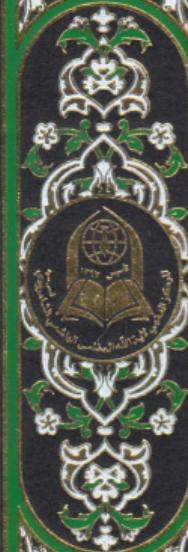


جُنُونٌ فِي الْفَقْهِ
مِبَاحِحَةٍ عَامِمَةٍ
حُولَ الْعَقْدِ

(نظرية العقد في الفقه الإسلامي)

تأليف
آية الله العظمى
السيد محمود الماشي الشاهزادى



جُوْنْتْ فِي الْفَقْرِ

مباحث عامّة
حول العقد

(نظريّة العقد في الفقه الإسلامي)



آیة اللہ السید مُحَمَّد ھاشمی

جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

هوية الكتاب

الكتاب: مباحث عامة حول العقد
تأليف: آية الله العظمى السيد محمود الهاشمي الشاهرودي
الناشر: المركز الفقهي لآية الله العظمى الهاشمي الشاهرودي
طبعة الثانية: ٢٠٢٣ - ١٤٤٤ هـ
الكمية: ١٠٠



مقدمة الناشر :

« يَرْفَعُ اللَّهُ أَلْذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أَوْتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَيْرٌ »^(١).

الحمد والشانة لله رب العالمين والصلوة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وآلـهـ الطـاهـرـين ولعنة الله على أعدائهم أجمعـينـ منـ الآـنـ إـلـىـ قـيـامـ يـوـمـ الدـيـنـ .

ورد في حديث عن رسول الله ﷺ أنه قال : « المؤمن إذا مات وترك ورقة واحدة عليها علم ، تكون تلك الورقة يوم القيمة ستراً فيما بينه وبين النار... »^(٢).

يعتبر التقوى والجهاد والعلم - بعد الإيمان بالله تعالى - في نظر القرآن الكريم من أهم الأمور التي هي الملائكة في التفاضل بين الناس التي على أساسها فضل الله الناس بعضهم على بعض.

وقد سعى المركز الفقهي لآية الله العظمى السيد محمود الهاشمي

١ - سورة المجادلة ، الآية : ١١ .

٢ - أمالی الصدوق ١ : ٣٧ .

الشاهدودي تأثراً إلى بيان وترسيخ الفكر الفقهي لهذا الفقيه المجاهد وأساتذته العظام: السيد الخوئي والشهيد محمد باقر الصدر والإمام الخميني تأثراً؛ وذلك من أجل تطوير مجال التعليم والبحث العلمي، ورفع المستوى العلمي لفضلاء الحوزة العلمية والترويج لمدرسة أهل البيت عليهما السلام.

وهذا الكتاب هو استمرار لأبحاث الموسوعة الفقهية (بحوث في الفقه) لهذا الفقيه الراحل الذي سطّر بقلمه الشريف، وهو دراسة تحليلية للقواعد العامة للعقود في أقسامها الثلاثة: أركان العقد. أحكام العقد. انتهاء العقد.

ولكن - للأسف - انطفأ سراج عمر هذا الفقيه الفقيد، ولم يمهله الأجل لإتمامه، فكتب منه (أركان العقد) فقط.

ويهدف نشر فكر هذا الفقيه المجاهد وآثاره العلمية القيمة سعى هذا المركز - بعد تحقيق نصوص هذا الكتاب القيم واستخراج مصادره - إلى طباعته ونشره.

كما ونتقدم بالشكر الجليل إلى جميع من شارك في تحقيق واستخراج المصادر وتنظيم وطباعة هذا الكتاب، سائلين المولى القدير لهذا الفقيه الراحل على الدرجات، وللعاملين في هذا المركز التوفيق المضاعف للاستمرار في هذا العمل العلمي خدمةً للإسلام ومدرسة أهل البيت عليهما السلام.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

السيد علي الهاشمي الشاهرودي

١ / رجب المبارك / ١٤٤٣ هـ. ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

للمقدمة

يقسم الفقهاء عادةً أبحاث الفقه إلى قسمين رئисيين :

- ١ - قسم العبادات .
- ٢ - قسم المعاملات .

والمراد بالأول كل تكليف شرعي مشروط امتناعه بقصد القربة والاتيان به من أجل الله سبحانه ، وأما المعاملات فلها إطلاقات عديدة فقد تطلق في قبال العبادات فتشمل سائر الأحكام الشرعية غير العبادية .

وقد تطلق ويراد بها العقود والإيقاعات ، أي الأحكام المتعلقة بالحقوق المالية أو الشخصية بين الأفراد التي تتحقق بعقد أو إيقاع أو بأسباب أخرى ، فتخرج بذلك الأحكام الشرعية الأخرى ولو لم تكن عبادية ، كحرمة الغيبة وشرب الخمر ووجوب حفظ النفس والحدود والديات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ونحوها .

وهذا الإطلاق للمعاملات يجعله قريباً من اصطلاح القانون المدني في الفقه الوضعي حيث يراد به ما ينظم العلاقات بين الأفراد ، سواءً من الناحية المالية - القانون المدني المالي - أو من الناحية الشخصية - قانون الأحوال الشخصية - ولعل هذا المعنى أيضاً هو المقصود عند من قسم الفقه إلى عبادات ومعاملات وأحكام وسياسات .

وقد تطلق المعاملات ويراد بها معنى أخص من ذلك أيضاً، وهو خصوص الأحكام المتعلقة بالأموال الخاصة أي الراجعة للأفراد لا الراجعة إلى الدولة أو عموم الناس كالخمس والزكاة والخرج والأنفال، فتخرج الأحكام المتعلقة بالأشخاص كالنكاح والطلاق والعقد ونحوها أيضاً.

وهذا يساوق ما يسمى اليوم بالقانون المدني المالي، وهذا هو المناسب جعله قسماً برأسه في تصنيف البحوث الفقهية والقانونية؛ لأنَّ تنظيم العلاقات المالية بين الأفراد فيه نكات وخصوصيات وحيثيات من البحث تميزه عن الأحكام الأخرى، ففيناسب تجميع تلك القوانين والأحكام تحت قسم واحد وإفراد بحث في نكاتها المشتركة ثمَّ تطبيقها على تفصيلاتها ومترفعتها. وهذا ما قامت به بحوث القانون المدني اليوم.

ونحن نقترح أن تنتهي البحوث الفقهية نفس المنهج، فيبحث أولأً عن تعريف المال، ثمَّ عن أنواع العلاقة المالية من الملك والحق والإباحة، وتعريف كل نوع وتحليله، ثمَّ يبحث عن مصادر حصول الحقوق أو الالتزامات المالية وأسبابها - وهذا يشبه ما يبحثه القانون الوضعي المدني اليوم، تحت عنوان: مصادر الحق أو الالتزام - ثمَّ يبحث عن كل مصدر من تلك المصادر.

ولا شك في أنَّ مصدر كل حق أو التزام إنما هو الشرع والقانون؛ فإنه من دون حكم الشرع أو إمضائه لا يتحقق حق أو التزام مشروع، وهذا واضح.

إلا أنه حيث إنَّ الحق أو الالتزام يمكن أن يصدر عن الأشخاص، وأنَّ القانون أو الشرع يمضي ذلك ويقبله، من هنا صح تقسيم مصدر الحق أو الالتزام أو آية علقة وضعية بأنَّها تارة تكون بالإرادة والوضع من قبل الأشخاص، والشارع يمضي، وهذا ما يكون في العقود والإيقاعات والأعمال القانونية الانشائية.

وقد يكون بحكم الشارع، وهذا هو التقسيم الثاني لمصادر الحق أو الالتزام. كما أن المصدر الثاني قد يقسم إلى ما يكون مصدر الحق أو الالتزام فيه وجود حق سابق لابد من احفاظه وعدم هدره - كما في الاتلاف والغصب - وما يكون بجعل الشارع ابتداء.

وهذا هو التقسيم الثلاثي أو الرباعي لمصادر الحق والالتزام، فكأن حكم الشارع في غير القسم الأخير يكون بصورة غير مباشرة، وفي طول حق أو التزام مجعل شخصي أو حادثة قانونية أو حق يكون ثابتاً سابقاً والشارع يمضي ذلك أو يحفظه لصاحبها.

ويبقى بعد هذا وذاك كيفية تقسيم مصادر الحق أو الالتزام أمراً ذوقياً اعتبارياً يختلف حسب اختلاف القوانين والأنظمة الوضعية.

ولعل الأنسب أن تبحث مصادر الحق أو الالتزام في الفقه الإسلامي ضمن العناوين التالية:

- ١ - الإرادة أو إنشاء الالتزام أو الحق ، وهو أعم من العقد المتفق عليه بالإنشاء والتراضي بين طرفين والإيقاع المتفق بالإنشاء من طرف واحد.
- ٢ - الاستيلاء بقصد التملك على ما لا مالك له ، ولم يخصص لمصلحة معينة ، كالحيازة والإحياء والصيد للمباحثات الأولى.
- ٣ - العمل الضار بلا حق ، كالغصب والإتلاف والتلف في اليد العادية.
- ٤ - الالتزام المسبق أو بقاء الحق السابق ، كموارد العقود الفاسدة المضمنة ونحوها كموارد ثبوت مهر المثل.
- ٥ - الافتقار أو العمل المشروع لأجل الغير ، كقاعدة الإحسان وضمان الأمر.
- ٦ - الشرع ، أي القانون وما يقرره من الحقوق رأساً ، وهو أعم من الحق المقرر من قبل الشارع ابتداء - بالعنوان الأولى - كالزكاة والأمثال أو الإرث - أو

المقرر من قبل الحاكم الإسلامي بمقتضى ولايته العامة - بالعنوان الشانوي - كالضرائب المجنولة من قبله أو من خلال حكم قضائي كالعقوبات المالية والحجر القضائي ونحو ذلك.

وهذا الترتيب لمصادر الحق أو الالتزام يختلف عما جاء في القانون الوضعي، كما أن هناك فرقاً بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي في تصوير الحق المالي وتحليله لا مجال هنا للدخول في تفصيل ذلك وتوضيحه.

وإنما نقتصر هنا من هذا المنهج على البحث عن العقد الذي يعتبر من أهم مصادر الحق أو الالتزام، وهو يندرج ضمن المصدر الأول، فنتكلّم عن جملة من القواعد العامة المتعلقة بالعقود بشكل عام، تاركين الدخول في المباحث الأسبق منها رتبة حسب المنهجة المذكورة إلى مجال آخر.

قم المقدّسة

السيد محمود الهاشمي

١٤٣٤ هـ . ق

بحوث تمهيدية

وتشتمل على أمور ثلاثة: تعريف العقد، ومبادأ صحة العقود (سلطان الإرادة) ومبادأ اللزوم في العقد:

الأمر الأول : تعريف العقد وأقسامه

١ - تعريف العقد :

العقد لغةً: هو الشد والربط بين طرفين شدًّا وثيقاً يجعلهما مجتمعين كالشيء الواحد المشدود بعضه بالبعض الآخر. وقد أطلق على الأمور المحسوسة، فقيل: (عقد الحبل)، ويستعمل في الأمور الاعتبارية والقرارات والتهدادات أيضاً، فيقال: (عقدتكم الأيمان) و(عقد البيع) و(عقد البيعة).

وقد ذكر أكثر اللغويين أنَّ معناه في هذا الإطلاق هو العهد المؤكَّد الوثيق. وناقش في ذلك جملة من المحققين بأنَّ العهد غير العقد، وأنَّ العهد مطلق القرار والجعل، بينما العقد هو الربط والشد وهما متبادران مفهوماً.

نعم، قد يجتمعان في المورد من باب أنَّ الإنسان يرتبط بما يتعهده، فيكون كل عهد عقداً لما فيه من الارتباط، ولا عكس، فإنه يشمل عقد الحبل ونحوه من

الأمور الحقيقة غير الاعتبارية، كما أنَّ المعنى الاصطلاحي للعقد هو ربط قرار بقرار فيكون كل عقد عهداً ولا عكس^(١).

والتحقيق: أنَّ العهد لغة يطلق على معانٍ عديدة: منها - الحفظ والمعرفة، فيقال: يتعهد أَيْ يحفظه، وعهدي بك كذا أَيْ معرفتي.

ومنها - العصر والزمان، فيقال: العهود القديمة والuhed الحاضر.

ومنها - الوصية، فيقال: عهد إِلَيْه، ومنه قوله سبحانه وتعالى: (لَا ينأِيْ عَهْدِيْ أَنْظَالِيْمِينَ)^(٢).

ومنها - القرار والالتزام الذي يجعله الإنسان على نفسه، ومنه قوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِذَا كُنْتُمْ مُسْنُوْلَأَمْ»^(٣)، وإطلاق العهد على فرائض الله سبحانه إنما يكون باعتبار أنَّ الإنسان قد التزم بها بنفس ايمانه بالله سبحانه واعترافه بمسؤوليته وحق طاعته.

وبهذا يظهر: أنَّ العهد ليس مطلقاً القرار والجعل، بل خصوص الالتزام وجعل شيء أو عمل على نفسه للآخرين.

وبعبارة أخرى: العهد هو القرار والجعل فيما يكون باختيار الإنسان، وهو جعل شيء في عهده وعلى نفسه للآخرين لا جعله على الآخرين لنفسه فإنه ليس عهداً.

وهذا المعنى هو المقصود به في المقام، ولعلَّ بالامكان إرجاع المعاني الأخرى إليه أيضاً بنحو من العناية والتأمل، كما أنه لا إشكال في عموم هذا

١ - حاشية المكاسب، المحقق الأصفهاني^ت.

٢ - سورة البقرة، الآية: ١٢٤.

٣ - سورة الإسراء، الآية: ٣٤.

المعنى للعهد لموارد الایقاعات المتضمنة للالتزام كاليمين والنذر، بل شمول تمام الازمات التي تدخل في عهدة الإنسان، فلا يشترط في العهد وجود طرفين جزماً.

وأما العقد فقد أشرنا إلى أنَّ معناه اللغوي بالأصل هو الشدَّ والربط الخاص بحيث يجتمع الطرفان في شيء واحد يشدُّ بعضه بعضاً، وهو المعبر عنه بالعقدة، وقد استعير هذا المعنى أو طبق أيضاً في باب الأمور الاعتبارية الإنسانية، أي القرارات والتعهدات المشدودة بالأخرى، وهذا يتحقق في القرارات والتعهدات الراجعة إلى طرفين من خلال الاتفاق والتوافق بينهما على تلك التعهدات والقرارات والذي يتحقق من خلال ايجاب وقبول، فيكون القرار مربوطاً ومعقوداً بقرار آخر .

وقد يكون بشكل آخر كما في ربط الالتزام بالله في النذر أو بالقسم والhalb كما في اليمين ، فإنَّ هذا القرار أيضاً عقد باعتباره قد شدَّه وأكده باليمين والقسم أو بالله سبحانه ، فمطلق ما يصلح أن يشدَّ ويربط به القرار يكون عقداً لغةً ، غاية الأمر في الأمور الإنسانية المتعلقة بالآخرين يكون هذا الربط والعقد من خلال قبول الطرف الآخر لكونه مستلزمًا للتصرف في شأن من شؤونه كتمليكه مالاً فإنه من دون قراره بالقبول لا يمكن أن يتحقق ذلك القرار وينعقد ، فيكون العقد لغةً عبارة عن القرارات المشدودة والمنعقة من خلال قرارين مربوط أحدهما بالآخر ، أو من خلال شدَّه بما يؤكده ويربطه به كاليمين ونحوه .

ومنه يظهر أنَّ التوكيد والتوثيق في العهد الذي ذكره اللغويون في تفسير العقد يراد به ذلك لا شدَّة العهد في نفسه ليشكل عليه بعدم معقوليته ، قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِعِهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ

عَلَيْكُمْ حِفْيَاً^(١) ، كما ظهر أنّ النسبة بين العقد والعقد عموماً وخصوصاً من وجهه؛ فإنّ العقد هو القرار المشدود بقرار آخر أو بما يؤكده ويربطه به كاليمين، وأمّا العهد فهو القرار والالتزام على النفس بفعل أو حق للأخر . وقد يعبر عنه بالالتزام حتى إذا لم يكن مشدوداً ومربوطاً بشيء آخر ، بل قد يشمل العهد كل تكليف الزامي .

نعم ، العهد قد يطلق بمعنى الميثاق والمعاهدة فيكون بمعنى العهد المرتبط بعهد آخر فيقرب من معنى العقد العهدي .

والعقد إذا كان عهدياً أي متضمناً للالتزام بحق للأخر وقد ربط بقرار الآخر بقوله كان مجمعاً للعنوانين ، وإذا لم يكن عهدياً كما في العقود الإذنية التي تحصل بالإيجاب والقبول ، أي بقرارين متوافقين كان عقداً غير عهدي . وسيأتي مزيد توضيح للعقود الإذنية .

ولعلّ هذا هو المقصود مما ذكره المحقق الأصفهاني^(٢) من أنّ حيشية العقدية غير حيشية العهادية وأنّ إطلاق العقد إنما يكون بلحاظ حالة الانتقاد والارتباط في القرار بخلاف إطلاق العهد فإنه بلحاظ نفس القرار والالتزام . هذا كله فيما يتعلق بالمعنى اللغوي للعقد .

وأمّا المعنى الاصطلاحي الفقهي : فقد عرّف العقد في كلمات الفقهاء بتعريفات عديدة ، أهمّها ما يلي :

١ - ما ذكره جملة من فقهاء العامة من أنه ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره في المعقود عليه^(٢) .

١ - سورة التحليل ، الآية : ٩١ .

٢ - مرشد الحيران (محمد قدرى باشا) ١: ٢٧ ، ط / المطبعة الكبرى ١٣٠٨ هـ .

- ٢ - ما ذكره صاحب الجوهر ^{في} من أنه: (قول من المتعاقدين أو قول من أحدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه) ^(١).
- ٣ - ما ذكره بعض أساتذة ^{في} من أنه (شد أحد الالتزامين وربطه بالآخر) ^(٢).
- ٤ - ما ذكره القانون الوضعي من أنه (توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله) وأضاف بعضهم إلى التعريف (أو أنهاوه) ^(٣).

وتتفق هذه التعريفات جميعاً علىأخذ خصوصية الاتفاق بين طرفين في معنى العقد فقهياً، وبهذا يكون المعنى الاصطلاحي أخص من المعنى اللغوي للعقد من حيث عدم شموله لمثل اليمين والنذر فضلاً عن المواريثات والعهود الأخرى، وتختلف في خصوصيات وتفاصيل واردة في كل تعريف بنحو يختلف عن التعريف الآخر.

فالتعريف الأول والثاني يلاحظ عليهما أنه لم يبين فيما وجه ارتباط الإيجاب بالقبول، فإن الإيجاب والقبول بما هما انشاءان لا وجه لارتباط أحدهما بالآخر إلا إذا كان المنشأ بهما سنتها يقتضي ذلك كالقرارات والتعهدات، فلابد من ابراز ذلك، كما أنّ أخذ ترتيب الأثر الشرعي في تعريف العقد يجعل المفهوم للعقد مخصوصاً بالعقد الصحيح عند الشارع، وهذا سوف يأتي عدم صحته، على أن مطلق ترتيب الأثر على إيجاب وقبول ليس عقداً، كما إذا حصل التفاسخ والتقابل بالإيجاب والقبول بأن قال أحدهما: (أقلت المعاملة) فقال الآخر: (قبلت الإقالة) مع أنه لا إشكال في عدم كونه عقداً بل

١ - جواهر الكلام : ٢٢ : ٣.

٢ - محاضرات في الفقه الجعفري : ٢ : ٦٧ . مصباح الفقاہة : ٣ : ٧٥.

٣ - نظرية العقد (الستهوري) : ١ : ٨٠ - ٨١ .

فسخ للعقد، وهذا بنفسه يدل علىأخذ خصوصية الانعقاد في العقد فلا يكون فسخه وحلّه عقداً ولو كان بایجاب وقبول واتفاق من قبل الطرفين.

وبهذا يظهر الاشكال في التعريف الأوسع للعقد في الفقه الوضعي أيضاً، على أن العقد قد لا يتحقق فيه ایجاب وقبول بل يكون المنشأ من المتعاقدين بمنحو واحد كما في التعاطي الذي نسبته إليهما على حد واحد.

كما يرد على التعريف الثاني، مضافاً إلى ما ذكر بأن مجرد ترتيب الشارع لآخر على قول شخصين أو قول من شخص و فعل من الآخر لا يكون عقداً، كما إذا بذلت الزوجة المهر فطلق الزوج، وترتب الأثر المقصود على ذلك وهو البينة والطلاق، فهذا التعريفان غير تامين.

ويلاحظ على التعريف الثالث بأن المراد بالالتزام إذا كان نفس الإنشاء فلا معنى معقول للربط فيه، وإن أُريد به المنشأ والمضمون المعاملي بأن يكون أحد الالتزامين في قبال الآخر و معلقاً عليه ، فلا يشترط في العقود أن تكون مضمانيها المنشأة التزامات مربوطة بالتزام آخر ، ففقد الهبة مثلاً تمليكاً مجاني للموهوب له بلا أن يكون في قباله التزام وحق للواهب . هذا ، فضلاً عن العقود الإذنية كالعارية والوديعة التي لا يوجد فيها التزام وتعهد على نفسه أصلاً، بل مجرد إذن .
نعم ، لو أُريد بالالتزام مطلق القرار صحيحة التعريف.

ويلاحظ على التعريف الرابع شموله للوعد بالعقد والتتوافق على إنشاء حق أو التزام في المستقبل من دون عقد فعلي ، مع أنه ليس عقداً حتى في القانون الوضعي ، اللهم إلا أن يراد التوافق على الانشاء بالفعل لحق أو التزام .

هذا ، مضافاً إلى أن هذا التعريف لا يشمل العقود الإذنية التي ليس فيها التزام ولا إيجاد حق للآخر . هذا لو أُريد بالالتزام الحق الأعم من الشخصي والعيني - كما هو ظاهرهم - ولو أُريد به خصوص الحق الشخصي لم يشمل التعريف

العقود التي تنشأ فيها حقوق عينية كالبائع الذي ينشأ في التمليلك بعوض . والظاهر أنَّ الفقه الوضعي في البداية كان يرى العقد محققاً للالتزام بمعنى التعهد بالأداء ، الذي من مقوله الحق الشخصي لا العيني ، ثمَّ تطور وأريد بالالتزام فيه مطلق الحق الأعم من الشخصي والعيني . وسيأتي مزيد بحث لهذه النقطة . والصحيح أنَّ يقال : بأنَّ المعنى المصطلح للعقد نفس المعنى اللغوي - وهو إيجاد الربط والشدّ - ولكن مع تخصيصه بالقرارات الإنسانية والاعتبارية المشدودة بعضها بالبعض .

وإن شئت قلت : إنشاء القرار المنعقد أو العلقة الوضعية الحاصلة من مجموع قرارين وتوافقين بين طرفين لكونه منوطاً بسلطنتيهما ومتوفقاً على إرادتهما ، بل لا يبعد أن يكون هذا أيضاً معنى عرفيًا خاصاً للعقد ، فيكون له إطلاقان في اللغة : إطلاق عام ، وإطلاق خاص .

وبما ذكرناه يتضح أنه لابد في العقد من توفر العناصر التالية :

- ١ - إنشاء قرار قائم بتوافق إرادتين .
- ٢ - أن يكون التوافق على إنشاء علقة وأثر قانوني - سواء حصل ذلك خارجاً أم لم يحصل ، فلا يختص العقد بالصحيح بالخصوص - .
- ٣ - أن يكون تحقيق ذلك الأثر متوفقاً على الإرادتين وتحت سلطتها معاً لسلطنة أحدهما فقط .
- ٤ - أن يكون ذلك الأثر انعقادياً لا انهائياً وانحلالياً ، أي أن يكون إنشاء علقة وضعية وارتباط قانوني من خلال تطابق الإرادتين ، فلا يشمل العقد حلَّ تلك العقدة بالتقايل ، وإن كان فيه توافق إرادتين ، وإن جعله القانون الوضعي عقداً ضمن أحد تعريفيه للعقد كما تقدم ، فمطلق التوافق ليس عقداً بل لابد وأن يكون على إيجاد علقة وضعية قانونية لا حلها .

٢ - عقديّة العقود الإذنيّة :

ثم إنّ ظاهر الفقهاء اعتبار كل أمر انشائي متوقف على ايجاب وقبول عقداً. وإن شئت قلت: إنّ كل انشاء علاقة قانونية من خلال الاتفاق بين طرفين يكون عقداً لدى الفقهاء سواء كان مشتملاً على التزام وتعهد بنقل مال أو حق إلى الغير من طرف واحد أو من طرفين أو لم يكن التزام في البين أصلاً، بل مجرد إذن بالتصرف من طرف وقبول من طرف آخر، كما في العقود الإذنية، ومن هنا قسم الفقهاء العقود إلى إذنية وعهدية.

وهذه التوسعة في المعنى الاصطلاحي يجعل العقد الاصطلاحي أعم من وجہ من العقد اللغوي إذا قيل بأنه مخصوص بالعقود وما فيه التزام وتعهد.

ومن هنا ذكر المحقق النائيني رحمه الله أن العقود الإذنية ليست عقوداً حقيقة في اللغة وخارجها تخصصاً عن إطلاق «أوفوا بالعقود» ^(١)، حيث إن العقود فيها محمولة على المعنى اللغوي والعرفي لا الاصطلاحي الفقهي، بل ورد في صحيحه ابن سنان المنقوله في تفسير علي بن إبراهيم عن الإمام الصادق عليه السلام: «أوفوا بالعقود» أي العهود، والعقود الإذنية وإن كان فيها انشاء واعتبار علاقة وضعية ولكنها ليست عهوداً؛ لعدم اشتتمالها على الزام والتزام بشيء، بل مجرد إذن ورضا في التصرف والحفظ أو الاستنابة، فتسميتها بالعقود مسامحة وليس لها منشأ إلا كونها بين طرفين ^(٢).

١ - سورة المائدة، الآية: ١.

٢ - منية الطالب، مبحث المعاطاة ومبحث شرطية تقدم الایجاب على القبول: ١١٠، وشرطية الموالة بينهما: ١١٢.

إلا أن الصحيح أن العقود الإذنية وإن كانت غير مشتملة على التزامات وتعهدات تكون على الشخص وملزاً بها، إلا أنها مشتملة على مضمون وأثر معاملي لا يتحقق خارجاً إلا بتوافق إرادتين؛ لكونه متوقفاً على موافقة الطرفين، فيكون إطلاق العقد والانعقاد عليها بلحاظ ذلك، فالمعبر مثلاً إما أن يملّك للمستعير المنفعة مجاناً فيكون كالهبة التزاماً وتعهداً غاية الأمر الهبة يكون الالتزام فيها بتمليك العين مجاناً، وفي هذا النوع من العارية تمليك المنفعة كذلك وهو تعهد بحق على كل حال كالتملك بالعوض، غاية الأمر لا يكون التعهد والالتزام فيما إلا من طرف واحد، وأما الطرف الآخر فهو يقبل التعهد والالتزام الذي هو من أجله بلا أن يتعهد بشيء في قبالة ولا بد من تحقق القبول فيه أيضاً حتى يدخل المال في ملك الشخص الآخر، وفي مثل ذلك لو ثبت جواز الرجوع فهو حكمي لا حقي على ما سوف يظهر الفرق بينهما.

ولو فرض أن العارية مجرد تسلط على الانتفاع وإذن به فهو بهذا الاعتبار وإن لم يكن التزاماً بأن لا يرجع الواهب عن إذنه ولا إلتزاماً بأن تنتقل السلطة منه إلى المستعير، إلا أن نفس حدوث هذه السلطة والحق للموهوب له كالملكية بحاجة إلى موافقته أيضاً بحيث يصبح مستعيراً للمال ومتسلطاً عليه باذن مالكه وإن كانت تلك السلطة تنتهي برجوع المالك، فعنصر توافق إرادتين على قرار معاملي لابد منه في العقود الإذنية أيضاً، وإن كان رجوع المالك رافعاً لمضمون ذلك القرار، وهذا بخلاف موارد الرضا المحس من قبل المالك، ومجرد طيب نفسه بتصرف الغير في ماله، فإنه ليس عقداً.

وبهذا يظهر أن الحيثية العقدية لا تتوقف على العهدية، بل على الشدة والارتباط بين القرارين، فالعقد يشمل العقد الإذني . نعم، وجوب الوفاء بمعنى اللزوم وعدم إمكان الرجوع خاص بالعقد العهدي، وسيأتي وجه ذلك.

وبهذا البيان ظهر الوجه في جواز العقود الإذنية؛ فإنَّ اللزوم والوفاء إنما يعقل فيما يكون فيه تعهد والتزام، ولا يكفي فيه مطلق القرار وتطابق إرادتين؛ ولهذا فسر الإمام عثيمان^(١) في صحيح عبد الله بن سنان قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» بقوله: «أي العهود»، وهو أعم من العقد الاصطلاحي، ويشمل النذر واليمين أيضاً؛ لما فيهما من الالتزام واللزوم أيضاً.

ولعلَّ هذا مقصود المحقق النائيني^(٢) أيضاً من خروج العقود الإذنية عن مدلول الآية الشريفة تخصيصاً، أي بقرينة الأمر بالوفاء يعرف أنَّ المقصود من العقود في موضوع الآية العقود العهدية بالخصوص.

٣ - معنى الالتزام في العقود :

ثم إنَّ تعريف العقد بالالتزام المربوط بالالتزام آخر بحاجة إلى بحث وتمحیص بالنسبة لما يراد بالالتزام؛ ذلك أنَّ الالتزام والتعهد غير التمليل ونحوه المنشأ في موارد العقود؛ والمراد به إنما هو التعهد وإلزام الإنسان نفسه بشيء وفرضه على عهده، وإنما أن يكون المراد به الالتزام القلبي المبرز - كما قيل - . وعلى كل تقدير فهو غير التمليل ونحوه مما ينشأ في موارد العقود.

وعندئذ يقال بأنَّ المنشأ بالعقود - كالبيع والإيجار والهبة - إنما أن يكون هو الحكم الوضعي الاعتباري من تملك العين أو المنفعة مجاناً أو ببعوض أو غير ذلك، وإنما أن يكون هو الالتزام بالتمليل أو كلاهما، والكل لا يخلو من إشكال.

إنما الأول فلأنَّ مجرد إنشاء الملكية واعتبارها لا يكون التزاماً ولا عهداً، بل

هو محض اعتبار حكم وضعی کاعتبار الطهارة أو اعتبار آخر، مع أن المفروض أن العقود العهدية تستبطن التزاماً وتعهدأ، سواء في ذلك معناه اللغوي أو الاصطلاحي.

وأما الثاني فهو وإن كان يجعل العقد التزاماً بالتمليك أو بدفع المال إلى الغير إلا أنه يؤدي إلى أن يكون المنشأ بالعقد هو الالتزام بتمليك العين أو المنفعة للغير مجاناً أو بعوض ، مع أن الثابت فقهياً وعقلانياً أن الحاصل بالعقد هو التمليك الفعلي لا الالتزام بایجاده.

نعم ، هذا التصور قد ينسجم مع تحليلات بعض فقهاء القانون الوضعي عن العقد ، حيث فسروه بالاتفاق على إنشاء التزام ، فجعلوا العقد مصدراً من مصادر الحق الشخصي ، وفسروا الحق الشخصي بالالتزام ، وما يجب على الشخص تجاه الغير من القيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطائه شيئاً أي نقل حق عيني إليه كما في الدين والضمادات فيكون متعلق العقد والالتزام دائماً فعلاً أو تركاً لـ الحق العيني الذي هو علاقة بين الإنسان وبين المال والعين الخارجية كعلاقة الملكية أو السلطة على المال ، وهذا التحليل كانت نتيجته أن يكون المنشأ بالعقود دائماً إنما هو الحقوق الشخصية ، أي الالتزام بدفع شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

وهذا لا يستلزم بوجه حصول حق عيني ما لم يف الملزم خارجاً بالتزامه ، فالبائع بعد الدفع يتلزم للمشتري أن يعطيه ويملكه المال لا أنه يملكه بالفعل ليحصل له بنفس العقد حق عيني ، وهكذا المدين والضامن متلزم بدفع مقدار الدين والضمان إلى الدائن من دون أن يستوجب ذلك حقاً عيناً للدائن على مال من أموال المدين في الخارج أو في ذمته .

وهذا التصور لو فرض صحته في الفقه المدني الوضعي غير منسجم مع الفقه

الإسلامي جزماً؛ فإنَّ الحاصل بالعقد عندها فعليه التملِك والتَّملُك أو أي حق آخر لا مجرد الالتزام بالقيام به، أي حصول الحق العيني من تملك ونحوه وانشائه بالعقد لا مجرد الالتزام والحق الشخصي بالأداء، بل المرکوز في الفقه الإسلامي عكس ذلك وأنَّ الحق الشخصي تابع للحق العيني حتى في الدين والضمادات، فضلاً عن المنشأ بعقود المعاوضة ونحوها، فإنَّ الدائن في الدين يعتبر مالكاً لمال ذاتي في ذمة المدين وهو حق عيني، والضامن في عقد الضمان أو الحوالة يصبح بينه وبين الدين المضمون علاقة الملكية والحق العيني من نقل ذمة إلى ذمة أو ضمها إليها، والالتزام بوفاء الدين والضمان تابع لهذا الحق العيني.

فالاحتمال الثاني وهو أن يكون العقد إنشاءً للالتزام والتعهد بالتمليك مثلاً من دون فعليه التملِك غير محتمل فقهياً، بل ولا عقلانياً، رغم تحليلات الفقهاء الوضعيين لذلك^(١).

وأما الاحتمال الثالث - وهو أن يكون العقد إنشاءً لكلا الأمرين (التمليك والالتزام) - فهذا أيضاً يمكن أن يناقش فيه بأنه يستلزم اشتتمال العقد على اثنين، وهو خلاف المرتكز من وحدة العقد إنشاءً ومتناشأً، بل قد يقال باستحالته؛ إذ لا يمكن إنشاء أمرتين متبادرتين بإنشاء واحد خصوصاً مع فرض أن أحدهما حكم وضعبي محض والأخر تكليف بالوفاء وتعهد وإلزام.

ولعلَّ المحقق النائيني^(٢) كان يواجه هذا الاشكال حينما ذكر للعقد تحليلاً كلياً ورتب عليه آثاراً عديدة هامة في أبحاث المعاملات فإنَّ هذا المحقق العظيم^(٣) أفاد في أكثر من مورد على ما في تقريرات بحث مكاسبه أنَّ العقد فيه

مدلولان إنشائيان :

أحدهما: المدلول المطابقي وهو انشاء التمليل بعوض أو مجاناً للعين أو للمنفعة أو غير ذلك ، وبهذا الانتفاء يتحقق البيع والإيجار والهبة وغيرها من العناوين الإنسانية في المعاملات .

والآخر: المدلول الالتزامي وهو انشاء الالتزام والتعهد بالوفاء بما أنشأه أولاً ، وهذه الحقيقة - عنده - هي التي بلاحظها تتحقق العقدية ويشملها « أوفوا بالتفقود » .

وهذا المدلول الالتزامي تستفيده في باب العقود العهدية على أساس ملزمة عقلائية نوعية - لا عقلية - حيث إن العقلاً عندما ينشئون التمليل ونحوه من المضامين المعاملية والأحكام الوضعية الاعتبارية إنما يقصدون من وراء ذلك ترتيب الآثار العملية والالتزام والتعهد بالوفاء بها والجري عليها ، وليس مقصودهم مجرد لقلقة اعتبار وجعل حكم وضعي اعتباري محض ؛ ولهذا تتشكل دلالة التزامية عقلائية لإنشاء العقود لدى العقلاً على إنشاء إلتزام وتعهد بالوفاء بما أنشأه أولاً للطرف المقابل ^(١) .

وقد رتب على هذا التحليل ثمرات عديدة :

منها - تحليل وتفسير معنى اللزوم والجواز في العقود وتتبعهما إلى قسمين :
لزوم حقي ، ويقابله جواز حقي ، ولزوم حكمي ، ويقابله جواز حكمي . فإن العاقد عندما يلتزم بالوفاء للطرف المقابل في قبال التزام ذلك الطرف له أيضاً يكون التزامه المذكور حقياً ؛ لكونه مجعلولاً من قبل المتعاقدين ، ومن هنا يجوز

لهم رفعه وهو الجواز الحقي اما بالتقايل والاتفاق على استرجاع كل من الطرفين التزامه عن الآخر بموافقته وقوله فلا يكون مخالفته نقضاً له ، أو بجعل حق الرجوع من أول الأمر كما في الخيارات المجنولة ضمن المعاملة كخيار الشرط والعيب والغبن ونحو ذلك .

ومن هنا أيضاً يكون الخيار والجواز الحقي قابلاً للإسقاط ، كما أنّ اللزوم الحقي قابل للإقالة ، وفي ازاء ذلك يوجد لزوم حكمي وجواز حكمي وهو ما جعله الشارع والقانون ابتداءً كاللزوم في عقد النكاح والجواز في عقد الهبة أو بيع الحيوان إلى ثلاثة أيام ، فإنّ مثل هذه الأحكام ليست مربوطة بجعل المتعاقدين والتزامهما ، وأدلة الوفاء كلها ناظرة إلى إثبات اللزوم الحقي وامضاء ما التزم المتتعاقدان ، ومن هنا لا تحتاج في إثبات اللزوم والجواز الحقيقين إلى أكثر من تحقق صغرهما في العقد وهو إعطاء الالتزام المذكور أو إسقاطه ، وهذا بخلاف اللزوم والجواز الحكميين الثابتين من قبل الشارع ، فإنّ ثبوتهما في كل مورد بحاجة إلى دليل خاص ، ولا يمكن إثباته بعمومات الوفاء ، كما أنّ اللزوم الحكمي لو ثبت في مورد لم يصح فيه الإقالة أيضاً؛ لأنّ الإقالة عبارة عن استرجاع كل منهما ما التزم به في قبال الآخر بالعقد ، فيختص باللزوم الحقي الحاصل بالعقد .

ومنها - أنّ المعاطاة بيع جائز وليس لازماً على القاعدة وبلا حاجة إلى دليل على جوازه باعتبار أنّ فعل الأخذ والعطاء عادة ونوعاً لا يكون له دلالة على أكثر من الإباحة أو التمليل .

وهذا غايته تحقيق البيعة لا العقدية ، فإنّها توقف على إنشاء الالتزام ، ولا تكون مجرد المعاطاة صالحًا للدلالة عليه؛ لأنّ الدلالة المذكورة التزامية عرفية لا عقلية ، وهي إنما تكون في العقود العقلانية والتوعية والتي تكون باللفظ وشبيهه

المشتمل على الإيجاب والقبول ، وعليه لا تكون المعاطة عقداً ليتمكن إثبات لزومه بعموم « أوفوا بالغفوة » .

وبهذا يعرف أنه لا يصح الأشكال عليه بأن الدلالة المذكورة إذا كانت التزامية للمدلول المطابقي فهي متحققة في المعاطة أيضاً، فإنه لا يدعى الملازمة بين المدلول الأول المطابقي والمدلول الثاني الالتزامي لكي يكون كل ما يدل على إنشاء الأول دالاً على إنشاء الثاني ، وإنما يدعى التلازم بنكتة إثباتية ترجع إلى ظهور حال العقلاء في مقام الإيجاب والقبول في الالتزام والتعهد بما ينشئونه بذلك الإيجاب والقبول ، فيتحدد ذلك لا محالة بمقداره وهو موارد إنشاء بنحو الإيجاب والقبول لا مجرد التعاطي .

ومنها - أن العقود الإذنية على هذا الأساس لا تكون عقوداً حقيقة بل مسامحة يطلق عليها العقد؛ لعدم اشتتمالها على التعهد والالتزام الذي بلحاظه تتحقق العقدية ، ومن هنا أيضاً يكون خروجها عن عموم وجوب الوفاء بالعقد تخصصياً .

وهذا التحليل الذي ذكره هذا المحقق ^{٢٦} والذي حاول به أن يجمع بين المرتكزات الفنية في باب العقود والمعاملات بشكل فني رغم موافقتنا على روحه وأصله لا يخلو من مآخذات في صياغته وتركيبه وبعض التفريعات عليه بحيث يحتاج إلى تطوير وتمكيل .

وما يمكن أن يلاحظ عليه عدة أمور :

منها - أن وجود منشئين ومدلولين إثنان للعقد على خلاف الوجدان العرفي والعقلي ، بل ليس في البيع إلا إنشاء التملك بعوض .
والجواب : أن المقصود أن العقود العهدية يكون المضمون المعجمي فيها

متقوّماً بالتعهد والالتزام؛ لأنّه سنخ مضمون معاملي لا يتحقق ولا يحدث إلا بالتعهد والالتزام به، ولا يكفي فيه الإذن.

وإن شئت قلت: إنّ الشارع أو العقلاء يجعلون التمليل بعوض على المتعاقدين اللذين يتلزمون ويتعبّدون بذلك فيما بينهما، وليس المتعاقدان مشرّعين للتمليل بعوض، بل متّعهدان وملتزمان به، فينتزع من ذلك بالتحليل عنوان التعهد والالتزام وعنوان التمليل بعوض باعتباره متعلّق ذاك التعهد والالتزام.

ومنها - أنّ ما أفاده ^{بيان} من أنّ العقد له مدلولان مطابقي هوانشاء التمليل مثلاً، والتزامي هو التعهد بذلك، يستلزم أن يكون إطلاق العقد على العقود بلحاظ مدلولها الالتزامي لا المطابقي، وهذا خلاف المرتكب والمتبادر، بل قد يقال بعدم مقوليته؛ لأنّ المدلول الالتزامي المذكور إنّ أُريد به مجرد الدلالة على وجود الالتزام القلبي لدى العاقد فمن الواضح أنّ العقد والتعهد من الأمور الإنسانية التي توجد أو تبرز بالانشاء ولا يكفي فيها مجرد الدلالة على ثبوتها في عالم النفس، وإن أُريد به إنشاء الالتزام والتعهد فالمفروض أنّ اللفظ ليس صالحًا إلا لانشاء التمليل ونحوه من العناوين الإنسانية.

والجواب: أولاً - ما تقدم من عدم تعدد المنشأ في العقود العهدية.
وثانياً - ما تقدم منا من أنّ حيّشة العقدية قائمة بالتوافق بين الإرادتين والقرارين لا بحيّشة العهدية، فلا موضوع لهذا الإشكال بناءً على تفسيرنا للعقد. نعم، قد يتّجه على تفسير الميرزا عليه السلام للعقد، فينحصر الجواب فيما ذكرناه أولاً.

ومنها - أنّ ما ذكره من أنّ المعاطاة بيع وليس عقداً لا يمكن المساعدة عليه في ضوء ما ذكرناه، فإنّ فعل المعاطاة إنما أنّ يعتبر مهملاً لا دلالة له؛ لأنّه لالسان

له فلا يكون صالحًا لإنشاء أي أمر اعتباري به فلا تكون المعاطة بيعاً أيضاً؛ لأنَّه يتوقف على إنشاء عنوان التمليلك، وإنما أن يلتزم بأنَّ الفعل صالح لأنَّه ينشأ به المعاني الاعتبارية كالتمليلك في المعاطة - كما هو الصحيح والمسلم به عند هذا المحقق أيضاً - وعندئذٍ لا ينبغي التشكيك في كونه عقداً أيضاً؛ لأنَّ ظاهر حال كلِّ منشئ للتمليلك أنه جادٌ في إنشائه وأنَّ له مبادئ حقيقة من وراء ذلك الإنشاء، فيكون إنشائه سواء كان بالفعل أو القول أو الكتابة ظاهراً في الجدية وبالتالي في كونه عقداً والتزاماً لما ذكرناه من أنَّ الالتزام ليس مدلولاً آخر مستقلأً في مقام إنشائه عن إنشاء التمليلك، وإنما هو متحد معه ومنتزع منه بلحاظ جديته وكشفه عن مبدأ التعهد القلبي للمنشئ.

والحاصل: التفكير بين بيعية المعاطة وعقديتها غير صحيح، بل إنما أن يلتزم بأنه ليس عقداً فلا يكون بيعاً أيضاً بل مجرد إباحة، كما نسب إلى مشهور الفقهاء، وإنما أن يلتزم بكونه بيعاً وعقداً أيضاً فيكون مشمولاً لعموم أدلة وجوب الوفاء بالعقد.

ومنها - أنَّ مَافَادَهُ مِنْ أَنَّ إِطْلَاقَ الْعَدْدِ عَلَى الْعُقُودِ الإِذْنِيَّةِ مُسَامِحٍ فِي غَيْرِ مَحْلِهِ؛ لِمَا عَرَفْتُ مِنْ أَنَّهَا عُقُودٌ أَيْضًا، إِلَّا أَنَّهَا لَا تَضْمِنُ تَعْهِدًا وَالتَّزَامًا، وَمِنْ هَنَا لَا يَعْقُلُ فِيهَا الْلَّزْوَمُ وَالْوَفَاءُ، وَقَدْ تَقدَّمَ شَرْحَهُ.

نعم، خطاب «أوفوا بالعقود» بقرينة ذكر الوفاء والأمر به يكون ظاهراً في إرادة العقود العهدية لا الإذنية كما فسرته بذلك صحيحـة ابن سنان.

ثم إن ما أفاده ^{في} من التمييز بين اللزوم الحقي الحالى بالعقد واللزوم
الحكمى الثابت من قبل الشارع وكذلك الجواز أمر متين جداً، فإن العقد على
أساس التحليل المذكور فيه حيثيات:

إحداهما: المضمون المعاملى المراد إحداثه كالتمليك بالعوض أو مجاناً.

والأخرى: حيشية التعهد والالتزام بذلك المبرز بنفس إنشاء الحيشية الأولى. والحيشيات وإن اتحدتا في عالم الإنشاء والإثبات إلا أنها مترابطة بحسب عالم التحقق والثبوت، والعائد كما يملك المال للطرف كذلك يعطيه التزامه، أي يتعهد ويلتزم له بذلك من خلال إنشاء العقد، ومن هنا يعقل التفكير بين الأمرين بأن يسترجع تعهده والتزامه دون المال.

وإن شئت قلت: إن التعهد له إضافة إلى المال والمضمون المعجمي، وله إضافة إلى الشخص الآخر، فيمكن للعائد أن يجعل الإضافة الأولى باختياره، وهو معنى الخيار.

واللزوم الحقيقي يعني إعطاء التعهد وتمليكه للأخر، والجواز الحقيقي العقدي هو عدم تملكه له وجعله باختياره، ويكون شرط الخيار في العقود بمعنى حق الرجوع عن تعهده. وتمام الكلام في هذه النقطة مربوط ببحث الخيار.

والتحصل من مجموع ما تقدم أن العقد هو ربط قرار وضعى بقرار آخر بالتوافق، أو بتعبير أدق: إنشاء قرار وضعى متقوم بتوافق إرادتين عليه.

ومن عبر عن ذلك بالالتزام، إذا أراد بالالتزام مطلق القرار والبناء فلا مشاحة في الاصطلاح، وأما إن أريد به القرار الملزم المعتبر عنه بالتعهد فهذا خاص بالعقود العهدية بالخصوص، ولا يعم العقود الإذنية.

وليس لازم ذلك أن يكون في العقد العهدى إنشائان أو منشئان، بل منشأ واحد وإنشاء واحد، وهو الالتزام والالتزام بالمضمون المعجمي كالتملك بعوض في البيع، فإن الالتزام أو التعهد والإلزام كما يتعلق بالأفعال يتعلق بالنتائج والحقوق الوضعية، ويكون ايجاداً لها إذا كان العقد صحيحاً.

وبهذا يظهر أن ما ذكره بعض علماء القانون بشأن تعريف العقد في الفقه الإسلامي غير تمام، حيث قال: (إن تعريف العقد الذي نقلناه عن مرشد الгинان

ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية ، فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث إنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين ، وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية ، بل من حيث إنه يثبت أثره في المعocado عليه ، أي يغير المحل من حالة إلى حالة ، وهنا تبرز النزعة الموضوعية التي أشرنا إليها . وسنرى أن هذه النزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي لها أثر كبير في مبادئه الأساسية وفي تفصيلات أحکامه (١) . فإن النزعة الذاتية بمعنى الالتزام والتعهد ، والنزعة الموضوعية بمعنى إنشاء المضمون والعلاقة الوضعية المعاملية كلاهما محفوظتان في العقود العهدية ، وهذا من امتيازات الفقه الإسلامي .

٤ - العقد هو المسبب أو السبب :

ثم إن المشهور بين الفقهاء أن عنوان العقد وكذلك العناوين التفصيلية للعقود كالبيع والإيجار والهبة حقيقة في المسبب لا السبب ، ومقصودهم من السبب إنشاء ، ومقصودهم من المسبب العلاقة الوضعية والمضمون المنشأ بذلك السبب كالالتزام بالتمليك بعوض في البيع ، والدليل على ذلك شهادة الوجдан والتبادر العريفي بأن العقود من مقوله المعنى لا اللفظ ومن الأمور الاعتبارية الإنسانية لا التكوينية ، فلا يمكن أن يكون اسمًا للمسبب بالمعنى المتقدم وإلا لم يمكن إنشاؤه ؛ فإن الإنشاء لا ينشأ ، كما أنه ليس اسمًا لما في نفس العاقد من رضا باطني أو اعتبار قلبي ما لم ينشئ قراره أو التزامه بذلك المضمون المعاملي ويبرزه باللفظ أو بغيره ، وإنما هو اسم لما يوجده في الخارج من القرار والمضمون الإنسائي .

وعلى هذا الأساس ينفتح البحث في عدة جهات:

الجهة الأولى: أن إطلاق العقد لا يكفي فيه مجرد الرضا القلبي والإرادة الباطنة أو الاعتبار النفسي ما لم ينشئ ذلك القرار أو الالتزام ظاهراً - ويسمى بالإرادة الظاهرة - فإن مجرد الرضا الباطني بالتمليك مثلاً من دون تحقق التوافق والقرار وإبرازه ليس عقداً ولا بيعاً لغة ولا اصطلاحاً، بل إطلاق العقد والبيع والتمليك على مجرد ذلك من الأغلال الواضحة فلا تشمله أدلة الصحة والنفوذ، بل لا بد من تتحقق فعل التعاقد والتوافق بين المتعاقدين ، فالعقد من مقوله الفعل لا الرضا الباطني الذي هو من مقوله صفات النفس ، كما أنه لا بد من أن يكون حصول ذلك الفعل بمبرز من لفظ أو غيره ، وهذا مضافاً إلى كونه واضحاً وجданاً وعرفاً يمكن أن يستفاد من بعض الأدلة الخاصة المتفرقة في أبواب مختلفة من المعاملات ، حيث يظهر منها لزوم الإبراز والإنشاء فيها ، كما ورد في معتبرة غيث بن ابراهيم عن جعفر عليهما السلام عن أبيه عن علي عليهما السلام قال : « قال علي : إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا » ^(١) .

ومن قبيل ما جاء في بعض الروايات : « إنما يحل الكلام ويحرّم الكلام » ^(٢) بناءً على بعض التفاسير له .

وما ورد في النكاح في الآيات الكريمة من التعبير بعم عقدة النكاح وبالميثاق الغليظ ، وقد ورد في تفسيره أنه الكلمة التي عقد بها النكاح ^(٣) ، إلى غير ذلك مما يدل على اشتراط الإنشاء أو الإيجاب والقبول في تحقق العقد ،

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٧، الباب ١ من الخيار، الحديث ٧.

٢ - الكافي ٥: ٢٠١، الحديث ٦. وانظر: وسائل الشيعة ١٨: ٥٠، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ٤، وفيه « يحلّ بدل « يحلل ».

٣ - وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٢، الباب ١ من عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٤.

فلا يكفي مجرد الرضا الباطني من دون انشاء؛ ولعله لهذا أخذ المشهور الايجاب والقبول في تعريف العقد.

كما أنه لا يكفي الإنشاء وحده لصدق العقد إذا لم يكن وراءه قصد جدي وإرادة أو رضا باطني ، وهو معنى القاعدة المعروفة (العقود تابعة للقصد) فلو كان إنشاء شيء من دون إرادة جدية لم يتحقق عقد ، كما أنه لو كان كل من الطرفين راضياً بمبادلة ماله بالآخر ولكن لم ينشأ ذلك خارجاً لم يتحقق عقد ولا بيع ولو أمكن استكشاف ذلك بكاشف فليس الإنشاء مجرد مبرز وكاشف عن العقد بل مقوم له . نعم ، يمكن أن يتربّط على الكشف عن الرضا الباطني إباحة التصرف من باب أنه إذ ورضا بالتصرف بماليه مشروع طأ باذن الآخر في تصرف الأول بماليه ، وعلى ذلك يمكن أن يحمل ما ذكره المشهور من أن المعاطة توجب الإباحة لا الملك بعد فرض أن الفعل مهملاً لا يدلّ على إنشاء التمليلك .

وعلى هذا الأساس نستطيع أن نستخلص فيما يتعلق بالعقد في الفقه الإسلامي الأمور التالية:

- ١ - إن العقد من حيث إنته تصرف قانوني وإحداث لعقة وضعية لابد فيه من القصد والإرادة الباطنة لتلك العلاقة الوضعية القانونية ، وليس من قبيل ما يحصل قهراً كما في التملك بالإرث أو حصول الضمان والالتزام بالاتفاق .
- ٢ - إن العقد من حيث توقفه ثبوتاً على إنشاء يكون تصرفًا قانونياً إنسانياً بحاجة إلى إرادة إنسانية و فعل إنساني المعبر عنه بالإرادة الظاهرة ، فيختلف عن مثل الحياة بقصد التملك التي أيضاً توقف على قصد التملك ثبوتاً وباطناً، فتكون تصرفًا قانونياً ولكنها ليست إنشاءً لمضمون وضعية وعلاقة قانونية بمعنى أنها لا ت تقوم بإنشاء خارجاً ، بل تكفي فيها الإرادة الباطنة بمعنى قصد التملك أو الإحياء مع فعل الحياة .

٣ - إنَّه يتوقف على إرادتين متطابقتين، فلا يكفي فيه إرادة منفردة كما في الإيقاعات. ووجهه: أنَّ الالتزام في باب العقود حيث إنَّه يمس سلطان الآخر وإرادته فيحتاج إلى قبوله كما تقدم شرحه وهذا بخلاف الإيقاع (الإرادة المنفردة).

٤ - إنَّ الإرادتين لابد وأنْ تتفقا على إيجاد علاقة وقرار أو التزام بين الطرفين، فلا يكون التفاسخ بالإقالة عقداً بل هو فك للقرار وحل للعقد وإن كان متوفقاً على توافق إرادتين.

الجهة الثانية: أنَّ إطلاق العقد على نفس الإيجاب والقبول - أي الإنشاء - مجازي لا محالة. ولكن إطلاقه على إيجاد الأمر الاعتباري الذي هو فعل اعتباري كالتمليك بالعرض في البيع حقيقي.

ومن هنا صَحَّ ما يقال من أنَّ أسامي العقود لها إطلاقان: إطلاق مصدرى، وإطلاق اسم مصدرى، وباللحاظ الأول تكون الاستلاقات مثل عقد وعقد وباع وبائع، وباللحاظ الثاني يطلق العقد والبيع على النتيجة والعلاقة الوضعية الحاصلة خارجاً، ويترتب عليه أحکامها كاللزوم والجواز والفسخ والوفاء وغير ذلك، وهذا نظير ما يقال في الوضوء من أنَّه بمعنى المصدر يطلق على فعل الغسلات والمسحات باعتبارها إيجاداً للنقاء وبمعنى اسم المصدر يطلق على النتيجة الحاصلة منها والتي يكون لها حدوث وبقاء، فكذلك المقام، بل البقاء في الأمور الإنسانية أوضح.

وبحسب الحقيقة لا فرق بين المصدر واسم المصدر إلا بالاعتبار، فإنَّ الإيجاد عين الوجود، والفرق بينهما أنَّ الوجود تارة يلحظ متزعاً من جهة فاعله فيقال عنه: إيجاد، وأخرى يلحظ متزعاً من نفسه فيسمى وجوداً، فالإيجاد عين الوجود، كما أنَّ الإنشاء عين المنشأ؛ لأنَّه إيجاد اعتباري، وكل إيجاد

حقيقي أو اعتباري أو ذهني يساوق الوجود كذلك ويستحيل الانفكاك عنه . وهذا يعني أن إطلاق العقود بالمعنى المصدري كإطلاقه بمعنى اسم المصدر من حيث اختصاصه بمورد ترتب المنشأ ، وليس إرادة أحد المعندين يقتضي إطلاقاً زائداً في مدلول ذلك الدليل .

نعم ، لابد من البحث في أن العقود هل تكون أسماء للمنشأ العقلاني أو الشرعي الذي يتسبب العقد إلى إيجاده خارجاً بانشائه بالخصوص أو لمطلق المنشأ المسبب الأعم من ذلك ومن المسبب الشخصي الذي يعتبره المتعاقدان - وقد يعبر عنه بالعقد أو البيع الإنسائي - فيعقل عندئذ التفكير بين الإنشاء الشخصي والمنشأ العقلاني أو الشرعي .

إلا أن هذا لا ربط له بالمصدر واسم المصدر ، ولا يعني انفكاك المعنى المصدري عن المعنى اسم المصدري ، بل صدق المعنى المصدري يستلزم صدق المعنى اسم المصدرري أيضاً بلحاظ نوع المسبب ، فالإنشاء الشخصي يلازم المنشأ الشخصي ، والإنشاء العقلاني أو الشرعي يلازم المنشأ العقلاني والشرعوي ، ويستحيل انفكاك أحدهما عن الآخر ، وسوف يأتي مزيد توضيح لهذه النقطة ، إن شاء الله تعالى .

الجهة الثالثة: تقدم أن العقود معان إنسانية ، سواء فسّرنا الإنشاء فيها بایجاد المعنى خارجاً باللفظ ونحوه أو فسّرناه بابراز الاعتبار النفسي باللفظ .

والصحيح فيه أن الإنشاء غير مطلق الإبراز والإظهار ، بل حالة حال التعظيم الذي يتحقق بالقيام لا أنه يبرز به . وسيأتي مزيد توضيح له إن شاء الله تعالى .

وتقدم أيضاً أن حيثية العقدية غير حيثية العهدية الموجودة في العقود العهدية ، فإن الأولى تنتزع من الارتباط بين القرارين ، والثانية تنتزع من القرار الذي يكون فيه إلزام والتزام ، كما أن حيثية البيعة أو الإيجارية أو غيرها من

أسامي العقود تنتزع من سُنْخ المضمون والأثر المعاملي المتعلق للإرادة والقرار المذكور.

فهذه حيّثيات ثلاث متباعدة مفهوماً، وإن كانت متطابقة مصداقاً على العقد الواحد، كما أنها باعتبارها أموراً إنسانية تارة تلحظ بنحو المصدر والحدث فتشق منه الأفعال وتكون فعلاً صادراً من العاقد، وأخرى تلحظ بنحو اسم المصدر فيكون لها حدوث وبقاء، وهذا التحليل تترتب عليه آثار سيأتي التعرض لها في محالها.

وتقدم أيضاً بأن العقد لا يتحقق ولا يصدق إلا بفعل طرفين والقرار والاتفاق الذي يحصل بينهما من خلال الإيجاب والقبول وهو من مقوله إيجاد الفعل، وهذا مما لا إشكال فيه عند أحد، وقد نشأ عن ذلك شبهة عوِيصة لدى المحققين في المقام يمكن تقريبها بالنحو التالي:

لا إشكال في وقوع الإيجاب العقود وإنشائها بالألفاظ الدالة عليه كما في: (بعث، وأجرت، وزوَّجت، وهكذا)، وقد وقع هذا موقع الاشكال؛ لأنَّ الموجب ليس إلا طرفاً واحداً للعقد لا كلا الطفين، فعندما ينشئ العقد بقوله: (بعث) إنما أن يكون المنشأ له ما هو التزامه وهو التمليل بالعوض الذي يكون أحد طرف في العقد أو يكون المنشأ له ما يحصل من مجموع الالتزامين والطفين، فعلى الأول يلزم أن يكون البيع اسمياً لأحد طرف في العقد أي للتمليل، مع أنَّ البيع ليس مرادفاً للتمليل مفهوماً ولا يصدق على مجرد التمليل من دون قبول عنوان البيع، فيلزم أن يكون البيع في الإنشاء غيره في الإخبار، بل يلزم أن يكون البائع منشأً لمطلق التمليل بالعوض وهو ليس إنشاءً لعقد البيع، وهذا ما لا يمكن المساعدة عليه.

وعلى الثاني يلزم أن يكون الموجب منشأً للتمليل والتملك معاً، أي لكلا

طفي العقد ، فيكون موجباً وقابلأً ، غاية الأمر يكون أصلأً في ايجابه وفضوليأً في قبوله . وهذا مضافاً إلى كونه خلاف الوجдан لوضوح أنَّ الموجب ليس إلا موجباً للالتزام فقط والقبول يلتزم به الطرف الآخر لا يمكن الالتزام بلوارمه لأنَّ من لوازمه ذلك عدم الحاجة إلى القبول وكفاية الإيجاب وحده إذا تعقبه الإمضاء والإجازة من الطرف الآخر ، نظير ما إذا كان القابل فضوليأً مع وضوح عدمه وبطلان العقد ، بل عدم انعقاده أصلأً ما لم يتحقق القبول بعد الإيجاب لا انعقاده فضوليأً .

وقد عولجت هذه الشبهة في كلمات المحققين بأحد نحوين :

النحو الأول : ما ذكره جملة من الأعلام ونقله الشيخ الأنصاري رحمه الله عن بعض معاصريه من أنَّ البيع - وكذلك الحال في غيره من العقود كلَّ بحسبه - موضوع لغة للتمليك بالعوض بالعقد الذي هو فعل البائع لا المشتري ، فإنَّ فعله التسلُّك والمطاوعة للبائع ، غاية الأمر ليس المعنى الموضوع له البيع مطلق التملك بل إذا تعقبه القبول ، ومن هنا لا يصدق العقد إذا لم يكن قبول ^(١) .

النحو الثاني : ما أفاده الشيخ رحمه الله من أنَّه موضوع للتمليك بالعوض بلا قيد أو شرط ^(٢) ، وإنما القبول دخيل في إمضاء ذلك وترتبط الأثر عقلانياً وشرعانياً عند البائع ، فالقبول ليس دخيلاً في حقيقة البيع ، وإنما قد يستفاد ذلك عند الإخبار عن وقوع بيع بقرائن أخرى ، وأمّا المعنى الموضوع له فهو التملك بالعوض الذي هو فعل البائع ، وأنَّ حال التملك البيعي مع حصول الملكية

١ - كتاب المكاسب ٣: ١٦ .

٢ - كتاب المكاسب ٣: ١١ .

خارجاً من قبيل الإيجاب والوجوب بحيث قد ينفك أحدهما عن الآخر ، فإنه قد يوجب الأمر شيئاً ولا يتحقق به الوجوب^(١)؛ لكونه فاقداً شائنية الأممية وليس من قبيل الكسر والانكسار ليستحيل تخلّف أحدهما عن الآخر .

وكلا الجوابين ممّا لا يمكن المساعدة عليهما ؛ فإنه يرد على الجواب الثاني :

أولاً - أنّ البيع وكذلك سائر العقود ليس اسمًا للتمليك ؛ لما تقدم من بداعنة الفرق بين مفهوم التملك أو الملكية والبيع وأنّ التملك أعم مصداقاً ومبيناً مفهوماً من البيع ، وإنّما البيع اسم للتمليك العقدي والذي يحصل بفعل الطرفين لا طرف واحد .

وإن شئت قلت : إنّ البيع حتى عند البائع وفي نظره متقوم بالقبول ؛ لأنّه عقد ، فعدم صدق البيع أخباراً على الإيجاب وحده ليس من باب القرينة وإرادة البيع الذي يترتب عليه الأثر بل لعدم تحقق البيع أصلاً .

ومنه يعرف أنّ اضافة العقد إلى البيع بيانية ، وأنّ إطلاق البيع على العقد الحاصل به ليس من إطلاق اسم الجزء - وهو أحد طرفي العقد - على الكل كما ذكره بعض أساتذتنا العظام ، بل إطلاق حقيقي ؛ لأنّ العلقة الحاصلة بفعل الطرفين عقد وبيع في نفس الوقت .

وثانياً - ما تقدم آنفاً من أنه لا يمكن التفكير بين المصدر المجرد والمزيد ، أعني الوجود والإيجاد ، سواءً في الأفعال التكوينية الحقيقة أو الاعتبارية ، فإنشاء التملك يلازم وجود الملكية المنشأة بذلك الإنشاء ، وإنّما يعقل التفكير في باب الإنشائيات بين المنشأ الشخصي والمنشأ العقلائي أو الشرعي ، فإنه مع

عدم توفر شروط الامضاء لا يتحقق المنشأ العقلائي أو الشرعي كما لا يتحقق إنشاء كذلك ، وإنما المتحقق الإنشاء والمنشأ الشخصي ، والإيجاب والوجوب كذلك أيضاً ، فبحسب نظر الأمر كلما أوجب شيئاً كان الوجوب الاعتباري الشخصي حاصلاً أيضاً وإن لم يكن وجوب ولا إيجاب شرعي أو عقلائي ، فالافتراك يكون باختلاف الأنظار لا في النظر الواحد.

ويرد على الجواب الأول : أنَّ غاية ما يلزم من شرطية تعقب القبول في تتحقق التمليلك البيعي أن يكون التمليلك معلقاً على تقدير القبول لا مطلقاً ، فلا يتحقق تمليلك على تقدير عدم القبول ، لأنَّ مفهوم البيع قد استعمل في غير التمليلك .

وإن شئت قلت : إنْ أريدأخذ مفهوم تعقب القبول في مفهوم البيع فهو مع كونه واضح البطلان لا يحلُّ الإشكال ، حيث يتضمن انشاؤه إنشاء التمليلك المتعقب بالقبول المستلزم لإنشاء القبول الذي هو فعل الطرف الآخر .

وإنْ أريدأخذ واقع القبول وجوده الخارجي شرطاً فهذا إنما يعقل أخذه شرطاً وتقديراً للإنشاء والجعل - أعني جعل التمليلك - فينشأ على تقدير دون تقدير ، ولا يعقل أخذه في مفهوم البيع ؛ لكونه مفهوماً إفرادياً تصوريًا فيكون البيع مساوأً مع مطلق التمليلك عند تتحققه ، وهو مضافاً إلى ما تقدم من عدم صحته يستلزم صدق البيع لو ملكه البائع مطلقاً بلا تعليق على القبول ، وهو واضح البطلان .

والصحيح في علاج هذه الشبهة أن يقال : إنَّ البيع وغيره من العقود موضوع للعلاقة الحاصلة بالتزام الطرفين ، فالبيع هو التمليلك العقدي لا مطلق التمليلك ، ولكن من حيث نسبته وإضافته إلى البائع فإنَّ هذه العلاقة العقدية الارتباطية الحاصلة بفعل الاثنين وإن كان أمراً وحدانياً إلا أنَّ فيها اضافتين : إضافة إلى

طرف الموجب ، وإضافة إلى طرف القابل ، حيث إنّهما اشتراكاً في إيجادها ، فهي من حيث نسبتها إلى الموجب تكون بيعاً ، ومن حيث نسبتها إلى القابل تكون شراءً ، ومن هنا جاء التقابل بين البيع والشراء ، فلا يطلق البيع على الشراء ولا الشراء على البيع إلا بضرر من العناية ، بخلاف عنوان العقد فإنه يطلق عليهما بنحو واحد .

والحاصل : البيع اسم للملكية التعاقدية الحاصلة بالتوافق من حيث إضافتها إلى البائع ، وهذا مفهوم واحد في موارد الإخبار والإنشاء معاً ، غاية الأمر في الإخبار يحکى عن تتحققه ، وفي الإنشاء يتسبب إلى إنشائه واعتباره ، ولكن حيث إنه لا يحصل إلا بالتوافق فليس ايجاب البيع من طرف البائع إلا التسبب إلى إيجاد تلك العلاقة من طرف البائع ، أي على تقدير القبول لا مطلقاً ، فيكون البيع في نظره أيضاً متوقفاً على القبول ، وحيث إنه قد أخذ فيه حيث إضافته إلى طرف البائع فلا يكون إنشاؤه بالایجاب إلا بمعنى التسبب إلى إيجاده من ناحية البائع لا المشتري ، فلا يستلزم إيجابه إنشاء القبول فضولة ، بل إنشاؤه إنشاء لطرف واحد وهو التمليل المعلق لبأ على تقدير قبول الآخر .

وإن شئت قلت : إنّ إنشائه معلق لبأ على تحقق القبول بنحو يكون القبول شرطاً بنحو قيد الوجوب والواجب معاً ، بحيث يراد إيجاده على تقدير قبول الآخر بالفعل لأنّه يقبل به .

وبذلك يظهر وجه عدم صدق البيع حتى في نظر البائع إذا لم يكن هناك قبول ؛ إذ مع عدم وجود القابل لا يتحقق حتى المسبب الشخصي فضلاً عن العقلاني والشرعي ؛ لأنّه معلق على القبول لبأ ، فمن دونه لا تمليل شخصي في الخارج أيضاً .

ولعلّ هذا هو روح مقصود الأعلام من الجواب الأول بأن يكون مقصودهم

وضع البيع لخصوص التملك الحاصل بالقبول، فالبائع بقوله: (بعث) ي يريد إنشاء هذه الحصة من التملك من جهة التي هي البيع على تقدير القبول، وحيث إنها معلقة على القبول بنحو قيد الوجوب أيضاً فلا يتحقق إلا في طول القبول حتى في نظر البائع، ومقصودهم من أنَّ البيع اسم لأحد طرفين العقد وأنَّه في مقابل الشراء اسم للملك الحاصل بالعقد، أي بالإيجاب والقبول ولكن من حيث إضافته إلى البائع لا إلى المشتري.

ثم إنَّ هنا إشكالاً آخر أفاده بعض أساتذتنا العظام في أصل معقولية أو إمكان إنشاء مضمون العقد بالإيجاب من قبل العاقد قبل لحوق القبول وهو يعلم أنَّ هذا وحده لا يؤثر في إيجاد ما يقصده ما لم يتعقب القبول؛ إذ مع التصديق بأنَّ إيجابه لا يكون مؤثراً في إيجاده فكيف يمكن القصد الجدي إلى إيجاده بذلك وإن شائه؟ وقد أجاب عليه: بأنَّه لا موضوع لهذا الإشكال إلا على أساس مبني فاسد وهو أنَّ المتعاقدين يتسببان إلى إيجاد الأثر العقلاني أو الشرعي وهو الملكية بالإيجاب والقبول، وأنَّ باب ذلك باب الأسباب والمسبيات، مع أنَّ الأمر ليس كذلك بل باب الموضوع والحكم والموجد للحكم هو الجاعل له وهو الشارع أو العقلاء.

وفيه: مضافاً إلى ما سبأته من أنَّ باب إنشاء باب التسبب إلى إيجاد المجعل العقلاني والشرعى: أنَّ ما هو موضوع للامضاء العقلاني أو الشرعي أيضاً أمر إنشائى - أعني إنشاء الملكية من قبل المتعاقدين - غاية الأمر يراد بها حينئذ الملكية المجعلة بحسب نظرهما، أي المجعل والمسبب الشخصى، وعندئذ يعود الإشكال من أنَّ المجعل الشخصى بحسب نظر المتعاقدين أيضاً يتوقف على القبول ولا يحصل بمجرد الإيجاب، فكيف ينشأ ويقصده الموجب جداً؟

والصحيح في الإجابة على هذه الشبهة: أنَّ ما ذكر من أنَّ الموجب يعلم بأنَّ ما ينشئه من التمليل لا يترتب على إيجابه إذا أريد به أنَّه يعلم بأنَّه لا يترتب على إيجابه أصلًا حتَّى على تقدير تعقب القبول فهو غير صحيح؛ لوضوح أنَّه يعلم بترتب المسبب على تقدير القبول - ولو بمعنى المسبب الشخصي - وإنْ أريد أنَّه يعلم بعدم ترتبيه على مجرد إيجابه بلا قبول فهو صحيح، إلا أنَّه ينافي جدية التمليل المطلق لا التمليل المعلق لبَّاً على القبول والذي يكون بفعلهما معاً.

وهذا المقدار من التعليق حتى لو صرَّح به في الإيجاب والقبول غير ضائز في العقود؛ لأنَّه تعليق على ما يكون العقد معلقاً عليه واقعاً، ويكون معلوم التحقق والفعالية .

وبهذا التحليل يظهر الاشكال فيما ذهب إليه بعض المذاهب في الفقه الوضعي من أنَّ الإرادة المنفردة هي منشأ حصول الالتزامات حتى في العقود، ويقصدون بالإرادة المنفردة في العقود إيجاب الموجب؛ فإنَّ هذا غير صحيح؛ لما تقدم من أنَّ تحقق العلاقة الوضعية أو الالتزام العقدي لا يمكن بلا موافقة المتعاقدين؛ لأنَّه ليس في سلطان أحدهما فقط، وأنَّ إيجاب الموجب أيضاً معلق لبَّاً على القبول رغم أنَّه مع فرض تحقق القبول بعد الإيجاب أو قبله من الآخر يقصد ايجاد العقد من ناحيته كايجاد القبول من ناحية الآخر أيضاً بالفعل ، فالالتزام العقدي بطبيعته التزام لا يتحقق إلا بمجموع الإرادتين المعلق كلَّ منها على رضا الآخر ، وكل التزام أو علاقة وضعية راجعة إلى سلطان الطرفين معاً لا يمكن أن تتحقق بالإرادة المنفردة ، وإنَّما تصح الإرادة المنفردة فيما يكون تحت سلطان صاحب الإرادة فقط .

وهذه نكتة جوهرية للفرق بين العقد والإيقاع أو الإرادة المنفردة .
وما يتوجه فيه نفوذ الإرادة المنفردة في حصول التمليل أو الالتزام للأخر

كالجعالة والوقف - حيث لا تتوقف صحتهما على قبول طرف آخر - قد حرقنا في محله أنهما يرجعان إما إلى الإيقاع لا العقد بالدقة، أي لا يكون فيما تمليك بل إخراج عن الملك وتوقيفه صدقة - كما في الوقف - وإذاً بالعمل على وجه الضمان بالجعل - في الجعالة - أو يكون فيه قبول بنفس العمل - في الجعالة - أو القبض - في الوقف - وتفصيل ذلك في محله.

الجهة الرابعة: بعد الفراغ عن وضع العقود للمسبيات لا الأسباب ينبغي البحث في أنَّ المعنى الموضوع له العقود والمعاملات هل هو المسبب الشخصي أو العقلائي أو الشرعي أو الجامع بينهما الذي يصدق بتحقق المسبب والمنشأ الشخصي لا محالة.

ويترتب على ذلك نتيجة فقهية مهمة هي أنَّه على القول بوضعها للمسبب الشخصي أو الجامع سوف تكون عناوين العقود صادقة حتى في موارد البطلان وعدم صحة العقد شرعاً أو عقلائياً كلما كان المسبب الشخصي متحققاً، وهذا يعني أنَّ العقد بهذا المعنى يتصف بالصحة والفساد ويكون المسئَّ هو الأعم من الصحيح الشرعي أو العقلائي ، فيصبح التمسك بإطلاق أدلة الصحة والنفوذ كلما شك في اعتبار قيد في صحة عقد شرعاً.

وعلى القول بوضعها للمسبب العقلائي بالخصوص أيضاً ينقسم العقد إلى الصحيح الشرعي وال fasid الشرعي بلحاظ القيود المعتبرة شرعاً فقط في ذلك العقد ، ويصبح أيضاً التمسك بالإطلاق اللغطي في أدلة الصحة والنفوذ في موارد الشك إذا كان القيد المشكوك اعتباره في صحة العقد شرعاً غير دخيل فيها عقلائياً . نعم ، لا يصح التمسك بالإطلاق إذا كان يحتمل دخالته عقلائياً في الصحة أيضاً ، وهذا يعني أنَّ دائرة التمسك بإطلاق الأدلة المذكورة على هذا التقدير أقل منها على القول السابق.

وعلى القول بوضعها للمسبب الشرعي بالخصوص فسوف لا ينقسم العقد بهذا المعنى إلى صحيح وفاسد، بل إلى الموجود والمعدوم، فلا يصح التمسك بالإطلاق اللغظي لأدلة الصحة والامضاء كلما شك في اعتبار قيد في صحته؛ لأنّه يوجب الشك في صدق الاسم على الفاقد للقيد المشكوك اعتباره.

نعم، قد يمكن التمسك عندئذٍ بإطلاق مقامي أو يستظهر بنكتة عرفية خاصة إرادة العقد العقلائي أو الشخصي من أدلة الإمضاء والنفوذ فيتم الإطلاق اللغظي عندئذٍ، وذلك أمر آخر.

وقد اختار بعض أساتذتنا الأعلام تعين وضع العقود للمسبب الشخصي لا العقلائي أو الشرعي لبراهنة استناد العقود حقيقة إلى المتعاقدين فيقال: (باع زيد، واشتري عمرو) فلو كان البيع اسمًا للمسبب العقلائي أو الشرعي لم يصح ذلك؛ لأنَّ التملك العقلائي أو الشرعي إنما هو فعل اختياري للعقلاء أو الشارع ويستحيل أن يكون معمولاً من قبل العاقد ومتسبباً إليه، وإنما المنسوب إليه انشاؤه ومجعلاته، وحيث لا شك في صحة النسبة فيتعين أن تكون معاني العقود هو المسبب الشخصي^(١).

وفيه: أنَّ ما هو فعل مباشري للعقلاء أو الشارع إنما هو الجعل بنحو القضية الحقيقة، وأما المجعلالجزئي الفعلي في الخارج - والذي هو أمر اعتباري لا حقيقي - فهو يتوقف على تحقيق الموضوع في الخارج، والذي هو إنشاء العاقد، فيكون بهذا الاعتبار منسوباً إليه حقيقة، بل لا إشكال في أنَّ العاقد يتسبب بانشائه إلى القرار أو الالتزام والتهدّد بذلك المجعل العقلائي أو الشرعي.

فالحاصل: كما أن المسبب الشخصي منسوب إلى العاقد كذلك المسبب العقلائي والشرعى بمعنى المجعل الفعلى لا يجعل منسوب إليه، غایة الأمر انتساب المسبب الشخصي إلى العاقد يكون من باب انتساب العمل والإنشاء إلى جاعله، وانتساب المسبب العقلائي والشرعى إليه من باب انتساب الفعل التوليدى إلى فاعله، ويوجد فرق بين النسبتين، فإن نسبة العمل إلى جاعله نسبة إنشائية، بخلاف نسبة الفعل التوليدى إلى فاعله بالسبب، فإنه نسبة قائمة على أساس السببية لايجاد المجموعات الوضعية في الخارج.

وإن شئت قلت: المسبب الشخصي مجعل من قبل العاقد، بخلاف المسبب العقلائي أو الشرعى، فإن العاقد يتسبب بانشائه إلى إيجاده حقيقةً وواقعاً، غایة الأمر أن الموجود أمر اعتباري ووهمي لا حقيقي، إلا أن هذا الفرق غير فارق في المقام؛ لأن الانتساب في كلا الموردين حقيقي كما هو واضح.

ويظهر من المحقق الأصفهانى ^(١) أنه يرى أسامي العقود كسائر الألفاظ جمياً موضوعة لنفس المعاني والمفاهيم المجردة عن جميع أنحاء الوجود العيني والذهني والتحقيقى والاعتبارى والذاتى والعرضى والانشائى لما حقق فى محله من علم الأصول من استحالة أخذ الوجود بأى نحو من أنحائه قيداً فى المعنى الموضوع له، وعلى هذا الأساس لا يكون البيع موضوعاً للتمليك الإنسائى - وهو المسبب الشخصي - ولا التملكى الحقيقى - وهو المسبب الشرعى أو العقلائى - لأن الفرق بينهما يرجع إلى سخ الوجود لا إلى المفهوم الموجود ضمن أحد الوجودين . وقد عرفت أن الوجود بأنحائه لا يمكن أن يكون مأخوذاً في المعنى الموضوع له.

والحاصل: لا فرق بين المعاني الإنسانية الاعتبارية والمعاني الحقيقة الخبرية من حيث إنَّ المعنى الموضوع له ذات المفهوم مجرداً عن الوجود والإيجاد بتمام انحائه ، وإنما الفرق أنَّ المعاني الحقيقة لا يتصور فيها إلا انحوان من الوجود الذهني والعيني ، بينما المعاني الاعتبارية لها ثلاثة أنواع من الوجود الذهني والعيني ، والإنساني وكلها خارجة عن المعنى الموضوع له ، فلا تعدد في المفهوم والمعنى وإنما التعدد في الوجود وأنحائه .

ثمَّ فرع على ذلك بأنَّ المعنى المذكور عندما يقع في لسان دليل وموضوع حكم شرعي تارة يستفاد إرادة نفس المفهوم كما في تحديد البيع وتفسيره بلحظ أعرف منه ، وأخرى يراد منه الموجود بأحد الوجودين من الوجود الإنساني أو الوجود الحقيقي ، ففي ما إذا كان المحمول مناسباً لمقام السبب - وبقصد به المسبب الشخصي والبيع الإنساني - كالصحة والنفوذ والفساد أو أنه مشروط بكذا يستفاد إرادة الوجود الإنساني منه ، لأنَّ هذا كله من لوازם السبب والمقتضي لا من لوازم المسبب وأحكامه ، فإنَّ التملك الحقيقي لا نفوذ له بل له وجود وعدم بديل له ، وفيما إذا كان المحمول مناسباً لمقام المسبب كجواز التصرفات المترتبة على البيع تكليفاً ووضعاً يستفاد إرادة الحقيقي منه ؛ لأنَّ ذلك من لوازם التملك الحقيقي دون الإنساني ، فيفهم التملك الإنساني في الأول والتملك الحقيقي في الثاني بمناسبة المقام .

ثمَّ أفاد: نعم ، لا بأس باستفادة التملك الحقيقي من قوله في مقام الإخبار: (بعت داري ، أو باع زيد داره) لأنَّ الشبوت المضاف إلى الطبيعي ذاتي في الحقيقي فإنه نحو وجوده في نظام الوجود دون الشبوت المضاف إلى الطبيعي في الإنساني ، فإنه عرضي فإنَّ الموجود بالذات هو اللفظ والمعنى له ثبوت تنزيلي ،

والظاهر من حكاية الثبوت هو ثبوت الشيء حقيقة لا ثبوت شيء آخر يناسب إليه بالعرض والتنزيل^(١).

وهذا الذي أفاده مما لا يمكن المساعدة عليه ؛ فإنه :

أولاً - يرد عليه النقض بأنَّ كل مفهوم وعنوان له فناء ذاتي في معونته ومصداقه ، فلو كان الموجود بأنحاء الوجود مفهوماً واحداً وإنما الاختلاف في سخ الوجود الخارج عن حقيقة المفهوم وحريمه لزم أن يكون الحكم المرتب على ذلك المفهوم سارياً إلى كل أنحاء وجوده ما لم تكن قرينة لفظية أو لبيبة على إرادة نوع خاص منه ، فيثبت ذلك الحكم للوجود الذهني والخارجي والإنشائي لذلك المفهوم ، مع أنَّ هذا واضح البطلان.

وثانياً - النقض أيضاً بأنَّ لازم ذلك أن تكون الحكومة التنزيلية وروداً لا حكومة ، فإذا قال المولى : (الطواف بالبيت صلاة) صح التمسك باطلاق دليل الصلاة للطواف باعتباره مصداقاً تنزيلاً لمفهوم الصلاة ، ولا موجب لحمل دليل حكم الصلاة على إرادة الوجود الحقيقي لها بعد أن كان انشاءً للحكم عليها لا إخباراً عن ثبوتها ، بل يلزم أن يكون كل معنى - مع قطع النظر عن سياق الإخبار في العمل التامة الخبرية - صادقاً على المعنى الآخر بمجرد التنزيل والادعاء الذي هو سهل المؤونة وهو واضح البطلان.

وثالثاً - الحل ، وهو يتوقف على توضيح مقدمتين :

أولاًهما : أنَّ المفهوم والعنوان إنما ينتزع مما يكون مصداقه بالذات ، ومن هنا يكون فانياً فيه لا في غيره ، فالفناء والافتاء ليس أمراً اختيارياً بل أمر واقعي ذاتي على الأساس المذكور .

ثانيتها: أن الإنشاء والاعتبار في المعانى الإنسانية التنزيلية كالطهارة والملكية ليس إيجاداً لها حقيقة وإن عبر عنه بذلك ، بل ادعاء لوجود المعنى الحقيقى في ذلك المورد ، نظير ما يقال في المجاز السكاكي ، فالشارع يعتبر النقاء الحقيقى المقابل للقدرة المادية ويدعى في مورد الطهارة الاعتبارية ويدعى الجدة والملكية الحقيقية في مورد الملكية الاعتبارية فيتحقق في طول ذلك الادعاء مصداق اعتباري ، إلا أن هذه المصداقية ليست حقيقة بل ادعائى فلا يمكن أن يكون المعنى المفهوم المنتزع عن مصداقه بالذات فانياً في حقيقة ؛ لأنّ الفناء كما قلنا في المقدمة الأولى ليس أمراً اعتبارياً اختيارياً بل حالة واقعية ذاتية في المفهوم بلحاظ مصداقه بالذات حاصلة من كونه منتزعًا عنه ، وليس هذا معناه أخذ الوجود الخارجي في المعنى الموضوع له ؛ لأنّ هذه الفنائية والمرأبية تصورية لا تصديقية .

والذى ثبت في محله استحالته إنما هو أخذ الوجود الخارجي التصديقى في المعنى الموضوع له لا الفنائية التصورية ، فإنها حقيقة المعنى وقوام المفهوم التصورى ومن دونها لا يكون هناك معنى ومفهوم .

وعلى هذا الأساس إذا أريد حكاية المعنى عن المصداق التنزيلي والادعائي له بحيث يصبح معنى اللفظ كالمصداق الحقيقى فلابد من انتزاع مفهوم يكون المصداق الاعتباري مصداقه بالذات ، كما إذا قلنا إنّ الطهارة أو الملكية هي ما يعتبره الشارع كذلك ، فيكون مبایناً لا محالة مع النقاء الحقيقى ؛ لاستحالة تعدد المصداق بالذات مع وحدة المفهوم المنتزع منه .

لا يقال : كما يمكن ذلك يمكن أن يقال بقاء المفهوم على معناه الحقيقى ولكنه ينطبق على الفرد الاعتباري حقيقة في طول ذلك الادعاء التشريعى بوجود فرد من المعنى الحقيقى فيه كما يقال في المجاز السكاكي .

فإنه يقال: مضافاً إلى أنَّ هذه الفنائية بحاجة إلى عناية فائقة دائمًا لا تقل عن عناية تغيير المعنى، ومن هنا لم يكن مجاز السكاكي مستعاراً أنَّ ما ذكر غير معقول في المقام، وإنما يعقل في باب الاستناد والحمل، حيث يمكن أن يكون المسند مستعملاً في معناه الحقيقي، ولكن العناية والمجازية في الاستناد، وأيضاً مرآتية المعنى وفناؤه فيما لا يكون مصادقاً له بالذات فهي غير معقولة حتى في طول الادعاء؛ لأنَّ الفنائية - كما تقدم - أمر حقيقي تكويني، وليس كالحمل استعمالاً وفعلاً اختيارياً للإنسان لكي يمكن فيه العناية والمجاز، فتدبر جيداً.

وهذا البرهان يطابق الوجdan القاضي بأنَّ المعاني الاعتبارية مبادئ مع المعنى الحقيقي، وأنَّ الألفاظ التي تطلق على معانٍ خارجية عينية وعلى معانٍ انشائية اعتبارية تكون من المشترك اللغظي بينهما لا المعنوي.

ورابعاً - ما ذكره أخيراً من التفرقة بين مقام الإخبار والإنشاء لم نفهم له معنى محضلاً؛ إذ كما يكون الإخبار حكاية عن ثبوت البيع وجوده، كذلك يكون الإنشاء إثباتاً للبيع وإيجاداً له، فإذا كان إضافة الشبوت والوجود إلى الطبيعي ظاهراً في إرادة الشبوت الذاتي لا العرضي فلا فرق بين المقامين؛ لأنَّ الإضافة محفوظة فيهما معاً، وإنما تارة يحكى عنها، وأخرى يراد إيجادها وحكايتها.

هذا، مضافاً إلى أنه لم نفهم وجه دعوى اختصاص الشبوت المضاف إلى الطبيعي بالوجود العيني، مع أنَّ الشبوت في الإخبار ليس إلا الصدق والاتحاد بين المفهوم مع مصادقه - الحمل الشائع - وقد اعترض المحقق المذكور رحمه الله في صدر كلامه بعدم صحة سلب المفهوم عن أيٍّ نحو من أنحاء وجوده بالحمل الشائع، وكلما لم يصح السلب صحة الحمل والشبوت لا محالة، فراجع كلامه وتدبّر.

فالتحقيق أن يقال بأن المعاني الاعتبارية - ومنها العقود - تكون مستقمة مفهوماً ومعنى باعتبار المعتبر لها؛ لأنها كما ذكرنا إما بمعنى المعتبر أو بإيجاده - المعنى اسم المصدر والمصدرى - وعلى هذا الأساس لابد من ملاحظة أن المنترع عنه معانى العقود هل هو خصوص المعتبر عند العقلاء أو الشارع أو مطلق الاعتبار حتى من قبل شخص المتعاقدين، ولو لم يمضه العقلاء والشارع؟

إذا قلنا بالاحتمال الثالث أي وضع الأسمى لمطلق المعتبر أو إيجاده - ولو كان من قبل المتعاقدين من دون إ مضاء الشارع ولا العقلاء والعرف له - ثبت الإطلاق في أدلة الصحة والنفوذ، وكان مساوياً مع وضع الأسمى للسبب؛ ولعل هذا مقصود المحقق الأصفهانى رحمه الله من كلامه المتقدم.

إلا أن هذا يبعده أن المتعاقدين ليسا بقصد التشريع الخاص بهما، وإنما هما بقصد الالتزام وإرادة تحقيق العلاقات الوضعية القانونية - شرعية أو عرفية - وعلى هذا الأساس لا يبعد أن يقال بأن الوجдан العرفي يحكم بصحبة سلب أسمى العقود عن مجرد المسبب الشخصي الذي لم يمضه العقلاء ولا الشارع ولم يتسبب إليه المتعاقدان، أي لا يقال للبيع الفاسد إنّه بيع، وأن صاحبه قد باع ماله، وهذا يعني أن العقود لم توضع لمطلق الاعتبار من أي معتبر كان، بل لابد وأن يكون موضوعاً لإيجاد المعتبر العقلائي أو الشرعي، أو مطلق الاعتبار القانوني من قبل المشرع العام للمجتمع.

ويمكن أن تكون نكتة ذلك أن الاعتبار حيث إنه سهل المؤونة فالوضع لكل اعتبار شخصي خارج عن الغرض النوعي في باب الوضع بل لعله مضطرب بخلاف ما إذا وضع بازاء الاعتبار المشروع من قبل النوع.

فالأقرب أنَّ أسامي العقود وكذلك أسامي سائر العناوين الاعتبارية الوضعية موضوعة لإيجاد ما يعتبره المشرع العام من المضامين الاعتبارية، وهذا مفهوم معین لا يتغير باختلاف الأنظار والاعتبارات عند المشرعین، وإنما الذي يتغير مصداقه.

ولعلَّ هذا هو مقصود من عبَر من الفقهاء بأنَّ العقود موضوعة لما هو المؤثر وأنَّ الاختلاف بين الشارع والعقلاء في مصداق المؤثر لا في مفهوم العقد^(١). والدليل على هذا الاستظهار أنه لو كانت العقود مخصوصة بما يراه العقلاء بالخصوص أو يراه الشارع بالخصوص عقداً كان استعماله في غير ذلك مجازاً وبعنایة مع أنا لا نحس بذلك بل لا شك في أنَّ التشريعات العقلائية والنوعية أيضاً متفاوتة من مجتمع إلى آخر أو من زمن إلى زمن أو من شريعة إلى شريعة، مع أنَّ مفاهيم هذه الألفاظ الاعتبارية واحدة وثابتة بحسب الوجдан اللغوي والعرفي، فيتعين أن يكون معناها مطلق ما يعتبره المعتبر العام والقانون، فيكون نظير عنوان الاحترام الذي لا يختلف مفهومه من عرف إلى عرف وإن اختلفت وتبانت مصاديقه، بمعنى أنه لو جعل الشارع الملكية في مورد فما لم يعلم به لا يطلق عليه أنه ملك؛ لعدم العلم بمصداقه، كما إذا لم يعلم بوجود الإنسان في الدار مثلاً بحيث لو علم باعتباره كان ملكاً حتى في نظر من لا يقبل ذلك التشريع وتقيده بأنه ملك عند ذلك المشرع بالخصوص أو ملك عقلائي أو شرعي لا يقدح بكون الملك وكذلك غيره من العناوين الاعتبارية للجامع بينهما، فإنَّ ذكر ذلك لبيان مصدر الاعتبار والتشريع العام والنوعي لا أنَّ الملك له معان عديدة بعدد المعتبرين.

وبهذا يعرف أن القول بوضع العقود للمسبيات لا يساوq القول بوضعها لخصوص الصحيح عند الشارع أو عند العقلاء ، بل للأعم وهو الصحيح عند أي مشروع نوعي . نعم ، لا يبعد ظهور ورود الألفاظ المذكورة في لسان كل مشروع قانوني ونوعي في إرادة ما يكون معتبراً بنظره بالخصوص لا بنظر مشروع آخر ، إلا أن هذه الاستفادة ليست من ناحية مدلول اللفظ فإنه عام كما ذكرنا ، وإنما هي من ناحية ظهور حالي أو مقامي ، وعلى أساس هذا الظهور الحالي يحمل الفقهاء عنوان المال أو الملك الوارد في لسان شارعنا الأقدس على ما يكون مالاً أو ملكاً بحسب نظره ، فكذلك في المقام ألفاظ البيع أو العقد أيضاً ينبغي حملها على إرادة البيع أو العقد بحسب نظر الشارع واعتباره ، ما لم تكن قرينة أخرى تقتضي خلاف ذلك ، كما قد يدعى ذلك في خصوص أدلة الإمضاء حيث يقال إن سباق الامضاء يناسب إرادة العقد أو البيع بحسب نظر العرف أو ما يريده المتعاقدان لا البيع بحسب نظر الشارع ؛ لأنّه خلف كونه بقصد امضاء ما هو ثابت بقطع النظر عن حكمه .

ثـ إنّه يمكن أن يقال : بأن المتعاقدين حيث إنّهما يريدان تحقق ما هو البيع المشروع فاسم البيع مستعمل في مقام الإنشاء في نفس المعنى الحقيقي ، فلا مجازية في استعمال أسمى المعاملات في الإنشاء حتى إذا لم يترتب الأثر لفقدان بعض شروط صحته ، وأمّا في مقام الإخبار عمّا وقع لا يقال إنّه بيع ما لم يتحقق الأثر خارجاً .

وهذا هو مبني الفرق والتفصيل بين استعمال البيع إنشاء واستعماله إخباراً . وهناك من لم يقبل ذلك ، وجعل أسمى المعاملات للأعم من ذلك ، وأن إرادة خصوص البيع الصحيح من الإخبار من باب وجود قرينة على إرادة ذلك لعدم الفائدة والأثر في الإخبار عن البيع غير الصحيح .

كما أنّ هناك من يفصل بين اسم العقد وأسامي العقود والمضامين والآثار المعاملية ، فالأول يصدق حتى على العقد الفاسد لتحقق ربط قرار بقرار أو توافق إرادتين للمتعاقدين وإن لم يترتب عليه الأثر .

إلا أنّ هذا غير واضح ؛ لأنّ العقد أيضاً اسم للقرار المتعلق بالمضامين المعاملية المشدودة بعضها بالبعض قانوناً ، ولهذا يكون لها بقاء أيضاً ، ومثل هذا لا يصدق على العقد الفاسد .

نعم ، يمكن أن يقال : بأنّ أدلة الإمضاء للمعاملات أو الأمر بالوفاء بالعقود حيث إنّها ناظرة إلى مرحلة الإنشاء وما يقوم به المتعاملان فيكون ظاهرها تصحيح ما ينشئه العقد ويريده من تلك العناوين والتي يكون استعمال الأسامي من قبله في معانيها الحقيقة ، فكانه قال : إنشاء البيع وإرادته حلال ونافذ ، وإنشاء العقد والتعهد بمضمون معاملي يجب الوفاء به ، وبهذا صحيحة التمسك بإطلاق أدلة الإمضاء لتصحيح العقود ، وسيأتي مزيد توضيح لذلك .

الجهة الخامسة : ذكر المحقق النائيني ^(١) أنّ العقود لو كانت موضوعة للسبب - كما تقدم - اختل عندئذٍ الإطلاق اللغوي في أدلة الامضاء كـ « أخل الله أنبئ ^(٢) » .

والوجه في ذلك أنّ امضاء المسبب وحليته وضعاً لا يستلزم إمضاء وحلية التسبب إلى إيجاده بكل سبب ؛ لأنّ المسبب غير السبب ، فاطلاقه لا يقتضي الإطلاق بلحاظ الأسباب ، بل غايته الدلالة - ولو بدلالة الاقتضاء - على إمكان

١ - فوائد الأصول ٨٠ :

٢ - سورة البقرة، الآية: ٢٧٥ .

