

مجموعه^s مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۴)

وأما الضابطة في نقل الحقوق وانتقاله:

أما في النقل: فقد أفاد المحقق الإصفهاني: إنَّ العنوان المأخوذ في الموضوع إن كان يقتضي الموضوعية بمعنى: أنَّه عنوان مقوّم كما في الشفعة والرهانة فلا يجوز النقل فإنَّ حقَّ الشفعة بعد القول بأنَّه جعل لأجل عدم تضرّر الشريك فهو مختص به ولا معنى لنقله إلى غيره وهكذا في حقَّ الرهانة بعد كون العين وثيقة للدائن ونقله إلى غير الدائن أمر غير معقول نعم، نقله بتبع الدين لا مانع منه. أما إذا كان العنوان أخذ معرّفاً، كما في حقَّ التحجير وحقَّ القسم في الزوجة فلا مانع من نقله.^١

والإشكال فيما أفاده واضح بعد ما تقدّم من أنّا نسلم قرينية مناسبات الحكم والموضوع ولكنها كانت على نحو الموجبة الجزئية بمعنى: إحراز كونها علّة تامّة في الدخل وهي مشكلة جداً.

كما قد مرّ الإشكال صغرياً في الشفعة من حيث الدليل (أصل الرواية) وهكذا من حيث إنّ النسبة بين الضرر والشفعة عموم من وجه. وأما الكلام في ما إذا أخذ العنوان معرّفاً كحقَّ التحجير والقول بقابلية النقل فيه وفي أمثاله لعدم وجود الموانع، فالإشكال: أنّ الموانع إن كانت منحصرة فيما ذكر فلا بأس ولكن بعد احتمال وجود موانع آخر وهو احتمال قيام الحقّ بذی الحقّ يشكل القول بقابلية النقل فيه أيضاً.

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

وأما الكلام في الانتقال، فقد أفاد المحقق الإصفهاني: بأنّ الانتقال بالإرث في حقّ الشفعة والخيار والتجوير أمر معقول وبلا مانع، بخلاف حقّ القسم فإنّ انتقاله بالإرث أمر غير معقول، فإنّه حقّ الزوجة مادامت الحياة ولا يمكن قيام الوارث مقامها في هذا الحقّ ولا يعقل استفادته منه.

وحاصل كلامه عليه السلام في باب السقوط والنقل والانتقال: إنّ بعضها ممّا لا يعقل فيه الإسقاط ولا النقل والانتقال كحقّ الولاية (وكذا الحضانة). وبعضها: يعقل فيه السقوط (كالحقوق المجعولة لرعاية حال ذي الحقّ كحقّ الخيار والشفعة) دون النقل والانتقال.

وفي ثالث: يعقل فيه النقل دون الانتقال كحقّ القسم.

وفي رابع: يعقل فيه النقل والانتقال.

وفي خامس: يعقل فيه الانتقال دون النقل.

ففي كلّ لابدّ من ملاحظة دليل الحقّ 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 معيّنة ومخصّصة ولكنّها موجبة للظهور على نحو الموجبة الجزئية بالبيان المتقدم.

فلذلك قلنا بعدم وجود ضابطة عامّة على قابليّة الحقّ للإسقاط والنقل والانتقال نعم، لا كلام في عدم القابليّة (في قبال كلام الشيخ الأعظم

والسيد صاحب العروة والنائيني ... القائلين باقتضائه السقوط على التعابير المختلفة) حيث إنّ الأصل الأولي يقتضي موضوعية العنوان المأخوذ في لسان الدليل، بمعنى: أنّ وزانه وزان العليّة التامة، وهذا المقدار قد حقق ولا كلام فيه، إلّا أنّ تمام الكلام فيما إذا شكّ في كون الحقّ قابلاً للإسقاط أو النقل والانتقال.

ومنشأ الشكّ تارة في أنّه الحقّ أو الحكم (كاشكّ في أنّ أكل المارة حقّ أو حكم وهكذا جواز الهبة) وتارة: على تقدير كونه حقّاً فهل يقبل الإسقاط والنقل والانتقال؟

فقد ذهب السيد الخوئي^١ في المورد الأول وهو إذا شكّ في أنّ المجعول الشرعي حقّ اصطلاحي أو أنّه حكم اصطلاحي (وأنّ على الأول يقبل الإسقاط والثاني لا يقبله): إلى أنّه إن كان هنا ما يدلّ على تعيين أحدهما بالخصوص أخذ به وإلاّ فإن كان لدليل المشكوك فيه عموم أو إطلاق أخذ به ويثبت به كونه حكماً.

ثم قال: «ومثال ذلك: أنّه إذا شكّ في أنّ جواز أكل المارة من الشجرة التي تمرّ عليها أو جواز الفسخ في الهبة حقّ أو حكم، فإنّه يتمسك بإطلاق ما دلّ على جوازهما ويثبت بذلك كونه حكماً فلا يسقط بالإسقاط وإنّه إذا شككنا في بقاء حقّ التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى

١. مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤٨.

