٢، الباب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢٥

إلى سبع أو تسع عشرة سنة «١». وبعضهم ينكر تعلق البلوغ بالسن في الغلمان و البنات، في حين أنه يوجد لدى الإمامية الإجماع أو ما يشبه الإجماع على أن البلوغ السنّي في البنات يكون باكمال التسع سنين.

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

الأولى- قوله تعالى: وَابْتُلُوا النِّسَاءَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ ... «٢».

و الثانية- قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنُكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ... إلى قوله تعالى: وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا ... «٣» و لا- يصدق غالباً على البنات البالغ عمرها تسع سنين أنها بلغت الحلم أو بلغت النكاح إلا إذا تزوّجت و دخل بها فعندئذ يصدق ذلك إما حقيقة أو بمسامحة مقبولة.

و لكنني احتمل أن الحالم يطلق على الرجل و لا يطلق على المرأة فإن صحّ ذلك فالآية الثانية اجنبية عن المقام.

وقد يشهد لاختصاص الآية بالغلمان ما عن زرارة بسند فيه أبو جميلة عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تبارك و تعالى الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ قال: هي

(١) راجع الخلاف للشيخ الطوسي ٢: ١٢٠، و فقه السنّة ٣: ٥٧٦-٥٧٧.

(٢) النساء: ٦.

(٣) النور: ٥٨-٥٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢٦

خاصّة في الرجال دون النساء قلت: فالنساء يستأذن في هذه الثلاث ساعات؟

قال: لا و لكن يدخلن و يخرجن ... «١».

إلّا أن هذا راجع إلى ما ملكت الايمان و لا علاقة له بالأولاد، و احتمال الفرق وارد، و لذا ترى أن الاذن في ما ملكت الايمان خص بالأوقات الثلاثة، في حين أن الأطفال الذين بلغوا الحلم امرؤا بالاذن في كل زمان.

على أن في حديث آخر «٢» تام السند عن الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام عمّم المملوكين للرجال و النساء «٣».

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

و أمّا الآية الأولى فافتراض موافقتها للطائفة الأولى يبتنى على تفسير بلوغ

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

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

(٣) لا يخفى أن حديث فضيل بن يسار صريح في اختصاص الآية بالغلمان حيث ورد فيه ... قال هم المملوكون من الرجال و النساء و

الصبيان الذين لم يبلغوا الحلم يستأذنون عليكم عند هذه الثلاث عورات من بعد صلاة العشاء و هي العتمة و حين تضعون ثيابكم من الظهرية و قبل صلاة الفجر و يدخل مملوككم و غلمانكم من بعد هذه الثلاث عورات بغير إذن ان شاءوا فان كلمة: «و غلمانكم» صريحة فيما قلناه بل قد يحتمل ان يكون الصبيان أيضا مخصوصا بالذكور كالفتيان و الغلمان أي أنه ملحق بالجوامد لا بالمشتقات فلا يستعمل للجامع بين المذكور و المؤنث.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢٧

النكاح بما يطابق بلوغ الحلم و لكن بالإمكان أن يقال: إن بلوغ النكاح في الغلام يطابق بلوغ الحلم، و ليس كذلك في البنت لأن بلوغ النكاح في الغلام يعني قابليته لأن ينكح (بالصيغة المبنية للفاعل)، و هذا يطابق بلوغ الحلم و في البنت يعني قابليتها لأن تنكح (بالصيغة المبنية للمفعول) و هذا يطابق بلوغها حوالي تسع سنين. و قد حدّد في ضرورة من الفقه مدعمة بالروايات الكثيرة «١» بخصوص التسع. إذن فالترجيح بموافقة الكتاب يكون في صالح الطائفة الثانية.

و لا يقال: إن هناك آية قرآنية أخرى تؤيد بإطلاقها الطائفة الاولى و هي قوله تعالى: **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ** * «٢» بدعوى ان بلوغ الأشد يعني بلوغ الحلم.

فإنه يقال: إن كون بلوغ الأشد بمعنى بلوغ الحلم في المقام غير معلوم، و إنما معنى بلوغ الأشد اكتمال القوى، و لعل المقصود به في المقام بلوغ حدّ التكليف زائدا الرشد من دون أن يكون ناظرا إلى بيان ما هو حدّ التكليف.

أما الاستعانة بما ورد في بعض الروايات من تفسير الأشد في هذه الآية بالاحتلام فخرج عن الترجيح بالكتاب.

على ان الاحتلام ينصرف إلى الغلمان، لأنّ النص بصدد إعطاء المقياس و المقياس لا يناسب فرض الندره، و الاحتلام إن كان في النساء فنادر.

و لو فرضنا: ان هذه الآية تؤيد الطائفة الاولى، و الآية الاولى تؤيد الطائفة

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

(٢) الأنعام: ١٥٢، و الإسراء: ٣٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢٨

الثانية إذن لا بدّ من مراجعته المرجح الثاني و هي مخالفة العامّة و هي في صالح الطائفة الثانية.

ثمّ ان إجماع الإمامية على كون سنّ التكليف في البنت عبارة عن تسع سنين و إن كان يناقش فيه بمدركيته، أو احتمال مدركيته و لكن قد يقال: إن اختلاف الروايات في الحكم بشكل متكافئ تقريبا يؤدّي بنا إلى الاطمئنان بأنّ هذا الإجماع لم يكن مستندا إلى الروايات محضا، بل إنّما كان على أساس الترجيح بموافقة الكتاب أو مخالفة العامّة، و هذا يؤيد الطريق الذي سلكناه أو كان على أساس تلقى الحكم جيلا بعد جيل من الأئمة عليهم السلام و هذا يعني كون الإجماع تعبديا.

و لنعد الآن إلى روايات شرط البلوغ في انتهاء الحجر:

٢- ما ورد في الخصال عن أبيه عن سعد عن أحمد بن محمّد بن ابن أبي نصر عن أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: سأله أبي و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال حتى يبلغ أشده قال: و ما أشده؟ قال احتلامه قال: قلت قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر و لم يحتلم قال: إذا بلغ و كتب عليه الشئ جاز عليه أمره إلّا أن يكون سفيها أو ضعيفا «١».

و الراوى المباشر على ما ورد في الوسائل الطبعة الحديثه هو أبو الحسين الخادم بياع اللؤلؤ، و لكن ما ورد في كتاب الخصال الواصل إلينا هو نقل أبي الحسين الخادم الحديث بواسطة عبد الله بن سنان، و اظنّ انّ هذا هو الصحيح كى يطابق ما مضى من موثقة عبد الله

بن سنان المروية عن عبد الله بن سنان بواسطة

(١) الوسائل ١٣: ١٤٣، الباب ٢ من أبواب الحجر، الحديث ٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٢٩

آدم ببيع اللؤلؤ، و كى يطابق أيضا ما رواه الشيخ بسند له عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبي و أنا حاضر عن قول الله عزّ وجلّ حتى إذا بلغ [١] أشدّه قال: الاحتلام قال فقال: يحتلم في ست عشرة و سبع عشرة و نحوها فقال: لا إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا قال: و ما الضعيف؟ قال: الأبله (٢).

فمن البعيد افتراض أنه تارة كان عبد الله بن سنان بخدمة الإمام و أبوه أيضا بخدمته فسأل أبوه الإمام عن هذه المسألة و هو حاضر و اخرى حدث لآدم ببيع اللؤلؤ نفس الحادث.

و على أيّ حال فوجود عبد الله بن سنان و عدمه لا يؤثر شيئا في الحساب لأنه ثقة، و أنما الكلام في أبي الحسين الخادم ببيع اللؤلؤ فإن كان هو آدم بن المتوكل فهو ثقة و هذا هو المفهوم من قول النجاشي: آدم بن المتوكل أبو الحسين ببيع اللؤلؤ كوفي ثقة روى عن أبي عبد الله عليه السلام ذكره أصحاب الرجال له أصل ...

و لكن يظهر من الشيخ الطوسي التعداد حيث ذكر في الفهرست تارة آدم ببيع اللؤلؤ و قال: كوفي له كتاب ...، و اخرى آدم بن المتوكل و قال: له كتاب ...، و ثالثة آدم

[١] هكذا في نسخة الوسائل الحديثه و الظاهر انّ هذا غلط و انّ الصحيح هو التعبير الوارد في الحديث الأوّل المنقول عن الخصال من قوله: حتى يبلغ أشدّه* فإنّ هذه الآية* هي الآية المرتبطة بما نحن فيه دون آية حتى إذا بلغ أشدّه*.

(١)* الأنعام: ١٥٢.

(٣)* الأحقاف: ١٥.

(٢) الوسائل ١٣: ٤٣٠، الباب ٤٤ من أبواب الوصايا، الحديث ٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣٠

بن المتوكل بن الحسين (و لعلّ الصحيح أبو الحسين) و قال: روى عن الصادق عليه السلام و هذا الثالث تكرر للثاني حتما. و أما في رجاله فلم يذكر إلا اسما واحدا و هو آدم ببيع اللؤلؤ الكوفي ذكره في أصحاب الصادق ٧، و الظاهر انّ احتمال الوحدة أقوى. و على أيّ حال فحتى لو لم تثبت وثاقته عن هذا الطريق يكفي انّ الراوى عنه الحديث الذي نقلناه هو ابن أبي نصر و هو أحد الثلاثة الذين لا يروون إلا عن ثقة، و أما سند الشيخ الطوسي رحمه الله الذي قلنا: إنّه ينتهي إلى عبد الله بن سنان ففيه سنده إلى علي بن الحسن بن فضال.

و يحتمل أن تكون روايات الباب الواردة عن عبد الله بن سنان كلها حاكية عن حديث واحد و هي الروايات الماضية «١» زائدا رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا بلغ أشدّه ثلاث عشرة سنة و دخل في الأربع عشرة و جب عليه ما و جب على المسلمين احتلم أو لم يحتلم و كتبت عليه السيئات و كتبت له الحسنات و جاز له كلّ شيء إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا «٢»، و السند تام و القاسم المشترك بينها جميعا عدا النص المنقول عن الخصال هو أنّها ترى انّ البلوغ السنّي في الذكور يكون ببلوغ ثلاث عشرة سنة و تؤيدها موثقة عمّار الساباطي «٣» التي مضت.

(١) اعنى: الرواية الاولى من الروايات التي نقلناها في كفاية بلوغ البنت تسع سنين من دون شرط الزواج لجرى قلم التكليف عليها. و الرواية الثانية من الروايات التي نقلناها في اشتراط البلوغ لانتهاه الحجر، و هي رواية الخصال. و الرواية الأخيرة التي نقلناها في ذيل رواية الخصال.

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣١

و لكن يوجد في مقابل ذلك ما مضى من حديث حمران «١» فإنه دلّ على أنّ المقياس السنّي في الغلام هو البلوغ خمس عشرة سنة، و كذلك ما مضى من حديث يزيد الكناسي في بعض نقوله فقد مضى أنّه نقل بشكّلين أحدهما ضمن نص مفصّل رواه الشيخ الطوسي و لم يروه الكليني، و الثاني ما رواه الكليني و الطوسي معا.

أمّا ما رواه الشيخ الطوسي وحده ففيه: ... قال (يعنى أبا جعفر عليه السّلام): يا أبا خالد إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه و لم يدرك كان بالخيار إذا أدرك و بلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته ... «٢».

و أمّا ما رواه معا فقد اختلف نقلهما على حدّ ما يرويه صاحب الوسائل في جملة واحدة حيث جاء في نقل الكليني: قلت الغلام إذا زوّجه أبوه و دخل بأهله و هو غير مدرك أ تقام عليه الحدود على تلك الحال؟ قال: أمّا الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا و لكن يجلد في الحدود كلها على مبلغ سنّه ... «٣». و زاد هنا في نقل الطوسي «فيؤخذ بذلك ما بينه و بين خمس عشرة سنة» و لكن نسخة الكافي المطبوعة بالطبعة الحديثيّة شتملة أيضا على هذه الزيادة.

و توجد أيضا روايات اخرى تدلّ على أنّ المقياس في بلوغ الغلام من حيث السن هو بلوغ خمس عشرة سنة، و بعضها تام سندا من قبيل ما ورد على

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

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

(٣) الوسائل ١٨: ٣١٤-٣١٥، الباب ٦ من أبواب مقدمات الحدود، و راجع أيضا الكافي ٧:

١٩٨، باب حدّ الغلام و الجارية اللذين يجب عليهما الحد تامًا، الحديث ٢، و التهذيب ١٠:

٣٨، الحديث ١٣٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣٢

معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال ما بينه و بين خمس عشرة سنة و اربع عشرة سنة فان هو صام قبل ذلك فدعه «١».

أمّا ما قد يوهم كون المقياس ست عشرة سنة فضعيف سندا و هو ما عن العباس بن عامر عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السّلام قال يؤدّب الصبي على الصوم ما بين خمس عشرة سنة إلى ست عشرة سنة «٢».

على أنّه يمكن حمله جمعا على إرادته ما بين أوّل خمس عشرة سنة إلى أوّل ست عشرة سنة فيعود مفاده مرة اخرى إلى أنّ المقياس هو تمام الخمس عشرة.

هذا. و هناك رواية اخرى رددت المقياس بين ثلاث عشرة و اربع عشرة سنة و هي ما ورد عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السّلام قال: قلت له: في كم تجرى الأحكام على الصبيان؟ قال: في ثلاثة عشرة و اربع عشرة قلت: فإنّه لم يحتلم فيها قال: و إن كان لم

يحتلم فإن الأحكام تجرى عليه «٣».

و السند ضعيف ب (يحيى) بن المبارك الذي لا دليل على توثيقه إلّا على مبنى كفاية وروده في أسانيد تفسير علي بن ابراهيم. و أما من حيث الدلالة فقد يقال: إن التردد بين وقتين شاهد على النظر إلى إمكانية البلوغ و ترقبها في هذه الفترة بعلامة أخرى دون أن يكون البلوغ بالسّنّ و إلّا لما كان التردد معقولاً. و على أية حال فإن لم يمكن الجمع العرفي بين ما دلّ على الثلاث عشرة

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

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣٣

سنه و ما دلّ على الخمس عشرة سنه، ففي رأى من يؤمن بأنّ المخصص إذا ابتلى بالتعارض و سقطا رجعتنا إلى العام أمكن ان يقال هنا بأن مقتضى إطلاق أدلته شرط الاحتلام عدم حصول البلوغ قبل الاحتلام خرج منه يقينا ابن الخمس عشرة سنه، أما ابن الثلاث عشرة سنه فما دلّ على خروجه ابتلى بالمعارض فنرجع فيه إلى إطلاق دليل اشتراط الاحتلام.

أما إن لم نقبل هذه القاعدة فبالإمكان الرجوع في المقام إلى إطلاق الكتاب كمرجح لأحد المتعارضين و هو آية بلوغ النكاح و آية بلوغ الحلم فمقتضى إطلاقهما أنّ البالغ ثلاث عشرة سنه ليس بالغاً حدّ التكليف ما لم يحتلم، و لو ناقشنا في دلالة آية بلوغ الحلم لعدم وضوح دلالتها على كون بلوغ الحلم حدّاً للتكليف كفتنا آية بلوغ النكاح.

على أنّ أصحاب عدم التكليف أيضا يؤدي إلى نفس النتيجة.

٣- رواية هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: انقطع يتم بالاحتلام و هو أشدّه و إن احتلم و لم يؤنس منه رشده و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه و ليه ماله «١». و السند تام.

٤- و رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام قال سألته عن يتيّم قد قرأ القرآن و ليس بعقله بأس و له مال على يد رجل فأراد الذي عنده المال أن يعمل به مضاربة فاذن له الغلام فقال لا يصلح له أن يعمل به حتى يحتلم و يدفع إليه ماله

(١) الوسائل ١٢: ٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢، و ١٣: ٤٣٠، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا، الحديث ٩، و الصفحة ١٤١، الباب ١ من كتاب الحجر، الحديث ١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣٤

قال و إن احتلم و لم يكن له عقل لم يدفع إليه شيء أبدا. و رواه أيضا حسن بن سماعة عن أبي عبد الله عليه السّلام «١». و كلاهما تام سندا.

ما دلّ على كفاية الرشد:

إشارة

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

١- ما مضى عن العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: سألته عن اليتيم متى يدفع إليها مالها؟ قال: إذا علمت أنّها لا

تفسد و لا تضيع فسألته إن كانت قد تزوّجت فقال: إذا تزوّجت فقد انقطع ملك الوصي عنها «٢». و السند تام.

٢- ما رواه الصدوق بإسناده عن اصبح بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتى يعقل «٣».

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

أ- رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته «٤». و السند تام.

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

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

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

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣٥

جائز «١». و السند تام.

ج- رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته و إذا بلغ عشر سنين جازت وصيته «٢». و في سند الحديث سند الشيخ الطوسي إلى علي بن الحسن بن فضال.

د- رواية أبي بصير و أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصى قال: إذا أصاب موضع الوصية جازت «٣». و في السند أيضا سند الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال.

ه- رواية منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته ٤. و سند الحديث كالسابق.

و- و رواية جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم ٥، و السند هكذا ورد في الوسائل نقلا عن التهذيب إلّا أنّه في التهذيب قد ورد جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أحدهما ٦. و على أيّة حال فالسند صحيح.

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

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

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

(٤) ٥ الوسائل ١٣: ٣٢١، الباب ١٥ من أبواب الوقوف، الحديث ٢.

(٥) ٦ التهذيب ٩: ١٨٢، الحديث ٧٣٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣٦

ز- رواية عبيد الله الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم قال: نعم إذا وضعها في موضع الصدقة «١». و السند تام.

ح- رواية محمد بن مسلم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إنّ الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته.

لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء «٢». و السند تام.

و يمكن حمله جمعا و تقييدا على من كان سنه أقل من عشر سنين و ان الوصية لذوى الأرحام أقرب إلى الرشد منها للغرباء.

ط- رواية أبي بصير المرادي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين و أوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته «٣». و السند تام.

ي- رواية سماعة قال: سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته فقال:

إذا طلق للسنة و وضع الصدقة في موضعها و حقها فلا بأس و هو جائز «٤». و السند تام.

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

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

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

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

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣٧

و وصيته و صدقته إن لم يحتلم.

قال صاحب الوسائل: و في نسخة يجوز و كذا في رواية الشيخ.

أقول: على النسخة الأولى يكون مخصوصا بما دون العشر سنين و على الثانية بها و بما فوقها.

و عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد و محمد بن الحسين جميعا عن ابن فضال عن ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام مثله. انتهى ما في الوسائل.

و هذا الحديث من حيث السند تام فإنّ السند الأوّل و إن كان ضعيفا «١» و لكنّ السند الثاني تامّ و رواه صاحب الوسائل عن الكافي كما عرفت. و كذلك هو موجود

(١) منشأ الضعف إمّا أن يكون على أساس عدم معرفة العدّة الذين ينقل عنهم محمد بن الحسين و هذا قد يمكن الجواب عليه بأنّ نقل محمد بن الحسين عن عدّة يورث الاطمئنان و إمّا أن يكون على أساس سهل بن زياد و هذا إمّا يتم بناء على التعبير الوارد في الكافي و في الوسائل من عبارة: «عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسين الخ» إمّا عبارة الشيخ في التهذيب و الاستبصار فكما يلي: «محمد بن يعقوب عن عدّة من أصحابنا عن سهل بن زياد و عن محمد بن الحسين عن عدّة من أصحابنا عن ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام» و هذا معناه وجود محمد بن الحسين في عرض سهل بن زياد و هذا يعني عدم ابتلاء السند بالضعف من ناحية سهل بن زياد.

إلّا أنّ الذي يبدو لي أنّ نقل الكافي اضبط لأنّ قوله في التهذيب و الاستبصار: «و عن محمد بن الحسين» إنّ كان عطفًا على قوله عن عدّة من أصحابنا، ورد عليه أنّ الكليني لا ينقل مباشرة عن محمد بن الحسين.

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣٨

في الكافي «١» و يأتي بعده مباشرة في الكافي حديث بشأن الطلاق فحسب و هو كما يلي: علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن بعض رجاله عن ابي عبد الله عليه السلام قال: [لا] يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين.

و لكن الشيخ رحمه الله في التهذيب «٢» نقل عن الكليني لرواية ابن بكير السند الأول فحسب، و أما السند الثاني فجعله «٣» للحديث الثاني الذي جاء في الكافي مباشرة بعد الحديث الأول حاذفا سند الحديث الثاني الوارد في الكافي. و كذلك الحال في الاستبصار «٤».

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

و أما من حيث المتن فهو حسب ما ورد في الوسائل هكذا: «لا يجوز [و في نسخة يجوز] طلاق الغلام و وصيته و صدقته إن لم يحتلم» و كلمة (إن لم يحتلم) تشهد لكون الصحيح هو نسخة (لا يجوز) إذ مع كلمة (يجوز) كان المناسب أن يقول: «و إن لم يحتلم».

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

(٢) التهذيب ٨: ٧٦، الحديث ٢٥٧.

(٣) في التهذيب ٨: ٧٥-٧٦، الحديث ٢٥٤.

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٣٩

و أما حسب ما ورد في الكافي فكما يلي:

«[لا]- يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم» و وجود الواو في جملة (و إن لم يحتلم) دليل على أنّ الصحيح هو نسخة يجوز و أنّ (لا) زائدة، و تطابق التهذيب و الاستبصار مع الكافي في وجود (الواو) يقوى احتمال صحته وجود (الواو) و بالتالي يقوى احتمال زيادة (لا). مضافاً إلى أنّ (لا) غير موجودة في التهذيب و الاستبصار، و أنّ الشيخ استدلل بهذا الحديث على الجواز لا على عدم الجواز.

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

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

و لو فرض الإطلاق في الحديث يقيد بما دلّ على شرط البلوغ و لا أقصد بذلك التقييد بما ورد فيه قيد البلوغ فحسب حتى يدخل في البحث عن أنّ نتيجة هذا التقييد هل هي اشتراط البلوغ و الرشد معاً؟ أو كفاية كل واحد منهما مستقلاً سنخ ما يقال في مثل إذا خفي الاذان فقصر و إذا خفي الجدران فقصر؟ من أنه هل مقتضى الجمع تقييد الإطلاق الواو أو تقييد الإطلاق الأوى مثلاً؟ بل أقصد بذلك التقييد بما دلّ على شرط البلوغ و الرشد معاً كالأية الشريفة حتى إذ [بلغوا النكاح فإن أنستهم منهم رُشداً... و بعض الروايات

من قبيل رواية هشام بن سالم

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤٠

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يونس منه رشده، و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله، و غيرها من الروايات الماضية.

بل لا بأس أيضا بالتقييد بروايات شرط البلوغ حتى غير المشتملة على شرط الرشد، لأننا حتى إذا قلنا بشكل عام بأن الجمع بين روايتين مشتمل كل منهما على قيد كما يمكن أن يكون بالجمع بين القيدين، كذلك يمكن أن يكون بجعل القيد هو أحدهما أو الجامع بينهما، أو فرضنا أن الثاني أظهر ففي خصوص ما نحن فيه لا بد من الجمع بين القيدين بعد فرض وضوح عدم كفاية البلوغ بلا رشد لارتفاع الحجر، لبداهة ثبوت الحجر على السفيه فلا يمكن الجمع في المقام بين الطائفتين بافتراض المقياس هو الجامع بين القيد بان يكفي أحدهما لانتفاء الحجر، بل لا بد من الجمع بافتراض أن المقياس هو مجموع القيدين و هما البلوغ و الرشد و هذا المقصود. هذا كله بناء على غرض النظر عن ذيل رواية العيص.

أما إذا لاحظنا الذيل أيضا و هو قوله: «فأسأله إن كانت قد تزوجت فقال:

إذا تزوجت فقد انقطع ملك الوصي عنها» فالظاهر أن هذه الرواية هي من روايات عدم كفاية الوصول إلى التسع سنين للبلوغ في البنات و أنه لا بد من انضمام الزواج إلى ذلك كي ينقطع اليتيم أما إذا لم ينضم إليه الزواج فالبلوغ فيها يبقى ينتظر حصول الرشد و إن تأخر عن التسع سنين.

و عليه فالرواية اجنبية عن مسألة كفاية الرشد قبل البلوغ لزوال الحجر.

و أما رواية الصدوق بإسناده عن اصبح بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قضى ان يحجر على الغلام المفسد حتى يعقل فبغض النظر عن ضعف سنده لم يدل

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤١

على شيء عدا كون السفه موضوعا للحجر، و هذا لا ينافي كون الصغر أيضا موضوعا له و نحن لا نؤمن بمفهوم الوصف، و كون حتى للغاية لا يستلزم نهاية الحجر بالعقل حتى في الطفل لأن الحجر الذي جعل العقل غاية له كان موضوعه الإفساد، و هذا لا ينافي فرض حجر آخر موضوعه الصغر لا ينتهي بالعقل، و إنما ينتهي بالبلوغ، كما أن الحجر الذي موضوعه التفليس مثلا لا ينتهي بالعقل فحتى إذا كانت الغاية دالة على انتفاء سنخ الحكم فأنما تدل على انتفاء السنخ المتحد، مع هذا الشخص من الحكم في الموضوع لا على انتفاء حكم متقوم بموضوع آخر، و ليس الغلام اسما لخصوص من لم يبلغ حتى يقال: إن الرواية دلت على أن الغلام الذي لم يبلغ محجور عليه حتى يعقل فيدل على كفاية الرشد حتى في غير البالغ في انتفاء الحجر، و إلا لكان ذكر قيد الإفساد و غاية العقل بلا فائدة.

و أمّا الروايات المرخصة لبعض تصرفات الصبي حينما يعقلها فالقاسم المشترك بينها أنها ترخص في التصرفات الخيرية من قبيل الوصية و العتق و الصدقة و لم يرد في شيء منها الترخيص في التجارة و البيع و الشراء، و يظهر من بعضها أن تصرفه الخيري إنما ينفذ إذا أصاب موضعه و إذا كان هذا القيد مأخوذا بعين الاعتبار في هذه الروايات فيا ترى من الذي يكون مسئولا عن ملاحظة وجود هذا القيد؟ لا يحتمل عرفا كون ذاك هو الطفل نفسه، فإن الطفل هو المتهم باحتمال عدم الرشد و عدم وضع المال في غير موضعه فليس من المترقب أن يوكل إليه أمر تمييز ذلك، و إنما المفهوم عرفا من ذكر هذا القيد هو ملاحظة ذلك من قبل الكبار و أن لوليه ان يراقبه و يشرف على عمله كي يعلم أنه وضع المال في موضعه إذن فهذه الروايات أولا لم ترفع الحجر عن الصبي في التجارة و البيع و الشراء، و ثانيا لم تطلق يد الطفل في ماله حتى في التصرفات الخيرية من دون

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤٢

ملاحظة الولي و إشرافه، و كلما تدل عليه هذه الروايات هو أن الصبي لو تصرف في ماله تصرفا خيرا بحدود ما وصل إليه من الرشد و لاحظ الولي أن هذا التصرف في محله لم يجز له منعه عن ذلك، و هذا المقدار لا نتحاشى عنه، و نقييد إطلاقات الحجر بهذا المقدار.

هذا. وكم فرق بين هذا الأدب الإسلامي المفهوم من هذه الروايات وما يذكره الفقه الوضعي من أنه: «إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً و باطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع و الضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر...» (١)

و مقصودهم بما يكون نافعا نفعاً محضاً ما يكون من قبيل قبول الهبة الذي يثرى الصغير و لا يتصور فيه فرض الضرر، و بما يكون ضاراً ضرراً محضاً التصرفات المجانية كالصدقة و الهبة فهذا النوع من التصرف باطل من قبل الصغير و إجازة الولي أيضاً لا تنفعه في غير موارد مستثناة. و مرادهم بالتصرفات المالية الدائرة بين النفع و الضرر ما يكون من قبيل البيع و الشراء و التجارة فهذا يبقى قابلاً للإبطال من قبل الولي أو من قبل نفسه حينما يكبر، اذن فالتصرفات الخيرية اتعس حالاً عندهم من البيع و الشراء لأنها ضارة ضرراً محضاً، في حين ان الشريعة الإسلامية ترى ان الإشراف الكامل للولي على الصبي المميز أنما هو في مثل البيع و الشراء و التجارة، و أما التصرفات الخيرية أو خصوص الصدقة و العتق و الوصية فليس للولي منعه عنها إذ رأى أنه يضعها في موضعها.

مدى بطلان معاملات الصبي:

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

(١) راجع الوسيط ١: ٢٥٤-٢٥٥، الفقرة ١٥٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤٣

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

- ١- أن يكون الصبي مجرد وسيلة إيصال للمتاع إلى أحد الجانبين المتعاملين أو كليهما، فحاله حال حيوان ينقل عليه المال أو حال جماد يوضع عليه المال و يحول بالتحريك الكهربائي مثلاً من مكان إلى مكان.
- ٢- أن يكون الصبي هو وسيلة إبراز قصد المتعاملين.
- ٣- أن يكون الصبي هو الذي يتعامل و يتجر تحت إشراف الولي و إدارته و أمره و نهيته.
- ٤- أن يكون الصبي هو الذي يتعامل و يتجر تحت إذن الولي و ليس تحت إشرافه.
- ٥- أن يستقل الصبي في التصرف و البيع و الشراء تمام الاستقلال فلم يكن عمله تحت إشراف الولي و لا تحت إذنه.

و لا أقصد بالمرتبة الأولى أن يكون عمل الصبي خارجاً نهائياً عن عملية البيع و الشراء أو المعاملة، بأن يكون العقد يجريه الشخصان الكبيران و الطفل ليس إلا وسيطاً في إيصال الأمانة إلى صاحبها. و إنما أقصد بذلك افتراض أن المعاملة كانت معاطية و البائع حقق إيصال المال إلى المشتري، و الذي به يتم الإيجاب مثلاً عن طريق هذا الطفل سنخ تحقيقه لذلك عن طريق حيوان، و بكلمة أخرى ان إبراز الإرادة الكامنة في نفس العاقد كان بفعل الصبي، و فرق هذا عن القسم الثاني هو أنه في القسم الأول يكون المنشئ و المبرز هو الولي و إن كان إبرازه بواسطة إيصال المال إلى القابل عن طريق الطفل كما قد يوصله إليه بواسطة حيوان، و أما في القسم الثاني فالطفل هو المنشئ عن الولي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤٤

و حكم القسم الأول واضح بدهة ان الطفل ليس بأخس حالاً. من الحيوان فكما تصح المعاطاة بالإيصال عن طريق الحيوان تصح بالإيصال عن طريق الطفل.

و حكم القسم الأخير أيضاً واضح فانه القدر المتيقن من أدلة الحجر و منع تصرف الطفل أنما الكلام في الأقسام الثلاثة الوسطى هل تكون مشمولة لأدلة الحجر و المنع أو لا؟

و التحقيق: انّ أدلّة الحجر و المنع الماضية تكون بأحد تعبيرين:

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

و الثاني- التعبير بدفع المال إليه و عدمه من قبيل الآية الكريمة **حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** و رواية هشام: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده و ان احتلم و لم يونس منه رشده و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه و ليه ماله.

و القسم الثاني الذي ينشئ فيه الطفل المميز للإنشاء عن وليه ليس مشمولاً للتعبير الأول فإن جواز أمره أو وصيته أو طلاقه مثلا ليس عنوانا يصدق إلّا مع مستوى من الاستقلالية له بحيث يجوز و ينفذ أمره هو من دون حاجة إلى تنفيذ الولي له بل قد يقال: إن العقد في مثل هذا الفرض لا يعدّ من أمر الصبي حتى يشمل دليل عدم جواز أمره و أنّما يعد من أمر الولي. و كذلك ليس مشمولاً للتعبير الثاني فإنّه بعد وضوح عدم إرادة الإقباض المادّي من الدفع إليه فقد يعطى الولي مال الطفل بيده و يأمره بإيصاله إياه إلى المأمّن الفلاني و تحت إشرافه، و من الواضح عدم دخول ذلك في النهي عن دفع المال إليه يكون المقصود من عنوان

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤٥

الدفع إليه جعل المال تحت إدارته و هيمنته و لا علاقة لذلك بما نحن فيه. اذن يتمسك في المقام بإطلاقات أدلّة المعاملات الدالّة على صحّة العقد بالنسبة للولي فإنّ هكذا عقد يستند إلى الولي بلا إشكال.

و كذلك الحال في القسم الثالث و هو تجارة الصبي بإشراف الولي و إدارته فهذا أيضا ليس مشمولاً للعنوان الأول، باعتبار انّ جواز الأمر يعنى نوعا من الاستقلالية للشخص و نفوذ أمره بلا حاجة إلى تنفيذ غيره إياه، و فرض الإشراف ينهى هذه الاستقلالية، و لا مشمولاً للعنوان الثاني لما عرفت من انّ المفهوم من إعطاء المال بيده بعد وضوح عدم إرادة الإعطاء الجوارحي هو جعله تحت إدارته و سلطنته، و فرض إشراف الولي عليه ينهى هذه الحالة. فهذه الأدلّة لا تدلّ على بطلان هكذا عقد فيتمسك بإطلاقات أدلّة المعاملات بالنسبة لهذا الصبي و وجوب التزامه به بعد بلوغه، بل ان الآية الشريفة **وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ** - إلى آخره - تدلّ على صحّة عقد الصبي المميز تحت إشراف الولي فإنّ ابتلاء اليتيم يكون بهذا.

و لا يقال: إنّ الأمر بابتلاء اليتيم لا يلازم الحكم بصحّة معاملته فلعله يتبلى بجعل المعاملة و التجارة تحت يده، ثمّ يحكم ببطلان تلك المعاملة أو التجارة.

فإنّه يقال: إنّ الملازمة العقلية و إن كانت غير موجودة في المقام لكن المفهوم العرفي من الأمر بإيقاع التجارة و المعاملة على يد الطفل و لو اختبأ هو صحّة تلك المعاملة أو التجارة.

و أمّا ما أفاده السيّد الإمام رحمه الله «١» من أنّ الآية لا تدلّ على صحّة معاملة الصبي لأنها واردة مورد بيان حكم آخر و هو إيجاب الاختيار فلا تدلّ بإطلاقها

(١) راجع كتاب البيع ٢: ١١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤٦

على صحّة المعاملة. و يمكن فرض إيجاب اختباره بتوريطه في المعاملة و التجارة ثم الحكم ببطلان تلك المعاملة أو التجارة. أقول: نحن لا- نتمسك بإطلاق الآية لإثبات صحّة معاملة الصبي، و أنّما يتمسك بالدلالة الالتزامية العرفية للأمر بتوريط الصبي في المعاملة على صحّتها.

و الظاهر انّ السيّد الإمام رحمه الله ينظر إلى رد ما نقله عن أبي حنيفة من انّ الآية تدلّ بإطلاقها على ابتلاء الطفل بأي شكل ممكن، و من أشكال الابتلاء هو توريطه في المعاملة و التجارة، فالآية بإطلاقها دلّت على ابتلاء الطفل بتوريطه في التجارة و بالتالي تدلّ على صحّة تلك التجارة فهنا يقول السيّد الإمام: إنّ الآية واردة مورد حكم الابتلاء فلا إطلاق لها لصحّة المعاملة.

أقول: إنَّ أبا حنيفةً أيضاً لم يتمسك - في المنقول عنه - بإطلاق الآية لإثبات المعاملة مباشرة حتى يورد عليه بأنَّ الآية ليست في مقام بيان حكم الصحة، وأنَّما هي في مقام بيان الأمر بالابتلاء والاختبار، وأنَّما تمسك بإطلاق الآية بلحاظ نفس الأمر بالابتلاء وقال: إنَّ هذا يشمل ابتلاءه بتوريطة في التجارة وإذا صحَّ الأمر بتوريطة في التجارة فهذا يدلُّ على صحَّة التجارة. وهذا كما ترى لا يردُّ عليه إشكال السيّد الإمام رحمه الله، نعم يردُّ عليه: أنه إنَّ أراد بهذه الدلالة دعوى الملازمة العقلية بين إيجاب توريطة في التجارة وصحَّتها، فمن الواضح عدم الملازمة العقلية إذ بالإمكان كما أفاد السيّد الإمام أمره بالتجارة ثم الحكم بطلان تجارته.

و إنَّ أراد بذلك الملازمة العرفية فلا ملازمة عرفية بين الدلالة الإطلاقيه للآية على توريطة في التجارة وصحَّة التجارة. نعم لو أمرت الآية بخصوص توريطة في التجارة لا ينبغي الإشكال في دلالة ذلك عرفاً على صحَّتها.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤٧

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

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

و السر في ذلك أنَّ حالة الاختبار ليست مستثناة من حكم الحجر المستفاد من نفس الآية المباركة، وهذا شاهد على أنَّ الاختبار المأمور به أنما يكون باتجار الصبي بإشراف وليه لا باتجاره المستقل عن وليه، و أنَّ السر في صحَّة تجارته و معاملته هو إشراف الولي لا كون المعاملة معاملة اختبارية.

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤٨

يقدمون على التعامل معه!؟

أمَّا ما هو مقدار المعاملات الصحيحة الرائجة في السوق؟ فطبعاً لا إطلاق للآية في ذلك فلا بدّ من الاقتصار فيه على القدر المتيقن، و القدر المتيقن من ذلك هو معاملات الصبي بإشراف الولي.

و أمّا القسم الرابع الذي لم يعتمد الطفل فيه في معاملته على إشراف الولي و أنما اعتمد على إذنه فحسب فالظاهر بطلانه، لأننا لئن شككنا في شمول القسم الأول من قسمي دليل البطلان إياه و هو ما ورد بعنوان عدم الجواز و النفوذ بدعوى أنَّ النفوذ مع الاذن لعله لا ينافي عنوان عدم جواز أمره فلا إشكال في شمول القسم الثاني إياه و هو ما دلَّ على عدم دفع المال إليه، فإنَّ النهي عن دفع المال إليه الذي كان بمعنى النهي عن تسليطه إياه يشمل الاذن الخالي عن الإشراف حتماً، و إلّا للغي هذا النهي عرفاً إذ بإمكان كل ولي يرغب ان يدفع مال الطفل المميز إليه ان يأذنه في التصرف كي يجوز دفع المال إليه، فمعنى النهي عن تسليط الأطفال على أموالهم هو المنع عن اذنه بالتصرف في الأموال من دون الإشراف عليهم.

إذن فالنتيجة هي أنَّ معاملات الصبي باطله و لو كان مميزاً و رشيداً إلّا بإشراف الولي و لا فائدة في مجرد الاذن.

نعم في الامور الجزئية أو الدوائر الضيقة من التصرف لا يبدو كثير فرق بين الاذن والإشراف فهما يتقاربان أو يتلازمان خارجا، فالطفل الذي أخذ تومانا من أبيه مثلا ليشتري خبزا و اذن له أبوه بذلك فقد أشرف على عمله في نفس الوقت وكذلك الطفل الذي أخذ مبلغا محقرا من المال من وليه ليشتري ما يشتهي و اذن له الولي من دون الاهتمام بأنه هل سيغيب في ما يشتريه أو لا، لعلمه بحقارة المبلغ على أي حال كان هذا كافيا في صدق الإشراف المقصود، وهذا بخلاف الطفل

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٤٩

الذي أخذ من أبيه مالا لتجارة مفصلة فاذن له أبوه من دون اطلاع على تفاصيل الأمر فهذا هو الاذن المنفصل عن الإشراف. ولعل المقصود لكثير ممن شرط إذن الولي في صحة تعامل الصبي هو ما سميناه بالإشراف. وعلى أية حال فقد يقال بعدم اشتراط الاذن أو الإشراف في معاملات الصبي في المحقرات وذلك تمسكا بالسيرة. أقول: إن كان المقصود بالسيرة المتشعبة فبناء على ثبوتها مستمرة إلى زمان المعصوم فالمتيقن منها هو ما كان عن اذن أو إشراف، أما بدون ذلك فلم يعرف عن غير اللامبالين في الفقه والأحكام. وإن كان المقصود سيرة العقلاء بدعوى ان النواهي الماضية لا تصلح للردع عنها لأن ردعها يكون بإطلاقها للمحقرات في حين ان سيرة عريقه و عميقه من هذا النمط لا يكفي في الردع عنها مجرد إطلاق من هذا القبيل، بل هي بحاجة إلى ردع أقوى قلنا: أولا إن إطلاق الأدلة للمحقرات إطلاق قوي مفهوم و كاف للردع عن مثل هذه السيرة. و ثانيا ان سيرة العقلاء على التعامل مع الصبي بالنسبة لغير دائرة الاذن أو الإشراف من قبل الولي ليست سيرة عميقة الجذور في المرتكزات العقلانية بل هي أيضا سيرة عدم المبالاة بنفس المرتكزات العقلانية، فمسألة حجر الصغير حتى في المحقرات مسألة عقلانية أيضا كما هي شرعية، و نحن نرى ان النظم الوضعية القائمة على أساس التشريعات العقلانية معترفه أيضا بحجر الصغير من دون تفصيل بين الأموال الجليئة و المحقرة.

و هناك وجه آخر لإثبات جواز معاملات الصبي في المحقرات من دون

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥٠

حاجة إلى اذن الولي أو إشرافه و هو التمسك برواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الإماء فأنها إن لم تجد زنت إلّا أمه قد عرفت بصنعته يد، و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فأنه إن لم يجد سرق «١».

و وجه الاستدلال هو ان المتيقن ممن اريد بهذا الخطاب هو سيد الأمة و ولي الصبي بحيث ليس من الفهم العرفي فرض اختصاص الخطاب بغير السيد و الولي، اذن فيعلم من ذلك ان كسب الصبي لم يكن باذن وليه أو إشرافه و إلّا فلا معنى للتخوف من فرض عدم وجدانه المؤدى إلى إقدامه على السرقة، لأن الولي الذي يأذن له بالكسب أو يشرف على كسبه من الطبيعي أنه يضع مالا تحت يده كي يكتسب به رغم عدم الاذن و الإشراف تفهم من الحديث صحة معاملة الصبي، لأنه علل النهي بتخوف السرقة و خصه بما إذا لم يحسن الصناعة بيده كي يؤدي ذلك إلى تخوف السرقة، فلو كان كسبه باطلا من أساسه لم يناسب تعليل النهي بالتخوف من احتمال السرقة و لا التخصيص بفرض ما إذا لم يحسن الصناعة الموجب لذاك التخوف هذا.

إضافة إلى ما قد يقال من ان هذا النهي تزيهه حفظا لوحدة السياق بينه و بين النهي عن كسب الإماء المحمول على الكراهة بلا شك.

و أمّا وجه تخصيص الاستدلال بهذا الحديث بالمحقرات فهو ان الحديث ليس بصدد بيان صحة معاملات الصبي كي يتم فيه الإطلاق، و أنّما هو بصدد بيان النهي عن كسبه حينما لا يحسن الصناعة بيده فإذا لم يتم فيه الإطلاق فلا بد من

(١) الوسائل ١٢: ١١٨، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥١

الاقتصار في إثبات صحّة معاملاته على القدر المتيقن و هو فرض كون المعاملة في المحقرات.

هذا. و الوجه الأخير للاستدلال بهذا الحديث و هو كون النهي محمولاً على الكراهة و إن أمكن الإيراد عليه بأنّ حفظ وحدة السياق لا ينحصر بالحمل على الكراهة، بل يكون أيضاً بحمل النهين على الجامع بين الحرمة و الكراهة، و علمنا الخارجى بأنّ الحكم الواقعي في مورد النهي الأول هو الكراهة لا الحرمة لا يقتضى العلم بأنّه في مورد النهي الثاني أيضاً كذلك فلا دلالة للحديث بوحدة السياق على نفى الحرمة عن استفادة الولي من كسب الصبي.

و لكن يكفينا للاستدلال الوجه الأول و هو أنّه لو كانت معاملات الصبي بلا اذن أو إشراف باطلّة لما كان من المناسب تعليل ذلك بالتخوف من احتمال السرقة، و تخصيصه بما إذا لم يحسن الصناعة بيده.

و لكن الانصاف عدم تمامية الاستدلال بهذا الحديث على المقصود بغض النظر عن ضعف سنده بالنوفلى و ذلك.

أولاً- لأنّه إذا لم يتم الإطلاق في الحديث لعدم كونه بصدد بيان صحّة معاملة الصبي و لزم الاقتصار على القدر المتيقن فبالإمكان تخصيص الحكم بالصحة بفرض الاذن و الإشراف.

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

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥٢

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

و ثانياً- لنفترض أنّ الحديث مطلق ينظر حتى إلى فرض عدم الإذن و الإشراف و لكن المقصود بكسب الأمانة و الصغير في هذا الحديث هو عملهما صنعة للناس لقاء اجرة اليد و ذلك بقرينة قوله: «إلا أمانة قد عرفت بصنعة يد» و قوله: «الصغير الذى لا يحسن صناعة بيده»، و من الواضح أنّ الصغير لو عمل للناس بالاجرة ملك اجرة اليد حتى لو كان بغير اذن الولي و إشرافه و افترضنا بطلان الإيجار، فإنّ عمل المسلم محترم على أى حال. غاية الأمر أنّه مع فرض بطلان الإيجار يملك اجرة المثل لا المسماة، و لو تبرّع صاحب العمل له باجرة أكثر من اجرة المثل ملكها أيضاً بلا إشكال.

و عليه فالرواية أجنبيّة عن المقام إطلاقاً.

دعوى كون الصبي مسلوب العبارة:

إشارة

و قد يقال- في مقابل ما اخترناه من كفاية إشراف الولي لصحة معاملات الصبي و كذلك صحّة إنشاء الصبي وكالة عن الولي:- إنّ الصبي مسلوب العبارة فلا تصحّ منه المعاملة و العقود بأى شكل من الأشكال، و ذلك لوجود دليلين آخرين على حجره يثبتان هذا الحجر بمعناه الواسع فلئن كانت الأدلّة السابقة لا إطلاق لها لإثبات هذا المستوى من إبطال عقود الصبي فبالإمكان التمسك بإطلاق أحد هذين الدليلين.

الدليل الأول - حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم

فعن ابن زبيلان قال: أتى عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برفعها فقال على عليه السلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥٣

حتى يستيقظ؟! «١». و السند غير تام.

و في موثقه عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة و جرى عليه القلم، و الجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة و جرى عليها القلم «٢».

و لعلّ أول ما يخطر بالبال من الإشكال على الاستدلال بحديث رفع القلم هو أنه لم يثبت كون المقصود رفع قلم الحكم، فلعلّ المقصود رفع قلم كتب السيئات مثلاً المستفاد من قوله تعالى: إِنَّ عَلَيْكُمْ لِحَافِظِينَ كَرَامًا كَاتِبِينَ يَعَلِّمُونَ مَا تَفْعَلُونَ «٣» و قوله تعالى: وَ كُلِّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَ نُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنشُورًا أَفْرَأُ كِتَابَكَ كَفَىٰ بِنَفْسِكَ الْيَوْمَ عَلَيْكَ حَسِيبًا «٤».

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

فأنه يقال: قد يكون هذا الرفع صادراً من المولى بما هو مولى و كما أن كتب الحكم من شئون المولى بما هو مولى فيناسبه رفعه، كذلك كتب السيئات من شئونه.

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

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

(٢) نفس المصدر، الحديث ١٢.

(٣) الانفطار: ١٠-١٢.

(٤) الإسراء: ١٣-١٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥٤

و لكنّ الواقع أن التمسك بالإطلاق هنا ليس في محله و توضيح ذلك: أن عملية اقتناص الإطلاق من مثل أكرم العالم مثلاً لإثبات أن المقصود هو الجامع بين العالم العربي و العالم الفارسي يمرّ بمرحلتين: (الاولى) إثبات أنه قصد بالجامع بين العالم العربي و العالم الفارسي و ذلك ليس بمقدّمات الحكمة، بل بأصالة الحقيقة و بأصالة تطابق المقصود الجدّي للمقصود الاستعمالي. (و الثانية) نفى تقييد لهذا الجامع المقصود بمقدّمات الحكمة.

و أمّا في مثل المقام الذي لم يقصد بالقلم المعنى الحقيقي المفهوم لنا، و إنّما كان المقصود الاستعمالي أو الجدّي معنى مجازياً و استعمالياً و كنايةً فالمرحلة الاولى و هي مرحلة إثبات إرادة الجامع لا نستطيع أن نثبتها و نجتازها إلى المرحلة الثانية، لأنّ أحد الأصلين و هما: أصالة الحقيقة أو أصالة تطابق المقصود الجدّي للمقصود الاستعمالي منحرف في المقام يقينا.

نعم قد يتفق إحراز المرحلة الاولى بواسطة بعض القرائن أو المناسبات كما لو قال: أكرم الاسود و عرفنا أن المقصود به إكرام الشجعان فالمناسبة المجازية الشائعة بين المعنى الحقيقي و المجازي للكلمة هنا تساعد وفق المركز العرفي على كون المقصود بالاسود جامع الشجعان و تصل النوبة إلى احتمال تقييد هذا الجامع بقيد فينفى ذلك بالإطلاق و مقدّمات الحكمة.

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

و مما يؤيد احتمال كون المراد بالقلم قلم السيئات، المقارنة بين ما مضى

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥٥

من مؤتق عمّار قال سألت عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة و جرى عليه القلم، و الجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة و جرى عليها القلم.

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

أمّا إذا غفلنا عن قلم كتب السيئات و حملنا الحديث على قلم كتب الأحكام فلا- نشك في أن القدر المتيقن من ذلك قلم الحكم التكليفي الذي هو مرفوع عن الصغير يقينا و هل يشمل بالإطلاق قلم الحكم الوضعي أو لا؟
قد يقال بنفس التقريب الذي مضى: إن إطلاقا من هذا القبيل غير ثابت في المقام، لأنّ قلم الوضع و قلم التكليف كلاهما قلم مجازي و كئائي فلا يمكن إثبات إرادة الجامع بينهما بالإطلاق.

و إن لم نقبل ذلك و قلنا: إن المرتكز العرفي و المتشرعى يقتضى افتراض أن كتب الحكم التكليفي و كتب الحكم الوضعي عملان لقلم واحد و هو قلم الحكم

(١) الوسائل ١: ٣٠، الباب ٤ من أبواب مقدّمه العبادات، الحديث ١، و قد ورد الحديث في الكافي ٦: ٣، كتاب ١ العقيقة، الحديث ٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥٦

و ليسا قلمين فظاهر الكلام بمناسبه ما عرفت هو إرادة الجامع فقد اجتزنا بذلك المرحلة الاولى التي نحتاجها في باب الإطلاق، أو أنكرنا أصلا فرض كون هذه الأقسام أقلاما مجازية و استعارية و افترضنا أن القلم موضوع لمطلق ما يثبت و أن قلم الأحكام وضعاً و تكليفاً و قلم كتب السيئات كلها مصاديق حقيقية لمعنى الكلمة.

قلنا: إن المرحلة الثانية و هي نفى القيد بمقدمات الحكمة لا تتم في المقام و ذلك لأمرين:

الأمر الأول- إن كلمة رفع القلم عن الصبي أو جريه عليه تدلّ على رفع ثقل عنه أو جريه عليه على ما هو مفهوم من كلمة عن أو من كلمة على و الثقل أنّما يكون للحكم التكليفي أو لكتب السيئات، أمّا الحكم الوضعي فحينما يوجب الثقل كما في النجاسة مثلا فإنّما يوجب بواسطه الحكم التكليفي، و ما يثقل الظاهر مباشرة إنّما هو الحكم التكليفي أو السيئات، و هذه المناسبه تصرف الكلام إلى نفى الحكم التكليفي أو السيئات أو- على الأقل- تمنع عن تمامية الإطلاق.

و لا يقاس رفع القلم برفع ما اكرهوا عليه مثلا الذي نسب الرفع فيه في بادئ النظر إلى ذات الفعل المكروه عليه، فقيل: إنّه يشمل بإطلاقه رفعه بلحاظ حكمه الوضعي أيضا فيبطل البيع المكروه عليه، فإنّ الرفع في المقام قد نسب إلى قلم الحكم، و القلم الثقيل مباشرة أنّما هو قلم التكليف لا- قلم الوضع فينصرف ذلك إلى قلم التكليف أو على الأقل لا يتم الإطلاق بالنسبة لقلم الوضع، و هذا بخلاف ما إذا نسب الرفع في بادئ النظر إلى ذات الفعل الذي لا يقصد على أي حال رفع ثقله المباشر فلا يبقى على أي حال بهذا اللحاظ فرق بين رفع الحكم التكليفي و رفع الحكم الوضعي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥٧

الأمر الثاني- إنّ المفهوم بالبدهة عدم ارتفاع أكثر الأحكام الوضعية عن الطفل كالنجاسة و الضمان و الجنابة و غيرها فيدور الأمر

عندئذ بين تخصيص هذه الامور بعد فرض شمول الحديث لرفع قلم الحكم الوضعي و تفسير القلم بغير قلم الحكم الوضعي، و الثاني أولى و أنسب في فهم العرف.

و لا- يقاس حديث رفع القلم بحديث رفع الإكراه أو رفع ما اضطروا إليه الذي يقال فيه: إنه لا- يشمل مثل الإكراه على ما يوجب النجاسة أو الجنابة أو الاضطرار إليه، لأنّ الرفع هناك منسوب في بادئ النظر إلى فعل المكلف المنتسب إلى المكلف و يفهم منه عرفاً أنّ رفع ما اكروهوا عليه أو اضطروا إليه يكون بلحاظ ضعف انتساب الفعل إلى المكلف و قدرته لدى الإكراه و الاضطرار فلا يشمل الآثار التي لا- علاقة لها بجانب الانتساب و القدرة، كالنجاسة المترتبة على ذات ملاقاته النجس لليد و لو لم تكن الملاقاة من فعل المكلف بأي وجه من الوجوه، و كذلك الجنابة المترتبة على أسبابها و لو لم تكن من فعل المكلف و باختياره أصلاً كما لو خرج منه المنى دون شعور و اختيار، فإنّ الرفع في ما نحن فيه إنما هو رفع للقلم و ليس رفعاً للفعل كي يصرف إلى النظر إلى ضعف انتسابه إلى الشخص.

اذن فلا بد إما من إخراج أكثر الأحكام الوضعية عن إطلاقه بالتخصيص، أو تفسير القلم بغير قلم الحكم الوضعي و الثاني أولى عرفاً. ثم لو تمّ إطلاق لحديث رفع القلم أو لما يأتي من حديث عمد الصبي و خطأه واحد- و لكن تم ما مضى ممّا من تقريب الاستدلال على صحّة معاملات الصبي بإشراف الولي بآية **ابْتَلُوا الصِّبْيَ** - كانت الآية مقيدة لهذين الإطلاقين.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥٨

الدليل الثاني- ما ورد بسند تام عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عمد الصبي و خطأه واحد

إشارة

«١»، و لا يقيد ذلك بموثقة اسحاق بن عمّار عن جعفر عليه السلام عن ابيه ان علياً عليه السلام كان يقول: عمد الصبي خطأ يحمل على العاقلة ٢. باعتبار اختصاص الموثقة باب الديات بقرينه قوله: يحمل على العاقلة، و ذلك لأنهما مثبتان و لا تنافي بينهما كي يقيد أحدهما بالآخر.

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

و قد يجاب على هذا الإطلاق بعدة أجوبة:

الأول- ما ذكره المحقق الاصفهاني رحمه الله

٣ من أنّه لا- يتصور في باب العقود عمد و خطأ، و أنّما يتصور فيه القصد و عدم القصد، و هذا غير العمد و الخطأ فالعمد و الخطأ يتصوران في سبب قد يترتب عليه المسبب قهراً على خلاف ما قصدناه، و قد يتحقق نفس ما قصدناه أي أنّ الإنسان يعمد لتوجيه ذلك السبب بنحو يهدف به الوصول إلى مسبب معين فقد يصيب الهدف و قد يخطأه من قبيل من يرمى لإصابة زيد و قتله فيصيب الهدف، و هذا هو القتل العمدي أو يرمى لإصابة طير في الهواء فيخطئ الهدف و يصيب زيد و يقتل بذلك، و هذا هو القتل الخطأ. و أمّا العقد فلا يترتب عليه أثر قهري و بلا اختيار و حينما يترتب عليه أثر فائماً يترتب عليه الأثر المقصود لا غيره فلا يتصور فيه العمد و إصابة الهدف تارة

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

(٢) ٣ راجع تعليقه على المكاسب ١: ١١٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٥٩

و الخطأ و إصابة غير الهدف اخرى، و أنّما يتصور فيه قصد الأثر الذي يمكن ان يترتب عليه تارة و عدم قصده اخرى. نعم قد يتفق في بعض الموارد على بعض الاتجاهات الفقهية ترتب أثر غير مقصود على العقد كما في العقد المعاطاتي بناء على مبنى أنّ الأثر المترتب عليه غير الأثر المقصود فالمتعاطيان يقصدان حصول الملك و لكن الذي يحصل هو الإباحة مثلا، لكن هذا أيضا ليس خطأ في العقد و المعاملة، لأنّ قوام العقد و المعاملة يكون بالقصد فإذا ترتب عليه أثر غير مقصود فهذا حكم شرعي ترتب عليه أو مسبب ترتب على السبب، و لا يصدق أنّ العقد أو المعاملة بعنوانه خطأ فأنه لم يكن يقصد بالعقد و المعاملة عدا الملك، و قوام المعاملة كان بالقصد و العاقد لم يخطأ في ذلك، فكم فرق بين ذلك و بين الرمي الذي ليس قوامه بالقصد و هو يصيب الهدف المقصود تارة و يخطئ اخرى.

على أنّه لو صدق الخطأ في المقام فقد كان قوام صدق الخطأ بترتب الأثر الآخر و هو الإباحة مثلا و ذاك الأثر الآخر هو بعينه حكم الشرع و ليس موضوعا لحكم الشرع، كما في القتل الخطأ الذي هو موضوع لكون الدية على العاقلة. اذن فلا يعقل فرض عمد الصبي خطأ مع استنتاج ما هو المقصود من نفي الأثر نهائيا من معاملة الصبي، فإنّ فرض عمده خطأ يعنى فرض الحكم الشرعي فأنهما متضادان.

و قد أجاب عليه السيد الإمام رحمه الله «١» بأنّ تصوير الخطأ و العمد لا ينحصر بفرض ترتب مسبب على العقد قهرا و على خلاف المقصود تارة و إصابة المسبب

(١) راجع كتاب البيع ٢: ٢٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦٠

المقصود تارة اخرى، بل يمكن تصوير الخطأ و العمد في ذات اللفظ الذي يجريه العاقد فقد يقصد الشخص الإيجار و يتلفظ خطأ بصيغة البيع فلا يترتب عليه الأثر الشرعي و هذا هو الخطأ، و قد يقصد الشخص البيع حقيقة و يتلفظ بصيغة البيع و هذا هو العمد، و عمد الصبي يكون بمنزلة الخطأ أي أنّه لا يترتب عليه أثر.

الثاني - ما ذكره السيد الخوئي

«١» من أنّ الحديث لو كان منزلا للعمد منزلة نقيضه و هو عدم العمد لكان معنى ذلك نفي أثر العمد لكنّه لم ينزل العمد منزلة نقيضه و أنّما نزل منزلة ضده و هو الخطأ، و هذا يعنى ترتيب أثر ذاك الضد فيختص الحديث بما يكون لعمده أثر و لخطأه أثر آخر كما في الجنائيات، و لا يشمل العقود التي لا أثر لخطأها، و مقتضى إطلاق الحديث شموله لما يوجب خطأه في الصلاة سجدة السهو و لبعض كفارات الحج التي تختلف في فرض الخطأ من فرض العمد، و لكن بما أنّ الصبي قد رفع عنه التكليف فلا تجب عليه كفارة و لا سجدة السهو فبالتالي يختص حديث عمد الصبي و خطأه واحد بباب الجنائيات.

أقول: إنّ عدم التكليف على الصبي لا يوجب خروج تلك الكفارة أو سجدة السهو عن إطلاق حديث عمد الصبي و خطأه واحد، و يظهر أثر الإطلاق بالنسبة لما بعد بلوغه فإن كان عمده خطأ كانت عليه الكفارة أو سجدة السهو يجب عليه الإتيان بها بعد البلوغ إن لم يأت بها قبله، و إن لم يكن عمده خطأ فصلاته باطله و عليه كفارة العمد بعد البلوغ إن لم يأت بها قبله.

و على أيّة حال فالمهم تمحيص أصل الوجه الذي ذكره حيث يمكن الإيراد على هذا المقدار من البيان الموجود في تقريرى بحثه بان الخطأ في العقد و إن لم

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٢٥-٢٢٦، و مصباح الفقاهة ٣: ٢٥٣-٢٥٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦١

يكن يترتب عليه أثر، و لكن لم لا نفترض شمول إطلاق الحديث لتنزيل عقد الصبي منزلة العقد الخطي في أنه لا أثر له؟! فإن كان المدعى أن التنزيل الشرعي يجب أن يكون بلحاظ الأثر الشرعي لا بلحاظ نفي الأثر الذي هو أزلى قلنا: إذن كيف وافقتم على التنزيل بمعنى نفي الأثر في تنزيل الشيء منزلة نقيضه؟ و حلّه أن نفي الأثر و إن كان أزلًا لكنّه بيد الشارع بقاء باعتبار أن بإمكانه خلق الأثر و بإمكانه إبقاءه على النفي و ان اعترف بأنّ التنزيل بلحاظ نفي الأثر ممكن فلا شك انّ العقد الخطي لا أثر له، فأى عيب في تنزيل عقد الصبي منزلة العقد الخطي في نفي الأثر.

و لكن من المحتمل أن يكون مقصود السيد الخوئي ممّا ذكره في المقام هو أن العقد الخطي و إن كان لا أثر له و لكن ليس سلب الأثر عنه لأجل كونه خطأ، و أمّا هو لأجل عدم العمدة فإنّ ما يرفع أثر الموضوع هو نقيضه لا ضده. و عندئذ فمقتضى التعبير العرفي هو ان يعبر عن نفي الأثر بتنزيل الموضوع منزلة نقيضه لا بتنزيهه منزلة ضده.

و بكلمة اخرى: لعلّ نظر السيد الخوئي ليس إلى برهان عقلي كي يورد عليه بما عرفت، بل إلى مناسبة عرفية في المقام إن قبلت انتجت النتيجة المقصودة له.

الثالث- ما ذكره السيد الخوئي أيضا

«١» من أننا نقطع بعدم إمكان الأخذ بإطلاق قوله عمد الصبي و خطؤه واحد بعد فرض عدم اختصاصه في ذاته بباب الجنایات و إلّا لزم تأسيس فقه جديد بأن يقال مثلا ان إتيان الصبي بمبطلات الصوم لا يبطل صومه لأنّه بمنزلة الخطأ، و كذلك الحال في مبطلات الصلاة التي

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٢٥، و مصباح الفقاهة ٣: ٢٥٤-٢٥٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦٢

لا تبطل لدى السهو، و كذلك لو سلّم لا يجب عليه ردّ السلام بل يلزم أن لا تكون عباداته من صلاة و صوم و غيرهما مشروعاً لأنّها جميعاً مبتنية على الصدور بالإرادة و الاختيار و قد فرض أنّ عمده خطأ.

أقول: إن اريد توجيه هذا الوجه بشكل معقول يجب إرجاعه إلى نظير ما مضى منّا في أحد وجوه الجواب على حديث رفع القلم و ذلك بأن يقال: إذا دار الأمر بين تفسير الحديث بباب الجنایات أو تفسيره بمطلق الأبواب مع إخراج هذه الامور الكثيرة منه بالتخصيص فالأول أولى و أنسب عرفاً.

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

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

و قد يقال في قبال ذلك: لا- استيحاش في افتراض أن حجّ الصبي المميّز كحجّ الصبي غير المميّز يحجه وئيه، و يصلّي عنه عملاً

بقاعدة عمد الصبي وخطؤه واحد.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦٣

الرابع- ما يمكن إرجاع كلام السيد الإمام رحمه الله في كتاب البيع (١) إليه

من أنه من المحتمل أن تكون قضية لحوق العمد في الصبيان بالخطأ في باب الجنایات مركوزة و معهودة وقت صدور النص في الأذهان إلى حدٍّ أوجب انصراف الحديث إليه، وهذا من احتمال اتصال القرينة من القسم الذي لا يمكن نفيه بسكوت الراوى عنه بجعل سكوته شهادة على العدم، لأن هذا ليس ممّا يجلب نظر الراوى على أساس احتمال انه سيأتى زمان لا تكون هذه القرينة واضحة فلا بد من التصريح بها منذ الآن.

و إذا اتضح بطلان الاستدلال في المقام بكل من حديثى رفع القلم و تنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ في نفسيهما قلنا: إن هناك كلاماً في تمامية الدلالة بلحاظ الرواية التي جمعت بينهما فصحيح أن رفع القلم وحده لا يدل على المقصود، و تنزيل العمد منزلة الخطأ وحده لا يدل على المقصود لكن الجمع بينهما في نص واحد يدل على المقصود و ذاك النص هو رواية أبي البختري عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن عليّ عليه السلام أنه كان يقول في المجنون و المعتوه الذي لا يفقه و الصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم (٢). و الحديث ساقط سنداً.

و وجه دعوى تمامية دلالة الحديث على المقصود بسبب الجمع بين النصين هو دعوى أن الجمع بين قوله: عمدهما خطأ تحمله العاقلة، و قوله قد رفع عنهما القلم ظاهر في نحو علاقة بينهما و هي علاقة العلية و المعلولية و ذلك إما بأن يكون رفع القلم علّة لكون عمدهما خطأ فلاّن القلم مرفوع عن الصبي و المجنون جعل

(١) كتاب البيع ٢: ٢٦.

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦٤

عمدهما خطأ أو بالعكس أى لأن عمدهما كالخطأ رفع عنهما القلم، و هذا يدل على أن رفع القلم لا يختص بقلم السيئات أو المؤاخذه الاخروية و لا بقلم الحكم التكليفي لأن كون عمدهما خطأ تحمله العاقلة ناظر إلى الحكم الوضعي و المؤاخذه الدينوية فلا بد من تفسير علته أو معلوله بما ينسجم معه.

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

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

و الإشكال الثاني هو احتمال إرادة خصوص قلم الحكم التكليفي و هذا أيضا جوابه نفس الجواب.

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

و هذا أيضا جوابه أننا نضطر إلى غضّ النظر عن هذه المناسبه في سبيل حفظ الارتباط بين رفع القلم و كون عمده خطأ تحمله العاقلة.

و الإشكال الرابع بداهة عدم ارتفاع أكثر الأحكام الوضعية عن الطفل كالنجاسة و الجنابة و غيرهما.

و هذا الإشكال إن قصد به مجرد دعوى أن حمل رفع القلم على قلم التكليف أو السيئات أولى من ارتكاب هذه التخصيصات فأیضا يرتفع بنكته حفظ الارتباط بين رفع القلم و كون عمده خطأ تحمله العاقلة، فهذه النكته تحملنا على غضّ النظر عن هذه الأولوية.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦٥

و إن قصد به أن ارتكاب هذه التخصيصات من دون حمل القلم على مثل قلم التكليف أو السيئات غير صحيح عرفا فقد يشكل رفع الإشكال بتلك النكتة و يصبح الحديث مجملا متهافتا، لأن حفظ الارتباط بين الجملتين يتطلب من ناحية حمل رفع القلم على معنى مطلق و من ناحية أخرى يكلفنا الإطلاق الالتزام بتقييدات لا تصح عرفا.

إلما أن الشيخ الأنصاري رحمه الله استظهر من رفع القلم رفع القلم المؤاخذه فرأى أن حفظ الارتباط بين الجملتين لا يكلفه إلا تعميم المؤاخذه للمؤاخذه الدنيوية كى تشمل دية الجنایات و قصد بالمؤاخذه الدنيوية معنى واسعا يشمل مثل مؤاخذه البائع للمشتري بالثمن، أو مؤاخذه المشتري للبائع بالثمن و بهذا تتم دلالة الحديث على بطلان معاملات الصبي، و من هنا لم يتبل رحمه الله بإشكال ضرورة ثبوت الأحكام الوضعية على الطفل من قبيل النجاسة و الجنابة إذ لا مؤاخذه أخروية و لا دنيوية عليه فى تلك الامور، و لكن بقى عليه الإشكال بلحاظ قسم من الأحكام الوضعية و هو ضمان الاتلاف حيث لا شك فى ان الصبي كالبالغ يضمن ما اتلفه من أموال الناس و استبعد رحمه الله ارتكاب التخصيص بلحاظ باب الضمان.

و عالج الإشكال عندئذ بان حفظ الارتباط بين الجملتين كما يمكن بفرض كون رفع القلم علّة لكون عمده خطأ تحمله العاقله كذلك يمكن بفرض العكس بأن يكون التحاق عمده بالخطأ علّة لرفع القلم عنه، و الإشكال بلحاظ باب الضمان أنما يأتى على الفرض الأول باعتبار ان رفع قلم المؤاخذه الدنيوية مطلق يشمل باب ضمان الاتلاف.

إذن فنحن نختار الفرض الثانى و هو كون التحاق عمده بالخطأ هو العلّة لرفع

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦٦

القلم فيختص عندئذ رفع القلم بالموارد التى يكون العمد و القصد دخيلا فى حكمها كما فى باب الجنایات و باب العقود، و لا يشمل ما ليس العمد و القصد دخيلا فيه بلحاظ البالغين كما فى ضمان الاتلاف فانّ البالغ يضمن بالاتلاف حتى إذا صدر منه خطأ.

أقول: إن هذا الكلام معناه تضيق المعلول بواسطة العلّة كما تعارف القول بانّ العلّة توسّع و تضيق فقله: رفع عنهما القلم و إن كان فى نفسه مطلقا يشمل حتى الموارد التى ليس الحكم فيها مخصوصا بالعمد، لكن العلّة المذكورة و هى كون عمدهما خطأ خاصة بما يكون الحكم المرفوع مخصوصا بالعمد، فالعلّة تضيق المعلول و لكننا إذا انسجنا مع هذا المسلك فلم لا تتمشى معه حتى النهاية بان نقول انّ المعلول يضيق إلى ان يختص بموارد العلّة فحسب و هى الجنایات فالمقصود أنما هو رفع القلم فى باب الجنایات؟! و إن قيل: إن وضوح و ارتكازية رفع القلم عن الصبي فى سائر الموارد يمنع عن هكذا حمل قلنا: أليس هذا اذن دليلا على ان رفع القلم ليس معلولا- إذ لو كان معلولا- لوجب ان يكون نظره قاصرا على مقدار موارد العلّة؟! فإن كان و لا بد من علاقة العلية و المعلولية بين الجملتين فالجملة الثانية هى العلّة كما سيأتى بيان ذلك قريبا أيضا من المحقق النائيني رحمه الله.

و على أية حال فعلى هذا المسلك الذى اتخذه الشيخ الأنصاري رحمه الله من حمل القلم على قلم المؤاخذه و توسيعها للمؤاخذه الدنيوية بنحو يشمل مؤاخذه أحد المتعاقدين للآخر بعوض المال قد يقال: إن دلالة الحديث اذن أقصر من مقدار المدعى فى المقام، و ذلك لأنّ المدعى هو كون الصبي مسلوب العبارة فلا تصح معاملات و عقود فى أمواله و لو باذن الولى أو إشرافه و لا تصح أيضا معاملات و عقود فى أموال غيره من البالغين و لو بالاذن و التوكيل فى مجرّد

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦٧

الإنشاء، فى حين ان رفع مؤاخذته بعوض الأموال أنما يدلّ على بطلان الاولى و لا يدلّ على بطلان الثانية، إذ لا مؤاخذه عليه فى العقود الراجعة إلى أموال غيره من البالغين و أنما المؤاخذه تكون فى أموال الموكّلين.

و كأنّ الشيخ رحمه الله حاول معالجة هذا النقص فذكر «١»: أننا نفهم من رفع المؤاخذه عن الصبي فى أمواله لدى صدور عقد منه سلب عبارته، لأنّ رفع المؤاخذه لو لم يكن بنكتة سلب العبارة بل كان بنكتة الحجر على ماله و احتياجه إلى الولى لكان المناسب صحّة مؤاخذته فى أمواله حيث يكون عقده باذن الولى و إشرافه، فى حين انّ الدليل مطلق يشمل حتى فرض الاذن و الإشراف.

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

و صحَّ هذا الكلام مبنية على أن يدعى أنَّ الفهم العرفي يستبعد افتراض بطلان عقد الصبي في ماله تحت اذن الولي وإشرافه بنكتة يخصه، بل إما أن يكون ذلك بنكتة إلحاق الصبي المميز بغير المميز و سلب عبارته. اذن يبطل حتى العقد الذي يصدر منه بالوكالة عن البالغ في مال البالغ، أو أنه لا يلحق المميز بغيره ولا تسلب عبارته و تكون نكتة بطلان عقده إلحاق الرشيد منهم بغير الرشيد و فرض الحاجة إلى إشراف الولي (و لو بعنوان الاحتياط لصالحه من قبل المولى تعالى)، و هذا يعني عدم بطلان عقده تحت اذن الولي و إشرافه.

و على أيَّة حال فيرد على هذا المنهج الذي نهجه الشيخ رحمه الله - من حمل القلم على قلم المؤاخذه بمعنى يشمل مؤاخذه أحد المتعاملين للآخر بعوض المال - أنه

(١) راجع المكاسب ١: ١١٥، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦٨

إن سلم حمل القلم على قلم المؤاخذه إمَّا باستظهار ذلك ابتداء كما هو مفروض الشيخ رحمه الله، أو لأجل الفرار من إشكال النقض بالأحكام الوضعية من قبيل النجاسة و الجنابة، فالحمل على معنى عام للمؤاخذه يشمل مطالبة أحد المتعاملين لصاحبه بعوض ماله لا دليل عليه، و يحتمل الحمل على قلم المجازاة الشاملة للمجازاة الدنيوية و هى دية الجنایات دون المطالبة بعوض المال فى العقود، و دعوى إجراء الإطلاق فى استعمال مجازى من هذا القبيل قد مضى جوابه، على أنَّ مفهوم الثقل أيضاً المستفاد من كلمة «عن» يكون أنسب بالمؤاخذه بمعنى المجازاة من المؤاخذه بالمعنى الشامل لضمان عوض المال فى المبادلة، و هذا الإشكال قد أخذنا أصله من كلام المحقق النائنى رحمه الله فى المقام «١».

و أمَّا بحث أصل المطلب فقد أورد السيد الخوئى عليه بأنه لا يمكن فرض رفع القلم علمه لكون عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة و لا فرضه معلولا له.

أما أنه لا يمكن فرضه علمه له فلأن رفع القلم عن الصبي لا ربط له بحال العاقلة فلا يصلح علمه لكون الدية على العاقلة، فلئن كان رفع القلم عنه يناسب عدم الدية عليه فأى مناسبة توجد بين رفع القلم عنه و ثبوت الدية على العاقلة كى يكون الأول علمه للثانى؟! نعم يمكن أن يقال: إن رفع القلم عنه بنفى القصاص و الدية على نفسه ملازم لثبوت الدية على العاقلة على أساس أنه لا يهدر دم امرء مسلم.

بل هذه الملازمة أيضاً ممنوعة إذ بالإمكان أن لا ترفع الدية عن الصبي و لا يهدر دم المسلم و لا تثبت الدية على العاقلة بل تثبت الدية فى بيت المال أو على جميع المسلمين.

(١) راجع المكاسب و البيع للشيخ الآملى ١: ٤٠٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٦٩

و أمَّا أنه ليس معلولا له فلأن كون عمد الصبي خطأ ليس بالمعنى التكويني حتى يصلح علمه لرفع القلم، لوضوح أن كون عمده خطأ تكوينيا كذب محض و أمَّا هو بالمعنى التشريعي و بالتنزيل و الحكومة، و هو فى جانبه السلبي متقوم برفع القلم على حدّ تعبير مصباح الفقاهة أو أن رفع القلم متمم و مبين له على حدّ تعبير المحاضرات و ليس معلولا له.

فالصحيح أنه لا علاقة علمه أو معلوليته بين الجملتين، و أمَّا واقع الأمر أن كون عمد الصبي خطأ يعطى معنى إيجابيا و هو ثبوت ديته

على العاقلة، و معنى سلبيا و هو عدم ثبوتها على نفسه و قوله: تحمله العاقلة بيان للمعنى الأول و قوله:

و قد رفع عنهما القلم بيان للمعنى الثاني، اذن فلا دلالة في هذه الجملة على ازيد مما دل عليه قوله عليه السلام رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم (١).

أقول: إن التفسير الذي توصل إليه السيد الخوئي للحديث في كلامه هذا و هو كون قوله رفع القلم بيانا للجانب السلبى لكون عمد الصبي خطأ و هو رفع الديق عن الصبي يدعم الاستدلال بالحديث على المدعى، فإن هذا التفسير يعنى شمول رفع القلم لقلم الحكم الوضعى فلا أدري لما ذا يقول: إن الحديث عندئذ لا يدل على ازيد مما دل عليه قوله: رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم. نعم لو كان يؤمن باحتمال كون القلم قلم المجازاة الشاملة للمجازاة الدنيوية كالدية دون مثل ثبوت ثمن البيع عليه كان مفاد الحديث بعيدا عن المدعى، لكنه لا يؤمن بذلك كما أنه لا وجه لسلب الإطلاق عن رفع القلم لسائر الأبواب لمجرد فرضه تفسيرا لعمد

(١) هذا الذى نقلناه هنا عن السيد الخوئي ملىق مما جاء فى مصباح الفقاهة ٣: ٢٥٧-٢٥٨، و المحاضرات ٢: ٢٢٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧٠

الصبي خطأ فليكن مفاده أوسع من مفاد الجملة السابقة التى أراد توضيحها و أى ضير فى ذلك؟!!

ثم إن المحقق النائيني رحمه الله أيضا أورد إشكالا على فرض معلولية رفع القلم لكون عمده خطأ و هو: إن رفع القلم الوارد فى الحديث إن خصصناه بمورد عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة فهذا خلف الاستدلال به على المدعى من بطلان عقد الصبي. و إن جعلناه أوسع من ذلك لم يصلح للمعلولية، و إنما يصلح للعلية فإنّ تعليل حكم بقاعدة أوسع من ذلك الحكم معقول، و لكن كون العام معلولا للخاص غير معقول (١).

و يمكن توجيه كلام الشيخ رحمه الله بنحو لا يرد على فرض المعلولية إشكال المحقق النائيني و لا إشكال السيد الخوئي و هو ان يقال: إن قوله: عمد الصبي خطأ و إن كان تنزيلا شرعيا و واردا فى خصوص باب الجنایات بقريته قوله تحمله العاقلة، و لكنه مشرب بالإشارة إلى أمر واقعى و هو كون عمد الصبي غالبا قريبا من الخطأ تكويننا على أساس ما فى الصبي من الضعف فى الإدراك و القصد، و يكون هذا المعنى المشرب هو العلة لرفع القلم عنه، و بما أن هذه العلة موجودة فى تمام موارد عمد الصبي و لهذا كان رفع القلم عامًا يشمل تمام الموارد.

إلا أن هذا التوجيه و إن كان قد اعطى معنى معقولا لفرض معلولية ذيل الحديث للصدر، لكنه فى نفس الوقت أبطل أصل الاستدلال بهذا الحديث على المدعى إذ بناء على هذا المعنى لم يصبح رفع القلم معلولا للحكم الوضعى كى

(١) المكاسب و البيع للشيخ الآملى ١: ٤٠٢، أما كتاب منية الطالب فيختلف ما فيه عن هذا التقريب راجع ١: ١٧٤، منه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧١

نستظهر من ذلك عدم اختصاصه بالحكم التكليفى أو برفع السيئات أو العقوبة الاخروية.

و أما فرض عليه رفع القلم لتنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ فيمكن توجيهه بالنحو الذى لا يرد عليه إشكال السيد الخوئي بأن يقال: إن رفع القلم عن الصبي الموجب لعدم تحمله للدية زائدا عدم جواز هدر دم المسلم زائدا عدم رجحان تضمين بيت المال أو المسلمين فى نظر الشارع وفق مصالح و حكم يعرفها الشارع شكلا ملاكا للحكم بتحمل العاقلة الديق.

نعم الظاهر أن فرض العلية أيضا لا- يثبت المقصود من بطلان عقد الصبي إذ بالإمكان حمل القلم على قلم الحكم التكليفى مثلا، و افتراض أن نفي التكليف كان فى نظر الشارع علة لرفع المجازاة الدنيوية و هى الديق عنه و لم يكن علة لبطلان العقد حيث أن صحة العقد أو ثبوت العوض عليه مثلا لم يكن مجازاة كى ترتفع بسبب ارتفاع التكليف.

هذا. و مما أورد على الاستدلال بهذه الرواية تمسكا- بأن الارتباط بين الجملتين لا تنحفظ إلا بالعلية و المعلولية- ما ذكره السيد الإمام رحمه الله «١» من أنه يكفي في الارتباط بينهما أن كون عمدته خطأ و رفع القلم عنه حكمان لموضوع واحد من قبيل ان يقال: الجنب لا يجوز له الدخول في المسجدين و لا يجوز له مس الكتاب.

أقول: قد يقال: إن تأكيد الجملة الثانية بكلمة (قد) قد يشعر بالعلية إلا أن افتراض وصول ذلك إلى مستوى الظهور مشكل.

(١) في كتاب البيع ٢: ٢٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧٢

و في ختام البحث عن عقد الصبي [تبين من أن بطلان عقد الصبي ليس بمعنى لا يقبل التصحيح بعد ذلك بالإجازة المتأخر]

نشير إلى أنه بعد ما اتضح من أنه لا دليل على سلب عبارة الصبي، و أن العيب في عقد الصبي إنما هو الحجر على أمواله المقتضى لاشتراط اذن الولي أو إشرافه، تبين من ذلك أن بطلان عقد الصبي ليس بمعنى لا يقبل التصحيح بعد ذلك بالإجازة المتأخر من قبل الولي أو من قبله هو بعد بلوغه و رشده، و إنما غاية الأمر أن عقد الصبي بلا اذن الولي و إشرافه يلحق بعقد الفضولي و أدلة صحة عقد الفضولي تشمله و حتى لو كان دليل صحة عقد الفضولي واردا في خصوص عقد غير المالك الملحق بإجازة المالك فالعرف يتعدى من ذلك إلى كل مورد كان العيب فيه عدم نفوذ رضاه هو مباشرة و لا يحتمل العرف أن يكون فرض عدم نفوذ الرضا للحجر أشد من فرض عدم نفوذه لعدم الملك.

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

شرط الرشد

البحث الثاني - في شرط الرشد:

إن النصوص الماضية كتابا و سنة الدالة على استمرارية حجر الصبي إلى زمان حصول الرشد و إن تأخر عن البلوغ كافية لاشتراط الرشد على الإطلاق أي ابتداء و استدامه بناء على تعدى العرف من موردها إلى فرض انتفاء الرشد بعد البلوغ بعد ما كان رشيدا كما لو عرض عليه السفه بعد البلوغ، فعندئذ يعود الحجر بل حتى لو أردنا غص النظر عن هذا التعدى العرفي كفانا إطلاق الآية المباركة:

وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ فِيهَا وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧٣

وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا «١» و الظاهر أن المقصود بإضافة الأموال إلى ضمير الخطاب ليس هو فرضها ملكا لغير السفهاء كي يخرج عن المقام و إنما المقصود هو كون المال قواما للمجتمع بشكل عام فعبر عن مال السفه بقوله أَمْوَالِكُمْ* إشعارا بالعلية، بمعنى أن هذه الأموال قوام للمجتمع فليس من الصحيح جعلها تحت اختيار السفهاء، و القرينة على ذلك أولا أن غير السفه لا يجعل عادة ماله تحت اختيار السفه بلا حاجة إلى النهي، فهذا النهي ينصرف إلى النهي عن جعل مال السفه تحت اختياره.

و ثانيا قوله تعالى: وَاَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ.

أما تخيل أن هذا النهي يدل على الحرمة التكليفية فحسب لأنه ليس نهيا عن معاملة حتى يكون ظاهرا في الفساد و إنما هو نهى متوجه إلى غير السفهاء عن جعل مال السفهاء تحت اختيارهم فجوابه: أن المفهوم عرفا بمناسبات الحكم و الموضوع أن هذا النهى فى روحه هو نهى عن المعاملة إلا أنه لما لم تكن فائدة فى توجيهه إلى نفس السفه تحوّل النهى عن المعاملة إلى نهى الولي عن دفع المال إليه،

فهو وإن كان في نفس الوقت دالاً على تحريم هذا الدفع يدل أيضاً على فساد معاملة السفية. هذا مضافاً إلى أن ارتكاز بطلان معاملات المجنون و قرب السفه من الجنون بحيث ينتظر من المشرع إلحاقه به في الحكم يعطى للآية ظهوراً في بطلان معاملة السفية. هذا إن لم نقل بارتكازية بطلان معاملة نفس السفية مما يوجب أيضاً

(١) النساء: ٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧٤

انصراف الآية إليه، بل يكفي لو ثبتت و ثبت استمرارها إلى زمان المعصوم لإثبات المقصود من البطلان بعدم الردع. هذا. و السفية أيضاً بما أنه مميز لا يكون مسلوب العبارة و تصح معاملات باذن الولي أو إشرافه بنفس النكاح التي مضت في الصغير.

حائري، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامي، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ٢، ص: ١٧٤ و يلحق في بطلان العقد بالسفيه بطريق أولى المذهول و المدهوش لعدم احتمال الفرق عرفاً، و هو أحد احتمالات المعتوه أو أحد معانيه لغو، و قد ورد في الحديث عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن المرأة المعتوهة الذاهبة العقل أ يجوز بيعها و صدقتها؟ قال: لا «١» إلا أنه لا يبعد أن يكون المقصود بها في هذا الحديث المجنونة بقرينة قوله: الذاهبة العقل، و في السند سهل بن زياد.

(١) الوسائل ١٣: ١٤١-١٤٢، الباب ١ من أبواب الحجر، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧٥

[الشرط الثاني - من شرائط المتعاقدين] اعتبار الملكية أو الولاية أو الإذن

إشارة

الشرط الثاني - من شرائط المتعاقدين أن يكون العاقد مالكا لمحل العقد أو وليا للمالك أو مأذونا من قبل المالك أو الولي. و الكلام يقع تارة في أصل اعتبار هذا الشرط و اخرى في أنه هل من الضروري اقتران وجود هذا الشرط لزمان تحقق العقد أو يكفي حصوله بعد العقد؟

أصل اعتبار هذا الشرط

توضيح المراد بهذا الشرط:

و نقصد بالملك معناه العام أي اختصاص محل العقد به سواء كان عيناً مملوكة له أو كان عبارة عن عمله فهو مختص به، أي ليس لأحد أن يجبره على ذاك العمل أو كان مما تعلق به حق الاختصاص بالأرض المحيية بناء على أنها لا تملك بالإحياء و إنما يتحقق للمحيى حق الاختصاص أو كان التعامل تعاملات في الذمة إذ لا يتسنى لأحد أن يتصرف في ذمته غيره بإدخال شيء في ذمته قهراً عليه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧٦

و نفرّق بين شرط كون محلّ العقد مملوكا و شرط كون العاقد مالكا أو وليا أو مأذونا، فالأول هو من شروط محل العقد و معناه: أنّ محل العقد إن كانت نسبتبه إلى الكل على حدّ سواء كالمباحات الأولى لم يتعلّق نقله بالعقد، لأنّ نسبتبه إلى المنقول منه و المنقول عنه على حدّ سواء فما معنى نقله منه إليه؟! و بعد الفراغ عن ضرورة كون محل العقد مملوكا لأحد كى يتصوّر نقله منه إلى غيره يأتى السؤال عن أنّه من الذى يصحّ له نقله من المالك إلى غيره هل هو المالك نفسه أو غيره؟

و هنا يأتى دور شرط المتعاقدين فنقول: يشترط فى العاقد أن يكون هو المالك أو وليا على المالك أو مأذونا من قبل المالك أو الولي.

و من هنا نرى أنّ فقهاءنا العظام - رضوان الله عليهم - بحثوا شرط المالك فى كتاب البيع مرتين من زاويتين مرّة فى شرائط المتعاقدين فبحثوا فى هذا المقام بيع الفضولى الذى ليس مالكا و لا وليا و لا مأذونا، و بحثوا أيضا ولاية الأولياء كولاية الأب و الجد و ولاية الفقيه و عدول المؤمنين فهم فى هذه الأبحاث يبحثون الأمر من زاوية العاقد، و مرّة اخرى فى شرائط العوضين فذكروا هناك أصل شرط كون العوض و المعوّض مملوكا ملكا طلقا كى يقبل النقل و الانتقال، و بحثوا موارد عدم طليقة الملك كما فى العين الموقوفة و العين المرهونة، و بحثوا مثلا الأرض المفتوحة عنوة و نحو ذلك ممّا يبحث الأمر فيه من زاوية العوضين لا من زاوية العاقد.

و على أيّة حال فقد ذكر الشيخ الانصارى رحمه الله فى المقام: أنّه يشترط فى العاقد أن يكون مالكا أو مأذونا من قبل المالك أو الشارع «١».