التسبب إليه في الجملة وجود سبب حلال له - ولو ضمن ما هو متيقن سببيته لا أكثر - فلا يصح التمسك باطلاق الدليل لما يشك في صحته وسببيته نتيجة فقدان قيد أو شرط يشك في دخالته، وهذا نظير ما إذا ورد من الشارع حلية فعل له أسباب وطرق عديدة على سبيل البدل، فإنه لا يدل على حلية التوصل إليه بكل طريق وسبب من تلك الأسباب حتى الطرق المحرمة.

وقد أجاب المحقق النائيني على هذه الشبهة بما يمكن تقريبه بأحد نحوين، فإنّ عبارة التقرير يستفاد من صدرها مطلب غير ما يستفاد من ذيلها، ومن هنا نذكر فيما يلي كلاًّ منهما بعنوان تقريب محتمل لمقصوده:

- ١ - إنّ ما ذكر قد يصح في باب الأسباب والمبنيات لا في باب الإنشاء والمنشأ؛ لأنّ نسبة الإنشاء إلى المنشأ ليست نسبة السبب إلى مسببه، بل نسبة الآلة إلى ذي الآلة الذي هو فعل مباشر للفاعل، غاية الأمر تارة لا يحتاج الفعل إلى آلة كالتصور والمشي، وأخرى يحتاج إليها كالكتابة والنجارة ومنه الإنشاء، فليست الألفاظ أو الأفعال التي بها الإنشاء أسباب توجد بال المباشرة، لكي يتربّ عليها تلك المنشآت قهراً، نحو ترتيب الإحراق على الإلقاء في النار، بل هذه المنشآت بنفسها مخترعات موجودات بالإيجاد والإنشاء بلا واسطة، إلا أنها تحتاج إلى آلة من قول أو فعل، فلا يصح وصفها بالمبنيات ولا وصف آلاتها بالأسباب، وعليه فيكون إمضاء المنشأ بالإنشاء عين إمضاء إنشائه بالآلة المعدة لإنشائه، فيدلّ على إمضاء السبب ومقتضى إطلاقه لكل إنشاء الصحة لا محالة^(١).

ويرد على هذا التقرير :

أولاً - ما عرفته من أن المراد بالسبب ليس هو المسبب الشخصي، فإنه كالسبب بحسب الحقيقة وبحسب مصطلح القوم أيضاً، ولو كان الاسم موضوعاً له تم الإطلاق اللغظي؛ لأنّه يرجع إلى حلية وامضاء كل ما ينشئه الشخص ويجعله المساوٍ مع صحته شرعاً.

ولتكن عرفت عدم احتمال الوضع له وإنما الموضوع له هو المسبب العقلائي أو الشرعي النوعي، وقد تقدم أن نسبته إلى العاقد نسبة المسبب التوليدى إلى فاعله لا نسبة المنشأ إلى جاعله؛ لأنّ المسبب العقلائي لا يعقل أن يكون منشأ للعاقد بل هو إنشاء العقلاة أو الشارع، وإنما العاقد بإنشائه الشخصي يتسبب إلى تحقق المجعل العقلائي أو الشرعي - أي القانوني - من خلال الالتزام به والذي يكون ترتب الحكم عليه كترتيب المسبب على سببه.

وثانياً - لو فرضنا أن إيجاد المسبب العقلائي أو الشرعي كان فعلاً مباشرياً للعاقد مع ذلك لا يتم إطلاق لفظي في أدلة الحلية والتقوذ في المقام؛ لأنّ هذا النوع من المسبب أيضاً لا إشكال في أن إيجاده بحاجة إلى شيء يصلح أن يكون آلة لا إيجاده بحيث لا وجود له من دونها، كما لا إنشاء له من دون ذلك.

ومنه يظهر أن إنشاء للمسبب العقلائي أو الشرعي الذي يفترض فيه أنه فعل مباشري لا يلزم إنشاء الشخصي فلا تكون حلية متساوية مع حلية الإنشاء الشخصي، كما أن حلية لا تستلزم امضاء كل آلة يختارها الشخص لا إيجاده لا عقلاً ولا عرفاً، ولا يقياس ذلك بالسبب الشخصي الذي انشأه يساوي وجوده دائماً؛ ولهذا قلنا إنه السبب بحسب الحقيقة.

٢ - ما يظهر من ذيل عبارة التقرير من أن المقام ليس بابه باب السبب

والسبب بل بباب الفعل الذي قد يلحظ بالمعنى المصدري فيننسب إلى فاعله ويكون سبباً، وقد يلحظ بنحو اسم المصدر والنتيجة الحاصلة في الخارج فيرى كأنه المسبب، ولا فرق بين المصدر واسم المصدر إلا بالاعتبار، وإنما في الحقيقة شيء واحد، فالبيع تارة ينسب إلى الفاعل فيسمى بالسبب، وأخرى ينسب إلى نفسه فيسمى بالمسبب، وعلى هذا الأساس يكون امضاء اسم المصدر ملزماً لامضاء المصدر والإيجاد للمسبب، بل هو عينه على وجه (١١). وفيه: أن المصدر واسم المصدر وإن كانا شيئاً واحداً لا فرق بينهما إلا بالاعتبار والاضافة، ومن هنا يكون حلية أحدهما ملزماً مع حلية الآخر بل هو عينه، إلا أن هذا لا ربط له بجهة الاشكال، فإن غاية ما يلزم من ذلك أن إيجاد المسبب الشرعي أو العقلائي بالمعنى المصدري كنفس المسبب الشرعي أو العقلائي يكون حلاً تكليفاً أو وضعياً؛ لأنهما فعل واحد، وهو لا ربط له بالمقدمات والطرق والأسباب التي يتحقق بها هذا الفعل الواحد، ولا يقتضي حلية كل أنحاء إيجاده وإنشائه الذي يتسبب به إلى ذلك، سواءً كان سبباً توليدياً له أو آلة، والمهم أن يدل الدليل على حلية وصحة أنحاء إيجاده وإنشائه الذي هو أمر تكويني وهو المراد بالسبب وهو غير حلية إيجاد المسبب العقلائي أو الشرعي، سواءً لوحظ بنحو المعنى المصدري أو اسم المصدر.

وإن شئت قلت: إن المصدر واسم المصدر متلازمان في الصدق لما ذكر من أنهما شيء واحد حقيقة، وإنما الفرق بينهما بالاعتبار، فيكون معنى حلية البيع - وهو المسبب الشرعي أو العقلائي - بالمعنى اسم المصدري تكليفاً أو وضعياً حلية إيجاده أيضاً بالطرق والأسباب المحللة والصحيحة لا إمكان إيجاده وترتبه

بأي سبب أو آلة يراد إيجاده بها ، وهذا واضح .

وقد أجاب المحقق الأصفهاني ^ش عن هذا الاشكال بأنَّ المعاملة بمعنى المسبب ينحل إلى حخص عديدة بحسب أسبابه ، ومقتضى إطلاق حلية امضاء تمام تلك الحخص المستلزم لامضاء تمام أسبابها أيضاً^(١) .

وفيه: أنَّ الحلية التي تثبت لكل حصة لا تثبت لها بما هي حصة بل تثبت للجامع المنطبق فيها ، فلا تنافي ثبوت الحرمة الوضعية أي عدم ترتيب الأثر بلحاظ خصوصية السبب المحخص كما هو الحال في سائر موارد الإذن في المسببات ، فإنه لا يستلزم الإذن في تمام أسبابها .

وإن شئت قلت: إنَّ إطلاق حخص البيع بلحاظ المسبب فرع إمضاء السبب في المرتبة السابقة لكي تكون هناك حخص عديدة للمسبب ، وإلا لم تكن للمسبب حخص عديدة ، فلا يمكن استفاداة هذا الإطلاق من دليل حلية المسبب ، وإنما يكون إطلاقه بمعنى حلية إيجاده ومشروعيته في نفسه .

والانصاف أنَّ هذه الشبهة لا جواب فتى عليها سوى دعوى أنَّ دليل الحلية الوضعية بمعنى الصحة في العقود والإيقاعات يختلف عن دليل الحلية التكليفية ؛ لأنَّ الحال الوضعي يكون بمعنى صحة التسبب بالإنشاء والقرار المعجملي وأنَّه تحت سلطان المكلَّف وإرادته ، فإذا كان الدليل بقصد إثبات الصحة والحلية الوضعية لمعاملة بهذا المعنى كما هو الحال في أدلة الامضاء كان مفاده عرفاً امضاء التسبب إلى إيجاد تلك المعاملة بالإنشاء ، فيكون الدليل ناظراً إلى مقام السبب لا محالة ، ويكون مقتضى إطلاقه امضاء الإنشاء الذي هو السبب لا إيجاد المضممين والمعاني الوضعية .

وإن شئت قلت: إن الحليّة الوضعية - سواء كانت مفادة من قوله سبحانه وتعالى: «أَخْلَأَ اللَّهُ أَنْبِيئُكُمْ» مطابقةً أو التزاماً - لا تعني في المقام جواز الفعل تكليفاً ولا إمكان إيجاده في الجملة، بل تعني مشروعيته بمعنى إمكان التسبب إليه بالإنشاء؛ لأن العقود كما تقدم أسماء لما يتسبب إلى إيجادها بالإنشاء قبل شخص المتعاقدين، فمعنى حلية المعاملة - كالبيع - وضعاً ترتبه خارجاً بالإنشاء.

وهذا المفاد مقتضى إطلاق نفي دخالة أي قيد فيه سوى ما يكون إنشاء مفهوم العقد كالبيع متقوماً به، وبهذا يظهر أن هذا الإطلاق ثابت حتى إذا كان القيد المشكوك محتمل الدخل عقلاً في صحة المعاملة إذا لم يكن متقوماً للاسم، فيكون أوسع من الإطلاق الثابت على تقدير القول بوضع العقود للمسبب العقلاً.

وبتعبير آخر: هذا الإطلاق في قوّة القول بالوضع للمسبب الشخصي؛ لأنّ النظر المذكور لا يغير من مفهوم العقد على ضوء ما تقدم من أنّ الأنظار التشريعية مصداقية لا مفهومية، فقوله تعالى: «أَخْلَأَ اللَّهُ أَنْبِيئُكُمْ» يرجع إلى الحكم بترتب البيع كلما أنشأ العاقد، والبيع اسم للتمليك الخاص الاعتباري - أي المشروع من قبل مشروع نوعي - وهذا المفهوم لا يتغير بتغير الأنظار التشريعية النوعية، فإذا أضيفت الحلية إليه في لسان مشروع كان هذا بنفسه لساناً من السنة تشريعيه القانوني المستلزم لترتبه بمجرد إنشائه وإن كان غير مشروع بنظر تشريعي آخر إلا بشرط ، فيكون العقد بهذا المعنى قابلاً للانقسام إلى الصحيح وال fasid بلاحظ الأنظار المصداقية التشريعية المختلفة رغم وحدة مفهومه الكلي ويكون حليته بنفسه من السنة صحته وترتبه بحسب نظر هذا المشروع بمجرد إنشائه من قبل العاقد، فيتمسك بإطلاقه عند الشك.

وهكذا نستطيع أن نوفق بين الوجdan القاضي بوضع أسامي العقود واستعمالها في ألسنة الشارع للمسبيات لا السبب ولا المسبب الشخصي المساوٍ مع السبب وبين الإطلاق اللغظي في أدلة الامضاء والحلية النافي لكل ما يحتمل دخله في ترتب ذلك شرعاً ما لم يكن مقوماً لمفهوم العقد، سواءً كان دخلاً في الترتب لدى تشريع عقلائي أم لا.

وهذا بيان فني للإطلاق المذكور الذي لعله لا شك فيه فقهياً حيث نجد أنَّ الفقهاء لا يستشكلون عملاً في التمسك بإطلاقات أدلة الحلية في العقود كلما احتملوا شرطية قيد في صحتها ما لم يكن راجعاً إلى قوام العقد.

وعلى هذا الأساس يظهر أنه لا تحتاج في مقام اقتناص الإطلاق من أدلة الصحة والتفوٌ إلى ما تقدم في الجهة السابقة من دعوى وجود قرينة مقامية على أنَّ العقود في لسان الشارع يراد بها المسبب العرفي أو الشخصي لا الشرعي؛ لأنَّ مقام الامضاء يقتضي أن يكون النظر إلى ما هو عقد في المرتبة السابقة وبقطع النظر عن حكم الشارع، وإن كانت هذه النكتة قد تتم في بعض الموارد أيضاً.

٥ - الفرق بين العقد والشرط :

ثُمَّ إنَّ الفرق بين العقد والشرط أنَّ العقد هو الالتزام المستقل المتفق عليه مع الطرف الآخر، وأما الشرط فهو الالتزام والتعهد الذي قد يقع ضمن التزام آخر بنحو يكون شرطاً فيه، أي يكون ذلك الالتزام معلقاً عليه من قبل الشارط بحيث لابد من قبول المشروط عليه وتعهده به لكي يتحقق ذلك الالتزام العقدي، فالبائع مثلاً حينما يبيع الدار للمشتري بشرط أن يحيط له ثوبه يكون مرجع ذلك إلى أنه ينشئ تملك الدار مشروطاً بقبول المشتري لشرط الخيانة وتعهده به، وبهذا يسمى شرطاً.

وهذا هو السر في عدم إطلاق الشروط على الشروط الابتدائية ، كما أنه بهذا ظهر معنى الارتباط بين العقد والشرط وضمنية الشرط ، وأنه لا يراد بها الظرفية ولا مجرد التقارن الزمني بين الشرط والعقد ، وإنما المراد بها تعليق نفس الالتزام والتعهد - لا المضمون المعاملى والعلاقة الوضعية المنشأة بالعقد - على الشرط ، ولهذا يكون تخلف الشرط سبباً لانتفاء التزام الشارط لانتفاء البيع أو غيره من المنشآت المعاملية .

وهذا هو التحليل الفنى لثبتوت الخيار بتأخر الشرط على القاعدة . وتفصيل هذا البحث متترك إلى محله من مباحث الخيارات .

ثم إن الشرط يطلق اصطلاحاً على ما يقابل العقد ولكنه لغة يطلق بالمعنى الأعم الشامل للعقد أيضاً باعتبار أنَّ كلاً من الإرادتين فيه مشروط بالآخر ، وقد أطلق في الروايات كثيراً على الإيجاب أو القبول باعتبارهما مشروطين بالآخر . وبهذه النكتة صح التمسك بقاعدة (المسلمون عند شروطهم) لاثبات صحة العقود ونفوذها على ما سيأتي في محله .

٦ - مضمون العقد حق عيني أم شخصي؟

ثم إن المستظهر من كلمات فقهاء القانون الوضعي - كما أشرنا سابقاً - أنَّ ما يحصل عندهم بالعقود إنما هو الالتزام والحق الشخصي ، أي الالتزام بدفع المبيع مثلاً إلى المشتري في عقد البيع .

إلا أنَّ هذا خلاف ما هو الثابت في فقهنا ، فإنَّ الذي يحصل بالعقد في باب الأموال مباشرة إنما هو الحق العيني ، ويكون الحق الشخصي والالتزام بالأداء من آثار ذلك الحق العيني المالي ، أي الحق الشخصي يترتب على الحق

العيني كأثر من آثاره، ففي عقود المعاوضة تتحقق الملكية أو التسلط على المال، وهو حق عيني مستتبع لوجوب التسليم والالتزام بدفعه، وفي عقد الحوالة يتحقق انتقال الذمة بمعنى المال الذي من ذمة المحيل إلى المحال عليه، وهكذا.

نعم، لو تصورنا عقد الضمان لا بمعنى ضم ذمة إلى ذمة بل بمعنى العهدة أمكن اعتباره عقداً يترتب عليه الحق الشخصي فقط.

بل كلما كان متعلق العقد ومضمونه الاتيان بعمل لا تملك عين أو منفعة أو عمل، كما في مثل الكفالة والجعالة فيما إذا فرض أنّ الحاصل به الالتزام بدفع العمل لا تملك الجعل على الجاعل أو في شروط الفعل ضمن العقد أمكن أن يكون الحاصل بالعقد المذكور هو الحق الشخصي والالتزام بذلك دون حق عيني.

وقد يكون منشأ ذهاب القانون الوضعي إلى أنّ الحاصل بالالتزام حق شخصي أنّ الالتزام إنما يتعلق بالأفعال لا الأعيان؛ لأنّ المقصود من الالتزام هو التعهد من قبل المتعاقدين وتحمّل المسؤولية، وهو لا يتعلق إلا بفعل الشخص وعمله، فيكون متعلقه الحق الشخصي لا المال والعين الخارجية.

إلا أنك عرفت فيما تقدم أنّ الالتزام أعم من ذلك، وأنه يتعلق بالأعيان أيضاً إذا كان متعلقه تحقق علقة وضعية وحق للآخر فيها، بل المشهور في الفقه الإسلامي تحليل الالتزام العقدي المتعلق بالأعمال (كالإجارة على الأعمال) بارجاعه إلى الحق العيني أيضاً وأنه تملك العمل للمستأجر.

ويترتب على الفرق بين التحليلين بعض الآثار والثمرات، لا مجال هنا لبحثها.

٧ - انقسامات العقود :

يمكن تقسيم العقود من جهات مختلفة بعدة انقسامات:

فمن حيث كونها قابلة للفسخ أُم لا إلى عقود جائزه وعقود لازمة.

ومن حيث تقوّمها بالتعهد والالتزام الملزّم أو كفاية الإذن فيها إلى عقود عهديّة لازمة وعقود إذنيّة جائزه.

ومن حيث احتياجها إلى شكل خاص من الإنشاء والإيجاب والقبول وعدمه إلى عقود رضائية يكفي فيها التراضي ، وشكلية لابد فيها من الإنشاء باللفظ مثلاً وعينية لابد فيها من القبض .

ومن حيث كونها عقوداً معروفة ولها عناوين مسماة في العرف واللغة وعدمه إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة .

ومن حيث كونها مزيجاً من عقود متنوعة كالبيع والإيجار معاً أو عقداً واحداً إلى العقود المختلطة أو المركبة والعقود البسيطة .

ومن حيث كونها ملزمة لجانبين أو لجانب واحد إلى عقود ملزمة لجانب واحد ، أو لجانبين ومن حيث كونها مجاناً أو بعوض إلى عقود معاوضة ، أو عقود تبرّع .

ومن حيث كون أثرها منجزاً أو معلقاً على شيء آخر إلى عقود منجزة وعقود معلقة .

ومن حيث كون مضمون العقد آنياً فورياً - كالبيع - أو زمانياً - كالإجارة - إلى عقد فوري أو آني وعقد مستمر أو زماني .

ومن حيث كون العقد مستقلاً أو تابعاً لعقد آخر ينتهي بانتهائه إلى العقد الأصلي والعقد التبعي - كالرهن أو الكفالة الذي ينتهي بأداء الدين . -

ومن حيث كون العقد صحيحاً يترتب عليه الأثر إلى العقد الصحيح والعقد الفاسد أو الباطل القابل للتصحيح أو غير القابل له . وأكثر هذه التصنيفات لا أثر مهم لها في البحوث الفقهية ، وما يترتب عليها الأثر بعض هذه التصنيفات .

فالتصنيف الأول يراد منه انقسام العقود إلى ما يجوز فسخها أو الرجوع فيها بطبعه وبلا حاجة إلى شرط ونحوه ، كما في العارية والوديعة والهبة إلى غير ذي رحم وغيرها ، وما لا يجوز ذلك فيه كالنكاح والبيع والإيجار وغيرها .

وهذا أثر مهم في العقود ، وقد تقدم أنَّ الجواز واللزم قسمان : حقي وحكمي ، وأنَّ العقد اللازم الحكمي كالنكاح لا يجوز شرط الخيار فيه . وهذا بخلاف العقد اللازم الحقي كالبيع ، وأنَّ الهبة بحسب طبعها عقد لازم باللزم الحقي ، إلا أنَّ الشارع جعلها عقداً جائزاً بالجواز الحكمي . ويأتي تفصيل هذا التحليل في مبحث الخيارات .

والتصنيف الثاني قد تقدم شرحه أيضاً ، وهو مبني أصلالة اللزوم في العقود العهدية . وتفصيل البحث عن ذلك سينأتي في الأبحاث القادمة إن شاء الله تعالى . **والتصنيف الثالث** جاء في الفقه الوضعي ، وكان الشكليات الخاصة كانت شرطاً في صحة العقود في تأريخهم القديم وبالتدريج تحررت قوانينهم عن تلك الشكليات المطوقات للعقود .

وأما في الفقه الإسلامي لم يشترط شكلية خاصة للعقود زائداً على تحقق العقد إلا نادراً ، وفي بعض العقود الخطيرة - كاشتراط اللفظ أو الاشهاد في النكاح أو الطلاق أو القبض والاقباض في بيع الصرف والسلم - والأصل في الفقه الإسلامي الاكتفاء بتحقق العقد في صحته ونفوذه . كما أنَّ اشتراط القبض الذي عبر عنه بالعقد العيني في الفقه الوضعي جاء في

بعض العقود في فقهاً كما في القرض والهبة والرهن والصرف والسلم.

إلا أنَّ هذا أيضاً بالامكان تحليله إلى أقسام:

- ١ - ما يكون القبض فيه شرطاً شرعاً تعدياً كما في بيع الصرف والسلم، ولعلَّه كان تجنباً عن الواقع في الربا ونحوه.
- ٢ - ما يكون القبض فيه محققاً ومقوماً للعقد كما في الرهن فإنه من دون القبض لا يتحقق الاستئثار الذي هو روح الرهن.
- ٣ - ما لا يكون عقداً أصلاً، وإنما هو من التملُّك بالحيازة والقبض، وهذا ما احتمله البعض في القرض والهبة بأن يكون واقعه رفع يد المالك عن ماله - كالإعراض النسي - من أجل أن يتملَّكه المقرض أو الموهوب له بالحيازة والقبض، إلا أنه على وجه الضمان في الأول، ومجاناً في الثاني.

ومنه يظهر أنَّ القبض الذي هو شرط في بعض العقود ليس من باب اشتراط الشكلية الخاصة ، بل من باب توقف انعقاد العقد على تتحققه.

والتقسيم الرابع قد يظهر أثره في العقود المستحدثة ، وإمكان إثبات صحتها ونفوذها بأدلة الإمضاء العامة وسببيتها عن ذلك عند التحدث عن مبدأ سلطان الإرادة.

والتقسيم الخامس أيضاً نجده في بعض العقود في فقهاً كالاستصناع حيث قيل بأنه مركب من أكثر من عقد.

ويتبين أنَّ يعلم بأنَّ التركيب تارة: يكون من خلال جعل شرط ضمن العقد يرجع إلى نتيجة عقد آخر ، كما في شرط النتيجة كالبيع المشروط بايجار شيء له مدة بنحو شرط النتيجة أو النكاح المشروط بكون الزوجة وكيلًا في الطلاق بنحو شرط النتيجة . وهذا ليس عقداً مركباً بالدقّة ، بل هو عقد واحد بسيط ، ونتيجة العقد الآخر تحصل بالاشتراط ضمنه.

وآخرى: يكون العقد مزيجاً ومركباً من عقدین ، كما في الاستصناع على بعض التخريجات له .

وهناك بحث في أصل صحة إرجاع الاست-radius إلى عقدین وعدمه ، كما أن هناك بحثاً في إمكان تصحيح العقد المركب بأدلة الامضاء وعدمه ذكرناه في بحث الاست-radius . كما أنه قد ورد في بعض الروايات النهي عن (بيع في بيع) ، وقد شرحنا المقصود منه في كتاب المضاربة ، فراجع .

والتقسيم السادس يرجع إلى اختلاف المضمون المتعاقد عليه ، فقد يكون فيه إلزام من جانبين أو جانب واحد ، وقد يكون مجاناً ، وقد يكون بعوض ، وهذا ثابت في فقهنا أيضاً . وأثر كل قسم مربوط بالبحث الخاص بذلك العقد بعنوانه . والتقسيم السابع وقع البحث عنه في فقهنا بتفصيل ، حيث ادعى بطلان التعليق في العقود ولزوم كونها تنجيزية ، وسيأتي بحثه .

والتقسيم الثامن لا أثر لهم له ؛ فإن زمانية العقد كالإيجار أو عدم زمانيته وفوريته كالبيع لا دخل له في وجوب الوفاء بالعقد إذا كان عهدياً وعدمه إذا كان إذنياً ، بل قد يناقش في أصل التقسيم ، فإن الإجارة تنتقل فيها المنفعة أيضاً آنذاك إلى المستأجر ، فالملوك فيها زمانى ، لا أن العقد يكون زمانياً . نعم ، في العقود الإذنية كالعارية والوديعة يكون الإذن الذي هو روح العقد فيها زمانياً ومستمراً . والتقسيم التاسع أيضاً ثابت في فقهنا ويترتب عليه انتهاء العقد التبعي بانتهاء العقد الأصلي .

والتقسيم العاشر أيضاً ثابت في فقهنا ، وهناك أحكام للعقد الفاسد ، كما أن العقد الباطل القابل للتصحيح - عقد الفضولي - له أحكام وبحوث تحليلية وحكمية مهمة يأتي التعرض لها ضمن نظرية العقد . كما أن هناك بحوثاً وأحكاماً خاصة مرتبطة بهذه الأقسام تبحث في أبوابها وعنوانين العقود التفصيلية .

الأمر الثاني : مبدأ صحة العقود ومشروعيتها

(أصلية الصحة في العقود)

■ مبدأ سلطان الإرادة :

جاء في بحوث القانون الوضعي بحث بعنوان : (مبدأ سلطان الإرادة) وقد كان هذا المبدأ في بداية الأمر دعامة أساسية تبني عليها كل النظريات والتحليلات القانونية حينما كانت الحريات الفردية هي الروح العامة المسيطرة على الفكر الغربي وكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العصر ، وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها وسلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع قانون نابليون على أساس تقدس حرية الفرد والامان في احترام إرادته^(١).

وكان مؤدى هذا المبدأ أن إرادة الفرد وحدها هي مصدر كل الحقوق القانونية والاقتصادية والسياسية في المجتمع ، فحتى القانون إنما يكتسب مشروعيته ونفوذه من إرادة الشعب التي انتخب السلطة التشريعية والتي الزم الفرد نفسه بها حينما انضم إلى ذلك المجتمع من خلال العقد الاجتماعي المتضمن لرضاه وإرادته .

١ - الوسيط (لسنهوري) ١: ١٤٤.

وقد بولغ في أساس هذا المبدأ وهو الحرية الفردية واعتبر مبدأً طبيعياً لا يمكن الخروج عليه إلا بارادة مباشرة أو غير مباشرة من الفرد نفسه، وكان لهذا المبدأ آثاره ومستلزماته الكثيرة في مجلل الفكر والحضارة الغربية وبالخصوص في مجال القوانين والأنظمة الاجتماعية، ثم بدأ هذا المبدأ يتقلص ويتحدد شيئاً فشيئاً كلما ظهرت وانتشرت نظريات وأفكار تؤمن بمذهب التضامن الاجتماعي أو الاشتراكي بدلاً عن المذهب الفردي وتجعل الأصلة للمجتمع ومصالحه بدلاً عن الفرد وحياته.

ونحن لا ندخل في بحث هذه النقاط التي ترتبط بحسب الحقيقة بفلسفة القانون أو بحوث حقوقية واجتماعية أخرى، فإنَّ له مجالاً آخر، وإنما نقرر هنا أموراً ثلاثة لابد من تفكك بعضها عن البعض:

- ١ - إرادة المتعاقدين وما يقصدانه .
- ٢ - مشروعية تلك الإرادة (قانونية الإرادة) .
- ٣ - مبدأ نفوذ القانون (مبدأ شرعية القانون) .

والنظرية الإسلامية تختلف عن الفقه الوضعي في الأمرين الثاني والثالث، فبالنسبة للأمر الثالث مبدأ نفوذ القانون وشرعنته إنما هو حكم الله سبحانه والشريعة الإلهية لا القانون الوضعي ولا العقد الاجتماعي؛ لأنَّ الله سبحانه وتعالى هو الخالق والمولى الحقيقي للإنسان، والذي له حق الطاعة والتشريع عليه دون غيره؛ لأنَّه -جلَّ وعلا- خلقه حرّاً لا حقَّ طاعة لأحد عليه سواء الفرد أو المجتمع.

وهذه ركيزة أساسية خطيرة في الفكر الإسلامي تميّزه عن المذاهب الوضعية، وعلى أساسه لا يكون الإنسان مسؤولاً أمام أي أحد أو جهة سوى خالقه، وأنَّ إطاعة أي شخصٍ أو جهةٍ لا تجوز له إلا إذا رجع إلى طاعة الله سبحانه و كان

بأمره، وليس لأي فرد أو جهة حق التشريع إلا الله سبحانه وتعالى، أو من يفروض الله حق التشريع إليه، كما قال الله عز وجل: «وَمَنْ لَمْ يَخْتَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ»^(١)، قوله سبحانه: «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَيْهِ أَمْرًا لَا تَعْبُدُوا إِلَيْاهُ»^(٢).

وهذا بحث مهم يرتبط بفلسفة القانون لا نريد أن ندخل فيه هنا، وإنما أشرنا إليه إشارة لنؤكد على أنه في ظل هذه النظرة الإيمانية تترتب آثار ونتائج خطيرة، فعلى المستوى الفكري والروحي يتحرر الإنسان من كل ألوان الاستذلال والعبودية المادية أو البشرية، وتخلص طاعته وعبوديته لله سبحانه وتعالى.

وعلى المستوى التشريعي - أي بالنسبة للأمر الثاني - تكون المشروعية لما شرّعه الله سبحانه أو أمضاه دون غيره من الشرائع.

وعلى المستوى التنفيذي لا حق ولا لایة لأحد على الآخر ولا لجماعة على فرد أو لفرد على جماعة إلا من خلال تعين الله سبحانه أو تفویضه ذلك لأحد أو جهة كالرسول أو الإمام عليهما السلام.

«وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ سُبْخَانَ اللَّهِ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ»^(٣).

«وَمَا كَانَ يُؤْمِنُنَا وَلَا مُؤْمِنَةً إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَنْكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا لَّا يُبَيِّنُ»^(٤).

«وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا يُطَّاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ»^(٥).

١ - سورة المائدة، الآية: ٤٤.

٢ - سورة يوسف، الآية: ٤٠.

٣ - سورة القصص، الآية: ٦٨.

٤ - سورة الأحزاب، الآية: ٣٦.

٥ - سورة النساء، الآية: ٦٤.

وأماماً بالنسبة للأمر الأول - وهو إرادة المتعاقدين - فليس قصد المتعاقدين تشريع القانون، وما ذكر من أن العقد شريعة المتعاقدين غلط فاحش؛ فإن المتعاقدين لا يقصدان ايجاد شريعة خاصة بهما، وإنما يقصدان تحقيق ما هو مصدق للشرعية المتبعة أو المعاشرة لديهما، فهما يتسببان بالعقد أو الالقاء إلى تحقيق ما هو مشروع لدى الشرع أو العرف العام أو القانون من خلال إرادة ايجاد صغرياتها التي هي أمور إنشائية لتكون نافذة عند العرف العام.

وعليه، فمبدأ سلطان الإرادة لو أريد به مبدأ مشروعية التقنين من قبل المتعاقدين للتشريعات الاعتبارية المتنوّعة في العقود فهذا غير صحيح، بل مبدأ التشريعات إنما هو الشرع أو القانون أو العرف العام حتى في القوانين الوضعية والأوضاع العقلائية ولا شريعة للمتعاقدين، فإن المتعاقدين ليسا مشرعين بهذا المعنى.

نعم، مبدأ سلطان الإرادة بمعنى أن نفوذ أي تصرف قانوني وشرعي منوط بتراضي المتعاقدين مطلب صحيح في الفقه الإسلامي، وقد يعبر عنه بمبدأ رضائية العقود، وهذا ما سنشرحه.

وأياً ما كان فمبدأ سلطان الإرادة بمفهومه الغربي والذي يعني أن الإرادة وحدها مصدر كل الحقوق والالتزامات مرفوض في فقهاً وعلى خلاف الواقع في المجتمعات البشرية أيضاً، بل حقانية أي حق ومشروعيته عندها لابد وأن تكون مستمدة من القانون الشرعي في حدود ما يمضي الشارع من مضامين العقود والمعاملات ولو من خلال قاعدة عامة تشمل كل مضمون معاملي يتافق عليه المتعاقدان في إطار ما لا يخرج عن الشرع ويكون عقلائياً، وهذا يعني أن البحث لابد وأن يتوجه منهجاً آخر وهو البحث عن مدى ما سمحت به الشريعة الإسلامية

من حرية الإرادة بمعنى نفوذها في مجال التصرفات القانونية وما يمكن أن ينشأ بها من الحقوق والالتزامات، وحيث أنّ موضوع البحث هنا خصوص الحقوق والالتزامات الحاصلة بالتعاقد في باب الأموال فيكون موضوع البحث مدي سلطان الإرادة في العقود المالية.

وفي هذا الإطار من البحث نقول: بأنّ مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود يمكن تحديده ضمن مبادئ ثلاثة:

١ - مبدأ رضائية العقود.
 ٢ - مبدأ نفوذ كل عقد والتزام في إطار الشرع، أي عدا ما منعه الشارع، أو أصلحة الصحة في العقود.

٣ - مبدأ الإلزام أو أصلحة اللزوم في العقود العهدية^(١).
 وفيما يلي نعرض لهذه المبادئ الثلاثة بشيء من التفصيل:

١ - مبدأ رضائية العقود :

ونعني به أنّ العقود لا تصح من دون التراضي وطيب نفس المتعاقدين، فمن دون ذلك لا يصح ولا يترب عليه الأثر.

وقد دلّ على هذا المبدأ مجموعة من الآيات والروايات، كقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آتَيْنَا لَأَنَّكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِيَنْتَمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَخُونَ تِجَارَةَ عَنْ تَرَاضِينَ مِنْتَمْ»^(٢)، فجعل أكل المال وأخذه بلا رضا صاحبه أكلاً للمال بالباطل.

١ - يبحث عنه في الأمر الثالث (أصلحة اللزوم) من هذا الكتاب في الصفحة: ١٠٧.

٢ - سورة النساء، الآية: ٢٩.

وك قوله تعالى: «وَأَتَوْا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ بِخَلْفَةٍ فَإِنْ طَبِّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُّهُ مَبِينًا مَرِيَّنًا»^(١).

وكذلك الروايات المستفيضة الواردة في أكثر أبواب المعاملات والدالة على أنه لابد من الرضا وطيب النفس بالمعاملة. وما ورد بشكل عام أنه «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه»^(٢).

وهذا يعني أن الشارع قد جعل السلطة على التصرف في الأموال بإرادة أصحابها ورضاهما، فمن دون تراضٍ وطيب نفوسهم لا يصح العقد، وهذا هو مبدأ رضائية العقود في الفقه الإسلامي.

والرضا أو التراضي في العقود له معنيان ينبغي التفكير بينهما:

١ - الرضا بمعنى إرادة العقد جدًا في قبال من لا قصد جدي ولا إرادة له كالهازل والسكنان، وهذا سبأته أنه ركن مقوم للعقد، ومن دونه لا يتحقق ولا يصدق عنوان العقد.

٢ - الرضا بمعنى طيب النفس في قبال الغصب أو الإجبار والإكراه على العقد، وقد وقع البحث لدى فقهائنا في أن هذا المعنى للرضا هل يكون ركناً مقوماً لصدق العقد أيضاً أم أنه شرط في صحته.

وسوف نبحث عن كلا المعنين للرضا بتفصيل لدى البحث عن (أركان العقد).

١ - سورة النساء، الآية: ٤.

٢ - ورد ذلك في معتبرة زيد الشحام، وكذلك معتبرة سماعة. وورد في التوقيع الشريف المعتبر أيضًا: «لا يحل لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه»، والإذن يساوي الرضا وطيب النفس.

٢ - مبدأ نفوذ كل عقد والتزام ما لم يمنعه الشارع (أصلية الصحة في العقود) :

ونقصد بهذا المبدأ أنّ مقتضى القاعدة الأولى صحة كل تعاقد في إطار الشرع، أي ما لم يتم دليل على منعه وبطلانه.

وهذا المبدأ يمكن أن يستفاد منه في ثلاثة دوائر رئيسية:
الدائرة الأولى: عدم الحاجة إلى شكلية مخصوصة للتعاقد زائداً على إنشاء التعاقد والرضا به ما لم يثبت خلافه بدليل - كالتقابض في المجلس في الصرف مثلاً والإيجاب اللفظي في النكاح - .

الدائرة الثانية: صحة كل مضمون تعاقد يتحقق عليه الطرفان ما لم يرجع إلى أحد العقود الباطلة أو الممنوعة شرعاً، أي يكون مخالفًا للشرع. ويقع ضمن هذه الدائرة إثبات صحة مثل عقود التأمين والسرقة وغيرها مما هو مستحدث في المجتمعات المعاصرة.

الدائرة الثالثة: صحة كل شرط يتحقق عليه الطرفان ضمن العقد ما لم يكن مخالفًا لمقتضى العقد أو للشرع.

وهناك دائرة رابعة للشك في صحة عقد ومشروعيته وهي ما إذا شك في نفوذ عقد وصحته من ناحية الشك في اعتبار شرط في العوضين - المحل للعقد - أو في أهلية المتعاقدين ، وسوف يأتي البحث عن إمكان تصحيح العقد في هذه الدائرة وعدمه عند البحث عن (حدود ما يستفاد من أدلة صحة العقود).

ونحن نبحث عن مبدأ نفوذ العقد في الدوائر المذكورة ضمن جهتين:

الجهة الأولى: في الأدلة على أصل المشروعيه وصحة العقود.

الجهة الثانية: في حدود ما يستفاد نفوذه من أدلة الصحة.

الجهة الأولى : أدلة المشروعية (صحة العقد) :

يمكن أن يستدل على أصالة الصحة وقاعدة مشروعية العقود - إلا ما ثبت بطلانه أو منعه من قبل الشارع - بمجموعة من الأدلة اللفظية ، وبدليل السيرة ، وفيما يلي نستعرض أهم هذه الأدلة :

أ- قوله تعالى : « أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ » .

واستفادة صحة البيع منه تارة يكون بالدلالة المطابقية ، وأخرى بالدلالة التزامية .

أما الدلالة المطابقية فبأن يراد بالحلية فيها الحلية الوضعية ؛ لأنَّ الحل ظاهر في الحلية الوضعية ، سواء كان بمعنى الإطلاق والفك في قبال التقيد والشدة والمنع أو كان من الحلول بمعنى القرار والثبوت ، كقوله تعالى : « وَأَخْلُوا قَوْمَهُمْ ذَارِ الْبَوَارِ »^(١) - وإن كان الأول أقرب بقرينة المقابلة مع الحرمة في هذه الآية وفي غيرها من الآيات نظير « أَحَلُّ لَكُمُ الطَّيْبَاتِ »^(٢) - فإنَّ الحرمة فيها منع وشدَّ وقيد ، فيكون إطلاق الحلية في قباليها بمعنى الإطلاق ورفع المنع والقيد ، بخلاف الاستقرار فإنه يقابل الإزالة والرفع لا الحرمة ، و مجرد كون حلَّ بمعنى فك وأطلق متعدِّ بنفسه ، بخلاف حلَّ بمعنى نزل واستقرار فإنه لازم لا يقتضي أن يكون حلَّ - باب افعال - من حلَّ اللازم لا المتعدِّي ؛ إذ قد تصاغ الأفعال من الثلاثي المتعدِّي أيضاً كما في ضرر وأضرر .

١ - سورة إبراهيم ، الآية : ٢٨ .

٢ - سورة المائد़ة ، الآية : ٤ .

وقد يقال بأنَّ أحلَّ مزيد من حلٍ يحلُّ حلاً - بالكسر - بمعنى صار حلاً وهو لازمٌ، وعلى أي حال فهو ظاهر في المقام في الحليَّة الوضعية، بمعنى عدم المنع عن وقوعه؛ لأنَّه أضيف إلى البيع الذي هو فعل اعتباري إنساني يكون الفرض منه إيجاد الانشاء والايجاد الاعتباري، وليس فعلاً تكوينياً ليتناسب مع الحليَّة التكليفية بمعنى عدم المنع والنهي عن الفعل، فالفرض المطلوب من العقود وقوعها ونفوذها لا حرمتها التكليفية و مقابلتها مع الحرمة في حرام الربال تقضي إرادة الحليَّة التكليفية أي عدم النهي عن انشاء البيع، بل تؤكِّد الوضعية؛ لأنَّ الربا إنْ أريد به العقد الربوي فالمراد بطلانه لا محالة، وإنْ أريد به الزيادة المأخوذة بالعقد الربوي كانت إرشاداً إلى الحرمة الوضعية أيضاً وعدم الانتقال، كقوله عليه السلام : « ثمن العذر سحت ، أو حرام »، فتكون حليَّة البيع وضعية أيضاً، ويمكن أن تكون تكليفية ووضعية معاً - إذا فرض احتمال الحرمة التكليفية لانشاء البيع - وليس هذا من الاستعمال في معندين ، بل بمعنى أنَّ البيع مطلق من الناحيتين ، فكما لا منع وضعية عن ايجاده وإنشائه لا منع تكليفي عنه .

وأما دلالة الآية على الصحة بالدلالة الالتزامية فيما استدلَّ به الشيخ الأعظم شيرازي في المکاسب^(١) ، ويمكن توضيحه بتقريبين لدلالة الآية على الصحة والإمساء حتى إذا كانت الحليَّة ظاهرة في التكليف لا الوضع :

أحدهما: دعوى الملازمة العقلية بين جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك تكليفاً ، وبين الصحة وحصول الملك بالبيع خارجاً .

ودعوى: أنَّ حليَّة التصرف المتوقف على الملك غاية ما يثبت بها حصول الملك قبله آنَّما لا من حين العقد .

يدفعها : أنَّ لازم ثبوت الملك قبل التصرف المذكور ولو آنَّا ثبَّتَناهُ الملك من حين العقد ؛ لعدم احتمال وجود منشأ له غير نفس العقد بعد فرض قيام الدليل على حرمة تلك التصرفات وتوقفها على حصول الملك بسبب قبليها.

الثاني : دعوى الملازمة العرفية ، فإنَّ الحكم بجواز التصرف في الشمن أو المشنن تكليفاً ظاهر عرفاً في إمضاء البيع ، كما أنَّ المنع عنه ظاهر في بطلانه ، نظير قوله عليه السلام : « ثمن العذر سحت » ؛ لأنَّه بيان للإباحة الحاصلة من الملك.

وكلا هذين التقريبين موقفان على أن تكون الحلية مضافة إلى الشمن أو المشنن أو التصرف فيما لا البيع الذي هو اسم لنفس المعاملة وأخذ تقدير أو تجوز فيه خلاف الظاهر.

ومجرد عدم احتمال الحرمة التكليفية لانشاء البيع لا يقتضي أخذ التقدير أو التجوز في استعماله ، كما أنَّ إسناد الحرمة في الآية إلى الربا - بناءً على أن يراد بالربا الزيادة المأخوذة في البيع أو القرض الربويين لا نفس العقد الربوي - لا يكون قرينة على التقدير أو التجوز في اسناد الحلية إلى البيع ؛ لما تقدم من أنَّ ذلك إرشاد إلى الحكم الوضعي بعدم انتقال الزيادة ؛ لأنَّ الحرمة بملك عدم الانتقال.

وهناك تقريب ثالث ذكره الميرزا النائيني بناءً على إرادة الحلية التكليفية ، وحاصله : أنَّ الحلية والجواز التكليفي للبيع بمعنى المسبب الشرعي أو العقلائي يقتضي صحته لا محالة ، إذ لو كان باطلًا لا يتحقق ، لم يكن يتعلّق به التكليف ، حيث يشترط فيه القدرة على إيجاده ، فتشكل دلالة التزمانية عقلية أو عرفية على الأقل على الصحة^(١).

١ - منية الطالب ١: ٥٠. حاشية المكاسب (الابرواني) ٢: ٤.

وهذا التقريب يتوقف على أن يكون البيع اسمًا للمسبب الشرعي أو العقلائي لا السبب أو المسبب الشخصي، فإنهما فعلاً تكوينيان لا يتوقفان على الصحة. ودعوى: أن الحرمة التكليفية غير محتملة فيما - لو تمت - جرت في البيع بمعنى المسبب العقلائي أو الشرعي أيضاً.

كما أنه بناءً عليه لا يتم الإطلاق؛ لما تقدم في الأمر الأول من أنه لو كان المراد بالحليّة الجواز والإذن التكليفي فهو لا يقتضي صحة تمام أنحاء التسبب إلى إيجاده، أي الحليّة التكليفية للبيع بمعنى المسبب العقلائي أو الشرعي لا يقتضي أكثر من صحته ولو ببعض أسبابه لا جميع ذلك.

وهذا بخلاف ما إذا كانت الحليّة وضعية بمعنى وقوع البيع، أي المسبب العقلائي أو الشرعي وعدم المنع عن نفوذه ووقعه؛ لأنّه يكون بمعنى عدم المنع عن التسبب إلى ايقاعه بالإنشاء؛ لأنّه طريق ايقاع الأمور الاعتبارية الانشائية. وبهذا يندفع إشكال كون الشك في الصحة - بناءً على وضع أسامي المعاملات للمسبب العقلائي أو الشرعي - شبهة مصداقية لا يصح التمسك بالعام فيها.

وهذا إشكال عام يرد على الاستدلال بكل دليل لفظي من أدلة صحة المعاملات إذا ورد فيها أحد عناوينها وأسمائها، فإنه إذا قيل بوضعها للمسبب فإن أريد به المسبب العقلائي كان الشك في اعتبار شرط في صحته عند العلاء شبهة مصداقية له، وإن أريد به المسبب الشرعي كان الشك في اعتبار أي شرط في صحته شبهة مصداقية .

وقد أجبنا عن هذه الشبهة بناءً على وضع أسامي العقود والمعاملات للمسبيبات العقلائية أو الشرعية سابقاً، وسيأتي مزيد بحث عن ذلك فيما يأتي أيضاً.

وهكذا يتضح تمامية الاستدلال بالأية المذكورة ، إلا أنها مخصوصة بالبيع من العقود بالخصوص ، فلو شك في اشتراط شكل أو خصوصية معينة في صحة غيره كالإجارة أو الدين أو غير ذلك لم يمكن التمسك به . كما أنها لا تفيد بلحاظ الدائرة الثانية والثالثة على ما سوف يأتي .

ثم إنَّه قد يناقش في إطلاق هذه الآية الشريفة حتى بلحاظ الدائرة الأولى بأنَّ الآية الكريمة ليست بصدق بيان صحة البيع ليتمسك بإطلاقها، بل في مقام بيان حرمة الربا ونفي التسوية بين البيع والربا الذي جاء في كلام مستحلٍ للربا، وقد نقله عنهم القرآن الكريم قبل هذه الآية الكريمة: « قَالُوا إِنَّا أَنْبَيْعُ مثْلَ الرَّبَا وَأَخْلَى اللَّهُ أَنْبَيْعُ وَحْرَمَ الرَّبَا » (١١).

بل ظاهر القرآن الكريم أنه يخبر عن حلية البيع وحرمة الربا قبل ذلك، فليست الآية في مقام تشريع حلية البيع أصلًا ليتمسك بإطلاقه، بل في مقام الإخبار عن حلية وحرمة سابقتين^(٤٢).

ولعلّ الذي دعى هذا العلم إلى مثل هذه المناقشة ورود التعبير معكوساً فيما نقله القرآن الكريم عنهم : « قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعَ مِثْلَ الْرِّبَا » الظاهر في أنّهم كانوا مسبوقين بتشريع حرمة الربا وحلّية البيع ، فكأنّهم أرادوا النقض بأنّ البيع مثل الربا من حيث وجود الربح والزيادة فيه فكيف حرم الربا وأحلّ الله البيع ؟ ! ويظهر من بعض المفسّرين أيضاً هذا المعنى ، أي أنّ الجملة ليست متضمنة للتشريع الابتدائي ، بل ظاهرة في سبق أصل تشريع الحرمة على ما تدلّ عليها آية آل عمران : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آتَيْنَا لَكُمُ الْأَرْبَى أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَأَنْقُوا اللَّهَ نَعْلَمُ

١ - سورة البقرة، الآية: ٢٧٥

^{٥٩} - كتاب البيع (الإمام الخميني)، :٢

ثُلِّحُونَ ^(١)، فقوله تعالى: **﴿أَخْلَقَ اللَّهُ أَنْبِيئُكُمْ﴾** لا يدلّ على إنشاء الحكم بل على الإخبار عن حكم سابق وتوطئة ليتفق عليه قوله سبحانه: **﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةً مِّنْ رَّبِّهِ فَاثْتَهَنَ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَضْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾** ^(٢).

وهذا الإشكال يمكن أن يرجع إلى إشكاليين:

الأول: أن الآية الكريمة حيث إنها مسوقة بقوله سبحانه وتعالى: **﴿إِنَّمَا أَنْبِيئُكُمْ مِّثْلَ الْرِّبَّا﴾** فيحتمل أو يستظهر أنها مسوقة لنفي التسوية لتشريع حلية البيع وحرمة الربا ليتم الإطلاق فيها.

وفيه: أن ظاهر صدر الآية حيث نقل مدعى آكل الربا بيان تخطيط المرابي وأعوجاج وجданه وفطرته بتبرير عمله بأنّ الربا والبيع على حد واحد، مع وضوح أنّ الربا فيه ظلم وتعدي يقبحه العقل وكل وجدان فطري بشري ، فقولهم: **﴿إِنَّمَا أَنْبِيئُكُمْ مِّثْلَ الْرِّبَّا﴾** بنفسه التخطيط والمس من الشيطان عند كل وجدان وفطرة سليمة، وليس المراد بذلك النقض على الشريعة بأنه كيف حرم الربا وأحلّ البيع ليكون قوله تعالى عقيب ذلك: **﴿وَأَخْلَقَ اللَّهُ أَنْبِيئُكُمْ وَحْرَمَ الْرِّبَّا﴾** جواباً عليه ونفياً للتسوية ،كيف وإلا لم يكن الجواب صحيحاً؛ إذ أي فائدة في تكرار تحريم الربا وحلية البيع لنفي النقض على الشريعة لو كان هو المقصود من التسوية.

وتحمل ذلك على نفي التسوية التعبدية - وأن الله حكم بهذا وحكم بذلك فيمكن التمسك بالإطلاق فيها - من الواضح أنه ليس جواباً على النقض؛ لأنّه مبني النقض والإشكال كما هو واضح .

١ - سورة آل عمران، الآية: ١٣٠.

٢ - سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

٣ - الميزان في تفسير القرآن، ٤١٦: ١.

بل التعبير بقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الْرِّبَا وَأَخْلُقُ اللَّهِ الْبَيْعَ وَحْرَمَ الْرِّبَا﴾ ظاهر في التعليل وبيان كيفية تخطيهم ومستهم، وهذا لا يناسب مع إرادة مجرد النقض على الشارع، بل يناسب مع إرادة ما ذكرناه من اعوجاج فطرتهم وعمى عقولهم وقلوبهم.

فالآياتان ليستا في مقام نفي التسوية المزعومة من قبل المرابي، بل التسوية منفية بالوجدان والعقل السليم، وإنما الجملتان بيان للحكم الشرعي بكل من حلية البيع وحرمة الربا، فيما يليهما بلا إشكال.

هذا لو لم نقل بأن المراد من قوله تعالى: ﴿بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الْرِّبَا﴾ أنه بالبيع يمكن التوصل إلى الربا، كما في الربا البيعي الذي كان متعارفاً في الجاهلية.

وقد تؤيده الرواية القادمة حيث فسرت الربا في الآية بالبيعي، فيكون المقصود من قوله تعالى ﴿أَخْلُقُ اللَّهِ الْبَيْعَ وَحْرَمَ الْرِّبَا﴾ تحريم الزيادة في الربا البيعي وصحة البيع بلا زيادة، وأن الزيادة بتمام أشكالها حتى في البيع تكون محراماً، وبهذا لا موضوع لأصل الإشكال.

الثاني: أن تعقب الآية بجملة: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الْرِّبَا﴾ يجعلها ظاهرة في الإخبار والنظر إلى ما هو مجعله سابقاً من حرمة الربا بالآيات الأخرى، لا بيان الحكم وتأسيسه، ومعه فلا بد من الرجوع إلى الدليل المخبر به والمنظور إليه ليري هل فيه إطلاق أم لا، ولا يكون له إطلاق مستقل عنه.

وفيه: أولاً - أن مجرد سبق إبراز آخر للحكم لا يمنع عن انعقاد الإطلاق في الإبراز الثاني ما لم يكن قد أخذ في مدلوله أنه ليس في مقام بيان الحكم المبرز بالإبراز الأول، بل يريد التحويل فيه على الإبراز الأول ولزوم مراجعته، فلو قال مرة (يحرم الربا) ثم قال بعد مدة: (يحرم الربا) أو (قد قلت لكم سابقاً أن الربا

حرام) صح التمسك بإطلاق البيان الثاني كالبيان الأول، كيف ونحن نعلم في الروايات الصادرة عن الموصومين عليهم السلام في آية مسألة من المسائل بأنها جميعاً بيان لما هو مشروع قبلًا في زمن النبي ﷺ من الأحكام الشرعية، ويكون في كثير منها النظر إلى ذلك ومع ذلك نتمسك بالإطلاق فيها بلا أي إشكال.

وثانياً - في خصوص هاتين الآيتين «أَخْلُقُ اللَّهَ أَنْبِيئُنَّ وَحْرَمَ الرِّبَّا» لا شك في أنهما بيانان جديدان لحلية البيع وحرمة الربا، أما بالنسبة إلى البيع فلأنه لم يسبق بيان شرعي لتحليله المطلق غير هذه الآية، وأماماً بالنسبة إلى تحريم الربا فلأنَّ المبين في هذه الآية غير المبين في آية تحريم الربا أضعفاً ماضعاً؛ إذ المبين بتلك الآية حرمة الربا الخاص، وهو الربا المضارع أضعفاً، بينما صريح هذه الآية تحريم الربا بتمام مراتبه، حيث صرَّح في ذيل الآية بأنَّ من تاب له رأس ما له لا أكثر، وهذا دأب القرآن الكريم، حيث يتدرج في تشريع الحكم كما في تحريم الخمر مثلاً، فأولاً نهى عن الصلاة في حالة السكر فقال: «لَا تَقْرِبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى»^(١) ثمَّ بعد ذلك حرم الخمر مطلقاً.

وهذا يعني أنَّ هاتين الآيتين صادرتان لاعلام الموقف الشرعي النهائي والعام تجاه البيع وأنَّه حلال مطلقاً والربا وأنَّه حرام مطلقاً، فيكون الإطلاق فيما واضحًا.

كما أنَّ تفريعات الآيات اللاحقة عليهما بنفسها شاهد قوي على أنَّ الآية في مقام البيان من ناحية هذا الحكم وليس المقصود مجرد نفي دعوى التسوية حتى لو فرضنا أنَّ الآية كانت بصدق نفيها أيضًا.

بل لا ينبغي التشكيك في إطلاق الآيتين، فإنَّ فقهاء المسلمين جميعاً قد

تمسكون بإطلاق الآيتين في باب البيع والربا من دون شبهة من أحد منهم، وهذا يكشف عن أن الدلالة المذكورة تامة في الآية، وأن مجرد سبق جملة «**فَأَلْوِ إِنْتَأْنَا أَنْبَيْعَ بِمُثْلِ الْرَّبَّنَا**» والذي كان بمرأى ومسمع منهم جميعاً لم يمنع عن انعقاد الدلالة الإطلاقية في الآيتين.

بل قد ورد الاستدلال بإطلاق الآية في معتبرة عمرو بن يزيد عن أبي عبد الله عاشير قال: «قلت: جعلت فداك إن الناس يزعمون أن الربح على المضطر حرام وهو من الربا، قال: وهل رأيت أحد يشتري غنيماً أو فقيراً إلا من ضرورة، يا عمر قد أحل الله البيع وحرم الربا، فاربح ولا تربه، قلت: وما الربا؟ قال: دراهم بدراهم مثلين بمثل»^(١).

وظاهر التمسك بإطلاق الآية بلحاظ حلية بيع المضطر بربح إذا لم يكن فيه ربا.

ب - قوله تعالى: «**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَنَّمَ بِإِنْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَخُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضِ مِنْكُمْ**»^(٢).

والاستدلال بها متوقف على فهم فقه الآية المباركة من جهات:
الأولى: أن النهي عن الأكل لا يراد به خصوص حرمة الازدراد، بل إنما أن يكون الأكل كناية عن مطلق التصرفات والتي من أهمها الأكل، أو يكون كناية عن التملك والأخذ - كما هو الظاهر - وعلى الأول يكون دلالة النهي على البطلان في عقد المستثنى منه والصحة في عقد المستثنى، أعني التجارة عن

١ - وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٦ - ٤٤٧، الباب ٣٩ من آداب التجارة، الحديث ١.

٢ - سورة النساء، الآية: ٢٩.

التراضي بالملازمة العرفية المتقدمة ، وهذه الدلالة مقبولة في هذه الآية ؛ لأنَّ الأكل والتصرف قد أضيف إلى المال لا العقد . وعلى الثاني يكون دلالة النهي عن التملك على البطلان والصحة بالموافقة ، حيث يكون التحرير والتخليل المضافين إلى التملك ونحوه من الأمور الاعتبارية إرشاداً إلى الفساد والصحة ؛ بل نفس استثناء التجارة عن تراض عن الباطل يدلُّ على عدم كونه باطلًا ، وأنَّ تملك صحيح ؛ ولعلَّ هذا هو الأظهر من الآية الكريمة .

وعلى كل حال تدلَّ الآية الكريمة باطلاقها على عدم اشتراط شكلية خاصة في التجارة .

الثانية : ذكر جملة من الأعلام بأنَّ قيد (بالباطل) لو حمل على أنَّه تعليل للمستثنى منه بأن تكون الجملة هكذا : (لا تأكلوا أموالكم بينكم بأي سبب فإنه باطل إلا بالتجارة عن تراض) فيكون الاستثناء متصلًا .

ولو جعلناه قيداً للأكل كان الاستثناء منقطعاً ؛ لأنَّ الأكل بالتجارة عن تراض ليس من الأكل بالباطل ، فيكون مفاد الآية على هذا التقدير (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، وكلوا أموالكم بينكم بنحو التجارة عن تراض) غاية الأمر صيغ ذلك بلسان الاستثناء لتوهم اندرج الثاني في الأول مع عدم اندرجها فيهحقيقة كما هو في سائر موارد الاستثناء المنقطع^(١) .

وعلى الأول تكون الآية بنفسها دالة على بطلان ما عدا التجارة عن تراض من أسباب التملك لأموال الآخرين بمقتضى إطلاق المستثنى منه ، إلا أنَّ المستثنى منه حينئذ يكون ناظراً إلى الأسباب التي لا تراضي فيها أيضاً لا أكثر ، فلا يمكن

١ - حاشية المكاسب (الإيراني) ١: ١١٣ . المكاسب والبيع (الناثني) ١: ٤٦٢ . مصباح الفقاهة ٢:

أن يستفاد منها بطلان العقود المالية الأخرى مطلقاً، وسيأتي مزيد بحث حول هذه النقطة.

وعلى الثاني لا تكون الآية ناظرة إلى ما هو باطل أو ليس بباطل من المعاملات، بل يكون الأكل بالباطل مأخوذاً في موضوع النهي والحكم ببطلان الوضعي، ودليل الحكم لا يشخص موضوعه، فيكون مفاد الآية أنَّ ما يصدق عليه أنه أكل للمال بالباطل يكون حراماً تكليفاً أو وضعاً.

ومن هنا ينفتح البحث في المراد من أكل المال بالباطل هل الباطل الشرعي أو الباطل العرفي؟

ولا ينبغي الشك في أنَّ المراد بالباطل معناه الحقيقى وهو الذي لا أثر له وبلا استحقاق كما هو ظاهر كل عنوان يؤخذ في لسان الدليل، ولكن لا ينبغي إرادة البطلان وعدم ترتيب الأثر الشرعي؛ لأنَّه يجعل القضية كأنَّها بشرط المحمول وبلا فائدة، فلابد وأنَّ يراد ما هو ظلم وقبيح، وعلى هذا التقدير لا يمكن أن يستفاد انحصار أسباب الانتقال وأكل مال الغير في التجارة عن تراضي -كما هو على التقدير الأول - وإنما غاية ما يستفاد من الآية حرمة أكل مال الغير بالأسباب الباطلة عقلاً أو عقلانياً، وجواز أكل المال بالتجارة عن تراضي.

وقد يقال: بأنَّ الحصر يستفيده حينئذٍ من قرينة مقامية هي التقابل بين المستثنى والمستثنى منه، وأنَّ الله سبحانه وتعالى بقصد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات وتمييز وجهها الصحيح عن الباطل، فكانَه يكون في مقام التحديد والحصر للأسباب الصحيحة لأكل مال الغير في خصوص التجارة عن تراضي^(١).

إلا أنَّ الانصاف عدم تمامية هذه الدلالة بناءً على كون الاستثناء منقطعاً؛ إذ يكون لسان الاستثناء لمجرد إخراج التجارة عن تراضٍ عن توهُّم دخوله في المستثنى منه، وهو أكل المال بالباطل لا الدلالة على أنَّ ما عادها أسباب باطلة. ثم إنَّ بعض الأعلام استظرَّ أنَّ الاستثناء متصل؛ لأنَّ الباء في (بالباطل) ظاهرة في السببية، أي بسبب باطل، كما أنَّ مقابلتها مع التجارة عن تراضٍ قرينة على أنَّ المراد به السببية لا التقييد^(١).

إلا أنَّ كلتا القرینتين غير تامتين؛ لأنَّ الباء ليست ظاهرة في السببية، وإنما تستفاد السببية بقرينة المقام، وفي المقام الباطل ليس اسمًا لسبب الأكل، وتقدير سبب باطل عنابة زائدة لا قرينة عليها، فيكون الظاهر الأكل بنحو باطل، كما أنَّ التقابل محفوظ في موارد الاستثناء المنقطع على أساس التوهُّم كما ذكرنا. نعم، يمكن أن يستظرَّ الاحتمال الأول بأنَّ الأصل في الاستثناء أن يكون حقيقةً، والاستثناء المنقطع ليس استثناءً حقيقةً، بل الآية كالتصريح في إرادة استثناء التجارة عن تراضٍ عن الباطل وبيان أنه الحق وخلافه باطل.

وهذا هو الذي جعل الأعلام يستفيدون الحصر من الآية إنما باستظهار أنَّ الاستثناء متصل أو باستفادة الحصر حتى على تقدير الانقطاع، وحيث إنَّ الاستثناء المنقطع خلاف الأصل، بل لعلَّه في المقام لا مناسبة له؛ وذلك: أولاًـ لأنَّه بناءً على الانقطاع يكون المعنى حرمة أكل المال بالباطل العرفي والظلم كما تقدم.

وهذا المعنى أشبه باللغو؛ لأنَّ الباطل العرفي لا يقدم عليه العرف إلا أن يكون ذلك استطراداً إلى تطبيق الباطل على ما عاد التجارة عن تراضٍ، فكأنَّ هناك

تقدير جملة (وكل الأسباب باطلة إلّا التجارة) ، وهذا هو معنى كون الاستثناء متصلة.

وثانياً - إنّه لا يتوجه أن تكون التجارة عن تراضٍ من الأكل بالباطل بعد شيوعه عرفاً ووضوح كونه حقاً لدى العقل والعرف .كيف ، وإلّا لزم اختلال أوضاع الناس ، وإنّما المتوجه كون غيره باطلًا ، فالالأظهر أن يكون الاستثناء متصلة ، أي لا تأكلوا أموالكم بينكم بغير التجارة عن تراضٍ منكم من الأسباب فإنّه باطل وظلم مع عدم التراضي ، ويكون النظر إلى الأسباب الفاقدة للتراضي كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

الثالثة: أنّ جملة (تجارة عن تراضٍ) قد يجعل خبراً أو ساداً مسدة الخبر عن مبتدأ محدود في الأموال ، أي إلّا أن تكون الأموال التي تأكلونها تجارة عن تراضٍ . وهذا يبعد أنّ التجارة لا تطلق على المال بل على المبادلة والبيع والشراء .

وقد يجعل خبراً عن التجارة ، أي إلّا أن تكون التجارة أو تجارتكم تجارة عن تراضٍ ، فحذف المبتدأ للدلاله خبره عليه ، وعلى كل حال التجارة لغة هو الاسترباح باستخدام رأس المال ومبادلته وتداوله ، فيكون خاصاً بالبيع أو بالمبادلات والمعاوضات فلا يشمل سائر العقود المالية .

نعم ، يمكن أن يتعدى من ذلك إلى مطلق ما يكون أخذًا المال الغير بعقد من العقود ، سواءً كان عقد معاوضة أو لا كالهبة والعارية ؛ لأنّ التجارة عن تراضٍ وإن كان لا يشمله لفظاً إلّا أنه حيث إنّ المنظور إليه أخذ المال الذي كان للغير وتملكه واسترباحه فمناسبات الحكم والموضوع تلغي خصوصية المعاوضة وتجعل الميزان حلية مطلق الاسترباح والتملك لمال الغير بالعقود إذا كانت عن تراضٍ .

وأمام التعدّي إلى الحيازة وإحياء الموات ونحوها من أسباب التملّك - كما ذكره بعض الأعلام - فلا وجه له؛ لخروجه عن موضوع الآية، حيث إنّها ناظرة إلى أكل الأموال فيما بين الناس، أي أكل بعضهم لمال بعضهم الآخر، فموضوع الآية أكل ما هو للغير أي التملّك الانتقالي لمال الغير لا التملّك الابتدائي ، وهذا واضح.

الرابعة: استشكل في استفادة الحصر من الآية - سواء باستظهار الاستثناء المتصل منها أو بمفهوم الحصر بناءً على الانقطاع - بلزوم تخصيص الأكثر أو التخصيص المستهجن؛ لوضوح عدم انحصار أسباب التملّك بالتجارة عن تراخيص كما في الهبات والوقوف والصدقات والوصايا وأروش الجنایات وحيازة المباحثات وسائر أسباب التملّك الشرعية.

والالتزام بتخصيص الآية بها وكونها خارجة عن النهي عن أكل المال بالباطل غير ممكن؛ لأنّ هذا اللسان آبٌ عن التخصيص؛ إذ كيف يكون الأكل بالباطل جائزًا حتى في مورد واحد؟!

وقد ظهر الجواب عليه مما تقدم في جهة سابقة من أنّ النظر في الأكل بالباطل هو الأكل بلا رضا المالك للمال، وأنّ هذه الخصوصية هي ملحوظة في طرفى المستثنى والمستثنى منه معاً.

هذا، مضافاً إلى أنّ جملة مما ذكر يدخل في التجارة بعد إلغاء الخصوصية كالهبات والوصايا بناءً على اشتراط القبول فيها، وجملة منها خارجة عن موضوع الآية؛ لأنّها ليست أكلاً لمال الغير كاحياء الموات وحيازة المباحثات، وجملة منها كالوقوف والصدقات وأروش الجنایات ليست من التداول، وظاهر النهي عن أكل أموالكم بينكم هو الأكل بطريق التداول والأخذ من الغير بنحو يكون عليه لا إعطاء الغير له.

وهذا هو الصحيح في الجواب لا ما ذكره بعض أساتذتنا الأعلام ^٦ من الالتزام بكون ذلك كله داخل في التجارة .

ولا ما ذكره بعض آخر من أساتذتنا الأعلام ^٧ من الالتزام بالتصنيف في ذلك وأنه لا ضير فيه بعد أن كان الباقى تحت العام أكثر من الخارج ^(١) ، أو أنَّ الموضوع للآية أن يتملك الإنسان باختياره مال غيره بغير التجارة عن تراضٍ لا بغير اختياره ^(٢) .

فإنَّ عنوان دليل التجارة لا يشمل أكثر ذلك جزماً كما عرفت ، وإلغاء الخصوصية لا موجب له ، بل قد عرفت أنَّ الاستثناء عن أكل أموالكم بينكم ناظر إلى التملك الانتقالي لا الابتدائي ، فلا حاجة إلى التصنيف بلحاظ التملك الابتدائي .

كما أنَّ الالتزام بالتصنيف غير ممكن بعد أن كان لسان العام لسان أنه باطل .

والتملك بجملة من الأسباب الأخرى كالوقف الخاص بناءً على اشتراط القبول والزكوات والأخmas والمال الموصى به بناءً على اشتراط القبول أو عدم الرد على الأقل فعل اختياري . اللهم إلا أن يريد بذلكأخذ خصوصية التداول وأخذ مال الغير بلا رضاه كما أشرنا ، فلا عموم في الآية الكريمة من الجهات الأخرى ليحتاج إلى التصنيف .

الخامسة: قد يستشكل في دلالة الآية على صحة وامضاء كل ما يكون تداولًا وجارة عن تراضٍ بأحد وجوهه :

١ - مصباح الفقاهة ١ : ١٠٤ .

٢ - مصباح الفقاهة ١ : ١٠٤ - ١٠٥ .

الأول: أن الآية في مقام بيان شرطية التراضي في صحة تملك مال الغير في التعاقدات، وأن التملك بلا تراض باطل، وهذا لا يقتضي نفي شرطية أمر آخر ليمكن أن يتمسك بطلاق المستثنى لنفيه، نظير قوله عليه السلام: «لا صلة إلا بظهور»^(١).

والجواب: أن الآية الكريمة وإن كانت ناظرة إلى حبشه التراضي والنفي عن أكل المال من دونه حتى في المستثنى منه، إلا أنها حيث ذكرت التجارة وأنه إذا كان عن تراضٍ فليس باطلاً، فلا مانع من الأخذ بطلاقها؛ لأنها صارت في مقام بيان صحة التجارة عن تراضٍ، فيشمل ما يصدق عليه تجارة عن تراضٍ، وبهذا يظهر الفرق بين المقام وبين مثال «لا صلة إلا بظهور»، حيث لم يذكر فيه إلا شرطية الظهور في الصلاة لا الاستثناء، وأن الصلاة مع الظهور صحيح ليتمسك بطلاقه، وهذا واضح.

الثاني: أن الآية في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى منه لا المستثنى، فقصاري مفادها أن ما لا يكون تجارة عن تراضٍ من أسباب تملك مال الغير باطل، وأماماً أن ما يكون تجارة عن تراضٍ هل يشترط في صحته - ولو في بعض العقود - شروط أخرى أم لا، فلا تدل الآية المباركة على نفي ذلك؛ إذ ليست مسوقة لبيان عقد المستثنى، بل مسوقة لبيان ما يكون باطلاً من أنحاء أكل مال الغير، وهو ما لا يكون تجارة بالتراضي.

وهذا الإشكال رغم كونه أوجه صورة من سابقه غير تمام أيضاً؛ إذ لا وجہ لفرض أن الآية بقصد البيان من ناحية عقد المستثنى منه فقط دون المستثنى، مع أن مقتضى القاعدة أن المتكلم بمحاظة كلا العقدتين المستثنى والمستثنى منه

في مقام البيان، فتكون دلالة هذه الآية على صحة التجارة عن التراضي تماماً أيضاً.

بل قد عرفت أنه بلحاظ عقد المستثنى منه أيضاً المراد بيان بطلان الأكل بلا تراضٍ، أي الأسباب التي لا يكون فيها تراضٍ بل فيها نحو ظلم واجحاف وعدم استحقاق كما في القمار والغصب والإكراه، فتدبر جيداً.

الثالث: أن لفظ التجارة ليست اسمأ لنفس المعاملات والعقود بل هي بمعنى الاسترباح وتحصيل الزيادة من خلال استخدام رأس المال وتداوله ، وهذا يجعل تمام النظر في الآية إلى سبب حلية الربح الحاصل لدى الإنسان من أموال الآخرين وأنه حلال بشرطين:

أحدهما: أن يكون بالاتجار والتواافق.

والآخر: أن يكون التواافق برضاء الغير لا بالإكراه أو الغش . فليس في الآية المباركة نظر إلى البيع بالخصوص ، وإنما النظر إلى أن الاسترباح والاستثمار لابد وأن يكون من خلال التوافق عن تراضٍ.

وإن شئت قلت: إن النظر إلى المعاملات والمبادلات بما هي عمل واستئناء لرأس المال لا بما هي عقود وأسباب اعتبارية قانونية للتملك . كيف ، وعنوان التجارة أخص من تلك المتبادلات ، سواء جعلنا عنوان التجارة مسبباً عن تلك المعاملات كما إذا فسّرناها بالاسترباح وتحصيل الربح أو جعلنا التجارة عنواناً آخر منطبقاً على مورد انطباق عنوان البيع والإيجار وغيرها من المتبادلات ، فإنه على كل حال لا يمكن أن يستفاد من حلية هذا العنوان حلية البيع والإيجار وصحتهما ؛ ليمكن أن يستفاد من إطلاق الآية نفي شرطية شيء في صحتهما غير أصل التعاقد . نعم ، تدل الآية على شرطية التراضي في المتبادلات كما تدل على حرمة تملك مال الغير بالأسباب الباطلة كالغصب والعدوان ونحو ذلك .

والجواب : إنَّ التجارة لغةً بمعنى البيع أو المبادلة ، وإطلاقه على الاستریاح والاستئماء مجازي أو كنائي ، فلا وجه للشكال المذكور .

هذا ، مضافاً إلى أنه لو فرض إرادة هذا المعنى وبالإمكان التمسك بالإطلاق المقامي بتقرير أنَّ التجارة وإن كانت عنواناً لعمل الاستریاح إلا أنه بقرينة نظر الآية إلى الأسباب والمعاملات وبيان شرطية التراضي الذي هو شرط في صحة المعاملات يفهم أنَّ المقصود إمضاء صحة المبادرات والعقود التي تكون بها التجارة عادة وعرفاً .

جـ- قوله تعالى : « أوفوا بِالْعُهُودِ » .

وهذه الآية المباركة أوسع الأدلة التي يمكن الاستناد إليها في إثبات صحة كل عقد لم يمنع عنه الشرع .

والاستدلال بها على صحة التعاقد مبني إما على دعوى دلالتها بالملازمة على الصحة ؛ لأنَّ مدلولها الأولى هو وجوب الوفاء بالعقد ، وهو يساوق اللزوم الذي هو أخص من الصحة ، فإذا كان ثابتاً في كل عقد ثبتت صحته لا محالة .

أو بالمطابقة ، بتقرير : أنَّ مفادها إمضاء وإنفاذ الالتزامات التي يجعلها المتعاقدان على أنفسهم ، فإنَّ المراد بالعقد فيها – ولو بقرينة الأمر بالوفاء – هو العقد العهدي والالتزام الذي يجعله العقد على نفسه بالعقد ويكون الأمر بالوفاء به بمعنى تنفيذ ذلك الالتزام والجري العملي على طبقه ؛ لأنَّ اللزوم مأخوذ في معنى الالتزام والعهد ، فيكون مفاد الآية صحة تلك الالتزامات والعقود ونفوذها ؛ فلا معنى لوجوب الوفاء به إلا صحة ما جعله على نفسه من اللزوم والالتزام ونفوذه .

وبعبارة أخرى : يستفاد اللزوم من نفس نفاذ الالتزام وصحته وعدم جواز انتقاده ، المستفاد من الأمر بالوفاء .

وقد يستشكل في دلالة الآية بأحد وجوه :

الأول : أن المراد بالعقود في الآية هو العهود - أي ما يلتزم به الإنسان على نفسه من الأعمال فقط - كالالتزام بالطاعة في البيعة وفي أحكام الشارع ، وفي النذر واليمين ونحو ذلك ، فلا يشمل العقود بمعنى ما يكون فيه إنشاء التمليل والتملّك الذي ليس فعلاً وعملاً للمكلف .

وهذه الدعوى تارة يدعى على أساس استظهار العهد من العقد في الآية لقرائن داخلية فيها من قبيل عطف : « أجلت لكم بهيمة الأنعام » عليها ، وأخرى على أساس قرائن خارجية من قبيل ورود الأمر بالوفاء بالعهد في آية أخرى وورود تفسير العقود في الآية بالعقود في رواية ابن سنان .

وفيه : أن الالتزام والعهد يتعلق بالنتائج والمضامين المعاملية أيضاً ، وأن العقد معناه التوافق وشدّ قرار بقرار - كشدّ الإيجاب بالقبول - ولهذا يكون أعم من العقود العهدية والإذنية ، إلا أنه في خصوص الآية الشريفة يراد منه العقود العهدية كما تقدم ، بقرينة الأمر بالوفاء وما ورد في رواية ابن سنان .

وأما ما ذكر من اختصاص الآية بخصوص المواثيق والعقود مع الله سبحانه وتعالى وتکاليفه على البشر فلا وجه له ؛ لأنّه على خلاف إطلاق الآية الشريفة ، بل خلاف ظهورها في إعطاء أو إمضاء قاعدة عقلانية عامة خطيرة ، وما ورد في صحيح ابن سنان ليس ظاهراً في التخصيص بالعقود مع الله سبحانه ، كما أنّ ذكر حلية الأنعام في ذيل الآية الشريفة لو فرض ارتباطها بالآية - وهو غير واضح - أيضاً لا يوجب التقييد .

الثاني : أن العقد وإن كان في نفسه مطلقاً يشمل العقود التي يكون مدلولاً لها

النتائج كالتمليك والتملك أيضاً، إلا أنه حيث وقع العقد موضوعاً للأمر بالوفاء والوفاء إنما يعقل فيما يكون فعلاً وعملاً يمكن أن يؤتى به تارة فيكون وفاء ولا يؤتى به أخرى فلا يكون وفاء فلا محالة يتقييد الموضوع بالعقود التي يعقل فيها الوفاء واللا وفاء وهي المتعلقة بالأعمال لا النتائج؛ لأن مفاد مادة الأمر موضوعه يتقييد بمفاد هيئته كما هو مقرر في محله من علم الأصول.

وفيه: أن الوفاء في كل شيء بحسبه، ففي التعهد بالأعمال يكون الوفاء بأدائها وفي التعهد والالتزام بالنتائج يكون الوفاء بالجري العملي على وفق مقتضها وترتيب آثارها.

لا يقال: يلزم من ذلك أنه لو غصبه منه بعد العقد وتسليم المبيع للمشتري أن يكون ناقضاً للعقد ومشمولاً لآلية المباركة؛ لأن الملتزم به ضمن العقد هو تسليمه المبيع مستمراً مع وضوح بطلانه.

فإنه يقال: إنما يصدق النقض إذا كان غصبه للمبيع بعنوان الاسترجاع والرجوع عن التزامه السابق ونقضه، وهو كذلك عرفاً، بخلاف ما إذا كان أخذه بعنوان الغصب مع الاعتراف بكونه مملوكاً للآخر بالعقد السابق؛ لأن الوفاء بمعنى الجري العملي في النتائج يكون بعد رفع اليده عنه وعدم نقض الآثار بعنوان حل العقد ونقضه لا بعنوان آخر كالغصب.

لا يقال: على هذا يلزم أن يكون مفاد الأمر بالوفاء في مورد النتائج إرشاداً إلى النفوذ والصحة وترتباً تلك النتائج أي حكماً وضعياً بينما في مورد الأعمال يكون حكماً تكليفياً، وهذاأشبه باستعمال اللفظ في أكثر من معنى.

فإنه يقال: إنما أن يحمل الأمر بالوفاء على التكليف المولوي فيكون في كلا الموردين تكليفاً بالوفاء العملي ولو بلحاظ الآثار العملية المترتبة على تلك النتائج، وأئماً الصحة وحصول التعليك فيستفاد منه بالملازمة، وإنما أن يحمل

الأمر على الإرشاد إلى نفوذ الالتزام الذي يفرضه العاقد على نفسه فيكون مفاده الوضع في الموردين حتى مورد تعلقه بالأعمال ويكون المفاد الوضعي فيها حينئذ هو اللزوم الحقي الوضعي ، فلا استعمال في معنيين على كل حال .

الثالث : أنَّ موضوع وجوب الوفاء إنما هو العقد الصحيح ، إنما لأنَّ العقد اسم للسبب العقلي أو الشرعي الذي لا يكون إلا مع فرض صحة الإنماء ، أو لأنَّ وجوب الوفاء إنما يكون بعد الفراغ عن صحة العقد في المرتبة السابقة ، وهذه الملازمة بدرجة من الوضوح بحيث تشكل قرينة متصلة لبية تقضي تقيد الموضوع - وهو العقد - بالعقد الصحيح في نفس الخطاب ، فلا يتم ما ذكر من أنَّ موضوع اللزوم في « أُوفوا بالعقود » مطلق العقد ليتمسك بإطلاقه .

على أنه لو فرض أنَّ المراد به مطلق العقد إلا أنه حيث ثبت من الخارج اختصاص الحكم باللزوم بالعقد الصحيح والممضى شرعاً فيكون الشك في الصحة شبهة مصداقية للمخصص فلا يجوز التمسك بالعام فيه إلا بناءً على بعض المبني من قبيل مبني الميرزا النائي^(١) من أنَّ المخصص إذا كان لبياً جاز التمسك بالعام في شبهته المصداقية أو مبني السيد الشهيد^(٢) من أنَّ الشبهة الموضوعية إذا كانت في نفسها شبهة حكمية جاز التمسك فيها بالعام^(٣) .

ولو فرض صحة التمسك به قلنا : إنَّ قيد الصحة مأْخوذ لبناً بالقرينة الارتكازية المتصلة بالخطاب المانعة عن انعقاد الإطلاق ذاتاً كما أشرنا ، ف تكون الشبهة المصداقية لأصل العام لا لمخصصه المنفصل . ومعه لا يمكن أن يستفاد من هذه الآية صحة ما يشك في صحته من العقود على جميع المبني كما هو واضح .

١ - فوائد الأصول : ٢ : ٥٣٦ - ٥٣٧ .

٢ - بحوث في علم الأصول : ٣ : ٣٢٤ .

وهذا الاشكال إنما يكون له وجہ بناء على التقریب الأول دون الثاني الذي تكون الآية بناء عليه إرشاداً إلى الصحة وترتباً للأثر على نفس الالتزام والعقد. ويمكن الإجابة على هذا الإشكال أيضاً بأنَّ الأمر بالوفاء حتى إذا كان بمعنى اللزوم إلا أنه حيث رتب على مطلق العقد والالتزام فيدل على أنَّ ذات الالتزام الإنساني موضوع للزوم، وبالتالي للصحة أيضاً بالملازمة، لأنَّ الصحة مأخوذة ومفروغ عنها في المرتبة السابقة؛ فإنَّ هذا خلاف كون الآية في مقام امضاء الإنشاء العقدي ولو من ناحية اللزوم، فتدبر جيداً.

الرابع: أنَّ غاية ما تقتضيه الآية المباركة إنما هي نفوذ العقد من ناحية العاقد وعدم جواز نقضه الذي هو إرشاد إلى عدم انتقاده إذا أراد أن ينقض العقد، وأما نفوذ العقد من ناحية الشارع والقانون فهو لا ربط له بوفاء العاقد وعدمه، فلا يمكن أن يكون الأمر بالوفاء إرشاداً إليه.

فالحاصل: هناك جهتان ومنشأن لعدم نفوذ العقد: أحدهما: عدم تنفيذه من ناحية عدم التزام العاقد بذلك بعد تحقق العقد. والآخر: عدم نفوذه من ناحية عدم تنفيذ الشارع، وعدم حكمه بصحة مثل هذا العقد.

والامر بالوفاء وإن أُريد به الوفاء العملي الشامل للالتزام بالنتائج، إلا أنه يمكن أن يكون إرشاداً إلى النفوذ من حيثية الأولى المربوطة بالعاقد لا النفوذ المطلق ومن جميع الجهات، أي حتى من ناحية القانون والشارع فإنَّ ذلك ليس مربوطاً بالوفاء بالعقد، بل مأخذ في موضوعه بنحو الفرض والتقدير، وهو أنه لو كان العقد صحيحاً قانوناً وشرعياً فلا تنقضه من ناحيتك.

وهذا يعني أنَّ هذه الآية من أدلة لزوم العقد لا صحته. وإن شئت قلت: الصحة من ناحية التزام العاقد به لا من ناحية مشروعيته شرعاً وقانوناً في نفسه؛ إذ لو أُريد إثبات الصحة به من باب الملازمة فلا ملازمة بين النفوذ من الجهتين، وإن

أريد إثباتها بالمطابقة من باب أنّ الأمر بالوفاء وتنفيذ العقد واتمامه بنفسه إرشاد إلى نفوذه فهذا لا يقتضي أكثر من النفوذ من ناحية العاقد المعتبر عنه فقهياً باللزوم لا النفوذ من الجهتين معاً.

والحاصل : أنّ الآية الشريفة قصارى ما تدلّ عليه إنما هو عدم جواز نقض الالتزام والتعهد بعد أن أعطاه للطرف الآخر ، وأمّا صحة العقد والالتزام المتضمن فيه في نفسه ومن ناحية الشارع أو العقلاه والقانون فهذه حقيقة أخرى لا ربط لها بالمتعدد ، ولا يرجع إلى عدم وفائه بتعهده ونقضه لعهده .

ولعله لهذا نجد أنّ الفقهاء يتمسكون بهذه الآية لاثبات اللزوم غالباً، بل لم يتمسك الشيخ الأعظم ^١ في المكاسب بها في مبحث المعاطاة لاثبات صحتها ^(١)، بينما تمسك بسائر الآيات والروايات ، وليس الوجه فيه ما قيل من عدم كون المعاطاة عقداً، فإنه عقد على ما تقدم .

نعم ، يمكن أن يكون وجهه ما ذكره بعض الأعلام من أنّ دلالة الآية على الصحة بالالتزام فإنّ مدلولها المطابقي لللزوم فتشتبث الصحة بالالتزام أو من باب تنفيذ الالتزام والتعهد الذي يجعله العاقد على نفسه في العقود العهدية ، وحيث لا لزوم ولا التزام وتعهد في المعاطاة عند الشيخ ^(٢) ولو للإجماع ونحوه ، فلا تكون الآية شاملة للمعاطاة بحسب مدلولها المطابقي والأولي ، لكي يمكن أن يستفاد منها الصحة بالملازمة .

وهذه الشبهة أيضاً لا يمكن المساعدة عليها ؛ لأنّ هذا التقسيم للصحة إلى الجهتين والمنشأين نشاً من الجري حسب مصطلحات الفقه والفقهاء من أنّ العقد

١ - كتاب المكاسب : ٣ : ٣٩ - ٤١ .

٢ - كتاب المكاسب : ٣ : ٥٦ و ٥٩ - ٦٠ .

يثبت له حكمان وأثran: أحدهما الصحة ، والآخر اللزوم ، وهذا قد يصح إذا لوحظ العقد كمضمون إنشائي معاملي ، بأن كان العقد هو المنشأ كالبائع ويكون له حكمان: الصحة والنفوذ ، فقد يقال عندئذٍ بأنّ لزوم العقد ووجوب الوفاء به غير صحته ، بل العقد الصحيح موضوع للزوم ، أو يقال بأنّ العقد له صحة ونفوذ من ناحية الشارع ، ونفوذ من ناحية العاقد حيث التزم به ، ودليل الأمر بالوفاء بالعقد لا يدلّ على أكثر من النفوذ من الناحية الثانية .

إلا أنَّ كلَّ هذا بلا موجب؛ إذ العقد ليس هو الأثر والحق المنشأ والمتعلق للالتزام ، بل هو نفس التوافق والالتزام المتعلق بالمضمون المعاملي ، ونفوذ هذا التوافق - سواء بمعناه الحقيقي الذي هو فعل مباشري للملتزم أو بمعناه الاعتباري حيث يلحظ له بقاء ما لم يرُف بالفسخ أو الإقالة - بمقتضى دليل «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» يساوي عرفاً نفوذه ومشروعيته من الجهاتين معاً؛ لأنَّ العقد ومضمونه فعل إنشائي وعقد واحد ، فيكون الأمر بالوفاء به دالاً على الصحة والنفوذ معاً؛ لأنَّ منشأ الأمرين شيء واحد وهو إمضاء ذلك التوافق وتنفيذذه شرعاً المستفاد من الأمر بالوفاء .

وإن شئت قلت: إنَّ العقد ليس بمعنى العهد ليكون الأمر بالوفاء به بمعنى عدم نقض العهد فحسب ، بل اسم للمعاملة وما تتضمنه من المضمون الإنشائي الخاص كالبائع والإجارة والهبة وغير ذلك ، فيكون الأمر بالوفاء به - إذا كان متضمناً للالتزام - مساوياً عرفاً مع إمضاء تلك الضامين الملزمان بها وتنفيذها ، فيستفاد نفوذها وصحتها من نفس هذا اللسان لا محالة ما لم يقدم دليل على خلاف ذلك . وسيأتي مزيد توضيح لهذه النقطة في بحث قادم إن شاء الله تعالى .
الخامس: أنَّ الآية قد يقال بكونها إرشاداً إلى قاعدة أخلاقية يدركها العقل العملي بحسن الوفاء بالعقود والمواثيق وعدم نقضها ، نظير قوله تعالى: «وَأَفْوَا

بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْوُلًا^(١)) ولهذا لم يستدل الفقهاء بالآية الثانية في أبواب المعاملات .

وفيه : أن مجرد ثبوت حكم عقلي عملي أخلاقي في مورد الخطاب الشرعي لا يستوجب حمله على خلاف ظاهره من المولوية مالم يكن محذور منه كما في الأوامر بالإطاعة ، وعليه فالأمر بالوفاء لابد وأن يحمل على ظاهره المولوي إما بنحو الإرشاد إلى النفوذ الشرعي أو بنحو الأمر التكليفي بالجري العملي الكافش بالملازمة عن النفوذ الشرعي . بل وضوح كون العقود وأبواب المعاملات لابد فيها من إمضاء قانوني شرعي على غرار الأحكام العقلانية فيها يجعل ظهور الآية في المولوية والإمساء غير قابل للمناقشة ، غاية الأمر قد تحمل الآية على الإمساء المولوي للحكم العقلائي بنفوذ العقود .

وأماماً عدم استناد الفقهاء إلى مثل « وأَوْفُوا بِالْعَهْدِ » فلعله كان باعتبار ظهوره ولو باعتبار الذيل أو السياق في إرادة عهد الله ومتناقه على العباد فيما كلفهم به من تكاليف وأحكام أو إرادة الوصية كما هو أحد معاني المهد وسياق الآية قد يشعر بارادتها . وهكذا يتضح صحة التمسك بالآية المباركة على الإمساء وصحة العقود العهدية ما لم يقدم دليل على خلافه .

د - الحديث المشهور : « الناس مسلطون على أموالهم » :

وممّا قد يتمسّك به لإثبات عموم صحة التعاقد الحديث النبوي المشهور : « الناس مسلطون على أموالهم » ، بدعوى شمول إطلاقه للتسلط على نقله إلى الآخرين باحدى المعاملات والعقود .

وفيه: أولاً - ضعف سنته؛ لعدم وروده في طرقنا، وإنما نقلها في البحار بلا سند بعنوان: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ النَّاسَ مُسْلِطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ»^(١). ثانياً - عدم دلالته إلا على نفي الحجر وإثبات السلطنة للملك على التقلبات ونقل ماله إلى الآخرين بالأسباب القانونية لا من ناحية صحة أسباب الانتقال أو عدم صحتها، أي السلطنة من زاوية الإضافة إلى مالك المال في قبال غيره لا السلطنة على نفس التصرف القانوني ذاتاً، فإنها ليست سلطنة مضافة إلى الأموال، بل إلى القانون والتشريع . وأوضح منه خروجاً عن مفاد الرواية السلطنة التكليفية من غير ناحية المالية ، بمعنى حليّة نوع التصرف في المال كجواز لبس الذهب والحرير مثلاً إذا كان ملكاً له ، فإنّ هذا ليس من السلطنة على المال بما هو ماله ، بل بما هو ذهب وحرير ولو لم يكن ملكاً له بل كان عارية ؛ ولهذا لا يتوجه فقيه أنّ دليلاً حرمة لبسهما مخصوص لهذا العموم .

هـ- الحديث المعروف : «المسلمون عند شروطهم» :

وممّا قد يتمسك به لإثبات عموم الصحة قول الإمام عثيمين: «المسلمون عند شروطهم» الوارد في روايات عديدة معتبرة: منها: صحيح ابن سنان: «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عزّوجلّ فلا يجوز»^(٢).

ومنها: معتبرة إسحاق بن عمار عن جعفر عثيمين عن أبيه عثيمين أنّ علي بن أبي طالب عثيمين كان يقول: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإنّ المسلمين عند

١ - بحار الأنوار ٢: ٢٧٧.

٢ - وسائل الشيعة ١٨: ١٦، الباب ٦ من التجارة، الحديث ٢.

شروطهم إلا شرطاً حراماً أو أحل حراماً»^(١).

ومنها: معتبرة منصور عن عبد صالح رض قال: «قلت له: إنَّ رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثُمَّ طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبى عليه إِلَّا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاهما ذلك ثُمَّ بَدَّ الْهُنْدَى فَيَرَى مَا يَعْمَلُ فَيَقُولُ إِنَّمَا يَعْمَلُ مَا يَعْلَمُ فَيَرَى مَا يَعْمَلُ فَيَقُولُ إِنَّمَا يَعْمَلُ مَا يَعْلَمُ»^(٢).

والاستدلال بها موقوف على دعوى عموم الشرط لكل الالتزام أو التزام الشامل للعقد أيضاً.

وقد اختلفوا في معنى الشرط، وذكر الشيخ الأعظم رض له معنيين^(٣): أحدهما: الالتزام والالتزام.

والثاني: ما يلزم من عدمه العدم، وكأنَّه يقصد به تقيد أمر باخر إنما واقعاً أو يجعل جاعل بحيث يلزم من عدمه عدم المقيد. ثُمَّ بحث في أنَّ المعنى الأول هل يشمل مطلق الالتزام حتى الابتدائي أو يختص بالالتزام في ضمن العقود.

والصحيح ما ذهب إليه المحقق الإبرواني رض^(٤) من أنَّ الشرط له معنى واحد وهو المعنى الثاني وهو معنى اشتراطي، وإطلاقه على الالتزام ضمن العقد؛ لأنَّ العقد معلق عليه لا بمعنى تعليقه على الأمر المشترط ليلزم التعليق والبطلان في

١ - وسائل الشيعة ١٨: ١٧، الباب ٦ من التجارة، الحديث ٥.

٢ - وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من المهر، الحديث ٤.

٣ - كتاب المكاسب ٦: ١١ - ١٣.

٤ - حاشية المكاسب (الإبرواني) ٢: ٦١.

العقد بل على قبول الطرف الآخر للشرط وهو فعلٍ بنفس قبوله وتعليق الإيجاب على القبول ثابت في كل عقد كما تقدم ، ولو فرض إطلاقه بمعنى الالتزام أيضاً فليس هو مطلق الالتزام والالتزام بل المقيد والمربوط بقرار معاملي ، فالمعنى الثاني ملحوظ فيه .

ومنه يعرف وجہ عدم شمول الشرط للشرط الابتدائي ؛ لأنّه ليس شرطاً بهذا المعنى بل مجرد التزام والزام ، والشرط هو الرابط وتعليق شيء على شيء ، وهذا يكون فيما إذا كان هناك مضمون معاملي قد علق عليه ، فيكون الشرط من الشرط والالتزام به من المشروط عليه .

إلا أنَّ الشرط حيث إنَّه اسم للأمر المشترط فقد يطلق الشرط ويضاف إلى من عليه الشرط ولو باعتبار أنه فعله وهو المسؤول عنه ، رغم أنَّ الشرط من الشرط .

والحاصل : للشرط إضافتان : إضافة لشارطه ، وإضافة لمن عليه الشرط ، وهذا الثاني هو المراد في مثل : « المؤمنون عند شروطهم » ، أي عند ما ألزموه على أنفسهم من الأمور التي شرطها عليهم الآخرون ؛ ولعله لهذا تصور أنَّ هذا المعنى - أعني الالتزام مباین مع المعنى الآخر للشرط - .

ثُمَّ إنَّ ما ورد في الرواية الأخيرة من إطلاق الشرط على النذر أو العهد لا ينافي ما ذكرناه في معنى الشرط ؛ لأنَّ ذلك سمي شرطاً باعتبار أنَّ المرأة قد علقت وقيدت رجوعها إليها وزواجهها منه بذلك ، فكان شرطاً للتزويج وكان الزواج معلقاً على ذلك ، وكذلك الحال في سائر الاستعمالات وإطلاقات الشرط في الروايات فراجع وتأمل .

وعلى ضوء ذلك قد يقال بعدم إمكان الاستدلال بالرواية على صحة العقود بأحد وجهين :

الأول: اختصاص عنوان الشروط بالشروط والالتزامات الضمنية في العقود بحسب اصطلاح الفقهاء وعدم صدقها على الالتزامات الابتدائية ولا العقود؛ لعدم كونها مربوطة بشيء وشرطًا في ضمن العقد.

وفيه: أن الالتزامات والتعهدات في العقود أيضاً فيها ربط قرار بقرار، فإذا لوحظ فعل كل من المتعاقدين والتزامه كان مشروطاً بقبول الآخر، فيصدق عليه عنوان الشرط، فيشمله الحديث ويدل على صحته ونقوذه عليه.

