

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت اللہ یثربی «مدظلہ العالی»

«کتاب البيع»

شماره (٤٦)

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

الثانية: هل التسلیط هذا ينافي إجازة البيع؟!
أما الأولى: فنقول بأن المستند للضمان إما قاعدة اليد وإنما سيرة
العقلاء، وعلى الأول: بعد الغضّ عما في سند القاعدة وانجبارها بعمل
الأصحاب - على القول به - فهي تقتضي ضمان جميع الأيدي المسلطة
على الأموال إلا فيما تحقق الاستيلاء بإذن من الشارع كما في باب
اللقطة أو بإذن من المالك.

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

وقد مر أن المحقق النائيني رحمه الله التزم بنفي الضمان (في الفرض
المزبور) حينما قال: «أما عدم ضمان الغاصب للمشتري فلعدم موجبه
لا اليد ولا الإتلاف ولا الضمان المعاوضي؛ وإنما اليد فلكون استيلائه
على الثمن بتسلیم المشتري وتسلیطه، وإنما الإتلاف فلكون المفروض
تلفاً سماوياً، وإنما الضمان المعاوضي فلكونه بين المشتري والغاصب
بما هو مالك لا بما هو غاصب...».¹

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 تسلیطه على الثمن غير متصف بعنوان من العناوين المعاملية؛ بداعه أن المشتري لم يدفع الثمن للغاصب ليكون ماله من دون عوض وهمة؛ لأن ذلك ينافي ويضاد قصد الشراء منه، بل هو يدفع ماله باعتبار كونه ثمناً لمعاملته، فلابد إذن من الحكم بالضمان، فما أفاده الشهيد رحمه الله على المحكى من إرجاع المعاملة إلى الهبة ممنوع؛ لوضوح قيام الغاصب بنقل مثاب 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، فإنها موقوفة على قصد الإباحة، وهي أيضاً ممنوعة بعد كون المال المدفوع ثمناً لما يأخذه منه، فيما ذكر ثبت عدم تمامية دعوى التسلیط المجاني من المشتري العالم بالغاصب في هذه المعاملة.

وقد يحاب عن الإشكال (بعد تسليم كون التسلیط مجانياً): بأننا سلمنا بناءً على ناقلية الإجازة؛ حيث إن الملكية متحققة من حين صدور الإجازة وقبلها تحقق النقل والانتقال، فالتسليط المجاني ثابت بخلاف القول بكافرية الإجازة التي تكون الملكية بها متحققة من حين وقوع العقد.

ولكن الإشكال واضح بعد ما تقدم من عدم تسليم التسلیط تمليكاً، إن لازم الالتزام والقول بكون التسلیط المجاني مفید للملكية، فلا فائدة في

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

وقد يحاب (ثانياً): لو سلّمنا صدق المجانية في التسلیط، إلّا أنه لا يتم بناءً على النقل؛ حيث إنّ المشتري يسلّط الغاصب على الثمن لا مطلقاً، بل مقيداً بلحقوق الإجازة به ليتحقق بها النقل والانتقال. والإشكال: أنه لا يصح هذا على إطلاقه؛ لأنّ المشتري قد لا يتقييد بالأحكام الشرعية فحينئذٍ لا يكون التسلیط منه صحيحاً لتكون المعاملة صحيحة بعد لحقوق الإجازة.

والمحصل من كلام الشيخ الله (من أول الشرط الثالث: تعلق الإجازة بالعقد الواقع على نفس مال الغير أو تعلقها بعوضه...) وقول بيع متعددة لها أولاً وأخراً ووسطاً، فلو أجاز المالك العقد الأول فبناءً على الكشف يكون المشتري (في المثال) مالكاً لللمتاع (أي العبد المشتري بالفرس) ويصح بيعه بالكتاب، وكذا بيع المشتري منه إيه بدينار؛ لأنّ هذه البيوع واقعة في ملكه، وأمّا بناءً على النقل: فمالكيّة المشتري الأول للعبد متحققة من حين الإجازة، فتارة: نقول بعدم اشتراط مالكيّة المالك المحيز حين العقد، (كما فيما إذا باع شيئاً ثم ملكه) صحّ البيوع المترتبة. وتارة نقول بالاشترط كان باطلأً، فهنا لو أجاز مالك العبد العقد الوسط (بيع العبد بالكتاب) كانت إجازته ردّاً للبيع الأول وفسخاً

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

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

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

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

فالباحث يشمل «ما لو ماع البائع معتقداً كون المتعاقب له» ويعلم المشتري مخططاً اعتقاده، هذا أولاً.

وثانياً: وجّه الإشكال في كلماتهم (ولا تنفع إجازة المالك مع التلف): بأنّ المشتري مع العلم بغضبيّة المبيع يكون مسلطاً 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 بتصرّف البائع الغاصب فيه (وكانَ تصرّفه تلّفًا له بسبب فعل المشتري (المسلط) بدفعه ثمناً عن المتعاقدين، وكأنّه هنا أيضاً إقدام منه على ضرر نفسه، فلا يجوز له الرجوع.

الثاني: القول بجواز الرجوع؛ لأنّ الثمن عوض عن العين المملوكة ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلّا عدم صدوره البيع من المالك، فإذا أجاز جري مجري الصادر عنه، فيدخل الثمن في ملك المبizz ويصبح أخذ المبيع للمشتري.

وثالثاً: ما نقله في المتن عن حواشى الشهيد: «إنّ المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك ربّ العين، فحينئذٍ إذا اشتري به البائع متعاعاً فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدفع إلى البائع، فيتتحقق ملكيّته (الغاصب) للمبيع، فلا يتتصور نفوذ الإجازة هنا (أي في الملكية المتحقّقة لما اشتراه البائع بالثمن) لصيورته 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 تؤثّر الإجازة في جعله ثمناً، فصار الإشكال في صحة البيع وفي التبيّع، ثمّ قال: إنّه يلزم من القول ببطلان التبيّع بطلان إجازة البيع في المبيع^١ (لأنّ المشتري قد سلّطه مجاناً

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

ورابعاً: إنّ الوجه في مالكية الغاصب للثمن وأنّه ليس للمشتري استفادة الثمن الذي أعطاه للغاصب مع العلم بكونه غاصباً: أنه 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 وجوده:

منها: إنّ الغاصب يدّعى ملكية المتع، والمشتري يدفع إليه الثمن بانياً على كونه مالكاً.

منها: رجاء المشتري تحصيل إجازة الملك.

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

منها: إنّه أعرض عن ديناره مقدمة للحصول على المتع.

منها: وهب الدينار حقيقة وأخذ المتع.

وفي جميع هذه الاحتمالات يسلّم المشتري الثمن وسلط الغاصب عليه.

و السادساً: ما أفاده «الإيضاح» نقلاً عن الأصحاب بأن ليس للمشتري استفادة الثمن وإن كان موجوداً، بل وحتى لو استرجع المالك المتع، كما أنه ليس للمشتري المطالبة بالبدل في صورة التلف، ولعل السر في الحكم بعدم الاستفادة هو إعراض المشتري عنه، إلا أن الإشكال في أن الإعراض ليس من موجبات الخروج عن الملكية؛ إذ الملكية حكم وضعى شرعى، فوضعه كرفعه بيد الشارع وليس للمكلّف دخل في وضعه وكذا في رفعه، فالقول بأن الإعراض عن الملك مسقط للملكية مما ليس له دليل معتمد نعم، الاستيلاء على المال المعرض عنه مملّك، كما نصّ عليه العلّامة في «التذكرة»: «لو ترك دابة بمهلكة فأخذها انسان فأطعّمها وسقاها وخلّصها تملّكها... ومن طريق الخاصة عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عَلَيْهِ الْكَلَمَانُ قال: «من أصاب مالاً أو بغيراً في فلة من الأرض قد كلت وقامت وسيّبها صاحبها لما لم تبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحياها من الكلال ومن الموت فهي له»^١. واستدلّ أيضاً بما روى في كتاب اللقطة «للديد ما أخذت»^٢ على مملّكية الحيازة، فالدليل مطلق يعمّ المال المعوض عنه. و سابعاً: ومع التنزّل والقول بعدم مملّكية التسلّط وإنه مجرد إباحة للتصرّف فمع ذلك لم يكن للمشتري المطالبة ببدل الثمن مع التلف

^١ . وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٨، كتاب اللقطة ب١٣ ح ٢.

^٢ . تذكرة الفقهاء ١٧: ٣٠٣.

^٣ . وسائل الشيعة ٢٥: ٤٦١، كتاب اللقطة ب١٥ 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 المعاملني فلعدم تحقق 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 بصحيحة لا يضمن ب fasde».