(١) مكاسب الشيخ ١: ١٢٤، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧٧

و لعلّ فى العبارة نوعا من المسامحة إذ ما ذا يقصد باذن الشارع هل هو الإذن التكليفى أو الوضعى أو الاذن الولائى أى بما هو وليّ على المالك مثلا؟

ان قصد به الأول فمن الواضح انّ الإباحة التكليفية و الحرمة التكليفية لا- علاقة لهما بصحة العقد و فساده، و لو فرضنا انّ النهى التكليفى يوجب الفساد و أنّه لا بدّ فى صحة العقد من الإباحة فهذا يثبت حتى بالنسبة لتصرّف المالك أو المأذون من قبله، فليس الاذن من الشارع عدلا للمالكية أو الاذن من المالك.

و ان قصد به الثانى فالاذن الوضعى من الشارع لا بدّ منه حتى بلحاظ المالك أو المأذون من قبل المالك فليس هذا شرطا فى عرض المالكية أو المأذونية من قبل المالك، و عدلا لهما.

و إن قصد به الثالث و هو الاذن الولائى فالأولى التعميم للإذن من كل وليّ شرعى لا التخصيص بالاذن من الشارع و كذلك التعميم لنفس كون العاقد وليا على صاحب المال إلّا ان يقال: إنّ هذا كلّه يعود إلى الاذن الولائى من الشارع.

و على أيّة حال فالتعبير الأفضل و الأوضح ما ذكرناه من انّ العاقد يجب أن يكون مالكا أو وليا أو مأذونا من قبل المالك أو الولي.

الدليل العام على هذا الشرط:

و الدليل على شرط المالكية أو ما يحل محلّها من الولاية أو الاذن و عدم كفاية اقتران العقد بمجرد الرضا الباطنى من قبل المالك انّ إطلاقات أدلته المعاملات من قبيل أوفوا بالعقود أو تجارة عن تراض أو أحلّ الله البيع تدلّ بالمناسبات العرفية على انّ كل أحد تنفذ بشأنه المعاملة المرتبطة به، لا كل معاملة أوقعها أحد على ماله و لو مقترنا برضاه الباطنى.

و يمكن أن يقال في خصوص أَوْفُوا بِالْعُقُودِ: أن مقابلة الجمع بالجمع

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧٨

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

و يمكن ان يقال أيضا في خصوص أَوْفُوا بِالْعُقُودِ: إنّ الوفاء لا معنى له إلّا إذا كان العقد عقده، و العمل بعقد الغير ليس وفاء فإذا لم تشمل الإطلاقات العقد الذي يجريه غير المالك رجعنا فيه إلى أصالة الفساد. هذا. و يحل محل الملك أمران: الولاية و الاذن:

أمّا الولاية فلأنّ نفس دليلها هو الذي يجعل الولي بحكم المالك بالحكومة فيصبح تصرف الولي صحيحا و نافذا و واجب الوفاء، بمقتضى القاعدة بالقياس للوليّ أوّلا ثم بالقياس للمولى عليه بعد خروجه عن الحجر.

و أمّا الاذن فلا شك فقها في أنّ اذن من بيده الأمر يكفي في صحّة العقد أى أنّ عقد المأذون من قبل من بيده أمر ذاك العقد يكون بمنزلة عقده مباشرة، و هذا من ضروريات الفقه التي لا داعي للاستدلال عليها، و عليه السيرة القطعية العقلية و المتشعبة بل سيرة المعصومين عليهم السلام إمّا مطلقا أو في خصوص الوكالة لو افترضناها أخصّ من مطلق الاذن فإنهم عليهم السلام لم يكونوا دائما يباشرون عقودهم و معاملاتهم بأنفسهم، و لكن مع هذا نريد ان نبحت عمّا إذا كان دليل آخر غير البدهة الفقهية و السيرة القطعية و عمل المعصوم دالّا على كفاية الاذن و حلوله محل الملك، و فائدة ذلك هي أنّ مجرد الضرورة أو السيرة أو عمل المعصومين أدلّة لبيّة قد يقال إنّه لا إطلاق لها يشمل الاذن المتأخّر المسمّى بالإجازة، فلو استطعنا ان ننتهي إلى دليل لفظي على ذلك فقد يفيدنا ذلك في بحث الإجازة المتأخّرة فنقول:

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٧٩

الدليل الخاص على كفاية إذن المالك:

إشارة

يمكن أن يستدلّ على أنّ اذن المالك يصحّ العقد الذي يجريه المأذون و يحل محل الملك - بقطع النظر عن تلك الوجوه اللبية و بقطع النظر عمّا إذا فرضنا دلالة دليل خاص على كفاية الإجازة المتأخّرة فثبت بالأولية كفاية الاذن - بامور:

الأول - ما ذكره السيد الخوئي

من دعوى أنّ الاذن في الاعتباريات أو التصرفات القانونية يصحّ إسناد ذاك الأمر الاعتباري أو التصرف القانوني إلى الاذن حقيقة فمن باع وكيله أو المأذون من قبله بيته يصحّ أن يقول حقيقة: بعث بيتي و من طلق وكيله أو المأذون من قبله زوجته يصحّ أن يقول حقيقة: طلقت زوجتي و بهذا يدخل العقد تحت الإطلاقات التي أشرنا إليها، فعقد الوكيل أو المأذون و إن لم يكن بما هو فعل مادى منسوباً حقيقة إلى المالك و لكنّه بما هو إيجاد أمر اعتباري أو تصرف قانوني ينسب إليه حقيقة فيشمله قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أو تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ أو نحو ذلك «١».

أقول: إنّ الأمر الاعتباري الذي يفترض وجوده في مورد العقود يكون له وجود في عوالم ثلاثة: فله وجود في عالم اعتبار المتعاقدين أنفسهما فهما يعتبران النقل و الانتقال مثلا، و له وجود في عالم اعتبار العرف و العقلاء حيث يوافقون على ما فعله المتعاقدان فيعتبرون

المال مثلا قد انتقل من البائع إلى المشتري، و له وجود في عالم اعتبار الشارع حيث أمضى ما فعلاه، فقد يوجد ذاك النقل الاعتباري في بعض هذه العوالم دون بعض كما لو تباع صبيان و فرض

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٩٥، و مصباح الفقاهة ٤: ١٩-٢٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨٠

بيع الصبي باطلا- حتى في نظر العقلاء فالنقل الاعتباري وجد في لوح اعتبار المتعاقدين، و لكنّه لم يوجد في لوح اعتبار العقلاء و لا الشارع و كما لو تباع شخصان الخمر فحصل النقل و الانتقال في لوح اعتبار المتعاقدين و في لوح اعتبار العقلاء و لم يحصل ذلك في لوح اعتبار الشارع.

فإن كان المقصود من صحّة إسناد الأمر الاعتباري إلى الاذن حقيقة صحّة إسناد الوجود الاعتباري الذي هو في لوح اعتبار المتعاقدين إليه فعله من الواضح أنّ هذا الأمر الاعتباري أنّما يكون من فعل الوكيل لا الموكل، و من فعل المأذون لا الآذن، و لا يصحّ إسناده حقيقة إلى الموكل و الآذن.

و إن كان المقصود صحّة إسناد الأمر الاعتباري الذي تولّد في و لوح اعتبار العقلاء إليه فهذا صحيح، و لكن إنّما يصحّ هذا الإسناد إليه حقيقة في طول أنّ العقلاء يرون أنّ اذنه جزء موضوع لوجود ذاك الأمر الاعتباري.

و لو لا اعترافهم بذلك لما اعترفوا بأنّ هذا الأمر الاعتباري مسند إليه اذن، فتمامية هذا الوجه بناء على تفسير الأمر الاعتباري بما في لوح اعتبار العقلاء تتوقف على كفاية الاذن بحسب ارتكاز العقلاء، و لا أقصد بذلك أنّ هذا الدليل رجع إذن إلى الاستدلال بالسيرة و الارتكاز الكاشفين و لو بعدم الردع عن رأى المعصوم، فلنفترض أنّ السيرة و الارتكاز لا- يكشفان عن رأى المعصوم و أنّ عدم وصول الردع ليس دليل الإمضاء.

و أنّما المقصود أنّ هذه السيرة أو هذا الارتكاز أو جب إسناد البيع الاعتباري مثلا إلى الاذن فدخل في إطلاق مثل أحلّ الله البيع.

و أمّا الوجود الاعتباري الشرعي لهذا النقل و الانتقال فإن كان موضوعه الوجود الاعتباري العقلاني فقد تمّ في المقام الإطلاق الحكمي، لأنّ الأمر

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨١

الاعتباري العقلاني قد استند حقيقة إلى الاذن فدخل تحت إطلاق أحلّ الله البيع الذي كان معناه أحلّ الله لكل أحد البيع الراجع إليه أى المنسوب له من ناحية، و الواقع على ما في سلطته من ناحية اخرى.

و إن كان موضوعه الوجود الاعتباري في لوح اعتبار المتعاقدين كما هو كذلك يقينا في أو فوا بالعقود فإنّ العقد عبارة عن قرار مرتبط بقرار، و هذا راجع إلى المتعاقدين لا إلى العقلاء فيتّم في المقام عندئذ الإطلاق المقامي، و أقصد بذلك أنّ قوله: أو فوا بالعقود يفهم منه العرف خطأ تمامية ملاك الإطلاق الحكمي على أساس عدم تمييزه الدقيق بين العوالم التي شرحناها، فإن لم يكن يقبل الشارع بفهم الإطلاق من كلامه كان عليه ان ينصب قرينه مانعه عن الوقوع في هذا الخطأ، فعدم نصبه لها دليل الإطلاق.

هذا. و الفارق المهم الذي يترتب على التمييز بين التقريب الذي ذكره السيد الخوئي لهذا الوجه و هو مجرد دعوى أنّ الشيء الاعتباري يكفي في صدق انتسابه حقيقة إلى الشخص اذنه و إجازته، و التقريب الذي نحن ذكرناه هنا من أنّ ما ينتسب إلى الشخص حقيقة بالاذن و الإجازة أنّما هو الأمر الاعتباري الموجود في لوح اعتبار العقلاء و ذلك بعد فرض أنّ العقلاء يرون كفاية الاذن و الإجازة في تحقّق ذلك هو ما سيظهر في بحث الفضولي، من أنّه بناء على ما تبناه السيد الخوئي نمتلك إطلاقات العقود لتصحيح عمل الفضولي بالإجازة المتأخّرة بقطع النظر عن دليل السيرة العقلانية أمّا على مسلكتنا فتمامية الإطلاقات توقّفت على تمامية السيرة، صحيح أنّ الاستدلال بالإطلاقات لم يصبح لغوا فإنّ الاستدلال بها في عرض الاستدلال بالسيرة بعد إثبات إمضاءها بعدم الردع فقد لا يقبل أحد

انّ عدم وصول الردع دليل الإمضاء و يقبل الإطلاقات، لكنني أقول إنّ من يؤمن بدلالة

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨٢

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

الثاني - انّ العقد عهد و العهد أمر تكويني نفسي و المتعهد الحقيقي في باب العهود التي تقام بواسطة نائب أو وكيل أنما هو الموكل أو الآذن،

و ليس الوكيل أو المأذون في إجراء الصيغة بل و حتى الوكيل المطلق الذي يتعهد و يلتزم هو بالوفاء بالعهد لا يمكن افتراض ان موكله خارج عن دائرة العهد، فموكله قد اعطى تعهدًا مسبقًا و لو إجمالًا بما سيفعله الوكيل المطلق، و المبرز لتعهد الموكل أو الآذن هو مجموع ما يصدر منه من الاذن أو التوكيل مع صيغة العقد التي يجريها المأذون أو الوكيل. إذن فالآذن أو الموكل قد أصبح هو طرفًا للعهد مباشرة، و هذا غير ما مضى دعواه في الوجه الأول من انّ الاذن في الأمر الاعتباري يجعل الأمر الاعتباري منتسبًا إلى الآذن حقيقة، بل العهد ليس أمرًا اعتباريًا أصلاً بل هو أمر حقيقي نفسي متقوم بالموكل أو الآذن كما هو متقوم بالطرف الآخر، فإذا أصبح العقد على هذا الأساس منتسبًا إلى الآذن حقيقة صحّ فيه التمسك بإطلاقات العقود.

إلّا انّ هذا الوجه من البيان لا يتم في جميع العقود، و ذلك لأنّ العقد ليس دائمًا عهدًا بالمعنى الذي يكون أمرًا تكوينيًا نفسيًا يتقوم بالموكل و الآذن، بل قد يكون قرارًا لأمر اعتباري بحث فيجب عندئذ ان نرجع إلى الوجه الأول و لا يفيدنا هذا الوجه، و مثاله البيع بناء على مشرب الفقه الإسلامي من كون البيع بنفسه نقلًا- لا التزامًا بالنقل كما يقوله الفقه الغربي «١»، فالبيع ليس عهدًا بمعنى الأمر التكويني النفسي و هو

(١) راجع بهذا الصدد المقدمه الرابعه من المقدمات الأربع لبحثنا هذا في فقه العقود.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨٣

الالتزام بشيء على العهده بل هو نقل مباشر للعين إلى المشتري و في مثله لا يرد هذا الوجه، و أنما يختص هذا الوجه بمثل الأجير الذي ينشئ الالتزام بالعمل.

و الواقع انّ هذا الوجه مع الوجه الأول يشكلان وجهًا واحدًا متكاملًا لأنّ العاقد إما أن ينشئ أمرًا اعتباريًا، أو ينشئ العهد الذي هو عمل تكويني للنفس، أو ينشئهما معًا فإنشاء الأمر الأول هو مورد للوجه الأول، و إنشاء الأمر الثاني هو مورد للوجه الثاني فلدينا إذن وجه واحد ذو جزئين و يمتاز هذا الجزء عن الجزء الأول أو هذا الوجه عن الوجه الأول بأنّ الوجه الأول كان حسب مسلكنا لتقريره متوقفًا على ثبوت السيرة العقلية كما مضى شرحه، في حين انّ هذا الوجه ليس متوقفًا على ثبوتها فإنّ التعهد أمر تكويني و منتسب إلى الآذن حقيقة، و ليس أمرًا اعتباريًا تتوقف صحّة انتسابه إليه على ما مضى من فرض ثبوت الاعتبار في لوح الاعتبار العقلاني.

الثالث - ما أفاده السيّد الإمام رحمه الله و هو أنّنا لو خينا و طبع الإطلاق اللفظي لأدلة العقود لاقتضت إمضاء عقد الفضولي و الغاصب اللذين عقدا بلا اذن و إجازة

فضلا عن العقد الصادر عن اذن المالك، و المناسبات العرفية التي أخرجت العقد الذي يكون اجنبيا عنّا تماما أنما اخرجت العقد الاجنبي الصرف و لم تخرج العقد الذي وقع باذنتنا فنتمسك في ذلك بالإطلاق.

و بكلمة اخرى انّ تقييد هذه الأدلة بان يكون العقد عقدا له، أو البيع يبع له، أو التجارة تجارته لم يكن بدليل لفظي، و أنما بمجرد دعوى الانصراف على أساس المناسبات و لا انصراف عن البيع المأذون بعد ما كان صحيحا لازما عرفا و في جوّ العقلاء «١».

(١) راجع كتاب البيع ٢: ١٠١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨٤

أقول: إن هذا الكلام لا يتم كوجه مستقل عما سبق بالنسبة لـ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لَأَنَّ الْقَيْدَ هُنَا وَارِدَ فِي اللَّفْظِ لَمَّا مَضَى مِنْ أَنَّ الْوَفَاءَ لَا يَصْدُقُ حَقِيقَةً إِلَّا مَمَّنْ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ الْعَقْدُ حَقِيقَةً، بَلْ لَا يَتِمُّ كَوَجْهُ مُسْتَقِلٍّ عَمَّا سَبَقَ حَتَّى فِي غَيْرِ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مِنْ قَبِيلِ احْتِجَابِ اللَّهِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّ الْقَيْدَ الْمُسْتَفَادَ بِالْمُنَاسِبَاتِ الْعَرَفِيَّةِ لِهَذِهِ الْإِطْلَاقَاتِ أَمَّا هُوَ قَيْدُ اسْتِنَادِ الْبَيْعِ أَوْ الْمَعَامَلَةِ إِلَيْهِ، فَعَلَى أَيْ حَالٍ لَا يَدُّ مِنْ إِحْرَازِ هَذَا الْقَيْدِ بِالرُّجُوعِ إِلَى الْوَجْهِينِ السَّابِقِينَ، فَهَذَا الْوَجْهُ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِإِرْجَاعِهِ إِلَى مَا سَبَقَ.

هذه هي الوجوه التي اردنا التعرض لها مما يدل على كفاية الاذن، وهذه الوجوه تثبت كفاية مطلق الاذن لا خصوص الوكالة لو قلنا انها أخص من الاذن.

و هناك وجه آخر يدل على كفاية مطلق الاذن وهو روايات الوكالة إما بدعوى ان الوكالة عقد اذني ولا تتجاوز حقيقتها مجرد الاذن، أو بدعوى انها حتى لو كانت مشتملة على شيء زائد على مجرد الاذن، فالمفهوم عرفا بمناسبة الحكم والموضوع من أدلتها ان نكتة نفوذها هي ما تشتمل عليه من الاذن، فالروح الحقيقية للوكالة التي عليها المعتمد إنما هي الاذن.

ولكن هذا الوجه لا يفيدنا في المقام لما عرفت من ان هدفنا من هذا البحث ليست حقيقة معرفة كفاية الاذن في صحة العقود فان هذه من الواضحات وليست بحاجة إلى بحث علمي، و إنما الهدف هو أن نرى هل يمكن توسيع الحكم المستفاد من دليل كفاية الاذن للإجازة المتأخرة أو لا؟ وهذا التوسع إن كان محتملا فأنما يحتمل بلحاظ الوجوه الثلاثة التي ذكرناها، لا بلحاظ أدلة الوكالة الواضح عدم صدقها في مورد الإجازة المتأخرة.

هذا تمام الكلام في الاذن.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨٥

هل يقوم الرضا مقام الإذن:

وقد يقال: إن الرضا الباطني حاله حال الإذن وتجرى فيه نفس الوجوه التي ذكرناها لمصححيه الاذن، وأقصد بذلك الوجوه الثلاثة التي فرغنا عن بحثها قبل اسطر لا الوجوه اللبية من مثل المسلمية والضرورة الفقهية، لوضوح عدم ورودها في الرضا الباطني البحث. ولكن الصحيح ان تلك الوجوه لا تكفي لإثبات كفاية الرضا الباطني.

أما الأول وهو كون الاذن موجبا لصحة إسناد الأمر الاعتباري إلى الآذن فهو إنما يكون لأجل كون الاذن عملا اختياريا للآذن صدر منه لأجل تبني ذلك الأمر الاعتباري فأوجب صحة إسناد ذلك الأمر الاعتباري إليه حقيقة، أما في مورد الرضا الباطني فلم يصدر منه عمل من هذا القبيل أصلا، والرضا ليس إلا حالة نفسانية غير اختيارية وليس عملا صادرا منه بهدف تبني ذلك الأمر الاعتباري اذن فهذا الوجه لا يصحح كفاية الرضا.

و أما الثاني وهو كون الآذن طرفا للتعهد فهذا أيضا لا يأتي في مجرد الرضا لوضوح ان مجرد الرضا الباطني لا يؤثر في تحقق الطرفية في التعهد والميثاق.

و أما الثالث وهو دعوى شمول الإطلاقات للعقد في المقام لأن المناسبات العرفية التي تصرف الإطلاق عن العقد الذي يكون اجنيا بحتا عن المالك لا تأتي هنا، فقد أفاد السيد الإمام رحمه الله: إن هذا يشمل مجرد الرضا كما يشمل الاذن ولا وجه للانصراف، سواء في مورد الإذن أو الرضا بعد كون المعاملة صحيحة لازمة عرفا وفي جو العقلاء «١».

(١) كتاب البيع ٢: ١٠١-١٠٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨٦

أقول: إن كون المعاملة صحيحة لازمة عرفا وفي جوّ العقلاء في موارد الاذن مقبول لدينا، أما كونها كذلك في موارد مجرد الرضا الباطني من دون اذن فهو غير مقبول لدينا، ولو كان مقبولا لكفى بنفسه دليلا على الصحة حتى مع غص النظر عن الإطلاقات و ذلك على أساس إثبات إمضاء السيرة و الارتكاز بعدم الردع.

نعم التشكيك في هذا الارتكاز و السيرة لا يضّر بالاستدلال بالإطلاقات في المقام إذ ليس من شرط التمسك بها وجود ارتكاز عرفي و عقلاني على طبقها، و إنما المهم عدم وجود ارتكاز و مناسبة عقلانية ترفضها. و لكن على أية حال قد مضى منّا أنّ هذا الوجه الثالث لا يتم كوجه مستقل عن سابقه.

و قد يستدل على كفاية الرضا الباطني من قبل المالك المقارن لعقد الفضولي بقوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**، و بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرء مسلم إلّا بطيبه نفسه «١» و ذلك باعتبار ان الرضا أو الطيب الباطني كاف في دخول المعاملة في المستثنى.

و يردّ على الأول ما عرفته من ان المناسبات العرفية تقتضي كون المنصرف من مثل هذه الإطلاقات ما إذا كانت التجارة تجارته و البيع بيعه و العقد عقده، و مجرد الرضا الباطني غير كاف في استناد التجارة عليه.

و أما الوجه الثاني و هو التمسك بقوله: لا يحل مال امرء مسلم إلّا بطيبه

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨٧

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

و قد أجاب عليه السيد الخوئي على ما ورد في المصباح «١» أنّ مثل هذا التركيب لا يدلّ على الحصر و لا يستفاد منه عدا كون المستثنى شرطاً، و هو لا ينافي فرض شرط آخر و لم يذكر ما هو السرّ في عدم الدلالة على الحصر و ما هو الضابط في ذلك، و أشار في المحاضرات «٢» إلى ضابط لذلك و هو أنّه في موارد نفي الحقيقة ليس الاستثناء حقيقياً و دالاً- على الحصر، و أنّما هو صورة استثناء و أنّما هو إشارة إلى الشرطية و الجزئية من قبيل لا صلاة إلّا بطهور، و لا صلاة إلّا بفاتحة الكتاب، فكأنّه يقصد أنّ قوله: لا يحل مال امرء مسلم أيضاً داخل في نفس الحقيقة و لو بأن يكون مقصوده من نفي الحقيقة ما يشمل نفي الصحة، و لكن هنا أيضاً لم يوضح ما هو السرّ في عدم كون الاستثناء في موارد نفي الحقيقة استثناء حقيقياً أو عدم دلالة على الحصر و كونه فقط بصدد بيان الشرطية أو الجزئية، و لم يوضح أيضاً أنّ قوله: لا يحل مال امرء مسلم لما يلحق بنفي الحقيقة، مع أنّه في قسم من مدلوله- و هو الحلّ التكليفي- لا ربط له بنفي الحقيقة، فهل أنّ نفي الجواز أيضاً كنفى الصحة ملحق بنفي الحقيقة؟ ثم نفي الصحة لما ذا يلحق بنفي الحقيقة؟ إن قيل إنّ نفي حقيقة الصحة قلنا: إذن كل نفي نفي للحقيقة حتى في مثل ما جاء القوم إلّا زيدا، لأنّه ينفي حقيقة المجيء و إن قصد بنفي الحقيقة تحديد

(١) مصباح الفقاهة ٤: ٧.

(٢) المحاضرات ٢: ٢٩١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨٨

المفهوم لا المصداق كى لا يصدق فى مثل ما جاء القوم فنفى الصحة أيضا ليس تحديدا لمفهوم الصحة بل هو تعيين للمصداق. و على أية حال فالذى ذكرنا لدى بحثنا عن إطلاقات العقود هو الاستفادة من حرف الباء فى مثل لا صلاة إلا بطهور أو بفاتحة الكتاب فالباء يعطى معنى التقييد و الجملة باقية على دلالتها على الحصر و على إطلاقها. إلا أن الحكم الذى ثبت للمستثنى أنما هو تقييد نقيض حكم المستثنى منه به، فمفاد الجملة أنما هو تقييد صحة الصلاة بالطهور أو الفاتحة و هذا مطلق يشمل الصلاة المستدبرة للقبلة مثلا، لكن لا يعنى ذلك صحة الصلاة المستدبرة للقبلة إذا كانت مع الطهور، و أنما يعنى أن الصلاة المستدبرة للقبلة أيضا لو صحت فهى مقيدة بالطهور و من هنا فصّلنا بين مثل لا- صلاة إلا بطهور أو بفاتحة الكتاب، و مثل لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض حيث توجد هنا حرف الباء و يكون الحكم المحكوم به على المستثنى هو نقيض حكم المستثنى منه لا تقيده به و هو حلّ الاكل، فهذا يدلّ على ثبوت الحلية فى كل موارد صدق التجارة عن تراض، فى حين أنّ الأوّل لا يدلّ على ثبوت الصحة فى كل موارد تحقّق الطهور أو الفاتحة.

و بما أنّ الحديث الذى نتكلم عنه فى المقام و هو لا- يحل مال امرء مسلم إلا بطيبه نفسه مشترك مع لا صلاة إلا بطهور أو بفاتحة الكتاب فى النكتة التى شرحناها و ذلك لمكان الباء. إذن يكون مفاد النص اشتراط الحل بطيب النفس لا عدم اشتراط شىء فيه غير الطيب، فلا يدلّ الحديث على كفاية الرضا الباطنى.

و هناك أحاديث اخرى قد يتمسك بها لإثبات كفاية الرضا الباطنى من قبل المالك المقارن لعقد الفضولى من قبيل:

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٨٩

١- رواية عروة البارقي قال: قدم جلب فاعطانى النبى صلّى الله عليه و آله ديناراً فقال:

اشتر بها شاء فاشترت شاتين بدينار فلحقنى رجل فبعت احدهما منه بدينار ثم اتيت النبى صلّى الله عليه و آله بشاء و دينار فردّه علىّ و قال: بارك الله لك فى صفقه يمينك و لقد كنت أقوم بالكناسة أو قال بالكوفة فاربح فى اليوم اربعين الفا «١».

و فى نقل آخر مشابه لهذا النقل بعث رسول الله صلّى الله عليه و آله معه بدينار يشتري له اضحية و قال مرّة أو شاء فاشترى له اثنتين فباع واحدة بدينار و أتاه بالاخري فدعا له بالبركة فى بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه «٢».

و عنه فى نقل آخر قال: عرض للنبي صلّى الله عليه و آله جلب فاعطانى ديناراً و قال: اى عروء ائت الجلب فاشتر لنا شاء قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت منه شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو قال أفودهما فلقينى رجل فساومنى فابيعه شاء بدينار فجئت بالدينار فقلت يا رسول الله صلّى الله عليه و آله هذا دينار كم و هذه شاتكم قال كيف صنعت؟ قال فحدّثته الحديث فقال اللهم بارك له فى صفقه يمينه فلقد رأيتنى أقف بكناسة الكوفة فاربح اربعين الفا قبل أصل «٣» إلى أهلى و كان يشتري الجوارى و يبيع «٤».

(١) مستدرک الوسائل ٢: ٤٦٢-٤٦٣، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الوحيد فى الباب.

(٢) نقله فى مصباح الفقاهة ٤: ٢٣، تحت الخط عن مسند أحمد ٤: ٣٧٥، حسب طبعة مصر التى فى هامشها منتخب كنز العمال.

(٣) هكذا جاء فى كتاب (مصباح الفقاهة) و الظاهر أنّ الصحيح: قبل أن أصل.

(٤) نقله فى مصباح الفقاهة ٤: ٨، تحت الخط عن مسند أحمد ٤: ٣٧٦، حسب الطبعة التى مضى ذكرها.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩٠

و نسب ما يشبه هذه القصة إلى حكيم بن حزام حيث روى أنّ النبى صلّى الله عليه و آله بعث معه بدينار يشتري له اضحية فاشتراها بدينار و باعها بدينارين فرجع فاشترى اضحية بدينار و جاء بدينار إلى النبى صلّى الله عليه و آله فتصدّق به النبى صلّى الله عليه و آله و دعا ان يبارك له فى تجارته «١».

وهذه القصة سواء اتحدت أو تعددت يستدل بها على المقصود باعتبار إحراز الرضا المقارن في ما فعله عروة أو حكيم بن حزام مما كان خارجا عن أمر رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و النبي صَلَّى الله عليه و آله اقتره على فعله و لم ينهه عما صدر منه من التصرف في العوضين بحجة أن العقد كان باطلا فلو كان النبي صَلَّى الله عليه و آله معتمدا على تصحيح العقد الفضولي بالإجازة المتأخرة لا على صحته بالرضا المقارن لكان المفروض أن ينكر أولا على عروة أو حكيم بن حزام باعتبار حرمة ما فعله من التصرف و يصحح ثانيا العقد بالإجازة، في حين أنه لم يصدر منه إنكار و ردع من هذا القبيل.

و خير ما اجيب به على دلالة هذا الحديث هو أن التصرف المادى في مال الغير يكفى في تحليله الرضا الباطنى و لا يتوقف على الاذن، و إنما المدعى في المقام توقف صحة العقد و حصول النقل و الانتقال على الاذن، فلعل النبي صَلَّى الله عليه و آله إنما لم يردع عروة أو حكيم بن حزام عما فعله من التصرف المادى في المال على أساس علمه بالرضا ثم بنى على صحة المعاملة بتصحيحه هو صَلَّى الله عليه و آله للعقد بالإجازة المتأخرة «٢».

(١) البحار ١٠٣: ١٣٦، الباب ١٢ من كتاب العقود و الايقاعات، الحديث ٤.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٤: ٩، و المحاضرات ٢: ٢٩١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩١

و عليه فغاية ما يمكن افتراض دلالة هذا الحديث عليه هو أننا نفهم إجمالا من هذا الحديث أنه إما الإجازة المتأخرة تكون مصححة لعقد الفضولى، أو الرضا المقارن يكون مصححا له، إذ لو لم يكن شيء منهما مصححا لبطل العقد، في حين أن النبي صَلَّى الله عليه و آله بنى عملا على صحته و لم يصدر ردعا عما فعله عروة أو حكيم و على أية حال فالقصة غير ثابتة سندا.

٢- الروايات الدالة على صحة نكاح العبد بمجرّد علم مولاه و سكوته «١».

و خير ما اجيب به عليها هو أن مشكلة عقد الفضولى - على ما اتضح من الأبحاث السابقة - أن عقده غير مستند إلى المالك، في حين أن مشكلة نكاح العبد قد تكون مجرد الحاجة إلى رضا المولى و قد فرض علمه و سكوته كاشفا عن الرضا «٢».

٣- روايات دلالة سكوت البكر على الرضا لدى استثمارها في النكاح «٣».

و الجواب: أن سكوتها لدى استثمارها في النكاح يعتبر تصديا منها لإبراز الرضا و لا نعى بالاذن غير ذلك.

٤- ما ورد بسند تام عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال:

سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بغمّ النيل و أهل الأرض يقولون: هي أرضهم و أهل الاسنان يقولون هي من أرضنا فقال لا تشتريها إلّا برضا أهلها «٤».

(١) الوسائل ١٤: ٥٢٥-٥٢٦، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٢٩٢، و مصباح الفقاهة ٤: ٨-٩.

(٣) الوسائل ١٤: ٢٠٦-٢٠٧، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٤٩، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩٢

و قد اتضح الجواب على ذلك ممّا مضى في حديث لا- يحل مال امرء مسلم إلّا بطيبه نفسه، فإن الباء دليل التقييد و يكون معنى الحديث عندئذ: أن رضا أهلها شرط و قيد في صحة بيعها، لا أن رضا أهلها كاف في صحة البيع بلا حاجة إلى إبراز منهم و قد مضى

شرح ذلك.

٥- مرسله الاحتجاج عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري عن صاحب الزمان - عجل الله تعالى فرجه - في مكاتبة له: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضا منه «١».

و الجواب على هذا الحديث أيضا كالجواب على سابقه لأنه أيضا يشتمل على حرف الباء.

إلا أنه قد يقال: إن هذا الحديث يختلف عن سابقه بعطف كلمة «رضا منه» على كلمة «بأمره» فإذا كان المقصود من أمره اذنه لم يبق فرد آخر يعطف عليه بكلمة رضا منه إلا الرضا الباطني، وهذا يعني كفاية الرضا الباطني من دون حاجة إلى الاذن وإلا لم يكن معنى معقول لعطف الرضا على الاذن ب (أو) بعدم فرض كون حمله على ما يشبه عطف المرادف على المرادف ب (أو) خلاف الظاهر. و الجواب إن الظاهر من كلمة ب (أمره) كون البيع بطلب منه و عطف كلمة «رضا منه» يعني عدم اشتراط خصوص الطلب، فقد يكون البيع برضا منه دون طلبه و هذا تحته حالتان: إحداهما ثبوت الرضا وحده، و الثانية ثبوت إبراز الرضا أيضا و هو غير الطلب، و عندئذ يأتي ما ذكرناه من أن حرف الباء تدل على أن المقصود كون الرضا شرطا و قيدا من دون نفي قيد آخر و هو الإبراز.

(١) الوسائل ١٢: ٢٥١، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩٣

و قد تحصل لدينا إلى الآن أن الرضا المقارن للعقد غير كاف لصحة العقد، و أن صحة العقد مشروطة بالملك أو الولاية أو الاذن.

تأخر هذا الشرط عن العقد

إشارة

و بعد هذا يقع الكلام في أن هذا الشرط لو كان مفقودا لدى تحقق العقد و لكنّه وجد بعد ذلك فهل وجوده المتأخر يصحح العقد أو لا؟

و الكلام في ذلك تارة يقع في حصول الملك أو الولاية متأخرا من دون إجازة جديدة للمعاملة بعد حصول ذلك، و اخرى يقع في الإجازة المتأخرة فلدينا بحثان:

[البحث الأول] لحوق الملك أو الولاية:

البحث الأول - في أن مجرد حصول الملك أو الولاية بعد العقد هل يكفي في تصحيح العقد أو لا؟ فقد يقال إن مقتضى القواعد كفايته باعتبار أن حصول الملك أو الولاية بعد العقد كاف في انتساب العقد إلى المالك أو الولي لأن العاقد كان هو نفس هذا الشخص، و إذا انتسب العقد إليه دخل في الإطلاقات. نعم يشترط في فرض الولاية كون العقد في صالح المولى عليه مثلا حين تحقق الولاية، و لا يكفي كونه في صالحه حين العقد و قبل الولاية.

و تأخر الملك أو الولاية عن العقد يتحقق في عدة فروع بعضها يناسب المقام و بعضها يناسب مبحث شرائط المحل «١»:

(١) و نحن نبينه هنا و به تأتي على أهم ما نريد بحثه في شروط المحل و لذلك نحذف البحث عن الركن الرابع و هو المحل.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩٤

الفرع الأول - أن يكون المال مملوكا لغيره فيبيعه قبل ان يملكه ثم يملكه و هذا هو المقصود مما تعارف في لسان فقهاءنا من عنوان

«من باع شيئاً ثم ملك».

و الفرع الثاني - أن يكون المال من المباحات الأولية فيبيعه ثم يحوزه كما لو باع سمكة ثم صاها.

و الفرع الثالث - أن يكون الشيء مملوكاً له على تقدير وجوده و إنما العيب أنه غير موجود من قبيل من باع ثمار أشجاره قبل تكونها، أو باع أولاد حيواناته قبل حبلها.

أما ما عدا هذه الفروع الثلاثة فيرجع الأمر فيه حسب تصوّرات فقهاء الإسلام إلى بيع ما في الذمة أي أن المبيع غير المملوك فعلاً للبائع إن لم يضاف إلى عين خارجية أو نماء عين خارجية اذن هو مضاف إلى الذمة في مقام البيع و هذا يكون خارجاً عن مبحثنا، لأن كل إنسان يملك ذمته بمعنى عام من الملك و قد قلنا منذ البدء أن مقصودنا من شرط الملك هو معنى عام من الملك لا خصوص المصطلح الخاص.

و الفرع الأول من هذه الفروع الثلاثة يناسب المقام باعتبار أن المحل لا عيب فيه فهو أمر مملوك، و إنما العيب في العاقد حيث لم يكن مالكا و لكن الفرع الثاني و الثالث يناسبان بحث شرائط المحل لأن العيب في المحل حيث كان من المباحات الأولية و كانت نسبته لكل على حد سواء أو كان غير موجود.

و مقتضى القاعدة في كل هذه الفروع حسب تصوّرات الفقه الوضعي هو الصحة حيث ارجعوا العقود الناقلة إلى التعهد بالنقل، و التعهد بالنقل لا ينافي عدم دخول العين في ملك العاقد بالفعل فيماكانه ان يتعهد بنقل هذه العين إلى ملك المشتري و لو بعد شرائها أو بعد حيازتها، أو نقل هذه الثمرة إليه بعد تكونها. نعم لو

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩٥

تعهد بالنقل الحالى بطل لعدم إمكانه. و استثنوا من ذلك بيع الوارث مال مورثه قبل موته لكونه خلاف الآداب و موجبا لانتظار موت المورث، و موجبا في كثير من الأحيان لتبديد الوارث من الآن ما يحتمل تملكه إياه في المستقبل «١».

أما في فقهاء الإسلام فالعقود الناقلة هي ناقلة ابتداء و ليست تعهدا بالنقل.

و على هذا الأساس فمقتضى القاعدة في الفرعين الأولين هو البطلان إذ حينما انشأ النقل لم يكن مالكا و حينما ملك لم يكن المفروض تبني لما فعل و انتحاله إياه، فصحيح أن هذا النقل منسوب إلى المالك كما مضى إلا أنه إنما يكون منسوبا إلى ذات المالك و ليس منسوبا إلى المالك بما هو مالك كي يكون مشمولا للإطلاقات.

و بهذا تنحل شبهة أنه ما الفرق بين الاذن في ما سيأتي من بحث الفضولي و الملك حيث يقال بكفاية الاذن المتأخر و هو الإجازة و لا يقال بكفاية الملك المتأخر بناء على أن كفاية الإجازة تكون ثابتة على القاعدة؟! فإنّ الجواب هو:

إنّ الإجازة المتأخرة تنسب الأمر الاعتباري أو التعهد إلى المالك بما هو مالك فيوجب دخول ذلك في الإطلاقات، لكن الملك المتأخر من دون إجازة بعد حصول الملك لا ينسبه إلى المالك بما هو مالك.

و في الحقيقة هذه الشبهة سارية في كل الشروط.

و الجواب نفس الجواب فمثلا يتوجه السؤال عن أنه ما الفرق بين شرط الاذن و شرط البلوغ حيث يكفي الاذن المتأخر و هو الإجازة و لا يكفي البلوغ المتأخر ما لم يجز العقد بعد البلوغ؟! و الجواب هو ان الاذن المتأخر يصحح

(١) راجع الوسيط، الجزء ١، الفقرة ٢١٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩٦

انتساب العقد إليه بما هو بالغ في حين أن البلوغ المتأخر لا يصحح انتساب العقد إليه بما هو بالغ و إن كان العقد منسوبا إلى ذات البالغ لصدوره منه قبل بلوغه.

هذا بلحاظ التمسك بالإطلاقات.

و كذلك الحال بلحاظ التمسك بالسيرة إن كانت ثابتة في مورد الفضولي فيقال: إن موضوع هذه السيرة و إن لم يكن هو الانتساب في الامور الاعتبارية بناء على ما اخترناه من ان الانتساب في طول السيرة، و لكن موضوعها هو الانتحال و التبيي و في الإجازة المتأخرة تم انتحال المالك و تبني للعقد بما هو مالك و هذا بخلاف سائر الشروط لو تأخرت.

و أما بلحاظ الامور التعهيدية فموضوع السيرة أيضا هو الانتساب فيأتي فيه عين ما ذكرناه في الإطلاقات.

هذا كله في ما إذا أجرى عقدا ناقلا- على ما لا- يملكه مميًا هو مملوك للآخرين أو ما كان من المباحات الأصلية، و قد عرفت ان مقتضى القاعدة عدم نفوذه و يدعم ذلك ما ورد في بعض الروايات من المنع عن بيع ما لم يستوجه و مورد الروايات هو بيع مال الآخرين «١».

و أما إذا أجرى التعهيد بالنقل فمقتضى القاعدة نفوذ ذلك و يجب عليه عندئذ أن يشتريه إن كان مملوكا لغيره أو يحوزه إن كان من المباحات كي يفى بوعده.

و لكن في تلك الروايات التي اشرفنا إليها ما يمنع بإطلاقه عن التعهيد أيضا و أنه لا بد أن يكون هو بعد تملكه، و كذلك من يشتريه منه بالخيار إن شاء فعل و إن شاء ترك «٢»، و مورد الروايات هو بيع مال الآخرين و هل يتعدى من ذلك إلى باب

(١) راجع الوسائل ١٢: ٣٧٥، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) المصدر نفسه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩٧

الإرث فلا يجوز تعهيد الوارث بأموال المورث لشخص بالنسبة لما بعد موت المورث أو إلى باب حيازة المباحات فلا يجوز التعهيد ببيع ما سيحوزه مثلا أو لا؟

لا بد من الرجوع في ذلك إلى فهم العرف فان ساعد فهم العرف على التعدى يتعدى من مورد الروايات بقدر مساعدة العرف على ذلك.

و هناك اسلوب ثالث لإجراء التعامل على ما لا يملكه مميًا هو مملوك للغير، أو من المباحات الأولية و هو ان ينشئ نقل هذا المال لا على الإطلاق، أو بقيد الحال بل بقيد الاستقبال فالتعامل الذي يجريه على هذا السمك الذي لم يصده بعد مثلا أو هذا الكتاب الذي لم يشتره بعد ليس عبارة عن نقله بقيد الحال أو على الإطلاق كما هو الاسلوب الأول، و لا التعهيد بالنقل و التمليك مستقبلا كما هو الحال في الاسلوب الثاني بل هو عبارة عن نقله بلحاظ الزمان المستقبل أي أنه من الآن ينقل ملكية هذه العين التي كان المفروض ان تثبت له بالحيازة أو الشراء إلى الشخص الآخر، فإنشاء التمليك (و ليس التعهيد بالتمليك) ثابت من الآن، و لكن بلحاظ المستقبل نظير الوقف على البطون بالنسبة للبطون المتأخرة، و نظير الوصية بالملك إن صحت الوصية بالنتيجة أو الوقف المنقطع الأول لو صح، و نظير التحرير الاستقبالي في التدبير و المكاتبه و هذا لو تم عرفا و عقلا في الإطلاقات و لم يرد على دخوله في الإطلاقات إشكال عدم انتساب هذا العقد إلى المالك، فإنه لم يتصرف حينما تصرف بنقل هذا المال إلّا بلحاظ زمان ملكيته و هذا كاف في شمول الإطلاق له لو تمت عرفيته و عقلايته.

و لكن العيب في ذلك ما مضى منّا في بحث الإطلاقات من ان إطلاقات أدلة العقود انما تدل على احترام العقد بما هو ربط قرار بقرار، أما ان نفس متعلق القرار هل هو مباح في ما هو على وزان شرط الفعل، أو قابل للنفوذ في

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩٨

ما هو على وزان شرط النتيجة؟ فهذا خارج عن عهده أدلة العقود فلو ملك شخص حرّ نفسه لشخص آخر بضمن مثلا لم يدل إطلاق

أدلة العقود على صحته ذلك، لأن أصل تحوّل الحرّ إلى العبد أمر غير شرعي، وكذلك الحال فيما نحن فيه أي لا بد من قيام دليل على أصل مشروعية خلق ملكية ما لا يملكه من الآن بلحاظ زمان ملكيته، فلو ثبت ذلك ببناء عرفي و عقلائي مع عدم الردع دخل هذا التعامل في إطلاق أدلة العقود بل ثبتت السيرة غير المدروعة على نفس هذا التعامل فتثبت صحته حتى لو لم تكن لدينا إطلاقات، ولكن لم يثبت بناء عقلائي على ذلك.

هذا تمام الكلام في الفرعين الأولين.

و أمّا الفرع الثالث وهو نقل الأثمار و النماء آت قبل وجودها فإن كان المقصود بذلك التعهّد بنقلها بعد وجودها فلا إشكال في ذلك، و الروايات المانعة عن البيع قبل التملك الواردة في بيع ملك الغير قبل شرائه لا علاقة لها بالمقام، و احتمال الفرق موجود فلا معنى للتعدّي من موردها إلى المقام.

و إن كان المقصود بذلك النقل الحالى أو النقل المطلق بناء على أنه ينتج نتيجة النقل الحالى فهذا و إن لم تكن فيه استحالة فلسفية حتى بناء على عدم مملوكيتها الآن، لأنّ النقل ليس عداً أمر اعتباري كالملكية نفسها، و لا استحالة في تملك ما لا يملكه لكنه قد يقال: إنه ليس عرفياً إلّا إذا فرض مملوكيتها من الآن لملك الأصل، و كذلك ليس العقد الصادر منه مستندا إليه بما هو مالك لها و لا عقدا صادرا منه بلحاظ زمان ملكيته إياها فهو غير مشمول للإطلاقات، و بكلمة اخرى يأتي فيه نفس ما ذكرناه في الفرعين الأولين. و لكن يمكن أن يقال في مقابل هذا الكلام بأحد أمرين:

فقه العقود، ج ٢، ص: ١٩٩

الأول- ان يدعى ان ملكية مالك الأصل للنماء آت ثابتة عرفاً قبل وجودها سنخ ما قد يقال في إيجار المنافع المستقبلية للأعيان، كما لو آجر بيته للسنة المقبلة من ان المنفعة المستقبلية للعين مملوكة من الآن لمالك العين فيما كانه ان يملكها للمستأجر و إن كان هذا الكلام في المقيس عليه مورد تأمل لأنّ منفعة العين التي يمكن ان تكون مملوكة لمالك العين- و لو ملكية مندكة في ملكية العين- أنّما هي قابلية العين للانتفاع بها الثابتة من الآن، و استمرارها في عمود الزمان ليس إلّا كاستمرار نفس العين في عمود الزمان، و تملكها بلحاظ الزمان المستقبل ليس إلّا كتمليك نفس العين بلحاظ الزمان المستقبل للبطون المتأخرة في الوقف على البطون، و ليس هذا تملكاً لما سيملكه مستقبلاً و لا يملكه الآن.

الثاني- ان يدعى ان هذه النماء آت و إن لم تكن مملوكة لمالك الأصل الآن و لكن حيث ان لها نحو إضافة إلى مالك الأصل باعتبارها نماء آت لما يملكه كان هذا النحو من الإضافة مصححاً لتمليكه إياها فيملكها الغير رغم عدم ملكية البائع إياها سنخ ان من يبيع متاً من الحنطة في ذمته يملكه المشتري، مع ان البائع لم يكن ملكاً له لا ملكية اعتبارية سنخ ملكيته للأعيان، و لا ملكية حقيقية سنخ ملكيته لأعماله، و غاية ما في الأمر ان لذمته نحو اختصاص به فهي ذمّة مضافة إليه و لا يحق لأحد غيره إشغالها من دون موافقته، و كان هذا هو مقصودنا حينما قلنا: إنّ الذمّة مملوكة- بمعنى عام من الملك و لما امتلكه المشتري من الشيء الكلي- ظرف خاص به يناسبه و هو ذمّة البائع، و لما امتلكه المشتري من الثمار أيضاً ظرف خاص به يناسبه و هو الزمان المستقبل أو قل: ظرف الخارج في الزمان المستقبل.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠٠

و إن كان المقصود بذلك النقل بلحاظ الزمان المستقبل أي ان مالك الأصل ينشئ من الآن ملكية النماء للمشتري من حين وجوده فهذا الاحتمال كان عيبه في الفرعين الأولين عدم ثبوت بناء عقلائي على ذلك، و لكن لا يبعد في خصوص الثمار و النماءات ثبوت بناء العرف و العقلاء عليه بمناسبة كونها نماءات للأصل الذي يملكه.

فهذه هي التخريجات التي يمكن ان يدعى بها أحد عقلائية بيع الأثمار و النماء آت قبل وجودها و تتلخص في وجوه ثلاثة:

١- دعوى ثبوت ملكيتها من الآن لمالك الأصل.

٢- دعوى كفاية مالها من إضافة إلى مالك الأصل لنقلها من الآن.

٣- دعوى كفاية مالها من إضافة إلى مالك الأصل لنقلها بلحاظ زمان وجودها.

والتخريج الثالث قد لا ينطبق على الواقع الخارجي حينما لا يكون حصول النماء في المستقبل مضمونا و قطعيا، و يكون العقد منجزا و قطعيا على كل حال أى سواء حصل النماء في المستقبل أو لا من دون أن يكون العقد فى واقعه مركبا من بيع وهبة أى أنه لو حصل النماء كان يبيعا و إلا كان المشتري قد ملك الثمن مجانا فعندئذ ينحصر الأمر فى تخريجين فقط و هما:

١- أن ذاك النماء يكفى احتمال ثبوته أو الظن بثبوته فى المستقبل فرضه مملوكا الآن فيباع هذا الوجود المحتمل أو المظنون.

٢- أن هذا المقدار من إضافة ذاك الوجود المحتمل أو المظنون إلى مالك الأصل و لو لم تسم ملكا صحح بيع هذا الوجود المحتمل أو المظنون.

و الروايات بخصوص الترخيص - فى بيع أثمار الأشجار قبل وجودها -

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠١

كثيرة «١» و إن كان المعارض أيضا موجودا قليلا ٢. أما التعدى إلى سائر النماءات أو عدمه إن لم نقل بصحة بيعها بمقتضى القاعدة فهو موكول إلى العرف.

ثم إن شريعة الإسلام إن لم توافق بشكل واسع على البيوع الاستقبالية فقد فتحت بابا آخر تحل محل ذلك و تشبع الحاجة إليها لم يعرف الفقه الغربى ذاك الباب و هو بيع ما فى الذمة.

[البحث الثانى] الإجازة المتأخرة عن العقد:

إشارة

البحث الثانى - فى الإجازة المتأخرة عن العقد و هذا ما يسمّى بعقد الفضولى.

و المتيقن من صحة الفضولى بالإجازة بناء على صحته هو العقد و ليس الإيقاع،

بل نقل الشيخ رحمه الله ٣ عن غاية المراد دعوى الإجماع على بطلانه فى الإيقاعات.

إلما أن السيد الخوئى رحمه الله ذكر ٤: أن صحة عقد الفضولى لو بنينا عليها بمقتضى القاعدة لا بمقتضى أدلة خاصة فحسب تسرى إلى الإيقاعات أيضا، لأنها أيضا تنسب بمجرد الإجازة إلى المجيز كما هو الحال فى العقد فتشملها الإطلاقات، و لا قيمة للإجماع المنقول خاصة إذا لم يكن متكررا فإن الظاهر أن ناقل الإجماع منحصر فى المقام بغاية المرام فإنه موهن لصحة النقل، و لو فرض حصول الاتفاق فأنما هو فى الطلاق و العتق دون غيرهما كالإبراء، مضافا إلى عدم ثبوت تعبدية الإجماع لو ثبت الإجماع.

(١) ١ و ٢ راجع الوسائل ١٣، الأبواب الأولى من بيع الثمار.

(٢) ٣ راجع المكاسب ١: ١٢٤، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيدى.

(٣) ٤ راجع المحاضرات ٢: ٢٨٨، و مصباح الفقاهة ٤: ٤-٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠٢

أقول: إن فرض جريان صحة الفضولى فى الإيقاعات على الإطلاق على تقدير صحته على القاعدة فى العقود مشكل، فإن نكته صحته فى العقود على القاعدة ان تمت فهى عبارة عن أحد الأمرين الماضيين فى الأذن.

الأول - ما سبق نقل دعواه من السيد الخوئى من أن الأذن أو الإجازة يوجب انتساب الأمر الاعتبارى حقيقة إلى الأذن أو المجيز.

و لكنه مضى منّا انّ هذا غير صحيح بلحاظ وجود ذاك الأمر الاعتباري في لوح اعتبار المتعاقدين، و أنّما يصحّ بلحاظ وجوده في لوح اعتبار العقلاء و هذا يتوقّف على ثبوت ارتكاز و سيرة عقلايين، و ثبوت ذلك في الاذن المتقدّم لا يستلزم ثبوته في الإجازة المتأخّرة فقد يكون الارتكاز و السيرة ثابتين في العقود لدى الإجازة المتأخّرة أيضا، و غير ثابتين في الإيقاعات أو بعضها كالطلاق لدى الإجازة المتأخّرة.

و لو سلّمنا صحّة هذا الوجه بالنظر إلى الوجود الاعتباري في لوح المتعاقدين و لم نحتج إلى فرض ارتكاز و سيرة عقلايين قلنا: إنّ مجرد انتساب الأمر الاعتباري إلى الآذن أو المجرّد أو المجرّد إنما يكفي في دخول ذلك في الإطلاقات لو كان لدينا إطلاق، و في باب العقود لو لم نجد إطلاقا خاصا بكل قسم من أقسام المعاملات فلا أقل من إطلاقين عامين: أحدهما تجارة عن تراض و الآخر أو فوا بالعقود، في حين أنّه في باب الإيقاعات لا- نمتلك إطلاقا من هذا القبيل فيجب أن نرجع في كل قسم من أقسام الإيقاعات على عدّة إلى الأدلّة اللغوية لئلا نرى هل نجد له إطلاقا أو لا، فان لم نجد له إطلاقا فيها لم يتم هذا الوجه لتصحيح الإجازة المتأخّرة. نعم الاذن السابق تكفي في تصحيح الارتكاز أو السيرة العقلايين.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠٣

و الثاني- ما سبق في العقود العهديّة بالمعنى الذي لا يرجع إلى مجرد الاعتبار و الجعل، بل يرجع إلى أمر حقيقي نفسى من ان الإذن يجعل الآذن حقيقة طرفا للعهد و هذا أيضا لا يجرى في الإيقاعات لأنّها ليست عهدا بهذا المعنى و أنّما هي امور اعتبارية. نعم إن ثبت في بعضها أنّ العرف يفهم من الإجازة المتأخّرة جعل الإيقاع و اعتباره من الآن كما لعله كذلك في الإبراء فهذا في الحقيقة يخرج عن الفضولي و تصبح الإجازة إيقاعا جديدا، في حين أنّه في البعض الآخر لم تثبت لدى العرف كفاية الجعل و الاعتبار بأي صيغة كانت كما في الطلاق.

و أيضا إن ثبت في بعضها أنّ العرف يكتفى في تحقّق المقصود بمجرد إبراز الرضا بحصول المقصود بلا حاجة إلى الجعل و الاعتبار كما لعله كذلك في الإبراز فهذا أيضا يخرج المورد حقيقة عن الفضولي و تصبح الإجازة إيقاعا، باعتبارها إبرازا للرضا بحصول المقصود.

و الآن حان وقت الشروع في بحث عقد الفضولي:

مصطلح (الفضولي) في الفقهاء الإسلامي و الوضعي:

و نتبه في مقدمة هذا البحث على أنّ مصطلح الفضولي موجود أيضا في الفقه الوضعي على فرق بين مصطلحهم و مصطلحنا، فهم يجعلون الفضولي من الفضل بمعنى الإحسان، في حين أنّه في فقهاء مأخوذ من الفضول بمعنى التطفّل فالفضولي في مصطلحاتهم هو الذي يقوم بشأن عاجل و ضروري لحساب شخص آخر بحيث يعلم عادة ان ذاك الشخص يرضى بذلك، و لو كان حاضرا و قادرا لقام هو بهذا الشأن، و هذا قد يكون مصداقا للفضولي في فقهاء أيضا كما لو قام ببيع محصولات زراعية للشخص الغائب ممّا يسرع إليه التلف، و قد لا يكون مصداقا للفضولي في فقهاء كما لو استأجر طبيبا بنقوده هو ليعالج المريض العاجز عن تهيئته

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠٤

الطبيب، و هم يقولون: إنّ عمل الفضولي بهذا المعنى صحيح بلا حاجة إلى الإجازة المتأخّرة و يكون على ربّ العمل أن يدفع إلى الفضولي المصاريف التي صرفها مع فوائدها الربوية و لا يستحقّ الفضولي أجرا على عمله إلا إذا كان العمل من أعمال مهنته، كما لو كان طبيبا فقام بمعالجة المريض. و لو أنّ الفضولي قام بالعمل لأجل مصلحة نفسه و لكان عاد النفع إلى ربّ العمل أيضا لا يعتبر فضوليا إذ لم يتفصّل على المالك، مثاله أنّ المستأجر يقوم بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة حتى يستوفي منفعة العين لنفسه فهو بالنسبة للمالك لا يعتبر فضوليا، لأنّه يعمل لمصلحة نفسه و متى ما كان الأمر هكذا لا يرجع على المالك بمصروفاته بل يرجع إليه إذا

تمت شرائط قاعدة الإثراء بلا سبب بأقل الأمرين من مصروفاته أو قيمة المنفعة العائدة إلى المالك «١»، أما الفضولي بالمعنى المألوف في فقهاء المأخوذ من التطفل فهو عبارة عن من يجري عقدا على مال غيره من دون اذنه و يقال عادة بصحة ذلك بالإجازة المتأخرة، و في الفقه الوضعي أيضا يقولون: إنه إذا قام شخص بتصرف قانوني في صالح رب العمل بلا اذنه ثم أجاز رب العمل ما فعله جعلته الإجازة بحكم الوكيل و نفذ عمله و لو لم تتم شرائط الفضالة «٢».

و على أية حال فلنعد إلى بحث الفضولي بمعناه المصطلح في فقهاء فهل تكون الإجازة المتأخرة مصححة لعقد الفضولي أو لا؟

تحرير محل النزاع:

إشارة

و ينبغي أن يكون موردان خارجين من البحث و النزاع:

(١) راجع الوسيط الجزء ١، الفقرة ٨٥٧ و ما تليها من الفقرات.

(٢) راجع الوسيط ١: ١٣٩٣، ١٤٠٢، الفقرة ٨٦٥، ٨٧٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠٥

المورد الأول - ما أسميه بالعقود العهديه و أقصد بذلك العقد الذي ليس جعلاً و اعتباراً لما ينشئه

بل يكون تعهداً بمعنى العهد الذي يكون أمراً حقيقياً نفسياً لا جعلياً و اعتبارياً، كما لو تعهد شخص فضولاً عن شخص بالقيام بعمل لقاء أجره ثم أجاز ذاك الشخص الآخر ذلك حينما اطلع عليه فهذه الإجازة تكون تعهداً جديداً و أصبح المجيز بنفسه طرفاً للتعهد بواسطة الإجازة و يكون ذلك موضوعاً لأدلة الوفاء بالعهد و العقد بلا علاقة لما قام به الفضولي في الموضوع أصلاً سواء أخرجناه من مصطلح تصحيح عقد الفضولي لما عرفت أو أبقيناه تحت هذا المصطلح بنكته ان مجرد الإجازة المتأخرة ليست عقداً تاماً بل هي قبول متأخر يرتبط بالإيجاب السابق أو إيجاب متأخر يرتبط بالقبول السابق.

و المورد الثاني - ما يكفي فيه مجرد إبراز الرضا من قبيل ما إذا كان الواهب أو المقرض أو البائع بالمعاطة فضولياً

بناء على تفسير الهبة بإجازة التملك بالحيارة مجاناً، و تفسير القرض بإجازة التملك بالحيارة بشرط الضمان، و تفسير العقد المعاطاتي بإجازة التملك بالحيارة بعوض، فالإجازة المتأخرة تكون بذاتها إبرازاً للرضا فتكون بذاتها موضوعاً لحكم المعاملة و عمل الفضولي لا دخل له إطلاقاً في موضوع الحكم و هنا أيضاً لا أهمية لفرض تسمية ذلك اصطلاحاً بتصحيح الفضولي أو إخراجه رأساً عن تحت هذا المصطلح على الوجهين الذين ذكرناهما في المورد الأول فإنه لا مشاحة في الاصطلاح.

و أما ما يكون خارجاً في حقيقته عن العقد بالمعنى الحقيقي كما في العارية و الوكالة و الأمانة لو فرضناها من العقود الرضائية البحتة حسب مصطلح المحقق النائيني رحمه الله فخروجه عن بحثنا واضح جداً، فالرضا قد ثبت بالإجازة بلا إشكال.

و بعد إخراج هذه الموارد من البحث نقول: إن الكلام يقع أولاً في القدر

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠٦

المتيقن مئياً يقال فيه بصحة الفضولي و هو ما لو عقد الفضولي للمالك من دون سبق منع المالك، حتى إذا ثبتت الصحة في ذلك بالإجازة نبحت عن أن الفضولي لو عقد لنفسه فهل ان جعل العقد لنفسه يمنع عن الصحة، و عن أنه لو عقد رغم سبق منع المالك فهل يضرّ منع المالك بالأمر أو لا؟

القدر المتيقن في العقد الفضولي:

أمّا الكلام في ما هو القدر المتيقن و هو بيع الفضولي للمالك من دون سبق منع المالك فقد ذكر السيد الخوئي: أن صحّة عقد الفضولي بالإجازة ثابتة على القواعد بلا حاجة إلى دليل خاص، لأنّ التصرف الاعتباري يسند إلى الآذن إسناداً حقيقياً ولا يفرق في ذلك بين الإذن المتقدم أو المتأخر المسمى بالإجازة فيدخل ذلك تحت الإطلاقات، غاية الأمر أن صحّة الإسناد حصلت في مورد الإجازة المتأخّرة بقاء بعد ان لم تكن ثابتة حدوثاً «١».

أقول: قد مضى منّا «٢» النقاش في هذا التقريب بحرفيته فنحن لا نرى فرقا بين التصرف التكويني و التصرف الاعتباري و هو جعل و إنشاء أمر اعتباري في وعاء اعتبار المتعاقدين فكلاهما يسند إلى الفاعل لا إلى الأمر أو الآذن. نعم وجود الأمر الاعتباري في وعاء اعتبار العقلاء يسند إلى الآذن في طول إمضاء العقلاء لاعتبار المتعاقدين اذن فيتم الإسناد الحقيقي في طول تمامية الارتكاز العقلاني، و بهذا يبطل التلازم «٣» المستظهر من عبارة المحاضرات بين مصحّحيه

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٩٥، و مصباح الفقاهة ٤: ١٩-٢١.

(٢) تحت عنوان: الدليل الخاص على كفاية إذن المالك.

(٣) و سيأتي إشكال آخر على فرض هذا التلازم في آخر بحث الاستدلال على صحّة عقد الفضولي بأخبار تحليل الخمس.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠٧

الاذن للإسناد و مصحّحيه الإجازة له لأنه لا بد من توسيط ارتكاز العقلاء في الأمر، و هذا الارتكاز قد يدعى وجوده في مورد الآذن و عدم وجوده في مورد الإجازة المتأخّرة كما لعل الحال تكون كذلك في بعض الإيقاعات كالطلاق. نعم مع ذلك نحن نؤمن بصحّة عقد الفضولي بالإجازة المتأخّرة على القاعدة لأننا نؤمن بأن ارتكاز كفاية الإجازة المتأخّرة في تصحيح العقود ثابت عقلاييا و عندئذ إمّا أن نتمسك بامضاء الارتكاز المستفاد من عدم الردع أو نتمسك بالإطلاقات التي تم موضوعها بركة هذا الارتكاز.

أمّا لو لم نقبل صحّة عقد الفضولي بالإجازة على مقتضى القواعد فتوجد لدينا نصوص خاصّة قد تستفاد منها صحّة عقد الفضولي:

نصوص خاصّة في العقد الفضولي:

منها - ما مضى من قصة عروة البارقي

حيث أنّ عمله الفضولي رتبت عليه آثار الصحّة رغم عدم الاذن السابق. و يرد على الاستدلال بذلك بقطع النظر عن مسألة السند أنه يوجد في مورد تلك القصة أمران: أحدهما الرضا المقارن من دون إذن، و الثاني الإجازة المتأخّرة فنحن لا نعلم ان أيّا منهما كان هو سبب صحّة المعاملة، فلا يمكن الحكم بصحّة معاملة على أساس هذه القصة إلّا في مورد يجتمع فيه الأمران كما في مورد نفس هذه القصة.

و منها - صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام

إشارة

قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الأول

فخاصم سيدها الأخير فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال: خذ وليدتك و ابنها فناشده المشتري فقال: خذ ابنه يعني الذي باع فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠٨

الوليدة حتى ينمذ لك ما باعك فلما أخذ البيع الابن قال ابوه: ارسل ابني فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه «١».

ولعل أهم الإشكالات التي قد تورد على الاستدلال بهذا الحديث امور ثلاثة:

١- إن مضمون الحديث مقطوع الفساد

لا بد يدل على نفوذ الإجازة بعد الرد مع أن ذلك خلاف الإجماع فالإجازة التي يفتى بنفوذها في بيع الفضولي إنما هي الإجازة قبل الرد، في حين أنه من الواضح من مورد الحديث أن الإجازة كانت بعد الرد بدليل استرجاع السيد الأول للوليدة و ابنها، و بدليل حكم الإمام عليه السلام له بالاسترجاع، فلو لم يكن قد ردّ عقد الفضولي لكان الإمام عليه السلام يقيّد حكمه بالاسترجاع بفرض الرد أي كأن يقول له مثلاً: لك حق الرد فإن رددت الحق فلك أن تأخذ الوليدة و ابنها، و بدليل مخاصمته للسيد الثاني و كذلك مناشدة السيد الثاني للإمام عليه السلام في حلّ مشكلته فكل هذه قرائن على الردّ.

٢- إنه كيف جاز في مورد الحديث للسيد الأول أخذ ولد الوليدة، في حين أنه حرّ لأنه مولود بوطى الشبهه من حرّ؟!

أمّا حبسه على ثمنه فلا- مورد له فأننا لو قلنا بالحبس في الدين فأنما يحبس المديون و هو السيد الثاني لا ابنه، و لو جاز حبس ابنه فالمفروض أن يكون جواز ذلك بعد فرض امتناعه من أداء الدين لا ابتداء.

٣- ما معنى حبس السيد الثاني لابن السيد الأول؟!

و لو جاز حبس المديون باعتباره مديونا لثمن الوليدة فأنما يكون ذلك بعد المطالبة بالثمن و امتناعه من الأداء لا ابتداء.

(١) الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العيب و الإماء، الحديث ١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٠٩

و هناك جواب عام عن كل هذه الإشكالات و جواب خاص عن كل واحد منها:

أمّا الجواب العام فهو ما يقال: من أن المهم لدينا دلالة الحديث على نفوذ الإجازة في تصحيح بيع الفضولي بشكل عام،

أمّا لو وردت إشكالات على امور اخرى واردة في الحديث من أنه لما ذا طبّق هذا الحكم على الإجازة بعد الرد؟! أو لما ذا حكم بأخذ ولد الوليدة أو سجن ابن السيد الأول؟! فلنرد علم هذه الامور إلى أهلها و لا يضّر ذلك بإثبات المدعى المقصود في المقام.

و وافق السيد الخوئي على هذا الجواب بالنسبة للإشكاليين الأخيرين و لكن أبطله بالنسبة للإشكاليين الأول على ما ورد في المحاضرات «١» باعتبار أن الحكم المدعى في المقام هو الذي ثبت في الحديث على مورد الإجازة بعد الرد، و المفروض بطلانه و هذا بخلاف الإشكاليين الأخيرين فأنهما إشكاليان على أحكام اخرى غير الحكم المدعى في المقام.

و ذكر الشيخ الانصاري رحمه الله في المقام «٢»: إن الإشكال على الاستدلال بهذا الحديث بكون الإجازة واقعة بعد الرد ناتج من الاشتباه في مناط الاستدلال، فأننا تارة نأخذ من الحديث نفوذ الإجازة في خصوص موردته ثم نتعدى من موردته إلى سائر الموارد على

أساس القطع الخارجي باعتبار قاعدة الاشتراك و قطعنا بعدم الفرق، و عندئذ يرد الإشكال بأن الحكم في المقيس عليه باطل فكيف يتعدى منه إلى غيره؟! و اخرى نستظهر نفس الحكم العام من الحديث

(١) المحاضرات ٢: ٢٩٩-٣٠٠.

(٢) راجع المكاسب ١: ١٢٥، بحسب الطبعة المشتملة على تعليق الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١٠

لظهور قوله: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع و قوله: فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه فى ان بيع الفضولى ينفذ بالإجازة و يكون الإشكال على تطبيق الحكم فى المورد فیرد علم هذا التطبيق على المورد إلى أهله، لأن الإجازة كانت فى المورد بعد الرد و لكن يؤخذ بالحكم العام فى سائر الموارد التى لا تكون الإجازة فيها بعد الرد و لا عيب فى ذلك.

و فتیر السيد الخوئى - على ما يظهر من المحاضرات «١» بأننا لو كنا نتمسك بالحديث على أساس القطع بعدم الفرق و التعدى إلى أمثال المورد، إذن لما تعدينا إلما إلى ما يكون من قبيل المورد و هو موارد الإجازة المسبوقه بالرد، و هنا يتركز الإشكال بأن نفوذ الإجازة المسبوقه بالرد خلاف الإجماع، و لكن الاستدلال ليس بذلك بل بظهور نفس الحديث فى الحكم العام.

أقول: إن هذا التفسير لكلام الشيخ غريب و لا معنى لفرض توهم أحد التعدى إلى خصوص الإجازات التى تكون بعد الرد، لعدم احتمال دخل الرد فى صحه المعامله و انما الذى يظهر من كلام الشيخ رحمه الله ما ذكرناه من أنه إن كان التعدى بواسطة القطع الخارجى بعدم الفرق ورد الإشكال بأن الحكم فى المقيس عليه غير صحيح فكيف نتعدى منه إلى غيره، و إن كان بالاستظهار العرفى من نفس الحديث فغايه ما فى الأمر بطلان تطبيق الحكم على مورد الحديث لكن يبقى أصل الحكم ثابتا بلا إشكال.

و قد أورد السيد الخوئى «٢» على الشيخ بما ينبغى أن يكون المراد منه: ان

(١) المحاضرات ٢: ٢٩٩.

(٢) فى المحاضرات ٢: ٢٩٩-٣٠٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١١

الحديث لو كان يدل على نفوذ الإجازة بعموم لفظى أو إطلاق حكمى و كان قد طبق هذا الحكم العام على المورد تطبيقا غير صحيح باعتبار مسبقية الإجازة بالرد لصح القول بأننا نأخذ بالحكم و نطرح التطبيق، و لكن الأمر لم يكن كذلك فالمدلول المطابقى للحديث ليس إلما نفوذ الإجازة الواردة فى مورده و المدلول الائترامى له هو إطلاق الحكم لسائر الموارد على أساس استظهار العرف للتعدى و الدلالة الائتراميه تتبع الدلالة المطابقية فى الحجية، و بما ان الدلالة المطابقية فى المقام ساقطة عن الحجية إذن لا- يمكن الأخذ بالإطلاق الذى كان بالائترام لا بمقدمات الحكمة.

و أما الجواب الخاص فبالإمكان الإجابة على كل واحد من الإشكالات الثلاثة:

أما الإشكال الأول- و هو كون الإجازة فى مورد الحديث مسبوقه بالرد فقد أجاب عليه عديد من المحققين

«١»، بأن الرد يعنى حل العقد لا مجرد الكراهه و عدم الرضا أو التردد و القرائن التى تذكر لإثبات الرد فى مورد الحديث لا تدل على أكثر من عدم الرضا فإنه ما دام غير راض بالعقد فالعقد لا زال محكوما بعدم الإضاء و معه تحقق للسيد الأول المخاصمه و استرجاع ما باعه ابنه بلا اذنه، و ذلك يوجب مناشدة السيد الثانى و كما جاء فى المصباح «٢» لو كان مجرد الكراهه أو عدم الرضا و التردد كافيا

في نظر الأصحاب في عدم قابلية العقد للحقوق الإجازة

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٩٧-٢٩٨، و مصباح الفقاهة ٤: ٢٩-٣٠، و كتاب البيع للسيد الإمام ٢: ١١٢، و تعليقه الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١: ١٣٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٤: ٣٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١٢

لما افتوا بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، مع ان الإكراه موجود عادة آنا ما بعد البيع.

هذا و ذكر السيد اليزدي رحمه الله في تعليقه على المكاسب «١» أنه لا مانع من العمل بهذا الحديث فيكون الحديث دليلا على صحة الإجازة بعد الرد.

أقول: بعد تسليم ظهور الحديث في الإجازة بعد الرد يكون كلام السيد اليزدي رحمه الله متينا، فان الإجماع في المقام لو ثبت لم نعرف تعديته، فلهذا يعتمد على دعوى عقلائية المطلب لأن الرد إنهاء للعقد مثلا، و لو فرض ان مقتضى القاعدة عدم نفوذ الإجازة بعد الرد لكون الرد إنهاء للعقد مثلا فليكن الحديث دليلا على نفوذها على خلاف القاعدة سنخ ما لو لم نقبل موافقة أصل صحة عقد الفضولي بالإجازة لمقتضى القواعد و صححناه بهذا الحديث.

و التحقيق في المقام ان الرد تارة يقصد به مجرد إبراز الكراهة و اخرى يقصد به حل العقد.

فان قصد به الأول و قيل: ان هذا هو الذي يوجب عدم قابلية لحوق الإجازة للتأثير و هذا لا يرد عليه النقض بقابلية لحوق بيع المكره بالإجازة المتأخرة، لان ما تعارف ثبوته بعد البيع آنا ما أتما هو الكراهة الباطنية لا إبراز الكراهة.

قلنا: لا شك في ظهور الحديث في كون الإجازة بعد الرد فان الخصومة و الاسترداد ظاهران في إبراز الكراهة بلا إشكال و هذا في أكبر الظن هو مقصود الشيخ الانصاري رحمه الله حين ما قال: «ان ظهور الرواية في رد البيع أولا مما لا

(١) تعليقه السيد اليزدي على المكاسب: ١٣٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١٣

ينكره المنصف» و نحن نأخذ بهذا الظهور و يكون حجة بل حتى لو لم يكن لدينا هذا الحديث و كنا قد اثبتنا صحة عقد الفضولي بمقتضى القاعدة قلنا: إنه لا يوجد في المرتكزات العقلائية ما يقتضى مضرية إبراز الكراهة و منعه عن تأثير الإجازة اللاحقة و لو ثبت إجماع لم يعلم كون موضوعه هذا المعنى من الرد.

و إن قصد به الثاني أعنى حل العقد و القرار فهذا بمعناه الحقيقي لا يعقل صدوره ممن لم ينتحل بعد العقد و القرار و لم يفرضه قرار نفسه، و أما يعقل صدوره من الأصيل الذي تعاقد مع الفضولي فلو عدل الأصيل عن العقد قبل إمضاء المالك الذي باع الفضولي ماله مثلا- لم تفد الإجازة، فهو نظير عدول الموجب قبل قبول القابل الذي يوجب سقوط القبول عن الالتحاق بالإيجاب إذ لا بد من بقاء القرار في نفس الموجب كي يتم بالقبول ربط قرار بقرار، و كذلك فيما نحن فيه تكون الإجازة انتحالا- لقرار الفضولي و لا بد ان ترتبط هذه الإجازة أو القرار المنتحل بقرار الأصيل و هذا فرع بقاء قرار الأصيل و عدم عدوله عنه، أما المجيز فلا يعقل صدور حل العقد و القرار عنه بمعنى العدول و كسر القرار حقيقة. نعم قد يقال: إن له كسر القرار اعتبارا بان ينشئ إفاء القرار فكأن مالكته للمال تعطيه حقا من هذا القبيل إلا أننا لا نرى نكتة عقلائية لذلك، و مالكته إنما تعطيه حق ان يجيز أو لا يجيز و لو فرضت عقلائيته فلا دليل على صدور ذلك منه في مورد الحديث، و لو فرض صدور ذلك منه في مورد الحديث فالحديث دال على عدم تأثيره في إبطال الإجازة اللاحقة و لا حجة للإجماع لو ثبت لعدم ثبوت تعديته.

و أما الإشكال الثاني- وهو كون الحبس المشروع في من يمتنع عن أداء دينه هو حبس نفس المدين لابنه و الابن حرّ فلما ذا يأخذه السيد الأول.

فجوابه: إنّ المسلم فيه عدم جواز حبس الابن أنّما هو ما إذا لم يكن الدين

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١٤

عبارة عن ثمن نفس هذا الابن، أما إذا كان الدين عبارة عن ذلك فلا مانع من قيام دليل تعبدى على جواز أخذ الابن بثمنه و هذا الحديث إمّا يقصد به استرقاق الابن إلى ان يفديه ابوه بثمنه بأن يفترض أنّ الوطاء بالشبهة ليس كالوطى بالنكاح موجبا لحرية الابن على الإطلاق، أو يفترض أنّ النكاح من طرف الام كان زنا و أنّ هذا كان سببا لاسترقاق الابن أو يقصد به جواز أخذه في مقابل ثمنه و بعد أخذ ثمنه يدفع إلى أبيه و قد ورد على كل من الاحتمالين أعنى الاسترقاق أو الأخذ بالثمن بعض الروايات في امه دلّست نفسها بدعوى الحرية فتزوجها أحد من الناس، و في بعضها يقيد الاسترقاق بما إذا لم يقم الزوج البينة على أنّه أنّما تزوجها على أنّها حرّة «١»، و لعل ظاهر صحيحة محمد بن قيس التي تتكلم عنها هو الاسترقاق، و لو حمل جمعا مثلا على أخذ الولد بثمنه لا بعنوان الاسترقاق حملناه أيضا على أخذه بعد امتناع الزوج من دفع قيمته فليس هو صريحا في أخذ الولد قبل امتناع الزوج من دفع قيمته، بحيث لا يقبل التوجيه كى يعترض بأنّه كيف حل له أخذ الولد قبل مطالبة الثمن و الامتناع!؟

و هناك أيضا طائفة اخرى من الروايات و هي ما دلّت على أنّ ولد الامه من حرّ غير المولى مملوك للمولى حتى و لو لم يكن من زنا أو من وطى شبهة إلّا إذا اشترط الزوج منذ البدء حرية أولادها «٢»، فقد تكون صحيحة محمد بن قيس ناظرة إلى هذا المعنى.

(١) راجع الوسائل ١٤، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام و الباب ٧ من أبواب العيوب و التدليس.

(٢) راجع الوسائل ١٤: ٥٣٠-٥٣١، الباب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١٥

و من جملة المحامل التي ذكرت لهذه الروايات هو التقيّة، و من جملة وجوه الجمع بين الروايات الواردة في شراء الامه المسروقة الدالة بظاها على أنّ ولدها حرّ و يكون المشتري ضامنا لقيمة الولد يدفعها إلى المولى و روايات الحكم بمملوكية الولد في بعض الفروض المختصة جميعا بمسألة التزويج، هو التفصيل بين فرض التزويج و فرض شراء الامه المسروقة، فالمملوكية و لو في بعض الصور مخصوص بفرض التزويج دون الشراء.

و على أى حال فيبحث حال أولاد الامه المزوجة من الحرّ أو المبيعة فضولة أو غصبا من الحر موكول إلى محلّه.

و أما الإشكال الثالث- وهو أنّه كيف يجوز سجن ابن المولى الأول قبل مطالبته بالثمن و امتناعه!؟

فقد اتضح جوابه أيضا ممّا ذكرنا آنفا، فإنّ الحديث ليس صريحا في الإطلاق بحيث لا يمكن توجيهه، فلو فرض له ظهور في تجويز سجنه قبل امتناعه من دفع الثمن و أنّ هذا واضح الحرمة، إذن يحمل لا محالة على السجن بعد الامتناع. و الإنصاف أنّ هذا الحديث الصحيح الصريح من أقوى الأدلة على صحّة عقد الفضولي بالإجازة اللاحقة.

و منها- روايات «١» صحّة نكاح العبد بدون اذن مولاه إذا أعقبته الإجازة،

من قبيل ما ورد بسند تام عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن مملوك تزوّج بغير اذن سيده فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازة و إن شاء فزّق بينهما قلت أصلحك الله أنّ الحكم بن عيينة و ابراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إنّ أصل

(١) الوسائل ١٤، الباب ٢٤-٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١٦

النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله و أمّا عصي سيده، فإذا أجازته فهو له جائز «١».
و وجه الاستدلال يمكن أن يكون أحد أمرين:

الأول- أنه اقتصر في مورد الحديث بالإجازة المتأخرة من قبل مالك العبد لنكاح العبد، في حين أن نكاح العبد مشروط برضا المولى إما بلحاظ كون النكاح نوع تصرف له في نفسه المملوكة للمولى، أو بلحاظ أن نفس عبوديته للمولى تقتضى التزامه بأوامر المولى في النكاح وغيره و لو لم يفترض تصرفاً في مملوك المولى، و بعدم احتمال الفرق عرفاً يتعدى من باب النكاح إلى العقود المالية. و هذا الوجه عام في جميع روايات الإجازة المتأخرة لنكاح العبد.

و الجواب: أن احتمال الفرق عرفاً موجود لأنّ العقود المالية بحاجة إلى نوع من الانتساب إلى المالك أو التبتى و الانتحال من قبل المالك، في حين أن نكاح العبد لا دليل على ازيد من اشتراطه برضا المولى فلعله في مثل هذا الفرض يكفى الرضا المتأخر، بخلاف ما لا يكون من قبيله فالتعدى إن تمّ فأنما يتم- على حد تعبير السيد الخوئي- إلى مثل الترويج بينت أخ الزوجة أو بنت اختها المعبر رضاها فيه «٢».

الثاني- التمسك بعموم التعليل فيما يكون مشتملاً على التعليل كحديث زارة الذي مضى، حيث علل الحكم بأنه ما عصى الله و أمّا عصي سيده فهذا يعطى قاعدة عامّة و هي أنه متى ما كان العقد معصية لله لم يصح بالإجازة

(١) الوسائل ١٤: ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ١.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٠٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١٧

المتأخرة، و متى ما كان معصية للمخلوق صحّ بإجازته المتأخرة، فبعموم التعليل نتعدى إلى العقود المالية.

و هذا الوجه أنما يكون وجهاً مستقلاً عن الوجه الأول لو فرضنا العموم المستفاد من التعليل- بقطع النظر عن نكتة الوجه الأول- عبارة عن أن العقد الذي كان عيبه معصية المخلوق يصحّ بإجازته المتأخرة، أمّا لو قلنا: إنّ عموم التعليل المستفاد في المقام- لو لا عدم احتمال الفرق عرفاً- ليس بأكثر من أن النكاح الذي يكون عيبه عبارة عن معصية المخلوق يصحّ بإجازته المتأخرة، فالتعدى إلى العقود المالية يكون بحاجة إلى عدم احتمال الفرق، و هذا يعنى الرجوع إلى الوجه الأول.

و بكلمة اخرى: أن هناك فرقاً بين ما نحن فيه و مثل لا تأكل الرمان لأنه حامض، و هو أن الأكل في مثال لا تأكل الرمان لأنه حامض لم يكن له قيد إلا قيد كونه أكلاً للرمان و المفروض أن ظهور التعليل في كونه تعليلاً بمفهوم أوسع من مفهوم المعلل قد أسقط قيد الرمان. إذن دلّ عموم التعليل على أن الحكم ثابت لأكل كل شيء حامض. و أمّا في المقام فالحكم المعلل كان مشتملاً على قيدين: أحدهما قيد النكاح، و الآخر قيد كون النكاح عبداً لم يستأذن مولاه، و عموم التعليل ظاهر في إسقاط أحد القيدين فان قلنا: إنه يكفى إشباعاً لهذا الظهور إسقاط القيد الثاني فالتعدى أنما يكون في دائرة النكاح لا في دائرة العقود بشكل عام إلاّ تمسكاً بعدم احتمال الفرق و هو رجوع إلى الوجه الأول.

و على أية حال فبعد تسليم كون هذا الوجه مستقلاً عن الوجه الأول يرد عليه: أن هذا الحديث ليس له ظهور في أكثر من أن عيب العقد الناتج من معصية المخلوق يرتفع بإجازته المتأخرة، و لكن المعصية ترتفع بالرضا بلا حاجة إلى

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١٨

الاذن الذي هو التصدي لإبراز الرضا، فالحديث لا يدل على أكثر من كفاية الإجازة المتأخرة في ما هو مشروط بالرضا، أما العقود المالية المشروطة بالاذن أو الانتساب إلى المالك أو انتحال المالك إياه فهذا الحديث لا يدل على كفاية الإجازة المتأخرة فيه لدى فقدان الاذن السابق.

على أن في أحاديث كفاية الإجازة اللاحقة لنكاح العبد احتمالاً - لو تم لكانت تلك الأخبار أجنبية عمياً نحن فيه إطلاقاً وذلك الاحتمال هو ان يقال: إن نكاح العبد ليس مشروطاً باذن المولى ولا بإجازته و لو مؤخراً، غاية ما هناك أنه قبل الإجازة يحق للمولى فسخ العقد، أما إذا أجاز فقد جاز العقد و نفذ أى خرج عن قابلية الفسخ و غاية الأمر أن يكون نكاحه مكروها ما دامت الإجازة غير متحققاً، و الذي يشهد لذلك ما عن منصور بن حازم بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام في مملوك تزوج بغير اذن مولاه أ عاص لله؟ قال: عاص لمولاه قلت: حرام هو؟

قال: ما أزعم أنه حرام و نوله (قل له خ ل) ان لا يفعل إلا باذن مولاه «١» و معنى نوله: إن ما ينبغي له هو أن لا يفعل إلا باذن مولاه و هذا يعنى الكراهة.

و يؤيد ذلك أو يدل عليه ما عن زرارة بسند تام عن أبي جعفر عليه السلام قال:

سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه قال: ذاك لمولاه إن شاء فزق بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما فان فزق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلا أن يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً، و إن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول فقلت لأبي جعفر عليه السلام فإن أصل النكاح كان عاصياً فقال أبو جعفر عليه السلام إنما اتى شيئاً حلالاً و ليس بعاص لله إنما عصى سيده و لم

(١) الوسائل ١٤: ٥٢٢، الباب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢١٩

يعص الله ان ذلك ليس كإتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة و أشباهه «١».

و وجه التأييد أو الاستدلال هو أنه كان المفروض في لسان السائل حصول العقد مع الدخول و مع ذلك ذكر الإمام عليه السلام: أنه «إنما اتى شيئاً حلالاً و ليس بعاص لله...» و يؤيد ذلك قوله: فان فزق بينهما فللمرأة ما أصدقها إذ لو كان النكاح فاسداً فلما ثبت لها الصداق المسمى؟! و إن كان هذا المقطع معارضاً بحديث السكوني الضعيف بالنوفلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

أيما امرأة حرّة زوّجت نفسها عبداً بغير اذن مواليه فقد أباحت فرجها و لا صداق لها «٢».

على أن نفس حديث زرارة الأول أيضاً قد لا يخلو من إشعار بصحة نكاح العبد بدون اذن مولاه و إن كان للمولى الفسخ عندئذ، و ذلك لاستبعاد كون قوله:

إنه لم يعص الله و إنما عصى سيده ناظراً إلى خصوص صيغة النكاح من دون ممارسة الأعمال التي ترتب عادة على العقد من دخول أو مقدماته و لعل حديثي زرارة في واقعتهما حديث واحد وصلنا بسندين مع زيادة و نقيصه في مقدار المضمون الواصل بأحد السندين عن الواصل بالسند الآخر.

و خلاصة الكلام: إن الاستدلال بروايات إجازة نكاح العبد يتوقف على فرض بطلان نكاحه من دون اذن مولاه، و لكن يبدو من حديث منصور بن حازم و حديث زرارة عدم بطلانه و ان نكاحه بلا اذن مولاه ليس زناً و ليس من قبيل نكاح الامة بغير اذن مولاه الذي يعتبر زناً كما هو ظاهر الآية الكريمة:

(١) الوسائل ١٤: ٥٢٣-٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢٠

فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ «١» و صريح الروايات «٢» و إذا كان مفاد ذلك جواز نكاح العبد بلا اذن مولاه و لو على كراهية، و فى نفس الوقت عرفنا بمقتضى الروايات جواز تفريق السيد الذى لم يجز نكاح العبد بين العبد و زوجته كانت النتيجة ان هذا التفريق فسخ و كان معنى قوله: إذا أجاز جاز نفوذ النكاح بعد الإجازة، بمعنى عدم جواز فسخه من قبل المولى. و يحمل أيضا ما ورد فى بعض الروايات من عدم الجواز من دون إجازة المولى على إمكانية الفسخ من قبل المولى، و ذلك من قبيل ما ورد عن عبد الله بن سنان بسند تام عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا يجوز للعبد تحرير و لا تزويج و لا إعطاء من ماله إلّا باذن مولاه «٣»، و ما عن أبى بصير بسند فيه البطائنى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبة و لا نكاح و لا شهادة و لا حج حتى يؤدى جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه ان هو عجز فهو رد فى الرق «٤».

نعم هناك روايتان قد يقال: إنّه يستفاد منهما بطلان نكاحه بلا اذن مولاه و انه لا يمكن حملهما على التزلزل:

الاولى- رواية معاوية بن وهب التامة سندا قال: جاء رجل إلى أبى عبد الله عليه السلام فقال: إنى كنت مملوكا لقوم و أنى تزوجت امرأة حرّة بغير اذن موالى ثم اعتقونى بعد ذلك فاجدد نكاحى اياها حين اعتقت؟ فقال له: أ كانوا علموا أنك تزوجت امرأة و انت مملوك لهم؟ فقال: نعم و سكنوا عنى و لم يغيروا علىّ قال

(١) النساء: ٢٥.

(٢) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٧-٥٢٨، الباب ٢٩ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٣) الوسائل ١٤: ٥٢٢، الباب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١.