نعم، لا يشمل الحديث الشروط والوعود الابتدائية؛ لعدم الربط فيه، ولو فرض عدم صدق الشرط على الالتزام العقدي واختصاصه بالشروط والالتزامات ضمن العقد أمكن دعوى دلالة هذه الأحاديث على صحة لزوم الالتزام العقدي أيضاً بالفعوى والملازمة العرفية؛ إذ لو كان الالتزام ضمن العقد نافذاً فالالتزام العقدي أولى بالنفوذ.

وقد أطلق في جملة من الروايات عنوان الشرط على العقد والاتفاق بين طرفين، كما في صحيح الحلباني عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتراكاً في مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى، فقال عليه السلام: «لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرطاً يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله عزّ وجلّ»^(١). وغير ذلك من الروايات.

نعم، يمكن أن يقال بأن ظاهر: «المسلمون عند شروطهم» لزوم الوفاء بالالتزامات وعدم نقضها لا صحتها إذا شك في مشروعيتها، وهذا نظير ما أورد على الاستدلال بآية **﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾** على المشروعية والصحة، ووروده هنا

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٤٤٤، الباب ٤ من الصلح، الحديث.

أوجه ، ولا يبعد جريان الجواب المذكور هناك هنا أيضاً .

الثاني : ما ذكره المحقق الابرواني ^(١) من أنَّ الرواية تكون بياناً لقاعدة أخلاقية لا حقوقية بقرينة أخذ المؤمن في موضوعها ، وإلا فاللزوم أو الصحة ليس مخصوصاً بالمؤمنين ، فيكون على وزان المؤمن إذا وعد وفي ، ونحو ذلك . وفيه : أنَّ التعبير بالمؤمن بنفسه يدل على اللزوم ؛ لأنَّ المدلول الاستعمالي للجملة حيث كان مدلولاً إخبارياً وهو القيام عند الشرط فكان لابد من الإخبار عن ذلك في حق المؤمن بالخصوص ؛ للدلالة على لزومه وثبوته في التشريع الذي يطبقه المؤمنون نظير المؤمنون والمؤمنات يأمرن بالمعروف وينهون عن المنكر ، والمؤمن لا يستغيب .

فالحاصل من جملة ألسنة بيان الأحكام والتشريعات لسان الإخبار عن ما يفعله المؤمن والمسلم بما هو مؤمن ومسلم كنایة عن لزوم ذلك في الإيمان والإسلام ، فلا قرينة في ذكر المؤمن على أخلاقية هذا الحكم .

فهذا الاشكال غير تام أيضاً . كيف ، وقد استدل الإمام بذلك على الحكم الفقهي بوجوب الوفاء بشرطه ، كما أنَّ استثناء الشرط الذي حلَّ حراماً أو حرام حلالاً شاهد على إرادة الحكم الفقهي لا الأخلاقي .

وهكذا يتضح إمكان الاستدلال بقاعدة (المؤمنون عند شروطهم) على صحة ومشروعية العقود والشروط في ضمنها أيضاً ما لم يخالف الكتاب أو يحلل حراماً أو يحرِّم حلالاً ، وليس المقصود من تحريم الحال الالتزام ب فعل أو ترك مباح بعنوانه الأولي ، فإنَّ هذا خلف فرض لزوم الوفاء بالشرط ، بل المقصود سلب حق لا يمكن سلبه شرعاً .

١ - حاشية المکاسب (الابرواني) ١ : ٨١ .

وـ ما دلّ على أنَّ «الصلح جائز بين الناس» :

ومعما قد يستدلّ به على صحة ما يتفق عليه الطرفان من العقود ما لم يكن مخالفًا للشرع، ما دلّ على أنَّ «الصلح جائز بين الناس» - كما في معتبرة حفص بن البختري - أو «بين المسلمين، إلا صلحًا أحلَّ حراماً أو حرم حلالاً» - كما في مرسلة الشيخ الصدوق^(١) - وعنوان الصلح والمصالحة يعم مطلق التوافق والتراضي بين الطرفين على حقوقهما وما ليهما، وأنهما إذا تراضيا بذلك فهو نافذ وصحيح ما لم يكن مخالفًا للشرع، وليس الصلح اسمًا وعنوانًا لعقد خاص - كما يظهر بمراجعة روايات الصلح - فقد يقال: إنَّ الروايات أيضاً تدلّ على حرية الإرادة وصحة التراضي بين المتعاقدين فيما يرجع إلى حقوقهما إلا ما يكون مخالفًا للشرع بأن يكون محللاً للحرام أو مما دلّ الشرع على بطلانه.

ولكن الظاهر أنَّ النظر في هذه الروايات إلى الترغيب على المصالحة والتسالم في المعاملات أو تجويز ذلك ما لم يلزم منه مخالفة الشرع، فلا يمكن أن يستفاد من ذلك صحة العقود بعناوينها التفصيلية وأثارها ومقتضياتها.

وهكذا يتضح أنه يوجد لدينا مطلقات وأدلة لفظية على صحة العقود بشكل عام متمثلًا في قوله تعالى: ﴿أَحَلَ اللَّهُ أَنْبَيْنَا﴾^(٢) و﴿إِلَّا أَنْ تَئُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضِيْنَكُمْ﴾^(٣) وعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾، وروايات «المسلمون عند شروطهم». إلا أنَّ الأول قد يقال باختصاصه بالبيع.

نعم، قد يقال بأنَّ المراد من البيع في الآية الأولى مطلق المبادلة والمعاوضة

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٤٤٣، الباب ٣ من الصلح، الحديث ٢.

٢ - سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

٣ - سورة النساء، الآية: ٢٩.

بين شيئاً، إما لأنّ البيع اسم لذلك أو لأنّ سياق الآية يفهم منه أنّ المقصود بذلك في قبال الربا الذي هو أخذ الزيادة بلا مقابل، فكأنّ المراد حلية أخذ مال في قبال مال آخر مطلقاً. كما أنّ إطلاق التجارة عن تراضٍ يشمل تمام أنحاء التملك التجاري.

لا يقال: بناءً على كون الإطلاق فيه مقامياً لا لفظياً فلا يمكن إثبات الصحة للعقود أو الشكليات التي لم تكن معهودة آنذاك بين العرف والعقلاء.

فإنه يقال: المستفاد من الإطلاق المقامي امضاء كل ما يكون سبباً من أسباب التجارة والملك للمال بنحو التداول عن تراضٍ، بحيث يصدق عليه التجارة عرفاً، سواءً كان موجوداً في زمان صدور النص أم لا، فالمعنى عليه نكتة صدق التجارة عن تراضٍ، وهذا محفوظ في العقد المستحدث إذا كان يصدق عليه أنه تجارة عن تراضٍ، فلا فرق بين الإطلاق اللغطي أو المقامي من هذه الناحية.

ز- التمسك بالسيرة العقلائية :

لا إشكال في أنّ العقود ومشروعيتها كانت ثابتة لدى الناس منذ بداية الحياة الاجتماعية، حيث كانت ولا تزال المعاملات من عقود وإيقاعات رائجة ومنظمة في أكثر المجتمعات العقلائية قديماً وحديثاً، وهي مبنية غالباً على قواعد عقلية وعقلانية عادلة أو نافعة للناس، وكان كل ذلك بمرأى ومسمع من قبل الشارع الأقدس، ولم يت叱د الشارع إلى إلغائها، بل على العكس قد أحضاها وجرى عليها تعامل بها، إلا في الموارد الخاصة التي حدد فيها شرطاً أو ترتيباً وحكيماً خاصاً على خلافها، كما في تحريم الربا والغرر أو اشتراط التقادب في المجلس في بعض المعاملات، أو اشتراط اللفظ في النكاح والطلاق ونحو ذلك.

وهذا السكوت عما لم يغيره منها وعدم الردع عنها يستفاد منه الامضاء والقبول لها ، وهذا دليل لتي مهم وكثير الابلاء للفقيه يمكنه أن يرجع إليه في أكثر أبواب المعاملات ، خصوصاً إذا استطعنا أن نحرز النكتة والملاك لقاعدة عقلائية لم يردع عنها الشرع ، حيث يمكن حينئذ إثبات إمضاء تلك النكتة المعاملية بعرضها العريض الشامل للمصاديق والعقود المستحدثة والمعاصرة أيضاً ، وإن لم تكن موجودة في الزمن السابق - كما حققنا ذلك في بحث حجية السيرة العقلائية من علم الأصول .-

وهذا الدليل والمبدأ لإثبات مبروعية العقود كما يمكن الاستفادة منه مستقلاً لإثبات مبروعية وصحة العقود المتعارفة عند العقلاء والتي لم يردع عنها الشارع ، كذلك يمكن الاستفادة منه لتميم الاستدلال بأحد الأدلة اللفظية المتقدمة باحراز موضوعها عن طريق السيرة المنقحة لها ، أو توسيع نطاق مدلولها اللفظي بالاعتماد على السيرة الحكمية المعاشرة والمرتكزة في الأذهان العرفية والتي تصلح أن تكون قرينة ذهنية عامة على ما يراد من الدليل اللفظي .

وقد شرحنا أقسام السيرة العقلائية وأثارها في علم الأصول ، فلتراجع هناك .

ثم إنَّه قد يستدلُّ على عموم صحة كل عقد ومبروعيته ببعض روايات البراءة كمرسلة الشيخ الصدوقي : «كُلَّ شيءٍ مطلق حتى يرد فيه نهي» و «كُلَّ شيءٍ حلال حتى تعرف أنه حرام بعينه فتدعه» بتقرير : أنَّ الحلية والحرمة والإطلاق والنهي كما تضاف إلى الأفعال التكوينية تضاف أيضاً إلى الأفعال الاعتبارية أو الأعيان والأشياء الواقع عليها العقود ، وهو إطلاق حقيقي لا عنایة فيه عرفاً ولا لغة .

كما أطلقت الآية الحلبية على البيع والحرمة على الربا، غاية الأمر يكون مفاد الحلبية فيها صحتها والحلبية تعني الإطلاق وعدم القيد والمنع وهو في كل مورد بحسبه، وليس هذا من الاستعمال في معندين بل في معنى واحد كما هو واضح.

وممّا يؤيد هذا المعنى ورود رواية مساعدة بن صدقة في أمثلة، الحرمة فيها وضعية لا تكليفية، مثل: «امرأة تحتك وهي أختك»^(١)، ونحو ذلك. وبهذا يثبت أنّ مقتضى القاعدة الظاهرية الصحة والحلبية الوضعية في ما يشك بصحته من العقود بنحو الشبهة الموضوعية لا الفساد، خلافاً للمشهور. إلا أنّ هذا الكلام قابل للمناقشة؛ لأنّه لو أريد استفادة الصحة الوضعية والجواز التكليفي من ذلك مطابقة معناه وجود مدلول جدي من سنتين وبجعلين مستقلّين، وهو غير عرف في كالاستعمال في معندين وخلاف ظاهر التعبير بالنهي والحرمة، وإن أريد استفادة الصحة في مورد العقود من باب دلالة الجواز للتصرفات تكليفاً على الصحة فهذا فرع ورود الدليل في ذلك المورد، ولا يمكن استفادته من إطلاق الدليل؛ إذ لا ملازمة عقلية بينهما، وإنّما يستفاد ذلك بملأ كون الحلبة من ناحية الصحة والحكم الوضعي إذا كان وارداً في خصوص تلك الموارد.

كما أنّ الموارد المذكورة في رواية مساعدة أيضاً يكون النظر فيها إلى الحلبة من ناحية الحكم التكليفي بحرمة نكاح الأخت ونحوه، لا مجرد الصحة الوضعية للمعاملة كما هو واضح.

١ - وسائل الشيعة ١٧: ٨٩، الباب ٤ من أبواب ما يكتب به، الحديث ٤.

الجهة الثانية : حدود ما تستفاد مشروعيتها من أدلة الصحة :

وهذه هي الجهة الثانية من البحث عن مبدأ مشروعية العقود وصحتها، عدا ما ثبت خلافه في الشرع.

ولا شك في أنَّ دليل السيرة العقلائية غير المردوع عنها يمكن الاستناد إليه في كل واحد من تلك الدوائر الأربع التي ذكرناها في مستهل هذا البحث ، فيما إذا كانت سيرة عقلائية أو مترتبة منعقدة فيها.

إلا أنَّ السيرة لكونها دليلاً لابد وأن يقتصر فيها على القدر المتيقن ، والمقدار المتيقن منها ما كان رائجاً وشائعاً سابقاً ، ففي الأمور المستحدثة لا يمكن التمسك بالسيرة ، خصوصاً في العقود .

نعم ، إذا فرض إمكان استكشاف نكتة ارتكازية عامة لمعقد السيرة بمنحو يجزم بامضاء الشارع وموافقته على تلك النكتة العامة بعرضها العريض أمكن استفادتها مشروعيتها ، وبالتالي تخرج العقود المستحدثة الراجعة إلى تلك النكتة المشتركة على أساس دليل السيرة .

وأثما الأدلة اللغوية المتقدمة فباعتبار إطلاقها يمكن أن يقال بصحة الاستناد إليها في الدوائر الثلاث الأولى المذكورة فيما سبق ، أعني الشك في شرطية شكل خاص للعقد أو مضمون تعاقدي معين أو الشك في صحة شرط معين ضمن العقد وعدم صحته ؛ لأنَّ هذه الجهات والدوائر للشك كلُّها راجعة إلى سببية العقد أو الشرط ومشروعيتها في ترتيب الأثر المقصود منها ، وهي الجهة المنظور إلى إثبات مشروعيتها وصحتها في تلك الأدلة اللغوية ، فينعد الإطلاق أو العموم فيها من هذه الناحية .

لا يقال: هذا يصح بالنسبة إلىدائرة الأولى والثالثة، وأما دائرة الثانية وهي الشك في صحة مضمون معاملي مستحدث، فهذا لا تشمله أدلة صحة البيع والتجارة؛ لاختصاصها بالبيع والتجارة، ولا «أوفوا بالعقود»^(١) و«المسلمون عند شروطهم»؛ لأنّه من المحتمل إرادة عقود المسمّاة، أي العقود التي كانت متعارفة سابقاً لا المستحدثة الآن.

فإنه يقال: لا وجه لتخصيص عنوان العقد بذلك، بل ولا عنوان التجارة ببناء على صدقها على كل معاوضة واسترباح بالنسبة للمعاوضات المستحدثة، وقد تقدم شرح ذلك فيما سبق ضمن التعرّض للمناقشات في الاستدلال بأية «أوفوا بالعقود»^(٢).

نعم، يمكن أن يقال بأن العناوين المذكورة منصرفة إلى ما يكون عقداً أو تجارة نوعية وعقلانية، فلا يشمل ما يستحدثه المتعاقدان من دون أن يكون عقداً لدى العرف العام.

كما أن دائرة الثالثة يمكن إثبات صحتها بعموم أدلة «المسلمون عند شروطهم» وبأدلة صحة العقود ووجوب الوفاء بها إذا كان الشرط ضمن العقد؛ لأن الوفاء بالعقد حينئذ يكون بالوفاء بشرطه الضمني أيضاً؛ لما تقدم من أن الشرط يكون قيداً للعقد أيضاً.

وأما دائرة الرابعة وهي دائرة الشك في شرط الأهلية أو شرائط محل العقد كما إذا شككتنا في أهلية السفيه فيما يكون بنفعه كقبوله للهبة مثلاً أو شككتنا في صحة بيع العين المرهونة لاشترطت كون البيع ملكاً طلقاً فقد وقع الاختلاف بين

١ - سورة المائدة، الآية: ١.

٢ - سورة المائدة، الآية: ١.

الفقهاء في إمكان تصحيف العقد من هذه الناحية بالعومات اللفظية المتقدمة، فذهب بعضهم - كالسيد الطباطبائي في حاشيته على المكاسب وغيره - إلى جواز الرجوع والتمسك فيها بإطلاق الأدلة المتقدمة.

وناقش في ذلك المحقق الأصفهاني في حاشيته على المكاسب، وتابعه عليه جملة من الأعلام مدعياً بأنَّ العومات المذكورة ليست في مقام البيان من غير ناحية سببية العقود للصحة والمشروعة.

وما ذكره صحيح، وعلى هذا لا يمكن أن ينفي بهذه العومات شرطية ما يرتبط بأهلية المتعاقدين أو شروط العوضين ونحو ذلك؛ لأنَّها لا ربط لها بسببية البيع أو التجارة أو العقد وحليته، بل لابد وأن يرجع في نفي ذلك إلى دليل السيرة العقلانية أو أدلة أخرى تربط بشروط الأهلية أو المالية إذا كانت.

وقد يوسع الإشكال حتى بالنسبة للدوائر السابقة، بتقريب: أنَّ أدلة نفوذ العقد والشرط قد قيدت في الروايات بما إذا لا يكون العقد أو الشرط مخالفًا للكتاب أو محللاً للحرام، ومع الشك في اشتراط شيء حتى في سببية العقد والشرط تكون الشبهة مصداقية للمخصوص؛ إذ لو كان ذلك شرطاً معتبراً في صحة العقد كان ذلك العقد مخالفًا للشرع، فيكون خارجاً عن موضوع العومات بعد التخصيص المذكور، فتكون الشبهة مصداقية.

ويمكن الإجابة على هذه الشبهة :

تارة: بما نقحناه في علم الأصول من جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصوص إذا كانت بنفسها شبهة حكمية - كما في المقام - .

وأخرى: بأنَّ المستظر من روايات التقييد أنَّ القيد هو مخالفة ما هو ثابت بالكتاب من بطانته وحرمته كالربا والأكل بالباطل، وليس المراد ما يكون

مخالفاً للحكم الواقعي المحتمل في كل مورد، وإلا يصبح العام لغواً، وفي قوّة أن يقال: (كلّ عقد صحيح شرعاً إلّا ما لا يكون صحيحاً شرعاً)، وهذا قضية بشرط المحمول ويكون لغواً، كما أنّ المراد من الحرام هو الحرام التكليفي لا الصحة والفساد، وانتفاء الحرمة التكليفية لابدّ منه حتى في العقود المستحدثة وهو خارج عن هذا البحث وقابل للنفي بأدلة الحالية الواقعية أو الظاهرية.

وثالثة: لو فرض أنّ القيد هو عدم المخالفة مع الحكم الواقعي الشرعي أمكن إحراز القيد عند الشك باستصحاب موضوعي، كاستصحاب عدم الحرمة أو عدم المخالفة للكتاب ولو بنحو استصحاب العدم الأزلي.



الأمر الثالث : مبدأ لزوم العقد

(أصلية اللزوم)

والمراد بأصلية اللزوم وجوب الوفاء بالتعهادات الحاصلة بالعقد وعدم جواز نقض شيء منها إلا بتوافق الطرفين أو بحكم الشارع أو بشرط الخيار له الذي يرجع إلى تقييد الالتزام وارتفاع موضوعه بحسب الحقيقة.

وهذا المعنى للقوية الإلزامية للعقد يختص بالعقود العهدية لا الإذنية - كما تقدم شرحه - وهو يرجع إلى حقيقة العقد العهدي - وما يتضمنه من الالتزام والتعهد من قبل كل من المتعاقدين أو أحدهما بالنسبة إلى الآخر ، فيكون من مقتضيات العقد نفسه .

فهذا المبدأ يتجلّى فيه سلطان الإرادة بمعنى نفوذ العقد ونفوذ عنصر الإلزام فيه على العاقد نفسه ، بحيث لا يمكنه فسخ التزامه والرجوع عنه إلا بالتراضي مع الآخر وعن طريق التقاييل ، وهذا غير صحة العقد وترتبط الأثر عليه كما لا يخفى . والدليل على هذا المبدأ - مضافاً إلى السيرة العقلائية في العقود العهدية والتي يستكشف إمضاء الشارع لها من عدم ردعه عنها ما لم يثبت خلافه - عموم قوله سبحانه وتعالى : « أَوْفُوا بِالْأَيْمَانِ » الصريح في لزوم الوفاء بما تعهد به العاقد زائداً استصحاب بقاء الحالة السابقة عند الشك في انحلال العقد بالفسخ .

وقد يتمسك بأدلة صحة العقود أيضاً لإثبات اللزوم ؛ لأنّ اللزوم ليس إلا نفوذ العقد بعد الفسخ أيضاً ، فهو من نوع من الحصة الباقية لنفوذ العقد ، فكل دليل على صحة العقود بمقتضى إطلاقه الأزمني يكون دالاً على بقاء العقد وأثره وعدم الانحلال بالفسخ .

وقد يمنع عن هذا الإطلاق إماً بالبيان المنسوب إلى الميرزا النائيني ^{يشير} من أنَّ دليلاً الصحة لا يكون ناظراً إلى إطلاق الحكم الأزمني وبقائه أو بيان أنَّ «أحلَ الله النبیع» ^(١) وأكل المال بالتجارة عن تراض ظاهران في الحلية وجواز الأكل حدوثاً فقط لا بقاءً كما ذكر المحقق الایروانی ^{يشير}.

وإن شئت قلت : متعلق عقد البيع والتجارة مثلًا وإن كان هو حصول التملك مطلقاً مقيداً بزمان خاص ، إلا أنه ما دام ذلك التوافق قائماً وباقياً لا أكثر من ذلك ، وهذا الرابط له بإمكان حلّه بالفسخ ورفعه بقاءً كما يحصل ذلك في العقود الإذنية أو بالتوافق والإقالة من الطرفين ، فصحة البيع وحلّيته لا ربط له بلزومه وعدم إمكان فسخه من طرف واحد أو من الطرفين ^(٢) .

وقد يصعب هذا الإشكال بنحو يعم سائر أدلة اللزوم ، وحاصله : أنه مع الشك في صحة الفسخ يشك في بقاء العقد وارتفاعه ؛ لأنَّ الفسخ حل للعقد ورفعه ، ومع الشك فيه لا يمكن التمسك حتى بمثل «أوفوا بِالنَّفْوِ» ^(٣) ؛ لأنَّه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية له ، ولا باستصحاب بقاء الملكية ؛ لأنَّه من احتمال تبدل الموضوع ؛ لأنَّ حيّة بقاء العقد حيّة تقييدية مأخوذة في موضوع ملكية المال ، فمع الشك في بقائه يكون من الشك في بقاء الموضوع.

وهذا الإشكال غير وجيء ، أما بالنسبة إلى الاستصحاب فلأنَّ المستصحاب عند الشك إنما هو بقاء نفس العقد بما هو أمر اعتباري له حدوث وبقاء ، والفسخ إنما هو رفعه ، كما أنَّ من آثار بقاء العقد التسلیم والتسلک ووجوب التسلیم

١ - سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

٢ - حاشية المکاسب (الآخرند) : ١٤٦ - ١٤٥. حاشية المکاسب (الایروانی) ٢: ٣.

٣ - سورة العنكبوت، الآية: ١.

وحرمة النقض وغير ذلك ، فعند الشك في زواله يستصحب بقاوته ويرتب عليه سائر آثاره.

هذا، مضافاً إلى أنَّ الملكية والأثر أيضاً ليس موضوعه إلا ذات المال ، وأما العقد فحاله حال غيره من العشيّات التعليلية وأسباب الملك الخارجة عن موضوع الملكية ، فلا يكون حيّة تقييدية بل تعليلية لترتُّب تلك الآثار.

وأمّا بالنسبة للتمسّك بعموم **﴿أَوْفُوا بِالْمُؤْمِنُونَ﴾** فيمكن أن يجاب عن الإشكال بوجهين :

الأول: ما اختاره الميرزا الثانيي ^(١) من أنَّ المراد بالعقد في الآية الشريفة إنشاء العقد الذي هو فعل مباشر للعقد حين العقد ، أو قل المعنى المصدرري لا اسم المصدرري ، وأمّا بقاء العقد فهو محمول الآية بحسب الحقيقة حيث تدل على أنَّ كل التزام وتعهد يعقد يجب الوفاء به ، بمعنى أنه نافذ وباقٍ لا ينتقض ولا يمكن أن يرجع عنه العاقد .

وإن شئت قلت : إنَّ الأمر بالوفاء بالعقد معناه الإلزام بعدم نقضه وإيقائه وعدم انفساخه إذا كان تعهداً والتزاماً ، فلا محاله يكون موضوع العقد بالمعنى المصدرري الذي هو نفس التعهد وإنشائه وهو محرز على كلَّ حال .

الثاني : ما ذكره المحقق الإبرواني ^(٢) من أنَّ الوفاء بالعقد إنما يكون بترتيب وتنفيذ ما تعلق به العقد والتزم به العاقد ، فإن كان الملزوم به غير مقيد بزمان خاص كان الفسخ نقضاً وتراجعاً عن ذلك العقد حتى بوجوده الحدوثي ^(٢) .
وبعبارة أدق : النقض للالتزام إنما يصدق بلحاظ مضمون العقد والأمر الملزوم

١ - المكاسب والبيع : ١٨٢ .

٢ - حاشية المكاسب (الإبرواني) : ٢ .

به لا نفس الالتزام ، فإذا كان الملتم به سنسخ مضمون يقتضي البقاء وعدم الانفساخ من قبيل انتقال الملكية بلا قيد كان الفسخ نقضاً لهذا الالتزام الثابت قبل الفسخ لا محالة ، فالفسخ بنفسه نقض وعدم وفاء بمثل هذا العقد حتى لو كان معنى اسم المصدر الذي يرتفع بالفسخ .

وهذا البيان يجري بالنسبة لأدلة الصحة أيضاً إذا كان العقد مضمونه عهدياً متضمناً للالتزام على ما سنوضحه بعد قليل .

ثم إن هنا بحثاً مهتاً عن حقيقة اللزوم وفرقه عن الصحة ، وهل أنه حكم شرعاً مترتب على العقد أم أنه مضمون معاملي يُنشئه المتعاقدان ضمن العقد؟! والمعروف أن صحة العقد تعني ترتيب الأثر المنشأ بالعقد كالتمليل والتسلك للعواضين في البيع على العقد ، وأما اللزوم فيعني بقاء العقد وعدم إمكان فسخه وحله في قبال الجواز والذي يعني تزلزل العقد وإمكان فسخه وحله .

إلا أنَّ المحقق النائيبي ^(١) له تحقيق دقيق في المقام تقدم شرحه عنه سابقاً ، وحاصله : أنَّ للعقد مدلولين : مطابقي ، وهو انشاء التمليل والتسلك في مثل البيع . والتزامي ، وهو الالتزام بالوفاء وترتيب آثار المنشأ الأول ، وكأنَّه بذلك يملُكه ويعطيه التزامه بأن لا يفسخ عليه العقد ، وأنَّ هذا هو حيشية العهدية لا المنشأ الأول ، ولازم ذلك أن تكون الصحة بمعنى إمضاء الشارع وتجويزه للمدلول المطابقي واللزوم بمعنى إمضاء وايجاب ما التزم به بالدلالة الالتزامية من التعميد والالتزام العقدي على نفسه ، والذي إذا كان نافذاً عليه يستفاد منه لا محالة أنه لا يملك فسخ العقد ، وحيث إنَّ هذا مما جعله العاقد على نفسه يكون اللزوم المذكور حقيقة في قبال أن لا يملُكه ذلك ، فيكون له الخيار أو حق

الفسخ وهو الجواز الحقي أيضاً، وقد يجعل الشارع ذلك كحكم شرعي بعدم انفصال العقد، وهذا هو اللزوم الحكمي كما في النكاح، ويقابله الجواز الحكمي كما في الهبة.

فعلى أساس هذا التصور يكون لزوم العقد غير صحته، فالصحة معناها إمضاء الشارع وتجويفه وضعاً للمنشأ بالعقد، فإذا كان مضمونه غير متضمن لالتزام بل مجرد الرضا بشيء، فهذا لا يقتضي اللزوم وعدم إمكان الرجوع عن رضاه – كما في العقود الإذنية – ما دام الموضوع باقياً.

وأما إذا كان مضمون العقد متضمناً لالتزام من قبل العاقد على نفسه كالتمليل وانتقال المال إلى الطرف الآخر فالالتزام العاقد بذلك المستفاد من إنشائه يقتضي اللزوم، أي عدم التراجع والنقض بالفسخ؛ لأنّ هذا هو معنى الالتزام، فيكون دليلاً لللزوم هو إمضاء هذا المدلول الالتزامي للعقد، فهناك من شأن في باب البيع مثلاً تمليل للمال بعوض وإمضاءه هو صحة البيع ومعناه حصول تملك العين بعوض، وإعطائه الالتزام بعدم الفسخ والوفاء بالمضمون الأول وإمضاءه معناه نفوذ تعهده والتزامه بالبيع، وعدم إمكان نقضه والرجوع عنه، والجواز هو إمكان الرجوع عن الأمر الثاني، أي التزام الذي أطهه إلى صاحبه فيسترجع التزامه، وهو يجتمع مع بقاء التمليل الذي هو المنشأ الأول في البيع إذا لم يفسخ. كما أنه لا وجود للمنشأ الثاني في العقود الإذنية، فيكون جوازها من باب عدم التعهد والالتزام فيها أصلاً.

وقد يلاحظ على هذا المطلب أمور:

أولاً - ما تقدم من أنه لا يوجد لدى العاقد مطلبان أحدهما إنشاء التمليل بعوض مثلاً، والآخر الالتزام بالوفاء بذلك، وإنما له إنشاء واحد وهو التمليل في

البيع مثلاً والشارع يمضي ذلك، وأما اللزوم فهو حكم شرعي يجعله الشارع على بعض العقود دون بعض.

وثانياً - إذا فرض أنَّ المنشأ المطابقي لم يكن له أثر الدوام فلا يكون الالتزام بترتيب آثاره مقتضياً لعدم الفسخ وإنْ كان له الأثر الدائم، إذًا لم يكن بحاجة إلى إنشاء الأمر الثاني بل يكفي دليل الصحة لترتيب تلك الآثار، فإنَّ مقتضى إمضاء المدلول المطابقي ترتيب تلك الآثار بتمامها والتي منها دوام الملكية مثلاً في البيع.

وثالثاً - لازم ما ذكر أنَّ العقد الجائز أو اللازم في زمن الخيار لا يكون عقداً ولا عهداً والتزاماً، وهذا خلاف الوجдан العرفي والفقهي القاضي بأنَّ العقد ما لم يفسخ باقٍ على حاله.

والتحقيق: عدم ورود شيءٍ من الاعتراضات المذكورة، وصحة ما ذهب إليه الميرزا النائيني رحمه الله، وتوضيح ذلك:

إنَّ العقد - على ما تقدم - هو التوافق بين إرادتين ، المعبر عنه في كلمات الأصحاب بربط الایجاب بالقبول فيما يرجع إلى سلطنة الطرفين وحقهما ، وهذا التوافق لابد وأن يكون متعلقاً بمضمون وحق معاملي ، وهو إنما أن يكون بحاجة إلى تعهد والتزام كما في تملك مال آخر ، أو لا يكون بحاجة إلى ذلك ، بل يكفي فيه مجرد الرضا .

والعقد إذا كان من النوع الأول كان عهدياً، أي متضمناً للتعهد والالتزام من قبل أحدهما للآخر ، وإذا كان من النوع الثاني كان إذنياً، وقد تقدم أنَّ صدق العقد يكفي فيه الربط والشدة بين قرارين وتوافقين ، كالإيجاب والقبول ، وإنْ لم يكن متضمناً للتعهد والالتزام ، وإنما خصصنا خطاب «أوفوا بالأنفقوه» بالعقود العهدية ، بقرينة داخلية هي الأمر بالوفاء فيه ، والذي يكون مختصاً بالعقود

والمواثيق ، وبقرينة خارجية هي معتبرة عبد الله بن عباس التي فسرت الآية بالعلوه .

وعلى ضوء هذا التحليل تندفع الاعتراضات المذكورة برمتها .

أما الاعتراض الأول : فلأنَّ المقصود لم يكن وجود توافقين أو التزامين ، بل توافق واحد ، غايته إذا كان متعلقه ومضمونه انتقال حق من شخص لآخر بحيث تتقطع صلته به يكون تتحققه بحاجة إلى الالتزام والتعهد بذلك الحق لآخر ، فيكون لا محالة مدلول العقد والمنشأ المعاملي به هو الالتزام بتلك النتيجة والمضمون المعاملي لآخر ، والذي بالتحليل ينحل إلى التوافق على تحقق متعلق ذلك الالتزام ونفس الالتزام والتعهد بذلك الحق والمضمون المتواافق عليه . فلا يوجد إنشاءان ومنشآتان مستقلان ليقال بأنَّه على خلاف الوجдан .

وأما الاعتراض الثاني : فلأنَّ صحة العقد لا تعني أكثر من مشروعية التوافق وتحققه ، وتكون الآثار متربة على بقاء التوافق وعدم تحقق الفسخ والرجوع عنه ، لا أنَّ المتعاقدين ينشأان ويجعلان تلك الآثار ابتداءً بشكل مطلق أو مقيد في عمود الزمان ؛ لأنَّه قد تقدم أنَّ المتعاقدين ليسا مشرعين للأحكام والآثار ، وإنما يتحققان صغرى التوافق والعقد على ذلك المضمون المعاملي ، فإذا لم يكن فيه تعهد والتزام بل مجرد الإذن والرضى جاز الرجوع عنه ، وبذلك يرتفع العقد بقاءً ، فلا موضوع للصحة ، وإذا كان فيه تعهد والتزام فلا ينتقض هذا التعهد والقرار المعاملي ما لم يكن يملك حلَّه وهو معنى اللزوم ، فليست الآثار المتربة على العقد هي المنشأ المعاملي للمتعاقدين .

وهذا هو الاشكال الذي أشرنا إليه سابقاً ، وعلى أساسه قلنا إنَّه لا يمكن إثبات اللزوم بدليل صحة العقد ومشروعيته إذا لم يكن العقد بنفسه متضمناً للتعهد والالتزام وكان اللزوم مُنشأً من قبل المتعاقدين .

وأما الاعتراض الثالث: فبالنسبة للعقود الجائزه يصدق العقد عليها باعتبار تحقق التوافق فيما يرجع إلى حق الطرفين، أي الإيجاب والقبول المشدود أحدهما بالآخر، ولا يحتاج العقد بهذا المعنى إلى التعهد والالتزام، وقد تقدم سرح ذلك في تعريف العقد.

وأما بالنسبة للعقود العهدية مع حق الفسخ لأحدهما أو كليهما فصدق العقد إنما يكون لأجل تحقق التوافق على القرار العهدي، أي الالتزام والتعهد الإلزامي؛ لكون تحقق المضمون المعاملبي فيها بحاجة إلى التعهد والالتزام، إلا أنه ببركة الخيار يكون زمام هذا التعهد بيد صاحبه بحيث يمكنه الرجوع فيه في زمن الخيار ورفع القرار العهدي؛ لأن التعهد كما له اضافة إلى متعلقه وهو المضمون المعاملبي والحق الملزمه به للأخر كذلك له اضافة إلى من له التعهد والالتزام، فإنه كالمالك لزمام التعهد على المعهود.

وهذا هو الذي عبر عنه الميرزا الثنائي شوش بتملكه الالتزام وإعطائه للأخر، والعقود العهدية التي فيها حق الفسخ لأحدهما أو كليهما معناه رفع الاضافة الثانية في التعهد والالتزام العقدي لا الاضافة الأولى وأصل الالتزام؛ ومن هنا ما لم يفسخ من له الخيار وحق الفسخ يكون العقد العهدي باقياً وأشاره مترتبة خارجاً.

وهذا تحليل دقيق على أساسه يظهر الفرق بين معنى لزوم العقد ومعنى صحته.

كما ويظهر مبني اللزوم في العقود العهدية والجواز في العقود الإذنية، وأن هذا النوع من اللزوم والجواز حقيقة معنى أن اللزوم منشأ من قبل المتعاقدين ضمن إنشاء العقود العهدية، بخلاف العقود الإذنية فليس حكمين شرعاً في ابتداء.

كما ويظهر صحة التمسك بأدلة الصحة ومشروعية العقود العهدية كالبيع والإجارة، فضلاً عن «أُوفوا بالعقود» و«المسلمون عند شروطهم» لإثبات اللزوم لكونها امضاءً لللزوم بالمعنى المذكور المنشأ من قبل المتعاقدين في هذه العقود أيضاً.

هذا، مضافاً إلى السيرة العقلائية أو الأدلة الخاصة المثبتة لللزوم في جملة من العقود العهدية الخاصة.

وبهذا يعرف أنَّ مبدأ اللزوم والجواز الحقيقين في العقود يرجع إلى إرادة المتعاقدين بحسب الدقة، وأنَّ دور الشارع هو الإمضاء لذلك، ولهذا أيضاً يكون شرط الخيار فيه على القاعدة، وهذا بخلاف الجواز واللزوم الحكميين الشرعيين، كما في لزوم النكاح وعدم جواز شرط الخيار فيه، أو جواز الهبة وعدم جواز شرط اللزوم فيها، فإنَّهما حكمان شرعيان على خلاف ما قد يقصده المتعاقدان في تلك العقود؛ ولهذا يكون إثبات ذلك بحاجة إلى قيام دليل خاص عليه.

وينبغي أن يعلم بأنَّ مصطلح الالتزام عندنا هنا غير مصطلح الالتزام في الفقه الوضعي؛ فإنَّ مقصودنا من الالتزام هو التعهد الذي حقيقته جعل حق والالتزام به للأخر، والذي يساوق الرضا والإرادة الملزمة في الفقه الوضعي، وأمَّا الالتزام في الفقه الوضعي فيراد به أثر التعهد والالتزام، وهو الإلزام والمديونية أو الحق الذي نعبر عنه بالأثر الشرعي الملزم الذي يحصل بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام والحق.

وأمَّا العقد عندهم فهو توافق الارادتين – كما تقدَّم في الفصل السابق – والذي يشتمل على التراضي والإرادة عندهم فحسب، على ما سأليتني شرحه.

ثم إن البحث عن لزوم العقود العهدية غير البحث الذي سيأتي بعنوان (القوة الملزمة للعقد)، فإن البحث هناك عن أحكام العقد وأثاره بالنسبة للأشخاص والأعيان الواقعه موضوعاً للعقد، وأما البحث هنا فعن طبيعة العقود العهدية، وحقيقةها في نفسها، وفرقها في ذاتها ومضمونها عن العقود الإذنية، وهذا بحث يرجع إلى تحليل نفس العقد، وإن كان يترتب عليه حكم اللزوم أيضاً؟ وبعد أن تضح تعريف العقد وأقسامه ومباني صحته ولزومه لابد وأن نورد

البحث عن نظرية العقد ضمن الأبواب التالية:

الباب الأول: أركان العقد^(١).

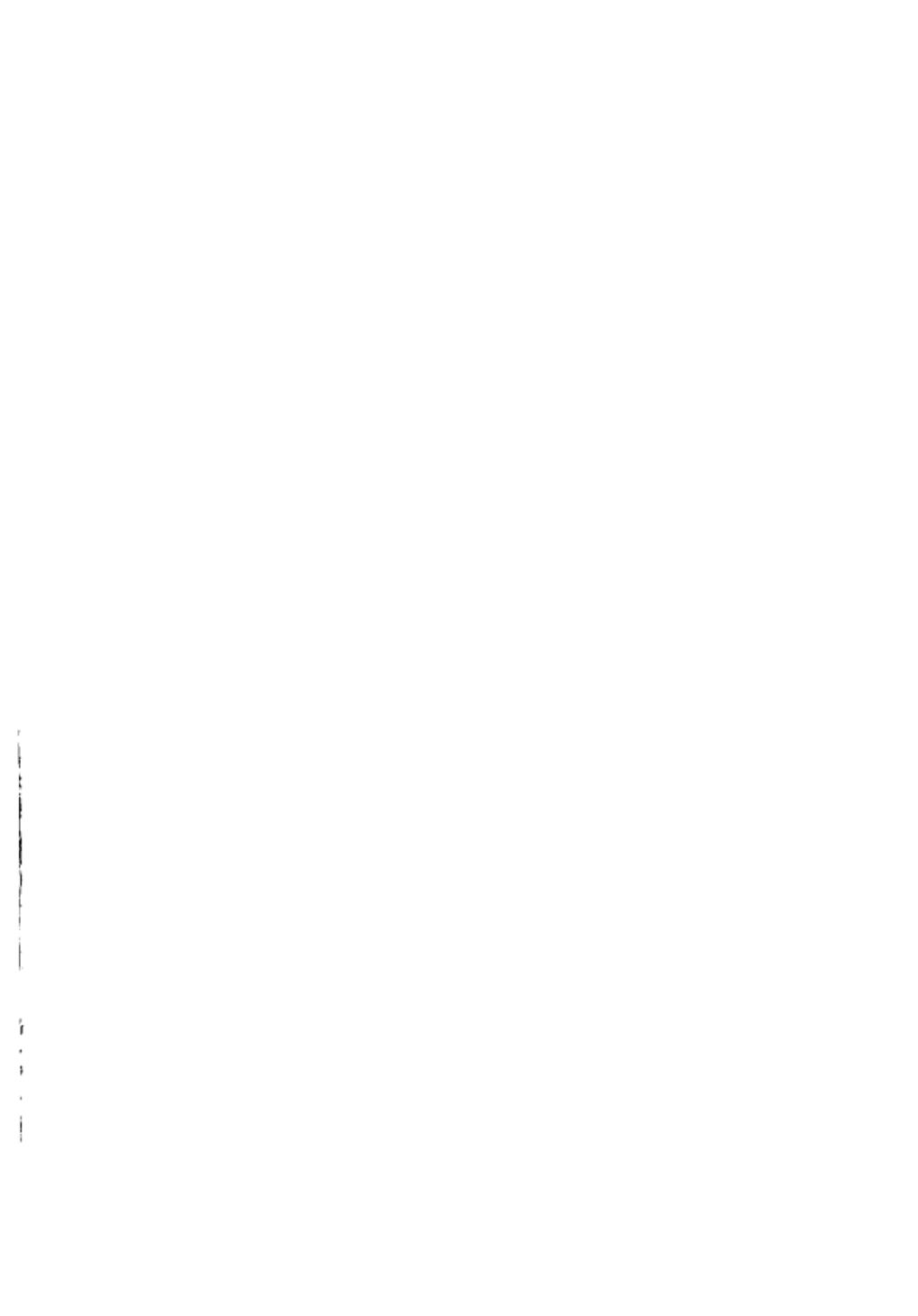
الباب الثاني: أحكام العقد.

الباب الثالث: انتهاء العقد.

١ - أكمل المؤلف ^{نحو} الباب الأول ولم يمهله الأجل المحتوم لإكمال الباقين الآخرين.

البَيْانُ الْمُبِينُ

أركان العقد



مُهِيَّدٌ

المعروف بين فقهائنا تقسيم أركان العقد إلى إنشاء العقد - وقد يعبر عنه بالصيغة ويراد به (الإيجاب والقبول) - والتعاقدية وهما (طرف العقد)، والموضوع أو الم محل (كالعوضين في المعاوضات).
والمراد بالأركان ما يكون قوام العقد به بحيث من دونه لا يتحقق انعقاد العقد، فإن العقد مع فقدان أحد الأمور الثلاثة المذكورة لا يمكن أن يتحقق فهي قوام العقد كما هو واضح.

ويبحث الفقهاء عادة في كل عقد عن شرائط ذلك العقد، وشروط التعاقدية والعوضين فيه، وكثيراً ما يتكرر البحث عن تلك الشرائط بتكرر العقود المبحوث عنها؛ لكون أكثر تلك الشرائط عامة راجعة إلى كل عقد لا خصوص البيع أو الإيجارة أو المضاربة أو الهبة وغيرها من العقود، وإن كان بعضها شروط خاصة به.

ومن هنا يكون الأجرد بحث الشرائط العامة لأركان كل العقود تحت عنوان (أركان العقد وشروطها) في نظرية العقد العامة، وتحصيص البحث عن الشرائط المختصة بكل نوع من العقود الخاصة - كاشتراط القبض في الهبة أو الدين - بمحاجة تلك العقود وأبوابها الخاصة في الفقه.

ونحن نجري هنا طبقاً لهذا المنهج فنتعرّض إلى أركان العقد بشكل عام والشروط الالزامية في كل ركن؛ لأنّ موضوع بحثنا نظرية العقد في الفقه الإسلامي وأحكامه العامة.

وقبل الدخول في بيان الأركان ينبغي توضيح عدة أمور:

الأمر الأول: أضاف الفقه الوضعي ركناً آخر غير المحل ، سماه بسبب الالتزام ويراد به الباعث والغرض من العقد والالتزام ، بينما لم يرد ذلك بهذا العنوان في الفقه الإسلامي ، وإن كان السبب بمعنى إمكان الوفاء وتحقق الغرض النوعي من العقد من شرائط العوضين في فقهاً الإسلامي أيضاً ، وسوف يأتي مزيد توضيح ومقارنة بين الفقهين في ذلك.

الأمر الثاني: المراد بالركن في المقام يمكن أن يكون أحد معان:

- ١ - أن يراد به كل ما يكون دخيلاً ولازماً في صحة العقد وترتّب الأثر عليه، وطبقاً لهذا المعنى تكون كافة الشروط الالزامية سواءً في إنشاء العقد أو أهلية المتعاقدين أو في محل العقد وسيبه ركناً للعقد. إلا أنَّ هذا المعنى غير مراد من مصطلح أركان العقد حتى لدى فقهائنا، فضلاً عن القانون الوضعي.
- ٢ - أن يراد به كل ما يكون لازماً لامكان تصحيح العقد وتنفيذه وإن لم يكن صحيحاً بالفعل ، فقد الفضولي أو المكره قابل للتصحيح وإن لم يكن صحيحاً بالفعل قبل تحقق الإجازة من المالك أو رفع الإكراه وإجازة المكره ، وهذا بخلاف عقد المجنون ؛ فإنه بحاجة إلى الإعادة. وطبقاً لهذا المعنى يكون كل شرط من شرائط الصحة يوجب فقدانه عدم إمكان تصحيح العقد ركناً فيه دون سائر الشرائط .
- ٣ - أن يراد به كل ما يكون شرطاً في مسمى العقد وصدقه – والاسم للأعم من الصحيح وال fasid - فما ليس دخيلاً في صدق العقد لا يكون ركناً فيه حتى إذا

كان فقدانه موجباً لبطلان العقد وعدم إمكان تصحيحه، كما إذا قلنا بأنَّ غير البالغ مسؤل العبارة ولا يمكن تصحيح عقده حتى بالإجازة، أو قلنا بأنَّ من باع شيئاً للغير قبل أن يملكه ثُمَّ ملكه لا يصح بيعه له حتى بالإجازة، بل لا بد أن يعيد البيع.

وطبقاً لهذا المعنى يختص ركن العقد بما يحقق مسمى العقد خارجاً، وهو عبارة عن مجموع أمور ثلاثة:

أ - القصد أو الإرادة الجدية للعقد المعتبر عنه في الفقه الوضعي بالإرادة الباطنة.

ب - الإنشاء أو الإرادة الإنسانية، المعتبر عنه بالإرادة الظاهرة.

ج - المضمن العاملية أو متعلق الإرادة والالتزام المشتمل على نوع الحق والمراد انشائه بالعقد.

وأما أهلية المتعاملين أو وجود المحل أو السبب خارجاً فليست أركاناً للعقد بهذا المعنى، وإن كان فقدانها يوجب بطلان العقد وعدم إمكان تصحيحه؛ لأنَّها ليست مأخوذه في مسمى العقد، ويصدق العقد مع فقدانها أيضاً ولكنه عقد باطل، كما في بيع غير البالغ أو بيع المعدوم.

وإرادة هذا المعنى للركن هو المستظهر من القانون الوضعي؛ ولهذا ذكروا أنَّ الأهلية والمحل ليسا من أركان العقد، وإنما يبحث عنهما ضمن أركان العقد بالنسبة؛ لأنَّ العقد ركنه هو الرضا والإرادة فقط، وأما الأهلية فقالوا أنها إما شرط في تحقق الإرادة إذا كان فقدانها مانعاً عن تتحقق أصل الإرادة - كالجنون - فهي ليست مأخوذه في مسمى العقد وإنما تكون محققة لمصداق العقد خارجاً، أو لا يكون مانعاً عن تتحقق العقد كبيع الفضولي أو المحجور عليه، وأما المحل فهو ركن في الالتزام بمعنى مشروعية الإلزام والحق لا العقد،

فإنه لابد وأن يكون معقولاً ولا يكون الإلزام معقولاً بدون محلٍ ومتصل للحق والإلزام.

إلا أن متعلق الإرادة ونوع الحق والعلقة الوضعية المراد انشائهما بالعقد أيضاً لابد وأن يؤخذ ركناً في العقد، فالعقد لابد وأن يكون له مضمون انشائي معين ومحلٍ وموضوع مناسب مع ذلك المضمون في عالم الانشاء وإن لم يكن موجوداً خارجاً . وقد غفل عن ملاحظة ذلك علماء القانون ، فاقتصروا على ذكر الرضا أو الإرادة ، وجعلوه وحده ركناً للعقد بالدقة العلمية^(١).

٤ - أن يراد بالركن ما لا يتحقق العقد خارجاً إلا بوجوده ، أي يتوقف وجوده عليه عقلاً ، وهو الانشاء والإرادة الجدية للعقد والتعاقدان والموضوع المتعلق به العقد ، سواء كان ذلك الركن مأخوذاً في مسمى العقد وصدقه كالإنشاء والإرادة أم لا ، كوجود المتعاقدين أو أهليةهما للإنشاء .

وهذا المعنى للركن هو المستظهر من كلمات فقهائنا العظام في المقام ، وعلى أساسه جعلوا الأركان ثلاثة بالنحو الذي ذكرناه في بداية البحث ، وبناءً عليه تكون كل الشرائط المحققة لأصل العقد أو مسماه ركناً فيه وهي الإرادة الجدية والإنشائية ، وأهلية العاقد له ، والمضمون المعجمي أو الموضوع والمحل الذي يمكن أن تتعلق الإرادة به ، وأماماً سائر الشروط فلا تكون دخلة في تحقق العقد ، أي لا يتوقف تتحققه عليها عقلاً ، فلا تكون أركاناً للعقد وإن كان فقدها موجباً لبطلان العقد ، فهي من شروط أركان العقد وليس أركاناً.

ونحن نجري حسب هذا المألف في فقها ، فنبحث في الركن الأول عن إنشاء العقد وإيجاده وشروطه ، وفي الركن الثاني عن المتعاقدين وشروطه

١ - نظرية العقد (الستهوري) ١: ١٤٧ .

الأهلية، وفي الركن الثالث عن الموضوع أو محل العقد وشرائطه؛ لأنَّه أكثر تطابقاً مع كلمات فقهائنا رحمه الله؛ ومع ما سندكره في الأمر القائم.

الأمر الثالث: هناك بعض الشروط والآثار تترتب على التفكير بين الشروط الراكنية للعقد والشروط غير الراكنية بالمعنى الذي ذكرناه في الأمر السابق: منها - أنَّه بالنسبة للشروط الراكنية لا يحتاج في إثبات شرطيتها وزوتها إلى دليل شرعي على الشرطية؛ بل يكفي إثبات عدم صدق اسم العقد أو عدم تتحقق خارجاً في البطلان، وبالتالي عدم شمول أدلة صحة العقود للفاقد لها.

ومنها - أنَّ الشروط الراكنية يكون الخلل في شيء منها موجباً لعدم العقد وعدم تتحققه، وهذا بخلاف الشروط غير الراكنية، فعقد الهازل أو المجنون ليس عقداً، بخلاف عقد الفوضولي أو المكره أو المفلس، فإنهما عقود غير تامة (أي غير صحيحة)، ويترتب على ذلك أنَّه لا يمكن تصحيح العقد وترتيب آثاره في موارد فقدان الشرط الراكني - لو تحقق ذلك الشرط بعد ذلك - إلا باعادة العقد، وأماماً في الشروط غير الراكنية إذا ما توفرت بعد العقد فقد يمكن تصحيح العقد بدون حاجة إلى إعادة العقد، كما في اجازة بيع الفوضولي من قبل المالك، أو بيع المكره بعد رفع الإكراه.

ومنها - إذا شك في شرطية شيء في صحة العقد وترتبط الآثار عليه إذا كان مما يشك في ركتينه في العقد، لم يجز التمسك باطلاقات أدلة الصحة لنفي شرطيته وإثبات صحة العقد مع فقدانه، بخلاف ما إذا كان يعلم بعدم ركتينه ويشك في مجرد شرطيته، فإنَّ مقتضى أصلالة الصحة في العقود نفي شرطيته.

والوجه في ذلك ظهر مما تقدم في معنى الركن وأنَّ فقدانه يوجب انعدام العقد وعدم صدقه، فإذا شك في ركتينه شيء في العقد كان من موارد الشك في صدق العقد، فلا يمكن التمسك باطلاق دليل الصحة ونفاذ العقد؛ لأنَّه من الشبهة

المصداقية للعام ، ولا يجوز التمسك فيها بالدليل قطعاً . وهذا بخلاف ما لا يكون ركناً بهذا المعنى ؛ فإن إطلاق الدليل شامل له ، والشك يكون في تقييد زائد له فينفي باطلاق دليل الصحة .

ومنها - إذا شك في بقاء شرط من الشروط إلى زمان تحقق العقد وعدمه بنحو الشبهة الموضوعية فإذا كان ذاك الشرط ركناً في العقد كعدم الجنون لم يمكن إثبات صحة العقد باستصحاب بقاء ذلك إلى زمان صدور العقد؛ لأنّه لا يثبت تتحقق العقد الذي هو أمر تكويني ، أي يكون من الأصل المثبت ، وأما إذا كان الشرط غير ركني فقد يمكن إثبات صحة العقد باستصحاب بقاء الشرط إلى زمان العقد ، كما لو شك في صدور العقد قبل الإفلاس والحجر عليه أم بعده ، أو بقاء إذن المالك في البيع إلى زمان العقد وعدمه ، فبااستصحاب بقاء سلطنته وعدم حجره أو إذن المالك إلى زمان العقد نحرز موضوع العقد الصحيح إذا كان الشرط المذكور ملحوظاً في موضوع الحكم بالصحة بنحو التركيب لا التقييد كما هو الغالب .

ومنها - أن ما يكون ركناً في العقد بالمعنى المتقدم - ما عدا ما يرجع إلى مضمون العقد وسماته - مشترك في تمام العقود ، بينما الشروط التي لا تكون ركناً للعقد قد تختلف من عقد إلى آخر ، فالقبض مثلاً شرط في صحة الهبة أو الدين ولكنه ليس شرطاً في صحة البيع أو الإجارة .

ومنها - أن الشرائط العامة التي تكون ركناً في العقد بالمعنى المتقدم مستقى عليها عادة بين العرف والشريعة والقانون الوضعي ، وأما الشرائط غير الركينة فهي التي يختلف فيها نظر الشرع عن العرف أو القانون الوضعي ، فيكون القبض مثلاً شرطاً شرعياً في صحة عقد الهبة دون العرف أو القانون الوضعي .

وبعد أن اتضحت هذه الأمور ندخل في البحث عن أركان العقد والشروط العامة لكل ركن - سواء كانت شروط الركن مؤثرة في تحقق الركن والعقد وقواماً له ، أو كانت شروط في صحة العقد ، وإن كان العقد الباطل محققاً من دونها أيضاً -

فنورد البحث عن الأركان ضمن عناوين ثلاثة:

١ - العقد أو الإرادة العقدية.

٢ - أهلية المتعاقدين.

٣ - الموضوع أو محل الإرادة (العوضان). ونبحث ضمن هذا الفصل عن السبب وتأثيره على المحل أيضاً.

والفقه الوضعي اعتبر للعقد ركنتين - كما أشرنا - هما: التراضي ، والمحل . بل بالدقّة اعتبر المحلَ ركناً للالتزام والحق الذي هو أعم من العقد ، وإنما يبحث عنه في العقد باعتبار أنه من أهم مصادر الحق والالتزام ، وبحث عن الركن الأول في فصلين: وجود الرضا أو التراضي ، وصحة الرضا . فجعل البحث عن أهلية المتعاقدين وعيوب الرضا ضمن الفصل الثاني ، كما بحث عن الركن الثاني في فصلين أيضاً: محلَ الالتزام ، وسبب الالتزام .

وسنأتي التعليق على جملة متأذكروه بحسب المناسبة ضمن المنهج الذي ذكرناه والمطابق مع منهج فقهائنا العظام (قدس الله أسرارهم) ، فنحن نبحث :

أولاً: عن الركن الأول ، وهو العقد أو الإرادة العقدية .

ثانياً: عن الركن الثاني ، وهو المتعاقدان وشروط الأهلية .

ثالثاً: عن الركن الثالث ، وهو المحلُ والسبب - بمعنى الغرض النوعي - للعقد .

الركن الأول : العقد أو الإرادة العقدية

وهذا الركن للعقد في الفقه الإسلامي يتكون من عنصرين أو جزئين :

١ - الإرادة الجدية أو القصد الجدي لضمون العقد في نفس العاقد ، فإن الإرادة عمل نفسي ، وقد يعبر عن ذلك بالإرادة الباطنة .

٢ - إنشاء العقد أو إبراز الإرادة الجدية بما يصلح أن يكون إنشاء لها باللفظ أو بغيره ، وقد يعبر عنه بالإرادة الظاهرة ، والفقه الوضعي جعل حقيقة العقد وركنه بالرضا أو الإرادة الكامنة في النفس ، وجعل الأفصاح عنها مجرد اظهار وطريق لكتشها ، وأنه إذا اشترط في عقد التعبير الصريح عن الإرادة فتلك شكلية خاصة أو مهدبة قد تشرط لخطورة الأمر المقدم عليه وليس العقد متقوماً بذلك^(١) .

ولا ينبغي الشك في أن قوام العقد بالإرادة والتراضي الجدي - كما تقدم في تعريفه - إلا أن التراضي بوجوده النفسي ليس وحده هو العقد بل لابد من إرادة ظاهرة وإنشاء خارجي به يتحقق التوافق والقرار المعاملتي الذي هو من مقوله الفعل الإنساني ، فالعقد من دون الإنشاء لا يتحقق ولو فرض وجود التراضي والإرادة الجدية الباطنة لدى الطرفين .

فمجرد توافق الإرادتين باطنناً وثبوتاً على شيء واحد لا يكون عقداً من دون إبرازه وإظهاره خارجاً بمبرز لفظي أو فعلي بالكتابة أو غير ذلك ، بل به يتحقق التوافق والقرار المعاملتي ، وهذا يعني أن للعقد ركناً معنوياً هو التراضي ، ورकناً مادياً هو الانشاء .

١ - نظرية العقد (السنوري) ١: ١٥١

ولعلّ هذا متفق عليه بين المذاهب الفقهية الإسلامية جمِيعاً، وإنما الاختلاف في أنّ أكثر المذاهب الإسلامية تتقدّم بخصوص الإنشاء اللفظي وعدم الإكتفاء بغيره إلّا لضرورة كما في إشارة الآخرين مثلاً.

وهذا يعني أنّ العقد بل والواقع أيضاً من مقولات الفعل الإنساني الذي يوجده العقد بحيث لا يتحقق من دون أن يكون هناك مظهر خارجي مادي له، فلا يكفي وجود الإرادة باطنًا والكامن ثبوتاً؛ ولا يكون ذلك عقداً أصلّاً، لأنّه عقد غير مفصح عنه.

وبتعمير آخر: الإنشاء والمظهر المادي لابدّ منه في العقد أيضاً، كما أنّ مدلول أفاظ الإنشاء ليس هو الإخبار عن وجود الرضا الكامن في نفس العقد، بل له معنى إنساني، ف مجرد الإرادة والتراضي الباطني ليس عقداً ولا تترتب عليه آثاره.

نعم، هناك أحكام وآثار أخرى قد يكفي فيها مجرد الإرادة الباطنة كجواز التصرف مثلاً في مال الغير، فإنه يكفي فيه إحراز رضا المالك باطنًا. وفيما يلي نشرح ابتداءً كلاً من الإرادتين ومدى العبرة بكلّ منها، ثم نورد شروط صحة هذا الركن من العقد:

١ - الإنشاء أو الإرادة الظاهرة :

وقد يقع البحث في حقيقة الإنشاء بين فقهائنا حيث ذهب البعض إلى أنه إيجاد للمعنى باللفظ وعدل آخرون إلى أنه مجرد تعبير وإبراز للاعتبار النفسي ولتكن لازماً في تحقق العقد.

ووجه العدول مربوط ببحث عام محله في علم الأصول عند البحث عن الفرق بين الجملة الإنسانية والإخبارية، فذكروا هناك أنّ إيجاد المعنى باللفظ أمر غير

معقول عندهم ؛ إذ لو أُريد به إيجاد المصداق الحقيقى للمعنى والماهية في الخارج فهو واضح البطلان ؛ لأن المصداق الخارجى علة إيجاده أمور تكوينية خارجية لا للفظ ، وإن أُريد إيجاد المفهوم في ذهن المستعمل فهو أيضاً لا يكون اللفظ من مبادئ إيجاده كما هو واضح ، فلا يرجع إيجاد المعنى باللفظ إلى معنى معقول .

ومن هنا اختار المحقق العراقي ^{١١} وتبعه جملة من المحققين بأن الإنشاء ليس إلا عبارة عن التعبير وإبراز الاعتبار النفسي باللفظ في قبال الإخبار الذي هو إبراز قصد الحكاية باللفظ ، سواء في الجمل المتمحضة في الإنشاء كالأمر والنهي والتنبيه والاستفهام وغيرها ، أو في الجمل الخبرية المستعملة في مقام الإنشاء ، وطبق ذلك في باب المعاملات والعقود بأن العاقد يعتبر التمليك مثلاً ثم يرзه باللفظ أو بغيره والعقلاء أو الشارع يمضون ذلك الاعتبار الشخصي للمتعاقدين ويعتبرونه نافذاً .

ولنا في المقام كلامان :

أحدهما - بلحاظ أصل التفسير للإنشاء بالإبراز .

والآخر - بلحاظ تطبيق ذلك في باب العقود والمعاملات .

أما الكلام الأول : فيمكن أن يلاحظ على ما ذكره المحقق العراقي ^{١١} ودليله بعدة ملاحظات :

الأولى : أن المسلك المذكور يؤدي إلى أن يكون الفرق بين الإنشاء والإخبار بلحاظ المدلول التصديقى للجملة دائمًا بلحاظ المدلول الاستعمالي فضلاً عن التصوري ، وهذا خلاف الوجdan ، خصوصاً في الصيغ المتمحضة في الإنشاء

١ - نهاية الأنكار ١ : ٥٨ . محاضرات في أصول الفقه ١ : ٩٧ - ٩٨ .

كصيغ الأمر والترجي والتمني ونحوها، حيث لا يبقى ما يبرر ويفسر لنا وجه عدم إمكان استعمال الصيغ المتمحضة للإنشاء في الإخبار أيضاً كما في (بعث) ونحوه من الإنشائيات.

الثانية: لازم ما ذكر أن يكون الإخبار عن أنه يكون له ذلك الاعتبار النفسي كافياً في إنشاء العقد، كما إذا قال: (في نفسي إرادة البيع بعوض) مع أنه من الواضح أن هذا ليس انشاء للعقد بل إخبار عن أمر نفسي كإخبار عن أي حالة نفسانية أخرى كالغضب أو الحلم أو العلم وهو لا يكفي في تحقق العقد.

الثالثة: ما ذكر في الإشكال على مبني ايجاد المعنى باللفظ غير تمام؛ لأن المعاني على قسمين: قسم منها لا يمكن إيجادها خارجاً باللفظ ، وقسم منها يمكن أن يكون اللفظ من مبادئ وجودها في الخارج حقيقة. فلا موجب لافتراض عدم معقولية ايجاد المعنى باللفظ في مثل هذه المعاني ، ومن هذه المعاني الأمور الاعتبارية الإنسانية .

والتحقيق في حل معضلة إنسانية المعاني أن يقال: بأن الفرق بين إنشاء والإخبار ناشئ من أن المعنى الإنساني معنى ايقاعي بذاته، بخلاف المعنى الإخباري فإنه معنى وقعي ، فالمعاني التي يمكن تحقيقها في الخارج حقيقة من قبل الإنسان لكونها أفعالاً تتحقق تكونناً أو اعتباراً وإنشاء بفعل المتكلم يمكن للمتكلم أن ينظر إليها تارة نظرة إيقاعية فيلحظها بما أنه يريد إيقاعها والتسبب إلى إيجادها كما في النداء والتمني والأمر والنهي وكذلك الأمور الاعتبارية كإيجاد العقد أو البيع الذي هو اعتبار يكون مضمونه معنى اعتبارياً وأمراً خارجياً سواء بحسب نظر العاقد فقط - المسبب الشخصي - أو القانون أيضاً - المسبب الشرعي - وهو يوجد باللفظ في الخارج وإن كان اعتبارياً لا حقيقياً، وكون المعنى حقيقياً أو اعتبارياً لا ربط له بايجاديته .

فبدل أن ينبه المخاطب بالفاته أو يدفعه نحو الفعل أو يمنعه عنه بيده يستعين بالألفاظ الموضوعة لمعاني وتصورات تناسب مع الإيقاع، فتكون تلك الألفاظ أدوات إنشاء والإيقاع لذلك المعنى في الخارج، وهذا يكون في الجمل المتمحضة للإنشاء.

وقد تكون الجملة بحسب مدلولها التصوري صالحًا للنظر إليها نظراً وقوعياً أو إيقاعياً، فإذا لوحظت النسبة بين طرف في الجملة عندئذٍ في وعاء الموضوع كانت إخباراً، وإذا لوحظت في وعاء الإيقاع والإيجاد كانت إنشاءً، وهذا هو حال الجمل المستعملة في الإخبار والإنشاء، وهذا يتحقق في الاعتباريات كـ(بعث وأجرت) ويتحقق في التكوينيات أيضاً كما في (آمرك) إنشاءً فإنَّ الأمر عبارة عن السعي والتصدي نحو تحقيق شيء بدفع الغير إليه، وهذا يتحقق بنفس استعمال الأمر في مفهومه في الجملة الخبرية المذكورة، غاية الأمر يمكن أن ينظر إليها تارة نظرة وقوعية فتكون إخباراً، وأخرى نظرة إيقاعية فتكون إنشاءً، فالإنسانية والخبرية يرجع إلى تباين النظريتين الواقعية والإيقاعي في المعاني ذاتاً، والذي يتحقق على أساس النظرة الإيقاعية مصاديق ذلك المعنى المنظور إليه كذلك خارجاً حقيقة، سواءً كان معنى خارجياً أو اعتبارياً، وهذا بخلاف النظرة الواقعية.

وبهذا الاعتبار سميت المعاني من النوع الأول بالإنسانية وقيل بأنَّها توجد بالللغة، أي توجد مصاديقها بالحمل الشائع بالللغة في طول النظر الإيقاعي المذكور والذي هو فرق ذاتي مفهومي بين الإخبار والإنشاء محفوظ حتى في مرحلة المدلول التصوري أو الاستعمالى لهما.

كما أنه يندفع إشكال المحقق العراقي ^ش حيث يمكن أن يكون اللغظ أو الاستعمال من مبادئ ذلك، فلا موجب لرجوع اليد عما هو المعروف والمرتكز

وجدناً من أن المعاني الإنسانية إيجادية بهذا المعنى، وظهر بذلك أيضاً وجه الفرق بين الجمل المتمحضة في الإنشاء والجمل المشتركة بينه وبين الإخبار. وتفصيل ذلك أكثر من هذا المقدار متrox إلى محله من علم الأصول. هذا كلّه في أصل الفرق بين الخبر والإنشاء.

وأما الكلام حول تطبيق ذلك في باب العقود والإيقاعات وما ذكره هنا المحقق ^ت من أن الإنشاء فيها بمعنى إبراز الاعتبار النفسي وأن الأمر الإنسائي هو ذلك الاعتبار النفسي للملكية مثلاً، فهذا بنفسه بعيد جدًا كما أشرنا سابقاً، بل غير محتمل؛ لأن الاعتبار شغل المشرع والمعلن، ولا إشكال بحسب الوجдан العرفي أن العاقد لا يشرع الملكية مثلاً بحيث يستقل هو مع طرفه على جعله، وإنما يتصدّيان إلى إيجاد ما هو عقد وقرار قانوني لدى العقلاء أو الشارع، ف تمام نظرهم طريقي إيجادي ومتعلق بتحقيق القرار القانوني، وليس لديهم تشريع واعتبار في قبالهم.

ومن هنا لابد في العقود والإيقاعات من قصد التسبب، فليس هناك اعتبار نفسي وتشريع شخصي لدى المتعاقدين، بل هناك قصد التسبب إلى إيجاد العقد القانوني في الخارج وإن كان هذا قد يستطبّن قبول ذاك أيضاً، وهذا بنفسه يؤكّد ما ذكرناه من أن الإنشاء ليس ابرازاً للاعتبار النفسي بل تسبّب إلى إيجاد المعنى الإنسائي خارجاً باللفظ بالمعنى المتقدم.

وبهذا يظهر أن ما يقال من أن أساس العقود والمعاملات كالبيع والإيجار موضوعة للمسبب الشخصي المجعل من قبل المتعاقدين، وهذا متتحقق حتى في موارد العقود الفاسدة مما لا يمكن المساعدة عليه؛ إذ لا يوجد مسبب ومعتبر شخصي كذلك وإنما الموجود قصد التسبب إلى مجعل المسبب القانوني والذي يجعل كبراه بنحو القضية الحقيقة العقلاء أو الشارع ويتحقق مجعله ومصادقه الخارجي العاقد.

ولا مشاحة في تسمية ذلك بالسبب الشخصي باعتبار أنَّ ذلك المجعلوُ أمر اعتبري إنشائي أيضًا ، والعاقد يقصد إنشاءه وإيجاده ، إلا أنه ليس تشيريًّا واعتبارًا مجعلوًّا من قبله ، وإنما إيجاد للتوافق وإنشاء قرار طبق ذلك المجعلوُ القانوني في الخارج ، وهذا القرار أو التوافق فعل خارجي يتحقق ويوجد بمجموع الإرادتين الباطني والظاهري .

وبهذا يتضح وجه أنَّ الإنشاء والإرادة الظاهرة بمعظمه المادي ركن معتبر في انعقاد العقد ، بحيث من دونه لا وجود للعقد حقيقة ، كركنية الإرادة الباطنة والقصد الجدي لمضمون العقد .

والدليل على ركتنية الإنشاء والإرادة الظاهرة في تحقق العقود الوجдан اللغوي والعرفي والمرتكز العقلاني والشرعاني القاضي بأنَّ معانٍ المعقود والإيقاعات من مقوله الأفعال الإنسانية ، لا أوصاف النفس أو أفعالها وأنَّها توجد بالإنشاء والإبراز الخارجي ، فليس الرضا الباطني ولا يجعل والاعتبار الباطني من دون إقرار وإبراز ظاهري عقدًا . وقد يمكن استفادته ذلك من بعض الخطابات الشرعية أيضًا ، كقوله تعالى : « وَنَجِنَّ يُؤَاخِذُهُمْ بِمَا عَقَدُتُمُ الْأَيْقَانَ »^(١) ، وقوله عليه السلام : « إنما يحلل الكلام ويحرّم الكلام »^(٢) .

والفقه الوضعي عَبَرَ عن الإنشاء أو الإرادة الظاهرة بالتعبير عن الإرادة الباطنة ، فكانَه يوافق المسلك الأول القائل بأنَّ الإنشاء مجرد إبراز للرضا والإرادة الباطنة ، ولكن على كل من المبنيين لا يتم العقد ولا يتحقق من دون التعبير وإبراز الإرادة الباطنة بميّرزا خارجي - ولو مثل الإشارة أو الكتابة أو التعاطي - فال المسلكان متفقان هنا على أنَّ العقد لابدَّ فيه من التعبير أو الإبراز أو

١ - سورة العنكبوت ، الآية : ٨٩ .

٢ - وسائل الشيعة ١٨ : ٥٠ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود ، الحديث ٤ .

الإرادة الظاهرة، وأنه من دون ذلك لا يتحقق العقد والتواافق وإن علمنا بوجود الرضا الباطني الكامن في النفس، وهذا الأمر المسلم بين المسلمين يمكن أن يكون منبهًا على صحة المسلك الثاني.

٢ - الرضا أو الإرادة الباطنة :

الرضا أو الإرادة الباطنة هو روح العقد وركنه المعنوي، ويمكن تحليله إلى جزئين وعنصرين:

- ١ - الرضا بمعنى الالتزام بمضمون العقد وإرادته، في قبال من لا قصد ولا إرادة له بالعقد كالهازل أو النائم أو الغلط بمعنى الخطأ أو المجبور على مجرد اللفظ.
- ٢ - الرضا بمعنى الاختيارية وطيب النفس بالعقد، في قبال الإكراه عليه، وفيما يلي نبحث عن كل من الجزئين:

أ - وجود الرضا بمعنى الإرادة والالتزام :

ولا إشكال في أن الجزء الأول ركن أساس في العقد، بحيث لا يصدق العقد ولا يتحقق بدونه، بل يكون الإنشاء اللغطي بدونه لغواً لا أثر له، قال تعالى: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْنَابِكُمْ»^(١)، وقد فسر ذلك في بعض الروايات المعتبرة بقول الرجل: «لا والله، وبلى والله، ولا يعهد على شيء»^(٢)؛ لأن العقد على ما تقدم في تعريفه فعل انسائي والتزام معاملتي، أو قل: تصرف قانوني، فيكون بحاجة إلى قصد وإرادة والتزام جدي بذلك المضمون الإنساني القانوني لكي يتحقق العقد.

١ - سورة المائدة، الآية: ٨٩.

٢ - وسائل الشيعة ٢٣: ٢٣٨، الباب ١٧ من الأيمان، الحديث ١.

وعلى هذا الأساس لا يكون العقد محققاً في موارد الخطأ والجهل أو الإغماء والجنون والنوم والسكر أو من الصبي غير المميز؛ لعدم وجود الالتزام أو الإرادة الباطنة في شيء منها، والإرادة أو الرضا أو التراضي بهذا المعنى هو روح العقد وقوامه، فإذا انعدمت لم يتحقق عقد فلا وجود له، ويكون البطلان وعدم ترتيب الأثر من باب السالبة بانتفاء الموضوع، فلا يحتاج في إثبات هذا الركن إلى دليل شرعي على البطلان وإن استند في ذلك أيضاً إلى بعض الأدلة الشرعية كحديث رفع الخطأ ورفع القلم عن الصبي والمجنون والنائم، وسيأتي البحث عن ذلك بشكل أوسع عند البحث عن جدية الإرادة.

ب - طيب النفس أو اختيارية العقد :

وأما الجزء الثاني وهو الرضا بمعنى الاختيار وطيب النفس فقد اختلف في ركينته للعقد، أو كونه شرطاً غير ركني . فالقانون الوضعي جعل فقده بالإكراه عيناً في الإرادة، فهو يفسدها، لا أنه عدم العقد، وإنما عدم الإكراه الرضا إذا انتزع منه عنوة، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام ، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلأً بطلاناً مطلقاً؛ لأن عدم الرضا^(١). والفقه الإسلامي وقع بين مذاهب الاختلاف في مدى شرطية هذا الشرط، فبعضهم جعله شرطاً في لزوم العقد لاصحته، أي يكون للمكره حق الفسخ وحل العقد، وبعضهم جعله شرطاً في الصحة ولكنه ليس ركناً بحيث يكون عقد المكره فاسداً ولكنه قابل للتتصحیح بالإجازة بعد رفع الإكراه، وبعضهم جعله شرطاً ركناً بحيث يكون عقد المكره باطلأً بطلاناً مطلقاً، وسوف نشير إلى ذلك.

١ - نظرية العقد (السنوري) ٤١٩ : ١

و عند فقهائنا يكون الرضا بمعنى طيب النفس شرطاً في صحة العقد، فلا يكون عقد المكره صحيحاً ولا يترتب به الأثر قطعاً، و وقع الاختلاف بينهم في كونه ركناً بحيث لا يصدق العقد بدونه أم أنه عقد فاسد قابل للتصحيح بالإجازة اللاحقة أو بالرضا الباطني و طيب النفس.

و زاد في الإشكال والاختلاف عند فقهائنا ما هو مسلم فهياً أن عقد المضطر إلى عقد كبيع داره لدفع خطر أو علاج شخص يكون صحيحاً مع عدم طيب نفسه بذلك، بل صحة البيع إذا أكرهه الغاصب على دفع مال إليه فاضطر إلى بيع داره لدفع إكراه الغاصب، مع أنه أيضاً لا تطيب نفسه بذلك.

وعلى هذا الأساس وقع اختلاف شديد بين الأعلام في كيفية تحديد هذا الشرط الذي لا إشكال في شرطيته في صحة العقود، بل والإيقاعات وفي تحقيق معنى الرضا وطيب النفس الذي يفترض أنه مفقود في مورد الإكراه دون الاضطرار ولو كان ناشئاً في طول الإكراه كما إذا أكرهه على دفع مال له فاضطر إلى بيع داره، فإنه لا إشكال عند فقهائنا في صحة البيع في موارد الاضطرار حتى الحال في طول الإكراه، بخلاف موارد الإكراه على نفس المعاملة.

و يمكن تلخيص أهم ما ذكره المحققون في المقام ضمن المسالك التالية:

المسلك الأول: ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني^(١) من أنه لا فرق بين عقد المكره وعقد المضطر من حيث طيب النفس والرضا ثبوتاً، وإنما الفرق بينهما إثباتي محض، حيث يصدق على الأول عنوان الإكراه - لا الكره - دون الثاني، وقد دلَّ الدليل على مانعية الإكراه ورافعيته للآثار الوضعية أيضاً.

و قد أفاد^{يشير} في وجه ذلك أنَّ الطيب والرضا النفسي ليس إلَّا عبارة أخرى

عن الإرادة والشوق نحو الفعل الصادر عما وراءه من المبادئ والملائمة للقوة الطبيعية أو العقلية في النفس ، فإذا كان حاصلاً عن الملائمة للقوة الطبيعية كان طيباً طبيعياً ، وإن كان حاصلاً عن الملائمة للقوة العقلية كان طيباً عقلياً ، فالفعل الصادر لا بد في صدوره من طيب إما عقلي أو طبيعي ، ويستوي في ذلك موارد الإكراه والاضطرار وغيرهما ، وما هو شرط في صحة المعاملة لا يمكن أن يكون هو الطيب الطبيعي ؛ لفقدانه في موارد الاضطرار ، خصوصاً إذا كان في طول إكراه ، كما أنَّ جامع الطيب الأعم من العقلي وال الطبيعي موجود حتى في موارد الإكراه ؛ لاستحالة صدور أي فعل اختياري من الإنسان من دون شوق وإرادة .

فالحاصل : إن أريد باشتراط الرضا وطيب النفس الطبيعي منه بالخصوص فهو مفقود حتى في بعض موارد الاضطرار ، وإن أريد الأعم منه ومن العقلي فهو محفوظ في الموردين أيضاً ، فلا يمكن أن يكون الفرق بينهما من هذه الناحية .
ويكفي في رد هذا المسلك أن نقول بأنه خلاف الوجdan القاضي بالفرق بين موارد الإكراه والاضطرار ثبوتاً من حيث وجود مرتبة من الرضا وطيب النفس في الاضطرار مفقود في الإكراه بحيث لا بد من تفسير وتبيين فرق ثبوتي بينهما .
هذا ، مضافاً إلى أننا لو فرضنا عدم الفرق بين الإكراه والاضطرار ثبوتاً أصلاً وإنما الفرق بينهما إثباتاً من حيث صدق الإكراه من قبل الغير على الفعل في مورد الإكراه دون الاضطرار ، فهذا لا يمنع عن إمكان التمسك بما دلَّ على اشتراط طيب النفس والرضا في صحة العقود في عقد المضطرب أيضاً كالمكره ؛ لأنَّه لا إشكال في أنَّ هذه الشرطية الواردة في بعض الآيات الشريفة والروايات الناظرة إلى عقد المكره منتفية في عقد المضطرب أيضاً .

كما أنَّ لازم ما ذكره هذا المحقق - من أنَّ نكتة البطلان وملاكه صدق الإكراه - صحة عقد من توهم الإكراه فباع داره مثلاً بتصوُّر أنَّ الظالم يجبره على ذلك ثم

تبين عدم وجود إكراه في البين أصلًا، حيث لا إكراه واقعًا، مع أنه لا ينبغي الشك في بطلانه أيضًا؛ لعدم طيب نفسه بالعقد.

المسلك الثاني: ما أفاده الميرزا النائيني^(١)، وحاصله: أن الفعل قد يصدر عن الإنسان قسراً وجبراً بحيث لا قدرة له على الترک كما في حركة يد المرتعش، وهذا هو الفعل غير الاختياري، وأخرى يكون الفعل تحت قدرة المكلَف، وهذا على قسمين: فإنه تارة يصدر منه نتيجة إرادته وتعلق مشيئته به، وأخرى يصدر منه نتيجة إجبار الغير وإكراهه على إصداره، والذي بالدقّة وإن كان أيضاً تتعلق إرادته به إلا أنه باعتبار كونها محكومة ومقهورة لاجبار الغير فهي بحكم العدم، فليست الفاعلية لها بل لاجبار المكره - بالكسر - وهذه حالة وسطى بين حركة المرتعش والفعل الصادر بارادته؛ لأن الإرادة والاختيار وإن كانت موجودة فيها إلا أنها كلًا إرادة ومقهورة وغير حرّة وغير مستقلة في التأثير. وهذه تعبيرات تشير جميعاً إلى مطلب واحد ويمكن تحديده الدقيق بالقضية الشرطية التالية: أنه لو لم يرد فعله وفرض أن المكره متمنٍ من الجائه عليه لصدر الفعل منه أيضًا، وهذه الشرطية صادقة في تمام موارد الإكراه دون موارد الاضطرار، حتى التي تكون في طول الإكراه على شيء آخر كما إذا أكرهه على دفع مال له فباع داره من أجله، فإن بيع الدار صادر عن إرادته مستقلًا وإن كان الغرض منه دفع إكراه المكره عن نفسه بشمنه، ففرض تحقق المكره عليه في المقام بالالتجاء من المكره لا يستلزم صدور البيع منه إلا إذا أكرهه المكره على ذلك، كما إذا كان متوقفاً عليه والتفت إلى ذلك فأكرهه على بيع داره، ولا إشكال في كونه باطلًا عندئذٍ.

وهذا البيان غير تام أيضاً؛ لأنَّه إذا كان تحقق المكره عليه متوقعاً على إرادته لبيع الدار كان الالجاء عليه من قبل المكره مساوياً مع الالجاء على إرادته للبيع وصدر البيع مقدمةً منه لا محالة، فلا فرق ثبوتي بين الحالتين إلا من ناحية أنَّ الإكراه تعلق بالبيع مباشرةً وبلا واسطة في الإكراه، بخلافه في الاضطرار الناشئ في طول الإكراه، وهذا يمكن أن يكون دليلاً في صدق عنوان الإكراه ولفظه إثباتاً لا ثبوتاً فيرجع إلى المسلك السابق الذي أفاده المحقق الأصفهاني ^ت، وقد عرفت جوابه.

المسلك الثالث: ما ذهب إليه المحقق الابرواني ^(١) وهو على عكس المسلك الأول يرى أنَّ عقد المكره ليس عقداً؛ لأنَّ العقد متقوِّم بالقصد والإرادة الجدية نحو المضمون المعجمي، وهذا القصد يتراكب من مجموعة أمور قصدية: أحدها الاعتبار النفسي، والآخر إبرازه أو إنشاؤه بأدوات الإنشاء، والثالث قصد ايجاد نتيجة تلك المعاملة خارجاً - وهو المضمون المعجمي حسب تعبيراتنا - والرابع أنَّ يكون داعيه من الإنشاء داعياً مقدماً متولداً من قصد تتحقق المعنى المعجمي في الخارج.

وإن شئت قلت: قصد التسبب بالإنشاء إلى ايجاد ذلك المعنى والمضمون المعجمي في الخارج، فما لم تتحقق هذه الأمور الأربع لا تتحقق المعاملة والعقد خارجاً، بدليل أنَّ المكلَّف إذا كان قد أصَّدَ ايجاد ذلك المعنى في الخارج ولكنه أنشأ اللفظ واستعمله في معناه بداع آخر لا يقصد التسبب إلى ايجاده في الخارج لم ينعقد العقد، بل كان قصده كالقصد الساذج وإنشاؤه كالإنشاء الساذج لا يترتب عليه أيُّ أثر معجمي.

وفي موارد الإكراه يكون المنتفي هو الأمر الرابع، حيث يكون الداعي للإنشاء هو دفع الإكراه لأن الإكراه يكون بالإجبار على الإنشاء الذي هو فعل المكلف الحقيقي، فيكون داعيه من هذا الفعل وهو الإنشاء دفع الإكراه عليه لا إيجاد المضمن المعاملي المترتب به خارجاً حقيقةً وواقعاً وإلا لم يكن مكرهاً، وهذا بخلاف موارد الاضطرار، فإنه يكون له داعي الإيجاد لذلك المضمن المعاملي بالإنشاء في الخارج حقيقة؛ لكون غرضه متوقعاً على تتحققه ولو كان في طول الإكراه على مطلب آخر كدفع المال إلى الجائز، وهذا هو المراد بطبيب النفس، فبطلان عقد المكره دون المضطر لفقدان شرط من شرائط تحقق العقد الثبوتية. وهذا المسلك أيضاً غير تام؛ لأنَّه مضافاً إلى عدم دخالة الداعي - الأمر الرابع المذكور في كلامه - في العقد وأنَّه يكفي في قصد التسبب قصد إنشاء ما يكون عقداً عند العقلاء أو الشارع.

لازم ما ذكر عدم تتحقق العقد أصلأً في موارد الإكراه بحيث لا يمكن تصحيحه بعد ذلك حتى بإجازة المكره بعد رفع الإكراه، مع أنَّه ليس كذلك قطعاً، أي لا إشكال في تتحقق الإنشاء بالمقدار المعتبر في العقود في موارد الإكراه أيضاً، وأنَّ المكره قاصد للعقد وللتسبب بالإنشاء إليه ومقدم عليه حقيقةً غير المكره، وإنما لا تطيب نفسه بما أقدم عليه ويكون كارهاً له. نعم، قد يتلفت المكره إلى إمكان أن لا يقصد العقد جداً وأن يورّي في إنشائه للعقد.

إلا أنَّ هذه حالة نادرة في باب الإكراه على العقود أو الایقاعات، ولا يختص البطلان بها جزماً.

والصحيح أن يقال: بأنَّ الفرق بين عقد المكره والمضطر ثبوتي، ولكنه لا يرجع إلى الإنشاء والإرادة الإنسانية الجدية، فإنَّها حاصلة فيما معاً، وإنما يرجع إلى مطلب زائد على ذلك وهو عدم رضا نفس المكره بما يوجده بالإنشاء

وعدم طيب نفسه به ، بحيث لو أخبر ببطلان عقده شرعاً لفرح ، وهذا بخلاف المضطر لتوقف غرضه على تحقق تلك النتيجة شرعاً وقانوناً ، ولو كان هو دفع الشمن إلى الظالم له فإنه يريد دفع ما يملكه إلى الظالم لا دفع مال الغير إليه الذي لا يجوز له التصرف فيه ، فكلاًما كانت إرادته لنفس العقد اختيارية ومطلوبة ولو كان من جهة غرض آخر مكره عليه فالعقد اختياري وصادر بطيب نفسه ؛ إذ لا يشترط في طيب النفس أن لا يكون مقدمة لفعل آخر ، وهذا لا يصدق في موارد الإكراه على العقد ، فإنه لا تطيب نفسه به .

فالحاصل : هناك فارق ثبوتي بين عقد المكره والمضطر من حيث طيب نفس المضطر ورضاه ، بل شوche إلى تحقق النتيجة القانونية والشرعية التي ينشئها لوقف غرضه على ذلك ، وهذا بخلاف المكره على نفس العقد ، فإنه لا تطيب نفسه بتحقيقه واقعاً وإن كان يقصده اكراهاً . ولعل هذا هو مقصد المحقق الـirrational أيضاً ، وإن أخطأ في جعله مقوماً للعقد .

كما أنه مقصد سيدنا الأستاذ ^ت ، حيث قال : (إذا كان مخططاً الضرورة ومكمن الضرر شيئاً آخر غير عدم العقد ويكون العقد دافعاً له - على تقدير تحقق نتيجته - فهنا يكون الرضا وطيب النفس حاصلاً ، كما لو باع بيته لتحصيل مال لمعالجة ابنه أو لدفع ضريبة أجبره الحاكم عليها ظلماً ، وأما إذا كان مكمن الضرر نفس عدم العقد كما لو هددَ الظالم بالقتل على تقدير عدم بيع الدار فهنا لا يكون الرضا وطيب النفس حاصلاً ؛ ولهذا لا يبرز الحمد والشكر على توفيقه لبيع بيته ، بخلاف مورد الاضطرار فإنه يشكِّر ربه على بيعه للدار الذي أدى إلى تحصيل مال لمعالجة ابنه أو دفعه للحاكم) ^(١) .

جـ- أدلة شرطية طيب النفس وعدم الإكراه :

ثم إن الرضا بهذا المعنى في العقود حيث إنه ليس مقوماً لمفهوم العقد وإنما يكون شرطاً في صحته فلابد من قيام الدليل على شرطيته واعتباره، والدليل الذي يمكن أن يستدلّ به على اعتبار هذا الشرط في صحة العقد مضافاً إلى الأصل العملي، أعني استصحاب عدم ترتيب الأثر على عقد المكره - إذا فرضنا عدم وجود عام فوقياني يدلّ على صحة كل عقد - والأدلة الليبية كالإجماع والتسلالم بل والسيرورة أو الارتكاز العقلائي غير المردوع عنه شرعاً طوائف من الأدلة اللغوية:

منها: ما دلّ على حرمة التصرف وأكل مال الغير بلا طيب نفسه ورضاه، من قبيل قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ بِثَلَاثَةِ فَإِنْ طَبِّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَخُلُوْهُ مَهِينًا مَرِيْنَا﴾^(١).

وقوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا طيب نفسه»^(٢)، فإن إطلاق المفهوم في الآية والمنظور في الرواية يشمل أخذ مال الغير وأكله من خلال إكراهه على المعاملة والدفع إليه.

وإن شئت قلت: ليس المراد بالأكل أو حلية مال الغير مجرد الحالية التكليفية للتصرف التكويني في مال الغير ليقال بأنّ موضوعه بقاء المال للغیر وهو مشكوك في مورد العقد الackerاهي ، فيكون شبهة مصداقية للخطاب ، بل المراد بالأكل

١- سورة النساء، الآية: ٤.

٢- ورد ذلك في معبرة زيد الشحام وكذلك معتبرة سماعة، راجع: وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ الحديث ١. وورد في التوقيع الشريف المعتبر أيضاً: «لا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»، والإذن يساوي الرضا وطيب النفس، راجع: وسائل الشيعة ٩: ٥٤٠، الباب ٣، الحديث ٦.

الحلية الوضعية؛ لأنّها ظاهر دليل الحلية في باب الأموال، وقد أطلق الأكل في عدّة آيات أخرى وأريد به التصرف الوضعي من قبيل قوله تعالى: ﴿لَا تأكُلُوا أموالَكُمْ بِيَنْتَهُمْ بِالنِّبَاطِ﴾^(١)، بل ظاهر الآية المباركة: ﴿فَإِنْ طَبِّنَ لَكُمْ﴾ الإبراء أو إهداء شيء من الصداق من قبلهن لأزواجهم بطيب النفس، فيكون قوي الظهور في اشتراط طيب النفس في تملّك مال الغير أيضاً.

ودعوى: لزوم الجمع بين الحلية الوضعية والحلية التكليفية وهو كاستعمال اللفظ في معنيين.

مدفوعة: بأنّه ليس من الاستعمال في معنيين؛ لأنّ عدم الحلية معنى واحد في الموردين، وإنّما منشأ المنع والتقييد تارةً المبغوضية لل فعل، وأخرى عدم النفوذ القانوني واستعمال الحل والحرمة في موارد الوضع كاستعماله في موارد التكليف شائع جداً وبلا عنابة.

هذا، مضافاً إلى إمكان دعوى الملازمة العرفية البيتة بين حرمة التصرف التكوفياني في مال الغير بدون رضاه وطيب نفسه وحرمة التصرف الوضعي بمعنى تملّكه عليه بدون رضاه، بل هذا إطلاق ومدلول مطابقي وليس دلالة التزامية؛ لأنّ التملّك مصدق للأخذ والأكل عرفاً حقيقةً.

ومنها: قوله تعالى: ﴿لَا تأكُلُوا أموالَكُمْ بِيَنْتَهُمْ بِالنِّبَاطِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بَيْنَهُمْ﴾، فإنّ هذه الآية أيضاً تدلّ على اشتراط التراضي بمعنى طيب النفس لا خصوص القصد والإرادة نحو أصل العقد؛ لأنّ ذلك خلاف ظاهر مادة التراضي، فإنه بمعنى الاختيار والتطوع بالفعل في قبال إجبار الآخرين والقسر، لا بمعنى القصد والإرادة المقابل للغفلة أو الهزل.

كما أنَّ القصد محقق لأصل التجارة، فمن دونه لا تجارة لكي يقيّد بالتراضي، فلو كان المقصود بالرضا القصد والإرادة كان التقييد به ثانياً لغواً مستهجناً.

فالحاصل: الآية الكريمة تدلُّ على اشتراط الرضا بمعنى طيب النفس والرضا بالتجارة في صحة المعاملة، وأنَّه من دون ذلك يكون أكل المال أكلاً بالباطل.

ومنها: التمسك بأحاديث رفع الإكراه عن الأئمة، وبهذا الصدد تارة يستدلُّ بأحاديث الرفع العامة والتي ورد فيها جمِيعاً رفع الاستكراه «أو ما استكرهوا عليه»، وهي بمجموع طرقها لعلَّها متواترة إجمالاً، بل فيها ما يكون صحيحاً سندًا عندنا، وعندئِذ يتوقف الاستدلال على دعوى أنَّ المرفوع بهذا الحديث مطلق الآثار والأحكام الشرعية.

وآخر يستدلُّ بما ورد في خصوص الإكراه على اليمين والحلف وأنَّه لا ينعقد بذلك في الحلف، وقد ذكر في ذيل بعضها بيان الكبri الكلية والقاعدة العامة كما في معتبرة البيزنطي وصفوان عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعناق وصدقه ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال: «لا، قال رسول الله صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وضع عن أمتى ما أكرهوا عليه وما لم يطقوها وما أخطؤوا»^(١).

فيستدلُّ بها على عدم صحة المعاملة والعقد إذا وقع عن إكراه، وكون الحلف بالطلاق والعناق وصدقه ما يملك باطلًا في نفسه لا يقبح في استفادة كبرى ارتفاع الآثار الوضعية من الحديث؛ لأنَّ الإمام عليه السلام قد علل ذلك به، فيكون مقتضى إطلاقها نفي آثار سائر العقود والايقاعات إذا وقعت عن استكراه أيضاً.

١ - وسائل الشيعة ٢٣: ٢٢٦، الباب ١٢ من الأيمان، الحديث ١٢.

وهذا القسم من أحاديث رفع الإكراه لا يحتاج الاستدلال بها إلى دعوى أن المرفوع مطلق الآثار؛ لأنَّه قد طبقة الإمام عليه السلام في المورد على صحة الحلف واليمين ورفعها بسبب الإكراه.

ودعوى: عدم تمامية هذا الاستدلال؛ لأنَّ الروايات الواردة في الإكراه على اليمين ظاهرة في نفي أثر نفس اليمين، وما يترتب على المكلَّف من الحنت والتبعية على اليمين الكاذبة، ولن يستنبط ناظرة إلى مسألة انعقاد اليمين كعقد أو ايقاع؛ ولهذا عطف في أكثر تلك الروايات الاختصار على الإكراه، بل جعل الحلف كذباً لأجل حفظ مال الغير جائزاً أيضاً.

وإن شئت قلت: إنَّ الحلف على العتاق والطلاق والصدقة معناه أنه لو كان كاذباً تتحقق الأمور المذكورة، كعقوبة وتبعية على كذبه في الحلف وحنته، فعدم ترتيبها في مورد الإكراه - حتى لو فرض صحة أصل هذا النحو من الحلف لولا الإكراه - إنما هو من جهة كونها عقوبة وتبعية كالكافارات والعقوبات وال subsequences الأخرى.

مدفوعة: بأنَّ هذا خلاف ظاهر سؤال السائل عن الإلزام، وجواب الإمام عليه السلام بالنفي؛ فإنَّ هذا التعبير كالصريح في نفي صحة الصدقة والعتاق والطلاق إذا كان باكراً. نعم، بالنسبة إلى عموم حديث الرفع بلحاظ فقرة: «ما استكرهوا عليه» قد يقال بأنَّ التمسك به مبني على أن يكون المرفوع تمام الآثار حتى الوضعيَّة، وهو من نوع، وإنما المستظرف منه رفع التبعات من المؤاخذة في الآخرة، أو العقوبة والحد في الدنيا والكافارات ونحوها، حتى لو فرض أنَّ المرفوع نفس ما أكرهوا عليه في لوح التشريع؛ إذ لعلَّه لوح تشريع التبعات والإدانة، ولا أقل من الإجمال.

هذا، مضافاً إلى إمكان أن يقال: إنَّ ظاهر حديث الرفع رفع الأثر الذي يترتب على رفعه خلاص المكلَّف وعدم تضرره وتحمُّله لذلك الأثر التحميلي، وهذا

يناسب باب العقوبات أو الآثار الوضعية المترتبة على المكلّف بلاحظ ذلك الفعل الصادر منه، كما إذا نذر أن لا يبيع، فإذا باع لزمه حنث النذر، فلو أكره عليه لا يترب الحنث وآثاره، وأماماً في المقام فالمفروض أن المكره - بالكسر - قد أخذ ماله بالبيع الإكراهي فرفع صحته لا يرفع ظلامته خارجاً.