إطلاق قوله ﷺ: «من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به»^١،
 وأنه إذا شككنا في بقاء حقّ القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق
 قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً﴾^٢ وقوله تعالى:
 ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا﴾^٣ وقوله تعالى:
 ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^٤.

فإنّها دالّة على ثبوت القصاص على من أقدم على قتل المؤمن بنحو
 الإطلاق نعم، لا تكون شاملة للقاتل ظلماً بقرينة الآية الأولى وهي وإن
 كانت مخصّصة، إلّا أنّ بعد اجمالها يتمسك بإطلاق تلك الآيات.
 وبعد التنزّل والقول بعدم العموم أو الإطلاق، فإن قلنا بجريان
 الاستصحاب في الشبهات الحكميّة استصحبنا الجواز المشكوك فيه
 بعد إسقاطه ونحزّر بذلك كونه حكماً وإلا فنرجع إلى ما يقتضيه سائر
 الأصول اللفظيّة أو العمليّة، فقد يكون نتيجة ذلك السقوط بالإسقاط،
 فيكون حقّاً.

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

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

٢ . النساء (٤): ٩٢.

٣ . النساء (٤): ٩٣.

٤ . الإسراء (١٧): ٣٣.

ثبوتها لذي الخيار والشفيع. وإذن فإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية رجعنا إليه وإلا فإن العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه محكمة (وهي المرجع).

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

وكذا إذا شك فيما يطلق عليه الحق اصطلاحاً أنه يقبل النقل أو لا؟ فإن الأصل عدم قبوله إياه؛ إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو اختصاصه بذي الحق فقط، فثبوتة لغيره يحتاج إلى دليل.

ودعوى: أن الأصل جواز نقله تمسكاً بالعمومات الدالة على صحة العقود ونفوذها دعوى جزافية، فإن تلك العمومات ناظرة إلى بيان الحكم الوضعي وهو إمضاء المعاملات العرفية، أعني بها ما يكون مورد المعاملة فيها قابلاً للانتقال إلى غيره ومع الشك في ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكاً بها في الشبهة المصدقية وثبت في محله عدم جواز التمسك بالعام فيها.

ونوقش في كلامه بما محصله: أن التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيٍّ سُلْطَاناً﴾ تام؛ لأن إطلاقها يدل على بقاء

السلطنة حتى بعد الإسقاط. ولكن التمسك بعمومات حرمة القتل غير تام؛ لأننا وإن سلّمنا تامة التمسك بعموم العام في المخصّص المنفصل المجمل المرّد بين الأقل والأكثر (كما إذا ورد اكرم العلماء ثم ورد منفصلاً لا تكرم الفاسق وتردّد الفسق بين مرتكب الصغيرة والكبيرة، فيؤخذ بمتيقّن التخصيص وللباقي يتمسك بعموم العام) إلا أن هنا إشكالاً صغرياً وهو أن الآيات المستشهد بها محفوفة بالارتكاز العقلي والعقلاني وهكذا النصوص المفسّرة لها بما عدا القتل عن حقّ من أولى الأمر بمعنى: أن حقّ القصاص ثابت لوليّ الدم بالارتكاز العقلاني وهو ممضاة بامضاء الشارع بالأدلة الشرعية كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^١ وقوله تعالى: ﴿وَجَزَا سَيِّئَةً سَيِّئَةً مِّثْلَهَا﴾^٢ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^٣ وهذا الارتكاز (العقلي والعقلاني) تعدّد من القرائن المتصلة بأدلة حرمة القتل ومانع عن انعقاد الإطلاق - ولهذا نقول بعدم شمول قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا 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 عدواناً عليه، فلا يكون المقام من صغريات
 المخصّص المنفصل المجمل المرّد حتّى يصحّ الرجوع إلى العامّ.
 ويمكن أن يجاب عنه: بأنّ الأخذ بالسيرة في القدر المتيقّن منها إنّما
 هو فيما إذا كانت هي ممضاة بعدم الردع وأمّا إذا كانت ممضاة بدليل
 لفظي له الإطلاق، فالمرجع يكون إطلاق دليل الإمضاء ولذلك
 يتمسّك بإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
 مع كونها إمضاءً للسيرة العقلانية.

وفي المقام وإن كانت السيرة دالّة على ثبوت حقّ القصاص لوليّ الدّم
 إلّا أنّها ممضاة بالدليل اللفظي: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا﴾ وهذا مطلق
 بالنسبة إلى من أسقط حقّه أم لا، هذا مضافاً إلى أنّ البحث في كون
 المجعول حقّاً أو حكماً وليس البحث في قابلية الإسقاط بعد ثبوت كونه
 حقّاً حتّى يقال بأنّ الآية إمضاء لما عند العقلاء والحقوق العقلانية
 القابلة للإسقاط.

ونوقش ثانياً: بأنّ 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: أنَّ المسألة (أي جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية) خلافية، هذا أولاً.

وثانياً أنَّه 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 رحمته الله.

