

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۱۰)

وأما الدليل الثالث (بعد السيرة والآية الشريفة): قوله ﷺ: «إنَّ الناس مسلّطون على أموالهم» فعن الشيخ الأعظم رحمته الله: «فلا دلالة فيه على المدعى؛ لأنَّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة فهو إنّما يجدي فيما إذا شكَّ في أنَّ هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك وماضية شرعاً في حقِّه أم لا؟

أما إذا قطعنا بأنَّ سلطنة خاصّة كتمليك ماله للغير نافذة في حقِّه ماضية شرعاً لكن شكَّ في أنَّ هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد أم لا بدَّ من القول الدالّ عليه؟ فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلّط الناس على أموالهم؟»^١ [١]

[١] توضيح ما أفاده الشيخ: إنَّ الاستدلال بهذا الحديث لا يتم؛ لأنَّ العموم المذكور في الحديث (أي أنواع السلطنة) دالّ على جميع أنواع السلطنة وأقسامها من حيث تصرّف المالك في ما يملكه من البيع وما شأكله من مصاديق التصرّف، وأما دلالته على عموم سلطنة الناس في إيقاع البيع بأيّ نحو من الأنحاء من اللفظ والفعل فلا يصحّ التمسك به في المقام لوضوح الفرق بين المقامين؛ لأنَّ القول بتعميم أنواع السلطنة يؤثر فيما إذا شكَّ في أصل تمكّن الإنسان على ماله بأنواع السلطنة وأقسامها، فالعموم رافع لهذا الشك. وأما إذا شكَّ في تمكّنه من

التصرّف في أمواله بالسبب الفعلي (أي المعاطاة) فلا يمكن التمسّك بهذا العموم على صحة التصرّف بالسبب الفعلي.

وبعبارة واضحة لتوجيه مناقشة الشيخ رحمته الله: إنّ الشيء إذا وجد في الخارج يلزم أن يتمّ فيه جهات:

الأولى: تمامية المقدمات والأسباب.

الثانية: قابلية المحلّ لوقوع الفعل.

الثالثة: تمامية القدرة العملية للفاعل عند الإيجاد.

والظاهر أنّ دعوى الشيخ كون الحديث وارداً في المقام الأخير بمعنى: أنّ المالك قادر على أنحاء التصرّفات وأمّا كون سبب خاصّ صالح لإيجاد المسبّب فلا دلالة في الحديث على ذلك.

وبمعنى آخر: إنّ إثبات القدرة للإنسان على فعل لا يلازم إثبات السببية للعمل الفلاني وأنّه لا ربط للحديث لمقام صلاحية السبب الخاصّ.

فالمتحصل: عدم تمامية الاستدلال بهذا الحديث للمدعى.

ولعلّه إلى هذا يشير كلام الآخوند رحمته الله حيث قال: «بل لا يجدي في ذلك إذا شك في تشريع أصل هذا النوع أيضاً حيث أنّه مسوق لبيان سلطنة المالك وتسلّطه قبلاً لحجره، لا لبيان تشريع أنحاء السلطنة كي يجدي فيما إذا شك في تشريع سلطنته، فلا يجوز التمسّك به على

صحة معاملة خاصّة وجواز تصرّف خاصّ مع الشك فيما شرعاً فافهمهم...»^١.

ولكنّ السيد عليه السلام ذهب إلى تمامية الدلالة فيه بقوله: «لأنّ ظاهره إثبات سلطنتهم بأنواع السلطنة على النحو المتداول بين العرف، فإذا كانت المعاطات متداولة بينهم في مقام البيع يشملها الحكم، مع أنّه يمكن أن يقال: إنّها أحد الأنواع؛ إذ ليس المراد منها النوع المنطقي، بل أعمّ منه و من الصنف ... ، ودعوى: أنّ الرواية لا تثبت السببيّة أوّل الكلام. فإنّه إذا دلّ على تسلّطهم على التصرفات المتداولة يكون لازمه كون أسبابها العرفية أسباباً شرعية - كما في الآيتين السابقتين - فإنّ مقتضى حلّية البيوع العرفية وجواز الأكل بالتجارات المتعارفة كون المعاطاة سبباً شرعياً في الحلّية والتمليك»^٢.

وتوضيح بيانه: أنّ المراد من النوع هو المنطقي منه، فتكون النتيجة أنّ كلّ فرد من أفراد المعاملة من البيع والهبة والصلح ويكون تحت سلطنة المالك ولكن لا يستفاد منه صحّة كيفية وقوع هذه الأنواع على نحو العامّ. وأمّا إن قلنا بأنّ المراد من النوع هو الصنف، فهل البيع المعاطاتي يكون من أقسام البيع في قبال البيع بالصيغة فقد تقدّم عن الشيخ كون

١ . حاشية المكاسب (للآخوند عليه السلام): ص ١٢.

٢ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي عليه السلام): ج ١، ص ٦٩.

المعاطاة قسماً من البيع، فعلى أيّ تكون نتيجة إشكال السيد على الشيخ أنّه مع قبول مدّعى الشيخ من أنّ الإطلاق كان بلحاظ أنواع السلطنة عدم تحقّق المانع من التمسّك بإطلاقه بعد حمل النوع على النوع العرفي الذي بيّنه بمعنى الصنف والقسم.

ولكنّ الظاهر أنّ الشيخ رحمته الله - على ما فسرنا كلامه - لا يكون بصدد بيان ما استفاده المحقّق اليزدي (من أنّ النوع في الحديث متعدّد) بل هو في صدد بيان أنّ وجود الشيء في الخارج موكول إلى أسباب وشرائط وقابلية المحل والقدرة للفاعل والمسوق له الكلام في الحديث هو هذه الجهة الأخيرة؛ لأنّ النفوذ والصحة يدور مدار هذه الجهة وأمّا سائر الجهات فلا يكون الحديث بصدد بيانها ولذلك لا أثر لبيان الأنواع وأنّ منها النوع العرفي الادّعائي.

وكيف كان، فقد مرّ إشكال الشيخ في دلالة الحديث وهو أنّ الحديث مسوق بإطلاقه لتشريع أصل السلطنة والقدرة وأنواع السلطنة لا لدفع شرطية شيء شكّ في دخله في تأثير أنواعها، فمع الشكّ في شرطية الإيجاب والقبول اللفظيين في ترتّب الأثر على البيع لا يجوز التمسّك به لدفع الشرط حتّى تثبت سببية المعاطاة للتملك.

ويظهر من النائي رحمته الله^١ تبعية الشيخ رحمته الله من تسلّم العموم في السلطنة

كمّاً وكيفاً ولكنّه فاقد للعموم الذي يدلّ على صحّة الكيفية التي تحصل

بها العقود، فلا تنهض دليلاً على صحّتها بالمعاطاة.

وقد مرّ أيضاً عن المحقّق الآخوند عليه السلام ردّ الاستدلال بالحديث للمدّعي؛ حيث إنّّه ليس في مقام بيان السلطنة الوضعية أو التكليفية، بل مفاده إثبات القدرة للمالك ونفوذه وبسط يده بحيث لا يجوز لغيره مزاحمته في ذلك.

وملّخص ما أفاده: إنّ الحديث بصدد بيان عدم محجورية الناس عن التصرف في أموالهم ولا يحقّ لأحد أن يزاحمهم ولا تعرّض في الحديث للصحة والفساد أو بيان حكم الشك عند اعتبار شيء في ماله وعدمه حتّى يتمسّك به للدلالة على شرطيته وعدمها أو الصحة والفساد نعم، لو وقع الشك في محجورية المالك من تصرف معيّن في ماله وعدمه أمكن له التمسّك بالخبر لإفادة عدم المحجورية (كما في الشك في تصرفات المريض وتوقّفه على إذن الوارث، أو في تصرفات الزوجة في أموالها وأنّها متوقّفة على إذن زوجها) وإثبات الصحة.

وفي المقام قول عن الميرزا الرشتي^١، حيث ذهب إلى أنّ مدلول حديث السلطنة هو حفظ الملكية؛ لأنّ المأخوذ في موضوع السلطنة هو

١. بغية الطالب: ص ٧١.

الأموال فلا بدّ من أن يفرض أولاً وجود الإضافة المالية والملكية ثمّ جعل السلطنة على المال المضاف و بناءً عليه فإنّ البيع لم يكن أساساً مندرجاً فيه؛ لأنّه مزيل للملكية والسلطنة ولا يعقل أن يكون الدليل مثبتاً للموضوع وناظراً له في آنٍ واحد.

