

مجموٰعہ مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت اللہ یثربی «مدظلہ العالی»

«کتاب البيع»

شمارہ: (۴)

وأمّا الصابطة في نقل الحقوق وانتقاله:

أمّا في النقل: فقد أفاد المحقق الإصفهاني: إن العنوان المأخوذ في الموضوع إن كان يقتضي الموضوعية بمعنى: أنه عنوان مقوم كما في الشفعة والرهانة فلا يجوز النقل فإن حق الشفعة بعد القول بأنه جعل لأجل عدم تضرر الشريك فهو مختص به ولا معنى لنقله إلى غيره وهكذا في حق الرهانة بعد كون العين وثيقة للدائن ونقله إلى غير الدائن أمر غير معقول نعم، نقله بتبع الدين لا مانع منه.
أمّا إذا كان العنوان أخذ معرفاً، كما في حق التحجير وحق القسم في الزوجة فلا مانع من نقله.^١

والإشكال فيما أفاده واضح بعد ما تقدّم من أنا نسلّم قرينية مناسبات الحكم والموضوع ولكنها كانت على نحو الموجبة الجزئية بمعنى: إحراز كونها علة تامة في الدخل وهي مشكلة جداً.
كما قد مر الإشكال صغرياً في الشفعة من حيث الدليل (أصل الرواية) وهكذا من حيث إن النسبة بين الضرر والشفعة عموم من وجهه.
وأمّا الكلام في ما إذا أخذ العنوان معرفاً كحق التحجير والقول بقابلية النقل فيه وفي أمثاله لعدم وجود الموانع، فالإشكال: أن الموانع إن كانت منحصرة فيما ذكر فلا بأس ولكن بعد احتمال وجود مانع آخر وهو احتمال قيام الحق بذاته يشكل القول بقابلية النقل فيه أيضاً.

١ . حاشية المكاسب (رسالة في تحقيق الحق والحكم): ج ١، ص ٤٩.

وأمام الكلام في الانتقال، فقد أفاد المحقق الإصفهاني: بأنّ الانتقال بالإرث في حق الشفعة والخيار والتحجير أمر معقول وبلا مانع، بخلاف حق القسم فإنّ انتقاله بالإرث أمر غير معقول، فإنه حق الزوجة مادامت الحياة ولا يمكن قيام الوارث مقامها في هذا الحق ولا يعقل استفادته منه.

وحاصل كلامه ^{في} في باب السقوط والنقل والانتقال: إن بعضها مما لا يعقل فيه الإسقاط ولا النقل والانتقال كحق الولاية (وكذا الحضانة). وبعضها: يعقل فيه السقوط (كالحقوق المجنولة لرعاية حال ذي الحق كحق الخيار والشفعة) دون النقل والانتقال.

وفي ثالث: يعقل فيه النقل دون الانتقال كحق القسم.

وفي رابع: يعقل فيه النقل والانتقال.

وفي خامس: يعقل فيه الانتقال دون النقل.

ففي كلّ لابدّ من ملاحظة دليل الحق وما يحتفّ به من القرائن والوجوه والمصلحة والمناسبات.

وأشكل عليه: بما مرّ من أنّ المصالح والمناسبات في الحكم والموضوع وإن كانت تعدّ من القرائن وهي معّممة ومحصّصة ولكنّها موجبة للظهور على نحو الموجبة الجزئية بالبيان المتقدّم.

فلذلك قلنا بعدم وجود ضابطة عامة على قابلية الحق للإسقاط والنقل والانتقال نعم، لا كلام في عدم القابلية (ني قبل كلام الشيخ الأعظم

والسيد صاحب العروة والنائني و... القائلين باقتضائه السقوط على التعبير المختلفة) حيث إنّ الأصل الأوّلي يقتضي موضوعية العنوان المأخوذ في لسان الدليل، بمعنى: أنّ وزانه وزان العلية التامة، وهذا المقدار قد حقّق ولا كلام فيه، إلا أنّ تمام الكلام فيما إذا شكّ في كون الحقّ قابلاً للإسقاط أو النقل، والانتقال.

ومنشأ الشك تارة في أنّه الحق أو الحكم (كاشك في أنّ أكل المارة حقّ أو حكم وهكذا جواز الهيئة) وتارة: على تقدير كونه حقاً فهل يقبل الإسقاط والنقل والانتقال؟

فقد ذهب السيد الخوئي^{الله} في المورد الأول وهو إذا شك في أن المجعل الشرعي حق اصطلاحي أو أنه حكم اصطلاحي (وأن على الأول يقبل الإسقاط والثاني لا يقبله): إلى أنه إن كان هنا ما يدل على تعيين أحدهما بالخصوص أخذ به وإلا فإن كان لدليل المشكوك فيه عموم أو إطلاق أخذ به ويثبت به كونه حكماً.

ثم قال: «ومثال ذلك: أنه إذا شك في أن جواز أكل المارة من الشجرة التي تمر عليها أو جواز الفسخ في الهبة حق أو حكم، فإنه يتمسك بإطلاق ما دل على جوازهما ويثبت بذلك كونه حكماً فلا يسقط بالإسقاط وأنه إذا شكنا في بقاء حق التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى

٤٨، ج ٢، ص مصباح الفقاهة:

إطلاق قوله ﷺ: «من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحق به»^١، وأنه إذا شككنا في بقاء حق القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله تعالى: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً»^٢ وقوله تعالى: «وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُه جَهَنَّمُ حَلِيدًا فِيهَا»^٣ وقوله تعالى: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ»^٤. فإنها دالة على ثبوت القصاص على من أقدم على قتل المؤمن بنحو الإطلاق نعم، لا تكون شاملة للقاتل ظلماً بقرينة الآية الأولى وهي وإن كانت مخصوصة، إلا أنّ بعد اعمالها يتمسّك بإطلاق تلك الآيات.

وبعد التترّزّل والقول بعدم العموم أو الإطلاق، فإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية استصحبنا الجواز المشكوك فيه بعد إسقاطه ونحرز بذلك كونه حكماً وإلا فترجع إلى ما يقتضيه سائر الأصول اللفظية أو العملية، فقد يكون نتيجة ذلك السقوط بالإسقاط، فيكون حقاً.

وعليه فإذا شكّ في أنّ حق الشفعة وحق الخيار من قبيل الحقوق أو من الأحكام لم يجز إعمالها بعد الإسقاط؛ لعدم الإطلاق فيما دلّ على

١ . مستدرك الوسائل: ج ١٧، ص ١١٢؛ كتاب إحياء الموات: ب، ح ٤.

٢ . النساء (٤): ٩٢.

٣ . النساء (٤): ٩٣.

٤ . الإسراء (١٧): ٣٣.