وتارة نقول به من باب وجود المانع وهو تعارض استصحاب المجعول باستصحاب عدم الجعل، وهذا ما أفاده ثالثاً فيكون المرجع على هذا سائر الأصول اللفظية والعملية. والنتيجة أنَّ الساقط حق ولا وجه لعوده بعد السقوط؛ لأنَّ المرجع يكون عموم الدليل الدال على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه ولم يجر أعمالها بعد الإسقاط؛ لعدم الإطلاق فيما دلَّ على ثبوتها لذي الخيار والشفيع فيما إذا شكَّ في أنَّ حقَّ الشفعة وحقَّ الخيار من قبيل الحقوق أو من قبيل الأحكام، فيرجع إلى الاستصحاب بناءً على جريانها في الشبهة الحكمية ولا أقل من العمومات المذكورة.

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

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

الإطلاق في دليل الشفعة والخيار، مع أنه لا فرق بين هذا الحديث وحديث: «البيع بالخيار»^١. فكما أن الأول مطلق من حيث الإسقاط وعدمه فكذلك الثاني؛ لأن الانقسام في كليهما من حيث الإسقاط وعدمه على السواء، فهي مطلقة من هذا الحيث، 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 بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^٢ فهي مبنية على ما اختاره من كون الاستثناء في الآية متصلاً والمستثنى فيه محذوفاً أي: (لا تاكلوا أموال الناس بسبب من الأسباب، إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض) بتوضيح: أن الابتداء 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.

إلا أن الشرع قد أخرج الفسخ بدليل منفصل والمفروض أن دليل الخيار مجمل والمتيقن من الخروج ما لم يسبقه إسقاط وأما إذا أسبقه

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

٢ . النساء (٤): ٢٩.

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

فالنتيجة: إنه ليس لذي الخيار بعد إسقاط حقه أن يعمل بخياره السابق.

وبناء على هذا التقرير لكلام السيد الخوئي رحمته الله أورد عليه مضافاً إلى عدم تمامية المبنى (من دعواه: كون الاستثناء متصلاً) وسيأتي الكلام عنه في مبحث المعاطاة: بأن الآية الشريفة ﴿لَا تَأْكُلُوا...﴾ لها عموم أفرادى وإطلاق أزمانى وهذا الإطلاق مقيد بالفسخ قبل الإسقاط بمعنى أن الفسخ يكون خارجاً عن هذا الإطلاق، وأما بالنسبة إلى الفسخ بعد الإسقاط فيشك في الخروج وعدمه يكون المرجع فيه عموم العام لا استصحاب حكم المخصّص.

بتوضيح: أن مبنى السيد الخوئي رحمته الله في دوران الأمر بين التمسك بعموم العام واستصحاب حكم المخصّص هو الرجوع والتمسك بعموم العام دون الاستصحاب.

نعم إن قلنا بإمكان الرجوع إلى استصحاب حكم المخصّص فلذي الخيار أن يستصحب حق الخيار بعد الخيار. وأما على المبنى المختار عنده (وهو الحق) والالتزام بأن بعد خروج فرد من تحت الإطلاق ثم الشك في الزائد لا يجوز له التمسك بالاستصحاب حتى بناءً 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 رحمته الله) من العمومات هو عموم قوله سَلَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ:
«لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^١ بدعوى: أنه يدل على
ممنوعة جواز التصرف بعد الإسقاط.

ففيه: أن التمسك به للمقام يكون من التمسك بالدليل في الشبهة
الموضوعية؛ حيث إن صاحب الخيار بعد إسقاط خياره وقبل 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، فاتّضح مما
ذكرنا تمامية التمسك بالاستصحاب على مبنى من يقول بجريانه في
الشبهة الحكمية في المقام بتوجيه: أن حق الخيار كان متيقناً قبل
الإسقاط وشك في بقائه بعده فيستصعبه.

بقي الكلام فيما هو المعروف بينهم من التمسك بأدلة تنفيذ
المعاملات عند الشك في القابلية؟ كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^٢
و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^٣ و«المؤمنون عند شروطهم»^١ و«الصلح جائز بين

١ . انظر وسائل الشريعة: ج ٥، ص ١٢٠؛ أبواب مكان المصلي: ب ٣، ح ١ و ٣.

٢ . البقرة: (٢): ٢٧٥.

٣ . المائدة (٥): ١.

المسلمين»^٢

بتقريب: إنّ الشكّ في القابلية قد يكون في القابلية العرفية وأخرى في القابلية الشرعية. أمّا الأولى كأن يشكّ في قابلية حقّ الولاية للبيع عرفاً والصلح والشرط.

ففي هذا الفرض لا يمكن التمسك بهذه الإطلاقات المذكورة لكشف القابلية العرفية؛ لأنّ الشكّ على هذا راجع إلى الشكّ في صدق عنوان البيع والصلح والشرط؛ بداهة أنّ التمسك بها إنّما يصحّ إذا كان المتعلّق قابلاً للبيع والصلح والشرط ومع الشكّ في أصل القابلية فلا معنى للتمسك بعموم الدليل.

نعم يمكن التمسك بها إذا كان الشكّ في القابلية الشرعية؛ حيث إنّ مآل الشكّ في تخصيص الزائد وبعد فرض القابلية العرفية (للبيع والصلح والشرط) يكون انطباق العمومات والإطلاقات قهرياً وناظراً.