وعن المحقّق الإيرواني: (ناظر إلى بيان الشيخ): «أنّ هذا الجواب مبنيّ على تسليم دلالة «الناس مسلّطون» على سلطنة الناس كلّ تصرّف حتى التصرّف المذهب للسلطان والمخرج للملك ولكن لنا كلام في أصل لتلك الدلالة، فإنّ أقصى مدلول هذه العبارة ثبوت السلطنة في موضوع المال دون السلطنة على إذهاب هذا الموضوع وإزالة السلطان ولا يلزم من عدم سلطنة الشخص على إزالة سلطانه نقص في سلطانه، انظر إلى سلطنة الله تعالى التي هي أشدّ أنحاء السلطان تجدها شاهد صدق على ما ادّعيناه»^١.

أقول: إنّ ما أفاده أخذاً عن المحقّق الرشتي ردّ على الشيخ في أنّ الحديث ناظر إلى التصرفات الخارجية في الأموال دون التصرفات المعاملية وأنّه ليس في مقام التصحيح والنفوذ لأقسام المعاملة في الأموال.

وبعبارة واضحة: أنّ الحديث في مقام إثبات حكم السلطنة (أي أنّ الحكم محموله إثبات السلطنة والقدرة للمالك) وموضوعه «أموالهم»

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمه الله): ج ١، ص ٧٧.

ومن المعلوم ترتّب الحكم والمحمول على الموضوع من دون أن يكون في مقام إثبات الموضوع ونفيه وأنّ المحمول مترتّب على الموضوع على تقدير وجوده، فكما يقال في قولهم: «العالم يجب إكرامه» إنّّه لا يكون متكفلاً لوجود الموضوع فكذلك في المقام وإضافة الأموال إلى الضمير «هم» إضافة الملكية وهذه لا تدلّ على سلطنة الشخص على إخراج ماله عن ملكه بمعنى: أنّه لا تدلّ سلطنة المالك على بيعه ونقل ماله عن ملكه؛ لأنّ الموضوع المأخوذ (في الحديث) ملك الشخص، فلا يمكن دلالة المحمول والحكم على اقتدار الشخص على إخرجه عن ملكه بيعه؛ لأنّه يستلزم نفي الموضوع.

إن قيل: إنّ الرواية بصدد بيان القدرة المطلقة للمالك، فإذا قلنا بعدم قدرته على بيعه وإخرجه يكشف عن القصور في ناحية سلطانه، فعلى هذا حيث إنّ المحمول هو السلطنة المطلقة ففيه اقتضاء بيعه وإزالة سلطنته وإيجاد السلطنة لغيره وهذا من شؤون السلطنة المطلقة.

قلنا: إنّ ثبوت القدرة المطلقة لا يرتبط بإزالة القدرة ويشهد لذلك ثبوت السلطنة التامة المطلقة لله تبارك وتعالى مع أنّه محال أن يقال: إنّّه تعالى قادر على إزالة قدرته؛ لأنّه أمر غير ممكن ولا تتعلّق القدرة بأمر غير ممكن، فلا ينافي القول بعدم قدرة المالك على إزالة ملكه مع القدرة المطلقة، فالحديث وإن دلّ على السلطنة المطلقة ولكن لا يرتبط بإزالة القدرة.

ولكن الإشكال فيما أفاده: عدم التردد في سلطان الملاك على أموالهم بالنسبة إلى جميع أنحاء التصرفات حتى المزيله للملكية وهذا ظاهر كما في تصرفاتهم بالنسبة إلى سقي الماء إلى مزارعهم أو صرف الأتعمة لضيوفهم أو المساكين وهكذا.

وإن قيل: إنها لا تعدّ الإزالة بعد التصرف برجاء العود مع المنفعة فكذلك نقول في البيوع والهبات مع العوض والمصالحات، فدلّل السلطنة يدلّ على جواز التصرف الوارد على الملك، سواء أدّى إلى زوال الملك أم لم يؤدّ ولا شك أنّ البيع ومثله تصرف عرفي، إلا أنّ التصرف تارة لا يوجب إزالة السلطنة كما في العارية وتارة يوجب زوال السلطنة الملكية كالبيع والهبة وما يستفاد من الحديث (إطلاق دليل السلطنة) أن يكون موضوع التصرف مالاً ومضافاً إلى المتصرف ولا يستفاد ضرورة بقاء المال بعد التصرف، فالحقّ أنّ الحديث يدلّ على جعل السلطنة للمالك فيما حدّده الشارع وهذا يؤول إلى عدم حجره وعدم معارضة غيره.

أمّا المحقّق الاصفهاني رحمته الله: فقد ذهب إلى تمامية دلالة الحديث (كالسيد اليزدي رحمته الله) واستظهر منه جعل السلطنة بالترخيص وضعاً وتكليفاً ولا مجرد الإخبار بأنّ السلطنة للمالك؛ حيث يقول بثبوت

١ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته الله): ج ١، ص ١٠٩.

الإطلاق للحديث تكليفاً ووضعاً، أما التكليف فلأنّ السلطنة ليست إلا القدرة على جميع التصرفات ومنها المعاملية وأنّ المالك قادر على إيجادها بما هي عمل من الأعمال. وأمّا الوضع فهو أيضاً مرخص بإنفاذ ما يتصدّى على المعاملة بما هي معاملة ومؤثرة في مضمونها ومن الواضح أنّ التصرفات من متعلّقات السلطنة لا عينها ومن أنواعها، فتكون السلطنة على البيع باعتبار تحصّصها بمتعلّقاتها حصّة من طبيعي السلطنة وإذا قلنا بأنّ البيع المتحقّق بالمعاطاة حصّة من طبيعي البيع فالسلطنة على هذه الحصّة من طبيعي السلطنة، فلا ينحصر الإطلاق بلحاظ الكم فقط، بل يتضمّن الإطلاق بلحاظ الكيف أيضاً؛ لما مرّ من أنّ السلطنة منتزعة عنه بلحاظ التكليف والوضع، فإذا كان الشارع في مقام الترخيص التكليفي والوضعي للمالك فلا محالة تكون الأسباب ملحوظة إمّا ابتداءً وبنفسها وإمّا بتبع لحاظ المسبّبات المفروضة حصصاً وبهذا الاعتبار لها نفوذ ومضيّ كما صرّح به الشيخ رحمته الله «ثابتة للمالك وماضية شرعاً في حقّه...» ولا معنى للمضيّ والنفوذ إلاّ بملاحظة الأسباب، هذا وتامة كلامه موقوف على تنقيح مقدّمات:

الأوّل: ما يرتبط بأصل التمسك بإطلاق للشيء بلحاظ أسبابه، وهل يعقل أن يقال: بأنّ الدليل المشتمل على بيان الحكم للمسبّب يشمل إطلاقه بالنسبة إلى سببه أم لا؟ قد يتوهم عدم شمول الإطلاق بالنسبة إلى السبب (أنّ في المقام إن قلنا: إنّ البيع اسم للنقل والتملك

بالعوض والنسبة بينه وبين العقود نسبة المسبب إلى السبب، فإذا ورد دليل مشتمل على الحكم الوارد على المسبب - أي المبيع - بناءً على أن لا يكون البيع إسم للعقد بل هو اسم للتمليك بالعوض وهو المسبب) لأن المسبب لا يتخصّص ولا يتخصّص بخصوصية السبب، والمسبب واقع في طول السبب، فعلى هذا يكون معنى الإطلاق شمول الحكم لجميع الحصص والخصوصيات التي تكون الطبيعة متخصّصة بها أي الطبيعة التي ورد الحكم عليها «كالعالم في قوله: أكرم العالم» مشمول للحكم بجميع حالاته وجميع الخصوصية التي كان العالم متخصّصاً بها، كالعالم القومي والنجفي والعرب والعجم، فهذا هو معنى الإطلاق، فإذا قلنا وبنينا على عدم معقولية تخصّص المسبب بالسبب فلا تكون خصوصية السبب من خصوصيات المسبب، فلا يتعرّضه الإطلاق. والجواب: لا نقاش في تخصّص المسبب بالخصوصية من ناحية السبب بمعنى: أن السبب يؤثّر في طبيعة المسبب، فالمسبب يتخصّص بهذه الخصوصية الواردة من ناحية السبب، أمّا إذا كان المسبب قد خصّص قبله بالخصوصية المذكورة فلا معنى لتأثّر السبب فيه.

