

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره (٤٦)

ثم إنّ للكلام في تحقيق المسألة مجال من جهتين:
الأولى: هل التسليط على المال مع علم المشتري بالغصبية يوجب
رفع الضمان أم لا؟

الثانية: هل التسليط هذا ينافي إجازة البيع؟!
أمّا الأولى: فنقول بأنّ المستند للضمان إمّا قاعدة اليد وإمّا سيرة
العقلاء، وعلى الأول: بعد الغصّ عمّا في سند القاعدة وانجبارها بعمل
الأصحاب - على القول به - فهي تقتضي ضمان جميع الأيدي المسلّطة
على الأموال إلّا فيما تحقّق الاستيلاء بإذن من الشارع كما في باب
اللقطة أو بإذن من المالك.

وعلى الثاني: قامت السيرة على أنّ التسليط المسبوق بعلم الدافع
بالغصب يوجب سقوط الضمان وحقّ المطالبة عند التلف وعكسه فيما
إذا جهل بالغصب، ومن هنا يكون التسليط بإجازة المالك موجب
لضمان القابض إذا أتلفه.

وقد مرّ أنّ المحقّق النائيني رحمته الله التزم بنفي الضمان (في الفرض
المزبور) حينما قال: «أمّا عدم ضمان الغاصب للمشتري فلعدم موافقه
لا اليد ولا الإلتاف ولا الضمان المعاوضي؛ أمّا اليد فلكون استيلائه
على الثمن بتسليم المشتري وتسليطه، وأمّا الإلتاف فلكون المفروض
تلفاً سماوياً، وأمّا الضمان المعاوضي فلكونه بين المشتري والغاصب
بما هو مالک لا بما هو غاصب...»^١.

^١ . المكاسب والبيع ٢: ٢٣٦.

ولكن الإشكال: أن نفيه الضمان المعاوضي مستنداً إلى وقوع المعاملة بين المشتري والغاصب بما هو مالك خروج عن الفرض بعد ما كانت المعاملة الواقعة بين الغاصب والمشتري مع علمه بكون البائع غاصباً واستحالة أن تسليطه على الثمن غير متصف بعنوان من العناوين المعاملية؛ بداهة أن المشتري لم يدفع الثمن للغاصب ليكون ماله من دون عوض وهبة؛ لأن ذلك ينافي ويضادّ قصد الشراء منه، بل هو يدفع ماله باعتبار كونه ثمناً لمعاملته، فلا بدّ إذن من الحكم بالضمان، فما أفاده الشهيد رحمته الله على المحكي من إرجاع المعاملة إلى الهبة ممنوع؛ لوضوح قيام الغاصب بنقل متاع الغير بقصد المعاوضة، فلا وجه للقول بوقوع الهبة من الطرفين بعد كون المشتري يدفع الثمن في قبال المال المغصوب، وهكذا يمنع احتمال كون المدفوع إلى الغاصب إباحة من المشتري، فإنّها موقوفة على قصد الإباحة، وهي أيضاً ممنوعة بعد كون المال المدفوع ثمناً لما يأخذه منه، فيما ذكر ثبت عدم تمامية دعوى التسليط المجاني من المشتري العالم بالغصب في هذه المعاملة.

وقد يجاب عن الإشكال (بعد تسليم كون التسليط مجانياً): بأنّا سلّمنا بناءً على ناقلية الإجازة؛ حيث إنّ الملكية متحقّقة من حين صدور الإجازة وقبلها تحقّق النقل والانتقال، فالتسليط المجاني ثابت بخلاف القول بكاشفية الإجازة التي تكون الملكية بها متحقّقة من حين وقوع العقد.

ولكن الإشكال واضح بعد ما تقدّم من عدم تسليم التسليط تملكياً، إنّ لازم الالتزام والقول بكون التسليط المجاني مفيد للملكية، فلا فائدة في

التفصيل بين الكشف والنقل؛ لأنَّ الإجازة تكون مفيدة بناءً على الكشف فيما إذا لم يتصرّفا في العوضين، وإلا إذا أقدم المالك على بيع ماله أو هبته في الفترة الواقعة بين إنشاء العقد والإجازة، فإجازته اللاحقة تسقط عن قابلية انفاذ العقد... هذا.

وقد يجاب (ثانياً): لو سلّمنا صدق المجّانية في التسليط، إلاّ أنّه لا يتمّ بناءً على النقل؛ حيث إنّ المشتري يسلّط الغاصب على الثمن لا مطلقاً، بل مقيداً بلحوق الإجازة به ليتحقّق بها النقل والانتقال. والإشكال: أنّه لا يصحّ هذا على إطلاقه؛ لأنّ المشتري قد لا يتقيّد بالأحكام الشرعية فحينئذٍ لا يكون التسليط منه صحيحاً لتكون المعاملة صحيحة بعد لحوق الإجازة.

والمتحصّل من كلام الشيخ رحمته الله (من أوّل الشرط الثالث: تعلّق الإجازة بالعقد الواقع على نفس مال الغير أو تعلّقها بعوضه...) وقوع بيع متعدّد لها أولاً وآخراً ووسطاً، فلو أجاز المالك العقد الأوّل فبناءً على الكشف يكون المشتري (في المثال) مالكاً للمتع (أي العبد المشتري بالفرس) ويصحّ بيعه بالكتاب، وكذا بيع المشتري منه إيّاه بدينار؛ لأنّ هذه البيوع واقعة في ملكه، وأمّا بناءً على النقل: فمالكية المشتري الأوّل للعبد متحقّقة من حين الإجازة، فتارة: نقول بعدم اشتراط مالكية المالك المجيز حين العقد، (كما فيما إذا باع شيئاً ثمّ ملكه) صحّ البيوع المترتبة. وتارة نقول بالاشتراط كان باطلاً، فهنا لو أجاز مالك العبد العقد الوسط (بيع العبد بالكتاب) كانت إجازته ردّاً للبيع الأوّل وفسخاً

وملزمة للمجاز ولما بعده على الكشف، وعلى النقل يدور مدار ما قلناه آنفاً.

وأما العقود المترتبة على العوض (وهو الأعم من العوض بلا واسطة وعوض العوض وهكذا) فإجازة المالك للعقد الوسط ملزمة للعقد السابقة عليه؛ لملازمته للملكية السابقة عليه، وكذا بالنسبة إلى العقود اللاحقة؛ لكونها مترتبة على الملكية بالنسبة إليها، ويجري الخلاف هنا على الكشف والنقل كما تقدّم.

وهنا تعرّض الشيخ رحمته الله في الإشكال المطروح في شمول الحكم بجواز تبّع العقود لصورة علم المشتري بالغصب (واستلزام تسليط المشتري الغاصب على الثمن ملكية الغاصب، وإجازة المالك هنا تعدّ إجازة بيع بلا ثمن).

وتحقيق الكلام فيه بعد ما قدّمناه مفصّلاً: من أنّ القول ببطلان البيع المذكور لا يختص بالبائع الغاصب؛ لأنّ المناط علم المشتري بعدم كون المتاع ملكاً للبائع).

فالبحت يشمل «ما لو ماع البائع معتقداً كون المتاع له» ويعلم المشتري خطأ اعتقاده، هذا أولاً.

وثانياً: وجّه الإشكال في كلماتهم (ولا تنفع إجازة المالك مع التلف): بأنّ المشتري مع العلم بغصبية المبيع يكون مسلّطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولذا لو تلف لم يكن له الرجوع مستنداً إلى قاعدة «من أقدم» ومع بقاء المدفوع قيل بالوجهين:

الأول: عدم نفوذ إجازة المالك بعد تلف الثمن بتصرف البائع الغاصب فيه (وكأن تصرفه تلفاً له بسبب فعل المشتري) (المسلط) بدفعه ثمناً عن المتاع، وكأنه هنا أيضاً إقدام منه على ضرر نفسه، فلا يجوز له الرجوع.

الثاني: القول بجواز الرجوع؛ لأن الثمن عوض عن العين المملوكة ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره البيع من المالك، فإذا أجاز جري مجرى الصادر عنه، فدخل الثمن في ملك المبيع ويصح أخذ المبيع للمشتري.

وثالثاً: ما نقله في المتن عن حواشي الشهيد: «إنَّ المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك ربّ العين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدفع إلى البائع، فيتحقّق ملكيّته (الغاصب) للمبيع، فلا يتصوّر نفوذ الإجازة هنا (أي في الملكية المتحقّقة لما اشتراه البائع بالثمن) لصيرورته ملكاً للبائع، وإن أمكن إجازة المبيع (أي البيع الأول الصادر من الغاصب: بما أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة) مع احتمال عدم نفوذها أيضاً (عدم نفوذ الإجازة) لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فلا يكون ثمناً، فلا تؤثر الإجازة في جعله ثمناً، فصار الإشكال في صحة البيع وفي التّبّع، ثم قال: إنّه يلزم من القول ببطلان التّبّع بطلان إجازة البيع في المبيع^١ (لأنّ المشتري قد سلّطه مجّاناً

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٧٢.

والغاصب اشترى به شيئاً فقد أُلِفَ الثمن، فيبقى المبيع الأول بلا ثمن، فلم يبق موضوع لصدور الإجازة من المالك الأصيل، ولأنّ بعد ذلك لا يمكن انتقاله إلى المالك فالإجازة باطلة).

ورابعاً: إنّ الوجه في مالكية الغاصب للثمن وإنّ ليس للمشتري استفادة الثمن الذي أعطاه للغاصب مع العلم بكونه غاصباً: أنّه لولا حصول الملكية لكان للمشتري استفادته بمقتضى قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» فالقول بعدم الاستفادة يكشف عن خروج المال عن سلطنة المشتري، والسبب في ملكية الغاصب له هو لزوم الملك بلا مالك وهو محال.

وخامساً: إنّ المعاملة بين المشتري والغاصب يحتمل ابتنائها على وجوه:

منها: إنّ الغاصب يدّعي ملكية المتاع، والمشتري يدفع إليه الثمن بانياً على كونه مالكاً.

منها: رجاء المشتري تحصيل إجازة المالك.

منها: إنّ دفعه الثمن لا يكون بقصد المعاوضة، بل لغرض الوصول إلى المتاع، فيكون هو الغاصب له بقاءً.

منها: إنّّه أعرض عن ديناره مقدّمة للحصول على المتاع.

منها: وهب الدينار حقيقة وأخذ المتاع.

وفي جميع هذه الاحتمالات يسلم المشتري الثمن وسلط الغاصب عليه.

وسادساً: ما أفاده «الإيضاح» نقلاً عن الأصحاب بأن ليس للمشتري استفادة الثمن وإن كان موجوداً، بل وحتى لو استرجع المالك المتاع، كما أنه ليس للمشتري المطالبة بالبدل في صورة التلف، ولعلّ السرّ في الحكم بعدم الاستفادة هو إعراض المشتري عنه، إلّا أنّ الإشكال في أنّ الإعراض ليس من موجبات الخروج عن الملكية؛ إذ الملكية حكم وضعي شرعي، فوضعه كرفعه بيد الشارع وليس للمكلّف دخل في وضعه وكذا في رفعه، فالقول بأنّ الإعراض عن الملك مسقط للملكية مما ليس له دليل معتمد نعم، الاستيلاء على المال المعرض عنه مملّك، كما نصّ عليه العلامة في «التذكرة»: «لو ترك دابةً بمهلكة فأخذها انسان فأطعمها وسقاها وخلصها تملّكها... ومن طريق الخاصّة عبد الله بن سنان في الصّحيح عن الصادق عليه السلام قال: «من أصاب مالاً أو بغيراً في فلاة من الأرض قد كلّت وقامت وسيّها صاحبها لمّا لم تتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحيّاها من الكلال ومن الموت فهي له»^١. واستدلّ أيضاً بما روي في كتاب اللقطة «للید ما أخذت»^٢ على مملّكية الحيّزة، فالدليل مطلق يعمّ المال المعوّض عنه. وسابعاً: ومع التّنزّل والقول بعدم مملّكية التسلّيط وإنّه مجرد إباحة للتصرّف فمع ذلك لم يكن للمشتري المطالبة ببدل الثمن مع التلف

١ . وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٨، كتاب اللقطة ب ١٣ ح ٢.