إلا أن الصحيح أن المرفوع بالحديث المذكور أيضاً مطلق الآثار التحميلية والإلزامية على المكلّف، والتي يكون رفعها رفعاً للتبعة عليه، وهذا يشمل الآثار الإلزامية للعقود أيضاً. ويشهد على صحة هذا المعنى استدلال الإمام عليهما السلام بالعلوم المذكور في صحيح البزنطي وصفوان المتقدم.

نعم، لابد وأن يكون الرفع المذكور تسهيلاً وامتناناً عليه، وهذا لا يصدق في رفع صحة عقد المضطر بخلاف عقد المكره، فإن حكم الشارع ببطلان عقده يكون بنفعه جزماً ومنة عليه، ولا يتشرط أكثر من ذلك في الحديث.

ومنها: ما ورد في بعض الروايات الخاصة المعتبرة من عدم صحة الطلاق أو العتق إذا وقع عن إكراه كما في معتبرة زرارة عن أبي جعفر عليهما السلام قال: «سألته عن طلاق المكره وعتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعقد»^(١).

وفي رواية يحيى بن عبد الله بن الحسن عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: «سمعته يقول: لا يجوز طلاق في استكراه، ولا يجوز عتق في استكراه»^(٢).

وفي رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: «سمعته يقول: لو أن رجالاً مسلماً مزّبقوه ليسوا بسلطان فقهوه حتى يتخوف على نفسه أن يعتق أو يطلق فعل لم يكن عليه شيء»^(٣).

١ - وسائل الشيعة: ٢٢: ٨٦، الباب: ٣٧، من الطلاق، الحديث: ١.

٢ - وسائل الشيعة: ٢٢: ٨٧، الباب: ٣٧، من الطلاق، الحديث: ٤.

٣ - وسائل الشيعة: ٢٢: ٨٦، الباب: ٣٧، من الطلاق، الحديث: ٢.

وفي رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبي أو مبرسم أو مجنون أو مكره»^(١). وبعد إلغاء الخصوصية يتعدى إلى سائر العقود أيضاً.

وهذا الاستدلال يتم لو لم نتحمل خصوصية في باب الطلاق والعتق بالخصوص من الإيقاعات باعتبار ما جعل فيها من الشروط والتشديدات التعبدية الخاصة، فقد علم بأن مذاق الشارع في باب الطلاق على التشديد فيه وعدم السماح به في كل حال؛ ولهذا جعل شرطية حضور العادلين فيه وكونه في طهر غير موافق فيه وغير ذلك، فلعل الإكراه أيضاً مانع عن صحته فيشترط فيه الرضا، وهو لا يلزم اشتراطه في سائر العقود والإيقاعات خصوص المعاوضات التي يكون مذاق الشارع فيها على التسهيل والتسريع.

ومن هنا كان المراد بالكره والاستكراه في الطلاق ما هو أعم من الإكراه المصطلح بحيث يصدق على مثل رغبة الزوجة أو أهلها.

وقد ورد في ذيل رواية تعليل ذلك: «إِنَّمَا الطلاق مَا أُرِيدَ بِهِ الطلاق مِنْ غَيْرِ استكراهٍ وَلَا إِضَارَةٍ»^(٢).

فالمستفاد من هذه الروايات الواردة في طلاق المكره أنه يشترط في صحة الطلاق وقوعه عن رغبة جدية للبينونة، بمعنى أوسع من مجرد عدم الإكراه، وهذا لا يتحمل اشتراطه في سائر العقود أو الإيقاعات جزماً.

وأما العتق فعدم انعقاده بالإكراه من جهة اشتراط قصد القرابة ووجه الله فيه كالصدقة وهو لا يكون مع الإكراه، وقد ورد هذا التعليل في بعض الروايات

١ - وسائل الشيعة ٢٢: ٧٧ - ٧٨، الباب ٣٢ من الطلاق، الحديث ٣.

٢ - وسائل الشيعة ٢٢: ٤٦، الباب ١٨، من الطلاق، الحديث ٦.

المعتبرة من قبيل ما ورد في معتبرة سعد بن أبي خلف قال: قلت لأبي الحسن موسى عليهما السلام: «إني كنت اشتريت أمة سرّاً من امرأتي، وأنه بلغها ذلك، فخرجت من منزلي وأبّت أن ترجع إلى منزلي فأتتها في منزل أهلها فقلت لها: إنَّ الذي بلغك باطل، وأنَّ الذي أتاك بهذا عدو لكِ أراد أن يستفزك، فقالت: لا والله لا يكون بيني وبينك خير أبداً حتى تحلف لي بعقد كل جارية لك وبصدقهمالك إن كنت اشتريت جارية وهي في ملكك اليوم، فحلفت لها بذلك فأعادت اليمين وقالت لي: فقل: كل جارية لي الساعة فهي حرة، فقلت لها: كل جارية لي الساعة فهي حرة، وقد اعتزلت جاريتي وهمنت أن أعتقها وأتزوجها لهوائي فيها، فقال: ليس عليك فيما أحلفتك عليه شيء. واعلم أنه لا يجوز عتق ولا صدقة إلا ما أريد به وجه الله عزّ وجلّ وثوابه»^(١).

فالاستدلال بهذه الطائفة من الروايات الواردة في خصوص الإكراه على الطلاق والعتق - وهو ما من الإيقاعات ولهم أحكام تعبدية خاصة - على بطلان الإكراه في باب العقود أيضاً مشكل جداً.

ثُمَّ إنَّ هناك روايات متفرقة أخرى في عقد البيع وغيره تدلُّ على اشتراط رضا المالك وطيب نفسه في صحة العقد أيضاً^(٢).

وهي أيضاً يمكن الاستدلال بها إذا فرض استظهار إلغاء خصوصية موردها وأنَّها إشارة إلى قاعدة ارتکازية عامة، كما لا يبعد ذلك.

١ - وسائل الشيعة: ٢٣: ٢٣٦ - ٢٣٧، الباب ١٦ من الأيمان، الحديث ٢.

٢ - المجلد ١٧: ٣٣٣ من وسائل الشيعة، الباب ١ من عقد البيع وشروطه، وغيرها من الأبواب، وكذلك ما ورد في باب النكاح من اشتراط رضا المرأة في صحة نكاحها. راجع المجلد ١٣: ٢٠ كتاب النكاح، والمجلد ١٩: ١٦١ كتاب الوكالة. فأصل شرطية الرضا وطيب النفس في صحة العقد متألاً ينفي التشكيك فيه.

د - موقف القانون الوضعي من الرضا أو (عيوب الإرادة) :

ورد مصطلح (عيوب الإرادة) في الفقه الوضعي ، فإنه بعد أن جعل الرضا أو الإرادة للعقد هو الركن الأصلي للعقد تعرّض إلى ما يكون نقصاً وعيوباً في الإرادة ، حيث ميّز بين رضاء معيب ورضاء غير موجود قانوناً ، فالرضا المعيب هو رضاء موجود قانوناً ولكنه رضاء صدر من شخص غير حرّ في رضائه ، أو على غير بيته من أمره – إذا وقع العقد عن غلط أو حصل باكراه أو تدليس – أمّا الرضاء غير الموجود ف مجرّد مظهر خارجي يوهم وجود الرضا ، فما يصدر من الجنون أو السكران أو الصبي غير المميّز لا يعتبر رضا؛ إذ أنّ أحداً من هؤلاء لا يعقل ما يفعل ، وكذلك الإشارة الطائشة تصدر من دون قصد لا تكون رضا ولو صدرت من شخص عاقل .

وعلى هذا الأساس يقضي الفقه الوضعي بأنّ العقد الذي يكون فيه رضاء أحد الطرفين معدوماً حقيقةً – ويسمى بانعدام العقد – أو قانوناً يكون عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً، أو عقداً منعدماً قانوناً، وأمّا العقد الذي يكون فيه رضاء معيب يكون عقداً باطلاً نسبياً لا مطلقاً^(١) .

والبطلان النسبي في القانون الوضعي يقصد به العقد الذي يكون صحيحاً، أي له وجود قانوني حتى يقرر بطلانه بالاتفاق أو بحكم القضاء ، أمّا الاتفاق فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية فيما ، ويعتبر بمقتضاه العقد باطلاً، دون حاجة إلى حكم بذلك ، فإذا لم يتم الاتفاق فالعقد يعتبر صحيحاً حتى يرفع من تقرير البطلان في مصلحته دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك ، فحكم

القاضي إذن هو الذي يبطل العقد في البطلان النسبي ، ولا يقتصر على تقرير بطلانه كما في البطلان المطلق قبل الحكم لا يعتبر العقد باطلًا .

ولكن إذا رفعت دعوى البطلان إلى القاضي فوجد سبب البطلان متوفراً فهو لا يملك إلا أن يبطل العقد ، وليس له حق التقدير الذي يخول إيهام في حالة الفسخ .

ومن ذلك يتبيّن أنَّ من تقرَّر البطلان في مصلحته إذا لم يستطع أن يتفق مع المتعاقد الآخر على البطلان فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القضاء ، ولا يجوز له أن يستقلَّ باعلان بطلان العقد بارادته المنفردة .

هذا بحسب القانون الفرنسي ، وأما القانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري فقد أجازا ذلك بالإرادة المنفردة وإعلانه ممن تقرَّر البطلان في مصلحته ، فإذا صدر منه هذا الإعلان استغنى به عن رفع الدعوى ، وبذلك يستطيع الطرف الآخر من أن يتثبت من مسیر العقد ويترتب على صدوره بطلان العقد وزوال آثاره في الماضي ، ولا يجوز الرجوع في هذا الإعلان بعد صدوره ، ولكن يجوز للطرف الآخر أن يناقشه إذا ذهب إلى أنَّ العقد الذي أعلنه بطلانه ليس باطلًا وله أن يرفع دعواه بذلك إلى القضاء^(١) .

ويشترك البطلان النسبي مع البطلان المطلق في أنَّ العقد يزول ويسعدم وجوده القانوني إذا تقرَّر البطلان ، ويكون بأثر رجعي فلا يترتب عليه أثر ، واعتبر كأن لم يكن ، وزالت آثاره سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير^(٢) .

١ - نظرية العقد (السنورى) ٢: ٦٤٨ .

٢ - نظرية العقد (السنورى) ٢: ٦٥٢ .

ويختلف البطلان النسبي عن البطلان المطلق في أنَّ البطلان المطلق ليس له وجود قانوني وإنْ كان له وجود فعليٍّ، أمَّا الثاني فله إلى جانب الوجود الفعلي وجود قانوني حتى يتقرر بطلانه فيزول هذا الوجود. وتترتب وجوه للخلاف كبيرة الأهمية بينهما أهمُّها:

- ١ - لا ينبع العقد الباطل بطلاناً مطلقاً باعتباره عقداً قد صدر إليه المتعاقدان أي أثر قانوني، أمَّا العقد الباطل بطلاناً نسبياً فتترتب عليه كل آثاره حتى يتقرر بطلانه، فتصبح هذه الآثار كأنَّها لم تكن.
- ٢ - لا حاجة إلى صدور حكم بالبطلان المطلق، فكلَّ من المتعاقدين وكل ذي مصلحة يستطيع التمسك بهذا البطلان قبل التراضي أو التراضي، على أنَّه إذا رفع الأمر إلى القضاء فيستطيع أن يتمسك بالبطلان كل شخص ذي مصلحة، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، أمَّا البطلان النسبي فلا يتقرر إلا بالتضارسي أو التراضي، ولا يتمسك به إلا من تقرر في مصلحته البطلان ولا تقضي به المحكمة إلا إذا طلب منها ذلك.
- ٣ - البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة، أمَّا البطلان النسبي فإنه يزول باجازة العقد.

٤ - لا يُسقط التقادم البطلان المطلق، ويُسقط البطلان النسبي^(١). والمستفاد من مجموع ما ذكره الفقه الوضعي في البطلان النسبي أنَّ العقد يكون صحيحاً في موارد البطلان النسبي، ويكون لمن تقرر البطلان لمصلحته حق الرد والابطال، فما لم يبطل العقد كان صحيحاً، وهذا نظير حق الفسخ وال الخيار في فقهاً، مع فرض كون الفسخ من أصل العقد لا من حينه، غايته وقع

١ - نظرية العقد (الستهوري) ٢: ٦١٥ - ٦١٦.

الاختلاف بينهم في أن ذلك هل يكون له ابتداءً أو بالتراضي مع الطرف الآخر - كإقالة والتفاسخ - أو بالتحاكم إلى القضاء؟

ومنه يعرف أن تصحيح العقد الباطل النسبي في القانون الوضعي لا يحتاج إلى إجازة العقد بل يكفي عدم الرد، وذكر الإجازة في كلمات بعضهم ليس إلا من باب اسقاط حق الإبطال لا أكثر - كاسقاط الخيار - وهذا يختلف جوهرياً عن الإجازة للعقود غير الصحيحة في فقهنا - كما سيأتي -.

وما رتب على ذلك من السقوط بالتقادم وعدم إمكان تمسك من يكون البطلان في مصلحته بهذا البطلان ونحو ذلك من الآثار إنما يمكن تحريرها على أساس ما ذكرناه من أن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يكون عقداً قانونياً صحيحاً، غاية الأمر يكون لمن يتقرر البطلان لمصلحته حق الإبطال والرد للعقد من أصله. وربما يظهر من بعض المذاهب الإسلامية - كالمالكية وبعض الأحناف - في عقد المكره ما يشبه القانون الوضعي.

وهذا التقسيم الثنائي للبطلان إلى البطلان المطلق والنسبي، أو التقسيم الثلاثي إلى انعدام العقد - أي الانعدام الحقيقي - والبطلان المطلق - أي الانعدام القانوني - والبطلان النسبي لا وجود له في فقهنا الإسلامي.

وي يمكن أن يلاحظ عليه:

أولاً - أن المنظور في هذا التقسيم إذا كان ملاحظة أسباب عدم اكتمال العقد وبطلانه فال صحيح أن يقال: إنه قد يكون العقد باطلًا لأنعدامه وعدم تتحققه أصلًا، وقد يكون باطلًا لعدم توفر شرط من شرائط صحته. وعدم الانعقاد قد يكون من جهة عدم انعقاد الإرادة العقدية، كما إذا لم تكن الإرادة الباطنة والرضا موجوداً، أو لم تكن الإرادة الظاهرة والإنشاء موجوداً، فإنه لا عقد ولا توافق جدي، وقد يكون من جهة عدم المحل والموضع للعقد رغم وجوده إنشاءً

و جداً، كما إذا ظهر بعد العقد عدم وجود المحل أصلاً، فإن صحة مثل هذا العقد لغو محض؛ لأنّه لا يمكن أن يكون مضمونه والمجعل فيه فعلياً في الخارج، فلا وجود فعلي للعقد خارجاً.

و عدم توفر شرائط الصحة أيضاً على قسمين؛ لأنّ ما يكون شرطاً في صحة العقد لا في تكوينه قد يكون بنحو يمكن تداركه بعد العقد إذا كان مفقوداً حينه، وقد لا يكون كذلك، فبيع المجهول بما هو مجهول كبيع العبد الآبق المعتبر عنه بالغرر يكون باطلأً رغم انعقاد العقد والإنشاء الجدي من قبل المتباعين ولا يمكن تصحيحه بعد ذلك إلا بتجديده العقد، وبيع الصبي المميت إذا قلنا بأنه مسلوب العبارة باطل ولا يمكن تصحيحهما بعد العقد حتى بالإجازة؛ لأنّ الإجازة لا تجعل عبارة العقد السابق صالحاً للإنشاء، وكذلك لا يرفع الغرر في المعاملة الواقعة على المجهول بما هو مجهول، بل لو ارتفعت الجهة ورجع العبد الآبق أيضاً قد يقال بعد إمكان تصحيح العقد السابق بالإجازة؛ لأنّ رضا البائع كان ببيع العبد الآبق بما هو آبق وهو مباين للعبد غير الآبق.

و قد يكون شرط الصحة سخ شرط يمكن توفيره بعد العقد أيضاً، سواء بالإجازة من المالك - كما في عقد الفضولي - أو حتى بدونها - كما في عقد المكره بعد رفع الإكراه - حيث قيل فيه بكفاية رضا المكره بذلك، بلا حاجة إلى الإجازة، وكما في بيع الراهن للعين المرهونة - بناءً على القول ببطلان بيعها - فإنه قد يقال فيه بأنه يكفي في صحته وفاء الدين ورفع الرهن ولو بعد العقد.

وهذا يعني أنّ العقد لا يكون صحيحاً إلا بعد تحقق ذاك الشرط، فيكون للعقد مرحلتين: مرحلة حدوثه ولا يكون فيه العقد صحيحاً؛ لعدم اكتماله بعد، ومرحلة بقائه ويكون فيه العقد صحيحاً؛ لاكتماله، سواء قيل بأنّ له أثر رجعي

بحيث يصح العقد من زمان إنشائه أو من زمان الإجازة وتتوفر الشرط المذكور. وبهذا يظهر أنه ليس هناك صحة أو بطلان نسبيان أصلاً، بل كل عقد في أي زمان إنما صحيح أو باطل ولا غير.

كما ظهر أن موارد انعقاد العقد مع فقدان شرط من شرائط الصحة لا تكون قابلة للتصحيح جميعاً، بل تختلف من شرط إلى آخر حسب كيفية ذلك الشرط والمستفاد من دليله.

وثانياً - إذا كان المقصود من البطلان النسبي ملاحظة أثره وهو إمكان تصحيح العقد وإبطاله فيقال بأنه في موارد عيوب الإرادة بالإمكان تصحيح العقد أو إبطاله بالتوافق والتقاضي.

فيلاحظ عليه: أن إمكان إبطال العقد أو تصحيحته بعد العقد له معنian:

الأول: تكميل العقد الناقص لشرط من شروط صحته، كما في العقد الفضولي الملحوق بإجازة المالك، أو بيع المكره بعد رفع الإكراه بإجازة أو بمحرّر الرضا.

الثاني : إبطال العقد بالرداً أو الفسخ بعد الانعقاد صحيحاً، فإنه يمكن أن يكون الإبطال والفسخ من حينه أو من أصله، فإذا كان من أصله يحكم بارتفاع آثار الصحة من أول الأمر، ولئن صحت فتسمية المعنى الأول بالبطلان النسبي ، فهو غير صحيح في المعنى الثاني، بل هو يعني أن العقد يكون صحيحاً يترب عليه الأثر ولكن يحق لأحد الطرفين أو كليهما إبطال العقد وفسخه؛ لكونه عقداً جائزأً أو من جهة الخيار وجعل حق لأحد المتعاقدين أو كليهما على فسخ العقد من أصله أو من حين الفسخ بعد الفراغ عن صحة العقد واستكمال شروطه قبل الفسخ، وحق إبطال العقد من أصله كحق إبطاله وفسخه من حين الفسخ فرع صحة العقد، ولا يجتمع مع فرض بطلانه، بل يكون الإبطال بالفسخ.

فهذا المعنى للابطال والتصحيح عبارة أخرى عن حق الفسخ مع كون الفسخ من أصله لا من حينه ، وليس البحث في تسمية ذلك بال الخيار أو البطلان النسبي ، وإنما المقصود ما ذكرناه من أن جعل حق الابطال والفسخ تحليل آخر يختلف عن البطلان النسبي في المضمون والمعنى الفقهي ، كما يختلف عنه في الآثار والأحكام نشير إلى أهمتها :

منها - أن الخيار وحق الفسخ غير صحة العقد وترتّب الأثر عليه ، وقد تقدّم أنه قد يكون بحكم الشارع ، وسمّيـاه بالجواز الحكـمي ، وقد يكون بجعل المتعاقدين ، وسمـيـاه بالجواز الحقـيـ، وكلاهما غير الصـحةـ ، فلا نسبةـ فيـ البـطـلـانـ وـالـصـحـةـ فـيـ المـقـامـ ، بلـ العـقـدـ صـحـيـحـ مـطـلـقـ .

ومنها - أن من يكون له حق ابطال العقد يستقل بالابطال بلا مراجعة المحكمة - كما في سائر الخيارات والحقوق - .

ومنها - أن القاضي إذا وجد سبب ذلك بعد المراقبة إليه لم يكن له ابطال العقد أو إقراره ، بل يحكم بثبوت هذا الحق لمن يكون له ، فهو الذي يخول إليه ابطال العقد أو إيقائه .

ومنها - أن الإجازة لا أثر لها في المقام ، بل لا معنى لها؛ لأن العقد وقع صحيحاً نافذاً مالـمـ يـبـطـلهـ ، والإـجازـةـ هيـ التـنـفـيـذـ لـمـ لـاـ يـكـونـ نـافـذـاـ بـعـدـ ، فالـابـطـالـ وـالـفـسـخـ يـرـفـعـ أـثـرـ الـعـقـدـ مـنـ أـصـلـهـ أـوـ مـنـ حـيـنـهـ بـالـابـطـالـ وـالـفـسـخـ .

ومنها - عدم صحة أي تصرف آخر من قبل من له هذا الحق ما دام لم يعمل الفسخ ، فلا يصح للمغبون في البيع مثلاً أن يرهن المال الذي باعه قبل فسخ البيع ، بل أي تصرف منه فيه بلا فسخ يكون باطلًا . وهذا بخلاف موارد عدم صحة العقد ما لم يكتمل بلحق الإجازة ونحوها ، فإنه يحق للمالك في بيـعـ الفـضـوليـ التـصـرفـ فـيـ مـلـكـهـ ، فـيـرـتفـعـ مـوـضـوعـ تـصـحـيـحـ الـعـقـدـ بـالـإـجازـةـ .

ومنها - مقدار هذا الحق وزمانه مربوط بمبناه ومنشأه، فقد يجعل ذلك على نحو الفور كما في خيار العيب والغبن، وقد يجعل على نحو التراخي مطلقاً أو محدوداً بزمان كما في خيار الشرط، حاله في ذلك حالسائر الحقوق التي تجعل لأحد المتعاقدين.

ومنها - أن الإبطال والفسخ ونحوه لا يمكن أن يكون له أثر رجعي إلا بنحو الكشف الحكمي، بخلاف عدم اكتمال العقد فإنه يعقل فيها أن يكون لحقوق الشرط بعد العقد بنحو الشرط المتأخر كاشفاً عن صحة العقد من أول الأمر حقيقةً.

وإن شئت قلت: في موارد الفسخ ونحوه يكون الفسخ إبطالاً للعقد الصحيح، فلابد من فرض صحة العقد حدوثاً وترتباً للأثر عليه قبل الإبطال والفسخ، أو الإبطال إذا فرض كونه من أصله لا من حينه، فلابد وأن يكون بنحو الكشف الحكمي، أي ترتيب آثار البطلان السابق من حين الفسخ حكماً، لا عدم صحة العقد وعدم ترتيب أثره من أول الأمر حقيقةً، فإنه خلف فرض صحة العقد. وهذا بخلاف موارد البطلان؛ لعدم اكتمال الشرائط حين العقد واكتمالها بعد العقد، فإن ذلك الشرط إذا كان يكفي وجوده المتأخر لصحة العقد من أول الأمر بنحو الشرط المتأخر كانت الصحة بنحو الكشف الحقيقي.

وأما مسألة التقادم فلا ربط لها بهذا البحث، وإنما يرتبط بحق إقامة الدعوى، سواء كانت دعوى على البطلان المطلق أو ثبوت حق لأحدهما على الإبطال والفسخ أو غيره، وليس نكتتها تابعة للتحليل المذكور نفياً وإثباتاً.

وثالثاً - ما ذكروه من عيوب الإرادة من العناوين الثلاثة - الغلط والتسليس والإكراه - وجعلوه من موارد البطلان النسبي لا نوافق على إطلاقها أيضاً؛ وذلك: أمّا بالنسبة للغلط؛ لأنّ الغلط إذا كان فيما يكون قواماً للإرادة العقدية

عرفاً - كال المحل أو مضمون العقد - فهو يوجب عدم انعقاد العقد، وعدم وقوعه خارجاً، كما إذا باع فرساً فبان شاة، أو أعطاه نقوداً بعنوان أنه قرض فأخذه الآخر بعنوان أنه هبة أو وهبه المال بعنوان أنه زيد فبان عمرو لفقدان موضوع الإرادة العقدية أو تطابقهما مع إرادة الآخر في هذه الموارد، وقد تقدم أنَّ التعاقد لا يتحقق من دون ذلك حقيقة.

وأَمَّا إذا لم يكن الغلط فيما هو مقوم للإرادة العقدية كالغلط في الشروط والأوصاف غير المقومة للعقد، فالعقد والإرادة متحققة خارجاً، إِلَّا أَنَّ الغلط لو كان راجعاً إلى ما يكون شرطاً في صحة العقد، كما إذا تبين أنَّ المال للغير، أو أنَّ العقد ربوى، أو لا قدرة فيه على التسليم والتسلُّم فهو يوجب البطلان، أي انعقاد العقد باطلًا.

وهل يمكن تصحيحة بعد ذلك بالإجازة أو غيرها؟ هذا مربوط بما تقدم من أنَّ الشرط المفقود إذا كان يمكن أن يلحق بالعقد فيكمله، كما إذا باع مال غيره بتضور أنه ماله ظهر أنه لغيره، فإنه يصح له تصحيحة بإجازة مالكه أو بشرائه منه ثمَّ بإجازة عقده، وأَمَّا إذا كان شرط الصحة المفقود لابد منه حين العقد فلا يمكن تصحيح العقد بعد ذلك، كما إذا باع الجنس الربوي بمثله فبان أنه أكثر وأنَّه لا يمكن تصحيح العقد السابق بما يكون بمقداره من العوض، وكذا إذا ظهر عدم القدرة على التسليم والتسلُّم فيحكم بالبطلان المطلق، وإذا كان الغلط فيما لا يكون شرطاً في الصحة بل كان من أغراض المتعاقدين فالغلط فيه لا يوجب البطلان، بل قد يكون الغلط فيه موجباً للخيار، كما إذا اشتري المال على أنَّ يكون سليماً فبان مريضاً، أو اشتري الكتاب على أنه جديد التأليف فبان قد يُمْكِن إِذَا كانت تلك الأوصاف ملحوظة في التعاقد كشروط صريحة أو ضمنية ارتتكازية كان الغلط فيها موجباً للخيار وحق الفسخ على تحليل سيائي في

محله ، وإن كان الغلط في مجرد دواع وأغراض لأحد المتعاقدين لم تلحظ كشروط في التعاقد لم يكن له حق الفسخ أيضاً . فليس الغلط كله له حكم واحد كما تصوره الفقه الوضعي .

وكذلك الحال في التدليس فإنه إذا كان فيما يرجع إلى قوام العقد والإرادة ، كمن دلّس فباع الحمار بعنوان أنه فرس فإنه يجب عدم انعقاد البيع ؛ لفقدان المحل للعقد أو دلّس بعض شروط صحته التي لا يمكن تكميله حتى بالإجازة اللاحقة فهو يجب البطلان ، وإذا كان التدليس فيما يرجع إلى الشروط والأوصاف الأخرى كان العقد صحيحاً مع الخيار أو حتى بدونه .

وأما الإكراه فإذا كان على نحو الالجاء وسلب الإرادة كما إذا أخذ بيده ووقع على العقد فهو يجب انعدام العقد ؛ لعدم تحقق الإرادة كما ذكره الفقه الوضعي أيضاً ، وأما إذا لم يكن على نحو الالجاء وسلب الإرادة الجدية على العقد وإن كان بنحو التهديد بالقتل ونحوه وإنما لم يكن له الرضا وطيب النفس بالعقد الذي أوقعه جداً فهو شرط في صحة العقد ، بل مطلق الإرادة حتى المنفردة أي الإيقاع فيقع باطلأً أيضاً .

إلا أنه هنا يمكن البحث في أنه هل يصح بلحوق الإجازة أو يكفي مجرد الرضا وحصول طيب نفس المكره بالعقد ولو لم تصدر منه الإجازة ، أو لا يصح حتى بالإجازة بل لابد من إعادة العقد فيكون باطلأً مطلقاً ؟

وهذا يرتبط بما أشرنا إليه من ملاحظة الشرط المذكور للصحة ، فقد يكون بنحو بحيث لا يتحقق حتى بالإجازة ، كما إذا كان الشرط في صحة العقد أن يكون إنشائه وصدوره عن طيب النفس ، فإن هذا لن يتحقق حتى بالإجازة اللاحقة .

كما أنه قد يكون الشرط بنحو يتحقق بحصوله بعد العقد بلا حاجة إلى

الإجازة، فيكون كما إذا باع المفلس المحكوم عليه بالحجر ثم زال حجره وإفلاسه، فيقال بذلك أيضاً في بيع المكره وأنه يكفي زوال الإكراه وحصول طيب النفس للعقد بعد العقد في صحته.

وقد يقال: إنَّ اللازم استناد العقد إلى غير المكره، وهذا لا يتحقق إلا بالإجازة منه بعد ارتفاع الإكراه، فلا ينبغي إعطاء قاعدة كافية بأنَّ كل عقد باطل بالطلاق النسبي يمكن تصحيحه بالإجازة، كما صنعه القانون الوضعي.

كما أنه لا ينبغي جعل الموارد الثلاثة - الغلط والتسليس والإكراه - كلها من عيوب الإرادة وعلى نسق واحد، فإنه خلط وتدخل بين الحيثيات والنكبات التحليلية المختلفة.

لابدَّ أنْ يكون الإكراه موجباً لحق الخيار - كما في التسليس أو الغلط الموجبين للخيار - ولكن بمعنى حق ابطال أو فسخ العقد من أصله من قبل المتضرر وهو المكره.

فإنه يقال: أولاً - هذا خلاف الظاهر، بل صريح الأدلة الشرعية المتقدمة الدالة على اعتبار الرضا بمعنى طيب النفس في العقود والإيقاعات، وأنه من دون ذلك لا يتربَّ الأثر قانوناً، ويكون التصرف في ذلك المال باطلأً ومحرّماً.

وثانياً - الجواز وحق الفسخ وابطال العقد من قبل طرف واحد لابد وأن يرجع بالتحليل إما إلى كون المضمنون العقدية سنسخ مضمون جائز بطبعته كالعقود الإذنية فإنها مجرد توافق على الإذن، فيجوز لكل منها الرجوع عن إذنه كما في العارية والوديعة، وهذا مفقود في العقود العهدية والتمليكية كالبيع والإجارة والهبة.

وإما أن يرجع إلى تعدد شرعى خاص، كما في جواز الرجوع في الهبة لغير ذي رحم، وهذا أيضاً يختص بمورده التعبدى الخاص.

وإما أن يرجع إلى جعل هذا الحق من قبل المتعاقدين لأحدهما أو كليهما، فيكون داخلاً ضمن الالتزام العقدي، وهو الذي سنتناه بالجواز الحقي، وهذا إنما يحصل بتوافق الإرادتين في العقود من خلال شرط ونحوه، ومن دونه لا يثبت الحق المذكور، ومن الواضح عدم وجود مثل هذا التوافق في عقد المكره بين المكره والمكره.

نعم، يمكن للقانون الوضعي - على خلاف الشريعة - أن يحكم بصحة عقد المكره كالمضطر، ويجعل للمكره حق الإبطال دفعاً لتضرره مثلاً أو جبراً أو سلب حرّيته وطيب نفسه بالمعاملة.

إلا أنَّ هذا ليس علاجاً صحيحاً؛ إذ قد لا يمكن المكره بعد العقد من الفسخ وإبطال العقد أيضاً، لأي سبب من الأسباب فيتم العقد عليه مع عدم رده، على أنَّ حرية الإرادة وطيب النفس لو كان لازماً مراعاته فالمناسب الحكم ببطلان العقد قانوناً، وعدم ترتيب الأثر عليه لاصحه ثم إبطاله من أصله أو من حينه.

فالتحليل المذكور على خلاف المركبات العقلائية جزماً، والسيرية أو المرتكز العقلائي أيضاً يطابق ما هو المستظهر من الأدلة الشرعية المتقدمة من بطلان عقد المكره، وإنما يمكن تصحيحه بالإجازة اللاحقة أو بحصول الرضا اللاحق على ما سيأتي وبنكتة أخرى تقتضي تصحيح العقد من حينه حتى إذا كان له أثر رجعي بنحو الكشف الحكمي.

ثُمَّ إنَّ البحث عن شرائط الإكراه الموجب لسلب الرضا وطيب النفس وبالتالي بطلان العقد بذلك والبحث عن إمكان تصحيحه بلحوق الإجازة أو الرضا أو عدم إمكانه وبحوث أخرى حول عقد المكره سنوردها في شروط المتعاقدين؛ لأنَّ فقهائنا بحثوا عن ذلك ضمن الركن الثاني للعقد وهو الأهلية أو شروط المتعاقدين.

٣ - مدى موضوعية الإنشاء (مدى اعتبار الإرادة الظاهرة) :

وممّا يجب البحث عنه في الركن الأول من أركان العقد هو البحث عن مدى موضوعية الإرادة الظاهرة والإنشاء في العقود والايقاعات ، فإنه بحث مهم تترتب عليه آثار خطيرة ، وهو بحث معروف في الأبحاث القانونية الحديثة تحت عنوان (العبرة بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة) ويقصدون بذلك البحث عن أنَّ الميزان هل يكون بالإرادة الباطنة في باب العقود والالتزامات أو بالإنشاء والإرادة الظاهرة المستفادة من الألفاظ - أو ما يقوم مقامها عادة كالكتابة مثلًا - ؟

وقد وجد اتجاهان في القانون الوضعي : أحدهما : يرى أنَّ الميزان بالإرادة الكامنة - الباطنة - أي بالمعاني لا بالألفاظ - وقد ذهبت إليه المدرسة الفرنسية - والأخر يرى أنَّ العبرة بالإرادة الظاهرة والجانب المادي للعقد - وقد ذهبت إلى ذلك المدرسة الألمانية^(١) ..

فهل العبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الباطنة أو الظاهرة ؟
وقد ذكر بعض الباحثين أنَّ الشريعة الإسلامية ترى أنَّ العبرة بالمعاني لا بالألفاظ ، أي بالإرادة الباطنة ، إلا أنه مع ذلك قد تغلب الإرادة الظاهرة على الباطنة ، وأنَّ هناك ثلث معاملات يكون الجد فيها جداً والهزل فيها جداً أيضاً ، وهي الزواج والطلاق والعتاق ، وهو يعني تغلب الإرادة الظاهرة على الباطنة^(٢) .

ثمَّ عدل عن ذلك في كتابه الآخر وحكم بأنَّ مقتضى كلمات الفقهاء أنَّ الأصل

١ - نظرية العقد (السنوري) : ١٦٨ .

٢ - نفس المصدر : ١٨٢ .

هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت هذه الإرادة واضحة، كما في صيغة الماضي، فلا يعدل فيها إلى الإرادة الباطنة، وأمّا إذا كانت الإرادة الظاهرة غير واضحة بأن احتملت الصيغة الحال والاستقبال تعين الرجوع إلى الإرادة الباطنة والنية، فإن انصرفت إلى الإيجاب انعقد العقد، وإلا لم ينعقد^(١).

والتحقيق: أنّ الإنشاء في الفقه الإسلامي له جنبتان: جنّبة موضوعية، وجنبة كاشفة أو طريقة يكون الإنشاء بلاحظها كاشفاً عن الإرادة الباطنة وما هو المنشأ المعجملي، وعدم التمييز الدقيق بين الجنبتين أوجب الخلط لدى الباحث المذكور، فمن ناحية حيث يجب أن يكون هناك مظهراً مادياً خارجياً للإرادة الباطنة حتى يتحقق عقد أو ايقاع كان للإنشاء موضوعية، بمعنى أنه من دون إرادة ظاهرة لا ينعقد العقد ولا يتحقق المضمون المعجملي المراد التوصل إليه، فلو فرضنا أنّ شخصين كانوا راضيين ومتوافقين على مبادلة ماليهما إلا أنّهما لم ينشأا المبادلة بحسب المظهراً المادي لا باللفظ ولا بغierre فلا يتحقق عقد خارجاً، وإن كانت لهما إرادة باطنة وعلم بذلك أيضاً.

وبالنسبة لهذه الجنّبة لا يتشرط أن يكون التعبير والإبراز صريحاً، بل يكفي أن يكون ظاهر الدلالة على المضمون العقدي عرفاً وعقلانياً. نعم، يتشرط في هذه الجنّبة أن يكون الإبراز والجانب المادي للعقد عرفاً، فلا يصحّ بما يكون مبهماً أو غير عرفي، وعلى هذا يحمل ما ورد في الروايات من النهي عن بيع الملامة ورمي الحصاة نحو ذلك، كما أنه في بعض العقود الخطيرة قد يعتبر شكلية خاصة للإنشاء كاشتراط الإيجاب اللفظي في النكاح.

كما أنه من ناحية الجنّبة الثانية - الكاشفية - إذا علم أنّ ما يدل عليه الإنشاء

بحسب ظاهر اللفظ غير مقصود واقعاً، إنما بأن لا يكون هناك إرادة جدية باطنة أصلاً كما في موارد الهزل، أو أن المراد الجدي أمر آخر مباین مع الإرادة الظاهرة، كما إذا أنشأ الهبة وكان المراد البيع، فلا ينعقد العقد على طبق الإرادة الظاهرة.

وهذا هو معنى تبعية العقود للقصد المعروف بين فقهائنا، وهذا من نتائج الجنبنة الطريقة للإنشاء، فالإرادة الظاهرة حجة حيث لا يعلم خلافه.

والحاصل: النظرية الفقهية الإسلامية تشترط في انعقاد العقد اجتماع الارادتين - الظاهرة والباطنة - معاً، كما أنها تجعل الإرادة الظاهرة كاشفة عن الإرادة الباطنة ومبينة لها.

ويترتب على ذلك ثرتان ثبوتية وإثباتية (ذاتية وموضوعية): أمّا الثمرة الثبوتية فهي أنّ أي مضمون معجمي والتزام تعاقدي لا يكون عليه مظهر مادي ودلالة في مرحلة الإرادة الظاهرة، ولو دلالة ضمنية غير صريحة لا يتحقق خارجاً حقيقة، وهذه ثمرة ثبوتية متربة على الجنبنة الموضوعية للإنشاء.

كما أنّ أيّة إرادة ظاهرية أو خصوصية فيها علم بعدم وجود إرادة باطنة بإزائها لدى المتعاقدين لا تكون نافذة، وهذه أيضاً ثمرة ثبوتية متربة على لزوم الإرادة الباطنة في انعقاد العقد.

وأمّا الثمرة الإثباتية فهي أنه مع عدم العلم بالإرادة الباطنة أو خصوصياتها يكون ظاهر الإنشاء والإرادة الظاهرة معياراً للكشف عن الإرادة الباطنة وحدودها وإثبات أصلها أو خصوصياتها وقيودها، فلا تقبل دعوى الهزلية ولا دعوى خصوصية تخالف الإرادة الظاهرة إلا مع وجود قرينة وشاهد عليها. وفي هذا المجال تارة يكون الإنشاء بالفاظ صريحة أو ظاهرة - كالبيع بصيغة

الماضي - فلا إشكال في إثبات العقد به وعدم قبول دعوى الخلاف ما لم تكن قرينة أو علم بالهزل أو غيره، وأخرى يكون الإثبات بألفاظ مجلمة أو صالحة لإرادة خلاف العقد، فعندها لابد من إثراز الإرادة الباطنة أو خصوصيتها بطريقة أخرى إذا كان أصل الإثبات بمعنى المظاهر المادي الصالح نوعاً وعقلانياً لإثبات ذلك العقد متحققاً بذلك.

وهذا هو مقصد الفقهاء مما ذكروه من التفصيل في صيغة العقد بين صيغة الماضي والمضارع أو الأمر، فليس نظرهم إلى المبحث الشبتوبي وكفاية الإثبات والإرادة الظاهرة وتغليبيها كما تصوره الباحث المذكور، فجعل قوام العقد بالإرادة الظاهرة، بل نظرهم في ذلك إلى المبحث الإثباتي فحسب، وقد تأثر الباحث المذكور بالبحث الدائري بين المدرسة الوضعية الفرنسيّة والألمانية في الجنينة الموضوعية والذاتية للعقد، وإن العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة، فتصور أن نفس البحث دائري في الفقه الإسلامي، فحاول الاستشهاد عليه بما ذكره الفقهاء في مبحث صيغة الماضي والمضارع.

وهذا خلط في غير محله، فالعقد لدى فقهاء الإسلام فيه الجنينتان معاً، ولكل من الجنينتين دوره وأثره، كما سيظهر أكثر من خلال البحوث القادمة.

وعلى هذا الأساس إذا لم يكن جدية في العقد، أي لم تكن إرادة باطنة أصلاً، كما في موارد الهزل والخطأ فلا عقد؛ لما تقدم من تقوم العقد بالإرادتين معاً، وما نقل في النكاح والطلاق والعتاق أو الرجعة فلا أساس له، حيث إنَّه رواية لا سند معتبر لها ينقلها أبو هريرة وهي على خلاف القواعد والنصوص الصريحة في أنه لابد في الطلاق والطلاق والزواج، بل وفي كل العقود من القصد الجدي لمضمون العقد، أي لابد من الإرادة الباطنة.

وأما إذا كانت الإرادة الجدية - الإرادة الباطنة - موجودة وختلف في عدم

تطابقها مع الإنشاء والإرادة الظاهرة فهنا صور وفروض مختلفة:

١ - أن يكون الإنشاء ظاهراً لا إجمال فيه - سواء كان صريحاً أم لا - ولكن يختلف الطرفان فيدعى أحدهما بأن المقصود والإرادة الجدية - الإرادة الباطنة - على خلاف ذلك، ولا دليل على ما يدعى به حيث يحتمل صحة ظاهر الإنشاء. وحكم هذه الصورة هو الأخذ بالإرادة الظاهرة؛ لأنَّ ظاهر الإنشاء حجة يؤخذ به مالم يعلم بخلافه أو تقوم قرينة على ذلك.

٢ - نفس الصورة مع فرض كون الإنشاء والإرادة الظاهرة بلحاظ الخصوصية المختلف بشأنها مجملًا لا ظهور فيه، وفي مثله لابد وأن يرجع إلى الأصول العملية في الشبهة الموضوعية النافية لدعوى كل من طرف في التعاقد حسب قواعد باب التنازع، أي يدخل المقام في بحث التنازع. وهاتان صورتان يكون البحث فيما إثباتياً محضاً لا ثبوتاً.

٣ - أن يعلم بعدم التطابق بين الإرادتين فيما هو من أركان العقد وقوامه، كما إذا أراد البيع ولكنه أنشأ الهبة فقال: (وهبتك)، أو أراد بيع الفرس الأبيض فأنشأ خطأً بيع الفرس الأسود، أو ما يسمى في القانون الوضعي بالمواضعة، بأن يتواتأ المتعاقدان ويتفقان سراً قبل العقد على البيع بشمن معين، ثم يوقعوا البيع بشمن زهيد مثلاً لكي لا يدفعوا الضريبة، أو أن يعقدوا النكاح على مهرٍ غالٍ رباءً وسمعةً وهم متتفقون سراً على مهرٍ زهيد، ففي مثل هذه الموارد جميعاً لا يقع العقد ويكون باطلًا بطلاً مطلقاً، أي لا يمكن تصحيحة بعد ذلك حتى بالإجازة؛ لأنَّ الإرادة الجدية للعقد - الإرادة الباطنة - لم تنشأ في شيء منها، وما أنشأ وتحقق مظاهره المادي لا توجد إرادة جدية بإزاره والتي هي ركن العقد بل روحه. نعم، نستثنى من ذلك ما إذا كان هناك غلط في التعبير واللفظ مع وجود دال آخر في عالم الإنشاء طبقاً للإرادة الجدية بحيث تم ركن المادي على أساسه،

كما إذا قال : (بعثك الفرس الأبيض) ولكن أشار إلى الأسود ، وكان يعلم إرادة المتعاقدين للفرس الأسود ، فمثل هذا الغلط لا يضرّ بصحة وقوع العقد على الفرس الأسود ؛ لوجود ما يصلح للدلالة عليه وإنشاء عقده ، ويكون الغلط في إنشاء لغواً زائداً .

لا يقال : قد ثبت في الفقه صحة النكاح دواماً إذا نسي المتعاقدان ذكر الأجل مع كون الإرادة الجدية لهما الزواج المؤقت وهو غير الزواج الدائم ، وهذا يدلّ على خلاف ما ذكر .

فإنه يقال : ظاهر دليل هذا الحكم النظر إلى مورد يكون فيه إنشاء والمنشأ كلاماً للعقد الدائم ، أي نتيجة نسيانهما لإرادة العقد المؤقت أنشأ الزواج الدائم حقيقةً ولم يذكر التوقيت فيه ، لا ظاهراً ولا في الإرادة الجدية - الباطنة - وهذا لا إشكال في صحته ووقوعه زواجاً دائمًا ؛ لأنّه من قبيل تخلّف الدواعي على العقد مع تطابق الإرادتين الباطنة والظاهرة فيه على إرادة العقد الدائم .

ولو فرض استظهار الإطلاق من دليل هذا الحكم كان حكماً تعديياً على خلاف القاعدة العامة في خصوص باب النكاح تغليباً لأمر النكاح الدائم كما ورد ذلك في باب العتق أيضاً ، فلا يمكن التعدي إلى سائر العقود والمعاملات .

٤ - أن يعلم بعدم التطابق بين الإرادتين في الخصوصيات التي لا تكون ركناً للعقد وغير مقومة له ، كما إذا كانت الإرادة الجدية - الباطنة - هي البيع مع شرط الخيانة مثلاً ، أو بدرهم معين ، بينما كانت الإرادة الظاهرة البيع بلا ذلك الشرط ، أو بمطلق الدرهم ، فإذا لم يكن في الإرادة الظاهرة ما ينافي تلك الخصوصية ، بل غايته عدم الدلالة عليها فلا ينبغي التشكيك في انعقاد العقد عندئذٍ مع تلك الخصوصية الشبوانية المحرزة بأي دليل ؛ إذ لا يشرط في الركن المادي للعقد والإرادة الظاهرة وإنشاء والجنبة الموضوعية فيه أكثر من وجود أصل إنشاء

الصالح للتعبير به عن الإرادة الجدية للعقد ومقوماتها الحقيقة، وأما الخصوصيات والقيود الأخرى الخارجية عن حقيقة العقد وقوامه فلا يضر في انعقادها عدم وجود ما يدلّ عليها في مرحلة الإنشاء والإرادة الظاهرة حتى تلوياً وضمناً، فيكفي إثرازها في الإرادة الجدية ولو بدليل خارج الإنشاء.

وهذا التفصيل في الجنبة الموضوعية للإرادة الظاهرة والإنشاء مهم جداً.

وأما إذا كانت الخصوصية الثابتة في الإرادة الباطنة حين الإنشاء على خلاف ظاهر الإرادة الظاهرة، فإن علم بأنَّ مراد المتعاقدين واقعاً هو البيع بلا شرط وإن كان بحسب ظاهر اللفظ والإنشاء هو البيع مع الشرط - كما في موارد المواجهة - حسب مصطلح الفقه الوضعي فأيضاً يصح العقد طبقاً للإرادة الجدية، فلا يحتاج إلى إنشاء آخر؛ وذلك لما أشرنا إليه من أنَّ الجنبة الموضوعية للإنشاء والمظهر المادي له إنما يحتاج إليه بلحاظ أصل المضمون المعاملتي، وما يكون دخيلاً في قوامه لا القيود والخصوصيات الأخرى، فإذا فرض وجود ما يدلّ على خلاف تلك التفاصيل لم يكن ذلك مضرًا بانعقاد أصل العقد مع كل ما اشتملت عليه الإرادة الباطنة من تلك التفاصيل.

وإن شئت قلت: إنَّ إلغاء الإرادة الظاهرة فيما يرجع إلى نفي تلك الخصوصية لا يستلزم إلغاء انعقاد أصل العقد؛ لأنَّ اللازم التفكيك في الإنشاء والإرادة الظاهرة بين أصل الإرادة التي لابد من مظهر مادي لها بنحو الموضوعية وبين تلك الخصوصيات والقيود فيها، فلا يجب فيها الإنشاء والإرادة الظاهرة بنحو الموضوعية، وإنما اللازم وجود كاشف اثباتي عنها، والمفروض وجوده، فيكفي ذلك في صحة العقد بلا الشرط أو القيد المذكور.

هذا إذا علم باتفاق المتعاقدين على تلك الخصوصية في الإرادة الجدية، وأما إذا اختلفا في ذلك بأنَّ أراد البائع البيع مع الشرط، وقبل المشتري البيع بلا شرط

- وقد تقدم وسيأتي أنّ قبول الشرط قيد في العقد وإن لم يكن تحقق الشرط خارجاً قياداً فيه وإنما يوجب الخيار - فهنا إن علم بعدم تطابق إرادتهما فلا يصح العقد الواقع؛ لعدم التطابق بين الإرادتين الجديتين لا عدم التطابق بين الإرادة الباطنة والظاهرة. إلا أنه قد يمكن تصحيح هذا العقد المطلق بالإجازة بعد ذلك من أحدهما طبقاً لإرادة الآخر؛ لتحقق أصل العقد بلحاظ ما هو قوام العقد، وإن لم يعلم بذلك وإنما ادعاه أحد الطرفين على الآخر فظاهر الإنشاء والإرادة الظاهرة يكون حجة، وهذه هي الجنبة الطريقة للإرادة الظاهرة.

ومن مجموع ما تقدم يظهر أيضاً أنّ الجنبة الموضوعية في الإنشاء إنما هي بلحاظ أصل الإرادة وما يكون مقوماً للعقد لا الخصوصيات والقيود الخارجة عن حقيقة العقد وقوامه، فإنّ الإرادة الظاهرة بالنسبة إليها تكون ذات جنبة طريقة وكافية فحسب.

ثُمَّ إنّ هذا البحث يختلف عن البحث عن تخلّف الإرادة الجدية والعقد أو شروطه وخصوصياته بلحاظ الخارج، كما في موارد الغلط أو التدليس أو تخلّف الشرط والوصف؛ لأنّ الإرادتين - الظاهرة والباطنة - فيها متطابقة، وإنما التخلّف عن الإرادة في ما يقع خارجاً.

وكذلك يختلف عن البحث عن عدم التطابق بين الإيجاب والقبول؛ لأنّه يعني عدم التطابق بين إرادة المتعاقدين، بينما البحث هنا عن لزوم التطابق بين الإرادتين الجدية والإنسانية - الباطنة والظاهرة - بالنسبة للعائد نفسه أيضاً، وأنّه مع عدم التطابق يكون المتبع أيهما؟ وهذا غير مربوط بالبحرين الآخرين كما لا يخفى، فلا ينبغي الخلط بين الأبحاث الثلاثة وإن كانت كلها مربوطة بالإرادة والتراسي الجدي و عدم تطابقها تارة مع الإنشاء والإرادة الظاهرة، وأخرى مع ما وقع في الخارج، وثالثة مع إرادة العائد الآخر فإنّ كل واحد من أنواع عدم

التطابق هذه يرتبط بجانب من العقد أو شرط من شروط صحة العقد ويختلف عن الآخر، كما أن حكمه وأثره أيضاً يختلف عن أثر الآخر، كما أشرنا وسيظهر أكثر ضمن الأبحاث القادمة إن شاء الله تعالى.

ثم إن هنا بحثاً آخر في أن العقد هل ينشئ كلا المتعاقدين ويكون بتوافق إرادتهما على ذلك أو ينشئ الموجب وبارادته المنفردة والقابل قبل ذلك وإنما يحتاج إلى انضمام قبوله حتى لا يكسب حقاً دون إرادته؟

وهذا البحث قد يطرح كبحث لفظي إثباتي عن مدلول العنوان العقدي المنشأ - كالبيع مثلاً - وأن الإيجاب البيع هل هو التملك للمبيع وتملك الشمن معاً، أي إنشاء لمضمون العقد من كلا الطرفين والقابل قبل ذلك، أو أنه تملك للمبيع الذي للموجب على تقدير تملك القابل للشن في قبالة فيكون إنشاء لأحد طرفى العقد، وهذا بحث لفظي لا أثر مهم له.

وآخر يطرح بحث ثبوتي عن أن الإيجاب وحده هل يكون ملزماً على الموجب قبل القبول أم لا؟ وهذا بحث مهم سنبحثه ضمن البحث القادم عن شروط صحة الركن الأول للعقد تحت عنوان (عدم رجوع الموجب قبل القبول). وثالثة يطرح - كما طرحته الفقه الوضعي - أن الإيجاب أو الإرادة المنفردة هل يمكن أن يوجد حقاً للغير والتزاماً - كما يمكن إسقاط حق بالإرادة المنفردة - وتكون الحاجة إلى قبول من له الحق حتى لا يكسب الدائن ومن له الحق حقاً دون إرادته ورضاه أم لا؟

وقد فرّعوا على ذلك بعض الآثار والشمرات:

منها - أن الفعل القانوني الذي يكون مصدراً للحق والالتزام إنما يكون بالإرادة المنفردة دائمًا لا العقد.

ومنها - عدم جواز رجوع الموجب والملزم في العقد عن إيجابه قبل القبول،

وأنّ القوّة الملزمة للعقد تسبقها القوّة الملزمة للإرادة المنفردة . ومنها - إمكان تفسير المعاملات التي لا يكون القابل وقت ايجابها معيناً أو لا يكون موجوداً كما في الجعالة لمن يقوم له بعمل أو من وعد بجائزة على عمل . إلا أنّ هذا البحث أيضاً غير فني ؛ وذلك :

أولاً - حتى إذا كانت الإرادة المنفردة ممّا يمكن أن ينشأ بها الالتزام والحق والمديونية للغير ، إلا أنّ هذا لا ربط له بالعقد والإيجاب فيه ؛ لأنّ الإرادة العقدية من أساسها إرادة تعليقية مربوطة بموافقة الطرف الآخر ومتقومة ذاتاً بتوافق الطرفين بحيث يكون إيجادها بفعل الاثنين ، فمن دون إرادة الطرف الآخر لا وجود للإرادة والرضا أصلًا ، والتعليق على القبول مأخوذ في حقيقة الإرادة العقدية ، كما شرحنا ذلك سابقاً ويأتي في بعض البحوث القادمة أيضاً .

ثانياً - تقدّم أن العقود أعم من العقد الإذني والعقد العهدي ، ولا يوجد التزام في العقود الإذنية ولكنها تتضمن التوافق وتطابق الإرادتين - كما في الوديعة والعارية - وإن كان توافقاً فيما يرجع إلى كل منها من حقوقه من دون نقل حق أو التزام من أحدهما للأخر .

ثالثاً - إيجاد الحق أو الالتزام بالإرادة المنفردة إنّ كان بمعنى انتقال حق أو مال للغير فهو لا يكون من دون رضاه وإرادته ؛ لأنّه تصرف في شأنه وهو لا ينفذ من دون رضاه ، فلا يكون الالتزام والحق فعلياً إلا بذلك ، وهو معنى لروم توافق الإرادتين ، ومعه لا محالة تكون تلك الإرادة معلقة حتى في مقام إنشائهما على قبول الآخر ، ومعه يجوز الرجوع عنها قبل القبول - كما سيأتي بحثه مفصلاً . كما أنّ العقد يكون مصدراً للالتزام حينئذ لا الإرادة المنفردة .

وأما المعاملات المذكورة فلها تفسيرات لا تنافي لزوم تعدد الإرادة على تقدير كونها عقوداً عهدية ، وقد يأتي البحث عن ذلك فيما يأتي من الأبحاث .

٤ - شروط صحة الركن الأول (شروط صحة الإرادة العقدية) :

بعد أن اتضحت حقيقة الركن الأول في العقد أو الإرادة العقدية - الظاهر والباطنة - يقع البحث عن الشروط المذكورة لهذا الركن زائداً على تحقق الإرادة العقدية بركتنيها المادي والمعنوي أو الباطني والظاهري ، وهي شروط عديدة بعضها يرجع إلى إنشاء العقد - الإرادة الظاهرة - والذي هو الركن المادي للعقد وبعضها يرجع إلى الإرادة الجدية والتراضي - الإرادة الباطنة - والذي هو الركن المعنوي للعقد.

ونحن نوردها تباعاً مع الإشارة في كل منها إلى مرجعه وأنه هل يرجع إلى الركن المادي أو المعنوي للعقد:

أ - الجدية في الإرادة (قصد الإنشاء الجدي) :

يشترط في تتحقق الإرادة العقدية القصد الجاد من قبل المتعاقدين وصدر الإرادة العقدية منها بالاختيار لا بالخطأ أو السهو والهزل والمزاح أو الإلقاء السالب لل اختيار ، أو في حال النوم أو السكر أو الجنون والاغماء ؛ لعدم تتحقق الإرادة الجدية لمضمون العقد الذي هو تصرف قانوني إنسائي - الإرادة الباطنة - في هذه الموارد ، بل وعدم تتحقق الإرادة الظاهرة وقصد الإنشاء الحقيقي فيها أيضاً ؛ إذ ليس العقد والتعاقد مجرد اللفظ الفارغ عن الجد وقصد معنى العقد حقيقة ، والذي هو قرار وإرادة في النفس ، وتصرف إنسائي معنوي في عالم الكلام والتفاهم والمحاورة ، وكل الأمرين أو أحدهما على الأقل - وهو الإرادة الجدية - لن يتحقق في الموارد المذكورة جزماً.

والفقه الإسلامي قد بحث شرطية القصد وشرطية الاختيار ضمن شروط

الركن الثاني للعقد وهو المتعاقدان، إلا أنهما يرجعان بالدقة إلى الركن الأول؛ لما ذكرناه من عدم تحقق العقد والركن الأول بانتفاء القصد والاختيار بالمعنى المذكور، وإنما ذكرهما الفقهاء ضمن شروط المتعاقدين باعتبارهما من أوصاف وشُروط المتعاقدين فناسب أن يذكرا ضمن سائر شروط المتعاقدين.

إلا أن الأصح من الناحية الفنية ذكرهما ضمن شروط الركن الأول وهو الإرادة العقدية.

وهذا الشرط كما هو لازم بالنسبة للإرادة الباطنة من العقد، أي ركته المعنوي كذلك يلزم بالنسبة للإرادة الظاهرة والإنشاء من العقد، أي ركته المادي، فإن إنشاء الذي يصدر خطأً وبلا قصد الاستعمال للفظ في المعنى ليس إنشاءً أيضاً، فاعتبار هذا الشرط لازم في كل ركتي العقد المعنوي والمادي.

والمقصود بالاختيار هنا ما يقابل الجبر والإلقاء، لا ما يقابل الإكراه، كما إذا أخذ بيده وأجبره على التوقيع على العقد مثلاً.

والمراد بالقصد نية العقد وإرادة إنشائه جدأً؛ لأن العقد - كما تقدم في تعريفه - تصرف قانوني وفعل إنشائي ايجادي - ولو اعتباراً - فلا يمكن أن يتحقق من دون إرادة وقصد جدي، والقصد قد يتعلق باللفظ فيتلفظ به، وقد يتعلق باستعمال اللفظ في معناه بقصد الإفهام والإخبار في قبال من لا يقصد الاستعمال باللفظ وإنما يقصد الصوت.

كما أن قصد الاستعمال وإخبار المعنى باللفظ إلى ذهن المخاطب قد يكون مع قصد الإنشاء أو الإخبار الجدي، فيتحقق الاستعمال في الإنشاء أو الإخبار وإلا فلا.

كما أن قصد الإنشاء قد يكون جدياً وقد يكون صورياً، كما في موارد التورية أو الامتحان أو السخرية ونحو ذلك.

وهذا الأخير هو المقصود بالقصد الذي جعله الفقهاء من شروط المتعاقدين، وهو القصد الجدي لمضمون العقد لا قصد اللفظ أو الاستعمال الذي هو من شؤون صحة الاستعمال والكلام.

ومتعلق هذا القصد يمكن تحليله إلى أمرين :

- ١ - الإرادة أو الاعتبار النفسي لمضمون العقد والتواافق المعجمي ، وهو المعتبر عنه بالإرادة الباطنة أو الركن المعنوي للعقد.
- ٢ - الإنشاء أو الإبراز لذلك التواافق أو الاعتبار النفسي ، وهو المعتبر عنه بالإرادة الظاهرة أو الركن المادي للعقد . وقد تقدم أن العقد يتركب منهما معاً، فلا يكفي أحدهما وحده لتحقيق العقد .

وأما تحقق أثر العقد كالنقل والانتقال للعواضين فهذا خارج عن مرحلة إنشاء العقد ويرتبط بصحة العقد قانوناً أو شرعاً ، وهو من أحکام العقد لا نفسه ، أي صحة العقد أو فساده ، وهذا واضح .

نعم ، قد يقال بأنه يشترط في العقد قصد آخر وراء ما ذكر ، وهو قصد التسبّب بالعقد إلى تحقق الأثر القانوني أو الشرعي المترتب عليه ، أي قصد حصول النقل والانتقال خارجاً في البيع مثلاً .

وقد يقال : إن هذا غير معقول ؛ لأن ترتّب الأثر القانوني أو الشرعي فعل الشارع الجاعل للحكم لا العاقد ، فلا معنى لقصده من قبله .

وقد أجبنا عن ذلك في تعريف العقد وقلنا : إن ترتّب الأثر خارجاً يمكن أن يقصد به الحكم الفعلي المتسبّب من ايجاد موضوعه الإنسائي ، فيمكن قصده من قبل العاقد ؛ لأن ايجاده كذلك يكون بانشائه وقصده ، وما يكون فعل الشارع إنما هو الجعل الكلي .

إلا آتنا ذكرنا فيما سبق أنَّ هذا المعنى للقصد ليس أمراً آخر غير قصد مضمون المعاملة جدًا؛ إذ معنى عقد البيع ومضمونه مثلاً إنما هو النقل أو الانتقال بالعوض قانوناً وشرعًا، فقصد المضمون للعقد وإرادته عبارة أخرى عن قصد التسبب المذكور، وليس اعتباراً وجعلاً شخصياً آخر - كما قيل - وقد شرحنا ذلك بتفصيل فراجع.

وهكذا يظهر أنَّ التعبيرات المختلفة في المقام على ألسنة الفقهاء بالنسبة لشرط القصد - حيث عبر بعضهم عن ذلك بقصد التسبب وبعضهم بقصد الاعتبار النفسي أو الاعتبار الشخصي، وبعضهم بالتراضي والالتزام المعاملتي، وبعضهم بالإرادة العقدية أو الباطنة - ترجع كلها روحًا إلى مطلب واحد وهو القصد الجدي والإرادة الحقيقة لمضمون العقد وإن شائها.

وهذا المعنى من القصد - كما أشرنا - محقق للعقد وليس من شروط صحته؛ ولهذا لا نحتاج في إثبات البطلان في موارد فقده - كما إذا كان هازلاً أو نائماً أو صدر منه الإنشاء خطأً - إلى دليل خاص، بل هو مقتضى القاعدة؛ لأنَّه من السالبة بانتفاء الموضوع، حيث لا ينعقد عقد بدون ذلك ليبحث عن حكمه، وبهذا يختلف موارد فقدان القصد والاختيار بهذا المعنى عن سائر موارد فقدان شرط من شروط العقد، حيث إنَّ الموارد الأخرى يتحقق في العقد ولكنه يكون فاسداً لا يترتب أثر عليه، بخلافه هنا حيث لا عقد فيه حتى العقد الفاسد.

وقد يستدلُّ على لزوم القصد وشروطه في صحة العقود بالإجماع تارة، وبقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللُّغُوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾^(١)، وبما ورد في تفسيره:

«اللغو هو قول لا والله، وبلى والله، ولا يعقد عليها أو لا يعقد على شيء»^(١)، وبأصله الفساد، وبالنبي المعروف: «الأعمال بالنيات»^(٢)، وبأحاديث رفع الخطأ ونحوه.

ولكن الصحيح أنه مع عدم القصد لا عقد في البين كما ذكرنا حتى عند من يرى أسامي المعاملات موضوعة للأعم من الصحيح وال fasid؛ إذ لا عقد حتى فاسد في المقام، فإن القائل المذكور يتشرط في صدق العقد أيضاً تحقق أصل العقد المتوقف على القصد الجدي للإنشاء، أي عدم كون اللفظ من أجل الهزل أو الامتحان أو التورية أو الخطأ أو نحو ذلك.

ولولا ذلك لم ينفع شيء من الأدلة المذكورة؛ فإن تحصيل الإجماع التعبدى في مثل هذه المسألة مشكل، والأية الشريفة والرواية الواردة في تفسيرها موردها الأيمان وما يتربّى عليها من الكفارة والحنث، ولا إشكال في لزوم شكلية خاصة فيها، فلا يمكن التعبدى من موردها إلى العقود.

وأصله الفساد إن كان بمعنى استصحاب عدم ترتيب الأثر وإن كان تماماً في نفسه ولكنه محكم لاطلاقات أدلة صحة العقود، والنبوى المعروف ناظر إلى باب الثواب وقبول الأعمال لا صحة العقود وفسادها، كما أن المراد بالنية فيه الداعي والغرض، وبالأعمال أفعال المكلفين الخارجبة لا الأمور الإنسانية. وأحاديث رفع الخطأ أو القلم عن النائم حتى يستيقظ أو المجنون حتى يفيق ناظرة إلى رفع العقوبة والمسؤولية والتبعية على مخالفات العباد، فلا ربط لها بالعقود والتصرفات القانونية الإنسانية، وهذا كلّه واضح.

١ - وسائل الشيعة: ٢٣٨، ٢٣٩، الباب ١٧ من الأيمان، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة: ١: ٤٨، الباب ٦ من مقدمة العبادات، الحديث ٦.

ب - عدم اشتراط اللفظ ولا الصراحة في الإنشاء :

كان المعروف لدى فقهاء المسلمين عامة اشتراط الإنشاء اللفظي الصريح في العقود مع الإمكان، إلا أنه بالتدريج أضمر هذا الرأي وأصبح المعروف بين المتأخرین خصوصاً عند فقهائنا عدم اشتراط اللفظ فضلاً عن الصراحة في إنشاء العقود إلا في بعض العقود الخطيرة التي نصّ عليها الشارع كالنکاح والطلاق أو ما يكون للفظ موضوعية ودخل في تحقق المسألة كاليمنين .

وأما في غير ذلك فمقتضى إطلاق أدلة الإمساء عدم اعتبار ذلك والاكتفاء بكل ما يتحقق به الإنشاء المادي خارجاً، سواء كان لفظاً أو كتابة أو إشارة أو فعلًا كالمعاطاة، وسواء كان صريحاً أو ظاهراً، بشرط أن تكون الدلالة - المظهر المادي للإنشاء - صالحًا لذلك عرفاً .

بل حتى إذا كان الدال سكوتاً كفى بذلك في الإنشاء والإرادة الظاهرة - ولو بلحاظ القبول - والذي قد يعبر عنه بلسان الحال كما في سكوت الباكر الذي يعد قبولاً بالتوكيل عنها في إجراء عقد الزواج، وكما إذا جعل شخص ماله أمام الآخر وبين يديه وقال إنه وديعة لديه فسكت سكوتاً ظاهراً في قوله بذلك . والسكوت إنما يكون كذلك إذا كانت محفوفة بقرائن وخصوصيات تجعله عملاً مادياً عرفاً دالاً على الإنشاء ، فليس مطلق السكوت كافياً؛ ولهذا قيل إنه (لا ينتسب إلى ساكت قول) والفقه الوضعي وافق على إنشاء القبول بالسكوت دون الإيجاب . إلا أن الصحيح عدم الفرق؛ فإن الإيجاب أيضاً يمكن أن يكون بالسكوت كما في سكوت الباكر في توكيل غيرها لإجراء العقد من طرفها .

نعم، هذا الإيجاب إنما يتحقق بصفحة قبولها لخطاب الوكيل إليها أنه وكيل عنها في ذلك ، فالسكوت يدلّ إذا احتفت به القرائن الخاصة على قبول ما طلب

به والذي قد يكون إيجاباً بلحاظ المعاملة المقصودة. كما أنه قد اشترط القائلون بشرطية اللفظ في الإنشاء أن تكون الألفاظ صريحة أو واضحة، أي أن يكون التعبير صريحاً لا ضمنياً أو التزاماً، بل عين بعضهم أن يكون بصيغة الماضي مثلاً لا المضارع؛ لكونها أظهر وأصرح في الدلالة على وقوع الإنشاء.

إلا أن هذا أيضاً لا وجه له؛ فإنَّ اللازم مطلق اللفظ الدال على الإنشاء سواء كان صريحاً أو ظاهراً؛ إذ لو لوحظ جنباً موضوعية الإنشاء ومظهره المادي فهو يكفي فيه أصل وجود التعبير وإجراء الصيغة، ولا دخل للصراحة أو الظهور في ذلك، ولو لوحظ جنباً كاشفيته عن الإرادة الباطنة والمضمون المعجملي المنشأ فالمفروض أنَّ الظهور كالصراحة دال عرفي معبر عقلانياً وشرعياً. وقد ورد في جملة من الروايات وقوع بعض العقود والائيقادات بغير صيغة الماضي.

نعم، لو كان اللفظ مجملأً مردداً بين معنيين ومضمونين معامليين أو أكثر، فلا يمكن إحراز الإنشاء أو المنشأ بذلك عندئذٍ، فيبطل في مقام الإثبات ما لم يحرز ما هو المراد به.

واشتربطاً أيضاً عدم اللحن والغلط وفصل بعضهم بأنَّ اللحن إذا كان مشهوراً فلا يضر، بخلاف ما إذا كان شخصياً كما إذا قال: (بفت مكان بعت) فإنَّ أدلة الإمضاء منصرفة إلى ما هو الأسلوب المتعارف الصحيح للإنشاء.

والانصاف أنَّ اللحن الشخصي أيضاً لا يقتدح بتحقق الإنشاء ولا بكاشفته إذا كان هناك ما يدلُّ على المدلول التصدقي النهائي للمتكلم، فإنَّ اللحن في التركيب الصرفي وبناء الكلمة أو النحوى واعراب الكلمة أو غير ذلك لا يستلزم الإجمال في الدلالة على القصد الجدي وتعيين المضمون المراد إنشاؤه والعقد قوامه عقلانياً بذلك لا أكثر، وليس للفظ فضلاً عن عدم اللحن فيه

خصوصية في تحقق الإنشاء والعقد، وإنما اللازم في العنصر المادي الظاهري من العقد أن تكون الدلالة التصديقية عرفية وواضحة ، وإن كان تلفظ العاقد بالكلمة أو الحروف غلطًا أو معيوباً.

نعم ، في مثل إنشاء اليمين والتنذر أو ما اعتبر فيه صيغة معينة لا يبعد صحة دعوى الانصراف إلى الصيغة الصحيحة غير الملحونة ، وأمامًا في غيره فلا وجه له .

فالحاصل : ما هو معتبر في تتحقق الإنشاء باللفظ أصل التلفظ الدال على قصد الإنشاء والتسبب دلالة عرفية ، وهذا قد يجتمع مع بعض أقسام اللحن ، ولا خصوصية للتركيب اللغوي في ذلك ، وببعضهم اشترط علم العاقد بالمعنى المستعمل فيه اللفظ ووجهه عدم تحقق الاستعمال بدون ذلك ، فلا يتم الركن المادي للعقد . نعم ، لا يشترط العلم التفصيلي بدلالة كل لفظ في الإنشاء ، بل يكفي العلم الإجمالي بأن الجملة تدلّ على إنشاء العقد المطلوب له .

ثم إنّه لابد من صلاحية الأسلوب المستخدم في الإنشاء للدلالة على إنشاء ذلك المعنى عقلائيًا وعرفًا كما أشرنا سابقاً ، فلو فرض وضع رمز خاص من لفظ مهمل أو فعل كالتصديق مثلاً بين المتعاقدين للدلالة على الإيجاب والقبول لم ينعقد العقد بهما عرفاً؛ لأن الركن المادي لابد وأن يكون دالاً نوعياً عاتياً ظاهراً في إنشاء العقد ، سواء كان لفظاً أو فعلًا ، وإلا فلا يتحقق الركن المادي للعقد .

وقد وقع البحث في فقهنا عن المعاطاة في العقود تارة من ناحية جريانها في كل عقد من العقود أو اختصاصها بالبيع أو بالمعاوضات ، وأخرى من ناحية أنها هل توجب الملك والاباحة في التصرف فقط ، وأنها هل تكون عقداً جائزًا يجوز التراجع فيها أو لا ؟

وكلا هذين البحرين نُرجع تفصيلهما إلى محله من مبحث المعاطاة في كتاب البيع ، ونقتصر هنا على ذكر النتائج المقبولة في البحرين المذكورين ، فبالنسبة

إلى البحث الأول: لا فرق بين عقد البيع وغيره من العقود من حيث جريان المعاطاة فيها، فإنه لا فرق بين عقد وعقد بعد أن كانت صحة الإنشاء بالمعاطاة طبقاً للقاعدة؛ لصدق العقد بذلك، فلاحتاج إلى دليل خاص، إلا أنه لابد من توفر شرطين:

- ١ - أن يكون الفعل الخارجي صالحًا ومناسباً عرفاً للتعبير عن الركن المادي للعقد، وابراز المضمن المعجمي المتضمن في ذلك العقد، فإذا لم يكن التعاطي دالاً على مضمون عقد معين لا يكتفى بذلك فيه إلا إذا كان معه لفظ يعين ذلك.
- ٢ - أن لا تكون شكلية معينة شرطاً في الإنشاء والركن المادي لذلك العقد، كما في بعض العقود الخطيرة وذات الأهمية الاجتماعية أو الإنسانية، مثل النكاح والطلاق، حيث اشترط فيما شرعاً، بل وحتى عقلاً أن يكون الركن المادي فيما باللفظ الصريح، وتفصيل ذلك متrox إلى كتاب النكاح والطلاق. وبالنسبة إلى البحث الثاني أيضاً نقول: بأن المعاطاة لو أريد بها إنشاء التمليل - كما هو كذلك عرفاً في باب البيع - كان مقتضاياً للملك كالبيع باللفظ، ولا وجه لأن تقتضي الإباحة في التصرف لا الملك، كما أنه إذا أريد بها إنشاء العقد العهدي كالبيع كان عقداً لازماً لا جائزأ.

والوجه في جميع ذلك واضح، وهو أن الفعل إذا كان صالحًا لإنشاء الإرادة الظاهرة لأي عقد من العقود وكان الشرطان المذكوران متوفرين فيه تتحقق مصداق ذلك العقد، وشمله دليل صحته ونفوذه بل ولزومه إذا كان عهدياً، بلا حاجة إلى دليل خاص على شيء من ذلك.

وما ادعى من الإجماع أو السيرة على كون المعاطاة بيعاً جائزأً أو موجباً لإباحة التصرف لا التمليل لا أساس له على ما قررناه بتفصيل في كتاب البيع. ثم إن هذا الشرط مربوط بالركن المادي والإرادة الظاهرة من العقد كما لا يخفى.

ج- تقديم الإيجاب على القبول :

اشترط جملة من الأعلام لزوم تقديم صيغة الإيجاب على القبول ، فلو تقدم القبول بطل العقد أيضاً .

وقد يفصل بين عقود المعاوضة وعقود التبرع فيشترط تقدم الإيجاب في الثاني دون الأول .

كما أنه قد يفصل بين بعض صيغ القبول وبعضها الآخر ، فإذا كان بلفظ ملكت ونحوه الصالح لإنشاء التمليل فلا بأس بتقادمه ، وأما إذا كان بلفظ القبول ونحوه مما يدلّ على المطاوعة أو الرضا بما أنشأه الغير فلا يجوز تقادمه على الإيجاب وتحقيقه قبل أصل الإيجاب .

وفيه: إن كان وجه الإشكال اشتراط المطاوعة في القبول فمضافاً إلى عدم دليل على اشتراطه في تحقق العقد وإنما هي خصوصية مفهومية في عنوان القبول لا واقعه ، أن المطاوعة حاصلة بتقديم القبول على الإيجاب أيضاً؛ لأن المطاوعة من شؤون المعنى لا اللفظ ، فيمكن للإنسان أن يقبل ما يعلم بأن الآخر سوف يوجبه الآن قبل إيجابه .

فالحاصل: المطاوعة تتحقق باضافة القبول إلى الإيجاب ، سواء كان متقدماً عليه أو متأخراً عنه .

وإن كان وجه الإشكال أن القبول المتقدم لا يكون ظاهراً في الإنشاء بل في مجرد الرضا ، ففيه: أنه لا يراد بالإنشاء أكثر من التسبب إلى ايجاد العقد والإرادة العقدية بمظهر مادي ، وهذا كما يتحقق بالقبول المتأخر عن الإيجاب يتحقق بالمتقدم عليه أيضاً إذا كان ظاهراً في ذلك أي في قبول ما سينشهه الآخر بعد ذلك ، ولا فرق في ذلك بين لفظ لفظ مع فرض أصل الدلالة ولو بالقرائن

الأخرى ، فإنه لا يشترط أن يكون الدال على ذلك من حاق اللفظ فقط . كيف ، وأكثر الظهورات تكون حالية أو بقائمة لبيبة وارتكانية أو ضمنية محفوظة بالكلام .

وإن كان وجه الإشكال لزوم التعليق في القبول لأنّه ليس قبولاً بالفعل بل قبولاً معلقاً على الإيجاب ويشترط في العقود التجيز ، فقد عرفت في بحث سابق وسيأتي تفصيله أنّ كلاًّ من الإيجاب والقبول معلقاً على الآخر ، وأنّ هذا التعليق من مقتضيات العقد .

بل هذا ليس تعليقاً وإنما هو الارتباط بين القراريين والإيجاب والقبول الإنسائيين ، وما هو الباطل أن تكون الإرادة العقدية الجدية تعليقية .

وهكذا يتضح أنه لا وجہ لاشتراط تقدم الإيجاب على القبول في باب العقود ما لم يرد في مورد دليل خاص على ذلك . وهذا البحث أيضاً مربوط بالركن المادي للعقد ، وهو الإرادة الظاهرة والإنشاء كما هو واضح .

د - الموالة بين الإيجاب والقبول :

ومن جملة ما ذكره شرطاً للإنشاء والإرادة الظاهرة الموالة بين الإيجاب والقبول ، خصوصاً إذا كانا لفظيين ، حيث قد يفصل بين الإنشاء باللفظ وبين غيره - كالمعاطاة - كما هو ظاهر المحقق النائي ^(١) .

وقد ذكر في وجهه تارة بأنّ العقد أمر وحداني مركب من الإيجاب والقبول المرتبطين ، فإذا تخلل الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول لم يحصل الارتباط بينهما ، فلا يتحقق العقد ، نظير جملة من المركبات التي تتسلم وحدتها مع الفصل

الطوويل رغم انحفاظ ذات أجزائها، كما إذا فصل بين المبتدأ والخبر فاصل زماني طويل، أو بين الاستثناء والمستثنى منه، وليس ذلك إلا لأخذ مرتبة من الوحدة والارتباط في ذلك العنوان لا تتحقق مع الفصل الطويل بين الأجزاء، فكذلك العقد.

وأجيب: بأن العقد اسم للمبرز لا الإبراز واللفظ، فالارتباط معتبر في الالتزامين وهو متتحقق ما دام الالتزام المبرز بالإيجاب باقياً لم يتراجع عنه صاحبه حتى لحقه القبول.

هذا، مضافاً إلى أنه لو فرض عدم صدق العقد لأخذ الارتباط في مفهومه المانع عن إمكان التمسك بدليل «أوفوا بالعقود» أمكن التمسك بمثل «أخل الله البيع»، و«تجارة عن تراضٍ منكُم».

وذكر في وجه اشتراط الموالاة أخرى: بأن العقد عبارة عن الخلع واللبس نظير خلع الثوب من شخص لكي يلبسه الآخر فتخلل الفصل يوجب تتحقق الخلع مع عدم اللبس^(١).

وأجيب: بأن الخلع واللبس أمر اعتباري، فإن أريد اعتبار الموجب فكلا الأمرين موجود في اعتباره، وإن أريد اعتبار العقلاء أو الشارع فلا يتحقق في اعتبارهما شيء من الأمرين قبل تتحقق القبول^(٢).

والتحقيق: إن ما ذكر في الجواب قد يتم إذا قلنا بأن الإنشاء - الذي هو الركن المادي للعقد - مجرد إبراز للعقد وليس بنفسه مقوماً له ودخلاً في تتحقق بنحو الموضوعية، وأماماً إذا قلنا بأن للإنشاء والإرادة الظاهرة ركينة بنحو الموضوعية

١ - المكاسب والبيع (الثاني) ١: ٢٩١.

٢ - محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٣٣ - ١٣٤.

في تحقق العقد - سواءً جعلنا العقد اسمًا لنفس الإيجاب والقبول أو للمعنى والفعل المتحقق بهما خارجًا - فلا م حاله لابد من وجود الارتباط في جزئي الركن المادي بنحو يحفظ وحدتهما وتحقق العقد بهما؛ لأنَّ العقد اسم للمركب الوحداني الحاصل بهما، فلابد من تقارنهما عرفاً أيضًا؛ لأنَّ ذلك الأمر الاعتباري الواحد المسمى بالعقد أو البيع يحصل بمجموع الفعلين الماديين لا بأحدهما بحسب الفرض.

هذا، مضافاً إلى أنه على القول بكون الإنشاء مجرد مبرز للعقد أيضاً لابد أن يكون الإبراز عرفيًا، أي صالحًا للدلالة على العقد، فإذا كان لفظاً لابد وأن يكون الارتباط بين مدلول لفظ الإيجاب ولفظ القبول غير خارج عن أساليب المحاورة والخطابات العرفية؛ ولهذا قلنا بعدم انعقاد العقد بما يتواضع عليه الطرفان من دون أن يكون عرفيًا كاستعمال الألفاظ المهملة بقصد البيع مثلاً. ولا إشكال في شرطية الموالاة بين الإيجاب والقبول لإبراز التوافق لإنشاء عقد فعلى بين المتعاقدين الحاضرين بحسب أساليب المحاورة العرفية.

وإن شئت قلت: إنه لا يصلح لإبراز أكثر من إرادة التعاقد الآني والفعلي إذا كانا حاضرين لا مع الفصل الطويل، إلا إذا لم يكونا حاضرين كالتعاقد بالراسلة، كما سيأتي بيانه وشرحه.

والغريب أنَّ صاحب هذا الاشكال في هذه الشرطية بنفسه التزم في البحث السابق ببطلان البيع إذا وقع مع اللحن في الإنشاء إذا لم يكن لحنًا مشهوراً عند العرف، مما يعني أنَّ عرفية الإنشاء لابد منها في الركن المادي للعقد.

وبهذا البيان يعرف أنه لا فرق بين العقد والبيع من حيث عدم صدقهما مع عدم الموالاة لأخذ الوحدة الاعتبارية في مفهوم البيع والتجارة والمعاملة.

وإن شئت قلت: إنّ البيع هو التملك والتملك العقدي، وهكذا سائر العقود، فيكون تتحققه متوقفاً على العقد وتحقق الإيجاب والقبول المرتبطين، وليس ذلك بلحاظ نفس الابرازين ليقال بأنه لا يعقل الارتباط بين نفس الابرازين، بل لأنّ ذلك الارتباط الاعتباري بين المبرزين أو التعهدين المسمى بالعقد أو البيع لا يتحقق إلا في طول الإيجاب والقبول الصالحين عرفاً لذلك بحسب الفرض. فإذا كان الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول موجباً لعدم عرفية هذا الأسلوب للإنشاء فلا يتحقق الركن المادي للعقد، ومن دونه لا يتحقق العقد؛ لما تقدم من تقويم بالركنين المعنوي والمادي معاً، سواء جعلنا الإنشاء ايجاداً للمعنى أو إبرازاً له.

ولعلّ هذا هو مقصود الميرزا ^ت من الخلع واللبس، فإنّ الإيجاب والقبول تسبب من الموجب والقابل لايقاع التملك والتملك القانوني بنفس الإنشاء في الحال لا انشاء الخلع من دون لبس أو الخلع واللبس المتعلق على القبول الذي قد يتحقق فيما بعد أو لا يتحقق والذي فيه التعليق على أمر استقبالي، وقد يكون غير محرز، فإنّ هذا ليس عقداً ولا بيعاً عرفاً، لا من ناحية بطلان التعليق في العقود ليقال إنه مخصوص بما لا يكون العقد متوقفاً عليه كالقبول، بل لأنّ الاتفاق والقرار المعجمي الذي يحصل بالإيجاب والقبول أمر وحداني بحسب ركته المادي يشترك الطرفان في ايجاده الدفعي لا التدريجي؛ لأنّ التدرج خلف وحدانيته، بل لابد وأن يكون فعلياً ومتنتهاً، فعدم الفعلية في القبول حين الإيجاب عرفاً بمثابة عدم انعقاد العقد فيرجع هذا إلى بيان آخر للوجه الأول. وبهذا التقرير لكلام الميرزا النائني ^ت لا يرد عليه ما ذكر من الجواب المتقدم كما هو واضح.

ثم إنَّ ما ورد في الاشكال من أنَّ الخلع واللبس بحسب نظر الموجب متحقق غير تمام؛ لأنَّ الموجب أيضاً يملك ويخلع معلقاً على القبول لا مطلقاً كما تقدم سابقاً في تعريف البيع، فكان اللازم أن يجاب بأنَّ الخلع من قبل الموجب معلق على القبول ولم يكن مطلقاً ليقال بتحقق الخلع دون اللبس، وإنما يتحقق بعد القبول والذي يكون اللبس متحققاً حينئذٍ أيضاً.

وبهذا أيضاً يجاب عما ذكره المحقق الإبرهوني^(١) من وجه آخر لاشتراط المowalaة، حاصله: أنَّ الـاـخـلـاـلـ بـالـمـوـالـاـةـ - أعني الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول - يؤدي إلى عدم التطابق بين الإيجاب والقبول؛ إذ لو قبل القابل بعد الفصل الطويل من حين الإيجاب كامضاء المالك لعقد الفضولي لزم تتحقق العقد بالإيجاب وحده، وهو باطل؛ لأنَّ العقد فعل الاثنين، وإن كان القبول من حينه لزم عدم التطابق بين الإيجاب والقبول؛ لأنَّ الموجب أنشأ التمليلك من حين الإيجاب، فتخرج الفترة الطويلة السابقة عن القبول، بينما هي داخلة في الإيجاب.

والجواب: ما تقدم من أنَّ الإيجاب للتمليلك في البيع مثلاً ليس مطلقاً، بل معلق على القبول، فالتطابق محفوظ حتى مع الفصل الطويل.

وهكذا يتضح أنَّ الوجه الصحيح والفتوى لشرطية المowalaة ما أشرنا إليه من أنَّ العقد بركته المادي الإنساني أيضاً فعل الاثنين، ولا يتحقق إلا بالتركيب بين الإيجاب والقبول بنحو يصلاح أن يكون ابرازاً وانشاءً للعقد عرفاً، فإذا كان الفصل الطويل مخللاً بذلك فلا يتحقق العقد ولا يصدق، كما لا يصدق البيع أو التجارة.

نعم، لو فرض أنّ ما به الإنشاء بنفسه عمل ممتد وليس كاللفظ والاستعمال فعل آني الحصول كما في التعاقد بالمراسلة والكتابة، والذي يستغرق زماناً لكي يصل إليه، ففي مثل ذلك يكون الركن المادي بطبعه تدريجياً الحصول، ويكون الإيجاب متحققاً بوصول الكتاب أو الرسول إلى الطرف الآخر، وسائر الأمور مقدمات في تحقيقه، فإذا قبله المرسل إليه تحقق العقد بمجموع الأمرين الحاصلين دفعة واحدة، ويكون عقداً صحيحاً.

وهكذا في الإيجاب الذي ينشأ بشكل ممتد زماناً بحيث يعلق الموجب عن استمرار ايجابه وبقائه مدة معينة.

والحاصل: الإيجاب والقبول سواء في الإنشاء اللفظي أو غيره يراد بهما التوافق والاتفاق الخارجي على الالتزام والتهدد النفسي - الإرادة الباطنة - والتوافق يتوقف على وصول الإيجاب إلى الآخر حين القبول، وهذا فيما يكون آني الحصول كما في الإنشاء باللفظ يحصل بنفس صدوره من الموجب، فإذا لم يقبل الطرف الآخر لم ينعقد العقد ولو قبل بذلك، فإنه لا يتحقق التوافق والاتفاق الخارجي المادي على ايجاد ذلك المضمون المعاملي حتى إذا كان الالتزام النفسي باقياً في الطرف الموجب مالم يبرزه من جديد بایجاب آخر أو بابراز استمراره وبقائه، فيتحقق الركن المادي للقرار وإنشاء العقد بذلك.

وفيما يكون تحقق الإيجاب ولو من ناحية وصوله إلى الطرف الآخر مستغرقاً وقت طويل كالكتابة وارسال المبيع يحصل بوصوله إلى المشتري فيتحقق المظهر المادي للعقد عندئذٍ إذا تعقبه القبول، أي يشترط فيه الوصول إلى الطرف الآخر - وسيأتي الحديث عنه - والوجдан العرفي خير شاهد على عدم تحقق العقد والتوافق في الموارد المذكورة قبل الوصول؛ ولهذا لو كان قد بعث له المشتري أيضاً برسالة يخبره عن إنشاء شرائه لذلك المبيع منه ورضاه ثم مات

أحدهما أو كلاهما قبل وصول الكتاب وصادف أن كان صدور الكتابة بالشراء بعد صدور كتاب الإيجاب من البائع أو مقارناً معه لم يكن البيع منعقداً؛ لعدم حصول الاتفاق بذلك.

ولعل هذا هو مقصود الميرزا الثاني شير^(١) من التفصيل بين مثل المعطاة أو الهبة بالارسال وبين البيع بالصيغة ، وقد عبر عن ذلك بأنه من قبيل من مدّيده من المشرق إلى المغرب ليعطي المبيع إلى المشتري ، فلا يوجد فصل بين الإيجاب والقبول لتختلط المواردة ، وإنما الإيجاب طويل ممتد ، فراجع كلامه وتأمل .

لا يقال : لا إشكال في أنه لو أنشأ الموجب العقد ولم يقبل القابل فتكلّم معه مدة ليقنه به فاقتنع وصدر منه القبول تحقق العقد ، ولو كانت المدة بعد ساعة أو ساعتين أو أكثر .

فإنه يقال : في مثل ذلك يكون الإيجاب عرفاً متحققاً بمجموع عمل الموجب .

وإن شئت قلت : نفس اصرار الموجب لاقناع القابل حتى يقبل كافٍ لتحقق الركن المادي للعقد عند تحقق القبول ، فهذا بمثابة تكرار الإيجاب منه ، فلا يقاس به ما إذا لم يتحقق ذلك إلى أن مضى مدة طويلة .

لا يقال : ما المانع في أن يحدد الموجب زماناً للقبول فينشئ الإيجاب معلقاً على قبوله إلى مدة يوم أو أكثر أو أقل ، وأن القابل أن يقبل ذلك في تلك المدة ما لم يرجع الموجب عن ايجابه ، فإذا قبل القابل في تلك المدة حصل الركن المادي للعقد أيضاً .

فإنه يقال : إذا فرض عرفية ذلك قلنا بتحقق العقد بذلك . إلا أن هذا معناه أن

الإيجاب كأنه باقٍ ومستمر إلى زمان القبول في مثل هذه الموارد عرفاً وهو بحاجة إلى عنایة زائدة، وأن تكون تلك العنایة متعارفة ومقبولة لدى العرف العام، فتكون كالمراسلة أو ارسال الرسول لابلاغه بالإيجاب، وأمّا من دون ذلك فالفصل الطويل مضـر بصدق العقد، خصوصاً إذا استظهر من الإيجاب أنه معلق على القبول الفعلى الآني لا مطلقاً، فإنه لا إشكال في أنه لو لم يقبل إلا بعد فاصل زمني طويـل يحق للموجب أن يمنعه عن المبيع ويقول له بأنه لم يقبل في وقته اللازم فلم ينعقد العقد.

ثم إنـه لا فرق في شرطـية الموالـة بالمعنى الذي ذكرناه بين العقود العـهدـية والإذـنية إذا كانت عـقودـاً، أي بـحاجـةـ إلى توافقـ الـطـرـفـينـ كـالـوـكـالـةـ لا مجردـ الإـذـنـ الذي هوـ ايـقاعـ، وماـ عنـ المـحـقـقـ النـائـيـ شـيـئـ (١)ـ منـ أـنـ المـوـالـةـ فيـ العـقـودـ الإـذـنيةـ غيرـ لـازـمـ مـبـنىـ مـنـهـ عـلـىـ دـعـمـ كـوـنـهـ عـقـودـاًـ أـصـلـاًـ، وـأـنـهـ لـاـ تـحـتـاجـ إـلـىـ قـبـولـ.ـ وـهـذـاـ ماـ تـقـدـمـ الإـشـكـالـ فـيـهـ، وـأـنـ الـعـقـودـ الإـذـنيةـ إـنـ لـمـ تـكـنـ تـسـبـطـنـ تـعـهـداًـ وـالـتـزـامـاًـ بـنـقلـ حـقـ لـلـآـخـرـ وـلـهـذـاـ لـاـ تـكـونـ مـشـمـولـةـ لـقـوـلـهـ تـعـالـىـ:ـ «ـأـوـفـواـ بـالـعـهـودـ»ـ الـظـاهـرـةـ فـيـ إـرـادـةـ الـعـقـودـ الـعـهـدـيةـ، إـلـاـ أـنـهـ لـيـسـ مـجـرـدـ إـذـنـ وـإـيـقاعـ، بلـ فـيـهـ إـنـشـاءـ مـضـمـونـ معـاـمـلـيـ قدـ يـكـونـ بـحـاجـةـ إـلـىـ قـبـولـ، منـ قـبـيلـ صـيرـورـتـهـ وـكـيـلاًـ وـنـائـباًـ مـفـوضـاًـ عـنـ المـوـكـلـ وـقـائـماًـ مـقـامـهـ، أـوـ كـوـنـهـ أـمـيـناًـ يـحـفـظـ الـوـدـيـعـةـ أـوـ لـهـ حـقـ الـانتـفاعـ بـالـعـارـيـةـ، وـهـذـهـ الـحـيـثـيـاتـ الـإـنـشـائـيـةـ فـيـهـ نـحـوـ تـصـرـفـ فـيـ شـأنـ الـطـرـفـ الـآـخـرـ، فـلـابـدـ فـيـ تـحـقـقـهـ مـوـافـقـتـهـ وـقـبـولـهـ.

نعمـ، رـبـماـ تـرـتـبـ بـعـضـ الـأـثـارـ عـلـىـ مـجـرـدـ الرـضاـ وـلـوـ لـمـ يـكـنـ عـقـداًـ وـذـاكـ مـطـلبـ آـخـرـ، وـتـفصـيلـ ذـلـكـ مـتـرـوكـ إـلـىـ مـحـلـهـ.

هـ- وصول الإنشاء من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر :

ومما ذكرناه يتضح أن هناك شرطاً آخر في تحقق العقد ببركته المادى، أي إنشاء التوافق والإرادة الظاهرة، وهو بلوغ الإيجاب ووصوله إلى القابل، فلو صدر الإيجاب والقبول ولو في زمان واحد أو متقارب عرفاً من دون أن يصل أحدهما إلى الآخر لم يتحقق بعد إنشاء العقد؛ لأن العقد هو التوافق على إنشاء المضمنون المعاملى، والذي هو فعل إنشائى يشترك في إيجاده المتعاقدان معاً بوعي وعلم، وهو متوقف على أن يكون القبول لايجاب واصل إلى الطرف الآخر ليتحقق بذلك التوافق.

ولعل هذا هو مقصود من عبر بلزم الارتباط بين الإيجاب والقبول، أو عبر بلزم المطاؤعة في القبول.

والحاصل: لابد في تحقق العقد من التوافق بين الطرفين الذي هو فعل الاثنين وانعقاده يكون من إتقان الإيجاب بالقبول، أي التقاء إنشاء من أحد الطرفين بإنشاء من الطرف الآخر في مرحلة الإثبات أيضاً بأن يصل إنشاء الإيجاب المعلق على القبول إلى من أنشأ القبول ليتحقق التوافق بذلك، فمن دونه لا يكون العقد حاصلاً.

وهل يشترط وصول القبول للموجب أيضاً أم لا؟ قد يقال بعدم لزوم ذلك، وكفاية وصول الإيجاب والإنشاء من أحد الطرفين للآخر وقبول الآخر له، وإن لم يعلم به الأول ولم يصل إليه، وإن اشترطه بعض القوانين الوضعية؛ حيث اشترط اعلان القبول أو علم الموجب به، ووجه القول بعدم لزوم ذلك هو أن الإيجاب بنفسه معلق على القبول، فيكون الرضا والإرادة من قبل الموجب على تقدير تحقق القبول تماماً بحسب الحقيقة، فالميزان وصول الإنشاء للمعاملة من

قبل أحد الطرفين إلى الآخر وقبول الآخر له، سواءً كان إيجاباً أو قبولاً متقدماً بعنوان (اشتريت)، لأنَّه بذلك يتحقق الالقاء والتوافق؛ لأنَّه قد أنشأه الأول معلقاً بحسب الفرض على قبول الآخر لا أكثر، أي لم يعلقه صاحبه على علمه أيضاً بقبول الآخر.