ففي المقام: إذا قيّدت الطبيعة بأيّ سبب من الأسباب وقلنا: إنّ الإطلاق في قبال التقييد، فالطبيعة المقيدة بالقيود العارضة عليها فهل هي تتقيّد بالقيود الحادثة في عرض وجودها (من الأوصاف المقارنة مثلاً) وهل يعقل تقيدها (بعد تقيّد الطبيعة بالسبب) بهذه القيود؟

الظاهر معقولة التقييد في مقام تعلّق الحكم على الصيغة، فكما أنّ الطبيعة قابل للتقييد بالقيود اللاحقة والمقارنة فكذلك يعقل تقييدها بسببها، فالبيع الحاصل بالمعاطاة بما أنّه حصّة من البيع قابل للتقييد، فالإطلاق والتقييد في البيع من ناحية السبب أمر معقول بمعنى: أنّه يمكن ترتّب الأثر من ناحية الشارع وأمضاه في بيع دون بيع ولا محذور فيه.

الثانية: ما هو المراد من السلطنة وما هو منشأها، فهل هي أمر مجعول وحاصله بالاعتبار أم أنّها أمر واقعي؟ الظاهر أنّها أمر واقعي عبارة عن القدرة التي أعطاهها الشارع أو كلّ من بيده الأمر للإنسان، ففي المعاملات يقال: إنّ الإنسان قادر على البيع مثلاً أنّه يقدر عليه بالقدرة الحقيقية فالشارع ينفذه بمجرد إيقاعه من المالك فله القدرة تكويناً على إيجاده، كما في غير المعاملات مثل تنجيس المسجد والحرمة قد أخذت في متعلّقه القدرة العقلية بمعنى: أنّ الشارع حرّمه بعد قدرة المكلف.

ففي البيع إذا أمضى الشارع بيع المكلف ورتّب عليه الملكية فلهذا العمل منشأ عقلائي، فيتحقّق هذا الاتّجار العقلاني بفعل المالك. فالسلطنة لا تكون أمراً جعليّاً، بل هي أمر واقعي منشأه الجعل التشريعي ففي جميع المسبّبات بالنسبة إلى أسبابها (التي كان الجعل بحكم الشارع لترتّب المسبّب على السبب يحصل للفاعل القدرة

التكوينية (فمادام لم يجعل الشارع التنجيس للسبب الكذائي فلا يكون الملاقاة مع السبب في المسجد منجساً ولا يقدر المكلّف على التنجيس) فهذا الجعل ملازم للقدرة وهذه القدرة واقعية منشأها الجعل فدليل السلطنة (في قوله: الناس مسلّطون) لا محالة ناظر إلى السبب ومتضمّن للإنفاد، فالسبب ملحوظ بلا إشكال، فالمستفاد من كلامه وأساس إشكاله: أنّ إثبات السلطنة لا يتناسب ولا يلائم مع القول بعدم كون الدليل ناظراً إلى السبب، بل هو مساوق مع نظارته للسبب؛ لأنّ السلطنة تتحقّق بالإنفاد والإنفاد مربوط بالسبب.

الثالثة: الكلام في أنّ الإنفاذ أي القدرة على المسبّب مربوط بالسبب وأمر المسبّب دائر بين الوجود والعدم وأنّ الشارع أو من بيده الأمر قد أنفذ المسبّب من هذا السبب، فالنتيجة: أنّ بإثبات القدرة يثبت الإنفاذ والإنفاذ لا يتعلّق إلّا بالسبب، ولا يكون المسبّب منقسماً إلى النافذ وغير النافذ (أي التمليك والتملّك) بل الذي له الإنفاذ وعدمه هو السبب، فإثبات السلطنة يستلزم إنفاذ المعاملة ولا يتعلّق الإنفاذ بنفس البيع، بل هو متعلّق بسبب البيع وهو بمعنى تنفيذ البيع الحاصل بالأسباب المتعارفة، فالمتحصّل: تعلّق الإنفاذ بجهة السبب ابتداءً أو بالطبيعة المتقيّدة بالسبب، وهذا لا ينافي القول بأنّ الحديث مسوق لبيان جهة دون أخرى.

فما أفاده من دوران أمر المسبب بين الوجود والعدم وعدم ارتباط الإنفاذ والصحة به وإنهما مرتبطان بالسبب فقد حقق البحث عنه في مبحث الصحيح والأعم.

وأما ما يرتبط بكلامنا في المقام هو كون المسبب عبارة عن التملك بالعوض وهذا الأمر في حد نفسه قابل للإنفاذ وعدمه (أي الإمضاء وعدمه).

وبعبارة واضحة: تارة نقول في المسبب: أنه في مرتبة سابقة على التملك والملكية العرفية.

وتارة نقول: إنه هو التملك والتملك العرفي أي تتحقق المعاملة بنظر العرف.

وتارة نقول: بأن المعاملة ممضاة عند الشارع بمعنى: أنه أمر على مضي المعاملة، فالمسبب الذي كان أمره دائراً بين الوجود والعدم ولا يكون قابلاً للصحة والفساد هو المسبب الشرعي بمعنى التملك والتملك بنظر الشارع، فإن كان هذا المسبب موجوداً فلا معنى ولا يعقل أن يكون فاسداً، بل هو إما موجود فلا معنى لحمل الفساد عليه ورميه به وإما غير موجود والمعدوم لا يكون مقسماً للصحة والفساد والإنفاذ والتنفيذ.

وأما إذا كان المراد من التملك والتملك العرفي، فهذا يمكن أن يحمل عليه الصحة والفساد وتعلق إمضاء الشرع به وعدمه؛ لأنه وإن

كان محققاً عند العرف ولكن للشارع أن يحكم بقبوله وعدمه، فلذلك لو قلنا: إنَّ البيع موضوع ابتداءً لهذا المعنى وأنَّ المعاملات موضوعة لهذه المسببات يكون موضوعاً للصحة والفساد والإنفاذ وعدمه.

فبالنتيجة: إثبات عدم كون السلطنة إلا بالإنفاذ والتنفيذ وهما يرتبطان بمقام السبب فيكون الحديث ناظراً ابتداءً إلى الأسباب ممّا لا وجه له؛ لأنَّ أساس المقدّمة كان مبتتياً على أنَّ الإنفاذ لا يكون إلا راجعاً إلى السبب، (ولا يرجع الى المسبّب) فالمسبّب الذي غير قابل لتعلّق الإنفاذ والتنفيذ هو المسبّب الشرعي، أي التمليك والتملك الذي اعتبره الشارع وهو لا معنى لعدم قبوله منه بعد اعتباره نعم، التمليك والتملك العرفي - أي المسبّب العرفي - فيمكن للشارع إمضائه وعدمه، فهذا يشكل الاعتماد على المقدّمة الأولى.

وأما المقدمة الثانية: فقد مرّ الكلام عنها من أنَّ الحديث مطلق بالنسبة إلى الأسباب ولا يمكن أنّ نظره إلى سبب دون سبب، فحينئذ ينبغي أن يسئل عن المقصود من الإطلاق المدّعى فيه وعدم كون الحديث مجملاً هل هو أنّه لا معنى له إلا الإطلاق والنفوذ بقول مطلق وأنّه لا معنى له ثبوتاً غيره، أو أنّ المراد منه أنّ الحديث (أي التعبير فيه بتسلّط الناس...) لا يناسب مع الإجمال إثباتاً؟ فالمحذور المتصور لإجمال الحديث (وكونه مطلقاً) إمّا ثبوتي وإمّا إثباتي ولا يمكن للقائل (أي المحقّق الإصفهاني رحمته الله) دعوى كون المحذور ثبوتياً في المقام؛ لأنّه

قائل بالفرق بين حلية البيع (في دلالة الآية الشريفة: أحلّ الله البيع) وبينه إذا كان بلسان «الناس مسلّطون على أموالهم» فإذا كان الإشكال ثبوتياً لا وجه للتفريق بين ثبوته بلفظ دون لفظ.

وأما المحذور الإثباتي الذي يناسبه التعبير (بأحلّ الله البيع) ولا يناسبه «الناس مسلّطون...» ما هو الظاهر أنّه قوله في الحديث: «الناس مسلّطون...» عنوانه إثبات القدرة وهذا بظاهره يدلّ على إثبات القدرة الفعلية وهي لا يتحقّق إلّا مع السببية الفعلية وهذه السببية الفعلية لا تتحقّق إلّا بعد تحقّق جميع مقدّماته ومعدّاته، ولا يكفي صرف الملكية كما في الطباخ والنجار؛ لأنّ قدرة الطبخ والنجارة المحضّة غير كافية إلّا بعد وجود جميع أسباب الطبخ والنجارة، ففي المقام إن كان المراد بالسلطنة هو القدرة الموجودة (في المالك) للشخص من دون تحقّق معدّاته ومقدّماته فلم يتحقّق السلطنة المذكورة، فيلزم أن يكون المراد من السلطنة هي السلطنة المطلقة.