ثبوتها لذى الخيار والشفيع. وإذا فإن قلنا بجريان الاستصحاب فى الشبهة الحكمية رجعنا اليه وإلا فإن العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه محكمة (وهي المرجع).

وإذا شكّ في حقّ (المورد الثاني) : أنه يقبل الانتقال إلى الوارث أو لا-
حقّ الحضانة والولاية وأمثالهما - فإن هنا دليل على قبوله النقل
فإنّه يحكم بقبوله الانتقال أيضاً؛ إذ يستكشف من ذلك عدم وجود
الخصوصية لمورد المشكوك وإلا فيحكم بقبوله الانتقال والتفصيل في
كتاب الخيار.

وكذا إذا شكّ فيما يطلق عليه الحقّ اصطلاحاً أنه يقبل النقل أو لا؟
فإنّ الأصل عدم قبوله إيه؛ إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو
اختصاصه بذى الحقّ فقط، فثبوته لغيره يحتاج إلى دليل.

ودعوى: أنّ الأصل جواز نقله تمسّكاً بالعمومات الدالة على صحة
العقود ونفوذها دعوى جزافية، فإنّ تلك العمومات ناظرة إلى بيان
الحكم الوضعي وهو إمضاء المعاملات العرفية، أعني بها ما يكون مورداً
المعاملة فيها قابلاً للانتقال إلى غيره ومع الشكّ في ذلك كان التمسّك
بتلك العمومات تمسّكاً بها في الشبهة المصداقية وثبت في محله عدم
جواز التمسّك بالعامّ فيها.

ونوقيش في كلامه بما محصلته: أنّ التمسّك بإطلاق قوله تعالى: ﴿وَمَنْ
قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلَنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَنًا﴾ تام؛ لأنّ إطلاقها يدل على بقاء

السلطنة حتى بعد الإسقاط. ولكن التمسك بعمومات حرمة القتل غير تام؛ لأنّا وإن سلّمنا تمامية التمسك بعموم العام في المخصوص المنفصل المجمل المردّد بين الأقل والأكثر (كما إذا ورد اكرم العلماء ثم ورد منفصلاً لا تكرم الفاسق وتردّد الفسق بين مرتكب الصغيرة والكبيرة، فيؤخذ بمتيقن التخصيص وللباقي يتمسّك بعموم العام) إلا أنّ هنا إشكالاً صغروياً وهو أنّ الآيات المستشهد بها محفوفة بالارتكاز العقلي والعقليّي وهكذا النصوص المفسّرة لها بما عدا القتل عن حق من أولى الأمر بمعنى: أنّ حق القصاص ثابت لولي الدم بالارتكاز العقليّي وهو مضادة بإضفاء الشرعية لقوله تعالى: **﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾**^١ وقوله تعالى: **﴿وَجَزُوا سَيِّئَةً سَيِّئَةً مَّثُلُها﴾**^٢ وقوله تعالى: **﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾**^٣ وهذا الارتكاز (العقليّي والعقليّي) تعدّ من القرائن المتصلة بأدلة حرمة القتل ومانع عن انعقاد الإطلاق - ولهذا نقول بعدم شمول قوله تعالى: **﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَرَأَهُ جَهَنَّمُ حَلِيدًا فِيهَا﴾**^٤ القتل بحق ولا يشمل القاتل ظلماً، وأنّه لا يكون

١ . البقرة (٢): ١٩٤.

٢ . الشورى (٤٢): ٤٠.

٣ . الأنعام (٦): ١٥١.

٤ . النساء (٤): ٩٣.

قتل القاتل الظالم عدواً عليه، فلا يكون المقام من صغريات المخصوص المنفصل المجمل المردّ حتى يصحّ الرجوع إلى العام. ويمكن أن يحاب عنه: بأنّ الأخذ بالسيرة في القدر المتيقن منها إنما هو فيما إذا كانت هي ممضاة بعدم الردع وأمّا إذا كانت ممضاة بدليل لفظي له بالإطلاق، فالمرجع يكون إطلاق دليل الإمضاء ولذلك يتمسّك بإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مع كونها إمضاءً للسيرة العقلائية.

وفي المقام وإن كانت السيرة دالة على ثبوت حقّ القصاص لولي الدّم إلا أنها ممضاة بالدليل اللفظي: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلومًا﴾ وهذا مطلق بالنسبة إلى من أسقط حقّه أم لا، هذا مضافاً إلى أنّ البحث في كون المجموع حقّاً أو حكماً وليس البحث في قابلية الإسقاط بعد ثبوت كونه حقّاً حتى يقال بأنّ الآية إمضاء لما عند العقلاء والحقوق العقلائية القابلة للإسقاط.

ونوّقش ثانياً: بأن المرجع مع عدم تمامية العموم والإطلاق هو استصحاب الجواز بناءً على القول بجريانه في الشبهات الحكمية فيكون النتيجة أنّ الجواز المستصحب بعد إسقاطه يكون حكماً، ومع القول بعدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية فالمرجع هو سائر الأصول اللفظية أو العملية فيكون النتيجة هي السقوط بالإسقاط فيكون حقّاً.

والنقاش فيه: أنّ المسألة (أي جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية) خلافية، هذا أولاً.

وثانياً أنّه بناءً على القول بعدم الجريان تارة نقول به من باب قصور المقتضي بمعنى اختصاص أخبار الاستصحاب بالشبهات الموضوعية وقصورها عن الشمول للشبهات الحكمية، كما قال به السيد الخوانساري رحمه الله.

وتارة نقول به من باب وجود المانع وهو تعارض استصحاب المجعل باستصحاب عدم الجعل، وهذا ما أفاده ثالثاً فيكون المرجع على هذا سائر الأصول اللفظية والعملية. والنتيجة أنّ الساقط حقّ ولا وجه لعوده بعد السقوط؛ لأنّ المرجع يكون عموم الدليل الدال على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه ولم يجر اعمالها بعد الإسقاط؛ لعدم الإطلاق فيما دلّ على ثبوتها لذى الخيار والشفعي فيما إذا شكّ في أنّ حقّ الشفعة حقّ الخيار من قبيل الحقوق أو من قبيل الأحكام، فيرجع إلى الاستصحاب بناءً على جريانها في الشبهة الحكمية ولا أقل من العمومات المذكورة.

ونوقيش عليه: بأنّه كيف يقول (السيد الخوئي) ويلتزم بإطلاق «من سبق إلى ما لا يسبقه إليه المسلم فهو أحقّ به»^١ سواء أسقطه أم لا وأنكر

^١ . مستدرك الوسائل: ج ١٧، ص ١١٢؛ كتاب إحياء الموات: ب ١، ح ٤.