ووجه القول بلزم ذلك أنه لا فرق بين الإيجاب والقبول من هذه الناحية، فكما يشترط وصول الإيجاب إلى القابل كذلك العكس.

وإن شئت قلت: بأنَّ اللازم حصول التوافق والاتفاق بين المتعاقدين، وهو لا يكون إلا بفعلهما معاً، وذلك لا يكون إلا بوصول التوافق إليهما وعلمهما معاً به، وأنَّ مجرد صدور الإيجاب أو القبول من أحدهما معلقاً على واقع قبول الآخر بنحو القضية التعليقية مع قبول الآخر له واقعاً من دون علم الموجب به ليس توافقاً ولا عقداً، ولازم ذلك أنه لو رجع أيٌّ منهما عن إيجابه قبل علمه بتوافق الآخر عليه كان له ذلك، ويكون كالرجوع قبل قبول الآخر.

نعم، لا يشترط أكثر من علم الموجب بتحقق القبول من الآخر.

وقد تترتب ثمرات أخرى بين الوجهين.

وهذان الوجهان، بل القولان كما هما مطروحان في فقها موجودان في القانون الوضعي أيضاً، فبعض القوانين جعل المعيار باعلان القبول وصدره، ويستوي بمذهب اعلان القبول، وبعضها جعل المعيار بالعلم بالقبول، ويسمى بمذهب العلم بالقبول.

ولعلَّ أكثر القوانين الوضعية أخذت بالمبدأ الثاني؛ لأنَّه المطابق مع مفهوم التوافق والعقد ومع الارتكاز العقلائي، إلا أنه مع وصول القبول إلى الموجب يكون العقد متحققاً من زمان القبول لا من زمان حصول علم الموجب، فهو صدور القبول إلى الموجب الذي أوصل إيجابه إلى القابل يصدق التوافق على تحقيق

العقد من حين القبول ، فالعلم بالقبول دخيل في تحقق التوافق لا في مبدأ تحقق المضمنون المتواافق عليه ، فما رتبه القانون الوضعي على هذا القول - من أن مبدأ العلم بالقبول يوجب أن يكون ترتيب الأثر أو انتقال الملكية للمشتري من زمان العلم بالقبول لا زمان إعلانه وإنشائه - غير تام .

نعم ، في الواقعات الميزان هو صدور الواقع واقعاً لا وصوله إلى الآخر ؛ لأنّه ليس تعاقداً ولا توافقاً بينهما بل هي إرادة منفردة ، ويستثنى من الواقعات عزل الوكيل ، فإنه من دون وصوله إليه لا يكون نافذاً شرعاً ؛ ولعله لعدم تضرره . ويمكن التعدي إلى موارد أخرى مشابهة إذا افترضناها نكتة عقلانية عامة ، فقد يقال بعدم ضمان المستعير مثلاً إذا رجع المعير عن العارية ولكنه لم يصل إلى المستعير حتى تصرف في المال ، فإنه لا يضمنه أولاً يضمن منافعه .

ثم إنه لا يشترط في العقد تعين الموجب والقابل حين الإيجاب أو القبول ، بل يمكن أن يتعمّن ذلك حين ابرام العقد كما في عقود المزاد واعلان البيع على الجمهور ونحو ذلك ، ولا يقدح ذلك بصحة العقد ؛ لأنّ اللازم في العقد حصول التوافق حين ابرام العقد وإكماله .

و - التجيز في العقد :

ومما يذكر ضمن شرائط الإرادة العقدية بكل ركنيها المادي والمعنوي التجيز والبّ في العقود ، وهذا الشرط يمكن إرجاعه إلى أحد شرطين :
الأول: التجيز بمعنى البّ في أصل إنشاء في قبال التردد أو التسويف فيه ، كما إذا قال : (سوف أبيع) أو (لعله أبيع) .

والتجيز بهذا المعنى لا ينبغي الشك في شرطيته واعتباره في العقد ؛ إذ بدون ذلك لا يتحقق إنشاء وإرادة ولا ينعقد العقد ، وهذا واضح .

الثاني: التنجيز بمعنى عدم التعليق للمنشأ المعجمي على شرط، فيكون الإنماء فعلياً ولكن المنشأ يكون تعليقياً مشروطًا، نظير الجعل والاعتبار للحكم المعلق والمشروط بتحقق موضوعه في قبال إنشاء المعاملة بالفعل وبلا تعليق.

ولا إشكال في أن إنشاء العقد منجزاً بلا أي تعليق غير معقول؛ إذ لا أقل من التعليق على القبول - كما تقدم - إلا أن مثل هذا التعليق مأخوذ في حقيقة العقد أو المعاملة المنشأة، ومثله أيضاً إنشاء الطلاق معلقاً على ثبوت الزوجية، أو التمليل معلقاً على كونه ملكاً له، فإنه في جميع هذه الموارد يكون التعليق في المنشأ هو مقتضى ذلك المنشأ المعجمي؛ لأن الزوجية أو الملكية مأخوذة في موضوع المنشأ، وفي مثله لا يقدح التعليق، بل لا يقدح الجهل بتحقق المعلق عليه أيضاً، بل لو لم يعلق كان التعليق ثابتاً ضمناً؛ لأن المنشأ يستبطنه بذاته كما شرعاً، والإنشاء ليس إلا التسبب إلى ايجاد ذلك المنشأ على موضوعه الواقعي.

وقد يلحق بذلك ما يكون شرطاً في صحة العقد وترتيب أثره شرعاً كالقبض في الهبة والصرف بناءً على ترتيب الملك بعد القبض فيهما، لا أقل بالنسبة للملتفت إلى الشرطية، فيصبح إنشاء بيع الصرف أو الهبة معلقاً على القبض؛ لأن المنشأ المعجمي هو ايجاد الملكية القانونية لا الملكية الشخصية كما تقدم، فإذا علم العاقد أن الملكية القانونية مشروطة بالقبض كان المنشأ الذي يتسبب إلى إيجاده ذلك أيضاً، كما ينبغي استبعاد مثل ايجار الدار سنة من ذي بدایة السنة القادمة مثلاً، فإن هذا ليس من التعليق أصلاً، بل إنشاء تملك منجز لمنفعة الدار في السنة القادمة التي يملكها المؤجر من الآن وينقلها إلى المستأجر كذلك، فالزمان ظرف للمملوك لا للتملك ولا للإنشاء، وهذا واضح.

وهذا في باب تملك الأعيان غير عرفي؛ لأنَّ الزمان ليس معدداً للعين ليقال بأنَّه يملُكه المبتع من بعد شهر مثلاً، فيرجع إلى التعليق في التملك. وأيَّاً ما كان فلابد من استبعاد هذا النحو من التعليق عن البحث، فيكون المقصود من شرطية التجيز عدم التعليق على شيء يكون خارجاً عن مقتضى العقد والمنشأ المعاملى ذاتاً وقانوناً، فيعلق العقد عليه كأنَّ يبيعه الدار معلقاً على أن يربح في تجارتة.

والتعليق بهذا المعنى يمكن أن يشترط عدمه في العقود ضمن أحدى الدوائر

التالية:

- ١ - شرطية التجيز مطلقاً، بمعنى بطلان التعليق للمنشأ على أمر خارج عن مقتضى المعاملة ولو كان حالياً ومعلوم الحصول، فضلاً عما إذا كان استقبالياً أو مجهول الحصول.
- ٢ - شرطية التجيز بمعنى بطلان التعليق على أمر استقبالي، فلا يأس بالتعليق على أمر حالياً.
- ٣ - شرطية التجيز بمعنى بطلان التعليق على أمر مجهول ولو كان حالياً.
- ٤ - شرطية التجيز بمعنى بطلان التعليق فيما لا يكون المعلق عليه حالياً ومعلوم التحقق عند المتعاقدين. فيكفي أحد الأمرين من كون المعلق عليه استقبالياً أو مجهولاً في البطلان.
- ٥ - شرطية التجيز بمعنى بطلان التعليق على أمر استقبالي مجهول الحصول، كما إذا قال: (يعتك هذا المال إذا نزل المطر غداً) وكان نزول المطر غير معلوم، وما عدا ذلك يكون صحيحاً.

ولا إشكال في أنَّ التعليق لا يكون مضمراً بانعقاد العقد وتحقيقه بمعنى تحقق الإنشاء والإرادة الظاهرة والإرادة الكامنة الجدية المتعلقة بالقضية التعليقية؛

لما يتحقق إنشاء المعلق كما في الواجب المشروط ، فلابد في إثبات شرطية التنجيز ضمن آية دائرة من الدوائر المذكورة من قيام دليل عليها وإلakan مقتضى إطلاقات الأدلة نفي الشرطية .

وقد استدلّ على ذلك بوجوه :

الأول : دعوى الإجماع على بطلان التعليق في العقود .
ولا يخفى أن تحصيل اجماع تعبدى أو سيرة عقلائية أو مترتبة في مثل هذه المسألة مشكل ، بل من القريب أن يكون المستند للفقهاء هو ما تقدم من لزوم البٰت والجزم في أصل إنشاء لا عدم التعليق في المنشأ المعاملى . ولو فرض حصوله فقدر المتيقن دائرة الأخيرة ، وهو التعليق على أمر استقبالي وغير معلوم الحصول .

الثاني : أن التعليق في العقد يستلزم التعليق في إنشاء ؛ لأن العقد هو المنشأ ، والمنشأ عين إنشاء كالايجاد والوجود ، وهذا يعني عدم تحقق العقد ، فلا يشمله أدلة الصحة والنفوذ .

ويلاحظ عليه :

أولاً - بالنقض بالتعليق في الإيقاعات ، بل في العقود بالنسبة لما يكون العقد معلقاً عليه .

وثانياً - بالحل وهو أن المعلق ليس هو إنشاء ، فإنه فعل ، بل هو المنشأ وهو العقد والتمليك بعوض مثلاً في البيع ، فإنه مجعل على تقدير تحقق المعلق عليه .

لا يقال : يلزم من ذلك التفكير بين إنشاء والمنشأ ، مع أنهما كالميادين والوجود .

فإنه يقال: المنشأ بالدقة هو القضية التعليقية الشرطية فهو المنشأ بالذات وهو يتحقق في عالم الاعتبار بنفس الإنشاء، والذي يكون معلقاً فعليه تتحقق المنشأ تماماً كما يقال في باب جعل القضية الحقيقة المشروطة ، والتي يكون الجعل والإنشاء فيها متحققاً قبل تحقق الشرط ، ولكن المجعل الفعلي لها لا يتحقق إلا بعد تحقق الشرط في الخارج ، فلا يلزم تفكيك بين الإنشاء والمنشأ بالذات ، ويكون أثر امضاء مثل هذا الإنشاء التعليقي تتحقق العقد والملكية بنحو القضية الخارجية وفعاليتها عند تتحقق المعلق عليه .

الثالث: ما نقله الشيخ الأعظم ^(١) عن البعض من أنَّ ظاهر أدلة الصحة والنفوذ ترتُّب على العقد ونفوذه حال وقوعه وانشائه ، فإذا لم يمكن ذلك حدوثاً لأخذ التعليق فيه لم يعممه بقاءً فيما بعد أيضاً .

ويلاحظ عليه :

أولاً - بأنَّ أدلة الصحة والنفوذ تشمله من حين تتحقق الإنشاء ، ويكون امضاء للقضية التعليقية المشروطة كالواجب المشروط ، وكالشروط في ضمن العقد إذا كانت معلقة على تحقق شيء ، ويكون ترتُّب الأثر الفعلي بنحو القضية التجزئية الفعلية حين تتحقق المعلق عليه .

وثانياً - هذا الوجه لا يثبت بطلان التعليق على أمر حالي عند الإنشاء كما هو واضح .

الرابع : دعوى عدم معهودية التعليق في العقود وانصراف أدلة الامضاء إلى العقود المتعارفة ، وهي العقود التجزئية ، وهذا ما أفاده الميرزا ^(٢) .

١ - كتاب المكاسب : ٣ : ١٧٠ .

٢ - المكاسب والبيع : ١ : ٢٩٥ .

وفيه: أولاًـ أن عدم التعارف والمعهودية لا يوجب انصراف أدلة الامضاء ولا يمنع عن اطلاقها اللغطي .

وثانياًـ المنع عن عدم معهودية الإنشاء لمضمون معاملي تعليقي عند العقلاء، كما هو شائع في الاقناعات كالنذر بشيء معلقاً على فعل أو ترك، بل العقود المبرمة بين الدول والحكومات، كما اعترف به المحقق النايني ^{٣٧} نفسه (١) .

الخامس: قد تقدم في تعريف العقد أنه ليس بمعنى مطلق التوافق ، بل التوافق على ايجاد علقة وضعية متوقفة على تراضي الطرفين ، فما لم يكن التوافق على ايجاد علقة وضعية فعلية بين المتعاقدين لا عقد ، فلا يقتضى بباب الأحكام المجعلولة بنحو القضايا الحقيقة الشرطية وفعالية مجعلوها بتحقق شرطها خارجاً ، فالتمليك بعوض المشروط بقدوم الحاج أي جعل القضية التعليقية ليس بيعاً ، لأن البيع هو التملك بالعوض بالفعل ، كما أن الالتزام به ليس عقداً ، لأن العقد هو التوافق الفعلي على مضمون معاملي وايجاد علقة وضعية باتة وفعالية على ما تقدم شرحه .

وإن شئت قلت : إن العقد متقوّم بعنصرين :

الأول: أن يكون هناك توافق بات فعلي .

الثاني: أن يكون التوافق على ايجاد العلقة الوضعية الفعلية لتلك المعاملة وسماتها - ولو على تقدير صحة العقد بناءً على كون العقد للأعم من الصحيح وال fasid - وفي موارد التعليق على أمر استقبالي لا توافق على ايجاد المضمون المعاملي الفعلي للعقد بنحو بات ، فلا عقد بالفعل .

نعم، يمكن أن يكون ذلك عهداً بمعنى الالتزام بحصول العلاقة فيما بعد، فيكون نظير التعهد بإجراء العقد بعد تحقق المعلق عليه، وما يرى من صحة النذر المعلق إنما هو من باب كونه ايقاعاً ومطلقاً تعهد لا عقداً، وفي موارد التعليق على أمر حالي معلوم الحصول يكون التوافق باتاً وتتجزياً.

كما أنَّ المقصود من التوافق البات إن كان فعلية العقد وشمول دليل النفوذ له من حين الإنشاء كان التعليق على أمر حالٍ تتجزياً حتى مع الجهل بوجوده.

فالحاصل : إذا اشتربنا في صدق العقد وكذا أسمى العقود كالبيع والإجارة وغيرهما - حيث لا شك في أنها أسمى لمعانها الحاصلة بالعقد - أن يكون التوافق باتاً وناجزاً بایجاد مضمون معاملي فعلى معلوم ، و تكون حيثية العقدية في التوافق بلحاظ انعقاد تلك العلاقة الوضعية - على تقدير الصحة - فسوف يكون التعليق بأقسامه الأربعه باطلأً؛ لأنَّه يمنع عن صدق العقد لغة أو عرفاً، ويكون التعليق في العقد كالوعد أو الالتزام والتعهد بأن يعهد على تقدير تحقق المعلق عليه ، والفرق بينهما كالفرق بين شرط الفعل وشرط النتيجة، إلا أنهما معاً ليسا عقداً.

ولو قلنا بلزم علم المتعاقدين بتحقق العلاقة العقدية فعلاً وبالإنشاء - ولو على تقدير الصحة - في صدق التوافق العقدية عقلانياً صَحَّ العقد المعلق على أمر حالي معلوم الحصول ، وإذا اكتفينا في صدق التوافق العقدية بفعلية تلك العلاقة واقعاً صَحَّ العقد المعلق على أمر حالٍ مطلقاً.

ولو قلنا بنفوذ مطلق التعهدات أو شمول مثل أدلة « المسلمين عند شروطهم » لكل التزام مشروط كان العقد المعلق نافذاً مطلقاً، فتحتاج في إثبات بطلان مثل هذه التعهدات إلى التمسك بالإجماع أو السيرة العقلانية ، والقدر المتيقن من الإجماع والسيرة العقلانية أضيق الدوائر المتقدمة للشرطية .

ثم إن البطلان بأي وجه من الوجوه المذكورة مختص بما إذا كان المضمون والمنشأ المعاملي تعليقاً، وأما إذا كان تتجيزياً إلا أن ترتب بعض آثاره أو تمامها يكون معلقاً على تحقق شرط، كما في المضاربة والمزارعة والمساقاة، حيث يكون حصول الربح فيها استقبالياً، فيكون تملك حصة من الربح فيها أيضاً معلقاً على حصوله.

إلا أن هذا ليس من التعليق في المنشأ بهذه العقود، بل هو تعليق في ترتب الأثر لا المنشأ بها، وهو التسلیط على رأس المال والعمل من قبل المتعاقدین، فإنه تتجزئي يتحقق من حين العقد كما هو واضح.

نعم، يستثنى من قاعدة لزوم تتجزئية العقود الوصية بناءً على القول بكونها عقداً لا إيقاعاً، حيث تكون معلقة على الموت؛ لأن طبيعتها كذلك. وتفصيله متترك إلى محله.

ز - عدم رجوع الموجب قبل القبول :

ومن جملة شروط العقد: عدم رجوع الموجب عن إنشائه والتزامه وإراداته قبل قبول الطرف الآخر، وهذا لا إشكال في أصله؛ لأنّه برجوعه ترتفع إراداته الكامنة الجدية، فلا يكون في حين القبول إرادة من الطرف الأول، والمفروض أن الإرادة الجدية روح العقد وركن فيه، فلا ينعقد العقد حينئذ.

وهذا شرط في الإرادة العقدية بكل جزئيه المادي والمعنوي. وأصل هذا الشرط لا إشكال فيه في الجملة، ولكن يقع البحث عنه في النقطتين التاليتين:

أولاًهما - أنه هل له الرجوع قبل القبول أو ليس له الرجوع؟

ثانيةهما - أنه بماذا يتحقق الرجوع؟

أما البحث في النقطة الأولى : فلا إشكال في جواز الرجوع عن الإيجاب قبل بلوغه للقابل ، وإنما البحث فيما إذا وصل الإيجاب إليه ولم يقبل بعد فهل للموجب الرجوع أم لا ؟

ظاهر كلمات فقهائنا أنَّه يجوز له الرجوع حتى بعد وصول الإيجاب إلى الطرف المقابل ، بل في خصوص عقد البيع ذهب بعض المذاهب الإسلامية إلى جواز الرجوع بمعنى عدم انعقاد العقد وتمامه ما دام المجلس باقياً ، وإنما يتم بالافتراق ، فيحق لكلِّ منهما الرجوع قبل الافتراق .

وذهب بعض آخر - ومنهم مذهب الإمامية - إلى انعقاده ولكن يكون لهما خيار الفسخ .

كما أنَّ الفقه الوضعي أيضاً كان يرى جواز الرجوع عن الإيجاب قبل القبول حتى إذا وصل إلى الطرف الآخر ، إلا أنَّ المدرسة الألمانية في هذا الفقه ذهبت إلى عنصر الالزام في الإيجاب ، وأنَّ الموجب بعد إيجابه يكون ملزماً به ولا يحق له الرجوع عنه^(١) .

وقد تبنت هذه المدرسة مبني الإرادة المنفردة في العقد ، وأنَّ الإرادة المنفردة في الإيجاب هي التي تتشىء الالتزام والحق ، ورتب على ذلك أنَّ الإيجاب وحده ملزم ، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه ، وإنما لا بد من انتظار ما يفعله القابل ، فإن قبل تم العقد وألزم به الموجب ، وإن رفض لم ينعقد . وقد شاع هذا الاتجاه في القوانين المدنية الحديثة رغم بقاء النظرية الأولى معترف بها في بعض القوانين الوضعية أيضاً .

وفيمَا يلي نستعرض جانباً من استدلالات الفقه الوضعي بكلِّ اتجاهيه

الألماني والفرنسي في هذه النقطة لتعرف على طبيعة ومنهجية أبحاث الفقهاء الوضعيين ، فقد استند أنصار النظرية الألمانية إلى حجج عديدة ، أهمها ثلاثة :

١ - أنّ مقتضى كون العبرة بالإرادة الظاهرة - أي الإنماء - هو الأخذ بالإيجاب وكون الموجب ملزماً به ؛ لأنّ ضمّ القبول ليس إلا من أجل أخذ إرادة الغير الظاهرة وعدم تحмиله بما لا يريده ولو كان له لا عليه ، فرجوع الموجب بعد الإيجاب كرجوعه بعد الإيجاب والقبول فيما يتعلق بارادته والتزامه ؛ إذ القبول اظهار لارادة الغير فيما يرجع إليه ولا ربط له بارادة الموجب ، فبناءً على أنّ العبرة بالإرادة الظاهرة والتي هي فعلية لا ينبغي التمييز بين الفرضين .

٢ - أنّ مقتضى مبدأ سلطان الإرادة كفاية الإرادة المنفردة في ايجاد الالتزام على صاحب الإرادة ونفوذها بحيث يكون الرجوع عنها خلاف نفوذ الإرادة .
نعم ، فيما يرجع إلى الغير وكسبه حقاً لابد في نفوذ الإرادة على ذلك الغير من قبوله ورضاه ، وهذا لازمه نفوذ الالتزام والإرادة المنفردة على صاحبه - ويعبر عنه في الفقه الوضعي بالمدين أي من عليه الحق - وعدم إمكان رجوعه عنه وإن كان يجوز لذلك الغير رفضه باعتبار أنّ كسب الغير حقاً - كسب الدائن حقاً - يحتاج إلى رضاه وقبوله أيضاً .

٣ - النقض بموارد تكون فيها الإرادة المنفردة وحدها منشأً للالتزام ، كما في العرض المقدم للجمهور أي لغير شخص معين ، كمن يعد بمكافأة مثلاً من يقوم بعمل معين (من وجد ضالتي فله كذا) والذي قد لا يكون فيه من جعل له ذلك موجوداً حين الالتزام أو لا يكون معروفاً ، والذي في مثله لابد وأن يقال بكفاية الإرادة المنفردة لا إيجاد الالتزام .

وهناك دليل رابع لهذه المدرسة الفقهية الوضعية ، تقييد عدم جواز الرجوع بحالة خاصة تخرجها عن كونها من باب نفوذ الإرادة المنفردة ، سوف نعرضها

فيما بعد.

وفي قبال ذلك استند أنصار النظرية الفرنسية إلى أدلة لتفنيد النظرية الألمانية أهمها ثلاثة:

١ - إن الإيجاب والإرادة المنفردة هل يكون نافذاً في إيجاد الالتزام بالدين - أي بما أنشأه من تملك مثلاً - من دون وجود دائن، أي من له الحق أو مع وجود دائن؟ والأول لا معنى له ولا قيمة؛ إذ وجود مدين أو مملوك بلا دائن ومالك غير معقول ولا قيمة له. والثاني يلزم منه أن تكون الإرادة المنفردة نافذة على كسب الحق للغير من دون إرادته وقوبله وهو خلف مبدأ سلطان الإرادة وأنه لا يمكن كسب حق للغير من دون إرادته؛ ولهذا كان يجب في الهبة ونحوها القبول، فإذا قيل أنه لابد من إرادته حتى يصبح دائناً كان هذا هو توافق الإرادتين المسمى بالعقد.

٢ - إن مبدأ سلطان الإرادة إذا كان يقتضي نفوذ الإرادة المنفردة في توليد الالتزام فكيف لا يقال إن هذه الإرادة تستطيع أيضاً أن تنهي هذا الالتزام وترفعه، فإن ما تستطيع الإرادة وحدها أن تعدها تستطيع وحدها أن تحله، فلابد وأن يكون رجوعه بارادته نافذاً أيضاً.

٣ - إن الإيجاب قبل القبول نظير التفاوض ما لم يتعقبه القبول لا يكون إيجاباً باتاً مستقراً؛ لأن الإيجاب والقبول لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر، فكما يجوز الرجوع خلال التفاوضات كذلك يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل القبول؛ لأنّه حين القبول يكون إيجاباً وقبله مجرد تفاوض.

والضعف في أدلة أنصار النظرية الفرنسية واضح؛ إذ يرد على الأخير منها: أن الإيجاب غير المفاوضات؛ إذ المراد منه إنشاء الإرادة الظاهرة الجازمة وتعقب القبول ولحوقه بها لا يغير حقيقتها من هذه الناحية ليس متى بالمفاوضة.

ويرد على الثاني: ما هو واضح؟ فإنّ مبدأ سلطان الإرادة على ما تقدم مفصلاً كان له مدلولان طوليان: أحدهما: إمكان إنشاء التزام من قبل الشخص على نفسه بارادته، والثاني: نفوذ ذلك الالتزام بعد انشائه وعدم إمكان تراجعه عنه إذا كان من أجل الغير وبصالحه؛ لأنّه يتضمن الالتزام على الملزم، وإلا لم يكن قيمة لذلك الالتزام ولا معنى له.

وبناءً عليه في محل الكلام إذا فرضنا الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في ايجاد الالتزام بالايجاب للغير كان هذا الالتزام نافذاً عليه ولا يمكنه أن يرجع عنه بسبب المبدأ المذكور، فإنّ هذا خلف مشروعية الالتزام ونفوذه كما هو واضح. ويرد الأول بأنّ أنصار النظرية الألمانية أيضاً لا يريدون دعوى تحقق الدين والملك للغير من دون إرادته وقبوله بمجرد الإيجاب، بل الدين والتسلیک يحصل بعد القبول وبالعقد، وإنّما مقصودهم أنه ينشأ بالإيجاب حق القبول للطرف الآخر، وهذا الحق فعلي وهو على الموجب وللقابل حتى قبل القبول، فيكون من له الحق ومن عليه الحق موجودين بالفعل.

وهكذا ابد من ملاحظة أدلة أنصار النظرية الألمانية ويمكن تحليلها إلى عدة وجوه:

الوجه الأول: أنّ مقتضى كون العبرة بالإرادة الظاهرة وحدها هو الاكتفاء بإيجاب الموجب وعدم جواز رجوعه عنه حتى قبل قبول الطرف؛ لأنّ الإرادة الظاهرة فعلية ومنجزة حتى إذا كان الرضا والإرادة الباطنة معلقة على القبول والذي هو مربوط بإرادة الطرف فيما يرجع إليه لا إلى الموجب. وفيه: أولاًـ ما تقدم من عدم الاكتفاء بالإرادة الظاهرة في العقد، خلافاً لمبني النظرية الألمانية.

وثانياًـ كون العبرة بالإرادة الظاهرة لا يعني غضّ النظر عن مفاد الإرادة

الظاهرة، فإذا كان متعلقها ومفادها الالتزام المعلق على القبول لا الالتزام بالفعل جاز الرجوع قبل القبول؛ لعدم فعالية الإرادة الظاهرة بمعنى المنشأ بذلك الإنشاء أيضاً قبل القبول.

وبهذا يعرف وجه الارتباط بين الإيجاب والقبول، فليس كل منهما مستقلأً عن الآخر، فإنه قد تقدم أن التوافق أو التعهد في العقود معلق على قبول الآخر، فلا إرادة حتى ظاهرة قبل القبول.

والحاصل: الإيجاب معلق ذاتاً على القبول، فلا ينشأ منه حق للقابل قبل قبوله. نعم، إذا لم يكن الإيجاب معلقاً على القبول - كما في الجمالة بناءً على كونها إيقاعاً أو عقداً يكون القبول فيه بنفس اقدام المجعل له - لم يجز للجاعل الرجوع عن ذلك إلا قبل اقدام المجعل له وإعلامه بذلك، وهذا ما سنشير إليه.

الوجه الثاني: أن مبدأ سلطان الإرادة يقضي بالاكتفاء بالإيجاب؛ لأنّه بالتحليل يرجع إلى التزام الموجب وإلزامه على نفسه وكسب الغير حقاً، فالنسبة إلى الغير لا يمكن أن يكون نافذاً عليه بدون رضاه؛ لأنّه خلاف مبدأ حرية إرادة الآخر، وأما بالنسبة إلى نفس الملتزم فلا بأس بتفوذه وأثره عدم إمكان الرجوع. وفيه: أولاً - ما تقدم من أنه لا التزام قبل القبول أصلاً، فلا إرادة حتى منفردة قبل القبول؛ لأن القبول شرط في نفس الالتزام والإرادة.

وثانياً - الإرادة المنفردة إنما تكون نافذة وحدتها فيما إذا كان متعلقها مرتبطاً بصاحبها فقط، أي لا يمس سلطان الغير وإرادته كما في الإعراض عن الملك أو اسقاط الحق أو الإبراء أو الطلاق، والذي هو إعراض عن ملك البعض الحاصل للزوج بالنكاح ارتكاناً وشرعاً، وهكذا سائر موارد الإيقاعات، وأما تملك الغير أو جعله دائناً - الذي هو معنى كسبه حقاً - وجماعه أن يكون الالتزام مستبطناً للتصرف في سلطان الغير ولو باغناهه فلا تكفي فيه الإرادة المنفردة؛ إذ

لو أُريد نفوذها على الغير فهو خلف مبدأ حرية إرادة الغير ، ولو أُريد نفوذها على نفسه بمقدار ما هو عليه فهذا إنما يصح فيما إذا كانت الإرادة منحلة إلى إرادتين: إرادة رفع ملكه ، وإرادة تملك الآخر له ، وليس الأمر هكذا ؟ فإنَّ المالك لا يريد الإعراض عن ملكه بقطع النظر عن تملك الآخر ، وإنما يريد تملك الآخر ، فلو لم يكن نافذاً بلحاظه فليست له إرادة على نفسه .

نعم ، هذا التفكيك معقول في مثل حجية الإقرار الذي هو حكم ظاهري ، حيث يمكن التفكيك بين الدلالتين في الحجية بأن تكون إدھاماً حجية دون الأخرى ، وأمّا فيما يكون الميزان فيه الواقع فلا مجال لهذا الكلام فيه كما لا يخفى وجهه .

وبهذا يعرف الضابط الفني لنفوذ الإرادة المنفردة المعتبر عنه بالايقاعات كما يعرف وجه عدم انطباقها في المقام .

الوجه الثالث: دعوى أنَّ الإنشاء فعلي بنفس الإيجاب ، فلا بد له من منشأ وليس هو التملك؛ لأنَّه معلق على القبول بحسب الفرض ، فلا بد وأن يكون المنشأ القضية التعليقية ، أي إذا قبل الطرف الآخر ملك مثلاً فيكون التزامه وتعهده متعلقاً بهذه القضية الشرطية ، فالتعليق في المنشأ والملتزم به لا في الالتزام والإنشاء ، فإنه فعلي ؛ إذ يستحيل أن لا يكون فعلياً وأن يستحق حين تتحقق القبول فإنَّه قد لا يكون الموجب حينه ملتفتاً أصلًا ، وهذا الالتزام المتعلق بالقضية التعليقية الشرطية لا يجوز العدول عنه ؛ لأنَّه خلف الالتزام بها ، فلنطبق دليل نفوذ الإرادة والالتزام على نفس القضية التعليقية المنشأة بالإيجاب .

وفي: هذه القضية التعليقية ليست التزاماً ولا حقاً وإنما هي انتزاع عقلي عن المنشأ التعليقي وهو التوافق والقرار العقدي المتوقف ذاتاً على القبول وتطابق الإرادتين ، فإنراة الموجب المنفردة ليست إرادة لحق أو مديونية للغير مطلقاً ،

بل إرادة لتحقق الالتزام العقدي ومن خلال التوافق مع الآخر والذى ما لم يقبل الآخر وما لم يريد ذلك لا يتحقق رضا وإرادة باطنية أصلًا.

وإن شئت قلت: الإيجاب وحده ليس رضاً فعلياً ولا إرادة حتى منفردة، فلا يكون نافذاً وإنما النافذ هو الالتزام والإرادة والرضا الفعلى والذى لا يتحقق في العقد إلا بعد اكتمال الإيجاب والقبول معاً، فالتعليق في الإيجاب على القبول من باب أنَّ الإرادة والتراضي العقدي معلق على تحقق القبول ولن يتحقق بدونه، وهذا واضح.

الوجه الرابع: أن نفس عرض الإيجاب وطرحه على الطرف الآخر يتضمن التزاماً بعدم العدول عنه، فيكون في الإيجاب التزامان بحسب الحقيقة: التزام أصلي والذى يجعله مديناً ويجعل القابل دانيناً أو مالكاً للمال، وهذا لا يتحقق إلا بعد القبول، والالتزام آخر يستفاد ضمناً بأن لا يرجع الموجب عن التزامه الأول قبل قبول الآخر بعد إلقائه عليه؛ لما قد يتربى عليه من مفاسد وأضرار في حقه، وهذا الالتزام يمكن افتراضه عقدياً بأن يكون الآخر بسكته قد وافق عليه.

وقد يسمى بالعقد المفترض ضمناً بأن لا يرجع الموجب عن ايجابه بعد اعلامه للطرف الآخر ووصوله إليه في المدة المحددة صريحاً بينهما أو في المدة التي يقتضيها العقد بحسب الظروف المتعارفة.

وقد يفرض ذلك إرادة منفردة وايقاعاً؛ لأنَّه يرجع إلى تعهده فيما يتعلق بنفس الموجب تحت سلطانه فقط ، وهو عدم رجوعه عن ايجابه.

ونتيجة نفوذ هذا الالتزام أن لا يكون للموجب حق العدول قبل تحقق القبول في تلك المدة . نعم ، لو رفض الموجب له قبول الإيجاب ، أو انقضت المدة المذكورة سقط الإلزام في الإيجاب.

وهذا الوجه لعله أحسن ما قيل في المقام لتخرير عدم جواز الرجوع ، إلا أنه

غير تام أيضاً؛ وذلك:
 أولاً - هذا لازم أن ينحل كل عقد إلى عقدين أو عقد وإيقاع بحسب هذا التحليل، وهذا ما لا يقبله الوجдан العرفي، بل ليس هناك إلا عقد واحد يتحقق بعد انضمام القبول إلى الإيجاب، وأما عرض الإيجاب واعلامه للطرف الآخر فليس متضمناً لعقد آخر ضمني، ولا إرادة منفردة وإيقاع، وإنما هو مقدمة لتحقيق التوافق.

نعم، قد يكون فيه ظهور في أنّ صاحبه لا يرجع عن التزامه، إلا أنه ليس التزاماً بل لو صرح بذلك أيضاً فهو مجرد وعد وليس التزاماً ولا عقداً ليكون مشمولاً لعموم «أوفوا بالعقود»، أو العهود، لا لمحذور إثباتي فحسب وهو عدم وجود مثل هذا الالتزام في أغلب الموارد، بل ثبوتي أيضاً وهو عدم كونه عقداً وإنما هو وعد وشرط ابتدائي بفعل أو ترك، وهذا ليس بعقد لا عرفاً ولا شرعاً؛ لأنّ العقد والالتزام متقوّم بأن يكون متعلقاً بنقل سلطنة وحقّ بالفعل إلى الآخر، كتمليك عين أو منفعة أو دين فينتقل إلى الآخر، وأما مجرد الالتزام بفعل وعمل راجع إلى الملزم أو تركه من قبل الملزم كما في المقام فليس عقداً ولا إيقاعاً بل وعد ابتدائي.

وثانياً - لو فرض صحة مثل هذا العقد الضمني أو الإرادة المنفردة فلا يجب ذلك عليه حينئذ إلا تكليفاً، كما إذا وعد بعدم الرجوع عن إيجابه من خلال شرط ضمن العقد؛ لأنّه التزام أو شرط بترك الرجوع، وهذا غايته حرمة الرجوع قبل القبول تكليفاً لا عدم صحة الرجوع وضعاً، فلو رجع لم ينعقد العقد ولا يمكن أن يجعل ذلك بنحو شرط النتيجة بأن يسقط عنه حق الرجوع، فإنّ الرجوع ليس حقاً وضعياً قابلاً للإسقاط بل فعل يوجب تكويناً عدم تحقق العقد وعدم انعقاده. نعم، يمكن أن يكون حراماً تكليفاً لا أكثر.

وإن شئت قلت : مع الرجوع وانعدام الرضا والإرادة الباطنة للموجب قبل القبول لا يتحقق العقد خارجاً، فلا أثر لمثل هذا الالتزام أو الوعد بعدم الرجوع عن الإيجاب في المدة المذكورة إلا حرمة الرجوع تكليفاً.

ومنه يعرف أنه لا معنى لاسقاط حق الرجوع . نعم ، قد يقال : إنّ عدول الموجب عن إيجابه في تلك المدة يجعل للقابل حقاً في التعويض عن خسارته على أساس المسؤولية التقصيرية والإضرار أو التغريم .

إلا أنّ هذا أيضاً غير صحيح ؛ لأنّ المسؤولية التقصيرية بمعنى الإضرار إنما يوجب الضمان وحق التعويض إذا كان فيه تسبب أو إزام وليس مطلقاً الرجوع عن الوعد تغريراً موجباً للضمان . على أنه قد لا يتربّط على رجوع الموجب عن إيجابه خسارة على الطرف الآخر .

الوجه الخامس : النقض بالعقود والمعاملات التي يكون الإيجاب فيها موجهاً نحو الجمهور من دون شخص معين ، كما إذا جعل المكافأة لمن قام له بعمل معين .

وفيه : أنّ هذه المعاملات إنما ترجع إلى الضمان بالأمر والاستدعاء من الآخرين بالقيام بذلك العمل والذي بنفسه يوجب ضمان قيمته وعدم مجانيته مع تحديد مقداره في الجعل الذي يعيشه ، ومن هنا يشترط أن يكون ذلك العمل له مالية عقلائيةً ، فليس التملّك للمكافأة من باب العقد بل من باب الأمر والاستدعاء وكون العمل مضموناً لا مجانيأً؛ ولهذا لا يجوز مطالبة أحد من قبل الجاعل بذلك ، كما أنّ له أن يرجع عن ذلك قبل قيام الغير فيعلن عن أنه تراجع عن أمره واستدعائه ، ولا يحق لأحد أن يلزم به عدم العدول فهذا بنفسه دليل على عدم نفوذ الإرادة في أمثال المقام ، أو ترجع إلى الواقع المشروط بالاقدام من الآخرين ، أو العقد الذي يكون قبولاً بنفس علم الآخرين وتوجيه الخطاب إليهم

مع سكوتهم ، أو اقدامهم على الفعل كما قيل بذلك في الجعالة ، فيكون عدم جواز الرجوع لتحقق القبول .

وهكذا يتضح أنه لا يمكن قبول ما ذهب إليه الفقه الوضعي من عدم جواز العدول عن الإيجاب حتى في المدة المحددة للعقد قبل صدور القبول من الآخر . والأغرب من ذلك أنه يفترض أنه لو رجع كان رجوعه كلا رجوع بحيث ينعد العقد بالقبول مع عدم فعليّة الإيجاب من الموجب وزوال الرضا والإرادة العقدية لديه قبل تحقق القبول .

ثم إن روايات عدم وجوب البيع حتى يفترق المتباعان دليل على جواز الرجوع ، بل ورد في بعضها إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب ، ومفهومه عدم الوجوب قبله ، إلا أنها مخصوصة بالبيع ، كما أنه لا ظهور فيها على أكثر من جعل خيار المجلس ، وهو خاص بالبيع . نعم ، هنا بحث آخر تقدمت الإشارة إليه في بحث شرطية وصول الإيجاب والقبول إلى الطرفين وهو أن الرجوع من أحد الطرفين هل يجوز بعد إنشاء القبول وقبل بلوغه إلى الموجب أو لا يجوز ؟

وقد ذكرنا أنه لا يبعد أن يكون التوافق المأذوذ في مفهوم العقد متقوماً بوصول الإيجاب والقبول إلى الطرفين معاً ، فالقابل بعد إنشائه للقبول وقبل أن يصل إلى الموجب يمكنه أن يرجع عنه وينبع وصوله إلى الموجب ، فلا يصدق التوافق ، وكذلك رجوع الموجب .
هذا كله في النقطة الأولى .

وأما النقطة الثانية : وهي أنه بماذا يتحقق الرجوع ؟ فهل يكفي مجرد الندم والرجوع عن الرضا الباطني أم لابد من إظهار ذلك خارجاً بمظهر مادي ؟ وهل يجب وصوله إلى القابل الذي وصل إليه الإيجاب أم لا يجب وصوله إليه ؟
والظاهر عدم اشتراط اتصال الرجوع إلى القابل في عدم تحقق العقد . نعم ،

لابد له من إثبات أنه رجع قبل القبول ، وإلا يكون ظاهر ايجابه عدم الرجوع ، وأئماً الإعلان عن الرجوع فلا شك في دخله في تحقق الرجوع ؛ إذ مجرد الندم وعدم الرضا الباطني ليس رجوعاً ولا مخلاً بصلاحية الایجاب ؛ لانضمام القبول إليه ؛ لأنَّ العهادات والالتزامات عند العقلاء متقوم بالظاهر المادي كما قلنا في بحث ركبة الإرادة الظاهرة وموضوعيتها ، فكما أنَّ الفسخ لمن بيده فسخ العقد لا يكون إلا بإنشاء ذلك ومن دونه يكون الالتزام العقدي باقياً ولو كان راجعاً عن رضاه الباطني ما لم ينشئ الفسخ أو الاقالة ، فكذلك الرجوع عن الایجاب بعد انشائه لا يكون إلا باظهار الرجوع ، وهذا من آثار موضوعية الإرادة الظاهرة ولزوم الإنشاء ، سواء في إيجاد العقد أو نقضه .

وهكذا يتضح : أنَّ الموجب إذا لم يعلن عن رجوعه بمظهر مادي لا يكون مجرد ندمه وعدم رضاه القلبي مانعاً عن صلاحية ايجابه للحقوق القبول به وانعقاد العقد ، بخلاف ما إذا أظهر ذلك فإنه لابد من تجديد الإنشاء بعد ذلك ولو ببيان امضاء الایجاب السابق ؛ لأنَّ إنشاءه السابق قد نقض باظهاره الرجوع عنه وسقط عن الصلاحية ، فلا يكفي الرجوع عنه ثبوتاً ؛ والسبب في ذلك كله أنَّ العرف يتعامل مع الالتزامات والتعهدات كأفعال خارجية للإبراز والإنشاء تمام الموضوعية فيها .

وهذا معناه أنَّ العبرة بالإرادة الظاهرة بقاء لا بالرضا الباطني فالإرادة الظاهرة وحدها لا تجدي حدوثاً ما لم يكن معها الرضا الباطني والإرادة الجدية الكامنة ، وأئماً في مرحلة البقاء فما لم يصدر منه إرادة ظاهرة ناقضة للإرادة السابقة لا يقدح ذلك ببقاء العقد . وهذه درجة من الموضوعية للإرادة الظاهرة ، وهي تختلف عما تبنته المدرسة المادية في العقد ، فهي مرتبة وسطى بين المذهب المادي والمذهب الذاتي في العقد .

ــ التطابق بين الإيجاب والقبول :

من جملة شروط العقد والإرادة العقدية بكل ركنيها أيضاً التطابق بين الإيجاب والقبول ، وهذا الشرط مما يقتضيه مفهوم المعاقدة؛ لوقفها على وحدة متعلق الإرادتين وموردهما ، وإلا فلا تصدق المعاقدة .

وتوضيح ذلك : أن الاختلاف وعدم التطابق تارة يكون في أركان العقد كالاختلاف في المضمون المعاملي ، كأن يقول أحدهما : (أقررتكم هذا) ويقول الآخر : (اشترت)، وقد يكون في المحل بأن يقول أحدهما : (بعتك هذا الفرس) ويقول الآخر : (اشترت هذا الكتاب) ، أو في المالكين بأن يقول أحدهما : (بنته لزيد) ويقول عمرو : (اشترت لنفسي) ، فإنه في جميع هذه الموارد لا يتحقق العقد خارجاً ولا ينعقد ؛ لعدم تطابق الإرادتين على شيء واحد .

أما في الأوّلين فواضح ، وأما في الثالث فلأنَّ المالكين وإن لم يكن تعينهما لازماً في تحقق عقد البيع لأنَّه مبادلة مال بمال مهما كان مالكه ، إلا أنه إذا فرض تعين المالك في إنشاء العقد وتقيد التملك به على وجه التقيد كان عدم التطابق موجباً لعدم تتحقق العقد ، من غير فرق بين كون العوض والمعوض كلياً أو خارجياً ، فإنه في الثمن أو المبيع الخارجيين أيضاً إذا كان التملك مقيداً بأن يكون لزيد لا لعمرو ، فمع عدم التطابق لا يتحقق العقد .

نعم ، إذا كان ذلك على وجه التطبيق لا التقيد صحة العقد ؛ لأنَّ التملك يكون عندئذٍ للمالك الواقعي لا خصوص زيد ، على ما سنشرحه .

وقد يكون الاختلاف في غير أركان العقد ، كالشروط والأوصاف ، كما إذا قال : (بعتك بشرط أن تخيط ثوبك) وقال الآخر : (اشترت بلا شرط) ، أو في

الأوصاف كما إذا قال: (اشترى العبد على أن يكون كاتباً) فقال الآخر: (بعث لا بهذا الشرط)، فالمشهور صحة العقد؛ لكون الشروط والأوصاف خارجة عن محتوى العقد، وليس العقد متعلقاً على الشرط، وإنما كان من التعليق المبطل، وإنما العقد مطلق فإذا قبله الطرف الآخر مجردأ عن الشرط أو الوصف فقد تطابق الإيجاب مع القبول وتم العقد، وإنما التخلف في الشرط أو الوصف وهو موجب لل الخيار لا أكثر.

إلا أن هذا البيان غير تمام، بل الصحيح أن عدم التطابق في الشروط والأوصاف أيضاً يوجب عدم اكتمال العقد؛ وذلك لما ذكرناه في معنى الشرط ضمن العقد، من أن حقيقته تعليق إنشاء العقد على قبول الشرط لا على واقع الشرط وتحقيقه خارجاً، فالإيجاب والقبول في العقود التي بضمها الشروط إيجاب مقرون بالاشتراط ومعلّق على قبول الآخر للاشتراط، فلو لم يقبل الاشتراط سواء كان الشرط فعلاً أو وصفاً أو نتيجةً لم ينعقد العقد، وهذا واضح جداً من يقبل ذلك التحليل للشروط ضمن العقود كما هو الصحيح.

نعم، لو رجع المشترط عن شرطه ووافق على العقد من دون شرط تم العقد عندئذٍ، ولكنه خارج عن الفرض.

والغريب ما ذكره بعض أساتذتنا العظام في المقام رغم قوله لهذا التحليل للشرط الضمني من أن عدم التطابق في الشروط لا يضرّ بصحة العقد؛ لأنّ باب الشروط أجنبي عن الالتزام العقدي، ولا يستلزم تعليقه عليه، وإنّ لزم تعليق العقد، بل التعليق في الشرط إنما هو في الالتزام بالوفاء بالعقد واتمامه، فحقيقته جعل الخيار على تقدير التخلف؛ ولذا يعلل به الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط، وعليه ولو اختلفوا في الشرط بأن قال البائع: (بعثك داري على أن تخيط ثوبك) وقال الآخر: (قبلت بلا شرط) كان الالتزام البيعي من الطرفين متحققاً، وإنما

اختلافهما من حيث الالتزام بالوفاء، فإذا رضي البائع بسقوط شرطه صحة البيع^(١).

ويلاحظ عليه:

أولاً - إن هذا على خلاف ما تقدم منه في تفسير وتحليل حقيقة الشرط الضمني، فإن هذا يعني أن الشرط مستقل عن العقد ولا ربط له به، فهذا التزامان مستقلان أحدهما عن الآخر، وتكون الضمنية بمعنى الاقتران بين الالتزامين: الالتزام العقدي، والالتزام الشرطي، غايته يكون متعلق الالتزام الشرطي خيار الفسخ في العقد، وهذا خلاف ذلك التحليل، فإن الضمنية على ما تقدم راجعة إلى نفس الالتزام العقدي، وأنه مقيد ومشروط بقبول الطرف الآخر للشرط - سواء حققه بعد ذلك أم لا - فلا تعليق في العقد، كما لا يوجد التزامان مستقلان مقرران من حيث الزمان بل التزام واحد مقيد بقبول الشرط لا بتحققه، ولهذا أقلنا بأن دليل نفوذ العقد وصحته بنفسه يقتضي أيضاً نفوذ الشرط الضمني فيه.

وثانياً - لازم ذلك أنه إذا لم يقبل الشارط في العقد سقوط شرطه كان اللازم الحكم بصحة العقد وتحقق البيع، غاية الأمر يكون له حق الفسخ، فإذا لم يفسخ ولو لجهله بعد موافقة الآخر على شرطه كان النقل والانتقال حاصلاً وترتبت آثاره، فإذا كان حاصل للمبتعث مثلًا كان للمشتري؛ لأن الفسخ يكون من حينه لا من الأصل، بل قد لا يحق له الفسخ لو كان قد شرط عليه عدم الفسخ واسقاط خياراته، وقد قبله الشارط رغم شرطه. وهذا من بعيد جداً التزام أحد به.

فالصحيح ما ذكرناه من عدم انعقاد العقد مع عدم قبول الاشتراط من الطرف الآخر؛ لكون الالتزام العقدي مقيداً بقبول الشرط ومتعلق عليه، فمع عدم قبول

الآخر بالشرط لا تجتمع الإرادتان على شيء واحد، فلا تعاقد في البين، وهذا لا يربط له بخلاف الشرط بعد قبوله ضمن العقد، فلا ينبغي الخلط بين المطلبيين. ومثل الشرط الوصف المبني عليه العقد، فإنه لابد من التطابق بين الإيجاب والقبول فيه أيضاً، بمعنى قبول الآخر له، سواء كان الوصف موجوداً واقعأً أم لا، فليس العقد معلقاً على وجود الوصف وعدم تخلفه، بل على قبول الطرف لاشتراط وجود الوصف، وكذا التطابق من حيث أجزاء الشمن والمشن، كما إذا باع البيت كاملاً بكذا فقال المشتري: (اشترت نصفه بنصف ذاك المبلغ) فإنه لا ينعقد العقد بذلك. نعم، لو كان البيع عرفاً انحلالياً كما إذا قال: (بعث هذه الصبرة من الحنطة كل صاع منه بكذا) فقال: (اشترت نصف صاع بنصف ذاك الشمن) تم العقد في النصف؛ لأنَّ بيع مقدار منه مستقلٌ عن الباقي.

وهكذا يتضح أنه لابد من التطابق بين الإيجاب والقبول في تمام الخصوصيات المرتبطة بالعقد حتى الشروط والأوصاف؛ لأنَّها وإن كانت شروطاً في العقد لا يوجب تخلفها إلا حق الفسخ، إلا أنَّ التخلف عن تنفيذ الشرط غير عدم التطابق في قبول الشروط الذي هو من قيود العقد، فإنه بمعنى عدم تحقق التوافق؛ لأنَّ الاشتراط ضمن العقد معناه تعليق الإيجاب أو التوافق من كل من الطرفين على قبول الطرف الآخر ذلك الشرط أو الوصف أو القيد، بحيث لو لم يقبل الاشتراط لم يكن له التزام بأصل العقد، فالعقد مشروط ومعلق على قبول الشرط وإن لم يكن معلقاً ومشروطاً بتنفيذ الشرط وعدم تخلفه.

ونستثنى من ذلك موردين:

الأول: ما إذا كانت الخصوصية الواردة في الإيجاب أو القبول بنحو التطبيق لا التقييد، أي أنَّ العقد والإلتزام لم يكن مقيداً به بل بعنوان آخر يطبقه على ذلك

المورد، كما إذا قال له: (بعتك بهذا الشمن) بتصور أنه مالك الشمن ويشتري نفسه، مع أن القابل وكيل يشتري لغيره، فإن التملك بحسب الحقيقة لصاحب الشمن الواقعي، وقد طبقه على من بيده الشمن، من غير فرق بين المال الذمي والخارجي، فإنه في الأول أيضاً يمكن أن يبيع البائع ماله بالمال الذمي لكل من يقبل ذلك ويطبقه على القابل خارجاً أو من يقبل عنه، فلا فرق بين المال الشخصي والمال الذمي، وإنما الفرق والتفضيل لابد وأن يجعل بين فرض التقييد والتطبيق.

ودعوى: أنَّ المال الذمي لا يكون مالاً إلَّا باضافته إلى ذمة معينة، فمن دون تعين ذلك لا يكون أحد العوضين معيناً، فيكون من قبيل ما إذا قال: (بعتك العبد) فقال القابل: (اشترتِ الجارية).

مدفوعة: بأنَّ المال الذمي المضاف إلى جامع ذمة شخصٍ مال أيضاً، ولا تكون ماليته متوقفة على تعين الذمة المضاف إليها.

نعم، لابد من تعين العوضين ومالكيهما حين تمام العقد واقعاً، وهذا حاصل في المقام إذا كان القصد بيعه إلى من يقبل عنه القابل على إجماليه، فلا فرق بين فرض كون العوض خارجياً أو ذمياً من هذه الناحية، أي من حيث إنَّ خصوصية المالك إن كانت ملحوظة على نحو القيدية للالتزام والتعهد فلا عقد مع عدم التطابق، وإلا كان العقد تاماً.

هذا بحسب مقام الثبوت، وأمّا بحسب مقام الإثبات فاللفاظ قد تكون ظاهرة في التقييد في الأموال الذمية؛ لأهمية الذمة من شخص إلى شخص آخر، وكذلك في الهبة والعارية والإجارة ونحو ذلك من العقود فإنَّ شخصية الموهوب له والمستعير والأجير أو المستأجر لها الموضوعية في هذه العقود. وأوضح من ذلك كله عقد النكاح فإنَّ شخصية الزوج والزوجة ركن ومحل فيه.

نعم، العلم به تفصيلاً ليس شرطاً في تحقق العقد وانعقاده ما لم يكن موجباً للبطلان بملأ آخر كالغدر والجهالة فيما يشترط فيه عدم الجهالة، وذلك أمر آخر.

وهكذا يظهر أنه لا يضر بصحة العقد عدم التطابق فيما يكون ملحوظاً في العقد على نحو التطبيق لا التقييد، كالمالك للشمن والمشن الشخصيين أو الذميين .

الثاني : أن يكون مرجع عدم التطابق إلى تنازل من له الشرط عن شرطه ، كما إذا قال : (بعتك هذا الفرس بدرهم ، على أن أحيط لك ثوبك) فقال المشتري : (قبلت بلا شرط) صحيح العقد؛ لأنَّ التطابق محفوظ؛ لأنَّ القبول مع الشرط من قبل من عليه الشرط يتضمن القبول بلا شرط أيضاً كما هو واضح .

وبذلك يعرف الفرق بين عدم التطابق بين الإيجاب والقبول وبين تخلف الشرط أو الوصف أو انعدام المحل أو تبعض الصفة كما أشرنا ، فإنَّ ذلك لا ربط له بعدم التطابق بين الإيجاب والقبول ؛ لأنَّ الإيجاب متطابق عند العقد في هذه الموارد مع القبول ، وإنما لم يكن الواقع مطابقاً مع العقد أو لم يفِ المشرط عليه بالشرط الذي وافق عليه عند العقد .

وهذا التخلف في الخصوصيات والأوصاف قد تقدم أنه قد يوجب بطلان العقد ، وقد يوجب الخيار ، وقد لا يوجب شيئاً منها . وتقدم أنَّ القانون الوضعي خلط بين ذلك وبين عدم التطابق وجعلها كلها من باب الغلط أو التدليس من عيوب الإرادة ، وقد أوضحنا بتفصيل عند التعليق على بحث (عيوب الإرادة) من القانون الوضعي ما وقع في بحوث القانون الوضعي من الخلط بين هذه الأمور^(١) ، وسوق الجميع مساقاً واحداً وهو في غير محله ، فراجع .

ط - أهلية المتعاقدين عند الإنشاء :

ومن الشروط التي ذكروها للعقد بكل ركنيه المادي والمعنوي أن يكون كل واحد من المتعاقدين باقياً على أهليته وقابليته للمعاملة في زمان انشاء الآخر.

وقد ذكر المحقق النائي ^١ أن اشتراط ذلك في المعاملات من القضايا التي قياساتها معها؛ لأن العقد لا يتحقق إلا بفعل الاثنين ، فلو فقد حين انشاء أحدهما شرائط أهلية العقد فوجودها سابقاً أو لاحقاً لا أثر له ^(١) .

وفضل السيد اليزدي ^٢ في حاشيته على المكاسب بين ما إذا خرج الموجب عن القابلية والأهلية حين قبول القابل فالالتزام بالصحة لأن الإيجاب صدر في حال صحته وللحقة القبول من المشتري وبه يتم العقد وإن عرض عليه الجنون أو الموت أو نحوهما بعده ؛ لصدق العقد بذلك بعد تحقق القبول عرفاً وبين ما إذا لم يكن المشتري قابلاً للتخاطب حين الإيجاب ولكنه صار قابلاً حين القبول فلا يصدق العقد ^(٢) .

واختار عكس ذلك بعض أساتذتنا العظام ^٣ فحكم بالبطلان إذا خرج الموجب عن قابلية الإنشاء لجنون أو غشوة أو نوم أو موت حين القبول ، وحكم بالصحة إذا كان القابل غير واحد لشرائط الأهلية حين الإيجاب ولكنه صار واجداً لها حين القبول ، فقابلية الموجب وأهليته حين انشاء الآخر للقبول شرط وأمّا أهلية القابل حين انشاء الموجب للايجاب ليس شرطاً .

١ - منية الطالب : ٢٥٧ .

٢ - حاشية المكاسب : ٩٢ .

واستدلّ عليه بدللين :

أحدهما: أن العقد عبارة عن الربط والشدة بين الالتزامات النفسية والاعتبارات المبرزة في الخارج لا الربط بين الألفاظ كما هو واضح، فإذا أبرز الموجب التزامه قبل أهلية القابل وبقي على أهليته إلى حين القبول وحصول أهلية القابل كان الالتزامان حاصلين، فيتحقق التعاقد والشدة بينهما لا محالة فيصدق العقد وتشمله الأدلة، وهذا بخلاف العكس بأن خرج الموجب عن القابلية والأهلية حين القبول، فإن التزامه يزول حقيقة أو حكماً فلا يتحقق العقد .

الثاني: استمرار سيرة العقلاء على التباعي والتعامل بالمكاتب من الأماكن البعيدة، مع أن المشتري في زمان الإيجاب وارسال المكتوب غافل أو نائم أو غير ذلك مما يخرجه عن كونه قابلاً للمعاملة ومع ذلك يحكم بصحة المعاقدة بذلك^(١).

ويمكن أن يناقش في الدليل الثاني بأن السيرة العقلائية قائمة أيضاً على عكس ذلك، بمعنى أنه في زمان قبول المشتري أيضاً يكون الموجب غافلاً أو نائماً أو مغشياً عليه ونحو ذلك مما يخرجه عن كونه قابلاً للمعاملة ومع ذلك يحكم بصحة المعاملة.

كما يمكن أن يناقش في الدليل الأول تارة: بأن التزام الموجب لا يزول بالنوم والغفلة والغشوة لا حقيقة ولا حكماً. وأخرى: بأن القبول إذا كان متعلقاً بزمان الإيجاب بنحو الكشف فيكون التمليل والبيع مثلاً متحققاً من زمان

الإيجاب فلا بد وأن يكون بلحاظ ذلك الزمان بيعاً من له الأهلية والقابلية ، وهذا يثبت التفصيل الذي ذكره السيد في حاشيته ، فإنه في الشق الأول لا يصدق أنه بيع في زمان الإيجاب من له الأهلية ، حيث لم يكن المشتري أهلاً في زمان الإيجاب وفي الشق الثاني يصدق ذلك ؛ لأنَّ الموجب والقابل معاً كانا قابلين في زمان الإيجاب ، ولعلَّ هذا هو مبني تفصيل السيد ^{فيه}.

هذا ، ولكن التحقيق أنه لابد من اجتماع الإرادتين من طرفين أهليين وقابلين في زمان تمام العقد ، سواء كان تمامه بالقبول أو بالإيجاب المسبوق بالقبول ؛ لأنَّ العقد كما تقدم يتحقق بذلك ، سواء كان المضمون والمنشأ بهما أيضاً من زمان تمام العقد أو قبل ذلك بنحو الكشف ، فإنَّ ذلك لا دخل له في تحقق العقد وتوقيه على فعلية الإرادتين خارجاً ، ففي زمان اكتمال العقد وتحققه لابد من أهليتهما معاً ، فلا يكفي أهلية الموجب زمان الإيجاب مع ارتفاعها زمان القبول ، كما لا يضر عدم أهلية القابل في زمان الإيجاب إذا صار أهلاً زمان القبول ، فما ذكره بعض أساتذتنا من التفصيل صحيح كبروياً .

نعم ، ما ذكر من النوم والغفلة والنسيان بل والغشوة فضلاً عن البلوغ لا يكون رافعاً للإرادة ، بخلاف الموت أو الجنون فإنَّهما رافعان لها حقيقة أو حكماً ، وبناءً عليه يكون اللازم أهلية المتعاقدين حين تمام العقد بنحو تكون الإرادتان فعليتين حينه من أهليين ، فإذا كان في زمان تحقق الإرادة المتأخرة الإرادة الأولى باقية والأهلية حاصلة فيها تتحقق العقد وصح حتى إذا لم تكن الأهلية فيما ثابتة قبل ذلك ، كما إذا كانا غير بالغين حين الإيجاب وبلغوا حين القبول ، أو كان الموجب غير بالغ ويبلغ حين القبول بناءً على ما سيأتي من صحة إنشاء الصبي وعدم كونه مسلوب العبارة .

بل بناءً على ما تقدم من لزوم وصول القبول إلى الموجب ليتحقق التوافق

والتعاقد لابد من بقاء الأهلية إلى زمانه ، فلو قبل المشتري وأرسل قبوله إلى الموجب ولكننه قبل الوصول إليه خرج القابل عن الأهلية لم يصح العقد . وهذه أيضاً من الشمرات بين مبدئي لزوم العلم بالقبول أو كفاية إعلان القبول وإنشائه .

ي - تعدد الإرادتين (تعدد الموجب والقابل أو الإيجاب والقبول) :

لا إشكال في اشتراط إرادتين في كل عقد ؛ لأنّه قائم بفعل الاثنين بخلاف الواقع ، إلا أنّ البحث هنا عما إذا ناب أحد الطرفين عن الطرف الآخر ، أو ناب شخص عن كلا الطرفين في إنشاء العقد ، ومن هنا يرتبط هذا الشرط ببحث النيابة والوكالة في العقد ، وقد يبحث الفقه الوضعي مسألة النيابة هنا أيضاً ، ونحن لا ندخل فعلًا في بحث النيابة وأقسامها وشروطها ؛ لأنّها مسألة أخرى مستقلة عما نحن بصدده من شروط الركن الأول للعقد ، وإنما نبحث عن لزوم تعدد الإنشاء للعقد أو المنشيء له ، وهذا بحسب الحقيقة من شرائط الإنشاء والركن المادي للعقد ، أي الإرادة الظاهرة رغم تعدد الإرادة الباطنة .

وقد ذهب الفقه الوضعي إلى شرطية تعدد الإرادتين الظاهرتين ، فلا يمكن أن يتولى كلا طرف في العقد شخص واحد بأن يكون وكيلًا عن شخصين أو وكيلًا عن شخص وأصيلاً بلحاظ نفسه ، فيبيع ما له لنفسه أو لموكله الآخر ، وفي الفقه الإسلامي ذهب بعض المذاهب إلى بطلان ذلك أيضًا ، وعندنا نسب إلى الشيخ في بعض كتبه ذلك في خصوص الوكيل في النكاح ، والمشهور الكراهة .

والبحث هنا في جهتين :

الأولى : في اشتراط تعدد الموجب والقابل .

الثانية : في اشتراط تعدد الإيجاب والقبول ولو من شخص واحد .

أما الجهة الأولى : فما يمكن أن يستدل به على ذلك أحد وجوه لا يتم شيء منها :

الأول : أن العقد فعل الاثنين ولا بد فيه من توافق إرادتين ، والشخص الواحد ليس له إرادة واحدة ، فلا يتحقق العقد منها .

وفيه : أن الشخص الواحد أيضاً يعقل منه صدور إرادتين باطنتين جديتين أو ظاهرتين انشائيتين ، غاية الأمر إدراهما تصدر عنه بما هو وكيل ، والأخرى بما هو أصيل أو وكيل عن الغير ، فلا محذور .

وإن شئت قلت : إن اللازم تعدد الطرف المنتسب إليه العقد لا تعدد المجري للصيغة ، فإذا اجتمعت في شخص واحد كلتا الشخصيتين تحقق العقد بالإيجاب بإحدى الشخصيتين وقوبله بالأخرى .

الثاني : أن هذا فيه مفسدة الضرار بمصلحة الغير ، خصوصاً إذا كان الطرف الآخر نفسه .

وفيه : أن هذا لو فرض تحقق صغراه في مورد فهو موجب للبطلان من جهة تجاوز النية والوكالة ؛ لأن الموكل إنما وكله في العقد بما لا يكون فيه خيانة وأضرار بمصلحته لا من جهة شرطية تعدد الموجب والقابل . مضافاً إلى أنه لا يتم فيما إذا كان الشخص الواحد وكيلآ من طرفين .

الثالث : أن ظاهر التوكيل النية في العقد مع غيره لا مع نفسه .

وفيه : أنه لو سلم مثل هذا الظهور في مورد فهو قصور إثباتي لا ثبوتي ، فلا مانع من صحة العقد فيما إذا أحرز إطلاق الوكالة ، كما أنه لا يتم فيما إذا كان وكيلآ من قبل الطرفين .

الرابع : التمسك ببعض الروايات الخاصة :

وهي ما ورد في باب من أمر الغير أن يشتري له أو يبيع له شيئاً فأعطاه من

عنه أو اشتراه لنفسه من النهي عن ذلك من قبيل صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا قال لك الرجل: اشتري لي، فلا تعطه من عندك وإن كان الذي عندك خيراً منه» ^(١).

ومثله معتبرة إسحاق قال: «سألت أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول له: ابتع لي ثوباً فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده فقال: لا يقربن هذا ولا يدنس نفسه، إنَّ الله عزَّوجلَّ يقول: «إِنَّا عَزَّزْنَا أَمَانَةَ...» ^(٢) وإن كان عنده خير مما يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده» ^(٣).

ومثلها أيضاً معتبرة خالد القلansi قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني بالثوب فأعرضه فإذا أعطيت به الشيء زدت فيه وأخذته، قال: لا تزده، قلت: ولم ذاك؟ قال: أليس أنت إذا عرضته أحبت أن تعطيه به أوكس من ثمنه، قلت: نعم، قال: لا تزده» ^(٤).

ومثلها رواية علي بن أبي حمزة قال: «سمعت عمر الزيات يسأل أبي عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك إني رجل أبيع الزيت يأتيني من الشام فأخذ لنفسي مما أبيع، قال: ما أحب لك ذلك، قال: إني لست أنقص لنفسي شيئاً مما أبيع، قال: بعه من غيرك ولا تأخذ منه شيئاً، أرأيت لو أنَّ رجلاً قال لك: لا أنقصك رطلاً من دينار كيف كنت تصنع؟ لا تقربه» ^(٥).

١ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٨٩، الباب ٥ من آداب التجارة، الحديث ١.

٢ - سورة الأحزاب، الآية: ٧٢.

٣ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٨٩ - ٣٩٠، الباب ٥ من آداب التجارة، الحديث ٢.

٤ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٩١، الباب ٦ من آداب التجارة، الحديث ١.

٥ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٩١، الباب ٦ من آداب التجارة، الحديث ٢.

وهذه الروايات لا يمكن الاستدلال بشيء منها في مسألتنا؛ وذلك:
أولاً - لأن الجهة المنظور إليها في هذه الروايات من الواضح أنها حقيقة التهمة والخيانة لا شرطية تعدد الموجب والقابل في باب العقد؛ ولهذا علل بالخيانة أو التهمة في جملة منها.

وهذا العنوان غير الشرطية التي نحن بصدده أثباتها؛ إذ بينها وبين شرطية تعدد الموجب والقابل في مقام الإنشاء عموم من وجه؛ إذ قد يكون وكيلًا عن الطرفين فيبيع مال أحدهما من الآخر، وقد يشتري ماله لنفسه في مورد التهمة مع تعدد الموجب والقابل بأن يجري الإيجاب عن المالك غيره.
وثانياً - أن التعليل الوارد في ذيل هذه الروايات قرينة داخلية على أن المراد من النهي ليس هو بطلان العاملة وفسادها، وإنما هو نهي تزويدي أخلاقي من أجل دفع التهمة.

وقد ورد في رواية ميسير التي ينقلها الصدوق مرسلاً عن عثمان بن عيسى عن ميسير التفصيل بين ما إذا خاف التهمة فلا يعطيه من نفسه وإن لم يخف ذلك فليعطيه من نفسه^(١).

وعلى هذا الأساس مفاد هذه الروايات محمول إنما على الكراهة أو على البطلان في موارد الخيانة وعدم رضا الموكل به أو عدم عموم إذنه في الشراء منه^(٢).

١ - وسائل الشيعة ١٧ : ٣٩٠ ، الباب ٥ من آداب التجارة، الحديث ٤.

٢ - وهناك رواية أخرى لإسحاق بن عمار - معتبرة سندًا على الأصح؛ لأن زكريا بن محمد في السند من نقل عنه ابن عمير بسند صحيح يعنون السابري، وكلام النجاشي في حقه قدح في مذهب لا وثاقته - نقلها صاحب الوسائل [١٧ : ٣٩٠] ، الباب ٥ من آداب التجارة، الحديث [٣] ضمن هذا الباب «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام : يعني الرجل يدينار يريد متى دراجم فأعطيه أرخص متى أبيع؟ فقال: اعطه أرخص مما تجد له».



نعم، توجد رواية أخرى وردت في كتاب النكاح، وهي معتبرة عمار الساباطي قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيته فتكره أن يعلم بها أهل بيتها أیحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها تقول له قد وكلتك فاشهد على تزويجي؟ قال: لا، قلت له: جعلت فداك وإن كانت أيماء؟ قال: وإن كانت أيماء، قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها (فيزوجها) منه؟ قال: نعم»^(١).

فقد يقال: إن ظاهرها اشتراط تعدد الموجب والقابل في النكاح حتى مع تصريح المرأة ورضاهما بأن يزوجه من نفسه فلا يحتمل فيها أن يكون النهي من باب عدم رضا الطرف الآخر أو الخيانة والتجاوز في الوكالة والنيابة. إلا أنها خاصة بباب النكاح، فلا يمكن التعدي منه إلى سائر العقود؛ لاحتمال الخصوصية في باب النكاح لخطورته وأهميته.

ومن هنا ذهب بعض الفقهاء إلى ذلك في خصوص باب (النكاح)^(٢)، كما أن الرواية لكونها واردة في توكييل المرأة للرجل لا العكس فلا يستفاد منها عدم جواز توكييل الرجل للمرأة في القبول فتجري الإيجاب عن نفسها والقبول عنه بالوكالة؛ لأن ذلك في مصلحتها لا عليها كما لا يخفى.

⇒ إلا أنها أجنبية عن محل الكلام؛ إذ الظاهر من السؤال فيها أن النظر إلى بيع الصرف مع التفاضل في المالية بأن يبيع الدينار بأكثر من قيمته بالدرام في السوق وأنه هل يمكن ربا كما إذا باعه الدينار بالدينار ودرهم أم لا؟ والشاهد على ذلك أنه صرّح في السؤال بأنه جاء إليه بالدينار يريد منه الدرام لا أنه يريد منه أن يشتري له من السوق ذلك، كما أن قوله: إنه يبيعه أرخص مما يبيع ظاهر في أنه كان صرافة، وهذا واضح.

١ - وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٨، الباب ١٠ من عقد النكاح، الحديث ٤.

٢ - ومنهم ظاهر الشيخ في الاستبصار ٣: ٢٣٣.

وقد حملها بعض أساتذتنا ^{١)} على التقية؛ لأنَّ الوارد فيها الاشهاد على التزويج وهو مما يقول به العامة، فالرواية ناظرة إلى عدم كفاية الزوج في الاشهاد بل لابد من أن يكون غيره، وحيث إنَّ أصل المبني فاسد عندنا فتحمل الرواية على التقية.

إلا أنَّ الانصاف أنَّ هذا العمل بعيد غاية البعد؛ لظهور السؤال في الرواية عن جواز توكيل الزوج في اجراء العقد والتزويج وليس النظر فيها إلى خصوصية اشهاد الزوج أصلاً، وإلا كان ينبغي أن يقول في الذيل: (قلت: فإنْ أشهدت غيره على التزويج)؛ لأنَّ توكيل الغير على التزويج غير الاشهاد، بل لا يكون اشهاداً حتى إذا قيل بكتفافية شهادة الوكيل في اجراء العقد؛ لأنَّه واحد والطرف الآخر أصيل بحسب الفرض.

ومجرد ذكر الاشهاد على التزويج في صدر السؤال عند قوله: (قد وكلتك فاشهده على تزويجي) لا يدل على كون النظر إلى الاشهاد، وإنما النظر إلى تحقيق الزوجية وأدائها بالوكالة؛ لأنَّ السؤال في الصدر عن توكيل المرأة للرجل لكي يتزوجها وذكر الاشهاد إنما من باب كونه متعارفاً خارجاً في مثل عقد النكاح أو يكون المقصود منه إثباته وتسجيله لكي تتم عنده الحجة على أنه قد عقد عليها خصوصاً مع ملاحظة أنَّ هذا جاء في كلام المرأة لا الإمام عليه السلام؛ ولهذا نجد أنَّ الشيخ في الاستبصار فهم منها عدم جواز تولي الزوج لكلا طرف في العقد من النكاح.

ولعلَّ الأولى أن تحمل هذه الرواية على الكراهة أو حكم أخلاقي - كما فهم المشهور منها ذلك - حيث إنَّ سياق السؤال فيها أنَّ المرأة أرادت اخفاء أمر

زواجهما عن أهل بيتها فكان الإمام عثيمان^{رحمه الله} كره لها ذلك من دون وجود شخص آخر يتولى التزويج من قبلها لكي تندفع الشبهة وتهمة الزنا فيما بعد، فلا ظهور في الرواية في شرطية تعدد الموجب والقابل.

وممّا يدلّ على ذلك أن إطلاق الذيل يشمل ما إذا زوجها الوكيل من الزوج بالوكالة عنه أيضاً فإنه أيضاً يصدق عليه أنه زوجها منه؛ إذ المراد أن تكون الزوجية له لأن يكون الإنشاء منه مباشرة.

هذا، مضافاً إلى إعراض مشهور الأصحاب عن الفتوى بمقادها حتى الشیخ شیخ^{رحمه الله} فإنه في كتبه الفتوائية كالنهاية والمبسوط لم يفت بذلك ، بل مقتضي إطلاق فتواه في النهاية وصرح فتواه في المبسوط الجواز ، فتسقط عن الحجج بناءً على قبول كبرى الوهن بالاعراض . وهكذا يتضح أنه لا يوجد دليل على اشتراط تعدد الموجب والقابل في العقود.

الجهة الثانية: في اشتراط تعدد الإيجاب والقبول ولو من شخص واحد وعدمه ، فإذا أراد الوكيل أو الولي أن يبيع مال الموكل أو المولى عليه من نفسه أو يشتري له ما هو عنده أو أراد بيع مال أحد موكليه لموكله الآخر فهل يتوحد الإيجاب والقبول فيمكنه أن يكتفي بالإيجاب وحده أو القبول وحده أو لابد من الإيجاب والقبول معاً؟

ظاهر فتاوى الأعلام الاشکال في ذلك ، واحتراط التعدد ولو على وجه الاحتياط ، إلا أن السيد الشهید شیخ^(١) في تعليقه على منهاج الصالحين لم يستبعد التوحد وكفاية الإيجاب وحده معللاً ذلك بعبارة يمكن أن نفسرها بما يلي :

١ - منهاج الصالحين (مع حواشی الشهید الصدر) ٢ : ٢٠ - ٢١ .

إن اشتراط تعدد الإيجاب والقبول فيسائر الموارد باعتبار أن كلاً من الطرفين لا سلطنة له إلا على ما يرجع إليه لا على ما يرجع إلى الآخر فلا بد من قبول الطرف الآخر أيضاً لكي يتم التوافق والتراضي بين الطرفين فيكون عقداً، ومن الواضح أن هذا لا نحتاجه فيما إذا كان الشخص الواحد له كلتا السلطنتين معاً فتحقق العقد بإنشاء واحد؛ لأنَّه مالك لإعمال كلتا السلطنتين والولايتين، فعندما ينشيء التعليل والمبادلة بين المالين يكون ذلك وحده كافياً لتحقيق المبادلة من الطرفين فيتم العقد.

لا يقال: يجب تعدد الإرادة في باب العقود لأن العقد توافق إرادتين لا إرادة واحدة فلابد من إرادتين بحسب عالم الشبوت وإرادتين ظاهريتين إنشائيتين بحسب عالم الإثبات بناءً على ما تقدم من موضوعية الإرادة الظاهرة والإنشاء فكيف يتحقق العقد بالإرادة الواحدة.

فإنه يقال: إن هذه الإرادة الواحدة وإن كانت واحدة وجوداً، إلا أنها باعتبارها منتبة إلى الطرفين معاً بالوكالة أو إلى أحدهما بالوكالة وإلى الآخر بالأصلية تكون متعددة حتى انشاء عرفاً، وإن لم يكن الفعل والإنشاء الخارجي متعددًا.

وإن شئت قلت: العقد عبارة عن توافق الإرادتين وتعلقهما بمضمون واحد، فهناك متعلق للعقد وهو ذلك المضمون الاعتباري كالمبادلة بين المالين ، وهناك رضا أو إرادة وقد وقصد أو التزام وتعهد بذلك الأمر الاعتباري ، والأول مطلب واحد لابد وأن تتعلق به إرادة ورضا الطرفين ، والثاني إنما يتعدد عند تعدد الطرفين ، وأمّا إذا كان شخص واحد ممثلاً عن الطرفين فيكون رضاه والتزامه وقصده بذلك المضمون كافياً في تحقق العقد عند ابراز ذلك لا محالة؛ لأنَّه واحد ل تمام العناصر الالزمة في العقد من إرادة كل منها وإنشاء الإرادة أو ابرازها خارجاً ، وليس

حيثية العقدية إلا بلحاظ توافق وتطابق رضا كل من المالكين: مالك العوض والمouض في ايجاد تلك العلقة القانونية مع إبراز ذلك، وهذا يحصل في المقام برجوا الولي لكلا الطرفين من قبلهما ومنسوباً إليهما، فتكون الإرادة الظاهرية والإنشاء الواحد منتبساً إليهما معاً.

وإن شئت قلت: تعدد الإرادتين والإبرازين ليس من باب التعدد والدليل الخاص، بل من جهة ما ذكرناه من أن توافق رضا وإرادة شخصين على مضمون معاملي واحد يتوقف عقلاً على تعدد الإرادة والإنشاء، وهذا ليس لازماً إذا كان شخص واحد متولياً من قبل الطرفين معاً وكان الانشاء الواحد صالحًا لإبراز ذلك التوافق بين الطرفين، فحتى إذا لم يكن تعدد في الإنشاء لا دقة ولا عرفاً بتنوع الولاية عن الطرفين قلنا بكتابية الانشاء الواحد إذا كان صالحًا عرفاً لإبراز التوافق بين الإرادتين.

إن قلت: إن الإيجاب تمليك للمال مثلاً بالعوض بينما القبول تملك، وأحدهما غير الآخر ثبوتاً وإثباتاً فلابد من التعدد.

قلت: هذه الخصوصية إثباتية وأدبية لا موضوعية لها، وإنما فكل من المتعاقدين تتعلق إرادتهما بشيء واحد وهو إيقاع المبادلة بين المالين مثلاً في جهة الاضافة في البيع أو انتقال المال إلى الآخر مجاناً في الهبة وهكذا، والاختلاف بين الإيجاب والقبول وأخذ المطاوعة في الثاني دون الأول يرجع إلى مرحلة الاستعمال وتقدم أحدهما على الآخر في التعبير والقصد، وليس هذه الخصوصيات دخيلة في حقيقة المبادلة؛ ولهذا قلنا بصحة تقديم القبول على الإيجاب، ولو فرض دخلها في عنوان البيع أو الهبة، فلا شك في عدم دخلها في عنوان المبادلة مثلاً أو العقد.

وهذا يعني أنّ قوام العقد بثلاثة أركان: المضمون المعتملي المنشأ كالمبادلة

بين العوضين، والإرادة والرضا أو التعهد بهما، وابراز ذلك بأدوات الإنشاء، وأما سائر الخصوصيات كالمطابعة في القبول وتعدد الموجب والقابل ونحو ذلك من الأمور الشكلية كلها مربوطة بمرحلة الاستعمال اللغوي والأدبي لا أصل الإنشاء والإبراز المتحقق حتى بالمعاطة والفعل، فالإنشاء والإرادة الظاهرة تتحقق في المقام بإنشاء واحد من المتولى لطرف العقد، سواءً كان بلفظ (بادلت مال زيد بمال عمرو) أو بلفظ (بعت أو قبلت)، بلا حاجة إلى تعدد في الإنشاء.

إن قلت: يشترط في الوكالة عن الغير قصد الإنشاء نيابة عنه، بخلاف الإنشاء عن نفسه فلا يمكن أن يقصد بإنشاء واحد كلا القصددين لكونهما متنافيين.

قلت: لا يشترط في الوكالة فضلاً عن الولاية أن يكون الإنشاء بقصد الغير وإنما اللازم أن يكون المنشأ هو تملك الغير الذي له السلطة عليه وهو ينتمي إلى الطرفين بنفس عقد الوكالة، والمفروض أنه مسلط على كلا الطرفين، فإنشاء واحد تتحقق المبادلة بين المالين.

على أنه يمكنه أن ينوي التمثيل عنهم معاً في إنشاء المبادلة بين المالين بإنشاء واحد؛ لتعدد الأضافة الحاصلة به فلا يحتاج إلى تعدد الإنشاء.

هذا، وقد يستدلّ بمثل صحيحة محمد بن مسلم في المرأة التي جاءت إلى النبي ﷺ تريده منه أن يزوجها برجل على كفاية وحدة الإنشاء لما ورد فيها من نقل فعل النبي ﷺ ... «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياته»^(١).

وفيه: أنّ الرواية ليست ناظرة إلى هذه الجهة أصلاً، وإنما تمام نظرها إلى جواز جعل قراءة القرآن الكريم مهراً؛ لأنّ قول النبي ﷺ: «قد زوجتكها...»

إنما جاء عقيب السؤال عنه أولاً «ما تعطىها؟» أي من المهر، فقال: «ما لي شيء، فقال: لا»، وهذا واضح جداً.

أما أن النبي ﷺ هل زوجها بالإيجاب فقط من دون قبول من الآخر أو مع قبول الآخر فلا دلالة للرواية عليه من هذه الجهة أصلاً، على أن المفروض في موردها صدور القبول من الرجل قبل الإيجاب بقوله: «أنا يا رسول الله، زوجنيها».

وأما ما ذكر في توجيه عدم لزوم تعدد الإيجاب والقبول من دعوى أن تمام ماهية المنشأ بالإيجاب وأن القبول رضا به وإجازة له كجازة الفضولي فقد اتضحت جوابه مما تقدم في تعريف العقد من أن الإيجاب معلق على القبول وأنه ليس إلا الترماماً وتهنداً من أحد الطرفين؛ ولهذا لا يتوهם أحد ترتيب آثار العقد قبل تحقق القبول، مع أنه لو كان كالفضولي لزم ترتيبه بناءً على الكشف ولو الحكمي، على أن الرضا أيضاً يلزم ابرازها في الإجازة بمبرز؛ لما عرفت من موضوعية الإرادة الظاهرة في تتحقق العقد.

ك - لزوم تعيين المالك في العقد :

والبحث عن ذلك قد تعرّض له فقهائنا في ضمن شروط المتعاقدين، حيث جعلوا قصد العقد من شؤون وشروط المتعاقدين ولكن محل ذلك - كما أشرنا - إنما هو الركن الأول للعقد وهو الإرادة العقدية، ونحن نبحث عن ذلك ضمن جهات :

الجهة الأولى: في مقدار ما يجب قصده من الخصوصيات :

هل يجب تعيين المالكين وقصدهما وكذا العوضان أم لا؟

وقد تعرّض الفقهاء لهذه الجهة ضمن البحث عن شرطية القصد في العقد، وقد

جاء في كلام صاحب المقاييس^(١) على ما نقله عنه الشيخ الأنصاري^(٢) في كتاب البيع التفصيل بين صور المسألة ، فتارة لا يتعدد وجه وقوع العقد كما إذا قال : (بعث عن موكلني) وكان وكيلًا عن واحد ، وأخرى يتعدد كما إذا كان وكيلًا أو ولائً عن أكثر من واحد فيجب حينئذ التعيين ، وأخرى يكون له انتصار كذا إذا اشتري أو باع شيئاً في الذمة ولم يعين أنه لنفسه أو لموكله ، وحينئذ ينصرف لنفسه ، أمّا إذا لم يكن معيناً في الواقع ولا عيشه بنفسه ولم يكن هناك انتصار وقع باطلًا ، ولا يجوز إيقاع العقد بهماً وتعيينه بعد العقد .

واستدلّ عليه بأنّه لو لم يعين لزم كون الملك بلا مالك ولا زمه أيضاً عدم الجرم بشيء من العقود ولا فائدة في التعيين بعد العقد ، ولا دليل على صحته ؛ لأنّ الأدلة منصرفة إلى المعاملات الشائعة المعهودة .

وأورد عليه الشيخ بكمالية تعيين العوضين إذا كانوا شخصيين ، فيقع البيع والشراء لمالكه وإذا كان كلياً ، يلزم تعيين المالك لا من جهة أنه لابد من تعينه ، بل من جهة أنه من دون اضافة الكلمة إلى ذمة الشخص لا يكون مالاً ذمياً ، فيجب التعيين ليتعين العوض .

أقول : لا إشكال في أنّ الأمور والمعاني الإنسانية لها متعلقات لابد في مقام إنشائها من تعين تلك الم المتعلقات وقصدها ، فعقود المعاوضة مثلاً إنشاء للتبادل والتمليك بين العوضين ، فيكون العوض طرفاً ومتعلقاً للأمر الإنساني بحيث لا يعقل تتحققه أو إنشاؤه من دون لحاظه وقصده ، وهذا يعني أنّ كل ما يكون متعلقاً وطرفاً للأمر الإنساني لابد من لحاظه وقصده ، وإلا لما تحقق العقد حتى

١ - مقاييس الأنوار : ١١٥ - ١١٦.

٢ - كتاب المكاسب : ٣ - ٢٩٦.

في مرحلة الإنشاء، وهذه شرطية عقلية واضحة، إلا أنها لا تقتضي تعين الموضعين حتى في المال الشخصي الخارجي، فضلاً عن تعين المالكين.

وتوضيح ذلك: أنَّ الذي يتوقف عليه الإنشاء عقلاً وجود طرف له في أفق الإنشاء، أي في عالم الذهن واللحاظ، سواء كان الملاحظ صورة تفصيلية شخصية كما في موارد التعينين، أو صورة تفصيلية كليّة كما في موارد المعاوضة على الكلّي في الذمة، أو الكلّي في المعين أو صورة إجمالية كما إذا باع متلأ أحد فرسيه أو أحد شيئاً أو ما يشخصه فلان، فإنَّ هذا يكفي لتحقق الإنشاء عقلاً كما هو واضح.

إذا ثبت بطلان ذلك كان بدليل شرعي لا محالة، كما إذا فرض استلزم الاعتقاد في مورد للجهالة الموجب للغرر أو فرض كونه على خلاف الأغراض العقلائية كما في بيع أحد شيئاً متفاوتين في المالية والخصوصيات النوعية، وأمّا إذا لم يلزم ذلك فيكون مقتضى القاعدة الصحة ومن هنا قد يصح بيع أحد فرسيه إذا كانوا متماثلين في المالية والخصوصيات.

ودعوى: أنَّ لازمه تحقق الإنشاء للتمليك من دون وجود ملك وهو محال. مدفوعة: بأنَّ الملكية أمر اعتباري يعرض على ما في الذهن وليس وصفاً حقيقياً يعرض على الخارج فيمكن أن يتعلّق بعنوان ذهني اعتباري كعنوان أحد الشيئين. وإن شئتم قلتم بعنوان كلي اختراعي اشاري كعنوان أحدهما، وهذا على حد تعلقه بالعنوان الكلّي الذي أو في المعين من دون أي محدود عقلي.

وبعبارة أخرى: الملكية باعتبارها أمراً اعتبارياً فيمكن جعلها للعنوان الاعتباري أيضاً نظير جعلها للمال الكلّي في الذمة أو في المعين فلا محدود في جعله للعنوان المردّ مصداقاً لعنوان أحد الشيئين أو الأشياء، فإذا لم يلزم منه

غرر - بمعنى جهالة للعلم بالشيئين - ولا خطر للتساوي في المالية والمرغوبية عرفاً، فـأي محدود في بين؟!

وقد يقال: إن إنشاء الملكية بحاجة إلى موضوع وما يتضمنه الملك، وليس هو المفهوم الذهني بما هو مفهوم، بل بلحاظ محكيه في خارج الذهن، وهذا يعني أن ظرف الاتصال يكون هو الخارج عن الذهن ولو كان أمراً اعتبارياً كالمال الذمي فلا بد له من تعين في الوجود والتشخص بال نحو المناسب له، سواء كان اعتبارياً أو حقيقياً، فلا يعقل جعل الملكية ايجادها للمردّ بين شيئاً أو أشياء؛ إذ لا وجود للمردّ لا في الذهن ولا في الخارج.

وبهذا البرهان يثبت أن باب إنشاء الملكية ونحوها غير باب الإيجاد التخييري لأحدهما أو الأخبار عن أحدهما المردّ، بل باب الإيجاد لشيء ولو اعتباري في الخارج، فلا بد من تعين موضوعه في الخارج ولو بنحو الكلّي في المعين.

والجواب: أنه كما يتعلّق الأمر التخييري بعنوان أحدهما الاختراعي ويكون الاتصال بلحاظ الخارج حيث لا يراد المفهوم بل محكيه الخارجي بمقدار ما يحكى عنه العنوان الاختراعي كذلك يمكن تعلّق الملكية بها، فانشاءها كان شاء الأمر والوجوب يمكن أن يتعلّق بكلّي ذاتي حقيقي ويمكن أن يتعلّق بعنوان اختراعي ترددي، وكلاهما يكون ظرف العروض والمعرض بالذات فيما فيهما الذهن وظرف الاتصال الخارج وليس ايجاد الملكية ايجاداً لأمر حقيقي، بل هو نظير ايجاد البعث والتحريك أمر اعتباري يمكن أن يتعلّق بعنوان أحدهما بلا حاجة إلى إرجاعه إلى الوجوب أو الملكية المشروطة في كل من الطرفين، وليس تعلّقهما بهذا العنوان بما هو مفهوم ذهني بالحمل الشائع بل بما هو حاك عن الخارج وبالحمل الأولى، ولا محدود فيه.

نعم، هذا لابد وأن يكون قابلاً لترتيب الأثر عليه خارجاً من حق التصرف والضمان ونحوه، وهذا يمكن أن يحصل هنا أيضاً من خلال ما سيختاره من أحد الفردين، فكأنه يكون هو متعلق العقد من أول الأمر، فإنَّ هذا أمر عقلائي وعرفي.

وبهذا يعرف وجه الإشكال فيما أفاده المحقق الأصفهاني^(١) في المقام من الفرق بين باب الإخبار عن المرد أو الوجوب التخييري وبين إنشاء الملكية من إمكان الأولين واستحالة الأخير إلا بارجاعه إلى ايجاد الملكية للمعین واقعاً وهو يستخرج بالقرعة باسمه المعین في علم الله سبحانه وإن كان مجهولاً عنده، وإلا كان لقلقة لسان أو اعتبار، حيث ظهر أنه لا فرق بين البابين فإنَّ الأمر بالمرد أيضاً يرجع إلى الأمر بالجامع ولو الاختراعي أو الانتزاعي وهو يعقل متعلق الملكية به كالأمر.

ولعلَّ متى يشهد على صحة ذلك جواز عتق أحد العبددين أو بيع أحد الصيددين أو طلاق احدى الزوجتين عند المشهور وحمل ذلك على إرادة المعین عند الله كما صنعته المحقق الأصفهاني^(٢) تأويل وتقيد لا دليل عليه بل يترتب عليه لوازم لا يلتزم به كما يظهر وجهه بالتأمل.

وهكذا يتضح أنه بلحاظ العوضين إنما يجب تعينهما عقلاؤ في إنشاء المعاوضة بمقدار الجامع ولو الاختراعي لأكثر، فيمكن أن يكون متعيناً إجمالاً بعنوان ما سوف يختاره أو تخرج القرعة به، إلا أنَّ مثل هذه المعاوضة قد يبطل شرعاً من ناحية لزوم الجهة والغرر فيها حين العقد فيجب التعين لا لنفسه بل لدفع الغرر.

١ - حاشية المکاسب (الأصفهاني) : ٣١ .

هذا كله بلحاظ العوضين.

وأمام المالكان فلا إشكال في لزوم تعدد هما، أعني تعدد الإضافة المالكية بين العوضين؛ إذ لا تعقل المعاوضة مع وحدة المالك كما هو واضح، فلابد من قصد المتعاقدين المعاوضة بين شبيئن لمالكين لا محالة.

إلا أنَّ هذا لا يقتضي تعيين المالكين، فضلاً عن معرفتهما أو قصدهما؛ إذ يمكن أن يبيع الوكيل أحد الشبيئين لمالكين من أحد شبيئين لمالكين آخرين، كما إذا باع صاعاً من إحدى الصبرتين لمالكين لشخص أو لأحد شخصين آخرين وهو وكيل عنهم جميعاً، وكذلك الحال لو باع أو اشتري بالكلي الذي لأحد هما. ومنه يظهر أنَّ ما ذكره الشيخ الأنصاري ^{رحمه الله} في رد المحقق التستري ^{رحمه الله} من أنه يكفي تعين العوضين إذا كانا شخصيين في تعيين المالكين، وإنما يحتاج إلى التعين في الكلي الذي في غير محله فإنَّ البحث عن عدم تعين المالك جارٍ في الكلي في المعين، بل والشخصي أيضاً إذا فرض صحة بيع غير المعين منه. نعم، على فرض لزوم تعين المبيع الشخصي تعين المالك إذا كان البيع شخصياً لا ما إذا كان بنحو الكلي في المعين من أحد المالكين.

والمحقق التستري ^(١) قد استدل على لزوم تعين المالكين بوجوه أربعة، وقد أضاف عليها الشيخ ^{رحمه الله} ^(٢) وجهاً خاصاً بباب المعاوضة على الكلي الذي، وقد تقدمت الإشارة إلى هذه الوجوه جميعاً.

وقبل الشروع في تمحیص تلك الوجوه لابد من توضیح الصور الأساسية المتتصورة لعدم التعین، فإنها تختلف من حيث نكتة الإشكال، فنقول: الصور الأساسية في هذه المسألة أربع:

١ - مقابس الأنوار: ١١٥ - ١١٦.

٢ - كتاب المکاسب: ٣ : ٢٩٩.

الصورة الأولى: أن يبيع المال مثلاً من يقبل منهم من دون تعين لمن يقبل منهمحقيقة - كما هو المتعارف في بيع المزاد - فيقبل واحد منهم فيتم البيع ، وهذا لا ينفي الإشكال في صحته ؛ لأنَّ المشتري وإن لم يكن متعيناً حين ايجاب البيع ، إلا أنه متعين عند تمامية العقد ؛ لأنَّ العقد لا يتحقق إلا بمجموع الایجاب والقبول ، والتعيين للملوكين على القول به لابد منه عند تمامية العقد لا قبله ، وفي هذه الصورة لا يأتي شيء من الوجوه المتقدمة للإشكال .

الصورة الثانية: أن يبيع للواسطة ويقبل الواسطة لمن أذن له في ذلك بلا تعين وكان الأذن أحدهما لا كليهما واقعاً ، فإنه هنا أيضاً لا إشكال في الصحة ؛ لأنَّ من له البيع متعين واقعاً . نعم ، لو كان مأذوناً من قبلهما معاً كان من أحدى الصورتين القائمتين .

الصورة الثالثة: أن يبيع للوكيل منهما ويقبل الوكيل لأحدهما المعين ولو من خلال عنوان إجمالي كعنوان من يتبع بالقرعة أو بالتعيين من قبله .

الصورة الرابعة: أن يبيع للوكيل منهما ويقبل الوكيل لأحدهما الكلي ، أي لجامع أحدهما بلا تعين حتى إجمالي .

والوجوه المتقدمة من الإشكال موجهة نحو هاتين الصورتين فينبغي ملاحظتها بالنسبة لكل من الصورتين فنقول :

أما الإشكال الأول في كلام صاحب المقاييس من لزوم الملك بلا مالك فهو غير وجيئه ؛ إذ المالك في الصورة الثالثة متعين إجمالاً ، وهو من سوف تخرج القرعة باسمه أو يعيته ، غاية الأمر يكون مجهولاً فعلاً ، وفي الصورة الرابعة المالك عنوان أحدهما أو قل كلاهما بنحو الواجب الكفائي . وهذا أمر معقول لو لم يكن لغواً بأن تكون هذه الملكية لهذا العنوان الاعتباري بينهما .