ولكنّ الإشكال فيه - مضافاً إلى ما مرّ في المقدّمة الأولى من تصوير رجوع الإنفاذ إلى المسبّب وبعد التنزّل أنّه راجع إلى السبب إلزاماً - أنّه يكفي أن يكون ناظراً إلى السبب على نحو الموجبة الجزئية بمعنى إثبات القدرة للشخص جزءاً ولا يلزم فيه الإطلاق، وإنّ الحديث على فرض كونه في مقام البيان كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يدلّ على أنّ البيع ممضى شرعاً بنحو الموجبة الجزئية، إلّا أنّه قد مرّ أنّ الدليل

ناظر إلى دخل السبب في تحقّق المسبّب بجهة خاصّة وهو الاستناد إلى المالك دون سائر الجهات. وكون المقنّن في مقام البيان من هذه الجهة لا يستلزم أن يكون في مقام بيان سائر الجهات. فالمتحصّل ممّا ذكر: تمامية ما أفاده الشيخ الأعظم من عدم تمامية الاستدلال على سببية المعاطاة للتملك لعموم تسلّط الناس على أموالهم والله العالم.

هذا وقد يستدلّ ويتمسّك بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولم يتعرّض له الشيخ بتقريب: أنّ الآية الشريفة متضمّنة للموضوع والمحمول والحكم، فالموضوع فيها هو العقود والمحمول والحكم: هو وجوب الوفاء، فالآية دالّة على وجوب ترتيب الأثر على كلّ عقد من العقود بناءً على أنّ المدلول هو الوجوب التكليفي ولو كان المدلول هو الحكم الوضعي فالآية دالّة على لزوم كلّ عقد من العقود وعدم انفساخه بالفسخ.

وعليه فبحكم هذه الآية يكون البيع المعاطاتي محكوماً بالصحة؛ لأنّ المفروض وجوب الوفاء والوجوب متفرّع على الصحة كما أنّه على فرض اللزوم فهو أيضاً متفرّع على الصحة. وكيف كان تثبت صحة المعاطاة بها.

لقائل أن يقول: إنّ عدم تعرّض الشيخ رحمته الله إليها من جهة التأمّل في صدق العقد على الفعل؛ لأنّ العقد هو العهد المؤكّد والمشدّد ولا

يتحقّق هذا العنوان بمجرد الفعل، بل لابدّ من وجود القول.
قلنا: إنّ الشيخ وإن احتمل بدوّاً عدم انطباق عنوان العقد على الفعل
المجرد عن القول، ولكنّه ذهب إلى أنّها عقد في مبحث لزوم المعاطاة
ولعلّه لم يتمسّك بها لدعواه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة،
فالآية مخصّصة إطلاقها بالإجماع.
ولكنّ الحقّ عدم ثبوت الإجماع في المقام، فدلالة الآية على صحة
المعاطاة ولزومها تامّة اقتضاء إلا أن يمنع عنه مانع.
ويمكن أن يوجّه عدم استناد الشيخ إلى الآية المذكورة من حيث إنّّه
قائل لتبعية الدلالة الالتزامية للدلالة المطابقة في مقام الثبوت وأيضاً
في مقام الحجّية، فإنّه بعد تمامية الإجماع المدّعى على عدم لزوم
المعاطاة والالتزام بالتبعية وعدم إمكان التفكيك بين الدالّتين في
الحجّية تنتفي وتزول الدلالة الالتزامية على الصحة.
واستدلّ الشيخ رحمته الله بالإطلاقات الواردة في الهبة والإجارة الدالّة على
لزوم المعاطاة فيهما حيث يستلزم بناءً على الإجماع المركّب وعدم
القول بالفصل من لزومها ونفوذها في البيع.
منها: موثّقة سماعة قال: سألته عن رجل أعطى أمّه عطيةً فماتت وقد
كانت قبضت الذي أعطها وبانت به؟ قال: «هو والورثة فيها سواء»^١.

١. وسائل الشيعة: ج ١٩، ص ٢٠٩؛ كتاب الوقوف والصدقات: ب ١٢، ح ٦.

فإنَّ عنوان «أعطى» مطلق لا يمكن تقييده بغير الفعل وحكم الإمام عليه السلام بأنَّ الإعطاء مملَّك، فإذا ثبت ذلك في الهبة يثبت في البيع بالإجماع المركَّب.

ومنها: رواية جراح المدائني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده يمينه؟ قال: «إذا أعطاه في صحة جاز»^١.

ومنها: مكاتبة اليعقوبي أنَّه كتب إلى أبي الحسن علي بن محمد العسكري عليه السلام في رجل دفع ابنه إلى رجل وسلَّمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له، ثمَّ جاء رجل فقال: سلَّم ابنك منِّي سنة بزيادة؛ هل له الخيار في ذلك؟ وهل يجوز له أن يفسخ ما وافق عليه الأوَّل أم لا؟ فكتب: «يجب عليه الوفاء للأوَّل ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف»^٢. وهذه صريحة في نفوذ الإجارة بالدفع والتسليم الخارجي.

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الثوب ليصبغه فيفسده؟ فقال: «كلَّ عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن»^٣ ومقتضى هذه الرواية تأثير الإعطاء في تحقُّق عقد الإجارة.

١. وسائل الشيعة: ج ١٩، ص ٢٤٥؛ كتاب الهبات: ب ١١، ح ٥.

٢. وسائل الشيعة: ج ١٩، ص ١١٨؛ كتاب الإجارة: ب ١٥، ح ١.

٣. وسائل الشيعة: ج ١٩، ص ١٤٧؛ كتاب الإجارة: ب ٢٩، ح ١٩.

وهذه هي مجموع الروايات الواردة في الهبة والإجارة الظاهرة في تحققهما بفعل المتعاطين وصرح الشيخ رحمته الله بإمكان إثبات صحة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقتهما وتعميمه في البيع بالإجماع المركب.

فالمتحصل: تمامية الاستدلال على صحة المعاطاة بالآيات الشريفة (آية التجارة، آية الحل وآية الوفاء وإن أشكل في دلالة الأخيرة) وكذا بالسيرة العقلانية حسبما مرّ الكلام فيها.

ثم إن الشيخ رحمته الله بعد أن صرح بكفاية الآيتين والسيرة على مملكية المعاطاة وتمامية الاقتضاء فيها في المعاطاة يبحث عما يمنع عن فعلية هذا الاقتضاء وعدم المانع؟ بقوله: «اللهم إلا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك وإنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، كالبيع والوطء والعق والإيصاء،...»^١.

توضيح ما أفاده: إنه على مبنى المختار عنده من أن الحلية في آية الحل وكذا في آية التجارة هو الحلية التكليفية المتعلقة بالتصرفات هل يمكن القول بأن هذا المعنى يستلزم الملكية أم لا؟ (نعم لو اختار أو اخترنا الحلية الوضعية في معنى الآية تدلّ على تمامية النقل والانتقال بمعنى الملكية).

صرّح الشيخ ابتداءً بعدم الدلالة على حصول الملكية (أي إباحة التصرفات لا تدلّ عليها إلّا بعد ثبوت الملازمة الشرعية أو العقلية، أمّا الملازمة الشرعية فهي منتفية في المقام؛ لعدم ورود دليل يدلّ على أنّ كلّ ما ثبت الإباحة التكليفية يكون ملازماً للملكية) إلّا أن يدعى الإجماع على تسالم القوم على أنّ إباحة التصرف تلازم الملكية وإلّا لا تكون إباحة أصلاً.

ولكنّ الإشكال في تحقّق هذا الإجماع؛ لذهاب كثير منهم إلى جواز التصرفات مع عدم حصول الملك.

وأما الملازمة العقلية (مع مقدّمة شرعية) وهي أنّه بعد أن بعض التصرفات بحسب الشرع متوقّفة على الملكية (كالعتق وأنّه لا عتق إلّا في ملك) ولا يجوز هذه التصرفات بدون الملك، ولا يجتمع عدم الجواز عقلاً مع جواز التصرفات، فلذلك نلتزم بتحقّق الملكية؛ لثبوت الإباحة الشرعية بحسب الآية والفتاوى من هذه الناحية. ومن ناحية أخرى يثبت عدم جواز بعض التصرفات من دون الملك، فلا محالة يثبت الملكية لئلا يجتمع الضدّين نعم، لو قلنا - كما التزم الشهيد في المسالك^١ - بأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ جميع التصرفات، غاية الأمر أنّه لا بدّ من التزامهم بأنّ التصرف المتوقّف على الملك يكشف عن سبق الملكية عليه أناً ما، فإنّ الجمع بين إباحة هذه التصرفات وبين

١. مسالك الأفهام: ج ٣، ص ١٤٩.

توقّفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار ولا يتوقّف على الالتزام بالملك من أول الأمر، فيقال: إنّ مرجع هذه الإباحة أيضاً إلى التملك»، هذا ما بيّنه الشيخ توضيحاً لمرام القوم^١.