وثالثاً: بناءً على القول بمالكية الغاصب للثمن لم يبق موضوع لـإجازة المالك (على الكشف والنقل) لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، كما ذكر عن الشهيد الله. وأمّا بناءً على القول بأنّ التسلیط يفيد الإباحة المطلقة فما لم يتلف الثمن ولو باشتراء الغاصب شيئاً يكون للإجازة مجال (على القولين) وأمّا إذا اشتري بالثمن شيئاً فلله إجازة 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 تسلیم الثمن للغاصب تسلیطه عليه والقول بتأثير الإجازة الواقعية بينهما كشفاً أو نقلًا.

وتاسعاً: قد يقال بأنّ تسلیم المتعاقب من الغاصب للمشتري يكون بقصد التملیک له (مدعياً أنّ التملیک أمر اعتباري خفيف المؤونة) وقد لا يكون بقصد التملیک، والمشتري يأخذ المتعاقب لأن يسلط عليه ويسلط 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 خاصة، وفي المقام بعد أن سلطه المالك (أي المشتري) الثمن لا تشمله القاعدة. إلا أن لا يقصد المشتري تملكه (أي الغاصب) وإنما يعطيه ليأخذ منه المتعاقدين ولكنه بعد استيلاء الغاصب عليه يصير ملكاً له.

وعاشرأً: أنّ الظاهر من صورة المفروض في المقام (كون المشتري عالماً بالغصبية) عدم كونه قاصداً للمساعدة الحقيقة ولا يكون أكثر من أنها معاوضة صورية، فالمشتري لا يدفع الثمن للغاصب بعنوان أنه مالك وإنما يسلمه ليأخذ المتعاقدين منه ولو فرض أنه قاصد للمساعدة الحقيقة 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 الرد

لا يتحقق الرد قول إلا بقوله: فسخت ورددت وشبهه ذلك، مما هو صريح في الرد؛ لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابليته من طرف المميز، وكذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف وشبههما، كالعتق والبيع والهبة والتزويع نحو ذلك...^١ [١]

[١] أمّا الرد القولي، فاشترط فيه الصراحة في الدلالة على الرد (للعقد الواقع من الفضولي) لأنّ مع الصراحة يستصحب بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابلية لحقوق الإجازة من طرف المميز، أي هنا استصحاب بقاء اللزوم من طرف الأصيل بعد حكم وجوب الوفاء والالتزام بالعقد في حقه قبل تحقق الرد، وهذا الحكمان (وجوب الوفاء ووجوب الالتزام) يدللان على بقائهما قبل الرد الصريح، ومع الشك في زوالهما يقتضي الاستصحاب بقاء اللزوم للعقد الواقع.

وأيضاً يقتضي الاستصحاب بقاء قابلية العقد الصادر من الفضولي للحقوق الإجازة قبل صدور الرد، وبعد صدور الرد والشك في زوال القابلية وعدمه يقتضي الاستصحاب بقائهما.

وأمّا الرد الفعلي، فالمستفاد من كلامه تتحقق الرد بكل فعل مخرج للمتاع عن ملكيته كالبيع والهبة والعتق والتزويع، فإن بهذه التصرّفات يسقط العقد عن قابلية لحقوق الإجازة؛ لعدم بقاء المحل للحقوق إجازة المميز.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٧٧.

وفي المقام جهتان من البحث:

الأولى: في أنه هل للملك سلطنة على رد العقد الفضولي، كما أنه له تصحيح العقد الواقع منه بالإجازة؟ بمعنى أنه هل له إبطاله بالرد وانتفاء صلاحيته للحقوق الإجازة؟

الثانية: البحث والكلام حول ما يتحقق به الرد بعد ثبوت الحق له.

أما الجهة الأولى: في أن الموضوع سلطنة الملك هل الإجازة وعدمها أم الإجازة والرد؟ فبناءً على الأول يكونان من باب التقىضين، وعلى الثاني من باب الضدين.

توضيح المرام يتوقف على تحقيق الكلام في الفسخ والرد، والظاهر أن الرد ليس مساوأً للفسخ؛ لأن الفسخ إنما يصح انتسابه إلى العاقد دون الملك نعم، للملك المنع من تحقق العقد الواقع على ماله بمعنى دفعه أو رفع الأمر الواقع، وبناءً على كون فعله رفعاً فهل هو رفع لأثر العقد الفضولي أو حل لأصل العقد، أمّا الأخير (أي حل لأصل العقد وفسخه) فليس من شأن الملك كما تقدم.

وبعبارة أخرى: فهل وزان الحكم (الإمضاء أو الفسخ أو الرد) في المقام وزان الخيار الثابت في العقد الخياري لمن له الخيار وأنه متعلقه بالأمران الوجوديان (الفسخ والإمضاء) بمعنى: أن السلطنة الثابتة الذي الخيار وقدرته في التصرف يشمل الإمضاء والفسخ، يعني إلغاء العقد، فيكون للملك الحق في إمضاء العقد وإجازته، وكذا له الحق في رد العقد الواقع من الفضول؟ أم أن حقه (أي الملك) محدود ومقصور بالإجازة وعدمها؟ ذهب المحقق النائيني رحمه الله إلى الأول مستدلاً عليه:

«بأن لازم السلطنة على ماله صحة جميع تصرّفاته الوجودية والعدمية، ولا إشكال في أن إنشاء تملك ماله من الفضولي تملك إنسائي بوجوده الإنسائي، فللمالك رفعه بمقتضى سلطنته، فكما أن سلطنته على ماله تقتضي صحة تملكه الإنسائي كذلك تقتضي رد ما أحدث بإنشاء غيره وهو الملكية الإنسانية وعدم تمكّنه من إبطال التملك الإنساني قسر سلطنته، وهو مناف مع عموم سلطنته فيكون سلطاناً على رد ما أنشأه الفضولي كما أن له إجازته فيكون طرفاً السلطنة أمرين وجوديين، أعني الرد والإجازة كما في الخيار لا الأمر الوجودي والعدمي أعني الإجازة وعدمه»^١.

ولكن الإشكال فيما أفاده: وضوح الفرق بين السلطنة على المال وختار الفسخ؛ إذ الفسخ يدور أمره بين الضدين (إنفاذ العقد وحله) مع أن السلطنة يدور أمره بين التقاضيين (إما أن يجيز وإما لا يجيز) هذا مضافاً إلى أن ما قام به الفضولي من بيع مال الغير لا يعدّ تصرّفاً خارجياً وإنما هو تملك إنسائي بوجود إنسائي (كما نصّ به في كلامه) فهل هذا التملك الإنسائي يعدّ تصرّفاً أم لا؟ تارة يكون هذا النوع من التصرّف سبباً لتحقيق الأثر الخارجي، وتارة لا يكون سبباً لذلك.

فعلى الأول: يعدّ عند العرف تصرّفاً مؤثراً كتصرّف المتصرّف الذي نافذ أوامره كالسلطان الجائر حيث يرتب الناس على بيعه الأثر، فإنّ هذا إنشاء يعدّ تصرّفاً.

^١ . المكاسب والبيع : ٢٤٢

وأما الثاني: لا يرتب الأثر على الإنشاء المذكور، وقد مر أن الدليل لسلطنة الناس على أموالهم إما الرواية (الناس مسلطون...) بعد الغصّ عن السنّد، وهي تدلّ على عدم جواز منع المالك عن التصرّف في ماله، وإما السيرة العقلائية، وقد مرّ أنها دليل لبّي يقتصر فيها على المتيقن منه والمتيقن خصوص السلطنة على إيقاع المعاملات بأنواعها دون السلطنة على رد المعاملة الفضوليّة.

فما دلت عليه السيرة سلطنة المالك على إجازة العقد وعدمها دون رد العقد الفضولي وابطاله، بمعنى: أنّ للمالك حق القبول وعدمه دون الإجازة والرد، فيظهر الإشكال في ما ذهب إليه المحقق النائيني رحمه الله.

والصحيح: أنّ الرد هو عدم الإجازة، والشاهد على ذلك ما في رواية محمد بن قيس المتقدمة، فإنه لو كان الرد رفع العلاقة أو فسخ العقد فإنّها قد ارتفعت وفسخ العقد بأخذ الوليدة وابنها ولم يبق بعد ذلك موقع للإجازة، ولكن الرواية صريحة في آخرها «فلمّا رأى ذلك سيد الوليدة الأولى أجاز بيع ابنه»^١ فالمعني: أنه بأخذ الوليدة وابنها أظهر عدم قبوله للبيع، ثمّ لما رأى ذلك إجازة، هذا مضافاً إلى أنه لو قلنا بأنّ الرد هو الفسخ كان محتاجاً إلى الإنشاء القولي أو الفعلي، لكونه من الإنسانيات.