الإطلاق في دليل الشفعة وال الخيار، مع أنه لا فرق بين هذا الحديث وحديث: «البيعان بال الخيار»^١. فكما أن الأول مطلق من حيث الإسقاط وعدمه فكذلك الثاني؛ لأن الانقسام في كليهما من حيث الإسقاط وعدمه على سواء، فهي مطلقة من هذا حيث، هذا أولاً.

وثانياً: إن القول بالرجوع إلى العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس بعد القول بعدم جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية، ففيه إن كان المراد من العمومات المذكورة هي قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجْرَةً عَن تَرَاضٍ مَّنْكُمْ﴾^٢ فهي مبنية على ما اختاره من كون الاستثناء في الآية متصلًا والمستثنى فيه محدوفاً أي: (لا تأكلوا أموال الناس بسبب من الأسباب، إلّا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض) بوضيح: أن الاستثناء في مفروض الكلام أن صاحب الخيار قد أسقط خياره أولاً ثم فسخه والفسخ وإن كانت من أسباب التملك لكنه ليس من أسباب التجارة عن تراض، فلا محالة مندرجة في الأسباب الباطلة.

إلّا أن الشرع قد أخرج الفسخ بدليل منفصل والمفروض أن دليل الخيار مجمل والمتيقّن من الخروج ما لم يسبق إسقاط وأمّا إذا أسبقه

١ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٥؛ أبواب الخيار: ب، ح ١.

٢ . النساء (٤): ٢٩.

الإسقاط - كما هو المفروض - كان مشكوك الخروج، فيتمسّك بعموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم﴾.

فالنتيجة: إنّه ليس لذي الخيار بعد إسقاط حقّه أن يعمل بخياره السابق.

وبناء على هذا التقرير لكلام السيد الخوئي عليه السلام أورد عليه مضافاً إلى عدم تمامية المبني (من دعواه: كون الاستثناء متصلّاً) وسيأتي الكلام عنه في مبحث المعاطاة: بأنّ الآية الشريفة ﴿لَا تَأْكُلُوا...﴾ لها عموم أفرادي وإطلاق أزمني وهذا الإطلاق مقيد بالفسخ قبل الإسقاط بمعنى أنّ الفسخ يكون خارجاً عن هذا الإطلاق، وأما بالنسبة إلى الفسخ بعد الإسقاط فيشكّ في الخروج وعدمه يكون المرجع فيه عموم العام لا استصحاب حكم المخصص.

بتوضيح: أنّ مبني السيد الخوئي عليه السلام في دوران الأمر بين التمسّك بعموم العام واستصحاب حكم المخصص هو الرجوع والتمسّك بعموم العام دون الاستصحاب.

نعم إن قلنا بإمكان الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص فلنذهب إلى الخيار أن يستصحب حقّ الخيار بعد الخيار. وأما على المبني المختار عنده (وهو الحقّ) والالتزام بأنّ بعد خروج فرد من تحت الإطلاق ثم الشكّ في الزائد لا يجوز له التمسّك بالاستصحاب حتى بناء على

فرض جريانه في الشبهات الحكمية. فعلى هذا لا يتم (في المقام) الرجوع إلى الاستصحاب ولا محيص إلا من الرجوع إلى عموم العام. وإن مراده (أي السيد الخوئي عليه السلام) من العمومات هو عموم قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^١ بدعوى: أنه يدل على ممنوعية جواز التصرف بعد الإسقاط.

ففيه: أن التمسك به للمقام يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية؛ حيث إن صاحب الخيار بعد إسقاط خياره قبل الفسخ شك في أنه من أمواله أم لا؟

نعم إن استصحبنا بقاء المال له يتم حينئذ ولكنّه مخالف لمسلكه؛ لعدم التزامه بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، فاتضح مما ذكرنا تمامية التمسك بالاستصحاب على مبني من يقول بجريانه في الشبهة الحكمية في المقام بتوجيهه: أن حق الخيار كان متيقناً قبل الإسقاط وشك في بقائه بعده فيستصحبه.

بقي الكلام فيما هو المعروف بينهم من التمسك بأدلة تنفيذ المعاملات عند الشك في القابلية؟ كقوله تعالى: «وَأَحَلَ اللَّهُ الْأَبِيعَ»^٢ و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^٣ و«الْمُوْمَنُونَ عَنْ شَرْوُطَهُمْ»^٤ و«الصلح جائز بين

١. انظر وسائل الشيعة: ج٥، ص١٢٠؛ أبواب مكان المصلي: ب٣، ح١ و٣.

٢. البقرة: (٢): ٢٧٥

٣. المائدة (٥): ١

ال المسلمين »^٢

بتقريب: إن الشك في القابلية قد يكون في القابليةعرفية وأخرى في القابلية الشرعية. أما الأولى كأن يشك في قابلية حق الولاية للبيع عرفاً والصلح والشرط.

ففي هذا الفرض لا يمكن التمسك بهذه الإطلاقات المذكورة لكشف القابليةعرفية؛ لأن الشك على هذا راجع إلى الشك في صدق عنوان البيع والصلح والشرط؛ بداعه أن التمسك بها إنما يصح إذا كان المتعلق قابلاً للبيع والصلح والشرط ومع الشك في أصل القابلية فلا معنى للتمسّك بعموم الدليل.

نعم يمكن التمسك بها إذا كان الشك في القابلية الشرعية؛ حيث إن مآل الشك في تخصيص الزائد وبعد فرض القابليةعرفية (للبيع والصلح والشرط) يكون انطباق العمومات والإطلاقات قهرياً ونافذاً. وأشكال المحقق الإصفهاني^٣ (وتبعه السيد الخوئي): بأن أدلة المعاملات إنما تكون في مقام اتخاذ الأسباب عموماً أو إلطاقة من دون نظر إلى سائر الجهات، بتوضيح: أن كل مورد صدق عليه أنه يبيع أو صلح وشك في تنفيذه يصح التمسك بإطلاق أدلةها. وأما إذا شك في

١ . وسائل الشيعة: ج ٢١، ص ٢٧٦؛ أبواب المهرور: ب ٢٠، ح ٤.

٢ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٤٤٣؛ كتاب الصلح: ب ٣، ح ٢.

٣ . رسالة في تحقيق الحق والحكم: ص ٥٠.

مورد كحق الخيار - مثلاً - في قوله النقل الشرعي بالبيع أو الصلح فلا يمكن إحراز قابليته بإطلاق أدلة التنفيذ.

وبعبارة أخرى: أن الإطلاق في الأدلة المذكورة يلاحظ فيها الحقيقة التي يكون الشارع بصدده بيانها ومن المعلوم أنها سيقت لتنفيذ الأسباب على وزان آية الصيد بالكلب المعلم، فإنها ناظرة إلى جواز الأكل من حيث التذكرة ولا من حيث الطهارة والنجاسة: ولذلك يقال بأن الإطلاق ومقدّمات الحكمة في قوله تعالى: **(فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ)**^١ يقتضي حلية أكل الصيد ولا يقتضي حلية وطهارته فكذلك الإطلاق في أدلة المعاملات، فإنها واردة وناظرة من حيث الإنفاذ من دون أن يثبت القابلities. فلذلك إذا شك في أنه قابل للنقل بالصلح والبيع لا يمكن كشف القابلية بها.