وصرح السيّد^{عليه السلام} في ذيل هذه العبارة بأنّ «الفاء» هنا بمعنى «حتى»^٢ أي «حتى يقال بتوقّفها على الملك من أول الأمر» فالقيد لا يرجع إلى النفي بل هو راجع إلى المنفي.

وبعبارة أخرى: لا يتوقّف دفع المحذور بثبوت الملك من أول الأمر. فالقول بإباحة التصرفات لا تستلزم الملكية من أول الأمر لا بملازمة الشرعية ولا بالملازمة العقلية ويكفي في رفع المحذور ما قربناه من حصول الملكية آنأماً.

فبالنتيجة: لا تدلّ الآيات على تحقّق الملكية بالمعاطاة وكذا أورد على السيرة وأنّ ثبوتها واستمرار على التوريث فهي كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين ممّا لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم.

ثم إنّّه قال بعد ردّ دعوى عدم إباحة جميع التصرفات المتوقّفة على الملك للقائلين بالإباحة: بعدم ثبوت قولهم بالملك من أول الأمر،

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٢.

٢ . حاشية المكاسب (للسيّد اليزدي^{عليه السلام}): ج ١، ص ٧٠.

فيجوز للفقهاء التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من أول الأمر.

إلا أنه أورد على هذا القول (أي التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه): بأنه لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه. ثم ذكر كلام بعض الأساطين^١ في مقام الاستبعاد: «أنّ القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة. منها: أنّ العقود وما قام مقامها لا تتبع القصد.

ومنها: أن يكون إرادة التصرف من المملكات، فتملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما أو معه (أي مع التصرف) دفعة وإن لم يخطر ببال مالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات؛ لأنّه قاصد للنقل من حين الدفع وإنّه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال: أعتق عبدك عني، وتصدّق بمالي عنك.

ومنها: أنّ الأخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحقّ المقاسمة والشفعة والموارث والربا والوصايا تتعلّق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه أو عدم العلم به، فينفي بالأصل فتكون متعلّقة بغير الأملاك، وأنّ صفة الغنى والفقر ترتّب عليه كذلك؛ فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.

ومنها: كون التصرف من جانب مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف.

١. شرح القواعد (للشيخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط)): ص ٥٠.

ومنها: جعل التلف السماوي من جانب مملّكاً للجانب الآخر والتلف من الجانبين (مع التفريط) معيّناً للمسمّى من الطرفين ولا رجوع إلى قيمة المثل حتّى تكون له الرجوع بالتفاوت ومع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنّه المطالب؛ لأنّه تملّك بالغصب أو التلف في يد الغاصب غريب. والقول بعدم الملك بعيد جداً، مع أنّ في التلف القهري إن ملك التالف قبل التلف عجيب ومعه بعيد؛ لعدم قابليّته حينئذٍ وبعده ملك معدوم، ومع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض ونفي الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطيين.

ومنها: أنّ التصرّف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقّف على النية فهو بعيد وإن أوقفناه عليها كان الواطء للجارية من غيرها واطئاً بالشبهة والجاني عليه والمتلف له جانياً على مال الغير ومتلفاً له.

ومنها: أنّ النماء الحادث قبل التصرّف إن جعلنا حدوثه مملّكاً له دون العين فبعيد، أو معها فكذلك وكلاهما مناف لظاهر الأكثر وشمول الإذن له خفي.

ومنها: قصر التمليك على التصرّف مع الاستناد فيه إلى أنّ إذن المالك فيه إذن في التمليك. فيرجع إلى كون المتصرّف في تمليك نفسه موجباً قابلاً وذلك جار في القبض، بل هو أولى منه؛ لاقتراحه بقصد التمليك دونه. انتهى.

والمقصود من ذلك كلّ استبعاد هذا القول، لا أنّ الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول والعمومات؛ إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء.

ثم قال بعد نقل كلام الشيخ الكبير: أمّا الحكاية تبعية العقود وما قام مقامها للقصود.

ففيها أولاً: أنّ المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود ولا من القائم مقامها شرعاً، فإنّ تبعيّة العقد للقصد وعدم انفكاكها عنه إنّما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى: ترتّب الأثر المقصود عليه، فلا يعقل حينئذٍ الحكم بالصحة مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليه...»^١.

فأجاب الشيخ الأعظم عنه بوجهين:

الأول: بالحلّ «حيث ركّز الشيخ الكبير رحمته الله في استدلاله وعدم تسلّمه واستبعاده على أنّ القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك والبيع مستلزم لعدم وقوع ما يقصد ووقوع ما لم يقصده المتعاطيان؛ لأنّ من المتعيّن تبعية العقود للقصود إيجاباً أو سلباً.

والجواب: إنّ المبحوث عنه لا يكون صغرى للقاعدة المزبورة؛ لأنّ موضوع القاعدة هو العقود مع أنّ المعاطاة لا تعدّ عقداً، فالسالبة هنا بانتفاء الموضوع، فلا ينتج تخلف العقد عن القصد؛ بداهة أنّ عدم التخلف عن القصد من لوازم حكم الشارع بصحة العقد؛ حيث إنّ الصحة والتخلف متناقضان، فلا يعقل صحة وقوع العقد وتخلفه عن القصد، فلازم حكم الشرع بالصحة تبعية العقد الصحيح للقصد.

١. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٤-٤٦.

وعلى الجملة: إنّ الإباحة المذكورة ليست إباحة عقدية لكي يلزم من ثبوتها المحذور المزبور، بل إنّما هي إباحة شرعية - كما عليه القائلون بها - مترتبة على المعاطاة ترتب الحكم على موضوعه. وعليه فمنزلة ذلك منزلة حكم الشارع بجواز الأكل في أموال الناس في المخصصة والمجاعة وبجواز أكل المارة. ولذلك صرح الشيخ في الجواب: «أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها كما تبّه عليه الشهيد في كلامه المتقدم من أنّ السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المباءعات^١ نعم، إذا دلّ الدليل على ترتب أثر حكم به وإن لم يكن مقصوداً».

وأجاب ثانياً (الوجه الثاني): «إنّ تخلف العقد عن مقصود المتبائعين كثير، فإنّهم أطبقوا على أنّ عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثّر في ضمان كلّ من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنّهما لم يقصدا إلا ضمان كلّ منهما بالآخر...» [١].

[١]. فالشيخ هذا المقام في صدد بيان موارد تخلف العقود عن القصد وعدم غرابة التخلف بين المقصود والواقع.

منها: إنّ المتعاقدان يقصدان الضمان بالمسمّى مع أنّ الضمان في العقد الفاسد في المثلي بالمثل وفي القيمي بالقيمة؛ لأنّ المأخوذ

بالعقد الفاسد يعدّ بمنزلة المأخوذ بالغصب، فلا بدّ من ردّ العين بنفسها إذا وجدت أو ردّ مثلها إن كانت مثلية أو ردّ قيمتها إن كانت قيمية، وعليه فما قصده المتعاقدان لم يقع وما وقع لم يقصد.

دفع وهم: (في كلام الشيخ): «إنّ دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع؛ بأنّه لم يذكر هذا الوجه إلّا بعضهم معطوفاً على الوجه الأوّل وهو إقدامهما على الضمان فلا حظ المسالك^١». [١].^٢

[١] وحاصل الوهم وجوابه: إنّ ضمان القيمة أو المثل في العقد الفاسد إنّما هو لأجل مقتضى قاعدة اليد وليس ذلك لأجل أنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده حتّى يقال بانخراص القاعدة أي قاعدة تبعية العقود للقصور.

وخلاصة الجواب عن الوهم: إنّ القائل بالضمان ذهب إلى ثبوته وكون منشأه الإقدام دون اليد نعم، ذكر بعضهم هذه القاعدة عطفاً على وجه الإقدام.

واشكّل عليه: بأنّ الضمان الحاصل في العقد الفاسد (وهو الضمان بالمثل أو القيمة دون المسمّى) ضمان مسبّب عن اليد، إلّا أنّ الإقدام يكون منقّحاً لموضوع ضمان اليد، ولا يمكن أن يكون مسبباً للضمان؛ لأنّ الإقدام في العقد الفاسد يكون بالعقد لا بأمر آخر ولازمه حصول

١ . مسالك الأفهام: ج ٣، ص ١٥٤.

٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٧.