(٤) الوسائل ١٦: ٩٠، الباب ٦ من كتاب المكاتب، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢١

فقال سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم اثبت على نكاحك الأول «١»، فلولا ان عقده بلا اذن مولاه باطل و ليس صحيحا متزلزلا فلما ذا علق الإمام عليه السلام فى ظاهر كلامه الثبات على النكاح الأول على إقرارهم بالعلم و السكوت؟! و لعلّه يمكن حمل هذا الحديث بمقتضى الجمع على كراهة النكاح الأول لو لا إقرارهم بالسكوت فقد عرفت ان حديث منصور بن حازم دلّ على الجواز مع الكراهة فلعّل مفاد حديث معاوية بن وهب بعد الجمع: أنه لو لا إقرارهم بالسكوت لنكاحك الأول كان النكاح الأول مكروها، و كان هذا نكتة فى استحباب تجديد النكاح و لكن بما أنهم اقرّوا النكاح الأول بالسكوت فاثبت على نكاحك الأول.

و الثانية- رواية معاوية بن وهب أيضا التامة سندا عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث المكاتب قال: لا يصلح له ان يحدث فى ماله إلّا الأكلة من الطعام و نكاحه فاسد مردود قيل: فإنّ سيده علم بنكاحه و لم يقل شيئا فقال: إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقرّ قيل: فإنّ المكاتب عتق افتري يجدد نكاحه أم يمضى على النكاح الأول؟ قال: يمضى على نكاحه. هكذا روى الحديث صاحب الوسائل رحمه الله «٢» فيقال: إنّ قوله نكاحه فاسد مردود دليل على بطلان نكاحه بلا اذن سيده و لا يقبل الحمل على التزلزل.

إلّا انّ هذا أنّما قد يستفاد نتيجة للتقطع الوارد فى الوسائل حيث ذكر صدر الحديث فى باب آخر «٣» و ذيله فى هذا الباب أمّا إذا جمعنا الصدر و الدليل كان

- (١) الوسائل ١٤: ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ١.
- (٢) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٥-٥٢٦، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ٢.
- (٣) الصفحة ٥٢٣، الباب ٢٣ من تلك الأبواب، الحديث ٣، و ١٦: ٩٠، الباب ٦ من كتاب المكاتب، الحديث ١.
- فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢٢

الحديث كما يلي: عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل كاتب على نفسه و ماله و له امه و قد شرط عليه ان لا يتزوج فاعتق الامه و تزوجها قال: لا يصلح له ان يحدث في ماله إلا الاكله من الطعام و نكاحه فاسد مردود قيل: فإن سيده علم بنكاحه ... إلى آخر ما مضى و عندئذ فمن الممكن ان فساد النكاح كان لأجل سبق شرط المولى عليه عدم النكاح أو لأجل ان نكاحه كان عبارة عن زواجه للامه بعد عتقها في حين أنه لم يجز له عتقها باعتبار ان من يكاتب على نفسه و ماله و لا يتحرر إلا بدفع تمام ما عليه لا يجوز له قبل دفع تمام ما عليه ان يتصرف في ماله بأكثر من اكله الطعام، لاحتمال عوده هو و ماله بالعجز عن اداء مال المكاتبه إلى الرق الثابت. و خلاصه الكلام: إن الاستدلال بحديث زرارة و نحوه على صحه عقد الفضولى بالإجازة المتأخرة لا يتم، بناء على أن نكاح العبد بلا اذن مولاه جائز و إن كان من حق مولاه الفسخ.

نعم نفس هذا الحديث الأخير الذي نقلناه عن معاوية بن وهب المصرح بطلان نكاح العبد للامه التي كانت له مع شرط المولى عليه بعدم التزويج قد اشتمل في ذيله على تصحيح عقد النكاح بإقرار المولى له بالسكوت بعد علمه بالحال، فهذا الحديث يدل على كفاية الرضا المتأخر و المقارن بلا حاجة إلى الإجازة فإن الإجازة تعنى التصدي لإبراز الرضا، و مجرد سكوت المولى ليس كسكوت البكر التي يعرض عليها أمر النكاح تصدياً لإبراز الرضا.

و لكن هنا يأتي في التعدي من النكاح إلى العقود المالية الإشكال الأول و هو ان النكاح لم يثبت فيه شرط الاستناد إلى المولى أو تبني المولى و انتحاله آياه، فلا يمكن قياس العقود المالية عليه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢٣

ثم ان رواية زرارة و نحوها كانت واردة في زواج المملوك بدون اذن مولاه.

و لكن بعض روايات الباب واردة في تزويج أحد الشريكين المملوك بدون اذن الشريك الآخر من قبيل:

١- ما عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في عبد بين رجلين زوجة أحدهما و الآخر لا يعلم ثم أنه علم بعد ذلك أنه ان يفرق بينهما؟ قال: للذي لم يعلم و لم يأذن ان يفرق بينهما، و إن شاء تركه على نكاحه «١» و السند ضعيف ب (عبد) العزيز العبدى.

٢- ما عن علي بن جعفر بسند تام عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال:

سألته عن مملوكة بين رجلين زوجها أحدهما و الآخر غائب هل يجوز النكاح؟

قال: إذا كره الغائب لم يجز النكاح «٢».

و قد يقال: إن هذين الحديثين يمتازان عن مثل حديث زرارة بان النكاح لم يكن واقعا من قبل المملوك نفسه كما كان كذلك في حديث زرارة حتى يرد التوهم الذي جاء في مثل حديث زرارة، من أن هذا من قبيل بيع الراهن المالك للعين المرهونه بلا- اذن المرتهن، لا- من قبيل بيع غير المالك بلا اذن المالك فلا يتعدى منه إلا إلى مثل بيع الراهن دون بيع غير المالك، فالنكاح في هذين الحديثين إنما وقع من قبل أحد الشريكين بلا اذن شريكه فهو من قبيل بيع غير المالك أو أحد الشريكين في مال من دون اذن صاحبه «٣».

(١) الوسائل ١٤: ٥٢٥، الباب ٢٥ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٨١، الباب ٧٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

(٣) راجع كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله ٢: ١١٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢٤

أقول: لو قرّر الإشكال في مثل حديث زرارة بمجرد بيان أنّ النكاح هنا وقع من قبل الزوج نفسه و كان مشروطاً برضا المولى فهذا من قبيل بيع الراهن للعين المرهونة حيث أنّه بيع من قبل المالك نفسه و لكن كان مشروطاً برضا المرتهاّن لصحّ ما ذكر في المقام، من أنّ هذا التقريب لا يأتي في هذين الحديثين لأنّ عقد النكاح لم يصدر من نفس العبد أو الأمة و لكن الظاهر أنّ صاحب الإشكال على الاستدلال بحديث زرارة لم يكن يقصد ذلك، و أنّما كان يقصد: أنّ المشكلة في نكاح العبد لم تكن هي مشكلة لزوم استناد النكاح إلى المولى، و أنّما هي مشكلة شرط رضا المولى فحديث زرارة أنّما يدلّ على كفاية الإجازة المتأخّرة في مورد شرط الرضا و لا يمكن التعلّي إلى مورد شرط الاستناد، و هذا الإشكال - كما ترى - لا زال ثابتاً في مورد هذين الحديثين أيضاً، فمن المحتمل أنّه لو زوج أحد الشريكين العبد أو الأمة لم يشترط في صحّة الزواج استناده إلى الشريك الثاني أيضاً بل يكفي رضاه، كما أنّ الظاهر من هذين الحديثين هو كفاية الرضا المتأخّر من قبل المولى الثاني دون اشتراط الإجازة، فقوله في الحديث الثاني: «إذا كره الغائب لم يجز النكاح» يدلّ على أنّ عدم الكراهة كاف في التصحيح، و كذلك قوله في الحديث الأول: «و إن شاء تركه على نكاحه» يدلّ على أنّ مجرد الرضا المستفاد من الترك كاف و هذا الترك ليس كسكوت الباكر الذي يعتبر تصدياً لإبراز الرضا كي يكون إجازة متأخّرة. و على أيّة حال فصاحب الإشكال يفترض أنّ مقتضى القواعد في باب البيع هو شرط الاستناد إلى المالك لعدم تمامية الإطلاقات في غير هذا الفرض، أو على - حدّ تعبيرنا - يحتمل شرط الانتحال و التبنّي من قبل المالك لعدم تمامية الارتكاز العقلاني في غير هذا الفرض.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢٥

و احتمال الفرق شرعاً بين البيع و النكاح بكفاية استناد النكاح إلى المملوك أو التبنّي من قبله في مورد حديث زرارة و إلى أحد السيدين في مورد هذين الحديثين وارد فلا يمكن التعلّي. نعم الإشكال الآخر الذي احتملناه في روايات نكاح العبد و هو فرض أنّ اذن المولى أو رضاه ليس شرطاً في نكاح العبد و إن كان له حقّ الفسخ بعد الاطلاع قد لا يأتي في هذين الحديثين، لأنّ النكاح لم يكن من قبل العبد حتى يقال بصحّته إلى أن يفسخه المولى و أنّما كان بتفرد من أحد الموليين من دون اطلاع الآخر.

و منها - أخبار تحليل الخمس أو الأنفال

«١». و ذكر السيد الخوئي «٢»: أنّ الاستدلال بأخبار التحليل يتوقف على أن نقول: إنّ مجرد سبق إبراز الرضا على العقد لا يكفي في إخراج العقد عن الفضولية بل لا بد من وصول هذا الإبراز إلى العاقد، فيما أنّ هذا الإبراز من قبل الإمام عليه السّلام الوارد في أخبار التحليل لم يصل إلى كثير من الشيعة اذن، لم تخرج عقودهم عن كونها فضولية فتدخل أخبار الباب في إجازة عقد الفضولي، و اختار هو القول بعدم كفاية سبق إبراز الرضا في إخراج العقد من الفضولية ما لم يصل الإبراز إلى العاقد لأنّ العقد أنّما يخرج من الفضولية بالاستناد إلى المالك و هذا الاستناد لا - يتم بالإبراز غير الواصل فلو أنّ أحداً و كلّ شخصاً في معاملة أو اذن له في ذلك و لكن التوكيل أو الاذن لم يصل إلى ذاك الشخص و مع ذلك أوقع ذاك الشخص تلك المعاملة كان فضولياً لا محالة لعدم استناد عمله إلى المالك، و هذا بخلاف ما لو

(١) راجع الوسائل ٦: ٣٧٨، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٠٣، و مصباح الفقاهة: ٤٧ - ٤٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢٦

بلغه التوكيل أو الاذن فأوقع تلك المعاملة فهناك تكون المعاملة مستندة إلى الموكل أو الآذن، و على هذا الأساس اختار السيد الخوئي تمامية الاستدلال بأخبار التحليل على المقصود.

أقول: إن الظاهر أنّ التحليل ثابت من قبل الأئمة عليهم السلام في الجملة أي لا أقل من ثبوته في امور ثلاثة:

الأول- في خصوص الإمام اللاتي كانت تحصل عليها الحكومات الإسلامية المنحرفة عن طريق الحرب فقد حللها الأئمة عليهم السلام لمن يصيبه من الشيعة شيء من هذه الإمام و هذا مستفاد من قسم من الروايات من قبيل ما ورد بسند تام عن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من وجد برد حبتنا في كبده فليحمد الله على أول النعم قال قلت جعلت فداك ما أول النعم؟ قال طيب الولادة ثم قال أبو عبد الله عليه السلام قال أمير المؤمنين لفاطمة عليها السلام احلى نصيبك من الفياء لآباء شيعتنا ليطيبوا ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: إنا أحللنا امهات شيعتنا لآبائهم ليطيبوا «١».

و الثاني- في مطلق ما يصل ليد الشيعة من مستحلى الخمس أو ممن لم يخمس كما يستفاد ذلك من بعض الأحاديث من قبيل: ١- ما عن سالم بن مكرم أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رجل و أنا حاضر: حلل لي الفروج ففرع أبو عبد الله عليه السلام فقال له رجل: ليس يسألك ان يعترض الطريق أنما يسألك خادما يشتريها أو امرأه يتزوجها أو ميراثا يصيبه أو تجارة أو شيئا اعطيه فقال: هذا لشيعتنا حلال الشاهد منهم و الغائب و الميت منهم و الحي و ما يولد منهم إلى يوم القيامة فهو لهم حلال، أما و الله لا يحل إلّا لمن

(١) الوسائل ٦: ٣٨١، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢٧

أحللنا له و لا و الله ما اعطينا أحدا ذمّة و ما عندنا لأحد عهد (هوادة) و لا لأحد عندنا ميثاق «١»، بناء على أنّ أصل السؤال و إن كان بالنسبة للفروج لكن قوله: (أو تجارة أو شيئا أعطيه) جعل الكلام عاما لجميع الأموال.

و يوجد في السند سالم بن مكرم أبو خديجة «٢» و قد قال عنه النجاشي ثقة ثقة و نقل الكشي عن العياشي عن علي بن الحسين بن فضال: إنّه صالح. و يكتفى أيضا بأبي سلمة على ما قاله النجاشي و البرقي و علي ما رواه الكشي من ان الصادق عليه السلام قال له: لا تكفن بأبي خديجة فقال له بم اكنني؟ قال: بأبي سلمة.

و لكن الشيخ رحمه الله ذكر: سالم بن مكرم يكنى أبا خديجة و مكرم يكنى أبا سلمة ضعيف.

و من هنا قد يوقع التعارض بين تضعيف الشيخ و توثيق النجاشي.

و نقل العلامة رحمه الله في الخلاصة: انّ الشيخ ضعفه تارة و وثقه اخرى.

و لإثبات وثاقته طريقان:

الأول- ما يبتنى على صحّة نقل العلامة أي افتراض انّ الشيخ وثقه حقا تارة و ضعفه اخرى، و هذا الوجه هو الذي نقله السيد الخوئي عن البعض و حاصله: انّ تضعيف الشيخ يعارض بتوثيقه فيبقى توثيق النجاشي بلا معارض.

و استغرب السيد الخوئي من هذا الكلام و قال: إن ثبت توثيق من الشيخ لأبي خديجة أصبح التعارض ثلاثي الأطراف و تساقط الكل من قبيل ما لو روى أحد الراويين خبرين متعارضين و روى الراوي الآخر خبرا مطابقا لإحدى ذينك

(١) الوسائل ٦: ٣٧٩، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ٤.

(٢) راجع بشانه معجم الرجال ٨: ٢٢-٢٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢٨

الخبرين فلا شك في أن كل هذه الأخبار تتساقط بالتعارض الثلاثي الأطراف.

أقول: لو ثبت تضارب الشيخ رحمه الله في شهادته وحمل ذلك على أن الشيخ شهد حقا مرتين: مرة بوثاقته و أخرى بضعفه صح ما قاله السيد الخوئي: من أن التعارض ثلاثي الأطراف، أما إذا قلنا إن تضارب الشيخ في شهادته أبطل عقلايا أصالة عدم الغفلة العقلانية في شهادة الشيخ، وبالتالي نحن لا نعلم أن الشيخ بما ذا شهد؟ هل شهد بوثاقته و كان تضعيفه إياه سهوا من القلم مثلا، أو شهد بضعفه و كان توثيقه إياه سهوا و غفلة و غير حاك عمّا في نفسه؟

اذن فالصحيح ما قاله ذاك البعض لأن شهادة النجاشي بالوثاقه محرزة بلا ثبوت شهادة معارضة لها.

و كذلك نقول في تعارض الأخبار الثلاثة من راويين أنه لو كان الخبران للراوي الأول حقا خبرين، كما لو نقل نصين عن الإمام تم التعارض الثلاثي و سقط الجميع.

أما لو كان الخبران نقلين لنص واحد وقع الخطأ في احدهما.

إذن فالنص الذي رواه الراوي الثاني لم يثبت لنا نص يعارضه و يبقى نص الراوي الثاني ثابتا على حجتيه لأن الخبر الآخر مضطرب المتن و لا يقوى على معارضة هذا الخبر.

و الفرق بين مثال الأخبار الثلاثة و مثال الشهادات في المقام هو أنه في مثال الشهادات إنما تسلم شهادة النجاشي عن المعارضة لو قلنا: إن أصالة عدم خطأ الشيخ في نقل مقصوده غير جارية عقلايا لدى التهافت في الشهادة، أما لو قلنا بجريانها فهذا الأصل في كل من شهادتي الشيخ يثبت كونها حقا شهادة بما قال و تعارض الشهادات الثلاث و تتساقط.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٢٩

و أما في الأخبار الثلاثة فحتى لو قلنا بجريان أصالة عدم خطأ الراوي الأول في التعبير عمّا في نفسه في كلا نقليه فالتعارض لا يصبح ثلاثي الأطراف ما دام الراوي الأول يحكي في كلا خبريه عن نص واحد لأن تعارض الحكايتين أوجب الشك في كيفية ذاك النص فلا يقوى على معارضة النص الذي يرويه الراوي الثاني فهذا يكون من قبيل ما لو فرضنا رواة ثلاثة، اثنان منهم يرويان نصا واحدا مع الاختلاف في ما بينهما في أن ذاك النص كان بالنفي أو بالإثبات مثلا، و ثالثهم يروي نصا آخر بنفي ذاك الحكم مثلا فهنا يبقى نفى الثالث بلا معارض، لان النص النافي إنما يعارضه نص مثبت بعد فرض ثبوت كونه مثبتا لو لا النص المعارض له و هنا لم يثبت ذلك حتى لو لا النص المعارض له، لتهافت النقلين لنفس هذا النص.

و بكلمة أخرى: إن لدينا تعارضين: أحدهما تعارض النصين، و الثاني تعارض النقلين: للنص الأول، و ثبوت التعارض الأول إنما يكون في طول تصفيه حساب التعارض الثاني بتقديم جانب الإثبات فيه، فبعد الحكم بالتساقط في التعارض الثاني ينتفى موضوع التعارض الأول، فكم فرق بين هذا الفرض و فرض روايات ثلاثة وقع التعارض بين اثنتين متوافقتين منها و الثالثة المخالفة لهما.

و الثاني - ما ذكره السيد الخوئي من أن تضعيف الشيخ في المقام ساقط من أساسه، و ذلك لأن الشيخ رحمه الله كان يعتقد أن أبا سلمة كنية لوالد سالم بن مكرم لا لنفسه حيث قال: «و مكرم يكنى أبا سلمة»، في حين أن الواقع هو أن أبا سلمة كنية لنفس سالم بن مكرم حسب ما قاله النجاشي المدعم أيضا بقول البرقي الذي قال عنه: «سالم أبو خديجة صاحب الغنم و يكنى أيضا أبا سلمة ابن مكرم»، و بنقل الكشي للرواية الماضية.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣٠

(أقول: و المؤيد أيضا بما في سند نفس هذا الحديث الذي نحن الآن بصدد تقيمه حيث جاء فيه: «... عن أحمد بن عائذ عن أبي سلمة سالم بن مكرم و هو أبو خديجة»، و هذا الحديث موجود في تهذيب الشيخ رحمه الله «١» الذي كان يرى أن أبا سلمة كنية لوالد سالم).

نعود إلى كلام السيد الخوئي فهو يقول:

و بما انّ الشيخ كان يعتقد انّ ابا سلمة كنية لسالم بن مكرم فقد تخيل انّ سالم بن مكرم اذن هو سالم بن أبي سلمة، وقد ذكر النجاشي بشأن سالم بن أبي سلمة:

انّ حديثه ليس بالنقي و ضعفه أيضا ابن الغضائري و ذكر النجاشي ان له كتابا و ذكر سندنا له إليه، و مع ذلك لم يتعرض له الشيخ لا في فهرسته و لا في رجاله ممّا يشهد لما ذكرناه، من أنّه تخيل اتحاده مع سالم بن مكرم الذي هو موجود في الفهرست و الرجال. اذن فتضعيفه في الحقيقة راجع إلى سالم بن أبي سلمة و توثيق النجاشي لسالم بن مكرم أبي خديجة لا يبقى له معارض.

٢- ما عن يونس بن يعقوب قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه رجل من القمّاطين فقال: جعلت فداك تقع في أيدينا الأموال و الأرباح و تجارات نعلم انّ حقك فيها ثابت و إنّنا عن ذلك مقصرون فقال أبو عبد الله عليه السلام: ما أنصفناكم إن كلفناكم ذلك اليوم «٢». و قد ورد هذا الحديث بسندين يوجد في أحدهما محمد بن سنان و في الآخر الحكم بن مسكين، و لكن الصحيح وثاقه الحكم بن مسكين

(١) التهذيب ٤: ١٣٧، الحديث ٣٨٤.

(٢) الوسائل ٦: ٣٨٠، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣١

رغم عدم ورود نص في الرجال بتوثيقه و ذلك لرواية محمد بن أبي عمير و البرزطي عنه.

و هذا الحديث أيضا خاص بما يصل إلى الإنسان من غيره ممّن لم يخمس بناء على أنّ قوله: «تقع في أيدينا أموال ... نعلم انّ حقك فيها ثابت» يعنى العلم بثبوت حق الإمام فيها قبل وقوعها في يده، لأنّ الظاهر أنّ جملة «نعلم انّ حقك فيها ثابت» صفة للأموال أي أنّ أموالنا متّصفة بهذه الصفة تقع في أيدينا، فليس المقصود بذلك الإشارة إلى ثبوت حق الإمام فيها في طول وقوعها في يده و بعد مرور رأس السنة مثلا، و أنّما المقصود بيان أنّه تقع في يده مال ممّن لم يخمس.

٣- ما عن الحارث بن المغيرة النصرى عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له:

إنّ لنا أموالا من غلات و تجارات و نحو ذلك و قد علمت انّ لك فيها حقّا قال فلم احللنا اذن لشيعتنا؟! إلّا لتطيب ولادتهم و كل من والى آبائى فهو فى حلّ ممّا فى أيديهم من حقنا فليبلغ الشاهد الغائب «١».

و فى سند الحديث أبو عماره، و الراوى عنه أحمد بن محمد بن أبي نصر و لم أعرف من هو بالضبط أبو عماره فهو مشترك بين عديدين من ثقة و غير ثقة، و لكن يكفينا انّ الراوى عنه هنا هو البرزطي.

و سند الحديث رواه فى الوسائل هكذا: «و عنه عن أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي عماره عن الحارث بن المغيرة النصرى» و اظن: انّ تكرار كلمة (أحمد بن محمد) خطأ فى نسخة الوسائل.

و على أيّة حال فالظاهر من عبارة الوسائل انّ الضمير فى «عنه» إشارة إلى

(١) الوسائل ٦: ٣٨١، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣٢

ما ورد فى سند الحديث السابق على هذا الحديث و هو حديث نقله الشيخ الحر عن الشيخ الطوسى بإسناده عن على بن الحسن بن فضال فيكون معنى العبارة: انّ هذا الحديث أيضا نقله الشيخ بسنده عن على بن الحسن بن فضال عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، و من هنا يبرز فى السند الإشكال الموجود فى سند الشيخ إلى على بن الحسن بن فضال.

و لكن يظهر بمراجعة التهذيب «١» انّ الشيخ لا يروى هذا الحديث بسنده إلى على بن الحسن بن فضال، و أنّما يرويه بسنده إلى سعد

بن عبد الله و بهذا يتم سند الحديث.

والظاهر أنّ سبب الخطأ الموجود في الوسائل أنّ الروايات التي جاءت قبل هذا الحديث - بفاصل رواية واحدة - كلها كانت روايات للشيخ بسنده عن سعد بن عبد الله، ثم جاءت رواية واحدة للشيخ بسنده عن علي بن الحسن بن فضال ثم جاء الحديث الذي نحن بصدده فقال: و عنه عن أحمد بن محمد ... فالظاهر أنّ مقصود الشيخ الحرّ هو إرجاع الضمير إلى سعد بن عبد الله و غفل عن تخلل رواية في المقام عن علي بن الحسن بن فضال و أنّ الضمير سيعود بظاهره إلى علي بن الحسن بن فضال.

و أمّا من حيث الدلالة فهذا الحديث أيضا مخصوص حسب المتن الموجود في الوسائل بتحليل الحق الثابت في المال الذي وصلنا، لا بمعنى تعلّقه بمالنا لمضى رأس سنتنا الخمسية مثلا بل بمعنى كونه متعلّقا بمال غيرنا ممّن يستحل الخمس مثلا و بعد تعلّقه به انتقل المال إلينا و الشاهد على ذلك قوله: «و كل من

(١) التهذيب ٤: ١٤٣، الحديث ٣٩٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣٣

و الى آبائي فهو في حلّ ممّا في أيديهم» إذ لم يقل فهو في حلّ ممّا في يده أو فهم في حلّ ممّا في أيديهم، بل أفرد الضمير الأوّل و جمع الضمير الثاني ممّا يدلّ على أنّ مرجع الضمير الثاني ليس هو الشيعي الذي بيده المال المحلّل له بل آخرون، و هذا يعني أنّ الحق تعلّق بالمال قبل انتقاله منهم إليه و لكن المتن الموجود في التهذيب - و الذي هو مصدر صاحب الوسائل رحمه الله - حسب النسخة الواصلة لنا ليس هكذا، فالضمير في كلا الموردين ضمير الجمع أي ورد: «فهم في حلّ ممّا في أيديهم» و هذا ظاهر في التحليل المطلق إلّا ان يقيد بقريئة الروايات النافية لذلك بخصوص الحق الذي وقع في يد الشيعي من يد غيره بان كان الحق قد تعلّق بالمال قبل وقوعه في يده.

و الثالث - في الأنفال من قبيل ما عن أبي سيار مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام في قصة الغوص ... و ما لنا من الأرض و ما أخرج الله منها إلّا الخمس؟! يا أبا سيار الأرض كلها لنا فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا قال قلت له: أنا أحمل إليك المال كله فقال لي: يا أبا سيار قد طيناه لك و حللناك منه فضمم إليك مالك و كل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيئهم طسق ما كان في أيدي سواهم فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صغرة «١».

قوله: «فيجيئهم طسق ما كان في أيدي سواهم فإنّ كسبهم من الأرض ...»

هذا هو نسخة التهذيب و الظاهر وقوع سقط في عبارة التهذيب «٢» و الصحيح ما في

(١) الوسائل ٦: ٣٨٢، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

(٢) التهذيب ٤: ١٤٤، الحديث ٤٠٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣٤

الكافي «١»: «فيجيئهم طسق ما كان في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم، و أمّا ما كان في أيدي غيرهم فإن كسبهم من الأرض ...».

و بعد هذا العرض السريع لبعض روايات الباب نبدي ملاحظتنا حول التمسكّ بها لتصحيح عقد الفضولي بالإجازة المتأخّرة و هي امور:

١- أنّ الطائفة الاولى من هذه الطوائف الثلاث التي عرضناها ينبغي أن تكون خارجة عن مورد الاستدلال، لأنّها لا يستفاد منها أكثر من تحليل الإماء الذي قد يكفي فيه الرضا و لا يحتاج إلى وصول الاذن و لا تدلّ على تصحيح المعاملات و العقود حتى يقال: إنّ

خروجها عن الفضولية كان متوقفاً على وصول الاذن إلى العاقد.

٢- ان التمسك بأخبار تحليل الخمس يتوقف على القول بان تعلق الخمس بالمال يكون بالتشريك مثلاً، لا بمثل تعلق حق يكفي في جواز التصرف فيه مجرد الرضا ولو بلا- استناد، وإلا لما صحّ التعدد من هذه الروايات إلى مطلق بيع مال الغير لاحتمال اختصاص الحكم بخصوص ما يشترط فيه الرضا، فحسب دون الاستناد كبيع العين المرهونة من قبل الراهن فإنه لا- يشترط فيه الاستناد إلى المرتهن بل يكفي فيه الرضا فلو بنينا على ان تعلق الخمس بالمال ليس بمثل التشريك لحقت الطائفة الثانية بالطائفة الاولى في أنها ينبغي أن تكون خارجة عن مورد الاستدلال، أما ما هو الصحيح في حقيقة تعلق الخمس بالمال؟ فهذا ما نرجعه إلى بحث الخمس و ليس هنا محل بحثه.

و على أية حال فهذه الملاحظة لو تمت لا تأتي في أخبار تحليل الأنفال إلا ان الظاهر من عبارة المحاضرات هو ان السيد الخوئي قصد في المقام التمسك

(١) الكافي ١: ٤٠٨، من باب ان الأرض كلها للإمام، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣٥

بأخبار تحليل الخمس دون تحليل الأنفال.

٣- ان روايات تحليل الخمس و الأنفال إما ان يستفاد منها ترخيصهم عليهم السلام للشيعه لتملكها كما لعله ظاهر كلمة: (ضمم إليك مالك) الواردة في ما مضى من رواية الأنفال، أو يستفاد منها مجرد الإباحة من دون تملك كما لعله ظاهر قوله في نفس تلك الرواية: (محلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم)، فان جباية الطسق منهم بعد قيام القائم عجل الله فرجه تناسب عدم التملك.

وقد يفصل بين الأرض و الأموال المنقول باستفاد جواز التملك في المنقولات، و الاكتفاء بحق الاختصاص في الأرض ما دام القائم غائبا بقرينة فرض الطسق عليها بعد الظهور.

فان فرضنا التملك خرجت الروايات عما نحن بصده من معاملات غير المالك الفضولية.

و إن فرضنا الإباحة فمن الطبيعي أنها ليست إباحة عامة بحيث تجوز لكل أحد من الشيعة سرقة الخمس أو الأنفال من يد شيعي آخر، بل المقصود إباحة كل شيء لمن في يده بحيث يحصل لكل أحد حق الاختصاص لما يحوزه بالأساليب المألوفة و هذا الحق كاف في تصحيح المعاملات و المبادلات، فان التبادل لا يعني التبادل في خصوص الملكية بل يعني التبادل فيما كان لكل واحد منهم من حق سواء كان عبارة عن حق الملكية أو حق الاختصاص، و بهذا يصح بيع الأراضي الخراجية مثلاً من قبل الشيعة بعضهم لبعض في أيام الغيبة فتصحيح المعاملات في المقام اذن غير متوقف على القول بصحة عقد الفضولي كي تجعل هذه الروايات الظاهرة في تصحيح المعاملات دليلاً على صحة عقد الفضولي.

٤- ان غاية ما تدل عليه هذه الروايات بعد الغض عما مضى هي كفاية

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣٦

الرضا المبرز المقارن و لو لم يصل إلى العاقد، أما كفاية الإجازة المتأخرة من دون رضا مقارن مبرز فهذه غير واردة في هذه الروايات إطلاقاً و ما دمنا لا نريد فعلاً تصحيح الإجازة المتأخرة وفق القواعد، و إلا لما استدللنا بالروايات فمن المحتمل الفرق بين الرضا المبرز المقارن و الإجازة المتأخرة بان يكون للتقارن دخل في صحة المعاملة.

و الخلاصة ان هذه الأحاديث لم تشتمل على كبرى كلية تدل على مصححية الإجازة حتى نتمسك بإطلاقها للإجازة المتأخرة، و لا على خصوص مصححية الإجازة المتأخرة، و غاية الأمر ان نتمسك بما هو المفروض في مورد الأحاديث من صحة المعاملات رغم

عدم الاذن الواصل إلى العاقد، و من المعلوم انّ ما هو المفروض في مورد هذه الأحاديث عبارة عن الإجازة المقارنة غير الواصلة لا الإجازة المتأخّرة.

٥- و هناك إشكال قد يتصوّر وروده على السيد الخوئي رحمه الله في المقام و هو أنّه وقع في ما يشبه التناقض بين ما ذكره سابقا و ما ذكره هنا حيث أنّه ذكر سابقا صحّة الفضولي بالإجازة المتأخّرة وفق القاعدة لأنّ الإجازة المتأخّرة كالإذن السابق تصحّح استناد العقد إلى المالك، و هنا ذكر: انّ الاذن إن لم يكن واصلا إلى العاقد لا يكفي في صدق استناد العقد إلى المالك و نحن بدورنا نسأل هل يشترط في صحّة الفضولي على القاعدة وصول الإجازة المتأخّرة إلى الفضولي أو لا؟ من الواضح أنّه لا يشترط فيها ذلك لأنّ وصول الإجازة و عدمه إلى العاقد بعد نهاية العقد لا دخل له في صحّة الاستناد إلى المالك و عدمها إطلاقا، و لا يلتزم السيد الخوئي نفسه بالتفصيل في ما هو مقتضى القاعدة في عقد الفضولي بين وصول الإجازة المتأخّرة إلى الفضولي و عدمه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣٧

و عندئذ نقول: لو شرطنا في كفاية الاذن السابق في صدق الاستناد وصول الاذن إلى العاقد كان معنى ذلك انّ الإجازة المتأخّرة أقوى بمقتضى القواعد من الاذن السابق، لأنّ الاذن السابق لا يصحّح الاستناد إلّا إذا وصل إلى العاقد في حين انّ الإجازة المتأخّرة تصحّح الاستناد إلى المالك قبل وصولها إلى العاقد و هذا غريب.

و لكن يمكن حل المطلب بان يقال: إنّ صدق الاستناد إلى المالك عرفا ليس أمرا اعتباريا بحتا، بل له نكتة عقلانية و نكتة العقلانية لا تخلو من أحد امور ثلاثة:

الأوّل- نفس التوكيل أو قل الاذن السابق أو المقارن فإنّ يد الوكيل أو المأذون تعتبر يدا للموكل أو الآذن (١) و هذه النكتة يصحّح فيها ما قاله السيد الخوئي

(١) مضى في ما سبق انّ استناد الأمر الاعتباري إلى المالك بمجرد الاذن أو الإجازة له معنيان:

١- دعوى استناد العقد أو الوجود الاعتباري الثابت في عالم اعتبار المتعاقدين إلى المالك.

٢- دعوى استناد الوجود الاعتباري الثابت في لوح اعتبار العقلاء فحسب إلى المالك دون الوجود الاعتباري الثابت في عالم اعتبار المتعاقدين، و نحن قد اخترنا الثاني من هذين التفسيرين و تطبيق نكتة التوكيل، و كذلك ما تأتي من النكتة الثانية و الثالثة على هذين التفسيرين يكون كالتالي:

تارة نفترض انّ هذه النكات أو بعضها أوجبت ابتداء ان يسند العرف ما لم يصدر مباشرة من المالك إلى المالك إسنادا حقيقيا و بهذا يتم التفسير الأوّل.

و اخرى نفترض انّ هذه النكات لم تؤثر أكثر من كونها مناسبات عرفية لإسناد ما لم يصدر مباشرة من المالك إلى المالك مجازا و كان ذلك حكمه في تصحيح العقد و تحقّق النقل و الانتقال في لوح اعتبار العقلاء، و بما انّ الاذن أو الإجازة الصادر من المالك سبب حقيقي أو موضوع حقيقي لتحقّق هذا النقل و الانتقال فقد انتسب هذا النقل و الانتقال إلى المالك حقيقة و هذا هو التفسير الثاني.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣٨

من تقومها بالوصول إلى العاقد فالوكيل غير الواصل إليه التوكيل لا تعتبر يده عقليا يدا للموكل كما هو واضح و هذه النكتة لا تأتي في الإجازة المتأخّرة أصلا فيد الفضولي سابقا ليست يدا للمالك عقليا حتى بعد لحوق الإجازة كما هو واضح.

الثاني- كون عمل العاقد مستندا إلى اذن المالك أي انّ الذي دفعه إلى العقد هو اذن المالك و كون اذن المالك مستندا إلى المالك فكأنما رأى العقلاء أن المستند إلى المالك مستند إلى المالك فأصبح العقد بذلك مستندا إلى المالك و هذا

أيضا متقوم بما قاله السيد الخوئي من فرض وصول الاذن إلى العاقد إذ لو لا وصوله إلى العاقد لما كان عقده مستندا إلى اذن المالك وهذه النكته أيضا لا تأتي في الإجازة المتأخرة وإنما توجد في الاذن المتقدم لوضوح ان الإجازة المتأخرة حتى لو وصلت إلى العاقد ليست هي الدافعة للعاقد إلى العقد بل ان هذه النكته قد تتخلف حتى في مورد الاذن السابق الواصل إلى العاقد كما لو اذنه المالك في البيع و وكله فيه و لكن العاقد باع لا بدافع من هذا الاذن و التوكيل بل بدافع آخر من نفسه.

وقد يقال: إن هذه النكته غير صحيحة عقلا لأنها لأن هذه النكته محفوظة نادرا في مورد الإجازة المتأخرة كما لو فرضنا ان العاقد انما أقدم على العقد لعلمه بان المالك سوف يجيز العقد فالإجازة هي الدافعة للعاقد إلى العقد قبل وجودها على حد دافعية الاذن المتقدم و لكن مع ذلك لا نحس بصحة إسناد العقد إلى المالك قبل إجازته لمجرد العلم بأنه سيجيز، و أن العلم بإجازته المتأخرة هو الذي دفع العاقد إلى العقد.

و يمكن ان يجاب على ذلك بجوابين أولهما مقبول عرفا بلا شك و هو يكفينا سواء تم قبول الثاني أيضا أولا:

الأول- ان الاستناد الأول و هو استناد العقد إلى الإجازة و إن كان ثابتا قبل

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٣٩

وجودها بمعنى ان العلم بها هو الذي دفع العاقد إلى العقد، لكن الاستناد الثاني و هو استناد الإجازة إلى المالك لم يكن موجودا في ذلك الوقت لأن استنادها إليه لا يتقدم على وجودها فلا يصدق عنوان ان المستند إلى المستند إلى المالك مستند إلى المالك. و الثاني- ان الاستناد الأول أيضا محل إشكال بناء على ان مقصودنا من استناد العقد إلى الاذن هو وقوع الاذن في سلسلة علل العلم به الدافع إلى العقد، و هذا انما يعقل في الاذن المتقدم و لا يعقل في الإجازة المتأخرة لأنها متأخرة عن العلم بها فكيف تكون واقعة في سلسلة علل العلم.

و على أيه حال فإن كان السيد الخوئي ينظر في صحة الاستناد إلى إحدى هاتين النكتتين فهذا لا يكفي في تصحيح عقد الفضولي على القواعد.

الثالث- التبنى و الانتحال من قبل المالك للعقد فهذا يؤدي عرفا إلى استناد العقد أو النقل و الانتقال إليه و هذه النكته هي النكته الموجودة في الإجازة المتأخرة فلأن المجيز انتحل العقد و تبناه نسب العقد أو النقل و الانتقال إليه، و هذه النكته غير متقومة بالوصول إلى العاقد بل قد يدعى مدع عدم تقومها بالإبراز أيضا أي ليس ما يصحح الاستناد إبراز التبنى و الانتحال بل يكفي التبنى أو الانتحال الباطني و هو غير الرضا بالبحث الباطني، و الظاهر ان هذه النكته مخصوصة عرفا بالإجازة المتأخرة و لا تشمل الاذن المتقدم أو المقارن فالتبنى و الانتحال انما يتعقل عرفا في شيء موجود و متحقق و تبني الشيء يكون في طول فرض الفراغ عن وجوده، أما قبل وجوده فلا يعقل عرفا إلا التوكيل.

و من هنا يمكن توجيه كلام السيد الخوئي في المقام بان يقال: إنه يشترط في تأثير الاذن السابق في صحة الإسناد الوصول، و لا يشترط ذلك في الإجازة

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٠

المتأخرة و ذلك لأن الصحيح من هذه النكات في الاذن السابق هي النكته الاولى و الثانية، و هما متقومتان بالوصول إلى العاقد كما مضى لكن الصحيح منها في الإجازة اللاحقة هي النكته الثالثة و هي غير متقومة بالوصول إلى العاقد. إلا أنه تبقى عليه الملاحظات السابقة.

على أن هذا التوجيه الذي ذكرناه لا يناسب ما يظهر مما ورد في مصباح الفقاهة «١» من فرض الملازمة بين مصححية الاذن السابق للعقد لاستناده إلى المالك على القاعدة، و مصححية الإجازة المتأخرة لذلك على القاعدة حيث قال:

«فكما ان الاذن السابق كاف في صحة العقد و استناده إليه كذلك الإجازة اللاحقة لأنهما متساويان في حصول الرضا الذي هو الأصل

في ذلك» فالجمع بين هذا الكلام و شرط وصول الاذن إلى العاقد يرد عليه: أنه ان فرضت مصححة الاذن و الإجازة للاستناد من واد واحد فكيف يعقل أن تكون الإجازة أقوى تأثيرا من الاذن بان يشترط في الاذن الوصول إلى العاقد و لا يشترط في الإجازة ذلك؟! و إن فرضتا بنكنتين مختلفتين فلا معنى لدعوى الملازمة بين القول بهذا و القول بذلك و لا معنى لقوله: «لأنهما متساويان في حصول الرضا الذي هو الأصل في ذلك» (٢).

(١) مصباح الفقاهة ٤: ٢٠-٢١.

(٢) بل قد اتضح بهذا العرض ان دعوى التلازم بين مصححة الاذن على القاعدة للعقد و مصححة الإجازة له على القاعدة غير صحيحة أصلا بقطع النظر على إشكال مضي إيراده على هذه الدعوى في آخر بحث تخريج صحة العقد الفضولي بمقتضى القواعد، و ذلك لأن دعوى صحة استناد العقد إلى المالك حقيقة لا تصح إلا على أساس نكات عقلانية و قد عرفت ان النكات العقلانية التي يمكن ان تتم في الاذن و هي النكته الاولى و الثانية لا تتم في الإجازة.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤١

إلما ان يفترض عدم الدقة في التعبير الوارد في مصباح الفقاهة كأن يكون المقصود الحقيقي للسيد الخوئي دعوى الملازمة بين مصححة الاذن السابق و مصححة الإجازة اللاحقة بعد فرض تمامية الاستناد فيهما و لو بنكنتين مختلفتين أى يكون المقصود: أنه إن كفى مجرد صدق الاستناد في مورد الاذن السابق لصحة العقد رغم عدم المباشرة اذن يكفي أيضا صدق الاستناد بقاء بسبب الإجازة لصحة العقد.

و منها- روايات إجازة عقد النكاح الصادره من غير الولي الشرعي

«١» و قد وقع الكلام لدى الأصحاب حول أنه هل يصح التعدي من النكاح إلى العقود المالية أو لا؟ فقد يقال بالتعدي بالاولوية فلئن صح الفضولي في النكاح رغم أهميته و ارتباطه بالفروج و الأولاد ففي العقود المالية يصح بطريق أولى.

و قد يقال: إن أهمية النكاح تناسب التوسعة و التسهيل في التشريع بالنسبة له كى لا يتورط الناس في الزنا و هذا بخلاف العقود المالية، فتصحح الفضولي في عقد النكاح أو أى تسهيل آخر لا يجوز لنا التعدي في ذلك من النكاح إلى العقود المالية. و الصحيح: أننا لو كتبنا نتكلم في الحكم الظاهري من احتياط أو تسهيل أمكن أن يقال: إن النكاح أولى بالاحتياط من العقود المالية لأهميته أو أولى بالتسهيل من العقود المالية لأن التضييق فيه قد يورط الناس في الزنا القطعي،

(١) راجع الوسائل ١٤: ٢٠٧، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٢، و ٢٠٨، الحديث ٤، و ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٣، و ٢١٢، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح، الحديث ١، و ١٧: ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١، و ٥٢٨، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٢

و لكن الكلام إنما هو في الحكم الواقعي للعقد الفضولي من الصحة أو البطلان و هذا لا علاقة له بأهميته النكاح أو عدم أهميته و إنما له علاقة بكون الملاك المصحح للعقد هل هو موجود في الفضولي منه أو لا فعمل عقد النكاح رغم أهميته يوجد ملاكه في الفضولي منه أو لا يوجد، و لعل عقد البيع رغم عدم أهميته يوجد ملاكه في الفضولي منه أو لا يوجد فالمهم أن نرى مع حذف هذا البحث ان العرف هل يتعدى من عقد النكاح إلى العقود المالية أو لا؟

و منها- الروايات الواردة في العامل المضارب الذي خالف شرط صاحب المال

فحكم الإمام عليه السلام فيها بأن الخسارة على العامل و الربح بينهما «١».

و لعلّ أبرز ما يمكن ان يستدل بها على المقصود ما عن جميل بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربة فذهب و اشترى به غير الذي أمره قال: هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط «٢».

و يليه ما عن الحلبي بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل يعطى المال فيقول له: ائت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال: فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن، و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه، و ان ربح فهو بينهما «٣».

و وجه الاستدلال هو ان يحمل ذلك على أنّ المضارب بما أنّه خالف ما أراه المالك، فالعمل الذي صدر منه لم يكن مأذونا فيه فإن ربح فمن الطبيعي أن

(١) راجع الوسائل ١٣: ١٨١-١٨٣، الباب ١ من كتاب المضاربة.

(٢) الوسائل ١٣: ١٨٢، الباب ١ من كتاب المضاربة، الحديث ٩.

(٣) الوسائل ١٣: ١٨١، الباب ١ من كتاب المضاربة، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٣

المالك يجيز عمله طمعا في الربح فيكون الربح بينهما وفق قانون المضاربة، و إن خسر فمن الطبيعي أن المالك لا يجيز عمله فيكون العامل ضامنا لماله فتكون الخسارة عليه.

و ذكر السيد الإمام رحمه الله «١»: أنّ ظاهر هذه الروايات هو كون الربح بينهما من دون اشتراط إجازة المالك إذ لا يوجد فيها أى ذكر للإجازة، فظاهرها أنه حكم تعديدي بحث مخالف لمقتضى القواعد و لا-علاقه لها بتصحيح بيع الفضولي بالإجازة و حتى لو حملناها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة فهي مخالفة للقواعد من جهة أخرى أيضا، و هي أنّ المفروض ان يكون الربح كله للمالك لأنّ الإجازة مصححة للبيع لا لمضاربة خيالية نظير ما لو وكل شخص أحدا في بيع مال له فباع الوكيل ماله الآخر بتخيل و كالتة في ذلك ثم أجاز المالك عمله فهذه إجازة لبيعه و لا يتم بها ما تخيله من الوكالة.

و السيد الإمام رحمه الله يستبعد جدا صحّة هذا الحكم الوارد في هذه الروايات المخالف لمقتضى القواعد و يقول: إنّ استبعاد هذا الحكم يشكّل بمناسبات الحكم و الموضوع قرينة على حمل هذه الروايات على معنى آخر، و إذا دار الأمر بين حملها على فرض تعقب الإجازة كما يريد صاحب الاستدلال بها في المقام، و حملها على فرض أنّ الشرط الذي خالفه العامل شرط مستقل أى ليس عبارة عن تخصيص اذنه ببعض البيوع دون بعض و أنّما هو شرط في ضمن عقد المضاربة كان الثاني أولى و ذلك لأنّ جميع روايات الباب بين ما هو ظاهر في ذلك و ما ليس في حمله على هذا المعنى عدا مخالفة الإطلاق ما عدا الروايتين اللتين مضى ذكرهما:

(١) راجع كتاب البيع ٢: ١٢٢-١٢٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٤

فمما يكون ظاهرا في ذلك ما عن محمّد بن مسلم بسند تام عن أحدهما عليهما السلام قال: سألت عن الرجل يعطى المال مضاربة و ينهى ان يخرج قال: يضمن المال و الربح بينهما «١».

و ممّا يكون مطلقا ما عن الحلبي بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح و ليس عليه من الوضعية شىء إلّا ان يخالف أمر صاحب المال «٢»، فمخالفة أمر صاحب المال تشمل بمقتضى الإطلاق مخالفة الشرط المستقل و

مخالفة تخصيص الاذن ببعض البيوع، و لكننا نحمل الروايات المطلقة على الشرط المستقل بقرينتين.

الاولى- مناسبات الحكم و الموضوع لما قلناه من استبعاد الحكم التعبدى البحت الذى يفهم من إطلاق الحديث.

و الثانية- ان كلمة (أمر صاحب المال) فسرت فى بعض الروايات بالشرط المستقل أعنى غير المخصص للإذن ببعض المعاملات و هى رواية الحلبي الثامنة سندا عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال فى المال الذى يعمل به مضاربة: له من الربح و ليس عليه من الوضعية شىء إلا ان يخالف أمر صاحب المال فان العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربة و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطن واد و لا يشتروا اذا كبد رطبة فان خالفت شيئا مما امرتك به فأنت ضامن المال (٣).

و بعض الروايات المطلقة عبر فيها بالشرط بدلا عن الأمر من قبيل ما عن

(١) الوسائل ١٣: ١٨١، الباب ١ من كتاب المضاربة، الحديث الأول.

(٢) الوسائل ١٣: ١٨١، الباب ١ من كتاب المضاربة، الحديث ٤.

(٣) الوسائل ١٣: ١٨٢، الباب ١ من كتاب المضاربة، الحديث ٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٥

الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال: هو ضامن و الربح بينهما (١) و هذا يمكن إنكار إطلاقه لظهور الشرط فى الشرط المستقل دون تخصيص الاذن ببعض البيوع.

و بهذا التفسير يصبح مفاد الروايات مطابقا للقاعدة تماما فالربح انما كان بينهما لأن المضاربة كانت صحيحة، و التخلف عن الشرط لا يبطلها و الضمان أيضا يكون على طبق القاعدة لأن يده أصبحت بمخالفة الشرط يدا عادية.

و إذا اتضح ان أكثر روايات الباب محمولة على هذا المعنى لم يبق شىء سوى الروايتين الأوليتين فنقول عندئذ: ان حملهما على نفس المعنى بعد استبعاد ذاك الحكم التعبدى أولى من حملهما على إجازة البيع الفضولى لأن سائر الروايات دلّت على المعنى الأول. بل الثانية منهما قد يدعى ظهورها فى هذا المعنى بان يقال: إن قوله:

«يعطى المال» من دون ذكر لكيفية المضاربة ظاهر فى ان المضاربة كانت مطلقة و الجملة المعطوفة بالفاء و هى قوله: «فيقول له ائت أرض كذا و كذا...» تفيد الشرط المستقل فكأن العطف بالفاء يوحي إلى ان أصل عملية المضاربة قد تم ذكرها قبل الفاء. و بكلمة اخرى ان حمل ما بعد الفاء على تخصيص الاذن المفهوم مما قبل الفاء ببعض المعاملات خلاف الظاهر فيحمل على الشرط المستقل أعنى غير المخصص للإذن.

و بناء على هذا لا يبقى شىء فى المقام عدا الرواية الاولى و هى رواية

(١) الوسائل ١٣: ١٨١، الباب ١ من كتاب المضاربة، الحديث ٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٦

جميل و هى أيضا نحملها على نفس المحمل بقريته مناسبات الحكم و الموضوع، لما عرفت من ان هذا الحمل أهون من الحمل على إجازة الفضولى لتطابقها عندئذ مع باقى الروايات و نستأنس لهذا الحمل بأمرين آخرين: أحدهما- ان كلمة «الأمر» قد عرفت أنها فسرت فى قصة العباس بالشرط المستقل.

و الثانى- ان كلمة الشرط جاء ذكرها فى نفس رواية جميل فبناء على ارتباطها بحكم الضمان الوارد فى الرواية لا يحكم تقسيم الربح تكون أيضا شاهدا للمقصود، لأن كلمة الشرط لها ظهور فى الشرط المستقل.

هذا تمام ما أردنا نقله عن السيد الإمام رحمه الله.

و هناك ملاحظات جانبية حول هذا الكلام من قبيل:

١- إننا لا نرى لكلمة الشرط ظهورا في الشرط المستقل.

٢- وإن الظاهر أنّ كلمة الشرط في رواية جميل راجعة إلى الأقرب إليها و هو تقسيم الشرط لا الأبعد و هو الضمان.

٣- وإن الضمان بناء على تفسيره رحمه الله ليس أمرا مطابقا للقواعد لأنّ المفروض ليس فقط ضمان التلف كى يقال: إن يده أصبحت بمخالفة الشرط يدا عدوانية فأوجب الضمان و يثبت أيضا ضمان الخسارة، و هذا لا مبرر له على القواعد لو فرضت صحة المعاملة كما هو مفروضه رحمه الله.

نعم لو حملت الروايات على فرض فسخ المالك للمعاملة بعد ظهور الخسارة و ذلك بخيار تخلف العامل للشرط ثبت ضمان الخسارة على العامل بالفسخ.

٤- وإن مجرد ظهور أكثر الروايات في فرض من الفروض و هو فرض الشرط المستقل لا يشكّل قرينه على حمل رواية اخرى على هذا الفرض.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٧

٥- وإن مجرد فرض كون المقصود من كلمة الأمر في الرواية الواردة في قصّة العباس الشرط المستقل ليس قرينه على حمل هذه الكلمة في باقى الروايات على ذلك، على أنه لم يثبت تفسير كلمة الأمر في تلك القصّة بذلك، و غاية ما يفترض في المقام انطباقه في تلك القصّة على هذا المصداق و كيف يكون انطباقه في مورد على مصداق، قرينه على سلب الإطلاق عن مصداق آخر في باقى الروايات؟! بل الظاهر أنه في رواية قصة العباس طبق على كلا المصداقين فإنّ نهييه على شراء الحيوان ظاهر في استثناء شراء الحيوان من المعاملة المأذون فيها و ان عبّر عن ذلك بالشرط.

٦- وإن دلالة الفاء على عدم كون ارتباطه ما بعدها بما قبلها ارتباطا تخصيصا للإذن ببعض المعاملات، و كونه ارتباطا الشرط الضمنى بالعقد غير واضحة لدينا.

و على أية حال فالظاهر عدم تمامية الاستدلال بهذه الروايات على المقصود من نفوذ عقد الفضولى إطلاقا بالإجازة المتأخرة و ذلك: أولا- لأنّ ظاهر هذه الروايات عدم افتراض تعقّب الإجازة، و الاستبعاد العقلاني للصحة بلا إجازة لا يكون قرينه على الحمل على فرض الإجازة بعد ما نرى منه أنّه بعد هذا الحمل يأتي استبعاد آخر و هو استبعاد تقسيم الربح بينهما إن كانت صحة المعاملة مستندة إلى الإجازة لأنّ الإجازة إجازة للبيع لا للمضاربة الخيالية.

و ثانيا- لو قلنا: إن الاستبعاد الأول أشدّ و أقوى من الاستبعاد الثانى بحيث شكّل ذلك قرينه عقلانية على فرض الإجازة (و لعله لا يبعد ذلك) قلنا إن اشتمالها على تقسيم الربح و الذى ليس على وفق القاعدة لأنّ المترقب عندئذ كان رجوع

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٨

الربح تماما إلى المالك- كما ذكره السيد الإمام- يمنعنا عن الجزم بالتعدى من مورد هذه الأحاديث إلى غيره و ننتهى بالآخرة إلى حكم تعبدي مخصوص بمورده.

و منها- روايات الاتجار بمال اليتيم «١» حيث يستفاد منها أنّ الربح لليتم و الخسارة على العامل فيفسّر ذلك بأنّه ان ربحت التجارة اعقبتها الإجازة من قبل اليتيم إذا بلغ، أو من قبل الولي فيكون الربح لليتم و إن خسرت التجارة لم تعقبها الإجازة فبطلت و تحمل العامل الخسارة.

و الصحيح أنّ هذه الروايات أيضا لا تدلّ على المقصود إذ (أولا) لا توجد فيها عين و لا أثر عن فرض تعقّب الإجازة.

و أما الجواب عليه بأنّ الاستبعاد العقلاني لفرض الصحة بلا إجازة قرينه عقلانية على إرادة فرض الإجازة.

ففيه: أنّ هذا الجواب إن تمّ فأنما يتمّ في فرض التجارة بأموال الكبار، و أما في فرض التجارة بأموال الأيتام فيأتى حتى في نظر العرف

و العقلاء احتمال انّ الشارع حكم بصحة المعاملة الفضولية بعد ان وقعت و كانت في صالح اليتيم تعديدا و رغم انف الولي الذي لا يجيز.

(و ثانيا) أنّها بين ما يختص بتجارة الولي أو الوصي «٢»، و ما يتخيل الإطلاق فيه لكن الإطلاق غير ثابت في شيء من تلك الروايات و ذلك، إمّا لاستفادة جواز التصرفات المقترنة بالتجارة منها من التسليم و التسلم «٣»، و هذا

(١) راجع الوسائل ٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، و ١٢، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، و ١٣، الباب ١٠ من كتاب المضاربة، و الباب ٩٢ من كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل ١٢: ١٩٠، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

(٣) الوسائل ١٢: ١٩١، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣ و ٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٩

قرينة على أنّ العامل كان وليا أو مأذونا من قبله فتخرج المعاملة عن كونها فضولية، أو لأنّ الرواية «١» أنّها هي بصدد بيان مصير التجارة من الضمان و من ينتهي إليه الربح لا بصدد بيان من الذي تصحّ التجارة منه كي ينعقد لها الإطلاق لغير الولي.

و منها - ما ورد عن موسى بن اشيم عن أبي جعفر عليه السلام

عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل الف درهم فقال اشتر بها نسمة و اعتقها عنّي و حجّ عنّي بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فاعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحجّ عن الميت فحجّ عنه و بلغ ذاك موالى أبيه و مواليه و ورثته الميت جميعا فاختصموا جميعا في الألف فقال موالى العبد المعتق أنّما اشترت أباك بمالنا و قال الورثة أنّما اشترت أباك بمالنا و قال موالى العبد: إنّما اشترت أباك بما لنا فقال أبو جعفر عليه السلام: أمّا الحجّة فقد مضت بما فيها لا تردّ، و أمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالى أبيه و أى الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان له رقّا «٢».

و سند الحديث ضعيف ب (صالح) بن رزين الذي لا دليل على توثيقه عدا وقوعه في إسناد كامل الزيارات، و بموسى بن اشيم الذي لا دليل على توثيقه بل روى الكشي روايته في تضعيفه.

و أمّا دلالة الحديث فمبنيّة على استظهار أنّ حكم الإمام عليه السلام برقيّة العبد الأب لورثته الميت على تقدير إقامتهم للبيّنة على شرائه بمالهم يعنى صحّة بيع

(١) الوسائل ١٢: ١٩١، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٣: ٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥٠

الفضولي لأنّه قد اشترى العبد الابن أباه بمال المورث بعد موته المبطل لو كالتة، فكان شراؤه فضوليا فالإجازة المتأخّرة هي التي صحّحتة.

و لعل أهم ما قد يورد على هذه الدلالة ما يلي:

١- احتمال كون مدّعى الورثة أنّه اشترى أباه بمال لهم و بإذنبهم «١» و هذا ضعيف لأنّه لم يأت ذكر في الحديث عن اذن الورثة، فظاهره أنّ المقصود شراؤه بمال المورث و أنّ الذي وكلّه في الشراء هو المورث لا الورثة.

٢- احتمال كونه وصيا من قبل المورث الميت في شراء العبد و أنّ المال لم يكن أكثر من الثلث فلم يكن الشراء فضوليا كما يشهد

لذلك أي للوصية الأمر بالحج «٢».

و يأتي هنا سؤالان:

الأول- إنَّ الورثة إن كانوا يقصدون بدعوى شراء العبد بمالهم شراءه بمال الوصية فلما ذا دخلوا أصلاً في النزاع و أي ثمرة لهذا النزاع بشأنهم؟!

و أجيب على ذلك بان نزاعهم كان لأجل ادعاء ولاء العتق «٣».

و الثاني- أنه على هذا كيف حكم الإمام عليه السّلام بكون العبد المشتري رقاً للورثة لو أقاموا البينة في حين أنه قد اعتقه المشتري عملاً بالوصية؟!

و قد يجاب على ذلك بحمله على إرادة حال الانقضاء لا التلبس، أي إنَّ هذا العبد المشتري أصبح رقاً لهم ثم اعتق «٤» أو قل أصبح رقاً لأبيهم ثم اعتق.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣١٢-٣١٣، و مصباح الفقاهة ٤: ٦٥.

(٢) راجع منية الطالب ١: ٢١٩، و كتاب المكاسب و البيع للآمل ٢: ٣١.

(٣) نفس المصدر السابق.

(٤) راجع منية الطالب ١: ٢١٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥١

و الإنصاف إنَّ هذا خلاف الظاهر فظاهر الحديث هو الحكم بالرقية الفعلية و هو لا ينسجم مع افتراض الوصية و فرض صحّة الوصية و تمامية العتق.

نعم لو افترضنا إنَّ الإمام عليه السّلام يرى بطلان الوصية لأنَّ الوصي هو العبد و قد أصبح وصياً من دون اذن مولاه لان مولاه أنما اذن له في التجارة لا في أن يصبح وصياً مجاناً فهذا أمر معقول، و لكن ذلك لا يخرج البيع عن الفضولية كما هو واضح.

(بقي الكلام) في الاستشهاد بالأمر بالحج على إرادة الوصية فنقول: إن كان المقصود جعل ذلك دليلاً على إرادة الوصية فهو غير صحيح لجواز الحج المستحب عن الحي، بل الواجب أيضاً في بعض الموارد بناء على إنَّ الموسر العاجز عن الحج يستتبع في حياته.

نعم ان اريد: إنَّ هذا يصلح للقرينة على إرادة الوصية أي أنه لشيوع الاستتابة للحج بلحاظ ما بعد الموت يكون هذا صالحاً للقرينة على إرادة الوصية فلا- بأس بذلك بعد افتراض إنَّ حكم الإمام عليه السّلام بالرقية ليس دليلاً على نفى الوصية لإمكان افتراض بطلان الوصية في المقام كى لا ينافى فعلية الرقية، كما لا بأس أيضاً بعد هذا الافتراض بالاستشهاد لإرادة الوصية بنفس إقدام العبد على تحقيق ما أمره به المورث بعد موته، فهذا أيضاً صالح للقرينة عبر ذلك و إن كان يحتمل أيضاً كون ذلك خطأ منه و جهلاً منه ببطلان الوكالة بالموت.

٣- أنه كيف يمكن فرض القول قول المالك الأوّل للأب كما دلّ عليه الحديث باعتبار استصحاب ملكيته له مثلاً في حين إنَّ أصالة صحّة العقد تحكم على الاستصحاب؟! «١».

(١) راجع مصباح الفقاهة ٤: ٦٧، و المحاضرات ٢: ٣١٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥٢

و أجاب عليه السيد الخوئي بأنَّ أصالة الصحّة فرع أصل وقوع العقد في حين إنَّ مالك الأب يدعى عدم وقوع العقد إذ لا معنى للمبادلة بين ثمن و مثن كلاهما ملك لشخص واحد «١».

حائري، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامي، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ٢، ص: ٢٥٢
و أضاف على ذلك السيد الإمام رحمه الله: ان أصالة الصحّة انما تجرى في نقل شككنا في وقوعه صحيحا، لا في التردد بين نقلين
أحدهما صحيح والآخر باطل كما في المقام فانّ شراء شيء بمال مالك العين لو فرض نقلا فهو باطل (٢).
٤- كيف يمكن فرض القول قول المالك الأول للأب مع ان معنى ادعاء كل واحد منهم انه اشترى أباه بماله انهم جميعا كان لهم مال
لديه مأذون في شراء عبد به اذن فقد كان المشتري وكيفا عن كل الأطراف وقول الوكيل حجة.
و إن شئت فقل: إن من ملك شيئا ملك الإقرار به، إذن فالأصل يكون مع الورثة.
وقد أجابوا عليه بان وكالته عن الميت قد انقضت بموته (٣).
و بالإمكان أيضا المناقشة في وكالته عن موالى الأب لأن الرواية ليس فيها ذكر عن وكالته عنهم.
نعم نحن نفهم من دعواهم عليه بشراء أبيه بمالهم انهم كانوا يتهمونه بأحد أمرين: إما بأنه خان الوكالة و اشترى بالمال الموكّل فيه
عبدا من نفس مالك المال، في حين انه كان عليه ان يشتري من غيره، و إما بأنه سرق منهم المال

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣١٣، و مصباح الفقاهة ٤: ٦٨.

(٢) راجع كتاب البيع ٢: ١٣٠.

(٣) راجع كتاب البيع ٢: ١٢٩، و المحاضرات ٢: ٣١٤، و مصباح الفقاهة ٤: ٦٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥٣

فاشترى به منهم أباه من دون فرض وكالة في المقام ولا قرينة على الأول بالخصوص.

٥- يقال أيضا: كيف يمكن فرض القول قول المالك الأول للأب، في حين ان الصحيح هو ان القول قول مالك المأذون لأنه يعتبر ذا
اليد لأن له اليد على العبد المأذون الذي له اليد على أبيه فيعتبر هو ذا اليد على الأب المشتري، أو على الألف الذي اختصموا فيه (١).
و الجواب: ان ما في يد العبد انما يعتبر عرفا ثابتا في يد المولى فيما إذا كان العبد على الأقل ساكتا- إن لم نشترط تأييده لمولاه- بأن
لم يكن العبد نفسه مدعيا لكون المال لشخص آخر فيكون و زان العبد لدى فرض السكوت، و زان صندوق مشتمل على مال فذاك
المال يعتبر في يد من له اليد على الصندوق، إما مع التصريح من قبل العبد بالخلاف و كونه مالا لشخص آخر كما في المقام فلا يعتبر
المولى صاحب يد على ذاك المال (٢).

٦- كيف حكم الإمام عليه السلام بصحة الحج مع ما فيه من أنه بعد فرض الحكم بالرقية على الأب المشتري فقد صدر الحج من العبد
بلا اذن مولاه فهو باطل، مضافا إلى ان طرفين من أطراف النزاع لم يطالبوا أصلا بالحج بل و كذلك الطرف الثالث و هو الورثة، لأن
الذي طلب الحج كان هو المورث و قد مات، إذن فحتى لو صحّ الحج كيف يصبح مستحقا للأجرة؟! (٣).

(١) راجع منية الطالب ١: ٢١٩.

(٢) لعل هذا هو المقصود مما جاء في منية الطالب ١: ٢٢٠.

(٣) راجع المحاضرات ٢: ٣١٤، و مصباح الفقاهة ٤: ٦٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥٤

أقول: بما ان هذا الإشكال ليس من الإشكالات الواردة على أصل دلالة الرواية على صحة بيع الفضولي بالإجازة و انما هو إشكال على
الرواية بفرض ذكرها لحكم مقطوع الفساد و هو صحة الحج مثلا فيكفي في الإجابة عليه تأويل الرواية بما أبداه السيد الإمام رحمه الله

من احتمال كون المقصود بقوله: «الحجة قد مضت بما فيها لا ترد» أنّ الحج شيء تصرّم و انقضى، و لا معنى لردّه كما يردّ العبد و لا أثر لفرض صحّته و بطلانه و حكم القاضى فيه بشيء فأنّه على أىّ حال أمر انتهى، و أنّما المهم هو تشخيص حال العبد. و أمّا المال المصروف فى الحج فيقال فى وجه عدم ذكر الإمام عليه السّلام لحكمه أنّه لم يكن النزاع فيه و أنّما كان نزاعهم فى العبد «١».

و منها- رواية الحلبي بسند تام

قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله (يقبله خ ل) إلّا بوضيعة قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد «٢».

و وجه الاستدلال بذلك هو أنّه بعد أن كانت الإقالة بوضيعة باطلّة كان بيع الثوب من شخص ثالث فضوليا، و لكن إذا كان هذا البيع بأكثر من ثمنه فالمشترى الأوّل حتما سيجزى البيع لأنّه فى صالحه و لهذا حكم الإمام رحمه الله بردّ الزيادة عليه.

و أورد على ذلك السيد الخوئى- على ما ورد فى مصباح الفقاهة «٣» بإيرادين:

(١) راجع كتاب البيع ٢: ١٢٩.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٩٢، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

(٣) مصباح الفقاهة ٤: ٧٠-٧١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥٥

الأوّل- أنّه لو حمل الحديث على البيع الفضولى على أساس بطلان الإقالة فهو فضولى سواء باعه بأكثر من ثمنه، أو بأقل من ثمنه فلا الناقص ملك للبائع و لا- الزائد فما معنى التفصيل فى الرواية بين ما لو باع بأكثر من ثمنه و ما لو باع بأقل، حيث خصص الحكم بالإرجاع إلى المشتري الأوّل بما زاد بل المفروض حتى فى فرض النقيصة لو أجاز المشتري الأوّل يكون ملكا للمشتري الأوّل و إلّا رجح إلى المشتري الثانى لبطلان البيع و رجعت العين إلى المشتري الأوّل، كما هو الحال فى فرض الزيادة أيضا أى أنّه لو أجاز المشتري الأوّل فالثمن له و إلّا فالثمن للمشتري الثانى و ترجع العين إلى المشتري الأوّل. هذا ما يظهر من عبارة المصباح.

و يقرب منه ما يظهر من عبارة المحاضرات «١» و هو أنّه لو حمل الحديث على الفضولى المصحح بالإجازة فلما ذا حكم الإمام عليه السّلام بإرجاع الزيادة فحسب إلى المشتري الأوّل؟! بل المفروض ان يحكم بإرجاع كل الثمن إلى المشتري الأوّل و استرداد ما دفعه أوّلا بالإقالة:

أقول: لو اقتصر فى مقام الإشكال على ظاهر عبارة التقريرين أمكن الجواب على ذلك بأنّ المقدار المتساوى من الثمن الذى ردّه البائع على المشتري الأوّل بالإقالة و الذى أخذه البائع من المشتري الثانى يتراضيان عليه عادة فلم يكن الإمام عليه السّلام بصدد بيان حكم ذلك، و أنّما الكلام فى الزيادة و قد حكم الإمام عليه السّلام بإرجاعها إلى المشتري الأوّل على أساس إجازته للبيع الفضولى.

و لكنّى احتمل أن يكون مقصود السيد الخوئى- رغم قصور عبارة

(١) المحاضرات ٢: ٣١٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥٦

التقريرين:- إنّ الإمام عليه السّلام لما ذا خصّ الحكم بالإرجاع بمقدار الزيادة على الثمن؟! و نفترض انّ السيد الخوئى حمل كلمة الثمن على ثمن البيع الأوّل فيقال:

لو فرضنا انّ ثمن البيع الثانى كان أقل من ثمن البيع الأوّل و لكنّه كان أكثر من الثمن الذى ردّ البائع إلى المشتري الأوّل بالإقالة، كان

عليه أيضا إرجاع الزيادة إلى المشتري الأول.

و لكن لو أولنا كلام السيد الخوئي بهذا التوجيه أمكن أيضا الجواب عليه بفرض حمل الثمن في الحديث على الثمن الذي رده البائع على المشتري الأول بالإقالة.

الثاني - ان المشتري الأول ليس دائما سيجز البيع الثاني الذي كان بأكثر من ثمنه و ليس رضاه بالإقالة دليلا على أنه سيجز ذلك، إذ قد يتفق أن يكون للمشتري الأول في وقت الاستقالة غرض خاص في ذلك انتهى وقته في حين البيع الجديد فلا داعي له إلى إجازة البيع الجديد، أو يتفق ان السعر السوقى لتلك العين قد ترقى بعد الاستقالة بحيث يمكن الآن بيعها بسعر أرقى من ثمن البيع الثاني فلا داعي له إلى إجازة البيع الثاني.

و أضاف إلى ذلك في المحاضرات «١» ان الإمام عليه السلام لم يتعرض أصلا لذكر إجازة المشتري الأول.

و لعل لا يقصد بهذه الإضافة إشكالا جديدا بل يرى مجموع الأمرين إشكالا واحدا ببيان ان حمل الحديث على فرض الإجازة يجب ان يستند إما إلى ورود هذا الفرض في نفس الحديث، أو إلى كون هذا الفرض أمرا طبيعيا بحيث لم

(١) المحاضرات ٢: ٣١٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥٧

يكن يحتاج إلى الذكر و كلا- الأمرين مفقود في المقام، أما الأول فلوضوح عدم ذكر في الحديث لهذا الفرض، و أما الثاني فلأن المشتري الأول قد لا يجيز البيع الجديد على أساس ترقى السعر السوقى مثلا.

و هذا الإشكال أيضا يمكن الإجابة عليه بدعوى ان هناك طريقا ثالثا لاكتشاف فرض الإجازة و هو الاستبعاد العقلاني لصحة البيع الجديد من دون إجازة المالك و هو المشتري الأول، فهذه قرينه عرفيه عقلائية على أن نظر الإمام عليه السلام كان إلى الفرض الغالب و هو فرض ان المشتري الأول حينما يطلع على الزيادة سيجز و افتراض تبدل السعر السوقى في زمان قصير خاصة في ذاك العصر بعيد.

ثم تصدى السيد الخوئي على ما في كلا التقريرين «١» لبيان ان البيع الجديد ليس فضوليا أصلا و هذا في الحقيقة يعتبر إشكالا ثالثا منه على الاستدلال بهذا الحديث، اما الوجه في عدم كونه فضوليا فهو ان إذن المشتري الأول في الإقالة بالوضعية يدل بالملازمة على رضاه ببيع جديد بثمن أعلى بالأولوية و هذا رضا مبرز إذ قد أبرزه باذنه في الإقالة، و ليس رضا باطنيا بحثا حتى يقال: إنه لا يخرج البيع عن كونه فضوليا.

أقول: إن هذا الكلام بظاهره يناقض ما ذكره في الإشكال الثاني من ان رضاه بالإقالة لا يدل على أنه سيجز البيع الجديد لاحتمال تبدل أغراضه و لو بسبب ترقى السعر السوقى، بل ان إشكاله الأول أيضا لو تم لكان مشترك الورد إذ هنا أيضا يقال: إنه لو فرضت صحة البيع الثاني بالرضا المقارن فلما ذا حكم الإمام عليه السلام بإرجاع الزيادة فحسب دون تمام الثمن؟ فان قرر توجيه ذلك بمثل

(١) راجع مصباح الفقاهة ٤: ٧٢، و المحاضرات ٢: ٣١٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥٨

ما مضى منّا فالتوجيه أيضا مشترك يأتي حتى على حمل الحديث على الفضولى فلم يكن إيراد على الاستدلال بالحديث على الفضولى في محله.

و لكن بالإمكان ان يأول كلامه بنحو ينجو من هذا التناقض و إن كانت عبارة التقريرين قاصرة عن ذلك، و ذلك بان يقال: إن الحديث لا يدل على صحة بيع الفضولى بالإجازة و ذلك أولا لأن استقالته لا تدل على رضاه بالبيع الجديد لاحتمال تبدل أغراضه و

لو بسبب ترقى السعر السوقى و هذا هو الإشكال الثانى فى كلامه.

و ثانياً لأننا لو سلمنا دلالة استقلته على الرضا بالبيع الجديد فهذا رضا مقارن مبرز، و به يخرج البيع عن كونه فضولياً و هذا هو الإشكال الثالث.

إلماً انّ هذا الكلام حتى بعد فرض توجيهه بهذا الوجه لا يخلو من إشكال و ذلك لأنّ الذى يصحّ استناد البيع إلى المالك ليس مجرد الرضا المبرز بأى مبرز كان و أنّما هو تصديّه للإبراز، أمّا الإبراز الذى تمّت مبرزته بسبب ضمّ علمنا الخارجى بأمر و لم يكن المالك قد قصد إبراز الرضا فلا أثر له فمثلاً لو وكلّ زيدا فى بيع عين من الأعيان المملوكة له و علم زيد بالأولوية بأنّه لو رضى ببيع هذه العين فهو راض ببيع العين الأخرى التى يكون وجودها فى ملكه أقل نفعاً له فى حياته من العين الأولى فباع العين الثانية فلا إشكال فى انّ هذا بيع فضولى، و لو وكلّ زيدا فى بيع عين له فعلم عمرو برضاه بان يتصدّى هو للبيع لعدم وجود فارق فى الفرض بين أن يكون متصدّى البيع زيدا أو عمراً فتصدّى عمرو للبيع فلا إشكال فى انّ هذا بيع فضولى، و كذلك الحال فى المقام فان المالك أنّما تصدّى لإبراز رضاه بالإقالة و لم يقصد إبراز رضاه بالبيع بضمن أعلى و ان علمنا بذلك بالأولوية.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٥٩

و بالإمكان ان يعترض على الاستدلال بهذا الحديث بإشكالين آخرين:

الإشكال الأوّل - سنخ ما أوردناه على الاستدلال بحديث عروة البارقي من أنّنا لو لم نفترض صحّة بيع الفضولى بالإجازة بمقتضى القاعدة و أردنا ان نثبت صحّته بهذا الحديث فهذا الحديث لا يدلّ على ذلك، إذ كما يحتمل فيه أن تكون صحّة البيع بلا اذن المالك نتيجة الإجازة المتأخّرة كذلك يحتمل فيه أن تكون صحّته نتيجة الرضا المقارن مطلقاً أو المبرز بمثل المبرز الذى قد يفترض فى هذا الحديث و هو طلب الإقالة بوضيعة و إن كان هذا الإبراز لا يصحّ الاستناد إلى المالك و لا يكفى لتصحيح البيع على القاعدة.

الإشكال الثانى - إبراز احتمال آخر فى هذا الحديث و هو احتمال انّ الإقالة بوضيعة أنّما تكون باطلة لمن يعلم بهذا الحكم، أمّا من جهل به فالإقالة بوضيعة تكون صحيحة بالنسبة له أى انّ العلم بالحكم أخذ فى موضوع ذلك الحكم بالمعنى المعقول الذى يفترض فى مثل باب الجهر و الإخفات و القصر و الإتمام و لكن جعلت فى الشريعة مجازة لهذا الذى أقام بوضيعة جهلاً بالحكم و هى: أنّه لو باع العين بزيادة أرجح الزيادة إلى المشتري الأوّل، و الشاهد على هذا الاحتمال قيد الجهل فى الحديث حيث قال: فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد، فى حين أنّه لو كان المقصود بطلان الإقالة و صيرورة البيع الجديد فضولياً فهذا لا يختص بما إذا فعل ذلك جهلاً بل يأتى حتى فى ما إذا فعله عمداً و رغم العلم بالبطلان.

إلّا انّ هذا الشاهد غير صحيح بناء على عدم دلالة الشرط على كونه قيداً احترازياً إذا وجدت مناسبة عرفية و نكتة عقلائية لذكر الشرط غير الاحتراز و المناسبة العرفية فى المقام هى أنّه بعد أن فرض بطلان الإقالة بوضيعة و عدم

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٦٠

جوازها فمن المعقول ان يفترض ان صدور ذلك منه أنّما يكون عن جهل و ذلك لافتراض تدنيه و التزامه بالشرع، فإذا بطل هذا الشاهد كان هذا الاحتمال خلاف إطلاق قوله: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة فان دخل العلم بالحكم فى موضوع الحكم بالمعنى المعقول منقّى بالإطلاق إلّا إذا ثبت بدليل.

و منها - ما عن محمّد بن اسماعيل بن بزيع بسند تام

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً فى سكرها ثم أفاقت فانكرت ذلك ثم ظنّت أنّه يلزمها ففرغت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أ حلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للزوج

عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفقت فهو رضا منها قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم «١» فيقال: إن هذا التزويج و إن لم يكن فضوليا و لكنّه كالفضولي لأنّ رضاها في حال السكر كلا رضا و قد حكم الإمام عليه السّلام بصحة العقد بالإجازة المتأخّرة فبناء على التعدّي من النكاح إلى سائر العقود يثبت نفوذ العقد الفضولي بشكل عام بالإجازة المتأخّرة.

و لكن بالإمكان أن يقال- بعد فرض أنّ سكرها لم يكن بمستوى فقدان الشعور أو عدم تحقّق العقد منها بمعنى الكلمة و إلّا فلا يوجد عقد حتى يتم بالإجازة-: أنّ هذا العقد صادر منها بالاختيار، غاية ما هناك أنّها لم تكن قادرة على تمييز المصلحة من المفسدة فلاجل ذلك خيّرت بين الإمضاء و الردّ و لا يمكن التعدّي إلى فرض فقدان أصل الرضا و الاختيار، لاحتمال الفرق.

و منها- ما ورد بسند تام عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله

قال: سألت أبا

(١) الوسائل ١٤: ٢٢١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤١

عبد الله عليه السّلام عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق و يشترط عليه أنّك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب و يشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت و دع ما كرهت قال: لا بأس «١» و ورد نفس الحديث بسند تام عن أبي ولاد أيضا عن أبي عبد الله عليه السّلام ٢.

و وجه الاستدلال بهذا الحديث ما ذكره الشيخ رحمه الله في المكاسب ٣ من أنّ في السؤال الوارد في هذا الحديث عدّة احتمالات:

١- أن يكون ما أعطاه للسمسار بعنوان القرض ليشتري به لنفسه أمتعته و يشتري بعد ذلك المقرض ما أحبه من تلك الأمتعته، و لا ينافي ذلك توصيف السمسار بأنّه يشتري بالأجر لإمكان حمله على بيان وصف السمسار باعتبار أصل حرفته و شغله بشكل عام لا بملاحظة هذه القضية الشخصية.

٢- أن يكون قد وكله لشراء أمتعته مع جعل الخيار له على بائع الأمتعته فيختار ما يريد و يفسخ العقد في الباقي و بناء على هذين الاحتمالين يكون الحديث أجنيا عن بيع الفضولي.

٣- أن يكون اعطاؤه المال تمكينا له من الشراء فضولة أو أمانة و تطمينا له بوصول ثمن ما يشتريه إليه ٤ فيشتري فضولة بالمال عدّة أمتعته ثم يختار ما يريده صاحب المال و يمضى العقد بالنسبة لما أراد و يردّ الباقي.

(١) ١ و ٢ الوسائل ١٢: ٣٩٤، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

(٢) ٣: ١٢٦، بحسب الطبعة المشتملة على تعليق الشهيد.

(٣) ٤ احتمال التظمين و ارد في البلغة ٢: ٢١٨، و احتمال التمكين من الشراء فضولة و ارد في المحاضرات ٢: ٣١٦، و كلاهما و اردان في مصباح الفقاهة ٤: ٧٥، و عبارة الشيخ الأنصاري ساكنة عن ذلك فتحتمل كل هذه الامور.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٤٢

و على هذا المعنى يكون الحديث راجعا إلى بيع الفضولي، و بما أنّ الإمام عليه السّلام لم يستفصل في مقام الجواب عمّا هو مراد السائل من هذه الاحتمالات فمقتضى الإطلاق بملاك ترك الاستفصال صحّة الجواب على كل الاحتمالات، و هذا يعني صحّة بيع الفضولي الملحوق بالإجازة.

و ذكر الشيخ رحمه الله: أنّه لم يثبت في مورد الحديث على الاحتمال الثالث وجود اذن في الشراء بالنحو الذي يرفع فضوليّة العقد. و

لعل مقصوده رحمه الله بذلك هو أنه وإن كان لا إشكال في أن دفع المال إليه إذا كان لأجل التمكين من الشراء الفضولي فقد دلّ على الإذن في التصرف لكنه لم يكن ذلك إلّا إذنا في التصرف المادى من دفع المال إلى البائع، ولم يكن إذنا معامليا كى يخرج العقد عن كونه فضوليا.

و أورد السيد الخوئي على هذا الاستدلال بإيرادين:

الأول- استظهار الاحتمال الثانى من المحتملات الثلاثة فى الحديث و هو الشراء بالأجر لغلبته فى وضع السمسارين «١» و أضاف فى مصباح الفقاهة «٢» احتمالا آخر وصفه بأنه أيضا لا بأس به- و هو احتمال نقله عن البلغة «٣»- و هو وقوع مجرد المساومة بين السمسار و البائع و إطلاق الشراء عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشاركة و يكون دفع الورق إلى السمسار لتظمينه- و هو على حدّ تعبير صاحب البلغة- كثير الوقوع سيما مع الدلال و السمسار.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣١٧.

(٢) مصباح الفقاهة ٤: ٧٦.

(٣) راجع البلغة ٢: ٢١٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٦٣

و الثانى- إشكال بينه السيد الخوئي و فى تعبير التقريرين «١» غموض فى إفهام المقصود، و أنا هنا أختار تعبير المحاضرات و نصّه ما يلى: «لا يمكن التمسك فى المقام بترك الاستفصال لأنه لا يتم فى القضية الشخصية إذ لعل الإمام علم بالحال من الخارج أو من نفس السؤال فأجاب عن حكمه».

أقول: إن كان مقصوده بهذا الكلام التفصيل بين ما إذا كان السؤال عن قضية شخصية أو عن قضية كلية فالإطلاق بملاك ترك الاستفصال أنما يكون له مجال فى الثانى دون الأول، ورد عليه: (أولا) أننا لا نعرف نكتة لهذا التفصيل (و ثانيا) إن السؤال فى مورد الحديث سؤال عن قضية كلية لا عن قضية شخصية.

و إن كان مقصوده بذلك أن التمسك بترك الاستفصال أنما يكون فيما إذا كان السؤال دالّا على الجامع بين محتملات لا مجملا بينها و فى ما نحن فيه يكون السؤال مجملا بين عدّة محتملات لا جامعا بينها، و عندئذ يكون الجواب مجملا لاحتمال أن الإمام عليه السلام فهم مقصود السائل بأى طريق من الطرق فأجابه وفق مقصوده، قلنا: إن هذا فى الحقيقة ليس بيانا لمورد الاستدلال بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال و أنما هذا يعنى إنكار التمسك بالإطلاق بهذا الملاك لدى إجمال السؤال، و التمسك بأصالة التطابق بين الجواب و السؤال لدى إطلاق السؤال، فإذا كان السؤال ظاهرا فى السؤال عن الجامع بين محتملات كان مقتضى أصالة التطابق بين الجواب و السؤال كون الجواب أيضا ناظرا إلى الجامع، و عندئذ إذا احتملنا وجود قيد منفصل لذلك دفعناه بالإطلاق الحكمى لا بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣١٧، و مصباح الفقاهة ٤: ٧٥-٧٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٦٤

و الصحيح: أن التمسك بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال فى موارد إجمال السؤال غير تام، و أن إجمال السؤال يسرى إلى الجواب، و لا يصح القول فى مورد تردّد السؤال بين عدّة محتملات بان ترك الاستفصال عمّا هو المقصود منها دليل على صحّة الجواب على كل محتملات السؤال و إلّا لزم إغراء السائل بالجهل فيما إذا كان مقصوده غير الاحتمال الذى أجاب الإمام عليه، فأنه يردّ عليه ما نقلنا عن السيد الخوئي من أنه من المحتمل أن الإمام عليه السلام فهم مقصود السائل و لو بقريئة خارجية فأجاب عليه و لا يمكن دفع القريئة

المنفصلة لا بأصالة عدم القرينة و لا بالشهادة السكوتية للراوى، أما الأول فلأننا لا نؤمن بأصالة عدم القرينة كأصل عقلائي مستقل و إنما نراها شعبة من شعب أصالة الظهور، و فيما نحن فيه لم ينعقد ظهور في نفسه، و أما الثاني فلأنه ليس على الراوى في نظر العرف نقل القرائن المنفصلة كى يكون سكوته عنها شهادة بعدمها.

نعم نحن نؤمن بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال فيما إذا لم يكن السؤال مجملا و لكن كانت هناك احتمالات في مقارنات الواقعة المسؤول عنها فمثلا لو أنّ السائل قال: إنى كنت صائما فأكلت نسيانا للصوم فأجاب الإمام بصحة الصوم من دون ان يستفصل عما إذا كان هذا الصوم صوم شهر رمضان و قضاءه أو صوما آخر واجبا أو مستحبا، فمقتضى الإطلاق بملاك ترك الاستفصال هو عدم مضرية الأكل عن نسيان في كل هذه الفروض.

و لا يقال هنا: لعل الإمام عليه السلام فهم بقرينة خارجية كون صومه استجابيا مثلا أو صوم شهر رمضان مثلا فلا يتم الإطلاق لجميع أقسام الصوم و السبب في ذلك هو أنّ مقتضى أصالة التطابق بين الجواب و السؤال هو أنه لا- يوجد عنصر دخيل في الجواب غير العناصر الموجودة في السؤال فلو كان هناك تفصيل في

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٦٥

الجواب لكان على الإمام عليه السلام ان يستفصل أو يفصل، و إن شئت فلا تسم هذا بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال، و سمّه بمثل أصالة التطابق بين الجواب و السؤال في العناصر الدخيلة.

و لك أن تقول: إنّ أصالة التطابق بين الجواب و السؤال و تبعية الجواب للسؤال تجعل المراد من السؤال قرينة على المقصود من الجواب، فإذا كان السؤال مجملا كان بكل محتمل من احتمالاته صالحا للقرينة على تطبيق الجواب وفق ذاك الاحتمال، و اكتناف ما يصلح للقرينة يوجب الإجمال فالسؤال المجمل يوجب إجمال الجواب.

أما إذا لم يكن السؤال مجملا فلا يأتي هذا التقريب و تكون مقتضى أصالة تطابق الجواب للسؤال أنّ كل خصوصية ألغى السائل النظر إليها في سؤاله فهي ملغاة في الجواب فيتم في الجواب إطلاق بلحاظ تلك الخصوصيات.

و الواقع أنّ الإطلاق في هذا الفرض لا يرجع بروحه إلى نكته الإطلاق بملاك ترك الاستفصال و إنما يرجع بروحه إلى نكته الإطلاق الحكمي حيث يقال:

إنّ إغفال السائل لتلك الخصوصيات البديلة ظاهر في عدم دخلها في سؤاله سنخ ان إغفال القيد ظاهر في عدم دخله في موضوع الحكم، و كذلك إغفال الإمام عليه السلام لتلك الخصوصيات ظاهر في عدم دخلها في الجواب.