وأشكل المحقّق الإصفهاني^٣ (وتبعه السيد الخوئي): بأنّ أدلّة المعاملات إنّما تكون في مقام انفاذ الأسباب عموماً أو إطلاقاً من دون نظر إلى سائر الجهات، بتوضيح: أنّ كلّ مورد صدق عليه أنّه بيع أو صلح وشكّ في تنفيذه يصحّ التمسك بإطلاق أدلّتها. وأمّا إذا شكّ في

١ . وسائل الشيعة: ج ٢١، ص ٢٧٦؛ أبواب المهور: 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 قبوله النقل الشرعي بالبيع أو الصلح فلا يمكن إحراز قابليته بإطلاق أدلة التنفيذ.

وبعبارة أخرى: أن الإطلاق في الأدلة المذكورة يلاحظ فيها الحيثية التي يكون الشارع بصدد بيانها ومن المعلوم أنها سيقى لتنفيذ الأسباب على وزان آية الصيد بالكلب المعلم، فإنها ناظرة إلى جواز الأكل من حيث التذكية ولا من حيث الطهارة والنجاسة: ولذلك يقال بأن الإطلاق ومقدمات الحكمة في قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ﴾^١ يقتضى حلية أكل الصيد ولا يقتضى حليته وطهارته فكذلك الإطلاق في أدلة المعاملات، فإنها واردة وناظرة من حيث الإنفاذ من دون أن يثبت القابليات. فلذلك إذا شك في أنه قابل للنقل بالصلح والبيع لا يمكن كشف القابلية بها.

ويمكن تقريب البيان بوجه آخر:

وهو أن القيود تارة قيود عقلية وهي التي تؤخذ في المجعولات الشرعية عقلاً.

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

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

وأما الكلام فيما إذا شكّ في كون الحقّ قابلاً للانتقال أم لا؟ كحقّ الحضانة والولاية وأمثالهما، ذهب السيد الخوئي رحمته الله إلى قابلية الانتقال فيما كان هنا دليل على قبوله النقل، فإنّه يحكم بقبوله الانتقال؛ إذ يستكشف من ذلك عدم وجود الخصوصية لمورد المشكوك فيه، وإلاّ فإنّه يحكم بعدم انتقاله، ثمّ قال: «ويأتي التفصيل في مبحث أحكام الخيار»^١.

وأورد عليه: بمنع الملازمة بين جواز النقل وجواز الانتقال، فإنّ ما هو اللازم في باب الانتقال اندراج الحقّ تحت عموم ما تركه الميت من حقّ أو مال وثبت عنوان: ما ترك بالوجدان أو بالتعبد وجواز النقل وإن كان يدلّ ويثبت به عدم اختصاصه بذي الحقّ ولكنّه لا يثبت به كونه ممّا تركه الميت، فإنّه من قبيل إثبات الأعم بالأخصّ، كما في حقّ القسم بين الزوجات، فإنّه وإن يقبل النقل ولكنّه لا يقبل الانتقال بالإرث.

بقي في المقام إشكال عامّ تعرّض إليه صاحب الجواهر رحمته الله وإشكال خاصّ متوجه إلى بعض الحقوق وتعرّض إليه الشيخ الأعظم رحمته الله.

وأما ما عن «الجواهر»: مناقشته في تعريف البيع وأنّه (تمليك من الطرفين) فما لا يقبل النقل لا يقبل التملك بقوله: «وفيه: أنّ من البيع بيع الدين على من هو عليه. ولا ريب في اقتضائه حينئذ الإسقاط ولو باعتبار أنّ الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه»^١.

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

وأجاب الشيخ عن الجواهر بما ملخصه^٢ (وقد تقدّم): بأنّه لا مانع من كونه تمليكا لما في ذمّته فيسقط. واستشهد بكلام الشهيد^٣ حيث جعل الإبراء مردّداً بين التملك والإسقاط، مع أنّه لو كان تملك الإنسان لما في ذمّته محالاً لما جعل أمر الإبراء مردّداً بينهما بخلاف حقّ الشفعة والخيار المتقوّم بالطرفين (المسلّط والمسلّط عليه) فإنّته سلطنة فعلية محتاجة إلى المسلّط عليه، فلذلك يقال بعدم جواز جعل مثل الحقّ

١. جواهر الكلام: ج ٢٢، ص ٢٠٩.

٢. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٩.

٣. القواعد والفوائد: ج ١، ص ٢٩١.

ثمناً؛ لأنّ نقل هذه السلطنة ممن له الحقّ إلى من عليه الحقّ يستلزم اجتماع عنوانين متقابلين (المسلّط والمسلّط عليه) في شخص واحد وهو محال.