ويمكن تقرير البيان بوجه آخر:
وهو أن القيود تارة قيود عقلية وهي التي تؤخذ في المجموعات الشرعية عقلاً.

وتارة قيود شرعية وهي التي أخذت من قبل الشارع. وقابلية المحل للبيع ونحوه شرعاً كقابلية عرفاً تعد من القيود العقلية بمعنى: أن أدلة إنفاذ البيع والصلح و ... بالنسبة إلى قابلية المحل للنقل لا تكون مهملة في مقام الثبوت وإهمالها محال، فكذلك إطلاقها يعني لا تكون مطلقة،

سواء كان المورد قابلاً للنقل أم لا، فنكون قابلية المحل مأخوذه في مرتبة الموضوع وحلية البيع واقعة في مرتبة المحمول، فلا محالة تختصّ بما إذا كان المحل قابلاً للنقل عرفاً وشرعاً. فعلى هذا البيان يتم القول بإنكار الإطلاق في أدلة إنفاذ المعاملات.

وأمام الكلام فيما إذا شك في كون الحق قابلاً للانتقال أم لا؟ كحق الحضانة والولاية وأمثالهما، ذهب السيد الخوئي عليه السلام إلى قابلية الانتقال فيما كان هنا دليلاً على قبوله النقل، فإنه يحكم بقبوله الانتقال؛ إذ يستكشف من ذلك عدم وجود الخصوصية لمورد المشكوك فيه، وإلا فإنه يحكم بعدم انتقاله، ثم قال: «ويأتي التفصيل في مبحث أحكام الخيار».^١

وأورد عليه: بمنع الملازمة بين جواز النقل وجواز الانتقال، فإنّ ما هو اللازم في باب الانتقال اندرج الحق تحت عموم ما تركه الميت من حق أو مال وثبت عنوان: ما ترك بالوجود أو بالتعبد وجواز النقل وإن كان يدل ويثبت به عدم اختصاصه بذاته ولكنّه لا يثبت به كونه مما تركه الميت، فإنه من قبيل إثبات الأعم بالأخصّ، كما في حق القسم بين الزوجات، فإنه وإن يقبل النقل ولكنّه لا يقبل الانتقال بالإرث.

١ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤٩.

بقي في المقام إشكال عامّ تعرّض إليه صاحب الجواهر^{الله} وإشكال خاصّ متوجه إلى بعض الحقوق وتعرّض إليه الشيخ الأعظم^{الله}. وأمّا ما عن «الجواهر»: مناقشته في تعريف البيع وأنّه (تمليك من الطرفين) فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك بقوله: «وفيه: أنّ من البيع بيع الدين على من هو عليه. ولا ريب في اقتضائه حينئذ الإسقاط ولو باعتبار أنّ الإنسان لا يملّك على نفسه ما يملّكه غيره عليه».^١

وحاصل كلامه: أنّ التعريف المذكور منقوص ببيع الدين على من هو عليه؛ لأنّه يلزم أن يكون المديون مالكاً لذمة نفسه - أي لزوم اجتماع المالك والمملوك - وهو أمر غير معقول.

وأجاب الشيخ عن الجواهر بما ملخصه^٢ (وقد تقدّم): بأنّه لا مانع من كونه تمليكاً لما في ذمّته فيسقط. واستشهد بكلام الشهيد^٣ حيث جعل الإبراء مردداً بين التمليك والإسقاط، مع أنّه لو كان تمليك الإنسان لما في ذمّته محالاً لما جعل أمر الإبراء مردداً بينهما بخلاف حق الشفعة والخيار المتقوّم بالطرفين (المسلط والمسلط عليه) فإنه سلطنة فعلية محتاجة إلى المسلط عليه، فلذلك يقال بعدم جواز جعل مثل الحق

١. جواهر الكلام: ج ٢٢، ص ٢٠٩.

٢. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٩.

٣. القواعد والقواعد: ج ١، ص ٢٩١.

ثمناً؛ لأنّ نقل هذه السلطة ممن له الحق إلى من عليه الحق يستلزم اجتماع عنوانين متقابلين (المسلط والمسلط عليه) في شخص واحد وهو محال.

وقال السيد الخوئي الله تبارأ عنهم تقوية لما أفاده الشيخ الله تبارأ عنهم: إنّ ما أفاده موافق للتحقيق لما ذكرنا في أول البحث من أنّ مالكية الإنسان لنفسه وفعله وذمته بالإضافة التكوينية الذاتية الأولية. ومع ذلك الوصف لا يحتاج إلى الثبوت الاعتباري ولذلك لا يتّصف بالملكية الاعتبارية؛ لأنّ الثبوت الاعتباري يصحّ ويتمّ فيما لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي وإنّما كان الاعتبار لغواً محضاً وتحصيلاً للحاصل، فعدم اتصاف ما في الذمة بالملكية الاعتبارية وليس من جهة اتحاد المالك والمملوك بل الوجه هو ما ذكرناه.^١

وأورد عليه: بعد تمامية التوجيه لكلام الشيخ الله تبارأ عنهم؛ حيث إنّ محطّ كلامه هي الملكية الاعتبارية ولا الذاتية؛ لأنّ مفروض بحثه هو اشتغال ذمة زيد لعمرو بمأة من الحنطة والدائن يجعله مبيعاً أو ثمناً في البيع فهو يملكه بالتümليك الاعتباري وهذا هو مقتضى البيع الإنساني. وحينما بيعها له لا يصير ملكاً ذاتياً له، بل يصير ملكاً له بالاعتبار؛ لاستحالة جعل الشيء ملكاً للغير بالملكية الذاتية.

١ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٣٩.

وأمام الملكية الذاتية فأمرها دائرة بين ما هو حاصل وغير حاصل أي الوجود والعدم (كأن يكون يبيع مائة كيلو من الحنطة في ذمته لغيره بعدها) هذا أولاً.

وثانياً: إن حمل كلام الشيخ على الملكية الذاتية غير صحيح؛ لعدم معقولية السقوط في الملكية الذاتية وهذا واضح بعد تصريح الشيخ رحمه الله بقوله: «لا مانع من كونه تملقاً فيسقط» فما هو المتصور فيه السقوط هي الملكية الاعتبارية ولا الذاتية.

بقي الكلام في إشكال اللغة بمعنى: أن اعتبار الملكية في مورد الملكية الذاتية لغو محض وتحصيل للحاصل.