الضمان بنفس العقد دون القبض والإقباض (أي وإن لم يتحقق القبض والإقباض) إذ المفروض تحقق الإقدام على المعاملة من ناحية المتعاملين مع أنه باطل بالضرورة ولم يتفوّه به أحد، فمن ذلك يستكشف أنّ الضمان لم يكن مسبباً عن الإقدام (أي من عدم حصول الضمان من العقد) كما أنّ الإتلاف لا يكون متضمناً لأنه إتلاف من جهة تسليط المالك فلم يبق إلا قاعدة اليد وبها يتمّ الضمان.

وأجاب الشيخ رحمته الله (بمورد آخر نقضاً من الموارد الخمسة) بقوله: «وكذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء»^١ [١]

[١] توضيح ما أفاده: إنّ القاعدة (تبعيّة العقود للقصد) منقوضة في موارد الشرط الفاسد؛ حيث إنّ الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط به عند أكثر القدماء، مع أنّ ما قصد المتبائع لم يقع (وهو العقد المقيّد بالشرط الفاسد) وما وقع (أي ذات العقد) غير مقصود، فظاهر أنّ بناءً على عدم مفسدية الشرط الفاسد تخلف العقد عن القصد؛ لأنّ المقصود هو المشروط والواقع كان خالياً عنه.

والإشكال عليه (كما أشكل): أنّه بناءً على أنّ الشرط هو عادة عن الالتزام في ضمن العقد ولا أنّ مضمون العقد مقيّد به فلا يلزم التخلف ولا يضرّ بالقاعدة؛ بداهة أنّ القيد لا يكون قيداً للملكية؛ لأنّه يستلزم

عدم حصول الملكية قبل حصول القيد والشرط (مثل الخياطة والكتابة) لعدم معقولية تحقق المقيّد والمشروط قبل حصول القيد والشرط مع أنّ المفروض صحة المعاملة.

فالنّتيجة: أنّ هذا التخلّف الصوري لا يضرّ بالقاعدة وغايته ثبوت الخيار لحلّ العقد وفسخه.

وأشكل المحقق الخوئي رحمته الله: أنّ الشرط قد يكون قيداً لأصل العقد بحيث يكون الإنشاء معلّقاً على حصول الشرط بأن قال البائع: بعثك المتاع الفلاني إن قدم الحاج وإلا فلا أبيع، وقد يكون الشرط التزاماً آخر في ضمن الالتزام العقدي من دون أن يكون الملتزم به قيداً لأصل العقد، وعلى الأوّل فالتعليق يوجب فساد العقد وإن لم يكن الشرط فاسداً، لقيام الإجماع على بطلان التعليق في العقود، وعلى الثاني: فالالتزام بصحة العقد مع فساد الشرط لا يستلزم تخلّف المقصود عن القصد وتفصيل الكلام في محله^١.

وأورد عليه شيخنا الأستاذ دام ظلّه وقال ببقاء العويصة من جهة العقد لإزال معلّق بالالتزام دون الملتزم به (وهذا الالتزام الحاصل أمر إضافي فهو التزام بالأمر المعلّق عليه) ويعود الإشكال؛ لأنّ الالتزام لا يخلو بالنسبة إلى الملتزم به إمّا أن يكون مهمة أو مطلقاً أو مقيّداً، أمّا الإهمال فغير معقول، وأمّا الإطلاق فلا ريب في بطلانه بعد تعليق العقد والالتزام

١. مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٠٨.

بالملتزم به، فينحصر في تقييد الالتزام بالملتزم به، فيعود الإشكال إذا كان الشرط فاسداً.

نعم يمكننا دفع ما أفاده: بالقول بأن البيع أمر اعتباري ولا مانع من أن يكون بلا طرف (وهذا ما يستفاد من كلام الميرزا).

أما النقض الثالث: «وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكل». حيث إن المعاملة صحيحة بالنسبة إلى ما يملك دون ما لا يملك فإنه موقوف على إجازة المالك ومع عدم إجازته كان للمشتري خيار التبعض فالبيع واقع فيما يملك فقط مع أن المقصود لهما هو بيع المجموع فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد.

وأجيب عنه: بعدم تخلف العقد عن القصد؛ لأن الإنشاء الحاصل (أي إنشاء التمليك) إنما هو يؤثر في المورد القابل والقابلة ثابتة في ما هو مملوك له دون غيره، فالإمضاء من الشارع ثابت فيه ولا يشمل غير المملوك له، فبعد القول بإمكان تحقق البيع بإنشائين فحقيقة البيع حاصلة في المقام بالنسبة إلى المملوك له.

وبعبارة واضحة: إن البيع وإن كان واحداً بحسب الصورة ولكنه منحل إلى بيعين: أحدهما صحيح منجز والآخر صحيح مشروط بإجازة المالك. وسره: أن حقيقة البيع متقومة بإنشاء تبديل شيء من الأعيان بعوض في جهة الإضافة (كما هو مبني بعضهم) ومن البديهي أن هذا لا ربط بقصد المالكين ومعرفتهما، وعليه فقصد البائع كون العقد لنفسه أو

لغيره خارج عن حدود البيع، فلا يوجب تخلف العقد عن القصد نعم يكون الخيار ثابت للمشتري.

النقض الرابع: قوله: «بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً على قول نسبه في «المسالك»^١ و«كشف اللثام»^٢ إلى المشهور.

نعم الفرق بين العقود وما نحن فيه: إنَّ التخلف عن المقصود ويحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود وفي ما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل».

وأجاب السيد رحمته الله بما ملخصه: إنَّ حقيقة البيع عبارة عن مبادلة مال بمال^٣ وليس في البين تعرض للمالك كما ليس لحيثية المالكية دخل مطلقاً في حقيقة البيع، فإذا أجاز المالك فقد أنفذ المبادلة الحاصلة ويقع البيع له.

وحاصل كلامه: إنَّ ما هو مقوم حقيقة البيع الذي كان مقصوداً قد وقع، وما وقع هو المقصود، وللکلام في المقام مجال سيأتي في مبحث الفضولي إن شاء الله (من أنَّ المبادلة بين الشئيين تحتاج إلى محل وهو هنا الملكية، وهي ربط قائم بين المالك والمملوك والغاصب إنما يبدل

١ . مسالك الأفهام: ج ٧، ص ٤٤٧.

٢ . كشف اللثام: ج ٢، ص ٥٥.

٣ . حاشية المكاسب: ج ١، ص ١٤١.

المال بمال في الملكية التي يراها لنفسه، فما أفاده الشيخ هو الصحيح، إلا أن يقال: بأن البيع يقع للمالك الحقيقي فلم يتحقق الخروج عن القاعدة. وأما النقض بنسيان الأجل، (وانقلاب الزوجية المنقطعة إلى الدائمة فالمقصود هو المنقطع والواقع هو الدائم، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد)

وهذا هو المشهور وورد فيه النص، كموثقة ابن بكير أنه قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز، وقال: «إن سمي الأجل فهو متعة وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات»^١.

والظاهر أن المراد هو كون الزوجية حقيقة واحدة ومعناها النكاح، والدوام ليس قيداً لها، بل هو عبارة عن عدم ذكر الأجل، فإذا تحققت الزوجية كانت دائمة، والدوام بمعنى وجودها وثباتها والمدة يحتاج إلى قصد آخر ولا بد من إظهارها، فما لم تظهر المدة التي هي محدودة لها كانت الزوجية على حقيقتها ولا تخلف.

نعم نقل عن المحقق الخراساني (في فوائده)^٢ بعدم الانقلاب إلى الدوام (في المقام) وحمل النص على معنى آخر.

١ . أورد صدره في وسائل الشيعة: ج ٢١، ص ٤٦؛ أبواب المتعة: ب ١٩، ح ٢، وذيله في الوسائل: ج ٢١،

ص ٤٧؛ أبواب المتعة: ب ٢٠، ح ١.

٢ . فوائد الأصول: ص ٣٣.

ووافقه السيد الخوئي حيث قال: «إنَّه إذا كان بناء العاقد - قبل مباشرته بإيقاع العقد - على إنشاء نكاح المتعة ولكن نسي ذكر الأجل عند الإنشاء وقصد الزواج الدائم، فلا شبهة في أنَّ الواقع حينئذٍ يكون نكاحاً دائماً وعليه فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد، وإذا كان بناء العاقد على إيقاع عقد المتعة حتّى في مقام الإنشاء والاشتغال بإجراء الصيغة ومع ذلك نسي ذكر الأجل في مقام التلفّظ أو تركه عمداً، فإنّ الظاهر حينئذٍ بطلان العقد؛ بداهة أنَّ الزواج الدائم لم يقصد ولم ينشأ؛ لأنّ الإنشاء - كما عرفته مراراً - عبارة عن إبراز الأمر النفساني في الخارج وإذا لم يقصد العاقد الزواج الدائم لم يكن ذلك مبرزاً باللفظ، وأمّا الزواج المنقطع فلا يقع أيضاً في الخارج؛ إذ يعتبر في صحّته ذكر الأجل على ما نطق به الروايات والمفروض أنّه مفقود في المقام وهذا بيّن لاريب فيه».^١ إلّا أنّ الظاهر من النصوص هو وقوعه دواماً إذا نسي ذكر الأجل.