٢ . تذكرة الفقهاء ١٧: ٣٠٣.

٣ . وسائل الشيعة ٢٥: ٤٦١، كتاب اللقطة ب ١٥ ح ٢.

عند الغاصب، مضافاً إلى الإجماع المدعى لعدم جريان قاعدة (على اليد) أي ضمان اليد؛ لأنّ موضوعها «ما أخذت» لا «ما أعطيت» كما فيما نحن فيه.

وعدم جريان الضمان المعاملي فلعدم تحقّق موضوع المعاملة؛ حيث إنّ الغاصب لم يلتزم بدفع عوض الثمن من ماله وكذا المشتري لم يجعل العوض على ذمة الغاصب، فإعطاء الثمن بمثابة الهبة الفاسدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

وثامناً: بناءً على القول بمالكية الغاصب للثمن لم يبق موضوع لإجازة المالك (على الكشف والنقل) لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، كما ذكر عن الشهيد عليه السلام. وأمّا بناءً على القول بأنّ التسليط يفيد الإباحة المطلقة فما لم يتلف الثمن ولو باشتراء الغاصب شيئاً يكون للإجازة مجال (على القولين) وأمّا إذا اشترى بالثمن شيئاً فلإجازة مجال (على الكشف) والإباحة باطلة وكذا الشراء؛ لكونهما في ملك الغير. وأمّا بناءً (على النقل) فالبيع الأول باطل والشراء صحيح للغاصب.

وكيف كان لا يعقل الجمع بين القول بأنّ تسليم الثمن للغاصب تسليطه عليه والقول بتأثير الإجازة الواقعة بينهما كشفاً أو نقلاً.

وتاسعاً: قد يقال بأنّ تسليم المتاع من الغاصب للمشتري يكون بقصد التمليك له (مدعيّاً أنّ التمليك أمر اعتباري خفيف المؤونة) وقد لا يكون بقصد التمليك، والمشتري يأخذ المتاع لأنّ يتسلّط عليه ويسلّط الغاصب على الثمن، وهنا لا يكون الغاصب ضامناً؛ لما مرّ من عدم جريان قاعدة الضمان مستنداً إلى قاعدة «من أتلف»؛ بداهة أنّها قاعدة

مصطادة من الحكم في موارد خاصّة، وفي المقام بعد أن سلّطه المالك (أي المشتري) الثمن لا تشملها القاعدة. إلّا أن لا يقصد المشتري تمليكه (أي الغاصب) وإنّما يعطيه ليأخذ منه المتاع ولكنّه بعد استيلاء الغاصب عليه يصير ملكاً له.

وعاشراً: أنّ الظاهر من صورة المفروض في المقام (كون المشتري عالماً بالغصبية) عدم كونه قاصداً للمعاوضة الحقيقية ولا يكون أكثر من أنّها معاوضة صورية، فالمشتري لا يدفع الثمن للغاصب بعنوان أنّه مالك وإنّما يسلمه ليأخذ المتاع منه ولو فرض أنّه قاصد للمعاوضة الحقيقية تكون هذه برجاء إجازة المالك، فيصير الثمن ملكاً له إن أجاز المالك فيكون للإجازة دخل في المعاملة، وإن ردّ المالك لا يبعد القول بأن لا يكون للمشتري أخذ الثمن بناءً على القول بأنّ إعراضه مملّك للغاصب على تقدير عدم الإجازة، وقد مرّ آنفاً.

مسألة: في أحكام الردّ

لا يتحقّق الردّ قول إلاّ بقوله: فسخت ورددت وشبه ذلك، مما هو صريح في الردّ؛ لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكلّ فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف وشبههما، كالعقّ والبيع والهبة والتزويج ونحو ذلك...^١ [١]

[١] أمّا الردّ القولي، فاشترط فيه الصراحة في الدلالة على الردّ (للعقد الواقع من الفضولي) لأنّ مع الصراحة يستصحب بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابلية لحق الإجازة من طرف المجيز، أي هنا استصحاب بقاء اللزوم من طرف الأصيل بعد حكم وجوب الوفاء والالتزام بالعقد في حقّه قبل تحقّق الردّ، وهذان الحكمان (وجوب الوفاء ووجوب الالتزام) يدلّان على بقائهما قبل الردّ الصريح، ومع الشكّ في زوالهما يقتضي الاستصحاب بقاء اللزوم للعقد الواقع.

وأيضاً يقتضي الاستصحاب بقاء قابلية العقد الصادر من الفضولي للحق الإجازة قبل صدور الردّ، وبعد صدور الردّ والشكّ في زوال القابلية وعدمه يقتضي الاستصحاب بقائها.

وأما الردّ الفعلي، فالمستفاد من كلامه تحقّق الردّ بكلّ فعل مخرج للمناع عن ملكيته كالبيع والهبة والعقّ والتزويج، فإنّ بهذه التصرفات يسقط العقد عن قابلية لحق الإجازة؛ لعدم بقاء المحلّ للحق الإجازة المجيز.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٧٧.

وفي المقام جهتان من البحث:

الأولى: في أنه هل للمالك سلطنة على ردّ العقد الفضولي، كما أنه له تصحيح العقد الواقع منه بالإجازة؟ بمعنى أنه هل له إبطاله بالردّ وانتفاء صلاحيته للحقوق الإجازة؟

الثانية: البحث والكلام حول ما يتحقّق به الردّ بعد ثبوت الحقّ له. **أما الجهة الأولى:** في أنّ الموضوع سلطنة المالك هل الإجازة وعدمها أم الإجازة والردّ؟ فبناءً على الأوّل يكونان من باب النقيضين، وعلى الثاني من باب الضدين.

توضيح المرام يتوقّف على تحقيق الكلام في الفسخ والردّ، والظاهر أنّ الردّ ليس مساوياً للفسخ؛ لأنّ الفسخ إنّما يصح انتسابه إلى العاقد دون المالك نعم، للمالك المنع من تحقّق العقد الواقع على ماله بمعنى دفعه أو رفع الأمر الواقع، وبناءً على كون فعله رفعاً فهل هو رفع لأثر العقد الفضولي أو حلّ لأصل العقد، أمّا الأخير (أي حلّ لأصل العقد وفسخه) فليس من شأن المالك كما تقدّم.

وبعبارة أخرى: فهل وزان الحكم (الإمضاء أو الفسخ أو الردّ) في المقام وزان الخيار الثابت في العقد الخياري لمن له الخيار وأنّ متعلّقه الأمران الوجوديان (الفسخ والإمضاء) بمعنى: أنّ السلطنة الثابتة لذي الخيار وقدرته في التصرف يشمل الإمضاء والفسخ، يعني إلغاء العقد، فيكون للمالك الحقّ في إمضاء العقد وإجازته، وكذا له الحقّ في ردّ العقد الواقع من الفضول؟ أم أنّ حقّه (أي المالك) محدود ومقتصور بالإجازة وعدمها؟ ذهب المحقّق النائيني رحمته الله إلى الأوّل مستدلاً عليه:

«بأنّ لازم السلطنة على ماله صحة جميع تصرفاته الوجودية والعدمية، ولا إشكال في أنّ إنشاء تملك ماله من الفضولي تملك إنشائي بوجوده الإنشائي، فللمالك رفعه بمقتضى سلطنته، فكما أنّ سلطنته على ماله تقتضي صحة تملكه الإنشائي كذلك تقتضي ردّ ما أحدث بإنشاء غيره وهو الملكية الإنشائية وعدم تمكّنه من إبطال التملك الإنشائي قسر سلطنته، وهو مناف مع عموم سلطنته فيكون سلطاناً على ردّ ما أنشأه الفضولي كما أنّ له إجازته فيكون طرفا السلطنة أمرين وجوديين، أعني الردّ والإجازة كما في الخيار لا الأمر الوجودي والعدمي أعني الإجازة وعدمها»^١.

ولكنّ الإشكال فيما أفاده: وضوح الفرق بين السلطنة على المال وخيار الفسخ؛ إذ الفسخ يدور أمره بين الضدين (إنفاذ العقد وحلّه) مع أنّ السلطنة يدور أمره بين النقيضين (إمّا أن يجيز وإمّا لا يجيز) هذا مضافاً إلى أنّ ما قام به الفضولي من بيع مال الغير لا يعدّ تصرفاً خارجياً وإنّما هو تملك إنشائي بوجود إنشائي (كما نصّ به في كلامه) فهل هذا التملك الإنشائي يعدّ تصرفاً أم لا؟ تارة يكون هذا النوع من التصرف سبباً لتحقيق الأثر الخارجي، وتارة لا يكون سبباً لذلك.

فعلى الأوّل: يعدّ عند العرف تصرفاً مؤثراً كتصرف المتصرف الذي نافذ أوامره كالسلطان الجائر حيث يرتّب الناس على بيعه الأثر، فإنّ هذا الإنشاء يعدّ تصرفاً.

^١ . المكاسب والبيع ٢: ٢٤٢.

وأما الثاني: لا يرتّب الأثر على الإنشاء المذكور، وقد مرّ أنّ الدليل لسلطنة الناس على أموالهم إمّا الرواية (الناس مسلّطون...) بعد الغصّ عن السند، وهي تدلّ على عدم جواز منع المالك عن التصرف في ماله، وإمّا السيرة العقلائية، وقد مرّ أنّها دليل لبيّ يقتصر فيها على المتيقّن منه والمتيقّن خصوص السلطنة على إيقاع المعاملات بأنواعها دون السلطنة على ردّ المعاملة الفضولية.

فما دلّت عليه السيرة سلطنة المالك على إجازة العقد وعدمها دون ردّ العقد الفضولي وإبطاله، بمعنى: أنّ للمالك حقّ القبول وعدمه دون الإجازة والردّ، فيظهر الإشكال في ما ذهب إليه المحقّق النائي^١.

والصحيح: أنّ الردّ هو عدم الإجازة، والشاهد على ذلك ما في رواية محمد بن قيس المتقدّمة، فإنّه لو كان الردّ رفع العلاقة أو فسخ العقد فإنّها قد ارتفعت وفسخ العقد بأخذ الوليدة وابنها ولم يبق بعد ذلك موقع للإجازة، ولكنّ الرواية صريحة في آخرها «فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه»^١ فالمعنى: أنّه بأخذ الوليدة وابنها أظهر عدم قبوله للبيع، ثمّ لما رأى ذلك إجازة، هذا مضافاً إلى أنّه لو قلنا بأنّ الردّ هو الفسخ كان محتاجاً إلى الإنشاء القولي أو الفعل، لكونه من الإنشائيات.

وأيضاً: لو باع المالك المال بعد العقد الفضولي من شخص آخر ثمّ ردّ العقد الفضولي، فإن كان الردّ بمعنى الفسخ انحلّ العقد الفضولي،

^١ . وسائل الشريعة ٢١: ٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والإماء، ٨٨، ح ١.

وإن كان بمعنى عدم الإجازة أمكن للمشتري من المالك إجازة العقد الواقع من الفضولي بناءً على كفاية المالكية حين الإجازة.

وأما قوله عليه السلام (الشيخ) لأصالة بقاء اللزوم، ففيه: فيما أنه يشترط في المستصحب أن يكون حكماً شرعياً أو موضوعاً للحكم الشرعي، والقبالية ليست منهما، فالحق عدم جريان الاستصحاب هذا. أما الجهة الثانية، وهي البحث عما يتحقق به الردّ قولاً وفعلاً: (بناءً على مسلك المشهور من عدم مؤثرية الإجازة بعد الردّ؛ لأنه ينفي قابلية العقد لتحمل الإجازة اللاحقة).

قد مرّ نقل كلام الشيخ عليه السلام بالتزامه بتحقيق الردّ باللفظ الصريح حيث قال: «فسخت ورددت وشبههما مما هو صريح في الردّ...» ومن هذا التقييد يستفاد عدم تحقق الردّ وإمكان لحوق الإجازة بعده حتى إذا كان اللفظ ظاهراً لأنّ المانع عن إمكان لحوق الإجازة هو اللفظ الصريح وعمدة المستند لدعواه (عدم قدرة اللفظ غير الصريح واعتبار الصراحة) أصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز، أي استصحابهما.