لا يقال: إن الملكية الاعتبارية هنا مؤثرة في السقوط أي كان أثراها السقوط وبراءة الذمة، فلا يكون لغواً.

لأنه يقال: إن هذا مستلزم للمحدود العقلي بمعنى: أن ثبوت الشيء يكون علة لسقوطه ولا يعقل أن يكون الشيء علة لعدمه.
وهنا جوابان عن شبهة اللغة:

أولها: ما عن المحقق النائيني رحمه الله - بما محصله - : من أن الدين بالنسبة إلى الذمة لا يكون مهملاً؛ لأنَّه محال، فلا يخلو من أن يكون مقيداً بها أو مطلقاً، والتقييد بالذمة محال؛ لأنَّ المقيد بالذمة لا يقبل النقل ولا يعقل أن يوجد في الخارج، فلا محالة يكون مطلقاً أي الكلمي القابل للانطباق على المصاديق، فحينما يقع البيع على الكلمي (وهو منَّ من

الحنطة) فيصير المشتري (أي المدين) مالكاً لذلك الكلّي على البائع وحيث إنّ البائع كان مالكاً لمنْ من الحنطة على ذمة المدين (وهو المشتري) فينطبق ما على البائع على ما كان له على المدين المشتري فيوجب سقوط ذمة كليهما. وهذا وإن لم يكن من التهاتر حقيقة إلا أنّه أشبه شيء به.^١

ولكن الإيراد على ما أفاده: إنّا سلّمنا أنّ ما في الذمة (أي مملوك الدائن) غير مقيد بالذمة؛ إذ المقيد بالذمة غير قابل للأداء (العدم وجوده في الخارج) بل هو مطلق ولكن ليس بمطلق من جميع الجهات وإنّا لما صدق عليه بيع الدين، فيلزم أن يكون المبيع في بيع الدين هو الكلّي الذي كان مورداً للتعهد به، فيعود المحذور (أي التقيد بالذمة) بمعنى: أنّه حينما يبيعه يكون المبيع كلياً منطبقاً على ما في ذمة المدين (ليتحقق بيع الدين على من هو عليه) فيلزم (كما قلنا) أن يصير مملوكاً لما في ذمة الدائن آناً مّا ثم يسقط فيعود الإشكال.

والجواب الثاني ما عن المحقق الإيرواني^٢: حيث أفاد من أنّ حقيقة بيع الدين على من هو عليه تملّيك الدين للمدين ولكن لا بالملكية الاعتبارية في تبديل إضافة العين الموجودة، وهكذا بالإضافة الحرية كما في بيع من ينعتق عليه كبيع العمودين لأنّ هنا لا تحصل بالإضافة

١ . منية الطالب: ج ١، ص ٤٣.

٢ . حاشية المكاتب (لإيرواني): ج ١، ص ٧٣.

الملكية الاعتبارية بل الحاصل هو الحرّية، بل الحاصل في المقام بالإضافة الإطلاقية أي إطلاق ذمة المديون بمعنى: أنه يفيد التمليك (في المقام) فراغ ذمة المديون لأنّ المديون يصير مالكاً لما في الذمة فيسقط.

والإيراد على هذا البيان: أنه أيضاً غير وافٍ بحل المشكلة، فإنّ دعوى اختلاف البيع مفهوماً باختلاف موارده غير تامة؛ لأنّ البيع ليس له إلا مفهوم واحد وحقيقة واحدة وهو تملّيك العين بعوض سواء تعلق بالعين الخارجية أو بالكلّي في المعين أو بمن ينعتق عليه أو بالذمة.

وأمّا دعوى أنّ للبيع معنى واحداً (وهو التمليك في جميع موارده) ولكن في كلّ مورد يفيد أثره الخاصّ، كأن يكون الأثر في بعض موارده جواز التصرف وفي بعض برائة الذمة، كما في بيع الدين على من هو عليه. وأخرى: الطلقية والحرّية كما في بيع العمودين، فعلى هذا يعود الإشكال؛ لأنّه هنا أيضاً يكون المراد هو التمليك (بحسب مفهوم البيع) وأثره السقوط، فيلزم اللغوية؛ لأنّ اعتبار الملكية بلحاظ سقوطها محال؛ لأنّ الشيء لا يكون علة لعدمه.

ولكتّه لنا أن نقول بعد القول بتمامية الكبرى (وهي أنّ الشيء لا يمكن أن يكون علة لعدمه): إنّ البيع هنا ليس علة للسقوط، بل هو علة للتمليك. وأمّا علة السقوط وهو بناء العقلاء وأنّهم بعد تحقق التمليك يعتبرونه إبراءً ولم يردع عنهم الشارع والأمر العقلائي قابل للتعبد.

ولعله لذلك اختار شيخنا الأستاذ دام ظلّه تمامية الإشكال العقللي وعدم إمكان دفعه وذهب إلى أنّ بيع الدين على من هو عليه بيع بحسب الصورة ولكنّه إبراء لبًا، فلا تملّك حتى يلزم المحذور، إلا أنّ الإبراء على قسمين: إبراء بلا عوض وإبراء مع العوض والمقام من الثاني. ولكن يرد عليه: أنّ الإبراء أمر قصدي ولم يقصد وما قصده هو البيع ولا الإبراء، والمحذور العقللي يمنعه، لا أن يبدّل حقيقته بحقيقة أخرى فإن العقود تابعة للقصود.

إلا أن يقال: بأنّه قصد الإبراء وأبرزه بالبيع، وهذا ممكن وواقع في بعض الموارد التي أمضاه الشارع لعدم الردع كما في مبحث بعض الصفقة والانحلال ببيع متعددة، كبيع ما يملك وما لا يملك ومثل له أيضاً بتحقق الرجوع بالوطء وإن لم يقصده.

وأماماً الإشكال الخاص الذي أورده الشيخ الأعظم رحمه الله على بعض الحقوق حينما قال: «إن الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفها لشخص واحد، بخلاف الملك فإنّها نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه فافهم»^١.

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٩.

مع أنَّ البيع والشفعه وال الخيار على من عليه الخيار غير معقول ويوجب المحذور العقلي؛ لأنَّ الحق سلطنة فعلية يحتاج إلى المسلط عليه، فيلزم اتحاد المسلط والمسلط عليه (أي الشخص الواحد مسلط ومسلط عليه).

فكلامه مشتمل على أمرين: أولاًهما: أنَّ التمليك لا يحتاج إلى المملوك عليه.

وثانيهما: لزوم اتحاد المسلط والمسلط عليه (في بيع الخيار وحق الشفعه و...).

وأشكُل على الشيخ في الحواشي: بأنَّ ما أفاده يتم في بيع الأعian الخارجية، فإنه لا يتوقف على المملوك عليه بخلاف بيع ما في الذمة، فإنه مقوم بالمملوك عليه، فيلزم اتحاد المالك والمملوك عليه.