وأما الإشكال الثاني في كلامه وهو عدم جزمية العقود ، فإذا أريد منه عدم

التنجيز المقابل للتعليق ، حيث يكون معلقاً على التعيين بالقرعة أو بغيرها ، فمثل هذا التعليق الذي هو تعليق فيمن يعيته الوكيل من الموكلين لا في أصل العقد والإنشاء لا دليل على بطلانه . ولو أريد به عدم العلم المقابل للجهالة ، فالجهالة في المالك حين العقد لا دليل على مانعيته ، وإنما النهي عن الجهة في العوضين المستلزم للغرض على أن هذا قد يتوجه على الصورة الثالثة لا الرابعة ؛ إذ المالك فيها عنوان أحدهما الكلّي والمالك الاعتباري .

وأما الإشكال الثالث في كلامه وهو عدم الدليل على نفوذ التعيين بعد العقد فإن أريد توجيه هذا الإشكال على الصورة الثالثة كان الجواب أن مقتضى وكالة عنهم معاً مطلقاً حتى في كيفية التعيين نفوذ هذا النحو من التعاقد بمقتضى العمومات ما لم يلزم الغرض أو مانع من الصحة كما هو واضح .

وإن أريد توجيهه بلحاظ الصورة الرابعة كان الجواب : بأنه لا نحتاج إلى التعيين في الصورة الرابعة ، بل يكون حال الشراء للأشخاص والجهات القانونية كالشركات الاعتبارية ، فيكون بينهما حسبما يتفقان عليه . نعم ، هذا يستلزم أن يكون وكيلاً عنهم في مثل هذا الشراء أيضاً .

وأما الإشكال الرابع ، فالجواب عنه بأنَّ عمومات الصحة والنفوذ لا تختص بالعقود المتعارفة ، بل تشمل كل ما يصدق عليه عنوان العقد ؛ لكونها مجمولة بنحو القضايا الحقيقة لا الخارجية ، ومن هنا يصح التمسك بها في العقود المستحدثة ، ولو تزلتنا عن ذلك قلنا : إنَّ جعل التملك للعناوين والجهات الاعتبارية والشخصيات الحقيقة - كما في الصورة الرابعة - أو لعنوان إجمالي يتعين بعد العقد - كما في الصورة الثالثة - أمر عرف في معهود عند العقراء أيضاً فليكن المقام منها .

وممَّا ذكر يظهر الجواب عن إشكال آخر ربما يوجه على الصورة الرابعة ،

وحاصله: أنَّ عنوان أحدهما التخييري وإنْ كان يمكن أن يكون مالكاً، إلا أنَّه لا يمكن أن يكون مكلفاً بالوفاء والالتزام لتشمله عمومات الصحة والنفوذ، فلابد من تعيين المالك ليعقل توجيه الأمر بالوفاء إليه، والذي هو روح العقد ومحتواه.

وحاصل الجواب: أنَّ الأمر بالوفاء يتوجه إلى من تقوم به هذه العناوين الاعتبارية والشخصيات الحقيقة وهو هنا كلاً الفردان، فيتوجه إليهما وإلى وكيلهما الأمر بالوفاء بنحو الواجب الكفائي بلا محذور.

وأثما ما ذكره الشيخ الأعظم ^ت^{١١} من أنه إذا كان أحد العوضين كلياً ذمياً فلابد من تعيين المالك لكي يكون مالاً فهو غير تام أيضاً؛ فإنَّ مالية المال الكلي ليست منوطة باضافته إلى ذمة معينة.

نعم، وجود المال الذمي لا يكون إلا باضافة الكلي إلى ذمة المالك، والإ فالكلي بلا إضافة ليس إلا مفهوماً صرفاً لا مالاً خارجياً ولا ذمياً، إلا أنَّ وجود المال الذمي يتوقف على إضافة الكلي إلى الذمة، سواء ذمة فرد معين أو ذمة مجموعة أفراد على نحو الجمعية أو ذمة أحدهم بدلاً، فإنه بذلك يتحدد المال الذمي عن الخارجي فيمكن المعاملة عليه كالمعاملة على مال ذمة معينة، فلا تحتاج إلى تعيين الذمة في صيرورة المال والعوض مالاً ذمياً، والشاهد على ذلك إمكان المعاوضة على أحد المالين الذميين وإن كانت الذمة هنا متعينة في المرتبة السابقة، بخلاف المبادلة على أحد مالين في الذمة ابتداءً، إلا أنَّ هذا لا يوجب فرقاً؛ إذ اللازم في تحقق المال الذمي الاعتباري أصل الاضافة إلى الذمة ولو المرددة، فلا موجب للتعيين في هذه المرحلة.

نعم ، في مرحلة فعلية الالتزام وتسجيله على أحد المالكين لابد من التعيين كما في المال الخارجي ، وهذا يكون بيد الوكيل عنهم .

هذا ، مضافاً إلى أنه يمكن أن نجيز بأنّ الذمة في الصورة الثالثة معينة واقعاً وفي الصورة الرابعة يمكن أن تكون ذمة عنوان أحددهما كعنوان حقوقى .

وقد يقال : إنّ جعل الملكية لأحددهما أو أحدهم كشخصية اعتبارية قانونية - كما في الصورة الرابعة - فرع اعتبار مثل هذه الشخصية القانونية عقلانياً أو شرعاً ولا دليل عليه ، ولا يمكن إثباته بالتمسك بعمومات الصحة والنفوذ ؛ لأنّها ليست في مقام البيان من هذه الناحية ، بل أخذ ذلك في موضوعها .

والجواب : أنّ مثل هذه العناوين الاعتبارية إذا كانت عرفية وعقلائية فهي مضافة شرعاً ؛ لأنّ أمثالها ونكتتها كانت متعارفة حتى سابقاً وفي زمن الأئمة المعصومين عليهم السلام ولم يرد ردع عنها ، وهذا المقدار يكفي في إمساء مثل هذه السير والارتکازات العقلائية .

وأماماً جعل الملكية لأحددهما المعين واقعاً بعنوان إجمالي كمن تخرج القرعة باسمه مثلاً بنحو الصورة الثالثة فلا إشكال في صحته إذا كان المالك معيناً من أول الأمر ، وإنما يشخصه الوكيل كما إذا كان قد ذكر أحد المالكين له أن يبتاع له فرساً ولكنه شك وتردد بينهما فاشترى فرساً لمن كان قد كلفه به واقعاً فإنه هنا لا وجه للحكم بالبطلان ؛ فإنّ معرفة المالك تفصيلاً ليس شرطاً في صحة المعاملة .

وأماماً إذا لم يكن تعين عند العقد وإنما يتعين فيما بعد كمن تخرج القرعة باسمه فقد يستشكل في صحة التمليلك له بما تقدم من لزوم عدم تعين المالك حتى ضمن شخصية اعتبارية حقوقية الآن أو لزوم التعليق في التمليلك .

إلا أنَّ هذا الإشكال قابل للدفع إما بأنَّ من تخرج القرعة له معين في لوح الواقع فيمكن جعل الملكية له من الآن بحيث يكون خروج القرعة كاشفاً عن مالكيته من أول الأمر.

وإن شئت قلت: إنَّ يشتري للموصوف فعلاً بأنَّه سوف تخرج القرعة باسمه، فالاتصال فعلي والوصف استقبالي، وهذا عنوان معين واقعاً من الآن وشخصية حقيقة، فيمكن أن يكون مالكاً بلا شيء من المحاذير المتقدمة.

وإما أن يدعى عرفية بقاء المالك عنوان أحدهما المردود الخارجي والذي يتغير من قبل الوكيل في أحدهما المعين بعد ذلك بمقتضى وكالته، ويكون الوكيل مسؤولاً عن الوفاء ما لم يعيّن، فإنَّ مثل هذا واقع عرفاً من دون التوجيه ولاقصد للتعيين من قبل الوكيل فعلاً.

وقد تقدمَ أنه لا محذور ثبوتي في ذلك وإنَّما المحذور من ناحية إثباتية، وهي أن يكون المالك صالحًا لتحمل المسؤولية وآثار الالتزام، وهذا يكتفى فيه بأن يكون العنوان المالك أحدهما وهو عنوان خارجي بخارجية منشأ انتزاعه كما ذكرنا، فيكون هو المالك موقتاً وينتهي إلى الشخص الحقيقي بالتعيين من قبل الوكيل، وكأنَّ الوكيل يؤدي وكالته على مرحلتين، فيشتري أولاً لعنوان أحدهما غير المعين على أن يعيّنه في شخص واحد منهما بعد ذلك، وهذا معناه أنَّ لزوم الشخصية الحقيقة أو الحقوقية للتملك ليس لازماً بأكثر من هذا المقدار؛ إذ لا دليل عليه غير العرف والعقلاء.

لا يقال: يلزم عدم إمكان توجيه خطاب «أوفوا بالغفوب» من زمان العقد إلى زمان التعيين إلى المالك فكيف يصح مثل هذا العقد؟
إنه يقال: مفاد «أوفوا بالغفوب» هو اللزوم والصحة لا الحكم التكليفي؛

ولهذا يصح التمسك به لما إذا كان المالك شخصية قانونية وجهاً اعتبارية؛ إذ الصحة واللزوم يعقل اعتبارهما بلحاظ الشخص القانوني أو عنوان أحدهما المردود، وأمّا الأحكام التكليفية فهي تترتب في طول ذلك، ولا بأس بأن تترتب بعد التعين على المالك، أمّا قبله فلا حكم تكليفي إلا بلحاظ الوكيل بأن يعين العنوان في أحدهما المعين بمقتضى وكتبه.

هذا، مضافاً إلى أنه يمكن أن يقال بأنّ خطاب «أوفوا بالتفوّد» يشمل هذا العقد بعد تعين المالك، نظير ما يقال في الإجازة من أنّ خطاب «أوفوا بالتفوّد» لكونه موجهاً للمالكين يشمل العقد بعد الإجازة وتحقق الاتساب إلى المالك، فكذلك في المقام يكون التعين محققاً للاتساب، فتدبر جيداً.

وهكذا يتضح أنه لا دليل على لزوم تعين العوضين ولا المالكين حين العقد حتى بعنوان إجمالي، وعلى هذا يمكن تخریج عتق أحد العبدین وطلاق احدی الزوجتين وبطلان الزائد على الأربع إذا أسلم الكتابي على الزائد بلا تعين فيها على القاعدة بحيث لا تحتاج فيها إلى دليل خاص.

وقد يستلزم تردد العوض تردد المالك، كما إذا باع الوكيل عنهم أحد الفرسين الذين يملك كل واحد منها أحدهما فإنه سوف يتزدد المالك للثمن بينهما ولكن لا يبعد عرفية البيع بنحو يجب على الوكيل تعين المبيع بعد ذلك فيتعين المالك للثمن أيضاً.

الجهة الثانية: بيع مال نفسه لغيره وبالعكس :

وهو عكس بيع الغاصب مال الغير لنفسه، ومثله أيضاً ما إذا قال له: بعه لنفسك أو اشتره بما لي لنفسك، فهل تصح مثل هذه المعاوضة أو تكون باطلة أو تصح عن المالك ويكون قصد لغيره لغواً، وجوه بل أقوال ثلاثة:

منشأ القول بالصحة دعوى صدق المعاوضة والبيع ونحوه على ذلك فتشمله العمومات، ومنشأ القول بالبطلان أن المعاوضة أو البيع متقومة بالمبادلة بين المالين في جهة الإضافة الاعتبارية المعتبر عنها بالملكية أو حق الاختصاص، فما لم يدخل العوض في مكان الموضّع من حيث الإضافة لا تكون معاوضة، وكذلك في طرف العوض؛ إذ ليس المقصود المعاوضة في المكان التكيني كما هو واضح، فإذا لم نلحظ إضافة الملكية فلا مبادلة، وإذا لاحظناها من دون لاحظ خصوصية طرفيها الآخر وهو المالك أي جردناها عن طرفيها ولاحظنا أصل الملكية فهو صادر على من ينتقل إليه المال أيضاً، فلا مبادلة أيضاً، وهذا يعني أنه يستحيل فرض المبادلة بين المالين في الإضافة إلا مع ملاحظة بقاء الإضافة إلى المالك.

وهذا هو معنى ما ذكره جملة من المحققين من أن المعاوضة والمبادلة عبارة عن تبديل المملوكيين مع بقاء المالكين، فكأن هناك خيط بين كل مالك وماله فيفك عنه ويرتبط بالأخر ، بخلاف باب الإرث الذي هو فك للخيط والإضافة المذكورة من طرف المالك المورث وربطه بالوارث ، وبخلاف الإعراض الذي يكون فيه زوال للملكية والعلاقة وحصول علاقة ملكية أخرى لمن يأخذه.

وعلى هذا الأساس يكون إنشاء المعاوضة والبيع جداً متوقفاً على حفظ الإضافة وإيقائها من ناحية طرف المالك ، فإذا باع لغيره كان قصده للغير تهافتًا وخلفاً فيستحيل تحقق قصد المعاوضة منه جداً وواقعاً فسيبطل لا محالة؛ لأنَّ قصد إنشاء الأمرين والمفهومين المتناقضين مستحيل جداً ، فإذا كان قاصداً جداً الوقوع للغير لم يكن قاصداً للمعاوضة ، وهذا هو مقصود الشيخ شيش^(١) من قوله:

(لم لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقة) ، فلا يرد عليه ما ذكره البعض من أن عدم المعقولية إنما يكون قرينة على عدم إرادة المعاوضة الحقيقة مع الشك في قول الغير ومراده ، والعاقد لا يشك في صدور المعاملة الخاصة عن نفسه ليجعل ذلك قرينة على عدم الإرادة .

ووجه عدم الورود أن المراد وقوع التدافع والتهافت في مقام الإنشاء بحيث لا يمكن قصدهما معاً جدأً فاما أن لا يكون قاصداً للمعاوضة الحقيقة فلا بيع ، وإما أن يكون قصده للغير غير جدي فيكون لفواً ، فأحد الأمرين على الأقل ليس بازائة قصد جدي .

ومنه يظهر منشأ القول الثالث بوقوعه صحيحاً عن المالك أي لنفسه لا للغير ، فإنه مبني على القطع أو استظهار تحقق قصد المعاوضة على كل حال ، فيكون ذكره الواقع للغير لفواً .

وقد نوقشت في القول بالبطلان بأنه ما الفرق بين المقام وبين بيع الغاصب مال الغير لنفسه الذي قيل فيه بالصحة والواقع للمالك إذا أجاز ، مع أنه بناء على ما ذكر لا قصد للمعاوضة الحقيقة هناك جداً .

وأجيب عليه: بأن الغاصب ينزل نفسه منزلة المالك ، فهو يبيع للمالك ويفترض نفسه مالكاً ، أي قصد كونه مالكاً من الدواعي أو من قبيل الخطأ في التطبيق ، فإن المقصود ايقاع المبادلة بين المالين من المالكين ، وحيث يعلم بأن كلاً منهما يبني على مالكيته نفسه حتى يتحقق قصد المعاوضة الحقيقة ، فإذا تمت وأجاز المالك وقعت له ، وأما في المقام فقد كون ماله لغيره لا يمكن أن يكون من قبيل الخطأ في التطبيق ، بل يكون ضد ذلك ؛ لأنَّه يرى نفسه خارجاً عن طرف المعاوضة ، فصحته عن نفسه لا يعقل بعد إخراج نفسه عن المالكيَّة وصحته عن الغير أيضاً لا معنى لها بعد عدم تأثير إجازته .

وبالجملة تنزيل الغير منزلة النفس موجب للبطلان هنا؛ لأنّه لا يعقل دخول البدل في ملك الغير مع عدم خروج المبدل عن ملكه، ولا وقوعه عن نفسه لخروج نفسه عن المالكية^(١).

أقول: فرض الخطأ في التطبيق مع العلم غير وارد، كما أنّ مسألة الداعي كما يتصور في الفاصل بأن يكون وقوعه لنفسه من قبيل الداعي لا أكثر يعقل في المقام أيضاً بأن يكون وقوعه للغير من قبيل الداعي لا أكثر، وأمّا القصد فللمالك فلا يكون فرق من هذه الناحية.

نعم، يمكن توضيح الفرق بنحو آخر لعلّه المقصود، وحاصله: أنّ الفاصل لا يقصد أصلاً إيقاع الملك لنفسه جداً؛ لأنّه يعلم بعدم وقوعه كذلك، وإنما هو غاصب يريد الغصب وهو غير متوقف ولا مساوٍ مع قصد التملك كما هو واضح، فمثـامـ الفاصلـيةـ لاـ يـعـنـ جـدـيـةـ قـصـدـ الـمـبـادـلـةـ بـيـنـ الـمـالـيـنـ فـيـ الإـضـافـةـ الـوـاقـعـيـةـ، فـلـوـ أـنـشـأـ الـمـبـادـلـةـ كـانـ مـقـتـضـىـ الـظـهـورـ فـيـ الـجـدـيـةـ إـشـاءـ الـمـعاـوـذـةـ ما لم يحرز كونه هازلاً، فإذا تعقبته إجازة المالك استند إنشاء إليه وصح العقد، بخلاف المقام حيث إنّ المالك يقصد جداً بحسب الفرض إيقاع التملك للغير لا لنفسه؛ لكونه مالكاً، وهذا لا يجتمع مع قصد الواقع لنفسه الذي هو المالك.

ولعلّ هذا مقصود المجيب من الداعي، أي أنّ غرض الفاصل لا يتوقف على إنشاء وقوع الملك لنفسه جداً؛ لأنّه يريد الغصب، بل قد لا يتأتى منه هذا القصد جداً مع علمه بعدم تتحققـهـ، بـخـلـافـ غـرـضـ الـمـالـكـ فـيـ المـقـامـ.

وعلى هذا فلابد من القول ببطلان المعاملة في المقام مطلقاً وعدم وقوعها

حتى للمالك ، ولا يجدي التنزيل للغير منزلة نفسه شيئاً ، فما عن المحقق الأصفهاني ^(١) من أنَّ فائدة التنزيل المذكور توجه القصد إلى المعاوضة الحقيقة غير تام ؛ لأنَّ المفروض قصده الجدي لوقوع التملك للغير .

نعم ، قد يصح ذلك إذا كان ذلك مجرد التنزيل في مفهوم المالك ، بلا نظر وقد إلى ما يترتب عليه من وقوع الملك له ، إلَّا أَنَّه لغوه محض ولا يفي بغرقه ، على أَنَّ أصل فكرة التنزيل في هذه الموارد غير عرفية .

نعم ، لو كان قصد المالك بنحو تعدد المطلوب - أي وقوع المبادلة بين المالين في أصل الملكية ، وأن تكون الملكية للغير - صحيحاً نسبياً الأول ووقع من المالك ولغي قصده الثاني ؛ لأنَّه قاصد للمبادلة الأعم من أن يكون له أو للغير ، وقد أبرزه بالإنشاء اللغطي أيضاً ولا يحتاج في المعاملة إلى أكثر من ذلك ، وإنما تعينه للغير من باب مطلوب زائد .

ثم إن لنا في المقام تعليقين :

الأول: أنَّ البيع وإن كان مبادلة بين المملوكيْن في جهة الإضافة المستلزم لانحفاظها إلَّا أنها لا نسلِّم توقفه على انحفاظها بشخص طرفها في صدق البيع ، بل انحفاظها لا بشرط من طرفها .

نعم ، يشترط أن لا يكون طرفها نفس الطرف المملوک له ، وإلَّا انطبق على المشتري أيضاً ، فلم يكن نقل في البين أي ما يشترط في صدق البيع أن يكون أحد المالين في قبال الآخر ، أي خروجه عن ملك مالكه في قبال خروج آخر ودخوله فيما يريد الآخر ، سواء كان نفسه أو غيره ولكن بارادته وقبول ذلك

الغير لكي لا يلزم ادخال مال في ملكه بلا إذنه فتشمله عمومات صحة البيع والتجارة.

الثاني: لو فرض أنّ عنوان البيع أو المعاوضة متقومة ببقاء شخص بالإضافة من ناحية الطرف المالك مع ذلك قلنا أنّ هذا غايته عدم صحة الإنشاء المذكور بعنوان كونه بيعاً ومعاوضة ، فليكن هذا عقداً آخر لا يسمى بالبيع أو المعاوضة ؛ إذ لا إشكال في إمكان إنشاء خروج المال من كيسه ودخول عوضه في كيس الثالث بارادة المالك للمال وقبول ذلك الثالث له ، فتشمله أدلة نفوذ العقد والتجارة وإن لم تشمله «أحَلَ اللَّهُ أَنْبَيْنَعْ»^(١)، ويكون طرف الالتزام العقدي المالكين لا الشخص الثالث ، وهذا نظير البيع مع شرط ملك مال لثالث بنحو شرط النتيجة بناءً على صحة هذا النحو من شرط النتيجة ولو مع فرض قبول الثالث لذلك.

وبهذا يظهر أنّ صحة هذه المعاملة غير مبنية أصلًا على تحقيق ما هو حقيقة البيع والمبادلة كما تصوّره المحققون في المقام .

الجهة الثالثة: عقود لابد فيها من تعين المالك :

لا إشكال في عدم لزوم معرفة من له البيع أو الشراء ، فيصح أن يبيع للأعم من المخاطب أو موكله بأن يبيع للمالك الواقعي للعوض ، كما أنه إذا اختلفا في تعين ذلك بنحو التطبيق لا التقييد قد تقدم أنه لا مانع منه ولا ينافي التطابق اللازم بين الإيجاب والقبول .

إلا أنَّ الميرزا النائيني ^ش^(٢) اعتبر العلم بذلك في العقود التي تكون

١ - سورة البقرة، الآية: ٢٧٥

٢ - منية الطالب: ١٨١

خصوصية الأشخاص في العقد كالنكاح والهبة والوقف والوصية والضمان والحوالة ، فلو لم تعلم الزوجة بأن القابل هل هو الزوج أو وكيل عنه لم يصح العقد لتقوم النكاح بالزوج والزوجة فلا بد من تعينهما .

وخالف في ذلك بعض الأعلام^(١) وادعى أنه لا يشترط معرفة الشخص حتى فيما إذا كان طرف العقد ركناً فيه؛ لأن المراد من ركتيهما تقوم العقد بهما لزوم تعين كل منهما عند الآخر .

والصحيح: ما ذهب إليه المحقق النائيني^(٢) فإن العاقد في مثل هذه العقود يكون موضوعاً ومحلاً للعقد أيضاً فلا بد من تعينه؛ لكونه ركناً في العقد على ما سيأتي شرحه عند التعرض للركن الثالث من العقد .

وإن شئت قلت: الفرض النوعي في مثل النكاح والوقف والحوالة والضمان قائم بالشخص؛ لأن هذه العقود يكون محل الاضافة الحقيقية فيها الشخص لا المال المملوك كما لا يخفى ، فيكون الجهل به كالغدر والجهل بأحد العوضين في عقود المعاوضة مانع عن صحتها عند العقلاء .

وقد أفتى الفقهاء ببطلان الوقف مع الجهل بالموقف عليه ، وقد ورد بذلك بعض الروايات الصحيحة أيضاً^(٢) . نعم ، في المعاوضات لا يكون معرفة مالك كل من العوضين شرطاً في الصحة .

هذا في العوضين الشخصيين ، وأما إذا كان أحد العوضين كلياً في الذمة فلا يبعد ركتية معرفته ، فلو باعه شيئاً في ذمة انسان ما لا يبعد بطلانه إلا إذا كان المخاطب ضامناً له بحيث تكون ذمته مشغولة به أيضاً؛ لأن اعتبار المال الذي

١ - كتاب البيع (الإمام الخميني) ٢ : ٧٠ - ٧٤ .

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٩٢، الباب ٧ من أبواب الوقف والصدقات .

يكون بالشخص الذي عليه المال ، فالجهالة به بمثابة الجهالة بالعوض ، كما أنه يصدق عليه عنوان الغرر فيشمله النهي عن بيع الغرر لو تم سندًا . ولعل هذا هو منشأ التفصيل المتقدم عن الشيخ شيخ في الجهة السابقة ، حيث اشترط تعين المالك في العوض الذمي .

كما أن مذكرة الميرزا النائيبي تبيّن أنّه إذا كان الشمن كلياً فتعين ذمة الوكيل إذا لم يصرح بأنّه يشتريه بذمة الموكل يمكن تخريجه على هذا الأساس بأنّ ذمة الوكيل مشغولة ثبوتاً حتى إذا كان الشراء بذمة الموكل ؛ لأنّ البائع يتزم للوكيل مع جهله بالوکاله في قبال التزامه له أيضاً ولو بالمعنى الأعم من الشراء لنفسه أو ضمان ذمة من يشتري بذمه .

الجهة الرابعة: مخاطبة الوكيل أو الولي في إنشاء العقد :
إذا علم بأنّ الطرف الآخر وكيل أو ولي وأنّ العقد ليس لنفسه بل للغير فهل يصح في المقام إجراء صيغة المخاطبة معه مطلقاً بأن يقول بعتك ، والمقصود البيع لموكله ، أو لا يصح مطلقاً ، أو يفضل بين مثل البيع وما يحدوه حذوه من المعاوضات وبين النكاح وما يتلو تلوه ؟ وهذا بحث إثباتي صرف وليس ثبوتياً كالبحث السابق .

والمشهور هو التفصيل بين البيع وغيره ، حيث لا شك في الصحة في مثل البيع ونحوه ، ولا شك في البطلان في مثل النكاح ، فلو قالت المرأة للوكيل : (زوجتك نفسي) لم يقع صحيحاً لا له ؛ لعدم قصده ، ولا لموكله ؛ لعدم إنشائه ، فما وقع لم يقصد أو لم يقبل من الوكيل ، وما قصد وقبل لم يقع ، أي لم ينشأ .

وبعبارة أخرى : هذه الصيغة الإنسانية إن أريد بها إنشاء النكاح للموكل كان غلطًا ويشترط في صحة النكاح إنشاء بما يكون استعمالاً صحيحاً عرفياً .

وقد اختلفت كلماتهم في كيفية تخرير ذلك على وجوه:
 منها - أنَّ عنوان المشتري يطلق على الوكيل في البيع دون الزوج على
 الوكيل في النكاح، وكأنَّ المقصود من هذا أنَّ البيع موضوع للأعم من البيع
 الحقيقي أو الإنسائي الذي هو فعل الوكيل، بخلاف النكاح والتزويج^(١).
 وفيه: أولاً - أنَّ أسمى العقود كلُّها والمعاملات كلُّها على نسق واحد من هذه
 الناحية.

وثانياً - ما هو فعل الوكيل إنما هو الإنشاء بمعنى السبب وايجاد الإنشاء
 لا المسبب الإنسائي - السبب الشخصي - فإنه أيضاً للموكلا للوكليل،
 وإطلاق البيع على مجرد السبب مجاز قطعاً.
 ومنها - أنَّ ضمير الخطاب في البيع يتعارف استعماله في الأعم من الوكيل أو
 الموكلا، بخلاف باب النكاح^(٢).

وفيه: أنَّ أدوات المخاطبة في الموردين مستعمل في معنى واحد وهو
 المخاطب لا الأعم، بل استعماله في الأعم غلط.

ومنها - ما ذكره الميرزا الثنائيني ^{يشير} من أنه في باب البيع يتعارف تزيل الوكيل
 منزلة الموكلا فيقول له: (بعثتك بما أنت موكلا) بخلاف باب النكاح فإنه
 لا يتعارف فيه ذلك^(٣).

وفيه: أولاً - أنه لا موجب لعدم التعارف بعد أن كان التوكيل في كل باب تزيلاً
 للوكليل منزلة الموكلا.

١ - مقابض الأنوار: ١١٥.

٢ - حاشية المكاسب (الإيروازي) ١: ١٠٩.

٣ - منية الطالب ١: ١٨٢. المكاسب والبيع: ٤١٧.

وثانياً - لو أريد من التنزيل المذكور استعمال الضمير في الموكلا الذي هو غير المخاطب فهو واضح البطلان، وإن أريد استعماله فيه حقيقة غاية الأمر هناك تنزيل أيضاً له منزلة الموكلا فهذا مضافاً إلى عدم وجوده في باب البيع لازمه صحة المخاطبة في النكاح لو صرخ بالتنزيل المذكور، مع أنه لا يلتزم به. ومنها - أن صحة مخاطبة الوكيل في البيع متعارف، بخلاف النكاح، ووجه التعارف في البيع دون النكاح تعلق الغرض بالمبادلة بين المالين في البيع من دون نظر إلى الأشخاص غالباً، بخلاف النكاح فإن المتعلق للغرض فيه هو الأشخاص نوعاً.

ومن هنا يقال أيضاً بأنه مع الاختلاف وتصور البائع أن الشمن لنفس المخاطب لاموكله أيضاً يصح البيع.

وفيه: أن الفرق المذكور من حيث الغرض بين البيع والنكاح معناه أن القصد في البيع هو التمليل لمالك الشمن، سواء كان هو المخاطب أو موكله، بخلاف باب النكاح، إلا أن هذا لا ربط له بمحل بحثنا؛ لأن المفروض العلم بأن الغرض هو التمليل والتزويع للموكلا، كما أن المدلول المستعمل فيه ضمير الخطاب هو الوكيل؛ لأن المخاطب دون الموكلا، فالإشكال ليس في القصد، والاختلاف فيه بين الموجب والقابل ليقال أن خصوصية الطرف ليست ركنية في البيع، بخلاف النكاح، بل القصدان متطابقان، ولا إشكال في عدم صحة الإنشاء والاستعمال في باب النكاح وصحته في باب البيع.

وبعبارة أخرى: الفرق المذكور يفيد في تصحيح البيع إذا كان الشخص الذي له التمليل مجهولاً أو مهماً أو مختلفاً فيه، حيث يقال بأنه لا ركنية لشخص المالك في البيع فلا يجب تعينه بخلاف النكاح، وأما حيث يكون الشخص الذي

له التمليك متعيناً وهو الموكل في البيع والنكاح معاً وإنما الاشكال في الابراز بكاف الخطاب .

فالبحث هنا إثباتي لغوي محض ، لا ربط للتفرقة المذكورة فيه .

لا يقال : قد يكون مقصود صاحب هذا الوجه أنْ ضمير الخطاب في (بعنك) يصبح لغواً بعد أن لم يكن متعلقاً للغرض ، بخلاف باب النكاح فيبطل ؛ لعدم المبرز لما هو ركن ، ويصبح البيع لوجود المبرز لما هو ركن وهو أصل البيع .

فإنه يقال : هذا معناه أنْ ضمير الخطاب كالمهمل في (بعنك) مع أنه ليس كذلك جزماً ؛ فإنه من الاستعمال الصحيح وليس لغواً أو زائداً ، وهذا يعني أنه لابد من وجود نكتة أدبية إثباتية لحلّ هذا الإشكال .

والصحيح أن يقال : بأنَّ مادة البيع لا تعني إلا المبادلة بين المالين في جهة الاضافة ، فتكون إضافته إلى العوضين لا المالكين ، وأمّا اضافته إلى المخاطب في (بعنك) فباعتباره طرفاً لإنشاء العقد فقط ، والمعنى أنَّ المبادلة بين المالين أنشأته وأوجدها معك ، وليس بمعنى أنك مالك العوض أو أنَّ التمليك لك .

نعم ، قد يقتضي السكوت وإطلاق العقد أنَّ المخاطب هو الطرف المالك للعوض أيضاً ، إلا أنَّ هذه دلالة غير لفظية ، بل سكوتية وإطلاقية مقامية لو علم خلافها لم يقبح في المدلول الاستعمالي ، وهذا بخلاف (زوجتك) في النكاح ؛ فإنَّ الزوجية علاقة قائمة بالزوج والزوجة ، فيكون الزوج طرفاً لإضافة الزوجية ومضمون العقد ، فعندما تتشىء المرأة الزوجية بقولها : (زوجتك نفسي) كان مدلول اللفظ والإبراز انشاء الزوجية معه مع أنه غير مقصود للوكليل ، بل المقصود انشائها مع الموكل ، وما ذكر لا يصلح لأن يكون بياناً لما قصد ، وهذا نظيره في

البيع ما إذا قال: (بعته، أو بعثه به) وأراد بيع مال آخر أو بيعه بمال آخر، فإنه لا إشكال في أنه لا يقع صحيحاً؛ لأنَّ ما أُبرز بيعه لم يكن مقصوداً وما قصد لا يبرز له.

فالحاصل: الفرق بين بعثك لهذا بهذا وزوجتك نفسك أنَّ البيع أضيف إلى الضمير المخاطب بما أنه طرف للإنشاء لا المنشأ؛ لكون المنشأ وهو المبادلة مضافاً إلى العوضين بخلاف إضافة التزويج إلى الضمير المخاطب فإنه من إضافة المنشأ إلى متعلقه ، فإذا كان المقصود تزويج نفسها للموكل فلا يصح ما لم يضف الزوجية إلى الموكل ، ومن هنا لا نجد أية عناية أو مخالفة في مخاطبة الوكيل ، بل الفضولي المخاطب في (بعثك هذا بهذا) مع إرادة التمليلك للموكل لا الوكيل ، بل لو قال: (ملكتك هذا بهذا) أيضاً قد يكون الضمير دالاً على أنَّ المخاطب طرف للحوار والإنشاء لا لإضافة الملكية إليه وإنْ كان هذا فيه عناية؛ لأنَّ التمليلك بحاجة إلى طرف هو المالك فيكون فيه دلالة على أنَّ المخاطب هو المالك أيضاً .

إلا أنه هنا قد يقال: إنَّ تعارف المبادلة بين المالين مع قطع النظر عن المالكين يوجب إلغاء هذه الخصوصية ، أو حمل الضمير على أنَّ المقصود انشاء التمليلك معه ولو بقرينة ذكر العوضين ، وهذا بخلاف (زوجتك) حيث لا يصح (زوجتك) موكلك) كما لا يخفى .

ومثله ما إذا أراد الهبة إلى الموكل فقال: (وهبتك) فإنَّ المالك هو الطرف المنشأ في عقد الهبة .

الجهة الخامسة: مدى توجة المسؤولية للعقد:

ذكر الميرزا النائيني رحمه الله أنه بعد صحة البيع لو لم يعلم البائع بأنَّ الطرف يشتريه لنفسه أو لغيره فهل الملزم بالالتزام العقدية نفس العاقد ولو ثبت بأنه وكيل ،

أو يفصل بين ما إذا ثبتت وكالته فالملتزم هو الموكل وما لم يثبت فالعاقد ؟
وجهان :

والأقوى هو الأول فيما لم يعلم أنه وكيل ؛ لأنّه لو علم كونه وكيلًا فالملتزم هو الموكل بلا شبهة ؛ لأنّ الخطاب وإن كان متوجهًا إلى الوكيل إلا أنه لا بما هو بـل بما أنه موكله ، فـكأنّ الطرف مع علمه بـوكالة المخاطب جعل الالتزامات العقدية على الموكل ، وأـمـا لو لم يـعـلم بها فالـمـلـتـزـمـ هوـ الوـكـيلـ ولو ثـبـتـ كـوـنـهـ وكـيـلـاـ بـعـدـ هذاـ ،ـ غـاـيـةـ الـأـمـرـ آـنـهـ أـيـضـاـ يـرـجـعـ إـلـىـ المـوـكـلـ^(١) .

أقول : لا إشكال في أنّ الوكيل إذا كان مفوضاً فهو مسؤول وملزم أمام الطرف الآخر ، بحيث يرجع عليه البائع بالفسخ أو يطالبه بالثمن ونحو ذلك ، بخلاف الوكيل غير المفوض إلا في إنشاء العقد وإجراء الصيغة على ما هو مقرر في محله .

وبناءً على ذلك فـما ذـكـرـهـ المـيرـزاـ النـائـيـنيـ ^{تـ}ـ فيـ المـقـامـ مـعـنـاهـ آـنـهـ حـتـىـ إـذـ ثـبـتـ بعدـ العـقـدـ آـنـ الـمـشـتـريـ لـمـ يـكـنـ أـصـيـلـاـ وـلـاـ كـيـلـاـ مـفـوضـاـ بـلـ وـكـيـلـاـ فيـ مجـرـدـ إـجـرـاءـ الصـيـغـةـ معـ ذـكـرـ يـكـونـ مـسـؤـولـاـ عـنـ الشـرـاءـ وـلـزـمـاـ أـمـامـ الـبـائـعـ ،ـ وـهـذـاـ مـاـ لـيـمـكـنـ الـلتـزـامـ بـهـ .

وقد يحمل التفصيل بـلـحـاظـ مـقـامـ الإـثـبـاتـ وـأـنـهـ لـوـ لـمـ تـثـبـتـ الـوـكـالـةـ كـانـ المنـصـرـفـ وـظـاهـرـ الـحـالـ آـنـ الـأـصـيـلـ فـيـلـزـمـ بـهـ ،ـ وـأـمـاـ حـيـثـ تـثـبـتـ الـوـكـالـةـ فـلـاـ وـجـهـ لأنـ يـكـونـ الوـكـيلـ مـسـؤـولـاـ ؛ـ إـذـ خـطـابـ **﴿أـوـفـواـ بـالـعـقـودـ﴾**^(٢) مـتـوـجـهـ إـلـىـ المـوـكـلـ الـمـالـكـ وـالـوـكـيلـ أـجـنـيـ عنـهـ .

١ - منية الطالب : ١٨٢ : ١

٢ - سورة العنكبوت ، الآية : ١

ويمكن أن يخرج ما ذكره الميرزا النائيني ^ت كتفصيل ثبوتي بأن نستظهر من ظاهر حال المتعاقدين أنه ملتزم بالمبادلة بين المالين على كل تقدير ومسؤول عن ذلك ، سواء كان العوض له أو لموكله ، فيرجع إلى عقد ضمان ضمناً ، والتزام بترتيب الآثار من التسلیم أو الرد بالغیب أو الفسخ ونحو ذلك .

فالحاصل : لا يبعد أن يكون ظاهر حال المشتري في كونه أصيلاً أو وكيلًا مفروضاً بمتابهة التعهد والالتزام بأداء الشمن وتسلیمه ، وكذلك الوفاء بسائر الالتزامات المستطبنة في البيع لا يعني أن المبادلة واقعة له ليقال : إن هذا خلف فرض صحة المبادلة ووقوع البيع للموكل ولو لم يذكر في العقد ، بل يعني إنشاء التعهد الضمني العلني من نفس الاقدام على المعاملة كأصيل وتوافق الطرفين على ذلك ، أي على أن يكون المشتري ملتزماً بالمعاملة بالمعنى الأعم من أن يكون البيع له أو لغيره ، ولكنها متهد بالوفاء وتحمل المسؤولية التي تكون على الطرف الواقعي للعقد أيضاً ، فإن هذا قد يكون مطابقاً مع المرتكزات العرفية .



الركن الثاني : أهلية المتعاقدين

□ معنى الأهلية :

بحث الفقهاء تحت عنوان (شروط المتعاقدين) - وهو الركن الثاني للعقد - عن الأهلية وشروطها وهي : العقل ، والقصد ، والاختيار ، والبلوغ ، والرشد ، والملك أو النيابة عن المالك ، وعدم الحجر .

وهذه الشروط قسم منها يكون تحقق العقد خارجاً متوقعاً عليه ، فالقصد شرط لأصل العقد ومن دونه لا عقد أصلاً ، كما أن المجنون الذي لا يتأتى القصد منه ومثله الصبي غير المميز لا يتحقق العقد ولا الإرادة منهما ، وكذلك الاختيار المقابل للإلزام والقسر لا الرضا المقابل للإكراه .

واعتبار هذا القسم من شروط المتعاقدين واضح ولا يحتاج إلى دليل خاص ؛ لأنّه ثابت على القاعدة لتوقف انعقاد العقد عليها ، فمن دونها لا عقد ، وهذا يعني أنها من شروط وأركان تحقق العقد بحسب الحقيقة وإن كانت قائمة بالمتعاقدين ؛ ولهذا بحثنا عن ذلك ضمن شروط الركن الأول للعقد فلا نعيد البحث عنها هنا .

وإنما البحث هنا لابد وأن يكون عن الشروط الأخرى لأهلية المتعاقدين من البلوغ والرشد والملك أو النيابة عن المالك وعدم الحجر والاختيار معنى عدم الإكراه أو طيب النفس ، وما عدا الأخير من هذه الشروط يعتبر عندها في الفقه الوضعي بشروط الأهلية .

والأهلية يقسمها القانون الوضعي إلى أهلية الوجوب وأهلية الأداء ، ويراد بالأول صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق ، ويراد بالثاني صلاحيته

لاستعمالها والتصرف القانوني فيها.

وفي فقها يوجد معنى ثالث للأهلية هو أهلية التكليف ، والمراد به أهلية ثبوت التكليف والمسؤولية عليه والذي نعبر عنه بشرط التكليف العامة ، كما أن أهلية ثبوت الحق في فقها الإسلامي تختلف مواردها عن الفقه الوضعي ، فالمرتد في الفقه ليس له أهلية ثبوت الحق ، كما أن العبد على أحد القولين ليس له ذلك ، والجنين إذا لم يولد حياً ليس له أهلية ذلك .

كما تختلف هذه الأهلية عن أهلية التكليف ، فالصبي والمجنون والميت والشخصيات القانونية لهم أهلية ثبوت الحق ولكن ليست لهم أهلية التكليف ، فالعبد والمرتد لهم أهلية التكليف دون أهلية الحق .

وهكذا يظهر أن الأصح تقسيم الأهلية إلى أهلية التكليف وشرطها القدرة والبلوغ والعقل والشخصية الحقيقة ، أي أن يكون إنساناً حقيقياً ، وعدم الغفلة والسهو والخطأ والاضطرار والإكراه والجهل إلى غير ذلك من شرائط أهلية تحمل التبعة والمسؤولية ، وإلى أهلية الحق وشرطها الشخصية بالمعنى الأعم من الحقيقة أو القانونية والحرية وعدم الارتداد إلى غير ذلك ، وإلى أهلية التصرف والأداء وهو موضوع بحثنا في المقام .

وفي فقها يعبر عن هذا الأخير بالولاية أو السلطة الوضعية على التصرف أو عدم الحجر أو ملك التصرف ، وقد يراد به حكم وضعی مجعل بالاستقلال يترب عليه آثار تكليفية أو وضعية أخرى ، وقد يكون منتزاً من الأحكام التكليفية ، وهو تعبير قريب من أهلية الأداء في الفقه الوضعي .

إلا أنَّ الظاهر أنَّ الفقه الوضعي يخصِّص أهلية الأداء بصلاحية التصرف بالنسبة إلى مال الشخص نفسه ، وأمّا صلاحية التصرف في مال الغير فيعبرون عنه بالنيابة في التصرف ، كما أنَّهم يريدون بعدم الأهلية خصوص النقص في

التمييز ، ومن هنا خصصوا مناطق الأهلية بالتمييز ، فتكون درجة اكمال الأهلية أو نقصانها أو انعدامها مربوطة بكمال التمييز ونقصانه أو انعدامه .

ومن هنا فرقوا بين عدم الأهلية وبين المنع عن التصرف كالمفلس أو المريض في مرض موته . إلا أن هذا التمييز وإن كان صحيحاً في نفسه بمعنى أن سبب عدم الأهلية وملاكم في الصبي والمجنون قصور إرادتهم ، بينما السبب في المفلس والمريض وجود حق للغير في موضوع الإرادة ومحلها يمنع حق المالك في التصرف في ماله - وسوف يأتي مزيد توضيح لذلك - إلا أنه بعد أن كانت النتيجة القانونية والحكم الوضعي في هذه الموارد واحداً وهو عدم السلطة وعدم الولاية على التصرف ، سواء كان منشأه وملاكم عدم التمييز أو عدم الملك أو الحجر أو حكم القانون ، فهذه شروط وملالات متعددة لأهلية التصرف ، وانتفاء كل واحد منها سبب لانتفاء الأهلية والسلطة على التصرف المعاملني والتعاقد ؛ ولهذا أمكن جمعها تحت عنوان واحد كما صنعه فقهنا الإسلامي ، وهو عنوان من لا أهلية ولا سلطنة له قانوناً على ذلك التصرف ، سواء كان لقصور ذاتي فيه كالصبي والسفيه ، أو لكونه أجنبياً عن المال كالفوضولي ، أو لكون إرادته مقهورة وليس كاملة كما في المكره ، أو لسلب القانون الولاية عنه كما في المفلس .

نعم ، ينبغي التفريق بين عدم الأهلية بمعنى عدم السلطة على التصرف وبين عدم قابلية المال للتصرف فيه كالمال الموقوف ، فإنه لا يجوز التصرف فيه ولا ينفذ لا لفقدان الأهلية وقصورها بل لقصور المال وعدم قابليته في ذاته للتصرف ، فإن هذا المنع يختلف عن عدم الأهلية ملاكاً وذاتاً ، فالفارق بينهما ثابت في فقهنا والفقه الوضعي معاً ، حيث جعله الفقه الإسلامي من شرائط العوضين لا المتعاقدين .

وعلى هذا الأساس فنحن نطلق أهلية الأداء ونريد بها المعنى المتقدم ، أي

أهلية التعاقد ، وهي ترجع إلى الركن الثاني من أركان العقد - وهو المتعاقدان - بحسب مصطلح الفقه الإسلامي .

وتحصل الأهلية في فقها الإسلامي بأمور أربعة :

١- البلوغ والرشد .

٢- الملك للمال أو النيابة عن المالك .

٣- عدم الحجر .

٤- الاختيار ، بمعنى عدم الإكراه .

وهذا الأخير ليس من شروط الأهلية بالدقّة بمعنى السلطنة الوضعية وملك التصرف ، فإن المكره له السلطنة الوضعية على ماله ، إلا أن الإكراه وعدم الاختيار التام يجعل المكره فاقداً لسلطنته التامة الحقيقة لا الوضعية ، فمن هنا يمكن ذكرها في عداد شروط الأهلية والسلطنة التامة على ذلك التصرف .

ويمكن جعل البلوغ والرشد وعدم الإكراه من شروط اكمال الإرادة وعدم نقص فيها - كما صنعته الفقه الوضعي - والملك وعدم الحجر من شروط إعمالها ونفوذها كما سيأتي .

وبعد هذا التوضيح ينبغي البحث في فصول :

الفصل الأول : في الدليل على شروط الأهلية .

الفصل الثاني : في مركز شروط الأهلية وشروطها في الإنشاء والإرادة الظاهرة أو في الإرادة الباطنة أو كليهما .

الفصل الثالث : في إمكان تصحيح العقد مع فقد الأهلية بالإجازة وعدهه وكيفية ذلك .

الفصل الرابع : في حقيقة الإجازة وأحكام العقد المجاز .

الفصل الأول : أدلة شروط الأهلية في المتعاقدين

١ - البلوغ والرشد :

والدليل على اشتراط البلوغ والرشد في المتعاقدين يتمثل في الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب فبيانات عديدة :

منها - قوله تعالى في سورة النساء: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفهاءَ أُمُوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِبَامًا وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَأَخْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ فَوْلًا مَفْرُوفًا * وَأَبْتَلُوا أَنْتَنَانِي حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّحَاحَ فَإِنَّ أَنْسَتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوهُ إِلَيْهِمْ أُمُوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهُمْ إِسْرَافًا وَبِذَارًا أَنْ يَكْبِرُوا وَمَنْ كَانَ غَبَّيَا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أُمُوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوْا عَلَيْهِمْ وَكَفَنْ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾^(١).

ومنها - قوله تعالى في سورة الأنعام والإسراء: ﴿ وَلَا تَقْرِبُوا مَا أَنْتُمْ إِلَّا بِالْتَّيْهِ مِنْ أَخْسَنِ حَتَّى يَتَّلَعَّ أَشَدُهُ وَأَوْفُوا أَنْكِيلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا تَكُفُّ نَفْسًا إِلَّا وَسَعَهَا وَإِذَا قَلَّتْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَاقْرَبَنِي وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَاصُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾^(٢)، ﴿ وَلَا تَقْرِبُوا مَا أَنْتُمْ إِلَّا بِالْتَّيْهِ مِنْ أَخْسَنِ حَتَّى يَتَّلَعَّ أَشَدُهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْوِيًّا ﴾^(٣).

ومنها - قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿ فَإِنَّ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحُقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِعُ أَنْ يَمْلِئُ هُوَ فَلْيَنْتَلِلْ وَلِلَّهِ بِالْعَدْلِ ﴾^(٤).

١ - سورة النساء، الآية: ٦، ٥.

٢ - سورة الأنعام، الآية: ١٥٢.

٣ - سورة الإسراء، الآية: ٣٤.

٤ - سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

ولا شك في دلالتها على شرطية الرشد والبلوغ معاً، خصوصاً الآياتين الأوليين، فإنَّ أولاهما تدل على اشتراط الرشد وعدم ايتاء السفيه ماله، ولا ينافي اضافة الأموال فيها إلى الأولياء، فإنه للدلالة على أنَّ هذه الأموال بالأصل جعلت لتكون قياماً ومعاشاً للمجتمع ، وفي ذلك نكتة جليلة ، بل قاعدة اقتصادية وحقوقية أصيلة تقتضي الدلالة على أنَّ الملكية الخاصة قد جعلت في الشريعة بنحو لابد وأن لا توجب سلب الحق العام في الأموال باسرافها وتبذيرها كما في السفيه .

والآية ظاهرها إرادة أموال السفهاء بغيرته الأمر في ذيلها بالصرف عليهم باطعamenm وكسوتهم ، وكذلك قوله : « جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً . . . » بناءً على تفسيره بالقيمة والولاية لا المعاش ، وقد ورد هذا التفسير ضمن بعض الروايات أيضاً ، ولو فرض إرادة أموال الأولياء والنهي عن إعطائهما بيد السفهاء أيضاً دلت الآية على أنَّهم محجورين في التصرف ؛ إذ لا فرق بين اعطاء أموال غيرهم اليهم وبين اعطاء أموال أنفسهم ، كيف والاعطاء قد يكون بنحو التمليلك .

كما أنَّ الآية الثانية أيضاً صريحة في اشتراط البلوغ والرشد معاً في دفع أموال اليتامي إليهم ، سواءً حملنا (حتى) على الابتداء والتعليق و(إذا) على الشرطية وشرطها « بَنْغُوا النَّكَاحَ » ، وجزانها « فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رِشَادًا فَانْذَفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ » ، كما استظهره صاحب الجوادر ، أو كان (حتى) غاية و(إذا) ظرفية زمانية والشرطية قوله سبحانه وتعالى : « فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رِشَادًا فَانْذَفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ » ؛ إذ على التقدير الأول دلاله الآية على شرطية البلوغ والرشد معاً واضحة ؛ لأنَّهما معاً في موضوع دفع أموالهم إليهم ، وعلى التقدير الثاني أيضاً يكون ظاهر الآية أنَّ استئناس الرشد بعد البلوغ شرط لدفع المال إليهم لا قبله ، فإنه وإن لم يؤخذ البلوغ شرطاً في دفع المال إليهم وإنما جعل غاية لزمان الابتلاء واختبار الرشد

إلا أنَّ الأمر بالاختبار إلى زمان البلوغ وذكره غاية لزمان الاختبار يدلُّ على شرطية البلوغ أيضاً في دفع المال إليهم، فكأنَّه قال: اختبروهم إلى أن يبلغوا، فإنْ وجدتم فيهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم، فإنْ تفريح وجدان الرشد على الاختبار إلى زمان البلوغ ظاهره أنَّ الرشد شرط مع البلوغ لا بدونه، وإنَّ الالم يكن وجهاً لذكر البلوغ بل كان ينبغي أن يقول: (وابتلو اليتامي فإنْ آنستم منهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم).

ودعوى: احتمال كفاية كل من الرشد قبل البلوغ أو البلوغ ولو من غير رشد.

مدفوعة: بأنَّها على خلاف الآية السابقة النافية عن إعطاء السفهاء أموالهم،

ولعلَّ قدرها المتيقن والمتوقع النهي عنه هو السفيه البالغ.

بل التعبير في ذيل الآية: «أَنْ يَخْبِرُوا» أيضاً قرينة على شرطية البلوغ، بل كأنَّ البلوغ وال الكبر مفروغ عن شرطيته ارتكاناً وعرفاً، وهذه الآيات لبيان شرط زائد عليه هو الرشد وعدم السفة.

وأمَّا تقدم الابتلاء والاختبار قبل البلوغ فبنكتة تسليم المال إليه بمجرد البلوغ إذا كان بلغ راشداً وعدم البدار إلى أكل ماله، بزعم عدم الرشد كما يشعر به ذيل الآية. هذا كله مضافاً إلى تفسير جملة من الروايات للآية بهذا التفسير.

وبهذا يعرف أنَّ الآية لا وجه لتوهם دلالتها على كفاية الرشد قبل البلوغ لدفع المال إليه فضلاً عن كفاية كل من البلوغ والرشد مستقلًا في ذلك - كما جاء في بعض الكلمات - فإنَّ هذا خلاف ظاهر الآية، بل الثاني خلاف الآية السابقة على هذه الآية.

وقد نسب إلى أبي حنيفة هذا القول لا على أساس هذا الاستظهار، بل على أساس استظهار آخر حاصله: أنَّ الأمر بالابتلاء باطلاقه يشمل أمر الصبي بالبيع والشراء اختباراً، وهو يقتضي الصحة إذا لوحظ رشيداً.

وفيه: أن الاختبار لا يتوقف على أن تكون معاملات الصبي مستقلةً وبلا إذن الوالى ورضاه صحيحة، بل لا يتوقف على صدور المعاملة منه فضلاً عن صحتها، وهذا واضح.

ثم إنَّه ربما يستشكل في دلالة الآية بأنَّ مفادها المنع عن دفع أموالهم إليهم قبل البلوغ وهو غير بطلان التصرفات من قبل الصبي.

وهذا الاشكال واضح الدفع؛ لأنَّ الدفع كناية عن جعله تحت تصرفه وإدارته وعدم الدفع كناية عن عدم ولايته على التصرف وليس حكماً تكليفيًا جزماً، كما يظهر ذلك أيضاً من ملاحظة الروايات القادمة في تفسير الآية وفي بيان هذا الحكم، وكما تقتضيه السيرة والارتكاز العقلاي التي تشترط الرشد.

فالحاصل: لا ينبغي التشكيك في أنَّ مفاد الآية إنما هو امضاء المفاد العقلاي المذكور وهو قصور الصبي والسفه عن التصرف.

وقد يفسر قوله تعالى: «وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النَّكَاحَ» بارادة اختبار البلوغ والفحص عنه لا الرشد، فتكون الآية الكريمة عندئذٍ صريحة في النظر إلى شرطية البلوغ ولزوم حصوله لكي يدفع إليه المال إذا كان رشيداً، فتكون (حتى) في الآية للابداء أو للغاية مع كون تبيين البلوغ غاية له.

إلا أنَّ هذا الاحتمال خلاف الظاهر؛ فإنَّ الابتلاء لا يكون عن البلوغ الذي هو أمرٌ تكويني واضح، بخلاف الرشد، كما أنَّ اضافة الاستيناس إلى الرشد بسبب الابتلاء شاهد على أنَّ النظر في الابتلاء إلى تحصيل الاستيناس بالرشد لا البلوغ.

وهناك تقريب آخر ذكره العيززا النائيني ^{رحمه الله} حاصله ^(١): أنَّ الآية تدل على ولایة الأب أو الحاكم على الصبي أو السفه؛ لأنَّه مقتضى المنع عن إعطائهم

أموالهم ، فدلالة الآية على ثبوت الولاية لغير الصبي والسفيه عليهم واضحة ، وهذه تستلزم عقلاً عدم ولاية الصبي والسفيه على تصرفاته؛ لأنَّ جعل ولايتين عرضيتين كجعل ملكيتين عرضيتين غير معقول ، وإنما يعقل ذلك بنحو طولي كما في ملك العبد والسيد وولاية الوكيل والموكل . نعم ، يمكن جعل الولاية لشخصين كالولاية الثابتة للأب والجد معاً على تزويج البنت ، إلا أنه ليس لأحدهما الولاية المطلقة التي يجوز على أساسها منع الآخر من التولى ، فإنَّ هذا تناقض ، وظاهر الآية إثبات هذه الولاية المطلقة للولي بحيث له أن يمنعه من المال ، فيدل على عدم ثبوت الولاية لغير الصبي والسفيه على التصرف في مالهما . وهذا البيان وإن كان قابلاً للمناقشة لو أُريد به الدلاله الالتزامية العقلية؛ لأنَّ الولاية المطلقة للولي تنافي الولاية المطلقة لغير الصبي والسفيه لا مطلق الولاية ، كما إذا كان الولي لا يريد إعمال ولايته لا سلباً ولا ايجاباً ، فالطولية هنا لها معنى آخر كالطولية بين ولاية الله وولاية المالك .

إلا أنه كبيان للدلالة العرفية لا بأس به ، فإنَّ صحة بل لزوم منع المال عن تصرف مالكه معناه جعل الولاية له في قباه بحيث لا بد من منعه عن تصرفاته والذي يعني سلب ولاية الصبي والسفيه وضعماً مطلقاً ، ولعمري هذا واضح لم ينالش فيه أحد من الفقهاء من العامة والخاصة ، ومما يشهد على ذلك عطف جواز أمره وبيعه وشرائه في جملة من الروايات على منع المال وإمساكه عنه مما يكشف عن أنَّ المراد منه ذلك في الآية المباركة أيضاً .

وأما آية النهي عن مال اليتيم حتى يبلغ أشدَّه ظفهورها في محجورية الصبي حتى يبلغ ويرشد متوقف على مقدمتين :

١ - أن يكون المراد من «أشدَّه» البلوغ والرشد كما فسر بذلك في بعض الروايات المعتبرة على ما سألني ، وهو ظاهر اللفظ عرفاً أيضاً .

٢ - أن النهي عن التقرب إلى مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن كنایة عن لزوم حفظه له ولمصلحةه حتى يبلغ أشدّه فيدفع إليه، لا مجرد تحريم أكل مال اليتيم؛ وذلك بقرينة قوله تعالى: «إِلَّا مَا تَرَى هُوَ أَحْسَنُ»، فإنه يدل على أن المراد المنع عن العمل الموجب للفساد ومنه دفعه إليه، فإنه كذلك عرفاً.

وأما آية الدين فهي أيضاً واضحة الدلالة على أن السفيه والضعيف - وقد فسر بالصغير - لابد وأن يتولى أمرهما الولي ، فتكون الآية إرشاداً أيضاً إلى عدم أهليةهما للتصرف في أموالهما وأن ذلك يكون للولي .

وأما السنة فطواائف من الروايات ، أهمها ثلاثة :

الطاقة الأولى: ما دلّ على أن عمد الصبي وخطأه واحد ، أو عمد الصبي خطأ ، كمعتبرة إسحاق بن عمار عن جعفر عليلة عن أبيه أن علياً كان يقول : «عمر الصبيان خطأ ، يحمل على العاقلة»^(١). ومعتبرة محمد بن مسلم : «عمر الصبي وخطأه واحد»^(٢). ومثلهما رواية السكوني^(٣).

وهذه الطائفة لا يمكن الاستدلال بها على المطلوب ؛ لما ذكره جملة من المحققين من أن ظاهرها النظر إلى باب الديات ، وما جعل على الخطأ والعمد بعنوانها ، فلا يشمل سائر الأحكام والآثار حتى المترتبة على العناوين القصدية الإنسانية ، فإنها وإن كانت متوقفة على القصد والعمد إلا أن العمدة القصد متحق لعناوينها تكويناً ، والأثر الشرعي مرتب على ذلك العنوان التكويني كالعقد أو الایقاع لا على عنوان العمد والخطأ . هذا ، مضافاً إلى أن ذكر العاقلة ونحوها في ذيلها يكفي للمنع عن إطلاقها كما لا يخفى على المتأمل .

١ - وسائل الشيعة : ٢٩، ٤٠٠، الباب ١١ من العاقلة، الحديث .٣.

٢ - وسائل الشيعة : ٢٩، ٤٠٠، الباب ١١ من العاقلة، الحديث .٢.

٣ - وسائل الشيعة : ٢٩، ٤٠١، الباب ١١ من العاقلة، الحديث .٥.

الطائفة الثانية: ما ورد بعنوان رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل، أو جري القلم عليه إذا احتمل، وعن المجنون حتى يفقي الوارد في جملة من الروايات، كرواية ابن ضبيان (ولعل الأصوب ابن طيار فإنه محمد بن عبد الله بن طيار كما ذكر في المعجم) قال أتى عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها، فقال علي عليه السلام: «أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتمل، وعن المجنون حتى يفقي، وعن النائم حتى يستيقظ»^(١) . ومثلها رواية أبي البختري^(٢) .

ومعتبرة عمار السباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال: إذا أتى عليه ثلاثة عشرة سنة، فإن احتمل قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم»^(٣) .

وهذه الطائفة أيضاً يمكن الإشكال في دلالتها بأن المستظر من رفع القلم رفع قلم الادانة وتسجيل السيئة والتبعية والعقوبة ولا أقل من الإجمال، فلا يمكن التمسك بإطلاقها للآثار الوضعية ولباب المعاملات.

ثم إن هاتين الطائفتين لا تدللان على شرطية الرشد في قبال السفة كما هو واضح.

الطائفة الثالثة: ما دلّ صريحاً على أنه لا يعطى لليتيم أو اليتيمة أمره أو ماله إلا حين ما يبلغ أشده، بأن يبلغ ويستأنس منه الرشد، ك الصحيح هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «انقطاع يتم اليتيم بالاحتمام وهو أشده، وإن احتمل ولم يومن منه رشد وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله»^(٤) .

١ - وسائل الشيعة ١: ٤٥، الباب ٤ من مقدمة العبادات، الحديث ١١.

٢ - وسائل الشيعة ٢٩: ٨٩، الباب ٣٦ من القصاص، الحديث ٢.

٣ - وسائل الشيعة ١: ٤٥، الباب ٤ من مقدمة العبادات، الحديث ١٢.

٤ - وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٣ - ٣٦٤، الباب ٤٤ من الوصايا، الحديث ٩.

وأوضح منها معتبرة العicus بن القاسم عن أبي عبد الله عليهما السلام «قال: سأله عن اليتيمة متى يدفع إليها مالها؟ قال: إذا علمت أنها لا تفسد ولا تضيع»^(١). ومنها: معتبرة أبو الحسين بياع اللؤلؤ عن (عبد الله بن سنان) عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: «سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده، قال: وما أشدته؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمانية عشر سنة أو أقل أو أكثر ولا يحتمل؟ قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»^(٢).

ومثلها معتبرة أبو بصير عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: «سأله عن يتيم قد قرأ القرآن وليس بعقله بأُنْسٍ ، وله مال على يد رجل ، فأراد الذي عنده المال أن يعمل به مضاربة فاذن له الغلام فقال: لا يصلح له أن يعمل به حتى يحتمل ويدفع إليه ماله ، وإن احتلم ولم يكن له عقل لم يدفع إليه شيء أبداً»^(٣) ، وهي صريحة في اشتراط البلوغ مستقلاً عن الرشد وعدم كفاية الرشد قبل البلوغ.

وفي ذيل رواية حمران: «والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتمل أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»^(٤). وهناك روايات واردة في المعتوه والبله أيضاً تدل على عدم صحة بيعه وشرائه وصدقه، كما أنه يمكن استفادة هذا الحكم من روايات باب الزكاة في ضمان مال اليتيم إذا اتجر به الولي ، فراجع.

وهذه الروايات هي العمدة في الدلالة على ما دلَّ عليه الآيات ، وهي تامة

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٤٠٩ ، الباب ١ من العجر، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٨: ٤١٣ ، الباب ٢ من العجر، الحديث ٥.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٧ ، الباب ٤٥ من الوصايا، الحديث ٥.

٤ - وسائل الشيعة ١٨: ٤١٠ - ٤١١ ، الباب ٢ من العجر، الحديث ١.

سندًا ودلالة، ويستفاد من الأوليين منها أنَّ المقصود من الرشد العقل الفعلي، فمن كان ضعيفاً أو سكراناً لا عبرة بفعله، وقد ورد في السكران بعض الروايات الخاصة أيضاً كما في صحيح ابن بزيع قال: «سألت أبا الحسن عَلِيَّاً عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ثمْ أفاقَت فأنكَرَت ذلك ثمْ ظنتَ أَنَّه يلزِمُها ففزعَتْ منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزوِيج، أَحَدَالُ هُوَ لَهَا أَم التزوِيج فاسْدَلَ مَكَانَ السُّكُرِ وَلَا سَبِيلَ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا؟ فَقَالَ: إِذَا أَقَامَتْ مَعَهُ بَعْدَ مَا أَفَاقَتْ فَهُوَ رَضِيَّاً مَنْهَا، قَلَتْ: وَيَجُوزُ ذَلِكَ التزوِيج عَلَيْهَا؟ فَقَالَ: نَعَمْ»^(١)، فإنهَا كالصريح في اشتراط رضاها بذلك بعد الافقَة وَعدَمِ كفاية التزوِيج حال السُّكُرِ.

وهناك روايات أخرى معتبرة دلت على جواز تصرف الصبي إذا بلغ عشر سنين في التصدق بماله أو الوصية بثلث ماله في حق أو لأقربائه أو باليسير منه - كما في صحيح ابن مسلم ومعتبرة أبي بصير^(٢) - .

وقد ورد في معتبرة سماعة: «سألته عن طلاق الغلام ولم يحتمل وصدقته؟ فقال: إذا طلق للسنة ووضع الصدقة في مواضعها وحقها فلا بأس وهو جائز»^(٣).

إلا أنَّ هذه أحكام خاصة في مواردها، وهي الخيرات والمبارات، على أنَّ المستظهر من معتبرة سماعة اشتراط أن يكون ذلك في مواضعها وبحق، وهذا يعني أَنَّه لابد للولي أن يشخص ذلك ويوافق عليه، فليس تصرف الصبي مستقلاً نافذاً.

١ - وسائل الشيعة: ٢٠، الباب ١٤ من عقد النكاح، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة: ١٩، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا، الحديث ٢، ١.

٣ - وسائل الشيعة: ٢٢، الباب ٣٢ من مقدمات الطلاق، الحديث ٧.

وأما الإجماع :

فلا شك في شرطية البلوغ والرشد عند فقهائنا، بل فقهاء المسلمين عموماً، إلا أن احتمال مدركيه هذا الإجماع واستناد الفقهاء فيه إلى الآيات والروايات قوي جداً فلا يمكن اعتباره دليلاً مستقلاً في قبالها.

نعم، لا يبعد صحة التمسك بسيرة العقلاء، بل والمشتركة أيضاً فإنها قائمة من دون شك على شرطية البلوغ والرشد في الأهلية، بل من يراجع القوانين الوضعية يجد أن اشتراط الرشد أشد من اشتراطهما في فقهنا الإسلامي، حيث إن سن الرشد عندهم عادة ثمانية عشر سنة، وهذه السيرة العقلائية مضافة شرعاً أيضاً في أصلها، وإن كان قد ورد التحديد لسن البلوغ بخمسة عشر عاماً في الصبي وعشرة أعوام في الصبية.

وأما ما يقال من قيام السيرة على ترتيب الأثر على معاملات الصبيان ولو في الأمور الحقيقة على الأقل.

جوابه: أن المقدار المتيقن من هذه السيرة هو إذن الولي في التصرفات المذكورة ولو لضاللة قيمتها لا أكثر.

كما أن ما ورد من جواز طلاق الصبي مطلقاً أو إذا كان قد مس زوجته بمجرد بلوغه عشر سنين وكذلك ما دل على صحة وصيته إذا بلغ عشر سنين وصحة عتقه وصدقته إذا كان بالمعروف كلها على خلاف القاعدة ومخصوصة بمواردها لنكات خاصة فيها، فلا يمكن التعدي منها إلى مثل البيع والشراء - كما ذكرنا آنفاً - .

كما أن ما ورد في رواية المروزي - وقد ذكره في الوسائل في أبواب حد السرقة - من جواز أمر الصبي ببلوغ ثمان سنوات مردود يقيناً؛ لأنها تدل على

أن البلوغ في الصبي ذلك وفي الصبية بلوغ تسع سنين ، وهذا مقطوع البطلان مما يكشف عن خلل في الرواية .

هذا ، مضافاً إلى الاشكال في سند الرواية ، فإن سليمان بن حفص المروزي غير موثق بهذا العنوان في كتب الرجال . نعم ، يحتمل كونه سليمان بن جعفر الموثق ، وإثبات الوحدة لا يخلو من إشكال . إذاً فأصل شرطية البلوغ والرشد لا ينبغي الإشكال فيه بالأدلة الثلاثة .

نعم ، هناك بحث في حدود هذه الشرطية سيأتي في الجهة القادمة عند البحث عن مدى إمكان تصحيح معاملات الصبي .

■ مدى شرطية البلوغ والرشد :

ثم إن شرطية البلوغ والرشد في الإرادة هل تختص بالإرادة والالتزام الذي يكون عليهما أو يعم ما يكون لهما كما إذا قبل الصبي المميز أو السفيه الهدية من شخص ، فهل يكون قبوله نافذًا أم يشترط إذن الولي ؟ كما أنه هل تكون تصرفاته القانونية الأخرى التي لا تكون من سنخ التبعيدات والالتزامات كالحياة والإحياء صحيحة فيترتب عليها الملكية أم لا ؟

لا ينبغي الإشكال في أن الأدلة المتقدمة لا يستفاد منها المنع عن نفوذ تصرفاته الأخرى كالالتقط والحياة والاحياء إذا كان صالحًا لقصد التسلك وقصد بها ذلك ، حيث لا شك في شرطية القصد في ترتيب الأثر عليها ارتكازاً وعقلائياً ، فما عن بعض أساتذتنا الأعلام من عدم الدليل على شرطية القصد في ذلك لعموم قوله عليه السلام : «من حاز ملك» ، أو «من سبق إلى ما لم يسبق إليه غيره فهو أحق به» ، أو «من أحبني أرضًا ميتة فهيء له» مما لا يمكن المساعدة عليه ؛ لأنّه :

أولاً - لا توجد رواية بعنوان (من حاز ملك) وإنما هذه قاعدة فقهية متصيدة. نعم، ورد في رواية السكوني «للعين ما رأت ولليد ما أخذت»^(١)، وورد في النبوي الشريف: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه غيره فهو أولى به»^(٢)، وهي لا سند لها.

وأما الأولى فتماميتها سندتها مبني على القول بوثاقة التوفلي، وأماما دلالتها فهي ليست في مقام البيان من هذه الناحية، بل من ناحية نفي استحقاق من أبصر الطير بمجرد ذلك لتملكه، ولو فرض إطلاقها فالأخذ ظاهر عرفاً في الالتفاط بقصد التملك.

والهم في الدليل على ملكية الحيازة إنما هو السيرة العقلائية، وهي منوطة عندهم بقصد التملك والحيازة.

وأما الروايات الواردة في الإحياء والسبق فأيضا كذلك؛ لأنها امضاء لما عليه السيرة والارتكاز العقلائي من سبيبة الأعمال المذكورة للملك أو الحق الخاص، وكلها منوطة عقلانياً بأن يكون من قصده التملك والاختصاص لا العمل لإنسان آخر ولو تبرعاً أو بلا قصد أصلاً.

بل لا ينبغي التشكيك في أن ترتب الحق على مثل هذه التصرفات القانونية منوط عقلانياً بقصد المتصرف وإرادته لذلك، وليس ترتبه عليها كترتبه على الأسباب القانونية الظاهرة كالإرث.

وعلى هذا الأساس لو فرض أن الصبي أو السفيه قصد التملك بالحيازة أو الإحياء أو الالتفاط كانت الملكية حاصلة؛ لعموم الدليل - لبياً كان أو لفظياً - بخلاف ما إذا لم يقصد منه ذلك.

١ - وسائل الشيعة ٢٥: ٤٦١، الباب ١٥ من اللقطة، الحديث ٢.

٢ - كنز العمال ٣: ٨٩٣، الحديث ٩٠٦٢.

ودعوى: أن عموم رفع القلم عن الصبي ينفي ترتيب أثر الملك على تصرفه. مدفوعة: بما تقدم من المنع عن عموم هذه الطائفة من الأحاديث لغير الآثار التكليفية المستلزمة للتبعية والعقوبة، ولو سلّم فلا يشمل إلا ما يكون فيه ثقل وتبعية على الصبي، لا مثل هذا الحكم الذي يكون رفعه على خلاف الامتنان. وأمّا عموم «جاز أمره» فالوارد فيه عنوان الأمر والجواز بمعنى النفوذ، وكلاهما ظاهر في التصرفات الإنسانية المعاملية لا التكوينية، أي الالتزامات والتعهدات، كما أن السيرة العقلائية على اشتراط البلوغ والرشد مخصصة بذلك، ولا تشمل التصرفات المستوجبة للتنازل قهراً.

وأمّا الآية الكريمة فموضوعها النهي عن دفع المال إليه للتصرف فيه لا إيجاد مال له بالحيازة ونحو ذلك، وهذا واضح.

وأمّا التصرفات الإنسانية التي تكون لمصلحة الصبي والسفيه كما إذا قبلت الهدية أو الوصية التمليلية أو نحو ذلك فالفقه الوضعي قد فضل بين معاملات الصبي التي يكون فيها غناً محضاً له فحكم بصفتها وبين ما يكون فيه ضرر محضاً فحكم ببطلانه، وما يكون دائراً بين النفع والضرر فتكون قابلة للأبطال لمصلحة القاصر.

إلا أن هذا التفصيل لا يمكن قوله في باب البيع والشراء والتعهدات على الصبي ولو كان فيها مصلحة للصبي اتفاقاً؛ لأنّه خلاف إطلاق الطائفة الثالثة من الروايات المتقدمة، خصوصاً مثل صحيح ابن سنان وابن سرحان ورواية حمران، فتقييدها بصورة المعاملة التي تكون فيها خسارة خلاف إطلاقها.

نعم، لو كان المدرك الآيتان المتقدمتان أمكن دعوى اختصاصهما بصورة استلزم دفع المال إلى اليتيم أو السفيف الفساد والضياع في المال؛ لأن مفادهما ليس ابتداءً بطلان تصرفات الصبي والسفيف، بل مفادهما المنع عن دفع أموالهم

إليهم، وهذا كما يمكن أن يكون إرشاداً إلى بطلان مطلق تصرفاتهم يمكن أن يكون إرشاداً إلى بطلان خصوص تصرفاتهم التي فيها تضييع وخسارة للمال، ولكن تقدم أنهما أيضاً مطلقتان ولو باعتبار ارتكازية ضعف إرادة الصبي والسفيه.

كما أنّ الروايات مطلقة؛ ولعل وجه الإطلاق أنّ المبایعات عادة تكون من الدائر بين النفع والضرر فتکفي المعرضية للضرر؛ لعدم نفوذ تصرفات الصبي والسفيه مستقلاً مطلقاً.

نعم، قد يقال إنّه لا يجوز للولي أن لا يمضي ما يكون فيه ربح للصبي وعلى خلاف مصلحته؛ لأنّه ليس من التصرف بالأحسن.

إلا أنّ كل هذا لا يجري في قبول الصبي أو السفيه لمال الغير هدية أو وصية، أي في التعهدات التي تكون للصبي أو السفيه، فإنه ليس من تصرف الصبي والسفيه في ماله، بل ايجاد مال له بقبوله وقبضه، فلا يكون مشمولاً للأيتين ولا للروايات، أمّا مثل حديث رفع القلم فلما تقدم في الحياة، وأمّا روايات عدم جواز أمر الصبي فلأنّ الظاهر من جواز أمره أو جواز البيع والشراء والمضاربة أنّ تصرفات الصبي وتعهداته فيما هو ماله في المرتبة السابقة أو يلزم به كذلك لا تكون نافذة قبل البلوغ، وأين هذا مما يكون التعهد به له لا عليه ويوجب تحقق المال له كقبوله للهبة، فما يكون منفعة محضة للصبي كالهدايا والوصايا بل حتى مثل بيوغ المحابيات التي تكون بحكم الهدايا والهبات لا تشتملها هذه الطائفة من الروايات أيضاً.

كما أنّ الآية المباركة أيضاً ناظرة إلى إعطاء ما هو مال الصبي أو السفيه إليه لا أكثر. فالقول بالصحة في مثل ذلك له وجه وجيه.

وعلى هذا الأساس قد يمكن تخريج ما ورد في الروايات الخاصة من صحة

تصرفات الصبي في العتق أو الإيصاء بالثلث من ماله أو التصدق بالمعروف والحق إذا بلغ عشر سنين على القاعدة؛ لأنَّ هذه تكون بصالحه بعد فرض مشروعية العبادة من الصبي وترتب الثواب الإلهي الجزيل عليه، خصوصاً في الوصية والتي يكون عدم نفوذها ضرراً عليه، حيث يكون الثلث للورثة ضمن التركة حينئذٍ.

نعم، التعبير في ذيل بعضها بأنَّ ذلك نافذ من الصبي إذا كان بحق أو في معروف بنفسه قرينة على عدم استقلاله بالصرف وأنَّه لابد للولي أن يشخص كونه في حق ومعروف حتى يكون تصرفه نافذاً.

■ نسبية الرشد :

ثم إنَّ البلوغ وإن كان أمراً مشخصاً ومحدداً إلا أنَّ الرشد أمر نسبي قد يختلف من أمر إلى آخر، فقد يكون الصبي البالغ رشيداً بالنسبة إلى تصرف معاملي دون تصرف آخر كما في المعاملة على الأمور الحقيقة المتعارفة، وظاهر الآية حيث أمرت بالاختبار وعتبرت باستثناس الرشد شرطية الرشد المناسب مع المعاملة التي يراد استقلاله في التصرف فيها، فإذا فرض أنه رشيد لسنخ من التصرفات الوضعية دون سخر آخر لم تصح تصرفاته التي لا يكون رشيداً فيها، وهذا في الصبية أكثر وقوعاً من الصبي ؟ لكون بلوغها أسرع.

ومن هنا يصبح التفصيل في صحة تصرفات البالغ بلحاظ شرطية الرشد بين بعض التصرفات الإنسانية وبعضها الآخر، ففي الأمور الحقيقة التي يحصل الرشد المطلوب فيها سريعاً يمكن تفويض المال إليه، بخلاف الأمور الخطيرة. والفقه الوضعي قد ميز بين أهلية الاقتناء وأهلية الادارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع، فجعل للصبي المميت أهلية الاقتناء كما تقدم، ثم إذا بلغ ستة عشر

سنة فله أهلية الإدارة والتصرف في أمواله التي يكتسبها من عمله الخاص ولا يكون ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال دون غيره من الأموال حتى يبلغ سن الرشد والذي هو على الأكثر الثامنة عشرة.

وهذا النحو من التفصيل لانجده في فقهنا الإسلامي، إلّا أنه يمكن أن يقال بأنّ المستفاد من الآية والروايات المتقدمة أنّ الصبي بعد البلوغ إنما يرفع عنه الحجر ويدفع إليه ماله لكي يتصرف فيه إذا كان رشيداً في ذلك التصرف، فليس مفاد الأدلة المذكورة كفاية مطلق الرشد وصرف وجوده لدفع المال إليه وصحّة تمام أنحاء التصرف فيه من قبله، كما أنه ليس مفادها لزوم الرشد المطلق ومن جميع الجهات في صحّة تصرفه في ماله ولو كان ذلك التصرف غير خطير وله الدرجة المطلوبة من الرشد فيه، وإنما مفادها دوران الأمر إثباتاً ونفياً مدار الرشد الفعلي اللازם في ذلك التصرف المالي بالخصوص؛ لأنّ هذا هو مقتضى مناسبات الحكم والموضع في المقام، بل هو ظاهر الأمر بابتلاء اليتامي واختبارهم، والتعبير باستيناس الرشد في الآية والروايات، فإنّ الظاهر من ذلك أنّ مسألة الرشد ليس فيها حد محدود شرعاً وإنما لا بد من تشخيصه خارجاً والذي يختلف من مورد إلى آخر، ومن معاملة إلى معاملة .

ويؤكّد ذلك التعبير الوارد في صحيح هشام ومعتبرة عيص بن القاسم المتقدمة بأنّ البالغ إذا كان ضعيفاً أمسك عنه وليه ماله، بل لعل فتاوى بعض الفقهاء كالشهيد ثقة أيضاً تناسب مع هذا المعنى فراجع وتأمل .

وعلى هذا الأساس قد يفصل في البالغ السفه، بل وغير السفه الذي يكون حدثاً بين التصرفات العاملية السهلة غير الخطيرة والتي يعقلها فتصح منه، وبين غيرها فلا تصح؛ ولعل شرطية إذن الولي في نكاح البنت الباكر أيضاً بهذه النكتة .

٢ - الملك أو النيابة عن المالك :

وأمام الشرط الثاني للأهلية ، وهو الملك أو النيابة عن المالك – والبحث هنا عن شرطية المالكية أو النيابة عن المالك في صحة التصرف في الأموال المملوكة ، بمعنى عدم نفوذ تصرفات غير المالكين في أموال غيرهم بدون النيابة عنهم ، وأثنا شرطية المملوكة للمال فقد ذكرنا أنه من شروط المحل والبعضين لا المتعاقدين – فيمكن أن يستدلّ على ذلك بوجوه :

الوجه الأول : أنّ هذا هو مقتضى ومحض الملكية المجنولة عقلانياً أو شرعاً ؛ فإنّ معنى الملكية الوضعية إنما هو اختصاص المال بمالكه وسلطنته المطلقة عليه في قبال الآخرين ، فلو كان يحق ويصح تصرف كل شخص في مال الآخر لم يكن معنى لحق الملكية الذي هو عبارة أخرى عن حق الاختصاص المطلق أو السلطة المطلقة على المال .

وهذا وجه عقلي أو عقلاني يقتضي عدم صحة تصرف الأجنبي عن الحق في ذلك الحق من دون نيابة عن صاحب الحق ، وهو كما يجري في الممتلكات يجري في كافة الحقوق الراجعة إلى الأشخاص ، فكما يحرم ولا يجوز تكليفاً التصرف في ملك الغير وحقه كذلك لا يجوز ولا يصح التصرف الوضعي فيه بدون النيابة عنه ، كما أنه يكون ضامناً لماله إذا أتلفه عليه بدون رضاه .

وهذه الأحكام مستبطة ومتضمنة عرفاً وعقلانياً في معنى الملكية والحق ، فلا تحتاج لإثبات ذلك إلى أدلة أخرى .

وإن شئت قلت : إنها مقتضى الملكية وآثارها القهريّة عقلانياً وشرعاً ، فتكون ثابتة كلّما ثبتت الملكية والحق على مقتضى القاعدة بحيث يحتاج الخروج عنها إلى دليل .

الوجه الثاني: التمسك بالأدلة اللبية المتمثلة في الإجماع والتسالم والسيرة العقلائية الممضاة شرعاً فإنّها منعقدة على ذلك جزماً، بل لعل ذلك من ضروريات الفقه والقانون.

الوجه الثالث: الاستدلال بجملة من الأدلة اللفظية:

منها: آية التجارة عن تراضي الداللة على اشتراط التجارة عن رضا المالك في أكل مال الغير - وقد تقدمت في مبحث سابق - فإنّ الظاهر منها شرطية التراضي مع المالكين، فهي تدلّ على أنَّ تملُّك مال الغير منوط بتجارة صادرة عن المالكين وبتراصٍ منهم، وإلا كان أكلًا بالباطل كما هو واضح، بل طبق في الروايات الأكل بالباطل على السرقة والغصب الشامل لبيع غير المالك مال الغير بدون رضا وإذنه.

فالحاصل: الآية الشريفة تدلّ على أنَّ أكل مال الغير وأخذه لا يجوز ولا يصحّ إذا كان بالتجارة والبيع ونحوه مع المالك وبالتراسِ منه، وهو معنى شرطية المالكية أو المأذونية والنيابة من قبله في صحة العقد. ومثل هذه الآية ما ورد في مهور النساء «إِنْ طَبِّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ فَنَسَا فَكُلُّهُ هَبَبِنَا مَرِيَّنَا»^(١).

ودعوى: اختصاص الآية الكريمة بالأكل والتصرّف التكويني لا الاشئيات بقوله تعالى: «فَكُلُّهُ هَبَبِنَا مَرِيَّنَا»، فغاية دلالتها حرمة التصرّفات التكوينية في مال الغير بدون إذنه وطيب نفسه لا أكثر. وإن شئت قلت: إنّها تدلّ على عدم جواز أكل مال الغير ما دام مالاً للغير، لا ما إذا انتقل بالتصرّف عن ملك الغير وصار ملكاً للأكل.

والبحث في المقام في صحة انتقال مال الغير إلى الأكل بالتصريح الانشائي ، وهذا خارج عن مدلول الآية المباركة .

مدفوعة: بأنّ أكل المال في الآيات والروايات ، بل وفي الاستعمالات العرفية يراد به المعنى الأعم من التصرف التكويني أو الانشائي ، ويكون بمعنى أخذ المال كما في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تأكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِيَنْتَهُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آتَيْنَا لَكُمْ نَحْنُ الْأَرْبَعَةَ أَصْعَافاً مُضَاعِفَةً ﴾^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تأكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِنَّهُ كَانَ حُبَّاً كَثِيرًا ﴾^(٣) ، وقوله تعالى : ﴿ لَا تأكُلُوا فِرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِلْمَ وَأَنْتُمْ تَظَاهِرُونَ ﴾^(٤) .

وإن شئت قلت : إن التصرفات الوضعية كالبيع والهبة وغيرهما حيث إن الغرض والمقصود منها الوصول إلى الأكل والاستيلاء على الأموال فيكون النهي عن الأكل والأخذ ظاهراً في المنع عنها أيضاً عرفاً وعقلانياً ، فلا ينبغي التشكيك من هذه الناحية ، كما لا إشكال في دلالة مثل هذه الآيات على حرمة التصرف في مال الغير بلا إذنه وطيب نفسه مطلقاً .

ومنها : قوله تعالى في تصحيح نكاح الإمام ﴿ فَإِنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾^(٥) فإنها تدل على اشتراط أن يكون نكاح الأمة المملوكة باذن مولاها وماكها ولو بنحو التسلیک أو التحلیل ، وإلا فلا يكون صحيحاً بل يكون زناً ، والآية وإن كانت واردة في نكاح الأمة إلا أن التعدي منه إلى التصرف في سائر الأموال لعلم ثابت بالباء الخصوصية أو بالفحوى والأولوية العرفية .

١ - سورة البقرة، الآية: ١٨٨.

٢ - سورة آل عمران، الآية: ١٣٠.

٣ - سورة النساء، الآية: ٢.

٤ - سورة البقرة، الآية: ١٨٨.

٥ - سورة النساء، الآية: ٢٥.

ومنها: الأخبار والأحاديث المستفيضة الواردة في الخمس والأنفال وما يكون ملكاً للأئمة عليهما السلام من التصريف بحرمة وبطلان التصرفات والمعاملات الواقعية عليها من قبل الحكماء العاجزين الغاصبين لمقامهم إلا ما حلّواه وأذنوا فيه لشيئهم، فإنّها أيضاً تدلّ وبالسنة مختلفة على بطلان تلك العقود والمعاملات الواقعية عليها؛ لأنّ الحكماء ليسوا مالكين ولا أولياء عليها، فهي أيضاً واضحة الدلالـة على اشتراط أن يكون التصرف في مال الغير باذن ولـي المـال وأمرـه ورضاـه.

ومنها: الروايات الدالة على حرمة التصرف في مال الغير وعدم حلـيه إلا باذنه - وقد تقدمت الإشارة إليها سابقاً أيضاً - فإنـها تدلّ على حرمة التملـيك والتمـلك لكونـه تصرـفاً عـرـفاً، فيـكونـ مشـمـولاً لإـطـلاقـ النـهـيـ الدـالـ فيـ أمـثـالـ المـقـامـ علىـ الفـسـادـ، بلـ هـذـاـ اللـسـانـ يـنـفـسـهـ لـسانـ حـصـرـ الـوـلـاـيـةـ وـالـسـلـطـةـ الـوـضـعـيـةـ للـمـالـ فيـ صـاحـبـهـ أوـ منـ يـنـوبـ عنـهـ.

ومنها: النبي المعـروفـ «لا بـيعـ إـلـاـ فـيـ مـلـكـ» والـوارـدـ فيـ المـسـتـدـرـكـ نـقـلاًـ عـنـ كـابـ عـوـالـيـ اللـثـالـيـ عـنـ عـمـرـوـ بـنـ شـعـيبـ عـنـ أـبـيهـ عـنـ جـدـهـ عـنـ النـبـيـ ﷺ أـنـهـ قـالـ: «لا طـلاقـ إـلـاـ فـيـ مـاـ تـمـلـكـهـ، ولا بـيعـ إـلـاـ فـيـ مـاـ تـمـلـكـهـ»^(١).

وهي تدلّ على اشتراط المالـكيـةـ بـعـنـيـ الـوـلـاـيـةـ عـلـىـ التـصـرـفـ بـنـاءـ عـلـىـ إـرـادـةـ مـاـ تـمـلـكـهـ فـيـ قـبـالـ مـلـكـ الآـخـرـينـ، لاـ إـرـادـةـ مـمـلـوكـةـ الـبـيـعـ فـيـ قـبـالـ أـنـ يـكـونـ مـبـاحـاًـ.

إـلـاـ أـنـ الرـوـاـيـةـ لـاـ سـنـدـ لـهـ.

ومنها: النبيـ المعـروفـ: «الـنـاسـ مـسـلـطـونـ عـلـىـ أـمـوـالـهـ»؛ لأنـ نـفـوذـ بـيـعـ غـيرـ

١ - مستدرك الوسائل ١٣: ٢٣٠، الباب ١ من عقد البيع، الحديث ٤.

المالك وعدم إمكان منعه عن ذلك خلاف سلطنته على ماله ، بل هذا اللسان لسان حصر السلطنة في التصرفات الوضعية في الأموال بالمالكين ، حيث أضيفت الأموال إليهم في عقد الموضوع ، فليس المراد بالسلطنة الملكية للمال كما تقدم شرحه فيما سبق ، ولا ينافي هذا الحصر ثبوت ولایة التصرف بالوكالة في الوصي والوكيل أو الولي ، فإنّ الأول والثاني من قبل نفس المالك فهو إعمال للسلطنة من قبل نفس المالك . والثالث خارج موضوعاً عن الرواية ؛ لأنّ الولاية إنما تثبت في مورد المحجور عليه والقاصر الذي لا يتأتى منه التصرف كالسفيه والصبي أو الجهات العامة التي هي شخصيات قانونية غير حقيقة ، وهذا كله خارج عن موضوع النبوي تخصصاً ؛ لأنّه يكون من النيابة القانونية عن المالك القاصر . إلا أنّ الحديث لا سند له رغم اشتهره .

ومنها : الروايات الكثيرة المتفرقة الدالة على بطلان البيع والشراء من دون أمر المالك أو رضاه وإذنه ، وامتياز هذه الطائفة من الروايات أنها واردة في خصوص تصرف غير المالك وابطاله من دون النيابة عن المالك ، من قبيل مكابحة الصفار - وهي معتبرة - عن أبي محمد الحسن علیه السلام في حديث : « فهل يصلح للمشتري ذلك وإنما له بعض هذه القرية وقد أقرّ له بكلها ؟ فوق علیه السلام : لا يجوز بيع ما ليس بملك ، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك »^(١) .
وصحیح ابن مسلم : « لا تشرها إلا برضأ أهلها »^(٢) .

ورواية محمد بن القاسم : « قل له ليمنعها أشد المنع ، فإنّها باعته مال مملكة »^(٣) .

١ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٩ ، الباب ٢ من عقد البيع ، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٤ ، الباب ١ من عقد البيع ، الحديث ٣.

٣ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٣ - ٣٣٤ ، الباب ١ من عقد البيع ، الحديث ٢.

ومعتبرة إسحاق: «ما أحب أن يبيع ما ليس له»^(١).

ورواية محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالكها أو بأمره أو رضى منه»^(٢).

ومن قبيل ما ورد من عدم جواز تصرف المرأة بالعطاء أو التصرف من مال زوجها بغير إذنه ، وكذلك الأجير^(٣).

ونفس المعنى يستفاد من روایات النکاح والتي تحصر نفوذ التزویج باذن المرأة أو إذن ولیتها إذا كانت بکراً.

وهذه الروایات وغيرها أكثرها معتبرة سندًا وواضحة دلالة على شرطية الملك أو أمر المالك ورضاه أو النيابة عنه في صحة العقد على ماله.

وهكذا تثبت شرطية الملك بمعنى أن يكون مالکاً وصاحب الحق في العقد ، فمن لا صلة له بالمال لا أهلية ولا ولایة له للتصرف في ذلك المال إلا إذا كان نائباً عن المالك .

▣ نظرية النيابة في الفقه الإسلامي :

والنيابة عن المالك لها أنواع وأقسام ، فقد يكون باذن المالك أو جعله كالوكيل والوصي ، وقد يكون بتعيين من الشارع كالأب والجد والحاكم الشرعي ، وقد يكون بتعيين الحاكم كالقيّم . وتفصيل ذلك وسائل أحكام وأنواع النيابة ينبغي ايراده في بحث مستقل تحت عنوان: (نظرية النيابة في الفقه الإسلامي).

١ - وسائل الشيعة ١٧ : ٣٣٥ - ٣٣٦ ، الباب ١ من عقد البيع، الحديث ٥.

٢ - وسائل الشيعة ١٧ : ٣٣٧ ، الباب ١ من عقد البيع، الحديث ٨.

٣ - وسائل الشيعة ١٧ : ٢٦٩ ، الباب ٨١ مـا يكتسب به .

إلاً أننا نقول في المقام إجمالاً: أنَّ النيابة إذا كانت بحكم الشارع - وتسُمَّى بالولاية الشرعية أو النيابة القانونية - أو بحكم القضاء - وتسُمَّى بالنيابة القضائية - تكون حدودها ونفوذها حسب الدليل الشرعي الدال على تلك الولاية والنيابة الشرعية أو القضائية، فحدود ولاية الأب والجد والولي الفقيه وعدول المؤمنين، وكذا حدود ولاية القاضي أو الأمين القضائي، ومواردها تحدُّدها أدلة الولاية العامة والخاصة، وتلك الأدلة تكون هي الدليل على نفوذ تصرفات الولي ونيابته عن المالك أو المولى عليه في تلك الدائرة والحدود. وأمّا إذا كانت النيابة بإذن المالك وصاحب الحق وجعله فهذا أيضاً يمكن أن نقسمه إلى قسمين:

- ١ - النيابة التوافقية ، وهي النيابة عن المالك الحاصلة بالعقد - بإرادة عقدية - كما في الوكالة والوصية .
- ٢ - النيابة بارادة منفردة عن المالك الحاصلة بالإذن منه قبل التصرف أو بالإجازة لذلك التصرف بعده.

والقسم الأول من هذين القسمين تكون أدلة صحة ذلك التوافق والعقد كأدلة صحة الوكالة والوصية - بنفسها دالة على نفوذ التصرف بالنيابة فيه؛ لأنَّها المضمون المنشأ بالوكالة أو الوصية .

وأمّا القسم الثاني - وهو النيابة بالإذن أو الإجازة - فيمكن أن يستدلَّ على صحة ونفوذ العقد - من غير المالك - بإذن المالك أو إجازته بوجوه، وبعض هذه الوجوه تجري في القسم الأول أيضاً :

- ١ - السيرة العقلائية المضادة شرعاً، بل السيرة المتشريعية الضرورية عند المسلمين، فإنَّهم كثيراً ما لا يباشرون عقودهم بأنفسهم، بل يأذنون للغير بالقيام بذلك أو يجيزون تصرُّفه، وهذا صحته لعلَّه من المسلمات والضروريات الفقهية .

٢- التمسك باطلاق دليل سلطنة المالك على ماله وحلية مال المسلم لغيره باذنه، فإنه يقتضي سلطنته أيضاً على الإذن بتصرف غيره في ماله ببيع أو غيره، وكذا حلية تصرف الغير في مال المسلم بالبيع ونحوه باذنه ورضاه.

إلا أنَّ رواية السلطنة لم تثبت بسند صحيح، ولو ثبتت فهي إنما تدلُّ على حصر السلطنة بيد المالك وعدم صحة التصرف في مال الغير، لا صحة كل عقد باذنه أو إجازته.

وإنما حديث «لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلا باذنه» فقد يشكل على الاستدلال به على كفاية الإذن بأنه من قبيل: «لا صلاة إلا بظهور» في مقام بيان شرطية الرضا وطيب نفس المالك في حلية التصرف، لا كفاية ذلك في صحة عقد الغير، أي يدلُّ على حصر السلطنة بيد المالك وعدم حق للغير في ماله.

هذا، ولكن يمكن أن يقال بأنَّ ظاهر هذا التعبير كفاية تصرف المالك وحليته باذنه، خصوصاً الروايات الخاصة الم提قدمة، حيث قد صرَّح فيها بحلية مال الغير بأمر المالك أو إذنه.

وهذا ظاهر في كفاية أمره وإذنه في صحة الشراء، ففي مکاتبة الحميري: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالكها أو بأمره أو رضى منه»، ولعل المقصود من (رضى منه) الإجازة بعد العقد أو إظهار الرضا وهو الإذن.

٣- ما ذكره جملة من الأعلام من أنَّ الإذن السابق وكذا الإجازة اللاحقة في الأمور الإنشائية الاعتبارية يصح استناد ذاك الأمر الاعتباري إلى الإذن والمجزي حقيقة، فيقال: (باع المالك) فيكون عقد الوكيل والمأذون عقداً للمالك، فتشمله أدلة الصحة ونفوذ تصرفات المالك من قبيل **«أوفوا بالغفوة»** و**«تجازأ عن تزاضب مِنْتُمْ»** و**«وأحلَّ اللَّهُ أَنْبَيْنَعْ»** على القاعدة وبلا حاجة إلى دليل آخر.