توضيح ما أفاده عليه السلام من «أنّ الأصل بقاء اللزوم»: أنه يجب على الأصيل الوفاء بالعقد، وعند الشكّ فيما يتحقق به الردّ فالمرجع استصحاب بقاء اللزوم عليه.

ونوقش فيه: بأنّا تارة نقول بعدم تحقق العقد قبل لحوق الإجازة وما هو الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد المسبّب فالقول بالتزام الأصيل من

جهة واحدة وطرف واحد ممّا لا دليل عليه. وتارة نقول بلزوم الوفاء من طرف الأصيل (وإن لم يتحقّق العقد) فعليه أيضاً يشكل التمسك بالأصل المذكور (أي الاستصحاب) لأنّه قد مرّ أنّ موضوع وجوب الوفاء (في الآية الشريفة: أوفوا بالعقود) هو العقد والاستصحاب متفرّع و موقوف على إحراز الموضوع، فعند ما شكّ في تحقّق الموضوع يكون التمسك بدليل الاستصحاب تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية (لتقوم جريان الاستصحاب بإحراز القضية المتيقّنة والمشكوكة) هذا مضافاً إلى أنّه لو شكّ في تأثير اللفظ في الردّ لا مجال بجريان دليل وجوب الوفاء؛ للشك في إحراز موضوعه، فلا يصحّ دعوى استصحاب الحكم المذكور.

أمّا الكلام في استصحاب قابلية الموجود من طرف المجيز (أي قابليته الموجودة قبل صدور لفظ الردّ).

فقد نوقش فيه أيضاً: بأنّ الثابت (في باب الاستصحاب) وجوب كون المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعياً للحكم الشرعي والقابلية المذكورة في كلام الشيخ (أي قابلية العقد الفضولي للحقوق الإجازة أو قابلية المجيز لذلك) فهل هي يعدّ من المجعولات الشرعية؟

ما يستفاد من الأدلّة الشرعية كقوله عليه السلام: «فإذا أجاز له جائز»^١ أنّها عنوان انتزاعي للسلطنة على إجازة العقد للمالك وأنّ الإجازة من شؤون المالك واختصاصاته بمعنى: أنّه كما جعل للمالك جواز بيعه ماله

^١ . وسائل الشيعة ٢١: ١١٤، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٢٤، ح ١.

وأُنحاء التصرفات كذلك جعل له إجازة العقد الواقع على ماله فضولة،
فإذن يشكل القول بأنّ في المقام قابلية مجعولة له من طرف الشارع (في
العقد الفضولي) حتى يستصحب (كما ادّعاه الشيخ رحمته الله) بل الثابت
بحسب المستفاد من الأدلّة أنّ المجعول في العقد الفضولي قضية
شرطية وتعليقية وهي أنّه إذا أجاز المالك جاز العقد.

فلا مجال للاستصحاب إلّا على نحو التعليق بأنّ يقال: «إنّ العقد كان
جائزاً قبل صدور اللفظ المشكوك دلالاته على الردّ، فمقتضى
الاستصحاب بقاءه».

وبعبارة واضحة تندرج القضية المذكورة في القضايا التعليقية «العنب
إذا غلى يحرم».

فالنتيجة: تارة يكون اللفظ صالحاً لأنّ ينشأ به الردّ (كالألفاظ
الصريحة) فحينئذٍ لا شك في انفساخ العقد به، وتارة ليس في اللفظ
صلاحية ردّ العقد، فحينئذٍ لا شك في بقاء العقد وعدم انفساخه، وتارة
يشك في صلاحية اللفظ للدلالة على الردّ وعدمها، فحينئذٍ تقتضي
القاعدة عن دلالة الأصل الحكمي، ومع بطلانه تصل النوبة إلى الأصل
الموضوعي بأنّ يقال: إنّ المتيقّن بقاء العقد إلى قبل صدور اللفظ
المشكوك دلالاته على الردّ، وبعد صدوره يشك في البقاء والزوال، فهنا
يفيد الاستصحاب بقاء الوجوب وكذا القابلية، إلّا أنّ بعد التشكيك في
جريان هذا الأصل لم يبق دليل لإثبات اللزوم والوجوب، هذا بالنسبة
إلى الردّ القولي.

وأما الردّ الفعلي، فعن النائني رحمته الله: «فقد وقع الخلاف في وقوع الردّ به وعدمه، ولكنّ التحقيق عدم الخلاف في وقوعه به على تقدير كون الفعل مصداقاً للردّ، وإثماً الخلاف في وجود فعل يصدق عليه الردّ، وبعبارة أخرى النزاع صغروي لا كبروي»^١.

وبالجملة: أنّ دعوى عدم تحقّق الردّ بالفعل ممنوعة؛ لأنّ المعيار في التأثير وعدمه هي السيرة العقلانية مع عدم ردع من الشارع، والمرتكز عند العقلاء والعرف عدم التفريق بين القول والفعل، واختصاص تحقّق الردّ بخصوص القول ممّا لا وجه له.

والعمدة: البحث عن الصغرى وهي الفعل الذي يتحقّق به الردّ، وعن النائني رحمته الله بعد أن أثبت وقوع الردّ بالفعل ناقش في وجود فعل يصدق عليه الردّ قائلاً: «...وذلك بعد ما تكرر مراراً من لزوم كون الفعل الذي يراد إيجاد مقولة به مصداقاً لتلك المقولة بحيث يحمل تلك المقولة عليه بالحمل الشائع الصناعي، مثل التسليط الخارجي في باب المعاوضة الذي قلنا سابقاً أنّه بيع، وبعد إجراء النزاع في الصغرى نقول: الظاهر عدم وجود فعل يكون مصداقاً لهدم ما أنشأه الفضولي وردّه، وليس قصد الردّ كافياً مع إيجاد فعل مطلقاً ولو لم يكن الفعل مصداقاً للردّ ولم يحمل عليه الردّ حملاً صناعياً، كما أنّه لا يكفي قصد البيع مع إيجاد فعل كالوثبة الذي لا يكون مصداقاً للبيع»^٢.

١. المكاسب والبيع ٢: ٢٤٣.

٢. المكاسب والبيع ٢: ٢٤٣-٢٤٤.

والإشكال على ما أفاده من إنكاره عدم وجود فعل يعدّ مصداقاً للردّ وهدم ما أنشأه الفضولي واضح بعد ما سلّمنا أنّ المالك له أن يؤيدّ بفعله ما أقدم عليه الفضولي ويقبل ذلك منه إمضاءً لما فعله، فكذلك لو فعل فعلاً يشعر ويدلّ على ردّه العقد ورفضه ويكون ذلك عند العرف ردّاً فعلياً.

بقي الكلام في التصرفات الصادرة عن المالك الأصيل في الفترة بين العقد والإجازة، ولوضوح الكلام في المقام ينبغي أن يعلم أنّ التصرف من المالك في المتاع تارة يكون من التصرفات الناقلة، أي يؤدّي إلى نقل العين عن ملكيته وانتقالها إلى الغير، كما في البيع والهبة والوقف، وتارة يتصرّف في المنفعة دون العين كما في الإجازة والعارية. وتارة يكون تصرّفه مستلزماً لثبوت حقّ الغير في العين كما في الرهن فإذن تكون العين متعلّقة بحقّ الرهانة.

أمّا التصرف الناقل فهو ينقسم إلى ما لا يمكن رجوع العين إلى المالك مرةً أخرى وما يمكن رجوعه إلى المالك، وفي هذا القسم تارة يكون من مقولة البيع الخياري، وبإعمال الخيار يرجع إلى المالك، وتارة يكون المالك وهب ماله بغير ذي رحم بغير عوض ولم يتصرّف المتّهب في العين ثمّ رجع المالك فيه.

وبالجملة: يدور البحث هنا عن حكم التصرفات الناقلة للملك فيما إذا كان تصرّفه مانعاً عن رجوع المالك في ماله وإعادته، كما لو باعه أو صالحه أو وهبه بذي رحم... فهل هذه التصرفات تعدّ ردّاً ولا يمكن لحقوق الإجازة بعدها؟

لا إشكال في أنه لو التزمنا بأن التصرف الناقل يعدّ ردّاً للبيع الفضولي تكون الإجازة بعده من الإجازة بعد الردّ والمشهور قائل بعدم تأثير هذه الإجازة في تصحيح العقد، وفي قبال قولهم (بعد القول بطلان ما ذهب إليه المشهور) قول بأنّ مثل هذا التصرف لا يعدّ ردّاً؛ لأنّه من الأمور القصدية الإنشائية، كالإجازة فهو (أي الردّ) لا يتحقّق إلاّ بالقصد والإنشاء، والبيع بنفسه لا يعدّ إنشاء ليتحقّق به ردّ المعاملة الفضولية؛ لإمكان أن يقصد بيع ماله من دون أن يقصد بإنشائه ردّ العقد الفضولي نعم، لا يمكن الجمع بين الحكم بصحة تصرف البائع (لبيعه) وصحة العقد الفضولي، ومع ذلك لا يعدّ البيع المذكور أو الصلح أو الهبة... وتملك ماله بعوض وإبرازه ردّاً للبيع الفضولي. وغاية ما يفيد أنّه إنشاء الضدّ، وما هو الثابت أنّ إنشاء الضدّ لا يعدّ ردّاً لإنشاء الضدّ الآخر ولا مبرزاً لكراهيته عنه؛ حيث إنّ النسبة بين الردّ المعاملات الناقلة هي نسبة العموم والخصوص.

فتارة يتحقّق الردّ مع عدم وجود معاملة ناقلة، وتارة يتحقّق المعاملة الناقلة من دون أن يقصد بها العقد الفضولي، وثالثة يجتمعان، وهذا فيما إذا كان المالك قاصداً للردّ بنفس المعاملة الناقلة، وهنا بعد اتّضح هذه النسبة بين المعاملات الناقلة والردّ، يبحث عن أنّ هذا التصرف هل يترتّب عليه سلب القابلية عن الإجازة اللاحقة بمصحّحية العقد الفضولي وهل له القدرة على ذلك أم لا؟

ذهب المحقق النائيني رحمته الله إلى عدم مؤثرية الإجازة اللاحقة بعد التصرف الناقل الصادر من المالك مستدلاً: بأن التصرف يوجب تفويت الإجازة عن قابلية الحقوق ويسلب عنها القدرة على تصحيح العقد الفضولي؛ لأن الإجازة يجب أن تصدر ممن له الحق في ذلك، فالمالك بعد قيامه بالتصرف الناقل قد أسقط حقه المذكور، فلم يبق بعد ذلك مجال لإجازته بالبيع ثانياً فهي ساقطة.

ومحصّله: أن دليل السلطنة يكون نفوذها وجريانها يدور مدار بقاء العلة بين المالك المجيز والعقد الفضولي، وبالتصرف الناقل في الفترة بين العقد والإجازة يزول نفوذه ويصير أجنياً، فلا اعتبار بإجازته، وفي المقام قول ببطلان التصرف الناقل وكون الإجازة بناءً على الكشف مؤثرة واستدلّ أولاً بصحيفة أبي عبيدة الواردة في الزوجين الصغيرين زوجهما وليّهما، فمات أحدهما، ثم أجاز الآخر النكاح، وحكم الامام عليه السلام بثبوت الإرث للحي من الميت.

بتقريب: أن موافقة الحي بالنكاح السابق تعدّ إجازة مع أنها صادرة ممن ليس له قابلية الإجازة لصدورها بعد حيولة الموت وانتفاء موضوع النكاح، فحيث اعتبرها الإمام عليه السلام (أي الإجازة من الحي) وجعلها كاشفة عن صحة النكاح السابق، فالإجازة بعد المعاملة الناقلة أولى بأن

^١ . المكاسب و البيع ٢: ٢٤٥.

يكون كاشفة عن صحة العقد الفضولي فضلاً عن أنّ تأثير الإجازة في بطلان ملكية المالك لا يكون أقوى من تأثير الموت في البطلان. وأشكل فيها: بأنّها تختص بقضية معيّنة ولا يجوز التعديّ عنها وتعميم الحكم بغير باب النكاح.