وأيضاً: لو باع المالك المال بعد العقد الفضولي من شخص آخر ثم رد العقد الفضولي، فإن كان الرد بمعنى الفسخ انحل العقد الفضولي،

^١ . وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب، 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 الشيخ (الشيخ) لأصالة بقاء اللزوم، ففيه: فيما أَنَّه يشترط في المستصحب أن يكون حكماً شرعاً أو موضوعاً للحكم الشرعي، والقابلية ليست منهما، فالحق عدم جريان الاستصحاب هذا.

أما الجهة الثانية، وهي البحث عمّا يتحقق به الردّ قولاً وفعلاً: (بناءً على مسلك المشهور من عدم مؤثّرية الإجازة بعد الردّ؛ لأنّه ينفي قابلية العقد لتحمل الإجازة اللاحقة).

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

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

ونوّقش فيه: بأنّا تارة نقول بعدم تتحقق العقد قبل لحقوق الإجازة وما هو الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد المسبّب فالقول بالتزام الأصيل من

جهة واحدة وطرف واحد مما لا دليل عليه. وتارة نقول بلزم الوفاء من طرف الأصليل (وإن لم يتحقق العقد) فعليه أيضاً يشكل التمسك بالأصل المذكور (أي الاستصحاب) لأنّه قد مرّ أنّ موضوع وجوب الوفاء (في الآية الشرفية: أوفوا بالعقود) هو العقد والاستصحاب متفرّع ومتوقف على إحراز الموضوع، فعند ما شكّ في تتحقق الموضوع يكون التمسك بدليل الاستصحاب تمسكاً بدليل في الشبهة الموضوعية (لتقوم جريان الاستصحاب بإحراز القضية المتيقنة والمشكوكة) هذا مضافاً إلى أنه لو شكّ في تأثير اللفظ في الرد لا مجال بجريان دليل وجوب الوفاء؛ للشك في إحراز موضوعه، فلا يصحّ دعوى استصحاب الحكم المذكور.

أما 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 شرعاً أو موضوعياً للحكم الشرعي والقابلية المذكورة في كلام الشيخ (أي قابلية العقد الفضولي للحوق الإجازة أو قابلية المجيز لذلك) فهل هي يعّد من المجعلات الشرعية؟

ما يستفاد من الأدلة الشرعية كقوله عليه السلام: «إذا أجازه فهو له جائز»^١ أنها عنوان انتزاعي للسلطنة على إجازة العقد للملك وأنّ الإجازة من شؤون الملك واحتياصاته بمعنى: أنه كما جعل للملك جواز بيعه ماله

^١ . وسائل الشيعة ٢١: ١١٤، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب٢٤، ح١.

وأنباء التصرّفات كذلك جعل له إجازة العقد الواقع على ماله فضوله، فإذاً يشكل القول بأنّ في المقام قابلية مجعلولة له من طرف الشارع (في العقد الفضولي) حتى يستصحب (كما أدعاه الشيخ رحمه الله) بل الثابت بحسب المستفاد من الأدلة أنّ المجعلول في العقد الفضولي قضية شرطية وتعليقية وهي أنّه إذا أجاز المالك جاز العقد.

فلا مجال للاستصحاب إلّا على نحو التعليق بأن يقال: «إنّ العقد كان جائزًا قبل صدور اللفظ المشكوك دلالته على الردّ، فمقتضى الاستصحاب بقائه».

وبعبارة واضحة تدرج القضية المذكورة في القضايا التعليقية «العنب إذا على يحرم».

فالنتيجة: تارة يكون اللفظ صالحًا لأن ينشأ به الرد (كاللفاظ الصريحة) فحينئذٍ لا شك في انفساخ العقد به، وتارة ليس في اللفظ صلاحية رد العقد، فحينئذٍ لا شك في بقاء العقد وعدم انفساخه، وتارة يشك في صلاحية اللفظ للدلالة على الرد وعدمها، فحينئذٍ تقتضي القاعدة عن دلالة الأصل الحكمي، ومع بطلانه تصل النوبة إلى الأصل الموضوعي بأن يقال: إنّ المتيقّن بقاء العقد إلى قبل صدور اللفظ المشكوك دلالته 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 الرد القولي.

وأقى الرد الفعلى، فعن النائيني رحمه الله: «فقد وقع الخلاف في وقوع الرد به وعدمه، ولكن التحقيق عدم الخلاف في وقوعه به على تقدير كون الفعل مصداقاً للرد، وإنما الخلاف في وجود فعل يصدق عليه الرد، وبعبارة أخرى النزاع صغروي لا كبروي»^١.

وبالجملة: أن دعوى عدم تحقق الرد بالفعل ممنوعة؛ لأن المعيار في التأثير وعدمه هي السيرة العقلائية مع عدم ردع من الشارع، والمرتكز عند العقلاء والعرف عدم التفريق بين القول والفعل، واحتصاص تحقق الرد بخصوص القول مما لا وجه له.

والعمدة: البحث عن الصغرى وهي الفعل الذي يتحقق به الرد، وعن النائيني رحمه الله بعد أن أثبتت وقوع الرد بالفعل ناقش في وجود فعل يصدق عليه الرد قائلاً: «...وذلك بعد ما تكرر مراراً من لزوم كون الفعل الذي يراد إيجاد مقوله به مصداقاً لتلك المقوله بحيث يحمل تلك المقوله عليه بالحمل الشائع الصناعي، مثل التسلیط الخارجي في باب المعاطاة الذي قلنا سابقاً إنّه بيع، وبعد إجراء النزاع في الصغرى نقول: الظاهر عدم وجود فعل يكون مصداقاً لهدم ما أنشأه الفضولي ورده، وليس قصد الرد كافياً مع إيجاد فعل مطلقاً ولو لم يكن الفعل مصداقاً للرد ولم يحمل عليه الرد حملاً صناعياً، كما أنّه لا يكفي قصد البيع مع إيجاد فعل كالوثبة الذي لا يكون مصداقاً للبيع»^٢.

^١. المكاسب والبيع: ٢٤٣: ٢.

^٢. المكاسب والبيع: ٢٤٤-٢٤٣: ٢.

والإشكال على ما أفاده من إنكاره عدم وجود فعل يعَد مصداقاً للردّ وهدم ما أنشأه الفضولي واضح بعد ما سلّمنا أنَّ المالك له أن يؤيّد 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 التصرّفات الصادرة عن المالك الأصيل في الفترة بين العقد والإجازة، ولووضح الكلام في المقام ينبغي أن يعلم أنَّ التصرّف من المالك في المتعاق تارة يكون من التصرّفات الناقلة، أي يؤدّي إلى نقل العين عن ملكيته وانتقالها إلى الغير، كما في البيع والهبة والوقف، وتارة يتصرّف في المنفعة دون العين كما في الإجارة والعارية.

وتارة يكون تصرّفه مستلزمًا لثبوت حقّ الغير في العين كما في الرهن فإذاً تكون العين متعلقة بحقّ الرهانة.

أما التصرّف الناقل فهو ينقسم إلى ما لا يمكن رجوع العين إلى المالك مَرّة أخرى وما يمكن رجوعه إلى المالك، وفي هذا القسم تارة يكون من مقوله البيع الخيري، وبإعمال الخيار يرجع إلى المالك، وتارة يكون المالك وهب ماله بغير ذي رحم بغير عوض ولم يتصرّف المتّهّب في العين ثم رجع المالك فيه.

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

لا إشكال في أنه لو التزمنا بأنّ التصرف الناقل يعدّ ردّاً للبيع الفضولي تكون الإجازة بعده من الإجازة بعد الردّ والمشهور قائل بعدم تأثير هذه الإجازة في تصحّح العقد، وفي قبال قولهم (بعد القول ببطلان ما ذهب إليه المشهور) قول بأنّ مثل هذا التصرف لا يعدّ ردّاً؛ لأنّه من الأمور القصدية الإنسانية، كالإجازة فهو (أي الردّ) لا يتحقّق إلّا بالقصد والإنشاء، والبيع بنفسه لا يعدّ إنشاء ليتحقّق به ردّ المعاملة الفضولي؛ لإمكان أن يقصد بيع ماله من دون أن يقصد بإنشائه ردّ العقد الفضولي نعم، لا يمكن الجمع بين الحكم بصحة تصرف البائع (البيع) وصحة العقد الفضولي، ومع ذلك لا يعدّ البيع المذكور أو الصلح أو الهبة و... وتملك ماله بعوض وإبرازه ردّاً للبيع الفضولي. وغاية ما يفيد أنه إنشاء الضدّ، وما هو الثابت أنّ إنشاء الضدّ لا يعدّ ردّاً لإنشاء الضدّ الآخر ولا مبرزاً لكراسيته عنه؛ حيث إنّ النسبة بين الردّ المعاملات الناقلة هي نسبة العلوم 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 اتضاح هذه النسبة بين المعاملات الناقلة والردّ، يبحث عن أنّ هذا التصرف هل يترتب عليه سلب القابلية عن الإجازة اللاحقة بمصحّحة العقد الفضولي وهل له القدرة على ذلك أم لا؟

ذهب المحقق النائيني رحمه الله إلى عدم مؤثرة الإجازة اللاحقة بعد التصرف الناقل الصادر من المالك مستدلاً^١: بأن التصرف يوجب تفويت الإجازة عن قابلية اللحوق ويسلب عنها القدرة على تصحيف 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 باليبيع ثانياً فهي ساقطة.