وبعبارة واضحة: يلزم المحذور فيما هو محل النزاع وما لا يلزم فيه المحذور خارج عن محل النزاع.

وأجيب عن الإشكال: بأنَّ الشيخ رحمه الله إن أراد بيان عدم احتياج الملكية إلى المملوك عليه - أينما تحققت ووَقعت - يتم علىها النقض ببيع ما في الذمة.

ولكن لعله في مقام بيان المغایرة بين طبيعة الحق وطبيعة الملك، فإنَّها بما هي لا تحتاج إلى المملوك عليه وإن احتاجت إليه في بيع الذمة، إلَّا أنَّه عارضي وليس بلحاظ طبيعته، بخلاف طبيعة الحق فإنَّها

طبيعة محتاجة ومتقوّمة بالسلطان عليه، والسرّ أنّ السلطنة بمفهومها تحتاج إلى كلمة (على) كما في قوله: «الناس مسلّطون على أموالهم» بخلاف مفهوم الملكية.

الأمر الثاني (في كلام الشيخ): وهو دعوى لزوم اتحاد السلطان والمسلط عليه في بيع الخيار وحق الشفعة.

وأجاب عنه السيد صاحب العروة عليه السلام بقوله: «فلا إله إلا الله لا يجري فيما إذا نقله إلى غير من عليه (الحق)». ^١

وهكذا المحقق الأخوند عليه السلام بقوله: «إنما يلزم في بيع الحق ممن كان عليه لا من غيره». ^٢

وأيضاً المحقق الإيراني عليه السلام بقوله: «إنّ في المقام خططاً واضحاً، فإنّ محلّ الكلام في الحقوق هو جواز جعله عوضاً ولو بنقله إلى أجنبي لا خصوص نقله إلى من عليه الحق». ^٣

وتبعهم السيد الخوئي عليه السلام: إنّ هذا إنما يتمّ فيما إذا نقل حق الخيار إلى من عليه الخيار وأمّا إذا نقل إلى غيره فلا يلزم منه المحذور المذكور». ^٤

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزيدي عليه السلام): ج ١، ص ٥٧.

٢ . حاشية المكاسب (للأخوند عليه السلام): ص ٤.

٣ . حاشية المكاسب (لإيراني عليه السلام): ج ١، ص ٧٣.

٤ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤١.

ومحصّل كلام الجميع: أن ما أفاده الشيخ إشكالاً على جعل الحق عوضاً في المعاملة أخص من المدعى. وهذا الإشكال تام إذا كان نظر الشيخ إلى خصوص من عليه الخيار والحق. وأمّا إذا كان قصده إلى الأعم فلا يرد عليه الإشكال. وهذا الاحتمال غير بعيد بعد ذكر الإشكال في إمكان بيع الدين على من عليه الدين هذا.

وقد أورد المحقق الأخوند وغيره (الإيراني والخوني) رحمه الله: من آنه إذا لزم في الحق اتحاد المسلط والمسلط عليه يلزم ذلك في الملك أيضاً؛ لأنّ السلطة من آثار الملك وإن لم تكن مرادفة له مفهوماً وكذلك يقال في الحق، فإنّ السلطة من آثاره لا مفهومه، فيلزم في بيع الدين أحد المحذورين: إما محذور تسلّط الشخص على نفسه وإمّا التفكك بين الملك وأثره.

وبعبارة أخرى: لابد للشيخ في بيع الدين على من عليه الدين إما بالقول بتفكيك البيع عن أثره وإمّا بالقول باتحاد المسلط والمسلط عليه؛ لأنّ أثر الملك وهو السلطة الحاصلة عقب بيع الدين على من هو عليه (بعد ترتيبه) يلزم اتحاد المسلط والمسلط عليه وإن لم يحصل الأثر - أي السلطة - يلزم تفكك الملك عن أثره وهو محال.

وأجاب المحقق الإصفهاني في مقام الدفاع عن الشيخ: بأنّه ليس في باب الملكية اعتباران: أحدهما: اعتبار الملكية. والآخر: اعتبار السلطة كى يقال بترتّب أحد المحذورين، بل ليس في المقام إلّا اعتبار الملكية

وجواز التصرف الوضعي والتكتليفي ولا اعتبار السلطنة وإن عَبَر عنها بالسلطنة العنوانية، مع أنّ السلطنة في الحق سلطنة اعتبارية (وهي من الأحكام الوضعية) بخلاف السلطنة في مورد الملك، فإنّها سلطنة عنوانية لا اعتبارية.^١

وأورد عليه: بأنّ ما ذكرتم ينافي ظاهر النبوى المشهور صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الناس مسلطون على أموالهم»؛ حيث إنّها ناظرة إلى اعتبار السلطنة لا اعتبار التصرف تكتيلياً ووضعاً، كالأكل والشرب ونحو ذلك. وما أفاده الآخون صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ناظر إلى هذا الاعتبار - أي قاعدة سلطنة الناس على أموالهم - وبناءً عليه تترتب السلطنة الاعتبارية لا العنوانية الممحضة فيلزم أحد المحدودين.

وفي المقام إشكال عن المحقق الإصفهانى جَلَّ جَلَّ^٢ وتبعه السيد الخوئي جَلَّ جَلَّ^٣: سلّمنا محالية اتحاد المسلط والمسلط عليه ولكن لا بنحو الإطلاق؛ لأنّ عنوان المسلط والمسلط عليه وإن كانا من المتضاديين ولكن التضاد لا يكون مرادفاً للتقابل دائماً؛ لإمكان تصوير موارد للتضاد من دون أن يكون بين الطرفين تقابل، بل يجوز اجتماعهما في

١ . حاشية كتاب المكاسب (الإصفهانى جَلَّ جَلَّ): ج ١، ص ٥٥.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (الإصفهانى جَلَّ جَلَّ): ج ١، ص ٥٥.

٣ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤٠.

شيء واحد، كالعلمية والمعلومية والمحببة والمحبوبة والقاهرية والمقهورية، فإن كل إنسان عالم بنفسه ومعلوم ويحب نفسه فهو محب ومحبوب وقاهر على نفسه فهو قاهر و مقهور.

فهذا لا يعد من أقسام التقابل، فما ادعيناه من السلط والمسلط عليه من هذا القسم، فيجوز أن يكون شخص واحد بالنسبة إلى نفسه مسلطاً ومسلطاً عليه نعم، سلمنا التغاير والتقابل في موارد آخر من التضائف كالعلية والمعلولة والتقدم والتأخر والفوقية والتحتية، فإنه يستحيل اجتماعهما.