وهذا البيان صحيح في الإذن والتوكيل والسبب بانشاء العقد، وكذا في الإجازة، ولا يصح في الوكيل المفوض والوصي ؛ فإن إرادتهما مستقلة عن الموكل والوصي ، وهذا ما سنشرحه أكثر فيما يأتي .

كما أن هذا البيان يجعل الإذن والإجازة خارجين عن باب التصرف بنيابة وداخلين في باب تصرف المالك نفسه بالسبب ، وهذا أحد التحليلين في حقيقة الإجازة ، فإن التحليل الفقهي لصحة عقد الفضولي بالإجازة اللاحقة قد يكون على أساس إعطاء النيابة بالإجازة للفضولي كما هو ظاهر الفقه الوضعي ، وقد يكون من باب استناد عقده إلى المالك بالإجازة اللاحقة ، فيكون صحيحاً لكونه صار عقداً للمالك كما هو ظاهر بعض فقهائنا .

هذا ، ولكن الفقه الوضعي يريد بالفضولي أو الفضالة معنى خاصاً وهو من يتصرف في مال الغير ببيع ونحوه من أجل مصلحة الغير وتفضلاً عليه ، كما إذا كان في بقائه تلفاً للملك ، فالفضولي عندهم من باب الفضل والإحسان إلى الغير ، بينما في فقهاً بمعنى التطفل والفضول ، سواء كان البيع لمصلحة الملك أو لا .

وحيئذٍ لو أريد من الفضولي المعنى الخاص المذكور أمكن تخریج صحته على أساس النيابة الشرعية أو الاتفاقية إذا قلنا بقاعدة الإحسان وأن التفضل - ولو بمعنى الحفظ عن التلف أو فساد المال - يوجب رضا المالك وإذنه - ولو بالفحوى - بذلك التصرف ، أو يوجب الولاية للمحسن شرعاً على ذاك التصرف ، فتكون من باب النيابة والولاية الشرعية المختصة بهذا المورد .

ثم إن هنا بحثاً حول كفاية مجرد الرضا الباطني من قبل المالك في حصول النيابة وتصحيح عقد الفضولي ولو لم يبرز ذلك بالإذن أو الإجازة اللاحقة أو عدم كفاية ذلك ، وهذا بحث قد طرحته الشيخ الأنصاري في بحث بيع الفضولي سنواتيك به عند البحث عن تصحيح عقد الفضولي بالإجازة .

وعلى ضوء ما شرحناه يمكن القول بأن نظرية النيابة بالمعنى الأعم في الفقه الإسلامي تحل إلى مصطلحات ثلاثة تختلف فيما بينها مفهوماً وآثاراً، وهي كما يلي:

- ١ - الولاية ، وهي المعتبر عنها بالنيابة القانونية أو القضائية في الفقه الوضعي.
- ٢ - النيابة عن المالك - كما في الوكالة والوصاية - .
- ٣ - الإذن والرضا من قبل المالك .

والنوع الأول لا تكون حقيقته نياية بل ولاية على المالك أو صاحب الحق ، وهي تختلف في مفهومها عن النيابة؛ لأنها ترجع إلى حق للولي على المولى عليه ؛ ولهذا أيضاً تكون إرادة الولي مستقلة كارادة المالك ، وليس نائبة عن إرادة المولى عليه ، بل حاكمة عليها. كما أنها قد تكون حكماً شرعياً لا يقبل الإسقاط - كما في ولاية الأب والحاكم الشرعي - وأيضاً يشترط في نفوذ التصرف بالولاية أن تكون في مصلحة المولى عليه ، أو أن لا يكون فيه مضرّة عليه ، وهذا بخلاف النيابة ؛ فإنها مفهوم وضعبي واعتباري آخر تكون فيه إرادة النائب قائماً مقام إرادة المنوب عنه .

وأما الرضا أو الإذن بالتصريف والإجازة فهي تصرف الأصيل نفسه ، ويكون فيها النائب وسيطاً لا أكثر ؛ ولهذا تكون العبرة بنية الأصيل وإرادته ، كما أن شروط الأهلية تشترط في المجيز لا الوسيط عدا ما يرجع إلى تحقق العقد ، بخلاف النيابة في الوكيل المفوض أو الوصاية فإن إرادة الوكيل أو الوصي تكون مستقلة والعبرة بها ، ولابد من توفر شروط الأهلية في النائب أيضاً - على ما سيأتي - ولكنها ليست من باب الولاية بل من باب قيامها مقام إرادة الأصيل بالتوافق والعقد .

وأثره أن النيابة بهذا المعنى قابلة للاسقاط والعزل من قبل الأصيل ، كما أن

التصرّف بالنيابة يكون نافذاً حتى إذا كان على خلاف مصلحة المنوب عنه فيما إذا كان مشمولاً لدائرة النيابة والوكالة، وكذلك الإجازة والإذن فإنّهما يمكن أن يتعلقاً بما يكون على خلاف مصلحة الم Giz و الآذن ، بخلاف التصرّف بالولاية فإنه لا بد وأن يكون بمصلحة المولى عليه أو لا يكون بضرره.

وأيضاً يشترط في النيابة عن المالك أو صاحب الحق - النيابة التوافقية - أهلية كل من النائب والمنوب عنه ، فلو ظهر عدم أهلية أحدهما بطل التصرّف ، وهذا بخلاف الولاية ؛ فإنه لا يشترط فيها أهلية المولى عليه ، بل كثيراً ما تجعل الولاية من جهة عدم أهلية المولى عليه وقصوره عن الأهلية ، وإنما اللازم في الولاية أهلية الولي فحسب .

وكذا في الإجازة والإذن يشترط أهلية الم Giz و الآذن ، ولا يلزم في الوسيط المباشر للعقد أكثر من أن يكون قادراً على إنشاء العقد وإجراء الصيغة .

وأيضاً تصرّف الولي وارادته حاكمة ومقدمة على إرادة المولى عليه إذا كانت ارادته في نفسها نافذة ، فارادة الأب والجد مثلاً في تزويج البنت الباكر مقدمة على إرادة البنت ، وهذا بخلاف النائب والمأذون فإنّ إرادته محكومة لارادة الأصيل إذا خالقه .

ويترتّب على ذلك أنّ الولاية لا تتعدد للولي والمولى عليه معاً وفي عرض واحد ، فلو كان شخص ولیاً على آخر في شأن من شأنه لم تكن للثاني الولاية على ذلك الأمر ولم يصح تصرّفه فيه بدون إرادة ولیه ، وهذا بخلاف النيابة فإنّ ولاية الوكيل في عرض الأصيل ، ولا توجب سلبها عن الأصيل وانتقالها إلى النائب ، وأما الإجازة فليس فيها - على المشهور في فقهنا - إعطاء ولاية للمباشر أصلاً . إلى غير ذلك من الفروق والامتيازات المترتبة على كل واحد من هذه المصطلحات الثلاثة .

وعلى هذا الأساس ميّز الفقه الإسلامي بين الولاية والنيابة التعاقدية والإذن والإجازة واعتبرها ثلاثة مفاهيم متباعدة لكل واحد منها مضمونه الخاص وأحكامه المتفاوتة، وإن كانت تشتراك في تصحيح العقد والتصرف الواقع من غير الأصيل وللحقوق أثر العقد بالأصيل وماليه، فلا ينبغي جعلها من باب واحد كما فعله الفقه الوضعي.

ونحن سوف نبحث عن الإجازة لعقد غير المالك وأحكامها فيما يأتي تحت عنوان (مدى إمكان تصحيح عقد الفضولي).

٣ - عدم الحجر الشرعي (القانوني) :

وأمّا الشرط الثالث للأهلية - وهو عدم الحجر الشرعي - فنزيد به أن لا يكون منع قانوني عن تصرف المالك في أمواله لأجل حق الغير ، وهذا يكون في ثلات موارد: الإفلاس ، والوصية بأكثر من الثالث ، ومنجزات المريض المحاباتية ، حيث ثبت فيها الحجر الوضعي عن التصرف حفظاً لمصلحة الديان والورثة ، ونحن لندخل في أدلةها ؛ لأنّها محررة في مجالها من الفقه .

وهذا الحجر قد يجعله الشارع ابتداءً كما في الوصية بأكثر من الثالث ومنجزات المريض ، وقد يجعله من خلال حكم القضاء كما في الإفلاس ، ويسمى بالحجر القضائي .

وقد يلحق بالحجر الشرعي المنع عن بيع العين المرهونة أيضاً ، إلا أنّا ذكرنا أنّ المنع فيها باعتبار منافاة ذلك مع الرهن والوثيقة ، فيكون نفوذ الرهن بنفسه مانعاً عن إمكان البيع بناءً على القول ببطلان بيع العين المرهونة من قبل المالك ؛ لعدم قابلية المحل له كالوقف ، لا لحجر قانوني على المالك . كيف ، وقد أوجده المالك والتزم به على نفسه بعقد الرهن .

كما أنه قد يجعل من مصاديق الحجر القانوني المملوك الذي سلب عنه السلطة الوضعية بقوله تعالى : « عَنِّدَ مُؤْلُوْكًا لَا يَقْبِرُ عَلَى شَيْءٍ »^(١) ، إلا أنَّ هذا راجع أيضاً إلى أنه ليس مالكاً طلقاً للمال ، أي عدم ملكيته أصلاً ، أو إذا فرض مالكاً فمولاه أيضاً مالك له ولأمواله بملكية طولية أرفع ، فما يملكه ملك لمولاه بحسب الحقيقة ، فليس عدم ولايته من جهة حجر قانوني على تصرفاته أو قصور في إرادته ؛ ولهذا لو باع مال غيره بأنَّ كان وكيلًا عنه في ذلك صح بيعه بلا حاجة إلى إذن مولاه ، وتفصيل ذلك متroc إلى محله .

نعم ، يمكن أن يلحق بذلك موارد الحجر على أموال شخص من ناحية الحاكم ، كما إذا حجر على مال البغاء مثلاً.

والدليل على شرطية عدم الحجر نفس أدلة الحجر ؛ فإنها تدلَّ على سلب أهلية المالك عن التصرف في ماله بسبب الإفلاس أو في أكثر من ثلث ماله بالوصية أو بسائر التصرفات في مرض الموت ، وتفصيل ذلك متroc إلى كتاب الحجر .

٤ - الاختيار وعدم الإكراه :

وأما الشرط الرابع للأهلية - وهو الاختيار بمعنى الرضا وطيب النفس وعدم الإكراه - فقد بحثناه وذكرنا أدلة شرطيته بتفصيل عند البحث عن الركن الأول (الإرادة العقدية) حيث جعله البعض شرطاً محققاً للعقد كما تقدم ، فلا حاجة للإطالة والإعادة هنا . نعم ، هناك بحوث مهمة عن مدى شرطية الرضا أو مانعية الإكراه ، نذكرها فيما يلي .

■ مدى شرطية الرضا أو مانعية الإكراه :

هناك أبحاث تتعلق بمدى شرطية الرضا وطيب النفس في صحة العقد أو مانعية الإكراه عن صحته نورد أهمتها فيما يلي :

أ - هل الرضا شرط أو الإكراه مانع :

وقد البحث في أنّ الرضا وطيب النفس شرط في صحة العقد أو الإكراه مانع واشتراط طيب النفس أخصّ وأضيق من اشتراط عدم الإكراه؛ إذ قد لا يكون إكراه ولكنه مع ذلك لا طيب نفس بالمعاملة كما إذا كان يتخيّل الإكراه مع عدم وجوده واقعاً، أو موارد الخوف من بطش الغير وإن لم يكن إكراه بالفعل.

والصحيح: أنّ المدرك على هذه الشرطية إنّ كان متمثلاً في الآيات والروايات الدالة على لزوم التراضي وطيب النفس فيأخذ مال الغير فهي تقتضي شرطية الرضا وطيب النفس - بالمعنى المتقدم شرحه - وكذلك لو كان المدرك سيرة العلاء فإنّهم يشتّرطون حرية الإرادة العقدية وصدورها عن رضا أصحابها. وأمّا إنّ كان المدرك على الشرطية المذكورة حديث رفع الإكراه أو بعض الروايات الخاصة الواردة في بطلان طلاق المكرّه وعتقه وسائر تصرّفاته فظاهرها مانعية الإكراه .

ولكن تقدّم عدم تمامية الاستدلال بحديث الرفع في المقام، والروايات الخاصة بين ما لا يمكن الاستدلال به وما يمكن استظهار إرادة شرطية الرضا وطيب النفس منها ولو بمناسبات الحكم والموضع، فالصحيح أنّ الرضا شرط في صحة العقود، لا أنّ الإكراه مانع ، ولكن المقصود من الرضا وطيب النفس ما تقدّم من عدم سلب حرية الإرادة والذي يحصل بالإكراه والتخويف والضغط على التعاقد بالذات لاشيء آخر ولا الاضطرار، وقد تقدّم شرح ذلك.

ب - حكم الإكراه مع وجود المندوحة :

لو كان المكره قادرًا على التفصي بما لا يوجب عليه مشقة أو حرjaً لوجود المندوحة له، فلا يصدق الإكراه قطعاً، وهل يكون عقده عندئذٍ إذا أقدم عليه مع طيب نفسه أم لا؟

ذهب بعض الأعلام إلى ذلك^(١)، وهو الصحيح؛ لأنّ معناه أنه راضٌ نفسياً بالعقد مع تيسير المندوحة له وعلمه بذلك. نعم، لو كان جاهلاً أو كان فيه مشقة أخرى أشد من ضرر العقد لم يكن له طيب النفس، بل قد يصدق الإكراه في مثل ذلك أيضاً.

وقد وقع البحث عند جملة من الفقهاء في كفاية تمكّن المكره من التورية وعدم قصد العقد جدأً في صحة العقد وأنه هل يمنع ذلك عن صدق الإكراه أم لا؟ ذكر بعضهم في وجه البطلان حتى مع إمكان التورية بأنّ المكره - بالكسر - لو علم بالتورية لبطش به، فخوف البطش من قبل الظالم المكره - بالكسر - موجود هنا، بخلاف ما إذا تمكّن من ترك العقد بالخروج والاحتماء بالآخرين فإنه يرفع خوف البطش مطلقاً^(٢).

إلا أنّ هذا المطلب غير تمام؛ لوضوح انتفاء التخوف الفعلي مع وجود المندوحة، سواء كان بنحو التورية أو غيرها مع العلم والالتفات إلى ذلك، والمعيار في صدق الإكراه وجود التخوف الفعلي لا إمكان البطش على تقدير علم المكره - بالكسر - كيف ولو أكره أحد على شرب الخمر مع تمكّنه من اهراقه

١ - محاضرات في الفقه الجعفري ٢١٩ : ٢.

٢ - السكاسب ١ : ١٢٠ (ط - الشهيدي).

في جيبيه مثلاً حرم عليه شريها جزماً، مع أنه لو علم المكره بذلك لبطش به أفاله
يقال بأن الإكراه صادق في المقام وأن الحرمة ترفع عنه؟!
وقد يستدل بالروايات الدالة على جواز الحلف كذباً، ك الصحيح زراره قال:
«قلت لأبي جعفر عليه السلام على العشار فيطلبون متأن نحلف لهم ويخلون
سبيلنا ولا يرضون متأن إلا بذلك؟ قال: فاحلف لهم فهو أحل من التمر
والزبد»^(١). على أن التمكّن من التورية لا يمنع عن صدق الإكراه على الحلف
مع القصد للمعنى؛ ولهذا ارتفع حرمته، وحمل الروايات على موارد عدم
إمكان التورية حمل على فرد نادر.

بل في قضية عمّار وأبويه حيث أكرهوا على الكفر فأباه قتلا وأظهر لهم
عمّار ما أرادوا فجاء باكيأ إلى النبي عليه السلام فنزلت الآية: «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ
إِيمانِهِ إِلَّا مُكْرِهُ وَقَلْبُهُ مُطْفَئٌ بِالْأَيْمَانِ»^(٢)، فقال له رسول الله عليه السلام: إن عادوا
 وعد»^(٣)، ما يدل على صدق الإكراه حتى مع التمكّن من التورية.
والنتيجة أن مجرد التمكّن من التورية لا يمنع عن صدق الإكراه على العقد إذا
لم يور العاقد.

ويلاحظ على هذا الاستدلال: أمّا بالنسبة للأية الشريفة فلا أنها ناظرة إلى
حرمة اظهار الكفر - وهي ثابتة حتى إذا لم يكن قاصداً له - والإكراه صادق
بل يلاحظ على كل حال، ولا نظر في الآية ولا الرواية الواردّة في قصة عمّار إلى
حرمة الكذب أصلاً.

وأمّا بالنسبة للروايات المصرحة بتجويز الحلف كذباً فهذا حكم خاص

١ - وسائل الشيعة: ٢٢، ٢٢٥، الباب ١٢ من الأيمان، الحديث ٦.

٢ - سورة النحل، الآية: ١٠٦.

٣ - وسائل الشيعة: ١٦: ٢٢٥ - ٢٢٦، الباب ٢٩ من الأمر بالمعروف، الحديث ٢.

وتسهيل من قبل الشارع في الموارد المذكورة، فلا يمكن أن يستفاد منها صدق الإكراه في موارد التسken من التورية بوجه أصلًا، على أنَّ الطبع الأوّلي للناس هو القصد في الاستعمالات والتورية بالنحو الذي لا يلتفت إليه المخاطب أمر على خلاف الطبع الأوّلي في المحاورات ويغفل عنها عامة الناس، ولا يكون عندهم طيب نفس بالمعاملة، فتحمل هذه الروايات على الوضع الطبيعي العام.

وعلى كُلِّ فلا دلالة في شيءٍ من ذلك على صدق الإكراه مع وجود المندوحة حتى بنحو التورية مع الالتفات إليها وإمكانها في باب المعاملات. ولا فرق بين مندوحة وأخرى إلا من حيث إمكان التوجّه والالتفات إليها أو القدرة عليها بلا مشقة.

نعم، لابد من افتراض أنَّ المندوحة أمر يستسيغه المكلَّف، أمَّا إذا كان لا يرغب فيه فأقدم على العقد بدلًا عنه كان باطلًا؛ لعدم طيب نفسه به، بل ولصدق الإكراه عليه أيضًا عرفاً ولو على تقدير ترك ما لا يستسيغه من المندوحة، وهو كافٍ للبطلان كما سنشير إليه، ولعلَّ من موارد ذلك المأخوذ حياءً والذي هو كالمأخوذ غصباً؛ لأنَّه لا يرغب في مخالفته الحياة.

جـ- حكم الإكراه بحق :

لا شكَّ في أنَّ الإكراه بحقٍّ بمعنى من ثبت له حق إكراه الغير على العقد أو أخذ ماله واجراء ذلك العقد عليه بنفسه - كما في القاضي بالنسبة للممتنع عن أداء حق الغير فإنه ولِي الممتنع - لا يوجب بطلان العقد الصادر منه عن إكراه؛ لأنَّ معنى ثبوت تلك الولاية له أنَّ الميزان رضاه وإرادته، سواء أجري العقد بنفسه أو

أجبره على إجرائه، وأنه لا يشترط رضاه في قبالت رضى من له الولاية عليه، فيكفي رضاه وإرادته للعقد لكونه ولائلاً كالمالك، وهذا واضح لا شبهة فيه.

وإنما ينبغي البحث في غير موارد ثبوت الولاية على العقد للمكره - بالكسر - وإنما له مجرد حق على الآخر، كما إذا أجبر الأب ابنه أو الزوجة زوجها على اقتراض مال أو بيع أرض ليؤدي النفقة الواجبة عليه والتي هي حق الأب أو الزوجة ، فهل يحكم بصححة هذا العقد لكون الإكراه فيه بحق أم يحكم ببطلانه ؟

وهذا البحث لم يذكر بتفصيل في كلمات الفقهاء ، ولكن الفقه الوضعي تعرض إلى ذلك وجعل العقد المذكور صحيحاً ما دام الإكراه لغرض مشروع بشرط أن تكون الوسائل المستخدمة للإكراه مشروعة ، بل ذهب بعضهم إلى الصحة حتى إذا كان باستعمال وسائل غير مشروعة لغرض مشروع ، كما إذا هددت الزوجة زوجها بالقتل أو بتشهيره إذا لم يعطها النفقة .

ولا ينبغي الإشكال في صحة إكراهه على دفع النفقة وإعطائها لصاحب الحق إذا كان يحق لهأخذ ذلك المال بدون رضاه بعنوان ذاك الحق تقاصاً أو إكراهه على الدفع ، فإن دليل تجويز ذلك بنفسه يدلّ عرفاً - كما أشرنا في الولاية على الإكراه - على عدم اشتراط رضاه وطيب نفسه في هبته أو تملّكه لذلك المال لصاحب الحق بالأولوية والفحوى العرفية .

وأما إذا لم يكن كذلك كما في مثال إجبار الزوج على الاقتراض أو بيع أرضه نقداً التأخذ الزوجة نفقتها منه ، فقد يقال ببطلان العقد؛ لصدق الإكراه وعدم حرية الإرادة وطيب نفس الزوج فيكون باطلأً ، ومجرد ثبوت حق للزوجة أو لغيرها في النفقة عليه لا يبرر صحة الإكراه على القرض أو البيع فيقع باطلأً لا محالة ؛ تمسكاً بإطلاق دليل شرطية الرضا وطيب النفس .

وقد يقال: إذا كان المكره معذوراً لا يجب عليه أداء ذلك الحق، كما إذا كان فقيراً معسراً فلا يكون إجباره غرضاً مشروعاً، أي لم يكن بحق وإن كان غير معذور ومكلفاً شرعاً بالأداء لصاحب الحق ولو بإنشاء عقد . فما دلّ على جواز استنفاذ صاحب الحق لحقه ومطالبة من عليه الحق بذلك وإجباره عليه شرعاً يدلّ عرفاً على أنَّ له الولاية على إكراهه على العقد المتوقف عليه استنفاذ حقه . بل لا يبعد أن يقال بانصراف أدلة شرطية الرضا وطيب النفس وحرمة أكل المال بالباطل، وكذلك أحاديث رفع الإكراه عن كل مورد يكون فيه الاقدام على العقد واجباً شرعاً ولو لتوقف أداء حق الغير واستنفاذه عليه؛ لأنَّ النظر في أدلة هذه الشرطية إلىأخذ أموال الناس وحقوقهم بدون التراضي وطيب النفس لا ما هو حق الأخذ بحسب أمر الشارع وحكمه، فلا يكون هذا أكلاً بالباطل، ولا مشمولاً لأدلة شرطية طيب النفس أو مانعية الإكراه، بل لا إكراه في ذلك عرفاً؛ فإنَّ الإجبار على أداء الواجب إنما ليس إكراهاً عرفاً، أو يكون خارجاً عن مدلول نفي الحكم المستتره عليه، وإلا كان كل واجب وحرام شرعياً إكراهاً للمكلف، كما إذا نذر أن يبيع داره فباعه خوفاً من عذاب الآخرة فلابد وأن يقال بطلان بيعه، وهو كما ترى.

هذا، ولكن إنما يصح ما ذكر فيما إذا وجوب شرعاً ذلك العقد والتصرف القانوني بخصوصه لأداء الدين، أو ثبت لصاحب الحق شرعاً جواز إجباره من عليه الحق عليه، وأماماً في غير هذين الفرضين فلا يتم ما ذكر، ويكون إجباره على العقد الذي لا يجب عليه شرعاً بخصوصه من دون طيب نفسه موجباً لبطلانه بمقتضى أدلة شرطية الرضا وطيب النفس أو مانعية الإكراه.

نعم، إذا أجبره على دفع حقه فاضطر المكره - بالفتح - على بيع ماله لذلك صح البيع؛ لكونه من الاضطرار لا الإكراه.

د - الإكراه على الجامع بين فعلين :

إذا أكرهه على الجامع بين تصرفين وفعلين فهنا صور:

١ - أن يكون كلا الفعلين سخر معاملة واحدة، كما إذا أكرهه على بيع داره من زيد أو عمرو فاختار أحدهما، ولا إشكال في هذه الصورة في صدق الإكراه وعدم طيب النفس في ما يختاره من أحدهما؛ لأن الأثر والحكم الشرعي موضوعه مطلق البيع، وقد أكره عليه، فترتفع صحته، بل الإكراه دائمًا يكون على الجامع بهذا المعنى ولو من حيث الزمان أو المكان أو كيفية إجراء العقد؛ إذ لا يتفق عادة الإكراه على الجزئي الحقيقي من جميع الجهات.

٢ - أن يكون كلا الفعلين تصرفًا إنسانياً ومعاملة ولكنها من سخرين، كما إذا أكرهه على بيع داره أو إجارة مركبه أو طلاق زوجته، وهنا أيضًا لا ينبغي الشك في صدق الإكراه على ما يختاره من أحد التصرفات وكونه بلا رضاه وطيب نفسه.

وما يقال: من أن كلاً من العقدتين والأثرين الشرعيتين بخصوصيته ليس مكرهاً عليه وإنما الإكراه على الجامع الانتزاعي بينهما وهو عنوان أحدهما أو أحد الأثرين الشرعيين وهو ليس حكمًا شرعاً.

نعم، المكلف مضطر في مقام دفع الإكراه أن يختار أحدهما فتكون صحته وأثره الخاص منفيًا من باب الاضطرار؛ إذ ليس في نفيه ما يخالف الامتنان.

مدفوعة:

أولاً - بأن الاضطرار أيضًا يكون إلى الجامع الانتزاعي كالإكراه، فلا وجه للتفرقة بينهما من هذه الناحية.

وثانياً - صدق الإكراه على ما يختاره من أحدهما عرفاً، كما أنه لا رضا ولا طيب نفس له بما يقوم به.

وإن شئت قلت: إنّ مدلول دليل الشرطية نفي طبيعي الأثر والحكم الشرعي عن المكره عليه، والإكراه على الجامع بين العقدتين أو التصرفين إكراه على جامع الأثر الشرعي المترتب عليهما، فيكون ما يختاره مشمولاً لدليل نفي الإكراه جزماً، وهذا واضح لا ينبغي التشكيك فيه.

٣ - أن يكون أحد الفعلين معاملة والآخر فعلًا تكوينياً ولكن فيه ضرر أو مشقة عليه، كما لو أكرهه على بيع داره أو الخروج من البلد أو إعطاء مال له، وفي هذه الصورة أيضاً يكون بيعه باطلًا إذا أقدم عليه فراراً من الضرر الآخر أو المشقة؛ لصدق الإكراه وعدم الرضا وطيب النفس.

ودعوى: أنّ هذا أشبه بالاضطرار والذي يقال فيه بالصحة، كما إذا ألمه الظالم بدفع ضريبة فاضطر إلى بيع داره لذلك؛ لأنّه لم يكرهه على خصوص البيع بل على الجامع.

مدفوعة: بالفرق بين الموردين، فإنه لا إكراه على البيع في مورد الاضطرار، وإنما الإكراه على أخذ الضريبة ودفعها يتوقف على تحصيل المال ولو ببيع داره، فيكون نظير من يحتاج إلى ثمن علاج مريضه فيضطر إلى بيع داره، بخلاف محل الكلام والذي يكون بيع الدار متعلقاً لإرادة الظالم المكره - بالكسر - أيضاً ولو على سبيل البديل فيصدق الإكراه على البيع، بل لا يكون الإكراه إلا بفرض ما فيه مشقة أو ضرر على المكره عادة، فيكون مخيّراً بين جامع العقد أو تحمل ذلك الضرر أو المشقة. كما أنه لا طيب نفس للبائع، أي لو كان بيعه باطلًا لفرح بذلك بخلاف المورد الأول، وهذا واضح أيضاً.

٤ - أن يكون الفعل الآخر حقاً واجباً أداؤه شرعاً، كما إذا أكرهه على أن يبيعه

كتابه أو يدفع دينه الذي يستحقه عليه ، وفي هذه الصورة حيث إنَّ دفع ذاك الحق يكون واجباً عليه فيندرج في المسألة السابقة ، أعني الإكراه بحق أو بسببه فيصح البيع ، فإنَّ من حقه الإجبار على الجامع المذكور .

وإن شئت قلت : إنَّ أقدمه على البيع ليس من أجل الإكراه ؛ لأنَّه لم يكرهه عليه بخصوصه ، وإنما هو من باب الاضطرار لما أُجبر عليه بحق .

٥ - أن يكون الفعل الآخر فعلاً تكوينياً مباحاً ولا حرج ولا ضرر في الاقدام عليه ولكن المكره - بالفتح - لا يرغب فيه ، كما إذا قال له : (زر الأمير ، أو تبيع دارك) فاختار بيع داره للتخلص من زيارته للأمير الذي لا يرغب فيه ، وبليحق بذلك ما إذا كان ذاك الفعل واجباً تكليفيأَللّه سبحانه وتعالى ، كما إذا قال : (صلُّ أو تبيع دارك) فيجبره على الجامع المذكور ، وهنا عنوان الإجبار والإكراه لا يصدق على خصوص البيع الذي هو موضوع الأثر الشرعي للصحة ؛ ولهذا لو كان حراماً تكليفاً لم ترتفع حرمته - كما إذا أجبره على الجامع بين حرام ومباح - إلا أنه مع ذلك يقال ببطلان بيده ؛ لأنَّه لم يصدر عن الرضا وطيب النفس ؛ ولهذا يفرح من بطلانه كسائر موارد الإكراه دون موارد الاضطرار ، فبناءً على شرطية طيب النفس يحكم بالبطلان ، فيكون من موارد الفرق بين شرطية الرضا ومانعية الإكراه .

ولكن قد يقال بصدق الإكراه على بيعه أيضاً ؛ لأنَّ المكره - بالكسر - وإن لم يكرهه على البيع مطلقاً ولكنه يكرهه عليه على تقدير عدم أداء الفعل الآخر الذي من حقه أن لا يفعله ، وهذا بخلاف موارد الاضطرار كما إذا أكرهه على ذلك الفعل المباح بالخصوص ولكنه كان يرتفع الإكراه على تقدير بيع ماله فاضطر إلى بيعه ، وهذا المقدار من الإكراه كاف في بطلان المعاملة وإن لم يكن كافياً لرفع الحرمة ؛ فإنَّ الروايات الخاصة المتقدمة في بطلان المعاملة بالإكراه ظاهرة

اشترط انتفاء مطلق الإكراه على المعاملة وحرمة إرادة العاقد وعدم صدورهما بسبب إكراه المكره - بالكسر - عليها ولو على تقدير، فتدبر جيداً.

٦ - أن يكون الفعل الآخر محظياً، كما إذا أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، وهنا لا ينبغي التشكيك في بطلان البيع لو أقدم عليه فراراً من الواقع في الحرام؛ لصدق الإكراه على البيع ولو من جهة أنَّ فعل الحرام أيضاً فيه عقوبة أخرى، كما أنه لا يكون البيع برضاه وطيب نفسه، وأمام حرج شرب الخمر فلا ترتفع؛ لما ذكرناه من عدم ارتفاع الحرمة إلا بالإكراه على الحرام بخصوصه.

٧ - أن يكرهه على الجامع بين معاملتين طولتين بحسب عمود الزمان، كما إذا أكرهه على البيع اليوم أو غداً، ولا إشكال في بطلان البيع غداً؛ لتعين الإكراه عليه لو لم يبع اليوم، وإنما البحث في بطلان بيعه اليوم إذا أقدم عليه، حيث قد يقال بعدم صدق الإكراه الآن مع إمكان تأخير البيع إلى الغد؛ ولهذا لو أكرهه على شرب الخمر الآن أو في الغد لم يجز له الشرب الآن؛ لأنَّه غير مجبور عليه الآن لترتفع الحرمة، وإنما يجب عليه الاجتناب إلى أن يتحقق الإجبار وعدم المناص من الترك على كل حال.

ومن هنا ذهب بعض الأعلام إلى الصحة لو باعه الآن^(١).

وهناك من ذهب إلى البطلان وفضل بين باب المعاملات وباب التكاليف^(٢)، وهذا هو الصحيح؛ وذلك لأنَّه لو فرض عدم صدق الإكراه على البيع الأسبق زماناً فلا إشكال أنَّ بيعه ليس بطيب نفسه ورضاه، فبناءً على شرطية الرضا وطيب النفس يبطل العقد، بل قد عرفت صدق الإكراه على تقدير، وهو كافٍ ببطلان المعاملة وإن لم يكف لرفع الحرمة.

١ - محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٢٥٧.

٢ - منية الطالب ١: ١٩٠.

هــ اختلاف فعل المكره عن مقدار الإكراه :

لو اختلف ما فعله المكره عن ما أكره عليه ، فتارة يكون الاختلاف بالتبان ، وأخرى بالنقيصة ، وثالثة بالزيادة .

أما الأول فمن قبيل أن يكرهه على بيع كتابه فيبيع فرسه ، وهنا لا وجه للحكم بالبطلان ؛ لعدم صدق الإكراه ، وكون البيع برضاه وطيب نفسه .

وقد يقال : إنه لو باع فرسه برجاء أن يقنع بذلك المكره - بالكسر - ويرفع يده عن إكراهه ببيع الكتاب بطل البيع أيضاً ، لا لصدق الإكراه ، بل لعدم طيب النفس .

إلا أن هذا غير صحيح ، بل بيع الفرس هنا بطيب نفسه ولو في طول الإكراه على بيع الكتاب وبمصلحة حفظه على الكتاب ، وهذا نظير إكراهه على دفع مال للظالم فيبيع فرسه ليدفع ذاك المال إلى الظالم . نعم ، لو فرض أن المكره - بالكسر - بدأ إكراهه عن بيع الكتاب إلى بيع الفرس صدق الإكراه أيضاً وكان بلا رضا وطيب النفس .

وأما الثاني فمن قبيل أن يكرهه على بيع فرسين فيبيع واحداً منهما ، وهنا لا إشكال في البطلان إذا كان البيع من أجل الإكراه ، سواء كان ناوياً ببيع الفرسين تدريجاً أو كان يرجو اكتفاء المكره - بالكسر - بذلك ، فإنه على كلا التقديرين يصدق الإكراه ، كما أن العقد لا يصدر برضاه وطيب نفسه .

وأما الثالث فمن قبيل أن يكرهه على بيع فرس واحد فيبيع فرسين ، فهنا إذا كان المكره عليه فرساً معيناً بطل بيعه دون الفرس الآخر ، وكذا إذا كان المكره عليه أحد الفرسين لا على التعيين وباعهما تدريجاً لا دفعة واحدة ، حيث إن بيع

الفرس الأول يرتفع به الإكراه ويكون بيع الفرس الثاني من غير إكراه وبطيب نفسه - على كلام سيأتي هنا أيضاً -.

وقد وقع البحث في موردين:

المورد الأول: أن يبيع الفرسين دفعة واحدة.

المورد الثاني: أن يكون بيعه للفرس الثاني - حتى إذا كان بعد الأول - من أجل بيع الأول لأنّه يتضرّر به كما إذا أكرهه على بيع أحد فردي الحذاء فاضطر إلى بيع كلا فرديه .

فبالنسبة للمورد الأول اختلفت كلمات الفقهاء فيه بين قائل بصحة البيعين^(١) وقايل بفسادهما^(٢) وقايل بصحة أحدهما وبطلان الآخر لا بعينه ويكون التعين بالقرعة^(٣) أو بالتفصيل بين بيعهما لشخص واحد فيكون التعين بيد البائع وبيعهما لشخصين فالقرعة^(٤) .

ومدرك القول الأول أنّ ما وقع - وهو بيع الفرسين معاً - لم يكن مكرهاً عليه ، وإنّما كان بطيب نفسه وإرادته ، فلا وجه للبطلان .

ومدرك القول الثاني أنّ أحد البيعين كان عن إكراه بحيث لولاه لما باع شيئاً منهما ، والآخر كان بلا إكراه فلابد من بطلان أحدهما وصحة الآخر ، بحيث لا تعين حتى واقعاً للباطل عن الصحيح فيحصل الإجمال في إطلاقات أدلة الصحة والنفوذ ويسقط الإطلاقان عن الحجّة ، وتكون النتيجة بطلانهما معاً ؛

١ - المكاسب ١ : ١٢١ .

٢ - التعلقة على المكاسب ١ : ١٢٥ .

٣ - كتاب البيع ٢ : ٧٧ .

٤ - محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ٢٦٥ .

لأن الصحة بحاجة إلى شمول الدليل ، ولا يمكن لدليل الصحة أن يشمل المقام إلا بنحو أحدهما المردود الذي لا وجود له .

ومدرك القول الثالث صحة التمسك بدليل الصحة في أحدهما بعنوانه الإجمالي الكلّي ، فيكون نظير بيع الكلّي في المعين والبعين بيد البائع مطلقاً أو بالقرعة بناءً على شمول دليلها للمقام أو على التفصيل المذكور .

والصحيح : هو القول الأول ، أما إذا كان من أول الأمر راضياً ببيعهما معاً وإنما لم يكن يرضى ببيع أحدهما فقط فواضح ؛ لأنّه يحكم بصحة البعين حتى إذا كانا في زمانين ، لا دفعه واحدة ؛ لتحقيق طيب النفس وعدم صدق الإكراه على بيع شيء منها ، ولو فرض الصدق على الأول منها في البعين التدريجيين فليس رفعه امتنانياً عليه ، فيصبح القول الأول في هذا الفرض بلا إشكال .

وأما إذا كان غير راضٍ ببيعهما معاً من أول الأمر ولكنه لأنّه يريدهما معاً ولا يريدبقاء واحد منها عنده فحيث أجبر على بيع أحدهما اضطر إلى بيع الثاني أيضاً ، فهنا قد يقال بأنّما يبطلان معاً حتى إذا كانوا طوليين ؛ لأنّ أحدهما بيع عن إكراه والآخر عن اضطرار ، وحيث لا امتنان في صحته عليه وحده فيكون مرفوعاً بدليل نفي ما اضطرر وأعليه فكلا البعين باطل ، أحدهما بالإكراه والآخر بالاضطرار^(١) .

إلا أنّ هذا الكلام غير تام ؛ إذ مجرد عدم رغبته في بقاء أحد المالين عنده لا يكون اضطراراً لكي يشتمله حديث الرفع ، مضافاً إلى ما تقدم من عدم صحة التمسك بحديث الرفع لاثبات بطلان المعاملات .

ولا يبعد أن الصحيح في هذا الفرض أيضاً صحة البيعين معاً؛ لأنَّ المالك في طول الإكراه يحصل له طيب النفس ببيع المالين معاً، نظير ما يحصل في موارد الاضطرار، كما إذا أجبره على دفع ضريبة فاضطر إلى بيع داره لذلك؛ فإنَّ بيع المجموع لم يكن مكرهاً عليه وإنما وقع برغبة المالك قطعاً وقد كان حراً في ترك ذلك، وكونه في طول الإكراه لا يمنع عن تحقق طيب النفس الطولي بالنسبة إلى بيعهما معاً، ولا فرق في ذلك بين بيعهما دفعة واحدة أو بالتدرج، فبناءً على شرطية طيب النفس لابد وأن يقال بالصحة في كلا الفرضين، وأمّا بناءً على مانعية الإكراه فهو وإن كان صادقاً بالنسبة لأحدهما اللامعيّن أو الأسبق زماناً - إذا كانا تدرّجتين - إلا أنَّ رفع صحة أحدهما على خلاف غرض المالك، فيكون خلاف الامتنان، فلا تشمله أدلة الرفع ومانعية الإكراه.

نعم، لو فرض صدق الإكراه على كلا العقدتين عرفاً للارتباط بينهما بحسب غرض المالك صح القول الثاني في هذا الفرض، وهذا هو ظاهر المحقق الخراساني ^(١).

إلا أنَّ هذا على إطلاقه غير مقبول؛ لوضوح عدم صدق الإكراه على بيع المجموع جزماً، ومجرد كون رغبة المالك أو مصلحته في عدم ابقاء أحدهما عنده لا يوجب صدق الإكراه على كلا البيعين إلا إذا كان تلازم عرفاً بين البيعين كبيع أحد فردي الحذاء، وهذا هو المورد الثاني الذي سيأتي البحث عنه.

وأمّا صحة أحد البيعين لا بعينه ثم تعينه بالقرعة أو باختيار المالك فهذا القول أيضاً لا يمكن قبوله؛ وذلك:

أولاًـ لما ذكرناه من أنّ ابطال أحد البيعين خلاف الامتنان بالنسبة للمالك.
وثانياًـ ما تقدم من أنّ الإكراه ليس مانعاً وإنما طيب النفس شرط وهو
حاصل بالنسبة لبيع المجموع ولو في طول الإكراه على أحدهما، وهذا يكفي
للصحة؛ لأنّ طيب النفس الطولي على المجموع الذي لم يكن متعلقاً للإكراه
يكفي في الصحة.

وثالثاًـ متعلق البيع شخص المالين لا عنوان أحدهما، ومجدد صدق عنوان
أحدهما ضمن المجموع لا يكفي للتمسك باطلاق دليل الصحة بالنسبة إليه؛ لأنّه
فرع تعلق العقد به بعنوانه كما في بيع الكلي في المعين ولا عقد كذلك في المقام،
وبيع المجموع شخصياً عقد مباین مع بيعين لأحدهما اللامعين بنحو الكلي في
المعين، وليست النسبة بينهما نسبة الأقل إلى الأكثر لكي يقال بامكان التمسك
بدليل الصحة في أحدهما اللامعين، كما أنّ أحدهما المردّ لا وجود له، وما
يختاره المالك أو تعينه القرعة لم يتعلق به العقد لكي يمكن تطبيق دليل الصحة
عليه، فيتعين الحكم بالبطلان فيما معاً بناءً على مانعية الإكراه.

وبالنسبة للمورد الثاني وهو ما إذا كان بيع المجموع من أجل تضرره ببيع
أحدهما كبيع أحد فردي الحذاء أو أحد مصراعي الباب فقد حكم بعض الأعلام
ببطلان البيع فيما معاً؛ لاستناد بيع المجموع إلى الإكراه وخوف الضرر الناشئ
منه فيصدق عرفاً الإكراه على بيع المجموع معاً^(١).

وهذا الكلام قد يصح بالنسبة إلى المثالين المذكورين فيكون الإكراه في الواقع
على بيع الباب بكلام مصراعيه أو الحذاء بكلام فرديه، وعندئذ يصدق الإكراه على

بيع المجموع كما لا رضا وطيب النفس بالنسبة لما أكره عليه عرفاً وهو المجموع، أي يكون المضطر إليه - ولو من جهة الضرر - هو المكره عليه، وأماماً في غير ذلك كما إذا كان بقاء أحد الفرسين عنده مضرًا به اتفاقاً فباعهما معاً للفرار من ذلك الضرر، فصدق الإكراه على المجموع لمجرد تضرره اتفاقاً بذلك بعيد، بل هذا الفرض أيضاً داخل في المورد السابق والذي قلنا فيه بصحة بيع المجموع كسائر موارد الاضطرار في طول الإكراه على فعل آخر.

وهكذا يتضح أنه بناءً على شرطية طيب النفس يصدق طيب النفس الطولي في بعض موارد الإكراه في المقام نظير موارد الاضطرار، فيصبح العقد على المجموع رغم صدق الإكراه على بيع البعض منه أيضاً ولكنه لا يضر بصحة بيع المجموع؛ إنما تكون رفع الحكم به على خلاف الامتنان، أو لحصول طيب النفس به من باب الاضطرار.



الفصل الثاني : مركز شروط الأهلية

■ مركز شرطية العقل والاختيار :

أما العقل والاختيار بالقدر اللازم في تحقق القصد والإرادة العقدية فهما شرطان في الإرادتين معاً، أي في كلا ركني العقد المادي والمعنوي؛ إذ بارتفاعهما لا ينعقد ولا يتحقق العقد حتى انشاء، فينتفي الركن الأول للعقد أيضاً، فهما شرطان في الإنشاء واجراء الصيغة أيضاً، فضلاً عن الالتزام والإرادة الجدية، فالمحجون والساهي والنائم والصبي غير المميت والسكران لا يتحقق منهم حتى انشاء العقد واجراء الصيغة .

نعم، السكران إذا لم يبلغ به السكر حدأً يفقده التمييز والقدرة على إنشاء العقد فقد يصح عقده إذا أفاق ورضي أو أجاز عقده، وعليه تحمل موثقة ابن بزيع المتقدمة^(١) في امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها من رجل في سكرها ثم أفاقت ورضيت بذلك - وقد تقدم الحديث عنها في بحث سابق - .

■ مركز شرطية البلوغ والرشد وعدم الإكراه :

وأما البلوغ والرشد أو عدم السفة وكذا الاختيار بمعنى طيب النفس أو عدم الإكراه فلا إشكال في إمكان إنشاء العقد من البالغ المميت والسفيه والمكره، وإنما لا يصح عقدهم لما تقدمت الإشارة إليه من حصول نقصان وضعف في الإرادة العقدية الجدية الصادرة في زمن الصبا والسفه والإكراه، وأنها إرادة غير تامة أو غير حرّة وكاملة، سواء لعارض كما في الإكراه أو لقصور ذاتي كما في الصبي

١ - وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٤، الباب ١٤ من عقد النكاح، الحديث .

والسفيه . ومن هنا يصح أن يقال بأن هذه الشروط الثلاثة للأهلية ترجع إلى الركن المعنوي للعقد وفقدانها يوجب بطلان العقد من جهة خلل فيما هو روح العقد وركنه المعنوي وهو الالتزام أو التراضي والإرادة الباطنية المنشأة بذلك الإنشاء ، وأمّا صيغة الإنشاء وقصده الاستعمالي والاشتائي فلا قصور فيه .

نعم ، ادعى البعض أنّ الصبي إنشاؤه أيضًا لا إنشاء ؛ لأنّه مسلوب العبارة بمقتضى إطلاق رفع القلم عن الصبي ، وأنّ عدده خطأ ، كما أنه ادعى البعض أيضًا أنّ إنشاء المكره لا يمكن أن يقع جزء السبب وجزء الموضوع للصحة وترتباً الأثر ؛ لأنّه خلاف إطلاق حديث رفع الأثر عن الإكراه ، وكلتا هاتين الدعويين سيأتي ردّهما .

ويترتب على هذا مطلبان :

الأول: إذا فقدت بعض هذه الشروط فيمن لا يكون هو صاحب التعهد والالتزام الباطني ، وإنما هو مجرد مأذون أو مسؤول عن اجراء الصيغة والإنشاء ، أي الإرادة الظاهرة فقط مع فعلية الإرادة لدى المالك أو الولي صح العقد .

الثاني: أنّ من كان وكيلًا مفوضاً عن الغير في أصل التعاقد والتعهد والالتزام يشترط في هذه الشروط أيضًا ؛ لأنّه هو المعتمد وصاحب الإرادة العقدية مستقلاً ، والمالك مسؤول عن تعهده بالوكالة لا الأصلية .

وهذا يعني التفصيل في موارد اجراء الصبي أو السفيف أو المكره للعقد من قبل الغير بنحو تكون الإرادة والالتزام الباطني منسوباً إلى المالك أو الولي ، والواسطة مجرد آلة أو مأذون في اجراء العقد وإنشائه من قبل المالك فيكون نافذًا ، وبين ما إذا كانت الواسطة وكيلًا مفوضاً في ايقاع الالتزام العقدية والتعاقد بحيث تكون التزاماته نافذة على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة ، فإنه في مثل ذلك يشترط

البلوغ والرشد وعدم الإكراه في الوكيل المفوض ، فمن دونها يكون العقد باطلًا؛ لأنَّ الوكيل المفوض مستقل بالإرادة والعقد .

نعم ، قد يصح باجازة المالك أو الوكيل بعد ذلك إذا تحقق الشرط فيه لتحقق عقد المالك أو الوكيل حينئذٍ ، وذاك لا ينافي البطلان قبل الإجازة .

وهذا هو معنى ما ذكرناه من أنَّ مركز هذه الشروط الثلاثة نفس الإرادة العقدية والالتزام الذي يقع موضوعاً لوجوب الوفاء والنفوذ ، سواءً كان من المالك أو من نائبه المفوض إليه وليس معنى النيابة والوكالة أنَّ هذا الالتزام هو التزام المالك ، بل هو التزام النائب أصلًا ولكته نافذ على المالك إما بحكم القانون كما في الولي الشرعي أو بمقتضى التزام وعقد آخر أخذه المالك على نفسه كما في الوكيل والوصي .

وهذا هو فرقه عن باب الإجازة أو الإذن بمضمون عقد خارجي معين من قبل المالك ، فإنَّ صحته عندئذٍ من جهة انتساب الإرادة والالتزام حقيقة للمالك ، ومن هنا يحكم ببطلان عقد الصبي والسفيه والمكره إذا كان وكيلًا مفوضاً أو مأذوناً كذلك فلا يكون نافذاً على المالك ، بخلاف ما إذا كان مأذوناً في مجرد اجراء العقد والإنشاء وكان بأمر المالك أو إذنه ، فإنه يكون الالتزام العقدي الجدي للمالك ، ويكون إذنه أو أمره بالإنشاء بنفسه إنشاءً تسبيبياً منه كإجازة اللاحقة . والدليل على هذا التفصيل مضافاً إلى إمكان دعوى أنَّ هذا هو مقتضى الارتكاز والفهم العقلي لمغزى شرطية هذه الشروط الثلاثة شمول إطلاق أدلة الشروط للحالة الأولى - أي الوكيل المفوض المستقل في العقد ، وكذلك الولي - دون الثانية - أي المأذون أو التسبيب إلى إجراء العقد أو إجازته بعد وقوعه - فهنا دعويان :

أثما الأولى منها : فلأنَّه في الإكراه مع فرض عدم رضا الوكيل المفوض

وعدم طيب نفسه بالمعاملة تكون مشمولة ل تمام الأدلة الدالة على شرطية طيب النفس فيكون العقد باطلًا؛ لأنّ مفاد تلك الأدلة اشتراط رضا الولي على التصرف الوضعي في المعاملة الذي هو المالك أو من له هذا الحق استقلالاً ولو من باب النيابة أو الولاية ، فإذا لم يكن طيب النفس حاصلاً كان العقد باطلًا.

وإن شئت قلت : إنّ التجارة عن تراضٍ لا تصدق في هذه الحالة حتى إذا كان المالك واقعاً راضياً بانتقال ماله إلى الغير ما لم يأذن في شخص هذا العقد الصادر عن وكيله المفوض بالخصوص ؛ لعدم تحقق انتساب التجارة عن تراضٍ إليه ، فهو كما في الولي لابد من طيب نفسه وإرادته الكاملة ولا أثر لطيب نفس المولى عليه .

وأما في الصبي والسفيه فلأنّ الأدلة المتقدمة وإن كانت جملة منها كالآيات والطائفة الثالثة من الروايات واردة في تصرف الصبي في مال نفسه استقلالاً بأن يملك أمر نفسه وأمواله - كما ورد هذا التعبير في الطائفة الثالثة - ولهذا قد يقال بأنّ هذا التعبير لا يشمل ما إذا تصرف بالوكالة عن الولي في مال نفسيهما أو في مال الغير بالوكالة عن الغير .

إلا أنه مع ذلك يمكن إثبات البطلان فيه تارة بالرجوع إلى عموم الطائفة الثانية - رفع القلم - بناءً على تمامية دلالتها ، فإنّ اطلاقها يشمل ما إذا كان وكيلًا مفوضاً.

وآخرى بأنّ ملك الأمر يصدق في الوكيل المفوض ، وإنما لا يصدق في فرض كونه مأذوناً في شخص المعاملة ، بل دفع المال إليه وعدم امساك المال عليه الوارد في الآية والروايات أيضاً صادق على تقويضه لأنّ يتصرف مستقلًا في ماله كما هو واضح ، وإذا ثبت عدم صحة تصرّفه في ماله بالوكالة عن الولي يثبت في مال الغير بالفحوى العرفية والفقهية .

ودعوى: المنع عن الأولوية لأنَّ الملاك في الحجر في أمواله حفظ مصلحته لكونه يتيمًا وصغيراً أو سفيهاً، وهذا بخلاف مال الغير الذي وكله إليه، فإنه هو الذي أقدم على تضييع ماله باعطائه للوكلة والتغويض إلى السفيه أو الصبي.

ممنوعة: لأنَّ الارتكاز العرفي والعقلي يرى أنَّ عدم البلوغ أو الرشد بنفسه نكتة لعدم نفوذ معاملات من لا يكون رشيداً، وأنَّ الافساد في المال هي النكتة والحكمة فيه لا خسارة الصبي بالخصوص، وإنْ كان اللازم تخصيص المنع عن ايتائه المال بفرض لزوم الخسران لا مطلقاً، وهذا لا يفرق فيه بين التصرف في مال نفسه أو غيره.

والتعبير الوارد في صدر الآية الأولى من اضافة الأموال إلى المجتمع يؤيد أنَّ المقصود عدم إفساد الأموال المتعلقة بالمجتمع الإنساني بالأصل، ف تكون الفحوى العرفية تامة، خصوصاً إذا لاحظنا ارتكازية أصل هذه القاعدة، أعني محجورية الصبي والسفيه وكون النكتة فيها ما ذكرناه من قصور الإرادة وهي نسبتها إلى التصرف في مال نفسه ومال غيره على حدٍ واحد.

وثالثة بأنَّ صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة فيها إطلاق لفظي: «إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» فإنَّ جواز الأمر يشمل تصرفاته في مال نفسه أو مال غيره بالوكالة إذا كان مفروضاً.

وأوضح منها دلالة رواية حمران المتقدمة.

ودعوى: أنَّ الوارد في الصحيحه عنوان: «كتب عليه وجاز عليه» وهو ظاهر فيما يكون أمره عليه وهو ماله لا مال الغير.

مدفوعة: بأنَّ المراد من «كتب عليه» كتب عليه السينيات الذي هو كنایة عن حدَّ البلوغ، وأما قوله: «جاز عليه أمره» فهو يشمل كل ما كان تصرفًا منه ملزماً به، سواء كان في مال نفسه أو في مال الآخرين، فيشمل موارد استقلال الصبي

بالتصرف كالوكيل المفوض في مال الغير ، فتدل الرواية على أنه كل ما كان الزاماً على المتصرف اشترط في صحته ونفوذه أن يكون المتصرف من يمكّن الزامه وهو البالغ الرشيد دون الصبي أو السفيه ولو كان في مال غيره ؛ لأنَّ الوكيل المفوض أيضاً مسؤول عن التزامه في قبال الطرف الآخر وليس حاله حال جري الصيغة فقط .

بل نفس عقد وكالة الصبي والسفيه عن الغير أمر مصدق لقوله عليه عليه : « لا يجوز أمره » ؛ لما فيه من الآثار الازامية عليه في الوكيل المفوض فيكون مشمولاً لأدلة النهي عن جواز أمره على نفسه .

فما عن بعض أساتذتنا الأعلام ^{١١} من أنَّ عنوان أمر الصبي لا يصدق في المقام لأنَّ الأمر أمر الموكل لا الوكيل أو أنه ليس عليه شيء لا تكليفاً ولا وضعاً لا يمكن المساعدة عليه ؛ لأنَّ الوكيل المفوض هو صاحب التعهد والالتزام بوكلته المطلقة ؛ ولهذا يجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري وسائر شؤون العقد المفوض فيه ، فيكون التعهد المذكور ملزماً له . كما أنَّ دعوى الانصراف الوارد في بعض الكلمات في غير محله .

وكذلك دعوى قيام سيرة المتشرعة على أنَّ الكسبة يقيمون أبناءهم المميزين مقامهم لدى استيناس الرشد منهم ، فإنَّ هذا إنما أن يكون على أساس استيناس الرشد أو البلوغ أو الحصول على الرضا من ولية بنحو ينتسب العقد إلى الولي ؛ ولهذا نجد السيرة غير مختصة بتصرفات الصبي في مال أبيه ، بل يعم تصرفه كذلك في مال نفسه .

فالانصاف : إطلاق أدلة شرطية البلوغ وشمولها لتصرف الصبي والسفيه في

أموال الآخرين بنحو التفويض والاستقلال، وأن الأقرب هو عدم الصحة فيه كما عليه مشهور الفقهاء.

وقياس ذلك بموارد الإجازة أو الإذن باجراء الصيغة بنحو تنتسب إلى الموكل قياس مع الفارق؛ لما أشرنا إليه سابقاً من أنَّ الوكيل المفوض يكون هو صاحب الالتزام العقدي بحكم كونه ولِياً مفوضاً على المال، وليس التزامه وإرادته التزاماً صادراً من الموكل حقيقةً بل من الوكيل، ويلزم به الموكل بحكم صحة عقد التوكيل، فلابد وأن يكون صاحبه صالحًا لتوجه التكليف بالوفاء إليه، أي لابد له من أهلية الالتزام العقدي الذي يؤهله للقيام مقام المالك بحيث لو كان هو المالك كان مكلفاً بالوفاء، فإذا ثبت عدم أهليته للتوكيل بالوفاء لم تكن له أهلية التصرف الوضعي أيضاً.

وإن شئت قلت: إنَّ عدم صحة العقد في موارد التفويض ليس من جهة كون الصبي أو السفيه أو المكره مسلوب العبارة، بل من جهة أنه صاحب القرار والعقد.

فما عن بعض الأعلام من أنَّ عقد الوكيل المفوض عقد الموكل لا الوكيل، وعلى هذا الأساس نفى المنع عن تصرفات الصبي إذا كان وكيلًا في مال الغير مطلقاً، في غير محله؛ فإنَّ هذا يصح في الإجازة والإذن لا في التوكيل والتفويض أو الوصاية.

نعم، إذا كانت وساطته في إنشاء العقد بمثابة الآلة وكان العقد والإنشاء منتسباً حقيقةً إلى الموكل صح ما ذكر، كما إذا أكرهه الموكل أو أكره الصبي والسفيه الولي على عقد معين، فإنَّ إنشاء العقد قد ينتسب إلى الولي والموكل عندئذٍ فيصح باعتباره عقداً للمالك أو الولي.

وإذا ثبت بطلان تصرفات الصبي مستقلاً في مال الغير بنحو التفويض ثبت

بطلان توكيله في ذلك أيضاً حتى من قبل الولي في مال نفسه ، بل تقدم أنَّ هذا مشمول لآية النهي عن ايتاء غير البالغ الرشيد ماله .

وأما الدعوى الثانية: - أعني صحة المعاملة إذا كان الصبي أو السفيه أو المكره مأذوناً في اجراء الصيغة فقط وفي شخص تلك المعاملة فدليلها عدم شمول أدلة الشرطية ، أمّا أدلة اشتراط الرضا فلأنَّ إذن المالك للمكره على الإنشاء يجعل المنشأ عقداً للمالك ، والمفروض كونه عن الرضا وطيب نفسه ، فتشمله أدلة صحة التجارة عن تراض أو سائر أدلة الصحة والنفوذ إذا كان الإنشاء مستنداً إليه بالسبب من جهة الأمر أو الإذن به ، وإن كان مكرهاً عليه من قبله أو من قبل غيره .

وأما أدلة اشتراط البلوغ والرشد فلأنَّ الوارد فيها النهي عن دفع المال إليه وعدم جواز أمره ونحو ذلك ، وهذه الألسنة لا تشمل مثل هذه الحالة التي يكون الأمر فيها أمر الولي وتصرفه بحسب الحقيقة ، وليس الصبي مستقلًا فيه .

وقد يقال: إنَّه بناءً على عموم رفع القلم - الطائفة الثانية من الروايات - لمطلق الأحكام والآثار التكليفية والوضعية لا يكون لعقد الصبي أثر في المقام أيضاً ، وحيث إنَّه لم يصدر من الولي عقد آخر فلا منشأ لحصول التملك والتسلُّك ، وهذا هو مبني ما يقال بأنَّ الصبي مسلوب العبارة .

والجواب: أنَّ إذن الولي أو أمره وارساله الصبي أو السفيه للإنشاء يجعل العقد والإنشاء الواقع خارجاً منتسباً إلى الولي حقيقة ، بل لعلَّ رضاه الباطني مع تسبيبه لإجراء الصبي أو السفيه للصيغة يكون بمثابة ارسال الرسالة أو الرسول إلى الطرف الآخر لإبلاغه ، فيكون إبرازاً وإنشاءً لرضا نفس الولي بالمعاملة ، والصبي أو السفيه بمثابة آلة الإبراز ، ولو لم يكن بهذه المثابة فلا شك في أنَّ إذنه بشخص المعاملة كإجازة اللاحقة يجعل المنشأ الاعتباري الذي بلحاظه ينتزع

عنوان العقد منسوباً إليه كما سيأتي شرحه في إجازة الفضولي، فإن الأمور الإنسانية تختلف عن الحقيقة في إمكان انتسابها الحقيقي إلى المالك بالإذن والإجازة . فيكون بهذا العنوان موضوعاً للصحة ، وهذا لا يتوقف على أن يكون إنشاء الصبي والسفيه أو المكره بنفسه موضوعاً لحكم شرعى أصلأً.

والوجه في ذلك أن إنشاء ليس موضوعاً لحكم الشرعي بالصحة ، بل الإنشاء محقق للأمور الإنسانية الاعتبارية خارجاً ، وانتساب تلك الأمور الاعتبارية إلى المكلّف موضوع للأثر والحكم الشرعي ، وهذا الانتساب أمر تكويني لا حكم شرعى ، وهو يحصل في المقام بالإجازة والإذن حقيقة ، فيكون موضوعاً لحكم الشرعي .

وإن شئت قلت : إن إنشاء الصبي أو السفيه أو المكره وفي المقام يكون محققاً تكويناً لما هو موضوع لحكم الشرعي في طول الإذن أو الإجازة ، وليس نفسه جزء الموضع لحكم الشرعي لكي يتوهם إمكان نفي ذلك الحكم باطلاق رفع القلم عن الصبي ، أو رفع أثر الإكراه ؛ لأن الإذن أو الإجازة والامضاء للمنشأ الاعتباري من طرق ايجاد الأمور الاعتبارية أيضاً ، فلا يقاس بالأفعال التكوينية ، كما لا يقاس بالوكالة التي يكون فيها الوكيل مستقلأً في التزامه العقدي وقائماً مقام المالك شرعاً وقانوناً .

هذا ، مضافاً إلى عدم الإطلاق في أدلة الشروط المذكورة للمقام ، أمّا دليل شرطية طيب النفس في العقود والمعاملات فمن الواضح أنه مخصوص باكراه المالك أو الولي ونحوه ، بحيث تكون لرادته الباطنية ورضاه دخل في صحة المعاملة ، لا من يكون مكرهاً على مجرد إنشاء صيغة العقد واللفظ .

وأمّا دليل شرطية البلوغ ورفع القلم عن الصبي ، أو عدم جواز أمره ، فـأيضاً يختص بما يكون تكليفاً وأمراً على الصبي لا على غيره ، ويكون الصبي مجرد

آل وسبب للإنشاء، وكذلك دليل شرطية الرشد فإنه أيضاً كذلك، فما ذكره بعض الأعلام من أساتذتنا العظام ^ت من قصور شمول أدلة الأهلية تام في المقام. وهكذا يتضح أنَّ مركز اشتراط البلوغ والرشد والاختيار إنما هو الإرادة والالتزام العقدي الذي يقع موضوعاً للوفاء والصحة، فمن يكون له مثل هذا الالتزام بحيث يكون منسوباً إليه لابد وأن يكون التزامه كاملاً غير معيب وغير ناقص، وهذا يصدق على المالك والولي والوكيل المفوض، بخلاف المأذون في مجرد إجراء العقد من قبل الموكل أو بأمره؛ فإنَّ العقد فيه منسوب إلى الموكل بحسب الحقيقة بنفس الإذن أو الإجازة اللاحقة، وتسمية ذلك بالوكيل في اجراء الصيغة لا يخلو من مسامحة، وهذا بخلاف الوكيل الحقيقي، أي المفوض أو الولي؛ لأنَّ إرادة الوكيل أو الولي والتزامه أصليل ومستقل وغير منسوب إلى الموكل أو المولى عليه، فلا يقال إنه باع إلا بمعنى نتيجة البيع لا نفس عقد البيع، فليس هو صاحب العقد والالتزام، وإنما يلزم به ولو لم يكن راضياً حين العقد بمقتضى صحة توكيده أو ولايته، فإنَّ النيابة لا تجعل فعل النائب فعلاً للمنوب عنه حقيقة بل حكماً.

وهذه نقطة مهمة تترتب عليها آثار فقهية في موارد عديدة، منها المقام، ومنها بحث الخيارات، فهل يثبت الخيار للموكل أو للوكيل المفوض أو لهما معاً؟ ومنها وجوب الوفاء وتسليم المبيع أو ضمانه للمشتري وأنه هل يكون على الموكل أو الوكيل المفوض أو هما معاً؟

كل هذه الشمرات قد تترتب على ملاحظة هذه النقطة وتحقيقها وهي أنَّ إرادة الوكيل المفوض والتزاماته مستقلة عن الموكل أو منسوبة إليه؟ وال الصحيح أنها مستقلة.

وقد تقدم ذلك لدى البحث عن نظرية النيابة في الفقه الإسلامي أيضاً.

■ مركز شرط الملك أو النيابة عن المالك وعدم الحجر :

وأما اشتراط الملك أو النيابة عن المالك ، وكذا اشتراط عدم الحجر - ويمكن أن نعتبر عنهما باشتراط ملك التصرف - فمركزهما فاعلية الإرادة لا فعليتها ؛ إذ لا قصور في إرادة غير المالك أو المحجور عليه من حيث هي إرادة ، وإنما القصور في فاعليتها من ناحية أنها تصرف بحق الغير أو مزاحمة مع حقه ، ومن هنا قد يجعل البعض هذين الشرطين ضمن شروط المحل - شروط العوضين - في عداد سائر شروط المحل ، من قبيل كونه موجوداً ومقدوراً ومعيناً ، وأن يكون ملكاً طلاقاً .

ولكن الصحيح أن هناك فرقاً بين المقامين ، فتارة يبحث عن اشتراط كون الموضوع للعقد مملوكاً في نفسه فلا يمكن بيع غير المملوك - كالباج الأولي - وهذا من شرائط العوضين أو المحل ، وأخرى يبحث في من يتأهل للبيع والتصرف في المال والعقد عليه وهو المالك أو نائبه ، وهذا من شرائط المتعاقدين .

فحقيقة البحث هنا غير البحث هناك ، وكذلك في طرف الحجر ينبغي جعل البحث هنا عن الحجر على الشخص وسلب أهليته ، بينما هناك يبحث عن قابلية الشيء والمحل في نفسه للتصرف المطلوب فيه من قبل من له الأهلية ، سواء كان عدم قابليته لعدم كونه متمولأً أو عدم كونه ملكاً طلاقاً كالوقف والرهن .

فالبحث في المقام عن شروط أهلية الإرادة ؛ إذ لا قصور ولا إشكال في المحل في مورد فقدان الشرطين المذكورين ، وإنما الإشكال في فاعلية الإرادة وتأثيرها من ناحية قصور في صاحب الإرادة ولو من ناحية مزاحمة تصرفاته

في أمواله لحقوق الآخرين ، بخلاف ما يرجع إلى المحل من الشروط العقلية أو الشرعية التي تجعل المحل في نفسه غير قابل لإعمال الإرادة عليه حتى ممن له الأهلية .

والشيخ الأعظم الأنباري رحمه الله بحث شرطية الملك من الناحية الثانية ضمن شرائط المتعاقددين ، ومن الناحية الأولى ضمن شرائط العوضين .

وأياً ما كان فحيث إن شرطية هذين الشرطين راجعة إلى فاعلية الإرادة من ناحية حق الغير فمركز هذين الشرطين من يكون العقد له لا من ينشئه ، فلا يشترط في المنشيء للعقد أن يكون مالكاً أو نائباً عن المالك أو ولياً أو غير محجور عليه ، وإنما يشترط ذلك فيمن يقع العقد له ، وهذا يعني أنه لابد من انتساب العقد المنشأ إلى المالك أو الولي غير المحجور عليه حتى يكون فاعلاً وصحيحاً ؛ ولهذا في مورد إنشاء غير المالك لا يستند العقد إلى المالك إلا بجازة منه ، ولا يكفي الرضا الباطني من دون إرادة العقد من قبل المالك - كما سيأتي - لأن ما هو صحيح عقد المالكين أو من ينوب عنهم فكان اللازم في تحقق عقد المالك وقوع إذن سابق أو إجازة لاحقة منه ، فمن دون ذلك لا يناسب العقد والإنشاء إليه ، ولا يقع موضوعاً لأدلة الصحة والنفوذ .

وأما في المحجور عليه - وكذلك بيع الرهن - فقد يكفي رضا الديان والمرتهن في صحة الحق بلا حاجة إلى إجازة منهم لتحقق انتساب العقد إلى المالك فيما ، وهذا ما سنبحثه في الجهة القادمة .

كما أنه إذا كان المحجور عليه وكيلًا عن الغير في التصرف في ماله فلا موجب لتوهم بطلان تصرفاته المعاملية في أموال الغير ؛ لأنها غير مربوطة بأمواله المحجور عليها كما هو واضح .

والحاصل : أنه في مورد فقدان شرط فاعلية الإرادة لعدم المالكية لا تعتبر الإرادة الحاصلة عقداً من له ذلك ، فلا أثر لها ما لم تتحقق إرادة أخرى من له الأهلية ولو من خلال امضاء المالك أو الولي للعقد الواقع سابقاً ، فيؤثر في ترتيب آثار حصول الملك ، وهذا هو المسمى بالإجازة ، وحيث إن هذه إرادة للمنشأ الاعتباري بالعقد فلابد من إبراز لها أيضاً ، ومن هنا لابد في الإجازة من إبراز الإذن والإجازة ، أي إرادة ظاهرة أيضاً ، فلا يكفي مجرد الرضا الباطني في عقد غير المالك - الفضولي .-

وهذا بخلاف مورد فقدان فاعلية الإرادة لتعلق حق الغير بالمال ، فإنه يمكن أن تكون نافذة بلا حاجة إلى إنشاء أو إبراز جديد فيما إذا ارتفع المانع عن فاعلية وتأثير الإرادة ، كما إذا فك الرهن أو رضي المرتهن أو دفع دين الديوان أو أبرؤوه .

وهذا هو السبب للتفصيل بين موارد تصرفات الراهن أو المفلس مع فك الرهن والدين ، فتكون المعاملة صحيحة فيها بلا حاجة إلى إجازة وامضاء للعقد ثانياً من قبل البائع ؛ لأن ما صدر عقد كامل ، وإنما لم يحكم بنفوذه من جهة حفظ حق للغير على المتصرف ، وهو إنما يمنع عن صحة التصرف بمقدار المزاحمة والتقويت لا أكثر ، فإذا ارتفع ذلك الحق ولو بنحو الشرط المتأخر أمكن صحة العقد من أول الأمر ، وكذا إذا كان محجوراً عليه حين الایجاب وارتفاع الحجر عنه عند قبول الطرف الآخر .

وهذا بخلاف بيع غير المالك - الفضولي - بل وكذا موارد بيع الصبي أو السفيه أو المكره - على أصح القولين فيه - فإن صحتها بحاجة إلى الإجازة لتنسب إرادة عقدية كاملة وفعلية إلى من له ذلك ولو ببيان الإجازة والإمضاء ؛ لأن

الإرادة العقدية السابقة كانت ناقصة، أي لم تكن إرادة اختيارية تامة أو ممّن له أهلية الإرادة الباطنة.

ومن مجموع ما تقدم يعرف أيضاً أنه لا يكفي لتصحيح المعاملات في مثل بيع الصبي أو السفيه أو المكره بعد حصول الأهلية وارتفاع الإكراه الرضا الباطني بلا إجازة بدعوى أن العقد الواقع كان صادراً منه ومستندأ إليه، فلا يقاس على بيع الفضولي الذي يحتاج في تصحيحه من قبل المالك إلى الإجازة والإذن لكي يستند إليه.

ووجه عدم الكفاية أن مجرد استناد تلك الإرادة الناقصة لا يكفي لتصحيح العقد بعد أن كان الالتزام الواقع ناقصاً وبحكم العدم، أي القصور في نفس الإرادة العقدية وضعفها لا في فاعليتها، فلابد من إرادة عقدية جديدة ولو بامضاء تلك الإرادة والعقد الناقص الواقع سابقاً.

■ تلخيص واستنتاج :

ويتلخص من كل ذلك أن هناك ثلاثة خصوصيات لابد من اجتماعها في المتعاقدين لتحقق أهلية المتعاقد وتكون الإرادة التعاقدية مؤثرة وموضوعاً لوجوب الوفاء :

١ - أن تكون إرادة عقدية منسوبة إلى من له الأهلية وهو المالك أو الوالي والوكيل المفوض بحيث يمكن أن يكلف بالوفاء (شرط المالكية والنيابة عن المالك).

٢ - أن تكون إرادة كاملة لا قصور ولا ضعف فيها (شرط البلوغ والرشد والاختيار).

٣ - أن تكون الإرادة غير ممنوعة عن التأثير قانوناً؛ لوجود حق الغير في المحل (شرط عدم المجرر).

والخصوصية الأولى والثانية توافقان على الإجازة إذا وقع العقد فاقداً لأحدهما؛ لأنّه بالإجازة ينتمي العقد الكامل إلى من له الأهلية فيكمل ، ولو بلسان الإجازة والإمضاء لما وقع سابقاً، فلا يكفي مجرد الرضا الباطني.

أما فيخصوصية الأولى فلوضوح أنّ مجرد الرضا الباطني لا يجعل الإرادة الواقعـة من الغير إرادته وتعهدـه وعـقدـه بنـاءـاً عـلـى ما تـقـدـمـ من أنـ العـقـدـ أمرـ اـنـشـائـيـ لـابـدـ فيـ تـحـقـقـهـ منـ إـرـادـةـ بـاطـنـيـ وـإـنـشـاءـ منـ قـبـلـ الـمـالـكـ أوـ منـ يـنـوـبـ عـنـهـ ،ـ وـلـيـسـ مجردـ الرـضاـ الـبـاطـنـيـ منـ الـمـالـكـ عـقـداـ .

وأما الخصوصية الثانية فلأنـ الرـضاـ الـبـاطـنـيـ بعدـ تـحـقـقـ الـأـهـلـيـةـ أوـ اـرـتـفـاعـ الإـكـرـاهـ بـنـفـسـهـ لـيـسـ عـقـداـ وـتـعـهـدـاـ جـديـداـ وـبـاعتـبـارـ ماـ تـقـدـمـ مـنـ الـعـقـدـ إـنـ كـانـ منـسـوـباـ إـلـيـهـ وـلـكـنـهـ وـقـعـ نـاقـصـاـ وـغـيـرـ كـامـلـ ،ـ أـيـ لـيـسـ عـقـدـ الـبـالـغـ وـالـرـشـيدـ وـالـمـخـتـارـ ،ـ فـالـإـرـادـةـ الصـادـرـةـ مـنـهـ ضـعـيفـةـ وـلـيـسـ كـامـلـةـ ،ـ وـلـحـوقـ الرـضاـ بـهـ بـعـدـ الـأـهـلـيـةـ لـاـ يـجـعـلـهـ عـقـداـ وـإـرـادـةـ لـلـبـالـغـ وـالـرـشـيدـ وـالـمـخـتـارـ مـاـ لـمـ يـنـشـأـ مـنـ جـديـدـ ،ـ فـلـابـدـ مـنـ إـرـادـةـ أـخـرىـ وـلـوـ بـلـسـانـ إـمـضـاءـ وـإـجازـةـ ،ـ فـيـنـذـ الـعـقـدـ السـابـقـ عـنـدـئـيـ أـوـ يـنـتـسـبـ إـلـيـهـ فـيـكـونـ كـامـلـاـ وـيـتـرـبـ عـلـيـهـ الـأـتـرـ .

وأما الخصوصية الثالثة فقد يقال إنه لا يشترط فيها الإجازة من صاحب الحق ، بل يكفي رضاه وارتفاع المانع عن تأثير الإرادة واقعاً؛ لأنـ الإرادة فعلية وكاملة ومتتبـةـ إـلـيـ صـاحـبـهاـ وـهـوـ المـكـلـفـ بـالـوـفـاءـ وـصـاحـبـ الـعـقـدـ .ـ وـإـنـماـ المـانـعـ عـنـ تـأـثـيرـهـ تـعلـقـ حـقـ لـلـغـيرـ بـمـحـلـ الـعـقـدـ وـهـوـ يـنـتـفـيـ بـرـضـاهـ أـوـ زـوـالـ حـقـهـ ،ـ وـسـيـأـتـيـ مـزـيدـ تـوضـيـحـ لـذـلـكـ .

وقد خالف بعض الأعلام ^(١) في عقد المكره فاستظهر كفاية رضا المكره وطيب نفسه بعد العقد في صحة عقده، فلا يحتاج إلى إجازته؛ لأنَّ أدلة الصحة والنفوذ من قبيل: «أُوقِوا بِالْغَفْوَدِ» ^(٢) و«أَحَلَ اللَّهُ الْنَّبِيَّ» ^(٣) شاملة لعقد المكره حدوثاً وبقاءً، ولكن بالنسبة لزمان الحدوث والذي كان المالك فيه مكرهاً خصص دليلاً الصحة بأدلة شرطية طيب النفس وبطلان عقد المكره.

إلا أنَّ هذا يكون بمقداره، وهو زمان ما قبل طيب نفس المكره ورضاه لا أكثر، فيرجع في الزمان الثاني - وهو زمان رضا المكره بالعقد - إلى العموم الأزمني لأدلة الصحة، ولا يقاس ذلك بعقد الفضولي والذي يحتاج في تصريحه إلى إجازة المالك ولا يكفي مجرد رضاه؛ لأنَّ الموضوع لأدلة الصحة والنفوذ إنما هو عقد المالك، فما لم يجز المالك لا يكون العقد منتسباً إليه لتشمله أدلة الصحة، وهذا بخلاف عقد المكره فإنه منتسب إليه من أول الأمر حقيقة، وإنما خرج عن الحكم عليه بالصحة بدليل المخصص فيرجع في المقدار الزائد على زمان التخصيص إلى العموم الأزمني لأدلة الصحة.

وهذا البيان لا يمكن المساعدة عليه؛ وذلك:

أولاً - للنقض بموارد عقد غير البالغ أو السفيه أو من باع شيئاً ثم ملكه، فإنها جميعاً تحتاج في تصريحها إلى الإجازة اللاحقة، ولا يكفي في تصريحها مجرد رضاهم بذلك بعد البلوغ أو الرشد أو الملك، مع أنَّ دليل التخصيص إنما خرج زمان ما قبل البلوغ والرشد لا ما بعده، فيرجع فيه إلى العموم الأزمني لأدلة

١ - موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٦٩.

٢ - سورة العنكبوت، الآية: ١.

٣ - سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

الصحة، كما أنَّ الملك حاصل بقاءً في مورد من باع الغير شَرْطَ ملكه، والمفروض أنَّ إنشاء العقد كان من قبله وصادراً منه حدوثاً. وثانياً - بالحلَّ، وهو ما ذكرناه من أنَّ مركز هذه الشروط الإرادة العقدية المنشأة والتي هي من مقوله الأفعال الإنسانية الاعتبارية، فلابد وأن تكون تلك الإرادة فعلية وكاملة، أي صادرة من له الأهلية وهو المالك البالغ الرشيد، والمختار أي مع الرضا وطيب النفس، فإذا لم تكن صادرة من الواجد لذلك لم تكن موضوعاً للأثر الشرعي والقانوني، و مجرد لحوق الرضا لا يجعله فعل من له الأهلية؛ لأنَّ الفعل الواقع لا ينقلب عَنْها وقع عليه.

وإن شئت قلت : إنَّ العقد بما هو فعل إنساني اعتباري لابد وأن يكون عقد الراضي الطيب النفس وعقد البالغ والرشيد والمالك بما هو كذلك ، فإنَّ هذا هو المستفاد من أدلة اشتراط الأهلية عقلانياً وظاهر آية كون التجارة عن تراضٍ وروايات شرطية طيب نفس المالك ، وكذلك أدلة شرطية البلوغ والرشد ، فإنَّ المستظرف منها عرفاً والمناسب عقلانياً أنَّ إرادة غير البالغ والسفه ناقصة وضعيفة - كما ورد التعبير بذلك في بعض الروايات - وهذا لا يتحقق بلحوق الرضا ، بل لابد فيه من إعادة الإرادة والعقد أو إمضائه بالإجازة وابراز الرضا بذلك العقد كما سياقى شرحه .

الفصل الثالث : تصحيح العقد الفاقد لشروط الأهلية

ونبحث هنا فيما يترتب على تقدير فقدان كل واحد من هذه الشروط - شروط الأهلية - في العقد من حيث إمكان تصحيحه وعدمه :

١ - تصحيح عقد الصبي أو غير الرشيد :

أما إذا وقع العقد من الصبي المميز أو السفيه فتارة يبحث عن إمكان تصحيحه من قبل الوالي ، وأخرى عن إمكان تصحيحه من قبل الصبي نفسه إذا بلغ أو السفيه إذا صار رشيداً.

أ - تصحيح عقد الصبي أو السفيه من قبل الوالي أو الوكيل :

أما الأول فلا إشكال في إمكان تصحيحه من قبل الوالي إذا كان فيه مصلحة للصبي دون ما إذا كان فيه مفسدة أو ضرر عليه ؛ لأنّه خلاف شروط الولاية ، وهذا واضح.

وإنما البحث في أنه هل يجب لذلك الإجازة من قبل الوالي للبيع الواقع من الصبي أو السفيه كما في عقد الفضولي أو يكفي عدم الرد والرضا الباطني - وهذا يجري أيضاً في الرضا المقارن مع العقد وأنه هل يكفي أو لابد من إنشاء الإذن والإبراز للرضا - .

قد يقال بكافية الرضا الباطني ؛ لأنّ قصارى ما يثبت بالأدلة السابقة إنما هو عدم استقلال الصبي أو السفيه في التصرف لا أكثر ، وتفوز معاملته مع رضا الوالي وعدم منعه لا يكون من استقلال الصبي أو السفيه .

إلا أنّ الصحيح هو الأول لما تقدم من أن الإرادة والالتزام الذي يقع موضوعاً

لوجوب الوفاء لابد وأن يكون كاملاً مؤهلاً صاحبه لا ضعيفاً، والصبي والصغير ليس لهما هذه الأهلية عقلانياً وشرعياً، وإطلاق الروايات أيضاً يقتضي ذلك، فإن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز أمره» شمول تصرفه حتى مع رضا الولي الباطني ما لم يتنسب التصرف والعقد إليه، فلا بد من إرادة والتزام عقدي منسوب إلى الولي الذي هو المؤهل بدلأ عن المولى عليه، وهذا لا يتحقق إلا بإنشاء إرادة ولو بلسان امضاء وإجازة الإرادة والعقد الواقع من القاصر سابقاً؛ لأن الأمور الإنسانية صالحة للاتساب بالإجازة والامضاء الذي هو إيقاع بحاجة إلى إنشاء وابراز للرضا، وأئمّا مجرد الرضا الباطني من دون ابراز فهو ليس عقداً وتصرفاً انسانياً، كما أنه لا يكفي لاتساب الالتزام والعقد الواقع إليه.

ومنه يظهر أيضاً حال ما إذا تصرف الصبي كذلك في مال غيره تصرفاً انسانياً، كما إذا باعه مثلاً فإنه لابد من إجازة المالك أو إذنه لشخص ذاك التصرف ليقع العقد صحياً كما تقدم.

ثم إن بعض الأعلام حكم بصحة تصرفات الصبي في مال الغير على وجه الاستقلال إذا كان وكيلًا مفوضاً، واستدل عليه بأن عقده يكون عقداً للموكِل حقيقة، ومن هنا لا يكون مشمولاً لأدلة رفع القلم عن الصبي؛ لأنها ترفع الأثر المترتب على عقده بما هو عقد الصبي لا بما هو عقد للمالك، كما أن أدلة الحجر على الصبي قاصرة عن شمول تصرفاته في غير ماله.

وهذا البيان غير تام :

أولاً - ما ذكرناه في البحوث السابقة من أن العقد الواقع من الوكيل المفوض بارادته المستقلة لا يكون عقداً للموكِل، وإنما يكون كذلك إذا كان وكيلًا أو مأذوناً في اجراء شخص ذلك العقد والإنشاء مع تعلق الإرادة والتعهد بمضمونه

من قبل المالك أو كان الصبي مجرد آلة لا يراز إرادته وانشاءه ، وأماماً في غير هاتين الحالتين لا يستند المنشأ المعاملی إلى الغیر ولو كان هو الموکل إلا بالإجازة اللاحقة والتي تقدم أنها إنشاء حقيقةً لذلك المضمون المعاملی من أول الأمر ، وهو معقول في باب الانشائیات .

لا يقال : الوکالة بنفسها تقضي تنزيل تصرف الوکيل منزلة تصرف الموکل الأصیل ، فيكون العقد منسوباً إليه في طول التوکیل حقيقة ، فإن الوکالة ليست بأقل من الإذن .

فإنه يقال : الارتكاز العقلائي يقضي بأنَّ التوکیل في الوکيل المفوّض عبارة عن إعطاء منصب الولاية للوکيل بحيث يكون تصرفه والتزامه بمثابة التزام وتصرف الأصیل لا العکس ، فيكون تصرف الوکيل المفوّض والتزامه نافذاً حتى على الأصیل كتصرف الموکل نفسه ، نظير الولي والقيمة تماماً ، فليس التوکیل سبباً لانتساب عقد الوکيل إلى الموکل حقيقةً ، بل لنفوذه عليه .

نعم ، يصح ما ذكر في الإذن أو التوکيل المتعلق بإنشاء عقد أو عقود معينة يقصدها الآذن والموکل حيث يمكن أن يقال بانتساب المنشأ إليهما بذلك ولا يصح في الوکيل المفوّض المستقل من الموکل ؛ ولهذا تجدهم يشترون طون في صحة الوکالة أن تكون تصرفات الوکيل نافذة في نفسها لكي يصح التوکیل فيها ، ولو كان تصرف الوکيل في مال نفسه غير نافذ كما في القاصرين كالعبد والصبي والسفیه فلا تصح الوکالة فيها ، مما يعني أنَّ تصرف الوکيل المفوّض مستقل عن الموکل ولكنه بالوکالة وثبتت الولاية له يثبت حتى على الموکل ، لا أنه ينتسب التصرف إليه ، وإنما كانت تصح الوکالة من دون هذا الشرط ، كما تصح عقودهم بالإجازة أو الإذن الخاص بإنشاء معین بلا حاجة إلى هذا الشرط .

فلو كانت الوکالة كالإجازة والإذن توجب استناد المعاملة والعقد إلى الموکل

حقيقة مطلقاً لم يكن وجهاً للشرط المذكور.

وقد يناسب كون الوكالة إعطاءً للولاية إلى الوكيل وتنزيله منزلة الموكل ما ثبت في الشرع من نفوذ تصرف الوكيل ما لم يبلغه العزل ويصل إليه وعدم كفاية العزل الواقعي من دون وصوله إلى الوكيل ، مع أنه كافٍ لتفادي انتساب التصرف إلى الموكل ، وكذلك إذا باع الموكل المال بنفسه في زمان بيع الوكيل فإنه يحكم ببطلان العقددين معاً ، مع أنه لا انتساب في مثل هذه الحالة لإرادة الوكيل إلى الموكل ؛ لوجود إرادة مضادة عنده ، فلابد وأن يحكم بصحة عقد الموكل دون الوكيل ، وهذا يدلّ على أنّ عقد الوكيل موضوع مستقل للصحة والنفوذ لا بما هو عقد للموكل ، بل من الواضح عقلاً وعرفًا أنّ عقد الوكيل المستقل ليس عقداً للموكل حقيقة وإنما هو نافذ عليه بحكم الوكالة ، وجعله نائباً عنه الذي يعني إعطائه نفس الولاية الثابتة له وتوسيتها عليه ، فإنّ هذا أيضاً من شؤون ولاية المالك على ماله كما تقدم في نظرية النيابة .

وثانياً - إذا كانت الوكالة كالإجازة موجبة لانتساب عقد الوكيل إلى الأصيل لزم صحة عقد الصبي والسفيه في ماله بالوكالة من الولي كما تصح بالإجازة ، فلماذا يفكك بين تصرف القاصر في ماله وكالة عن الولي وبين تصرفه في مال الغير بالوكالة عنه بعد أن كان العقد منسوباً إلى الموكل حقيقة فيكون موضوعاً تماماً لأدلة الصحة والنفوذ بهذا الاعتبار ، وأدلة الحجر على الصبي في ماله إنما تمنع عن نفوذ تصرفات الصبي بما هو تصرفه وعقده لا بما هو عقد الولي ؛ ولهذا يصح العقد المعين من الصبي لو كان بإذنه أو صدرت الإجازة والإيماء من الولي فيه بعد إيقاعه .

وهكذا يظهر أنّ المسألة في باب الوكيل المفوض على العكس ، بمعنى أنّ دليل صحة الوكالة بنحو التفويض وإعطاء الولاية للقاصر فرع أن تكون إرادة

القادر نافذة، أي تصلح أن تكون موضوعاً للأثر وأهلاً للالتزام به، فإذا كان قاصراً عن ذلك فلا تصح الوكالة فيه بنحو التفويض، وأدلة الحجر تدل على نفي ذلك في الصبي والسفيه، فتكون رافعة لصحة الوكالة.

بل يمكن أن يقال: إنّ السلطة الوضعية على التصرف - أهلية الأداء - مستقلّاً إنما تعطى لمن يكون له أهلية الالتزام والالتزام، أي أهلية المسؤولية؛ لأنّ التصرفات الوضعية وإن كانت وضعية إلا أنها استطراد لترتيب الأحكام التكليفية في موردها، فمن لا يكون أهلاً للتوكيل كالالتزام بالوفاء والتسلّم ونحو ذلك لا يكون أهلاً للالتزام والتعهد المستقل، أي ليس له أهلية التصرف الوضعي أيضاً، وهذا ببساطة بيان آخر تام لما ذكرناه من شرطية كل من البلوغ والرشد لأهلية التصرف مستقلّاً عن المالك أو الوالي، من دون فرق بين التصرف في مال الغير أو مال نفسه.

وحاصله: أنّ أدلة الصحة والنفوذ وإن كان مفادها حكماً وضعياً لا تكليفياً إلا أنه استطراد إلى ترتيب الآثار التكليفية كالوفاء بالعقود، فإذا ثبت بدليل عدم أهلية الصبي والمجنون للتوكيل لم تشملهما أدلة الوضع أيضاً عرفاً وعقولياً؛ لأنّ قوام الأحكام الوضعية والغرض النوعي منها إنما هو التوكيل بالوفاء ونحوه.

وهكذا يتضح أنه لابد من إجازة الوالي أو المالك لتصحيح عقود الصبي أو السفيف، سواءً كان التصرف في مالهما أو مال الغير، إلا إذا كان الصبي أو السفيف مجرد آلة أو وكيلاً في الإنشاء أو صدر إذن بعدم معين له بحيث يكون المنشأ فيه منسوباً إلى المالك أو الوالي ومبرزاً بنفس الإذن المذكور.

لا يقال: ما المانع في أن يقال بأنّ الوكالة بنحو التفويض أيضاً إذن للوكيل بكل ما فوّض إليه من التصرفات وهو يوجب انتساب كل ما ينشئه عن الموكل

إليه؛ لأن ذلك كافٍ في الأمور الاعتبارية، فتكون تصرفات الوكيل الاعتبارية منسوبة حقيقة إلى الموكِل، وبهذا الاعتبار يكون عقد مشمولًا لأدلة الصحة والنفوذ، وهذا إنما يصح في تصرف الصبي أو السفيه بالوكالة في مال الغير لامال نفسه؛ لأنَّه لا يجوز للولي إعطاء الصبي أو السفيه الإذن والوكالة بمطلق تصرفاته بنحو مستقل؛ لأنَّه لا يشُخص مصلحته.

وإن شئت قلت: هذا داخل في مفاد الآيات الناهية عن إعطائهما مالهما، وهو غير جار في وکالتهما عن الغير، فإنَّ للغير أن يأذن بتصرف كلي في ماله ولو كان على خلاف مصلحته.

فإنه يقال: في الإذن والإجازة لعقد معين يوجد للأذن المجيز الإرادة الجدية للعقد المعين، وإنما يحتاج إلى الإنشاء والإبراز من قبله ليتحقق عقده، فيقال بكفاية الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة للعقد المنشأ من قبل غيره؛ لانتساب ذلك المنشأ إلى الأذن والمجيز فيكون العقد عقده، وهذا لا يكون في الوكيل المفوض والمستقل؛ إذ لا نظر للموكِل فيه إلى عقد معين لكي تكون له إرادة عقدية وإنما فرض ذلك إلى الوكيل مستقلًا وحسب ما يراه هو مناسباً.

وفي مثل ذلك لا نقبل تحقق عقد الموكِل بعد الوكيل المستقل، وإنما هو عقد الوكيل نفسه وإرادته، ويكون صحيحاً ونافذاً على الموكِل؛ لأنَّه قد أعطاه الولاية على ذلك كما شرحناه، فيكون من باب عقد الولي على التصرف، وهذا يشترط فيه الأهلية كما شرحناه.

وإن شئت قلت: إنَّ الانتساب والاستناد إلى المالك أو الولي إنما يكون عرفيًّا وعقلانياً فيما إذا كان هناك إرادة واقعية متعلقة بشخص العقد المنشأ من قبل الغير من خلال تفويذه أو امضائه باذن أو إجازة خاصة أو تسببه إلى ذلك، وأمَّا التفويف الكلي من دون إرادة فعلية في نفس الموكِل لعقد معين فليس

بابه باب الانتساب بل باب إعطاء الولاية واقامة الغير مقام نفسه من دون نظر إلى عقد خاص وإرادة خاصة أصلاً، فيكون نفوذه على الموكيل من باب صحة عقد الوكالة ونفوذها لا من باب انتساب عقد الوكيل المفوض والمستقل إلى الموكيل.

ومما يشهد على عدم صدق عقد الموكيل على عقد الوكيل المستقل أنه لو فرض إكراه الوكيل وإجباره على بيع دار الموكيل مثلاً من زيد مع عدم طيب نفسه به كان باطلأً حتى إذا كان الموكيل راضياً، ولا يفرق بالنسبة إليه بيع المال من زيد أو غيره، مع أنه إذا كان العقد الواقع منسوباً إلى الموكيل حقيقة لزم الحكم بصحة العقد المذكور؛ لأنَّه بما هو عقد الموكيل لا يكون عن إكراه بل عن طيب نفس، وهذا من البعيد الالتزام به.

نعم، إذا أجاز الموكيل بيع وكيله المكره بعد وقوعه، فإنه يصح بذلك قطعاً، ولا يصح هذا التفصيل إلا على أساس التحليل الذي ذكرناه، وكذلك ما ذكرناه سابقاً من عزل الوكيل قبل الوصول إليه، حيث يحكم بصحة تصرف الوكيل رغم عدم إرادة الموكيل، أو وقوع بيع الموكيل والوكيل معاً في زمان واحد لشخصين، حيث يحكم فيه ببطلانهما معاً، لا صحة عقد الموكيل.

وهذه كلها يمكن أن تكون شواهد أو مؤيدات على ما استظهرناه من عدم كون باب الوكالة كالإجازة يوجب تحقق انتساب العقد إلى الموكيل.

ب - تصحيح عقد الصبي أو السفيه من قبل نفسه :

هذا كله إذا أريد تصحيح العقد من غير ناحيتها، وأمّا إذا فرض تحقق البلوغ والرشد للصبي نفسه وأريد تصحيح عقد هما السابق فلا إشكال في إمكان تصحيح العقد الواقع منها سابقاً بجازتها بعد البلوغ والرشد.

وعبارات الصبي أو السفهية ليست مسلوبة وباطلة؛ إذ لم يدل دليل على ذلك، فإنّ مفاد أدلة عدم أهلية الصبي لم يكن ذلك بل لا يعقل أن يكون ذلك إذا لاحظنا أنّ الإنشاء والإرادة الظاهرة يتحقق بالجانب التكويني من فعل الصبي المميز والسفهية، فلا معنى لسلب هذه الحقيقة عن عبارتها وإن شائهما - كما شرحنا ذلك سابقاً - وإنما البحث هنا في إمكان تصحيف العقد بمجرد الرضا بعد البلوغ والرشد.

فقد يقال: بأنّه بعد البلوغ والرشد يكفي الرضا منها في صحة العقد السابق بقاء، ولا يحتاج إلى الإمضاء والإجازة؛ لأنّه إنما يحتاج إليها في مثل الفضولي لإثبات الاستناد وهو حاصل هنا من دون ذلك؛ لأنّ العقد صادر منه، غایة الأمر لم يكن حين العقد مشمولاً لأدلة النفوذ والصحة بمقتضى أدلة رفع القلم أو الروايات الخاصة والآية المباركة .

إلا أنّ هذه الأدلة لا ترفع الصحة والنفوذ إلا بمقدار زمان الصبي والسفه، وأثنا بعد تحقق الرشد والبلوغ فيرجع إلى الإطلاق الأزمني في أدلة الصحة والنفوذ، وهذا ما نقدم عن بعض أساتذتنا العظام رحمهم الله.

وفيه: ما نقدم من أنّ اللازم صدور الإرادة التعاقدية الإنسانية عنّ هو أهل لذلك، وكونها عن رضا وإرادة غير ضعيفة، وهذا لا يتحقق بمجرد الرضا بالعقد بعد البلوغ والرشد، بل لا بدّ من تتحقق عقد البالغ الرشيد إنما باعادة العقد بعد البلوغ والرشد أو بإجازته للعقد السابق؛ ليتحقق كلا ركني العقد - المادي والمعنوي - بشكل كامل بالتنفيذ أو الانتساب.