وقال السيد الخوئي رحمته الله تقوية لما أفاده الشيخ رحمته الله؛ إنّ ما أفاده موافق للتحقيق لما ذكرنا في أوّل البحث من أنّ مالكية الانسان لنفسه وفعله و ذمّته بالإضافة التكوينية الذاتية الأولى. 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 وإلاّ كان الاعتبار لغواً محضاً و تحصيلاً للحاصل، فعدم اتصاف ما في الذمّة بالملكية الاعتبارية وليس من جهة اتحاد المالك والمملوك بل الوجه هو ما ذكرناه.^١

وأورد عليه: بعدم تمامية التوجيه لكلام الشيخ رحمته الله؛ حيث إنّ محطّ كلامه هي الملكية الاعتبارية ولا الذاتية؛ لأنّ مفروض بحثه هو اشتغال ذمّة زيد لعمره بمائة منّ من الحنطة والدائن يجعله مبيعاً أو ثمناً في البيع فهو يملكه بالتملك الاعتباري وهذا هو مقتضى البيع الإنشائي. وحينما يبيعها 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.

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

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

بقي الكلام في إشكال اللغوية بمعنى: أنَّ اعتبار الملكية في مورد الملكية الذاتية لغو محض وتحصيل للحاصل.

لا يقال: إنَّ الملكية الاعتبارية هنا مؤثرة في السقوط أي كان أثرها السقوط وبرائة الذمة، فلا يكون لغواً.

لأنَّه يقال: إنَّ هذا مستلزم للمحذور العقلي بمعنى: أنَّ ثبوت الشيء يكون علّة لسقوطه ولا يعقل أن يكون الشيء علّة لعدمه.

وهنا جوابان عن شبهة اللغوية:

أولها: ما عن المحقق النائيني رحمته الله - بما محصله - : من أنَّ الدين بالنسبة إلى الذمة لا يكون مهماً؛ 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 الكلّي القابل للانطباق على المصاديق، فحينما يقع البيع على الكلّي (وهو من من

الحنطة) فيصير المشتري (أي المديون) مالكاً لذلك الكلّي على البائع وحيث إنّ البائع كان مالكاً لمنّ من الحنطة على ذمة المديون (وهو المشتري) فينتطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشتري فيوجب سقوط ذمة كليهما. وهذا وإن لم يكن من التهاثر حقيقة إلاّ أنّه أشبه شيء به.^١

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

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

١ . منية الطالب: ج ١، ص ٤٣.

٢ . حاشية المكاسب (للإيرواني): ج ١، ص ٧٣.

الملكية الاعتبارية بل الحاصل هو الحرّية، بل الحاصل في المقام الإضافة الإطلاقية أي إطلاق ذمة المديون بمعنى: أنّه يفيد التملك (في المقام) فراغ ذمة المديون لا أنّ المديون يصير مالكا لما في الذمة فيسقط.

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

وأما دعوى أنّ للبيع معنى واحداً (وهو التملك 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: الطلقة والحرّية كما في بيع العمودين، فعلى هذا يعود الإشكال؛ لأنّه هنا أيضاً يكون المراد هو التملك (بحسب مفهوم البيع) وأثره السقوط، فيلزم اللغوية؛ لأنّ اعتبار الملكية بلحاظ سقوطها محال؛ لأنّ الشيء لا يكون علّة لعدمه.

ولكنّه لنا أن نقول بعد القول بتمامية الكبرى (وهي أنّ الشيء لا يمكن أن يكون علّة لعدمه): إنّ البيع هنا ليس علّة للسقوط، بل هو علّة للتملك. وأما علّة السقوط وهو بناء العقلاء وأنهم بعد تحقّق التملك يعتبرونه إبراءً ولم يردع عنهم الشارع والأمر العقلاني قابل للتعبّد.

ولعلّه لذلك اختار شيخنا الأستاذ دام ظلّه تمامية الإشكال العقلي وعدم إمكان دفعه وذهب إلى أنّ بيع الدين على من هو عليه بيع بحسب الصورة ولكنه إبراء لبّاً، فلا تملك حتى يلزم المحذور، إلّا 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 العقلي يمنعه، لا أن يبذل حقيقته بحقيقة أخرى فإنّ العقود تابعة للقصد.

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

وأما الإشكال الخاصّ الذي أورده الشيخ الأعظم رحمته الله على بعض الحقوق حينما قال: «إنّ الحقّ سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها لشخص واحد، بخلاف الملك فإنّها نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى من يملك عليه حتّى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه فافهم»^١.

مع أنّ البيع والشفعة والخيار على من عليه الخيار غير معقول ويوجب المحذور العقلي؛ لأنّ الحقّ سلطنة فعلية يحتاج إلى المسلّط عليه، فيلزم اتحاد المسلّط والمسلّط عليه (أي الشخص الواحد مسلّط ومسلّط عليه).

فكلامه مشتمل على أمرين: أوّلهما: أنّ التمليك لا يحتاج إلى المملوك عليه.

وثانيهما: لزوم اتحاد المسلّط والمسلّط عليه (في بيع الخيار وحقّ الشفعة و...).

وأشكل على الشيخ في الحواشي: بأنّ ما أفاده يتمّ في بيع الأعيان الخارجية، فإنّه لا يتوقّف على المملوك عليه بخلاف بيع ما في الذمّة، فإنّه مقوم بالمملوك عليه، فيلزم اتحاد المالك والمملوك عليه.