هذا مضافاً إلى أن ما هو المحال في السلطة الحقيقة دون الاعتبارية منها والمقام من قبل الثاني، فلا محذور من اجتماع عنوانين اعتباريين، فلا وجه لإسراء آثار الحقيقي إلى الاعتباري وقد حقق في الأصول بأنه لا مانع من اجتماع الحرمة والوجوب في شيء واحد وإنما الإشكال من حيث المبدأ والمنتهى وفي مقام الامتثال.

فالنتيجة: إن فائدة تصحيف الاتحاد بين السلط والمسلط عليه هو أنه يعتبر السلطة آناً مَا ويكون مؤثرة في سقوط الحق، كما اعتبر (الشيخ الله) الملكية آناً مَا ورتب عليه أثر السقوط في بيع من عليه الدين أو الانبعاث في بيع العبد.

وقد يقال (في مقام بيان استحالة اتحاد السلط والمسلط عليه): بأنّ السلطة إضافة لوحظ فيها العلو والاستعلاء فاعتبر فيها اللفوقية - أي

فوقية المسلط على المسلط عليه - فمن له السلطنة له التفوق على من عليه السلطنة إما من جميع الجهات أو بعض الجهات. وأما المسلط عليه فهو في مرتبة دانية بالنسبة إليه، فلا يعقل أن يكون شيء فوق نفسه وتحت نفسه.

والإيراد عليه أولاً: بالنقض بقاعدة سلط الناس على أنفسهم، فإنها قاعدة عقلائية ارتكازية والأمر المحال كيف يوجد ويصير من الأمور العقلائية الارتكازية.

وثانياً: بأنّ الفوقيّة والتحتية لم تعتبرا في مفهوم السلطنة ولا تكونان من لوازمه الدائمة، فإنّ السلطنة قد تكون توأمة مع الفوقيّة والتحتية، فالنسبة بينهما عموم من وجه.

وثالثاً: مع التنزّل وتسليم كونهما من لوازم السلطنة ولكنّه لا يمكن الالتزام به في سلطنة الشخص على نفسه التي هي محل البحث في المقام، فإنه يمكن أن يكون مرتبة من النفس لها السلطنة على المرتبة الأخرى لها، كسلط الشخص بحسب الإرادة على انفعاله عنها في حركاته وسكناته.

ورابعاً: إنّ التقابل جاري في السلطنة الحقيقة ولا الاعتبارية؛ لأنّها خفييف المؤونة، فيمكن أن يعتبر لمن عليه الخيار كونه مسلطاً ومسلطاً عليه، كما مرّ ذكره في بحث الأصول من جواز اجتماع الوجوب والحرمة في عالم الاعتبار وإنّما المحذور من ناحية المبدأ والملاك والمنتهى

ومقام الامتثال، فالعمدة إنّ عدم إمكان الاجتماع والقول بالتقابل بين المتضادين والمتناقضين وكذا المتصايفين إنّما هو في عالم التحقق ولا في عالم الاعتبار.

نعم يمكن القول بأنّ ذلك (أي اعتبار الاتحاد بين السلط والمسلط عليه) مما لا مؤونة فيه، إلا أنّ مثل هذا الاعتبار مما لا أثر عليه فيكون لغواً ولا يصدر عن الحكيم.

إلا أنّ كلام الشيخ الأعظم رحمه الله حينما قال: «والحاصل أَنَّه يعقل أن يكون مالكاً لما في ذمته فيوثر تمليكه السقوط»^١ لعله ناظر إلى دفع محدود اللغوية المذكورة في باب الملكية وتصوير الأثر (وهو سقوط الملكية عن الذمة) بعينه يجري في باب السلطة وعدم كون اعتبارها لغواً؛ لترتّب الأثر وهو سقوط الحق عن الذمة.

إشكال آخر ذكره السيد الخوئي رحمه الله وقال: بانتفاء محدود وحدة السلط والمسلط عليه؛ لأنّ الموضوع في السلط هو العاقد والمسلط عليه هو العقد دون العاقد وسيأتي في مبحث الخيارات: إنّ الخيار إنّما يتعلق بالعقد لا بالمتباعين وإلا لسقوط خيار كلّ منهما بمорт صاحبه، فعلى هذا يكون السلط هو العاقد والمسلط عليه هو العقد، فبانتقال حق الخيار إلى الطرف فهو (أي الطرف) يسلط على العقد ولا اتحاد.^٢

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٩.

٢ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤١.

وأشكل عليه: أنه بناءً على القول بأنّ حقيقة الخيار هي حقّ حلّ العقد وفسخه (في قبال من قال بأنه حقّ استرداد العين) والظاهر أنّ هذا هو خيرة الشيخ، فيكون لذي الخيار السلطنة على الفسخ؛ لأنّ الخيار التزام في التزام والسلطنة على الالتزام سلطنة على الملتم (والسلطنة على العهد سلطنة على المتعهد) وإن كانت السلطنة ابتداءً على العقد، لكنّها هي العاقد التزاماً وبهذه الجهة يلزم اتحاد المسلط والمسلط عليه.

وأما الإشكال الآخر: بالنقض بيع الدين على من عليه الدين، فإنّ ملكية ما في الذمة وماليتها تحتاج إلى الإضافة إلى الذمة، فاحتياجهما إلى المملوك عليه واضح، فيلزم اجتماع المتعاملين وصيروحة شخص واحد مالكاً ومملوكاً عليه، فالقول بعدم إمكان جعل الحقّ عوضاً (بدعوى لزوم اجتماع المسلط والمسلط عليه) لازمه الالتزام بعدم جواز بيع الدين بمن عليه الدين.

وأجيب: بأنّه لا يقاس بيع الحقّ ممّن عليه الحقّ ببيع الدين على من عليه الدين؛ لوجود الفارق بينهما؛ بداعه تقوم الحقّ بمن عليه الحقّ بخلاف بيع الدين بمن عليه؛ لأنّ الدين بذاته ليس متقوّماً بالمملوك عليه.

ويشهد على ذلك (أي عدم التقوّم) الملكية الذاتية كملكية الإنسان لعمله ولما في ذمّته وجواز بيع ما في ذمّته مأة منّ من الحنطة نقداً أو سلفاً فهنا مالك ومملوك من دون المملوك عليه، فعلى هذا لا يجوز

بيع الحق بمن عليه الحق؛ للزوم اتحاد المسلط والمسلط عليه. وهذا ما استقر عليه الشيخ وأثبتناه بدفع الإشكالات عنه.

نعم لا بأس بالقول بجواز بيع الحق غير من عليه الحق؛ لعدم المحذور الشبوري.

وأماماً من حيث الدليل في مقام الإثبات: فربما يتمسّك بالعمومات **﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾** و**﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾** فيما إذا شكّ في قابلية النقل، فيحكم بصحّة البيع.