منها: رواية أبان بن تغلب أنّه قال لأبي عبد الله عليه السلام: فإنّي استحيي أن أذكر شرط الأيام، قال: «هو أضّرّ عليك» قلت: وكيف؟ قال: «لأنّك إن لم تشترط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة في العدة وكانت وارثاً ولم تقدر على أن تطّلقها إلّا طلاق السّنة».^٢

١. مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٠٩.

٢. وسائل الشيعة: ج ٢١، ص ٤٧؛ أبواب المتعة: ب ٢٠، ح ٢.

وهذه صريحة في انقلاب العقد المنقطع دواماً؛ لعدم ذكر الأجل، فكلّام الشيخ رحمته الله (من تخلف العقد الواقع عن قصد) ناظر إلى ما يستفاد من هذه النصوص.

فالمتحصّل ممّا أفاده الشيخ رحمته الله جواباً (حلاًّ ونقضاً): أنّه لا يستلزم من القول بعدم الملكية في المعاطاة وأنها تفيد الإباحة محضاً القواعد الجديدة، وأنّ الإباحة المبحوث عنها الحاصلة بالمعاطاة إباحة شرعية (دون إباحة مالكية حتّى يقال: إنّ المالك لم يقصدها وإنّه قصد الملكية) فالإباحة حاصلة بجعل الشارع، فلا ينتقض القاعدة من الطرفين.

فما أورده الشيخ الكبير على القول بالإباحة (من جملة القواعد الجديدة هي لزوم كون إرادة التصرف مملّكاً) بتوضيح على ما أوضحه المحقّق الخوئي رحمته الله: أنّ القول بالإباحة يستلزم أحد الأمرين على سبيل منع الخلوّ وهما الالتزام بأنّ إرادة التصرف - في المأخوذ بالمعاطاة - مملّكة، أو الالتزام بأنّ التصرف بنفسه من المملّكات. وكلا الأمرين بعيد جداً؛ بداهة أنّ المالك لم يقصد إلّا تملك ماله من الأوّل وعليه فالالتزام بحصول الملكية بتصرف غير المالك أو بإرادته التصرف من دون أن يكون ذلك مقصوداً للمالك بعيد غايته^١.

١ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١١٠.

يتوجّه عليه ما أفاده الشيخ الأعظم رحمته الله بما حاصله: إنّه لا مانع من الالتزام بحصول الملكية بإرادة التصرف، فإنّ الجمع بين الأدلّة يقتضي ذلك؛ ضرورة أنّ الأصل يقتضي بقاء المأخوذ بالمعاطاة في ملك مالكة الأول وقد قامت السيرة القطعية على جواز التصرف لكلّ من المتعاطين فيما انتقل إليه وقد ثبت في الشريعة أنّ بعض التصرفات - كالقتل والوطء والوقف - لا يسوّغ لغير المالك ومن البيّن الذي لا ريب فيه أنّ الجمع بين هذه الأدلّة يقتضي الالتزام بالملكية حين إرادة التصرف. وعليه فيكون شأن التصرف في المقام شأن ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما تصرفاً بالعتق والبيع والوطء وأشباهها.

وأشكل على الشيخ: بعدم تمامية التنظير بذوي الخيار والواهب بوجهين:

الأول: إنّ التصرف الفعلي من ذي الخيار (كما لو باع ماله في فترة الخيار أو باع أو أكل ما كان قد وهبه) لا يفيد الملكية كما حقّق في مبحث الخيارات من أنّ التملك بالفسخ في الخيار أو الرجوع في الهبة ليس تملكاً جديداً، بل يتحقّق بالفسخ والرجوع - قولاً أو فعلاً - نفس الملكية السابقة وهذا بخلاف البيع والتصرف أو إرادتهما حيث يفيدان حدوث ملكية جديدة، فالقياس فيهما مع الفارق.

الثاني: إنّ البائع والمتصرف بالفسخ أو الرجوع يقصد بفعله انحلال الهبة والبيع السابقين. ومعنى الانحلال هو الإعادة والإرجاع إلى

الملكية، فيقصده بالفعل والمفروض في المقام أن آخذ الأمة لا يقصد بالبيع أو بالوطء التمليك. ومع وجود هذين الفارقين لا يتم الجواب عن الشيخ الكبير.

وما أفاده تام إلا أن نقول (كما عن المحقق الآخوند^{عليه السلام}):^١ إن التصرفات بمجردّها لا توجب الملكية وأنّها لا تحصل بالبيع وإرادته، بل تحصل بسبب وهي المعاطاة في المقام، لكن تأثير المعاطاة في حصول الملكية مشروط بإرادة التصرف المتوقف على الملك أو بنفس التصرف المتوقف عليه، وإنّما يصحّ الإشكال من الشيخ الكبير إذا كانت الإرادة أو نفس البيع مملّكاً. وأمّا لو قلنا إنّ الملكية يحصل بنفس المعاطاة مشروطة بالإرادة أو البيع الفعلي فلا توجب حدوث قواعد جديدة؛ إذ له نظير في الفقه، كبيع الصرف والسلم؛ حيث إنّ البيع بنفسه سبب لتملّك لكنّه مشروط بالقبض.

ومن القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة أمور تبلغ إحدى عشرة ذكرها الشيخ الكبير وأجاب عنها الشيخ الأعظم^{عليه السلام} بقوله: «وأما ما ذكره من تعلّق الأُخماس والزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها مع أنّ تعلّق الاستطاعة الموجبة للحجّ وتحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقّفان على

١ . حاشية المكاسب (للآخوند^{عليه السلام}): ص ١٢.

الملك»^١.

توضيح ما أفاده إشكالاً وجواباً: ١. إنّ في الأخماس حكم بتعلّقها بالأُملاك دون ما يباح للإنسان التصرف فيه، فالأرباح الحاصلة للبائع من المعاطاة تتعلّق بها الخمس مع أنّها مباحة.

وكذلك ٢. في المقاسمة وأيضاً الإفراز، فإنّ المال المشتري شريكاً بالمعاطاة يحقّ لكلّ منهما مطالبة الإفراز والتقسيم في المال المشترك مع أنّهما من الحقوق المقرّرة في الأُملاك دون المباحات.

وأيضاً ٣. في الإرث: فإنّ المأخوذ بالمعاطاة يدخل في الميراث وينتقل إلى الورثة، مع أنّ الميراث عنوان ينطبق على مال المورث أو حقّه دون ما أُبيع له، فيلزم أن لا يكون للوارث.

وهكذا ٤. في الوصايا، فإنّ الوصية التملّكية متعلّقة بالأموال والأُملاك ولا المباحات.

وأيضاً ٥. حقّ الشفعة ثابت للمشتري بالمعاطاة مع أنّها ثابتة في الأُملاك.

وأيضاً ٦. في ترتيب آثار الفقر والغنى، وأنّهما من صفات المالك فلاخذ بالمعاطاة (وإن كان المأخوذ عنده مال كثير) يعدّ فقيراً أو مستحقاً للزكاة.

وهكذا ٧. في الاستطاعة وأنّ الأخذ بالمعاطاة يعدّ مستطيعاً مع أنّ

١. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٤٨.

المال لا يكون ملكاً له وفي حين أنه غير مالك يكون مستطيعاً.
وكذلك ٨. في التقاص وجواز الاقتصاص للدائن من المديون عند
امتناعه عن مال المديون دون المأخوذ بالمعاطاة.
وأيضاً: ٩. في ترتب حكم الربا فيما إذا كان المال المشتري ربوياً مع
أنّ القول بالإباحة ينفي موضوع الربا؛ لأنّ موضوعه بيع المثل بالمثل مع
الزيادة العينية والوصفية.
وكذلك ١٠. في كون تصرف أحد المتعاملين مملّكاً بالنسبة إلى
الطرف الآخر وقبول ذلك يستلزم إحداث قاعدة جديدة لا دليل عليه من
الشرع والعرف وعدم قبوله يؤدي إلى الجمع بين العوض والمعوّض عند
أحد الطرفين.
وهكذا ١١. في أنّ تلف أحد العوضين يعدّ سبباً مملّكاً للآخر وأنّ
يكون سبباً لضمان المسمّى دون المثل والقيمة. وهذا غير معقول
لاستلزامه القول: بأنّ انعدام المال موجباً لإحداث الإضافة الملكية.
فالمتحصّل: إنّ ما ليس موضوعاً لآثار الأملاك يكون محكوماً بالآثار
المتعلّقة بها وهذه قاعدة جديدة.