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

وأجيب عن الإشكال: بأنّ الشيخ رحمته الله إن أراد بيان عدم احتياج الملكية إلى المملوك عليه - أينما تحقّقت ووقعت - يتمّ عليها النقض ببيع ما في الذمّة.

ولكن لعلّه في مقام بيان المغايرة بين طبيعة الحقّ وطبيعة الملك، فإنّها بما هي لا تحتاج إلى المملوك عليه وإن احتاجت إليه في بيع الذمّة، إلّا أنّه عارضى وليس بلحاظ طبيعته، بخلاف طبيعة الحقّ فإنّها

طبيعة محتاجة ومتقومة بالسلط 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 السلط والسلط عليه في بيع الخيار وحقّ الشفعة.

وأجاب عنه السيد صاحب العروة رحمته الله بقوله: «فلأنّه لا يجري فيما إذا نقله إلى غير من عليه (الحقّ)»^١.

وهكذا المحقّق الآخوند رحمته الله بقوله: «إنّما يلزم في بيع الحقّ ممن كان عليه لا من غيره»^٢.

وأيضاً المحقّق الإيرواني رحمته الله بقوله: «إنّ في المقام خطباً واضحاً، فإنّ محلّ الكلام في الحقوق هو جواز جعله عوضاً ولو بنقله إلى أجنبيّ لا خصوص نقله إلى من عليه الحقّ»^٣.

وتابعهم السيد الخوئي رحمته الله: إنّ هذا إنّما يتمّ فيما إذا نقل حقّ الخيار إلى من عليه الخيار وأمّا إذا نقل إلى غيره فلا يلزم منه المحذور المذكور»^٤.

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمته الله): ج ١، ص ٥٧.

٢ . حاشية المكاسب (للآخوند رحمته الله): ص ٤.

٣ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمته الله): 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 أخصّ 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 المحقّق الآخوند وغيره (الإيرواني والخوئي رحمتهما الله): من أنّه إذا لزم في الحقّ اتحاد المسلّط والمسلّط عليه يلزم ذلك في الملك أيضاً؛ لأنّ السلطنة من آثار الملك وإن لم تكن مرادفة له مفهوماً وكذلك يقال في الحقّ، فإنّ السلطنة من آثاره لا مفهومه، فيلزم في بيع الدين أحد المحذورين: إمّا محذور تسلّط الشخص على نفسه وإمّا التمفكيك بين الملك وأثره.

وبعبارة أخرى: لا بدّ للشيخ في بيع الدين على من عليه الدين إمّا بالقول بتفكيك البيع عن أثره وإمّا بالقول باتّحاد المسلّط والمسلّط عليه؛ لأنّ أثر الملك وهو السلطنة الحاصلة عقيب بيع الدين على من هو عليه (بعد ترتبه) يلزم اتحاد المسلّط والمسلّط عليه وإن لم يحصل الأثر - أي السلطنة - يلزم تفكيك الملك عن أثره وهو محال.

وأجاب المحقّق الإصفهاني في مقام الدفاع عن الشيخ: بأنّه ليس في باب الملكية اعتباران: أحدهما: اعتبار الملكية. والآخر: اعتبار السلطنة كي يقال بترتب أحد المحذورين، بل ليس في المقام إلا اعتبار الملكية

وجواز التصرف الوضعي والتكليفي ولا اعتبار السلطنة وإن عبّر عنه بالسلطنة العنوانية، مع أنّ السلطنة في الحقّ سلطنة اعتبارية (وهي من الأحكام الوضعية) بخلاف السلطنة في مورد الملك، فإنّها سلطنة عنوانية لا اعتبارية.^١

وأورد عليه: بأنّ ما ذكرتم ينافي ظاهر النبوي المشهور ﷺ: «الناس مسلّطون على أموالهم»؛ حيث إنّها ناظرة إلى اعتبار السلطنة لا اعتبار التصرف تكليفاً ووضعاً، كالأكل والشرب ونفوذ المعاملة. وما أفاده الآخوند ﷺ ناظر إلى هذا الاعتبار - أي قاعدة سلطنة الناس على أموالهم - وبناءً عليه تترتب السلطنة الاعتبارية لا العنوانية المحضة فيلزم أحد المحذورين.

وفي المقام إشكال عن المحقّق الإصفهاني ﷺ^٢ وتبعه السيد الخوئي ﷺ^٣: سلّمنا محالية اتّحاد المسلّط والمسلّط عليه ولكن لا بنحو الإطلاق؛ لأنّ عنوان المسلّط والمسلّط عليه وإن كانا من المتضايقين ولكنّ التضاييف لا يكون مرادفاً للتقابل دائماً؛ لإمكان تصوير موارد للتضاييف من دون أن يكون بين الطرفين تقابل، بل يجوز اجتماعهما في

١ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني ﷺ): ج ١، ص ٥٥.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني ﷺ): ج ١، ص ٥٥.

٣ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤٠.

شيء واحد، كالعالمية والمعلومية والمحبيّة والمحبوبيّة والقاهرية والمقهورية، فإنّ كلّ إنسان عالم بنفسه ومعلوم ويحبّ نفسه فهو محبّ ومحبوب وقاهر على نفسه فهو قاهر ومقهور.