ومحصّله: أن دليل السلطنة يكون نفوذها وجريانها يدور مدار بقاء العلاقة بين المالك المجيز والعقد الفضولي، وبالصرف الناقل في الفترة بين العقد والإجازة يزول نفوذه ويصير أجنبياً، فلا اعتبار بإجازته، وفي المقام قول بطلان التصرف الناقل وكون الإجازة بناءً على الكشف مؤثرة واستدلّ أولاً بصحيحة أبي عبيدة الواردة في الزوجين الصغيرين زوجهما ولديهما، فمات أحدهما، ثم أجاز الآخر النكاح، وحكم الإمام عليه السلام بثبوت الإرث للحيي من الميت.

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

يكون كاشفة عن صحة العقد الفضولي فضلاً عن أنَّ تأثير الإجازة في بطalan ملكية المالك لا يكون أقوى من تأثير الموت في البطلان. وأشكُل فيها: بأنَّها تختص بقضية معينة ولا يجوز التعدُّي عنها وتعميم الحكم بغير باب النكاح.

وثانياً: ما استدلَّ به المحقق الأصفهاني رحمه الله بقوله: «وَأَمَّا عَلَى الْكَشْفِ بِنَحْوِ الشَّرْطِ الْمَتَأْخِرِ الْمُصْطَلَحُ عَلَيْهِ، فَصِحَّةُ الْعَدْدِيْنِ مَعًا مُسْتَحْيِلَةً؛ إِذْنَ لَا يَمْكُنُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ فِي زَمَانِ الْعَدْدِيْنِ مَلْكًا لِلْمُشْتَرِيِّ مِنْ الْمَالِكِ وَلِلْمُشْتَرِيِّ مِنَ الْفَضْولِ بِإِجازَةِ الْمَالِكِ، فَلَا يَبْدُدُ مِنْ رَفْعِ الْيَدِ عَنْ أَحَدِهِمَا وَحِيثُ إِنَّ الْمَفْرُوضَ تَأْثِيرُ الْعَدْدِيْنِ مِنْ حِينِ صَدْرُورِهِ بِإِجازَةِ الْمَتَأْخِرِ الَّتِي هِي شَرْطٌ مَتَأْخِرٌ يُؤْثِرُ فِي مَا قَبْلَهُ، فَلَا مَحَالَةٌ لَا يَعْقُلُ أَنْ تَكُونَ الْمُلْكِيَّةُ الْمُتَصَلَّةُ بِحَالِ إِجازَةِ شَرْطًا فِي تَأْثِيرِ إِجازَةِ وَإِلَّا لِزْمِ الْخَلْفِ أَوِ الْاِنْقَلَابِ، فَالْمُلْكِيَّةُ الْمُتَصَلَّةُ بِحَالِ الْعَدْدِيْنِ كَافِيَّةٌ فِي صِحَّةِ إِجازَةِ الْمَالِكِ، فَمَقْتَضِيُّ تَأْثِيرِ الْعَدْدِيْنِ الْمَجَازُ تَامٌ ثَبُوتًا وَإِثْبَاتًا، فَلَوْ لَمْ يَنْفَذْ بِعْيُ الثَّانِي الصَّادِرُ مِنْ الْمَالِكِ كَانَ عَلَى وَفْقِ الْقَاعِدَةِ؛ لِأَنَّ بِعْيَ وَارِدَ عَلَى بِعْيِ مَالِ الْغَيْرِ وَلَا يَنْفَذُ إِلَّا مِنْ لِهِ الْبِعْيِ، بِخَلْفِ مَا إِذَا قَلَّنَا بَعْدَ نَفْوِذِ الْعَدْدِيْنِ الْمَجَازِ، فَإِنَّهُ تَخْصِيصٌ بِلَا وَجْهٍ، فَيَدُورُ الْأُمْرُ بَيْنِ التَّخْصِيصِ وَالتَّخْصِيصِ بِلَا وَجْهٍ أَوْ بِوْجْهٍ دَائِرٍ؛ لِأَنَّ صِحَّةَ الْعَدْدِيْنِ مُتَوَقَّفَةٌ عَلَى بَقَاءِ الْمَالِ عَلَى مَلْكِ الْبَائِعِ حَالَ بِيعِهِ، وَهُوَ مُتَوَقَّفٌ عَلَى عَدْدِ صِحَّةِ الْعَدْدِيْنِ الْمَجَازِ، وَهُوَ مُتَوَقَّفٌ عَلَى عَدْدِ كَوْنِ الْمَالِ مَلْكًا لِهِ، مَعَ أَنَّهُ لَا مُخْرَجٌ لِهِ عَنْ مَلْكِهِ إِلَّا الْعَدْدِيْنِ الثَّانِيِّ، فَيَدُورُ بِخَلْفِ الْعَدْدِيْنِ الْمَجَازِ، فَإِنَّهُ يَكْفِيَهُ الْمُلْكِيَّةُ الْمُتَصَلَّةُ بِحَالِ الْعَدْدِيْنِ الْمَجَازِ، وَالْعَدْدِيْنِ الثَّانِيِّ لَا يَزِيلُ

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

وفي كلامه أُمور 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 تأثيرها وأنه لا مانع من ذلك لمعقولية هذا في الأمور الاعتبارية.

الثاني: ما قاله: «...فصحّة العقددين معاً مستحيلة» وذلك لاستلزم ذلك توارد المالكين على مال واحد في زمان واحد؛ بداعه أنّ المالك لما قام على إنشاء البيع الثاني يكون المشتري منه هو المالك، مع أنّ الفضول باعه لآخر وصار هو المالك، وهذا هو التوارد المذكور، فلابد من رفع اليد عن أحدهما.

الثالث: بيانه بعد ذلك لتقديم العقد الفضولي على عقد المالك المجيز وحاصله: أنّ كاشفية الإجازة بمعنى اعتبار العقد من حين صدوره بالإجازة اللاحقة التي هي تعد شرطاً متأخراً مؤثراً فيما قبله، فعلى هذا لو التزمنا بشرطية الملكية ودومتها 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؛ لأنّه لو فرض كون العين

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

ملكاً للمجيز، فإنَّ انقلاب ملكيته من حين الإجازة يعدَّ مخالفًا، لأنَّ معنى الكشف الانقلابي تبَدِّل الاعتبار من حين صدور الإجازة مع أنَّه 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 تامٌ ثبوتاً وإثباتاً» لما أثبتت أنَّ الملكية إلى حين العقد كافية لصحة الإجازة ولو لاها يحصل الخلف أو الانقلاب (هذا من جهة الثبوت).

وأمَّا إثباتاً، فلأنَّه مع ثبوت المقتضي يثبت بمقتضى دلالة الآية؛ حيث إنَّ الآية تقيد وجوب الوفاء حينما تحقق العقد (بعد صحة الإجازة).

الرابع: إنَّه بعد ما أثبتت نفوذ العقد الفضولي بالإجازة اللاحقة وأنَّه موافق للقاعدة ثبوتاً وإثباتاً قال: «فلو لم ينفذ البيع الثاني الصادر من المالك كان على وفق القاعدة» معللاً بقوله: «لأنَّه بيع وارد على مال الغير»؛ لأنَّ بعد أن قلنا بتمامية العقد الفضولي بدلالة الآية ودخول المال في ملك المشتري منه فهنا إقدام المالك المجيز على بيع هذا المال يعدَّ تصرِّفاً 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، فإنَّه تخصيص بلا وجه، فيدور الأمر بين التخصيص والتخصيص بلا وجه أو بوجه دائر» وهنا أراد بيان أنَّ القول بعدم نفوذ العقد المجاز يترتب عليه

إشكال، وهو أنه بعد تمامية القول باقتضاء صحة العقد المجاز ثبوتاً وإثباتاً، فحينئذ 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) فإنه يكون خروجه عن الآية معقولاً لأنّه بعد تصحّح العقد الأول (بالإجازة)، وصيروة المبيع ملكاً للمشتري وخارجاً عن ملكية المجيز، يكون معاملة المالك باطلة ولا تشمله عموم الآية وخارجة عنها بالتخصيص.