وثانياً: ما استدللّ به المحقّق الأصفهاني رحمته الله بقوله: «وأما على الكشف بنحو الشرط المتأخّر المصطلح عليه، فصحة العقدین معاً مستحيلة؛ إذن لا يمكن أن يكون المال في زمان العقد الثاني ملكاً للمشتري من المالك وللمشتري من الفضول بإجازة المالك، فلا بدّ من رفع اليد عن أحدهما وحيث إنّ المفروض تأثير العقد من حين صدوره بالإجازة المتأخّرة التي هي شرط متأخّر يؤثّر في ما قبله، فلا محالة لا يعقل أن تكون الملكية المتصلة بحال الإجازة شرطاً في تأثير الإجازة وإلاّ لزم الخلف أو الانقلاب، فالملكية المتصلة بحال العقد كافية في صحة الإجازة من المالك، فمقتضى تأثير العقد المجاز تامّ ثبوتاً وإثباتاً، فلو لم ينفذ البيع الثاني الصادر من المالك كان على وفق القاعدة؛ لأنّه بيع وارد على بيع مال الغير ولا ينفذ إلاّ ممن له البيع، بخلاف ما إذا قلنا بعدم نفوذ العقد المجاز، فإنّه تخصيص بلا وجه، فيدور الأمر بين التخصّص والتخصيص بلا وجه أو بوجه دائر؛ لأنّ صحة العقد الثاني متوقّفة على بقاء المال على ملك البائع حال بيعه، وهو متوقّف على عدم صحة العقد المجاز، وهو متوقّف على عدم كون المال ملكاً له، مع أنّه لا مخرج له عن ملكه إلاّ العقد الثاني، فيدور بخلاف العقد المجاز، فإنّه يكفيه الملكية المتصلة بحال العقد المجاز، والعقد الثاني لا يزيل

الملكية المتصلة بحال العقد المجاز، بل يزيل الملك المتصل بحال الإجازة وهو غير لازم...»^١.

وفي كلامه أمور تحتاج إلى البيان والتوضيح:

الأول: ما قاله: «...بنحو الشرط المتأخر المصطلح عليه» أي تأثير الإجازة (التي هي الشرط المتأخر) في العقد الواقع من الفضول برغم تأخرها وأنه لا مانع من ذلك لمعقولية هذا في الأمور الاعتبارية.

الثاني: ما قاله: «...فصحّة العقدین معاً مستحيلة» وذلك لاستلزام ذلك توارد المالكين على مال واحد في زمان واحد؛ بدهة أن المالك لما قام على إنشاء البيع الثاني يكون المشتري منه هو المالك، مع أن الفضول باعه لآخر وصار هو المالك، وهذا هو التوارد المذكور، فلا بد من رفع اليد عن أحدهما.

الثالث: بيانه بعد ذلك لتقديم العقد الفضولي على عقد المالك المجيز وحاصله: أن كاشفية الإجازة بمعنى اعتبار العقد من حين صدوره بالإجازة اللاحقة التي هي تعد شرطاً متأخراً مؤثراً فيما قبله، فعلى هذا لو التزمنا بشرطية الملكية ودوامها إلى حين الإجازة يكون لازمه عدم انتقال المال إلى الفضولي من حين العقد، فيستلزم الخلف بعد فرض كاشفية الإجازة الدالة على لزوم انتقال المال إلى الفضول من حين إنشاء العقد (وهذا مراده من القول: ... وإلا لزم الخلف والانقلاب) والمراد من الانقلاب هو الكشف الانقلابي؛ لأنه لو فرض كون العين

^١ . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني رحمه الله) ٢ : ٢٧٤ - ٢٧٥.

ملكاً للمجيز، فإنّ انقلاب ملكيته من حين الإجازة يعدّ مخالفاً؛ لأنّ معنى الكشف الانقلابي تبدّل الاعتبار من حين صدور الإجازة مع أنّه تعتبر الملكية للمشتري من حين العقد، ولأجل الفرار عن هذا الإشكال قال: «فالملكية المتصلة بحال العقد كافية في صحة الإجازة من المالك».

فالنتيجة: تمامية اقتضاء تأثير العقد المجاز ثبوتاً ولذا قال: «فمقتضى تأثير العقد المجاز تامّ ثبوتاً وإثباتاً» لما أثبت أنّ الملكية إلى حين العقد كافية لصحة الإجازة ولولاها يحصل الخلف أو الانقلاب (هذا من جهة الثبوت).

وأما إثباتاً، فلاّته مع ثبوت المقتضي يثبت بمقتضى دلالة الآية؛ حيث إنّ الآية تفيد وجوب الوفاء حينما تحقّق العقد (بعد صحة الإجازة).

الرابع: أنّه بعد ما أثبت نفوذ العقد الفضولي بالإجازة اللاحقة وأنّه موافق للقاعدة ثبوتاً وإثباتاً قال: «فلو لم ينفذ البيع الثاني الصادر من المالك كان على وفق القاعدة» معلّلاً بقوله: «لأنّّه بيع وارد على مال الغير»؛ لأنّ بعد أن قلنا بتمامية العقد الفضولي بدلالة الآية ودخول المال في ملك المشتري منه فهنا إقدام المالك المجيز على بيع هذا المال يعدّ تصرفاً في مال المشتري، فيكون القول بعدم صحته معاملته على وفق القاعدة. هذا بناءً على القول بنفوذ العقد المجاز.

الخامس: قوله: «بخلاف ما إذا قلنا بعدم نفوذ العقد المجاز، فإنّّه تخصيص بلا وجه، فيدور الأمر بين التخصيص والتخصيص بلا وجه أو بوجه دائر» وهنا أراد بيان أنّ القول بعدم نفوذ العقد المجاز يترتب عليه

إشكال، وهو أنّه بعد تمامية القول باقتضاء صحة العقد المجاز ثبوتاً وإثباتاً، فحينئذٍ لازم القول بعدم نفوذ العقد المجاز وخروجه عن تحت مدلول الآية، يستلزم تخصيصاً بلا وجه معقول، بخلاف ما إذا التزمنا بخروج البيع الثاني (أي بيع المالك) فإنّه يكون خروجه عن الآية معقولاً لأنّه بعد تصحيح العقد الأوّل (بالإجازة)، وصيرورة المبيع ملكاً للمشتري وخارجاً عن ملكية المجيز، يكون معاملة المالك باطلة ولا تشملها عموم الآية وخارجة عنها بالتخصيص.

فالأمر يدور بين التخصيص والتخصيص بلا وجه، والتخصيص بوجه دائر أمّا التخصيص فقد حقق (أنّ خروج البيع الثاني من تحت عموم الآية يكون بالتخصيص، لعدم صدق العقد عليه بعد صيرورة المبيع ملكاً للمشتري من الفضولي) ولو لم نلتزم به، أمّا القول بالتخصيص وقد مرّ أنّه باطل؛ لمخالفته مع القواعد العامة وهو غير معقول.

وأما القول بالتخصيص على وجه دوري باطل، فقد صرح بذلك «لأنّ صحة العقد الثاني متوقّفة على بقاء المال على ملك المالك البائع حال بيعه» لأنّ من المعلوم: إنّ فاقد الشيء لا يمكن أن يكون معطياً له، إلّا أنّ هذا «متوقّف على عدم صحة العقد المجاز وهو متوقّف على عدم كون المال ملكاً له، مع أنّه لا مخرج للمال عن ملك المالك المجيز إلّا العقد الثاني وهذا هو الدور؛ لأنّ عدم صحة العقد الثاني متوقّف على صحة العقد الثاني».

ثمّ إنّّه استنتج صحة العقد الفضولي المجاز مشمولاً لعموم آية الوفاء وخروج العقد الثاني عن عموم الآية بالتخصيص.

وفي كلامه مواقع للنظر:

الأول: إنّ ما أفاده من استلزام القول بأنّ الملكية إلى حين الإجازة يعد شرطاً لصحة الإجازة، مستلزم للخلف مع فرض كاشفية الإجازة الدالة على لزوم انتقال المال إلى الفضولي من حين إنشاء العقد فلا يعقل أن يكون الملكية المتصلة شرطاً في تأثير الإجازة ...) ومعلوم: أنّه أراد بهذا البيان عدم بقاء الملكية للمالك الأصلي وعدم شرطيته لتأثير الإجازة، فعلى هذا لا يجوز له الإقدام في هذه الفترة على البيع ثانياً من قبل نفسه لأنّ هذا (بقاء الملكية إلى حين لحوق الإجازة) مستلزم للخلف بعد فرض القول بأنّ الإجازة كاشفة عن تحقّق الانتقال إلى الفضول من حين إنشاء العقد، والإشكال عليه أنّ ما يخالف كاشفية الإجازة لزوم القول بتحقّق الملكية الفعلية عند الإجازة، وهذا هو الذي يتنافي مع الكاشفية، وأمّا إذا قلنا باعتبار ملكيته بالملكية التعليقية، بمعنى: أنّه مالك لولا الإجازة فلا معنى للزم الخلف، بداهة أنّه لو لم يجز يكون ملكية المالك الأصيل باقياً والمفروض أنّه أقدم على بيع ماله في هذه الفترة أي قبل الإجازة، فلا مانع لصحة بيعه فيصير إجازته بالنسبة إلى العقد الفضولي باطلة.

الثاني: إنّ ما أفاده من استلزام الدور حينما صرّح بأنّ القول بصحة العقد الثاني متوقّفة على بقاء المال على ملك المالك الأصيل حال بيعه وهذا متوقّف على عدم صحة العقد المجاز وعدم صحة العقد المجاز موقوف على عدم كون المال ملكاً له، مع أنّه لا مخرج للمال عن ملك

المالك المميز إلا العقد الثاني وهذا هو الدور، أي عدم صحة العقد الثاني متوقف على عدم صحة العقد الثاني.

والإشكال: إنَّ المضادة المذكورة بين صحة العقد الفضولي وصحة العقد الثاني لعدم إمكان الجمع بينهما فيجب بقاء أحدهما وانتفاء الآخر مسلمة إلا أنَّ صحة العقد الثاني لم يكن متوقفاً على عدم صحة العقد المجاز (الفضولي) بل هي ملازمة لها بداهة ملازمة كل ضد وجوداً مع عدم الضد الآخر وليس هذا بمعنى عدم الضد الآخر حتى يستلزم الدور المحال.

فالنتيجة: إنَّ الشرط اللازم لصحة العقد المجاز (الفضولي) معدوم وهو المالكية لولا الإجازة والمالك بعد قيامه بالبيع (في الفترة) لا يعدّ مالكاً لولا الإجازة فيكون عدم صحة العقد المجاز مستنداً إلى عدم وجود شرطه.

وعلى الجملة: إنَّ ظاهر ما تقدم في العقد الفضولي مؤثرة الإجازة من المالك لولا صدر عنه التصرف بين العقد والإجازة على نحو يوجب ذلك خروجه عن المالكية وصار بالنسبة إلى المال كالأجنبي فيكون إجازته ملغاة.

بقي الكلام في الوجه الثالث، وهو ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته الله : إنَّه «ليس المقام من قبيل دليلين تعارضاً يجتمع بينهما بمثل ذلك فإنَّ خطاب «أوفوا» إنَّ توجه إلى عقد المالك لم يبق موقع لتوجهه إلى إجازته لعقد الفضولي حتى يلتجأ إلى الجمع بين الخطابين بذلك ففي كليات الفروض المنافاة بين الصحتين الأمر دائر بين صحة عقد المالك

وصحة إجازته فكل منهما فرض صحيحاً بطل الآخر لكن عقده صحيح على القول بالنقل، لأنه عقد صدر عن أهله في محله لبقاء ماله على ملكه فيشملة أدلة صحة تصرّفات المالك.

فلا يبقى موضوع لنفوذ إجازته لخروجها عن كونها إجازة المالك وإجازته صحيحة على القول بالكشف لكشفها عن سبق خطاب «أوفوا» بالنسبة إلى العقد الصادر من الفضولي فيكون النقل حاصلاً حينه فلا يبقى موضوع لصحة عقده لانكشاف كونه عقد غير المالك»^١.