فهذا لا يعدّ من أقسام التقابل، فما ادّعيناه من المسلّط والمسلّط عليه من هذا القسم، فيجوز أن يكون شخص واحد بالنسبة إلى نفسه مسلّطاً ومسلّطاً عليه نعم، سلّمنا التباين والتقابل في موارد آخر من التضاييف كالعلية والمعلولية والتقدّم والتأخّر والفوقية والتحتية، فإنّه يستحيل اجتماعهما.

هذا مضافاً إلى أنّ ما هو المحال في السلطنة الحقيقية دون الاعتبارية منها والمقام من قبيل الثاني، فلا محذور من اجتماع عنوانين اعتباريين، فلا وجه لإسراء آثار الحقيقي إلى الاعتباري وقد حقّق في الأصول بأنّه لا مانع من اجتماع الحرمة والوجوب في شيء واحد وإنّما الإشكال من حيث المبدأ والمنتهى وفي مقام الامثال.

فالنتيجة: إن فائدة تصحيح الاتحاد بين المسلّط والمسلّط عليه هو أنّه يعتبر السلطنة آناءً ما ويكون مؤثّرة في سقوط الحقّ، كما اعتبر (الشيخ رحمته الله) الملكية آناءً ما ورّتب عليه أثر السقوط في بيع من عليه الدين أو الانعتاق في بيع العبد.

وقد يقال (في مقام بيان استحالة اتّحاد المسلّط والمسلّط عليه): بأنّ السلطنة إضافة لوحظ فيها العلوّ والاستعلاء فاعتبر فيها الفوقية - أي

فوقية المسلّط على المسلّط عليه - فمن له السلطنة له التفوّق على من عليه السلطنة إمّا من جميع الجهات أو بعض الجهات. وأمّا المسلّط عليه فهو في مرتبة دانية بالنسبة إليه، فلا يعقل أن يكون شيء فوق نفسه وتحت نفسه.

والإيراد عليه أولاً: بالنقض بقاعدة تسلّط الناس على أنفسهم، فإنّها قاعدة عقلانية ارتكازية والأمر المحال كيف يوجد ويصير من الأمور العقلانية الارتكازية.

وثانياً: بأنّ الفوقية والتحتية لم تعتبر في مفهوم السلطنة ولا تكونان من لوازمها الدائمة، فإنّ السلطنة قد تكون توأمة مع الفوقية والتحتية، فالنسبة بينهما عموم من وجه.

وثالثاً: مع التّنزل وتسلّم كونهما من لوازم السلطنة ولكّنه لا يمكن الالتزام به في سلطنة الشخص على نفسه التي هي محل البحث في المقام، فإنّه يمكن أن يكون مرتبة من النفس لها السلطنة على المرتبة الأخرى لها، كتسلّط الشخص بحسب الإرادة على انفعاله عنها في حركاته وسكناته.

ورابعاً: إنّ التقابل جارٍ في السلطنة الحقيقية ولا الاعتبارية؛ لأنّها خفيف المؤونة، فيمكن أن يعتبر لمن عليه الخيار كونه مسلّطاً ومسلّطاً 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 المتضادّين والمتناقضين وكذا المتضايقين إنّما هو في عالم التحقّق ولا في عالم الاعتبار.

نعم يمكن القول بأنّ ذلك (أي اعتبار الاتحاد بين المسلّط والمسلّط عليه) ممّا لا مؤونة فيه، إلّا أنّ مثل هذا الاعتبار ممّا لا أثر عليه فيكون لغواً ولا يصدر عن الحكيم.

إلّا أنّ كلام الشيخ الأعظم رحمته الله حينما قال: «والحاصل أنّه يعقل أن يكون مالكا لما في ذمته فيورث تملكه السقوط»^١ لعلّه ناظر إلى دفع محذور اللغوية المذكورة في باب الملكية وتصوير الأثر (وهو سقوط الملكية عن الذمّة) بعينه يجري في باب السلطنة وعدم كون اعتبارها لغواً؛ لترتب الأثر وهو سقوط الحقّ عن الذمّة.

إشكال آخر ذكره السيد الخوئي رحمته الله وقال: بانتفاء محذور وحدة المسلّط والمسلّط عليه؛ لأنّ الموضوع في المسلّط هو العاقد والمسلّط عليه هو العقد دون العاقد وسيأتي في مبحث الخيارات: إنّ الخيار إنّما يتعلّق بالعقد لا بالمتبايعين وإلّا لسقط خيار كلّ منهما بموت صاحبه، فعلى هذا يكون المسلّط هو العاقد والمسلّط عليه هو العقد، فبانتقال حقّ الخيار إلى الطرف فهو (أي الطرف) يسلّط على العقد ولا اتحاد.^٢

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٩.

٢ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤١.

وأشكّل عليه: أنّه بناءً على القول بأنّ حقيقة الخيار هي حقّ حلّ العقد وفسخه (في قبال من قال بأنّه 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 الملتزم (والسلطنة على العهد سلطنة على المتعهد) وإن كانت السلطنة ابتداءً على العقد، لكنّها هي العاقد التزاماً وبهذه الجهة يلزم اتحاد المسلّط والمسلّط عليه.