و منها- ما عن مسمع أبي سيار

قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام أنّى كنت استودعت رجلا مالا فجحد فيه و حلف لى عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته اياه فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل فأخذت المال منه و أبيت ان آخذ الربح و أوقفت المال الذى كنت استودعته و أتيت حتى استطلع رأيك فما ترى؟

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٦٦

قال فقال خذ الربح و اعطه النصف و أحله أنّ هذا رجل تائب و الله يحب التوابين «١» و سند الشيخ إلى هذا الحديث فيه الحسن بن عمارة عن أبيه و لم يثبت توثيقهما و لكن سند الصدوق إليه عبارة عن سنده إلى مسمع أبي سيار و هو ما يلى:

الصدوق رحمه الله عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن ابان عن مسمع و المقصود بالقاسم بن محمد هو الجوهري بقرينة رواية الحسين بن سعيد عنه و هو ثقة عندنا لرواية بعض الثلاثة عنه، و ثقة عند السيد الخوئي لوقوعه فى أسانيد كامل الزيارات، و مسمع أيضا ثقة لرواية بعض الثلاثة عنه، و لما ورد فى الكشى عن محمد بن

مسعود قال سألت أبا الحسن علي بن الحسن بن فضال عن مسمع كردين أبي سيار فقال هو ابن مالك من أهل البصرة و كان ثقة. و ذكر السيد الخوئي «٢» أنّ هذا التوثيق هو الموافق لأكثر النسخ و لكن نسخة العلامة و ابن داود كانت خالية عنه و لذلك لم يذكرها، و المظنون قويا صحته ما في بقية النسخ إذ من البعيد جدا أنّ سؤال محمّد ابن مسعود كان عن غير مسألة الوثيقة كي يكتفى ابن فضال في الجواب بأنّه ابن مالك من أهل البصرة، فإنّ مسمع كردين كان رجلا معروفا و يبعد من مثل محمّد ابن مسعود ان لا يطلع عليه فالسؤال لا محالة كان عن جهة الوثيقة و قد سأل محمّد بن مسعود علي بن فضال عن مثل ذلك كثيرا فأجاب ابن فضال ببيان الحال من الوثيقة و عدمها.

و السيد الخوئي يضيف إلى ما عرفته عن الكشي وجها آخر لتوثيق مسمع حسب مبناه و هو وروده في إسناد كامل الزيارات.

(١) الوسائل ١٣: ٢٣٥، الباب ١٠ من أبواب الوديعة.

(٢) في معجم رجال الحديث ١٨: ١٥٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٦٧

و علي أي حال فقد اتضح أنّ ما في مصباح الفقاهة «١» من تضعيف هذا الحديث سندا خطأ أو غفلة عن السند الثاني. و أمّا من حيث الدلالة فقد ناقش في مصباح الفقاهة ٢ فيها بأن الاستدلال بها يتوقف على وقوع المعاملة على عين الوديعة إمّا بنحو المعاوضة أو بالعقد اللفظي، و لكن لا قرينة في الرواية على ذلك.

أقول: كأنّ المقصود أنّ من المحتمل ان الربح الذي أعطاه الغاصب إياه لم يكن لأجل كون الاتجار بعين ماله بل كان الاتجار بالكلّي في الذمّة و كان التطبيق في الأداء بمال الأمانة فالربح كان ملكا للغاصب و إن فعل حراما في تصرفه في الأمانة و من المتعارف التعبير عن ذلك بالربح في هذا المال فأنه تعبير عرفي يقال في ما إذا كان الأداء بهذا المال و لو كانت المعاملة بالكلّي في الذمّة فقوله: (هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك) ليس دليلا على أنّ المبادلة كانت منصبّة على عين المال، و قوله: «فهي لك مع مالك» لم يثبت أنّ يكون إخبارا عن ملكيته لهذا الربح كي يكون ذلك شاهدا على كون التعامل بعين المال، فلعله إنشاء للتمليك حالا. بهدف استرضائه و التحلّل منه فكأنه يقول: خذ منّي هذا الربح استدراكا لما صدر منّي من الظلم بالنسبة لك و اجعلني في حلّ، و بهذا البيان اتضح أيضا أنّه لا يردّ على ذلك الإشكال بأنّه لو كان التعامل بالكلّي و كان الربح للغاصب فكيف أجاز الإمام عليه لهذا الشخص بتملك الربح؟! و كيف علل إرجاع نصف الربح إلى الغاصب بأنّه تائب و الله يحبّ التوابين؟! على أنّ هذا التعليل قد يكون تعليلا لتحليله فقط، لا لإرجاع النصف إليه.

(١) ١ و ٢ مصباح الفقاهة ٤: ٧٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٦٨

هذا تمام الكلام في أدلّة صحّة عقد الفضولي للمالك من دون سبق منع من المالك.

أدلّة بطلان عقد الفضولي:

و قد يستدل على بطلان عقده بمعنى عدم مصحّحية الإجازة المتأخّرة له بأدلّة شرط الرضا أو شرط الملك. من قبيل الآية الشريفة: **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** «١» و حديث: لا يحل مال امرئ مسلم إلّا بطيبة نفسه «٢».

و من قبيل: روايات النهي عن بيع ما ليس عندك «٣» أو عن بيع ما لا يملك «٤».

و يمكن أن يجاب بعدة أجوبة عامة على كل أدلة اشتراط الرضا أو الملك.
الجواب الأول- إن هذه النواهي إن دلت على البطلان فأنما تدل على البطلان بلحاظ من توجه إليه النهي و هو العاقد الفضولي، و لا تمنع عن الصحة للمالك بإجازته فان دلت بإطلاقها على البطلان حتى بعد الإجازة فأنما تدل على بطلان بيع من يبيع لنفسه ثم يملكه بالشراء مثلا ثم يجيز، و لا تدل على البطلان حتى بعد إجازة المالك الأول.

(١) النساء: ٢٩.

(٢) ٣: ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١، و ١٩: ٣، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٣.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٧٤-٣٧٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ٥، بلسان:

نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك و سنن البيهقي الصفحة ٣٣٩، الحديث ٥، عن النبي صلى الله عليه و آله: لا تبع ما ليس عندك.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٦٩

و قد يرد هذا الجواب بدعوى إطلاق النهي لما إذا كان الفضولي يقصد البيع للمالك لا لنفسه و البطلان عندئذ يعني عدم ترتب الأثر المقصود له و هو تحقق البيع للمالك، و مقتضى إطلاقه عدم تحققه حتى بعد الإجازة فإن دليل شرط الرضا أو الملك ظاهر في الشرط المقارن كما هو الحال عادة في أدلة الشروط، خرج من الثاني يقينا فرض الاذن المقارن فهو مصحح للعقد رغم عدم مالكية العاقد، و بقي الباقي هذا، مضافا إلى ان كلمة (عن) في الآية الشريفة تدل على ضرورة نشوء التجارة عن تراض و هذا لا يكون إلا في الرضا المقارن.

و الجواب الثاني- ان استناد التجارة و العقد إلى المالك يتم من حين الإجازة ببعض البيانات الماضية و عندئذ يتم الشرط المقارن و تتم نشوء التجارة عن تراض.

و الجواب الثالث- ان الدليل على صحة بيع الفضولي بالإجازة المتأخرة و هو صححة محمد بن قيس يقدم على هذه الأدلة بالأخصية هذا، مع إمكان الجواب على كثير من أدلة شرط الرضا أو الملك بجواب خاص بكل واحد واحد منها و ذلك كالتالي:

١- قوله: لا- يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبه نفسه أما دل على اشتراط الحل بالمقارنة بطيب النفس لا اشتراطه بمقارنته التجارة بطيب النفس، و نحن لم نقل في بيع الفضولي بثبوت الحل قبل طيب النفس.

٢- قوله تعالى: لَأَتَاكُلُوا مِمَّا لَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِذًا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ قَدْ أَجَابَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنِ الْإِسْتِدْلَالِ بِهِ بِأَنَّ الْإِسْتِثْنَاءَ مَنْقُوعًا وَ الْإِسْتِثْنَاءَ الْمَنْقُوعَ لَا يَدُلُّ عَلَى الْحَصْرِ «١».

(١) راجع المكاسب ١: ١٢٧، بحسب الطبعة المشتملة على تعليق الشهيدي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧٠

و أورد السيد الخوئي على ذلك حسب ما ورد في المصباح «١» بوجه ثلاثة:

١- ان الاستثناء المنقطع غلط فليس من القبول عرفا استثناء شيء لم يفترض دخوله في المستثنى منه فلا يحمل القرآن على ما يعتبر غلطا، (و ما يتخيل كونه منقطعاً يحمل على افتراض الدخول في المستثنى منه و لو ادعاء كأن يقول: ما رأيت أحدا من العلماء إلا أبناءهم فافتراض ان أولاد العلماء من العلماء ادعاء فاستثناءهم من الحكم) «٢» و لو قيل مثلا: ما رأيت عالما إلا جاهلا كان الكلام مستهجنا.

٢- أنه لو سلمنا صحّة الاستثناء المنقطع فهنا لا بد أن يكون الاستثناء متصلاً لأنه لا تصلح ما في الآية من كلمة (الأكل) ولا كلمة (الأموال) ولا كلمة (الباطل) لأن تكون مستثنى منها فلا بد من افتراض كون المستثنى منه محذوفاً وهو بقرينه باء السببية عبارة عن أسباب التجارة فكأنما قال: لا تأكلوا أموالكم بأسباب التجارة إلا بالتجارة عن تراض فحذف المستثنى منه وجعلت كلمة (الباطل) مكانه.

٣- لو سلمنا كون الاستثناء منقطعاً كان سوق الآية مساق بيان الأسباب المشروعة للمعاملات، وتمييز صحيحها عن فاسدها قرينه كافية لإفادة الحصر.

أقول: أمّا الوجه الثالث فلا يمكن المساعدة عليه فأننا إنّما نفهم كون الآية بصدد تمييز كل الأسباب الصحيحة من الفاسدة بسبب الحصر وإلا فمن المحتمل كون الآية بصدد النهي عن أكل أموال الناس بالأسباب الباطلة وبصدد بيان صحّة

(١) مصباح الفقاهة ٤: ٧٩-٨١.

(٢) هذا المقطع الموجود بين القوسين مأخوذ من المحاضرات ٢: ٣١٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧١

التجارة عن تراض ولا تكون بصدد بيان شيء آخر وهذا الوجه غير موجود في المحاضرات.

و أمّا الوجه الأول والثاني فكل منهما لو فصل عن الآخر كان قابلاً للمناقشة.

أمّا الوجه الأول - فلأنّه هب أن الاستثناء المنقطع مرجعه إلى الاستثناء المتصل بفرض دخول المستثنى في المستثنى منه - ولو ادّعاء - وإخراجه عن حكمه، فلتكن الآية أيضاً من هذا القبيل ففرضت التجارة عن تراض أمراً باطلاً ثم استثنيت ولكن هذا لا يدلّ على أنّ سائر الأمور فرضت باطلاً ولم تستثن كما أنّ قوله: ما جاءني القوم إلا حماراً يدلّ على أنّه فرض الحمار من القوم فاستثناءه فهذا يعني أنّ حمارهم جاء ولكنه لا يدلّ على أنّ البقر أيضاً فرض من القوم ولم يستثنه حتى يثبت عدم مجيء البقر، ولعلّ الشيخ رحمه الله لم يقصد بعدم دلالة الاستثناء المنقطع على الحصر إلا هذا المعنى ولم يقصد بالاستثناء المنقطع إلا ما كان حقيقةً خارجاً عن المستثنى منه ولو كان داخلًا فيه ادّعاء.

و أمّا الوجه الثاني - فلأنّه وإن كانت كلمة (المال) وكلمة (الأكل) غير صالحتين لفرض استثناء التجارة عن تراض من إحداهما لأنّ التجارة عن تراض ليست من سنخ الأموال ولا - من سنخ الأكل، وأما هي سبب للأكل بمعناه العام الشامل للملك وكلمة (الباطل) تصلح أن تكون مستثنى منها لأنّه يقصد بالباطل أسباب الأكل والتجارة عن تراض أيضاً سبب للأكل فيناسب استثناءها من الباطل إلا من ناحية أنّ التجارة عن تراض ليست متصفة بالبطلان، لكن هذا رجوع إلى إشكال الاستثناء المنقطع والمفروض في هذا الوجه الثاني غضّ النظر عن إشكال الانقطاع.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧٢

إلا أنّ هذين الوجهين لو صيغ منهما وجه واحد للجواب على كلام الشيخ أصبح وجهها مقبولاً نسبياً وارتفع كلا الإشكاليين، ولعلّ هذا هو مقصود السيد الخوئي واشتبه الأمر على المقرر كما يشهد لذلك ما في المحاضرات «١» حيث جمع الوجهين في وجه واحد.

و توضيح الأمر هو أنّ بالإمكان أن يقال: إنّ الاستثناء المنقطع غير مقبول عرفاً إلا بمعنى كون المستثنى خارجاً عن المستثنى منه حقيقةً ونازلاً منزله بمناسبة عرفية، كمناسبة العلاقة الموجودة بين الأولاد والآباء في مثل ما رأيت أحداً من العلماء إلا آباءهم وبما أنّه لا مناسبة من هذا القبيل في مثل ما رأيت عالماً إلا جاهلاً نرى هذا الكلام الثاني مستهجناً، ولا توجد في الآية كلمة توجد علاقة من هذا القبيل بينها وبين التجارة عن تراض إذ من الواضح أنّ التجارة عن تراض لا علاقة لها بالباطل ولا مناسبة بينهما تنزلها منزله، اذن فيتعين كون المستثنى منه محذوفاً فكأنما قال: لا تأكلوا أموالكم بينكم بكل سبب - لبطلانه - إلا أن تكون تجارة عن تراض وهذا يدلّ

على الحصر. وهذا البيان وجه وجيه إلا أن الأولى أن تبدل دعوى بطلان الاستثناء المنقطع بغير مناسبة تنزل المستثنى منزلة المستثنى منه بدعوى كون ذلك أشدّ مثنوّة من مثنوّة الحذف.

٣- أما روايات نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك وفيها ما هو تام سنداً «٢» فيمكن الجواب عنها بأنه يحتمل أن يكون المقصود بذلك النهى عن البيع لنفسه بترقب الشراء أو التملك بأى وجه من الوجوه لا النهى عن التصرف القانوني

(١) المحاضرات ٢: ٣١٩.

(٢) هو ما في الوسائل ١٢: ٣٧٤، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧٣

في مال غيره، وذلك إما لما عن التذكرة بناء على نقل مصباح الفقاهة «١» من كونه جواباً لسؤال حكيم بن حزام عن ذلك فالسؤال هو الذى يلقي الضوء على ما هو المراد من الجواب، وإما لأنه وإن كان هذا حتى لو ثبت لم يضر بالتمسك بالإطلاق فى الحديث الذى رواه الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله من غير ذكر لسؤال حكيم بن حزام لكن الإطلاق فى نفسه غير تام. توضيح ذلك: أنه لم يكن مقصودنا من الجواب الذى ابرزناه ما قد تشعر به عبارة تقرير بحث السيد الخوئي «٢» من أن هذه الرواية لم ترد فى القسم الأول من الفضولى وهو البيع للمالك بل وردت فى القسم الثالث من الفضولى وهو بيع الفضولى لنفسه كى يجاب عليه بالإطلاق لدخول كلا القسمين تحت عنوان (بيع ما ليس عندك)، بل المقصود أن فى الحديث احتمالين: أحدهما أن يكون ناظراً إلى عيب عدم نفوذ العقد على المالك حينما صدر من غير المالك، والثانى أن يكون ناظراً إلى عيب تقدّم العقد على الملك وأن هذا يمنع عن إرغام المالك على الوفاء بهذا العقد رغم أنه لو نفذ عليه لما كان فيه العيب الأول وهو نفوذ عقد غير المالك على المالك، لأنّ المفروض أن العاقد هو الذى ملك بعد العقد، وافترض نظر الحديث إلى كلا العيين يشبه استعمال اللفظ فى معنيين، إذن فلا أقلّ من إجمال الحديث.

٤- و أما حديث النهى عن بيع ما لا يملك فإن قرأناه بصيغة المبنى للمفعول

(١) مصباح الفقاهة ٤: ٨٧.

(٢) أقصد به المحاضرات ٢: ٣٢٠، حيث جاء فيه: «و عليه يكون اجنبياً عمّا نحن فيه بل يكون دليلاً على المسألة الآتية».

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧٤

كان نهياً عن بيع ما لا يمكن تملكه، أو عن بيع ما ليس مملوكاً بالفعل كالطير فى الهواء فيكون اجنبياً عن المقام، إلا أن هذه القراءة لا تنسجم فى رواية الصفار «١» لأنّ مورد السؤال فيها هو بيع ملك الغير.

ولا يأتى فى هذا الحديث الجواب الذى ذكرناه عن حديث النهى عن بيع ما ليس عندك من احتمال النظر إلى المنع عن نفوذ البيع على نفس العاقد إذا تقدّم العقد على تملكه، فإنّ هذا أيضاً خلاف مورد السؤال فليس المفروض فى مورد السؤال تملك البائع بعد البيع أو بيعه لمال الغير بترقب تملكه بعد ذلك.

ويمكن الجواب عن هذا الحديث بوجه آخر وهو أن ما ورد من الحديث التام سنداً بهذا المضمون هو ما اشرنا إليه من حديث الصفار، والتعبير هكذا: «لا يجوز بيع ما ليس عندك» وكلمة لا يجوز يحتمل أن يقصد بها نفي النفوذ لا النهى، وإذا كان المقصود بها نفي النفوذ فمن المحتمل أن يكون النفوذ المنفى ما يكون فى مقابل الوقوف أيضاً، فإذا وقف تأثير بيع الفضولى إلى أن يجيزه المالك صدق أن بيع الفضولى لم يجوز ولم ينفذ.

٥- وبهذا أتضح الجواب على ما ورد فى ذيل رواية الاحتجاج مرسله عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميرى عن الإمام صاحب

الزمان عجل الله فرجه:

الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضى منه «٢» فعدم الجواز قد يقصد به عدم النفوذ بالمعنى الذى عرفت.

٦- ورد فى حديث محمد بن مسلم التام سندا عن أبى جعفر عليه السلام: سأله

(١) راجع الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من عقد البيع و شروطه، الحديث الوحيد فى الباب.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥١، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧٥

رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الاسنان يقولون هى من أرضنا فقال: لا تشتريها إلا برضا أهلها «١».

و الجواب- بقطع النظر عن الأجوبة العامة التى مضت: ان قوله: لا- تشتريها إلا برضا أهلها جواب على السؤال عن قصة خارجية و لم يصغ بصياغة حكم عام فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار كل خصوصيات مورد السؤال التى يحتمل دخلها فى الحكم، و من جملة تلك الخصوصيات سكوت السائل عن ذكر الإجازة المتأخرة فى القصة الخارجية التى فرضها الظاهر فى عدم الإجازة بل من الواضح ان المسألة خالية عن الإجازة للنزاع المفروض بين أهل الأرض و أهل الاسنان، فالحديث لا يدل على أكثر من أن أهل الأرض هم الذين يعتبرون ملاكاً لها بقاعدة اليد دون أهل الاسنان فىكون انتقال الأرض منهم لا من أهل الاسنان.

٧- رواية محمد بن القاسم بن الفضيل التامة سندا قال: سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال و لم يقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها؟ قال له ليمنعها أشد المنع فأنها باعته ما لم تملكه «٢».

و لعله من الواضح أجيبه الرواية من المقام فان عدم تسليم الثمن للفضولى أمر طبعى لأنه ليس هو المالك إلا ان يفترض إطلاق الرواية لما إذا ملك الفضولى بعد ذلك المال فأجاز البيع السابق، و لكنك ترى ان هذا الإطلاق غير عرفى لأن السائل سأل عن قضية فى واقعة و ظاهر سكوته عن عنصر التملك الجديد ثم الإجازة عدم وجود ذلك فى تلك الواقعة.

(١) الوسائل ١٢: ٢٤٩، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٤٩، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧٦

٨- رواية اسحاق بن عمار التامة سندا عن عبد صالح سأله عن رجل فى يده دار ليست له و لم تزل فى يده و يد آبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم و لا- يدرون لمن هى فيبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال: ما أحب ان يبيع ما ليس له قلت فأنه ليس يعرف صاحبها و لا يدري لمن هى و لا أظنه يجيء لها رب أبدا قال: ما أحب ان يبيع ما ليس له قلت فيبيع سكنها أو مكانها فى يده فيقول:

أبيحك سكنى و تكون فى يدك كما هى فى يدي قال نعم يبيعها على هذا «١».

و فى هذه الرواية من الواضح فرض عدم إجازة المالك لأن المالك غير معروف فالرواية اجنبية عن المقام و لو فرضت دلالة «ما أحب» على البطلان.

٩- رواية على بن جعفر بسند تام عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال سأله عن رجل سرق جارية ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها؟ قال: إذا أنبأهم أنها سرقة فلا يحل و إن لم يعلم فلا بأس «٢».

ومن الواضح ان الإجازة مفروضة لعدم على ما هو غالب الحال في السرقة و ان جهة السؤال هي ان عدم كون المشتري هو السارق هل يحل له الجارية أو لا؟

١٠- وبه يتضح الجواب عن روايات شراء السرقة و الخيانة «٣»، على أن فرض الإجازة بعد القبض لا يحل إشكال شراء السرقة و الخيانة بلحاظ ما قبل القبض و هذا كاف في صدور النهي و التحريم فان القبض حرام و العقد باطل قبل صدور الإجازة، و فرض صدور الإجازة قبل القبض و بعد تمامية الشراء في الصدقة و الخيانة فرض ملحق بعدم في ندرته.

(١) الوسائل ١٢: ٢٥٠، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٥.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٢، الحديث ١٢.

(٣) راجع الوسائل ١٢: ٢٤٨-٢٥١، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧٧

١١- رواية زريق قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان ... فقال احدهما: أنه كان عليّ مال لرجل من بني عمار و له بذلك ذكر حقّ و شهود فأخذ المال و لم استرجع منه الذكر بالحق و لا كتبت عليه كتاباً و لا أخذت منه براءة و ذلك لأنني وثقت به و قلت له: مرق الذكر بالحق الذي عندك فمات و تهاون بذلك و لم يمزقها و عقب هذا ان طالبني بالمال وراثته و حاكموني و أخرجوا بذلك الذكر بالحق و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال و كان المال كثيراً فتواريت من الحاكم فباع عليّ قاضي الكوفي معيشة لي و قبض القوم المال و هذا رجل من إخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي ثم ان ورثة الميت اقرّوا ان المال كان أبوهم قد قبضه و قد سألوه أن يرّد عليّ معيشتي و يعطونه في أنجم معلومة فقال: إنني أحبّ ان تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا فقال الرجل - يعني المشتري - جعلني الله فداك كيف أصنع؟ فقال تصنع ان ترجع بمالكك على الورثة و ترّد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها قال: فإذا أنا فعلت ذلك له ان يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم له ان يأخذ منك ما أخذت من الغلة ثمن الثمار و كل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب ان ترّد ذلك إلا ما كان من زرع زرعت أنت فانّ للزراع إمّا قيمة الزرع و إمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع فإن لم يفعل كان ذلك له و ردّ عليك القيمة و كان الزرع له.

قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء و غرس قال: له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه و يأخذه.

قلت: أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء فقال: يرّد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها و ردّ البناء و الغرس و كل محدث إلى ما كان أو ردّ القيمة كذلك يجب

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧٨

على صاحب الأرض أن يرّد عليه كلّما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة و دفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود إليه «١».

و ذيل الحديث يشهد لبعض مصاديق قاعدة الإثراء بلا سبب، و سند الحديث غير تام و دلالة على بطلان بيع الفضولي بعد الإجازة أيضاً غير تامّة لعدم إطلاقه لفرض الإجازة، لأنه ورد في قضية في واقعة مسئول عنها، و عدم ذكر السائل فرض الإجازة شاهد على عدمها بل واضح من تمام القصة عدم الإجازة، و لو فرضت تمامية دلالة على بطلان الفضولي فهو يختص بفرض بيع الفضولي لنفسه و لا يشمل فرض بيع الفضولي للمالك.

هذا تمام الكلام في أصل عقد الفضولي و قد عرفت أنه بما هو عقد فضولي ينفذ بواسطة الإجازة المتأخّرة بمقتضى القاعدة و بصحيفة محمد بن قيس.

و بعد ذلك يقع الكلام في أنه لو اضيف عنصر آخر على عنصر الفضولية هل يوجب ذلك البطلان و عدم النفوذ بالإجازة اللاحقة أو لا و ذاك

العنصر هو أحد عنصرين:

[العنصر الأول] عقد الفضولي مع سبق منع المالك:

الأول- سبق منع المالك فقد يقال: إن هذا المنع يضر بلحوق الإجازة. ولا إشكال في أن هذا المنع يفقدنا الدليل الخاص على صحة بيع الفضولي وهو صحيحه محمد بن قيس لأنه لم يفترض فيها منع سابق فهي لا تدل بظهورها على أكثر من صحة عقد الفضولي حينما يكون بلا اذن المالك دون ما إذا كان مع منعه.

(١) الوسائل ١٢: ٢٥٣-٢٥٤، الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٧٩

ولكن يبقى لنا ما مضى من مقتضى القاعدة فإنه يشمل هذا القسم من الفضولي. وتوهم مبطية المنع السابق بافترضه كالرد المتأخر أو بالقول بأن الكراهة مستمرة عادة إلى ما بعد العقد- ولو آنا ما- وهي كراهة مبرزة فحالها حال الرد.

يرد عليه: أنه إن كان المقصود عقلائية زوال العقد بالرد بحيث لا يقبل بعد ذلك عقلائية لحوق الإجازة فهذا لا يكون إلا في الرد بمعنى كسر القرار وإنهائه من النفس بالمعنى الحقيقي، وهذا إنما يعقل من قبل صاحب القرار كالعقد الأصيل الذي يعدل عن القرار قبل قبول الطرف الآخر للعقد أو قبل قبول المالك الذي كان يملك ما باعه الفضولي مثلا، ولا يعقل من المالك بالنسبة لعقد وقع على ماله فضولة فلم يكن من قبله قرار حتى نبحت عن كسره و عدوله عنه و إنما وقع العقد بين شخصين غيره و نحن نتكلم في إمضائه لهذا العقد و عدمه و اين هذا من ذاك؟! و أما الرد المعقول من قبل المالك في باب الفضولي بمعنى مجرد إبراز الكراهة أو بمعنى كسر القرار بالفرض و الاعتبار و الإنشاء لا بالمعنى الحقيقي للكلمة فلا يوجب عقلائية عدم لحوق إمكانية لحوق الإجازة. و إن كان المقصود دعوى التمسك بالإجماع على مبطية الرد بالمعنى المعقول من المالك في باب الفضولي و قياس المنع السابق بالرد إما بذاته أو باعتبار استمراره الكراهة بعد العقد، فلو سلم إجماع تعبدى فى المقام فاحتمال الفرق موجود فلعل قوام الرد المبطل يكون بالكراهة الثابتة بعد العقد مع إبرازها بعده، و ما دامت المسألة تعبدية بحثه و لا توجد لها جذور عقلائية فنحن نحتمل الفرق.

[العنصر الثانى] عقد الفضولى لنفسه:

الثانى- ان يعقد الفضولى لنفسه و عندئذ تارة يتكلم عن وقوعه لنفسه بعد ان

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨٠

يملكه بشراء و نحوه و هذا خلاف روايات «لا تواجهه البيع قبل ان تستوجه» «١»، و لا تشمله الإطلاقات أيضا لأنه لم ينتسب العقد إليه حين مالكيته.

و اخرى يتكلم عن وقوعه للمالك بإجازته و هذا يشمل على فرعين:

الأول- فرض إجازة المالك غير الفضولى للعقد.

و الثانى- فرض تملك الفضولى للمال بشراء و نحوه ثم إجازته للعقد السابق.

و توجد هنا إشكالات ثلاثة:

الأول- ما هو مشترك الورد على كلا الفرعين و هو ان قصد البيع الحقيقى لم يتم لأن البيع عبارة عن المبادلة بين المالىن و هى دخول كل من المالىن فى ملك من خرج من ملكه الآخر، فى حين ان الفضولى قصد هنا دخول العوض فى ملكه هو و ليس هو الذى

خرج من ملكه العوض الآخر فلم يقصد إلّا بيعاً صورياً فلا محل للإجازة أصلاً سواء فرضنا المجيز هو المالك الأول أو الفضولي بعد ما يملك المال.

و الثاني- ما يختص بالفرع الأول و هو أنّ الإجازة لم تطابق الإنشاء فما أنشئ لم يجز و ما اجيز لم ينشأ لأنّ الفضولي أنشأ ملكية نفسه و المالك الأول أنشأ ملكية نفسه.

و الثالث- ما يختص بالفرع الثاني و هو تقدّم العقد على الملك فالعقد انتسب إليه قبل أن يكون مالكا و هذا الانتساب لا قيمة له و بعد الملك لم ينتسب إليه انتساباً جديداً بالإجازة لأنّ الفعل لا ينتسب إلى الشخص مرتين. إذن لم يقترن انتساب العقد إليه بالملك أو رضا المالك أو لم ينشأ الانتساب عن رضا المالك.

(١) راجع الوسائل ١٢: ٣٧٥، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨١

و الجواب عن الأخير: أنّ الانتساب إلى ذات الشخص و ان تمّ قبل الملك لكن الانتساب إليه بما هو مالك انتساب جديد حصل بالإجازة، و لا أقصد بذلك انتساب ذات العقد إليه مرة ثانية كي يقال: إنّ الفعل لا ينتسب إلى الشخص مرتين بل أقصد بذلك ان انتحال الفضولي بعد الملك للعقد الأول و تبيّنه إياه موضوع في نظر العرف و العقلاء في تحقّق الملك من قبله في لوح التشريع العقلاني، و هذا يحقّق موضوع التمسك بالإطلاقات و بالسيرة.

نعم هذا الإشكال لا جواب عليه لو كنّا نقصد بانتساب العقد للمجيز المصحح للتمسك بالإطلاقات ما قصده السيد الخوئي من انتساب ذات العقد إليه «١»، فإنّ هذا الانتساب ثابت هنا قبل الإجازة و قبل الملك و لم يتكرّر.

بقي الكلام في الإشكاليين الأولين:

و الموقف تجاه هذين الإشكاليين يمكن أن يكون بأحد وجهين:

الأول- ان لا نهتم بحلّهما بمقتضى القواعد إذ يكفيّا التعيّد بصحيحة محمّد بن قيس فإنّ الفضولي في تلك الصحيحة كان قد باع الوليدة لنفسه فأعقبته الإجازة من قبل المالك و صحّ البيع فحتى لو لم يتم ذلك بمقتضى القواعد نقول بصحّته بالنص الخاص و يتم التعدّي إلى فرض ما إذا تملّكه الفضولي بالشراء مثلاً فأجاز البيع الأول بعدم احتمال الفرق مثلاً.

و الثاني- ان نبحت الإشكاليين وفق مقتضى القواعد و عندئذ نقول:

قد أجاب الشيخ الأنصاري رحمه الله على الإشكال الأول بأنّ الفضولي إن كان يعتقد ملكية نفسه فقد قصد حقيقة البيع، و إن كان غاصبا فهو يدعى ادّعاء الملكية

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٩٥، و مصباح الفقاهة ٤: ١٩-٢١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨٢

و مبنيًا على هذا الادّعاء يتمشّي أيضا منه قصد البيع حقيقة و إدخال كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر. نعم لو لم يدع المالك و مع ذلك قصد العقد لنفسه التزمنا بالبطان، لأنّه صورة بيع و ليس بيعاً حقيقة «١».

أقول: إنّ فرض قصد العاقد لإدخال كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه الآخر رغم أنّه غاصب و قاصد للعقد لنفسه يمكن ان يتصوّر بأحد أشكال ثلاثة:

الأول- أن تكون حيشة الملكية عنده حيشة تقييدية و تكون تمام الموضوع أي أنّه قصد حقيقة العقد للمالك، و ليس معنى قصد العقد لنفسه عدا ادّعاء تطبيق هذا العنوان على نفسه.

و الثاني - أن تكون حيشة المالكية عنده حيشة تقييدية أيضا، و لكنه حصص الحيشة بالتقييد بنفسه أى أنه أجرى العقد للمالك المقيد بانطباقه عليه هو، و هو مدع لصدق هذا الادعاء.

و الثالث - أن تكون حيشة المالكية عنده حيشة تعليلية فهو قد قصد إجراء العقد لنفسه لأنه ادعى نفسه مالكا. و شبهة المحقق الايروانى رحمه الله «٢» لو تمت فأنما تتم على فرض الثانى و الثالث و هى: أنه إذا كانت الملكية ادعائية و ليست حقيقية فكيف يكون البيع المبني عليها حقيقية؟! و الجواب: أنه لا يقصد بحقيقته البيع حصول المبادلة فى لوح التشريع أو فى

(١) راجع المكاسب ١: ١٢٨، بحسب الطبعة المشتملة على تعليق الشهيدى.

(٢) نقلناها عن مصباح الفقاهة ٤: ١١٥، نقلا عن المحقق الايروانى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨٣

لوح اعتبار العقلاء، و أما المقصود بذلك حصولها فى لوح إنشاء المتعاقدين و يكون ذلك حقيقة كحقيقة الاستعمال القائم على الادعاء السكاكى.

و هذه الفروض الثلاثة كلها تحل الإشكال الأول و هو إشكال عدم إرادة البيع بالمعنى الحقيقى للكلمة، أما إذا خرجنا عن كل هذه الفروض الثلاثة بان افتراضنا أن الفضولى قصد العقد لنفسه لا للمالك و من دون فرض مالكية نفسه فهذا هو الذى حكم الشيخ رحمه الله بطلان البيع فيه.

و الفرض الأول من هذه الفروض الثلاثة يحل الإشكال الثانى أيضا فإنه إذا كان العقد فى واقعه قد انشئ للمالك و إن كان هناك تطبيق كاذب لعنوان المالك على نفسه فالإجازة قد طابقت الإنشاء.

و الظاهر أن الشيخ رحمه الله يختار لحل الإشكال الثانى استظهار الفرض الأول من الفروض الثلاثة ثم يستشكل فى هذا الاستظهار فى خصوص المشتري الفضولى دون البائع و ذلك لدعوى ظهور كاف الخطاب فى ملكتك مثلا أو ظهور كلمة تملك لو أجرى القبول بهذا اللفظ فى انتساب الملكية إلى شخص المشتري كشخص، و هذا معناه الانتقال إلى الفرض الثانى أو الثالث ثم يؤكد الشيخ رحمه الله - على ما يبدو - استظهار الفرض الأول و أنه لم تكن نسبة الملك إلى المشتري بكاف الخطاب أو بقوله تملك إلا من باب تطبيق عنوان المالك عليه و لو ادعاء و إن حاق الإنشاء أما كان راجعا إلى المالك بما هو مالك فالإجازة تطابق الإنشاء.

هذا. و ظاهر السيد الخوئى فى المصباح «١» أيضا هو استظهار الفرض الأول

(١) راجع مصباح الفقاهة ٤: ١١٣-١١٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨٤

و لكن ظاهره فى المحاضرات «١» استظهار الفرض الثالث و هو كون المالكية حيشة تعليلية و يذكر فيه لحل الإشكال وجهين آخرين: الوجه الأول - أن البيع لا يعنى إدخال أحد العوضين فى ملك من خرج من ملكه العوض الآخر و أما يعنى مجرد الإعطاء لا عن مجان «٢».

أقول: إن كان المقصود بالإعطاء المادى فمن الواضح أن الإعطاء المادى ليس بيعا، و إن كان المقصود به التملك فإما أن يقصد بذلك تملك من يملك العوض الآخر بما هو مالك للعوض الآخر و بغض النظر عن الشخص إلا من باب مجرد التطبيق الذى لا ضير فى خطأه، أو يقصد بذلك تملك الشخص، فان قصد به الأول رجع ذلك إلى الفرض الأول الذى هو أحد الفروض الثلاثة لمعنى قصد إدخال أحد العوضين فى ملك من خرج من ملكه العوض الآخر، و إن قصد به الثانى تسجل الإشكال الثانى و هو

انّ الإجازة لم تطابق الإنشاء لأنّ التملك أو التملك المنشأ كان مخصصا بخصوص شخص معين و الإجازة وردت لشخص آخر. و بذلك يتضح أيضا ما في كلام السيد الإمام رحمه الله من حلّ الإشكال بأنّ البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال و هذا لا يتقوم بإدخال المال في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر حتى يلزم عدم مطابقة الإجازة للإنشاء «٣».

فانّ هذا يردّ عليه: انّ المبادلة لا بد أن تكون مضافة إلى ظرف ما و إلا لم

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٣١.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٣٠.

(٣) راجع كتاب البيع ٢: ١٤٥-١٤٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨٥

تكن مبادلة، فان اضيفت إلى ظرف المكان فمن الواضح كونها اجنبية عن البيع، و إن اضيفت إلى عالم الملكية فهذا هو معنى ان أحد العوضين يجب إدخاله في ملك من خرج من ملكه الآخر و لا معنى بذلك ضرورة إدخال أحد العوضين في ملك من خرج من ملكه الآخر في لوح التشريع أو في لوح اعتبار العقلاء حتى يقال: إن إنشاء البيع ليس متقوماً بذلك، و أنّما معنى إدخال أحد العوضين في ملك من خرج من ملكه الآخر في لوح اعتبار نفس المتعاقدين و إنشائها و هذا لا بد منه، و إشكال عدم مطابقة الإجازة للإنشاء أيضا ينظر إلى هذا العالم و ليس نظره إلى عالم الملكية الشرعية أو العقلانية فلا محالة تأتي شبهة انّ الفضولي أنشأ الملكية لشخص، و المجيز أجاز الملكية لشخص آخر فلم تكن الإجازة مطابقة للإنشاء، فان اجبنا بان الفضولي أنّما أنشأ الملكية لمالك العوض الآخر بما هو مالك و إن أخطأ في التطبيق فهذا رجوع إلى جواب الشيخ و إلا فسلك المبادلة التي هي معنى البيع عن عالم الملكية ان قصد به سلخها عن هذا العالم بلحاظ لوح إنشاء المتعاقدين فغير معقول، و إن قصد به سلخها عن عالم الملكية الشرعية فهذا اجنبى عن إشكال المستشكل.

و قد ورد في كلام السيد الخوئي رحمه الله في المحاضرات «١» و في كلام السيد الإمام رحمه الله «٢» بعض النقوض على تقوّم البيع بدخول كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر فورد في كلام السيد الخوئي النقض ببيع الكلى و بيع الأوقاف و الزكوات، و ورد في كلام السيد الإمام النقض ببيع الوقف أو بيع وقف

(١) المحاضرات ٢: ٣٣٠.

(٢) كتاب البيع ٢: ١٤٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨٦

بمال وقف بناء على عدم كون العين الموقوفة ملكا لأحد، و بمبادلة الزكاة بمثلها من وليين شرعيين.

و يمكن الجواب على كل هذه النقوض ففي بيع الكلى يدخل الثمن في ملك من خرج من ملكه الكلى، و ملكية كل شىء بحسبه و لا نقصد بملكية الكلى في الذمة على امتلاكه لذمته بالمعنى الثابت لكل شخص بالقياس لذمته و هو ان أمر ذمته بيده و أنّها فارغة و لا يحق لأحد إشغال ذمته مجانا و رغما عليه و يكفي هذا المقدار من الملكية في صدق التبادل و البيع في المقام و في بيع الوقف في مورد جواز تملكه لطارئ ما يتملكه ثم يبيعه أو يبيعه فيصبح الثمن ملكا للموقوف عليه ثم يتملك الثمن.

و لو قلنا بأنّ الوقف ليس مملوكا للموقوف عليه فأیضا يتملكه للطارئ المجوّز ثم يبيعه أو يبيعه فيصبح الثمن مكان العين الموقوفة ثم يتملكه و في تبادل الوقفين يصبح كل منهما مكان الآخر، و لا معنى بالبيع و المبادلة إلا ان يتخذ كل من العوضين محل الآخر في عالم الحقوق الذى هو أوسع من الملكية بمعناها الخاص المألوف في الفقه الإسلامى فحينما نقول: يجب ان يدخل كل من العوضين في

ملك من خرج من ملكه العوض الآخر نقصد بذلك أن يكون كل منهما للآخر بالشكل الذي كان للأول، وكذلك الكلام في بيع العين الزكوية يتملكها المستحق ثم يبيعها، أو يبيعها و يصبح الثمن لعنوان الفقراء بالشكل الذي كانت الزكاة لهم ثم يتملكه و في تبادل المالكين الزكويين بين الوليين يصبح كل منهما في اختيار الولي الآخر بالشكل الذي كان في اختيار الولي الأول، بل لا يبيع حقيقة في هذا الفرض الأخير فإن تبادلها شبيه بالتبادل بين مالين لملك واحد فيما بين وكيلين عنه (أو هو عينه بناء على كون الزكاة ملكا لعنوان الفقراء مثلا).

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨٧

و الخلاصة أن الإشكال في بيع الفضولي لنفسه لا- يتوقف على تخصيص البيع بالتبادل في عالم الملكية بمعناها الخاص بل حتى مع توسيعه للتبادل في عالم الحقوق بشكل عام يأتي الإشكال في بيع الفضولي حيث جعل الفضولي نفسه طرفا للحق بأي معنى من معاني الحق و جعل المجيز نفسه طرفا للحق و لم يجز طرفية نفس الفضولي له.

و بالإمكان النقض- على اشتراط دخول كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر- بمسألة شراء العمودين حيث يخرج الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع و لكن المثل لا يدخل في ملك المشتري- و لو آنا ما-، بل يتحرر بالشراء و الملكية التقديرية أو الرتبة لا معنى لها فإن الدخول في عالم الملكية و الخروج عنها ليس من أحكام الرتب كي يرفع التضاد بين الدخول في الملك و التحرر بتعدد الرتب.

و لا بد من الالتزام في مسألة شراء العمودين بأحد امور:

الأول- أن يقال: إن المشتري ينشئ إدخال العمود في ملكه فهو أنشأ المبادلة بالمعنى الحقيقي للكلمة و إن كان الحكم الشرعي الذي يترتب على ذلك هو تحرر العمود لا دخوله في ملكه.

و الثاني- أن يفترض أن المشتري لا ينشئ ذلك و يخرج هذا عن حقيقة البيع و الشراء و يصبح معاملة اخرى مستقلة حاصلها تحرير العمود في مقابل الثمن.

و الثالث- ان يقال: يكفي في حقيقة البيع قصد التبادل بينهما بلحاظ حال أحد الشخصين فحسب و قد حصل التبادل هنا بلحاظ حال البائع حيث خرج المثل من ملكه و دخل الثمن بدلا عن ذلك في ملكه و لم يحصل بلحاظ حال المشتري، لأن الثمن خرج من ملكه و لم يدخل بدلا عن ذلك شيء في ملكه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨٨

فلو التزمنا بهذا الأمر الثالث كان هذا جوابا آخر- على الإشكال الأول على عقد الفضولي لنفسه و هو كونه يباعا سوريا لا حقيقيا لعدم قصد المبادلة الحقيقية- حيث يقال في الجواب أن التبادل الحقيقي مقصود بلحاظ حال أحد الشخصين و هو الأصيل حيث ينشأ إدخال مال في ملكه و إخراج عوضه عن ملكه. إلا أن هذا الجواب لو تم لا يأتي فيما إذا كانا معا فضولين.

و الرابع- أن يقال: إن حقيقة البيع و إن كانت هي التبادل بينهما بلحاظ حال كلا الشخصين و لكن ليس المقصود بالتبادل خصوص دخول العوض في ملك من خرج من ملكه المعوض، بل المقصود به صيرورة من خرج من ملكه المعوض أولى الناس بالعوض، و هذه الأولوية بطبيعتها تنتهي إلى مالكيته للعوض لو لم يطرأ طارئ يحول دون ذلك، و هذا الطارئ ليس عبارة عن إرادة شخص آخر فإن تدخل إرادة شخص آخر في تحريف مسير ملكية هذا المال خلف صيرورة هذا العاقد أولى الناس بهذا المال، و أنما هذا الطارئ يكون أحد أمرين:

(الأول) إرادة الشارع فلو أراد الشارع في المقام تحرر العمود يتحرر و لا يدخل في ملكية هذا العاقد و ليس هذا منافيا لمفاد العقد من صيرورته أولى الناس به، فإن هذه الأولوية أنما هي في مقابل الناس لا في مقابل الشارع، فتحريف مسير المال عن دخوله في الملك الفعلي لهذا العاقد من قبل الشارع لا يعني سلب هذه الأولوية، بل هذه الأولوية هي موضوع لهذا الحكم الشرعي فلولا أنه أصبح أولى

بأبيه من غيره من الناس لما تحزّر أبوه.

(و الثاني) إرادة نفس هذا العاقد فلو أراد بشراء هذا المال دخوله في ملك من هو وليّ عليه كابنه الصغير مثلا دخل في ملكه رغم أنّ الثمن خرج من ملك العاقد و لم يناف ذلك أولويته بهذا المال من سائر الناس، فإنّ هذه الأولوية أنّما فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٨٩

هي أولوية في مقابل إرادة سائر الناس لا في مقابل إرادة نفسه إذ لا معنى لأن يكون أحد أولى من نفسه بشيء ما فهذه الإرادة لا تنافي أولويته بل هي أعمال لأوليته، و إن شئت فسمّ هذا بالملكية التقديرية و لعلّ من قال في شراء العمودين بالملكية التقديرية قصد و لو ارتكازا هذا المعنى، و هذا الوجه الرابع امتيازه عن الوجه الثالث أنّه يصلح جوابا آخر عن الإشكال الأوّل على عقد الفضولي لنفسه حتى إذا كانا معا فضولين و كذلك يصلح تفسيرا لمبادلة عمود بعمود بان كان زيد مالكا لوالد عمرو، و عمرو مالكا لوالد زيد مثلا فتبادلا في حين أنّ التفسير الثالث لا يأتي هنا.

الوجه الثاني- من وجهي السيد الخوئي لحل الإشكال في المحاضرات هو أنّ الفضولي حتى إذا باع لنفسه بانبا على مالكيته بنحو الحيثية التعليقية لا التقيديّة و افترضنا أنّ البيع و المبادلة يتقوم بدخول كل من العوضين في مملكتك من مملكتك العوض الآخر كان من المعقول لحقوق الإجازة من قبل المالك، لأنّ إنشاء الفضولي و إن كان يدلّ بالمطابقة على تملكه للمعوض إذا كان بمثل تملكته مثلا و لكنّه يدلّ بالالتزام على المبادلة بالمعنى المذكور، أي دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض فيامكان المالك أن يجيز المدلول الالتزامي فحسب «١».

أقول: إنّ هذا الوجه من الغرائب فإنّ المدلول الالتزامي لكلام الفضولي لم يكن إنشاء مستقلا تلحقه الإجازة فإنّ الفضولي ليس له إنشاء ان كى يقال: إنّ بالإمكان لحقوق الإجازة بأحدهما دون الآخر، و لو فرض له إنشاءان فالإنشاء الثاني ليس منصبا على تملكك مالك المعوض بعنوانه العام بل هو مقيد بسبب

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٣١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩٠

ارتباطه بالإنشاء الأوّل أي أنّه تملكك لمالك المعوض المقيد بانطباقه عليه هو، و المجيز لا يجيز هذه الحيثية المنشأة فرجع أيضا إشكال أنّ ما انشئ لم يجز و ما اجيز لم ينشأ.

و الآن نعود إلى الفروض الثلاثة التي افترضناها في إنشاء الفضولي الذي باع لنفسه و هي:

- ١- إنشاء العقد للمالك بنحو الحيثية التقيديّة و من دون تقييده بالتشخص في خصوصه هو و عندئذ فليس معنى بيعه لنفسه عدا ضمّ ضميمه اجنبيه عن أصل مغزى الإنشاء و هو تطبيق عنوان المالك على نفسه و لو ادّعاء و كذبا.
- ٢- إنشاء العقد للمالك المطبق على نفسه بأن يكون هذا التطبيق قيّدا في المنشأ.
- ٣- إنشاء العقد لنفسه مع أخذ عنوان المالكية بنحو الحيثية التعليقية.

و الثاني من هذه الفروض الثلاثة- و هو الجمع بين خصوصية الشخص و خصوصية المالكية بنحو الحيثية التقيديّة- خلاف الظاهر العرفي جدا كما مضى متبا سابقا في بحث تخلف الوصف في مثل بعثك هذا العبد الكاتب حيث قلنا: إنّ تخلفه يوجب الخيار و لا يوجب البطلان، لأنّ ظاهر هذا الوصف هو كونه شرطا لا قيّدا و ذلك لأنّه و إن كان الظهور الأوّل للتوصيف هو التقييد في ما إذا كان وصفا للكلى كما لو قال: بعثك عبدا كاتباً، و لكن التوصيف في باب الجزئي الحقيقي كبعثك هذا العبد الكاتب ينصرف إلى الشرط لا إلى التقييد لأنّ الجزئي الحقيقي لا يقبل التخصيص فالتقييد ينحصر أمره في فرض التخلف في إفراغ المقيد عن جميع الأفراد و كذلك الحال في المقام، فالبيع إلى نسب حقا بلحاظ عالم الإنشاء إلى شخص معيّن فتوصيفه بالمالكية ينصرف إلى التعليل لا إلى

الحيثية التقييدية لأن الشخص المعين جزئي حقيقي لا يقبل التخصيص بالقيود.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩١

و على أية حال فقد مضى أن كل هذه الفروض الثلاثة بعيدة عن الإشكال الأول و إنما يقع الكلام في الإشكال الثاني و هو عدم مطابقة الإجازة للإنشاء و هذا الإشكال مصبه هو الفرض الثاني و الثالث دون الأول كما مضى.

و هذا الإشكال يتجه بناء على تصورات السيد الخوئي من أن إجازة المالك تجعل العقد مستندا حقيقة إلى المالك و أن هذا هو السر في صحه عقد الفضولي بمقتضى القواعد بعد الإجازة، فعندئذ يقال: إن الإجازة إنما تسند العقد إلى المالك و تصححه إذا كانت مطابقة له، أمّا إذا كانت مخالفة له فلا- يتم استناده إلى المالك، و لو تمّ استناده إليه فمع إبقاء المنشأ على حاله يلزم وقوع البيع للفضولي و هو غير معقول و مع تحويله إلى المالك يلزم تبدل الإنشاء إلى إنشاء آخر.

أمّا بناء على ما قلناه من أن الإجازة لا تسند العقد الواقع بين المتعاقدين إلى المالك و لكنّها تجعل المجيز طرفا لحصول التبادل في لوح قانون العقلاء و يصبح بذلك موضوعا للدليل الشرعي على وجوب الوفاء فهنا لا إشكال ان موضوع حكم العقلاء بحصول التبادل هو المالك بما هو مالك فأننا لا نقصد بالتبادل عدا التبادل في عالم الملكية، فالتبادل الذي يحصل في لوح القانون العقلائي متقوم بالملكية و هذا قانون ثابت بنحو القضية الحقيقية التي يكون موضوعها الملكية لا بنحو الإنشاء الشخصي الذي يتصور فيه أخذ الملكية تارة بنحو التقييد، و اخرى بنحو التعليل، و نفس هذا التقوم أى تقوم التبادل بالملكية ثابت في لوح إنشاء المتعاقدين أيضا لكن بما أن إنشاء المتعاقدين إنشاء شخصي قد يطبق على معنون خاص و لهذا يتصور فيه تخلف العنوان عن المعنون و كون العنوان مأخوذا بنحو الحيثية التقييدية تارة و التعليلية اخرى.

و هنا يجب ان نرى هل العقلاء يرتئون لدى تخلف العنوان عن المعنون في

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩٢

إنشاء المتعاقدين إلغاء التطبيق الخاطي الذي صدر من المتعاقدين و ترتيب الأثر للمعنون الحقيقي بذاك العنوان و هو المالك الحقيقي بشرط إجازته و رغم مخالفة الإجازة للإنشاء أو لا؟

و بكلمة اخرى ان حكم العقلاء بصحة عقد الفضولي لنفسه بإجازة المالك و عدمه ليس مصيره بالضرورة مرتبنا بمعرفة ان عنوان الملكية هل كان مأخوذا في عالم إنشاء المتعاقدين بعنوان الحيثية التقييدية مع كون التطبيق الخاطي ضميمه اجنبية عن عالم الإنشاء أو أنّها حيثية تعليلية مثلا بل يجب ان نرى ابتداء ان العقلاء هل يصححون بيع الفضولي الذي باع لنفسه بتعقب إجازة المالك و لو فرضت مخالفة الإجازة للإنشاء أو لا-؟ و الظاهر ان العقلاء يصححون ذلك حتى في فرض المخالفة كما هو الحال فيما إذا كانت الملكية منظورا إليها بنحو الحيثية التعليلية.

و لا- يقال: لازم ذلك ان الفضولي لو باع كتاب المالك فضولة كان للمالك ان يجيز البيع مطبقا اياه على ثلّاجته مثلا رغم مخالفة الإجازة للإنشاء.

فأنه يقال: إن المقصود ليس هو صحه تبديل الأثر لدى العقلاء بإلغاء أى قيد من قيود الإنشاء، و إنما المقصود ان التطبيق الخاطي للعنوان الذي كان مقوما للتبادل الذي يحصل في لوح قانون العقلاء على معنون ادعائي أو خيالي هو الذي يلغى من قبل العقلاء، و لو كان البيع مقوما عقلايا بأن يكون على الثّاجه فطبق العاقد خطأ عنوان الثّاجه على الكتاب فباع الكتاب فلعل العقلاء كانوا يصححون هنا أيضا البيع على الثّاجه بإجازة المالك رغم عدم تطابقها للإنشاء و لكن الأمر ليس كذلك.

و خلاصة المقصود أنه لا تصح البرهنة على صحه أو فساد عقد الفضولي على القاعدة إذا باع لنفسه بمثل كون حيثية الملك لدى المتعاقدين تقييدية أو

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩٣

تعليلية بل يجب أن يقال: إنَّ حيشة الملك إن كانت في إنشاء المتعاقدين تقييدية و من دون خصوصية الشخص في عالم المنشأ فلا إشكال في صحة العقد بالإجازة فإنه في واقعه رجوع إلى القسم الأول من الفصولي و هو الذي يبيع للمالك.

اللهم إنا في مجرّد تطبيق خاطئ كان ضمّه إلى البيع من قبيل ضمّ الحجر إلى جنب الإنسان و إن لم تكن الحيشة تقييدية أو كانت خصوصية الشخص أيضا ملحوظة في لبّ الإنشاء فلا بد من مراجعة بناء العقلاء لنرى هل يحكمون هنا بالصحة بعد تعقّب إجازة المالك أو لا؟ و الظاهر أنّهم يحكمون بالصحة.

بقي الكلام في الفرع الذي نقلنا عن الشيخ الأعظم رحمه الله القول ببطالان البيع فيه و هو ما لو باع مال غيره لنفسه من دون ادعاء الملكية و كذلك عكس هذا الفرع و هو ما لو اشترى شيئا لغيره بمال نفسه.

و لنقدّم الحديث عن الفرع الثاني و به يتّضح الحال في الفرع الأول.

فنقول: لو اشترى شيئا لغيره بمال نفسه ففيه إشكالات ثلاثة:

الأول- أنّ هذا ليس يبيعا لأنّ ما وقع خلاف حقيقة المبادلة فإنّ المقصود بالمبادلة هي المبادلة في عالم الملكية و هي لا تكون إلّا بإنشاء إدخال كل من العوضين في ملك من أخرج من ملكه العوض الآخر، في حين أنّه قصد في ذلك الفرع خلاف ذلك.

و يمكن الجواب على ذلك إمّا بدعوى أنّ البيع متقوم بالتبادل بلحاظ أحد الشخصين و لا يشترط فيه التبادل بلحاظ كليهما أى يكفي ان يدخل أحد العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر و إن لم يتحقّق ذلك بلحاظ الشخص الآخر، و ذلك من قبيل شراء من ينعق عليه حيث يدخل الثمن في ملك من يخرج من ملكه العبد و لا يدخل العبد في ملك من يخرج من ملكه الثمن، فبناء

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩٤

على فرض كون المشتري لم يقصد إنشاء تملكه للعبد و تسميته ذلك- رغم هذا- بالبيع يكون هذا يبيعا بمعنى التبادل بلحاظ ملكية البائع فحسب، نعم لو فرضنا أنّ المشتري أيضا ينشئ التبادل بلحاظ نفسه و إن كان لا يدخل شرعا العبد في ملكه يخرج مثال شراء من ينعق عليه عن المصدقية لما فرضناه من إنشاء التبادل بلحاظ أحد الشخصين فحسب.

و إمّا بدعوى أنّنا لو أصررنا على أنّ معنى البيع متقوم بالتبادل من كلا الطرفين فليكن ما نحن فيه خارجا عن حقيقة البيع و ليكن عقدا مستقلا تشمله إطلاقات أوفوا بالعقود فيتمّ بذلك دخول المثلث في ملك الشخص الثالث رغم أنّ الثمن يكون على المشتري الذي لم يملك المثلث.

الثاني- أنّ شراء شيء لغيره بمال نفسه لا- يمكن تصحيحه بمثل أوفوا بالعقود لأنّ أدلّة الوفاء بالعقد تنصرف بمناسبة الحكم و الموضوع عن فرض كون النتيجة المثبتة في العقد لها ارتباط بشخص ثالث خارج عن دائرة العقد مع إغفال قبوله لذلك، فأدلّة وجوب الوفاء بالعقد أنّما تعالج المسألة من زاوية المتعاقدين فحسب في حين أنّ مفاد العقد في ما نحن فيه له علاقة بشخص ثالث و هو المشتري له، صحيح أنّ هذا العقد كان في صالح الشخص الثالث و ليس ضده لكن هذا لا يشفع لنفوذ هذا العقد بحكم الإطلاقات رغم اجنبية الشخص الثالث عن القبول.

إلّا أنّ هذا الإشكال يمكن فصله عن أصل المسألة التي نحن بصدها كما لو افترضنا أنّ المشتري كان وليا على المشتري له أو وكلا عنه في هكذا شراء كى لا يأتي إشكال ارتباط العقد بشخص اجنبي فبقى نحن و التمسك بإطلاق أدلّة الوفاء بالعقد لتصحيح شراء شيء لغيره بمال نفسه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩٥

الثالث- ان يقال: إنّ دليل الوفاء بالعقد مقيد بفرض مشروعية متعلّق العقد في نفسه إمّا لأنّه حكم حيثي لا يدلّ إلّا على وجوب احترام العقد من حيث ارتباطه بالمتعاقدين و لا ينظر إلى مشروعية المتعلّق و إمّا لأنّه حكم ثانوي ورد في إطار الأحكام الأولية فلا إطلاق له لفرض مخالفة متعلّقة للأحكام الأولية و مشروعية تملك مال لغيره بثلث يخرج من ملكه أول الكلام.

والجواب: أنه إن قصد بذلك التشكيك في مشروعية تملك الشخص الثالث فلا شك في مشروعيته بمثل إهداء المال إليه، وإن قصد بذلك التشكيك في تملك الثمن للشخص البائع فلا إشكال أيضا في مشروعية ذلك ولو بمثل الإهداء إليه، وإن قصد بذلك التشكيك في جعل التقابل بين هذين الأمرين اللذين هما مشروعان في حد أنفسهما فمن الواضح أن هذا التقابل والربط هو عين العقد وإيجاد العقدة بين قرارين وإطلاق الوفاء بالعقد يشملهما، ومعنى قولنا: لا بد من إحراز مشروعية متعلق العقد قبل التمسك بإطلاق دليل الوفاء بالعقد هو ضرورة إحراز مشروعية ذات القرارين، أما مشروعية الربط بين القرارين فأنما هي تستفاد من دليل الوفاء بالعقد. فإذا صح بهذا البيان شراء شيء لغيره بمال نفسه عند ما كان من حقه ذلك بالولاية عليه أو الوكالة عنه أمكن تصحيحه في مورد ما إذا فعل ذلك فضولة بالإجازة المتأخرة، فلو اشترى شيئا لغيره بمال نفسه ثم أجاز الغير ذلك نفذ العقد إذ لا يوجد في ذلك إشكال غير الإشكالات التي دفعناها إلّا شيء واحد وهو أنه بناء على رأى السيد الخوئي الذى يصح عقد الفضول بانتساب ذات العقد إلى المجيز بالإجازة يلزم فى المقام ان يصبح العقد ثلاثى الأطراف فهو من ناحية مرتبط بالبائع ومن ناحية اخرى مرتبط بالمشتري ولا بد فى تصحيح العقد من

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩٦

فرض نفوذه حتى بلحاظ هذا الارتباط لأن المفروض ان الثمن يخرج من ملكه، ومن ناحية ثالثة مرتبط بالمشتري له والمفروض ان الإجازة تنسب العقد إليه ولكننا نقول: أى بأس فى افتراض كون عقد ما ثلاثى الأطراف؟! فمثلا لو اتفق الثلاثة منذ البدء على عقد من هذا القبيل فأوجب البائع تملك المثلث للشخص الثالث بثمن على المشتري وقبل المشتري والشخص الثالث كلاهما ذلك فأى مانع من صحته هذا العقد المتقوم بإيجاب وقبولين!؟

وبهذا العرض يتضح إمكان تصحيح الفرع الأول أيضا وهو ما لو باع مال الغير لنفسه أو اشترى لنفسه بمال الغير ثم أمضى الغير هذا العقد بهذا النحو أى بان يدخل الثمن أو المثلث فى ملك الفضولى. شراء الشيء بدمه غيره:

ولنختم الحديث عن عقد الفضولى لنفسه بما لو اشترى شيئا بثمن فى ذمة غيره.

فإن كان مقصوده بذلك الشراء لذاك الغير فهذا خارج عن عقد الفضولى لنفسه و داخل فى القسم الأول من عقد الفضولى ولا كلام جديد فيه.

و إن كان مقصوده بذلك الشراء لنفسه فقد يقال: إنه وقع التهافت بين العنوانين: عنوان كون الشراء لنفسه وعنوان كون الثمن فى ذمة غيره فهل يبطل أحد العنوانين أو يبطل العقد أم ما ذا؟ وكذلك الكلام فى عكس هذه المسألة وهو الشراء لزيد بثمن فى ذمة نفسه: والتحقيق فى المسألة الاولى وهى الشراء لنفسه بثمن فى ذمة غيره: إنه إن كان يقصد بذلك إشغال ذمة الغير بنفس هذا الشراء فهذا هو الفرض الذى يمكن أن يقال فيه بالتهافت بين العنوانين والواقع أنه يكون من سنخ الشراء لنفسه بمال خاص لغيره، فلو قيل بالبطلان هناك لعدم صدق المبادلة ثبت البطلان هنا.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩٧

و إن كان يقصد بذلك دعوى ملكيته للثمن على ذمة الغير كذبا فهو يشتري المثلث بهذا الثمن الذى ادعى ملكيته دخل ذلك فى القسم الثالث من الفضولى الذى عرفت أنه لا يرد عليه الإشكال بكون البيع صوريا، بل قد قصد البيع بالمعنى الحقيقى للكلمة فلو أجاز ذلك الغير هذا العقد لنفسه انشغلت ذمته بالثمن بنفس هذه الإجازة، أما لو لم يجز ذلك فهنا تتجه ثلاثة أسئلة:

الأول- هل يقع العقد للفضولى وتنشغل ذمته بالثمن بلا حاجة إلى إجازته؟

والجواب بالنفى وذلك لفقدان الرضا على الأقل.

والثانى- هل يقع العقد للفضولى وتنشغل ذمته بالثمن إذا أجاز؟

و الجواب بالنفي لأنّ الثمن الذي يفترض انشغال ذمّة الفضولي به غير الثمن الذي فرض في ذمّة الشخص الثالث فإنّ الكلّي يتحصص بالإضافة إلى الذمم و تصحيح بيع الفضولي بالإجازة مشروط بعدم تبدل الثمن أو المثلث و إلّا فلا بد من عقد جديد. و الثالث- لو أنّ الفضولي صادف ان ملك بعد هذا العقد الفضولي الذي أوقعه مالا في ذمّة ذاك الغير يساوي الثمن الذي فرضه في ذاك العقد الفضولي فهل يدخل ذلك في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه فيماكانه ان يجوز الآن ذاك البيع الفضولي أو لا؟ و الجواب بالنفي لأنّ الثمن هنا أيضاً غير الثمن و قد قلنا: إنّه لا بد في تصحيح بيع الفضولي بالإجازة من وحدة الثمن أو المثلث و إلّا فلا بد من عقد جديد.

و هنا و إن كان الثمنان مضافين إلى ذمّة واحدة لكن الثمن الأوّل كان ذمياً خيالياً و الثمن الثاني ذمياً حقيقياً، و لا يتحد الثمن الحقيقي بالثمن الخيالي فليس فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩٨

هذا حاله حال المال الشخصي الذي غصبه أحد فباعه ثم ملكه فالوحدة هناك محفوظة حقيقة بخلاف ما نحن فيه. و في المسألة الثانية و هي ما لو اشترى لغيره بئمن في ذمّة نفسه نقول: لو كان المقصود بذلك إشغال ذمّة نفسه بنفس هذا الشراء لحق ذلك بما إذا اشترى لغيره بئمن شخصي من ملكه، فلو قلنا بالبطلان هناك لعدم صدق المبادلة أتجه البطلان هنا أيضاً. و لو كان المقصود بذلك دعوى أنّ الغير يملك مالا على ذمته هو فاشترى له بذاك المال شيئاً فإن كان صادقا في دعواه دخل ذلك في القسم الأوّل من الفضولي، و إن كان كاذبا في دعواه لم يمكن لحق الإجازة من قبل الغير لأنّ الثمن خيالي لا-وجود له و لا لحق الإجازة من قبل نفس الفضولي بأن يصبح المتاع له و تنشغل ذمته هو بالثمن حقيقة بسبب الإجازة، و ذلك لما قلناه من عدم التوحد بين الثمن الحقيقي و الثمن الخيالي فلا مورد للإجازة. هذا تمام الكلام في أصل عقد الفضولي.

الإجازة كاشفة أو ناقلة؟:

إشارة

و الآن يقع الكلام في أثر الإجازة هل هو حصول النقل و الانتقال منذ بدء العقد أو هو حصول ذلك من حين الإجازة؟ و الأوّل يسمى بالكشف و الثاني يسمى بالنقل.

و قد يفترض ان الكشف أو ما في حكمه على ثلاثة أقسام:

إشارة

الأوّل- افتراض اعتبار الملك من حين العقد كشفت عنه الإجازة و هذا كشف حقيقي. و الثاني- افتراض أنّ الاعتبار يتأخر إلى حين الإجازة و لكن المعبر عبارة فقه العقود، ج ٢، ص: ٢٩٩ عن الملك من حين العقد. و الثالث- كون الاعتبار و المعبر كلاهما بلحاظ حين الإجازة لكن ترتب آثار الملك السابق حين العقد و أحكامه بقدر الإمكان و هذا كشف حكمي. و الثاني في الحقيقة وسط بين الأمرين.

إشارة

و كل هذه الوجوه للكشف خلاف الأصل فإن مقتضى الأصل عدم الاعتبار السابق و عدم اعتبار المعبر السابق و عدم تحقق آثار الملك السابق. اذن فالكشف هو الذي يكون بحاجة إلى الدليل.

و القسم الأول من الكشف قد صوّر بوجوه أربعة:

إشارة

الأول- فرض الإجازة أمانة بحتة كاشفة عن الملك من دون أي تأثير لها.
و الثاني- فرض الإجازة شرطا متأخرا فالإجازة هي التي تؤثر في حصول الملك و ليست كاشفة بحتة لكنها شرط متأخر للملك قد حصل مشروطها قبلها، و استحالة الشرط المتأخر إنما هي في التكوينات لا التشريعات.
و الثالث- فرض أن الشرط هو تعقب الإجازة و قد كان هذا الوصف ثابتا منذ البدء.
و الرابع- فرض أن الإجازة تكشف عن الرضا التقديري الذي كان ثابتا حين العقد و يكون الرضا التقديري هو المصحح للعقد.
و هذا هو المنقول عن المحقق الرشتي رحمه الله «١».
و هذه الوجوه الأربعة يمكن افتراض إرجاع بعضها إلى بعض كأن يقصد

(١) نبذة من كلام المحقق الرشتي موجودة في كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله ٢: ١٦٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠٠

بالأول و هو أمارية الإجازة كونها كاشفة عن وصف التعقب و هو الوجه الثالث، أو كاشفة عن الرضا التقديري و هو الوجه الرابع، أو يقصد من يقول بالوجه الثاني و هو شرطية الإجازة دخل وصف التعقب على أساس أن الشروط كلها ترجع إلى دخل عنوان التعقب، أو التقدّم، أو التقارن دون دخل نفس الشرط و إلا رجع إلى الجزء و بذلك يتحد الوجه الثاني و الثالث.
و لكننا هنا نفترضها وجوها متقابلة لاستيعاب مناقشة الصور المتصورة في المقام.

و قد ناقش السيد الخوئي كل هذه الوجوه الأربعة «١».

أما الوجه الأول- فناقشه بأنه و إن كان معقولا ثبوتا و لكنّه خلاف ظاهر الدليل

فإن ظاهر الأدلة دخل الإجازة في الحكم لا كاشفيتها البحتة.

أقول: إن لم يقصد بالوجه الأول ما يرجع إلى الوجه الثاني أو الثالث ففرض الأمارية البحتة للإجازة من دون دخل لها و لو بمثل عنوان وصف التعقب مثلا غير متصور ثبوتا، لأن حكم عقد الفضولي ليس مجعولا بنحو القضية الخارجية كي نحتل أن الإجازة إنما أخذت كعنوان مشير إلى المصاديق الصحيحة من العقد و لا- نتصور عنوانا آخر في المقام ملازما للإجازة يكون هو المصحح للعقد كي يفترض أن الإجازة عنوان مشير إلى ذاك الملازم المتقدم عليه زمانا، و لا نحتل كون الإجازة ثابتة دائما في موارد صحة العقد من باب تركز الصدف فينحصر الوجه المحتمل ثبوتا في المقام دخل الإجازة في الحكم، أو ما يلازمها من مثل وصف التعقب، أو الرضا التقديري لو قلنا به و هو رجوع إلى الوجهين الآخرين.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٤٠-٣٤٢، و مصباح الفقاهة ٤: ١٣٣-١٣٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠١

و على أيّة حال فقد اتضح بهذا العرض بطلان الدليل الأول من الدليلين اللذين نقلهما الشيخ الأنصاري رحمه الله «١» عن المحقق و الشهيد الثانيين على الكشف من أن قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ دلّ على أن العقد هو تمام الموضوع فغايته الأمر أن تمامه في الفضولي يعلم بالإجازة، لا ان الإجازة هي جزء المؤثر و إلّا لكان الوفاء وفاء بمجموع العقد و الإجازة لا بالعقد خاصّة. و هذا الدليل كما ترى في غاية الضعف فأنه لو كان العقد تمام الموضوع للحكم لنفذ عقد الفضولي حتى مع عدم الإجازة، و لا معنى لافتراض أن الإجازة كشفت عن تمامية الموضوع فليس هذا الوجه إلّا تهافتا في الكلام، و أنّما الدليل المعقول نسبيا للمحقق و الشهيد الثانيين على الكشف هو الدليل الثاني الذي نقله الشيخ رحمه الله عنهما ٢ و سيأتي في المستقبل بيانه إن شاء الله.

و أما الوجه الثاني - و هو كون الإجازة شرطا متأخرا

فقد ناقش السيد الخوئي في ذلك باستحالة الشرط المتأخر، و افتراض اختصاص استحالته بالتكوينيات دون التشريعات يشبه افتراض استحالة التناقض مثلا بالتكوينيات دون التشريعات، و استحالة تأثير المتأخر في المتقدم حكم عقلي لا يقبل التخصيص. أقول: إن نسبة الموضوع إلى فعلية الحكم لو كانت نسبة السبب إلى المسبب أو العلة إلى المعلول بالمعنى الحقيقي للكلمة صحّ كلام السيد الخوئي في المقام، و لكن الأمر ليس كذلك و أنّما الشيء بتمامية شرائط الموضوع فيه يصبح طرفا للحكم من دون أن يؤثر ذلك في إيجاد شيء اسمه فعلية الحكم على ما هو منقح

(١) ١ و ٢ راجع المكاسب ١: ١٣٢، حسب الطبعة المشتملة على تعليق الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠٢

في محلّه، أمّا بلحاظ عالم ملاكات الأحكام فأخذ شيء ما في عالم الجعل شرطا متأخرا لا يعنى بالضرورة حصول مصلحة مثلا قبل تحقّق ما يؤثر فيها، و شرح الكلام في ذلك موكول إلى محله. نعم هذا الوجه يكون خلاف ظاهر دليل الوفاء بالعقد لأنه ظاهر في الشرط المقارن دون المتأخر.

و أما الوجه الثالث - و هو فرض كون الشرط هو التعقّب

فهو في نظر السيد الخوئي أمر معقول ثبوتا و به يحلّ إشكال الشرط المتأخر في مثل غسل المستحاضه، أو شرطية الأجزاء المتأخّرة للصلاة في صحّة الأجزاء السابقة و لكنه يقول: إن شرطية تعقّب الإجازة في المقام خلاف ظاهر الدليل و الوجه في ذلك على ما يظهر من المحاضرات أن الدليل ظاهر في شرطية نفس الإجازة و الرضا لا عنوان تعقّبه، و أمّا عبارة المصباح فلا تخلو من تشويش و يحتمل أن يكون المقصود من عبارة المصباح كون ذلك خلاف الظاهر لوجهين.

أحدهما ما في المحاضرات: من أن ظاهر الدليل شرطية نفس الإجازة و الرضا لا شرطية عنوان منتزع تضايقي من قبيل التعقّب.

و الثاني: أنه لو صرف الدليل إلى شرطية عنوان متضاييف من هذا القبيل فظاهره أن الشرط هو التقارن لا التعقّب، لأنّ الدليل ظاهر في لزوم مقارنة الرضا لحصول النتيجة.

أقول: أمّا حلّ إشكال الشرط المتأخر في مثل غسل المستحاضه بالإرجاع إلى شرط وصف التعقّب بعد فرض تفسيره بمعنى يثبت قبل مجيء الغسل (كعنوان الصوم الذي سيعقبه الغسل) فلعلنا لا نشك في أن الشرط بالمعنى الذي يكون جزء علة حقيقة هو نفس الغسل

لا عنوان التعقّب فأنّه هو الذى يؤثّر فى تحقّق الملاك لا

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠٣

هذه العناوين الانتزاعية، نعم بمعنى ما يؤخذ فى مرحلة الجعل يمكن أن يكون جزء الموضوع هو عنوان التعقّب وقد قلنا إنّه بلحاظ عالم فعلية الجعل لا يوجد تأثير و تأثر بين الموضوع والحكم.

و أما كون الأجزاء المتأخّرة شرطا فى صحّة الأجزاء السابقة فلم نفهم معناه فإنّ صحّة الأجزاء السابقة ليست إلّا بمعنى قابليتها للحقوق باقى الأجزاء بها و هى ثابتة سواء لحقت باقى الأجزاء بها أو لا، نعم لو لم تلحق باقى الأجزاء بطلت الصلاة بمعنى انّ المركّب الواجب بما هو مركّب لم يحصل.

و أمّا استظهار كون الشرط فى ما نحن فيه نفس عنوان الإجازة دون عنوان انتزاعى من قبيل تعقّب الإجازة فنحن لا-نشكّ فى أنّ الشرط هو نفس الإجازة دون عنوان انتزاعى من هذا القبيل، و لكن معنى كون الإجازة شرطا بلحاظ عالم الجعل هو جزئية التقيد بها، و التقيد بها يعنى التعقّب أو التقارن مثلا كما يقال فى تعريف الشرط: إنّ التقيد جزء و القيد خارج فلو قلنا: إنّ المستظهر بمناسبة الحكم و الموضوع و الارتكازات هو كون الإجازة شرطا فى موضوع الحكم المجعول لا جزء اذن فالدخيل فى حصول الملكية هو تعقّب الإجازة أو تقارنها نعم هذا الاستظهار أوّل الكلام.

و على أيّة حال فظاهر الدليل كون الإجازة شرطا مقارنا بحصول النتيجة لا شرطا متأخرا كى يستظهر الكشف و لو بالالتجاء إلى دخل وصف التعقّب فى الحكم.

و أمّا الوجه الرابع- و هو كشف الإجازة عن الرضا التقديرى

فقد أورد عليه السيد الخوئى: أوّلا- بأننا لا نقول بكفاية الرضا الفعلى من دون إبراز فكيف بالرضا التقديرى؟ و ثانيا- بأنّ الإجازة لا تكشف دائما عن الرضا التقديرى إذ قد

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠٤

يكون الشخص فى وقت العقد لو اطلع لما رضى بذلك و لكن يرضى بعد ذلك على أساس البداء.

أقول: الذى يبدو ممّا هو المنقول عن السيد الرشتى رحمه الله أنّه يقصد بالرضا التقديرى ما لا ينافى البداء و لذا فرض كشف الإجازة عن الرضا التقديرى حتى إذا كانت بعد ردّ العقد فهو يقصد بالرضا التقديرى أنّه لو علم بالمصلحة التى علم بها حين الإجازة لرضى بالعقد.

إلّا أنّ الصحيح أنّه رغم هذا ليست الإجازة دائما كاشفة عن الرضا التقديرى لأنّه قد يتفق أنّه حين الإجازة يعترف بأنّه لم يكن من مصلحته حين العقد نفوذ العقد عملا و لكن من مصلحته من الآن نفوذ العقد و لو بمعنى ترتيب آثار الملكية السابقة من الآن. و على أى حال فالصحيح عدم كفاية الرضا التقديرى.

و أمّا القسم الثانى من الكشف و هو افتراض أنّ اعتبار الملك شرعا يتحقّق لدى الإجازة و لكن المعتبر هو ملكية حين العقد

، فافتراض كشف من هذا القبيل فى مقابل القسم الأوّل ورد فى كلمات السيد الخوئى «١» فى حين أنّ الشيخ الانصارى رحمه الله لم يرد فى كلامه تقسيم من هذا القبيل للكشف، و أمّا الوارد لديه أنّ الكشف إمّا هو حقيقى أو حكمى «٢»، و قد صرف السيد الخوئى الدليل الآخر من دليلى المحقّق و الشهيد الثانيين على الكشف- غير الدليل الذى مضى- إلى هذا القسم الثانى من الكشف و لكن الشيخ الانصارى صرف ذاك الدليل إلى الكشف الحقيقى من دون افتراض انقسامه إلى القسمين.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٤٤-٣٤٥، و مصباح الفقاهة ٤: ١٣٧-١٤٣.

(٢) راجع المكاسب ١: ١٣٢-١٣٣، حسب الطبعة المشتمة على تعليق الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠٥

و على أئمة حال فذاك الدليل هو عبارة عن أن الإجازة قد تعلقت بمفاد العقد و مفاد العقد هو الملكية حين العقد و إمضاء الشارع تعلّق بمفاد الإجازة، اذن فإمضاء الشارع يعنى اعتبار ملكك حين العقد.

و قد أورد على ذلك الشيخ الانصارى رحمه الله «١» بوجه ثلاثة:

أولاً- ان مفاد العقد ليس هو التملك من حين العقد و إنما مفاده ذات التملك و إنما ظرف هذا التملك هو حين العقد و لذا ترى ان القبول متعلق بالإيجاب كتعلق الإجازة بالعقد، و مع ذلك لا يعنى القبول قبول حصول الملك من حين الإيجاب و ليس ذلك إلا لأجل ان مفاد الإيجاب هو ذات التملك و إن كان ظرفه هو حين الإيجاب و القبول يتعلق بمفاد الإيجاب الذى هو ذات التملك، و كذلك الحال فى الإجازة فلو افتينا فى الإجازة بحصول الملك بلحاظ حين العقد بحجة تعلق الإجازة بذلك للزم ان نفتى أيضا فى القبول بحصول الملك بلحاظ حين الإيجاب بنفس النكتة و لا يلتزم أحد بذلك.

و ثانياً- أنه لو سلمنا كون مفاد العقد هو التملك من حين العقد و ان الإجازة تعلقت بهذا المفاد قلنا: إن كلامنا إنما هو فى الملكية الشرعية، و الملكية الشرعية تتبع حكم الشرع و خطابه بالوفاء، و هذا الخطاب إنما يصبح فعليا بفعليه موضوعه و هو المجيز أو قل المالك الذى يكون عاقداً أو بمنزلة العاقد و إنما أصبح المالك كذلك من حين الإجازة فحكم الشارع توجه إليه من هذا الحين فلا دليل على حصول الملك إلا بلحاظ هذا الحين.

و ثالثاً- ان افتراض حصول الملك بلحاظ حين العقد بسبب الإجازة يعنى افتراض الشرط المتأخر و تأثير المتأخر فى المتقدم و هو مستحيل.

(١) راجع المكاسب ١: ١٣٢-١٣٣، حسب الطبعة المشتمة على تعليق الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠٦

و السيد الخوئى أهمل ذكر هذا الإشكال الثالث و مناقشته و لعله لأجل أنه حمل الحديث على ما افترضه قسماً ثانياً للكشف و هو ما يفترض فيه اعتبار الملك مقارنة للإجازة، و إن كان المعبر عبارة عن الملك السابق فلا يتورط اذن فى إشكال الشرط المتأخر أو تأثير المتأخر فى المتقدم فلم ينقل السيد الخوئى عن الشيخ إلا الإشكاليين الأولين و أجاب عليهما «١».

أما الإشكال الأول و هو ان مفاد العقد ليس إلا ذات التملك و إن كان ظرفه زمان العقد فقد أجاب عليه بان الإنشاء ليس مفاده إيجاد المعنى كى يقال إن العقد إنما أوجد ذات الملكية و كان وجودها فى حين العقد، ففرق بين ان يوجد الملكية فى ظرف العقد أو يوجد الملكية المقيدة بذاك الظرف و إنما مفاده إبراز الاعتبار النفسانى و هذا الاعتبار لا يخلو أمره من الإطلاق أو التقييد و يستحيل الإهمال ثبوتاً، و بما أنه لا يوجد تقييد فى المقام للملكية بزمان خاص فلا بد من الإطلاق و هو الملكية المستمرة و الثابتة من حين العقد و ذلك لا بمعنى أخذ تمام القيود بل بمعنى رفضها و الإجازة تعلقت بنفس هذا المفاد و هى الملكية المطلقة التى تبدأ من حين العقد.

و أمّا النقض على ذلك بالقبول المتعلق بالإيجاب فقد أجاب عليه السيد الخوئى فى المحاضرات بان الإيجاب لم يكن تملكاً مطلقاً بل كان تملكاً معلقاً على لحوق القبول دائماً سواء ذكر التعليق فى اللفظ أو لا فلا يترتب عليه الأثر إلا بتحقق القبول، و هذا بخلاف عقد الفضولى الذى لا يعلقه غالباً على إجازة المالك خصوصاً إذا كان العاقد بانياً على مالكية نفسه.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٤٣-٣٤٥، و مصباح الفقاهة ٤: ١٣٩-١٤٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠٧

أما عبارة المصباح في الجواب على النقض بالقبول فلا تخلو من تشويش فقد يبدو من صدرها الجواب عليه بأن الإيجاب ليس وحده هو مضمون العقد فإن مضمون العقد لا يحصل إلا بالإيجاب والقبول معا، وهذا بخلاف باب الفضولي الذي تم فيه العقد قبل الإجازة ومن ذيلها الجواب عليه بمثل ما في المحاضرات ولعل ما في صدر العبارة دليل في نظره على ما في ذيلها أي أن الدليل على كون الإيجاب معلقا على حصول القبول هو تركب العقد منهما معا.

و أما الإشكال الثاني للشيخ وهو أن حكم الشارع إنما حصل من حين الإجازة فقد أجاب عليه السيد الخوئي بأننا وإن كنا لا نتحاشى عن حصول الحكم من حين الإجازة ولذا نقول: إن اعتبار الملك إنما يكون من حين الإجازة لكننا نقول: إن المعبر أو المحكوم به إنما هو ملك حين العقد لأن الحكم أو الإمضاء إنما تعلق بنفس مفاد الإجازة المتعلقة بمفاد العقد الذي هو عبارة عن ملكية حين العقد.

ثم ذكر السيد الخوئي إشكالين «١» على فرضية كون اعتبار الملك متأخرا إلى حين الإجازة والمعبر عبارة عن الملك المتقدم أي الملك حين العقد.

أحدهما- ما نقله عن استاذة المحقق النائيني رحمه الله من أن الحكمين المتضادين لا يجتمعان بلحاظ زمان واحد وإن كان زمان اعتبارهما مختلفا فالخروج عن الدار المغضوبة لا يمكن افتراض كونها محكومة بالحرمة قبل الدخول وبالوجوب بعد الدخول لاتحاد زمان الواجب والحرام وان فرض تعدد زمني الاعتبار، وكذلك في المقام لا يمكن ان يفترض ان هذا المتاع الذي بيع فضوله كان قبل الإجازة ملكا للمالك الأصلي لا للمشتري ثم يفترض بعد الإجازة

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٤٥-٣٤٧، و مصباح الفقاهة ٤: ١٤٤-١٤٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠٨

أنه من قبل الإجازة ملك للمشتري لا للمالك الأصلي فهذا يعني اجتماع معتبرين متضادين بلحاظ زمان واحد وإن كان اعتبارهما في زمانين.

وأجاب عليه السيد الخوئي بأن التضاد بين الحكمين بلحاظ زمان واحد رغم اختلاف الاعتبارين زمانا إنما يتم في الأحكام التكليفية بلحاظ تبعيتها للمصالح والمفاسد في متعلقاتها والمفروض وحدة المتعلقين فيلزم من اجتماعهما اجتماع المصلحة والمفسدة من دون كسر وانكسار وهذا غير معقول، وأمّا الأحكام الوضعية كما في ما نحن فيه فلا يأتي فيها هذا الكلام لأنها تتبع المصالح في نفسها والاعتبار سهل المؤونة فبالإمكان اعتبار هذا المال في حين العقد ملكا لزيد دون عمرو ثم اعتباره في حين الإجازة ملكا من حين العقد لعمرو دون زيد ولا تنافي بين الأمرين أبدا.

و ثانيهما- إن افتراض تأخر الاعتبار عن العقد إلى زمان الإجازة إنما يعقل في اعتبار المجيز نفسه فيماكانه ان يعتبر حين الإجازة ملكية المشتري بلحاظ حين العقد، وكذلك يعقل في اعتبار الشارع إذا كان بنحو القضية الخارجية بان يسكت الشارع من حين العقد إلى حين الإجازة ثم يعتبر حين الإجازة حصول الملك من حين العقد ولكن الواقع أن اعتبار الشارع ثابت بنحو القضية الحقيقية منذ أول الشريعة على الموضوعات المقدره الوجود و إنما الذي يقبل التقدم والتأخر هو المعبر فان فرض المعبر عبارة عن الملك المتقدم على الإجازة أعنى الملك حين العقد فهذا هو الكشف بالمعنى الأول المتقدم فيه الاعتبار والمعبر معا والذي قلنا باستحالته لعدم معقولية الشرط المتأخر فلا تتصور قسما آخر للكشف يفسر بتأخر الاعتبار وتقدم المعبر وان فرضناه عبارة عن الملك من حين الإجازة رجعا إلى النقل.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٠٩

و أجاب السيد الخوئي على ذلك:

أولاً- بأنه لا ملزم لافتراض اعتبار الشارع الملك كى يأتى فيه هذا الكلام بل بالإمكان افتراض ان الشارع هو لا يعتبر شيئاً و أنما يوافق على اعتبار المجيز و يمضيه فان حكم الشارع فى باب المعاملات عادة ليس تأسيسياً بل إمضاء لما عليه العقلاء، و ما عليه العقلاء هو إمضاء ما فعله المجيز و هو اعتباره و من المعلوم ان اعتبار المجيز متأخر و لكنه متعلق بمعتبر متقدم.

و ثانياً- بأنه حتى لو افترضنا ان الشارع هو الذى يعتبر الملك فى المقام قلنا: ان اعتبار الشارع حكم من أحكام الشارع له جعل و فعلية، و جعله هو الذى يكون ثابتاً من أول الشريعة على الموضوع المقدر الوجود أما فعلية فتتأخر إلى حين فعلية الموضوع كما هو الحال فى سائر الأحكام، و موضوعه فى المقام هو الإجازة فإذا حصلت الإجازة أصبح الاعتبار فعلياً و هو متعلق بالملك حين العقد و هذا هو معنى القسم الثانى من الكشف الذى قلنا عنه: ان الاعتبار فيه متأخر لحين الإجازة و المعتبر هو الملك المتقدم من حين العقد.

و مقتضى هذا التسلسل من الحديث هو الإيمان بالكشف بهذا المعنى الثانى على مقتضى القواعد بلا حاجة إلى دليل خاص كصحيحة محمد بن قيس، و إن وجد دليل خاص على الكشف فهذه زيادة خير و هذا هو الظاهر من عبارة المصباح و لكن عبارة المحاضرات فيها غموض فى المقام من هذه الناحية و هى ان هذا المقدار من البيان هل اثبت الكشف حقاً أو جعل الكشف محتملاً فى عرض احتمال النقل و يتمسك عندئذ لإثبات الكشف بعد رد إشكالاته الثبوتية بمثل صحيحة محمد بن قيس، و لكن يظهر فى ما ذكره بعد ذلك فى ثمرات الكشف و النقل أنه يرى الكشف بهذا المعنى الذى اختاره موافقاً للقواعد و يسميه هناك

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١٠

بالكشف الحكيمى «١».