وأجاب الشيخ رحمته الله عن جميع هذه النقوض المذكورة: بأنّها استبعادات
محضة ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها.
ظاهر عبارة الشيخ مغلق يوجب الاشتباه في مراده، كما يظهر من
كلمات المحشين فقال السيد رحمته الله: «لا يخفى قصور العبارة من تأدية

المراد والظاهر أنَّ مراده ﷺ أنَّ الحكم بعدم تعلُّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة استبعاد محض، قلنا: إن نلتزم بعدم التعلُّق ولا بأس به ودعوى أنَّه مخالف للسيرة؛ حيث إنَّها جارية على التعلُّق مدفوعة: بأنَّه على هذا تكون السيرة دليلاً على التعلُّق وإن كان مخالفاً للقاعدة؛ لأنَّها دليل على تخصيصها ولا بأس بالالتزام به...»^١.

وأشكل عليه المحقق الإصفهاني رحمه الله: «بأنَّ كاشف الغطاء رحمه الله لم يستبعد عدم التعلُّق، بل استبعد تعلُّقها مع عدم الملك حيث قال: «يفصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك» ثم قال: أعلم إنَّ مقتضى كلام هذا الفقيه النبيه الوجيه أنَّ تعلُّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة أمر مفروغ عنه ولذا استبعد تعلُّقها به مع عدم الملك»^٢.

فعلى تقريب السيد رحمه الله: لا معنى للالتزام بكون الإباحة مفيدة للإباحة ومع ذلك نلتزم بتعلُّق المذكورات. والدليل عليه السيرة وهي مخصَّصة للأدلة التي تدلُّ على التعلُّق بالملك. وبناء على التقريب الثاني: أنَّ التعلُّق مع عدم تحقُّق الملكية أمر مستبعد، فكما نصَّ عليه «يفصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك...».

فالمتحصِّل - كما هو الظاهر من عبارة الشيخ رحمه الله -: أنَّ المستبعد عدم

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج ١، ص ٧٢.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمه الله): ج ١، ص ١٢١.

تعلّق المذكورات بما في اليد وأنّه مخالف للسيرة؛ لجريانها على تعلّق هذه بما في اليد وأنّ ما في اليد وهو المأخوذ بالمعاطاة ملك، وهذا معنى الرجوع إلى السيرة، فلا يكون ما أفاده الشيخ الكبير رحمته الله مستلزماً لقاعدة جديدة.

وعلى الجملة: بناءً على التقريبين لا مانع من تعلّق المذكورات بغير الملك وليس في المقام إلا الاستبعاد، وهو لا يوجب إلا الظن بالخلاف ولكنّه ساقط بالأدلة النافية للظن ولا سيّما إذا نفته القواعد الشرعية، ولذلك يعمل بكلّ ما هو مقتضى الجمع بين الأدلة فينتج إنّ في الأخماس بناء على عدم تعلّقها إلا بالملك فلا محذور بالالتزام بعدم تعلّقها بالمأخوذ بالمعاطاة بناءً على القول بكونها مفيدة للملك، ولا يرد محذور سقوط الخمس؛ لأنّه متعلّق بالملك، فالتكليف متوجّه إلى المالك دون الآخذ بالمعاطاة.

وأما الزكوات: فبناءً على تعلّق الزكوات بالعين (وكون النصاب مشتركاً بين المالك والمستحقّين سواء أكان الاشتراك على نحو الإشاعة أم على النحو الكلّي في المعيّن) لا شبهة في تعلّقها بالمأخوذ بالمعاطاة، إلا أنّ الذي بيده ليس هو المالك المخاطب بالأداء. ولو قيل: بأنّ الأداء واجب على الآخذ بالمعاطاة دون المالك للسيرة، فهذا هو رجوع إلى السيرة.

نعم بناء على تعلّقها بالذمّة من دون أن تتعلّق بالعين فلا تجب على

الآخذ وكذا بناءً على أنها متعلقة بالعين كحق الرهانة وهكذا بناءً على أنها متعلقة بالعين كتعلق حق الجناية، بناءً على أن يكون بيعها التزاماً بالزكاة في الذمة وإلا فهي متعلقة بالعين حيث وجدت.

وأما الاستطاعة: فبما أن المدار في تحققها هو التمكن من الذهاب إلى الحج فلا دليل على اعتبار الملكية في الزاد والراحلة، فمن كان بيده الزاد والراحلة فهو متمكن (وهذا ما أفاده الشيخ رحمته الله: مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج وتحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك)^١.

ومما ذكر يتضح صفة الغنى المانعة عن أخذ الحقوق الشرعية وهكذا بالنسبة إلى النفقات؛ لعدم الدليل على تعلقها بالملك، بل هي واجبة على الزوج المتمكن إنفاق عياله من أي مال يجوز له أن ينفق منه سواء أكان مباحاً له أو ملكاً له وكذلك بالنسبة إلى الديون.

وأما حق الشفعة: فبما أنه ثابت للملك والمفروض أن المعاطاة لم تؤثر في الملكية ولم يحصل النقل والانتقال بها فلا تثبت حق الشفعة للشريك.

إلا أنه يظهر من الآخوند رحمته الله: إن حق الشفعة متعلق بالمأخوذ بالمعاطاة وإن لم يصر ملكاً للآخذ والإباحة. والوجه: أن موضوع حق الشفعة إنما

هو بيع أحد الشريكين حصّته من غير شريكه سواء أكان ذلك مفيداً للملكية أم كان مفيداً للإباحة^١.

ولكن يرد عليه: إنّ ذلك خلاف ظاهر أدلة الشفعة؛ إذ الظاهر منها اعتبار الملكية في متعلّق حقّ الشفعة مع أنّ موضوع حقّ الشفعة إنّما هو البيع والمعاطاة لا تفيد إلا الإباحة.

نعم يمكن القول بثبوت حقّ الشفعة بشرط تصرّف الطرف أو التلف نظير بيع الصرف والسلم.

وأما حقّ الإفراز والمقاسمة، فلاّنه لا يختصّ بالملك والمالك، بل هو ثابت لكلّ من يجوز له التصرّف في المال المشاع وإن لم يكن مالكاّ له. وأما الميراث: فهو أيضاً لا يتوقّف على الملك، بل موضوعه (ما تركه الميت) والمأخوذ بالمعاطاة مصداق له، مضافاً إلى أنّ موت أحد المتعاطيين مؤثّر في لزوم المعاطاة، ولعلّه بذلك يمكن تصحيح الوصية.

وأما الربا وأنّ القول بالإباحة يستلزم جريان الربا في المباحات، فهو مندفع بأنّ المبحوث عنه في المعاطاة إنّما هو موارد الواجدة لشرائط البيع بأجمعها إلا الصيغة، فالمعاطاة إذا كانت ربوية لم تؤثر في الإباحة لفسادها من ناحية الربا، مضافاً إلى أنّ أدلة الربا جارية في كلّ معاوضة بين المتجانسين مع التفاضل....

١ . حاشية المكاسب (للاخوند رحمته): ص ١٣.

وأما الكلام (فيما ذكره بعض الأساطين) من كون التصرف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه بما تقدّم من الشيخ آنفاً عند قوله: لا بأس بالتزاميه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل ودليل جواز التصرف المطلق وأدلة توقّف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطء والبيع والعتق وشبهها. وقد أوضحنا مراده بأن مقتضى الجمع بين أصالة عدم الملك (أو استصحاب بقاء كلّ من المالين في ملك صاحبه) وما دلّ على جواز مطلق التصرفات (فيما أخذ بالمعاطاة) وكذلك أدلة لا بيع إلّا في ملك...» هو اعتبار أنّما قبل حصول التصرف المخرج عن الملكية فليس التصرف بنفسه مملّكاً، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلة المذكورة وهذا على وزان تصرف ذي الخيار والواهب مع إشكال قد تقدّم منّا والجواب عنه (كما أفاده المحقّق الآخوند^{عليه السلام}).

وما أفاده الشيخ هنا من دعواه ظهور الجواب فيما أفاده آنفاً، فلعل وجهه: أنّه للزوم اجتماع العوض والمعوض في ملك المتصرف لو لم نقل بكون التصرف مملّكاً من جانب مملّكاً للجانب الآخر الذي لم يصدر منه التصرف، فكما أنّ الجمع بين الأدلة يقتضي كون التصرف مملّكاً للمتصرف فكذلك يقتضي كونه مملّكاً للطرف الآخر لئلا يترتب عليه اجتماع العوض والمعوض في ملك المتصرف.