وأما الإشكال الآخر: بالنقض ببيع الدين على من عليه الدين، فإنّ ملكيّة ما في الذمة وماليتها تحتاج إلى الإضافة إلى الذمة، فاحتياجهما إلى المملوك عليه واضح، فيلزم اجتماع المتعاملين وصيرورة شخص واحد مالكاً ومملوكاً عليه، فالقول بعدم إمكان جعل الحقّ عوضاً (بدعوى لزوم اجتماع المسلّط والمسلّط 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؛ بداهة تقوّم 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 مائة 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 بغير من عليه الحق؛ لعدم المحذور الثبوتي.

وأما من حيث الدليل في مقام الإثبات: فربما يتمسك بالعمومات ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فيما إذا شك في قابليته للنقل فيحكم بصحة البيع.

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

اختر السيد الخوئي رحمته الله استحالة نقل حق الخيار وحق الشفعة تبعاً للشيخ رحمته الله مع أنه لم يقل بمحذور اتحاد المسلط والمسلط عليه (ومناقشته 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

العالمية والمعلومية...؛ معللاً بأنّ حقّ الشفعة إمّا يباع من المشتري وإمّا من غيره.

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

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

لعلّه يقال: بأنّ المبيع ليس هنا ما اشتراه من البائع أولاً، بل المبيع هو حقّ الشفعة الذي يوجب تزلزل ما ملكه بالعقد الأول.

وبه يدفع ما أورده المحقّق الإصفهاني رحمته الله من أنّ سلطنة الشخص على تملك ما ملكه غلط؛ لأنّه حاصل فنقل الحقّ إلى المشتري باطل؛ بداهة أنّ السلطنة الحاصلة بالمبيع متزلزلة وباشترائه حقّ 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 آنفاً هذا.

وأما الكلام فيما إذا نقله إلى غير المشتري واستلزامه محذور تخلف الموضوع عن الحكم، فيرد عليه نقضاً وحلاً.

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 يصحّ نقله إلى غيره وعلى ما ذكره يلزم فيهما تخلف الحكم عن موضوعه وانفكاكه عنه. وأما الحلّ: فإنّ الموضوع في الحقيين: 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 والبقائي. وأما إذا كانت المدخلية (للموضوع) لمجرد الحدوث دون البقاء فلا مانع من نقله وانتقاله إلى الغير؛ لتحقيق السلطنة لذي الحق، فله الإسقاط والنقل.

فالأحسن في الإيراد على عدم قابلية النقل في حقّ الشفعة هو التمسك بما رواه الشيخ بإسناده عن أبي العباس البقباق قال: سمعت أبا

عبدالله عليه السلام يقول: «الشفعة لا يكون إلا لشريك»^١ فإن بعد نفي الشفعة عن غير الشريك لا يمكن القول بجواز النقل فيه.
(والرواية موثقة بحسن بن محمد بن سماعة وجعفر بن سماعة الواقفين) هذا بالنسبة إلى حق الشفعة.

وأما بالنسبة إلى حق الخيار وقابلية نقله فيقول السيد الخوئي رحمته الله: «إنّ الخيار المَجْعُول بجعل المتبايعين أو بجعل شرعي ترجع حقيقته - على ما حَقَّقناه في مبحث الخيارات - إلى تحديد الملكية في البيع إلى زمان فسخ من له الخيار. ومن الظاهر أنّ هذا غير قابل للنقل إلى غير من له الخيار نعم، هو قابل للإسقاط والانتقال إلى الوارث بأدلة الإرث. وتمام الكلام موكل إلى مبحث الخيارات»^٢.

بتوضيح: أنّ التملك في البيع الخياري يستحيل على نحو الإهمال؛ لأنّه محال ثبوتاً، أو الإطلاق؛ لأنّه باطل بالضرورة بالنسبة إلى ما بعد الفسخ، فلا محالة يكون التملك محدوداً إلى زمان الفسخ. وهذا المسلك في قبال نظر الشيخ رحمته الله القائل بأنّ المَجْعُول في المبيع الخياري ملكية مرسلة والفرق بين المسلكين واضح؛ لأنّه على الأخير يكون رافعاً وعلى الأوّل يكون محدوداً.

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

٢ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٤٢.

وأُورد عليه بناءً ومبناءً:

أما المبنى: فمؤكد إلى محله.

والبناء: فالإشكال واضح؛ لأنّه 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؛ لأنّ الدليل يدلّ على تحقّق الملكية للمشتري وأما إثبات اختصاص حق الفسخ له يحتاج إلى الدليل وهو مفقود في المقام.

نعم إن دلّ الدليل على الاختصاص فلا يجوز نقله. وأما إذا دلّ على العموم فيجوز ومع الشكّ فقد مرّ عدم جواز التمسك بالعمومات ولا الأصل العملي مع التأمل فيما أفاده المحقّق الإصفهاني رحمته الله وشيخنا الأستاذ دام ظلّه.