والإشكال عليه واضح بعد ما تقدم في كلام المحقق الإصفهاني: من أنه توجه الخطاب إلى المجيز من حين وقوع العقد مع فرض الإجازة ولكنه بعد قيامه بالبيع (في الفترة) لم يعد مالاً بعد فرض عدم الإجازة حتى يشمله الخطاب وإن موضوع وجوب الوفاء لم يكن متحققاً من حين العقد فلا وجه لتوضيح صحة الإجازة على البيع الصادر في الفترة باعتبار اسبقية الفضولي، فالمتجه هو الحكم ببطالان الإجازة.

بقي الكلام في التصرف غير المخرج عن الملك - كاستيلاء الجارية وإجارة الدابة وتزويج الأمة - فهو وإن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه، إلا أنه مخرج عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد، لأن صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة، وإذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة.

^١ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمه الله) ١: ١٤٥.

والحاصل: أنّ وقوع هذه الأمور صحيحة مناقضة لوقوع الإجازة لأصل العقد فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً فلا بدّ من امتناع وقوع الآخر...» أو ابطال صاحبه أو ايقاعه على غير وجهه وحيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول وبالجمله: كل ما يكون باطلاً على تقدير لحوق الإجازة المؤثرة من حين العقد فوقوعه صحيحاً مانع من لحوق الإجازة لامتناع اجتماع المتنافيين^١.

أقول: المراد من التصرفات غير المخرج عن الملك وعدم نقل العين تارة يتحقّق باستيلاء الأمة المبتوعة فضولة قبل الإجازة، وتارة بإجارة العين، وتارة بالتصرّف الذي يؤدي إلى ثبوت حق الغير... .
أمّا الأول: فالكلام فيه موقوف على أنّ الاستيلاء يؤدي إلى بطلان الإجازة وزوال قابليتها في التأثير وعدمه:
وكلمات الأعلام مختلفة، تارة نقول بعدم قابلية أمّ الولد للتلميك إلى الغير مطلقاً فيكون الإجازة باطلة.

وتارة نقول بأنّ الممنوع بيعها لا تملكها بالإجازة مؤثرة.
وأما الثاني: بأنّ أجار المالك عينه المبتاعة بالبيع الفضولي (في الفترة بين البيع والإجازة): ما يظهر من كلام الشيخ رحمته الله إنّ الإجازة (الصادرة من المالك) موجبة لتفويت العقد الفضولي عن قابلية لحوق الإجازة فيكون الإجازة باطلة، والدليل على هذا: إنّ مقتضي البيع الواقع (من الفضولي) انتقال العين نفسها ومنافعها تبعاً للعين إلى المشتري

^١ . كتاب مكاسب ٣: ٤٧٧.

بالإجازة، فإذا قام المالك (في الفترة) بإجارة العين ثم أجاز البيع (أي العقد الأول) يوجب ذلك عدم تعلق الإجازة بما وقع من الفضولي فيكون باطلة.

إلا أن الإشكال هنا (كما عن السيد الخوئي رحمته الله وغيره): إن نقل المنافع غير مندرج في حقيقة البيع (لأن حقيقة البيع إما تبديل طرفي الإضافة أو تمليك العين بعوض) فما وقع عليه إنشاء الفضولي ملكية العين نفسها والإجازة متعلقة لها، ولذلك لا مباينة بين ما هو الواقع وما تعلق به الإجازة، نعم، أقدم المالك في هذه الفترة على إجارة العين (وهي بمعنى سلب المنفعة عن العين في مدة معينة) وهذا لا ينافي صحة الإجازة اللاحقة، فعلى هذا لا بأس بالقول بصحة الإجازة وكذا الإجازة معاً لعدم التباين والتنافي بينهما وهنا في النهاية يمكن القول بثبوت الخيار للمشتري لأنه اشترى الدار بشرط المنفعة، وبعد صيرورتها مسلوقة المنفعة ولو في مدة معينة يكون المبيع معيوباً فيثبت له الخيار.

نعم، إذا استلزم التنافي المذكور أي المناقضة لوقوع الإجازة كما إذا أجر الفضولي داره من الغير لمدة معينة ثم أجرها المالك (في الفترة) بمثل هذه المدة ثم يجيز العقد الأول فهذا يحكم ببطالان الإجازة للمنافات بين العقد الصادر من المالك مع العقد الأول من الفضولي لأن العقد (الثاني) الصادر لم يبق موضوعاً لإجازة الأول لعدم بقاء المورد (أي تمليك المنفعة) للإجازة.

وأما الثالث: من التصرفات غير الناقلة المؤدية إلى ثبوت حق الغير كالرهن، فهل يمنع ذلك عن الإجازة للبيع الواقع من الفضولي أو أن للمالك الراهن أن يجيز العقد الفضولي؟

وهذه المسألة مبنية على تنقيح المرام في باب الرهن وممنوعة تصرف كل من الراهن والمرتهن في العين المرهونة، أما المرتهن فعدم جواز تصرفه معلوم، لأنّ العين مال الغير وهي عنده وثيقة ولا يحقّ له التصرف، إلا فيما بلغ عنده الأجل وطالب المديون واستنكف فحينئذٍ بعد مراجعة الحاكم (وإنّه ولي الممتنع) له استيفاء حقه من العين، وأما الراهن فهو ممنوع التصرف إذا عدّ تصرفه منافياً مع حق المرتهن فيكون بيعه باطلاً.

نعم إذا استند في المنع عن التصرف له بالنبي صلّى الله عليه وآله المشهور «الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف»^١ يحكم ببطان بيعه، وأما لو قلنا بضعف المستند وعدم كون تصرفه منافياً لحق المرتهن، لا وجه للحكم ببطان بيع الراهن، لأنّ حق المرتهن باق من جواز المطالبة واستيفاء حقه من العين عند الامتناع وإن كانت العين منتقلة إلى الغير.

فالمتحصل صحة الإجازة للعقد الفضولي والقول بثبوت الخيار (خيار العيب للمشتري) حيث إنّ العين المنتقلة إليه معيوب لكونها متعلقة لحق الغير هذا، وأما لو قلنا بما التزم به المشهور من كون البيع والتصرفات المنتقلة منافياً مع حق الرهانة فلا يجوز بيع المرهونة إلا بعد

^١ . مستدرک الوسائل ١٣: ٤٢٧، كتاب الرهن، ب، ١٧، ح. ٦.

الاستيذان (من المرتهن) إذ أقدم المالك برهن العين يكون ذلك سبباً لانتفاء موضوع الإجازة وعدم تأثيرها بداهة أنّ تأثير الإجازة منوطة صدورها من المالك له أن يبيع ويتصرّف وإذا رهن المالك ماله قد أزال قدرته على البيع فالإجازة المتأخّرة غير مؤثّرة وباطلة والمسألة محتاجة إلى التأمل والتحقيق في كتاب الرهن.

«نعم لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى واللبس، كان عليه أجرة المثل إذا أجاز فتأمل»^١.

[١] ظاهر كلامه ثبوت الأجرة على المالك على الكشف (لأنّه بناءً عليه يكون نماء المثلن للمشتري ونماء الثمن للبائع قبل الإجازة) وقد مرّ، وأمّا بناءً على النقل فلا وجه للحكم بثبوت الأجرة؛ لأنّ المالك هو المتصرّف في ماله، فلا تصير بتصرّفه مشغولة الذمّة للغير، ولعلّ وجه التأمل هو ما ذكرناه.

«بقي الكلام في التصرفات غير المنافية لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع والبيع الفاسد، وهذا أيضاً على قسمين: لأنّه إمّا أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله، وإمّا أن يقع في حال عدم الالتفات.

أمّا الأوّل فهو ردّ فعلي للعقد... وأمّا الثاني، فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به...»^٢. [١]

^١. كتاب المكاسب ٣: ٤٧٨.

^٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩-٤٨٠.

[١] واستدلَّ الشيخ رحمته الله لما اختاره في القسم الأول (أي وقوعه حال الالتفات) وهو الحكم بالردِّ «وإنَّه ردٌّ فعلي للعقد» ولذا يمنع عن لحوق الإجازة بقوله: «والدليل على إلحاقه بالردِّ القولي - مضافاً إلى صدق الردِّ عليه فيعمّه ما دلَّ على أنَّ للمالك الردَّ مثل: ما وقع في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه، وما ورد في من زوّجته أمّه وهو غائب من قوله عليه السلام: إن شاء قبل وإن شاء ترك...».

مضافاً إلى فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطء والبيع والعق، فإنَّ الوجه في حصول الفسخ هو دلالتها على قصد فسخ البيع...»^١.

فالوجه المستدلّ في كلام الشيخ رحمته الله - مضافاً إلى الإجماع - عديدة منها: أنَّ هذا التصرف من المالك يعدّ ردّاً فعلياً.
منها: النصوص الواردة في نكاح العبد وكذا في من زوّجته أمّه وإنَّها تقتضي صحة الردّ.

منها: «أنَّ المانع من صحة الإجازة بعد الردِّ القولي موجود في الردِّ الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الردِّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد...».

ولكنَّ الإشكال في الوجه الأول: إنَّه قد مرَّ أنَّ الردَّ من الأمور الإنشائية والإيقاعات، وأنَّ تحقّقها موقوفة على الصدور عن القصد ومجرد تعريض المال للبيع لا يعدّ ردّاً فعلياً للعقد السابق الفضولي.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩-٤٨٠.

وبعبارة واضحة: أنّ القول بدلالة التعريض للبيع على الفسخ والردّ مشكل جدّاً؛ لأنّ التعريض ليس بمصداق لإحدى الدلالات (المطابقة والتضمنية والالتزامية) لأنّ الدلالة هي الظهور لفظاً أو عملاً ودلالة الظواهر دلالة تصديقية تابعة للإرادة فما لم يقصد بفعله (من التعريض أو البيع الفاسد) لم تتم دلالته على الردّ وبعد كون الردّ أمراً إنشائياً محتاجاً إلى القصد.

وأما الوجه الثاني: وهو الاستدلال بالنصوص، فإنّها وإن سلّمنا دلالتها على ثبوت حق الردّ في التزويج الواقع فضولاً (بالنسبة إلى العبد والولد) وأنّ هذه الأخبار تفيد السلطنة على الردّ لكنّها غير ناظرة إلى التحديث عن كيفية تحقّق الردّ من القول أو الفعل ولذلك استدرك الشيخ بعد استناده إليها عنها بقوله: «إلا أن يقال: إنّ الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترك فلا تعرّض فيه لكيفيته...»، فالنتيجة: سقوط الاستدلال بها.

وأما الوجه الثالث: وهو أنّ المانع من إمكان لحوق الإجازة في الفعلي والقولي واحد، وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد، فالردّ الفعلي يجعل العقد فاقداً لصلاحيّة لحوق الإجازة.

ولكنّ الإشكال بعد تسلّم الكبرى (عدم الفرق بين الردّ القولي والفعلي): إنّنا لا نسلّم أنّ مجرد تعريض المال للبيع أو العقد عليه بالبيع الفاسد يعدّان من الردّ الفعلي؛ لما حقّقناه آنفاً من أنّ الردّ من الأمور الإنشائية، وتحقّقه موقوف على الصدور عن القصد.

بقي الكلام في الاستناد إلى فحوى الإجماع على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل....

توضيح الكلام: أنه إن سلّمنا تمامية الإجماع على أنّ من له الخيار لو فعل ما يوجب فسخ العقد كما لو وطأ المولى أمته المبيعة أو أعتق عبده ففي المقام يتحقّق الردّ؛ لأنّه بعد تحقّق الردّ بالفعل في العقد التامّ (العقد الخياري) فبالأولوية نقول بتحقّق الردّ في العقد الفضولي (الذي ليس بتام ومعلّق على تحقّق الإجازة).