أقول: و فى هذا التسلسل من الحديث مواقع للنظر.

فأولاً- ما أجاب به على القول بان مفاد البيع كان هو ذات التملك لا- التملك من حين العقد و هو قوله: ان الإنشاء ليس إيجاداً للملك بل هو كاشف عن اعتبار نفسانى و ذاك الاعتبار يستحيل فيه الإهمال فهو إما مطلق أو مقيد.

يرد عليه: ان الإنشاء و إن لم يكن إيجاداً للمعنى فى الخارج بل هو كاشف عن اعتبار نفسانى فان عالم الإنشاء اللفظى ليس عالم الخلق و التكوين و أنما هو عالم الكشف عما فى النفس كما هو الحال فى الأخبار، لكن هذا الاعتبار النفسانى الذى يكشف عنه هذا الإنشاء أنما هو اعتبار لوجود الملك لأنه بنحو مفاد كان التامية و ليس بنحو مفاد كان الناقصة فهو لم يعتبر الملك موضوعاً لحكم ما حتى يقال: ان مقتضى إطلاقه شموله للملك فى كل آن و ان هذا متعين فى مقابل التقييد بعد استحالة الإهمال و أنما اعتبر وجود الملك نعم يختلف الوجود الاعتبارى للملك عن الوجودات الحقيقية للأمر التكوينية فى أن الوجود التكوينية أمره دائر فى أى لحظة بين أن يخلق و أن لا يخلق و لا معنى لفرض خلق حصّة استقبالية مثلاً، أما الوجود الاعتبارى فله حصص منها اعتبار ملك الآن و منها اعتبار ملك مستقبل أو ماض فان قصد بقوله: ان الإنشاء ليس إيجاداً أنه ليس إيجاداً تكوينياً أو كاشفاً عن إيجاد تكوينى حتى يكون الزمان ظرفاً له و غير مأخوذ فى مفاده بل هو كاشف عن إيجاد اعتبارى يؤخذ الزمان فى متعلقه قلنا:

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٥٤، و أما فى مصباح الفقاهة فقد سماه هناك أيضاً بالكشف الحقيقى راجع ٤: ١٦٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١١

هذا صحيح لكن ملكية الآن أو الملكية الحاصلة من الآن التى أصبحت متعلقة للإنشاء و الوجود الاعتبارى أنما هى حصّة فى مقابل ملكية الزمان المستقبل مثلاً و ليست هذه مطلقة و تلك مقيدة بالمعنى الذى يستحيل الإهمال فى ما بينهما بل هما حصتان متقابلتان. نعم يحمل إطلاق كلام الشارع بعد لغوية اعتبار الجامع بين الحصص على الحصّة الاولى لأنها أقل مؤونة فى نظر العرف من باقى

الحصص إما بنكتة انس ذهن العقلاء في تشريعاتهم للملكية بتشريع ملكية حين العقد أو لأن المتعاقدين يهدفان عادة ذلك أو قياسا- في نظر العرف المسامحي- للوجود الاعتباري بالوجود التكويني الذي لا يتخلّف عن زمان إيجاده، أو لأن الملك الشامل لكل الآتات ما لم يرفعه الراجع كأنه في مقابل الملك الخاص بالزمان المستقبل مطلق في مقابل حصصه لا حصه من ضمن الحصص، أما الملكية التي تخلق في عالم اعتبار المنشئ فتحمل على اعتبار الجامع من دون لزوم لغوية فأن هذا موضوع في نظر العقلاء لوجود الملكية في لوح اعتبار العقلاء من حين إمضائهم قياسا في النظر المسامحي للوجود الاعتباري بالوجود التكويني فمفاد البيع- كما قاله الشيخ الانصاري- هو ذات التمليك لا التمليك من حين العقد.

و ثانيا- ما أورده على نقض الشيخ رحمه الله بالقبول المتعلق بالإيجاب و الذي لا ينتج الملك من حين الإيجاب من أن الإيجاب كان معلقا على القبول يردّ عليه:

أنه إن كان المقصود بذلك كون تأثيره في لوح اعتبار الشارع أو العقلاء معلقا على القبول فهو صحيح و لكن هذا لا يعني أن المنشأ بالإيجاد هو ملكية ما بعد القبول، و إن كان المقصود بذلك كون المنشأ معلقا على القبول بما هو منشأ فهو غير صحيح، و أما تركب العقد من الإيجاب و القبول فهو أنما يصلح علّة لكون التأثير الشرعي أو العقلاني معلقا على القبول لا لكون المنشأ معلقا.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١٢

و ثالثا- إن الإشكال الأخير الذي ذكره السيد الخوئي من عدم معقولية تأخر الاعتبار عن المعتبر في القضايا الشرعية المجعولة بنحو القضايا الحقيقية متين فليس من الصحيح القول بأنه من حين الإجازة يعتبر الشارع ملكية حين العقد فأن الاعتبارات الشرعية كلها قد تحققت في زمن التشريع و لا يتم شيء من الجوابين اللذين ذكرهما على هذا الإشكال.

أمّا الجواب الأوّل و هو أن الشارع ليس له اعتبار خاص به بل هو يمضي اعتبار المجيز و هذا الاعتبار متأخر عن المعتبر فالمجيز من حين الإجازة قد اعتبر ملكية حين العقد فهو غريب و لا أدري ما ذا يفهم السيد الخوئي من إمضاء اعتبار المجيز هل هذا يعني أن أمر التشريع اعطى بيد المجيز؟! فهذا واضح البطلان أو يعني أن للشارع اعتبارا مماثلا لا اعتبار المجيز؟ و هذا هو المعنى الصحيح لإمضاء الشارع لكن هذا رجوع إلى اعتبارات الشرع التي تحققت كلها في زمن التشريع و لم يتأخر شيء منها إلى زمان إجازة المجيز.

و أمّا الجواب الثاني و هو أن اعتبار الشارع و إن كان جعله متقدّما و ثابتا في زمان التشريع لكن فعليته تكون بفعليه موضوعه و هي إجازة المالك فمن حين إجازة المالك تصبح ملكية حين العقد فعليه فيردّ عليه: أن فعلية الجعل التي يفترض تأخرها عن الجعل أنما يقصد بها فعلية المجعول، أمّا ذات الجعل فقد تحقّق كاملا حين التشريع و لا معنى لفعلية متأخرة له وراء فعلية المجعول و الفارق بين الجعل و المجعول هو الفارق بين الاعتبار و المعتبر اذن فتأخر فعلية الاعتبار لا يعني إلّا تأخر المعتبر فليس في المقام امور ثلاثة: الجعل و الفعلية و الملك المعتبر حتى يفترض أن الأوّل ثبت في زمن التشريع و الثاني ثبت في زمن الإجازة و الثالث عبارة عن ملك حين العقد، و أنما يوجد في المقام أمران: الاعتبار

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١٣

و المعتبر و الأوّل متقدّم بلا إشكال و الثاني إما أن يكون عبارة عن ملك حين العقد أو يكون عبارة عن ملك حين الإجازة و الأوّل هو الكشف و الثاني هو النقل فليس الكشف منقسما إلى قسمين: أحدهما ما يفرض فيه تقدّم الاعتبار و المعتبر و الثاني ما يفرض فيه تأخر الاعتبار إلى حين الإجازة و تقدّم المعتبر بان يعتبر من حين الإجازة ملك زمان العقد، بل الكشف الحقيقي قسم واحد و هو القسم الذي يراه السيد الخوئي على بعض وجوهه الماضية مستحيلا و على بعض وجوهه خلاف ظاهر الأدلّة العامّة و لكننا لا نراه مستحيلا و إن كنّا نراه خلاف ظاهر الأدلّة العامّة على ما مضى.

و قد تحصّل بكل هذا البحث أن الكشف الحقيقي خلاف ظاهر الأدلّة العامّة.

و أما القسم الثالث من الكشف و هو الكشف الحكمي

فهو و إن لم يكن خلاف ظاهر الأدلة العامية لكنه على أي حال خلاف الأصل فلا بد اذن بعد هذا التطواف من الانتهاء إلى الأدلة الخاصة لنرى أنه هل يمكن ان يستفاد منها الكشف أو لا؟

مقتضى الأدلة الخاصة:

إشارة

و لعل عمدة الأدلة الخاصة للكشف ما يلي:

١- صحیحته محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام

قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال: خذ وليدتك و ابنها فناشده المشتري فقال: خذ ابنه يعنى الذى باع الوليدة حتى ينقذ لك ما باعك فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: ارسل ابني فقال لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه «١».

(١) الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١٤

و سواء فسّرنا أخذ سيد الوليدة الأول للطفل بأن الحكم الشرعي هو استرقاقه إلى ان يفديه أبوه بتمنه لكون الوطاء وطئ شبهة، أو لافتراض كونه زنا من قبل الامم العالمه بالحال، أو للقول بأن ولد الأمه من حرّ غير المولى مملوك للمولى ما لم يشترط الزوج منذ البدء الحريه، أو فسّرناه على أنه أخذ للطفل كرهينه في مقابل ثمنه لأن المشتري فوّت على المولى ولدا من هذه الأمه، و سواء كان الحكم بأخذه للولد حكما حقيقيا أو حكما للتقية فالمهم أنه فرض رجوع الطفل إلى المشتري بسبب الإجازة و هذا دليل الكشف. و الاستشكال على ذلك بأنه لعل إرجاع الطفل إلى المشتري كان بسبب أنه سلم إلى السيد الأول ثمن الطفل لأن سكوت الحديث عن تسليم ثمن الطفل ليس دليلا على عدم تسليمه، فإنّ الحديث لم يكن بصدد بيان كل الخصوصيات و لذا لم يذكر كيفية المخاصمه و فصلها، مع وضوح ان مجرد دعوى أبى البائع ان الوليدة كانت له و قد باعها ابنه بلا اذنه لا يوجب الحكم باسترجاع الوليدة و الطفل «١» غير وارد لأنّ ظاهر قوله: لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني هو ان إرسال الطفل كان فى مقابل إرسال ابنه لا فى مقابل دفع ثمنه.

٢- صحیحته أبى عبيدة الحذاء

إشارة

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجهما وليهما و هما غير مدركين قال فقال النكاح جائز ايّهما أدرك كان له الخيار فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلا أن يكون قد أدركا و رضيا قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه ان هو رضى قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى النكاح ثم مات قبل أن

(١) راجع كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله ٢: ١٧٧-١٧٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١٥

تدرك الجارية أترته؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت أ يرثها الزوج المدرك؟ قال: لا لأن لها الخيار إذا أدركت قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال:

يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام و المهر على الأب للجارية «١».

و لهذا الحديث تفسيران:

التفسير الأول- و هو الذي يبتنى عليه الاستدلال به في المقام:

إن المقصود بقوله: «النكاح جائز» كونه قابلا للتصحيح بالإمضاء و إن المقصود بالخيار خيار الإمضاء و الرد لا خيار الفسخ، و الشاهد على ذلك هو ما في الحديث من الحكم بعدم الإرث و عدم المهر إذا ماتا قبل الإدراك أو كان الإمضاء طمعا بالإرث، و إن المقصود بقوله: «وليهما» هو الولي العرفي أي من كان يتولى شؤون الصغير من دون أن يكون وليا شرعيا و الشاهد على ذلك قوله في ذيل الحديث: «قلت فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك قال يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام» فهذا دليل على أن السؤال الأول كان سؤالا عن غير الولي الشرعي، و ذلك إما بدعوى أن احتمال الخصوصية للأب من بين الأولياء الشرعيين غير عرفي فذكر الأب يحمل على المثالية عرفا، أو بدعوى أن ذكر الأب لو جاء على لسان الإمام عليه السلام لاحتملنا خصوصية في الأب تعبدا و لكن جاء السؤال عن الأب على لسان نفس السائل و النكتة التي تتبادر إلى الذهن في السؤال عن الأب بعد السؤال عن مطلق الولي هي كون الأب وليا شرعيا، اذن فالمقصود بالولي المطلق

(١) الوسائل ١٧: ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١٦

كان هو غير الشرعي. هذا، و نفس كون المقصود بالولي في صدر الحديث الولي غير الشرعي شاهد آخر على أن المقصود بجواز النكاح قابليته للنفوذ بسبب الإمضاء لا النفوذ الفعلي و أن المقصود بالخيار خيار الإمضاء و الرد لا خيار الفسخ. و بناء على هذا الاحتمال يكون الحديث دليلا على الكشف إذ لو لا الكشف لما ثبت الإرث عند تأخر إمضاء من بقي منهما للنكاح عن موت الآخر.

و قد يورد على الاستدلال بهذا الحديث على أصل صحة الفضولي في العقود المالية بأن هذا الحديث وارد في النكاح و لا نجزم بعدم الفرق في ذلك بين النكاح و العقود المالية، و قد مضى في أدلة الفضولي في البحث عن روايات النكاح الفضولي البحث عن دعوى التعدي إلى العقود المالية بالأولوية لأن النكاح أهم من العقود المالية لارتباطه بالفرج فلئن صح عقد الفضولي فيه فهو صحيح في العقود المالية بطريق أولى، و عن دعوى اخرى عكس هذه الدعوى و هي دعوى أن النكاح يناسبه التسهيل لكي لا يتورط الناس في الزنا فتصحيح الفضولي فيه لا يدل على تصحيحه في الماليات و وضحنا هنا ان كلتا الدعويين لا أساس لهما و إنما يجب ان نلاحظ بعد حذف بحث الأولوية من الطرفين ان العرف هل يتعدى من النكاح إلى سائر العقود أو يحتمل الخصوصية للنكاح في الحكم بصحة عقد الفضولي.

و نقول هنا: إنه لو آمن أحد في أصل صحة الفضولي بعدم التعدي من النكاح إلى العقود المالية لاحتمال الفرق فليس من الضرورة ان

يؤمن في ما نحن فيه أيضا- وهو إثبات الكشف- بعدم التعدي، فيمكنه أن يقول: إنه في أصل صحّة الفضولي يحتمل الفرق باختصاص الحكم بالصحة بالنكاح لكن بعد ان

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١٧

فرغنا و لو بوجه آخر عن صحّة الفضولي حتى في العقود المالية و هو المفروض في المقام نرى انّ العرف لا يحتمل الفرق في دائرة العقود التي تصحّ فيها الفضولية بالكشف في بعضها و النقل في البعض الآخر.

نعم لو كان عدم التعدي إلى العقود المالية هناك على أساس دعوى احتمال انّ تصحيح الفضولية في النكاح كان لمصلحة التسهيل لكي لا يتورط الناس في الزنا فنفس هذه النكتة توجب عدم التعدي في ما نحن فيه أيضا فانّ الكشف فيه مزيد من التسهيل في أمر النكاح و المنع عن التورط في الزنا فلعلّه مختص بباب النكاح لأجل هذا المزيد من المصلحة أما العقود المالية فاقصر فيها على تصحيح فضوليتها بنحو النقل دون الكشف.

التفسير الثاني:- ان يقال: إنّ المقصود بجواز النكاح في صدر الحديث هو النفوذ الفعلي

إشارة

لا قابليته للنفوذ بسبب الإمضاء و انّ المقصود بالخيار خيار الفسخ و انّ المقصود بالولي هو الولي الشرعي و أمّا ما في ذيل الحديث من حكم خاصّ بالأب فهو تفصيل تعدي بين الأب و غيره من الأولياء الشرعيين أعني الجدّ و الوصي فنكاح الجدّ و الوصي جائز مع الخيار للصبى إذا بلغ و نكاح الأب جائز بلا خيار و أمّا ما في الحديث من نفي الإرث و المهر لدى موتها أو لدى عدم الإمضاء فهو يعني انّ نكاح الولي لا يوجب الإرث و لا المهر إلّا بعد لزومه بإسقاط الصغير الخيار بعد البلوغ و على هذا التفسير فالحديث اجنبى عن عقد الفضولي تماما.

و قد رجّح السيد الإمام رحمه الله هذا التفسير على التفسير الأوّل بدعوى انّ التفسير الأوّل خلاف ظاهر الحديث من عدّة وجوه «١»:

إشارة

(١) راجع كتاب البيع ٢: ١٧٨-١٧٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١٨

فأولا

- حمل الولي في الحديث على الولي غير الشرعي خلاف الظاهر.

و ثانيا

- حمل الجواز في صدر الحديث على الصحّة التأهيلية أو الجواز المعلق على الإمضاء دون النفوذ الفعلي خلاف الظاهر.

و ثالثا

- حمل الخيار على اختيار الإجازة و الردّ دون خيار الفسخ خلاف الظاهر.

و رابعا

- قوله في فرض إجازة أحدهما بعد الإدراك: «يجوز ذلك عليه» يقصد به حتما جواز آخر غير الجواز المذكور في صدر الحديث لأنّ المفروض أنّ ذاك الجواز كان ثابتا من أول الأمر و لا يتأخر إلى ما بعد الإدراك و الرضا، فإن كان الجواز الأول بمعنى مجرد إمكانية النفوذ مثلا فالجواز الثاني هو فعلية النفوذ في حين أنّ فعلية النفوذ بمجرد رضا أحدهما غير صحيح لأنّ الآخر لم يرض بعد و إن كان الجواز الأول نفوذ العقد بالفعل، إلّا أنّه عقد خيارى من كلا الطرفين فمعنى الجواز الثاني هو سقوط الخيار من طرف من أدرك و رضى و إن كان الخيار لا زال باقيا للآخر و هذا معنى معقول اذن فهذا قرينة على أنّ الجواز بمعنى النفوذ الفعلى.

و خامسا

- قوله: (أ ترثه قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله...) ظاهر في الإرث الفعلى المترزل الموقوف على رضا الآخر.

و سادسا

- تعليقه عليه السّلام لعدم الإرث للزوج الذى أدرك و رضى بالعقد و لكن الزوجه ماتت قبل الإدراك بقوله: «لأنّ لها الخيار إذا ادركت» ظاهر في أنّ الإرث منتف بوجود المانع و هو خيارها لا بعدم تمامية المقتضى و هو العقد. و هذا أنّما ينسجم مع التفسير الثانى دون الأول.

و قال السيد الإمام رحمه الله: إنّ مخالفة هذا المعنى للفتاوى أو لبعض الروايات

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣١٩

لا- توجب العدول إلى التفسير الأول و غاية الأمر أنّنا نبقى الحديث على ظهوره فى التفسير الثانى و نطرحه لمخالفته لما هو من مسلمات الفقه مثلا و لا تبرّر مخالفته لما هو من المسلّمات حملة على تفسير آخر مخالف للظهور. أقول: إنّ هذا الكلام أنّما يتم لو فرض ظهور الحديث فى التفسير الثانى قويا آبيا عن الحمل على التفسير الأول فى مقام الجمع بحيث يصبح ذلك جمعا تبرعيا لا عرفيا.

و الظاهر أنّ أكثر النكات التى بينها السيد الإمام رحمه الله لاستظهار التفسير الثانى غير تام

إشارة

و ما يتم منها لا يقاوم ما يشهد للتفسير الأول و تفصيل الكلام ما يلى:

١- ظهور الولى فى الولى الشرعى فى عصر صدور النص غير واضح

فإنّ هذا اصطلاح متشرعى حديث و أنّما الولى بمعناه الأصلى يقصد به من يلى أمر الصغير، نعم مقتضى إطلاقه شموله للولى الشرعى لأنّ الولى الشرعى مصداق من مصاديق الولى العرفى و لكن القرينة المتصلة فى الحديث منعت عن هذا الإطلاق و هى سؤال السائل بعد ذلك عن حكم مصداق من مصاديق الولى الشرعى و هو الأب و افتراض اختصاص مراده من الولى فى سؤاله الأول بخصوص

ولّى شرعى غير الأب و هو الجد و الوصى بعيد غاية البعد.

٢- الجواز ظاهر بحد ذاته فى النفوذ الفعلى و لكن هذا الظهور لا يقاوم ما يصرف الكلام عنه

من نفى الإرث و المهر الذى يصرف ذهن العرف إلى عدم تمامية العقد إذا ماتا صغيرين، و مجرد احتمال أنه لعل الإرث و المهر مرتبطان شرعا بإسقاط الخيار لا يمنع عن هذا الانصراف و كذلك ما عرفته من أن الولي يقصد به المعنى العرفي يكون مؤيدا آخر لحمل الجواز على معنى قابلية النفوذ بالإمضاء.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢٠

٣- و ظهور الخيار فى خيار الفسخ اصطلاح فقهي متأخر

و لا تأبى كلمة الخيار فى عصر النصوص عن الحمل على خيار الإمضاء و الرد.

٤- و قوله فى فرض إمضاء أحدهما بعد البلوغ: (يجوز ذلك عليه)

و إن كان يقصد به جوازا آخر غير الجواز الوارد فى صدر الحديث إلّا أن هذا لا يمنع عن افتراض كون الجواز فى صدر الحديث بمعنى قابلية النفوذ لا النفوذ الفعلى فإن هذا لا يستلزم حمل الجواز الثانى على معنى النفوذ الفعلى بل يمكن حمله عندئذ على معنى ان من أدرك و أمضى لا يجوز له ان يتراجع عن إمضائه و يجب عليه ان ينتظر إدراك الآخر كى يعرف أنه هل سيمضى أيضا أو يرد.

٥- قوله: (أ ترثه قال نعم يعزل ميراثها منه) ظاهر فى الإرث الفعلى

بمعنى جواز التصرف بالفعل و إطلاقه مقيد بما جاء بعد هذه الكلمة مباشرة من إدراكها و حلفها بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج، أما قبل الإدراك و الحلف فالأمر يدور بين فرض عدم حصول الملك للوارث أو عدم جواز تصرفه فى ملكه و ليس الثانى أظهر من الأول فإن الإرث لم يكن ظاهرا فى مجرد ملكية قانونية بحتة و لو مع الحجر عن التصرف بل كان ظاهرا فى جواز التصرف بالفعل و الذى قطعنا بتقييده بالمقيد المتصل بما بعد الإدراك و الحلف.

٦- أما ما جاء فى ذيل الحديث من تعليل عدم الإرث بأن لها الخيار فهذا ينسجم حتى مع فرض كون نفى الإرث

على أساس عدم تمامية المقتضى و هو العقد و ذلك لأن عدم تمامية المقتضى و هو العقد مستند بدوره إلى أن لها الخيار و لو لا أن لها الخيار لكان العقد تاما.

٣- صحیحة الحلبي

إشارة

قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه فى صغره أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال فقال: أما تزويجه

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢١

فهو صحيح و أما طلاقه فينبغي ان تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فان أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة باينة و هو خاطب من الخطاب و ان انكر ذلك و أبى ان يمضيه فهي امرأته قلت: فإن ماتت أو مات؟ قال يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح و يدفع إليه الميراث «١».

و مصب الاستدلال بهذا الحديث تارة يكون هو الصدر و اخرى هو الذيل:

أما الاستدلال بالصدر فمبنى على تفسير كلمة «تحبس عليه»

بمعنى الفصل بينه و بينها كما فهمه السيد الإمام رحمه الله «٢» فيقال عندئذ: أنه لو لا ان إمضاه للطلاق يكشف عن صحه الطلاق من حينه لا من حين الإمضاء لم يكن وجه للفصل بينهما قبل الإمضاء احتياطا باحتمال حصول الإمضاء. و أورد السيد الإمام رحمه الله على هذا الوجه بإيرادين «٣»: الأول- ظهور الحديث في كون هذا الفصل استحبابيا لا- وجوبيا و لعله رحمه الله استظهر ذلك من كلمة (ينبغي) أو من كونهما صبيين.

و الثاني- أنه سواء فرض هذا الفصل استحبابيا أو وجوبيا فلعل ملاكه ليس هو الاحتياط باحتمال حصول الطلاق لما سيتحقق منه من الإمضاء بل ملاكه هو الاحتفاظ بحرمه الصغيرة لأن ملاستها مع كونها في معرض ان ينفذ الطلاق بشأنها نوع منقصة لها ربما تضر بحالها في المستقبل.

(١) الوسائل ١٧: ٥٢٨-٥٢٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤.

(٢) راجع كتاب البيع ٢: ١٨١.

(٣) راجع المصدر السابق.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢٢

أقول: إن اختصاص كلمة ينبغي بالاستحباب اصطلاح فقهي متأخر أما موارد استعمالها الأصلية فهي من قبيل قوله تعالى: لَا الشَّمْسُ يَنْبَغِي لَهَا أَنْ تُدْرِكَ الْقَمَرَ وَ لَا اللَّيْلُ سَابِقُ النَّهَارِ وَ كُلُّ فِي فَلَكٍ يَمْبُحُونَ «١».

و أما الحمل على الاستحباب بنكته الصغر فهو لا ينافي الاستدلال العرفي بهذا الحديث على نفوذ الطلاق من حينه بالإمضاء المتأخر و ذلك لأن الاستحباب المستفاد بهذه النكته الصغر إنما يفهم عرفا كونه استحبابا حيثما أي ان الفصل إنما أصبح استحبابيا لصغرها لا لعدم نفوذ الطلاق من حينه و لو لا الصغر لكان واجبا.

كما ان الإشكال الثاني أيضا قد يقال بعدم وروده لأن حمل الفصل على مسألة حرمه الصغيرة دون احتمال نفوذ الطلاق بعيد عن الذهن.

و لكن أصل حمل قوله: «تحبس عليه» على معنى الفصل بينهما غريب فان الحبس لو كان متعديا ب «عن» بان قال: «تحبس عنه» صح هذا التفسير و لكن حينما تعدى ب «على» كان معناه منعها عن الزواج و إيقافها على هذا الزوج إلى ان يكبر و يمضى أو يرد فالصدر اجنبي عن مسألة الكشف.

ثم لم سلم تفسير «تحبس عليه» بمعنى تحبس عنه و دل الحديث على كشف إمضاء الطلاق عن صحته من حينه قلنا: إن هذا اجنبي عن باب الفضولي لأن الطلاق طلاقه من أول الأمر غاية ما هناك أنه كان يعتبر رضاه ضعيفا لصغره فصحة ذلك بالإمضاء المتأخر لا تكشف عن صحة عقد الفضولي الذي كان اجنبيا عن المالك نهائيا إلى ما قبل الإمضاء.

وقد يقال: إننا وإن كنا لا نتعدى من مورد الحديث إلى باب عقد الفضولي

(١) يس: ٤٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢٣

لإثبات صحّة عقد الفضولي، ولكن المفروض الآن أنّ عقد الفضولي صحيح ولو بدليل آخر غير هذا الحديث وعندئذ نقول: لا يحتمل العرف الفرق في موارد كفاية الرضا المتأخر بالكشف في بعضها والنقل في الآخر اذن فلما دلّ هذا الحديث على الكشف في موردته نتعدى في ذلك إلى موارد عقد الفضولي:

والجواب: إنّ عدم التعدى من مورد هذا الحديث إلى موارد عقد الفضولي في أصل التصحيح كان بنكته التصاق الطلاق بالزوج في مورد الحديث من أول الأمر فنفوذه بعد البلوغ والإمضاء لا يستلزم نفوذ عقد الفضولي الذي لم يكن ملتصقا منذ البدء بالمالك و نفس هذه النكته توجب عدم التعدى في المقام إذ يقال: لعلّ نكته الكشف عن وقوع الطلاق من حينه بالإمضاء المتأخر كونه منتسبا إلى الزوج من حينه بخلاف عقد الفضولي الذي لا يصبح منتسبا إلى المالك بمعنى من المعاني إلّا بعد الإمضاء.

و أمّا الاستدلال بالذليل

فحاصله أنّه عليه السّلام ربّ الإرث على الإمضاء من قبل من بقى منهما و ادرك في حين انّ الموت قد وقع قبل الإمضاء و هذا لا ينسجم إلّا مع الكشف.

و يردّ عليه- بعد غصّ النظر عن أنّ فضوليّة عقد الأب للصغير أو الصغيرة خلاف مسلمات الفقه بل لعلّه كذلك فرض عقده خياريا يصحّ للصغير بعد البلوغ فسخه- أنّ الحديث اجنبى عن المقام لأنه ليس المقصود به تصحيح عقد النكاح بالإمضاء بل المفروض فيه صحّة عقد النكاح منذ البدء غير أنّ الإرث يتوقف حسب مفاد هذا الحديث على إسقاط الخيار و ذلك لأنّ ظاهر قوله في صدر الحديث: «أما تزويجه فهو صحيح» هو النفوذ الفعلي، و قوله: «فان أقر بعد ذلك و أمضاه فهي واحدة باينه» كالصريح في ذلك لأنّه لو لا تمامية العقد و نفوذه الفعلي

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢٤

فالزوج إذا أدرك و كره النكاح لم يكن بحاجة إلى إمضاء الطلاق الذي صدر منه في صغره بل يمتنع عن أصل إمضاء النكاح و عندئذ يكون خاطبا من الخطّاب من دون ان تتحقّق واحدة باينه و يؤيّد ذلك أيضا حكمه عليه السّلام في فرض موت أحدهما قبل الإدراك و الإمضاء بثبوت الإرث للآخر لو أدرك و أمضى في حين أنّه على تقدير عدم نفوذ النكاح في ذاته رغم صدوره من الولي لم يكن من المترقّب توريث الباقي منهما بإمضاء لأنّ الآخر مات قبل الإمضاء فلم يتمّ النكاح كما بيّن ذلك في ما مضى من صحیحته أبى عبيدة الحدّاء.

فالمتحصل أنّ هذا الذليل اجنبى عن المقام و أنّ الحديث أنّما هو دالّ على أنّ نكاح الأب للصغير نافذ بالفعل و أنّ الصغير حينما يبلغ يكون له الخيار في الفسخ و الإمضاء، فوزان هذا الحديث و زان صحیحته محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الصبي يزوّج الصبيّة قال: إن كان ابواهما اللذان زوّجاها فنعّم جائز و لكن لهما الخيار إذا أدركا فان رضيا بعد ذلك فإنّ المهر على الأب قلت:

فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: لا «١»، فالمقصود بالخيار في هذا الحديث هو خيار الفسخ بقريته ظهور قوله: (فنعّم جائز) على النفوذ الفعلي خاصّة أنّه فصل بين قوله (نعّم جائز) و قوله: (لهما الخيار) بكلمة «و لكن» ممّا يوجب استبعاد كون قوله: (لهما

الخيار) تفسيراً للجواز بان له خيار الإمضاء فترى التعبير اختلف عن التعبير الوارد في صحيحة أبي عبيدة الحذاء حيث جاء فيها: (النكاح جائز أيهما أدرك كان له الخيار) من دون فصل بين الجملتين بمثل كلمة «و لكن».

(١) الوسائل ١٤: ٢٠٩، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢٥

٤- حديث يزيد الكناسي

قال قلت لأبي جعفر عليه السلام متى يجوز للأب ان يزوج ابنته و لا يستأمرها؟ قال: إذا جازت تسع سنين فان زوجهها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين قلت: فان زوجهها أبوها و لم تبلغ تسع سنين فبلغها ذلك فسكتت و لم تأب ذلك أ يجوز عليها؟ قال ليس يجوز عليها رضاء و لا تأب و لا سخط في نفسها حتى تستكمل تسع سنين و إذا بلغت تسع سنين جاز لها القول في نفسها بالرضا و التأبى و جاز عليها بعد ذلك و إن لم تكن أدركت مدرك النساء قلت: أ فتقام عليها الحدود و تؤخذ بها و هي في تلك الحال و إنما لها تسع سنين و لم تدرك مدرك النساء في الحيض؟ قال نعم إذا دخلت على زوجها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع إليها مالها و اقيمت الحدود التامة عليها و لها.

قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية؟ فقال: يا أبا خالد ان الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان بالخيار إذا أدرك و بلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو يثبت في عانته قبل ذلك قلت: فان ادخلت عليه امرأته قبل ان يدرك فكث معها ما شاء الله ثم أدرك بعد فكرها و تأبها قال إذا كان أبوه الذي زوجه و دخل بها و لذ منها و أقام معها سنة فلا خيار له إذا أدرك و لا ينبغي له أن يرّد على ابيه ما صنع و لا يحلّ له ذلك.

قلت: فان زوجه أبوه و دخل بها و هو غير مدرك أ تقام عليه الحدود و هو في تلك الحال؟ قال: أما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجل فلا و لكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنّه يؤخذ بذلك ما بينه و بين خمس عشرة سنة و لا تبطل حدود الله في خلقه و لا- تبطل حقوق المسلمين فيما بينهم قلت: جعلت فداك فان طلقها في تلك الحال و لم يكن قد أدرك أ يجوز طلاقه؟ فقال: إن كان قد مسّها

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢٦

في الفرج فان طلقها جائز عليها و عليه و إن لم يمسه في الفرج و لم يلدّ فيها و لم تلدّ منه فانها تعزل عنه و تصير إلى أهلها فلا يراها و لا تقربه حتى يدرك فيسأل و يقال له: إنك كنت قد طلقت امرأتك فلانة فان هو أقرّ بذلك و أجاز الطلاق كان تطليقه بائنه و كان خاطباً من الخطاب (١).

و الحديث مشتمل على جملة من الأحكام شبه المسلم فقها خلافها لو لا التأويل من قبيل: ان تزويج الأب للبت من دون استئمارها قبل بلوغها تسع سنين لا ينفذ عليها فلها الخيار بعد بلوغ هذا السن و ينفذ عليها لو أوقعه بعد بلوغ تسع سنين، و من قبيل التفصيل في كفاية بلوغها تسع سنين لبلوغها مبلغ التكليف بين ما لو دخلت على الزوج أو لا، و من قبيل التفصيل في حق ردّ زواج الأب للولد بعد الإدراك بين ما لو دخل بها قبل الإدراك و لذ منها و أقام معها سنة أو لا، و من قبيل التفصيل في نفوذ طلاق غير المدرك بينما لو مسّها في الفرج فينفذ و ما لو لم يمسه في الفرج و لم يلدّ منها و لم تلدّ منه فتعزل عنه حتى يدرك و يمضى الطلاق أو يرفضه.

و شاهد بحثنا هو هذا المقطع الأخير فلولا الكشف لما كان وجه لفصلها عنه قبل الإدراك و الإمضاء.

و مخالفة جملة من مقاطع الحديث لشبه المسلمات قد يسلب الوثوق بالحديث و يسقطه على بعض المباني في الاصول عن الحجية في غير موارد المخالفة.

و في سند هذا الحديث بحث اشرفنا إليه في مبحث شرط البلوغ.
و السيد الإمام رحمه الله أعاد هنا ما ذكره في الحديث السابق من أنه لعل الفصل

(١) الوسائل ١٤: ٢٠٩-٢١٠، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢٧

بينهما لمراعاة حالها و حرمتها باعتبار ان الاستمتاع بها على تقدير أنه سينفذ الطلاق بشأنها مضرّ بشأنها على أنه قد يحمل على الاستحباب بقريئة ذاك الحديث «١».

أقول: و كذلك نحن نعيد هنا ما ذكرناه في الحديث السابق من أنه لا يمكن قياس عقد الفضولي غير المستند من أول الأمر إلى المالك بالطلاق الذي هو مستند إلى الزوج منذ البدء.

٥- رواية مسمع أبي سيار التامة سندا

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اني كنت استودعت رجلا مالا فجدنيه و حلف لي عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته اياه فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك و اجعلني في حل فأخذت المال منه و ابيت ان آخذ الربح و أوقفت المال الذي كنت استودعته و اتيت حتى استطلع رأيك فما ترى؟
قال فقال: خذ الربح و اعطه النصف و أحله ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين «٢».

و هذا الحديث لو حمل على تعامل الغاصب بما في الذمة و أن إعطاء الربح كان من باب إرضاء المالك فهو اجنبى عن المقام و عن باب الفضولي نهائيا، و إن حمل على التعامل بعين المال المغصوب و ان إعطاء الربح إلى المالك كان باب أنه ربح ماله كان الحديث راجعا إلى عقد الفضولي و عندئذ لو حمل الربح على النماء أو ما يشمل النماء لا خصوص ربح التجارة دلّ الحديث على الكشف لأنّ النماء حصل قبل الإجازة فامتلاكه بالإجازة دليل الكشف إلا أن هذا خلاف الظاهر فإنّ الظاهر ان المقصود هو ربح التجارة.

(١) راجع كتاب البيع ٢: ١٨٢.

(٢) الوسائل ١٣: ٢٣٥، الباب ١٠ من أبواب الوديعة.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢٨

فان حمل على الربح التجارى كما هو الظاهر فأول ما يخطر بالبال هو انّ الحديث لا دلالة له على الكشف لأنه ينسجم مع النقل أيضا فإنه و إن كان الظاهر انّ الغاصب أوقع عدّة تجارات متبادلة على مال أبي سيار و بدائله لكن اجازته أيضا تنحل إلى عدّة اجازات بعدد البيوع فيملك في كل مرة بدل ماله و بهذا يمتلك كل الأرباح حتى على النقل.

و لكن السيد الإمام رحمه الله ذكر «١» وجها للاستدلال بهذا الحديث على الكشف رغم فرض حمل الربح على الربح التجارى و هو انّ الإجازة لو فرضت منحله إلى عدّة اجازات فهذه الاجازات ليست مترتبة و طولية بل هي اجازات في عرض واحد فالإجازة الاولى وقعت على بيع ماله فتنفذ، أمّا باقى الاجازات فهي على النقل وقعت على مال الغير لأنها وقعت على بيع عوض ماله في عرض وقوع الإجازة الاولى على بيع ماله فلا- تنفذ، فتفسير نفوذها ينحصر بافتراض الكشف فإنه عندئذ تحصل كل هذه الملكيات قبل زمان الاجازات فالاجازات كلها وقعت على ماله اذن فهذا الحديث يدلّ على الكشف.

ثم أبدى رحمه الله احتمال نقاش في هذا البيان بأحد وجهين:

الأول- ان يقال: إنه ليس من شرط تأثير الإجازة وقوعها على ما هو ملكه حين الإجازة بل يكفى وقوعها على مال ثم انتقال ذاك

المال إليه فعندئذ يملك ابو سيار كل الأرباح حتى على النقل، لأنه بالإجازة الاولى ملك عوض ماله و الإجازة الثانية أثرت بعد ما ملك عوض ماله فملك عوض العوض وهكذا إلى أن ملك آخر الأموال.

(١) راجع كتاب البيع ٢: ١٨٣-١٨٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٢٩

الثاني - ان يقال إننا و لو سلمنا ضرورة معاصرة الإجازة للمالكية قلنا: إن الإجازة كما تؤثر بوجودها الحدوثي كذلك تؤثر بوجودها البقائي فحتى على النقل يملك ابو سيار كل الأرباح لأن الإجازة الثانية مثلا و إن لم تقع في أول حدوثها على ملكه لكن بعد ان ملك العوض بالإجازة الاولى أصبحت الإجازة الثانية بوجودها البقائي مصححة للبيع الثاني فأنها عندئذ إجازة معاصرة للملك.

ثم حسم رحمه الله الموقف ببيان أننا ما دمنا نؤمن بأنه يكفي في تصحيح معاملة الفضولي رضا المالك بلا حاجة إلى الإجازة بوجودها الإنشائي و ليس في الحديث إشارة إلى وقوع إنشاء إجازة الفضولي فالظاهر ان تصحيح التجارات كان بمجرد الرضا فعندئذ نقول: لئن ناقشنا في كفاية الإجازة بوجودها البقائي لأن الإجازة أمر إنشائي و إنشاؤها يكون في آن حدوثها لا مجال للنقاش في كفاية الرضا بوجوده البقائي لأنه ليس أمرا إنشائيا و إنما هو مجرد حالة باطنية مستمرة و حال وجودها البقائي كحال وجودها الحدوثي فما عدا البيع الأول أيضا يصح حتى على النقل و لو بالوجود البقائي للرضا فالحديث لا يدل على الكشف.

أقول: إن إبداء احتمال كفاية الإجازة السابقة على الملك أو احتمال كفاية الإجازة البقائية أو احتمال كفاية الرضا و لو من دون إجازة، و الرضا عندئذ يكفي وجوده البقائي ان إبداء أي واحد من هذه الاحتمالات كاف في إبطال الاستدلال بهذا الحديث على الكشف بناء على كون هذه الاحتمالات غير منفية إلا بالأصل العملي و هو أصالة عدم ترتب الأثر، فإن مجرد نفيها بالأصل لا يعين مفاد هذا الحديث في احتمال رابع و هو الكشف، على أن الكشف أيضا خلاف الأصل أما إذا نفينا تلك الاحتمالات بدليل لفظي بان قلنا: إن تجارة عن تراض لا تشمل هذه الفروض فيكون الحصر في الآية دالاً على بطلان هذه الاحتمالات اذن بالإمكان

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣٠

ضم تلك الدلالة إلى هذا الحديث لإثبات الكشف و بما ان السيد الإمام رحمه الله مختاره كفاية الرضا الباطني بلا حاجة إلى الإجازة في تصحيح البيع لأن مثل إطلاق أو فوا بالعقود يشمل و ليس منصرفا عن العقد الاجنبي عن الشخص بتاتا بان لا يكون مرتبطا به حتى بمقدار الرضا «١» فعلى مبناه لا تبقى أي دلالة لهذا الحديث على الكشف بل حتى لو لم نؤمن بأن مقتضى القاعدة كفاية الرضا، قد يقال: إن نفس هذا الحديث فيه دلالة على كفاية الرضا و عدم الحاجة إلى الإجازة و ذلك لما جاء في عبارة السيد الإمام رحمه الله من عدم إشارة في هذا الحديث إلى إنشاء الإجازة فالظاهر أنه لم يكن شيء إلا مجرد الرضا بأخذ المال و ربحه «٢».

و بالإمكان ان يقال في مقابل ذلك: إن ارتكازية عدم كفاية الرضا و الحاجة إلى إنشاء الإجازة (و لا أقصد بذلك الإنشاء اللفظي بل تبني العقد و البناء عليه و هو أمر نفسي زائد على مجرد الرضا بمعنى طيب النفس) توجب حمل الحديث في الفهم العرفي إلى فرض الإجازة و لو بمعنى التبني الباطني.

و على أية حال فالظاهر عدم تمامية دلالة الحديث على الكشف و توضيح ذلك هو: ان حاصل وجه الاستدلال به على الكشف هو أننا إذا بنينا على أن الإجازة يجب ان تنصب على مال المجيز لا على مال غيره و بنينا على أن الإجازات للتجارات المتبادلة في مورد حديث مسمع أبي سيار كانت متعاصرة زمنيًا و بنينا على النقل لا الكشف لزم من مجموع هذه الامور ملكية المجيز لكل الأموال المتبادلة في هذه التجارات في آن واحد أي الجمع بين العوض و المعوض في الملكية في آن واحد، و هذا ليس أمرا عقلايا فلا بد من رفع اليد عن أحد

(١) راجع كتاب البيع ٢: ١٠١.

(٢) راجع كتاب البيع ٢: ١٨٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣١

الامور الثلاثة التي بنينا عليها ولا يصح رفع اليد عن الأمر الأول و هو ضرورة انصباب الإجازة على مال المميز فإن عدم تأثير صبب الإجازة على مال الناس واضح عقلايا ولا رفع اليد عن الأمر الثاني و هو عرضية تلك الإجازات زميتا فإن هذا هو ظاهر الحديث، اذن ينحصر الأمر في رفع اليد عن الأمر الثالث و هو النقل و بهذا يثبت الكشف.

و الجواب: أننا نمنع كون مفاد البيع و المبادلة ضيقا لا يتم إلا بفرض الملكية بان يصبح فاقد المعوض مثلا مالكا بالفعل للعوض بل تكفى صيرورته أولى من الناس الآخرين بالعوض و مصير هذه الأولوية هو تحقق الملكية ما لم يمنع عن ذلك نفس هذا الشخص كما لو اشترى بماله شيئا لابنه الصغير فهو يدخل رأسا في ملك ابنه لا في ملكه و ذلك بإرادته، و ليس هذا منافيا لأوليته بهذا المال بل هو عين أعمال الأولوية و قد مضى شرح ذلك لدى تعرضنا لوجوه تفسير شراء العمودين عند البحث عن الفضولي الذي يبيع لنفسه فراجع و على هذا نقول: إن هذا الشخص أجاز في مورد الحديث في آن واحد كل المبادلات و لو كانت إجازته خاصة بالبيع الأول لدخل الثمن في ملكه لكن إجازته للعقد الثاني حرّف من مسير هذا الثمن و أدخله في ملك آخر و لو لا إجازته للعقد الثالث لدخل عوض هذا الثمن في ملكه، و لكنّه بإجازته دخل في ملك آخر و كل هذا لا ينافي أولويته بهذه الأموال بل هذا أعمال للأولوية، و إن شئت فسّم هذه الأولوية بالملكية التقديرية و قل: إن الممنوع ارتكازا أنّما هو تعاصر الملكيات الفعلية للبدائل لا الملكيات التقديرية التي تكون حصيلة مجموعها ملكية فعلية واحدة لأحد البدائل فحسب و هذه الإجازات كلها معاصرة زمنا لكن تأثير كل واحدة منها موضوع لتأثير الأخرى و مقدّم عليه رتبة حسب ترتيب المبادلات.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣٢

٦- روايات المضاربة مع مخالفة العامل للشرط «١» و كذلك روايات الاتجار بمال اليتيم

«٢» و قد سبق منا الإشكال في أصل دلالتها على صحّة عقد الفضولي.

و أقول هنا: لو ناقشنا في دلالتها على الفضولي بدعوى خروجها عن مورد الفضولي رأسا اذن لا يبقى مجال لدلالتها على الكشف، و لو ناقشنا فيها بدعوى احتمال خصوصية في المورد كما مضى في روايات المضاربة باعتبار كون تقسيم الربح خلاف القاعدة فقلنا: اذن يحتمل الاختصاص بالمورد أو كأن يقال في روايات الاتجار بمال اليتيم باحتمال كون تصحيح المعاملة المربحة لمجرد إرفاق خاص باليتيم، فبالإمكان القول بالتعدّي في الكشف بدعوى عدم احتمال الفرق في دائرة العقود الفضولية الصحيحة بالكشف أحيانا و النقل أخرى.

و على أية حال فوجه الاستدلال بهذه الروايات على الكشف هو نفس وجه الاستدلال برواية مسمع أبي سيار باعتبار تعاقب تجارات عديدة على المال و يكون الجواب نفس الجواب باعتبار أنّ الربح هنا ربح تجارة لا نماء.

و هناك بعض روايات أخرى قد يستدل بها على الكشف بغض النظر عن بحثها لوضوح عدم تمامية الاستدلال بها «٣».

و المتحصل من كل ما ذكرناه أنّ الكشف غير ثابت بمقتضى القواعد و لكنه ثابت تعديدا بصحيحة محمّد بن قيس و صحيحة أبي عبيدة الحدّاء السابقتين.

(١) راجع الوسائل ١٣: ١٨١-١٨٣، الباب ١ من كتاب المضاربة.

(٢) راجع الوسائل ٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، و ١٢ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، و ١٣، الباب ١٠ من كتاب

المضاربة، و الباب ٩٢ من كتاب الوصايا.

(٣) راجع كتاب البيع للسيد الإمام رحمه الله ٢: ١٨٤-١٨٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣٣

الكشف الحقيقي أو الحكمي؟:

حائري، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامي، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ٢، ص: ٣٣٣

و هل المستفاد منهما في المقام الكشف الحقيقي أو الحكمي؟

ذهب السيد الخوئي «١» إلى أنّ المستفاد منهما هو الكشف الحقيقي وذلك بالمعنى الوسطى الذي ذكره في المقام للكشف وهو تأخر الاعتبار و تقدّم المعبر و أنّهما لا تحمّلان على الكشف الحقيقي بالمعنى الأوّل و هو تقدّم الاعتبار و المعبر و لا على الكشف الحكمي بمعنى ترتيب آثار الكشف مع تأخر المعبر.

و الوجه في ذلك في رأيه هو أنّ حملها على الكشف الحقيقي ببعض وجوه حمل على أمر مستحيل و ببعض وجوه حمل على خلاف ظاهر الأدلّة العامّة بلا مبرّر لذلك، لأنّ تلك الأدلّة الخاصّة لم تدلّ على خصوص الكشف بذاك المعنى فلو حملت على معنى آخر من الكشف لا يخالف ظهور الأدلّة العامّة يكون ذلك عملاً بالأدلة العامّة و الخاصّة معاً و جمعاً بين كل الظواهر، و حملها على الكشف الحكمي أيضاً غير صحيح لأنّه ان قصد بذلك التنزيل منزلة الكشف في بعض الآثار فهذا خلاف ما يفهمه العرف من تلك الأدلّة من ترتيب جميع الآثار، و إنّ قصد بذلك التنزيل منزلة الكشف في تمام الآثار اذن هذا رجوع إلى الكشف الحقيقي لأنّ تنزيل شيء شرعاً منزلة شيء آخر في تمام الآثار من دون ان يرجع إلى حقيقة ذاك الشيء أنّما يعقل في تنزيل شيء منزلة موضوع خارجي كتنزيل الطواف منزلة الصلاة أو تنزيل الفقاع منزلة الخمر فحتى لو ثبت للطواف كل أحكام الصلاة لم يصبح الطواف صلاة و حتى لو ثبت كل أحكام الخمر للفقاع لم يصبح الفقاع خمراً، أمّا تنزيل شيء منزلة حكم شرعي في تمام الآثار من دون

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٤٨، و مصباح الفقاهة ٤: ١٥٢-١٥٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣٤

فرض اعتبار نفس ذاك الحكم حقيقة فهو فضول من الكلام من قبيل ان يقال مثلاً:

إنّ المطلقة الرجعية بحكم الزوجه في تمام الآثار لكنّها ليست زوجة و ما نحن فيه من هذا القبيل فإنّ الكشف حكم شرعي كالزوجه فلو دلّ الدليل على ترتيب كل آثاره فهذا يعني ثبوت الكشف حقيقة اذن فتلك الأدلّة الخاصّة محمولة على الكشف حقيقة لكن بمعنى ان الشارع يعتبر من حين الإجازة ملكية حين العقد.

أقول: إنّ هذا الكلام كما ترى مبتن على تصوّره للكشف بمعنيين أحدهما تقدّم الاعتبار و المعبر، و الثاني تأخر الاعتبار و تقدّم المعبر أمّا على ما عرفت من أنّ الكشف ليس له بوجهه الحقيقي إلّما معنى واحد و هو تقدّم الاعتبار و المعبر اذن فلازم القول بالكشف الحقيقي هو القول بجواز التصرف في ما انتقل إليه فضوله قبل الإجازة على تقدير علمه بأنّه ستلحقه الإجازة و يكون هذا فارقاً في الأثر بين الكشف الحقيقي و الكشف الحكمي.

و بتعبير أشمل: لازم القول بالكشف الحقيقي هو القول بأنّ آثار نفوذ العقد من حينه ترتّب من حين العقد، لان العقد نفذ في حينه فكل آثاره ترتّب من حينه و لازم القول بالكشف الحكمي ان آثار نفوذ العقد من حينه أنّما ترتّب من حين الإجازة، و لازم القول بالنقل عدم ترتّب أي أثر من آثار نفوذ العقد من حينه حتى حين الإجازة، و أنّما ترتّب آثار نفوذ العقد لا- من حينه بل من حين

الإجازة، فمثلا- النماء الحاصل قبل الإجازة يكون ملكا لمن انتقل إليه المال قبل الإجازة بناء على الكشف الحقيقي، و يكون ملكا له لدى الإجازة لا قبلها بناء على الكشف الحكمي و لا يكون ملكا له أصلا بناء على النقل.

و من هنا يتضح أنّ الأصل العملي يقتضى النقل أولا ثم الكشف الحكمي، أى أنّ الكشف و لو حكما خلاف الأصل و على تقدير ثبوت الكشف و تردده بين

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣٥

الحقيقي و الحكمي يكون الكشف الحقيقي خلاف الأصل، و بما أنّ الكشف لم يثبت لدينا إلّا بالأدلة الخاصية و الأدلة الخاصية لا ظهور لما يتم منها فى ترتب الآثار من حين العقد فمثلا ليس لها ظهور فى جواز التصرف قبل الإجازة لمن يعلم بلحوق الإجازة اذن فبالإمكان حملها على الكشف الحكمي من دون أن يلزم من ذلك رجوع الأمر إلى الكشف الحقيقي.

نعم على مسلكه من تصوّر الكشف بمعنى تأخر فعلية الاعتبار و تقدّم المعبر يتم ما ذكره من أنّه لا يبقى فرق بين الكشف و ترتيب آثار الكشف، لأنّ الكشف الذى يقوله يشارك النقل فى عدم جواز التصرف قبل الإجازة مع العلم بالإجازة و عدم ترتب الآثار منذ البدء و لكن بما أنّنا لا نتصوّر الكشف بهذا المعنى فمهما يفترض ترتيب آثار الكشف على النقل يبقى الفارق فى عدم جواز التصرف قبل الإجازة و عدم ترتب الآثار من حين العقد، و لا معنى لحمل الأدلة الخاصية للكشف على الكشف بمعنى تقدّم المعبر و تأخر الاعتبار فإنّ هذا كما عرفت أمر غير معقول، و أنّما يدور أمرها بين الحمل على الكشف الحقيقي بمعنى تقدّم الاعتبار و المعبر معا، و الكشف الحكمي و بما أنّ صحيحة محمد بن قيس و صحيحة الحذاء لا دلالة فيهما على جواز التصرف قبل الإجازة لمن يعلم بلحوق الإجازة اذن يبقى هذا الجواز منفيًا بأصالة العدم و هذا يعنى تعيين الكشف الحكمي فى المقام.

نعم عزل الإرث فى صحيحة الحذاء قبل بلوغها و إجازتها يعنى ترتيب الاحتياط بشأن أثر الإرث من حين العقد لأجل احتمال لحوق الإجازة إلّا أنّ هذا ليس بنحو ينتزع منه العرف تقدّم المعبر و هو الزوجية حقيقة و ثبوته حين العقد.

و لعل بعض أدلة الكشف غير التامة لو تمّ كان بالإمكان استفادة الكشف

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣٦

الحقيقي منه، من قبيل ما دلّ على فصل الزوجة عن الزوج الصغير الذى طلقها لاحتمال تعقّب الإجازة بعد البلوغ فقد يقال إنّ هذا إنّ دلّ على نفوذ عقد الفضولي يدلّ على الكشف الحقيقي إذ لو لا الكشف الحقيقي فالعلم بأنّه سيجيز لم يكن سببا للفصل قبل الإجازة فضلا عن الاحتمال.

و إن كان قد يقال فى هذا الحديث أيضا بعدم دلالاته على ثبوت كل الآثار قبل تعقّب الإجازة فقد لا يتعدى مثلا من وجوب الفصل إلى جواز الزواج بشخص آخر لدى العلم بأنّ الزوج الأوّل سيجيز الطلاق بعد البلوغ.

ثمرات القول بالكشف و النقل:

إشارة

بقى تفصيل الكلام فى ثمرات الكشف و النقل فنقول و بالله التوفيق:

إننا نعقد فى هذا البحث المقارنة فى النتائج بين وجوه ثلاثة من الوجوه المتصورة لصحة عقد الفضولى:

الأوّل- القول بالكشف الحقيقي بمعنى تقدّم الاعتبار و المعبر

أى أنّ الإجازة المتأخّرة تكشف عن أنّ الشريعة اعتبرت منذ البدء حصول الملك أو النقل و الانتقال من حين العقد.

و الثاني- القول بالكشف الحكمي بمعنى تأخر المعتمد مع ترتيب آثار الملك السابق من حين الإجازة

أى انّ الشريعة تعتبر حصول الملك و النقل و الانتقال لدى الإجازة و تعتبر آثار الملك السابق بمعنى أنّه تثبت من ثمرات الملكية السابقة القطعة المقارنة للإجازة فالنماء السابق على الإجازة اللاحقة للعقد مثلاً يعتبر لمن انتقل إليه الأصل لكن من حين الإجازة لا من حين العقد، أمّا لو فرض ثبوت آثار الملكية السابقة بوجودها الممتد في الزمان الماضي إلى حين العقد فقد رجعنا إلى الكشف الحقيقي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣٧

و بكلمة اخرى أننا لا- نجعل الفارق بين الكشف الحقيقي و الكشف الحكمي كون الأول عبارة عن تقدّم الاعتبار و المعتمد معا (و نقصد بالمعتمد الملك) و ثبوتهما حال العقد، و الثاني عبارة عن تقدّم المعتمد و تأخر الاعتبار لحين الإجازة كما هو المعنى الصحيح للكشف في نظر السيد الخوئي و ذلك لما مضى منّا من عدم معنى معقول لفرض تقدّم المعتمد و تأخر الاعتبار و لا نجعل الفارق بينهما كون الأول عبارة عن تقدّم المعتمد و الثاني عبارة عن تأخر المعتمد مع ترتيب جميع آثار فرض تقدّم المعتمد و ذلك لما مضى من أنّ الحكم بترتيب جميع آثار الملك مساوق للحكم بالملك فيعود مرّة اخرى إلى تقدّم المعتمد، و أنّما نجعل الفارق بينهما كون الأول عبارة عن تقدّم الاعتبار و المعتمد معا، و الثاني عبارة عن تأخر المعتمد لحين الإجازة مع الحكم بالقطعة المتأخّرة من آثار الملك المتقدّمة أى انّ آثار الملك المتقدّم على الإجازة تثبت منها القطعة المقارنة للإجازة في حين أنّه على الكشف الحقيقي كانت تثبت كل قطعات تلك الآثار حتى المقارنة منها للعقد و على النقل لم تكن تثبت شيء من تلك القطعات كما سنقول الآن.

و الثالث- القول بالنقل أى القول بحصول الملك و النقل و الانتقال من حين الإجازة و عدم ترتّب أى أثر من الآثار عدا آثار الملك أو النقل المتأخّر

فلا- يترتب شيء من آثار الملك أو النقل السابق حتى بقطعها الوجودية المقارنة للإجازة فالنماء السابق على الإجازة مثلاً ليس ملكاً لمن انتقل إليه الأصل حتى بعد حصول الإجازة.

و نحذف- في مقارنتنا هذه بين الكشف و النقل- من البحث الكشف الذي قال به السيد الخوئي بمعنى تأخر الاعتبار و تقدّم المعتمد لما قلناه من عدم معقولية ذلك.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣٨

كما نحذف أيضاً من البحث في عقد المقارنة بين الكشف و النقل ما عبّر عنه في بعض الكلمات بالكشف الانقلابي «١» و هو يعنى: انّ الملك أو النقل لم يكن حاصلًا حين العقد إلى زمان حصول الإجازة و لكن حينما حصلت الإجازة انقلب الواقع عمّا هو عليه فتحقّق ملك حين العقد، فهذا الوجه بما أنّه لا يرجع إلى محض معقول آثرنا أيضاً حذفه من بحث المقارنة بين الكشف و النقل كي لا يحصل مزيد من توغّل البحث في عالم الأوهام و الخيالات، و كذلك نستثنى بعض الوجوه الاخرى من الكشف غير المعقول عندنا كالقول بانّ الإجازة تكشف عن وجود الرضا التقديرى منذ البدء أو القول بأمارية الإجازة على تأثير العقد منذ البدء.

و بعد: فإنّ حديثنا عن ثمرات الكشف الحقيقي و الحكمي و النقل يتم ضمن البحث عن عدّة فروع:

الفرع الأول- انّ من انتقل ماله بعقد فضولي بلا اذنه إلى غيره ثم تصرّف هو في ذلك المال تصرّفًا قانونيًا مخرجًا عن ملكه

كما لو باعه من شخص آخر أو اعتقه إن كان عبداً ثم أجاز النقل الفضولي فهل تقدّم الإجازة على ذاك التصرّف القانوني و يلغو ذاك النقل، أو العتق المتوسّط بين العقد الفضولي و الإجازة، أو يقدم ذاك التصرّف القانوني على هذه الإجازة فتلغو الإجازة، أو

يجمع بينهما و تفترض صحّة ذاك التصرف القانوني من ناحية و نفوذ الإجازة من ناحية اخرى و يضمن المجيز بدل المال لمن انتقل إليه بالعقد الفضولي لأنّه في الحقيقة قد أتلّف ماله أو حال بينه و بين مالكة و ذلك بالعتق أو البيع سنخ ما قد يقال في من اعتق عبدا كان قد اشتراه ببيع خيارى أو نقله إلى غيره في زمان خيار البائع نقلا لازما ثم فسخ البائع البيع من أنّ عليه دفع بدل المبيع الذى اتلفه أو حال بينه و بين الفاسخ؟

(١) راجع تعليق الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١: ١٥٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٣٩

و الجواب: أنّ هذه المسألة واضحة كل الوضوح بناء على النقل و هو ان ذاك التصرف القانوني يتقدّم على الإجازة بلا إشكال و يرفع موضوع الإجازة لأنّ الإجازة إنّما تؤثر بلحاظ حينها و المال قد خرج من ملك المجيز من قبل، فالإجازة لو أثرت فأنما تؤثر في نقل مال الغير أو في نقل عبد معتق و لا مبرر لذلك كما هو واضح.

و بكلمة اخرى ان اختيار العقد إجازة و ردّا خرج من يد المالك الأول لهذا المال بتبع خروج المال من ملكه إذ لم يثبت لأحد اختيار عقد متعلق بمال غيره أو بإنسان حرّ.

و بهذا البيان يتضح الحال بناء على الكشف الحكمي أيضا و ذلك لما عرفت من أنّ الكشف الحكمي و إن كان يثبت آثار الملك السابق و لكنّه إنّما يثبتها من حين الإجازة و قد حصلت الإجازة في وقت انتفى موضوعها لأنها جاءت بعد خروج المال من ملك مالكة و خروج العقد المتعلق به من اختيار ذاك المالك بتبع خروج العين من ملكه.

و أنّما الإشكال يقع بناء على الكشف الحقيقي حيث يتردد الأمر في أول وهله بين كلامين متعاكسين.

الأول- أن يقال: إنّ التصرف القانوني الذي سبق الإجازة رفع موضوع الإجازة لأنه حينما لم تكن الإجازة متحققة كان من حق المالك الذي يبيع ماله فضولة ان يبيع ماله من شخص آخر أو يعتق عبده و قد أعمل حقه و باع أو اعتق فلا موجب لعدم تأثير تصرفه القانوني فأنّه صدر من أهله و وقع في محله و بهذا ارتفع موضوع الإجازة لأنها لو أثرت لأثرت في نقل مال الغير أو نقل الإنسان الحرّ فالكلام هنا عين الكلام في فرض النقل أو الكشف الحكمي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤٠

و الثاني- ان يقال: إنّ الإجازة رفعت موضوع التصرف القانوني الذي توسط بين العقد الفضولي و الإجازة لأنّ هذه الإجازة تصحح العقد الفضولي السابق على ذاك التصرف القانوني و بهذا ينتفى موضوع ذاك التصرف لأنه يصبح بذلك تصرفا واردا على مال الغير.

و خير ما يمكن أن يقال للخروج من مأزق هذا التعاكس: أنّ الصحيح هو إلغاء الإجازة و تنفيذ التصرف القانوني و ذلك لوجهين:

الأول- ان يقال: إنّ موضوع النفوذ الفعلي للتصرف القانوني لدى الارتكاز العقلائي ليس هو خصوص مالكية المتصرف الفعلية لهذا المال كي يقال: إنّ الإجازة اللاحقة كشفت عن انتفاء هذه الملكية و بالتالي كشفت عن انتفاء موضوع نفوذ ذاك التصرف القانوني، و أنّما موضوع النفوذ الفعلي لذاك التصرف هو الحقّ العيني الثابت بين الشخص و هذه العين سواء كان ذاك الحقّ عبارة عن الملك مثلا أو عن أى درجة اخرى من درجات الحقّ ممّا لا يوجد دليل على حجره بهذا الشخص و عدم قابليته للانتقال و لذا لو كانت تحت يده أرض أحيائها و قلنا ان الإحياء يولّد حق الاختصاص لا الملك أو كانت تحت يده أرض خراجية و قلنا إنّ الأرض الخراجية لا يملكه الفرد المسلم بل تبقى على الملكية العامة للمسلمين أو على ملكية الإمام و توضع تحت اختيار مسلم ما فهذا المسلم حينما يبيع تلك الأرض فهذا البيع يجعل المشتري مكان البائع أى انّ نفس الحقّ الذي كان للبائع ينتقل إلى المشتري و يصبح المشتري بمنزلة البائع، و كذلك الحال في ما نحن فيه فلئن كانت ملكية هذا الشخص لماله الذي يبيع فضولة مشكوكه لاحتمال حصول الإجازة الكاشفة عن عدمها فهناك شيء لا شك فيه و هو ان حقّ تقرير مصير هذا المال أو قل حق ثبوت هذه الملكية و عدمه يكون بيده

فيماكانه إبقاء الملكية

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤١

لنفسه و لو بان لا يجوز إلى الأبد بيع الفضولي، و بإمكانه أن يجيز فينكشف عدم ملكيته و الإجازة المتأخرة يستحيل أن تكشف عن عدم ثبوت هذا الحق بيده لأن نفس الإجازة تكون بيده إن شاء أجاز و إن شاء لم يجز فإذا باع هذا المال من زيد فقد نقل نفس هذا الحق إلى زيد فلزيد حق إجازة البيع السابق و حق عدم إجازته، و إن اجازته كشفت الإجازة عن نفوذ البيع السابق من حين البيع الجديد إذ لا يمكن كشفها عن أكثر من ذلك لأن المال كان قبل ذلك اجنبيا عنه، و أما نفس هذا البائع الذي بيع قبل ذلك ماله فضولة فقد فاتته الإجازة لأن حق إجازة العقد المرتبط بهذا المال الذي هو في روجه حق مرتبط بهذا المال قد نقله إلى المشتري و هذا معنى أن البيع الثاني قد قوت محل الإجازة، نعم للمشتري الجديد أن يجيز البيع القديم كما أنه على النقل أيضا له ذلك فهذا لا علاقة له بالكشف فهذه الثمرة بين الكشف و النقل منتفية.

الثاني - ان يقال: إننا لو كنا نقول بان أدلته نفوذ الإجازة تقتضي الكشف بمقتضى القواعد فلنترض صحة القول بان الإجازة كشفت عن انتفاء موضوع التصرف القانوني لأنها كشفت عن انتقال المال قبل ذلك إلى شخص آخر و لكننا وضحنا في ما سبق: ان أدلته نفوذ الإجازة بشكل عام لا تقتضي أكثر من النقل و النقل لا يشمل المقام لورود تصرف قانوني على المال قبل هذا النقل فأدله نفوذ الإجازة بشكل عام لا تدل على نفوذها في المقام فلا يبقى في المقام إلا صحيتها محدد بن قيس و أبي عبيدة الحداء و هما كما ترى ليستا واردتين بصياغة تشتمل على إطلاق لفظي نتمسك به في فرض تقدم تصرف قانوني على الإجازة و لا قطع للعرف بعدم الفرق بين هذا الفرض و فرض عدمه كي يتعدى من مورد النص فأصالة عدم تأثير الإجازة محكمه في المقام.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤٢

و على أي حال فقد اتضح بما ذكرنا عدم إمكان قياس ما نحن فيه بباب الفسخ بالخيار بعد انتقال العين بناقل جديد حيث يقال فيه بالرجوع إلى البديل جمعا بين دليل نفوذ الفسخ و دليل نفوذ النقل الجديد أو بإبطال النقل الجديد بناء على أن استفاد من دليل الخيار عدم جواز التصرف الناقل في أثناء الخيار، فإن منشأ ذلك كله هو فرض إطلاق دليل الخيار لفرض خروج العين عن الملك و لو بالتلف مثلا، أما دليل نفوذ الإجازة فلا يشمل ما بعد النقل في المقام و ذلك لأحد البيانين الماضيين.

و قد تحصل من كل ما ذكرناه في هذا الفرع أنه لا توجد هنا ثمرة بين الكشف و النقل.

و لكن السيد الخوئي فصل في المقام بين مسألة التزويج و مثل مسألة البيع أو العتق «١» و حاصل مرامه في المقام هو: أنها لو عقد عليها أحد فضولة لشخص فزوجت نفسها من شخص آخر ثم أجازت العقد الأول فالعقد الذي صدر منها صحيح لأنه صدر من أهله و وقع في محله و به ينتفى موضوع الإجازة لأن الإجازة تهدف تصحيح العقد الأول و لا يمكن الجمع بين العقدين في الصحة، إذ لا يمكن أن تكون زوجا لرجلين فإذا تم ذاك العقد لم يبق مجال للإجازة المصححة للعقد الأول لأن نتيجة هذه الإجازة تزويج المتروجة.

أما لو بيع عبده فضولة ثم هو باعه من شخص آخر أو اعتقه فهنا أيضا نقول بصحة بيعه أو عتقه لأنه صدر من أهله و وقع في محله و لكن هذا لا يوجب بطلان الإجازة و فقدان موضوعها، لأن الإجازة و إن كانت تهدف تصحيح البيع الأول

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٥٣-٣٥٤، و مصباح الفقاهة ٤: ١٥٨-١٦٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤٣

لكن صحة البيع الثاني أو العتق لا تنافي صحة البيع الأول أيضا و ليس حال العقدين هنا حال التزويجين فإنه لم يكن بالإمكان الجمع بين التزويجين، و لكن هنا يمكن الجمع بين البيعين أو بين البيع و العتق فيصح كلا العقدين غاية ما هناك أنه إن كان العقد الثاني يباع و صحح كلا البيعين فالبيع الثاني وقع على مال الغير و يكون فضوليا و يتوقف نفوذه على إجازة المشتري الأول، و إن كان عتقا فصحة

العتق تعنى تلف مال المشتري فيكون المعتق ضامنا لبدله للمشتري اذن فالنتيجة هنا التفصيل بين باب التزويج و مثل باب البيع و العتق و العقد ببطلان الإجازة في الأول و صحتها في الثاني.

أمّا ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله «١» من بطلان الإجازة لأنها تعلقت بمال الغير أو بالإنسان الحرّ حيث قد فرضنا صحة العقد الثاني و نفوذ الإجازة مشروط بمملوكية العين للمجيز فجواب السيد الخوئي على ذلك هو أنّ الإجازة تتعلق بالعقد لا بالعين فلا يشترط في نفوذها امتلاك المجيز للعين (بل لو بنينا على الكشف بمعنى تقدّم الاعتبار و المعتبر كانت الإجازة كاشفة عن عدم امتلاك المجيز للعين) و أنّما يشترط في نفوذها امتلاك المجيز للعقد و يكفي في امتلاكه للعقد كون العقد واقعا في حينه على ملكه و هذا ثابت في المقام هذا حاصل مرام السيد الخوئي في هذه المسألة.

نعم أنّما يقبل بهذا التفصيل - عملا - بين باب التزويج و باب البيع و العتق بناء على فرض الكشف مطابقا لمقتضى القواعد كما هو مختاره في الكشف الذي آمن به بمعنى تقدّم المعتبر و تأخر الاعتبار، أمّا لو فرض الكشف على خلاف القواعد

(١) راجع منية الطالب ١: ٢٢٢، و كتاب المكاسب و البيع للشيخ الآملی: ٩٢-٩٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤٤

كما هو الحال في رأيه في الكشف بمعنى تقدّم الاعتبار و المعتبر فبحسب النتيجة العملية لا يبقى فرق بين باب التزويج و باب البيع و العتق، و ذلك لأنه و ان اختلف باب البيع و العتق عن باب التزويج في أنّ الجمع بين العقدين في باب التزويج غير ممكن و في باب البيع أو العتق ممكن لكن هذا الفرق يبقى نظريًا بحثا و لا ينتهي إلى نتيجة عملية لأنّ الكشف على خلاف القاعدة فلا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن و هو فرض الإجازة التي لم يسبقها عقد مخرج عن الملك لأنّ الدليل التعبدى لنفوذ الإجازة كشفا لا إطلاق له لهذا الفرض.

أقول: إنّ هذا الكلام يعنى أنّ السيد الخوئي فرغ عن صحّة العقد أو الإيقاع الذي صدر منه قبل إجازة العقد الأول و ألقى بثقل الحديث على مدى نفوذ الإجازة في حين أنّه قد يخطر بالبال أنّه لما ذا لا نفترض أنّ الإجازة بناء على الكشف تكشف عن صحّة العقد الأول و أنّ صحّة العقد الأول لا تدع مجالاً لنفوذ العقد الثاني أو الإيقاع لأنّ المال خرج عن ملكه و هذا يجب أن يكون جوابه أحد أمرين:

الأول- أنّه إن كان الكشف عبارة عن تأخر الاعتبار و تقدّم المعتبر - كما هو مختار السيد الخوئي - اذن فحين العقد الثاني أو الإيقاع كان مالكا بالفعل للمال لفرض تأخر الاعتبار فما صدر منه من عقد أو إيقاع صدر من أهله و وقع في محله، و إن كان الكشف عبارة عن تقدّم الاعتبار و المعتبر معا فهذا على رأى السيد الخوئي خلاف القاعدة فيقتصر فيه على القدر المتيقن و هي الإجازة التي لم يسبقها ما يكون مخرجا عن الملك.

و الثاني- ما اخترناه نحن في ما مضى من أنّ موضوع نفوذ التصرف القانوني ليست هي الملكية الفعلية للمال بل لكل ما يجعل حقّ تقرير مصير المال

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤٥

بيده بمستوى من المستويات و يستحيل كشف الإجازة عن عدم ذلك لأنّ نفس الإجازة أمرها بيده.

و بعد هذا كلّه تبقى نقطتا ضعف في كلمات السيد الخوئي:

الاولى- تفصيله بين البيع و العتق فبعد فرضه لنفوذ الإجازة على القاعدة و فرض عدم مانعية ذلك عن صحّة التصرف القانوني الثاني فصل بين ما إذا كان التصرف القانوني الثاني يباع فيصح و لكنّه يبقى فضوليا يتوقّف على إجازة المشتري الأول أو عتقا فيصح و يكون المعتق ضامنا لبدل التالف للمشتري الأول، و لعلّ السرّ في هذا التفصيل اعتقاده أنّ العتق لا يقبل التوقّف على الإجازة فهو إمّا ينفذ أو

لا ينفذ فمقتضى الجمع بينه وبين البيع الذي سبقه في التصحيح هو ضمان بدل العبد للمشتري، في حين أنّ البيع يقبل الوقوف على الإجازة فلا داعي للانتقال إلى البديل بل يجمع بين البيعين في التصحيح ويكون مقتضى صحتهما أنّ العين أصبحت ملكا للمشتري الأول و أنّ البيع الثاني موقوف على إجازة المشتري الأول.

وهذا الكلام كما ترى ليس في محله فإنّ معنى التفصيل بين البيع والعقود بتوقف البيع على الإجازة و نفوذ العتق و الانتقال إلى البديل هو أنّ البيع الأول أفنى موضوع نفوذ البيع و لم يفن موضوع نفوذ العتق، فإنّ معنى فناء موضوع نفوذ أى منهما هو أنّ العين حيث خرجت بحكم الكشف عن ملك المالك الأول لم يبق مجال لتأثير التصرف القانوني الثاني لأنه تصرف في مال الناس، أما أنّ البيع يمكن نفوذه بإجازة مالك المال الجديد فهذا مطلب آخر لا كلام فيه و لا مبرر لافتراض أنّ الكشف عن صحّة البيع الأول دلّ على انتفاء موضوع البيع و لم يدلّ على انتفاء موضوع العتق فإنّ ما ينكشف بهذا الكشف أمّا ان يسقط العين عن فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤٦

إمكانية التصرف القانوني فيه فيبطل العتق و البيع معا و يبقى البيع قابلا للتصحيح بإجازة المالك الجديد في حين أنّ العتق لا يمكن تصحيحه بناء على عدم قبوله لحكم الفضولي أو لا يسقطها عن إمكانية التصرف القانوني فيه فيصح العتق و البيع معا و في كليهما يصبح المالك الأول ضامنا للمالك الثاني.

الثانية- أنّ ما أورده على المحقق النائيني رحمه الله من أنّ الإجازة تعلقت بالعقد لا بالعين فلا يشترط في نفوذها مالكية العين و لذا نرى أنّ نفوذها بنحو الكشف بمعنى تقدّم الاعتبار و المعتبر يكشف عن عدم مالكيته للعين و لا يمنع ذلك لدى القائلين بهذا المعنى من الكشف عن القول بصحّة الإجازة و أنّما يشترط في نفوذها مالكيته للعقد و هو مالك له لأنه عقد وقع على ملكه. أقول: إنّ هذا الكلام يردّ عليه أنّ مالكية الإنسان للعقد الواقع على ملكه أمّا هي بنكتة مالكيته لتقرير مصير المال أمّا إذا خرج المال عن ملكه و اختياره و انتفت نكتة ثبوت حق التصرف له في المال فمجرد أنّه لدى وقوع العقد كانت العين ملكا للعاقده لا دليل على كفايته في ثبوت حق الإجازة له.

و أمّا نقضه بمسألة الإجازة على الكشف بمعنى تقدّم الاعتبار و المعتبر حيث أنّه لا معنى لافتراض مالكية المجيز للعين حين الإجازة لأنّ ذلك خلف الكشف بهذا المعنى و رغم عدم مالكيته للعين تنفذ الإجازة فهذا ما قد ورد في المحاضرات «١» و لم يرد في المصباح و كأنّه تفتنّ لبطلان هذا النقض في ما بعد و لذا حينما أعاد شرح المطلب مرة أخرى ترك هذا النقض و ذكر عبارة توحى «٢»

(١) المحاضرات ٢: ٣٥٢.

(٢) المحاضرات: ٣٥٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤٧

إلى نكتة بطلانه حيث جاءت في تعبيره كلمة «فيما إذا لم يكن المجيز مالكا للعين لو لا الإجازة» و تلك النكتة هي أنّنا لو قلنا بشرط الملك مع قولنا بكاشفية الإجازة فالمقصود بذلك هو الملكية اللوائية أى لو لا الإجازة لا الملكية الفعلية.

الفرع الثاني- لو تصرف من انتقل عنه المال فضوله في ما انتقل عنه تصرفا انتفاعيا ثم أجاز

فإمّا أن يكون هذا التصرف عبارة عن مجرد الانتفاع من دون إتلاف العين كالاستخدام و الوطاء، و إمّا أن يكون عبارة عن الإتلاف كأكل الخبز مثلا.

أمّا التصرف الانتفاعي غير المتلف للعين فعلى النقل يكون تصرفا في ملكه و لا إشكال فيه و كذا على الكشف الحكمي لأن آثار

العقد السابق إنما تجرى بقطعها الوجودية المعاصرة للإجازة لا القطعة السابقة على الإجازة، و على الكشف الحقيقي يكون هذا تصرفاً في مال الناس حراماً واقعاً و لو علم بأنه سيجيز تنجزت عليه الحرمة.

و بما ذكرناه ظهر حكم النكاح و الاستيلاء فلو وطئ الأمة عالماً بأنه سيجيز كان على الكشف الحقيقي زنا و لم تصبح أم ولد بخلاف النقل و الكشف الحكمي و مع الجهل يكون معذوراً و لم تصبح أم ولد بخلاف النقل و الكشف الحكمي.

و أما التصرف المتلف للمال فبناء على النقل يكون رافعاً لموضوع الإجازة كما هو واضح، و كذلك بناء على الكشف الحكمي لأنّ الكشف الحكمي يثبت الآثار السابقة من حين الإجازة و المفروض أنّ المال انعدم قبل ذلك، و أما بناء على الكشف الحقيقي فقد يقال: إنّ الإجازة مؤثرة و أنّ التلف أوجب ضمان المال و هذا الكلام صحيح إلّا إذا فرض أنّ العرف يحتمل كون تلف العين أو إتلافها فارقاً

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤٨

يمنع عن التعدّي من مورد صحيحته محمّد بن قيس و أبي عبيدة الحذاء إلى المقام و لكننا لو قلنا بذلك انتهينا إلى نتيجة غريبة و هي أنّ التصرف غير المتلف حرام و لكن التصرف المتلف حلال.

الفرع الثالث- لو تصرف من انتقل إليه المال فضوله تصرفاً قانونياً في ما انتقل إليه قبل الإجازة ثم حصلت الإجازة

فعلى النقل قد تصرف في مال الغير و بعد الإجازة التحقت المسألة بمسألة من باع شيئاً ثم ملك، و على الكشف الحقيقي قد تصرف في مال نفسه فلو علم بأنه سيجيز المالك صحّ تصرفه حتى ظاهراً، و على الكشف الحكمي كان التصرف غير نافذ ثم نفذ حين الإجازة.

الفرع الرابع- التصرف الانتفاعي قبل الإجازة- من قبل من انتقل إليه المال فضولة- في ما انتقل إليه غير جائز على النقل و الكشف الحكمي

و الإتلاف يرفع موضوع الإجازة، و جائز واقعاً على الكشف الحقيقي إن كانت الإجازة ستتحقق في علم الله فلو علم أنه سيجيز له المالك كفي ذلك في الحلية حتى ظاهراً و الإتلاف من قبل المنتقل إليه على الكشف الحقيقي لا يرفع موضوع الإجازة حتى لو قلنا بكونه من قبل المنتقل عنه رافعاً له و الفارق هو أنه لو ادّعى في الثاني باحتمال الفرق عرفاً عن مورد الصحيحتين لا- يلزم سريان الدعوى إلى المقام أيضاً، فإنّ احتمال العرف لمانعية الإتلاف من قبل المنتقل عنه لو كان فأنما هو بنكته أنه كان مخيراً بين الإجازة و الإتلاف فإذا اتلف احتمال كون ذلك مانعاً عن الإجازة على الكشف الحقيقي فلا يمكن التعدّي من مورد الصحيحتين فلعلمه ما دام اختار هو الإتلاف- و له الحقّ في ذلك و لو بترك الإجازة- لا- تحقّق له الإجازة و هذه النكته لا تأتي في المقام فلا يحتمل مانعية إتلاف من انتقل إليه من نفوذ الإجازة على الكشف الحقيقي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٤٩

و بما ذكرنا ظهر حكم النكاح و الاستيلاء فعلى الكشف الحقيقي لم يتحقق الزنا و تحقّق الاستيلاء بخلاف فرض النقل أو الكشف الحكمي فإنّ الأثر لم يكن ثابتاً قبل الإجازة فكان زناً.

الفرع الخامس- إذا حصل للعين التي انتقلت عنه بعقد فضولي نماء بعد العقد و قبل الإجازة

فعلى النقل يكون النماء للمالك الأول، و على الكشف الحقيقي يكون النماء للمالك الثاني منذ البدء، و على الكشف الحكمي يكون

النماء للمالك الثاني من حين الإجازة.

فإذا تصرف المالك الأول في النماء تصرفاً قانونياً قبل الإجازة من نقل أو عتق فعلى النقل ينفذ تصرفه ولا علاقة للإجازة المتأخرة بذلك النماء، وعلى الكشف الحكمي أيضاً ينفذ تصرف المالك الأول لأنه حين التصرف كان مالكا للعين والإجازة المتأخرة وإن كان من شأنها نقل النماء أيضاً لكنها إنما تؤثر في النماء الباقي دون النماء الخارج من الملك قبل الإجازة لأن المفروض حسب ما شرحناه سابقاً أن دليل الكشف لم يدل على أكثر من ترتيب الآثار السابقة على الإجازة بقطعاتها المقارنة للإجازة. وأما على الكشف الحقيقي فقد يقال: إنه إذا لحقت الإجازة بعد ذلك كشفت عن بطلان التصرف القانوني الذي حدث في النماء من نقل أو عتق لكونه تصرفاً في ملك الغير وقال السيد الخوئي: «ولا يقاس التصرف في النماء بالتصرف في العين حيث ذكرنا فيه بطلان الإجازة على الكشف الحقيقي أيضاً إذ التصرف في النماء ليس تصرفاً فيما تعلق به العقد ليحتمل مانعيته عن صحة الإجازة وكاشفيتها وهذا بخلاف التصرف في العين فإنه كان متعلقاً بما تعلق به العقد فلذا احتتمل مانعيته» (١).

(١) المحاضرات ٢: ٣٥٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥٠

أقول: لو أردنا تفسير هذا الكلام في فرض التصرف في العين بما ينسجم مع مختاره سابقاً من صحة النقل الجديد مع صحة الإجازة ينبغي أن يكون مقصوده كالتالي.

إن نقل العين بعد العقد وقبل الإجازة يمنع عن تأثير الإجازة في انتقال العين بالعقد الأول وذلك يوجب إما بطلان الإجازة أو ما تقدم من أن الإجازة تصح العقد الأول بمعنى أنها تكون بحكم إيجاد العقد الأول فضوله والسبب في مانعيته النقل الجديد للعين عن تأثير الإجازة في تمامية النقل الأول بالفعل أي بلا فضولية وبلا حاجة إلى إجازة من قبل المالك الجديد، إن هذا النقل الجديد أنهى موضوع تمامية النقل الأول كذلك لأن موضوعها هي هذه العين وقد انتقلت إلى شخص آخر وأما نقل النماء فلم يرفع موضوع نقل العين كذلك فالإجازة تؤدي إلى نقل العين بنحو الكشف وهذا يؤدي إلى انتقال النماء بالتبع إلى من انتقلت إليه العين وبهذا ينتفى موضوع النقل الجديد الذي وقع على النماء فيبطل.

أقول: قد مضى من الوجه في صحة نقل العين من قبل المالك الأول بعد العقد الفضولي وقبل الإجازة رغم فرض القول بالكشف الحقيقي يمكن أن يذكر بيانين:

الأول- أن نفس حق الإجازة ينتقل إلى المشتري الجديد.

ومن الواضح أن هذا لا يأتي في المقام لأن حق الإجازة إنما هو مرتبط بالعقد المرتبط بالأصل لا بالنماء وإن كان النماء أيضاً ينتقل بناء على الكشف إلى المشتري الأول بتبع العين.

والثاني- أن صحاحتي محمّد بن قيس وأبي عبيدة الحذاء لا إطلاق لفظي لهما لمورد تقدم تصرف قانوني على الإجازة ولا يقطع العرف بعدم الفرق.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥١

ولكن من الواضح في المقام أن العرف لا يحتمل مانعية بيع النماء عن إجازة بيع الأصل فإذا نفذ بيع الأصل من أول الأمر بحكم الكشف تبعه النماء.

وهل يجوز له على الكشف أن يجيز البيع بشرط عدم تبعية النماء الذي باعه للعين من قبيل بيع الدار بشرط كونها مسلوقة المنفعة لمدة ما أو لا؟ هذا ما يكون راجعاً إلى بحث شرط موافقة الإجازة للعقد في الإطلاق والاشتراط وسيأتي إن شاء الله في آخر بحثنا عن عقد الفضولي.

و إذا تصرّف في النماء المتوسّط بين العقد و الإجازة تصرّفًا متلفًا فعلى النقل لا ضمان عليه كما هو واضح لأنّ النماء لا ينتقل إلى المالك الثاني بالإجازة، و على الكشف الحقيقي يكون ضامنا لأنّ الإجازة تكشف عن أنّ النماء انتقل إلى المالك الثاني من حين العقد و أمّا على الكشف الحكمي فلا ضمان عليه لأنّ الكشف الحكمي أنّما يثبت الآثار السابقة على الإجازة من حين الإجازة فلو كان هذا النماء باقيا إلى حين الإجازة لانتقل إلى المالك الثاني رغم كونه نماء لما قبل الإجازة لكنه لم يكن باقيا فلم ينتقل إليه فلا يوجد ضمان في المقام.

فان قلت: إنّ الكشف الحكمي يثبت الأثر السابق على الإجازة من حين الإجازة و الأثر في المقام لو كان فهو قبل الإجازة لدى وجود النماء يتجسّد في ملك النماء و لدى إتلافه يتجسّد في الضمان و هو يستمرّ إلى حين الإجازة فالإجازة تثبته لما مضى من أنّ الإجازة تثبت الأثر السابق بحصّته المقترنة بالإجازة.

قلت: إنّ ملكية النماء أثر لملكية العين التي هي أثر للعقد و الضمان أثر لملكية النماء مع الإتلاف أي هو أثر للأثر مع قيد الإتلاف و ليس استمرارا لنفس الأثر و المفروض أنّ موضوع ملكية النماء قد انتفى قبل الإجازة بتلف النماء
فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥٢

فالإجازة لا تثبت ملكية النماء و لا الضمان، أمّا الأوّل فلعدم بقاء النماء إلى حين الإجازة و قد قلنا إنّ الإجازة أنّما تثبت الأثر السابق بحصّته المعاصرة للإجازة و هنا لا مورد لتلك الحصّة و أمّا الثاني فلأنّ أثر الأثر فإذا لم يثبت الأثر الأوّل لم يثبت الأثر المترتب عليه. و لو تصرّف من انتقل إليه المال بالفضولي في النماء بالانتفاع قبل الإجازة فهو غصب على النقل و الكشف الحكمي و هو تصرّف في ماله على الكشف الحقيقي، أمّا لو باعه فعلى النقل بيع لمال الغير و على الكشف الحقيقي بيع لمال نفسه و على الكشف الحكمي يدخل في من باع شيئا ثم ملك.