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

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

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

وفي كلامه موقع للنظر:

الأول: إنّ ما أفاده من استلزم 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: أنه أراد بهذا البيان عدم بقاء الملكية للملك 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 تحقق الانتقال إلى الفضول من حين إنشاء العقد، والإشكال عليه أنّ ما يخالف كاشفية الإجازة لزوم القول بتحقق الملكية الفعلية عند الإجازة، وهذا هو الذي يتنافي مع الكاشفية، وأمّا إذا قلنا باعتبار ملكيته بالملكية التعليقية، بمعنى: أنه مالك لولا الإجازة فلا معنى للزم الخلف، بداعه أنه لو لم يجز يكون ملكية المالك الأصيل باقياً والمفروض أنه 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 استلزم الدور حينما صرّح بأنّ القول بصحة العقد الثاني متوقفة على بقاء المال على ملك الملك الأصيل حال بيعه وهذا متوقف على عدم صحة العقد المجاز وعدم صحة العقد المجاز موقوف على عدم كون المال ملكاً له، مع أنه لا مخرج للمال عن ملك

المالك المجيز إلّا العقد الثاني وهذا هو الدور، أي عدم صحة العقد الثاني متوقف على عدم صحة العقد الثاني.

والإشكال: إنّ المضادة المذكورة بين صحة العقد الفضولي وصحة العقد الثاني لعدم إمكان الجمع بينهما فيجب بقاء أحدهما وارتفاعه الآخر مسلمة إلّا أنّ صحة العقد الثاني لم يكن متوقفاً على عدم صحة العقد المجاز (الفضولي) بل هي ملزمة لها بداعه ملزمة كلّ ضدّ وجوداً مع عدم الضد الآخر وليس هذا بمعنى عدم الضد الآخر حتى يستلزم الدور المحال.

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

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

بقي الكلام في الوجه الثالث، وهو ما أفاده المحقق الإيرلناني بنسبة الله : إنّه «ليس المقام من قبيل دليلين تعارضاً يجتمع بينهما بمثل ذلك فإنّ خطاب «أوفوا» إنّ توجهه إلى عقد المالك لم يبق موقع لتوجهه إلى إجازته لعقد الفضولي حتى يلتجأ إلى الجمع بين الخطابين بذلك ففي كلية الفروض المتنافاة بين الصحتين الأمر دائٍ بين صحة عقد المالك

وصحّة إجازته فكلّ منهما فرض صحيحاً بطل الآخر لكن عقده صحيح على القول بالنقل، لأنّه عقد صدر عن أهله في محلّه لبقاء ماله على ملكه فيشمله أدلة صحة تصرّفات المالك.

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

والإشكال عليه واضح بعد ما تقدم في كلام المحقق الإصفهاني: من أنّه توجه الخطاب إلى المجبى من حين وقوع العقد مع فرض الإجازة ولكنّه بعد قيامه بالبيع (في الفترة) لم يعد مالكاً بعد فرض عدم الإجازة حتى يشمله الخطاب وإنّ موضوع وجوب الوفاء لم يكن متحققاً من حين العقد فلا وجه لتوضيح صحة الإجازة على البيع الصادر في الفترة باعتبار اسبقية الفضولي، فالمتوجه هو الحكم ببطلان الإجازة.

بقي الكلام في التصرّف غير المخرج عن الملك - كاستيلاد العجارية وإجارة الدابة وتزويع الأمة - فهو وإن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه، إلا أنّه مخرج عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد، لأنّ صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة، وإذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة.

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

والحاصل: أنّ وقوع هذه الأمور صحيحة مناقضة لوقع الإجازة لأصل العقد فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً فلابدّ من امتناع وقوع الآخر...» أو بطال صاحبه أو ايقاعه على غير وجهه وحيث لا سبيل إلى الآخرين تعين الأول وبالجملة: كل ما يكون باطلًا على تقدير لحقوق الإجازة المؤثرة من حين العقد فوقعه صحيحاً مانع من لحقوق الإجازة لامتناع اجتماع المتنافيين^١.

أقول: المراد من التصرفات غير المخرج عن الملك وعدم نقل العين تارة يتحقق باستيلاد الأمة المبتوعة فضولة قبل الإجازة، وتارة بياجارة العين، وتارة بالتصرف الذي يؤدي إلى ثبوت حق الغير... .

أما الأول: فالكلام فيه موقوف على أنّ الاستيلاد يؤدي إلى بطلان الإجازة وزوال قابليتها في التأثير وعدمه: وكلمات الأعلام مختلفة، تارة نقول بعدم قابلية أمّ الولد للتلميک إلى الغير مطلقاً فيكون الإجازة باطلة.

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

^١ . كتاب مكاسب ٤٧٧: ٣

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 رحمه الله وغيره): إن نقل المنافع غير مندرج في حقيقة البيع (لأن حقيقة البيع إنما تبديل طرف في الإضافة أو تملك العين بعوض) فما وقع عليه إنشاء الفضولي ملكية العين نفسها والإجازة متعلقة لها، ولذلك لا مبادنة 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 التبادل والتنافى بينهما وهنا في النهاية يمكن القول بثبوت الخيار للمشتري لأنّه اشتري الدار بشرط المنفعة، وبعد صدورتها مسلوبة المنفعة ولو في مدة معينة يكون المبيع معيناً فثبت له الخيار.

نعم، إذا استلزم التنافى المذكور أي المناقضة لوقوع الإجازة كما إذا أجر الفضولي داره من الغير لمدة معينة ثمّ آجرها المالك (في الفترة) بمثيل هذه المدة ثم يجيز العقد الأول فهنا يحكم ببطلان الإجازة للمنافسات بين العقد الصادر من المالك مع العقد الأول من الفضولي لأنّ العقد (الثاني) الصادر لم يبق موضوعاً لإجازة الأول لعدم بقاء المورد (أي تملك المنفعة) للإجازة.

وأمّا الثالث: من التصرّفات غير الناقلة المؤدية إلى ثبوت حق الغير كالرهانة، 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 ومتنوّعية تصرّف كل من الراهن والمرتهن في العين المرهونة، أمّا المرتهن فعدم جواز تصرّفه معلوم، لأنّ العين مال الغير وهي عنده وثيقة ولا يحقّ له التصرّف، إلّا فيما بلغ عنده الأجل وطالب المديون واستنکف فحيثُّ بعد مراجعة الحاكم (وإنه ولِي الممتنع) له استيفاء حقه من العين، وأمّا الراهن فهو ممنوع التصرّف إذا عدّ تصرّفه منافيًّا مع حق المرتهن فيكون بيعه باطلًا.

نعم إذا استند في المنع عن التصرّف له بالنبوى ﷺ المشهور «الراهن والمرهون ممنوعان من التصرّف»^١ يحكم ببطلان بيعه، وأمّا لو قلنا بضعف المستند وعدم كون تصرّفه منافيًّا لحق المرتهن، لا وجه للحكم ببطلان بيع الراهن، لأنّ حق المرتهن باق من جواز المطالبة واستيفاء حقه من العين عند الامتناع وإن كانت العين منتقلة إلى الغير.

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

^١ مستدرك الوسائل ١٣: ٤٢٧، كتاب الرهن، ب١٧، ح٦.

الاستيذان (من المرتهن) إذ أقدم المالك برهن العين يكون ذلك سبباً لانتفاء موضوع الإجازة وعدم تأثيرها بداعه أن تأثير الإجازة منوطه صدورها من المالك له أن يبيع ويتصرّف وإذا رهن المالك ماله قد أزال قدرته على البيع فالإجازة المتأخرة غير مؤثرة 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 (لأنه بناءً عليه يكون نماء المثمن للمشتري ونماء الثمن للبائع قبل الإجازة) وقد مر، وأمّا بناءً على النقل فلا وجه للحكم بثبوت الأجرة؛ لأنّ المالك هو المتصرّف في ماله، فلا تصير بتصرّفه مشغولة الذمة للغير، ولعلّ وجه التأمل هو ما ذكرناه.

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

أمّا الأول فهو ردّ فعلٍ للعقد... وأمّا الثاني، فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به...»^٢ [١٠].

^١. كتاب المكاسب ٤٧٨: ٣.

^٢. كتاب المكاسب ٤٧٩: ٣ - ٤٨٠.

[١] واستدلّ الشيخ رحمه الله لما اختاره في القسم الأول (أي وقوعه حال الالتفات) وهو الحكم بالرد «وإنّه ردّ فعلي للعقد» ولذا يمنع عن لحوق الإجازة بقوله: «والدليل على إلحاقة بالردّ القولي - مضافاً إلى صدق الرد عليه فيعّمه ما دلّ على أنّ للملك الردّ مثل: ما وقع في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه، وما ورد في من زوجته 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 والعتق، فإنّ الوجه في حصول الفسخ هو دلالتها على قصد فسخ البيع...».^١

فالوجوه المستدلة في كلام الشيخ رحمه الله - مضافاً إلى الإجماع - عديدة منها: أنّ هذا التصرّف من المالك يعدّ ردّاً فعلياً. منها: النصوص الواردة في نكاح العبد وكذا في من زوجته أمّه وأنّها تقتضي صحة الرد.