فالعمدة في توجيه الفسخ بهذه التصرفات ما أفاده بقوله ﷺ: «هي دلالتها على قصد فسخ البيع»^١ بمعنى: أنّ العلّة في كون هذه التصرفات في الملك يعدّ ردّاً فعليّاً ملحقاً بالردّ القولي وأنّ الفسخ يحصل بها «وإلا فتوقّفها على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها...»^٢ [١]

[١] أراد بهذا البيان: أنّه لو لم يكن الوجه في حصول الفسخ وتحقّقه هو دلالة البيع والوطء والعتق على حصول قصد الفسخ وإنشائه بل الوجه هو توقّف هذه التصرفات على الملك مستنداً إلى النبي ﷺ المشهور «... لا بيع... ولا عتق... ولا وطء إلا في الملك» فإنّ مقتضاها بطلان هذه التصرفات؛ لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ قبل هذه التصرفات حتى تصادف الملك لا حصول الفسخ بها ومن المعلوم عدم الفتوى من الأعلام ببطلان هذه التصرفات وحرمتها

١. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٠.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٠.

فيستكشف أنّ لازم هذه التصرفات هو حصول الفسخ بها، لدلائلها على قصد الفسخ وإنشائه بها.

وأشكل على هذا البيان في «مصباح الفقاهة» بقوله: «إنّ في العقود الخيارية قد صار المبيع ملكاً للمشتري، وصار من جملة أمواله فلا يجوز لغيره التصرف فيه بوجه، غاية الأمر أنّ البائع بما أنّ له الخيار فيجوز له فسخ العقد والتصرف فيه بعد فسخه هذا.

فإذا تصرف في ذلك المبيع تصرفاً لا يجوز لغير المالك، أو يكون في نظر العرف ممّا يكون من آثار الملك فبالملازمة يدلّ ذلك على فسخ العقد... وهذا بخلاف المقام فإنّ المالك ما لم يُجز العقد فالمال ماله وطبع المطلب يقتضي جواز تصرفاته؛ لكونه مالاً وتصرّفه واقعاً في ماله وكيف يقاس ذلك بالفسخ في العقود الخيارية، فلا تدلّ تصرفاته هذه على وقوع الردّ بها، بل تقدّم أنّ التصرفات المنافية للعقد السابق الفضولي لا تدلّ على الردّ، بل على سقوط المالك عن القابلية لإجازة العقد، وكيف بالتصرفات الغير المنافية لذلك العقد. وبالجمله: فمجرد كون الفسخ رفعاً والردّ دفعاً لا يدلّ على تحقّق الردّ بمثل تلك التصرفات في باب رد العقود الفضولية...»^١.

وإن كان لنا في كلامه تأمل، إلّا أنّ ما ادّعه من عدم دلالة هذه التصرفات على الردّ تام لا بأس به، فإنّ الثابت الذي يستقر عليه ويدلّ

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ٣٣٥ - ٣٣٦.

عليه الدليل هو القول بكون التصرفات المنافية للعقد الفضولي يعدّ ردّاً خلافاً لما التزم به الشيخ رحمته الله هذا.

ومما ذكر يظهر حال ما يقع من المالك في حال عدم الالتفات وصرّح الشيخ رحمته الله بأنّ الظاهر عدم تحقّق الفسخ به؛ لعدم دلالته على إنشاء الردّ، والمفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقة، ولا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الردّ الموقوف على القصد والالتفات إلى وقوع المردود...^١ ولا يكون المقام نظير إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعاً؛ لورود النصّ الخاصّ (صحيحة أبي ولاد)^٢.

بقي الكلام في مسائل متفرقة تعرّض إليها:

منها: فيما إذا لم يجز المالك عقد الفضولي مع تسليمه المال إلى المشتري، فهنا يقع الكلام تارة: في حكم المالك مع المشتري بالنسبة إلى المال، وتارة: في حكم المشتري مع الفضولي بالنسبة إلى الثمن صرّح الشيخ الأعظم رحمته الله بأنّه «لو لم يجز المالك فإن كان المبيع في يده فهو، وإلاّ فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقاءه ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها - على الخلاف المتقدّم في البيع الفاسد -...»^٣.

تعرّض في كلامه هنا إلى أمرين:

١. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٠.

٢. وسائل الشريعة ٢٢: ١٣٦، أبواب أقسام الطلاق، ب ١٤٦، ح ١.

٣. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.

الأول: في أنّ للمالك انتزاع المال المبيع الذي باعه الفضولي وتسليمه إلى المشتري وهذا واضح لقاعدة السلطنة.

الثاني: بالنسبة إلى المنافع المستوفاة وغير المستوفاة، أمّا المنافع المستوفاة فلا شك أنّ المستوفي قد أتلّف منافع عين مال المالك بعد كون المنفعة معدودة من الأموال قطعاً، فهو ضامن لها، مضافاً إلى قاعدة الاستيفاء المستندة إلى قاعدة الاحترام (حرمة مال المسلم كحرمة دمه) وكذا السيرة الثابتة عند العقلاء على ضمان الأموال المحترمة عند استيفائها، وأيضاً أنّ اليد على العين يد على منافعها فمقتضى قاعدة السلطنة: كما أنّ للمالك المطالبة بعين ماله كذلك على المنافع، مضافاً إلى النصوص الخاصة الواردة في ضمان المنافع المستوفاة.

كرواية زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثمّ إنّ أباه يزعم أنّها له وأقام على ذلك البيّنة، قال عليه السلام: «يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»^١.

وفي رواية أخرى له... فقال عليه السلام: «يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع» قال: كان معناه قيمة الولد^٢.

١. وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، أبواب نكاح العبيد، ب ٨٨، ح ٤.

٢. وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، أبواب نكاح العبيد، ب ٨٨، ح ٢.

وفي رواية أخرى: قال: «يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته»^١.

وأما بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة أو المنافع الفائتة، فعن المشهور هو الضمان أيضاً، ولكن الشيخ رحمته الله أشكل بأنها (غير المستوفاة أو الفائتة) وإن كانت مالا، إلا أنها لا يصدق عليها الأخذ باليد لكي تشملها وتعمها قاعدة اليد ولم يتلف (في غير المستوفاة) حتى تشملها قاعدة الإتلاف، هذا.

مضافاً إلى أنه قد مرّ أنّ كلمات الأعلام مختلفة في أنّ الحكم في المأخوذ بالعقد الفاسد وزانه وزان الحكم في المال المغصوب أم لا؟ وعلى القول به يقع الكلام في مدى دلالة الأدلة الدالة على أنّ الغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال وأشقّه».

أما الكلام في الاستناد بقاعدتي اليد والإتلاف:

تقريب الاستناد إلى قاعدة اليد والحكم بالضمان، بيان: أنّ اليد على الشيء هو الاستيلاء عليه وعلى منفعه، والمراد من المنافع هي الحيثية القائمة بالعين كالسكنى والركوب للدار والدابة أو السيارة، فتدلّ القاعدتين على ضمان اليد العادية للعين ومنافعها حتى الحيثيات القائمة بالعين التي تقابل بالمال ويبذل بإزائها المال.

^١ . وسائل الشريعة ٢١: ٢٠٤، أبواب نكاح العبيد، ب ٨٨، ح ٣.

وقد مرّ إشكال الشيخ رحمته الله: بأنّها لا يصدق عليها الأخذ باليد، ومراده أنّ ظاهر كلمة «اليد» ليست اليد الخارجية بل المراد هي الاستيلاء وإنّ العين (بمقتضى: على اليد) يتعلق بالذمة عند الاستيلاء عليها وبلاستيلاء على العين يكون مستولياً على منافعها، فيتحقّق الضمان إلّا أنّ هناك قرينة خارجية تفيد أنّ المقصود من اليد ليس الحقيقي منها وإنّما هي تعبير كنائي عن المستولى عليه فعلاً وهو ليس إلّا العين دون المنافع غير المستوفة، بمعنى: أنّه لا يصدق اليد والضمان إلّا عند صدق الأخذ ولا يصحّ ذلك إلّا في الأعيان دون المنافع ولا أقلّ في أنّ الصديق مشكوك، فتكون الشبهة موضوعية، فعنوان الاستيلاء غير صادق على مطلق المنافع (الفائدة وغير الفائدة) وقد أثبت الضمان في خصوص الفائدة بقاعدة الإتلاف دون قاعدة اليد مجردة.

هذا مضافاً إلى أنّ ذيل القاعدة (حتى تؤدي) يدلّ على أن يكون المأخوذ قابلاً للأداء، مع أنّ المنافع غير قابلة لذلك، ولذا نقول: إنّ الاستيلاء على الشيء إذا أدّى إلى إتلاف منافعها قهراً من دون أن يستفيد منها المستولي يكون نسبة الأخذ إليها إمّا مقطوع العدم أو المشكوك الصديق فيكون المرجع هو البرائة.

إلّا أن يقال: بأنّ المنافع وإن كانت كما قيل، إلّا أنّ لها حظّاً من الوجود؛ لكونها من قبيل عدم الملكة، فأخذ العين ضامن لجميع تلك المنافع التي لم يحصل الوجود في الخارج ولأنّ عدم تحقّقها في الخارج كان بتسبب من شخص الآخذ، فالأقوى ما ذهب إليه المشهور.

وغير خفي أنّ المنفعة حيثية قائمة بالعين فالضمان ثابت ببيع العين ولعلّه لذلك ذهب السيد والمحقق النائيني رحمهما الله إلى ضمان الصفة (فيما إذا كان المبيع شاة سميّة وصارت مهزولة في يد الآخذ) وكأنّهما أرادا بكون ضمان العين ضمان لجميع خصوصياتها من القيمة والمنفعة والوصف، وإن أُشكل عليهما: بالفرق بين المنفعة والوصف بما ذكر (من كون المنفعة قائمة بالعين من أول الأمر، بخلاف الوصف فإنّه صادف ولا ضمان له).

وأما الكلام في الدليل الثاني (أقامه الشيخ رحمته الله)^١ من التفريق بين المأخوذ غصباً وبين المأخوذ بالعقد الفاسد (في المنافع الفائتة بغير الاستيفاء) وإن ذهب المشهور إلى الضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد فيها؛ لصدق عنوان المالية على المنافع، وأنّها مقبوضة في يده، مضافاً إلى احترام مال المسلم، وأشكل الشيخ رحمته الله هنا أيضاً بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة في عدم شمول صلة الموصول للمنافع (ما أخذت) لعدم صدق الآخذ، وحرمة احترام مال المسلم، فغاية ما يقتضيه عدم حلّ التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وهذه متحقّقة في الاستيفاء والإتلاف دون التلف.

مضافاً إلى أنّه قد يدّعى شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» ومعلوم أنّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً على المشتري

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٠٤.

للمنفعة؛ لأنّها له مَجَاناً، ومع ذلك كلّه رَجَحَ الشيخُ رحمته الله القول بالتوقّف، ثمّ قال: «القول بالضمان لا يخلو من قوّة»^١ معلّلاً بذهاب العلامة في «التذكرة»^٢ إلى الضمان في «منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غضب عبداً أو جارية أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه - سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فأت تحت يده بأن بقيت في يده مدّة ولا يستعملها - عند علمائنا أجمع».

وكذا عن «السرائر» في كتاب الإجارة «...ضمان منافع المغصوب الفاتئة»^٣ مع قوله رحمته الله في باب البيع: إنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم بإمساكه...»^٤.

هذا مضافاً إلى ما تقدّم منّا من أنّ السبب لعدم تحقّق هذه المنافع للمالك هو الآخذ (سواء أكان هو القابض بالعقد الفاسد أو الغاصب) والشريعة المقدّسة كما لا يقبل منع الملاك عن استيفاء أعيان أموالهم فكذلك لا يقبل منعهم عن استيفاء منافعها، ولعلّه لذلك ذهب السيد صاحب العروة بضمان الحابس لمنافع الحرّ الكسوب الفاتئة... والله العالم.

١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٠٧ و ٢٠٨.

٢ . تذكرة الفقهاء ط. ق. ٢: ٣٨١.

٣ . السرائر ٢: ٤٧٩.

٤ . السرائر ٢: ٣٢٦.

٥ . العروة الوثقى ٢: ٤١٣.

ثم إنَّ الشيخ رحمه الله بعد تعرّضه لحكم المبيع إذا لم يجزه المالك ومنافعه مع بقاء العين، تصدى لبيان حكم تلف العين من جهة ضمان اليد المستولية بقوله «...ومع التلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده، ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر وفُرضت زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختصَّ السابق بالرجوع بالزيادة عليه»^١.