الفرع السادس- في فسخ الأصيل و تراجع عن العقد قبل إجازة المالك الذي لم يكن طرفا في العقد و كان العقد فضوليا بالنسبة له

فقد جعل الشيخ الأعظم رحمه الله ذلك من ثمرات النقل و الكشف بدعوى أنّه بناء على النقل يجوز للأصيل نقض العقد و مخالفته لعدم تمامية المعاملة بعد فلا يجب عليه الوفاء، في حين أنّه لو بنينا على الكشف و قصدنا بذلك الكشف الحقيقي (أمّا الحكمي فهنا ملحق بالنقل) لا يجوز للأصيل ردّ العقد و يجب عليه الوفاء به لأنّ المفروض تمامية العقد من حين المعاملة نعم مجرد فرض عدم وجوب الوفاء على الأصيل بناء على النقل لا يعني حتما ان فسخه القولي سيوجب انفساخ العقد فلا يبقى محلّا لإجازة المالك الآخر فبالإمكان ان يقال: إنّ الأصيل و إن لم يجب عليه الوفاء لعدم تمامية المعاملة بعد، و لكن فسخه لا أثر له و لا يمنع عن حقوق الإجازة من قبل المالك الآخر بعد ذلك و ذلك تمسّكا بعد لحقوق الإجازة بإطلاقات صحّة العقود و لزومها فأننا قد شككنا في كون عدم تخلل الفسخ شرطا في تأثير العقد فننفي احتمال هذا الشرط الزائد بالإطلاقات.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥٣

أمّا ما هو الأثر العملي لعدم وجوب الوفاء عليه مع فرض عدم تأثير فسخه؟ فالأثر العملي يظهر في الفسخ الفعلي فما دام المال تحت ملكه بناء على النقل و ما دام الوفاء بالعقد غير واجب عليه لعدم تمامية العقد في إمكانه ان يعمل عملا يؤدّي إلى فناء موضوع الإجازة كاستيلاء الامّة أو عتق العبد أو بيعه أو تزويج نفسها من شخص بعد ان زوجت نفسها فضولة من زيد مثلا فلو كان الوفاء بالعقد واجبا عليه من الآن لما جاز له افناء موضوع العقد، و لكن بما أنّ الوفاء به غير واجب عليه فلئن عجز عن إبطال العقد بمجرد الفسخ فهو قادر على افناء موضوعه بالتصرّف الجائر في ملكه.

ثم انّ الشيخ رحمه الله يذكر: انّ التمسّك بإطلاقات صحّة العقود و لزومها لإثبات عدم إخلال تخلل الفسخ بين العقد و الإجازة لا يخلو من إشكال و كأنّه رحمه الله يشير بذلك إلى احتمال ان هذا التخلل ينهي العقد من نفس الفاسخ فلا يبقى موضوع للحقوق

الإجازة على النقل أو للتمسك بالإطلاق.

هذا كل ما أردنا استخلاصه الآن من كلام الشيخ الأعظم رحمه الله «١».

و أول ما يبدو للذهن سؤال يوجه إلى الشيخ رحمه الله و هو ان يقال: إن ما ذكره من عدم تامة العقد على النقل الموجب لإمكان الفسخ من طرف الأصيل (لو لم ننف احتماله بإطلاقات أدلة العقود) يأتي تماما على الكشف أيضا لأن الإجازة على الكشف و ان فرض أنها حينما تأتي تؤثر على نحو الشرط المتأخر في حصول الملك مثلا- لكن العقد غير تام أيضا بين الأصيل و بين صاحب الفضولي ما لم ينتحل صاحب الفضولي العقد لنفسه فصحيح ان انتحاله إياه يكشف بقدرة قادر

(١) راجع المكاسب ١: ١٣٤، حسب طبعه الشهيدي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥٤

عن تقدّم الملك و لكن لا عقد بينهما على أي حال قبل انتحاله فلما ذا يجب على الأصيل الوفاء به؟!

و يمكن توجيه التفصيل بين النقل و الكشف بعدم وجوب الوفاء على الأول و وجوبه على الثاني بأحد أوجه أربعة:

الوجه الأول- ان أوفوا بالعقود و إن كانت لا تشمل المورد لعدم تامة عقد بين الأصيل و المالك الآخر قبل الإجازة و لكن قاعدة السلطنة على المال و كذلك حرمة أكل المال بالباطل و وجوب كون التجارة عن تراض و نحو ذلك تشمل المورد على الكشف لأنّ المال على الكشف قد أصبح ملكا للمجيز قبل إجازته ففسخ العقد على تقدير لحوق الإجازة لن يؤثر شيئا، لان تأثيره خلق سلطنة الناس على أموالهم و يكون أكلا للمال بالباطل و خلاف التجارة عن تراض و هذا بخلاف فرض النقل فانّ الفسخ ليس عندئذ تصرفا في مال الناس.

بل يمكن توسيع هذا الحديث و تطبيقه على أوفوا بالعقود أيضا في خصوص مثل عقد البيع و ذلك بان يقال: لو سلّم شمول أوفوا بالعقود لما قبل الإجازة فانما يسلم ذلك على الكشف دون النقل و ذلك لأنّ مفاد عقد البيع و نحوه ليس هو الالتزام كما قد يكون ذلك في إيجار الشخص نفسه لعمل الذي يمكن تفسيره بالالتزام بالعمل و أنّ مفاده هو ذات التمليك لا الالتزام بالتمليك مثلا، فالوفاء به يعنى العمل بآثار ملكية هذا المال للمشتري و الأمر بذلك ينصرف عرفا إلى زمان حصول هذه الملكية فعلى الكشف يمكن شمول الأمر بالوفاء لما قبل الإجازة لتقدّم حصول الملك و هذا بخلاف النقل لأنّ الملك لم يحصل بعد.

الوجه الثاني- مبنى على أنّ الظرفية للعقد حصلت بلحاظ الأصيل و إن لم تحصل بلحاظ المالك الآخر و عندئذ نقول: إنّ المقياس في الوفاء و عدمه هو

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥٥

حصول الملك و عدمه لا مجرد حصول الالتزام العقدي و عدمه لأنّ أوفوا بالعقود ليس أمرا تكليفيا حتى يفسّر بحرمته مخالفة الالتزام العقدي بل هو أمر وضعي و إرشاد لعدم إمكانية الفسخ و إذا كان أمرا وضعيا فهو راجع إلى الأثر الوضعي للعقد و هو الملك، و بما انّ الملك بناء على الكشف قد حصل من حين العقد فيجب الوفاء به و جوبا وضعيا أي لا يمكن فسخه و أما بناء على النقل فالملك غير حاصل فلا موضوع لوجوب الوفاء الوضعي «١».

الوجه الثالث- ان يفرض التكييف الفني للكشف بمثل القول بان الإجازة تكشف عن الرضا التقديري أو عن شرط مقارن هو تعقّب الإجازة أو عن تامة العقد بأي وجه من الوجوه في حينه لا بالقول بكون الإجازة شرطا متأخرا و عندئذ يكون الفرق بين الكشف و النقل هو أنّه بناء على النقل لم يكن العقد تاما من حينه و لكن بناء على الكشف كان تاما من حينه بكل أجزاءه و شرائطه و ليست الإجازة إلّا كاشفة عن ذلك، أما لو فرضنا انّ الإجازة شرط متأخر فقد بطل الفرق لأنّ العقد اذن لم يكن تاما من حينه لعدم تأتي الشرط بعد «٢».

الوجه الرابع- ما ذكره الشيخ رحمه الله نفسه في المكاسب «٣» و هو عكس الوجه الثاني و هو أنه بناء على النقل يكون مصبّ الوفاء مجموع العقد و الإجازة و بما أنّ الإجازة لم تلحق بعد فلا يجب الوفاء أما بناء على الكشف مع فرض الإجازة شرطا متأخرا فمصبّ الوفاء هو ذات العقد من غير تقييد و أما الإجازة شرط

(١) راجع مصباح الفقاهة ٤: ١٧٢-١٧٤، و المحاضرات ٢: ٣٥٩-٣٦١.

(٢) راجع منية الطالب ١: ٢٤٦.

(٣) المكاسب ١: ١٣٤، حسب طبعة الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥٦

متأخر لتأثير العقد المتقدم، نعم بناء على أنّ الشرط شرط مقارن و هو تعقّب الإجازة فمصبّ الوفاء هو مجموع العقد و تعقّب الإجازة فمع الشك في ثبوت التعقّب لا يثبت وجوب الوفاء.

إلا ان تفريقه رحمه الله بين ما إذا كانت الإجازة شرطا متأخرا و ما إذا كانت كاشفة عن شرط مقارن بان مصبّ الوفاء أى الذى يجب الوفاء به على الأول ذات العقد فيجب و على الثانى العقد مع ذاك الشرط و هو مشكوك فيه فلا يجب غريب، و ذلك لأنّ «مصبّ الوفاء» أو بتعبير الشيخ «الذى يجب الوفاء به» أو بتعبير أوضح «الذى يتعلّق به الوفاء» هو العقد دون وصف التعقّب، و لو فرض أنّ وصف التعقّب، بناء على شرطيته داخل في متعلّق الوفاء فدخل الإجازة بناء على شرطيتها في متعلّق الوفاء أولى لأنّ الإجازة عبارة عن انتحال العقد و الوفاء وفاء بالعقد و مجرد كون الشرط مقارنا أو متأخرا لا دخل له في كونه ممّا يتعلّق به الوفاء أو لا، على أنه لو صحّ القول بعدم وجوب الوفاء لدى الشك في حصول ما يتعلّق به الوفاء- و لو بأن يقصد بذلك عدم الوجوب الظاهرى- فأوضح من ذلك صحّة القول بعدم وجوب الوفاء ظاهرا لدى الشك في حصول ما هو دخيل في موضوع وجوب الوفاء في ظرفه و هى الإجازة بناء على كونها شرطا متأخرا، و من الغريب ما ذكره الشيخ رحمه الله من وجوب الوفاء حتى مع القطع بأنّه سوف لن تحصل الإجازة بناء على كون الإجازة شرطا متأخرا و أنّ وجوب الوفاء يستمر إلى حين حصول الردّ لا لشيء إلا لأنّ متعلّق الوفاء أنّما هو العقد.

أما لو غرضنا النظر عن التفصيل بين ما إذا كان الشرط هو الإجازة أو وصف التعقّب و غرضنا النظر عما هو الحكم الظاهرى لدى الشك و قلنا- احتفاظا بروح كلام الشيخ- بأنّه بناء على النقل يكون متعلّق الوفاء هو العقد و الإجازة و لذا

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥٧

لا يجب على الأصيل الوفاء قبل الإجازة و بناء على الكشف يكون متعلّق الوفاء هو ذات العقد دون الإجازة التى فرضت شرطا متأخرا لملك سابق قلنا أيضا: لم نفهم السبب في هذا التفریق، فالإجازة التى هى شرط في المقام إن كانت دخيلة في متعلّق الوفاء لأنّها بمعنى انتحال العقد الذى يوفى به فهى دخيلة في ذلك سواء قلنا بالنقل أو الكشف، و إن لم تكن دخيلة في متعلّق الوفاء فهى غير دخيلة على كلا التقديرين.

و كأنّ الشيخ رحمه الله يسمّى كل ما هو دخيل في وجوب الوفاء و سابق على زمان حدوث الوجوب بمتعلّق الوفاء و يرى انّ كل ما هو دخيل في وجوب الوفاء و متأخر عن زمان حدوث الوجوب فليس متعلّقا للوفاء لأنّ وجوب الوفاء جاء قبله فكأنّه لا يمكن أن يكون وفاء به، و لذا يرى أنّه على النقل تكون الإجازة المتأخّرة داخله في متعلّق الوفاء لأنّ وجوب الوفاء يأتى بعد الإجازة و على الكشف تكون الإجازة المتأخّرة خارجة عن متعلّق الوفاء لأنّ وجوب الوفاء ثابت من حين العقد لمكان الكشف و الإجازة حتى إذا كانت شرطا و دخيلا- في موضوع وجوب الوفاء فهى متأخّرة عن زمان وجوب الوفاء بنحو الشرط المتأخّر، و أمّا لو كان الشرط هو تعقّب الإجازة فهو ثابت من أول الأمر فيكون داخلا في متعلّق وجوب الوفاء.

و لكنّك ترى أنّه لو سلّم ذلك و لو لم يفرض أيضا مقياس آخر لتشخيص ما هو متعلّق الوفاء و ما ليس متعلّق الوفاء، اذن يكون

التفصيل في وجوب الوفاء و عدمه قبل الإجازة بين الكشف بنحو شرط التعقّب أو الشرط المتأخّر أو النقل معللاً بأنّ الإجازة على الكشف خارجة عن متعلّق الوفاء بخلاف شرط التعقّب أو الإجازة على النقل دور واضح لأننا لا نستطيع ان نفهم تعلق الوفاء به و عدمه إلّا

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥٨

على أساس وجوب الوفاء قبل الإجازة و عدمه فكيف يعلّل وجوب الوفاء و عدمه بهذا التعلّق و عدمه!؟

هذا حال الوجه الرابع من وجوه التفصيل بين النقل و الكشف في المقام.

و أمّا الوجه الثالث و هو أنّه بناء على النقل لا يجب الوفاء لأنّ الإجازة دخيلة في تمامية العقد و هي لم تحصل بعد، و أمّا بناء على الكشف مع افتراض تكييفه بالكشف عن تمامية العقد لا يكون الإجازة شرطاً متأخراً لحصول ملك سابق فالعقد على تقدير الإجازة قد تمّ من حينه فيجب الوفاء به، فيردّ عليه: أنّه ان قصد بتمامية العقد تماميته بين الأصيل و الفضولي فهو تام حتى على النقل، و ان قصد بها تماميته بين الأصيل و المجيز فهو غير تام حتى على الكشف فان المجيز ما لم ينتحل العقد و لم يجزه ليس طرفاً في العقد فلم يتم عقد بينه و بين الأصيل و ان فرض أنّه بعد ان يتم نكشاف عن حصول سبب تام للملك من أوّل الأمر فان قيل يكفينا حصول سبب تام للملك من أوّل الأمر قلنا: هذا رجوع إلى أحد الوجهين الأوّلين.

و أمّا الوجه الثاني فالكنته التي فيه مأخوذة في الحقيقة من كلام السيد الخوئي الذي ذكره في مقام الردّ على المحقّق النائيني رحمه الله الذي اختار عدم جواز الفسخ من قبل الأصيل قبل إجازة المالك الآخر حتى على النقل.

و حاصل مقالة المحقّق النائيني رحمه الله على ما ورد في تقرير الشيخ الآملي قدّس سرّه هو «١» انّ الإجازة هل هي كالقبول فللأصيل التراجع عن العقد قبل الإجازة كما ان للموجب التراجع عن الإيجاب قبل قبول القابل، أو هي كالقبض في باب الوقف

(١) راجع تقرير الشيخ الآملي ٢: ٩٦-١٠٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٥٩

و الصدقة و الهبة فللأصيل أيضاً التراجع قبل الإجازة كما انّ للواهب و المتصدّق و الواقف التراجع قبل القبض، أو هي كالقبض في باب الصرف و السلم فليس له التراجع قبل الإجازة كما أنّه ليس لأحد المتعاملين التراجع في باب الصرف و السلم قبل القبض؟ و الفرق بين القبض في باب الصرف و السلم و القبض في باب الوقف و الصدقة و الهبة على ما يقوله المحقّق النائيني هو انّ القبض في باب الصرف و السلم شرط لحصول الملكية لا لأصل العقد فالعقد قد تم قبل القبض و لذا لا يجوز لأحدهما منفرداً التراجع بل يجب على كل منهما الوفاء بما التزم بتمكين الآخر من القبض كي يتمّ الملك و يجوز له إجباره على القبض لو امتنع، و في باب الوقف و الهبة و الصدقة يكون القبض شرطاً للعقد نفسه لا للملكية المنشأة به و لذا لا يجب الإقباض على الواقف و المتصدّق و الواهب و ليس له إجبار الموقوف عليه أو المتصدّق عليه أو الموهوب له على القبض.

و منشأ الفرق بين القبضين هو مناسبة الحكم و الموضوع حيث ان الإعطاء في باب الوقف و الصدقة و الهبة يكون من جانب واحد لا من الطرفين فيكون المناسب لشرطية القبض شرطية الإعطاء بالمعنى المصدري أي شرطية لنفس العقد و لكن الإعطاء في باب الصرف و السلم يكون من الطرفين فيكون المناسب لشرطية القبض شرطية للعقد بالمعنى الاسم المصدري أعني النتيجة الحاصلة من العقد و هي الملكية، يقول رحمه الله: «و هذا الذي ذكرناه من عدم وجوب القبض في باب الوقف و الصدقة و الهبة و وجوبه في باب الصرف و السلم هو المتسالم فيه بين الأصحاب و السرّ فيه ما ذكرناه».

و يقول رحمه الله: إنّ الإجازة كالقبول ركن للعقد و فرضها كالقبض بحاجة إلى مؤنّه زائدة و يقصر الدليل الدال على اعتبارها عن إثباته و لكنّها ليست ركناً بمعنى كونها من متممات العقد و ممّا يتوقّف العقد في تحقّقه عليه، فإنّ العقد قد تحقّق

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦٠

بتوافق المالك و الفضولي و إنشائهما إياه و أنّما هي ركن في استناد العقد إلى المالك المجيز، و من هنا يتّضح ان كون الإجازة كالقبض ليس بالمعنى الذي يؤدى إلى جواز رجوع الأصيل قبل الإجازة قياسا على رجوع الموجب قبل القبول فإنّ هذا القياس مع الفارق و ذلك لأنّ العقد قبل القبول غير تام أما في المقام فالعقد قد تمّ في نفسه و أنّما الإجازة أثرها إسناد العقد إلى المالك المجيز و طرفية المالك المجيز للعقد فيما أنّه قبل الإجازة ليس المالك الذي اشترى له الفضولي مثلا طرفا للعقد لا يجب عليه الوفاء و بما أنّ الأصيل طرف للعقد قبل الإجازة فيجب الوفاء عليه قبل الإجازة حتى و لو قلنا بالنقل.

و هنا ينتهى الشيخ النائيني رحمه الله إلى نهاية الشوط حيث يقول: إنّ وجوب الوفاء بالعقد يبقى ثابتا على الأصيل إلى ان يرتفع الموضوع بردّ الطرف الآخر فما لم يتحقّق الردّ يكون الأصيل ملزما بالوفاء سواء أجاز الآخر أم لا.

و أورد على ذلك السيد الخوئي أولا: أنّ فرض وجوب الوفاء بالعقد على النقل رغم عدم حصول الملك قبل الإجازة فرع ان نقول: إنّ وجوب الوفاء يرجع إلى الالتزام العقدي لا إلى النتيجة الوضعية و هي الملك و هذا انما يناسب فرض كون وجوب الوفاء و حرمة الفسخ حكما تكليفيا، أما لو فرضناه حكما وضعيا بمعنى لزوم العقد و عدم قابليته للانفساخ اذن فهو راجع إلى الحكم الوضعي المستنتج من العقد و هي الملكية فالملكية هي التي تكون لازمة و غير قابلة للإبطال و ليس راجعا إلى ذات الالتزام العقدي و أنّما الذي يناسب رجوعه إلى ذات الالتزام العقدي هو الوجوب التكليفي بالوفاء و عدم الفسخ، و من الواضح ان وجوب الوفاء في المقام حكم وضعي لا تكليفي إذ لو كان حكما تكليفيا لكان يشترط فيه القدرة على الوفاء و على الفسخ لأنّ المقصود بهذا الحكم التكليفي فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦١

ليس تحريم إنشاء الفسخ أو التفوّه بكلمة فسخت لوضوح عدم حرمة ذلك في ذاته و أنّما المقصود به تحريم إيجاد الانفساخ حقيقة و تحريمه فرع القدرة عليه اذن يكون الأمر بالوفاء بالعقد دليلا- على قابليته للانفساخ، و نحن نعلم أنّه لو كان العقد قابلا للانفساخ لم يحرم فسخه اذن فحمل الأمر بالوفاء على الحكم التكليفي أمر غير معقول فهو محمول على الإرشاد إلى الحكم الوضعي الذي يناسب ارتباطه بالملكية لا بالالتزام العقدي محضا و المفروض أنّ الملكية بناء على النقل لم تتحقّق بعد فلا موضوع لوجوب الوفاء.

و أمّا فرض وجوب الوفاء في الصرف و السلم قبل القبض رغم عدم الملك و وجوب الإقباض على أساسه فهو أيضا ليس من المسلمات و نحن نقول إنّّه قبل تحقّق القبض و تامة المعنى الاسم المصدري و هي الملكية لا- معنى هناك أيضا لشمول دليل وجوب الوفاء بالعقد إياه لأنّه ليس حكما تكليفيا و أنّما هو إرشاد إلى الحكم الوضعي كإرشادية النهي عن بيع الغرر مثلا إلى الفساد. و ثانيا- لو فرضنا كون وجوب الوفاء وجوبا تكليفيا فلا شبهة في أنّه أنّما يتم بعد تحقّق العقد و هو بناء على النقل لم يتم بعد إذ ما لم تأت الإجازة من قبل المالك الآخر لم يكن هناك عقد بينهما و لا معنى لافتراض ان العقد تمّ من أحد الطرفين و لم يتم من الطرف الآخر، فان العقد عبارة عن ربط التزام بالتزام فهو متقوم بكلا الطرفين و هذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف فان العقد مبني عليه قد تم منذ البدء فيشمله دليل وجوب الوفاء بالعقد و كذلك الملكية قد تمّت منذ البدء فإبطالها أكل للمال بالباطل «(١)».

أقول: قبل ان تناقش صلب حديث المحقّق النائيني و السيد الخوئي في

(١) راجع مصباح الفقاهة ٤: ١٧١-١٧٥، و المحاضرات ٢: ٣٥٩-٣٦١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦٢

المقام لا بأس بالحديث الجانبي عمّا جاء في أثناء الكلام من القبض في الهبة و الصدقة و الوقف و في الصرف و السلم. فنقول: إنّ مجرد كون العطاء من الطرفين في الصرف و السلم أو كونه من طرف واحد في الهبة و الصدقة و القبض ليس مناسبة ارتكازية لصرف شرط القبض إلى الملك تارة و إلى نفس العقد اخرى و لا- نفهم ما المقصود من رجوعه إلى نفس العقد دون

الملك، في حين ان العقد ليس إلّا ربط قرار بقرار مثلا أو نحو ذلك ممّا لا علاقة له في هويته بالقبض فإن كان القبض شرطا فيه فهو دائما شرط لمملكته.

و إن اريد توجيه أثر القبض في الصدقة و الهبة عقلايا فخير ما يمكن أن يقال فيه هو ان يقال: إنهما ليسا من مقولة العقد كي يجب الوفاء بهما على أساس وجوب الوفاء بالعقد و أنّما حقيقتهما أنّ المتصدق و الواهب يخليان بين المال و المتصدق عليه أو الموهوب له قربة إلى الله، أو بدون قربة كي يمتلك المتصدق عليه أو الموهوب له المال بالقبض و الحيازة فقبل القبض لم تتم حقيقة الصدقة أو الهبة و لعل هذا حاقّ ما كان في ارتكاز المحقق النائيني رحمه الله، و أمّا في باب الوقف فبالإمكان أن يقال: إنّه أيضا ليس عقدا بل هو إيقاع و لا يحقّق الملكية في الوقف الخاص أو مطلقا إلّا بعد القبض.

و على أيّة حال فهناك روايات في هذه الأبواب تدلّ على جواز التراجع قبل القبض «١» فلو لم نقبل ذلك بمقتضى القاعدة وصلت النوبة إلى قبوله تعبدا

(١) من قبيل ما ورد في الهبة في الوسائل ١٣: ٣٣٦، الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ٦ و ٧ و ٨ و ما ورد في الوقف في الوسائل ١٣: ٣٠٠، الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٨ و ما ورد في التصدّق و هو يشمل الوقف في نفس الباب، الصفحة ٢٨٨، الحديث ٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦٣

بحكم تلك الروايات ان تمت أسانيدها و رجحت على ما يعارضها و بحث ذلك موكول إلى الفقه.

و أمّا الصرف فروايات القبض فيه دلّت على شرط القبض في المجلس «١» و عندئذ فمن الطبيعي إمكانية التراجع قبل القبض إذ ما دام المجلس ثابتا فلا أقل من خيار المجلس و أمّا إن كان المجلس منقضا فقد بطل البيع.

و أمّا السلم فشرط القبض فيه ليس بالروايات و أنّما هو بالإجماع المدّعى على شرط القبض في المجلس أيضا فهنا أيضا نقول: إنّه من الطبيعي إمكانية التراجع قبل القبض في المجلس و لو لخيار المجلس و أمّا إذا انقضى المجلس من دون قبض فقد بطل البيع اذن لا يبقى معنى أو مورد لما قاله المحقق النائيني رحمه الله من أنّ عدم إمكان الفسخ قبل القبض في الصرف و السلم أمر تسالم عليه.

و يمكن افتراض فرض واحد كمصداق لكلام المحقق النائيني رحمه الله من وجوب الإقباض أو القبض و هو ما إذا فرض ان خيار المجلس كان ساقطا بالشرط هذا لو قلنا ان إسقاط خيار المجلس بالشرط جائز، أمّا لو قلنا: إنّه شرط خلاف السنّة لان خيار المجلس في الحقيقة ترخيص اقتضائي و ليس ترخيصا من باب مجرّد عدم المقتضى للإلزام فففيه بالشرط ينافي مصلحة الترخيص و يخالف السنّة فلا يبقى مورد لتصحيح كلام المحقق النائيني رحمه الله.

على أنّه لا- يبعد ان يقال: إنّه و إن كان من الممكن عقلا- دخل القبض في حصول الملك و وجوب الوفاء بالعقد في نفس الوقت بالقبض و الاقباض و لكن

(١) راجع الوسائل ١٢: ٤٥٩، الباب ٢ من الصرف ففيه عدد من الروايات دالة على ذلك خاصيّة الرواية ٨ و في نفس الباب أيضا روايات معارضة.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦٤

المفهوم عرفا من روايات دخل القبض في الملك في بيع الصرف هو عدم وجوب الوفاء بالقبض و الإقباض.

و قد تقول: إن هذا الاستظهار مخصوص بالصرف دون السلم لأنّ شرط القبض في السلم كان بالإجماع لا بنصّ كي نستظهر من النص ذلك إلّا إذا فرض لمعقد الإجماع ظهور من هذا القبيل.

و لكن الظاهر انّ السبب في هذا الاستظهار ما مضى من أنّ عقد البيع ليس مفاده الالتزام بالتملك و أنّ مفاده ذات التملك فدلّل الوفاء به ينصرف عمّا قبل حصول الملك.

و هذه النكته ثابتة حتى في السلم الذي كان دليل شرط القبض فيه هو الإجماع لا النص إذ لو ثبت شرط القبض لحصول الملك و لو بالإجماع انصرف دليل الوفاء بالعقد الذي لم يكن مفاده إلّا التملك دون الالتزام إلى ما بعد حصول الملك.

و الآن تأتي إلى مناقشة أصل البحث الذي دار بين المحقّق النائيني و السيد الخوئي فنقول:

انّ ما ذكره السيد الخوئي من أنّ الأمر بالوفاء بالعقد أمر وضعي و ليس تكليفيا و إلّا لزم تزلزل العقد و بالتالي لم يجب الوفاء به و إذا كان كذلك فهو راجع إلى الأثر الوضعي للعقد و هو الملكية فلا يمكن ان يأتي قبل حصول الملك أمر غريب، فإنّ معنى كونه أمرا وضعيا كونه إرشادا إلى لزوم العقد و عدم تزلزله و عدم إمكانية فسخه و هذا أمر معقول قبل حصول الملك فلزوم العقد قبل الإجازة رغم عدم حصول الملك معناه ان قابليته للحقوق الإجازة لا تنتفي بالفسخ و تزلزله يعني أنّها تنتفي بالفسخ فالأثر الوضعي للعقد قبل الإجازة عبارة عن قابليته للحقوق الإجازة و من الممكن وجوب الوفاء به وضعا بلحاظ هذا الأثر.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦٥

أمّا هل ان أوفوا بالعقود أمر تكليفي أو أمر وضعي؟ فالظاهر أنّه أمر تكليفي مستلزم للأمر الوضعي و معنى الوفاء بالعقد هو العمل بآثار العقد و الذي هو أمر مقدور و ليس معنى الأمر بالوفاء بالعقد الأمر بعدم الفسخ كي يقال: إنّ هذا يستلزم إمكانية الفسخ و تزلزل العقد و الأمر التكليفي بالعمل بآثار العقد يدل على لزوم العقد الذي هو أمر وضعي إذ لو كان متزلزلا لصحّ فسخه و بالتالي لم يجب العمل بآثاره بعد الفسخ و لا مبرر هنا للعدول عن الظهور الأولى للأمر في كونه تكليفيا.

و على أية حال فاعتراضنا على السيد الخوئي بإمكانية الأمر الوضعي باللزوم قبل حصول الملك لا يعني قبولنا لكلام المحقّق النائيني رحمه الله القائل بشمول دليل الوفاء بالعقد للأصيل حتى على النقل لتامية العقد من طرف الأصيل فلا أقلّ من أنّ هذا يرد عليه الإشكال الثاني من إشكالي السيد الخوئي و هو انّ العقد متقوم بالطرفين فكما لم يتحقّق بالنسبة للمالك الآخر كذلك لم يتحقّق بالنسبة للأصيل نعم تحقّق العقد بين الأصيل و الفضولي و لكن لا احترام لهذا العقد.

و هذا الكلام يتم حتى على الكشف فنحن لا نساعد السيد الخوئي في اختصاص هذا الكلام بفرض النقل و ذلك لما مضى منّا في ردّ الوجه الثالث من وجوه التفصيل بين الكشف و النقل، من أنّنا حتى لو فسّرنا الكشف بمعنى الكشف عن تمامية السبب بشروطه لا بمعنى الشرط المتأخّر فأنّ ذلك يعني تمامية سبب الملك الشرعي لا حصول العقد فإنّ حصول العقد أمر تكويني و هو ربط قرار بقرار و هذا لم يحصل حسّا بين الأصيل و المالك الآخر.

بقي علينا تحقيق حال الوجه الأول من وجوه التفصيل بين الكشف و النقل في المقام و هو التمسك بغير أوفوا بالعقود من مثل قاعدة السلطنة و تجارة

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦٦

عن تراض و لا يحل مال امرء مسلم إلّا بطيبه نفسه و نحو ذلك ممّا يكون مصبّه الملك فيقال أنّه بناء على الكشف يكون الملك ثابتا من أوّل الأمر فتلك الأدلّة تمنع عن فسخه أمّا على النقل فليس الأمر كذلك لعدم ثبوت الملك من أوّل الأمر بل و كذلك الحال في أوفوا بالعقود في مثل البيع لو قلنا بشموله للأصيل قبل الإجازة فان هذا الشمول أنّما يكون على الكشف دون النقل لانّ البيع من العقود التملكية لا من العقود الالتزامية فمفاد العقد ليس عدا التملك و الوفاء و فاء بالتملك و هو لم يتم قبل الإجازة على النقل و قد تمّ على الكشف.

و تحقيق الحال في المقام: إنّ إسرء هذا البيان على أوفوا بالعقود كان متفرعا على إمكان شمول أوفوا بالعقود لأحد الطرفين دون الطرف الآخر على أساس ان الطرفية للعقد ثبتت لأحدهما دون الآخر و قد مضى انّ هذا غير صحيح لأنّ العقد متقوم بالطرفين و العقد

بين الأصيل والمجيز غير موجود قبل الإجازة حساً و بين الأصيل والفضولي موجود و لكنّه عقد غير محترم. يبقى التمسك بإطلاقات السلطنة و تجارة عن تراض و نحو ذلك ممّا يصبّ الاحترام ابتداء على الملك دون العقد و لكن الصحيح أنّ التمسك بهذه الإطلاقات فرع فرض تعلّق الإجازة و لو متأخراً و في المستقبل بالعقد، في حين ان تراجع المالك الأصيل معناه إنهاء العقد و إنهاء القرار من نفسه فحينما تأتي الإجازة لا ترى محلاً تتعلّق به و هذا معنى أنّ الإجازة في المقام من قبيل قبول القابل الذي لو جاء بعد تراجع الموجب لم يلق إيجاباً يتعلّق به و به يبطل القبول، و كذلك في المقام يرى أنّ العقد لم يبق ثابتاً في نفس الأصيل كي ترتبط به الإجازة فتلغو الإجازة لا محالة لأنّ المفهوم عرفاً من دليل نفوذ الإجازة أو كاشفيتها ان النفوذ أو الكشف يكون لإجازة متعلّقة بعقد له طرف آخر بالفعل لا بعقد زائل عن نفس

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦٧

الطرف الآخر نسخ أنّ القبول يجب ان يتعلّق بإيجاب ثابت في نفس إنسان آخر لا بإيجاب زائل عن النفس فإذا لم ترتبط الإجازة بعقد ذي طرف آخر لم تكشف عن الملك كي يتمسك بإطلاقات احترام الملك.

و هذا يكون كلمة الفصل في المقام و لا يدع مجالاً للثمرة بين الكشف و النقل بإمكان الفسخ قبل الإجازة في الثاني دون الأول. نعم نستثنى من ذلك فرضاً واحداً و هو فرض دعوى ان العقد الذي يجب الوفاء به ليس خصوص العقد الواقع بين المالكين و من في حكمهما بل يجب الوفاء حتى بالعقد الذي صدر عن الغريب من دون اذن أو توكيل شريطة وجود الرضا الباطني من قبل المالك مع إضافة إلحاق الرضا التقديري بالرضا الفعلي زائداً القول بأنّ الإجازة المتأخّرة تكشف عن الرضا التقديري حين العقد فإذا كان التكييف الفنى للكشف بهذا البيان صحّ التمسك بـ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بإطلاقات الملك بلا إشكال فأنّه لم يكن المقصود بالعقد العقد بين المالكين حتى يقال: لا- يعقل تحقّقه من أحد الطرفين فحسب لكونه متقوماً بالطرفين بل كان المقصود هو العقد بين المالك و الفضولي و كان هذا متحقّقاً بلا إشكال، و كذلك لا يرد الإشكال بأنّ الإجازة لم تلحق بالعقد الثابت لأنها حينما جاءت كان العقد زائلاً- من نفس الأصيل فإنّ الإجازة على هذا الفرض أنّما يكون دورها دور الكشف عن الرضا التقديري الثابت في وقت كان العقد ثابتاً في نفس الأصيل.

الفرع السابع- في تصرّف الأصيل في ماله الذي نقله بالعقد و كان صاحبه فضولياً

حيث قد يقال: إنّ هذا التصرف على النقل و الكشف الحكمي جائز لأنه تصرف في ملكه و على الكشف الحقيقي غير جائز لو لحقته الإجازة بعد ذلك لأنه ينكشف عندئذ أنّه كان تصرفاً في ملك الناس.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦٨

و الكلام تارة يقع في التصرف القانوني كالبيع أو العتق و اخرى يقع في التصرف الانتفاعي:

أمّا التصرف القانوني فبناء على النقل أو الكشف الحكمي الأمر فيه واضح فأنّه تصرف في ملكه و قد قلنا: إنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لم يشملها و هذا التصرف رافع لموضوع الإجازة فإنّ الإجازة و إن كانت تتعلّق بالعقد لا بالعين لكن العقد مقيد بهذه العين التي نفذ فيها تصرف آخر قبل ان ينفذ فيها ذاك العقد بالإجازة.

و أمّا على الكشف الحقيقي فإن كان قد أوقع العقد الجديد بعد ان تراجع عن العقد السابق أو كان نفس ما فعله دليلاً على التراجع و قد قلنا في ما سبق: إنّ من حقّه هذا التراجع رغم فرض الإيمان بالكشف فأيضاً الأمر واضح فأنّه بالتراجع فات محلّ الإجازة فلا يوجد أي مانع عن العقد الجديد.

و أمّا ان فعل ذلك من دون تراجع و قد قلنا في ما سبق: إنّ من حقّه التراجع رغم الإيمان بالكشف فهنا تصل النوبة إلى الوجهين اللذين سبق و أن ذكرناهما في الفرع الأول لتصحيح البيع:

الأول- ان يقال: إن هذا البائع يعطى للمشتري الحق الذي كان له في العين و هذا الحق كان في ذاك الفرع عبارة عن حق إبقاء الملك بترك الإجازة و عدم إبقائه بفعل الإجازة و هذا الوجه كما ترى لا يجرى في المقام لأن هذا الشخص أصيل فليس له حق الإجازة و إنما له حق التراجع و عدمه عن العقد بمعنى إنهاء العقد من نفسه و عدم إنهائه و هذا الحق غير قابل للانتقال إلى المشتري لأن العقد الأول ليس له وجود في نفسه كى ينهيه أو لا ينهيه.

الثاني- ان يقال: إن إطلاق الصحيحين لا يشمل المقام لاحتمال الفرق و عدم تعدى العرف و هذا الوجه ان صح هناك لم يلزم من ذلك ان يصح هنا و ذلك

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٦٩

لأن التصرف القانوني الذي صدر منه هناك كان قبل ما يكشف عن تمامية العقد و هو الإجازة فكان يقال: إن من المحتمل عرفاً منع ذلك عن لحوق ما يكشف عن تمامية العقد و هو الإجازة لأن أمر الإجازة بيده فما دام قد اختار هو ما لا يجوز له الجمع في الاستفادة بين حقه في ذاك و حقه في الإجازة بطل عنه الحق الثاني، أما هنا فحق الإجازة لم يكن بيده بل كان بيد المالك الآخر و الذي كان بيده إنما هو حق التراجع المزيل للعقد و التصرف القانوني صدر منه هنا لا قبل ما بيده مما يكشف عن تمامية العقد بل قبل ما بيده مما يزيل العقد فقد أدخل عقداً في عقد فالمناسب بناء على كاشف الإجازة عن تمامية العقد السابق هو لغوية العقد اللاحق.

و أما ان قلنا بأن التراجع لا يؤثر فسواء تراجع قبل البيع الجديد أو لم يتراجع لا يرد شيء من الوجهين لتصحیح البيع الجديد أما الأول فلأنه لم يثبت بيده حق ينقله إلى المشتري الجديد و أما الثاني فلأن نكته انصراف الصحيحين أو عدم تعدى العرف من موردهما التي عرفتها غير موجودة هنا، لما قلنا من أن الإجازة لم تكن بيده حتى يفترض احتمال العرف مانعية ما فعله عن إعماله لحق الإجازة رغم اقتضاء الإجازة في ذاتها للكاشفة.

و أمّا التصرف الانتفاعي من دون إتلاف فعلى النقل و الكشف الحكمي يجوز لأنه تصرف في ملكه و على الكشف الحقيقي ان قلنا في المسألة السابقة بحق التراجع و قد تراجع قبل التصرف أو بنفس التصرف فقد جاز، و إن قلنا بعدم حق التراجع أو لم يتراجع بالفعل فهو تصرف في ملك الغير فهو حرام واقعا و إن كان يعلم بلحوق الإجازة فالحرمة منجزه عليه و به ظهر حكم الاستيلاد.

و أما الإتلاف فعلى النقل و الكشف الحكمي فهو جائز و رافع لموضوع

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧٠

الإجازة و على الكشف الحقيقي مع فرض التراجع و نفوذه الأمر واضح و مع فرض عدم التراجع أو عدم نفوذه يكون حراماً و موجبا للضمان و لو لم يكن يعلم بلحوق الإجازة حل له ظاهراً الإتلاف و لكن يثبت الضمان عليه إذا لحقته الإجازة بعد ذلك. و قد تقول بجواز الإتلاف لعدم ثبوت الإطلاق في الصحيحين لفرض تلف المال و عدم تعدى العرف من موردهما لاحتمال الفرق و لكننا لو قلنا بذلك لانتبهنا إلى نتيجة غريبة كما ثبتنا ذلك في الفرع الثاني أيضاً و هي جواز الإتلاف مع عدم جواز التصرف الذي هو أقل من الإتلاف.

الفرع الثامن- لو مات المالك الأصيل قبل إجازة الآخر

فقد يقال: إنه بناء على الكشف الحقيقي تكون الإجازة كاشفة عن سبق الملكية فيكون البيع قد تم قبل موت المالك فيصح البيع بخلافه على النقل أو الكشف الحكمي لأن البيع لم يتم قبل موت المالك و لا معنى لتمايمته بعد موته و هذا ما نسب إلى كاشف الغطاء رضوان الله عليه.

و اعترض عليه صاحب الجواهر رحمه الله بدعوى ظهور الأدلة في اعتبار قابلية التمليك و التملك حين الإجازة و ذلك بأن يكون مالكا للمال لو لا الإجازة بل لا بد أن تكون القابلية مستمرة من حين العقد إلى حين الإجازة لأن زمان التملك مستمر من حين العقد

إلى حين الإجازة، نعم قد تشهد صحيحة أبي عبيدة الحذاء لنفوذ العقد كشفا رغم تأخر الإجازة عن موت الطرف الآخر و لكن يمكن الجمود على مورد الصحيحة و الرجوع في غيره إلى ما عرفت (١).

(١) راجع الجواهر ٢٢: ٢٩١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧١

و أورد الشيخ الأنصاري رحمه الله عليه بان مقتضى ظهور بعض روايات صحّة الفضولي و صريح بعضها عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة و أورد نقضا أيضا على كلام صاحب الجواهر و كأنه نقض على جزء من كلامه و هو قوله: إن التملك مستمر من حين العقد إلى حين الإجازة فيجب ان يستمر شرط القابلية من حين العقد إلى حين الإجازة، و النقض هو أنه لو فرضنا أنه وقع عقد ثان على المال المنتقل إلى أحدهما فضوله بان باعه من انتقل إليه من شخص ثالث فهذا العقد الثاني قد صرحوا بأنه يصح بإجازة العقد الأول و هذا يعنى على الكشف ان هذا المال كان قد انتقل إليه بعقد الفضولي و لكن لم يبق على ملكه بل انتقل بعد ذلك إلى غيره بالبيع الجديد فلم يكن الملك مستمرا من حين العقد إلى حين الإجازة.

و فسّر السيد الخوئي دعوى الشيخ لظهور بعض الأخبار في عدم اعتبار استمرار الحياة بانّ الظاهر ان المقصود بذلك إطلاقات روايات الاتجار بمال اليتيم (١) و روايات تخلف العامل المضارب عن الشرط (٢) فإنها تشمل بالإطلاق فرض موت المالك الأصلي و فسّر دعواه لصراحة بعض الأخبار في ذلك بانّ الظاهر ان المقصود هو رواية ابن اشيم (٣) حيث فرض فيها موت الأصيل و ردّ العبد إلى الورثة لو أقاموا البيئته (٤).

أقول: إن هذا التفسير الأخير غريب فإنّ رواية ابن اشيم لم يفرض فيها

(١) راجع الوسائل ٦: ٥٧، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، و ١٢: ١٩٠، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، و ١٣: ١٨٩، الباب ١٠ من كتاب المضاربة، و ٤٧٨، الباب ٩٢ من كتاب الوصايا.

(٢) راجع الوسائل ١٣: ١٨١-١٨٣، الباب ١ من كتاب المضاربة.

(٣) راجع الوسائل ١٣: ٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

(٤) راجع المحاضرات ٢: ٣٦٧، و مصباح الفقاهة ٤: ١٦٥-١٦٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧٢

موت أى واحد من الطرفين و أنّما الميت فى مورد الرواية هو الذى دفع المال إلى العبد ليشتري له عبدا و يعتقه و لو بقى حيا لما كانت المعاملة فضولية و أنّما أصبحت فضولية لأنه تأخر الشراء إلى ان مات صاحب المال فانتقل المال إلى الورثة.

فأصبح الشراء فضوليا للورثة و الظاهر انّ نظر الشيخ رحمه الله إلى صحيحة الحذاء الواردة فى تزويج الصغيرين و أمّا قول الشيخ بعد ذلك: «مضافا إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذى يصلح ردّا لما ذكر فى الثمرة الثانية...» فلا يدلّ على أنّ نظر الشيخ سابقا كان إلى رواية ابن اشيم كى لا يتحد المضاف و المضاف إليه و ذلك لأنّ الظاهر ان نظره فى هذه الإضافة رفع الإشكال عن الثمرة الثانية يعنى بها مورد انسلاخ العين عن القابلية هذا، و قد نفت السيد الخوئي بعد صفحات إلى اجنبية رواية ابن اشيم عن المقام (١).

و على أى حال فقد أجاب السيد الخوئي عن الحل بانّ روايات الاتجار بمال اليتيم و روايات العامل المضارب المتخلف عن الشرط اجنبية عن بحث الفضولي و ذكرها الشيخ فى المقام كتأييد (٢).

و أمّا النقض فقد أجاب عليه فى المحاضرات بانّ قياس ما نحن فيه بفرض ورود البيع على المال قبل الإجازة قياس مع الفارق ففرق بين سقوط قابلية الملك بالموت و سقوطها بنفس الإجازة، فإن كان الأوّل مانعا عن طرؤ الإجازة فهذا لا يعنى الالتزام بمانع الثانية

أيضا عن طرؤ الإجازة ففي الثاني يتلقى المشتري الملك من المشتري الأول و هكذا و هذا ممّا لا إشكال فيه «٣».

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٧١، و مصباح الفقاهة ٤: ١٩٤.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٦٧، و مصباح الفقاهة ٤: ١٨٦.

(٣) المحاضرات ٢: ٣٦٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧٣

أقول لو حذف هذا الذيل من ردّه على النقص لكان أفضل لأنّ ما ذكره من تلقى المشتري المال من مالكة السابق ثابت في ما نحن فيه أيضا فالإجازة لو كشفت فهي تكشف عن أنّ كلّ واحد منهما قد تلقى المال قبل موت الأصيل من مالكة السابق و لعلّ هذه زيادة في عبارة التقرير غفلة.

و أما في المصباح «١» فكأنّه حمل نقض الشيخ على صدر كلام صاحب الجواهر الذي ذكر فيه ضرورة كون المالك الأصيل حين الإجازة باقيا على مالكيته للمال لو لا الإجازة كي يكون قابلا للتملك و التملك فأجاب عليه بأنّ الملكية اللوائية أي لو لا الإجازة ثابتة في مورد النقص بخلاف فرض الموت فلا مورد للنقص و هذا الجواب على تقدير حمل كلام الشيخ على هذا المعنى متين إلّا أنّ هذا الحمل بعيد.

أمّا تقييم كلام صاحب الجواهر رحمه الله فما ذكره في ذيل كلامه من كون التملك مستمرا من حين العقد إلى حين الإجازة ان قصد به تقبل الملك فهو في آن واحد و ليس مستمرا فلتكن شرائط التملك ثابتة في ذاك الآن، و ان قصد به ثبوت الملك فاستمراره في فترة من الزمن و عدم استمراره يتبع شرائط الملك لا شرائط التملك بمعنى شرائط تقبل الملك و نحن كلامنا في هذا الفرع أنّما هو في شرائط التملك، و آن التملك على الكشف أنّما هو حين العقد و المفروض أنّه كان حينًا حال العقد نعم بموته يبطل استمرار الملك فيجب ان نعرف لما ذا يفترض تأثير ذلك على بطلان التملك؟

و أمّا ما ذكره في صدر كلامه من دعوى ظهور الأدلّة في اشتراط ثبوت القابلية حين الإجازة فهي أيضا دعوى لا نعرف لها مستندا و لا مبررا.

(١) مصباح الفقاهة ٤: ١٨٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧٤

ثم انّ السيد الخوئي اختار في المقام «١» بطلان الثمرة لأننا لو فرضنا أنّ صحّة بيع الفضولي على خلاف القاعدة ففرض الموت خارج عن القدر المتيقن و الظاهر في مثل رواية عروة البارقي و صريح صحيحة محمد بن قيس هو حياة المالك فمع الموت لا دليل على صحّة الفضولي سواء قلنا بالكشف أو النقل، و لو فرضنا أنّ صحّة بيع الفضولي مطابقة للقاعدة و مستفادة من نفس إطلاقات العقود فالإطلاقات ثابتة في المقام سواء قلنا بالكشف أو النقل غاية الأمر أنّه بناء على النقل نكون بحاجة إلى إجازة الورثة أيضا.

أقول: إنّ هذا الكلام اعتراف بالثمرة في ثوب الإنكار فإنّ الذي ينبغي أن يكون هو المقصود لمدعى الثمرة هو البطلان على النقل بمعنى ان إجازة الطرف الآخر لا تكفي في صحّة البيع لأنّ المالك الأصيل الذي كان المفروض أن يكون طرفا له في المعاملة قد مات و هذا بخلاف فرض الكشف لأنّ الكشف يعني تمامية النقل و الانتقال في حال حياته، و أمّا قابلية العقد للتصحيح بإدخال إجازة جديدة في الحساب و هي إجازة الوارث فلا تنفي الثمرة في المقام.

و على أيّة حال فعمل مقتضى القاعدة في المقام هو البطلان حتى على الكشف لأنّ الموت يعدم القرار و العقد من نفس المالك فلا ترتبط الإجازة بعقد موجود كي يصبح المالك الآخر بالإجازة مرتبطا بواسطة الانتحال بعقد يكون طرفه الآخر المالك الأصيل.

نعم لا نمانع من ان تحصل الإجازة من الورثة أيضا و ترتبط كلتا الإجازتين بالعقد السابق إذ بذلك يصبح كل من الورثة و المالك الآخر طرفين للعقد بالانتحال و يحیی ذلك العقد بهما و قد قلنا إن هذا خارج عن نطاق القول بالبطلان.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٦٧-٣٦٨، و مصباح الفقاهة ٤: ١٨٦-١٨٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧٥

يبقى ان نرى هل يوجد دليل خاص على الصحة و عدم مضرية موت الأصيل أو لا؟

و قد اشير في ثنايا الكلام إلى النصوص التي يمكن ان تجعل دليلا على ذلك و هي ما يلي:

١- صحیحة أبي عبيدة الحذاء حيث فرض فيها موت الزوج قبل بلوغ الزوجة و إمضاءها للعقد.

و قد يبدي فيها احتمال خصوصية المورد لما مضى منّا من أنه لا ملازمة بين النكاح و العقود المالية في التوسيع أو التضيق فكما لا يدل تصحيح النكاح الفضولي على صحة العقد المالي الفضولي كذلك لا يدل توسيع نطاق صحته لما بعد موت أحد الطرفين إلى وجود نفس هذه السعة في العقود المالية.

٢- روايات الاتجار بمال اليتيم و روايات تخلف العامل المضارب عن بعض الشروط.

و قد مضى منّا في محله ان روايات الاتجار بمال اليتيم لا تدلّ على صحته بيع الفضولي بالإجازة المتأخرة من قبل اليتيم حينما يكبر أو من قبل وليه بل من المحتمل فيها ان الشارع بنفسه تصدى لتصحيح البيع في صالح اليتيم و لو لم تلحقه الإجازة. و مضى منّا أيضا في محله ان روايات العامل المضارب ان تمت دلالتها على صحته بيع الفضولي فمن المحتمل اختصاصها بموردها و لا يجوز التعدّي من موردها إلى مطلق الموارد اذن ففي سائر الموارد يكون الدليل على صحته بيع الفضولي غير هذه الروايات ممّا لا إطلاق لها لفرض موت الأصيل.

الفرع التاسع- لو ارتدّ الأصيل فطريا و كان ما انتقل عنه عينا لا كليا في الذمة

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧٦

فعلى الكشف صحّ العقد و انتقل العوض إلى ورثته و على النقل بطل العقد لان العين خرجت عن ملكه قبل تمامية النقل و يختلف هذا الفرع عن الفرع السابق في أن القرار لم يزل قبل الإجازة من نفس الأصيل.

أمّا لو ارتدّ المجيز فطريا قبل الإجازة فلا يبعد القول ببطلان إجازته حتى على الكشف فأنه و ان أمكن القول بالدقة بان إجازته كشفت من انتقال ماله إلى الأصيل قبل انتقاله إلى الورثة بالارتداد و لكنّه لعلّ العرف يفهم من دليل حجره عن أمواله و رجوعها إلى الورثة حجره عن الإجازة.

و كذلك موارد الحجر الحقيقيه فلو سفه الأصيل أو أفلس و حجر على أمواله نفذت إجازة المجيز على الكشف و تمّ الحجر على ما انتقل إلى الأصيل لا على ما انتقل عنه و لكن لو سفه المجيز أو أفلس و حجر على أمواله كان ذلك مانعا عن نفوذ إجازته و لو كان الحجر بمثل الجنون الذي ينهي أصل القرار من صفحة النفس اتجه البطلان على الإطلاق من دون فرق بين طرف المجيز و طرف الأصيل و من دون فرق بين النقل أو الكشف.

و لو ارتدّ الأصيل الذي نقل إليه العبد المسلم أو المصحف قبل الإجازة ارتدادا مليا أو كان ارتدادا فطريا على شرط كون عوض العبد أو المصحف كليا في ذمته كي لا- يرد في فرض النقل إشكال الانتقال إلى الورثة فبناء على الكشف صحّ البيع و انتقل العبد و المصحف إلى الورثة في الفطري و يجبر على بيعهما في الملى و بناء على النقل بطل البيع.

أمّا لو ارتدّ المجيز قبل الإجازة مليا أو ارتدّ فطريا مع كون ما عليه من العوض كليا في ذمته و كان المفروض انتقال المصحف أو العبد

المسلم إليه بالعقد الفضولي فلا يبعد القول بطلان إجازته حتى على الكشف بدعوى أن دليل حجره

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧٧

عن شراء العبد المسلم و المصحف يفهم منه عرفا حجره عن هذه الإجازة.

الفرع العاشر- لو تلفت العين أو صارت بحكم التالف

فعلى النقل بطل العقد و على الكشف صح العقد و لكن إن كان القبض لم يتم بعد فقد دخل في تلف المبيع قبل قبضه فان قلنا في ذلك بطلان العقد فقد بطل العقد و إن قلنا فيه بالخيار ثبت الخيار هنا في حالتين: الاولى إذا كان التالف ما كان المفروض انتقاله إلى الأصيل و الثانية ما إذا كان التالف ما كان المفروض انتقاله إلى المجيز و المجيز لم يكن مطلعاً على تلفه. أما إذا كان التالف ما كان المفروض انتقاله إلى المجيز و المجيز كان مطلعاً على التلف فهنا لا معنى للخيار لا قبل الإجازة و لا بعد الإجازة، أما قبل الإجازة فلائ له ان لا يجيز و مع عدم الإجازة لا تنكشف صحه البيع و أما بعد الإجازة فلائ إجازته رضا بالأمر الواقع.

و بالإمكان ان يقال: إنه يبطل البيع إذا كان التلف قبل القبض مطلقاً حتى على الكشف لأنه يكون عرفاً أكلاً للمال بالباطل لأن زمان استقرار البيع هو زمان عدم وجود مقابل للثمن و عدم قبضه و إن كان بالدقّة العقلية ليس كذلك لأن الإجازة تكشف عن حصول النقل في زمان وجود ما يقابل الثمن.

و قد استشهد الشيخ الأنصاري رحمه الله على كون مجرد التلف غير موجب للبطلان تارة بصحيحة الحداء باعتبار ان الزوجين في النكاح بمنزلة العوضين في البيع فموت أحدهما يكون بمنزلة تلف أحد العوضين و اخرى بروايه عروة البارقي باعتبار عدم استفسار النبي صلى الله عليه و آله عن حياة الشاة أو موتها أو ذبحها «١».

و اعترض عليه السيد الخوئي باحتمال الخصوصية في مورد صحيحة الحداء و عدم إمكان التعدي من النكاح إلى البيع و بان احتمال موت الشاة أو ذبحها في

(١) راجع المكاسب ١: ١٣٥، حسب طبعة الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧٨

تلك الفترة القصيرة بعيد إلى حد الاطمئنان بالخلاف ثم هو خلاف الاستصحاب مع أن ذبحها لا يسقطها عن الملكية أو المالية «١».

و أمّا الإشكال على الثمرة بأن التلف قبل القبض يوجب البطلان فلا يبقى فرق بين الكشف و النقل في المقام فقد أجاب عليه السيد الخوئي بإمكانية فرض حصول القبض ببعض الوجوه «٢».

ثم ان الشيخ رحمه الله الحق بالتلف عروض النجاسة على العين مع ميعانه بناء على مانعية ذلك عن البيع «٣».

و اعترض عليه السيد الخوئي بعد حمل كلامه على إرادته- ان النجاسة تبطل الملكية- بأن النجاسة لا تبطل الملكية و يمكن للمالك الاستفادة من النجس بمثل الاستصباح غاية ما هناك افتراض كون النجاسة مانعة عن البيع فينبغي ان يجعل هذا مثال لفقدان بعض شرائط صحه البيع قبل الإجازة لا مثالا لسقوط أحد المالكين من الملكية «٤»، و لكن الواقع أنه لا- يوجد في عبارة المكاسب ما يشعر بكون مقصود الشيخ رحمه الله السقوط عن الملكية و أمّا المقدار المفهوم من العبارة هو السقوط عن القابلية للنقل، و عبارة المصباح هنا «٥» أكثر إنصافاً من عبارة المحاضرات حيث ذكر أنه ان أراد الشيخ مجرد السقوط عن قابلية النقل لا يرد عليه شىء.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٧٢، و مصباح الفقاهة ٤: ١٩٤-١٩٥.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٧٠، و مصباح الفقاهة ٤: ١٩١-١٩٢.

(٣) راجع المكاسب ١: ١٣٥، بحسب طبعة الشهيدى.

(٤) راجع المحاضرات ٢: ٣٧١.

(٥) راجع مصباح الفقاهة ٤: ١٩٢-١٩٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٧٩

الفرع الحادى عشر- لو كانت قابلية التملك و التملك منتفياً حين العقد و ثابتة حين الإجازة

كما لو كان سفيها فأصبح رشيدا أو كان كافرا اشترى المصحف أو العبد المسلم فأصبح مسلما أو كان شرط من شروط صحة العقد منتفيا حينه ثم تحقق الشرط قبل الإجازة كما لو باع الأثمار قبل بدو صلاحها ثم بدا صلاحها فقد يجعل هذا ثمرة من ثمرات الكشف و النقل، بدعوى أنه بناء على الكشف تبطل المعاملة لأن الإجازة تريد ان تكشف عن حصول النقل و الانتقال فى وقت لم تكن القابلية أو لم يكن الشرط موجودا فيتعين البطلان، أما بناء على النقل فالأثر إنما يكون فى حين ثبوت القابلية أو الشرط فتتجه الصحة. و أقل ما يرد على هذا البيان هو أنه لو كان المقياس لتمامية المعاملة ثبوت الشروط حين حصول النقل و الانتقال لتوقف حصول ذلك على تلك الشروط فانتفاء الشروط فى أول العقد لا يوجب على الكشف عدم تأثير الإجازة نهائيا و إنما يوجب عجز الإجازة عن نفوذ أثرها فى عمود الزمان قهقرايا إلى حين فقدان الشرائط فتتخذ بقدر ما تستطيع ان تنفذ أى تنفذ قهقرايا إلى أول آتات تواجد الشرائط. و يرى الانصارى رحمه الله: ان هذه الثمرة بين الكشف و النقل غير تامية لأن معنى نفوذ الإجازة على النقل ليس هو الاستغناء عن شروط صحة العقد أو القابلية حين العقد، و إنما معناه ان النقص الذى كان حين العقد و هو فقدان الرضا و الاذن يتدارك بالإجازة المتأخرة مع الفراغ عن واجدية العقد لباقي الشروط، ففقدان أى شرط من الشروط الاخرى يؤدى إلى بطلان العقد سواء قلنا بالكشف أو النقل «١».

(١) راجع المكاسب ١: ١٣٥، بحسب طبعة الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨٠

أقول: الصحيح هو التفصيل فى المقام لأن الشروط ليست على حد سواء و على كل تقدير لا تصح هذه الثمرة فقد يتجه البطلان مطلقا و قد تتجه الصحة مطلقا أى سواء على الكشف أو النقل.

و توضيح التفصيل: ان الشرط قد يكون مقوما لأصل الإيجاب أو القبول كالعقل فلو كان الأصل الذى كان طرفا للعقد مجنونا فمن الواضح ان ذلك يعنى عدم تحقق العقد فيبطل على كل تقدير و لعل من يقول بالثمرة لا ينظر إلى هذا الفرض لأن سلب الثمرة فى هذا الفرض سلب بانتفاء موضوع الكلام و هو عقد الفضولى، و قد يكون وفق الارتكاز مقوما لصحة الرضا لا لأصل العقد كما فى الرشد أو فى جنون المالك الذى أوقع العقد عنه الفضولى ثم عقل قبل الإجازة فهنا تكون تمامية العقد بحاجته إلى الإجازة من قبل من كان فاقدا للقابلية ثم وجدها و قد يكون الشرط وفق الارتكاز مقوما للعين كما فى الخمر و النخل لو قلنا بأنهما عرفا متباينان و هنا يبطل العقد و يجب تجديده، لأن ما وقع عليه العقد غير قابل لنفوذ العقد عليه و ما يمكن نفوذ العقد عليه لم يقع عليه عقد و لعل هذا أيضا خارج من مقصود صاحب الثمرة.

و أما ما عدا ذلك من الموانع أو فقدان الشروط أو القابلية كشروط العوضين كالطهارة أو كونه ملكا طلقا كما لو كان أحد العوضين وقفا ثم خرج عن الوقفية بأحد المستثنيات، و كذا لو كانت أم ولد ثم مات ولدها و كذلك لو كان مشتري المصحف أو العبد المسلم كافرا ثم أسلم و ما إلى ذلك فهذا كله شرط لتمامية العقد بلحاظ زمان حصول النتيجة و هى النقل و الانتقال فيكفى تجددته على النقل و على الكشف و تكشف الإجازة عن حصول النقل و الانتقال من حين تجددته.

و مثل السيد الخوئي لفقدان شرط المائيه ثم تجددتها قبل الإجازة ببيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع بدو صلاحها قبل الإجازة و بانقلاب الخمر خلًا و جعل

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨١

الأول مثالا- للمالية العرفية و الثاني مثالا- للمالية الشرعية و قال فيهما بالبطلان لأن ما وقع عليه العقد مابين عرفا أو شرعا لما وقعت الإجازة عليه «١».

أقول: لا- يخفى ان مجرد دخل وصف في المائيه لا- يلانزم التغير بين ما وقع عليه العقد و ما وقعت عليه الإجازة، و لو تم ذلك في فرض دخله في المائيه عرفا لم يتم في فرض دخله فيها شرعا.

على أن عدم بدو الصلاح لا يعنى عدم مائيه الثمرة و أنما يعنى عدم وجود المال و لو كان عدم المائيه يوجب التغير فمن الواضح ان عدم وجوده لا يوجب التغير.

الفرع الثاني عشر- قد يقال في أحكام النذر و اليمين و الالتزام في ضمن عقد لازم و ما إلى ذلك بظهور الثمرة على الكشف و النقل.

و فضيل السيد الخوئي بين ما إذا كان الحكم مترتباً على الملك فقط فهنا تبرز الثمرة فإن الحكم عندئذ يثبت من حين ثبوت الملك الذى فرض اختلافه بحسب الكشف و النقل، أما لو كان الحكم مترتباً على الملك و جواز التصرف دون الملك وحده كما فى تعلق الزكاة بالمال فيما أنه قبل الإجازة لا يجوز له التصرف ظاهراً فلا تعلق الزكاة بماله حتى على الكشف نعم لو باع العين الزكوية فعدم تعلق الزكاة بما باع و خروجه عن حساب النصاب قبل الإجازة يتوقف على الكشف «٢».

الفرع الثالث عشر- فى الخيار و حق الشفعة و مجلس الصرف و السلم

فمبدأ خيار الحيوان يختلف باختلاف الكشف و النقل و لا- يبعد القول بان ذلك يختص بما إذا كان من انتقل إليه الحيوان هو الأصل، أما إذا كان هو المجيز فحتى على

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٧٤، و مصباح الفقاهة ٤: ١٩٦-١٩٧.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٧٥، و مصباح الفقاهة ٤: ٢٠٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨٢

الكشف لا يثبت له خيار الحيوان قبل الإجازة لأنه قبل الإجازة ليس طرفاً لعقد البيع أصلاً فينصرف عنه دليل الخيار بل قد يسرى هذا الكلام إلى الأصل أيضاً لأنه لم يكن قبل الإجازة طرفاً لعقد البيع مع المجيز أو قل أن العقد لم يكن بعد مستقراً له خصوصاً إذا قلنا بان له حق التراجع عن العقد قبل إجازة المجيز.

و أمّا خيار المجلس فهل العبرة فيه بمجلس العقد أو بمجلس الإجازة؟ ذكر المحقق النائيني رحمه الله «١»: أن مجلس العقد لا اعتبار به حتى على الكشف بناء على أن الإجازة لها نوع تأثير و لو على نحو الشرط المتأخر و ذلك لأن العقد اذن لم يتم بعد حتى يثبت خيار المجلس نعم لو فرض القول بأن الإجازة ليست لها عدا مجرد الامارية البحتة على تمامية العقد منذ البدء صح القول بثبوت خيار المجلس فى مجلس العقد، أما على سائر الأقوال فللإجازة دخل فى تأثير العقد فلا وجه لثبوت الخيار فى مجلس العقد و كذلك لا اعتبار بمجلس الإجازة حتى على النقل لأنه ليس هو مجلس العقد فيشكل اذن ثبوت خيار المجلس إلما إذا اتصل مجلس العقد بمجلس الإجازة.

و أورد عليه السيد الخوئي بان خيار المجلس أنما ثبت لعنوان البيع و هذا العنوان أنما يصدق لدى الإجازة فالعبرة بمجلس الإجازة

سواء قلنا بالنقل أو الكشف «٢» هذا ما ورد في المحاضرات، و أما في المصباح ففصل بين الكشف و النقل بفرض صدق عنوان البيع عليهما من حين العقد على الكشف و عدم صدقه إلّا من حين الإجازة على النقل «٣».

(١) راجع منية الطالب ١: ٢٥١-٢٥٢، و تقرير الشيخ الآملي ٢: ١١٥.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٧٦.

(٣) راجع مصباح الفقاهة ٤: ٢٠١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨٣

أقول: ما في المحاضرات أولى ممّا في المصباح.

و أما شرط القبض في مجلس الصرف و السلم فذكر فيه أيضا حسب ما في منية الطالب: أنّه لا يمكن الالتزام بشرط القبض في مجلس العقد حتى على الكشف لعدم تمامية العقد و لا الالتزام بشرط القبض في مجلس الإجازة حتى على النقل لأنّه ليس مجلس العقد و الالتزام ببطلان الفصولي في الصرف و السلم أشكل «١»، و جاء في تقرير الشيخ الآملي: أنّه إن لم يتحد مجلس العقد و الإجازة في الصرف و السلم ففي الحقيقة لم يثبت لنا مجلس العقد و لا دليل عندئذ على شرط القبض لأنّ الدليل أنّما اقتضى شرط القبض فيهما في مجلس العقد و لما لم يكن مجلس للعقد فمقتضى إطلاق أدلّة العقود صحّة المعاملة بلا اشتراط القبض «٢».

أقول: لا يبعد القول بأنّ ظاهر ما ورد في الصرف هو مبطلية الافتراق قبل القبض و لعلّ هذا انساب بالعاقدين بمعنى مجري الإيجاب و القبول و لا علاقة له بالمالكين و لا يختلف الأمر في ذلك بين الكشف و النقل.

و أمّا حقّ الشفعة ففيه فرعان:

الأوّل- أنّه قد يقال: إنّ حقّ الشفعة يحصل لدى العقد على الكشف و لدى الإجازة على النقل و هنا ذكر أيضا المحقق النائيني في منية الطالب: أنّ ثبوت حقّ الشفعة بمجرد العقد مشكل حتى على الكشف لعدم تمامية العقد و ثبوته لدى الإجازة أشكل حتى على النقل لأنّ الإجازة ليست عقدا «٣».

(١) راجع منية الطالب ١: ٢٥٢.

(٢) راجع تقرير الشيخ الآملي ٢: ١١٥.

(٣) راجع منية الطالب ١: ٢٥٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨٤

أقول: إنّ حقّ الشفعة من آثار انتقال حصّة الشريك لا من آثار مجرد العقد فيتّجه التفصيل في زمان بدء حقّ الشفعة بين الكشف و النقل.

و جاء في تقرير الشيخ الآملي رحمه الله «١» بيان الثمرة بشكل آخر و هو أنّه بناء على فوريّة حقّ الشفعة يسقط الحقّ على الكشف حيث لم يعمل حقّه لعدم علمه بأنّه سيتمّ البيع بالإجازة فلدى الإجازة لا يبقى له حقّ لسقوطه بالتأخير و لكن على النقل يكون له حقّ الشفعة لدى الإجازة لعدم التأخير ثم أجاب على ذلك بأنّ فوريّة الأخذ بحقّ الشفعة أنّما تعنى عدم التواني في الأخذ بها بعد العلم بها موضوعا و حكما على أساس كاشفية التواني في الأخذ بها عن الرضا أمّا إذا أخر الأخذ بها لدى العقد من باب عدم علمه بأنّه ستلحقه الإجازة فهذا ليس كاشفا عن الرضا و لا مسقطا للحق.

الثاني- لو باع فضوليّ حصّة أحد الشريكين من زيد ثم باع قبل الإجازة الشريك الآخر حصّته من عمرو ثم أجاز الشريك الأوّل بيع حصّته فقد قالوا إنّ على الكشف يكون حقّ الشفعة لزيد لأنّه الشريك مع الشريك الآخر قبل البيع الجديد و على النقل يكون حقّ

الشفعة لعمر و لأنه أصبح شريكا مع الشريك الأول قبل الإجازة.

تنبيهات:

و في خاتمة بحث الكشف و النقل ننبه على امور:

الأمر الأول- لو تخلل بين العقد و الإجازة الردّ

فإن كان الردّ من قبل المجيز بان ردّ ثم أجاز فهذا ما مضى منّا بحثه في ذيل صحيحة محمد بن قيس من روايات صحّة الفضولي، و حاصل الكلام: أنه لا أثر لردّه فإنّ الشيء المعقول

(١) راجع تقرير الأملى ٢: ١١٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨٥

تأثيره عرفا هو كون الردّ ماحيا حقيقته للقرار من النفس و هذا يعقل في تراجع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل فيكون ذلك مانعا عن لحوق القبول بالإيجاب و ارتباطه به لأنّه انمحي من نفس الموجب و لا- يعقل في ردّ القابل قبل قبوله أو المجيز قبل إجازته فإنّ الذى وقع أنّما وقع في نفس غيره و لا يستطيع هو أن يمحيه حقيقته، و مجرد إنشاء الردّ أو إظهار الكراهة لا يحتمل العرف بعرفيته تأثيره في المقام.

و أمّا إن كان الردّ من قبل الأصيل بمعنى تراجعه عن إيجابه مثلا فلا إشكال في تأثيره بمعنى منعه عن لحوق الإجازة بالعقد ما دام هو متراجعا عن العقد و أنّما الكلام في أنّه هل بإمكانه ان يمضى مرة اخرى ما تراجع عنه أو لا؟

و ليس إمضاؤه إيجابا جديدا لأننا لا نتكلم في العقد الذى هو عبارة عن مجرد التعهد أو عن مجرد الاذن حتى يكون الإمضاء تعهدا جديدا أو إذنا جديدا، لأنّ إجازة المجيز أيضا إذا كانت عبارة عن التعهد في عقد عهدي أو الاذن في عقد اذنى فهي إيجاب أو قبول جديد و لا- معنى لإدخالها في مشكلة إجازة العقد الفضولى و أنّما نتكلم في العقود التى تكون عبارة عن خلق انتقال المال في عالم الاعتبار لا عن التعهد بنقله و لا نقول بما يقول الفقه الغربى من أنّ البيع تعهد بالنقل و عندئذ يكون مفهوم الإجازة مغايرا لمفهوم العقد و إمضاء لما يتحصّل من مجموع الإيجاب و القبول لا إيجابا أو قبولا خالقا للنقل و الانتقال في عالم الاعتبار، و ما دام العقد متحصّلا سابقا بين الأصيل و الفضولى و لم يختل منه شيء عدا فقدان رضا الأصيل بعد ذلك و تراجعه فليس إمضاؤه لذاك العقد مرة اخرى بعد ذلك عرفا إلّا كإجازة المجيز فيحكم بالصحة، و على الكشف ترتّب الآثار من حين العقد لا من حين الإمضاء الجديد من قبل الأصيل.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨٦

الأمر الثانى- قبض العوضين فى المعاملات تفترض له عدّة آثار:

١- إنهاء الضمان الثابت على المالك الأوّل على أساس قاعدة ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه

أى ان قبضه يكون بمعنى تحقّق الغاية الثابتة لهذه القاعدة فينتفى الضمان لا محالة و هذا الأثر ليس مشروطا بكون قبض المالك الثانى للمال برضا المالك الأوّل.

٢- تصحيح المعاملة فى مثل الصرف و السلم أو عدم انفساخه بالافتراق

و هذا قد يقال عنه باشرط كون القبض فيه برضا المالك الأوّل.

٣- انطباق الكلّي على الفرد

كما لو باع صاعا من البرّ بنحو الكلّي في الذمّة أو بنحو الكلّي في المعين فانطباقه على صاع خارجي يكون بالقبض بقصد التطبيق من كلا الطرفين.

و بعد ذلك يقع الكلام في أنه في باب المعاملة الفضولية هل القبض أيضا يمكن تصحيحه بالإجازة أو لا؟ فضيل الشيخ الانصاري رحمه الله بين هذه الآثار الثلاثة و ذكر انّ العوض إن كان شخصا كانت الإجازة المتأخّرة من قبل المالك الجديد لقبضه مصحّحة للأثر الأوّل على القاعدة لأنّ تلك الإجازة بالنسبة للأثر الأوّل تعني إسقاط ضمان المال عن عهده المالك الأوّل و من حقّه هذا الإسقاط و كانت الإجازة المتأخّرة من قبل المالك الأوّل مصحّحة للأثر الثاني على القاعدة أيضا، لأنّ تلك الإجازة تعني رضا المالك بالقبض بقاء و كون القبض برضا المالك الأوّل و لو بقاء كاف في ترتيب أثر القبض بالرضا و اما إذا كان العوض كليًا فتطبيقه على الفرد بتصحيح القبض بالإجازة بحاجة إلى دليل معممّ لحكم عقد الفضولي لمثل القبض و الإقباض و هو مشكل (١).

(١) راجع المكاسب ١: ١٣٦، بحسب طبعة الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨٧

و أورد عليه السيد الخوئي في المحاضرات بانّ الأثر الثاني و إن كان واضح الثبوت لأنّ موضوع الأثر هو القبض المقترن بالرضا و هو يحصل متى ما لحقه الرضا فانّ المفروض فيه انّ القابض هو المالك الجديد و العيب كان في عدم رضا المالك الأوّل و قد حصل الرضا و لكن الأثر الأوّل حاله حال الأثر الثالث فانّ المفروض فيه ان عيبه هو عدم حصول القبض من قبل المالك الجديد فتأثيره إجازة المالك الجديد لقبض الفضولي في جعل قبضه بحكم قبض المالك الجديد في إسقاط ضمان المالك الأوّل حاله حال فرض تأثيره في انطباق الكلّي على الفرد (١)، و ذكر في المصباح: انّ ضمان المالك الأوّل للمال لدى تلفه قبل قبضه لو كان بمقتضى القاعدة بشرط ضمنى صحّ القول بانّ إجازة المالك الجديد و رضاه بسقوط الضمان كاف لانتفاء الضمان، أمّا لو كان ذلك حكما تعديدا غايته قبض المالك الجديد فان ثبت ان قبض الفضولي يستند بعد الإجازة إلى المجيز ترتّب هذا الأثر الأوّل مع الثالث و إلّا لم يترتب شيء من الأثرين (٢).

أمّا ما هو الصحيح؟ فقد اختار السيد الخوئي انّ الإجازة توجب استناد القبض إلى المجيز كما اختار في عقد الفضولي انّ الإجازة توجب استناد العقد إليه فالقبض و إن كان من الامور التكوينية و ليس من الامور الاعتبارية و الإنشائية فقد يترأى أنّه لا معنى لاستناده إلى المجيز بمجرد الإجازة و لكنّه مع ذلك يكون كالامور الاعتبارية في أنّ الإجازة تكفي في استناده - حسب ما يرى السيد الخوئي - إلى المجيز، و آية ذلك أنّه لا إشكال في أنّ التوكيل و الاذن السابق كاف

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٨٥ - ٣٨٦.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٤: ٢٢٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨٨

في تصحيح القبض و استناده إلى الموكل فلو كان القبض من قبيل سائر الامور التكوينية المشروطة فيها المباشرة لما كفى الاذن السابق في ذلك فكفاية الاذن السابق تستلزم كفاية الإجازة لا محالة و لذا ترى أنّه لا يشك عرفا في أنّ المدين لو دفع الدين إلى أحد ثم اجاز الدائن ذلك لم يكن له مطالبة الدائن بعد ذلك بالمال و لو تلف (١).

ثم ذكر السيد الخوئي: ان الإجازة إنما تصح القبض في حصته المعاصرة لها بنحو النقل ولا تكشف عن صحة القبض السابق و ذكر في الفرق بينه وبين العقد الذي بنى السيد الخوئي على أن الكشف فيه ثابت وفق القاعدة ما لا يتحصل منه شيء معقول بقدر ما هو وارد في المصباح «٢» و المحاضرات «٣» و لعل المقصود رغم قصور العبارة أن البيع كان مفاده التمليك من حين العقد و إذا تعلقت به الإجازة كان متعلق الإجازة في الحقيقة هو مفاد العقد و الذي هو التمليك من حين العقد فنفوذها يعنى حصول الملك من حين العقد و لو كان العرف يساعد، لكننا نقول: إنه يجوز ان يبيع في هذا اليوم ماله من أمس بنحو تأخر الاعتبار الإنشائي و تقدم المعبر و لكن العرف لم يساعد على ذلك في البيع مباشرة و ساعد في تنفيذ الإجازة المتعلقة ببيع سابق أما القبض فهو أمر تكويني ليس له مفاد إنشائي، و الإجازة تتعلق بذات القبض و هو لا يستند إلى القابض إلا بتعاصره للإجازة و هذا لا يكون إلا في حصته المعاصرة للإجازة دون حصته السابقة عليها.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٨٦، و مصباح الفقاهة ٤: ٢٢٥.

(٢) مصباح الفقاهة ٤: ٢٢٦.

(٣) المحاضرات ٢: ٣٨٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٨٩

أقول: قد مضى منّا في ما سبق النقاش في ما ادّعه السيد الخوئي من الملازمة بين نفوذ الاذن و نفوذ الإجازة في نظر العرف و دعوى استناد المعاملة إلى المجيز حقيقة حيث قلنا: إن استناد المعاملة إلى المجيز إنما هو في طول نفوذ الإجازة و ليس العكس بأن يكون نفوذ الإجازة في طول استناد المعاملة إلى المجيز رغم عدم المباشرة كي يتم التلازم بين نفوذ الاذن و نفوذ الإجازة، هذا هو الحال في القضايا الاعتبارية و الإنشائية فضلا عن مثل القبض الذي هو أمر تكويني و إنما صحت الوكالة في القبض لأن المقصود بالقبض ليس هو القبض باليد الجارحة و إنما المقصود به دخوله في حوزة القابض بمعناها الواسع الشامل لقبض الوكيل الذي يكون تحت أمر موكله و يقبض بأمره.

أما الإجازة المتأخرة فان رجعت إلى الاذن و التوكيل في الحصة الباقية للقبض فلا كلام في ذلك فانّ هذا اذن و لا شك في نفوذه، و أمّا إن لم ترجع إلى ذلك كما لو كانت عبارة عن مجرد إبراز الرضا من دون وصوله إلى المجاز و من دون كون بقائه في يد المجاز بعنوان الانتمار بأمر المجيز فلا توجب استناد قبضه إلى المجيز، و أمّا ما يراه العرف من أنه لو دفع المدين المال إلى شخص ثم أجاز الدائن ذلك برأت ذمة المدين فهذا اجنبى عن المقام و لذا نرى ان المال لو كان قد تلف عند ذاك الشخص قبل إجازة المجيز ثم أجاز المجيز مع علمه بالحال برأت أيضا ذمة المدين، و واقع المطلب هو ان إجازة الدائن في روحها إبراء لذمة المدين مقيدا بدفعه للمال إلى ذاك الشخص في طريقه للوصول إلى الدائن و ان تلف صدفة بعد الإجازة أو مطلقا.

و من هنا نرى ان الهبة المشروطة بالقبض لا تتحقق في ما لو قبضه الفضولي بمجرد إجازة الموهوب له ما لم ترجع الإجازة إلى الاذن بقاء أو يصل المال إلى الموهوب له.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩٠

و أمّا في حيازة المباحات فلو قيل بأن المملك ليست هي الحيازة بالمعنى الواسع الشامل لحيازة المؤتمر بأمره بل هي الحيازة الحقيقية المباشرة أشكلت الحيازة حتى بالوكالة و الاذن فضلا عن الحيازة الفضولية.

و أمّا القبض في الصرف و السلم فذكر الشيخ الانصارى رحمه الله: ان إجازة الصرف و السلم إجازة للقبض كي لا تلغو إجازة الصرف و السلم «١» و ذكر السيد الخوئي: ان هذا إنما يكون في من يعلم باشتراط القبض و لغوية الإجازة لو لا إجازة القبض «٢».

أقول: و قد يستفاد من دليل الصرف كون المانع أو الموجب للانفساخ هو افتراق المتعاقدين قبل القبض من دون حاجة إلى كون

قبضهما قبضا للمالك و عندئذ فالقبض ليس بحاجة إلى إجازة و تكفى إجازة نفس الصرف، أما لو فرضنا اشتراط كون القبض قبضا للمالك و افترقا قبل ان يأتى اذن المالك فى القبض فالإجازة لا تفيد شيئا إما لما قاله السيد الخوئى فى ما مضى من أن الإجازة لا تصح المقطع السابق من القبض، أو لما قلناه من أن المصحح للقبض إنما هو الاذن و التوكيل دون الإجازة.

الأمر الثالث- الإجازة إذا طابقت العقد فلا كلام فى الصحة

و إذا خالفته بالمباينة كما لو باع الفضولى الدار و أجاز المجيز بيع البستان أو بيع دار اخرى فلا كلام فى البطلان، أما إذا خالفته فى الجملة فهذه المخالفة قد تكون بمعنى التبعيض فى الصفة و قد تكون بمعنى المخالفة بالإطلاق و التقييد، و لنفرض الآن أن

(١) راجع المكاسب ١: ١٣٦، بحسب طبعه الشهيدى.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٨٧، و مصباح الفقاهة ٤: ٢٢٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩١

المقصود بالمخالفة بالإطلاق و التقييد أن العقد كان مشتملا على شرط فى صالح الأصيل و قد رفضه المجيز و قد قوى الشيخ التفصيل بين تبعيض الصفة بان يجزى العقد فى نصف الصفة مثلا، و بين رفض الشرط، بصحة الأول مع خيار تبعض الصفة للأصيل و فساد الثانى، و ذلك لأجل الانحلال فى الأول دون الثانى «١».

أما لما ذاء فرض الشيخ الانحلال فى الأول دون الثانى؟ فقد قيل فى تفسير كلام الشيخ أنه إنما ذكر ذلك لأجل ان الثمن لا يقع شىء منه بازاء الشرط و لكنّه يقسط على أجزاء المثلث «٢».

و هذا التعليل بهذا المقدار قد لا يكون واضحا فيقال أى أثر لتقسط الثمن و عدمه فى انحلال العقد و عدمه!؟

و الموجود فى عبارة الشيخ هو الاستشهاد على هذا التفصيل بأنه لهذا نرى ان فساد الشرط يفسد و فساد الجزء لا يفسد و لعل هذا الكلام من الشيخ رحمه الله إشارة إلى أن الشرط مقيد و مخصّص بخلاف الجزء و لهذا يتمّ الانحلال بلحاظ الأجزاء دون الشروط. و قد يورد على ذلك بأنه فى باب الأجزاء يوجد شرط انضمام بعضها ببعض فلو كان الشرط مقيدا و مخصّصا سرى الإشكال إلى تبعيض الصفة لمكان شرط الانضمام.

و لعلّ النظر فى تعليل التفصيل فى الانحلال و عدمه بين الجزء و الشرط بتقسط الثمن على أجزاء المثلث دون الشروط إلى أن العقد إنما يقبل الانحلال إذا

(١) راجع المكاسب ١: ١٣٦، بحسب طبعه الشهيدى.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٨٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩٢

تعقلنا الانحلال بلحاظ كلا الجانبين فإنّ العقد واحد بلحاظ الجانبين و لا يعقل فرض الانحلال فى جانب واحد و هذا بالقياس إلى أجزاء الثمن و المثلث معقول لأنهما متقابلان فإذا حصل التبعض حصل فى كلا الجانبين و هذا بخلاف الشرط الذى لا يتقسط عليه الثمن، و شروط الانضمام الموجودة بلحاظ أجزاء الثمن و المثلث أيضا تتقابل بتبع تقابل الثمن و المثلث فشرط الانضمام بين كل جزءين من المثلث يقابله شرط الانضمام بين كل جزءين من المثلث و لكن الشرط الذى لا يقابله الثمن لا يتصور فيه ذلك.

و لكن رغم هذا لا زال التفصيل بين الجزء و الشرط فى صحة الإجازة لدى التبعيض فى الصفة و عدم صحّتها لدى رفض الشرط لا زال غير واضح إذ قد يقال: إن الشرط إن كان مقيدا و مخصّصا فشرط الانضمام فى باب الأجزاء أيضا مقيد و مخصّص و هذا يوجب

بطلان الإجازة و إن لم يكن مقيدا و مخصّصا فلا وجه لبطلان الإجازة لدى رفض الشرط غاية ما هناك ثبوت خيار تخلف الشرط للأصيل.

بل قد يقال: إن بطلان الإجازة في باب الأجزاء أولى منه في باب الشروط لأنه قد يدعى في باب الشروط أن الشرط ليس مقيدا و مخصّصا و لكن في باب الأجزاء لا إشكال في أن العقد المتعلق بها عقد واحد و ليس عدة عقود، فان أجاز هذا العقد تم في تمام الصفقة و العقد على بعض الصفقة عقد مابين للعقد الأول و لا معنى لإجازته.

و قد حاول الشيخ النائيني رحمه الله حلّ هذا الإشكال فذكر في تقرير الشيخ الآملي رحمه الله «١»: أن العقد بذاته واحد و قد يتعدّد بلحاظ تعدّد المالك كما لو بيع

(١) تقرير الشيخ الآملي ٢: ١٤٧-١٤٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩٣

كتابان لشخصين ضمن إنشاء واحد أو بلحاظ تعدّد المبيع مع اختلاف الحكم كما لو بيع الغنم و الخنزير ضمن إنشاء واحد فبطل البيع بالنسبة للخنزير و صحّ بالنسبة للغنم، أما إذا لم يكن شيئا من الأمرين غير موجود فالعقد يحدث واحدا و قد يتفق تعدده بقاء بعد ان كان واحدا حدوثا و ذلك بسبب طارئ و هذا السبب لا يمكن أن يكون عبارة عن أعمال حقّ الخيار في جزء من المبيع بان يفسخ بخيار المجلس مثلا البيع بلحاظ نصف المبيع و ذلك لأنّ حقّ الخيار حقّ تابع للعقد فلا يمكن ان يعدّد العقد بعد ان كان واحدا.

نعم قد يتعدّد حقّ الخيار بسبب انقسامه بين الورثة فيعمل بعض الورثة حقّ الخيار فيؤدّي ذلك إلى تعدّد العقد بقاء و انفساخه في حصّة ذاك الوارث و أما جواز الإجازة بالنسبة للفضولي فهو ليس تابعا للعقد و إنما هو تابع لسلطنته على ملكه أي أنّ المجيز أنّما له ان يجيز لأنّ المال ملكه فله حقّ التصرف فيه بإجازة العقد في كل المال أو في جزئه، كما ان له حقّ أن يبيع كل ماله أو بعضه فان أجاز العقد في البعض دون بعض تعدّد العقد بقاء بعد أن كان واحدا حدوثا و بهذا اتّضح الفرق بين الإجازة في ما نحن فيه و الفسخ في مورد حقّ الخيار، فإشكال وحده العقد و عدم إمكان التبعض و ارد في باب الفسخ في مورد الخيار لأنّ حقّ الخيار تابع للعقد فلا يعقل تأثيره في تعديد العقد و غير وارد في باب الإجازة في المقام لأنها تابعة للسلطنة على الملك لا للعقد.

و هناك فرق آخر بين البابين يأتي حتى بعد فرض انتقال حقّ الخيار إلى ورثة متعدّدين و هو أنّ فسخ البيع في جزء من الصفقة ينصدم بشرط الانضمام فحتى الورثة لا يجوز لأحدهم أعمال حقّه في الخيار مستقلا عن الآخرين بل يجب أنّ يعملوا جميعا الحقّ و يفسخوا البيع في تمام المبيع، أو ان لا يفسخ

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩٤

أحدهم البيع بقدر ما يرجع إلى حصّته و هذا بخلاف باب الإجازة في المقام فإنّ المجيز هو المالك للمال و له حقّ الموافقة على بيع تمام ماله أو على بعضه فان وافق على البعض أدّى ذلك إلى تعديد العقد.