منها: «أنّ المانع من صحة الإجازة بعد الردّ القولي موجود في الرد الفعلي، وهو خروج المميز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد...».

ولكنّ الإشكال في الوجه الأول: إنّه قد مرّ أنّ الردّ من الأمور الإنسانية والإيقاعات، وأنّ تتحققها موقوفة على الصدور عن القصد ومجرد تعريض المال للبيع لا يعدّ ردّاً فعلياً للعقد السابق الفضولي.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩ - ٤٨٠

وبعبارة واضحة: أن القول بدلالة التعرض للبيع على الفسخ والرد مشكل جدًا؛ لأن التعرض ليس بمصدق لإحدى الدلالات (المطابقية والتضمنية والالتزامية) لأن الدلالات هي الظهور لفظاً أو عملاً ودلالة الظواهر دلاله تصديقية تابعة للإرادة فما لم يقصد بفعله (من التعرض أو البيع الفاسد) لم تتم دلالته على الرد وبعد كون الرد أمراً إنسانياً محتاجاً إلى القصد.

وأما الوجه الثاني: وهو الاستدلال بالنصوص، فإنها وإن سلمنا دلالتها على ثبوت حق الرد في التزويج الواقع فضولاً (بالنسبة إلى العبد والولد) وأن هذه الأخبار تقيد السلطنة على الرد لكنها غير ناظرة إلى التحديد عن كيفية تحقق الرد من القول أو الفعل ولذلك استدرك الشيخ بعد استناده إليها عنها بقوله: «إلا أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أن له الترک فلا تعرّض فيه لكتفيته...»، فالنتيجة: سقوط الاستدلال بها.

وأما الوجه الثالث: وهو أن المانع من إمكان لحقوق الإجازة في الفعلي والقولي واحد، وهو خروج المميز بعد الرد عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد، فالرد الفعلي يجعل العقد فاقداً لصلاحية لحقوق الإجازة.

ولكن الإشكال بعد تسلّم الكبوي (عدم الفرق بين الرد القولي والفعلي): إنّا لا نسلّم أن مجرد تعرّض المال للبيع أو العقد عليه بالبيع الفاسد يعدّان من الرد الفعلي؛ لما حققناه آنفًا من أن الرد من الأمور الإنسانية، وتحقّقه موقوف على الصدور عن القصد.

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

توضيح الكلام: أنه إن سلمنا تمامية الإجماع على أن من له الخيار لفعل ما يوجب فسخ العقد كما لو وطأ المولى أمته المبيعة أو أعتق عبده ففي المقام يتحقق الرد؛ لأنَّه بعد تتحقق الرد بالفعل في العقد التام (العقد الخياري) فبالأولوية نقول بتحقق الرد في العقد الفضولي (الذي ليس بتم ومتصل على تتحقق الإجازة).

فالعمدة في توجيه الفسخ بهذه التصرفات ما أفاده بقوله عليه السلام: «هي دلالتها على قصد فسخ البيع»^١ بمعنى: أن العلة في كون هذه التصرفات في الملك يعد رداً فعلياً ملحاً بالردد القولي وأن الفسخ يحصل بها «وإلا فتوقفها على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يجب بطلانها...»^٢ [١].

[١] أراد بهذا البيان: أنه لو لم يكن الوجه في حصول الفسخ وتحققه هو دلالة البيع والوطء والعتق على حصول قصد الفسخ وإن شائه بل الوجه هو توقف هذه التصرفات على الملك مستنداً إلى النبوي عليه السلام المشهور «... لا بيع... ولا عتق... ولا وطء إلا في الملك» فإن مقتضها بطلان هذه التصرفات؛ لعدم حصول الملك المتوقف 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 التصرّفات هو حصول الفسخ بها، لدلالة على قصد الفسخ وإنشائه بها.

وأشكّل على هذا البيان في «مصابح الفقاهة» بقوله: «إنّ في العقود الخياريّة قد صار المبيع ملكاً للمشتري، وصار من جملة أمواله فلا يجوز لغيره التصرّف فيه بوجه، غاية الأمر أنّ البائع بما أنّ له الخيار فيجوز له فسخ العقد والتصرّف فيه بعد فسخه هذا.

فإذا تصرّف في ذلك المبيع تصرّفًا لا يجوز لغير المالك، أو يكون في نظر العرف مما 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 تصرّفاته؛ لكونه مالكاً وتصرّفه واقعاً في ماله وكيف يقاس ذلك بالفسخ في العقود الخياريّة، فلا تدلّ تصرّفاته هذه على وقوع الردّ بها، بل تقدّم أنّ التصرّفات المنافية للعقد السابق الفضولي لا تدلّ على الردّ، بل على سقوط المالك عن القابلية لإنجاز العقد، وكيف بالتصرّفات الغير المنافية لذلك العقد. وبالجملة: فمجرد كون الفسخ رفعاً والرد دفعاً لا يدلّ على تحقق الردّ بمثل تلك التصرّفات في باب رد العقود الفضوليّة...».^١

وإن كان لنا في كلامه تأمّل، إلا أنّ ما ادعاه من عدم دلالة هذه التصرّفات على الردّ تام لا بأس به، فإنّ الثابت الذي يستقرّ عليه ويدلّ

^١ . مصابح الفقاهة ٤: ٣٣٥ - ٣٣٦

عليه الدليل هو القول بكون التصرفات المنافية للعقد الفضولي يعدّ ردّاً

خلافاً لما التزم به الشيخ رحمه الله هذا.

وممّا ذكر يظهر حال ما يقع من المالك في حال عدم الالتفات وصرّح الشيخ رحمه الله بأنّ الظاهر عدم تحقق 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 الرد الموقوف على القصد والالتفات إلى وقوع المردود...»^١ ولا يكون المقام نظير إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعاً؛ لورود النصّ الخاصّ (صحيحه أبي ولاد)^٢.

بقي الكلام في مسائل متفرّقة 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 الشمن صرّح الشيخ الأعظم رحمه الله بأنه «لو لم يجز المالك فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقائه ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها - على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد - ...»^٣.

تعرّض في كلامه هنا إلى أمرين:

^١ . كتاب المكاسب: ٣: ٤٨٠.

^٢ . وسائل الشيعة: ٢٢، ١٣٦، أبواب أقسام الطلاق، ب١٤، ح١.

^٣ . كتاب المكاسب: ٣: ٤٨٣.

الأول: في أنَّ للملك انتزاع المال المبيع الذي باعه الفضولي وتسليميه إلى المشتري وهذا واضح لقاعدة السلطنة.

الثاني: بالنسبة إلى المنافع المستوفاة وغير المستوفاة، أمّا المنافع المستوفاة فلا شك أنَّ المستوفى قد أتلف منافع عين المال الملك 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 العقلاة على ضمان الأموال المحترمة عند استيفائها، وأيضاً أنَّ اليد على العين يد على منافعها فمقتضى قاعدة السلطنة: كما أنَّ للملك المطالبة بعين ماله كذلك على المنافع، مضافاً إلى النصوص الخاصة الواردة في ضمان المنافع المستوفاة.

كرواية زراة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل اشتري جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاً دَاء، ثم إنَّ أباها يزعم أنها له وأقام على ذلك البينة، قال عليه السلام : «يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنتها وخدمتها»^١.

وفي رواية أخرى له... فقال عليه السلام : «يرد إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع»^٢.
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 بقيمتها»^١.

وأماماً بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة أو المنافع الفائتة، فعن المشهور هو الضمان أيضاً، ولكن الشيخ رحمه الله أشكل بأنّها (غير المستوفاة أو الفائتة) وإن كانت مالاً، إلا أنها لا يصدق عليها الأخذ باليد لكي تشملها وتعمّها 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 المأخذ بالعقد الفاسد وزانه وزان الحكم في المال المغصوب أم لا؟ وعلى القول به يقع الكلام في مدى دلالة الأدلة الدالة على أنّ الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال وأشده».

أمّا الكلام في الاستناد بقاعدة اليد والإتلاف:

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

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

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

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

إلّا أن يقال: بأنّ المنافع وإن كانت كما قيل، إلّا أنّ لها حظاً 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 بسبب من شخص الأخذ، فالأقوى ما ذهب إليه المشهور.

وغير خفي أن المنفعة حية قائمة بالعين فالضمان ثابت ببيع العين ولعله لذلك ذهب السيد والمحقق النائيني رحمه الله إلى ضمان الصفة (فيما إذا كان المبيع شاة سمينة وصارت مهزولة في يد الآخذ) وكأنهما أرادا تكون ضمان العين ضمان لجميع خصوصياتها من القيمة والمنفعة والوصف، وإن أشكال عليهما: بالفرق بين المنفعة والوصف بما ذكر (من كون المنفعة قائمة بالعين من أول الأمر، بخلاف الوصف فإنه صادف ولا ضمان له).