ذهب المشهور إلى الأول، وبناءً على الثاني اختصَّ السابق بالرجوع عليه بالزيادة.

قد مرَّ الكلام في ضمان المثلي والقيمي، وفي الأخير يكون الحكم إمّا ضمان القيمة يوم القبض، وإمّا قيمة يوم الأداء، وإمّا قيمة يوم التلف، وإمّا أعلى القيم، وحقّق سابقاً ثبوت قيمة يوم التلف، وتحقّق الضمان عنده وعلى القول بثبوت الضمان بالنسبة إلى «أعلى القيم» فإنَّ اليد التي تحقّقت الزيادة حين استيلائها على العين فهي ضامنة للزيادة بمقتضى القاعدة (على اليد) فللمالك أن يطالبه بالزيادة... .

كلام في ضمان الصفات التالفة:

تارة نقول فيها بعدم ثبوت المالية فيها وإنّها لا تقاس بالمال وإن كانت تحقّقها موجبة لزيادة القيمة في العين ونقصانها يستوجب نقصانها، وهي إمّا تكون عينه كالسمن والهزال، وإمّا حكمية كما في صفات العبد من الحرف الموجبة لزيادة قيمته، وفي الأخيرة إنَّ الزيادة تعدّ حيثية

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.

تعليلية المستوجبة لزيادة القيمة، وتارة نقول فيها بثبوت المالية وأنها
حيثيات تقييدية وتقابل بالمال، وكيف كان لا إشكال في ثبوت الضمان
بالنسبة إليها سواء أكانت حيثية تعليلية أو تقييدية، وإن الزيادة حكمية أو
عينية.

فإن الغاصب لو استولى على العين السمينية مثلاً، ثم هزلت وكذا في
الزيادة الحكمية التي زالت عنده فإن الجميع اتفقوا على ضمانها بالنسبة
إلى الخصوصية المفقودة، إنما الكلام فيما لو حدثت الصفة بعد
انتقالها من اليد الأولى إلى الثانية، ذهب بعضهم إلى الضمان باعتبار أنه
لا فرق بين المنافع والصفات؛ معللاً بأن اليد على العين يد على جميع
حيثياتها وشؤونها فعلاً وقوة والمستولي يكون ضامناً لجميعها والصفات
الحاصلة بالفعل وبالقوة، والآخرين نفوا ذلك ولم يلتزموا به؛ معللاً بأن
الذمة ضامنة للعين والصفات الموجودة فعلاً ممّا يمكن أن يستفاد منها
دون الحيثيات المفقودة، فالصفات الحاصلة بيد المشتري لا يضمنها
البائع، فالنتيجة: عدم ضمان اليد السابقة لأعلى القيم.

ولعل الوجه: أن الأشياء تارة ذات خصوصية لها قيمة (كالحنطة من
جهة أنها طعام) ولا علاقة لها باعتبار المعتبر، وتارة يكون القيمة من
الخصوصيات الاعتبارية، كالأوراق الاعتبارية، وكذلك الحال في ارتفاع
القيمة من حيث أن منشأ ذاتية كالتعلم في العبد وتارة يكون الارتفاع
من جهة قلة المتاع في السوق، وكثرة الطلب، وبناءً على هذا فصل
المحقق الخوئي رحمته الله بين ما إذا كانت الزيادة سوقية، فتكون اليد السابقة

ضامنة وإن حصلت في الأيدي اللاحقة، وإن كانت الزيادة واقعية فيكون الضمان على اليد التي حصلت فيها الزيادة ولا يضمنها اللاحق^١.
 «...وأما حكم المشتري مع الفضولي فيقع الكلام تارة في الثمن، وأخرى فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن، فهنا مسألتان:
 الأولى: إنه يرجع عليه بالثمن...^٢.

الثانية: أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن...»^٣. [١]
 [١] أما الكلام في المسألة الأولى: فتارة يكون المشتري جاهلاً بكونه فضولياً، وتارة يكون عالماً بكونه فضولياً (مع بقاء الثمن).
 وعلى الأول: فلا إشكال في أن للمشتري حق الرجوع إلى البائع الفضولي والمطالبة بماله المدفوع إليه واسترداده؛ لأن اليد من البائع يد عدواني، فيحق للمالك مطالبة ماله بمقتضى قاعدة السلطنة، ولا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا؛ لأن اعترافه مبني على ظاهر يده، وهذا ما صرح به الشيخ رحمته الله ثم استدرك قائلاً: «نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم إسناده إلى اليد - كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيئة - لم يرجع بشيء»^٤ والوجه واضح؛ لأنه بعد قيام البيئة لم يبق وجه لجواز الرجوع على البائع الغاصب، هذا فالحكم في هذه المسألة (أي جواز رجوع المشتري) مبني لتصوير الصور ومعرفة حقيقة دعوى

١. مصباح الفقاهة ٤: ٣٣٨-٣٣٩.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.

٣. كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

٤. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٤.

المشتري، فإنه قد تكون الدعوى مستندة إلى العلم، وتارة مستندة إلى قاعدة اليد، والثالثة - كما عبّر عنه الشيخ رحمته الله - : «ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيرها، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر الإقرار من دلالة على الواقع وجهان...»^١.

وأما لو كان المستند هو القاعدة اليد فقد مرّ الكلام فيه من أنّه يحقّ للمشتري الرجوع إلى الفضولي لاسترداده الثمن، وأما إذا كان المستند هو العلم لا وجه للرجوع إلى الفضول.

وبعبارة أخرى واضحة: لو اشتراه جاهلاً بكونه فضولياً، ثمّ تبين بعد ذلك إمّا باعتراف البائع، أو بحصول العلم للمشتري، أو بالتراجع بين المالك والمشتري، فللمشتري الرجوع إلى الفضولي باسترداد الثمن وإن كان حينما اشتراه مقراً بكون البائع مالكا؛ لأنّ إقراره مبني على ظاهر اليد فإنّ أمارية القاعدة تسقط تبين الخلاف (بعد اعترافه أو حصول العلم و...) وأما لو أقرّ بملكية البائع على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد (كأن يكون اعترافه بعد قيام البينة من المالك على فضولية البائع) لم يرجع بشيء؛ لأنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، بتوضيح: أنّه بمقتضى اعترافه وإقراره مكذب للبينة التي أقامتها المالك على كون المال مالاً له فالمشتري إقراره واعترافه على نفسه (وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز) فلذلك لا يرجع المشتري إلى المالك حسب اعترافه، بخلاف ما إذا كان اعترافه مستنداً إلى اليد، فهذا الإقرار والاعتراف لا

^١ . كتاب المكاسب ٣ : ٤٨٤ .

يوجب أخذ المقرّ و المعترف به؛ بداهة زواله بزوال مستنده وهو قد زال بإقامة المالك البيّنة على أنّ المال ماله وهي مكذّبة لليد.

وأما إذا لم يعلم استناد الاعتراف إلى القاعدة أو إلى غيرها، فقد تردّد الشيخ رحمته الله في حكمه قائل: «...ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالته على الواقع وجهان».

أقول: ظاهر كلامه عدم ترجيح أحدهما على الآخر، وقد وجّه كلام الشيخ رحمته الله من عدم الترجيح بعد قيام التعارض بين الوجهين: سلّمنا قيام السيرة العقلانية على اعتبار المتاع ملكاً للبائع، إلّا أنّها قائمة فيما إذا لم يكن هناك ما يعارض يده، ولكّنه بعد تعارض دليلي العلم واليد يصير الدليل قاصراً في مرتبة الاقتضاء، إلّا أنّه ذهب المحقّق الأصفهاني إلى ترجيح جانب عدم جواز الرجوع: «...وإن لم يعلم استناده في اعترافه إلى اليد فظاهر حال المتعاملين الاستناد في الإقدام على الشراء إلى اليد... وحيث إنّ ظاهر اللفظ حجة دون ظاهر الحال فيحمل إقراره على استناده فيه إلى غير اليد، فيمنع عن رجوعه إلى المشتري عند الحاكم»^١.

وذهب السيد الخوئي رحمته الله إلى تقديم البيّنة: «...فيما لم يثبت ذلك الإقرار ولا علم لنا في كونه مستنداً إلى العلم الوجداني ليكون إقراره قابلاً لأخذ مقرّه به، بل يمكن مستنداً إلى اليد، فلا موجب لرفع اليد به عن البيّنة، وإلا يلزم رفع اليد عن الحجة بغيرها، ويكفيها الشكّ في

^١ . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني رحمته الله) ٢: ٢٨٨.

ذلك أيضاً؛ لأنه لا يمكن رفع اليد عن الحجة بأمر يحتمل كونه حجة قائمة على خلافها...^١.

والإشكال عليه: أن في المقام أن المالك قد أقام البيّنة على ملكية المال والمشتري اعترف إجمالاً بكون المتاع للبائع الفضولي، فالدعوى الأولى مبنية على العلم، والثانية على ظاهر اليد، فتكون البيّنة حاکمة، أما إذا كان دعوى المشتري مستندة إلى العلم فالبيّنة ساقطة عن الاعتبار في مقابل العلم، فيستحيل تقديم البيّنة في هذه الحالة على العلم.

وأما الكلام فيما أفاده المحقق الأصفهاني رحمته الله؛ حيث التزم بتقديم قول المشتري باعترافه بملكية البائع قائلاً: «الكلام تارة في مقام الواقع وجواز الرجوع على البائع، وأخرى في مقام الرجوع عليه بالترافع عند الحاكم، أما الأول فإما ينكشف عند المشتري كذب البائع وأنه فضول، وإما أن يكون عالماً بأنه مالك، فلا إشكال في جواز الرجوع في الأول وعدمه في الثاني واقعاً.

وإما أن لا ينكشف عنده كذبه و صدقه، فله - بعد قيام البيّنة بحسب ظاهر الشرع - الرجوع إلى البائع واقعاً؛ لأن البيع باطل بحكم الشارع الذي لم يتيّن خلافه، فالثمن باق على ملك المشتري شرعاً والناس مسلّطون على أموالهم، هذا إن كان بطلان المعاملة شرعاً مستنداً إلى قيام البيّنة عند الحاكم ببطلان البيع.

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ٣٤١.

وإن كان لأجل اليمين المردودة من البائع على المدّعي، فغاية ما يستدعي اليمين المردودة كونها ميزاناً لفصل الخصومة بأخذ المبيع وإعطائه للمدّعي، لا أنّها طريق شرعي إلى كونه ملكاً للمدّعي بحكم الحاكم... ، وأمّا كون اليمين المردودة بمنزلة البيّنة من الحالف؛ لأنّه مدّع وظيفته إقامة البيّنة ، أو بمنزلة الإقرار من الرادّ؛ لأنّه كالاعتراف بأنّ القول ما يقوله المدّعي بحلفه، فإنّما هو بلحاظ بعض الآثار لا أنّها طريق حقيقته إلى ملكية العين للحالف، وأمّا الثاني وهو الرجوع بالترافع إلى الحاكم، فلا مانع من رجوعه إلّا إقراره بشرائه منه صحيحاً، فيكون اعترافاً بملكه وأنّ المدّعي كاذب، فإن علم باستناده إلى يده فقد ظهر خلافه بأمرة أقوى منها، فلا إقرار منه...»^١ هذا تمام كلامه.

وحاصل كلامه «في مقام الواقع وجواز الرجوع» فقد حكم بجواز رجوع المشتري على البائع بعد انكشاف كذب البائع عنده وأنّه فضول، وعدم جواز الرجوع له فيما إذا كان عالماً بكون البائع مالكاً وأنّه لا يحقّ له الرجوع واسترجاع الثمن.

وأمّا قوله: «فله بعد قيام البيّنة بحسب ظاهر الشرع الرجوع إلى البائع واقعاً»، فمراده عدم كون البيّنة كاشفة عن الواقع وإنّما هي أمرة (مع احتمال مخالفتها للواقع) ولكنّها حجة على كل حال، فيحق للمشتري مستنداً إليها الرجوع إلى البائع؛ لبقاء الثمن في ملك المشتري شرعاً وبحكم البيّنة، وأيضاً بمقتضى قاعدة السلطنة، فله استرجاع الثمن،

^١ . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني رحمه الله) ٢: ٢٨٧-٢٨٨.