أقول: هذا الكلام المصرّح به في تقرير الشيخ الآملي غريب فالعقد أمر واقعي ان وجد واحدا لا يتعدّد بقاء إلّا بتجديد العقد كما انّ اختلاف الحكم الشرعي لجزئي المبيع كما في بيع الغنم و الخنزير لا يعقل تأثيره في تعدّد العقد نعم تعدّد المالك قد يكون قرينه على تعدّد العقد و قد لا يكون.

أما عبارة منية الطالب «١» فليست صريحة في هذا المعنى و يمكن تفسيرها ببيان امتن من هذا البيان و هو ان يقال: إنّ العقد كإنشاء و كالمعنى المصدرى واحد و لكنّه كمنشأ و كنتيجة و هي النقل و الانتقال منبسط على أجزاءه و منحل و المستظهر من دليل الخيار ربطه بالمعنى المصدرى و بالإنشاء فلا يتبعّض و اما الإجازة فهي مربوطة بالمالك و بسلطنته على ملكه فيمكن تبعضها و تخصيصها ببعض المبيع.

و بهذا يصبح حال الجزء حال الشرط أعني ان الإشكال الخاص بالجزء قد انحل لكن يبقى في المقام إشكال الشرط بناء على أن الشرط مقيد و مخصّص حيث يقال: إن هذا الإشكال بعينه يأتي في باب الأجزاء و ذلك لوجود شرط الانضمام بين الأجزاء فالإشكال الخاص بباب الأجزاء و إن كان قد انحل لكن بقي عليه نفس إشكال الشرط، و من هنا ربط المحقق النائيني رحمه الله مصير البحث في باب تخصيص الإجازة ببعض الأجزاء بنتيجة البحث في باب الشروط فان انحل الإشكال في باب الشروط صحّت الإجازة في بعض الأجزاء أيضا و إلّا فلا «٢».

(١) منية الطالب ١: ٢٥٩.

(٢) راجع منية الطالب ١: ٢٥٩، و تقرير الشيخ الآملی ٢: ١٥١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩٥

و بالإمكان ان يقال: إن مسألة التبعض في الإجازة بلحاظ الأجزاء لا تتبع مسألة رفض الشرط لدى إجازة العقد فحتى لو قلنا ببطلان الإجازة لدى رفض الشرط بدعوى مخصّصية الشرط و مقيدته، لا نقول ببطلان إجازة العقد بلحاظ بعض أجزاء المبيع و ذلك لأننا نمنع كون ترابط أجزاء المنشأ أو النتيجة و هي النقل و الانتقال بسبب شرط الانضمام إذ يكفي في ترابطها وحدة العقد بمعناه الإنشائي أو بمعناه المصدرى فلا نقبل ان في بيع شيء ذي أجزاء يوجد هناك زائدا على أصل الترابط الراجع إلى وحدة العقد شرط باسم شرط الانضمام حتى ينتقل إشكال باب الشرط إلى باب الأجزاء، و بما أن العقد الواحد منحلّ في معناه الاسم المصدرى أو في النتيجة أو في المنشأ بانساطه على أجزاء المبيع فللمجيز ان يجيز العقد في بعض المنشأ فهذا ليس تبعضا في الإنشاء بإجازة جزء منه كى يقال: إن الإنشاء لا يتبع بل هذا إجازة للإنشاء في بعض المنشأ و لا عيب في ذلك.

بقي في المقام الكلام في إشكال إجازة العقد مع رفض الشرط و هو أن الشرط مخصّص و مقيد للعقد فرفضه رفض للعقد و إجازة عقد خال عن الشرط معناه تعلّق الإجازة بعقد مابين لما وقع.

و قد ردّ ذلك المحقق النائيني رحمه الله في منية الطالب بإنكار أصل المبنى و عدم كون الشرط مقيدا و مخصّصا فإذا لم يكن الشرط مقيدا لم تبطل الإجازة في المقام و لم يبطل العقد أيضا لدى فساد الشرط أو تعذره «١».

و ذكر السيد الخوئي: أن الشرط و إن لم يكن مقيدا بمعنى التعليق و إلّا لبطل

(١) راجع منية الطالب ١: ٢٦٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩٦

البيع بالتعليق أولا أو كان تعذّر الشرط موجبا للبطلان لا الخيار ثانيا و لكننا في نفس الوقت لا نقول بأن الشرط التزام مستقل عن التزام العقد و إلّا للزم عدم الخيار بتخلّفه بل نقول: إن مرجع الشروط جميعا هو تقييد العقد بالخيار على تقدير تخلّف الشرط فرفض المجيز للشرط يعنى رفض هذا الخيار، و هذا يعنى ان الإجازة لم تنصبّ على ما وقع من العقد لأن العقد المقيد بالخيار حصّة مباينة للعقد غير الخيارى فما وقع لم يجز و ما اجيز لم يقع و بهذا يثبت بطلان الإجازة، و هذا بخلاف ما لو تعلّقت الإجازة ببعض الصفقة إذ في باب الأجزاء يوجد أمران أحدهما أجزاء الصفقة و الثانى شرط الانضمام الراجع إلى تقييد العقد بالخيار لدى تبعض الصفقة و المجيز قد رفع جزئية نصف الصفقة مثلا للمبيع و لكنه لم يرفض خيارية بيع الجزء الآخر بتبعض الصفقة و فقدان وصف الانضمام و لهذا تصحّ الإجازة في باب تبعض الصفقة لأنها تعلّقت بنفس ما أفاده العقد من الحصّة الخيارية.

و بهذا اتّضح الفرق أيضا بين باب الإجازة في ما نحن فيه و باب فساد الشرط أو تعذره ففساد الشرط لا يوجب فساد العقد لأن الإيجاب و القبول تطابقا على الحصّة الخيارية و فساد الشرط أو تعذره لم يوجب رفض الخيار و هذا بخلاف رفض الشرط من قبل

المجيز الذي يعنى رفض الخيار «١».

أقول: قد مضى منا لدى بحثنا عن حقيقة الشرط: أنّ الشرط لا هو مخصّص للعقد ولذا لا يحسّ في الوجدان العرفي والعقلاني ببطان العقد بسبب تعدّد الشرط أو فساده ولا هو مجرد التزام في ضمن التزام بأن يكون مستقلا عن الالتزام العقدي تماما عدا كونه واقعا في ظرفه، وإلا لما احسّ الوجدان العرفي

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٨٩-٣٩١، و مصباح الفقاهة ٤: ٢٣٧-٢٤٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩٧

و العقلاني بالخيار لدى تخلّفه ولا- هو راجع إلى شرط الخيار كما يقوله السيد الخوئي وإلا لما احسّ الوجدان العرفي والعقلاني بكون المشروط عليه ملزما ادبيا بالوفاء بما شرط عليه بأكثر ممّا هو ثابت في الشرط الابتدائي «١»، والصحيح ان الشرط التزام في مقابل الالتزام بالعقد فهو مرتبط بالعقد ارتباط التقابل لا ارتباط التخصيص والتقييد والتقابل بين التزامين فرع استقلالهما بمعنى عدم

(١) اختار السيد الخوئي في التنقيح ١: ٣١١-٣١٢، بحسب طبعه مؤسسة آل البيت في قم: أنّه إذا كان الشرط شرطا لأمر اختياري للمشروط عليه من قبيل شرط ان يفعل كذا لا من قبيل شرط أن يكون المبيع الجزئي موصوفا بوصف كذا الذي هو خارج عن اختياره وكان العقد ممّا يدخله الخيار كالباع لا كالنكاح الذي لا يدخله الخيار عند العقلاء ولا في الشريعة المقدّسة بل ولا في الأديان السابقة فالشرط هنا يعطى مجموع معينين: احدهما تعليق الالتزام العقدي على الالتزام بذاك الشرط وهذا ليس من التعليق المبطل للعقد لأنّه ليس تعليقا على واقع خارجي وأنما هو تعليق على التزام الطرف المقابل كما هو الحال في الإيجاب الذي يكون الالتزام فيه معلّقا طبعاً على التزام القابل والثاني شرط الخيار على تقدير عدم وفاء الطرف الآخر بالتزامه أو قل كون التزامه بالاستمرار في البقاء على الالتزام العقدي مشروطا بوفاء الطرف الآخر بالتزامه.

أقول: إنّ افتراض كون أحد الالتزامين معلّقا على التزام الآخر قد يصحّح للتمسك بالدليل اللفظي لوجوب الوفاء بالشرط بناء على فرض كون هذا هو معنى الشرط ولكنّه لا يفسّر ما نحسّ به من كون وجوب الوفاء بالشرط أمرا عقلايا وخلقيا بقطع النظر عن النصّ أكثر من مسألة الوفاء لشرط الابتدائي فأنّه إذا كان أحد الالتزامين معلّقا على الالتزام الآخر فهذا يعني أنّ الالتزام الآخر إن كان مفقودا فالالتزام الأول مفقود وإن كان موجودا فالالتزام الأول موجود ولكن ما هو السر في أنّ الالتزام الآخر يلزم الوفاء به عقلايا أكثر ممّا لو لم يكن قد علّق عليه التزام؟! فهذا أمر غير معلوم.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩٨

تخصّص أحدهما بالآخر اذن فيامكان المجيز في المقام ان يجيز أحد الالتزامين وهو الالتزام العقدي دون الالتزام الآخر وهو الشرط غاية ما هناك انّ الأصيل يصبح له حقّ الفسخ عندئذ لعدم تحقّق ما أراده من الشرط.

هذا تمام الكلام في ما إذا كان الشرط على المجيز و لصالح الأصيل، أمّا إذا كان الشرط على الأصيل و لصالح المجيز فقد ذكر المحقّق النائيني رحمه الله: أنّ الإجازة صحيحة و أنّ إسقاط الشرط نافذة فإنّ الشرط هنا كان من حقّ المجيز، و من الطبيعي ان له إسقاط حقّه و قال في تقرير الشيخ الآملي: لا فرق بين إسقاط الحق بعد ثبوته أو المنع عن الثبوت منذ البدء كما لو أوجب الموجب بشرط للمشتري و قبل المشتري بلا شرط «١».

و هذا الكلام من المحقّق النائيني رحمه الله في محلّه بعد أن كان يرى أنّ الشرط ليس مقيدا و مخصّصا للعقد.

و لكن الغريب من السيد الخوئي أنّ أتبع استاذة في ذلك و اختار صحّة الإجازة و سقوط الشرط «٢» في حين أنّه يبنى على أنّ الشرط يخصّص العقد بالحصّة الخيارية و لازم ذلك: أنّ الإجازة لم تطابق العقد لأنّ العقد الواقع هو عبارة عن الحصّة الخيارية و الإجازة

ترتبط بالحصّة غير الخيارية و هي عقد لم يقع فكان عليه ان يقول بانّ المجيز لو أراد ان يتوصّل إلى نتيجة تصحيح العقد من دون خيار فعليه ان يجيز العقد مع الشرط ثم يسقط الخيار و هذا من غرائب نتائج كلامه و لعلّه لغرابته لم يلتزم به و لكن كان المفروض أن يكون هذا منها له إلى بطلان المبني.

(١) تقرير الشيخ الآملي ٢: ١٤٩، راجع أيضا منية الطالب ١: ٢٦٠.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٨٩ و ٣٩٠، و مصباح الفقاهة ٤: ٢٣١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٣٩٩

أما نحن ففي فسحة عن ذلك بعد ان قلنا بانّ الشرط أنّما هو التزام في مقابل التزام.

هذا كلّه في ما إذا كان العقد مشروطا ثم أسقط المجيز الشرط.

أما إذا كان العقد مطلقا و لكن المجيز أجازة بشرط فتارة يفترض أنّ الشرط للمجيز على الأصيل و اخرى يفترض أنّه في صالح الأصيل على المجيز.

أمّا الفرض الأوّل و هو أن يكون الشرط للمجيز على الأصيل فقد اختار المحقّق النائيني رحمه الله في تقرير الشيخ الآملي (١) عدم نفوذ الشرط و الإجازة رغم فرض موافقة الأصيل أما عدم نفوذ الشرط فلأنّه شرط ابتدائي و دليل الوفاء بالشرط لا يشمل الشرط الابتدائي، نعم لو كان دليل الوفاء بالشرط مطلقا خرج منه ما خرج بإجماع أو غيره أمكن القول بانّ المتيقن ممّا خرج أنّما هو الابتدائي البحت لا الشرط الذي لم يكن في ضمن العقد و لكن كان في ضمن الإجازة و وافق عليه الأصيل أو لم يكن في ضمن الإيجاب و لكن كان في ضمن القبول و وافق عليه الموجب، و اما عدم نفوذ الإجازة فلأنّ الشرط هنا ليس ضمن العقد الذي تمّ بافتراض قرارين شدّ أحدهما بالآخر حتى نقول: إنّه ليس إلّا مجرد التزام في ضمن التزام و لا يوجب التخصيص و التقييد و أنّما هو شرط للإجازة و هذا معناه تخصيص الإجازة و تقييدها و إذا كانت الإجازة مقيدة بالشرط فما عرفته من فساد الشرط يسرى إلى الإجازة فتفسد الإجازة. و هنا قد يخطر بالبال أنّ الشرط إذا كان مخصّصا و مقيدا للإجازة كان لازم ذلك بطلان الإجازة حتى لو قلنا بنفوذ الشرط الابتدائي أو قلنا بانّ هذا الشرط

(١) تقرير الشيخ الآملي ٢: ١٥٢-١٥٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٠٠

ملحق بغير الابتدائي لا بالابتدائي البحت، و ذلك لأنّ الإجازة لم تطابق العقد لأنها تعلّقت بالحصّة الخيارية في حين أنّ العقد كان مطلقا و لم يكن خياريا فلما ذا ربط الشيخ النائيني رحمه الله فساد الإجازة في المقام بفساد العقد؟! و بالإمكان الجواب على ذلك بأنّ مخصّصية الشرط تبطل الانحلال فيما إذا كان العقد مشروطا فإريد إمضاء العقد من دون شرطه، أمّا العكس و هو ما إذا كان العقد مطلقا فإريد إمضاءه بشرط فهنا يتمّ الانحلال على وزان باب الأجزاء فإنّ معنى التخصيص الذي يتمّ بالشرط الجديد إمضاء العقد في حصّة من مفاده و هو تماما من قبيل إمضاء العقد في حصّة من مفاده بلحاظ بعض أجزاء الصفقة. إلّا أنّ هذا الكلام لو تمّ فإنّما يتمّ فيما لو كان الثمن مقسّطا على الحصّة التي امضيت من القرار و الحصّة التي لم تمض فيتمّ الانحلال بلحاظ كلا القرارين كما هو الحال في الأجزاء و لكن الأمر ليس كذلك.

على أنّ الشرط ليس محض تخصيص سلبي بان تكون الحصيلة حصّة من القرار السابق بسلب الحصّة الاخرى عنه كما هو الحال في باب الأجزاء و تبعض الصفقة بل هو تخصيص إيجابي أي مشتمل على الالتزام بأمر زائد و هو متعلّق الشرط اذن فلو آمنّا بمخصّصية الشرط فلا سبيل إلى الانحلال.

واظنّ أنّ الشيخ النائيني رحمه الله ينظر إلى نكته و هي أنّ الشرط الموجود في ضمن الإجازة إذا كان قيّدا فهو قيّد للإجازة لا للمجازة فليست الإجازة قد تعلّقت بعقد خيارى كى تكون متعلّقة بغير ما وقع وأنما الإجازة المقيّدة بشرط جديد تعلّقت بنفس العقد السابق فصحة هذه الإجازة و عدمها مرهونة بصحة القيد و فساده.

هذا. و لكن الذى اختاره الشيخ النائيني رحمه الله حسب ما هو موجود فى منية

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٠١

الطالب «١» يختلف عمّا مضى عن تقرير الشيخ الآملى فقد اختار فى منية الطالب عدم نفوذ الشرط لكونه شرطا ابتدائيا و نفوذ الإجازة لأنّ الشرط التزام فى ضمن الإجازة و ليس قيّدا و مخصّصا نعم لو لم يرض الأصيل بالشرط فحكمه حكم تعذّر الشرط أى يثبت الخيار للمجيز و هذا أقرب إلى مسلكه ممّا فى تقرير الشيخ الآملى لأننا لم نعرف وجهها معقولا للفرق بين كون الشرط فى ضمن العقد و كونه فى ضمن الإجازة بكونه مقيّدا و مخصّصا فى الثانى دون الأوّل.

و أمّا السيد الخوئى فقد ذكر فى المحاضرات «٢» أولا تقريرا للبطلان و ذلك على مسلكه من رجوع الشرط إلى تقييد للبيع بالخيار و هو أنّه إذا كان البيع الخيارى و البيع غير الخيارى حصتين اذن فالعقد وقع على حصّة و الإجازة وقعت على حصّة اخرى فهما متباينان، و لكنّه اختار الصحة على تقدير موافقة الأصيل بتقريب أنّ عدم نفوذ الشرط الابتدائى خاص بالابتدائى البحت سواء قلنا: إنّ الشرط الابتدائى خرج من دليل الوفاء بالشرط بالإجماع أو قلنا: إنّ دليل الوفاء بالشرط بذاته قاصر عن شمول الشرط الابتدائى لأنّ الشرط الابتدائى ليس شرطا بل هو وعد و ذلك لأنّه حتى على الثانى ليس ما هو خارج عن عنوان الشرط إلّا ذاك الابتدائى البحت، أمّا ما يقع ضمن القبول فقط ثم يرضى به الموجب أو ضمن الإجازة فقط ثم يرضى به الأصيل فهو شرط غير ابتدائى و مشمول لدليل وجوب الوفاء و بالتالى يكون الإيجاب أو العقد حدثا غير خيارى و بقاء خياريا فالقبول يطابق الإيجاب و الإجازة تطابق العقد فتصحّ

(١) منية الطالب ١: ٢٦٠.

(٢) المحاضرات ٢: ٣٩٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٠٢

الإجازة فى ما نحن فيه و يصحّ العقد فى ما لو كان الشرط واقعا ضمن القبول و هذا بخلاف ما لو لم يرض الموجب أو الأصيل بذلك.

أقول: لو كان المقصود بهذا الكلام انقلاب العقد أو الإيجاب إلى الحصّة الخيارية فى طول تصحيح الشرط شرعا فهو غريب فإنّ قصد المتعاقدين أو القرار الموجود فى نفسها لا علاقة له بحكم الشرع.

و لكن عبارة المصباح «١» تكون أظهر فى عكس ذلك و هو انقلاب الإيجاب أولا برضاه إلى المقيّد بالخيار ثم نفوذ الشرط بل لعلّ هذا الانقلاب عنده هو المؤثّر فى خروج الشرط عن كونه ابتدائيا.

إلّا أنّ هذا الكلام لو تمّ فأنما يتم فى إضافة الشرط ضمن القبول لا فى إضافته ضمن الإجازة، و توضيح ذلك أنّنا لو فرضنا الشرط تخصيصا سلبيّا بحتا و غير مشتمل على التزام جديد صحّ ان يقال فى شرط وقع ضمن القبول: أنّ موافقة الموجب على ذاك الشرط تعنى تراجع عن حصّة من مفاد إيجابه فينقلب الإيجاب إلى إيجاب مقيّد و يتطابق مع القبول، أمّا إذا جاء الشرط ضمن الإجازة بعد تمامية أصل الإيجاب و القبول من قبل الأصيل و الفضولى فهنا يرد ما مضى ممّا من أنّ عدم تقسّط الثمن على الحصّة الممضاه و الحصّة المرفوضة كى يتم الانحلال بلحاظ كلا القرارين يمنع عن التخصيص و لا بد عندئذ من تجديد العقد.

على أنّه مضى ممّا أنّ الشرط ليس تخصيصا سلبيّا بحتا. بل لو كان تخصيصا فهو تخصيص إيجابى مشتمل على إثبات أمر جديد.

و كان الأولى بالسيد الخوئى أن يلتفت إلى النكته التى احتملنا كونها محط

(١) مصباح الفقاهة ٤: ٢٤٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٠٣

نظر الشيخ النائيني رحمه الله و هي أنّ شرط الخيار قيد للإجازة لا للمجاز و نفوذ الشرط يجعل العقد خياريا بمعنى أنّ العقد يصبح محكوما بالخيار لا بمعنى تبدل هوية العقد بدخول شرط الخيار في حاقه كي يتبدل العقد من حصّة إلى حصّة اخرى.

و على أية حال فنحن في فسحة عن هذه الأبحاث فأننا لا نرى الشرط راجعا إلى شرط الخيار و لا مخصّصا و أنّما هو التزام في مقابل الالتزام بالعقد و لا- نرى وجها لعدم نفوذ الشرط الابتدائي بالمعنى المعروف على ما مضى شرحه منّا في بحثنا عن حقيقة الشرط فالنتيجة هي أنّ الإجازة تنفذ و الشرط ينفذ مع رضا الأصيل أمّا مع عدم رضاه فمن حقّ المجيز الفسخ و إذا قصد تقييد الإجازة بالشرط فلا حاجة إلى الفسخ.

و أمّا الفرض الثاني و هو أن يكون الشرط في صالح الأصيل على المجيز فقد اختار الشيخ النائيني رحمه الله صحّة الإجازة و عدم نفوذ الشرط لأنّه شرط ابتدائي «١» و حكمه بصحة الاجارة هنا وفق مقاييس منية الطالب لا يحتاج إلى بحث جديد، إذ قد مضى عنه الحكم بصحة الإجازة في الفرض السابق و هو ما لو كان الشرط لصالح المجيز على الأصيل و لا نكتة للبطلان تخصّص عكس المسألة و هو الفرض الذي بيدنا الآن، و أنّما الكلام يقع وفق مقاييس تقرير الشيخ الآملي حيث قد يقال بأنّه بعد ان بنى في الفرض السابق على بطلان الإجازة لأنّ الشرط مخصّص لها فإذا بطل الشرط بطل المشروط فلما ذا يبنى هنا على الصحّة؟! و توجيه ذلك هو ان يقال: إنّ الشرط هناك كان مخصّصا للإجازة لأنّه كان من طرف المجيز فالمجيز لا يرضى بالعقد إلّا بالشرط الذي فرضه في المقام و أمّا

(١) راجع تقرير الشيخ الآملي ٢: ١٥٣، و منية الطالب ١: ٢٦٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٠٤

هنا فليس الشرط مخصّصا للإجازة لأنّه ليس من طرف المجيز فإجازة المجيز مطلقة لا تكون مقيدة بالشرط و أنّما الأصيل هو الذي يفرض الشرط على المجيز و بما أنّ هذا شرط ابتدائي في نظر الشيخ النائيني فهو غير نافذ.

و أمّا السيد الخوئي فقد ذكر: أنّ الإجازة تصحّ و الشرط ينفذ سواء صرح الأصيل برضاه بهذا الشرط أو لا فإنّ رضاه بالعقد المجرد عن الشرط يدلّ بالفحوى و الأولوية على رضاه بالعقد المشروط بالخيار اذن فينفذ العقد مع الخيار فان شاء الأصيل أعمل حقّ الخيار و إن شاء أسقطه «١».

اقول: إنّ هذا الكلام غريب فإنّ فرض الشرط من قبل المجيز من دون إبراز الأصيل الموافقة ممّا لا معنى له لأنّ المفروض أنّه شرط للأصيل على المجيز فلو برز ذلك من قبل المجيز فقط من دون تامة تعاقده عليه بينه و بين الأصيل فليس هذا إلّا وعدا ابتدائيا بحثنا بالمعنى الذي نحن أيضا نؤمن بعدم وجوب الوفاء به رغم عدم موافقتنا على عدم نفوذ الشرط الابتدائي بالمعنى المعروف، أمّا إذا تم التوافق بينهما عليه فهو شرط لازم الوفاء في رأينا.

يبقى أنّه قد يقال: إنّ الأصيل ليس له حقّ ارغام المجيز على الجامع بين ترك الإجازة و قبول الشرط لأنّه و إن مضى منّا في ما سبق أنّ الأصيل له حقّ التراجع عن العقد قبل إجازة المجيز و لكن الآن يقال: إنّ تراجع الأصيل عن العقد لم يبق مجال للإجازة، و أمّا إن لم يتراجع عنه فيامكان المجيز أن يجيز العقد من دون قبول الشرط و لو أجاز العقد جاز و لم يكن للأصيل ان يتراجع.

و التراجع عن حصّة من العقد لا معنى له لأنّه لو احتال الأصيل للوصول إلى

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٩٢، و مصباح الفقاهة ٤: ٢٤٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٠٥

هدفه بالتخصيص بالتراجع عن حصّة من العقد (و هذا غير الشرط بالمعنى المؤلف الذي قلنا إنّه لا يرجع إلى التخصيص) ورد عليه: أولاً ما مضى من أنّ عدم تقسط الثمن على الحصتين يمنع عن الانحلال، و ثانياً ما مضى من أنّ التخصيص في المقام إيجابي و ليس سلبيًا بحتًا.

فالطريق المعقول لوصول الأصيل إلى هدفه هو تراجعه عن العقد السابق و تجديده للعقد، و لعل إبرازه لشرطه الجديد تعبير عرفي عن نفس هذا المعنى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٠٧

أركان العقود و شرائطها ٥ محلّ العقد

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٠٩

الركن الرابع: المحلّ.

و قد مضى ممّا ذكر أهمّ ما كنّا نقصد بحثه هنا ضمن بحث الركن الثالث في آخر البحث عن كفاية أو عدم كفاية حصول الملك للبائع بعد بيعه. و عليه فنحن نحذف هنا بحث الركن الرابع مكتفين بما مضى هناك.

و لنختم حديثنا عن فقه العقود بالبحث عن المقبوض بالعقد الفاسد.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤١١

فقه العقود

الفصل الثالث المقبوض بالعقد الفاسد

إشارة

١- ما ورد في الفقه الوضعي.

٢- جواز التصرف و عدمه.

٣- الضمان و عدمه.

٤- وجوب الردّ إلى المالك و عدمه.

٥- ضمان المنافع.

٦- المثل في المثلي و القيمة في القيمي.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤١٣

ما ورد في الفقه الوضعي:

ورد في التقنين المصري الجديد: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر فإنّ العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أنّ نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد» «١».

و قال السنهوري: إنّّه ورد في المشروع التمهيدي بعد هذا النص ما يلي:

«لو أنّهما كانا يعلمان بطلان العقد الأول» (٢) ثم حذفت هذه الفقرة في الصياغة النهائية للقانون و لكن السنهوري ينصّ رغم هذا الحذف: إنّ المقصود من هذه المادة هو إرادتهما للعقد الثاني لو علما بطلان التصرف الأصلي لا إرادتهما له بالفعل (٣).
أمّا مثال ذلك فيمثل بأنّه لو تعهّد شخص تعهداً لا رجوع فيه بجعل شخص

(١) راجع الوسيط الجزء ١، الفقرة ٣٠٥.

(٢) نفس المصدر تحت الخط.

(٣) نفس المصدر الفقرة ٣٠٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤١٤

آخر وارثا له فيكون التعهد باطلا لأنّ الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث و لكنّه يتحوّل إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها، و كذلك لو أوصى وصية لاحقة لوصية سابقة و كانت الوصية اللاحقة باطلة تحوّلت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة (١).
أقول: إنّ هذا التحوّل إلى عقد مستبطن أركانها في العقد الأول بمجرد إحراز أنّه لو علم بطلان الأوّل لقصد الثاني ليس ممضى في الشريعة الإسلامية، نعم لو كان العقد الأوّل مستبطناً للعقد الثاني و زيادة بان لم تكن الزيادة مخصّصة فقد صحّ العقد الثاني إلّا أنّ هذا لا يعنى التحوّل من عقد إلى عقد.

و على أيّة حال فلو بطل العقد فقد وقع الكلام في فقهنا الإسلامي عن عدّة أحكام بالنسبة لما وقع عليه العقد الباطل:

[الأوّل:] جواز التصرف و عدمه:

الأوّل: في جواز التصرف و عدمه في ذاك المال فقد يقال بجوازه باعتبار أنّ مالكة راض بتصرفه فيه في مقابل تصرفه هو في ما أخذه من المال.

و اعترض عليه المحقق النائيني رحمه الله بأنّ هذا الرضا بالتصرف في تلك العين أنّما هو رضا معاملي و هو غير ممضى شرعا حسب الفرض و ليس رضا مالكيًا، من دون فرق في ذلك بين فرض جهله بفساد المعاملة أو علمه به فما يمكن ان يقال من أنّه مع فرض الجهل يصحّ القول بأنّ رضاه بالتصرف ليس رضا بالتصرف في ملكه و أنّما هو يعتقد بخروج العين من ملكه و مبنيا على ذلك رضى بالتصرف

(١) راجع نفس المصدر، الفقرة ٣٠٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤١٥

و لكن مع فرض العلم يكون راضيا بالتصرف في ملكه رغم علمه بالفساد، فرضاه ليس مقيدا بتصرف المشتري فيما انتقل إليه شرعا بل هو رضا بتصرف المشتري في ملكه هو و هذا يجوز التصرف بلا إشكال.

أقول: ما يمكن ان يقال بهذا البيان من التفصيل بين فرض العلم و فرض الجهل يبطله المحقق النائيني رحمه الله بأنّه حتى في فرض العلم يكون رضاه بتصرف المشتري في هذا المال مبنيا على فرض مالكيته له و لو تشريعا أو عرفا أو في صفحة اعتبار المتعاقدين و ليس رضا بتصرف المشتري في ما يملكه البائع نفسه، نعم لو عرفنا صدفه من الخارج بالرضا بذلك جاز التصرف طبعاً و هذا غير داخل في محل الكلام (١).

أقول: إنّ مع العلم بطلان العقد ان فرضنا رضاه بتصرف المشتري في العين فلا محالة هو رضا بتصرف المشتري في ملكه أى ملك

البائع واما البناء على مالكية المشتري تشريعا أو عرفا أو في عالم اعتبار المتعاملين فلو كان دخيلا في رضاه فأنما هو حيثية تعليلية و حتى لو كان تخلف حيثية التعليلية موجبا للبطلان فالحيثية التعليلية هنا لم تتخلف فالملكية التشريعية أو العرفية أو في صفحة المتعاملين حاصله بالفعل فإذا كان الرضا بالتصرف فعليا فلم لا يجوز التصرف من قبل المشتري في العين؟! نعم أصل شبهة جواز التصرف لا تأتي في ما إذا كان النقص في الرضا كما في بيع المكره أو في أهلية صاحبه كما في الصغير ففي هذين الفرضين لا إشكال في حرمة التصرف لأن نفس ما جعل العقد معينا جعل رضاه بتصرف المشتري في المال معينا.

(١) راجع منية الطالب ١: ١١٦، و تقرير الشيخ الآملي ١: ٢٩٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤١٦

و على أية حال فالأولى في دفع الشبهة ان يقال: إن رضاه ليس رضا بالتصرف في ماله و أنما هو رضا بنفس المعاملة و لو الباطلة، و تسليم المال إليه يكون من باب إحساسه بكونه ملزما بذلك شرعا لو اعتقد صحة العقد أو عرفا أو بلحاظ عالم المتعاملين أو استطرافا إلى تحصيل الثمن، نعم قد يتفق علمنا برضاه لكنّه خارج عن محل البحث.

[الثاني: الضمان و عدمه:

إشارة

و الثاني الضمان و عدمه فقد يستدل على الضمان بروايات خاصة و اخرى بمقتضى القواعد.

مقتضى الروايات الخاصة:

أما الروايات الخاصة فهي الروايات الواردة في كون ثمن ولد الجارية المسروقة لصاحبها «١» حيث يستدل الشيخ رحمه الله بها على أنه لو كان ضامنا للنماء و هو الولد فهو ضامن للأصل بطريق أولى «٢»، و يقول المحقق النائيني رحمه الله: أنه ليس بطريق أولى لأننا لا نحس بالأولوية في المقام بل بالمساواة أو العينية، لأن ضمان النماء فرع ضمان الأصل و بعين نماء الأصل كما انّ النماء تابع الأصل «٣».

و الشيخ رحمه الله أصبح في المقام بصدد دفع إشكال على هذا الاستدلال و هو: انّ ضمان الولد في المقام لعله أنما كان لأجل الإلتلاف فلا تدلّ هذه الروايات على

(١) راجع الوسائل ١٤: ٥٩١-٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٢) راجع المكاسب ١: ١٠١، بحسب طبعة الشهيدى.

(٣) راجع تقرير الشيخ الآملي ١: ٢٩٧ و ٢٩٨، و منية الطالب ١: ١١٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤١٧

ضمان اليد، و أجاب على ذلك بانّ المقام ليس من قبيل الإلتلاف لأنّ المشتري لم يستوف النماء و لم يملكه بل هو حرّ، فهو من قبيل احداث النماء غير قابل للملك فهو كالتالف لا كالمتلف.

و الشيخ النائيني رحمه الله حاول تعميق مطلب الشيخ الانصارى قدس سره حيث قد يقال عليه: إنَّ عدم استيفاء المشتري للولد لكونه حراً لا يعنى عدم الإلتلاف فإنَّ الإلتلاف قد يكون بالاستيفاء كمن سكن دار غيره غصباً مثلاً فقد استوفى منفعة الدار، وقد يكون بالتسبب كمن قفل على باب دار غيره و منع صاحبه من سكنى الدار فقد اتلف عليه المنفعة من غير استيفاء، و ما نحن فيه من قبيل الثانى فالمشتري و إن لم يستوف الولد لأنَّه لم يملكه و لكنَّه اتلفه على مولى الامه بالتسبب فأجاب الشيخ النائيني رحمه الله على ذلك بأنَّ المقام ليس من الاستيفاء و لا من الإلتلاف بالتسبب، أمَّا الأوَّل فلأنَّه لم يملك الولد و لم يستوفه، و أمَّا الثانى فلأنَّ المولى لم يكن مالكا لهذا الولد ثمَّ اتلفه المشتري كما فى منفعة الدار المقفولة بل حكم عليه الشارع ابتداء بالحريه فهو كالتلف السماوى فالضمان فى المقام ليس إلَّا ضمان يد، فزمانه للمنفعة هنا يكون بسبب يده على العين الموجبة لضمان العين و لضمان المنفعة تبعاً لضمان العين «١».

و السيد الخوئى ذكر أنه ربما يستظهر من كلام الشيخ الانصارى رحمه الله أنه يعتقد أنَّ محل البحث فى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده أمَّا هو ضمان

(١) راجع منية الطالب ١: ١١٧-١١٨، إلَّا أنه يظهر فيه أنَّ مثال منع مالك الدار عن سكنها بمثل القفل مثال لضمان اليد أمَّا تقرير الشيخ الآملى ٢: ٢٩٧-٢٩٩، فيبانه لا- يفى بالمطلب إلَّا أنه يظهر منه ان مثال منع مالك الدار عن سكنها بمثل القفل مثال للإلتلاف بالتسبب.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤١٨

اليد دون ضمان الإلتلاف، و إلَّا لما كان داع لدفع الدخل المقدر ببيان أنَّ حريه الولد من قبيل التلف لا من قبيل الإلتلاف و اعترض عليه بأنَّه لا- وجه لتخصيص البحث بضمان اليد فإنَّ السبب فى الحاجة إلى هذا البحث هو شبهة أنَّ صاحب المال هو الذى سلط المشتري على المال بضمان المسمى و التسليط قد أبطل ضمان المثل و لم يسلم له ضمان المسمى لفساد العقد، و هذه شبهة كما ترد على ضمان اليد كذلك ترد على ضمان الإلتلاف «١».

أقول: قد لا- يكون مقصود الشيخ رحمه الله اختصاص البحث بضمان اليد بل يكون مقصوده: أنَّ مفاد هذه الأحاديث أخص من المدعى لأنها أمَّا دلَّت على ضمان الإلتلاف و ضمان الإلتلاف أوضح فى ارتكاز العقلاء من ضمان اليد، خاصية إذا كان إلتلاف المنفعة بالاستيفاء لا- بالتسبب فلا- يتعدى منه إلى ضمان اليد، و لعلَّه لهذا اقتصر الشيخ الانصارى فى المقام على توضيح عدم الاستيفاء، و لم يذكر ما أضافه الشيخ النائيني من عدم التسبب.

إلَّا أنَّ الذى يؤيد كلام السيد الخوئى فى المقام من أنَّ الشيخ كان يرى اختصاص البحث بضمان اليد فى مورد التلف دون ضمان الإلتلاف أنه ذكر نظير كلامه هنا فى بحث قاعدة ما لا يضمن أيضاً حيث خصَّص هناك فى مسألة ضمان منافع العين المبيعة بالبيع الفاسد البحث بالمنافع غير المستوفاة «٢».

و على أية حال فقد اعترض السيد الخوئى على الاستدلال بهذه الروايات بأنَّ الكلام فى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد أمَّا هو فى ما إذا كان هناك تسليط

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣: ٨٦.

(٢) راجع المكاسب ١: ١٠٣، بحسب طبعة الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤١٩

من قبل المالك على المال حيث تأتي شبهة أنَّ التسليط رفع الضمان، أمَّا فى مورد هذه الروايات فالتسليط أمَّا كان من قبل السارق، و

من الواضح أنّ هذا التسليط لا يوجب رفع الضمان و يثبت في ذلك الضمان حتى فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة «١».

مقتضى القواعد العامة:

و أما إثبات الضمان بمقتضى القواعد

إشارة

فعمدة ما يذكر في ذلك وجوه ثلاثة:

الأول - قاعدة اليد:

و المقصود بذلك إما هو الحديث النبوي: على اليد ما أخذت حتى تؤدى «٢» أو القاعدة التي عليها سيرة العقلاء و ارتكازهم. و قد أورد على الأول بضعفه سنداً و بعدم شموله للمنافع دلالة لأنّ المنافع لا تؤخذ و لا تأتي تحت اليد و كذلك الأعمال المضمونة في الإجازة الفاسدة «٣». و أجاب الآخوند رحمه الله على إشكال خروج المنافع بأنّ ضمان المنفعة لا تثبت بتطبيق رواية على اليد على المنفعة بل تثبت بتطبيقها على العين ف ضمان العين يعنى ضمانها بمالها من شئون و منافعها من شئونها، و بما أنّ اليد قد ثبتت على العين فقد

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣: ٩٠ و المحاضرات ٢: ١٤٦.

(٢) راجع سنن البيهقي ٦: ٩، كتاب العارية، و كنز العمال ٥: ٢٥٧، و مسند أحمد ٥: ٨، و صحيح الترمذى بشرح ابن العربي ٦: ٢١، و سنن أبي داود السجستاني ٣: ٢٩٦، باب تضمين العارية، و فى محكى رواية البيهقي: «حتى تؤديه».

(٣) الإشكال بعدم الشمول للمنافع و الأعمال ورد فى المكاسب ١: ١٠٣، بحسب طبعه الشهيدى، و إشكال ضعف السند أبطله الشيخ بالانجبار و اقّره السيد الخوئى فى المحاضرات ٢:

١٥١، و مصباح الفقاهة ٣: ٨٧-٨٨، باعتبار عدم إيمانه بمبنى الانجبار.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢٠

ثبت بحكم رواية على اليد ضمان منافعها لأنه داخل فى ضمان العين و ليس ضماناً آخر «١».

و اعترض عليه الشيخ الاصفهاني رحمه الله «٢» بأنّه فى مثل الإجازة ليست العين مضمونة و نحن نتكلم فى ضمان المنفعة فيها و عندئذ لا يمكن تفسير ضمان المنفعة ب ضمان العين لأنّ المفروض عدم ضمانها.

أقول: من الممكن تفسير كلام الشيخ الآخوند رحمه الله بأنّ اليد على العين هى التى تقتضى كل شعب ضمانها من تدارك تلفها لو تلفت و تدارك أوصافها لو تلفت الأوصاف و تدارك منافعها كذلك، و فى باب الإجازة تكون بعض هذه الشعب غير مضمونة و هى شعبه تدارك تلفها أو تلف أوصافها و لكن المنافع تبقى مضمونة لا باليد على المنافع حتى يقال باختصاص الجديد بالأعيان، بل باليد على العين فالمنع الذى منع عن تأثير اليد للضمان أنّما منع عن بعض شعب الضمان لا عن تمامها.

و أما السيد الخوئى فقد ذكر فى المحاضرات: أنّ إشكال عدم صدق الأخذ و عدم دخول المنافع تحت اليد محلول بأنّ دخول كل شىء تحت اليد بحسبه و دخول المنافع تحت اليد يكون بتبع دخول العين تحتها و لكن مع ذلك لا يشمل حديث على اليد المنافع و ذلك لأنّ كلمه حتى تؤدى تختص بالعين دون المنفعة لأنّ المنفعة غير قابلة لان تؤدى بنفسها «٣».

(١) تعليقه الآخوند على المكاسب: ٣١.

(٢) في تعليقه على المكاسب ١: ٧٩.

(٣) المحاضرات ٢: ١٥١، و مصباح الفقاهة ٣: ١٢٨، ثم ذكر في المحاضرات في الصفحة ١٨٤، عدم صدق عنوان أخذ المال على الاستيلاء على المنافع وهذا كما ترى يناقض ما ذكره هنا من صدق الأخذ على المنافع ونفس هذا التناقض موجود أيضا في مصباح الفقاهة الجزء ٣، بين ما في الصفحة ١٢٨ وما في الصفحة ١٤٠.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢١

أقول: إن قصد بهذا الكلام أنّ المنفعة لا تؤدى إلّا بواسطة أداء العين قلنا:

لا فرق في ذلك بين الأخذ و الأداء و لا وجه لافتراض أنّ الأخذ يمكن ان يشمل بإطلاقه أخذ المنفعة لأنها تؤخذ و لو بواسطة أخذ العين و لكن الأداء لا يشمل بإطلاقه أداء المنفعة بواسطة أداء العين.

و لكن من المحتمل أن يكون مقصود السيد الخوئي بذلك: أنّ روايه على اليد تدلّ على أنّ اليد حينما تأخذ شيئا يكون ذلك الشيء مضمونا عليه ما دام لم يؤدّه، و معنى كونه مضمونا هي القضية الشرطيه و هي أنه لو تلف لكان تداركه عليه و الغايه لهذا الضمان هي أداء ذلك الشيء، و العين يمكن أداؤها بعد زمان لو لم تتلف و بذلك تحصل الغايه و ينتهي الضمان، و أمّا المنفعة فهي باعتبار تصرّمها لا يمكن أداء المقدار الذي فات منها بمرور الزمان فلا تحصل الغايه بشأنها و تكون ذلك قرينه على خروج المنفعة من الإطلاق.

و هذا المعنى اتقن من المعنى الأول و هو المستفاد من المصباح «١» و إن كانت عبارة المحاضرات أظهر في المعنى الأول بقرينه عطفه للأعمال على المنافع و بقرينه تعبيره بعدم إمكان أداء المنفعة بنفسها ممّا يوحي إلى إمكان الأداء بالمعنى الذي يتم ضمن أداء العين لا بنفسها.

و أمّا تفسير قاعدة اليد على أساس السيره و الارتكاز فهو متحد مع التفسير الثاني من تفسيري قاعدة الإقدام التي سنبحثها الآن.

و الثاني - قاعدة الإقدام

إشارة

و هي أيضا تفسّر بتفسيرين:

التفسير الأول - افتراض كون الإقدام على الضمان هو المقتضى للضمان

(١) مصباح الفقاهة ٣: ١٢٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢٢

و بما أنّ العقد كان صحيحه مشتملا على الضمان و قد أقدم عليه العاقد اذن فحتى مع فرض البطلان يكون نفس إقدامه هذا كافيا في الضمان.

و قد أورد عليه الشيخ الانصارى رحمه الله على ذلك بامور «١»:

١- أنّ الإقدام كان على ضمان المسمّى و لم يتم و ضمان المثل بحاجه إلى دليل آخر و لم يكن إقدام على جامع الضمان إلّا ضمن إقدامه على الفصل و هو خصوص المسمّى.

- ٢- أنه قد يثبت الإقدام من دون ثبوت الضمان كما في مورد التلف قبل القبض.
- ٣- أنه قد يثبت الضمان من دون الإقدام كما لو قال بعثك بلا ثمن أو آجرتك بلا اجرة.
- و عتبر المحقق الاصفهاني رحمه الله «٢» عن هذا النقض بأنه لو قلنا في ذلك بالضمان انتقض كون الدليل هو الإقدام إذ لا إقدام في المقام و لو قلنا بعدم الضمان انتقضت قاعدة ما يضمن.
- ٤- و كذلك يثبت الضمان من دون الإقدام في ما لو اشترط ضمان المبيع على البائع.
- و أضاف السيد الخوئي على إشكالات قاعدة الإقدام بأنه أساسا لا وجه لفرض الإقدام على الضمان موجبا للضمان فلو أقدم أحد على أن يكون مال فلان مضمونا عليه من دون ان يضع يده عليه أو يعقد عليه بعقد البيع أو غيره أ فهل يكون ذلك موجبا لضمانه؟! «٣».

(١) راجع المكاسب ١: ١٠٢-١٠٣، بحسب طبعه الشهيدى.

(٢) راجع تعليقه على المكاسب ١: ٧٧.

(٣) راجع المحاضرات ٢: ١٥٠، و مصباح الفقاهة ٣: ٩٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢٣

و التفسير الثانى - ان مقتضى الضمان هى اليد و المانع عنه التسليط المجانى من قبل المالك

و قاعدة الإقدام تفيد أنه لم يكن فى المقام تسليط مجانى فان صاحب اليد قد دخل فى الأمر مبنيا على الضمان فالإقدام العقدى كان على الضمان لا على عدم الضمان.

و بهذا التفسير أبطل السيد الخوئي عديدا من الإشكالات الماضية فمن الواضح أنه بناء على هذا التفسير ينحل الإشكال الأول و الثانى و كذا الإشكال الأخير الذى أورده السيد الخوئي و لا يبقى إلا الإشكال الثالث و الرابع.

أما الإشكال الثالث فيجاب عليه بأننا نسلم فى البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا اجرة بعدم الضمان و نرى أنهما ليسا بيعا و إجارة بل هبة و عارية و لا ضمان فيهما «١».

و يمكن ان يستخلص من كلام الشيخ الاصفهاني رحمه الله أو يستوحى منه «٢» ان قوله بعثك بلا ثمن أو آجرتك بلا اجرة إمّا هبة و عارية فلا ضمان فيهما أو تناقض فى الكلام فلم يقع عقد أصلا لا صحيح و لا باطل لكى يفرض ان الإقدام العقدى كان على عدم الضمان و مع ذلك ثبت الضمان لأن فى صحيحه ضمان.

و أما الإشكال الرابع و هو النقض بما لو اشترى شيئا بشرط ضمان البائع للمبيع فقد أجاب عليه فى المصباح «٣» بأن ضمان المسمى موجود إلا أنه شرط ضمانا على البائع من دون سبب و سواء قلنا بنفوذ الشرط أو فساده بلا إفساد أو مع إفساد فالإقدام على الضمان ثابت.

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٥٠، و مصباح الفقاهة ٣: ٩٧.

(٢) راجع تعليقه الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١: ٧٧-٧٨.

(٣) مصباح الفقاهة ٣: ٩٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢٤

هذا و قد ذكر استاذنا الشهيد رحمه الله: ان المأخوذ بالبيع الفاسد يكون مضمونا بأقل الأمرين من المسمى و المثل، فلو كان المثل أقل لم يضمن الزائد لأن سبب ضمان الزيادة هو العقد و قد كان باطلا، و لو كان المسمى هو الأقل فسبب ضمان المثل و هى اليد و إن

كان موجودا و لكن الذي يمنع عن ضمان الزيادة هدر صاحب المال لماله بمقدار الزيادة برضاه بالمبادلة بما هو أقل. أقول: لعله ليس مقصوده رحمه الله بذلك دعوى هدر المالك لكرامة ماله بمقدار الزيادة بمجرد التسليم الخارجي، إذ من الواضح أنه على تقدير جهله بالبطلان ليس هذا هدرا لكرامة ماله بل يكون من قبيل ما لو سلطني على مال بعنوان رد الأمانة بتخيل أنه مالي ثم انكشف أنه كان ماله بل مقصوده رحمه الله هو الهدر بالرضا بالمعاملة و إيقاعها على ماله، فهذا و إن لم يكن يرفع الحرمة التكليفية في التصرف لأنه رضا معاملي كالرضا بدفع ثمن الزنا إلى الزانية أو ثمن الخمر إلى بائعها و أمثال ذلك لكنه يرفع الضمان. و لازم ذلك هو القول بعدم الضمان في مثل باب الزنا أو بيع الخمر و نحو ذلك للثمن لو تلف و ان وجب عليه رد العين مع بقائها. و لا بأس بالالتزام بهذا اللازم كما نرى ان المحقق في الشرائع ذكر في المشتري الجاهل بالغصب فيما إذا جاءه صاحب العين المشتراة التالفه و أخذ منه القيمة: أنه يرجع على البائع بمقدار ما دفع من القيمة اي أنه لو كان أقل من المسمى لم يكن البائع ضامنا للزيادة «١».

نعم لو ندم على ما أوقعه من البيع الفاسد و مع ذلك دفع العين مجبورا أو من

(١) راجع الجواهر ٣٧: ١٧٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢٥

باب الاعتقاد بلزوم المعاملة فهنا يشكل تأتي كلام استاذنا الشهيد رحمه الله من ضمان أقل الأمرين لأنه حين التسليم لم يكن الرضا المعاملي موجودا.

ثم ان لازم كلام استاذنا الشهيد رحمه الله هو ان نفضل في باب الضمان بين ما لو كان أحدهما قد تسلّم ما انتقل إليه بالعقد الفاسد و لم يتسلّم الآخر، و ما لو كانا قد تسلّما معا، فإن كان قد تسلّم أحدهما فقط ما انتقل إليه و تلف في يده قبل إظهار الآخر للندم و مطالبته بإرجاع المال فهو ضامن بأقل الأمرين كما قاله استاذنا رحمه الله، فإن كان المسمى أقل لا يعطيه إلا المسمى لأن صاحبه قد هدر ماله بمقدار الزيادة على المسمى و إن كان المثل أقل لا يعطيه إلا المثل لان تبدل الضمان إلى المسمى إنما هو نتيجة العقد و المفروض بطلانه، اما لو كانا قد تسلّما معا و تلفا معا قبل إظهار أحدهما للندم و المطالبة بإرجاع المال فالنتيجة هي نتيجة ضمان المسمى دون المثل فإنّ العوضين لو لم يكونا متساويين بحسب السعر السوقي فحتما يكون أحدهما قد أعطى ماله بأكثر من ثمن المثل، و الآخر قد أعطى ماله بأقل من ثمن المثل فمن أعطى ماله بأقل من ثمن المثل فقد هدر هو كرامته ماله بمقدار زيادة المثل على المسمى فلا يستحقّ إلا المسمى و قد أخذه، و من أعطى ماله بأكثر من ثمن المثل فصاحبه قد هدر كرامته ماله بمقدار زيادة المسمى على المثل فليست لصاحبه المطالبة بإرجاع الزيادة، نعم لو تلف أحدهما دون الآخر كان لمن تلف ماله حقّ التراجع قبل تلف الآخر و استرجاع الزيادة إن كان التالف أقل قيمة من الباقي.

و الثالث - قاعدة لا ضرر

و لا نطيل الكلام في كيفية الاستدلال بها في المقام إلا أننا نشير الى ان تطبيق هذه القاعدة في المقام ينبغي أن يكون بمعنى ان حقّ الضمان ثابت هنا عقليا فيكون نفيه ضررا فقاعدة لا ضرر لا تنتج في المقام شيئا

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢٦

أكثر ممّا ينتجه الارتكاز العقلائي و الذي يعبر عنه في ما مضى في شرح الوجهين الأولين بقاعدة اليد أو قاعدة الإقدام، و إنما يكون أثر قاعدة لا ضرر أنه لولاها لكان الاستدلال بالارتكاز أو السيرة العقلانيين متوقفا على كشف إمضاء الشريعة عن طريق سكوتها عن الردع، و قاعدة لا ضرر تقوم مقام كشف الإمضاء بعدم وصول الردع فلو أن أحدا لم يقبل دلالة عدم وصول الردع على الإمضاء إمّا لمنع كون السكوت دليلا للإمضاء أو لمنع دلالة عدم وصول الردع على عدم صدور الردع تكفيه في المقام قاعدة لا ضرر.

وقد اتضح بكل ما ذكرناه ان قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده لا تتم إلا بمقدار تمامية اليد في التأثير فلا تجرى القاعدة في مثل المسابقة الفاسدة و بكلمة اخرى ليس المهم الحديث عن عنوان ما يضمن بصحيحه فإنه لم يرد في آية أو رواية، وإنما المهم البحث عن موارد تأثير اليد و عدمه فمثلا في ما مضى من مسألة بيع الخمر يكون المقدار المفيد من البحث ما اشرنا إليه من أن البائع لا يضمن الثمن لأن المشتري هو الذي هدر كرامته ماله بجعله في مقابل الخمر، و لا فائدة في البحث عن أن عدم ضمان البائع لثمن الخمر هل هو نقض على قاعدة ما يضمن لأن البيع الصحيح فيه ضمان أو ليس نقضا عليها لأن بيع الخمر لو صح لم يضمن فيه الثمن بغير نفس الخمر!

و في ختام الحديث عن قاعدة ما يضمن نشير إلى أنه إذا كان أحدهما عالما بالفساد و الآخر جاهلا به فقد يقال: لا ضمان على الجاهل لأن المغرور يرجع إلى من غره بل حتى لو كانا جاهلين و كان أحدهما هو المحرك للآخر و المؤثر عليه في الدخول في هذه المعاملة فقد يتصور أيضا دخول المورد في قاعدة رجوع المغرور إلى من غره.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢٧

و الجواب- كما افيد في المقام:- ان الجاهل ليس جاهلا بالضمان كي تطبق عليه هذه القاعدة لرفع الضمان و إنما هو جاهل بالفساد و هو مقدم بالفعل على الضمان.

نعم لو كان المسمى أقل من المثل فهو جاهل بضمان الفارق فيرجع فيه إلى الغار و هذا تأييد لجزء من الرأي الذي نقلناه عن استاذنا الشهيد رحمه الله من ضمان أقل الأمرين. هذا تمام الكلام في قاعدة ما يضمن.

و أما قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

إشارة

فقد اتضح ما ينبغي أن يكون مدركا لها من تضاعيف بحثنا عن اختها و هو هدر المالك لكرامته ماله بأحد وجهين: إمّا بالتسليط الخارجى لصاحبه عليه و هو يختص بفرض العلم بالفساد في مثل الهبة بناء على كونه تملكيا لا اجازة لتملك بالحيازة، إمّا لو كان جاهلا بالفساد بالتسليط الخارجى إنما وقع في نظره على ما هو مملوك لصاحبه، و كذلك في تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر فإنه أيضا لدى العلم بالفساد يكون قد سلطه على العين بلا ضمان، أما مع الجهل فأنما سلطه على العين بتخييل صحة الإيجار و الشرط الضمنى الذى يقتضى تسليم العين و ليس هذا من نوع التسليط المجانى الذى يرفع الضمان.

حائرى، سيد كاظم حسيني، فقه العقود، ٢ جلد، مجمع انديشه اسلامي، قم - ايران، دوم، ١٤٢٣ هـ ق فقه العقود؛ ج ٢، ص: ٤٢٧

و إمّا بالتسليط المعاملى و إيقاعه للمعاملة راضيا بها و هذا ما يشمل فرض الجهل أيضا.

و لا داعى للبحث عن أن العين المؤجرة هل هي غير مربوطة بالقاعدة لأن الإجارة وقعت على المنفعة لا على العين أو مربوطة بها لأن الشرط الضمنى

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢٨

يقتضى تسليم العين و هذا كاف في كون العين داخلة في المقبوض بالعقد، أو لأن الإجارة عقد تقع على العين و إن كان مفادها تمليك المنفعة أقول: لا داعى لهذا البحث بعد أن كانت القاعدة لم ترد في آية أو رواية.

هذا. و لا نقبل القاعدة إلا في مورد يكون قرار المتعاملين على عدم الضمان أو لم تكن هناك يد.

بعض النقوض على قاعدة ما لا يضمن:

إشارة

وقد ذكرت في المقام فروع للنقض على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و نحن نتعرض لها أو لبعضها لا كنقض على القاعدة لأن القاعدة ليست مفاد آية أو رواية و إنما نحن ندور مدار ما عرفته من الدليل من الهدر أو التسليط المجاني بل لكونها في نفسها فروعاً قابلة للتعرض و البحث:

فمنها - ما لو استعار المحرم الصيد من المحل فلف الصيد في يده

أما لو أرسله فلا إشكال في الضمان على الأقل للإتلاف الذي يوجب الضمان حتى في صحيح العارية. و ذكر السيد الإمام رحمه الله: إن فرض فساد العارية كي يمكن أن يكون المورد مصداقاً لما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده يمكن إثباته بوجهين «١»:

الوجه الأول - إن النهي قد تعلق بالصيد لا بمعنى الاصطيد بل بمعنى ذات الحيوان و هو عين خارجية لا معنى لتعلق النهي به حقيقة فتعلق النهي به يدل على النهي عن جميع التصرفات و التقلبات الراجعة إليه من اصطيداده و أكله و بيعه و شرائه و غير ذلك كي يكون بمنزلة تعلق النهي بذات العين باعتبار أنه إذا حرمت

(١) راجع كتاب البيع ١: ٣٠٢-٣٠٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٢٩

جميع تقلبات العين فكأنما العين حرمت بتمام حقيقتها، و تحريم التصرفات العملية كالاصطيداد و العين ظاهر في الممنوعة النفسية أي الحرمة التكليفية، و تحريم التصرفات القانونية كالبيع و الشراء ظاهر في الممنوعة الوضعية أعني البطلان و ليست الحرمة التكليفية و الوضعية معنيين مختلفين كي يقال: لا- جامع بينهما بل هما معا بمعنى المنع غاية الأمر إن المنع إذا كان نفسياً كان مساوقاً للحرمة التكليفية، و إذا كان وضعياً كان مساوقاً للبطلان.

أقول: إن التصرفات القانونية تقبل التحريم النفسي و التحريم الوضعي و هما و إن كانا بمعنى المنع لكنهما على أي حال فردان من المنع و لا- يستفاد من إطلاق المنع الجمع بينهما لأن الإطلاق ليس جماعاً بين القيود، نعم لو تعلق المنع ابتداءً في اللفظ بالتصرفات القانونية انصرف بمناسبة الحكم و الموضوع إلى المنع التكليفي، أمّا لو تعلق بما يشمل التصرفات القانونية و التصرفات العملية فالقدر المتيقن من ذلك المنع النفسي لأن التصرفات العملية لا تقبل إلا المنع النفسي و لا ينصرف بلحاظ حصّة من متعلقه إلى المنع الوضعي.

الوجه الثاني - إن قوام الاستعارة بجواز الانتفاع و قد حرم الانتفاع هنا لكون المستعير محرماً فتكون الاستعارة باطلة لا محالة.

أقول: إن قوام الاستعارة يكون بزوال حرمة الانتفاع من ناحية كونه تصرفاً في مال الغير أما الحرمة الطارئة بنذر أو احرام أو كونه مضراً بصحة مزاجه و سلامته مثلاً فلا تنفي صحة الاستعارة.

و على أي حال فلا- يهمننا الأمر في صحة الاستعارة هنا و فسادها لأننا لا نتكلم في هذا الفرع بلحاظ النقض على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و إنما نتكلم فيه بلحاظ أصل ثبوت الضمان و عدمه.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣٠

و قد ذكر الشيخ الانصاري رحمه الله وجهاً للضمان و نصّه ما يلي:

«إلا ان يقال: إن وجه ضمانه بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته انّ المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف...» (١).

و ذيل هذه العبارة صريح في أن الضمان يكون قبل الإلتلاف بسبب نفس وجوب الإلتلاف.

وقد أوردوا عليه بأنه ليس أحد الموجبات للضمان هو وجوب الإلتلاف بل هو نفس الإلتلاف و وجوبه وجوب لأمر لو فعله لحصل الضمان أما لو لم يفعله و عصى الوجوب مثلا فلا موجب للضمان فلو لم يرسل الصيد إلى أن خرج من الإحرام أرجع نفس العين إلى مالكيها.

إلا انّ الشيخ الاصفهاني رحمه الله احتمل في صدر عبارة الشيخ و هو قوله: «انّ المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين» معنى آخر معترفا بأنه يناقض الذيل و هو دعوى انّ قاعدة احترام مال المسلم تقتضى دخول المالىة في العهدة فشخص العين و إن لم تدخل في العهدة لوجوب إرسالها و امتناع أدائها لكن ماليتها دخلت في العهدة بدليل قاعدة احترام مال المسلم فيجب عليه تداركها لو تلفت. و لا يقال: إن إسقاط احترام العين إسقاط لتلك الحصّة من المالىة الثابتة ضمن العين لأنها تتلف بتلف العين و لا موجب للانتقال إلى حصّة اخرى.

فأنه يقال: إن تلف المالىة بتلف العين المأمور به شرعا لا يعنى سقوطها عن

(١) المكاسب ١: ١٠٣، بحسب طبعة الشهيدى.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣١

الاحترام فإنّ احترام المالىة يعنى تداركها و لا يعنى عدم تلفها فنجمع بين وجوب الإلتلاف و احترام المال بما هو مال بضرورة إلتلاف العين بالإرسال مع ضرورة تدارك المالىة بدفع القيمة.

ثم أبطل رحمه الله هذا الوجه بأنّ قاعدة احترام مال المسلم بعد تسليمها أنّما تدلّ على وجوب تدارك المال بعد الإلتلاف و التلف، و وجوب التدارك بعد الإلتلاف فى المقام لا كلام فيه حتى مع قطع النظر عن قاعدة الاحترام، و اما وجوب التدارك بعد التلف فنفس التسليط الصادر من المالك الذى أسقط هذا الاحترام على تقدير صحّة العارية يكون هو المسقط له أيضا على تقدير فساد العارية «١»، و لعلّ مقصوده رحمه الله من التعبير بأنّ «قاعدة الاحترام بعد تسليمها...» إشارة إلى ما يقال من أنّ دليل حرمة مال المسلم كحرمة دمه لا يدلّ على أكثر من الحرمة التكليفية.

و ذكر الشيخ النائينى رحمه الله «٢»: انّ المحرم يضمن الصيد بمجرد أخذه من المحلّ لا لما قاله الشيخ الانصارى رحمه الله من أنّ وجوب الإلتلاف أو جب الضمان فإنّ الضمان أنّما يكون نتيجة الإلتلاف الفعلى لا نتيجة وجوب الإلتلاف بل لأنه قد أتلفه بنفس أخذه من المحلّ، لأنّ المستفاد من الأدلة ليس وجوب الإرسال و جوبا تكليفيا فحسب بل خروجه من الملك و صيرورته حرّا بمجرد وقوعه تحت يد المحرم فأخذه إلتلاف للملكية، و لا فرق فى الإلتلاف الموجب للضمان بين إلتلاف العين كما لو أحرقت الفراش مثلا أو إلتلاف ماليتها كما لو حوّل الخلل خمرا أو إلتلاف ملكيتها كما فى ما نحن فيه.

(١) راجع تعليقه الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١: ٨٣.

(٢) راجع تقرير الشيخ الآملى ١: ٣١٣-٣١٦، و منية الطالب ١: ١٢٤-١٢٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣٢

و قال رحمه الله: إنّه لو كان المحلّ عالما بأنّ المستعير محرم و ان أخذه إياه يخرج من الملك لم يشفع ذلك لعدم الضمان و ذلك لأنّ سبب سقوط الضمان إمّا هو استناد الإلتلاف إلى نفس المالك لتسليمه الصيد إياه، و إمّا هو كون إلتلاف المحرم للصيد بموافقة

المالك من قبيل ما لو أمر المالك شخصا بإلقاء ماله في البحر أو إحراقه مثلا، وكلا السببين غير تام في المقام. أما الأول فلأنَّ المسبب إنما يعتبر مسببا توليديا و يسند إلى من استفاد من السبب حينما لا يتوسط بينهما فاعل بالاختيار كما لو ألقى شيئا في النار فاحترق، فالإتلاف هنا يسند إلى الملقى في النار حقيقة لأنَّ الوسيط و هي النار ليس فاعلا بالاختيار، أما في المقام فالوسيط فاعل بالاختيار فسبب التلف هو الأخذ و قد قام به المحرم الذي هو فاعل بالاختيار فالإتلاف لا يسند إلى المعطى.

و أما الثاني فلأنَّ الإتلاف باذن المالك أو بأمره إنما لا يوجب الضمان إذا كان جائزا شرعا «و علل في منية الطالب عدم الضمان عندئذ بثبوت الوكالة إذ قد ناب عن المالك في ما جاز للمالك فعله» عندئذ و في المقام لم يكن الإتلاف جائزا فهو من قبيل ما لو أمر أحد صاحبه بإلقاء متاع الأمر في البحر من دون مبرر شرعي فإنه لو ألقاه عندئذ كان ضامنا، نعم لو كانا في السفينة و اشرفت السفينة على الغرق فأمر صاحبه بإلقاء متاعه في البحر كي تحفَّ السفينة و تنجو من الغرق لم يكن ضامنا.

و قال رحمه الله: أنه لو أرجع الصيد إلى المعير لم يخرج من الضمان لأنَّ المعير يملكه بحيازه جديدة شأن أي إنسان آخر يستطيع أن يملكه بحيازه لأنه أصبح من المباحات الأصليَّة و به يظهر الفرق بين الخلل لو غصبه و صيره خمرا ثم رجع خلا و أرجعه إلى صاحبه حيث نقول هنا بانتفاء الضمان و لا نقول به في المقام، و الفرق هو: أن ملكية صاحبه في مثال الخلل ليست بحيازه جديدة و إنما الملكية فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣٣

السابقة تحوّلت بالخمريَّة إلى حقِّ الاختصاص ثم تحوّل حقُّ الاختصاص مرّة أخرى إلى الملكية و لم يصبح الخلل بتبدله إلى الخمر من المباحات الأصليَّة التي يجوز لكل أحد حيازتها و هذا بخلاف المقام.

أقول: لو سلّمنا الضمان في فرض جهل المعير بالحال و بالحكم فالقول بالضمان في فرض العلم غريب.

و ما أوردهما على كلا وجهي الضمان في المقام غير صحيح:

أمّا ما ذكره من أن من أمر شخصا بإتلاف ماله حراما ضمن المتلف ماله فنحن لا ندرى لما ذا يضمن ماله في فرض الحرمة و لا يضمنه في فرض الإباحة هل لمجرد الفرق بالحرمة و الحلّ، أو لما ورد في منية الطالب من أن الوكالة لا تثبت إلّا في فرض الحلّ و الوكالة هي التي ترفع الضمان لأنّ يد الوكيل تعتبر يدا للموكل؟

فإن كان النظر إلى مجرد التفريق بالحرمة و الحلّ فمن الواضح أنّ الحرمة تكليفية في المقام و نحن كلامنا في الضمان الوضعي، و لا نفهم نكتة عقلائية في دخل الحرمة و الحلّ التكليفيين في الضمان و عدمه في المقام.

و إن كان النظر إلى مسألة الوكالة و لنفترض أنّ المقصود ليست هي الوكالة التي يختص صدقها بباب التصرفات القانونية من العقود و الإيقاعات بل المقصود هو معنى أعم يصدق في كل فعل كان بإمكان الشخص ان يفعله فأوكله إلى غيره قلنا: إنّ صدق الوكالة ليس مشروطا بحليّة العمل فمقياس صدقها ان صدقت في غير التصرفات القانونية أنما هو معقولية صدور ذاك الفعل من الموكل في ذاته لا معقوليته شرعا بمعنى الجواز كما أنّه في التصرفات القانونية أيضا ليس المقياس في صدق الوكالة حليّة ذاك التصرف فلو أوكل شخصا في بيع داره و كان بيع داره حراما عليه لنذر أو لنهي الوالد أو غير ذلك فالوكالة صادقة في المقام قطعا.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣٤

ثم لا أدري هل يلتزم الشيخ النائيني رحمه الله بالضمان فيما لو أجاز المالك أحدا في أكل طعامه فأكله بنكتة أنّ الوكالة في الأكل لا معنى لها فما دامت الوكالة غير صادقة فالأكل الذي هو إتلاف للمال يوجب الضمان رغم اذن المالك؟! و لو فرضنا صدق الوكالة حتى هنا فهل يقول: إنّه لو حرم عليه الأكل لكونه مريضا و كون هذا الطعام مضرًا بحاله مثلا ثبت الضمان؟!!

و أمّا ما ذكره من أن الإتلاف لا يستند إلى المعير لتوسط الفاعل بالاختيار و هو المستعير فيرد عليه: أنّ المسألة اجنبية عن باب توسط الفاعل بالاختيار أو بغير الاختيار فإنّ هذه المسألة موردها مورد وجود وسيط بين الشخص و الفعل في إسناد الفعل إلى الشخص كالنار فيما إذا ألقى الورق فيها فاحترق، فالإحراق مستند أولا و بالذات إلى النار ثم هو مستند بواسطة فعل النار الذي كان بلا اختيار إلى

الشخص و هذا الإسناد حقيقي، و إذا أمر شخصا آخر بإتلاف المال فاتفقه كان الإتلاف مستندا أولا و بالذات إلى المأمور ثم هو مستند بواسطة فعل المأمور إلى الأمر لكن هذا الإسناد مجازي لأن الوسيط و هو الأمر فاعل بالاختيار، و أما في ما نحن فيه فالمستعير ليس وسيطا بين المعير و استيلاء المستعير على الصيد بل هذا الاستيلاء مستند إليهما في عرض واحد عرفا إن لم يكن عقلا فان الآخذ و المعطى يحققان شيئا واحدا تكون نسبته إلى أحدهما نسبة الإعطاء و نسبته إلى الآخر نسبة الآخذ.

فان قيل: إن الموضوع لتلف الصيد إنما هو ذاك الشيء بوصفه اخذا لا بوصفه إعطاء.

قلنا: إن هذا التدقيق لا- يؤثر في فرض الآخذ و المعطى عرفا في عرض واحد بالنسبة للإتلاف فهما معا متلفان و إذا اسند الإتلاف إليهما معا فالمعير هو

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣٥

الذي هدر كرامته ماله و لا ضمان على المستعير هذا كله في فرض علم المعير بالحال.

أما إذا كان جاهلا بإحرام المستعير أو يكون ذلك موجبا لتلف المال فالوجه الثاني من وجهي عدم الضمان و هو اذنه في الإتلاف لا يأتي في المقام كما هو واضح. و أما الوجه الأول و هو استناد الإتلاف إليه فقد يترأى للذهن أنه يأتي في المقام لأن العلم و الجهل لا دخل لهما في صدق الإتلاف فقد يتلف الإنسان مالا بعمل كان يجهل كون هذا العمل موجبا للتلف كما لو أوقع ظرفا على الأرض جاهلا بأن هذا يوجب كسره فانكسر، بل قد يتحقق الإتلاف مع الغفلة الكاملة كما في النائم الذي يسقط الكوز بتحريك رجله فيسقط و ينكسر فالمعير هنا و إن كان جاهلا بالحال و لكنه قد ألتف صيده بتسليمه إلى المستعير المحرم، نعم قد يقال برجوعه إلى المستعير من باب رجوع المغرور إلى من غره لو كان المستعير عالما بأن أخذه للصيد يؤدي إلى إتلافه.

و لكن الواقع أن الوجه الأول أيضا لا- يأتي في المقام و ذلك لأن المفروض كما قلنا أن الإتلاف مستند إليهما معا و استناد الإتلاف إلى المستعير مقتض للضمان، و أما استناده إلى المعير فهو ليس مانعا عن الضمان إلا حينما يكون هدرًا لكرامة ماله و لا يكون كذلك إلا في فرض علمه بالحال، أما مع الجهل فلم يكن هدر من قبل المالك لكرامة ماله فيثبت الضمان على المستعير و لو بمقدار النصف لا الكل باعتبار كون المالك المعير أيضا سهيما في الإتلاف.

إلّا أن هذا كله فرع كون استيلاء المستعير على الصيد موجبا لخروجه من ملك المالك و رجوعه إلى الإباحة الأصلية و هذا أول الكلام، فلو سلمنا ان دليل وجوب الإرسال على المحرم يدل بالدلالة الالتزامية العرفية على خروج الصيد

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣٦

من ملك المحرم لو ملكه قبل الإحرام فلا نسلم دلالة على خروجه من ملك غيره فليجب عليه الإرسال و ليكن المال في نفس الوقت باقيا في ملك الغير و أثره الضمان على تقدير الإرسال.

و قد اتضح بكل ما ذكرناه أن الظاهر عدم ضمان المستعير المحرم للصيد إلا بعد إتلافه بإرسال أو غير ذلك أما لو تلف في يده فلا ضمان عليه لمكان التسليط من قبل المالك.

و منها- ان منافع العين المشترأه بالبيع الفاسد هل تكون مضمونة أو لا؟

و هذا البحث أيضا طرح بعنوان النقض على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و أدى ذلك إلى وقوع سلسلة من البحث:

فقد يقال: إن هذا نقض على القاعدة لأن المبيع بالبيع الصحيح لا تضمن منافعه في حين أنه في البيع الفاسد يقال بضمانها «١».

و قد يرد على ذلك بأن المنافع مضمونة في البيع الصحيح ضمن ضمان العين لأن المنافع و مقدار قابلية العين لهما تؤثر في قيمة العين.

٢.

و قد يجاب على هذا الرد بأن هذا ليس هو الضمان المصطلح فإن المنافع لا تقابل بالمال و تأثيرها على القيمة إنما هو بنحو الحيثية

التقييدية من دون تقسيط للقيمة عليها ٣.

وقد يردّ النقض أيضا بأنّ المنافع في باب البيع خارجة عن تحت قاعدة ما لا يضمن وقاعدة ما يضمن لأنّ العقد لم يقع عليها و إنما وقع على العين ٤.

(١) ١ و ٢ و ٣ راجع المكاسب ١: ١٠٣، بحسب طبعه الشهيدي.

(٢) ٤ راجع منية الطالب ١: ١٢٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣٧

وقد يجاب على هذا الردّ بأنه لو كانت المنافع خارجة عن تحت البيع فكذلك هي خارجة عن تحت الهبة فما هو السرّ في أنّها تضمن في البيع الفاسد ولا تضمن في الهبة الفاسدة؟! «١».

وعلى أيّ حال فأصل هذا التسلسل من البحث لا أساس له باعتبار أنّ أصل القاعدة كقاعدة ما يضمن لا أساس لها.

وإنّما المهم ملاحظة المسألة بحدّ ذاتها لكي نرى أنّ مقتضى القواعد فيها الضمان أو عدم الضمان؟

فنقول: إنّ المقتضى للضمان في فرض استيفاء المنفعة موجود و المانع مفقود أمّا وجود المقتضى في فرض استيفاء المنفعة فمما لا إشكال فيه فإننا حتى لو قلنا بأنّ تفويت المنفعة من دون استيفاء لا يوجب الضمان فكون الاستيفاء بذاته موجبا للضمان واضح عقلايا ولذا نرى أنّهم اختلفوا في ضمان الغاصب للمنافع غير المستوفاه و لم يختلفوا في ضمانه للمنافع المستوفاه.

و أمّا لو لم يستوف المشتري المنافع فالظاهر عدم تمامية المقتضى للضمان إلّا إذا كان المشتري غارّا للبائع لأننا حتى لو قلنا في باب الغصب بضمن الغاصب للمنافع غير المستوفاه و ذلك بتفويته لها أو بتلفها تحت يده نقول: ما نحن فيه أنّ المالك يكون سهيما مع المشتري في التفويت و في هذا الفرض لا موجب للضمان إن لم يكن المشتري غارّا للبائع اذن فمقتضى الضمان منحصر في المقام في فرض الاستيفاء أو التغيرير.

و أمّا عدم المانع فلاّنّ المانع عبارة عن التسليط المجاني و لا تسليط مجاني في المقام.

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٦٠، و مصباح الفقاهة ٣: ١٠٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣٨

و ما قد يتصوّر من ثبوت التسليط المجاني لأنّه أنّما كان الثمن في مقابل العين لا في مقابل المنفعة يمكن الجواب عليه بأحد وجهين إمّا لا يتم مطلقا أو لا يتم إلّا في خصوص فرض علم البائع بالفساد.

أمّا الوجه في أنّه لا- يتم إلّا في خصوص علم البائع بالفساد فهو أن يقال: إنّ قصد بالتسليط المجاني التسليط المعاملي فالتسليط المعاملي إمّا هو على العين فقط لأنّ البيع و الشراء يتعلّقان بالعين، و إمّا هو على المنفعة أيضا بالتبع فتكون المنفعة مضمونه ضمانا تبعا بنفس ثمن العين و على كل تقدير لا يوجد تسليط معاملي مجاني على المنفعة، و ان قصد به التسليط الخارجي فالتسليط الخارجي عن المنفعة مجانا ان صدق فأنّما يصدق مع علم البائع بالفساد، أمّا مع جهله فأنّما قصد البائع تسليط المشتري على منفعته ماله المملوكه له لا على منفعته مال البائع المملوكه للبائع.

و أمّا الوجه في عدم تمامية المانع عن الضمان مطلقا حتى في صورة علم البائع بالفساد فهو دعوى أنّ المنفعة دائما ضمانها مندكّه في ضمان العين و تابعة له كاندكّاك نفس المنفعة تكوينا في العين و تبعيتها لها إلّا في صورتين:

الاولى- تعمّد الفصل بين العين و المنفعة في ضمان معاملي بتخصيص الضمان المعاملي بالمنفعة دون العين كما في باب الإيجار أو بالعين دون المنفعة كما في بيع العين مسلوبة بالمنفعة مدّه من الزمان.

و الثانية- الفصل التكويني بينها في ضمان اليد أو الإلتلاف كما لو أتلّف المنفعة بغلق باب الدار و المنع عن استيفاء مالها لمنفعتها من دون غضب نفس الدار و كما لو غضب الدار و فوّت منفعتها مع بقاء العين أو استوفى منفعتها في فترة من الزمن، أمّا إذا أوقع عقد البيع على العين من دون سلب المنفعة أو أتلّف العين

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٣٩

فضمان منفعتها المعاملي في الأوّل أو ضمانها بالإلتلاف في الثاني من ذلك في ضمان العين و تابع له باند كاك نفس المنفعة في العين و تبعيتها لها، و عليه نقول في ما نحن فيه: إنّ الضمان المعاملي للمنفعة في باب البيع الفاسد من ذلك في منظار هذا البيع في نفس ضمان العين فالبايع لم يسلط المشتري على المنفعة مجاناً حتى و لو كان عالماً بالفساد، و أمّا سلطه عليها في مقابل كون العين مقابلة بالثمن و ليس هذا هو التسليط المجاني الذي يسقط الضمان عقلاً.

و بعد فأننا تارة نفترض أنّ العين لم تلتف في يد المشتري إلى ان تراجعاً عن البيع الفاسد.

و اخرى نفترض أنّه تلفت العين قبل التراجع و على كل حال نفترض كما عرفت أنّ المشتري قد استوفى منفعة العين خلال تواجدتها عنده أو أنّ المشتري كان غاراً للبايع و إلّا لم يكن ضامناً للمنافع فان تلفت العين قبل التراجع.

قلنا: إنّهُ ليس للبايع ان يطالب المشتري بأكثر من ثمن المسمى إن كان ثمن المثل للعين أو مجموع ثمن المثل للعين و اجرة المنفعة مدّة بقاء العين أكثر من المسمى الذي جعل في العقد الفاسد مقابلاً للعين و ذلك لأنّه هو الذي هدر كرامة العين و كذلك كرامة المنفعة ضمن هدر كرامة العين في ما هو ازيد من ثمن المثل.

أمّا إذا كان المسمى أكثر فتارة يكون أكثر من ثمن المثل للعين و اخرى يكون أكثر من مجموع ثمن المثل للعين و اجرة المنفعة مدة بقاء العين و لنفترض الآن أنّ الثمن لا زال غير تالف فنقول:

أمّا ما يزيد على مجموع ثمن المثل للعين و اجرة المثل للمنفعة فيجب عليه إرجاعه إلى المشتري لأنّ المشتري ليس ضامناً لأكثر من ثمن المثل لأنّ ضمان المسمى أمّا يكون بالعقد و قد كان العقد باطلاً.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤٠

و أمّا ما يزيد على ثمن المثل للعين و لا يزيد على مجموع الثمن و الاجرة فالظاهر أنّه لا يجب عليه إرجاعه إلى المشتري لأنّ المشتري كما يكون ضامناً لثمن مثل العين كذلك يكون ضامناً لأجرة المثل للمنفعة بمقدار ما هو من ذلك في ثمن المسمى و ليس ضمان اليد في المنفعة من ذلك في ثمن المثل لأنّه وقع الانفصال بين العين و المنفعة بتلف المنفعة دون العين و هذا أحد السببين اللذين ذكرنا أنّهما يوجبان تمييز المنفعة عن العين في الضمان و لم يهدر البائع كرامة المنفعة إلّا فيما يزيد على ثمن المسمى.

و أمّا إذا كان الثمن أيضاً تالفاً فليس على البائع ضمان حتى و لو كان المسمى أكثر من مجموع ثمن المثل للعين و اجرة المنفعة و ذلك لأنّ المشتري قد هدر كرامة ماله في ما هو أكثر ممّا استلمه من العين و المنفعة فالضمان من كلا الطرفين يستقر في الحقيقة على المسمى كما مضى التنبيه على ذلك في بحث ما يضمن بصحيحه لدى شرح ما يلزم من مبنى استاذنا الشهيد رحمه الله من ضمان أقلّ الأمرين.

أمّا إذا لم تلتف العين إلى ان تراجعاً عن البيع الفاسد فإن كان الثمن تالفاً و كان أكثر من ثمن المثل للعين أو مساوياً له لم يكن البائع ضامناً لأكثر من العين لأنّه حتى لو كان المسمى أكثر من ثمن المثل فالمشتري هو الذي هدر كرامة الزيادة و لم يكن المشتري ضامناً للمنفعة بأكثر من الضمان المندك في ثمن المسمى و المفروض أنّه قد دفع المسمى إلى البائع و تلف عنده.

و أمّا إن كان الثمن التالف أقل من ثمن المثل للعين فمن حق البائع استرجاع العين و دفع مقدار الثمن التالف ناقصاً مقدار الاجرة فان استوعب مقدار الاجرة تمام الثمن استرجع العين من دون دفع شيء من الثمن، و إن زاد مقدار الاجرة

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤١

على الثمن التالف لم يكن للمشتري دفع الزيادة لأنّ البائع كان قد هدر كل كرامة للمنفعة زائدة على الضمان المندك في الثمن المسمّى للعين.

و أمّا إن كان الثمن باقيا كما كانت العين باقية و قد حصل التراجع في العينين فعلى المشتري دفع اجرة العين للفترة التي كانت تحت يده على أن لا تزيد الاجرة على ثمن المسمى للعين، فان زادت عليه فهو لا يضمن الزيادة لأنّ البائع قد هدر كل كرامة للمنفعة غير مندكة في ثمن المسمى.

و منها- حمل المبيع حيث يقال بضمانه على المشتري في البيع الفاسد مع أنه غير مضمون مثلا في البيع الصحيح.

و الواقع أنّ الحمل إمّا ان يفرض جزء من المبيع مضمونا بجزء من الثمن في البيع الصحيح و مضمونا باليد في البيع الفاسد بنفس المقياس الذي مضى في ضمان المبيع بالبيع الفاسد.

و إمّا ان لا يكون داخلا في البيع لا جزء و لا شرطا فهو أمانة عند المشتري في كلا فرضي صحة البيع و فساده.

و إمّا أن يكون داخلا في البيع على وجه الشرط لا الجزء فيكون حاله حال المنفعة في أنّ ضمانه العقدي تبعي لضمان العين من دون تقسيط الثمن عليه و لا- يعدّ تسليط المشتري عليه تسليطا مجانيا مسقطا للضمان فإذا تلف في البيع الفاسد تحت يد المشتري كان مضمونا بالتفصيل الذي مضى في ضمان المنفعة المستوفاه.

[الثالث] وجوب الردّ إلى المالك و عدمه:

إشارة

الثالث «١»: وجوب الردّ إلى المالك و عدمه بعد فرض حرمة التصرف.

(١) و قد مرّ البحث الثاني في الصفحة ٩١٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤٢

و قد عمّم الحكم بوجوب الردّ على القول به لما لا- يضمن بصحيحه كالهبة إلّا انّ هذا التعميم لمثل الهبة ممّا تكون الفحوى عادة شاهدة على التسليط المجاني حتى على تقدير البطلان يجب أن يكون بفرض عدم هذه الفحوى.

و على أية حال ففي المسألة قولان: وجوب الردّ و كفاية تخليّة الوضع عن المانع الذي يحول بين المالك و أخذه للمال.

و ما قد يصلح دليلا على وجوب الردّ الذي ذهب إليه الشيخ الانصاري و الشيخ النائيني و السيد اليزدي و غيرهم وجوه:

الوجه الأول- حرمة الإمساك المستفاده من حديث سماعه و زيد الشحام

عن الصادق عليه السّلام عن رسول الله صلّى الله عليه و آله: لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلّا بطيبة نفسه «١» و التوقيع عن الإمام صاحب الزمان- عبّجّل الله فرجه:- لا يحل لأحد ان يتصرّف في مال غيره بغير اذنه «٢».

و جعل الشيخ الانصاري رحمه الله دلالة الرواية الاولى على المقصود أقوى من الثانية حيث أنّه لو نوقش في دلالة الثانية بمنع صدق التصرف على الإمساك فالاولى تدلّ بسبب نسبة الحرمة إلى المال الخارجي على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في

يده «٣» و لكن الشيخ الآخوند جعل دلالة الرواية الاولى أضعف من دلالة الرواية الثانية «٤» و لعله لأجل أن حذف المتعلق إذا كان

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

(٢) الوسائل ٦: ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦.

(٣) المكاسب ١: ١٠٤، بحسب طبعه الشهيدي.

(٤) راجع تعليق الآخوند على المكاسب: ٣٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤٣

هناك شيء بارز يناسب تقديره لا يفيد العموم فكما ان تحريم الامهات ينصرف إلى الوطاء و تحريم الخمر ينصرف إلى الشرب مثلا، كذلك تحريم المال ينصرف إلى الأكل بالمعنى الواسع لا بخصوص معنى الازدراء و لا يشمل مثل مجرد الإمساك. و ذكر الشيخ النائيني رحمه الله: ان الإمساك يكون تصرفا لأنه عبارة عن استدامة الأخذ و الأخذ تصرف، و استدامة التصرف تصرف لا محالة «١».

أقول: إن التشكيك في كون الإمساك تصرفا إما أن يكون في مطلق الإمساك بدعوى ان التصرف مأخوذ من الصرف بمعنى القلب و الثقلب و عندئذ من الواضح ان الأخذ تصرف باعتبارها قلبا للمال و نقلا له من يد المالك مثلا إلى يده و لكن الإمساك ليس استدامة للأخذ و إنما هو مجرد استدامة لكون المال عنده و هذا ليس قلبا و ثقلبا في المال. و إمّا أن يكون في خصوص الإمساك غير السلطوي بمعنى إبقائه عنده مع التخليه بينه و بين المالك و انتظار مجيء المالك كي يسلم المال إليه و من الواضح ان هذا لا يعد تصرفا و ليس حاله حال الأخذ.

و على أي حال فخير اعتراض على الاستدلال بهاتين الروايتين هو التشكيك في صدق التصرف الوارد في احدي الروايتين على الإمساك خصوصا غير السلطوي و التشكيك في إطلاق الرواية الاخرى التي حذف المتعلق فيها و دعوى انصرفها إلى حرمة الأكل أو احتمال الانصراف على أقل تقدير.

و قد اعترض الشيخ الآخوند رحمه الله في المقام باعترض آخر و هو ان حرمة الإمساك لا توجب وجوب الردّ تعيينا و لو على القول بمقدمية الضد فانّ الإمساك

(١) راجع منية الطالب ١: ١٣١، و تقرير الشيخ الآملي ١: ٣٢٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤٤

و الردّ ضدان لهما ثالث و هو التخليه بين المال و بين مالكة فلا يجب عليه على هذا القول إلّا احدهما ثم أمر بالفهم «١».

أقول: إن هذا الكلام كما ترى ينحلّ إلى إشكالين:

احدهما- ان الردّ و الإمساك ضدان لهما ثالث و هو التخليه فتحريم الإمساك لا يقتضى وجوب الرد بالخصوص.

و الجواب: ان الإبقاء تحت اليد بالمعنى الثابت لدى التخليه و انتظار المالك ان قلنا بعدم تحريمه لعدم دخوله في إطلاق الروايتين فقد رجعنا إلى الوجه السابق، و إن قلنا بتحريمه فقد وجب الرد لا محالة لأنّ التخليه لا تنافي الإمساك حينما يقصد به مطلق الإبقاء تحت اليد و لو غير السلطوي الذي يجتمع لا محالة مع التخليه فليست التخليه ضدا ثالثا.

و الثاني- ان الضد ليس مقدمه لنفي ضده فحتى لو حرم الإمساك و كان الردّ ضده الوحيد لم يثبت وجوبه.

أقول: إنني لا أظن ان من يقول بوجوب الرد يقصد أكثر من لابدئية الردّ و لو لكونه ملازما لواجب مقدمي، و من الواضح أنه لو حرم الإمساك حتى بمعناه المجتمع مع التخليه فلا بدّ له من الردّ ما دام أنه لا ثالث لهما و لا حاجة بنا إلى التكلّم بمصطلحات مقدمية الضد

و عدم مقدميته.