وأما الكلام في الدليل الثاني (أقامه الشيخ رحمه الله) من التفريق بين المأخذ غصباً وبين المأخذ بالعقد الفاسد (في المنافع الفائنة بغیر الاستيفاء) وإن ذهب المشهور إلى الضمان في المأخذ بالعقد الفاسد فيها؛ لصدق عنوان المالية على المنافع، وأنها مقبوسة في يده، مضافاً إلى احترام مال المسلم، وأشكال الشيخ رحمه 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 حل التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وهذه متحققة في الاستيفاء والإتلاف دون التلف.

مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة «ما لا يضمن بصححه لا يضمن بفاسده» ومعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضماناً على المشتري

للمنفعة؛ لأنّها له مجاناً، ومع ذلك كله رجح الشيخ رحمه الله القول بالتوقف، ثم قال: «القول بالضمان لا يخلو من قوّة»^١ معللاً بذهب العلامة في «التذكرة»^٢ إلى الضمان في «منافع الأموال من العبيد والثياب والعقارات وغيرها مضمونة بالتفويت والفوائد تحت اليد العادية، ولو غصب عبداً أو جارية أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه - سواء أتلقفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت في يده مدة ولا يستعملها - عند علمائنا أجمع».«

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

هذا مضافاً إلى ما تقدم من أنّ السبب لعدم تحقق هذه المنافع للملك هو الآخذ (سواء أكان هو القابض بالعقد الفاسد أو الغاصب) والشريعة المقدّسة كما لا يقبل منع الملوك عن استيفاء أعيان أموالهم فكذلك لا يقبل منهم عن استيفاء منافعها، ولعله لذلك ذهب السيد صاحب العروة بضمان الحابس لمنافع الحرّ الكسوب الفائمة^٥ ... 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 إنّ الشّيخ 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 بقيمتها يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده، ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر وفرضت زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختصّ السابق بالرجوع بالزيادة عليه»^١.

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

قد مر الكلام في ضمان المثلي والقيمي، وفي الأخير يكون الحكم إما ضمان القيمة يوم القبض، وإما قيمة يوم الأداء، وإما قيمة يوم التلف، وإما أعلى القيم، وتحقّق سابقاً ثبوت قيمة يوم التلف، وتحقّق الضمان عنده وعلى القول بثبوت الضمان بالنسبة إلى «أعلى القيم» فإنّ اليد التي تحقّقت الزيادة حين استيلانها على العين فهي ضامنة لزيادة بمقتضى القاعدة (على اليد) فللمالك أن يطالبه بالزيادة... .

كلام في ضمان الصفات التالفة:

تارة نقول فيها بعدم ثبوت المالية فيها وإنّها لا تقادس بالمال وإن كانت تتحقّقها موجبة لزيادة القيمة في العين ونقصانها يستوجب نقصانها، وهي إما تكون عينه كالسمن والهزال، وإما حكمية كما في صفات العبد من الحرف الموجبة لزيادة قيمتها، وفي الأخيرة إنّ الزيادة تعد حيثية

^١ . كتاب المكاسب ٤٨٣: ٣.

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

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

ولعلّ الوجه: أنّ الأشياء تارة ذات خصوصية لها قيمة (كالحنطة من جهة أنها طعام) ولا علاقة لها باعتبار المعتبر، وتارة يكون القيمة من الخصوصيات الاعتبارية، كالوراق الاعتبارية، وكذلك الحال في ارتفاع القيمة من حيث أنّ منشأه ذاتية كالتعلم في العبد وتارة يكون الارتفاع من جهة قلة المتعاقدين في السوق، وكثرة الطلب، وبناءً على هذا فصل المحقق الخوئي رحمه 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.

«...وأمّا 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: أنّ المشتري إذا اغترم للملك غير الثمن...^٣.^٤

[١] أمّا الكلام في المسألة الأولى: فتارة يكون المشتري جاهلاً بكونه فضوليًّا، وتارة يكون عالماً بكونه فضوليًّا (مع بقاء الثمن).

وعلى الأول: فلا إشكال في أنّ للمشتري حقّ الرجوع إلى البائع الفضولي والمطالبة بماله المدفوع إليه واسترداده؛ لأنّ اليد من البائع يد عدواني، فيحقّ للملك مطالبة ماله بمقتضى قاعدة السلطة، ولا يقتدح في ذلك اعترافه بكون البائع مالكاً؛ لأنّ اعترافه مبنيٌ على ظاهر يده، وهذا ما صرّح به الشيخ رحمه 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»^١ والوجه واضح؛ لأنّه بعد قيام البيئة لم يبق وجه لجواز الرجوع على البائع الغاصب، هذا فالحكم في هذه المسألة (أي جواز رجوع المشتري) مبنيٌ 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، فإنّه قد تكون الدعوى مستندة إلى العلم، وتارة مستندة إلى قاعدة اليد، والثالثة - كما عبّر عنه الشيخ رحمه الله - : «ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيرها، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر الإقرار من دلالته على الواقع وجهاً...»^١.

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

وبعبارة أخرى واضحة: لو اشتراه جاهلاً بكونه فضوليًّا، ثمّ تبيّن بعد ذلك إمّا باعتراف البائع، أو بحصول العلم للمشتري، أو بالترافق بين المالك والمشتري، فللمسحتري الرجوع إلى الفضولي باسترداد الثمن وإن كان حينما اشتراه مقرأً بكون البائع مالكاً؛ لأنّ إقراره مبني على ظاهر اليد فإنّ أمارية القاعدة تسقط تبيّن الخلاف (بعد اعترافه أو حصول العلم و...) وأمّا لو أقرّ بملكية البائع على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد (كان يكون اعترافه بعد قيام البينة من المالك على فضوليّة 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 فالمسحتري إقراره واعترافه على نفسه (وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز) فلذلك لا يرجع المسحتري إلى المالك حسب اعترافه، بخلاف ما إذا كان اعترافه مستنداً إلى اليد، فهذا الإقرار والاعتراف لا

^١ . كتاب المكافل ٣: ٤٨٤.

يوجب أخذ المقرّ و المعترف به؛ بداعه زواله بزوال مستنته وهو قد زال بإقامة المالك البينة على أنّ المال ماله وهي مكذبة للدّيد.

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

أقول: ظاهر كلامه عدم ترجيح أحدهما على الآخر، وقد وجّه كلام الشيخ رحمه الله من عدم الترجيح بعد قيام التعارض بين الوجهين: سلّمنا قيام السيرة العقلائية على اعتبار المتعاقدين ملكاً للبائع، إلّا أنّها قائمة فيما إذا لم يكن هناك ما يعارض يده، ولكنّه بعد تعارض دليلي العلم واليد يصير الدليل قاصراً في مرتبة الاقتناء، إلّا أنّه ذهب المحقق 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 اللّفظ حجّة دون ظاهر الحال فيحمل إقراره على استناده فيه إلى غير اليد، فيمنع عن رجوعه إلى المشتري عند الحاكم»^١.

وذهب السيد الخوئي رحمه الله إلى تقديم البينة: «...فيما لم يثبت ذلك الإقرار ولا علم لنا في كونه مستنداً إلى العلم الوجданـي ليكون إقراره قابلاً لأخذ مقرّـه به، بل يمكن مستنداً إلى اليد، فلا موجب لرفع اليد به عن البينة، إلّا يلزم رفع اليد عن الحجّة بغيرها، ويكتفينا الشكّ في

^١ . حاشية كتاب المكاسب (لالأصفهاني رحمه الله) ٢: ٢٨٨

ذلك أيضاً؛ لأنّه لا يمكن رفع اليد عن الحجّة بأمر يحتمل كونه حجّة قائمة على خلافها...»^١.

والإشكال عليه: أنّ في المقام أنّ المالك قد أقام البينة على ملكية المال والمشتري اعترف إجمالاً بكون المتعاقدين للبائع الفضولي، فالدعوى الأولى مبنية على العلم، والثانية على ظاهر اليد، فتكون البينة حاكمة، أمّا إذا كان دعوى المشتري مستندة إلى العلم فالبينة ساقطة عن الاعتبار في مقابل العلم، فيستحيل تقديم البينة في هذه الحالة على العلم.

وأمّا الكلام فيما أفاده المحقّق الأصفهاني رحمه 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، أمّا الأول فإنّما ينكشف عند المشتري كذب البائع وأنّه فضول، وإنّما أن يكون عالماً بأنّه مالك، فلا إشكال في جواز الرجوع في الأول وعدمه في الثاني واقعاً.

وأمّا أن لا ينكشف عنده كذبه وصدقه، فله - بعد قيام البينة بحسب ظاهر الشع - الرجوع إلى البائع واقعاً؛ لأنّ البيع باطل بحكم الشارع الذي لم يتبيّن خلافه، فالثمن باق على ملك المشتري شرعاً والناس مسلّطون على أموالهم، هذا إن كان بطلان المعاملة شرعاً مستنداً إلى قيام البينة عند الحاكم ببطلان البيع.