وقوله ﷺ: «واقعاً» هو الواقع في مقابل حكم القاضي، أي الواقع في قبال الترافع.

ثم إنه حكم ببقاء حق الرجوع «بعد الترافع عند الحاكم» واسترجاع الثمن إذا قامت البيّنة وحكم الحاكم مستنداً إليها؛ لأنّ البيّنة تعدّ طريقاً على الملكية وأمّا إذا كان الحكم مستنداً إلى اليمين المردودة فبما أنّها لا تعدّ طريقاً على الملكية وإنّما هي بمجرد فصل الخصومة وإن كان يترتب عليه الأثر (يحقّ له الرجوع) ولكنّه ليس طريقاً حقيقة إلى ملكية العين للحالف.

وأورد عليه: بممنوعة هذا الكلام؛ لأنّه يستلزم فساد أن يلتزم به، وهو أنّه إذا لم يكن اليمين المردودة طريقاً ومرجعاً لتعيين المالك، بل مجرد وسيلة لفصل الخصومة، فكيف يجوز لغيره التعامل معه وشرائه منه أو الحكم بالتوريث، هذا.

وأما السيد صاحب العروة: رجّح القول بالأخذ بظاهر لفظ الإقرار على ظهور ظاهر الحال وإن الأوجه الاعتماد على إقرار المشتري واعتبار كون البائع مالكاً.

فالنتيجة: عدم ثبوت حق للمشتري في المطالبة بالثمن واسترجاعه، وقال: «لعموم دليل الإقرار الذي لا يخصّصه إلّا بما يكون معتبراً ولا دليل على اعتبار لظهور المقابل، فإنّه ليس ظهوراً مستنداً إلى اللفظ حتى يكون من الظنون الخاصة»^١.

^١ . حاشية المكاسب (للسيد البيدي رحمه الله) ١: ١٧٥.

فما يستفاد من كلام السيد عليه السلام تقديم إقرار المشتري استناداً إلى عموم دليل الإقرار حتى على بينة المدعي وأنّ الإقرار كاشف عن الملكية للمقرّ له ولا شيء في قبالة سوى ظاهر حال المشتري الذي اشتراه من السوق اعتماداً على قاعدة اليد، وبما أنّ هذا الظهور لم يكن مستنداً إلى دليل لفظي (ومندرجاً في الظنون الخاصة) لا يقاوم عموم دليل الإقرار وتخصيصه، فهذا الدليل مقدّم على إثبات الملكية المستندة لقاعدة اليد، ولهذا على القاضي أن يحكم بمقتضي إقرار المشتري (في التداعي) فلا يحقّ للمشتري مطالبة البائع بالثمن (وعلى هذا الأساس حكم المحقّق الأصفهاني عليه السلام بسقوط الظهور المستند إلى قاعدة اليد في قبال الظهور اللفظي المستند بقاعدة الإقرار).

هنا يلزم التأمل في مدى اعتبار دليل الإقرار والفحص عن الأدلة القائمة على حجّيته من الإجماع والضرورة والآيات والروايات. أمّا الإجماع مضافاً إلى أنّه مستند إلى الكتاب والسنة فهو دليل لبي لا إطلاق له ولا عموم، وأمّا الضرورة الفقهية الدالة على دليلية الإقرار ونفوذه فهو أيضاً لا إطلاق له.

وأما الآيات، منها: قوله تعالى: (... وَ آخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَ آخَرَ سَيِّئًا عَسَى اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ...)^١ ومنها: ﴿يَا

^١ . التوبة (٩): ١٠٢.

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ^١
بدعوى دلالتها على اعتبار الاعتراف والشهادة.

ولكن المشكلة: اعتبار الإقرار والاعتراف في مقام الشهادة والترافع دون غير المقام، فاستفادة الإطلاق منها وإثبات الحكم محدود بحدوده المذكورة.

وأما الروايات، فهي وإن كانت كثيرة واردة في باب الزنا والحدود والديات والميراث وباب الغصب، إلا أنها أيضاً خاصة بمواردها، (وباب الإقرار وباب القضاء إن لم نقل بأنها لأجل تطبيق هذه الكبرى الكلية عليها فلا خصوصية لها).

إلا ما رواه في «الوسائل» قائلاً: «روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي ﷺ أنه قال: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^٢، وعبر عنه «الجواهر» بالنبوي المستفيض أو المتواتر ولا يبعد تواتره لاتفاق الفريقين على نقله والاستدلال به في الموارد الخاصة.

والمشكلة: أنهم وإن اعتمدوا عليها في استدلالاتهم إلا أنهم استندوا بغيرها من الآيات والأخبار والإجماع مما يكشف عن عدم اعتماد عليها بمفردها (كما أفاده شيخنا الوحيد) هذا وبعد الغصن عن السند نقول: إن مضمونها ومفادها دال على نفوذ إقرار العاقل البالغ وجوازه، وهذا هو الذي اتفق عليه العقلاء؛ معاً: بأن العاقل لا يقدم على إضرار نفسه،

١. النساء (٤): ١٣٥.

٢. وسائل الشيعة ٢٣: ١٨٤، كتاب الإقرار ب ٣ ح ٢.

وهذا أمانة على ثبوت ما أقرّ به من حيث إنّه على نفسه لا بقول مطلق، يعني ولو كان له أثر على الغير فلذلك قالوا: بأنّه لو أقرّ على أنّ فلانة زوجتي فالعقلاء يبنون على ثبوت الزوجية لها من حيث ترتّب الآثار على المقرّ - كالمهر والنفقة... وأمّا وجوب الإطاعة للزوجة وسائر الحقوق فلا، وفي المقام يؤخذ بإقراره ثبوت الملكية للمقرّ له وعدم جواز الرجوع للبائع الفضولي، وهذا هو الذي ذهب إليه السيد رحمته الله والأصفهاني.

ولكنّ الإشكال باقٍ من حيث إنّنا لا نعلم استناد المقرّ في إقراره إلى اليد أو إلى العلم (بعد كونهما صغرى لكبرى الإقرار) فإن كان المستند هو قاعدة اليد فهي محكومة بالبيّنة وإن كان العلم فهو مقدّم على البيّنة، فالتمسك بعموم القاعدة لإثبات مصداق العموم يكون من التمسك بالعموم في الشبهة الموضوعية.

نعم صرح السيد رحمته الله : بأنّ ظهور لفظ المقرّ يكشف عن الملكية للبائع (وهو من الظنون الخاصّة) مع أنّ الاستناد بظاهر الحال لا يقاوم ظهور اللفظ (لعدم كونه من الظنون الخاصّة) ولأجل ذلك قال بتقديم الإقرار وعدم جواز مطالبة البائع بالثمن.

ولكنّ الإشكال فيما أفاده السيّد والمحقّق الأصفهاني: أنّه في موارد تردّد حال المقرّ (وعدم العلم بكون إقراره مستنداً إلى اليد أو العلم) ليس لنا دليل على لزوم حمل إقراره على الاستناد بالعلم دون اليد، بل يمكن دعوى قيام الدليل على أنّ الإقرار بالملكية (من المشتري) للبائع مبنيّ

على قاعدة اليد؛ لما ورد في رواية حفص بن غياث: إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ فِي يَدِ الرَّجُلِ لَكَ أَنْ تَشْهَدَ بِمِلْكِيَّتِهِ لَهُ^١، مضافاً إلى أَنَّ المتعارف عند العقلاء هو الاتِّكَالُ إلى القاعدة في معاملاتهم مستنداً إلى القاعدة، هذا مضافاً إلى أَنَّ ذهابه إلى حصر الظنون الخاصّة بالظهورات اللفظية يستلزم نفي حجّة الإطلاق المقامي والحالي وعدم إمكان التمسك بهما في كشف المراد من الكلام، مع أَنَّ عمدة المستند لحجّة الظهور اللفظية وكذا ظهور الحال هو السيرة العقلائيّة من دون ترجيح بينهما ولذلك يحكم بمقتضى ظاهر الحال عند اختلاف الزوجين في الأموال حيث حكم الامام عليه السلام بملكية الزوجة معتمداً على ظاهر الحال من أَنَّ الزوجة هي التي تأتي بالجهاز عادة، وأيضاً في تقديم قول المنكر لظاهر حاله (عند تمييز المدّعي عن المنكر في باب التضاد) حيث قالوا في المدّعي من يكون قوله مخالفاً لظاهر الحال، والمنكر: من وافق قوله ظاهر الحال، فلو لا حجّة ظاهر الحال لما كان وجه لتقديم قوله، فعلى هذا يشكل الموافقة مع السيد عليه السلام وكذا المحقق الأصفهاني في المقام.

ثُمَّ إِنَّ السَّيِّدَ عليه السلام تَصَدَّى لِبَيَانِ وَظِيْفَةِ الْمُشْتَرِي وَتَكْلِيْفِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ قَائِلاً: «...فَمَعَ عِلْمِهِ بِكَذِبِ الْمَدَّعِي أَوْ الْبَائِعِ فَلَا إِشْكَالَ، وَأَمَّا مَعَ جَهْلِهِ بِالْحَالِ وَفَرْضِ كَوْنِ الْبَائِعِ مُصَرّاً عَلَى دَعْوَى الْمِلْكِيَّةِ وَاحْتِمَالِ صَدَقِهِ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِالْثَمَنِ تَعْوِيلاً عَلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ بِكَوْنِ الْمَالِ

^١ . أنظر وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٢، أبواب كيفية الحكم ب ٢٥ ح ٢.

للمدّعي وكون البائع غير مالك أولاً؟ لأنّ المفروض أنّ العين كانت في يد البائع وظاهرها الملكية ولم يعلم خلافه، غاية الأمر حكم الحاكم بكون المال للمدّعي في الظاهر فصلاً للخصومة، ولذا يجوز للمشتري بعد الشراء أن يحلف على كون المبيع له، كما هو مقتضى خبر حفص بن غياث، الحقّ في ذلك التفصيل بين ما لو كان الحاكم حكم للمدّعي مستنداً إلى البيّنة وبين ما لو كان من جهة نكول المدّعي عليه أو اليمين المردودة، فعلى الأوّل: له الرجوع على البائع؛ لأنّ يده وإن كانت أمانة شرعية، إلّا أنّ البيّنة الشرعية المعتبرة عند الحاكم طريق إلى الواقع وحاكم عليها، فثبت شرعاً كون المبيع لغير البائع وكون بيعه باطلاً، بخلافه على الثاني، فإنّ حكم الحاكم حينئذٍ طريق لفصل الخصومة في الظاهر، فلا يحكم معه ببطالان البيع واقعاً، نعم يؤخذ منه المبيع في ظاهر الشرع...»^١.

فحاصل كلامه: إنّه يحقّ للمشتري الرجوع إلى البائع لو حكم الحاكم للمدّعي مستنداً إلى البيّنة ولا يحقّ له الرجوع لو كان حكمه من جهة النكول واليمين المردودة، إلّا أنّ المبيع يؤخذ منه ويردّ على المالك ولا يحقّ للمشتري استرجاع الثمن من البائع.

ولا يبعد الإيراد على ما أفاده عليه السلام: من جهة أنّ المستفاد من الأدلّة كون اليمين والحلف فيهما جهة الأمارية بالنسبة إلى متعلّقها وعدم حصرهما بخصوص فصل الخصومة. ويشهد لذلك صحيحة ابن أبي عففور «من

^١ . حاشية المكاسب (للسيد البيهقي عليه السلام) ١: ١٧٥.

حلف لكم على حقّ فصّدّقوه»^١ وهذا الأمر (بوجوب التصديق) أعمّ من الالتزام العملي والقلبي من ترتيب الآثار من دون التخصيص بباب دون باب، فإنّ اليمين والحلف أمانة كاشفة عن الحقّ، فيجب بها ترتيب الآثار مطلقاً (سواء كان من الواجبات للحالف أو الواجب له بعد النكول) وبهذا يكون المال بعد اليمين المردودة للمدّعي فالمشتري يحقّ له استرجاع الثمن والله العالم.

^١ . وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٥، أبواب كيفية الحكم ب ٩ ح ٢.