و لو أصررنا على التكلم بهذه اللغة قلنا: إنَّ الضد و إن لم يكن مقدمة لنفى ضده لكن علة الضد مقدمة لنفى ضده فصد الإمساك إمَّا هو إمساك المالك مثلا و الردّ علة لإمساك المالك فهو مقدمة لنفى إمساك هذا الشخص، أو ان الردّ بنفسه ضد للإمساك فله علة تكون مقدمة لنفى الإمساك فتجب و هي قصد الردّ مثلا.

(١) تعليق الآخوند على المكاسب: ٣٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤٥

و الوجه الثاني - رواية على اليد ما أخذت حتى تؤدى بعد فرض ثبوتها بالشهرة و الاستفاضة مثلا

أو بالانجبار أو فرض غض النظر عن ضعف سندها.

و قد قرب الاستدلال بهذه الرواية على وجوب الردّ بعدّه وجوه:

الأول- ما فى منية الطالب «١» من أنّ الضمان بلا وجوب الردّ لغو فإن لم يجب ردّ العين ثم لم يجب بعد التلف ردّ العوض فما فائدة الضمان؟! فقله: على اليد الدال بالمطابقة على الضمان يدلّ بالالتزام على وجوب الرد.

و أجاب السيد الخوئي على ذلك بأنّه يكفى فى نفى اللغوية وجوب التخلية بين المال و المالك «٢».

و الثانى- ما فى تقرير الشيخ الآملى رحمه الله «٣» لبحث الشيخ النائيني قدس سرّه من تقريب الدلالة الالتزامية لحديث على اليد بوجه آخر يختلف عمّا نقل عنه فى منية الطالب و هو أنّ جعل الأداء رافعا للضمان يدلّ بالالتزام على مطلوبية الأداء و بضم ذلك إلى علمنا بأنّ مطلوبية الأداء إن كانت فهى وجوبية نفهم الوجوب، بل يمكن استظهار نفس الوجوب ابتداء من جعل الأداء رافعا للضمان دون مطلق المطلوبية.

أقول: لم نعرف منشأ لاستظهار المطلوبية أو الوجوب من جعل الأداء غاية للضمان، و ما مضى عن منية الطالب أكثر فتية ممّا ورد فى تقرير الشيخ الآملى.

هذا. و جاء فى منية الطالب «٤»: أنّ الاستدلال بحديث على اليد لإثبات

(١) منية الطالب ١: ١٣١.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ١٦٦، و مصباح الفقاهة ٣: ١٢٣.

(٣) تقريرات الشيخ الآملى ١: ٣٢٦.

(٤) منية الطالب ١: ١٣١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤٦

وجوب الردّ يشمل حتى مثل الهبة و العارية الفاسدتين فإنّ الضمان فيهما و إن لم يكن ثابتا لأجل التسليط المجانى لكن مورد التسليط المجانى ليس خارجا من حديث على اليد بالتخصص و أنّما خرج منه بالتخصيص، و التخصيص أنّما ثبت بلحاظ المدلول المطابقى و هو الضمان دون الالتزامى و هو وجوب الرد.

أقول: إنّ هذا الكلام لا يتم.

أولا- لأنّ التسليط المجانى مانع ارتكازى كالمتمصل عن الضمان فيرجع الأمر إلى التخصص.

و ثانيا- لتبعية الدلالة الالتزامية للمطابقة فى الحجية.

و الثالث- ما هو منقول عن الشيخ الايرواني رحمه الله «١» من ان حديث على اليد ان لم يختص بالحكم التكليفي و هو وجوب الرد فلا أقل من أن يعمّ الوضع و التكليف بيان ان مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها و دفع البدل مع التلف.

و أورد عليه السيد الخوئي.

(أولاً) بأنّه لو حمل الحديث على الحكم الوضعي لم يكن في ذلك تقدير و لو حمل على الحكم التكليفي فلا بد من تقدير أي على اليد ردّ ما أخذت لأنّ الحكم التكليفي أنّما يتعلّق بالأفعال لا بالأعيان و لا يمكن الجمع بين التقدير و عدمه.

(و ثانياً) بأنّ الغاية المذكورة في الحديث و هي قوله حتى تؤدّي أنّما تناسب الحكم الوضعي و لا تناسب الحكم التكليفي و إلّا لكان معناه جعل العمل بالواجب غايةً للوجوب من قبيل أن نقول: يجب عليك ان تصلّي حتى تصلّي و هذا يعني تفسير الحديث بمعنى: على اليد ان تؤدّي حتى تؤدّي.

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣: ١٢٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤٧

أقول: إنّ تصوير إطلاق حديث على اليد للحكم الوضعي و التكليفي معاً لا ينحصر بفرض الجمع بين التقدير و عدم التقدير بل يمكن تصوير ذلك من دون تقدير إذ كما انّ المال حينما يكون دركه على الشخص بمعنى أنّه لو تلف دخل في ذمته يمكن ان يعتبر انّ لهذا المال ثقلاً على الشخص و في طول ملاحظة هذا الاعتبار يصح استعمال كلمة «على»، كذلك حينما يجب تكليفاً ردّه إلى المالك على الشخص يمكن أن يعتبر انّ لهذا المال ثقلاً على الشخص و في طول ملاحظة هذا الاعتبار يصح استعمال كلمة «على» و كذلك حينما يجب تكليفاً رفع الحاجز أو التخليّة بين المال و ماله يمكن أن يعتبر انّ لهذا المال ثقلاً على الشخص و في طول ملاحظة هذا الاعتبار يصح استعمال كلمة «على». و لعل مقصود الشيخ الايرواني رحمه الله من التردد بين ان يختص الحديث بالحكم التكليفي أو يعمّ على الأقل الوضع و التكليف هو انّ افتراض المال على الشخص لا معنى له إلّا بأحد وجهين: الأول التقدير كي يكون الثابت على الشخص عملاً من الأعمال لا عينا خارجية.

و الثاني اعتبار ثقل و استعلاء للمال على الشخص كي يصحّ في طول هذا الاعتبار نسبة العلوّ إلى نفس العين فان استظهر الوجه الأول اختص الحديث بالحكم التكليفي، و إن فرض الوجه الثاني فمقتضى الإطلاق شمول الحديث للحكم التكليفي و الوضعي و ذلك لا بمعنى انّ الحديث دلّ على الحكم التكليفي بالمطابقة كي يقول السيد الخوئي بأنّ الحكم التكليفي يتعلّق بالعمل لا بالعين بل بمعنى انّ الحديث دلّ على اعتبار العلوّ للمال على الشخص بكل اعتباراته و منها الاعتبار المناسب للحكم التكليفي لما قلنا من أنّه إذا وجب ردّ المال صحّ ان يعتبر ان للمال ثقلاً على الشخص و إذا كان هذا هو مقصود الشيخ الايرواني رحمه الله لم يرد عليه أيضاً الإشكال الثاني للسيد الخوئي و هو عدم مناسبة قوله حتى تؤدّي لكونه

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٤٨

غاية للحكم التكليفي، إذ يكون معنى ذلك: على اليد أن تؤدّي حتى تؤدّي فإنّ المعنى عندئذ يكون أنّ الثقل الاعتبار للمال على الشخص ينتهي بكل معانيه بالأداء.

نعم أثر هذا الإشكال الثاني يكون عبارة عن إبطال استظهار التقدير و تثبيت استظهار اعتبار نوع من الثقل و العلوّ للمال على الإنسان لأنّه لو بنى على التقدير و بالتالي تخصيص الحديث بالحكم التكليفي لأصبح معنى الحديث: على اليد ان تؤدّي حتى تؤدّي و هو كلام غير منسجم فيتعين القول بأنّ الحديث يعمّ الحكم الوضعي و التكليفي معاً.

و على أيّة حال فإن كان هذا هو مقصود الشيخ الايرواني رحمه الله ورد عليه: ما حَقّق في محله من الاصول من أنّ الإطلاق أنّما يتمّ للكلام بالنسبة للأفراد أو الأقسام الحقيقية غير المتوقّفة على فرض الاعتبار من قبل المتكلّم، أي ما تكون فرديته في طول الاعتبار

فالإطلاق إنما يتم في طول ان نعرف ان المتكلم لاحظ و اعتبر جميع تلك الاعتبارات و لا- يمكن ان نثبت بالإطلاق ان المتكلم قد لاحظها و اعتبرها جميعا بالفعل، اذن فيكون القدر المتيقن من بينها أبرزها عرفا و أبرز ما يعتبر ثقلا للمال على الشخص و يعتبر علوا له عليه هو كون دركه عليه و انشغال ذمته به لو تلف فحديث على اليد لا يدل على وجوب الردّ وجوبا تكليفيا. ثم أننا لو استظهرنا من حديث على اليد التقدير و حملناه على هذا الأساس على الحكم التكليفي يدخل الحديث عندئذ ضمن نصوص الوجه الثالث الدالة التي تنصّ على وجوب الأداء فلو أورد على دلالتها إيراد سيكون ذلك مشترك الورود بينها و بين حديث على اليد.

الوجه الثالث - نصوص الرد و الأداء

من قبيل:

فقه العقود، ج ٢، ص ٤٤٩

١- قوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا «١».

٢- فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ «٢».

٣- رواية زريق و فيها: تردّ المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها «٣» و السند غير تام.

٤- رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر بسند تام قال سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة و هو مستوى الجناحين و هو يعرف صاحبه أ يحلّ له إمساكه؟ فقال: إذا عرف صاحبه ردّه عليه و إن لم يكن يعرفه و ملك جناحه فهو له و إن جاءك طالب لا تتهمه ردّه عليه «٤».

٥- صدر ما مضى من حديث لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله و هي الرواية المروية عن زيد الشحام و عن سماعة عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله:

من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيئة نفسه «٥» و قد مضى الحديث عن ذيل الرواية في الوجه الأوّل و الآن يكون النظر إلى صدرها.

٦- مرسله حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السلام و فيها: و له صوافي الملوک

(١) النساء: ٥٨.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٥٣، الباب ٣ من عقد البيع و شروطه، الحديث الوحيد في الباب.

(٤) الوسائل ١٧: ٣٦٦، الباب ١٥ من أبواب اللقطة، الحديث ١.

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

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥٠

ما كان في أيديهم من غير وجه الغضب لأنّ الغضب كله مردود «١».

و هذه النصوص التي جمعتها ما يكون منها راجعا إلى الغضب أو يكون موردها أبعدها أمانية من مورد المقبوض بالعقد الفاسد قد يصعب التعدي منها إلى المقام و كذلك الآية الثانية واردة في القرض فقد يقال أيضا بعدم التعدي منها إلى المورد.

و على أية حال فالشيخ الاصفهاني رحمه الله قد أشار إلى نصوص الردّ دون نصوص الأداء و أبدى فيها احتمال المناقشة بتفسير الردّ بالتخية بين المال و المالك دون الإرجاع الخارجي المادي.

أقول: يمكن توجيه ذلك بنحو يشمل أيضا نصوص الأداء بان أمثال هذه الكلمات المستعملة في فقه المعاملات والأموال من قبيل الردّ والأداء والنقل والانتقال والتبادل وما شابه ذلك لا تحمل عادةً على الردّ والنقل من مكان إلى مكان بل تحمل على الردّ والنقل من سلطة إلى سلطة إمتيا سلطة قانونية كما في تعريف البيع بأنه تبادل عين بمال، أو سلطة واقعية كما في ردّ الغصب أو ردّ المقبوض بالبيع الفاسد وهذا لا يدلّ على أكثر من التخليّة بين المال والمالك.

ثم إن السيد الخوئي فصل في المقام بين الردّ إلى نفس المالك في بيته مثلا وبين الردّ إلى البلد الذي أخذ فيه هذا المتاع

إشارة

فذكر: إن الأوّل غير واجب إذ لا دليل عليه و لكن الثاني واجب إذا أراه المالك لأنّ المالك له المطالبة بإرجاع السلطنة على العين بكل خصوصيات السلطنة الدخيلة في الرغبة والقيمة ومن الواضح أنّ

(١) الوسائل ٦: ٣٦٥، الباب ١ من أبواب الأنفال، الحديث ٤، و ١٧: ٣٠٩، الباب ١ من كتاب الغصب، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥١

المتاع تختلف مقدار الرغبة فيه و قيمته السوقية باختلاف البلاد فلو طالب المالك بهذه الخصوصية لا بدّ من توفيرها له نعم لو انتقل المالك إلى بلد آخر قبل إرجاع العين و طالب بردّ المال إليه في بلده الجديد لم تجب على الآخذ استجابته، لأنّ هذه الخصوصية و هي خصوصية كون العين في البلد الجديد لم تكن ثابتة منذ البدء كي يجب عليه توفيرها و أنّما عليه إرجاع المال إلى بلد الآخذ بطلب المالك إن كان قد أخرج من ذلك البلد، و التخليّة بينه و بين الملك في ذلك البلد سواء أ كان المالك هناك أو كان منتقلا إلى مكان آخر، و مئونة الردّ إلى البلد تكون على الآخذ لأنّه هو الذي أعدم هذه الخصوصية فعليه مئونة إرجاعها، أمّا الردّ إلى بيت المالك مثلا لو قلنا بوجوبه عليه بدليل ما فليست مئونه عليه لأنّ خصوصية كونه عند المالك أو في بيت المالك لم تكن دخيلة في الرغبة و القيمة السوقية كي تكون مضمونة عليه، غاية الأمر فرض قيام دليل على وجوبه عليه لكن بمئونة المالك الذي رغب في تحقيق هذه الخصوصية، أمّا كون مئونة ذلك على الآخذ فهو ضرر عليه منفيّ بلا ضرر.

و تخيل عدم جريان لا ضرر هنا لأنّ الردّ بطبيعته ضرري و بحاجة إلى مئونة و الحكم الضرري بطبعه لا ينفى بلا ضرر إلّا في مورد اتفقت حاجة الردّ إلى مئونة أكثر من المتعارف فالزيادة تنفي عنه بلا ضرر غير صحيح، لأنّ الردّ ليس بطبيعته ضرريا إذ ما أكثر الردّ الذي لا مئونة فيه كردّ فصّ من خاتم مثلا فلا ضرر أنّما ينفى إطلاق الحكم لا أصله «١».

أقول: إنّ هذا الكلام يمكن أن يثار حوله عديد من التساؤلات:

إشارة

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٦٧-١٦٨، و راجع أيضا مصباح الفقاهة ٣: ١٢٤-١٢٦، مع بعض الفوارق في هذا الكتاب.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥٢

منها- أنه لو اتفق أنه لم تكن لخصوصية كون العين في بلد الآخذ أثر في الرغبة أو القيمة السوقيتين

أو كانت الرغبة و القيمة في البلد الذي نقل الآخذ العين إليه أقوى منها في بلد الآخذ فهل يجب هنا الرد إلى بلد الآخذ لو رغب المالك في ذلك لأن خصوصية البلد عادة لها دخل في مقدار الرغبة و القيمة أو لا يجب ذلك لأن هذه الخصوصية بالفعل لا دخل لها في الرغبة و القيمة؟

ومنها - أنه لم لا نقول أيضا بضمان خصوصيات السلطنة التي للمالك رغبة شخصية فيها و لو لم تكن دخيلة في الرغبة و القيمة السوقيتين؟!:

كما هو الحال في أوصاف العين فلو أنّ الغاصب غير لون العين المغصوبة من البياض إلى الاحمرار مثلا و لم يكن تبدل اللون مؤثرا في الرغبة و القيمة السوقيتين لكن للمالك رغبة شخصية في الوصف المتغير فلا إشكال في أنّ على الغاصب إعادة اللون مع الإمكان و إن لم يكن عليه ضمان مالي لدى العجز عن إعادة اللون لأننا فرضنا عدم دخله في القيمة السوقية أ فلا يكون ما نحن فيه من هذا القبيل؟!:

ومنها - أنه لم لا نقول: إن خصوصيات السلطنة غير مضمونة في المقام و إن كانت مضمونة في باب الغصب?!:

لأنّ المالك دخيل في إعدامها بإعدام أصل السلطنة حينما سلّم العين إلى الآخذ فهذا نظير تفويت المنافع غير المستوفاه التي قلنا بعدم ضمانها لكون المالك دخيلا في ذلك و أنّما دلّ الدليل على وجوب التخليء بين المالك و المال و المفروض قيام الآخذ بذلك و لا دليل على أكثر من ذلك، لما عرفت من المناقشة في وجوه وجوب الردّ و هذا بخلاف باب الغصب لأنّ الغاصب هو الذي أزال سلطنة المالك على المال فيجب عليه إرجاعها بالنحو الذي كان قبل الإزالة و لو برده إلى بيت المالك.

و أما باب الدين فهو يختلف عمّا نحن فيه و عن باب الغصب فالمفروض ان

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥٣

ترسى حدود وجوب الردّ أو التخليء فيه على أساس المرتكزات العرفية المختلفة من عرف إلى عرف باختلاف الأزمنة و الأمكنة و التي تولّد شرطا ارتكازيا ضمينا في عقد القرض يجب الوفاء به.

[الرابع: ضمان المنافع:]

إشارة

الرابع: ممّا ذكره الأصحاب من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد هو ضمان المنافع المستوفاه أو مطلقا و قد بحثنا ذلك مفصلا لدى تعرّضنا للفروع التي ذكروها كتنقض على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده حيث تعرّضوا هناك أيضا لهذه المسألة باعتبار أنّ منافع المبيع بالبيع الصحيح لا تضمن بصحيحه فكيف تضمن بفاسده؟! و نحن بما أنّنا فصلنا الكلام هناك فهنا نجمل الكلام إلّا من ناحية ما أوردوه من بحث الخراج بالضمان و ما أوردته السيد الخوئي من دعوى القاعدة المتصيده باسم قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن.

المنافع المستوفاه:

إشارة

وقد اختار السيد الخوئي في المقام- في فرض استيفاء المنفعة- الضمان، و ذكر: انّ عمدة الدليل عليه السيرة العقلائية وقاعدة (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) ولا يقصد بالقاعدة قاعدة عقلائية كى يرجع الأمر مرّة اخرى إلى السيرة ولا يقصد بها نصا خاصا بهذا المضمون حتى يقال: لم نجد نصا خاصا بذلك بل يقصد بها قاعدة متصيدة من النصوص الواردة في الموارد المختلفة والمستظهر منها كون موردها من باب المثال لا لخصوصية فيها «١».

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٧٧-١٨١، و راجع مصباح الفقاهة ٣: ١٣٠-١٣٢، و راجع ذيل الصفحة ١٣١، المثبت فيها بعض الروايات التي يدعى تصيد هذه القاعدة منها.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥٤

وقد نقل عن الوسيلة لابن حمزة القول بعدم الضمان محتجا بأنّ الخراج بالضمان كما في النبوى «١».

ونحن هنا نتكلم تارة في أنه هل يمكن إثبات قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن عن طريق الروايات وبقطع النظر عن السيرة العقلائية أو لا؟ و اخرى في قاعدة الخراج بالضمان:

أما قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن

فقد ادعى السيد الخوئي كما مضى إمكانية استفادتها بالتصيد من الروايات المختلفة الواردة في أبواب متشعبة من قبيل روايات الرهن والعارية والمضاربة والإجارة والوديعة وغير ذلك «٢».

أقول: إنّ الروايات التي يمكن أن تستفاد منها هذه القاعدة في موارد مختلفة كثيرة «٣» و لو كانت كلها مخصوصة بالعين لا بالمنافع فلعلمه كان بالإمكان أن يقال باحتمال الفرق ولكن فيها ما ورد في منافع الجارية المسروقة المشتركة «٤» والكلام في أنه هل يمكن ان تستفاد منها قاعدة عامّة لكل موارد الإلتلاف أو لا؟ وهناك طريقان لاستفادة القاعدة العامّة من الروايات:

(١) راجع المكاسب للشيخ الأنصارى ١: ١٠٤، حسب طبعة الشهيدى.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٣: ١٣١.

(٣) راجع الوسائل ١٣: ١٢٥، الباب ٥ من كتاب الرهن، و ١٢٨، الباب ٧ منه أيضا، و ٢٤٠، الباب ٤ من العارية، و ١٨٠، الباب ١ من المضاربة، و ٢٢٩، الباب ٥ من الوديعة، و ٢٥٤، الباب ١٦ و ٢٧١، الباب ٢٩ و ٢٧٦، الباب ٣٠ و ٢٨١، الباب ٣٢ من الإجارة و إن كان بعضها مربوطا بباب التلف يمكن ان يتعدى منه إلى الإلتلاف بالأولوية و راجع الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات و إن كان ذاك مختصا بشهادة الزور التي ليست إلتافا مباشرة أمكن التعدى إلى الإلتلاف المباشر بالأولوية.

(٤) راجع الوسائل ١٤: ٥٩١-٥٩٢، الباب ٨٨ من نكاح العيب و الإمام.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥٥

الأول- استفادتها من نصّ من النصوص.

والثاني- تصيدتها من مجموعة النصوص.

أما الطريق الأول- فلعلم النص الذي قد تستظهر منه هذه القاعدة على الإطلاق منحصر بنص واحد و هو ما عن اسحاق بن عمّار بسند تام قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم و هو يسوى ثلاثمائة درهم فيهلك أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مأتى درهم؟ قال: نعم لأنّه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعة «١» فقد يقال: إنّ مقتضى عموم التعليل ثبوت الضمان في كل مورد

ضيق شخص مال شخص آخر.

و أما الطريق الثاني- فهو موقوف على أحد أمرين:

الأول- دعوى ان الروايات المتفرقة في الأبواب المتفرقة تبعث في النفس بالوثوق و الاطمئنان بالقاعدة العامة.

و الثاني- دعوى ان الروايات المتفرقة يجب ان نتعامل معها معاملة العباثر المتصل بعضها ببعض مع دعوى ان هذه الروايات لو ضم بعضها إلى بعض لاستظهرت منها إرادة إفهام القاعدة العامة و أن مواردنا ليست عدا مجرد أمثلة لا خصوصية لها.

إلا ان قاعدة التعامل مع المنفصلات في الشريعة معاملة المتصلات لو قبلت فأنما تقبل في النصوص المتعارضة كالعامة و الخاص أو المطلق و المقيد حيث يقال: إن هذا التعارض نشأ من الانفصال أميا مع فرض الاتصال فتتم القرينية و ذو القرينية بين مثل العام و الخاص أو المطلق و المقيد و بما ان دأب الشريعة جرى

(١) الوسائل ١٣: ١٢٩، الباب ٧ من أبواب الرهن، الحديث ٢.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥٦

على فصل المتصلات فيجب ان نتعامل مع نصوصه المنفصلة المتعارضة التي لو اتصل بعضها ببعض لزال التعارض على أثر القرينية معاملة المتصلات و هذا لا يعنى ان نتعامل مع كل النصوص معاملة المتصلات فأننا فرضنا ان دأب الشريعة فصل المتصلات و لم نفرض ان دأبه كون كل منفصلاته التي لو وصلت لوجد لها ظهور جديد متصلات في الواقع.

و على أيه حال ففي خصوص ما نحن فيه لا تفيدها هذه القاعدة و لا دعوى ان تلك النصوص المتفرقة تبعث في النفس بالقطع أو الوثوق بالقاعدة العامة و بيان ذلك يكون بأحد وجهين:

الأول- ان يقال: إنه و إن كان هناك قاسم مشترك بين جميع موارد هذه الروايات المتفرقة و ما نحن فيه و هو الإلتلاف و لكن هناك قاسم أخص يشمل جميع موارد هذه الروايات و لا يشمل ما نحن فيه من استيفاء منافع العين المشتراة ببيع فاسد و هو ان الإلتلاف في تمام موارد الروايات لم يكن بنوع من التفاهم مع المالك و في ما نحن فيه كان بنوع من التفاهم مع المالك حيث توافقا على البيع الذي كان باطلا و نحن نحتمل وجدانا كون هذا الفرق فارقا في الحكم فلا يمكن التعدي.

و الثاني- ما يبطل حتى الاستفادة في المقام من الطريق الأول و هو استظهار القاعدة من النص الواحد، بيانه: أننا سلمنا الاستفادة قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن من نص واحد أو من النصوص المتفرقة و لكننا نقول في مورد استيفاء منفعة العين المشتراة ببيع باطل: ان هنا سببين محتملين للضمان: أحدهما الإلتلاف و الثاني الاستيفاء فأن الاستيفاء بغض النظر عما فيه من حيثية الإلتلاف سبب مستقل للضمان و لذا نرى ان ضمان الغاصب للمنافع المستوفاه أوضح

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥٧

عقلايا من ضمانه للمنافع التي فوّتها بلا استيفاء، مع أنه من ناحية الإلتلاف لا فرق بين الاستيفاء و التفويت بلا استيفاء، فإذا اتضح ان في المقام سببين محتملين للضمان قلنا: إن سبب الأول و هو الإلتلاف هو المقصود بقاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن و هو الاستفادة من النص أو النصوص المشار إليها و هذا السبب في ما نحن فيه ساقط، لما مضى منا أن المالك ساهم في الإلتلاف لأن إلتلاف المنفعة يعنى تفويتها على المالك و الحيلولة بينها و بين المالك و لا يصدق هذا العنوان لدى توافقهما على المعاملة و على التسليم و التسلم فلا يبقى في المقام إلا السبب الثاني و هو الاستيفاء بما هو استيفاء لا بما هو إلتلاف و هذا السبب أجنبي عن قاعدة الإلتلاف و لا تدل عليه تلك الروايات فأن تلك الروايات انما كانت تنظر إلى الإلتلاف فلا يبقى وجه في المقام للضمان عدا السيرة العقلانية دون قاعدة الإلتلاف.

و أما قاعدة الخراج بالضمان

فهى مروية فى حديث نبوى.

وهذا الحديث عامى مروى عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وآله تارة من دون ذكر قصة ما واخرى ضمن ذكر قصة و هى ان رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فردّه فقال يا رسول الله صلى الله عليه وآله انه قد استغلّ غلامى فقال رسول الله صلى الله عليه وآله عليه وآله الخراج بالضمان (١).

و ذكر السيد الخوئى (٢): ان هذه الرواية بقطع النظر عن سقوطها سندا فيها احتمالات ليس لابن حمزة التمسك بها إلا على أحد تلك الاحتمالات و ليس هو الاحتمال الأرجح بل هو احتمال مرجوح:

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٦٩-١٧٢، تعليق السيد المقرم رحمه الله فى الهامش.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ١٨١-١٨٢، و مصباح الفقاهة ٣: ١٣٣-١٣٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥٨

الاحتمال الأول- أن يكون المقصود بالخراج ما يقابل المقاسمة و يكون المقصود بكونه بالضمان ان الخراج على من ضمن الأرض و تقبلها و لو جعلها لأجل الاستفادة تحت يد شخص آخر و ادعى السيد الخوئى: ان هذا الاحتمال هو أظهر الاحتمالات.

إلا أننا لا نعرف نكته لأظهرته إن لم يكن بعيدا بل لا يمكن تطبيقه على الحديث فى القسم الوارد فى ضمن قصة العبد المشتري.

الاحتمال الثانى- أن يكون المقصود بالخراج مطلق المنافع و يكون المقصود بالضمان مطلق الضمان و هذا ينتج ما لا يلتزم به أبو حمزة و هو قول أبى حنيفة من أن الغاصب أيضا لا يضمن المنافع لأنه ضامن للعين و هذا هو القضاء الذى بشأنه ورد فى صحيحة أبى ولاد عن الإمام الصادق عليه السلام: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركاتها (١).

الاحتمال الثالث- أن يكون المقصود بالخراج المنافع و بالضمان تقبل الشخص للقيمة المسماة الممضى شرعا و هذا ينتج ما لا شك فيه من أن من ملك شيئا بقيمة ليست عليه قيمة اخرى فى مقابل منفعه بل كانت منفعه له بما عليه من قيمة العين و هذا اجنبى عن كلام أبى حمزة.

الاحتمال الرابع- أن يكون المقصود بالخراج المنافع و يكون المقصود بالضمان تقبل الشخص للقيمة المسماة سواء امضى شرعا كما فى البيع الصحيح أو لم يمض كما فى البيع الفاسد و هذا هو التفسير الذى يفيد ابن حمزة فى المقام إلا أنه لا شاهد على هذا التفسير بل أورد السيد الخوئى النقض على ذلك، بان لازم

(١) الوسائل ١٣: ٢٥٦، الباب ١٧ من أبواب الاجارة، الحديث ١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٥٩

ذلك ان المالك لو استوفى المنافع ضمنها للمشتري الذى لم يملكه لفساد البيع و ان شخصا ثالثا لو استوفىها ضمنها للمشتري لا للمالك.

و قد تستفاد قاعدة الخراج بالضمان من بعض الروايات المروية فى طرفنا من قبيل:

١- رواية اسحاق بن عمار قال حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاؤا إلى أخيه فقال: ابيعك دارى هذه و تكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشتري لى ان انا جئتك بثمانها إلى سنة أن تردّ علىّ فقال لا بأس بهذا ان جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه قلت فأنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة؟ فقال: الغلّة للمشتري ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله؟ (١).

و سند الحديث ضعيف بعدم معرفة من حدّث اسحاق بن عمّار به.

٢- رواية معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر فشرط أنك ان اتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله قال: له شرطه قال ابو الجارود فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين قال هو ماله و قال ابو عبد الله عليه السلام أ رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري «٢».

و سند الحديث غير تام لأنّ معاوية بن ميسرة لم يرد بشأنه توثيق نعم روى

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٥-٣٥٦، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦٠

عنه ابن أبي عمير في طريق النجاشي إليه إلّا أنّ سند النجاشي الذي ينتهي بابن أبي عمير عن معاوية بن ميسرة فيه أحمد بن جعفر و هو أحمد بن جعفر بن سفيان الزوفري و لا- دليل على توثيقه إلّا بناء على اتّحاده مع أحمد بن محمد بن جعفر الصولي كما استقر به البعض، و لكن لا دليل على ذلك بل استبعده السيد الخوئي باعتبار أنّ بزوفر قرب واسط غربي بغداد و الصولي بصري «١».

٣- رواية اسحاق بن عمار بسند تام قال قلت لأبي ابراهيم عليه السلام الرجل يرهن الغلام و الدار فتصيبه الآفة على من يكون؟ قال على مولاه ثم قال أ رأيت لو قتل قتيلًا على من يكون؟ قلت هو في عنق العبد قال: ألا ترى؟! فلم يذهب مال هذا ثم قال: أ رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد و بلغ مائة دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه قال: كذلك يكون عليه ما يكون له «٢».

و هذه الرواية مفادها قاعدة من له الغنم فعليه الغرم لكنها تثبت العكس لا محالة إذ لو لم يكن الخراج لمن عليه الضمان لكان لغيره و يلزم من ذلك أنّ ذاك الغير له الغنم و ليس عليه الغرم.

و أجاب السيد الخوئي عن كل هذه الروايات من حيث الدلالة على ما في المصباح بجواب واحد و هو أنّها ليست مسوقة لبيان الكبرى الكلية بل الغرض منها هو التنبيه على أنّ الدار ملك للمشتري و الرهن ملك للراهن مملوك لهما فمأؤهما «٣».

(١) راجع معجم رجال الحديث ٢: ٦١.

(٢) الوسائل ١٣: ١٢٦، الباب ٥ من أبواب الرهن، الحديث ٦.

(٣) راجع مصباح الفقاهة ٣: ١٣٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦١

و هذا الكلام على تشويشه لا ينطبق على الرواية الثانية لأنّ الدار في الرواية الثانية ملك للمشتري و مع ذلك جعلت المنافع للبائع. على أنّه يأتي في بادئ النظر السؤال عن أنّ مفاد هذه الأحاديث هو تعليل ثبوت المنافع له بكونه ضامنا للعين أي أنّ ضمان العين هو الذي يثبت بالمباشرة كون المنافع له، أمّا افتراض وسيط بينهما كما فرضه السيد الخوئي و هو أنّ ضمانه للعين يثبت مالكيته لها و مالكيته لها تثبت أنّ المنافع له فهو بحاجة إلى توضيح و إثبات.

و لنجعل محور الحديث أولاً هي الرواية الاولى و هي مرسله اسحاق بن عمّار فنقول: إنّ الوجوه التي يمكن ان تذكر لاستبعاد الرواية عمّا نحن فيه من مسألة منافع العين المشتراه بالعقد الفاسد بالنسبة للمشتري امور:

١- أنّ الرواية واردة في البيع الصحيح الذي انتهى إلى الفسخ فهي أجنبية عن مورد البحث من البيع الفاسد.

و يمكن الجواب على ذلك بأن المورد لا يخصص الوارد.

٢- أن المورد وإن كان لا يخصص الوارد لكن الوارد في ذاته لا إطلاق له لأن الحديث ليس بصدد بيان كبرى كلية و إنما هو وارد مورد بيان أن منافع العين المشتراة في زمان الخيار للمشتري و أن الفسخ فسخ من حينه لا من أصله و لعل هذا هو مقصود السيد الخوئي من الجواب الذي مضى نقله.

و يمكن الجواب على ذلك بأن المقصود ابتداء بلحاظ المورد و إن كان هو كون منافع العين المشتراة للمشتري لكن تعليل ذلك بأنها لو احترقت لكانت من مال المشتري يفيد لا محالة العموم و رمى ذلك بعدم كونه في مقام البيان يكون من قبيل رمى جميع موارد التعليل بذلك.

٣- ارتكازية عدم صحّة نفى الضمان عن الغاصب بالنسبة للمنافع تكون

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦٢

قرينة على أن المقصود من الرواية ليس هو أن ضمان العين يوجب كون الخراج له و إلا لصدق ذلك بشأن الغاصب أيضا لأنه أيضا ضامن للعين بل المقصود ما فرضه السيد الخوئي من توسط كون الدار له فكون تلف العين منه دليل ملكه لها، و ملكه لها دليل مالكيته للمنافع و بما أن الوسيط و هو الملكية لم يكن ثابتا في باب الغصب و كان سبب الضمان فيه شيئا آخر غير الملكية فلهذا لم يكن الخراج له.

و يمكن الجواب على ذلك بأن جعل خروج الغاصب بالارتكاز تقييدا لإطلاق الرواية و تخصيصا له بفرض الإقدام على ضمان و لو بالعقد الفاسد أولى من جعله قرينة على تغيير أصل العنوان بأن يبذل تعليل كون المنافع له بكون التلف عليه بتعليل آخر و هو تعليله بمالكيته للعين.

٤- أن لسان الحديث لسان احتجاج الإمام عليه السلام مع الراوي حيث قال: الا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله؟ و هذا يعني أن الإمام عليه يعلل الحكم بشيء مركوز في الذهن و نحن نحتمل أن يكون ذلك إشارة إلى ارتكاز عقلائي لا متشعري و لا ارتكاز عقلائي للملازمة بين الخراج و الضمان إلا بأن يكونا معلولين لشيء واحد و هو الملكية و هذا يشهد لما فرضه السيد الخوئي من أن المقصود بذكر كون التلف من ماله الإشارة إلى كونه ملكا له.

٥- أن التعبير بقوله: لكانت من ماله ظاهر في عدم شمول الحديث لمثل المشتري بالعقد الفاسد و لا- المأخوذ بالغصب فإن تلف المشتري بالعقد الفاسد أو المأخوذ بالغصب ليس من مال المشتري أو الغاصب بل من مال مالكة و يكون تداركه على المشتري أو الغاصب، و فرق بين أن يكون التلف ابتداء خروجا من جيب شخص و من ماله و بين كون ضمانه و دركه عليه.

و هذا الكلام ان فسّرناه بمعنى أن يكون المال قبل التلف ملكا له فهذا المعنى

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦٣

لا- ينطبق على الرواية الثانية لأن الدار في الرواية الثانية فرض أنها ملك للمشتري و لكنها تلفت من البائع باعتبار أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه فهذا فارق جوهرى بين الروايتين في معنى كون المنافع في مقابل الضمان و هو أن هذا الوجه الخامس يمكن استظهاره من الرواية الاولى دون الثانية و كذلك الوجه الثاني و هو دعوى ارتكازية الملازمة بين الضمان و الخراج بسبب العلة المشتركة و هي الملك لا يأتي في الرواية الثانية.

إلا أنه بالإمكان ان يفسّر كون التلف من ماله بتفسير أوسع من كون التالف قبل التلف ملكا له و هو أن التلف تلف من جيبه سواء كان بسبب أن المال داخل في ملكه من قبل التلف أو بسبب ان نفس التلف يوجب الانفساخ باعتبار ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، فإذا أخذنا بهذا التفسير أمكن حمل كلتا الروايتين عليه و يثبت ان الخراج بالضمان بمعنى ان من كان تلف المال من ملكه سواء كان المال قبل التلف ملكا له أو لا فالخراج له أى أن المقياس هو ان يعدّ التلف تلفا منه مباشرة لا بمعنى خصوص ثبوت الملكية له قبل

التلف ولا- بمعنى كون التدارك عليه الثابت في الغاصب و في المقبوض بالبيع الفاسد، فإنّ التلف في فرض الغصب و القبض بالبيع الفاسد يكون مباشرة تلقا من المالك و إن كان تداركه ثابتا على الغاصب أو القابض.

و هذا المعنى يحتمل أيضا أن يكون هو المقصود بالرواية الثالثة كما يحتمل أيضا أن يكون هو المقصود من النبوي المعروف (الخراج بالضمان) و هذا احتمال آخر غير الاحتمالات التي مضت في النبوي عن السيد الخوئي.

و إذا فسّرنا قاعدة الخراج بالضمان بهذا التفسير لم يفد ما ذهب إليه ابن حمزة و لا ما ذهب إليه أبو حنيفة.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦٤

و إذا فسّرت القاعدة بهذا التفسير فلا يبعد أن يكون هذا أيضا مطابقا للارتكاز العقلائي بأن لا يكون الارتكاز العقلائي في الملازمة بين الضمان و الخراج أو الغنم و الغرم مخصوصا بخصوص ثبوت الملكية المسبقة على التلف بل يكون ثابتا على الإطلاق، فمتى ما كان التلف من جيب شخص مباشرة لا بمعنى وجوب التدارك كان الخراج له و لو لم يكن التالف ملكا له قبل التلف.

نعم ان ارتكازية هذه القاعدة بهذا المعنى تختص بما إذا وقع التلف بالفعل أو وقع الانفساخ بالفعل بفسخ خيارى، أما لو فرض أنّ المبيع كان له قبل القبض نماء ثم حصل القبض فافتراض كون ذاك النماء للبائع لأنه لو كان تلف لكان يتلف منه خلاف الارتكاز و لعلّه خلاف ما عليه الفقهاء جميعا.

و من هنا يتضح أنّ الرواية الثانية لا يمكن تصحيح مفادها بنحو يطابق الفتاوى حتى بهذا التفسير الأخير لأنها حكمت بأنّ منافع الدار قبل القبض للبائع و ان حصل التقابض بعد ذلك و هذا الحكم و إن لم يكن في مورد الرواية غريبا، لأنّ المفهوم عرفا من مثل مورد الرواية الذى فرض فيه أنّه باع البيت و قال للمشتري ان جئت بالمال بينك و بين ثلاث سنين فالبيت بيتك هو وجود شرط ضمنى ارتكازى و هو أنّ البائع سينتفع بالبيت خلال الفترة ما قبل ان يأتى المشتري بالمال و من الطبيعي عندئذ أنّ منفعة البيت خلال هذه المدّة له و لكن تعليل ذلك بأنّ الدار لو احترقت لكانت من ماله يعطى الملازمة بين ثبوت المنفعة للشخص و كون التلف منه حتى فى ما إذا لم يحصل التلف بالفعل و لا الفسخ فحتى لو لم يكن بينهما شرط ضمنى من هذا القبيل تكون منافع المبيع قبل قبضه للبائع من دون فرض تلف أو فسخ، و لا أظنّ أحدا يفتى بذلك إلّا على فرض كون التقابض دخيلا فى حصول النقل و الانتقال. و قد نقل عن مبسوط الشيخ الطوسى رحمه الله أنّه قال: و إن

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦٥

حصل للمبيع نماء قبل القبض كان ذلك للبائع إذا أراد الردّ بالعيب لأنّ ضمانه على البائع «١» فتراه رحمه الله قد قيد الحكم بما إذا حصل الردّ.

و على أيّة حال فقد عرفت أنّ الرواية الثانية ضعيفة سندا.

و على كل حال فاستدلال ابن حمزة بقاعدة الخراج بالضمان ليس فى محله. هذا تمام الكلام فى فرض استيفاء المنفعة.

المنافع غير المستوفاة:

و أمّا فى فرض عدم استيفاء المنفعة فالظاهر كما أسلفنا فى ذيل البحث عن قاعدة ما لا يضمن هو عدم الضمان. و توضيح ذلك: ان أسباب الضمان العقلائية ثلاثة: اليد و الإتلاف و الاستيفاء و نقصد باليد اليد المقترنة بالتلف و ليس الاستيفاء موجبا للضمان لكونه شعبة من شعب الإتلاف فقط بل هو موجب عقلائيا للضمان بقطع النظر عن مسألة الإتلاف فالمجبوس بحق مثلا الذى كان حبسه كافيا فى تلف عمله عليه لو استعمل فى الحبس كان ذلك موجبا للضمان عمله، و فى ما نحن فيه قد قلنا بالضمان فى فرض استيفاء المنفعة حتى على ما سنبين الآن من عدم الضمان لو لا الاستيفاء فإذا عرفت أنّ أسباب الضمان العقلائية ثلاثة قلنا: إنّ

السبب الثالث و هو الاستيفاء غير موجود في المقام كما هو المفروض، و أما السبب الثاني و هو الإلتلاف فقد ذكر السيد الخوئي: أنه غير صادق في المقام نعم يصدق الإلتلاف في باب الغصب إن كان المالك يستوفى المنفعة التي فاتت بالغصب لو لا الغصب و إلا فلا، و من هنا فضل السيد الخوئي في باب الغصب بين ما لو كان المالك يستوفى المنفعة لو لا الغصب

(١) لا يحضرني المبسوط و لكنني نقلته عن تعليق الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١: ٨٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦٦

و ما لم يكن كذلك بضمان الغاصب للمنفعة في الأول دون الثاني، و أما في المقام فاختر عدم الضمان إطلاقاً أي سواء كان المالك يستوفى المنفعة لو لا العقد الفاسد أو لا لعدم صدق الإلتلاف مطلقاً «١».

أقول: الوجه في دعوى عدم صدق الإلتلاف في باب الغصب فيما لو لم يكن المالك يستوفى المنفعة لو لا الغصب و في المقام يمكن أن يكون بأحد بيانين:

الأول- دعوى أن فوات المنفعة ليس مستندا إلى الغاصب أو القابض للمال ما دام أن المالك لم يكن يستوفى المنفعة لو لا الغصب أو ما دام أن المالك هو دخل في المعاملة الفاسدة باختياره مثلا. فلا يصدق أن الغاصب أو القابض هو الذي أتلف المنفعة، و هذا المقدار من البيان لا ينفي صدق عنوان التلف و إنما يثبت أن التلف ليس مستندا إلى هذا الغاصب أو القابض فليس هذا إلتافا من قبله. و الثاني- دعوى أن الإلتلاف الموجب للضمان في باب المنافع يختلف عنه في باب الأعيان فالإلتلاف الموجب للضمان في باب المنافع يعتبر أمرا إضافيا و نسبيا بمعنى إلتلاف المنفعة على المالك و هذا بخلاف باب الأعيان فان الإلتلاف فيها ينسب إلى العين فقط دون المالك أي أن الإلتلاف إلتلاف للعين و ليس إلتافا للعين على المالك فإذا أخذنا مفهوم الإضافة و النسبة إلى المالك في الإلتلاف الموجب للضمان في باب المنافع بان قلنا: إن إلتلاف المنفعة على المالك يوجب الضمان قلنا: أنه في باب الغصب لو لم يكن المالك يستوفى المنفعة لو لا- الغصب لم يصدق هذا الأمر الإضافي أي إلتافها على المالك، و كذلك في المقام ما دام المالك هو الذي دخل باختياره المعاملة الفاسدة و سلم العين إلى القابض برضاه

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٨٣، و مصباح الفقاهة ٣: ١٣٩ و ١٤٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦٧

بالمعاملة لا تصدق هذه الإضافة و هي إلتلاف القابض للمنفعة على المالك. و لعل هذا البيان أقوى من البيان الأول أو تعميق للبيان الأول و هذا ان تم يأتي حتى في التلف أي أنه يثبت بذلك عدم صدق التلف في المقام، إذ لا فرق في نكته الإضافية و النسبية لو تمت بين الإلتلاف و التلف.

و أما السبب الأول و هو اليد فهي إنما توجب الضمان.

لو اقترنت بالتلف و قد أشرنا إلى أن البيان الثاني يرجع جوهره إلى دعوى عدم صدق التلف في المقام.

و أمّا لو لم نقبل البيان الثاني أيضا و بالتالي قلنا في باب الغصب بضمان المنافع الفاتئة حتى التي لم يكن المالك يستوفىها لو لا الغصب لصدق التلف أو الإلتلاف فأیضا نقول في ما نحن فيه بعدم الضمان، لما مضى منّا في ما سبق من أنه مع فرض صدق الإلتلاف يكون المالك سهيما في هذا الإلتلاف لأنه هو الذي دخل المعاملة الفاسدة باختياره و سلم المال إلى القابض برضاه بالمعاملة، و مساهمة المالك في الإلتلاف تارة تكون بمعنى التبعض في إلتلاف أي أن المالك أتلف جزء و الشخص الآخر أتلف جزء آخر و هذا يؤدّي إلى التبعض في الضمان، و اخرى تكون بمعنى مساهمته في كل الإلتلاف أي أن الإلتلاف يستند إليه و إلى الغير كما في ما نحن فيه و هذا يوجب عقلا نيا سقوط الضمان.

[الخامس:] المثل في المثلي و القيمة في القيمي:**إشارة**

الخامس: من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد وجوب المثل إذا تلف في المثلي و القيمة في القيمي.

و هذا البحث أعنى وجوب المثل في المثلي و القيمة في القيمي يتجلى على

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦٨

طبيعته الأولى في باب الغصب و في باب إتلاف الأمين أو الإتلاف من دون يد، أما باب المقبوض بالعقد الفاسد فقد يؤثر عليه عامل هدر كرامة المال فيفترض في المثلي الذي بيع بثمن مسمى أرخص من ثمن المثل انّ البائع هو الذي هدر كرامته ماله بمقدار الفارق بين ثمن المسمى و ثمن المثل كما مضى ذلك فبالإمكان أن يقال: ليس على المشتري تهيئة المثل و إرجاعه إلى البائع لأنّ هذا يكلفه قيمة أكثر من ثمن المسمى و قد هدر المالك احترام ماله بقدر الزيادة على ثمن المسمى، كما أنه في باب القرض أيضا قد تؤثر الشروط الضمنية الارتكازية التي هي كالمتمصل في الحساب في حين أنه في باب الغصب لا يوجد هناك عقد حتى يوجد في ضمنه شرط ارتكازي.

و من هنا نحن نجعل محور البحث في المثلي و القيمي هو المغصوب أو ما أتلفه الأمين أو ما أتلفه غير ذي اليد ثم بإمكانك بعد ذلك ان تأخذ خصوصية باب المقبوض بالعقد الفاسد أو باب القرض بعين الاعتبار في مورديهما.

و على أيّة حال فالكلام يقع أولا في أن أصل تقسيم الأمتعة إلى المثلي و القيمي لكي يفرق بينهما في حكم الضمان بضمان الأول بالمثل و الثاني بالقيمة هل هو صحيح أو لا؟

مقتضى الارتكاز العقلائي:

و لنبحث أول ما نبحث حال أول دليل من أدلة الضمان و هو الارتكاز العقلائي القائم على قاعدة الإتلاف أو قاعدة اليد لدى التلف لكي نرى انّ هذا الارتكاز هل يفرق في الحكم بين شيء يسمّى مثليا و آخر يسمّى قيميا أو لا؟

قد يبدو للذهن انّ هذا التفريق أمر طبيعي لأنه في القيمي لا يوجد للتالف أو المتلف مثل كي يؤدّيه الغاصب أو المتلف فمن الطبيعي الانتقال إلى أداء القيمة.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٦٩

و قبل مناقشة ذلك نشير إلى أن ما يمكن ان يجعل أثرا عمليا في التفريق بين المثليات و القيميات أمران:

الأول- ان يقال: إن القيمي لو وجد له صدفة مثل و لم يتوقف تحصيله على بذل مال مجحف لم يجب رغم ذلك على الغاصب تحصيله و دفعه إلى المالك لأنه قيمي و يكون مضمونا بالقيمة، و هذا بخلاف المثلي فإنه يجب على الغاصب أو المتلف تحصيل المثل و دفعه إلى المالك لو أراد المالك ذلك. و يمكن أن يقال أيضا بعكس ذلك أي انّ الغاصب أو المتلف لو حصل على المثل و أراد دفعه إلى المالك لم يجز للمالك في المثلي الامتناع عن قبوله و المطالبة بالقيمة و جاز له ذلك في القيمي الذي وجد فيه المثل صدفة.

و الثاني- ان يقال: إن القيمي إذا تلف أو أتلف كان على الغاصب أو المتلف أداء قيمة يوم التلف مثلا- دون يوم الأداء لأنه حينما تلفت العين استقرت القيمة في الذمّة و هي لا- تصعد و لا تنزل، و هذا بخلاف ما لو أنكرنا انقسام التالف في الحكم إلى المثلي أو

القيمي و قلنا: إن الذي يستقر في الذمة دائما هو المثل حتى لو عجز عن أدائه فنتيجة ذلك أنه لدى الأداء تكون عليه قيمة يوم الأداء. إذا عرفت ذلك فالوجه الذي ذكرناه آنفا للتفكيك بين المثلي و القيمي في الحكم من أنه إذا وجد المثل فمن الطبيعي ان يطالب المالك بالمثل أو يؤدى الضامن المثل الذي هو أقرب الأشياء إلى التالف، أما إذا لم يوجد المثل فمن الطبيعي التزّل إلى القيمة لعدم إمكانية أداء المثل.

أقول: إن هذا الوجه لم يتمّ لا- يثبت الثمرة الاولى فيجب ان يقال في القيمي إذا حصل له صدفة المثل: أنه يجب أداء المثل أو انّ القيمي الذي حصل له صدفة المثل تحوّل إلى المثلي في فرض عدم وجود إجحاف في شرائه على أقل تقدير

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧٠

و حتى في فرض الإجحاف لو تحمّل الضامن هذا الإجحاف لم يجز للمالك الامتناع عن قبوله و المطالبة بالقيمة، فلو تمّ هذا الوجه فأنما يثبت الثمرة الثانية.

إلّا أنّ هذا الوجه على بساطته و من دون تعميق لا يتمّ و ذلك لوضوح أنّ الحكم التكليفي يختلف عن الحكم الوضعي فعدم وجدان المثل و إن كان يؤثر في الحكم التكليفي فلا يمكن مطالبة الضامن بأداء المثل لعجزه عن ذلك لكن هذا المقدار من البيان لا يثبت استقرار القيمة في ذمته كى يقال مثلا: انّ العبرة بقيمة يوم التلف و لكن يمكن تعميق ذلك بأحد الوجوه:

الوجه الأوّل- ان يقال: إنّ الحكم الوضعي غير المؤدى إلى الحكم التكليفي أو غير المنتزع منه لا قيمة له فلا معنى لضمان المثل مع فرض عدم إمكان أداء المثل لعدم وجوده.

و الجواب: انّ ثمره الحكم الوضعي بضمان المثل رغم عدم وجوده تكون عقلايا عبارة عما عرفت من أنه لدى الأداء يكون عليه أداء قيمة يوم الأداء دون يوم التلف. و هذا كاف في عدم لغوية الحكم الوضعي.

الوجه الثاني- ان يقال: إنّ المال بشخصه و نوعه و ماليته دخل في العهدة و كل ما يتلف من ذلك يسقط عن العهدة فحينما تلفت العين سقطت الشخصية عن العهدة لتعدّرها و بقيت النوعية و المالية و هما متجسّدتان في المثل و إذا انعدم المثل سقطت النوعية أيضا عن العهدة لتعدّرها و بقيت المالية و هي متجسّدة في القيمة.

و هذا كما ترى إمّا يكون اجنبيا عن باب الضمان بمعناه الوضعي أو يكون خلطا بين الذمّة و العهدة أو قل بين وعاء و جوب الأداء و بين وعاء الأموال الرمزية.

و قد أورد السيد الإمام رحمه الله على هذا الوجه بأنّه حينما تلفت العين تلف

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧١

النوع و المالية المتجسّدان فيها و أنّما كانت النوعية و المالية داخلتين في العهدة ضمن دخول العين بكل خصوصياتها في العهدة فقد سقط الكل بتلف العين و لم تكن النوعية أو المالية على كليتها و استقلالها عن العين داخلّة في العهدة «١».

الوجه الثالث- أنّه بتلف العين دخل في الذمّة النوع و المالية و بانعدام المثل تلف النوع فبقيت المالية في الذمّة و هذا هو معنى ضمان القيمة.

و يرد عليه: انّ المثل الذي هو في الذمّة لا يتلف بعدم وجوده خارجا و تعدّر أدائه بل يبقى في الذمّة إلى حين الأداء فيؤدى قيمة يوم الأداء، كما انّ المالية التي ثبتت في الذمّة لا تتلف و لا تسقط بتعدّر أدائها حينما يصبح الضامن معدما عاجزا عن الأداء إلى آخر عمره. اذن فلا وجه عقلائي للتفصيل بين الأمتعة بافترض بعضها مثلها يضمن بالمثل و بعضها قيميا يضمن بالقيمة.

إلّا ان يدعى ابتداء و بترك كل هذه التفلسفات: انّ الارتكاز العرفي يحكم بضمان المثل فيما له المثل و بضمان القيمة في ما ليس له المثل.

إلّا أنّ هذه الدعوى عهدتها على مدّعيها و لعلّ شيئا من تحليل الأمر يؤدى إلى الانتباه إلى عدم صحّة هذه الدعوى و ذلك بالشرح

التالي:

إن لكل من المثل و القيمة امتيازاً فالمثل امتيازاً أنه يشتمل على الأوصاف التي كانت في العين و قد تكون تلك الأوصاف مطلوبة للمالك و لا يرغب في تحمّل عناء الشراء مثلاً فيطالب الضامن بدفع المثل دون القيمة، و القيمة امتيازها عبارة عن مرونتها فقد يرغب المالك في أخذ القيمة كي يكون حرّاً في تهيتها ما

(١) كتاب البيع ١: ٣٢٨.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧٢

يرغب فيه من متاع، و قد يرغب في متاع آخر غير الذي تلف لدى الضامن و لو سلّم إليه المثل لا يضطرّ إلى تحمّل عناء بيعه مثلاً و قد لا يوفّق لبيعه بقيمته الحقيقية فيرغب ان يأخذ من الضامن القيمة لا المثل.

فإذا وجد المثل و لو صدفةً فيما يفترض كونه قيمياً و أراد الضامن ان يسلم المثل إلى المالك فالمالك لا يحق لا عقلياً مطالبته الضامن بامتياز القيمة لأنه لم يتلفه عليه و لو أراد المالك المثل فالضامن لا يحق له عقلياً إرغام المالك على التنازل عن امتياز المثل لأنه أتلفه عليه.

و إذا لم يوجد المثل فعدم وجدانه لا- يكون مبرراً عقلياً لسقوط حقّ المالك بلحاظ تلك الأوصاف ما دامت لضمانها ثمرة كما مضى.

و أما إشكال السيد الخوئي رحمه الله بأنّ الضمان لو كان بالمثل لزم ان يجوز للمضمون له الامتناع من أخذ القيمة رغم تعدّر المثل «١» فمردود بأنّه إن كان في ارتكاز العقلاء عدم جواز ذلك كما هو كذلك في فرض اليأس عن حصول المثل فهذا ليس دليلاً على أنّهم يرون استقرار القيمة في يوم التلف مثلاً- في الذمّة، إذ لعل كون بقاء الضامن تحت الضمان ضيقاً و حرجاً نفسياً و قد يكون خارجياً أيضاً على الضامن كان حكمه في حكمهم بعدم جواز امتناع المالك من أخذ القيمة رغم أنّ الشيء الثابت في الذمّة هو المثل فيكون عليه قبول تسلّم قيمة يوم الأداء أو إبراء الضامن من ضمانه أي أنّهم جعلوا للضامن حقّ إفراغ ذمته و لكن ذمته مشغولة بالمثل و يفرغها بأداء قيمة يوم الأداء.

هذا تمام الكلام بلحاظ مقتضى القواعد الأولى باعتبار الارتكاز العقلائي

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣: ١٧٣.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧٣

و إن لم يكن هناك ردع على ذلك أمكن إلباس ذلك ثوب الشرعية إمّا من باب انّ عدم الردع دليل الإمضاء أو من باب ان هذا الارتكاز العقلائي قد حدّد الحقوق العقلائية في المقام لكلا الطرفين فمخالفة الحدّ من هذا الطرف أو ذاك الطرف تعتبر ضرراً عقلياً منفيّاً بقاعدة لا ضرر.

و أمّا إذا لاحظنا الأدلّة اللفظية للضمان فذاك الارتكاز العقلائي الذي عرفته يؤثّر في صرف ظهورها إلى نفس ما قام عليه الارتكاز.

مقتضى الروايات المتفرقة:

إشارة

يبقى الكلام في أنّه قد يدعى انّ قيمته القيميات ثبتت بالروايات المتفرقة في الأبواب المختلفة.

وقد اختار السيد الخوئي في المحاضرات «١»: أن الانتقال إلى القيمة يختص بفرض فقدان المثل فإذا وجد صدفة المثل عند الضامن مثلا لم ينتقل إلى القيمة حتى في القيميات، لأن الارتكاز العقلائي يقتضى ضمان المثل لدى إمكان أدائه و الروايات ليس فيها إطلاق فتحمّل على فرض تعدّد المثل و لكنه اختار في المصباح «٢»: أن الروايات مطلقة و أنّ الارتكاز العرفي على ضمان القيمة في القيميات أيضا مطلق، اذن فالمضمون في القيميات هي القيمة و لو وجد المثل صدفة.

أقول: لو وجدت رواية تذكر ضمان القيمة و يكون مقتضى إطلاقها الأولى ضمان القيمة حتى في فرض وجود نادر للمثل فالارتكاز الذي ادعيه مطلقا و ادّعاه في المحاضرات في خصوص فرض وجدان المثل يصرف ذاك الإطلاق عن هذا الفرض.

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٩١ و ١٩٥.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٣: ١٧٤-١٧٦.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧٤

و من هنا يتضح أنّ مجرد وجود رواية تحكم بوجود دفع القيمة ليس دليلا على قيمية بعض الامور لأنّه من المحتمل أن يكون المضمون هو المثل و أن يكون الحكم بوجود دفع القيمة من باب تعدّد المثل فتكون عليه قيمة يوم الأداء. و عليه فلا يمكننا التمسك لإثبات قيمية بعض الامور بالروايات إلّا إذا كان مفادها الحكم بقيمة يوم التلف أو يوم الغصب مثلا فيقال مثلا: إنّ هذا دليل على قيمية ذاك الشيء إذ لو كان الثابت في الذمة هو المثل لكان المترقب أن يكون عليه أداء قيمة يوم الأداء.

و بعد فالصحيح عدم وجود رواية تامّة السند تدلّ على قيمية بعض الأشياء كما يتضح ذلك بذكر نموذج ممّا توهم دلالته على ذلك:

فمنها- روايات عتق أحد الشريكين أو الشراء نصيبه من العبد الدالّة على ضمان المعتق قيمة حصص الباقيين أو استسعاء العبد لتحصيل القيمة

«١». و أكثر هذه الروايات ليس فيها تصريح بغير قيمة يوم الأداء و قد قلنا: إنّ مجرد ذكر القيمة ليس دليلا على القيمة خصوصا أنّ في مورد هذه الروايات لعلّه لا يحتمل إمكان تحصيل المثل فمن الطبيعي الانتقال في مقام الأداء إلى القيمة. نعم بعض هذه الروايات ورد فيها التصريح بقيمة يوم العتق فقد يتمسك بها لإثبات ضمان القيمة لأنّه لو كان المثل هو المضمون كان المترقب أن تكون عليه قيمة يوم الأداء لا قيمة يوم العتق و تلك الروايات المصرحة بقيمة يوم العتق ما يلي:

١- ما عن محمّد بن قيس بسند تام عن أبي جعفر عليه السلام قال: من كان شريكا في عبد أو أمه قليل أو كثير فاعتق حصته و لم يبعه فليشره من صاحبه فيعتقه كله

(١) راجع الوسائل ١٦: ٢١-٢٣، الباب ١٨ من أبواب العتق.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧٥

و إن لم يكن له سعة من المال نظر قيمته يوم اعتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق «١».

إلّا أنّ هذا الحديث و إن ذكر قيمة يوم العتق إلّا أنّه لم يجعلها على عاتق المتلف أو من هو بمنزلة المتلف و هو الذي اعتق حصته، و أنّما حكم على المعتق بشراء باقي الحصص و هذا إن لم يكن منصرفا إلى شرائه بقيمة يوم الشراء فليس منصرفا إلى شرائه بقيمة يوم العتق، أمّا العبد الذي يستسعى فليس ضامنا أصلا فالرواية اجنبية عمّا نحن فيه اللهم إلّا ان يدعى مجرد إشعارها بالمقصود بدعوى أنّه لو لم يكن ضمان العبد بقيمة يوم العتق لما كان يبدو للذهن وجه في استسعائه بقيمة يوم العتق.

٢- ما عن محمّد بن قيس بسند تام عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد كان بين رجلين فحرّر أحدهما نصفه و هو صغير و أمسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرّر نصفه قال يقوم قيمة يوم حرر الأوّل و أمر المحرّر ان يسعى في

نصفه الذي لم يحزّر حتى يقضيه «٢».

و هذا أيضا يأتي فيه نفس النقاش الذي ذكرناه في الحديث الأوّل فإنّ قيمة يوم العتق لم يجعلها على عاتق المعتق بل جعلها مبلغ استعساء العبد، و العبد ليس ضامنا كما هو واضح فلو فرضت في الحديث رائحة الدلالة على المقصود فليست بأكثر من الإشعار.

٣- ما عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن قوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه؟ هل

(١) الوسائل ١٦: ٢١، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر، الحديث ٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧٦

يؤخذ بما بقي؟ فقال: نعم يؤخذ بما بقي منه بقيته يوم اعتق «١» و هذا فرقه عن الحديثين السابقين أنّه جعل قيمة يوم العتق على المعتق الذي هو بمنزلة المتلف إلّا أنّ جملة «منه بقيته يوم اعتق» أنّما وردت في نسخة الكافي «٢»، و سند الكافي ضعيف ب (معلّى) بن محمّد و لم ترد في نسخة التهذيب «٣» الذي يكون سنده تامّا، على أنّ نصّ الكافي أيضا يبدو وجود الخلاف بين نسخه فإنّ صاحب الوسائل الذي نقل النص عن الكافي اقتصر على قوله: «نعم يؤخذ بما بقي منه» ثم قال في هامش المخطوط: في نسخة زيادة: «بقيته يوم اعتق» «٤».

و منها- ما عن السكوني بسند فيه التوفلي

عن أبي عبد الله عليه السّلام ان أمير المؤمنين عليه السّلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين فقال أمير المؤمنين عليه السّلام يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن فقيل: يا أمير المؤمنين لا يدري سفرة مسلم أو سفرة مجوسى فقال: هم في سعة حتى يعلموا «٥» و الحديث ظاهر في إرادة قيمة يوم الأكل.

إلّا أنّ الظاهر اجنبية الحديث عمّا نحن فيه لأنّ الظاهر أنّ المقصود بالتقويم ثم الأكل أنّهم يتملّكون الطعام بقيته ثم يأكلون لا انهم يأكلون مال الناس فيضمنون فتكون عليهم قيمة يوم الإتلاف.

(١) الوسائل ١٦: ٢٢، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٦.

(٢) ٦: ١٨٣، باب المملوك بين شركاء يعتق أحدهم نصيبه أو يبيع، الحديث ٦.

(٣) الجزء ٨، الحديث ٧٨٤.

(٤) راجع الهامش في نسخة آل البيت.

(٥) الوسائل ١٧: ٣٧٢-٣٧٣، الباب ٢٣ من أبواب اللقطة.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧٧

و منها- روايات نكاح الأمة المسروقة الدالة على أداء قيمة الولد «١».

و لكن يمكن تطبيقها على قيمة يوم الأداء إن لم نقل بانصرافها إلى ذلك كما لا يتصوّر عادة إمكانية أداء المثل فمن الطبيعي الانتقال إلى أداء القيمة فهذه الروايات أيضا اجنبية عن المقام.

و منها- روايات وقوع التهاثر بين الدين و الرهن التالف عن تقصير

«٢» فلو لا كون الرهن قيما لكان المترقب عدم التهاتر و استرجاع الدين و إرجاع مثل العين المرهونة. و بطلان الاستدلال بهذه الروايات واضح جدًا إذ لو فرضت دلالة هذه الروايات على القيمة لدلت على قيمة كل شيء لأن العين المرهونة غير مشخّصة في هذه الروايات فقد تكون ممّا يكثر مثلها كما قد تكون ممّا لا مثل لها. و الواقع أنّ مفاد هذه الروايات هو أنّه كما كانت العين المرهونة رهنا في مقابل الدين أي أنّه إذا لم يؤدّ الدين اقتص من العين المرهونة كذلك الدين رهن في مقابل العين المرهونة أي أنّها لو تلفت بتقصير اقتص من الدين فالتهاتر يكون في المقام على أساس التراهن المفروض شرعا في المقام لا على أساس قيمة العين المرهونة.

و منها - صحيحة أبي ولاد

«٣» حيث جاء فيها: قلت له: أ رأيت لو عطب البغل و نفق أ ليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته فيقال: إنّ هذا يعني

(١) الوسائل ١٤: ٥٩٠، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

(٢) الوسائل ١٣: ١٢٥ - ١٣٠، الباب ٥ و ٧ من أبواب الرهن.

(٣) الوسائل ١٣: ٢٥٥ - ٢٥٧، الباب ١٧ من أبواب الاجارة، الحديث ١.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧٨

و جوب أداء قيمة يوم الغصب و هذا يدلّ على كون البغل قيما إذ لو كان مثليا لكان المترقب أن يكون عليه قيمة يوم الأداء لا قيمة يوم الغصب.

إلّا أنّ هناك نكتتين تثيران الانتباه في هذه الرواية:

الاولى - أنّ المترقب على تقدير قيمة البغل أن تكون العبرة بقيمة يوم التلف لأنّه يوم الانتقال إلى القيمة فيا ترى لما ذا فرض في الحديث أنّ العبرة بقيمة يوم الغصب؟!

و الثانية - لما ذا جعلت العبرة في الحديث في قيمة التالف بقيمة يوم الغصب و في الارش بقيمة يوم الأداء حيث قال: عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه؟! فأى فرق بين فرض التلف و فرض العيب؟! و جعل يوم الردّ قيدا لخصوص العيب مع فرض كون العبرة بقيمة يوم الغصب أي قيمة العيب الثابت في يوم الردّ بلحاظ سوق يوم الغصب بعيد.

و بالإمكان ان يقال: إنّ اختلاف قيمة البغل خلال خمسة عشر يوما - و هي المدّة المفروضة في الحديث حيث قال: (و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوما) - على أساس التورّم أو على أساس قوانين العرض و الطلب بعيد لأنّ التورّم في ذاك الزمان و بحسب الوضع الاقتصادي المبسّط وقتئذ لا يحتمل عادة في هذا الوقت القصير، كما أنّ اختلاف العرض و الطلب في هذه المدّة القصيرة أيضا بعيد لأنّ البغل ليس كالفاكهة مثلا يفترض أنّه بعد خمسة عشر يوما راج على الأشجار فكثير استيراده في الأسواق أو انتهى وقته فقلّ وجوده فيها، و أنّما الشيء المترقب هو اختلاف قيمة البغل باختلاف أوصافه سمنا و هزالا و صحّة و سقما و كسلا و نشاطا فالمقصود بقيمة البغل يوم المخالفة قيمة البغل في أوصافه التي ثبتت في يوم المخالفة.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٧٩

و إطلاق الحديث لفرض اختلاف القيمة السوقية باعتبار التورّم أو تبدّل وضع العرض و الطلب غير ثابت لا لمجرد كون هذا فرضا نادرا حتى يقال: إنّ الندرة لا توجب الانصراف إلّا الانصراف البدوي، بل لما مضى ممّا من دعوى ارتكازية ضمان المثل مطلقا و نستفيد من الندرة مساعدتها على سهولة الانصراف أي أنّ هذا الارتكاز ان صعب فرضه موجبا للانصراف عن حالة شائعة فلا صعوبة

في فرضه موجبا للانصراف عن حالة نادرة.

و إذا فسّرت الرواية بهذا التفسير كان الفرق العقلائي بين فرض التلف و مسألة الأرش واضحا، فقد جعلت العبرة في ضمان التالف بلحاظ حالات البغل سمنا و هزالا و صحته و مرضا بيوم المخالفة باعتباره يوم الغصب، و جعلت العبرة في الأرش بمدى سعة و ضيق الجرح أو الكسر يوم الردّ لأنه لو توسّع الجرح أو الكسر يوم الردّ كان مضمونا، و لو تضيّق فقد خرج من ضمان ذلك المقدار من الصحة بالتسليم، و كذا أصبحت النكته العقلائية لجعل الضمان مرتبطا بما في يوم المخالفة دون يوم التلف واضحة؛ لأنه إن تدهور وضع الحيوان من بعد يوم المخالفة كان التدهور مضمونا على الغاصب، و إن تحسّن وضعه ثمّ تراجع مرّة أخرى، فهذا التحسّن كان تحت رعايته فمن المعقول أن لا يكون مضمونا عليه.

و لنا تقريب آخر لإبطال دلالة هذه الرواية على المقصود و هو أنّ من المحتمل صحّة النسخة التي لم يدخل فيها اللّام على البغل و لعلّها هي النسخة المشهورة فيكون النص هكذا: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» لا «قيمة البغل يوم خالفته» و على هذا التقدير من المحتمل كون كلمة البغل غير منوّنة بان تكون مضافة إلى يوم المخالفة و على هذا التقدير من المحتمل أن تكون القيمة مضافة إلى بغل يوم المخالفة لا مضافة إلى البغل مع كون مجموع المضاف و المضاف إليه

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨٠

مضافا إلى يوم المخالفة، و الفرق بينهما واضح كما يقال في «هذا بيض دجاج زيد»: «أنا تارة نفترض أنّ البيض مضاف إلى الدجاج و الدجاج مضاف إلى زيد و هذا يعني ان زيدا له دجاج، و دجاجة قد بيّضت. و اخرى نفترض أنّ بيض الدجاج مضاف إلى زيد و هذا لا يستلزم كون زيدا مالكا للدجاج بل قد يكون مالكا لبيض الدجاج و قد اشترى البيض من السوق مثلا فأصبح مالكا للبيض من دون امتلاكه للدجاج، و كذلك الحال في المقام فقد نفترض أنّ قيمة البغل مضافة إلى يوم المخالفة و هذا يشمل بالإطلاق مثلا فرض اختلاف القيمة على أساس التورّم أو على أساس قانون العرض و الطلب، و قد نفترض أنّ القيمة مضافة إلى بغل يوم المخالفة فالاختلاف ابتداء بين يوم المخالفة و يوم آخر أنّما هو في البغل و اختلاف القيمة يكون بتبع اختلاف البغل فلا إطلاق له لغرض اختلاف القيمة على أساس التورّم أو قانون العرض و الطلب، و أنّما النظر يكون إلى اختلاف القيمة بلحاظ اختلاف أوصاف نفس البغل و مع وجود هذا الاحتمال لا يتم الإطلاق.

و قد تقول: إنّ الاحتمال الآخر أيضا ثابت و ذلك بأن يكون البغل مع اللّام أو منوّنا أو تكون قيمة البغل مضافة إلى يوم المخالفة فيتمّ الإطلاق فيكون ردعا عن الارتكاز و هذا و إن لم يزد على مستوى الاحتمال و لكن احتمال الردع كاف في عدم ثبوت الإمضاء، كما أنّ احتمال الردع في ما مضى روايات عتق الشريك لحصّته من العبد و ارد خصوصا في الرواية الثالثة التي دلّت على نسخة الكافي على ضمان المعتق لقيمة يوم العتق و سند الكافي و إن كان ضعيفا لكنه يكفي لاحتمال الردع المانع عن القطع بالإمضاء.

و لكننا نقول: إنّ هذا المقدار لو كان كافيا للردع عن مثل هذا الارتكاز فأننا لسنا بحاجة في المقام لإثبات ضمان المثل دائما أو قل

ضمان قيمة يوم الأداء إلى

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨١

التمسّك بثبوت الإمضاء و القطع بعدم الردع، لما مضى من أنّ هذا الأمر الارتكازي يكفي في إسباغ الشرعية عليه تثبيته بقاعدة لا ضرر أو الالتفات إلى أنّ هذا الارتكاز يخلق للأدلة اللفظية للضمان ظهورا في ضمان المثل أو قل: في ضمان قيمة يوم الأداء، و تلك الأدلة اللفظية لو لم يكن لها إطلاق لكل موارد الضمان كما لو فرض عدم ثبوت إطلاقها لبعض أقسام اليد و التلف مثلا كفانا عدم احتمال الفرق في انقسام الأمتعة إلى المثلى و القيمي و عدم انقسامها باختلاف موارد الضمان.

و منها - رواية أبي الورد

قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل عبدا خطأ قال: عليه قيمته ولا يجاوز بقيمته عشرة آلاف درهم، قلت: و من يقومه و هو ميت؟ قال: إن كان لمولاه شهود أن قيمته كانت يوم قتل كذا و كذا اخذ بها قاتله، و إن لم يكن له شهود على ذلك كانت القيمة على من قتله مع يمينه يشهد بالله ما له قيمة أكثر مما قومه فإن أبي أن يحلف و ردّ اليمين على المولى فإن حلف المولى أعطى ما حلف عليه و لا يجاوز بقيمته عشرة آلاف...» (١).

و سند الحديث ضعيف بأبي الورد.

و أما من حيث الدلالة فاحتمال الخصوصية في العبد وارد فإن المبلغ الذي يعطيه ليس من باب ضمان التالف بحثا حتى تحمل عليه موارد ضمان التالف المشابهة بل هو مطعم بعنوان الدية و لذا قال: «و لا يجاوز بقيمته عشرة آلاف» أي لا يجاوز دية الحر كما ورد هذا المضمون في بعض روايات اخرى (٢) بل وردت

(١) الوسائل ٢٩: ٢٠٨-٢٠٩، الباب ٧ من أبواب ديّات النفس، ط. آل البيت عليهم السلام.

(٢) راجع الوسائل ٢٩: ٢٠٧-٢٠٨، الباب ٦ من أبواب ديّات النفس، ط. آل البيت عليهم السلام.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨٢

في بعضها تسمية قيمة العبد التي تعطى لدى قتله بالدية (١)، و الدية عبارة عن مبلغ من المال ثبت في الذمة بمجرد القتل، و دية العبد عبارة عن قيمته فإن كانت القيمة التي تأتي في الذمة ابتداء في دية العبد عبارة عن ثمنه يوم قتله لم يدل ذلك على أن ضمان التالف القيمي يكون على العموم بالقيمة في الذمة يوم التلف لا المثل.

هذا تمام الكلام في أصل المثلية و القيميّة و قد اتضح أنّ المختار دائما هو ضمان المثل أو قل: إنّ المختار هو ضمان المثل لدى وجوده و قيمة يوم الأداء لدى عدم وجود المثل. و بعد ذلك نشير إلى عدّة تنبيهات:

تنبيهات حول المثل و القيمة:

الأول - إن الأوصاف غير الدخيلة في الرغبات العامّة لو كانت دخيلة في الرغبة الشخصية للمالك فظاهر إطلاق عبارة السيد الخوئي عدم ضمانها

(٢) و لكن الظاهر ضمانها لدى إمكان الإرجاع، فان الارتكاز العقلائي يدلّ على ذلك في غير مثل القرض الذي تعارف فيه عدم الاهتمام بتلك الأوصاف فأصبح إسقاطها كالشرط في ضمن العقد نعم مع عدم إمكان الإرجاع لا يضمن قيمة بسبب ذلك لأنها ليست دخيلة في تقييم المال.

الثاني - لو وجد المشابه و لم يوجد المثل فهل ينتقل في مقام الأداء إلى المشابه أو إلى القيمة؟

و هذا السؤال ينشّق إلى سؤالين:

(١) راجع الوسائل ٢٩: ٢٠٧-٢٠٨، الباب ٦ من أبواب ديّات النفس، ط. آل البيت عليهم السلام.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ١٨٦-١٨٧.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨٣

١- لو طلب المالك القيمة فهل للضامن ان يفرض على المالك القبول بالمشابهة أو لا؟ والجواب بالنفي فللمالك عقلائيا أن يقول للضامن أنك بعد ان حرمتني عن امتياز المثل و هو امتياز اشتماله على كل الأوصاف التي كنت امتلكها فلي حق المطالبة في المقابل بامتياز القيمة و هو مرونتها و سهولة تبديلها بأي شيء أرغب فيه.

٢- لو طلب المالك المشابهة فهل للضامن أن يمتنع عن أداء المشابهة و يفرض على المالك أخذ القيمة أو لا؟ يمكن أن يجاب على ذلك بالإيجاب بدعوى ان فقدان العين يؤدي إلى تبدل المال المملوك للمتلف عنه إلى الكلي في الذمة في دائرة مماثل العين لا إلى الأوسع من ذلك فإذا لم يمكن أداء المثل لم يكن للمالك أن يفرض على الضامن مشابها و فردا من دائرة أوسع من المماثل، و يمكن أن يجاب على ذلك بالنفي بدعوى الانحلال بمعنى ان جميع أوصاف العين مضمونة فلو تعدد إرجاع بعض الأوصاف كان للمالك حق المطالبة بباقي الأوصاف غير المتعددة.

و لا يبعد التفصيل بين درجات الشبه و بين بعض الأوصاف و البعض الآخر فكلما اشتد الشبه أو اقترب الفرض الذي يؤديه المشابهة إلى الفرض الذي كانت تؤديه العين تقوى الاحتمال الثاني و كلما خف ذلك و ابتعدت آثار الشبه عن آثار العين التالفه تقوى الاحتمال الأول.

الثالث- لو انكسرت القيمة السوقية للعين المغصوبة مثلا لا تبدل خصوصية في العين

و ذلك كمن غضب الثلج في شدة الحر ثم أرجعه في الأيام الباردة فهل يكون ذلك موجبا للضمان أو لا؟ ذكر السيد الخوئي: ان انكسار القيمة السوقية لا يضمن و إلا للزم تضمين التاجر المستورد لبضاعة الكاسر بذلك قيمة البضاعة فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨٤

الموجودة لدى تاجر آخر نعم لو سقط عن المالية نهائيا كما لو برد الجو إلى حد لم تبقى أي قيمة للثلج كان ضامنا و لا يكفي إرجاع الثلج لأن الواجب عليه رد المال إلى أهله و الثلج قد سقط عن كونه مالا و الواجب عليه أنما هو رد قيمة آخر ساعة من ساعات مالية الثلج لأنه إلى تلك الساعة لم يكن قد وقع شيء عدا تنزل القيمة السوقية و قد قلنا بعدم ضمانه فالمالية التي تلفت و هي مضمونة أنما هي مالية الساعة الأخيرة (١).

و قد مضى عن استاذنا الشهيد رحمه الله التفصيل بين انكسار القيمة السوقية فحسب كما هو الحال في مثال استيراد البضاعة و انكسار القيمة الاستهلاكية كما في مثال الثلج فالأول لا يضمن و لكن الثاني يضمن.

و كأن الوجه في هذا التفصيل لو كان مصدر الضمان تطبيق قاعدة لا ضرر على الضرر المالي في المقام هو ما ذكره رحمه الله في بحث لا ضرر من أن ذلك نفى للضرر المطلق دون الضرر المقيد أو الضرر المضاف سنخ انصراف أحكام الماء إلى الماء المطلق دون المضاف و انكسار القيمة الاستهلاكية هو الضرر بقول مطلق، اما انكسار القيمة السوقية فحسب فأنما يكون ضررا من وجهة نظر التجارة و لذا لا يحس غير التاجر بالضرر مهما كثر في السوق ما يماثل البضاعة التي يمتلكها للاستهلاك.

و لو كان مصدر الضمان الارتكاز العقلائي للضمان بعد إثبات إمضائه بعدم الردع أو بتطبيق قاعدة لا ضرر على الضرر الحقي بمعنى ان سلب الحق العقلائي يعتبر ضررا منفيًا بلا- ضرر فكأن الوجه في التفصيل هو دعوى اشتمال نفس الارتكاز العقلائي على هذا التفصيل.

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٩٠ و ١٩٤ و ١٩٥.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨٥

(يبقى في المقام شيء) و هو ان انكسار القيمة الشرائية للنقد هل يضمن أو لا؟ قد وردت في الدرهم الذي أسقطه السلطان روايات

متعارضة «١» و ذكر الشيخ الطوسي رحمه الله و الشيخ الصدوق بعض الوجوه للجمع في ما بينها «٢» و لكنها وجوه تبرعية. و لعل مقتضى القاعدة الضمان لأن القيمة الاستهلاكية للنقد المتمحّض في النقدية أو الغالب نقديته على كونه بضاعة في ذاته هي نفس قيمته السوقية فيكون انكسارها ضررا مطلقا و يكون الارتكاز مساعدا للضمان.

و بهذه المناسبة نذكر أنه قد يقال في الأوراق النقدية المألوفة اليوم بان أخذ الزيادة في القرض بمقدار التضخم و انكسار القوة الشرائية ليس ربا لأن رأس المال يتمثل في القوة الشرائية فلو أخذ ما يساوي القوة الشرائية سابقا فقد عمل بقوله تعالى: **فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ** «٣».

نعم لو قلنا: إن الرصيد حيثه تعليلية لمالية هذه الأوراق و إن المال العرفي قد أصبح عبارة عن نفس هذه الأوراق لا القوة الشرائية التي هي أمر معنوي تقوى في الذهن إشكال الربا.

الرابع - في بدل الحيلولة.

لا- إشكال في أنّ ما كان تالفا أو يعتبر بحكم التلف كالواقع في مكان يئأس رجوعه عنه إلى المالك من قبيل ما وقع في البحر يكون مضمونا بالمثل أو القيمة، أي ما لا يكون كذلك لكن تعذر وصوله إلى المالك في برهه من الزمن على الأقل فهل يضمن بدل الحيلولة أو لا؟

(١) راجع الوسائل ١٢: ٤٨٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف.

(٢) راجع الفقيه ٣: ١١٨، ذيل الحديث ٥٠٤، و الاستبصار ٣: ١٠٠، ذيل الحديث ٣٤٥.

(٣) البقرة: ٢٧٩.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨٦

أفضل دليل ذكره السيد الخوئي على ضمان بدل الحيلولة و ناقشه هو قاعدة نفى الضرر و أورد عليه بوجوه «١»:

١- أنّ القاعدة تنفي حكم الموضوع الضروري كالوضوع الضروري لا- الحكم الضروري كما في المقام و هذا الإشكال ذكره في المحاضرات «٢» و انكره في المصباح «٣».

٢- أنّ القاعدة تنفي الحكم في موارد الضرر و لا تثبت الحكم لنفي ضرر كان يثبت لولاه.

و هذان الإشكالان مبنيان و قد أثبتنا في بحث لا ضرر خلافهما.

٣- النسبة بين الضرر و موارد بدل الحيلولة عموم من وجه فقد يكون زمان الحيلولة قصيرا فلا يلتزم فيه بضمان البدل مع أنّ الضرر متحقق و لو في زمان قصير و قد يكون زمان الحيلولة طويلا و يلتزم فيه ببطل الحيلولة و لو فرض المالك ثريا بحيث لا يهتم أبدا بماله المحجور.

أقول: بالنسبة للشقّ الأول نلتزم في مورد الضمان متى ما صدق الضرر و بالنسبة للشقّ الثاني لو قلنا: إنّ عدم اهتمامه بالمال المحجور لا يمنع عن صدق الضرر فلا إشكال في المقام و لو قلنا: أنّه يمنع عن صدق الضرر أصبح الدليل أخص من المدعى و لكن لا يبطل الدليل من أساسه.

٤- لم نجد أحدا استدللّ بالقاعدة على بدل الحيلولة فيما إذا حال أحد بين

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٠٧-٢١٠، و مصباح الفقاهة ٣: ٢٠٤-٢٠٩.

(٢) المحاضرات ٢: ٢٠٧.

(٣) مصباح الفقاهة ٣: ٢٠٤.

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨٧

المالك و ماله بمنعه من التصرف بالحبس مثلاً، مع أنه لا فرق في ذلك بين حبس المالك عن المال أو حبس المال عن المالك. أقول: إن الحكم في كلا الموردين سواء، فعلى الحابس بالدرجة الأولى فك ما حبسه فإن كان قد حبس المال عن مالكه وجب فكّ الحبس عن المال و إرجاع المال إلى مالكه، و إن كان قد حبس المالك عن ماله وجب فكّ المالك و إيصاله إلى ماله لو كان قد أبعد عنه و إذا عجز عن رفع الحاجز بين المال و المالك في كلا الموردين و كان يريد المالك الاستفادة من بدل المال كانت عليه تهيئة البدل، و لا أظنّ أنّ المسألة بهذا الشكل مبحوثة في كلمات الأصحاب حتى يستظهر الاتفاق على عدم ضمان بدل الحيلولة في فرض حبس المالك و عجزه عن إرجاعه إلى ماله.

و لا نقصد بضمن بدل الحيلولة الضمان بالمعنى المصطلح الذي هو من الأحكام الوضعية بل نقصد به ما يعمّ مجرد الوجوب التكليفي لدفع البدل إذا أراد المالك و قاعدة لا ضرر هنا لا تثبت أكثر من ذلك.

٥- ان إثبات ضمان بدل الحيلولة بلا ضرر يوجب الضرر على الضامن فيقع التعارض بين الضررين و التساقط.

أقول: إنّ هذا الكلام لا يأتي بشأن الغاصب لأنّ لا ضرر منصرف عن الغاصب و عن أى شخص يكون إجراؤه بشأنه تشجيعاً له في ارتكاب الحرام.

و على أية حال فهنا وجه آخر لإثبات ضمان الحيلولة غير الوجوه التي ذكرها السيد الخوئي و ناقشها و هو الارتكاز العقلاني الممضى بعدم الردع.

و الظاهر في الارتكاز أنّ دافع البدل يملك الأصل أى أنّ دفع البدل يكون بملاك المبادلة فقد يقال: لا يجب عليه إرجاع العين إذا رجعت بعد ذلك إلى

فقه العقود، ج ٢، ص: ٤٨٨

حوزته و لكن قد يقال: يجب عليه ذلك إذا كان البدل غير واجد لأوصاف العين كما لو كان عبارة عن القيمة لا المثل و ذلك لأنّ تنازل المالك عن تلك الأوصاف أنّما كان عن اضطرار أو جده له الضامن فيكون له بعد زوال العذر حق خيار فسخ المبادلة التي وقعت في زمن العذر.

الخامس - لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من قيمة المثل

(لا لارتفاع القيمة السوقية للندرة و إلا لكانت هي قيمة المثل) لم يجب شراؤه لعدم حكم الارتكاز بذلك و لا ضرر يمنع عن ذلك و لا يعارض بلا ضرر بشأن المالك لأنه ليس ضرراً مالياً بل هو ضرر حقّي متوقّف على اعتراف العقلاء بهذا الحق و لا يعترفون به. إلى هنا انتهت من كتاب فقه العقود، و أسأل الله تعالى ان يتقبله خالصاً مخلصاً لوجهه و يجعله ذخراً لى ليوم فاقتي يوم لا ينفع مال و لا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

تعريف مركز القومية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قال الإمام عليّ بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبَحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ

الصّدوق، الباب ٢٨، ج ١ / ص ٣٠٧).

مؤسس مُجتمَع "القائمية" الثقافي بأصبهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - "رحمه الله" - كان أحداً من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتَهَرَ بشَعْفِهِ بأهل بيت النبي (صلواتُ الله عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرجه الشريف)؛ ولهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسساً و طريقةً لم ينطفيء مصباحها، بل تُتَبَعُ بأقوى و أحسن موقِفٍ كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصبهان، إيران - قد ابتدأ أنشِطَتَهُ من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دامَ عَزُّهُ - و مع مساعِدِهِ جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالاتٍ شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافتهم الثقَلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرّي الأذق للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المبتدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامع ثقافته على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافته القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...

- منها العدالة الاجتماعية: التي يُمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يُمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهةٍ أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتب، كتيبه، نشره شهريّة، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقية و مكتبية، قابلة للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيّة، السياحية و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مواقعٍ أُخرى

(ه) إنتاج المُنتجات العرضية، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائيّ و اليدويّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخريّ مع عشرات مراكزٍ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسة" الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسي: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "پنج رمضان" و "مفتق" و فاني / بنايه "القائمية"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الإلكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية والمبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكوميته، و غير ربحيته، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد والمتسع للامور الدينيه والعلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الاعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حدّ التمكن لكل احد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