وإن كان لأجل اليمين المردودة من البائع على المدعى، فغاية ما يستدعي اليمين المردودة كونها ميزاناً لفصل الخصومة بأخذ المبيع وإعطائه للمدعى، لا أنّها طريق شرعي إلى كونه ملكاً للمدعى بحكم الحاكم... ، وأمّا كون اليمين المردودة بمنزلة البيّنة من الحالف؛ لأنّه مدع وظيفته إقامة البيّنة، أو بمنزلة الإقرار من الراد؛ لأنّه كالاعتراف بأنّ القول ما يقوله المدعى بحلفه، فإنّما هو بلحاظ بعض الآثار لا أنّه طريق حقيقته إلى ملكية العين للحالف، وأمّا الثاني وهو الرجوع بالترافع إلى الحاكم، فلا مانع من رجوعه إلّا إقراره بشرائه منه صحيحاً، فيكون اعترافاً بملكنته وأنّ المدعى كاذب، فإن علم باستناده إلى يده فقد ظهر خلافه بأمارة 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 يحق 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 أمارة (مع احتمال مخالفتها للواقع) ولكنّها حجّة 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 (لالأصفهاني رحمه الله) ٢: ٢٨٧-٢٨٨.

وقوله عليه السلام: «وَاقِعًا» هو الواقع في مقابل حكم القاضي، أي الواقع في قبال الترافع.

ثُمَّ إِنَّ حُكْمَ بِبَقَاءِ حَقِّ الرَّجُوعِ «بَعْدَ التَّرَافِعِ عَنْهُ الْحَاكِمِ» واسترجاع الشمن إذا قامت البيينة وحكم الحاكم مستنداً إليها؛ لأنَّ البيينة تعدَّ طریقاً على الملكية وأمّا إذا كان الحكم مستنداً إلى اليمين المردودة فيما أنها لا تعدَّ طریقاً على الملكية وإنما هي بمجرد فصل الخصومة وإن كان يترتب عليه الأثر (يحقّ له الرجوع) ولكنّه ليس طریقاً حقيقة إلى ملكية العين للحالف.

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

وأمّا السيد صاحب العروة: رجح 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 بالشمن واسترجاعه، وقال: «لعموم دليل الإقرار الذي لا يخصّصه إلَّا بما يكون معتبراً ولا دليل على اعتبار ظهور المقابل، فإنَّه ليس ظهوراً مستنداً إلى اللفظ حتى يكون من الظنون الخاصة»^١.

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

فما يستفاد من كلام السيد الله تقدیم إقرار المشتری استناداً إلى عموم دلیل الإقرار حتی على بینة المدّعی وأن الإقرار کاشف عن الملكیة للمرّ له ولا شيء في قباليه سوى ظاهر حال المشتری الذي اشتراه من السوق اعتماداً على قاعدة الید، وبما أن هذا الظهور لم يكن مستنداً إلى دلیل لفظی (ومندرجًا في الظنون الخاصة) لا يقاوم عموم دلیل الإقرار وتخصیصه، فهذا الدلیل مقدم على إثبات الملكیة المستندة لقاعدة الید، ولهذا على القاضی أن يحکم بمقتضی إقرار المشتری (في التداعی) فلا یحق للمشتري مطالبة البائع بالثمن (وعلى هذا الأساس حکم المحقق الأصفهانی الله بسقوط الظهور المستند إلى قاعدة الید في قبال الظهور اللفظی المستند بقاعدة الإقرار).

هنا یلزم التأمل في مدى اعتبار دلیل الإقرار والفحص عن الأدلة القائمة على حججیته من الإجماع والضرورة والآیات والروايات.

أماماً الإجماع مضافاً إلى أنه مستند إلى الكتاب والسنة فهو دلیل لتبی لا إطلاق له ولا عموم، وأماماً الضرورة الفقهیة الدالة على دلیلية الإقرار ونفوذه فهو أيضاً لا إطلاق له.

وأماماً الآیات، منها: قوله تعالی: (... و آخرون اعترفوا بذنوبهم خلطوا عملاً صالحًا و آخر سئلًا عسى الله أن يتوب عليهم...) ^١ ومنها: ﴿يَا

^١ التوبه (٩): ١٠٢.

أَيْهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُوْنُوا قَوَامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء 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.

وأقى 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 الكبri 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» بالنبوى المستفيض أو المتواتر ولا يبعد تواتره لاتفاق الفريقين على نقله والاستدلال به في الموارد الخاصة.

وال المشكلة: 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 الغض عن عدم السند نقول: إن مضمونها ومفادها دال على نفوذ إقرار العاقل البالغ وجوازه، وهذا هو الذي اتفق عليه العقلاء؛ معللاً بأن العاقل لا يقدم على إضرار نفسه،

^١. النساء (٤): ١٣٥.

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

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

ولكنّ الإشكال باقٍ من حيث إنّا لا نعلم استناد المقرّ في إقراره إلى اليد أو إلى العلم (بعد كونهما صغرى لكبرى الإقرار) فإنّ كان المستند هو قاعدة اليد فهي محكومة بالبيئة وإنّ كان العلم فهو مقدم على البيئة، فالتمسّك بعموم القاعدة لإثبات مصداق العموم يكون من التمسّك بالعموم في الشبهة الموضوعية.

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

ولكنّ الإشكال فيما أفاده السيد والمحقق الأصفهاني: أنه في موارد تردد 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: إنَّه إذا كان المال في يد الرجل لكنَّه تشهد بملكه له^١، مضافاً إلى أنَّ المتعارف عند العقلاة هو الانكال إلى القاعدة في معاملاتهم مستنداً إلى القاعدة، هذا مضافاً إلى أنَّ ذهابه إلى حصر الظنون الخاصة بالظاهرات اللفظية يستلزم نفي حجية الإطلاق المقامي والحالى وعدم إمكان التمسك بهما في كشف المراد من الكلام، مع أنَّ عمدة المستند لحجية الظهور اللفظية وكذا ظهور الحال هو السيرة العقلائية من دون ترجيح بينهما ولذلك يحكم بمقتضى ظاهر الحال عند اختلاف الزوجين في الأموال حيث حكم الإمام عَلَيْهِ السَّلَام بملكية الزوجة معتمداً على ظاهر الحال من أنَّ الزوجة هي التي تأتي بالجهاز عادة، وأيضاً في تقديم قول المنكر لظاهر حاله (عند تمييز المدعى عن المنكر في باب التضاد) حيث قالوا في المدعى من يكون قوله مخالفًا لظاهر الحال، والمنكر: من وافق قوله ظاهر الحال، فلو لا حجية ظاهر الحال لما كان وجه لتقديم قوله، فعلى هذا يشكل الموافقة مع السيد عَلَيْهِ السَّلَام وكذا المحقق الأصفهاني في المقام.

ثم إنَّ السيد عَلَيْهِ السَّلَام تصدَّى لبيان وظيفة المشتري وتكليفه بينه وبين الله قائلاً: «...فمع علمه بکذب المدعى أو البائع فلا إشكال، وأمّا مع جهله بالحال وفرض كون البائع مصراً على دعوى الملكية واحتمال صدقه، فهُل له أن يرجع عليه بالثمن تعويلاً على حكم الحاكم بكون المال

^١ انظر وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٢، أبواب كيفية الحكم ب٢٥ 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 الأول: له الرجوع على البائع؛ لأنّ يده وإن كانت أمارة شرعية، إلا أنّ البيّنة الشرعية المعتبرة عند الحاكم طريق إلى الواقع وحاكم عليها، فثبت شرعاً كون المبيع لغير البائع وكون بيعه باطلأً، بخلافه على الثاني، فإنّ حكم الحاكم حينئذٍ طريق لفصل الخصومة في الظاهر، فلا يحکم معه ببطلان 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، إلا أنّ المبيع يؤخذ منه ويردّ على المالك ولا يحقّ للمشتري استرجاع الثمن من البائع.

ولا يبعد الإيراد على ما أفاده الله: من جهة أنّ المستفاد من الأدلة كون اليمين والحلف فيهما جهة الأماربة بالنسبة إلى متعلّقها وعدم حصرهما بخصوص فصل الخصومة. ويشهد لذلك صحيحة ابن أبي يعفور «من

١. حاشية المكاسب (للسيد اليزدي الله) ١: ١٧٥.

حلف لكم على حقٍّ فصدقوه»^١ وهذا الأمر (بوجوب التصديق) أعمّ من الالتزام العملي والقلبي من ترتيب الآثار من دون التخصيص بباب دون باب، فإنَّ اليمين والحلف أمارَة 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 الشمن والله العالم.

^١ . وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٥، أبواب كيفية الحكم ب٩ ح ٢.