نعم لو قلنا بعدم قابلية التمسّك بالعمومات في موارد الشكّ في القابلية يكون المرجع هو الأصل الأولي وهو أصالة عدم النقل، فيحكم ببطلان البيع وقد مرّ تحقيقه واختياره

اختار السيد الخوئي^{عليه السلام}^١ استحالة نقل حق الخيار وحق الشفعة تبعاً للشيخ^{عليه السلام} مع أنه لم يقل بمحذور اتحاد المسلط والمسلط عليه (ومناقشه في الأدلة أولاً: بأخصية الدليل عن المدعى واستحالة نقل الحق إلى من عليه الحق دون غيره، والقول بانتفاء محذور وحدة المسلط والمسلط عليه ثانياً). والنقض بملكية الإنسان لما في ذمته ثالثاً، وإنهما من المتضايفين وهما لا يستحيل اجتماعهما دائماً ويشهد له

١ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤١.

العالمية والمعلومية...); معللاً بأنّ في حق الشفعة إما بيع من المشتري وإما من غيره.

فعلى الأول يكون البيع لغواً محضاً؛ إذ المشتري مالك للحصة المباعة قبل انتقال حق الشفعة إليه واستحقاق ملكيته ثانياً تحصيل للحاصل.

وعلى الثاني: يلزم ثبوت الحكم لغير موضوعه وانفكاك الحكم عن موضوعه كانفكاك المعلول عن علته؛ حيث إنّ حق الشفعة عبارة عن استحقاق الشريك للحصة المباعة في شركته وغير المشتري ليس بشريك، فهو أجنبي عن الشركة ولا يعقل سراية حكم الشريك إلى غيره. ويمكن أن يرد عليه: بأنّ للشفعة آثاراً غير استحقاق التملك وهو منع الشريك الآخر من تملك حصته المباعية وهذا أثر لا مانع منه، وإن أشكل عليه: بأنّ المشتري ملّكه أولاً بسبب الشراء وبعد الشراء استحقه بالشفعة ثانياً فيستلزم تحصيل الحاصل.

لعله يقال: بأنّ المبيع ليس هنا ما اشتراه من البائع أولاً، بل المبيع هو حق الشفعة الذي يوجب تزلزل ما ملّكه بالعقد الأول.

وبه يدفع ما أورده المحقق الإصفهاني رحمه الله من أنّ سلطنة الشخص على تملك ما ملّكه غلط؛ لأنّه حاصل فنقل الحق إلى المشتري باطل؛ بدأه أنّ السلطنة الحاصلة بالبيع متزللة وباشراء حق الشفعة تصير لازمة.

ولكن تمامية هذا مبني على تمامية القول بقابلية جعل نفس الحق عوضاً في البيع دون متعلقه. والظاهر أنّ ما يمكن أن يستقرّ عليه قابلية متعلق الحق للجعل عوضاً وهو هنا حاصل وسيأتي البحث عنه آنفًا هذا.

وأما الكلام فيما إذا نقله إلى غير المشتري واستلزم المحذور تخلف الموضوع عن الحكم، فيرد عليه نقضاً وحلّاً.

أما النقض: فبالخيار في مثل قوله: «البيعان بالخيار...» فإنّ الموضوع فيه البيعان ومع ذلك ينتقل الخيار إلى الوارث. وهكذا بقوله: «من أحيا أرضاً فهي له» بعد كون الموضوع هو المحيي ومع ذلك يصح نقله إلى غيره وعلى ما ذكره يلزم فيهما تخلف الحكم عن موضوعه وانفكاكه عنه. وأما الحلّ: فإنّ الموضوع في الحقيقة: الشفعة والخيار وإن كان هو الشريك والبيعان، وفي إحياء الأرض هو المحيي إلا أنّ دخل الموضوع في الحقوق المذكورة يستلزم المحذور المذكور (وهو انفكاك الحكم عن موضوعه) إذا كان على نحو الدخل الثبوتي والبقاء. وأما إذا كانت المدخلية (للموضوع) لمجرد الحدوث دون البقاء فلا مانع من نقله وانتقاله إلى الغير؛ لتحقق السلطة لذى الحق، فله الإسقاط والنقل.

فالأخير في الإيراد على عدم قابلية النقل في حق الشفعة هو التمسّك بما رواه الشيخ بإسناده عن أبي العباس البقيّاق قال: سمعت أبا

عبدالله عليه السلام يقول: «الشفعه لا يكون إلا لشريك»^١ فإن بعد نفي الشفعه عن غير الشريك لا يمكن القول بجواز النقل فيه.

(والرواية مؤثثة بحسن بن محمد بن سماعة وجعفر بن سماعة الواقفين) هذا بالنسبة إلى حق الشفعه.

وأماماً بالنسبة إلى حق الخيار وقابلية نقله فيقول السيد الخوئي عليه السلام: «إن الخيار المجعل بجعل المتباعين أو بجعل شرعي ترجع حقيقته - على ما حققناه في مبحث الخيارات - إلى تحديد الملكية في البيع إلى زمان فسخ من له الخيار. ومن الظاهر أن هذا غير قابل للنقل إلى غير من له الخيار نعم، هو قابل للإسقاط والانتقال إلى الوارث بأدلة الإرث. وتمام الكلام موكول إلى مبحث الخيارات».^٢

بتوضيح: أن التملיך في البيع الخياري يستحيل على نحو الإهمال؛ لأنّه محال ثبوتاً، أو الإطلاق؛ لأنّه باطل بالضرورة بالنسبة إلى ما بعد الفسخ، فلا محالة يكون التملיך محدوداً إلى زمان الفسخ. وهذا المسلك في قبال نظر الشيخ عليه السلام القائل بأن المجعل في المبيع الخياري ملكية مرسلة والفرق بين المسلكين واضح؛ لأنّه على الأخير يكون رافعاً وعلى الأول يكون محدوداً.

١ . وسائل الشيعة: ج ٢٥، ص ٣٩٥؛ كتاب الشفعه: ب، ١، ج ١.

٢ . مصباح الفقاہة: ج ٢، ص ٤٢.

وأورد عليه بناءً ومبناً:

أما المبني: فموكول إلى محله.

والبناء: فالإشكال واضح؛ لأنَّ صرف كون المبيع في البيع الخياري يوجب المحدودية من حيث الزمان لا يوجب اختصاص هذا الحق (أي حق الفسخ) بمن جعل له الخيار أولاً دون من انتقل إليه؛ لأنَّ الدليل يدلُّ على تحقق الملكية للمشتري وأمّا إثبات اختصاص حق الفسخ له يحتاج إلى الدليل وهو مفقود في المقام.

نعم إن دلَّ الدليل على الاختصاص فلا يجوز نقله. وأمّا إذا دلَّ على العموم فيجوز ومع الشك فقد مرّ عدم جواز التمسك بالعمومات ولا الأصل العملي مع التأمل فيما أفاده المحقق الإصفهاني رحمه الله وشيخنا الأستاذ دام ظله.