وعلى أساس هذا التحليل نقول في المقام: بأنّ تصحيف العقد الواقع في حال الصغر أو السفه بالإطلاق الأزمني في دليل الصحة بقاءً من دون حاجة إلى إرادة والتزام جديد بدعوى أنّ الدليل المخصص قيد الصحة ونفى أثر العقد في الزمان

الأول لا الثاني نظير ما يدل على اشتراط التقادب في صحة البيع في الصرف مثلاً وتأثيره بعد التقادب يلاحظ عليه:

أولاً - ما تقدم من أن المستفاد من أدلة شرطية البلوغ والرشد ولو بمناسبات الحكم والموضوع العقلائية وبما ورد في بعض الروايات من التعبير بضعف الصبي والسفيه أن الرشد والبلوغ لازمان في الإرادة العقدية المنشأة، بحيث يكون الفعل والتصرف الإنساني صادراً متن له أهلية ذلك من حيث البلوغ والرشد، أي تكون إرادة إنسانية كاملة وقوية ، ومجرد الرضا بعد البلوغ لا يجعل الأمر والتصرف الإنساني الواقع سابقاً فعلاً إنسانياً صادراً عن البالغ والرشيد كما هو واضح.

وثانياً - إن المفروض أن الخارج من دليل الصحة عقد الصبي والسفيه ، وهذا من التخصيص الأفرادي لا الأزمني ؛ إذ لا تتغير تلك الإرادة العقدية عن كونها إرادة القاصر حتى إذا بلغ صاحبه وأصبح رشيداً ، والمفروض أن الدليل رفع تمام الآثار المترتبة على إرادة الصغير والسفيه سواء في الزمن الأول أو في الزمن الثاني ، فما هو موضوع المخصص وهو إرادة القاصر خارج عن دليل الصحة والنفوذ حدوثاً وبقاءً ، وما هو داخل فيه وهو إرادة من له الأهلية لم يستحق خارجاً ماله ينشئ إرادة عقدية أخرى ولو من خلال الإجازة .
لا يقال : رفع الصحة بقاءً بعد البلوغ والرشد خلاف الامتنان ، فلا يمكن استفادته من دليل رفع القلم .

فإنه يقال : لمن صح هذا بالنسبة إلى دليل رفع القلم فلا يصح بالنسبة إلى ما دل على أن أمر الصبي والسفيه غير جائز ، فإنه مطلق من هذه الناحية أيضاً . وإن شئت قلت : إن ما لا يكون جائزاً من العقد حدوثاً يستفاد من دليله عدم جوازه بعد ذلك بقاءً أيضاً ؛ لأن العقود لها وحدة ذاتية لا تعدد بالزمان .

لا يقال: للعقد وجود اعتباري بقائي من جهةبقاء العقد اعتباراً عند العلاء فيكتفي معه حصول الأهلية لكي يكون مشمولاً لإطلاق أدلة الصحة والنفوذ؛ لصيروته عقداً للبالغ في مرحلة البقاء، فكانه فرد جديد.

فإنه يقال: أولاً - إن البالقي اعتباراً نفس ما وجد وهو تعهد القاصر ولا تغير صفتة فلا يوجد فرد جديد من العقد، وهو ليس موضوعاً لأدلة الصحة. ثانياً - إن اعتبار البقاء للعقد عند العلاء يختص بالعقود الصحيحة ولا يشمل الفاسدة؛ إذ لا أثر لها لكي يحكم ببقائها اعتباراً.

وبهذا يعرف الفرق بين المقام وبين مثل بيع الصرف الذي دل الدليل فيه على عدم صحة العقد قبل حصول القبض والإقباض، فإن ما هو موضوع لدليل الصحة والنفوذ نفس العقد السابق، فإنه يؤثر في حصول التمليل بعد القبض والإقباض، بخلاف عقد القاصر فإنه لا يمكن أن يكون مؤثراً حتى بلحاظ مرحلة ما بعد البلوغ؛ لأنّه خلف رفع القلم عن إرادة الصبي أو عدم جواز أمره والتزاماته. وهكذا يتعمّن لتصحيح عقد الصبي أو السفيه من قبله بعد الرشد إعادة العقد أو صدور الإجازة منه.

بل لو قلنا بامكان تصحيح عقد المكره بعد رفع الإكراه بمجرد رضاه الباطني وكفاية ذلك في صحة عقده السابق بلا حاجة إلى الإجازة مع ذلك لا يمكن القول بذلك في عقد الصبي والسفيه؛ لأنّ الإرادة العقدية الصادرة من المكره لا نقص فيها من ناحية نفس الإرادة العقدية، وإنما النقص من ناحية خارجة عن حقيقة العقد وهو عدم طيب نفس المالك الذي هو العائد أيضاً، والمفروض حصوله بعد ذلك، فقد يقال بكفاية ذلك، وهذا بخلاف عقد الصبي والسفيه، فلا يمكن قياس أحدهما بالآخر.

ولعله لذلك فرق بعض الأعلام بين الشرطين وإن كان الصحيح عندنا أنَّ

تصحيف عقد المكره أيضاً بحاجة إلى ابراز الرضا والإجازة.

ثُمَّ إنَّه قد يقال بعدم إمكان تصحيف عقد الصبي والسفيه حتى بالإجازة؛ لأنَّه عقد فاسد، والعقد الفاسد لا يمكن تصحيحته حتى بالإجازة، فلا يقاس بعقد الفضولي، أو لأنَّ الصبي والمجنون مسلوباً العبارات بحكم أدلة رفع القلم فلا يمكن ترتيب الأثر على عديهم حتى بالإجازة والامضاء المتأخر.

وكلاً البيانيين غير تمام كما تقدَّم:

أَمَّا الأوَّل: فلأنَّ فساد العقد معناه عدم شمول دليل الصحة والإمساء له وعدم ترتيب الأثر عليه إما لخروجه الموضوعي أو لخروجه بالشخصي كعقد الفضولي، وهذا تارة يكون من ناحية نقص وخلل في الإنشاء كعقد الصبي والسفيه، وهذا تارة يكون من ناحية نقص وخلل في الارادة الباطنة والإرادة الظاهرة، وأُخْرِي يكون من ناحية نقص وخلل في الارادة الباطنة والالتزام الذي هو روح العقد، فإذا كان النقص من قبيل الأوَّل كما في الإيجاب غير المطابق للقبول مثلاً فلا يصح في مثله تصحيف العقد حتى بالإجازة؛ لأنَّ الإجازة ليست إنشاءً جديداً للعقد مستقلاً، بل إنشاء له من خلال الإنشاء الواقع سابقاً وبتوسيطه، فإذا كان العقد غير منعقد لم تكن إجازته أيضاً صالحة لتحقيق العقد، إلَّا إذا أُريد بالإجازة إنشاء جزء من العقد السابق لا كل ما أُنشيء به فيحتاج إلى قبول من الطرف الآخر فيكون عقداً جديداً حادثاً وهو خارج عن البحث.

وأَمَّا إذا كان النقص من قبيل الثاني فيمكن تصحيف العقد بالإجازة إذا كانت الإرادة الباطنة والرضا متحققاً حين الإجازة من قبل المجيز فبذلك يتم العقد ويتحقق كلا ركنيه، أمَّا الإنشاء والإرادة الظاهرة في الإجازة التي تجعل الإنشاء السابق مستندًا إلى المجيز، وأَمَّا الرضا والإرادة الباطنة فباعتبار ما تكشف عنه الإجازة.

وبهذا يعرف أنّ ما يستند بالإجازة إلى المجيز إنّما هو الإنشاء والإرادة الظاهرة، وأمّا الرضا والإرادة الباطنة فهي متحققة من قبل المجيز نفسه حين الإجازة، فالعقد بركته المادي يتوقف استناده للمجيز إلى الإجازة، وأمّا بركته المعنوي الباطني فلا يعقل فيه الاستناد، وإنّما هو يصدر منه حقيقة، ولكنّه متعلّق بنفس المنشأ في العقد السابق.

وأمّا الثاني: فلأنّه لا دليل على سلب عبارة الصبي أو السفيه ولا تقتضيه أدلة رفع القلم عن الصبي المتقدمة، بل لا يعقل ذلك كما أشرنا إليه؛ إذ الإنشاء أو الركن المادي للعقد أمر تكويني خارجي يتحقق بالقصد الصادر من المنشىء مع إنشائه وبالإجازة ينتسب المنشأ بذلك الأمر الإنساني إلى المجيز، فيتحقق بالإجازة وتنفيذ ذلك الإنشاء انتساب تكويني وحقيقي للعقد إلى المجيز، فيكون هذا الأمر التكويني هو موضوع الصحة والنفوذ لا عقد الصبي.

ودعوى: أنّ المقصود من سلب العبارة للصبي والسفيه أنّ دليلاً رفع القلم يسقط موضوعية عقد الصبي والسفيه للحكم الشرعي، سواء بنحو تمام الموضوع أو جزء الموضوع، فإذا كان عقده بعد لحوقه الإجازة صحيحاً كان جزء الموضوع للأثر الشرعي وهو الصحة وهو مرفوع بإطلاق حديث الرفع.

مدفوعة: بما ذكرناه سابقاً من أنّ الإجازة يوجب انتساب العقد للمجيز أو تنفيذه وتبنّيه بلسان الإمضاء لنفس العقد السابق، فليس عقد الصبي موضوعاً للصحة بالإجازة حتى بنحو الجزئية، بل إنشاء الصبي بما هو إنشاء وأمر تكويني يكون محققاً لعقد المجيز بعد الإجازة، فلا يكون حتى جزء الموضوع للأثر الشرعي؛ إذ لا يلزم من ذلك وقوع عقد الصبي أو غير المالك أو المكره موضوعاً للأثر الشرعي حتى بنحو جزء الموضوع.

فلا موضوع لاشکال الشیخ الأعظم ^(١) ومن تبعه من أن صحة عقد الصبی والسفیه أو المکرہ بعد لحوق الإجازة خلاف إطلاق أدلة الرفع المقتضية لنفي وقوعه حتى بنحو جزء الموضوع للحكم الشرعي بالصحة والنفوذ، فإنَّ هذا البحث الذي اختلفت كلمات الأعلام في كيفية علاجه نشأ كله من تصور أنه بالإجازة نصحَّ العقد السابق بنحو التركيب فيصَحَّ بما هو عقد الصبی أو السفیه مع إجازة لاحقة، مع أنَّا نصحَّه بعد الإجازة بما هو عقد المجیز البالغ الرشید، ويكون عقد الصبی أو السفیه أو المکرہ دخیلاً تکویناً في تحقق ذلك، فلا موضوع للإشكال المذکور.

ومما يؤيد احتیاج عقد الصبی بعد البلوغ والرشد إلى الإجازة ما ورد في باب الطلاق في معتبرة الکنassi الطولیة: «إنَّه أقرَّ بذلك وأجاز الطلاق كانت تطليقة بائنة، وكان خاطباً من الخطاب» ^(٢)،

وهذه المعتبرة خير دليل - بلحاظ ما فيها صدرًاً وذيلًاً - على عدم نفوذ تصرفات الصبی الوضعية حتى في غير الأموال كالنکاح والطلاق إلا باجازة لاحقة، فتوکد إطلاق الطائفة الثالثة من الروایات والتي ورد فيها عنوان عدم جواز أمره، بخلاف الآية فإنَّ مفادها نفي ولاية الصبی في باب الأموال خاصة.

١ - كتاب المکاسب : ٣ - ٢٨٢ - ٢٨٣ .

٢ - وسائل الشیعة : ١٤ : ٢١٠ .

٢ - تصحيح عقد المكره :

وأما فقدان الشرط الثالث - وهو الاختيار المقابل للإكراه - فأيضاً يقع البحث في إمكان تصحيحه تارة من ناحية المالك فيما إذا كان المكره وكيلًا من قبل الغير ، وأخرى من ناحية المكره نفسه فيما إذا تعقب منه الرضا بعد العقد : أما الفرض الأول : - أعني تصحيح عقد المكره من قبل المالك فيما إذا كان المكره وكيلًا عن الغير - فتارة يفترض أنَّ المكره كان وكيلًا في مجرد اجراء الصيغة ، وأما العقد والتعهد كان من قبل المالك حقيقة كما إذا أمره باجراء الصيغة من قبله فقط ، وأخرى يفترض أنه كان وكيلًا مفوضاً.

ففي الأول : لا إشكال في صحة العقد؛ لما تقدم من أنَّ الإنشاء وإن صدر مكرهاً عليه ولكنَّه إذا كان بنحو الإبلاغ عن المالك أو بأمره بحيث عرفاً أبراًً وانشاءً من قبل المالك أو كان بجازة المالك وإذا نه يوجب انتساب الإنشاء إلى المحيز فسوف يتحقق العقد من المالك حقيقة وبرضاه من غير إكراه . وبعبارة أخرى : قد تقدم أنَّ عدم الإكراه شرط فيمن منه العقد ، وهو هنا صادر من المالك بطيب نفسه .

وأما في الثاني : - أعني الوكيل المفوض - فقد تقدم أنَّ عقد الوكيل المفوض لا يكون عقداً للأصيل ، فلا يكفي مجرد رضا المالك الباطني في صحة العقد ما لم تصدر منه إذن سابق أو إجازة لاحقة تجعل الإنشاء والعقد الواقع من الوكيل بالإكراه منسوباً إليه وعده حقيقة .

ودعوى : كفاية رضا المالك الباطني مع العقد العاصل من الوكيل في الصحة ؛ لأنَّ دليل شرطية التراضي وطيب النفس لا يقتضي أكثر من طيب نفس المالك لا العاقد لهذا عقد من الوكيل مع طيب نفس ورضا المالك المال به ، وهو كاف في

تحقق الموضوع وهو العقد أو التجارة عن تراضٍ بلا حاجة إلى الإجازة، بل لو فرض اشتراط الرضا من قبل من له الولاية على العقد فلا يشترط أكثر من رضا وطيب نفس من له الولاية على التصرف في المال، سواءً كان هو الوكيل المفوض أو المالك، وفي المقام الرضا وإن لم يكن متحققاً من قبل الوكيل ولكنه متحقق من المالك وهو إن لم يكن أولى من رضا الوكيل فليس بأقل منه، فيصبح العقد ويشمله عموم «أوفوا بالتفوّد».

مدفوعة: بما ذكرناه آنفاً من أنَّ ظاهر الآية والمطابق أيضاً مع المرتكز العقائدي والعرفي أنَّ العقد الذي هو موضوع لأدلة الصحة والنفوذ إنما هو العقد والالتزام الناشئ من التراضي وطيب النفس من الذي يملك ذلك التصرف مستقلاً وصدر منه العقد والالتزام، فالعقد والالتزام الصادر عن المختار أو النائب عنه إذا كان بالاختيار فهو موضوع الصحة والنفوذ، بحكم الآية والروايات والسيرة الدالة على شرطية الرضا وطيب النفس في العقود، فلا يكفي التجمع بين العقد والالتزام من شخص والرضا والاختيار من شخص آخر.

وبتعبير آخر: العقد والإرادة والالتزام الجدي الصادر من الوكيل ليس موضوعاً للصحة باعتبار عدم صدوره عن رضاه و اختياره، ورضا المالك ليس عقداً ما لم يبرز التزامه به من خلال إنشاء ولو بنحو الإجازة لعقد الوكيل ، فالعقد المنسوب إلى المكره ليس موضوعاً للصحة ، فلا يمكن أن يتوجه إليه خطاب «أوفوا بالتفوّد» ومجرد الرضا وطيب النفس الثابت لدى المالك ليس عقداً، ولا يوجب انتساب العقد إليه ما لم يبرز ذلك بإنشاء ولو ببيان الإجازة لكي يشمله الخطاب ، فلا يمكن تصحيف هذا العقد من دون إجازة المالك.

وأما الفرض الثاني : -أعني تصحيف العقد من ناحية المكره نفسه -فلا إشكال في إمكانه إذا كان بنحو الإجازة وإبراز الرضا منه بالعقد بعد ارتفاع الإكراه ،

وإنما البحث في إمكان تصحيحه بمجرد الرضا بلا حاجة إلى الإجازة، أي يكفي في حصول الرضا الباطني وطيب النفس من قبل المكره بالعقد بعد ارتفاع الإكراه، حيث ذهب بعض الأعلام إلى كفاية ذلك في عقد المكره وإن كان لا يكفي في عقد الفضولي؛ لأنّ عقد الفضولي لا يكون منسوباً إلى المالك فيكون بحاجة إلى الإجازة، وأمّا في المقام فالافتراض انتساب العقد وصدوره من المكره نفسه، وإنما لم يكن له طيب النفس والرضا الباطني، وهذا يحصل بتحقق طيب النفس ورضاه بالعقد ولو بعد الإكراه.

وقد تقدم الإشكال على هذا البيان نقضاً وحلّاً في بحث سابق فلا نعيد.

فالصحيح: أنّ العقد بكل ركيي المادي والمعنوي لابد وأن يكون اختيارياً، أي بنحو التراضي وطيب النفس، وقد يكون نقضاً للإرادة العقدية، فلا بد من اتصافها بكونها إرادة اختيارية، وهذا يحتاج إلى الإجازة وإبراز الرضا والتنفيذ لذلك العقد، ولا يكفي فيه مجرد حصول الرضا وطيب النفس الباطني بعد الإكراه.

ثم إنّ هنا اشكالات أورد بها على تصحيف عقد المكره حتى بلحوق الرضا أو الإجازة بعد ذلك من المالك أو الوكيل المفروض أو المكره نفسه، وأهمتها اشكالان:

- 1 - أنّ مقتضى إطلاق حديث الرفع نفي ترتيب الأثر على عقد المكره، سواء بنحو تمام الموضوع أو جزء الموضوع، ومن الواضح أنّ صحته بلحوق الرضا والإجازة بعد العقد معناه صيرورته جزء الموضوع لترتيب الأثر والحكم بالصحة، فلا يقاس ببيع الفضولي الذي لم يكن مشمولاً لما يدل على فساده وإنما لم يكن دليل على صحته.

وهذا الاشكال كالاشكال نفسه في عقد الصبي والسفهه يجاب عليه: مضافةً إلى عدم تمامية أصله الموضوعي حيث تقدم عدم دلالة حديث الرفع على بطلان عقد المكره:

أولاً - بأن الإجازة إذا كانت محققة لفرد جديد من موضوع الحكم بالصحة ولو بلحاظ انتساب العقد المجاز تكويناً إلى المجيز من دون أن يكون عقد المكره حتى جزء الموضوع للصحة - كما هو الصحيح على ما تقدم شرحه - فهذا الإطلاق لدليل الصحة لم يكن مشمولاً من أول الأمر لحديث الرفع؛ لأنَّه عقد غير المكره، وإنما يتحقق بحصول الإجازة ويكون مشمولاً للإطلاق الأفرادي الجديد في دليل الصحة، حاله في ذلك حال عقد الفضولي بعد الإجازة، فليس عقد المكره حتى جزء الموضوع للحكم بالصحة.

ثانياً - أنَّ حديث الرفع مقيد بأن لا يكون الرفع فيه على خلاف الامتنان^(١)، ومن الواضح أنَّ رفع السببية الجزئية لعقد المكره أعني ترتب الصحة عليه بعد لحوق الإجازة - لو فرض ذلك بنحو جزء الموضوع - يكون على خلاف الامتنان، وهذا هو مقصود الشيخ ^ت حينما قال بأنَّ التمسك بالحديث هنا على خلاف الامتنان، فمقصوده من أنَّ تعليق صحة العقد على رضا المكره رفعه على خلاف الامتنان هذا المعنى، فلا ينبغي أن يلاحظ عليه بأنَّ مثل هذا الحكم العلقي غير مجعل بدليل الصحة، فإنَّ هذا مجرد تعبير يكون المراد منه ما ذكرناه من كون مجموع عقد المكره والرضا بعد رفع الإكراه موضوع الحكم بالصحة.

١ - حاشية العكاسب (الأصفهاني)، ٦١: ٢.

نعم، هناك بيان ثانٍ للشيخ، وحاصله: أنَّ حديث الرفع بعد رفعه السببية التامة لعقد المكره وتقيد دليل الصحة بعدم الإكراه إذا فرض ثبوت حكم على عقد المكره ولو بنحو جزء السبب لم يكن مشمولاً لحديث الرفع؛ لأنَّ دليل الرفع ينظر إلى الأحكام الثابتة على الفعل المكره عليه بعنوانه الأوَّلي لا ما يثبت لل فعل المكره عليه بعنوان كونه مكرهاً عليه.

ويرد عليه: أنَّ دخالة العقد بنحو جزء السبب لا تعني أخذ عقد المكره بعنوانه موضوعاً للحكم بالصحة بل تعني جعل الحكم بالصحة على المجموع المركب من ذات العقد وبعنوانه الأوَّلي والرضا الأعم من المقارن حين العقد والمتاخر عنه، وتكون صحته مستفادة من نفس دليل الصحة بلا حاجة إلى دليل آخر، إلَّا أنَّ رفعه لا يكون فيه امتنان، وإنما الامتنان في رفع الحكم بالصحة على العقد مطلقاً وبلا شرطية الرضا، أي رفع السببية التامة.

فالحاصل: بحديث الرفع ينفي الجعل المطلق للصحة الذي هو طبق الامتنان دون الجعل الذي يكون موضوع العقد مع جامع الرضا والذي قد يتحقق ضمن عقد المكره الذي يتعقبه الرضا، فإنه لا امتنان في رفع مثل هذا الجعل، لا أنه لا يمكن رفعه به، وب الحديث الرفع نستكشف أنَّ الجعل بنحو الشانِي لا الأوَّل، فيكون العقد الملحق بالرضا صحيحاً من أوَّل الأمر بنحو الكشف الحقيقى بأن يكون الرضا المتاخر شرطاً في الصحة بنحو الشرط المتاخر وإن فرض عدم عرفية الشرط المتاخر أو كون صحة عقد المكره قبل لحوق الرضا خلاف إطلاق أدلة شرطية الرضا كان عقد المكره صحيحاً ومؤثراً بعد لحوق الإجازة بعنوان كونه عقداً مع الرضا لا بعنوان كونه عقداً مكرهاً عليه، وهذا واضح.

٢ - أنَّ أدلة شرطية الرضا وطيب النفس في صحة العقد ظاهرة في اشتراط مقارنته مع إنشاء العقد، فلا بد وأن يكون إنشاء العقد والإرادة الظاهرة واقعاً عن

تراض وطيب نفس المالك ، ولا أقل من احتمال ذلك بحيث لا إطلاق للدليل لما إذا حصل الرضا بعد العقد لكي يرجع فيه إلى دليل الصحة . وقد أُجِيبَ عن هذا الاعتراض بأنَّ عقد المكره - بمعنى اسم المصدر الذي هو متعلق بالفسخ والوفاء - لهبقاء أيضاً وجوده البقائي يخرج عن كونه عقد المكره ، فيكون تجارة عن تراض ، فيتمسك بالإطلاق الأزمني لدليل الصحة والنفوذ لإثبات صحته .

وقد جعل هذا جواباً على الشبهة الأولى أيضاً .

والصحيح: أنه لا يصلح جواباً على شيء من الشبهتين - وقد أشرنا إلى ذلك سابقاً - وذلك :

أولاً - لأنَّ العقد لو فرض وضعه للتعاقد باسم المصدر الذي له حدوث وبقاء - وهذا ما لم يتلزم به صاحب هذا الجواب نفسه حيث ادعى أنَّ أسماء العقود موضوعة للنسب بين الأشخاص المساوين نفس السبب - فهذا الوجود البقائي والاعتباري إنما يكون للعقود الصحيحة لا الفاسدة ؛ لأنَّه متزع من صحة العقد وترتبط الأثر عليه ، فإذا فرض عدمه فلا وجود للمعاقدة بقاء .

وثانياً - أنَّ الوجود البقائي لو فرض في المقام فإنما هو للعقد الصادر عن إكراه لا عن طيب نفس ، ومجرد لحقوق الرضا لا يوجب اتصاف العقد بكونه عقداً عن غير المكره ، فضلاً عن كون إنشائه عن طيب نفس .

وإن شئت قلت : ليس المراد بالتراضي وعدم الإكراه في العقد الرضا والسرور والابتهاج النفسي ، فإنَّ هذا غير موجود في موارد الاضطرار وغيره أيضاً مما لا يشكل في صحة العقد فيها ، وإنما المقصود بذلك على ما تقدم شرحه مفصلاً صدور الإرادة والالتزام عن اختيار المكلف وحرفيته لا بالاجبار والإكراه - ولعله لهذا عَبَرَ عن هذا الشرط بالاختيار في كلمات الأصحاب - وهذه خصوصية في

نفس الإرادة العقدية بكل ركنيه المادّي والمعنوي لا ترتفع عنه بلحوق الرضا وطيب النفس مالم تصدر إرادة عقدية اختيارية ولو بالإجازة والإمضاء ، فالعقد السابق حتى إذا فرض بقاوئه اعتباراً فهو بقاء لارادة والتزام غير حرّ واستناده إلى ذات الراضي بقاء لا يجعله حرّاً؛ لأنّ الحرية خصوصية في الإرادة حين نشوئها ولن يستمدّ مكتسبة من خصوصيات العاقد بل لو كانت مكتسبة منه أيضاً لم تكن مغيرة للعقد بقاء؛ لأنّ المعتبر بقاوئه العقد بما اكتسبه من الخصوصيات عند حدوثه .

وهكذا يتضح أنّ الإطلاق الأزمانى المذكور مبني على أخذ ذات العقد وذات رضا العاقد في موضوع الحكم بالصحة بشكل مستقل عن الآخر ، وأنّ الاختيار بمعنى الرضا وطيب النفس لا أثر له على نفس الإرادة العقدية وليس وصفاً لها ، وهو خلاف الظاهر من الأدلة الشرعية وخلاف الارتكاز العرفي .

لا يقال: يمكن التمسك بالعلوم الأزمانى لمثل «أوفوا بالنفود» ، أو «وأحلل الله ألبني» فإنه لا شك في اقتضائهما صحة بيع المكره من أول الأمر ، حيث لم يقييد فيما العقد والبيع بطيب النفس ، غاية الأمر خرج منه بالشخصيص - زمان الإكراه - وأمّا بعد لحوق الرضا والإجازة فلا يدرى بخروجه عن عمومهما الأزمانى فيرجع إليه بناءً على ما حرق في محله من صحة الرجوع إليه بعد مضي زمان التخصيص .

فإنه يقال: أولاً - إنّ المقيد إنما أخرج عنوان العقد الذي لا يكون ناشئاً عن تراض فإنه باطل بحكم المستثنى منه في آية التجارة ولا يجوز أكل المال به ، والارتكاز العرفي أيضاً يرى أنّ مثل هذا العقد لا يكون كاملاً وصحيحاً ، فالذى يبقى في عموم الآيتين العقد والبيع اختياريان ، أي المتّصفان بكونهما اختياريين بهذا المعنى .

وثانيًا - أن آية الحل لا نظر فيها إلا إلى حلية البيع وامضائه شرعاً من حيث هو معاملة خاصة وتمليك بعوض ، فليست في مقام البيان من ناحية شروط المتعاقدين والأهلية أصلاً ليتمكن التمسك بإطلاقه .

كما أن آية ﴿أَوْفُوا بِالْأَيْمَانَفُودِ﴾^(١) أيضاً لا إطلاق لها لمن لا يكون مكلفاً بالوفاء وهو غير الصبي والسفيه والمكره .

وهكذا يتضح أن الإجابة الصحيحة على الشبهة الثانية أيضاً ينحصر بما أشرنا إليه سابقاً من أن الإجازة تتحقق انتساباً جديداً للعقد المنشأ إلى المجيز لم يكن موجوداً سابقاً ، ويكون هذا الانتساب في الأمور الاعتبارية معقولاً بالإجازة - كما تقدم - فيكون العقد المنتسب صادراً عن طيب نفسه ، أي يصدق أن ذلك العقد المنشأ صادر عنن له الأهلية والاختيار فتشمله أدلة الصحة والفنود .

ثم إن هذا البحث ينبغي طرحه بشكل كلي ويلاحظ كافة شروط الأهلية لا خصوص الفضولي أو المكره .

نعم ، طرح الشيخ الأنصاري^(٢) في مسألة الفضولي أنه إذا كان المالك راضياً عند العقد فهل يكفي رضاه في صحة العقد حيث لا يشترط أكثر من رضا المالك فلا يكون من عقد الفضولي أو لابد في تصحيحه من إجازة المالك فيكون من الفضولي ، ولم يستبعد صحته بلا حاجة إلى الإجازة ، وهذا ما سنبعثه في بحث قادم .

وخالف في ذلك الميرزا النائيني^(٣) مدعياً الحاجة إلى الإجازة مطلقاً وفي تمام موارد صدور العقد من لا أهلية له ، سواء كان من جهة عدم الملك أو

١ - سورة المائدة، الآية: ١.

٢ - كتاب المکاسب: ٣ : ٤٢٥.

٣ - المکاسب والبيع: ٢ : ١٢١ - ١٢٢ . منية الطالب: ١ : ٢٥٣ .

من جهة القصور في الإرادة، أو من جهة تعلق حق من له الحق كالمفلس المحجور عليه أو بيع الراهن مستدلاً في وجهه بما يتوقف على مقدمتين: أولاًهما - أنَّ خطابات الصحة والنفوذ في العقود موجهة إلى المالكين أو من يديهم زمام العقد ولهم أمر التعهد والالتزام والوفاء به الذي هو حقيقة العقد وروحه.

ثانيتها - أنَّ أمر العقد إذا كان موقوفاً وغير ماضٍ إما لعدم كون العاقد مالكاً أو لعدم كونه مستقلًا في التصرف فلا يخرج عن التوقف إلا باستناده إلى المالك أو ذي الحق، والاستناد والتنفيذ من الأمور الإنسانية ويكونان كسائر الإيقاعات بحاجة إلى انشاء إما باللفظ أو بالفعل، فلا الكراهة الباطنية ردّ ولا الرضا الباطني إجازة، بل كل منهما يحتاج إلى ابراز وإنشاء.

واعتراض على ذلك بعض أساتذتنا العظام ^(١) بأنَّ الإجازة إنما تحتاج إليها لتحقيق الانتساب، وهو إنما يحتاج إليه في عقد الفضولي لا المكره؛ لانتساب العقد إليه، وإنما المفقود فيه طيب نفسه، فإذا حصل ولو بعد العقد كفى في تصحيحه، وقد تقدم ذلك في الأبحاث السابقة مع المناقشة فيه.

والتحقيق: هو التفصيل الذي ذكرناه وشرحناه سابقاً بين ما إذا كان الخلل والنقص في نفس الإرادة أو انتسابها لمن له الأهلية وما إذا كان الخلل في فاعليتها كالمحجور عليه لتعلق حق الغير بماله؛ فإنَّه في الأول لابد من الإجازة، بخلاف الثاني؛ لما تقدم من أنَّ الإرادة القاصرة خارجة عن إطلاق أدلة الصحة والنفوذ حدوثاً وبقاءً؛ لكونها إرادة ناقصة، واكتمال أهلية صاحبها بقاءً لا يجعلها إرادة وعقداً آخر مال لم يصدر العقد الكامل ممن له الأهلية ولو بلسان

الإجازة - وكذلك الحال في عقد الفضولي - بخلاف ما إذا كان المخذور من ناحية تعلق حق الغير بالمال كالمفلس وبيع الرهن - بناءً على عدم صحته - فإنه يكفي فيه رضا صاحب الحق بذلك في رفع المانع؛ إذ لم يكن نقص أو خلل في الإرادة واللتزام العقدي وإنما الخلل في عدم إمكان تأثيره ما دام حق الغير باقياً فيه، فيكون العقد مشمولاً للإطلاق الأزمني لدليل الصحة في المقام، نظير شرطية التقادس في بيع الصرف المشمول للإطلاق الأزمني لأدلة الصحة، ولا يحتاج فيه إلى الإجازة لتحقق نسبة العقد والإنشاء إلى من له الحق بحسب الفرض، فإنّ بيع الراهن يصحّ برضًا المرتهن باعتباره بيعاً للراهن لا للمرتهن، وكذلك بيع المفلس.

وإن شئت قلت: إنّ العقد بوجوده الحدوثي يؤثر في ايجاد مقتضاه وأثره كلما ارتفع المانع من حين ارتفاع المانع؛ ولهذا لا يحتاج إلى الرضا باقاء فضلاً عن الإجازة. نعم، يتوقف على عدم رجوع العاقد عنه وردّه له كما في الرجوع عن بيع الصرف قبل التقادس.

إلا أنّ هذا البيان متوقف على تمامية الإطلاق الأزمني في أدلة الصحة والنفوذ، وقد منعه بعض المحققين، وأمّا صحة البيع في الصرف ونحوه بالقبض فهو بدليل خاص، وهو ظهور نفس دليل شرطية التقادس في إمضاء العقد مشروطاً بذلك.

هذا، ويمكن أن يكون مثل هذا العقد مشمولاً لأدلة الصحة والنفوذ من أول الأمر، فلا تحتاج إلى الإطلاق الأزمني أيضاً؛ وذلك بأن يكون ارتفاع حق الغير ودينه بعد العقد موجباً لصحة العقد من أول الأمر بنحو الشرط المتأخر؛ لأنّ المانع عن تأثير العقد فوات حق الغير، فإذا لم يكن هناك تفويت واقعاً صح العقد من أول الأمر.

وهكذا يتضح الفرق بين شروط المتعاقدين التي ترجع إلى قصور في نفس الإرادة التعاقدية والالتزام الجدي ونقص فيه فلا يمكن تصحيح العقد فيها باقئاً من دون إنشاء جديد ولو بلسان الإجازة والامضاء حتى إذا كان العقد الصادر سابقاً من المジيز نفسه فضلاً عما إذا لم يكن مناسباً إليه - كالفوضولي - وبين الشروط التي ترجع إلى وجود حق للغير مانع من صحة العقد.

كما ظهر أن دور الإجازة في تصحيح العقود السابقة لا يقتصر على تصحيح الانتساب ليقال بعدم الحاجة إليها مع فرض تحقق الانتساب، بل دورها أيضاً تصحيح الإرادة المعيبة الناقصة وجعلها اختيارية وكاملة، ومن دونها لا يصح العقد والالتزام الناقص الواقع سابقاً حتى إذا كان من المالك، وسيأتي مزيد بحث عن دور الإجازة في عقد الفوضولي.

ثم إنّه قد يرتب أثر على القول بكافية الرضا بالعقد بعد الإكراه أو القول بلزم الإجازة من حيث إنّ عقد المكره إذا صحيّ بلحق الرضا بالإطلاق الأزمني لدليل الصحة وبلا حاجة إلى الإجازة كان تأثيره من حين تحقق الرضا وبنحو النقل لا الكشف، بخلاف ما إذا صحيّ بالإجازة فإنه يمكن أن يكون على نحو الكشف ولو الحكمي؛ لأنّها تتنفيذ وامضاء لنفس العقد السابق.

نعم، لو قلنا بأنّ عقد المكره الملحق بالرضا من أول الأمر مشمول لدليل الصحة كما إذا استظهرنا شرطية جامع الرضا الأعم من السابق أو اللاحق، أو قلنا بأنّ حديث الرفع لا يشمل عقد المكره الملحق بالرضا من أول الأمر؛ لأنّه على خلاف الامتنان فيكون الرضا بنحو الشرط المتأخر دخيلاً في صحة عقد المكره من أول الأمر وكانت النتيجة صحة العقد بنحو الكشف الحقيقي.

إلا أنّ ظاهر دليل شرطية الرضا اشترط فعليته في ترتيب الأثر لاأخذ تعقب الرضا أو وجوده فيما بعد بنحو الشرط المتأخر دخيلًا في ترتيب الأثر، فإنّهما معاً خلاف الظاهر.

كما أنّ مقتضى إطلاق حديث الرفع بناءً على دلالته على نفي آثار الفعل المكره عليه رفع أثر العقد ما دام الإكراه فعلياً، وهذا لم يكن رفعه على خلاف الامتنان.

ثم إنّ المقصود بالإجازة ليس بأكثر من إبراز الرضا بالعقد وقبوله أو تنفيذه، وسيأتي البحث عن حقيقة الإجازة وأحكامها وأنّها هل توجب صحة العقد السابق بنحو النقل أو الكشف؟

هذا كلّه بحسب منهج فقمنا، وأمّا الفقه الوضعي فقد تقدم في بحث عيوب الإرادة أنّه يجعل عقد المكره أو من لا أهلية له باطلًا بطلاً نسبياً، وأنّ مقصودهم من البطلان النسبي صحة العقد الصادر ما لم يبطله من له الأهلية، وأنّ هذا قد يخرج على أساس جعل الخيار وحق الفسخ له مع كون الفسخ من أصله لا من حينه.

وقد تقدم أنّ تخرير ذلك على أساس حق الخيار والفسخ لا وجده له؛ لأنّ الفسخ لا يكون عقلائياً إلا من حينه لا من أصله.

نعم، قد يقال بذلك على أساس حق الرد كما في الوصية، فما لم يرد يكون العقد نافذاً، ولو ردّ كان باطلًا من أصله حقيقة.

وتخريرجه بأن يقال: إنّ قصارى ما يستفاد من أدلة رفع الإكراه ورفع القلم عن الصبي والسفهى بطلان العقد في فرض الرد لا فرض عدم الرد؛ لأنّه على خلاف الامتنان، فمع الرد يكشف بطلان العقد من أصله، ومع عدمه أو امضائه لا وجده

للبطلان أصلاً، فيكون صحيحاً من أول الأمر، أي يكون عدم الرد أو الإجازة اللاحقة شرطاً متأخراً للصحة نفس العقد الصادر أولًا.

وهذا التخريج معقول ثبوتاً، ولكنه خلاف ظاهر أدلة شرطية البلوغ والرشد والتراضي وطيب النفس إثباتاً، فلا يمكن استفادته من الأدلة الشرعية كما شرحناه آنفاً.

بل يمكن أن يقال بأنَّ السيرة أو الارتكاز العقلائي أيضاً لا يساعد على هذا التخريج؛ لأنَّه يرى قصوراً في العقد والإرادة الصادرة متن لا أهلية له ب بحيث يحتاج فيه إلى إرادة جدية من له الأهلية، فيحتاج إلى الإنشاء والإبراز ولو بلسان الإجازة، فما لم يجز مع إرادة جدية للعقد لا يتربأثر خارجاً، وأنَّ هذه الإرادة المبرزة بالإجازة هي المحققة للتعاقد الصحيح والمؤثر.

وهناك آثار مهمة تترتب على هذا التحليل من قبيل: أنَّه بناءً على ما ذهب إليه الفقه الوضعي يكون العقد صحيحاً واقعاً من أول الأمر وإنما للمالك الرد، فلا وجه للنزاع بين القول بالكشف أو بالنقل فيه، بخلافه على التحليل المبني في فقها فإنَّه يعقل فيه القول بالنقل أو الكشف الحكمي أو الحقيقى.

وأيضاً بناءً على التحليل المبني في الفقه الوضعي يكون الطرف الآخر للعقد ملزماً به قبل الرد أو الإجازة من له الأهلية لتمامية العقد الصحيح بالنسبة إلى الطرفين قبل الرد، وإنما للطرف الآخر الرد وإبطال العقد من أصله كما إذا كان له الخيار وقلنا بأنَّ الخيار ابطال للعقد من أصله.

وأيضاً على مبني فقها يجوز للطرف الآخر الرجوع عن العقد؛ لعدم تتحققه صحيحاً بعد حتى بالنسبة إليه على ما سيأتي شرحه. إلى غير ذلك من الآثار التي لا نطيل بذكرها.

٣ - تصحيح عقد الفضولي :

إذا تخلف الشرط الرابع وهو الملك والولاية على التصرف فتارة يراد تصحيح المعاملة من قبل المالك له أو لغيره، وأخرى من قبل العاقد الفضولي:

أ - تصحيح العقد الفضولي للمالك :

أما الأول فهو يتوقف على صدور الإجازة منه لكي يتحقق بذلك الإرادة والالتزام العقدي من المالك من خلال إجازته للعقد الفضولي، فيصبح على القاعدة كما تقدم، بمعنى أنه تشمله أدلة الصحة ونفوذ العقد من المالك؛ لأنَّ الإجازة تجعل العقد المجاز منتسباً إلى المالك، فيكون مشمولاً لأدلة الصحة والنفوذ، ويمكن أن يستدلَّ على صحته بالإجازة بالسيرة العقلائية الممضاة شرعاً، حيث لم يرد ردع عنها، بل ورد الإ مضاء في روايات نفوذ نكاح العبد فضولة باجازة السيد بعد ذلك وأنه من حق المالك، وأنه إذا أجاز جاز، وكذلك روايات أخرى واردة في البيع الفضولي.

ولعلَّ أوضحها دلالة صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبواه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثمَّ قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدي باعها ابني بغير إذني ، فقال: خذ ولدتك وابنها ، فناشده المشتري ، فقال: خذ ابنيه - يعني الذي باع الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك ، فلما أخذ البيع ابن قال أبوه: أرسل ابني ، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابني»^(١). فإنَّ ما ورد في هذه الروايات من التعبير بتنفيذ المالك

١ - وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

أو إجازته للتصرف الفضولي وأنه إذا أجاز جاز ونفذ، بيان لكبرى كلية ارتكازية في الذهن العرفي وهي صحة العقد الفضولي باجازة المالك وتتفيد له بعد العقد، واستفادة هذه القاعدة من الروايات الخاصة لا ينبغي التشكيك فيها مهما شك في جوانب أخرى من مضمون هذه الروايات.

وأما الاستدلال بروايات تحليل الخمس والأفال للشيعة لتصرفاتهم فيما فيه الخمس والأفال بناءً على تعلقهما بالعين والمال الخارجي لا بالذمة، أو روايات المضاربة في موارد تخلف العامل عن شرط المالك وأنه مع ذلك لو ربح كان الربح بينهما فهو غير تمام؛ لأنها لا ربط لها بباب العقد الفضولي وإجازته بعد وقوعه، بل الطائفة الأولى ناظرة إلى التحليل أو اباحة التملك من أول الأمر على الشيعة، والطائفة الثانية واردة في مورد إذن المالك بالبيع والشراء والربح ولكن على وجه الضمان لو خسر، كما فصلنا ذلك في كتاب المضاربة.

هذا، وقد استدل ببعض الأدلة على بطلان عقد الفضولي حتى بعد الإجازة من المالك، من قبيل ما دلّ من الآيات على اشتراط صدور العقد عن تراضي المالكين في خروجه عن الأكل بالباطل، وما دلّ على حرمة أكل مال الغير أو التصرف فيه من دون رضاه، وبطلان ما يبع سرقة وغلولاً، إلى غير ذلك من الأدلة بدعوى اطلاقها لما إذا صدرت الإجازة بعد العقد من المالك أيضاً.

والجواب على هذا الطرز من الاستدلال واضح؛ فإنه يرد عليه:
أولاً - أنه لا إطلاق في شيء من هذه الأدلة على فرض صدور الإجازة من المالك؛ لأنها ليست في مقام البيان من هذه الناحية، وليس ناظرة إلى عقد الفضولي بالخصوص.

وثانياً - أن ظاهر هذه الأدلة شرطية الرضا وطيب نفس المالك في صحة العقد، وأن مالاً يرضى به المالك لا يقع صحيحاً، أما أن رضا المالك هل يجب أن

يكون قبل العقد أو حينه أو يكفي حصوله بعده؟ فهذا خارج عن مفاد هذه الأدلة.
وثالثاً - لو فرض نظر هذه الأدلة إلى العقد الفضولي فهي إنما تدل على بطلانه
من حيث هو عقد لغير المالك وبالإجازة يصح العقد باعتباره عقداً للمالك كما
شرحنا آنفاً، فيكون خارجاً عن موضوع هذه الأدلة تخصصاً.

ثم إنه لا يقدح في إمكان تصحیح العقد الفضولي للمالك كون العقد قد عقد
لنفسه كما إذا كان غاصباً؛ إذ:

أولاً - تقدم أن هذه الحيثيات في العقود ليست على نحو التقييد بل التطبيق.
وإن شئت قلت: إن خصوصية المالك ليست مقومة لحقيقة البيع والمعاوضة
بين مالين خارجين بحيث يمكن اعتبار أصل المبادلة مستقلّاً عن خصوصية
المالكين.

وثانياً - حتى إذا فرضت خصوصية المالك على نحو التقييد من قبل الفضولي
بالإجازة المتعلقة بعقد الفضولي امضاء وتنفيذ له بمقدار أصل المعاملة
لا خصوصيتها، فتكون تلك الخصوصية الزائدة عن قوام العقد لغواً وزائداً ولا
محذور في ذلك.

ب - تصحیح العقد الفضولي لغير المالك :

وهل يمكن للمالك أن يمضي العقد الفضولي إذا كان قد باعه لنفسه لا للمالك؟
هذا مربوط بتحقيق إمكان أن يبيع ماله لزيد بأن يدخل الثمن رأساً في كيس زيد
لا في كيسه ثم منه لزيد، فإن قلنا بصحته صح ذلك في المقام أيضاً بالإجازة
على القاعدة، وإلا بأن قلنا إن حقيقة البيع بل المعاوضات جميعاً هي حلول كل
من العوضين محل الآخر في الملكية فلا بد إنما من فرض معاملة أخرى ولو
ضمنية فيكون مثل هذا العقد مركباً من عقدين والإذن فيما معاً أو الإذن في

التملّيك لنفسه أولاً ثم البيع من نفسه، فيصح بالإجازة أيضاً على القاعدة – إلا أنَّ هذا لا يجري في مثل العاصب والذي لا ينشيء التملّك من قبل المالك جزماً – أو الحكم بالبطلان.

إلا أنَّ الصحيح عدم توقف صدق العقد والمعاوضة على ما ذكر حتى لو فرض عدم صدق البيع على ذلك فلتكن مثل هذه المعاملة عقداً أو مبادلة مستقلة مشحونة لعموم ﴿أوفوا بِالنَّفْوَد﴾ بلا حاجة إلى فرض التركيب من معاملتين.

وما يذكر عادة من أنَّ البيع بل مطلق المعاوضة مبادلة بين المالين في جهة الإضافة والملكية . جوابه: أنَّ المبادلة بلحاظ أصل المقابلة بين المالين في التملّيك وأنَّ أخذ أحدهما ليس مجانياً وبلا تعويض أمّا أنَّ العوض لابد وأن يدخل في كيس من كان له المعارض لا في كيس من يعينه المالك المعارض أو الولي عليه فهذا بلا موجب ؛ فالمعاوضة والبيع أيضاً صادق في المقام فضلاً عن العقد. وما عن الميرزا النائيني ت من أنَّ هذا ليس إلهة من المالك للمشتري وهبة من المشتري للضوضلي ^(١).

مدفوع بأنه في الهبة يوجد تملّيكان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وإن اشترط في أحدهما الالتزام بالآخر ، بخلاف المقام فإنه مبادلة بين المالين في جهة الإضافة بالنحو المذكور الذي يريده المالكان والوليان على المالين.

نعم ، لابد وأن يكون لهما الولاية على ادخال عوض مالهما في ملك الغير ، بأن يكون الغير راضياً أو قد أذن بذلك كما هو مفروض في المقام ، فإذا قلنا بصحّة ذلك بعقد المالك نفسه صح ذلك باذنه به قبل العقد أو إجازته له بعده على القاعدة ، وهذا واضح .

١ - المكاسب والبيع : ٤٠٨ .

جـ- عدم كفاية رضا المالك في وقوع العقد له :

ثم إنّه وقع الكلام في أنّ عمومات صحة العقود ونفوذها، هل يمكن أن تشمل عقد الفضولي إذا كان المالك راضياً من دون صدور إذن سابق وبلا حاجة إلى إجازة لاحقة منه أم لا؟

وقد ذكر في وجه عدم كفاية ذلك بما تقدم سابقاً من اختصاصها بالمالكين، فلا تشمل عقد الفضولي ولو كان المالك راضياً واقعاً؛ لعدم كونه عقداً من المالك أو النائب عنه؛ لأنّ مجرد الرضا الباطني من دون إذن أو إجازة الذين هما فعلان انشائيان لا يوجب انتساب عقد الفضولي إلى المالك، كما لا يكون فيه تنفيذ لعقده؛ فإنّ التنفيذ والامضاء بحاجة إلى تصرف انشائي كما هو واضح، فلم يبق إلا التمسك باطلاق أدلة صحة التجارة والعقود، والمفروض أنّها مختصة بالمالكين أو من يتولى عنهم.

ونوقيش في ذلك من قبل بعض المحققين بأنّه لا موجب لذلك بعد فرض إطلاق أسلتها وشمولها العقد أو البيع الصادر من المالك أو غيره، غایة الأمر لابد من إخراج عقد غير المالك مع عدم رضاه وإجازته بما دلّ على شرطية رضا المالك لأكثر، وبهذا يقال بكفاية رضا المالك بعقد الفضولي للحكم بصحة العقد بلا حاجة إلى إجازة.

والتحقيق: أنه لابد من ملاحظة أنّ هذه العمومات هل لها إطلاق في نفسها بلحظة ما يحتمل شرطيته في صحة العقود ونفوذها من شرائط الأهلية أم لا؟ سواء منها شرطية الملك أو غيرها من شروط المتعاقدين بل العوضين.

والانصاف أنّ العمومات اللفظية لا إطلاق لشيء منها يدلّ على نفي الشرائط من هذه الجهات، أما قوله تعالى **«وَأَخْلَقَ اللَّهُ أَنْبِيَاءَ»** فلأنّه في مقام بيان الحقيقة

الوضعية للبيع الذي هو التملك بعوض، وهذا قصارى مفاده حلية وصحمة التملك شرعاً كضمنون معاملي انشائي في قبال ما يحرم كالربا مثلًا. وأما شروط نفوذ التملك من ناحية العوضين أو المتعاقدين فخارج عن منظور هذا اللسان جزماً. نعم، كلّ ما يحتمل دخله من شروط العقد والإنشاء يمكن نفيه بهذا الإطلاق على بيان تقدم في محله.

وأما قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بَيْنَكُمْ»^(١) فهي بصدق بيان شرطية التراضي بمعنى حرية الإرادة العقدية وصدرها عن رضا المالك لا عن إكراه وإجبار.

وهذا أيضاً لو فرض دلالته على صحة مطلق التجارة والمعاملات في الأموال فبلحظ نفس المعاملة والتجارة وأنواعها لا بلحظ شروط العوضين أو المتعاقدين فلا يمكن أن يتمسك بإطلاقه لنفي شرطية البلوغ والرشد وعدم الحجر أو لزوم استناد العقد إلى رضا المالك، بل قد يقال إنَّ ظاهرها شرطية أن تكون التجارة صادرة أو منتبطة إلى من يشترط رضاه وهو المالك؛ لأنَّه قد عبر بأنَّ التجارة لابد وأن تكون عن تراضٍ، أي صادرة عن ذلك.

فهذه الآية الشريفة إن لم تكن أدلةً على عدم كفاية رضا المالك بعقد الفضولي من دون استناد العقد إليه، فلا أقل من عدم الإطلاق فيها على نفي ذلك. وأما قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» فمفاده لزوم الوفاء بالتعهدات والعقود التي يبرمها المكلَّف ونفوذها عليه.

وهذا اللسان حيث إنَّه لسان التكليف والالتزام فلا إطلاق له لمن لا أهلية له للتکليف وتحميل التبعة والمسؤولية عليه كالصبي والجنون والسفيه والمكره

جزماً، ودليل «أوفوا بالعقود» حتى بناءً على حمله على الارشاد إلى الصحة والعقود مفاده تحويل المكلّف مسؤولية التزامه وتهدهد والزامه به، فلا إطلاق له للمذكورين جزماً.

وأما عقد غير المالك أو المحجور عليه أو العقد مع تخلف بعض شروط العوضين كما إذا لم يكن متعلق العقد مالاً قابلاً للتمليك أو طلقاً ونحو ذلك فهل يشمله إطلاق الأمر بالوفاء أم لا؟

الصحيح: أن العقد لو كان متعلقه مجرد الالتزام بالتمليك لا التملك الفعلي لم يكن مانع عن شمول الأمر بالوفاء لذلك؛ إذ غایة ما يلزم منه لزوم تصدی العاقد بعد ذلك لتحقيق ما التزم به ولو بشراء العين من مالكه وتمليکه لمن التزم له ولو فرض عدم إمكان ذلك بطل العقد من ناحية عدم القدرة على التسلیم والوفاء كما في سائر الموارد.

إلا أن هذا المبني غير صحيح في فقها، بل وفي الفقه الوضعي الفعلى أيضاً؛ إذ العقود في باب الأموال تقتضي تحقق النتائج عليها بالفعل، فالالتزام بالتمليك في عقد البيع تمليک فعلي، أي إن الالتزام متعلق بالنتائج ابتداءً لا بالأفعال كما تقدم شرح ذلك مفصلاً.

وبعبارة أخرى: إن كان المتعهد به فعل التملك لا نفس الملكية فهذا خارج عن حقيقة العقد والبيع، وإن كان المتعهد به التملك الفعلي فهو تصرف في مال الغير، وهو لا سلطنة له على التصرف فيه، بل لا يكون التعهد بنقله إلى الغير تعهداً عليه بل على الغير، وعندئذ لا معنى لتنفيذ عقد غير المالك في ما ليس له، فيقال إن هذا الخطاب مفاده ناظر إلى من له الولاية على التصرف الوضعي والالتزام المعاملي على نفسه فلابد أن يكون ذلك التصرف والالتزام على نفسه وفي دائرة ولايته، فيدل على نفوذه ولزوم الوفاء به وعدم نقضه، فغير المالك لا يشمله هذا

الخطاب؛ لأنّ عقده في مال الغير تصرف في شأن الغير وليس له ذلك، فكيف يصح تكليفه بالوفاء واللاوفاء، فهذا العموم لا يدلّ على نفي شروط الأهلية بوجهه، بل يدلّ على أنّ من له أهلية ذلك وفي الموضوع والمحل القابل له إذا تعهد بمضمون معاملي وجب عليه الوفاء به.

وهذا هو مقصود من قال بأنّ هذا الخطاب مخصوص بالمالكين أو بأولياء العقد، والمراد أنّ الأمر بالوفاء موضوعه من يكون له الولاية على التصرف في المال لكي يعقل في حقه التعهد والوفاء وهو المالك أو النائب عنه.

وبهذا البيان يظهر وجه عدم إمكان تصحيح عقد الفضولي بما هو عقد له حتى إذا فرض رضا المالك به - كما استقر به الشيخ الأنصاري^(١) - وجعله خارجاً عن باب الفضولي - لأنّه إذا أريد تصحيحة بما هو عقد للمالك فالافتراض عدم صدور الالتزام والعقد منه، ومجرد الرضا الباطني لا يكون عقداً ولا يكفي لاستناد عقد الفضولي إليه؛ لأنّ الاستناد يحتاج إلى تسبب انشائي في الأمور الإنسانية أو إلى النيابة والتوكيل، فلا يكفي مجرد الرضا الباطني فيه، وإن أريد تصحيحة بما هو عقد للفضولي بعد فرض رضا المالك وعدم مزاحمة حقه فإنّ الوفاء واللاوفاء إنما هو بلحاظ من له الولاية على المال وليس هو إلا المالك أو الوكيل أو المأذون من قبله لا الفضولي.

فالحاصل: أنّ من يكون له التعهد بتملك مال أو أي تصرف فيه يكون عقده والتزامه واجب الوفاء، وهو فرع انتساب العقد إليه، وما دلّ على صحة التجارة مع رضا المالك قد عرفت عدم شمولها بذلك.

هذا بحسب مفad العمومات.

وأماماً بحسب ما هو المرتكز عند العقلاء فالأمر كذلك أيضاً، فإنَّ من ليس له الولاية على التصرف الوضعي في المال لا يكون تصرفاً وعconde نافذاً وماضياً، فيشترط أن يكون مالكاً أو نائباً عنه، أو مستنداً إليه بالإجازة اللاحقة أو الإذن السابق، فلا يكفي مجرد عقد الفضولي مع رضا المالك في تصحیح الفضولي ووقوعه للمالك ما لم يصدر منه الإذن أو الإجازة والذي يجعله مستنداً إليه.

ودعوى: إمكان استفادة كفاية الرضا الباطني للمالك مع عقد الفضولي بما دلَّ على عدم حلية مال الغير إلا بطيب نفسه أو ما ورد في رواية عروة البارقي وحكيم بن حزام أو كفاية سكت الباكرونحو ذلك من الروايات.

مدفوعة: بأنَّ حديث «لا يحلَّ مال امرء إلا بطيب نفسه» لا يدلُّ على أكثر من شرطية طيب النفس لا كفايته لتحقيق العقد الصحيح، فهو من قبيل أدلة شرطية الظهور في الصلاة التي لا تدلُّ على كفاية الظهور في صحة الصلاة، فذلك في المقام.

وما ورد في بعض الروايات الخاصة من تجويز شراء الضيعة أو الأرض بربما أهلها يراد منه صدور الرضا والإذن منه بالبيع كما تقدم فيما سبق شرحه.

كما أنَّ الروايات الناقلة لقصة الشراء للنبي الأكرم ﷺ لم تثبت عندنا، ولو ثبت ذلك فلا يعلم أنه كان من دون إجازة، وسكت الباكرونحو أمارة على رضاها في الاستثمار للنکاح، فهو ابراز للإذن منها في الوکالة أو اجراء العقد من قبلها.

ومنه يعلم أنَّ فرض علم المالك بما أقدم عليه الفضولي وسكته عن ذلك الكاشف عن قبوله له بنفسه إجازة وابراز منه للرضا بعده، وهو كافٍ في التصحیح بالإجازة.

د - تصحيح عقد الفضولي للمالك بعد العقد (من باع ثم ملك) :

إذا فرض تمّلك الفضولي للمال الذي باعه فضولة بعد ذلك العقد فهل يمكن تصحيحه حينئذ ولو بالإجازة أم لا؟ ويلحق به ما إذا أجرى الفضولي شخص آخر ثم ملكه ثالث فأراد أن يصحح العقد الواقع على ما ملكه فضولة سابقاً.

وهذه مسألة معروفة بعنوان: (من باع ثم ملك)، وفيها أقوال ثلاثة: البطلان مطلقاً، والصحة مع الإجازة، والصحة مطلقاً بلا حاجة إلى الإجازة.

والمشهور هنا هو القول بالبطلان، مع أنّ المشهور صحة عقد الفضولي بجازة المالك . وقد يقال بالصحة بمجرد الملك والرضا الباطني ، أو عدم الرد فيمن باع ثم ملك .

وقد نقل الشيخ الأنصاري في المکاسب عن المحقق التستري وجوهاً من الاستدلال على البطلان، ثم تصدى للإجابة عليها، والمهم منها وجوه أربعة، سنذكرها مع التعليق عليها، ولكن ينبغي ذكر أمور ثلاثة قبل ذلك:

الأمر الأول: إذا قلنا بأنّ المنشأ بالعقد ليس إلا الالتزام والتعهد بالتمليك مثلاً لا التملك الفعلي - أو كان العقد كذلك كما في الإجارة على الأعمال على قول - ففي مثل ذلك يصح عقد الفضولي لنفسه ثم تحصيل ذلك المال ليملّكه إلى الغير وخرج ذلك عن كونه فضولياً؛ لأنّ بذلك يكون مت可能存在اً على المنشأ الذي التزم به، إلا أنّ هذا خارج عن البحث، بل لعلّ الفقه الوضعي أيضاً لا يرى البيع ونحوه من العقود مجرد التزام بالتمليك بل هو من التملك الفعلي.

الأمر الثاني: كما أنه إذا فرض أن العقد أو نتيجته يكفي فيه مجرد رضا المالك كما قد يقال بذلك في مثل العارية أو الهبة - إذا قيل بأنّ حقيقته إعراض نسبي من قبل المالك وحيازة من قبل الموهوب له - فإنه في مثل ذلك يكفي مجرد رضا

المالك بوقوع المال تحت يد الموهوب له وقبضه له بعنوان الاعارة أو الحيازة في تتحققما، سواء ذلك من قبل المالك الأول أو الثاني، ويخرج عن الفضولية.

الأمر الثالث: بالنسبة لمن باع لنفسه ثم ملك قد يقال بكفاية نفس التسلّك لصحة العقد؛ وقد نسب المحقق ^١ ذلك إلى الشيخ الطوسي ^٢ مستظهراً بذلك من حكمه بصحّة من باع المال المتعلّق به الزكاة قبل إخراج زكاته إذا أدّها بعد البيع، حيث يصبح بأدائه لزكاة المال بعد البيع مالكاً لحصة الزكاة في المال المتعلّق به الزكاة، فيكون ممّن باع شيئاً ثم ملكه.

إلا أنَّ هذا الاستنتاج غير تمام؛ لأنَّه فرع تعلق الزكاة بعين المال الركوي، كما أنه مبني على عدم ولادة المالك على تعين الزكاة ولو بضمانيه في ذمته له. وعلى كل حال قد ورد في مورد الزكاة نص خاص لا يمكن التعديّ من مورده إلى غيره، وهو صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله ^{عليه السلام} فراجع ^٣.

وأيّاماً ما كان، فقد يستدلّ على هذا القول بأنَّ انتساب العقد إلى المالك الثاني متحقّق بحسب الفرض فلا يحتاج إلى الإجازة.

إلا أنَّ هذا جوابه واضح على ضوء ما تقدم؛ فإنَّ العقد منتبِط إلى ذات المالك لا المالك بما هو مالك، والمستظهرون من الأدلة هو الثاني - كما تقدّم شرحه - فلا يكفي مجرد الملك بعد العقد الفضولي لوقوعه صحيحاً حتى إذا كان هو العاقد؛ لعدم كونه عقداً صادراً ممّن له الأهلية والولاية على العقد المذكور، وهو لا ينقلب عمّا وقع عليه بقاءً، ولا بد من أن يكون العقد ممّن له ذلك، أي منتبِط إلى المالك بما هو مالك.

١ - المعتبر في شرح المختصر ٢: ٥٦٣.

٢ - المبسوط ١: ٢٠٧.

٣ - وسائل الشيعة ٩: ١٢٧، الباب ١٢ من زكاة الأنعام، الحديث ١.

هذا، مضافاً إلى أنَّ هنا يوجد إشكال اضافي في تصحيف العقد الفضولي وهو عدم إمكان وقوعه حتى بالإجازة صحيحاً عن المالك الثاني ؟ لعدم كونه مالكاً في زمان العقد الفضولي ، ولو أُريد تصحيف نفس العقد الواقع على ملك المالك الأول وقع عن الأول وهو خلف ، ولو أُريد وقوعه عن المالك الثاني قيل بأنَّ العقد الأول كان على ملك المالك الأول لا الثاني . وهذا الإشكال لم يكن في تصحيف العقد الفضولي للمالك حين العقد .

وبعد هذه المقدمة نعرض أهم الوجوه التي ذكروها للقول المشهور من عدم إمكان تصحيف عقد الفضولي للملك بعد العقد ، وهي أربعة :

الوجه الأول : ما تقدم في البحث السابق من أنَّ البيع والمعاوضة مبادلة بين العرض والمعروض في محل الملكية ، بأن يدخل كل من العرضين في كيس المالك الآخر ويحل محله في جهة الإضافة ، وفي المقام يراد بالإجازة لعقد واقع في زمن لم يكن المجيز فيه مالكاً أن يحقق البيع له ، وهذا معناه أنَّ المال يخرج من كيس المالك الأول إلى كيس المشتري ، ولكن يدخل بدله في كيس المالك الثاني .

وقد تقدم أنَّ هذا ليس بيعاً ولا معاوضة ، وبهذا يعرف أنَّ الفضولي هنا حتى إذا كان قد باع نفسه - كما هو المفروض - فلا يمكن تصحيف العقد باجازته بعد ملكه ؛ لأنَّه ليس بيعاً .

وبعبارة أخرى : لا يمكن تصحيف البيع المذكور سواءً كان الفضولي قد باع لنفسه أو للملك ؛ لأنَّ الأول ليس بيعاً ولا مبادلة لكي يمكن تصحيحه بالإجازة . والثاني وإن كان بيعاً في حينه إلا أنه لا يمكن تصحيحه باجازة المالك الثاني ؛ إذ المقصود من الإجازة ايقاعه من أول الأمر للثاني والذي يعني خروجه من ملك المالك الأول ودخول عوضه في ملك المالك الثاني ، وهذا ليس

مبادلة بحسب الفرض.

هذا قصارى ما يمكن تقريره للأشكال الأولى المذكورة في كلام المحقق التستري ^ت لتبرير بطلان هذا العقد على القاعدة.

إلا أنَّ هذا البيان مما لا يمكن المساعدة عليه؛ إذ يلاحظ عليه:
 أولاًـ النقض ببيع الغاصب لنفسه الذي يقع للمالك بإجازته مع أنَّ الغاصب قد
 أنشأ البيع لنفسه لا للملك، وبيع الفضولي مع إجازة الوارث مع أنه لا يمكن أن
 يملك إلا من حين الإجازة لا حين العقد وإلا لم يكن وارثاً للملك، والمشهور
 صحتهما. نعم، لعلَّ المحقق التستري ^ت يتلزم بالبطلان في ذلك أيضاً.

وثانياًـ الحل، وحاصله: أنَّ البيع مبادلة بين المالين في الملكية مطلقاً من
 ناحية من يملك المال ومن ناحية الزمان، فإنشاء هذا المعنى هو البيع الانشائي،
 غاية الأمر لا يقع صحيحاً إلا إذا كان منتسباً إلى المالك والولي الشرعي للملك،
 أي كل من حصل له الملك أو الولاية على المال المذكور فيصبح منه تنفيذ مثل
 هذه المبادلة الانشائية، فإذا أجازها وأعملها صحت منه، والولي قبل الشراء منه
 أو الانتقال بالإرث هو المالك الأول وبعده هو المالك الثاني، وفي بيع الغاصب
 لنفسه هو صاحب المال، ولا محذور في البين؛ لصدق البيع والمبادلة الانشائية
 بالمعنى المذكور، غاية الأمر في محلِّ الكلام يتحقق بالإجازة الانتقال إلى من
 ملك المال من أول الأمر؛ لعدم المحذور فيه، وفي من باع ثمَّ ملك يتحقق
 الانتقال من حيث الملك لا أكثر، إلا أنه لا يوجب تغيير العقد المجاز وتبدل له ليقال
 بأنَّ ما أُجيز لم ينشأ وما وقع لم يجز؛ لما ذكرناه من أنَّ البيع هو المبادلة الانشائية
 المطلقة من ناحية المالك والزمان، فيصدق على العقد المذكور البيع الانشائي
 للملك المذكور على كل حال، فيكون بالإجازة عقداً للملك، ويكون أثره
 الشرعي بالمقدار المذكور.

وإن شئت قلت : إنَّ الْبَيْعَ الْإِنْشَائِيُّ هُوَ الْمُبَادَلَةُ بَيْنَ ذَاتِيِّ الْعَوْضِينِ فِي الْمُلْكِيَّةِ حَتَّى لَوْ لَمْ تَكُنْ مُلْكِيَّةً شَرْعًا خَارِجًا؛ وَلَهُذَا يَصُدِّقُ الْعَدْدُ الْإِنْشَائِيُّ عَلَى الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَيْضًا ، كَمَا أَنَّ الْمُلْكِيَّةَ الْمُبَادَلَةُ اِنْشَاءً لَيْسَ مَقِيدَةً بِزَمَانٍ دُونَ زَمَانٍ ، بَلْ مَطْلَقَةً وَمَرْسَلَةً مِنْ هَذِهِ النَّاحِيَةِ ، وَإِنَّمَا صَحَّتْهَا الشَّرْعِيَّةُ تَسْتَوِيْفَ عَلَى الْمُلْكِيَّةِ الْخَارِجِيَّةِ - أَيِّ الشَّرْعِيَّةِ - لِذَلِكَ الْمَالِ لِيَصُدِّقَ تَفْعِيلُهُ مِنْهُ ، وَهَذَا كَلَّهُ حَاصِلٌ فِي الْبَيْعِ الْفَضْوِيِّ ، فَيُمْكِنُ لَمَنْ بَاعَ فَضْوَلَةً ثُمَّ مَلَكَ أَنْ يَتَوَلَّ تَفْعِيلَ بَيعِهِ بَعْدِ مَلْكِهِ وَيَقُولَ لَهُ وَيَؤْثِرُ مِنْ زَمَانِ الْمَلْكِ . بَلْ لَوْ فَرَضَ أَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةً بَيْنَ الْمَالِيْنِ بِلَحْاظِ الْمَلْكِ الْخَارِجِيِّ الشَّرْعِيِّ فَأَيْضًا تَقُولُ إِنَّهُ مَطْلَقٌ مِنْ حِلِّ عُمُودِ الزَّمَانِ ، أَيِّ الْمُلْحُظُ فِيهِ هُوَ الْمُبَادَلَةُ بَيْنَ ذَاتِيِّ الْمُلْكِيَّةِ لِكُلِّ مَنْ تَمْلِيكَ الرَّقْبَةَ لَا خَصُوصَ مِنْ يَمْتَلِكُهَا فِي زَمَانِ الْبَيْعِ بِالْخَصُوصِ .

وَثَالِثًا - إِمْكَانُ تَصْحِيحِ الْعَدْدِ فِي بَيْعِ الْغَاصِبِ لِنَفْسِهِ وَأَمْثَالِهِ بِاجْزَاءِ الْمَالِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْمَالِ لِغَيْرِ مَالِكِهِ أَيْضًا مَعَاوِضَةً وَبَعْدَ ، غَايَةُ الْأَمْرِ لَا يَصُدِّقُ وَلَا يَنْفَذُ؛ لِعدَمِ وَلَايَةِ الْعَاقِدِ عَلَى التَّصْرِيفِ فِي مَالِ الغَيْرِ بِدُونِ إِذْنِهِ ، فَإِذَا أَذْنَ الْمَالِكُ أَوْ الْوَلِيِّ عَلَى الْمَالِ بِذَلِكَ قَبْلَ الْبَيْعِ أَوْ أَجَازَهُ بَعْدَهُ وَقَعَ صَحِيحًا وَنَافِذًا عَلَى مَا تَقْدَمَ فِي بَيْعِ الْغَاصِبِ لِنَفْسِهِ .

وَمَا يُقَالُ : مِنْ أَنَّ الْمَعَاوِضَةَ مُبَادَلَةٌ بَيْنَ الْمَالِيْنِ فِي جَهَةِ الاضِفَافَةِ وَالعَلَاقَةِ الوضِعِيَّةِ لَا فِي الْمَكَانِ صَحِيحٌ ، إِلَّا أَنَّ جَهَةَ الاضِفَافَةِ وَالعَلَقَةِ الوضِعِيَّةِ لَيْسَ هِيَ خَصُوصَ مُلْكِيَّةِ الْمَالِكِيْنِ لِلْعَوْضِينِ ، بَلْ الأَعْمَمُ مِنْ ذَلِكَ وَمِنْ كُلِّ مَا يَكُونُ تَحْتَ وَلَا يَتَّهِي - كَابِنَهُ الصَّغِيرُ - أَوْ مَنْ يَرْضِي وَيَأْذِنُ لَهُ بِذَلِكَ ، كَمَا إِذَا أَذْنَ الْأَجْنبِيِّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَبْيَعَ مَالَهُ وَيَكُونَ ثَمَنَهُ لَهُ بِنَفْسِ الْبَيْعِ فَإِنَّ هَذَا أَيْضًا مُبَادَلَةٌ بَيْنَ الْمَالِيْنِ وَبَعْدِ .

وَلَابِدُ وَأَنْ يَكُونَ هَذَا مَقْصُودُ مَنْ قَالَ مِنَ الْأَعْلَامِ فِي الْمَقَامِ : (إِنَّ الْبَيْعَ لَا يَعْنِي

ادخال أحد العوضين في ملكه العوض الآخر ، وإنما يعني مجرد الإعطاء لا عن مجان (فإن مجرد الإعطاء لا عن مجان لا يكفي في تتحقق المعاوضة فضلاً عن البيع ؛ ولهذا لا تكون الهبة المعاوضة معاوضة ، بل تملikan وعقدان مستقلان أحدهما مشروط بالآخر كعوض عنه ، إلا أنهما ليسا تمل يكن بعوض ، وليس المال فيها مجعلولاً في مقابل الآخر ، فلم تنشأ المعاوضة والمقابلة بين المالين فيها .

وعلى هذا الأساس يكون إنشاء المبادلة فضولة بين المالين معاوضة وبيعًا ولو كان لغير مالكه - مع رضى وإذن المالك أو كونه تحت ولاية البائع - وبذلك يندفع الاشكال في المقام من ناحية قصد البائع البيع لنفسه لا للمالك ، وكذا في تصحيح بيع الغاصب لنفسه بجازة المالك .

وهكذا يظهر أن خصوصية قصد وقوع البيع للغاصب أو العاقد - أي غير المالك - أو عدم قصد ذلك خصوصيات تطبيقية أو تقيدية زائدة على أصل المعاوضة الانشائية ، فلا يدح وجودها في نية العاقد في تحقق العقد والبيع الانشائي وإمكان تصحيح العقد الانشائي من قبل المالك بالإجازة .

وإن شئت قلت : هذا المقدار من الإنشاء والإرادة الظاهرة للمبادلة يكفي في الجانب المادي والانشائي للعقد إذا ما تعقبته إجازة المالك والتزامه به وتنفيذ له ، سواء لنفسه أو للعاقد فيقع صحيحاً .

نعم ، هنا اشكال آخر في الطرف الأصيل للعقد إذا اشترط أن يكون البيع للغاصب بالخصوص على وجه التقييد بحيث لو كان لغيره فهو غير راضٍ به ، فإنه في مثل هذا الفرض يقال بأن إجازة المالك للبيع الفضولي لنفسه لا للعقد غير مطابق مع قبول الطرف الأصيل ، فلا يحصل التطابق اللازم بين طرف في الالتزام في العقد .

وقد تقدم أن عدم التطابق في إنشاء العقد حتى في الشروط يمنع عن تتحقق العقد؛ لأنّ مرجعه إلى تعليق الالتزام على قبول الشرط والالتزام به، لا على تتحققه ليكون من التعليق المبطل، فقبول الشرط الضمني لابد منه من الطرف الآخر أيضاً ليتم العقد، وهو لا يحفظ في المقام.

وحلّ هذا الاشكال أن التطابق اللازم حاصل في المقام بلحاظ مقام الإنشاء ومن قبل العاقدين؛ لأنّ الطرف الأصيل ولو من جهة تصور أن المال يكون للعائد وأنه ليس فضولياً قد أنشأ المبادلة بين المالين في الملكية بالمعنى الأعم المتقدم، فالعقد الانشائي المتطابق فيه الإيجاب مع القبول حاصل، كما أنّ المالك يجيز نفس هذا العقد الإنساني المتحقق والمبادلة المتحققة بين المالين والعوضين، ويكون جهل الطرف الأصيل واشتباهه غير مانع عن تتحققه، ولا يكون تخلفه إلا من قبيل تخلف الداعي لعدم التطابق، فلا يقاس بباب عدم قبول الشرط.

الوجه الثاني: أن الإجازة إذا أريد بها تنفيذ العقد الواقع من حين وقوعه فهو غير معقول؛ لأنّ المال عند العقد كان في ملك المالك الأول لا الثاني، فلا تكون إجازته مؤثرة لأنها إنما تؤثر في حدود ما يرجع إلى المجيز، بل هذا يؤدي إلى اجتماع ملكية المشتري وملكية المالك الأول في عرض واحد وهو محال، بل صحة الإجازة متوقفة على ملكية المجاز حين الإجازة وهي متوقفة على صحة البيع منه، وهي متوقفة على ملكية المالك الأول، فيستحيل أن تكون الإجازة رافعة لتلك الملكية؛ إذ يلزم من وجودها عدمها.

وإن أريد بالإجازة تصحيح العقد الواقع من حين تملّك الفضولي للمال فهذا لم يكن منشأً بالعقد؛ ولهذا لا يجوز للمالك الأول أيضاً أن يجيز العقد الواقع على ماله فضولة من حين الإجازة أو من الزمن الفلاطي، بل إنما أن يجيز العقد السابق

بتمامه فيتحقق الملك حقيقة أو حكماً من حينه أو لا يجيز فلا عقد ولا ملك.
وهذا الوجه أيضاً ظهر جوابه ممّا تقدم في دفع الوجه الأول؛ وذلك:
أولاًـ لأنّه لو تم لزم بطلان الإجازة في كل مورد كان المالك حين العقد غير
المجيز ولو كان غير الفضولي كالوارث، مع أنه قد تقدم ذهاب المشهور من
المتأخرین إلى الصحة فيه وأنه لا يشترط الملك في المجيز إلا حين الإجازة
لا حين العقد، فلابد وأن يكون الوجه في البطلان فيما باع شيئاً ثم ملكه أمراً
آخر غير هذا الوجه.

وثانياًـ ما تقدم من أن البيع الإنساني هو المبادلة بين المالين في الملكية من
دون تقيد ذلك بزمان معين فيكفي في صدقه إمكان ذلك ولو بعد زمان العقد،
ويكون أثره بمقدار صلاحيته لذلك وهو زمان تملك الثاني لا أكثر، وهذا
لا محذور فيه، سواء قلنا بالكشف الحقيقي أو الحكمي، وسواء كانت الإجازة
إيجاباً جديداً أو تنفيذاً للعقد السابق؛ لأن البيع والمعاوضة بين ذاتي العوضين،
والأصل قبل أصل التملّك والتملّك معلقاً على إنشاء الإيجاب، وليس للزمان
دخل بنحو التقيد في المنشأ لكي يتعدد ويتغير المجاز عن المنشأ، وليس الزمان
إلا ظرفاً للإنشاء محضاً في باب تملك الأعيان. نعم، المنافع تؤخذ مقيدة
بالزمان وتحصّص وتتعدد به.

ثم إنّ هنا اشكالاً عاماً في كيفية معقولية الكشف الحقيقي في المقام، مع أنه
يلزم اجتماع الملكيتين في زمان واحد، حيث إنّ المال قبل الإجازة ملك للمجيز
وبعده محكوم بأنه ملك للمشتري المجاز له.

وقد أجاب عن الاشكال المحقق الخراساني ^(١) بأنّ الحكمين حيث إنّهما

في زمانين لا في زمان واحد فلا امتناع ولا اجتماع للضدين ، فإنهما إنما يمتنع اجتماعهما في زمان واحد لا في زمانين .

وهذا الجواب غير صحيح ؛ لأن الإجازة على الكشف الحقيقى يكون بنحو الشرط المتأخر مؤثراً في ايجاد الملكية للمجاز له من أول الأمر حقيقة ، فيكون المجعل منافياً مع مجعل الجعل الآخر لاجتماعهما في زمان واحد وهو تناقض ومحال .

نعم ، هناك مجال لهذا الكلام بناءً على الكشف الحكيم بمعنى خاص سوف يأتي التعرض له في مبحث الكشف ، ولعل المحقق الخراساني ^{يش} كان ناظراً إليه .

وأجاب عنه المحقق النائيني ^(١) بالطولية بين الملكيتين ، ولا محدود في اجتماع الملكيتين طوليتين كما في ملك العبد الذي هو في طول ملك مولاه .
وفيه : إن أريد من الطولية توقف الملكية الثانية على الأولى فلا يجتمعان في مرتبة واحدة فقد تقدم في محله أن غائلة التضاد وامتناع اجتماع الضدين إنما هو في الزمان الواحد لا في عالم الرتب والرتبة الواحدة ، فتعدد الرتبة مع وحدة الزمان لا يكفي لدفع الغائلة ، وإن أريد بالطولية الملكية الطولية في باب ملك العبد فهي ليست طولية وإنما هي في زمان واحد مالكان ولكن ملكة العبد ليست ملكية مطلقة بل مقيدة ومحدودة ، فالعبد يملك المال في قبال غير مولاه لا في قبال مولاه ، وهذا خلاف المفروض في المقام من كشف الإجازة عن الملكية المطلقة للمجاز له ، كما أنّ المال قبل الإجازة ملك للمجيز بالملكية المطلقة ، فالتسافي حاصل في المقام .

والصحيح في الإجابة عن الإشكال بأن الكشف الحقيقي يمكن تخرجه على أساس أحد وجهين:

أحدهما - أن يكون إجازة المالك شرطاً متأخراً للصحة العقد الواقع على ماله من أول الأمر، فكما يكفي إذنه حين العقد في تصحيفه تكفي الإجازة المتأخرة في الصحة من أول الأمر، أي المالك في الزمان السابق على العقد - أو الزمان الذي يراد تنفيذ العقد فيه للطرف الآخر - تكفي إجازته اللاحقة كإذنه السابق في صحة العقد ونفوذه، فليس الشرط في نفوذ الإجازة أن يكون المجيز مالكاً قبل الإجازة، بل أن يكون مالكاً لتنفيذ العقد لكونه مالكاً أو ولائياً على المال قبل العقد الفضولي.

وإن شئت قلت: أن يكون مالكاً لولا الإجازة بنحو صدق القضية الشرطية اللولائية وصدقها لا يستلزم صدق طرفها، ولعل هذا مقصود المحقق النائي بقوله من الملكية الطولية. فلا يلزم محذور اجتماع الملكيتين الفعلىتين في زمان واحد.

ثانيهما - أن يكون عقد غير المالك أيضاً صحيحاً، غاية الأمر يكون للمالك حق امضاءه أو رده، وبالرد يقع باطلأً من أول الأمر، نظير ما يقال في الوصية العهدية من بطلانها برد الموصى له، وظاهر الفقه الوضعي اختيار هذا التخريج.

الوجه الثالث: ما ذكره المحقق النائي وأصر عليه: من أن بيع المالك الأول للمال من الفضولي رد للعقد الفضولي ومقوت لمحل الإجازة، فلا يمكن أن يلحقه بعد ذلك الإجازة لا من قبل المالك الأول؛ لأن بيعه رد عملي للعقد الفضولي الواقع على ماله حيث تقطعت بعده صلته بالمال، ولا من قبل المالك الثاني وهو الفضولي؛ لأن العقد لم يكن طرفاً لاحدي الاضافتين

والملكتين والمبادلة والبيع تبديل طرف اضافة بطرف اضافة أخرى ، وهذا معناه أنَّ البيع كالنکاح مقوت لمحل الإجازة ، والقول بأنَّ التزویج موجب لفوات محل الإجازة مطلقاً حتى لو مات الزوج الثاني بخلاف البيع فإنَّه موجب لفواته بالنسبة إلى الأصيل لا يستقيم ، ولا ينقض بصحَّة بيع الغاصب لنفسه مع إجازة المالك ووقوعه للمالك ؛ لأنَّ الملكية والاضافة ثابتة للمجيز حين العقد ، والغاصب أنشأ المبادلة بينها وبين الطرف الآخر ، غاية الأمر يدعى أنه هو طرف الإضافة غصباً فتلغى هذه الخصوصية في مقام الإجازة ؛ لكونها خارجة عن العقد الانشائي وهذا بخلاف المقام .

نعم ، يستثنى مورد إجازة الوارث لعقد الفضولي الواقع في زمان حياة المورث لبقاء الملكية في باب الإرث وكون التبديل في طرف المالك وأنَّ الوارث نفس المورث فتكون نفس الإضافة والملكية محفوظة وباقية لبقاء كلاً طرفيه ، بخلاف البيع والشراء^(١) .

وهذا الوجه تارة يراد منه أنَّ البيع من قبل المالك ردَّ عملي لعقد الفضولي ، فلا يمكن أن يصحَّ بالإجازة من قبله بعد ذلك ؛ لأنَّ الإجازة بعد الرد غير نافذة ؛ لأنَّ الرد كأنَّه ابطال واعدام للعقد ، وهذا ما فهمه بعض الأعلام من كلام المحقق الثنائيني شيش وهو ظاهر بعض تعبيراته .

وأخرى يراد منه فوات محل الإجازة ؛ لأنَّ البيع والمبادلة تبديل بين الإضافتين والملكتين ، فما لم تكن نفس الإضافة محفوظة وباقية عند الإجازة لا محل للإجازة ، وهذا هو صريح عبارته الأخرى ، والأقرب أنه هو مقصوده .

فعلى الأول يجاب عليه:

أولاًـ بأنه لا دليل على مانعية سبق الرد عن صلاحية الإجازة للتصحيح، فإن هذا لا دليل عليه كما سيأتي.

وثانياًـ أن مجرد بيع المالك لا يكشف عن الرد، خصوصاً إذا كان جاهلاً بالعقد الفضولي على ماله، فالصغرى أيضاً غير تامة.

وثالثاًـ لو فرض ذلك فعایته أنّ رداً المالك الأول مانع عن إمكان تصحيح العقد بجازته ومن قبله لا بجازة المالك الثاني وللمالك الثاني، فإنّ رد كل واحد مؤثر ونافذ في حق نفسه لا لغيره.

وأمّا على الثاني، فالجوابين السابقين لا يفيدان في علاج الاشكال؛ إذ حتى لو قيل بعدم قادحية سبق الرد فإنّ المحذور الآخر لا يرتفع كلاماً كان المالك حين الإجازة غير المالك حين عقد الفضولي، ولهذا تكون نتيجة هذا الوجه اشتراط ملكية المميز للمال حين عقد الفضولي في تصحيح العقد بالإجازة وبقاء نفس تلك الملكية إلى زمان الإجازة، وسيأتي اشتراط ذلك من قبل بعض في مبحث الإجازة، فلا يكفي ملكيته حين الإجازة فقط، سواء كان البائع الفضولي هو المميز كما في من باع ثمّ ملك أو غيره.

كما أنّ المالك حين عقد الفضولي إذا باع ماله قبل الإجازة ثمّ رجع إليه بالفسخ أو شراءً جديداً أيضاً لا يمكنه تصحيح العقد الفضولي السابق بالإجازة؛ لكون الملكية الحاصلة جديدة وليس هي تلك السابقة. والظاهر التزام المحقق النائي بـ^(١) بذلك.

والصحيح في الإجابة عندئذٍ أن يقال:

أما على القول بكون الإجازة ايجاباً جديداً ميرزاً بلسان الامضاء والتنفيذ فمن الواضح انتفاء المحدور وأنه لا موضوع للاشكال المذكور؛ إذ اللازم تتحقق التبديل في الإضافة حين تمام العقد، وهذا محفوظ عند تحقق الإجازة، وقد أشار المحقق النائيني ^{٢٧} نفسه إلى اندفاع المحدور بناءً على كون الإجازة عقداً جديداً.

وأما على المبني الآخر الذي يجعل الإجازة تنفيذاً للعقد السابق - كما هو الصحيح - فحلّ هذا الاشكال يكون بالتوجه إلى أن العقود ومنها المعاوضات أمور إنشائية، فالبيع مبادلة ينشئها المتباعان بين المالين، فإن أريد أن البيع والمعاوضة لابد وأن يكون تبديلاً للملكية القانونية أو الشرعية الواقعية للعوضين فهذا واضح البطلان؛ لما ذكرناه من أن العقود أمور إنشائية للمتعاقدين محفوظة حتى في العقود الفاسدة . فالمعاوضة مبادلة إنشائية مضمونها منشأ من قبل المتعاقدين ، سواء كانت تلك الملكية موجودة واقعاً أم لا ، فالعقد متحقق بإنشاء المتعاقدين ولا يتوقف وجود العقد على وجود الملكيتين الواقعتين للطرفين ، وإنما الذي يتوقف على ذلك تصحيف ذلك العقد المنشأ وتنفيذه ، فإنه الذي يتوقف على ثبوت الولاية الواقعية على المال والمحل الواقع عليه العقد الإنسائي ، فمن له الولاية على ذلك واقعاً وشرعياً يمكنه تصحيف العقد .

وإن أريد أن من لم يملك المال حين وقوع عقد الفضولي على المال لا ولاية له على تنفيذه وإجازته ، فهذا من نوع ، بل هذه الولاية تابعة للولاية على ذلك المال بالملك ، فإذا انتقل المال المذكور إلى ملك شخص آخر انتقلت إليه هذه الولاية أيضاً ، فيمكنه أن يجيز العقد الفضولي الواقع عليه .

نعم ، تأثيره يكون من حين تملكه للمال لا أكثر ، ولا محدور في ذلك لو لم يلزم محدور من ناحية أخرى ، وكذا لو باعه المالك حين عقد الفضولي قبل

الإجازة ثم استرجعه بشراء أو فسخ فإنه يمكنه تصحيح العقد الفضولي الأسبق بالإجازة، ولكنها تؤثر من زمان الاسترجاع لا أكثر. هذا إذا لم نقل بأن بيعه للغير يكون ردًّا للعقد الفضولي إذا كان عالماً عامداً، وأن الرد قبل الإجازة مانع عن صحتها.

وأما النقض بالنكاح الفضولي المذكور فغير وارد؛ لأن عقد النكاح مبني شرعاً وعقلاً على تشريفات وشروط خاصة شكلية تمنع عن جريان أصل الفضولية فيه، مضافاً إلى أنه يمكن أن يقال بالفرق بينهما؛ لأن الزوجين كما يكونان عاقدين وطرفين في عقد الزواج كذلك يكونان موضوعين له، ويشرط في الزوجة أن تكون خلية، وهذا يعني أن الزمان يكون مقوماً وملحوظاً في عقد الزواج كالإجارة للمنافع - وقد عبر عن الزوجية المنقطعة بالاستيغار في الآيات الشريفة أيضاً - وهذا يعني تعدد موضوع الزواج بانقطاع زمان العقد الفضولي بزوجية أخرى، وأن الزوجية تتعدد أو تتغير عرفاً وبحسب الغرض النوعي بتعدد الزوج، وليس من قبيل ملكية الأموال، فتحتاج الزوجية الثانية بعد انقضاء الزوجية الأولى إلى إنشاء جديد؛ لأنها غير الزوجية المنشأة بالنكاح الفضولي الأسبق ولا يمكن أن تكون نفسها.

الوجه الرابع : - وهو عمة الوجه - التمسك بالأخبار الخاصة ، وهي الروايات الدالة على النهي عن البيع لما ليس عنده وهي عديدة ، وأهمها ما يلي : ١ - معتبرة سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليهما السلام قال : «نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عندك ». ونقلها الشيخ الصدوقي باسناده عن شعيب بن واصد عن الحسين بن زيد عن الإمام الصادق عليهما السلام عن آبائه في مناهي النبي ﷺ (١) .

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٤٧ ، الباب ٧ من أحكام البيع ، الحديث ٢.

- ٢ - صحيح معاوية بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «يحيطني الرجل بطلب مني بيع الحرير وليس عندي منه شيء فি�قاولني عليه وأقاوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء ثم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه؟ فقال: أرأيت إن وجد بعياً هو أحب إليه مثا عندك أ يستطيع أن ينصرف إليه ويدعك، أو وجدت أنت ذلك أستطيع أن تتصرف إليه وتدعه؟ قلت: نعم، قال: لا بأس»^(١).
- ٣ - صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليهما السلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي مثاععاً لعلي أشتريه منك بنقد أو نسية فأبتعاه الرجل من أجله. قال: ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعد ما يملكه»^(٢).
- ٤ - صحيح منصور بن حازم «عن أبي عبد الله عليهما السلام في رجل أمر رجلاً يشتري له مثاععاً فيشتريه منه؟ قال: لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما يشتريه»^(٣).
- ٥ - معتبرة يحيى بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليهما السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة بعينها أربحك فيها كذا وكذا، قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجهها أو تشتريها»^(٤).
- ٦ - روایة خالد بن الحجاج (أو يحيى بن الحجاج) قال: «قلت لأبي عبد الله عليهما السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، قال: أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟ قلت: بلـى، قال: لا بأس به، إنما يحل الكلام ويحرّم الكلام»^(٥).

١ - وسائل الشيعة: ١٨: ٤٩ - ٥٠، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ٧.

٢ - وسائل الشيعة: ١٨: ٥١، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ٨.

٣ - وسائل الشيعة: ١٨: ٤٩، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ٦.

٤ - وسائل الشيعة: ١٨: ٥٢، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ١٣.

٥ - وسائل الشيعة: ١٨: ٤٩، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ٤.

٧ - صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لابأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجبه على نفسك ثم تبيعه منه بعد» (١).

٨ - صحيح منصور بن حازم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتعين من الرجل عينة فيقول له الرجل: أنا أبصر بحاجتي منك فأعطيك حتى أشتري فياخذ الدرهم فيشتري حاجته ثم يجيء بها إلى الرجل الذي له المال فيدفعه إليه، فقال: أليس إن شاء اشتري وإن شاء ترك وإن شاء البائع باعه وإن شاء لم يبع؟ قلت: نعم، قال: لابأس» (٢).

٩ - معتبرة ابن حازم أيضاً قال: سألت أبي عبد الله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينه، قال: ليس عندي، هذه دراهم فخذها فاشترى بها، فأخذها فاشترى بها ثوباً كما يريد ثم جاء به أ Yoshiyri منه؟ فقال: أليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدرهم؟ قلت: بلى، قال: إن شاء اشتري وإن شاء لم يشتري، قلت: نعم، قال: لابأس به» (٣).

١٠ - موثقة عتار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «بعث رسول الله ﷺ رجالاً من أصحابه واليأ فقال له: إني بعثتك إلى أهل الله - يعني أهل مكة - فانههم عن بيع ما لم يقبض» (٤)، وقد ورد النهي عن بيع ما لم يقبض أو ما لم يضمن في روایات أخرى أيضاً (٥).

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٤٧-٤٨، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٨: ٥٢، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ١١.

٣ - وسائل الشيعة ١٨: ٥٢، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ١٢.

٤ - وسائل الشيعة ١٨: ٥٨، الباب ١٠ من أحكام العقود، الحديث ٦.

٥ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٦، الباب ١٢ من عقد البيع، الحديث ١٢. و ١٨: ٥٨، الباب ١٠ من أحكام العقود، الحديث ٨.

وقد ادعى ظهور بعض هذه الروايات حتى في بطلان بيع الكلبي للغير قبل أن يملك فرداً منه أو اطلاقه على الأقل لذلك ، وشموله لبيع الكلبي ثم شرائه لدفعه إليه ، مع أن هذا لا إشكال في صحته فقهياً عندنا ، خلافاً للعامة ، كما أنه منصوص عليه في صحيح ابن الحجاج عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً؟ قال : «ليس به بأس ، قلت : إنهم يفسدونه عندنا ، قال : وأي شيء يقولون في السلم ؟ قلت : لا يرون به بأساً ، يقولون هذا إلى أجل فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح ، فقال : فإذا لم يكن إلى أجل كان أحق ، ثم قال : لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالاً وإلى أجل ، فقال : لا يسمى له أجلاً إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنبر والبطيخ وشبيه في غير زمانه ، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً». ومثلها صحيحته الأخرى ومعتبرة الكتابي^(١).

فاما أن تحمل الروايات الظاهرة في بيع الكلبي بالخصوص - كما ادعى في صحيح معاوية بن عمار - على التقبية أو الكراهة أو يقيد اطلاقها بهذه الروايات وبالإجماع ، فتختص بالبيع الشخصي وبعد التخصيص يقال بأنها جمياً تدل على شرطية الملك حين البيع وأنَّ من باع شيئاً قبل أن يملأه كان باطلًا ؛ لدلالة هذه الروايات على النهي عن ذلك الذي هو إرشاد إلى الفساد بل تصريح جملة منها - وهي روايات العينة وهي بمعنى السلفة عن طريق العين والتقد لمن يزيد مالاً نسيئة ودينًا - بأنَّ البيع لابد وأنْ يقع بعد التملُّك وأنَّه لا يصح أن يوجبه البيع قبل أن يشتريه.

وقد أجاب الشيخ شيخ عن الاستدلال بهذه الأخبار بأنَّ قصارى مفادها إنما هو

١ - وسائل الشيعة : ١٨ : ٤٦ ، الباب ٧ من أحكام العقود ، الحديث ١ . و ١٨ : ٤٨ ، الحديث ٤ .

فساد البيع قبل التملك ، بمعنى عدم ترتيب الأثر عليه بمجرده ، وعدم إمكان الزام البائع والمشتري به ، وإنما لابد من ايجاب البيع بعد التملك ، وهذا غايته عدم صحة البيع بنفس التملك بلا إجازة من قبل البائع وعدم الرجوع من قبل الطرف الآخر - بناءً على ما هو الصحيح من إمكان رجوعه قبل الإجازة - فالروايات تبطل القول الثالث وهو القول بالصحة مطلقاً بمجرد البيع ، ولا تبطل القول الثاني وهو الصحة بالإجازة ؛ إذ لا الزام ولا ايجاب للبيع على الطرفين قبلها في الفضولي ، فحال الصحة بالإجازة حال البيع الجديد .

وقد نوقش في ذلك بأنه خلاف إطلاق النهي ، وإنما يقال : إلا إذا أجاز ، بل ظاهر عدم الایجاب والالزام قبل الشراء عدم تحقق الازام والايجاب المعاملي الشخصي أيضاً ، وهذا معناه أنَّ البيع الانشائي غير متحقق ولا بد وأن يتحقق بعد الشراء . بل ذكر الميرزا النائيني ^ش^{١١} أنَّ نفس النهي عن بيع ما ليس عندك ظاهر في شرطية الملك حين العقد في صحة البيع .

والتحقيق : أن الاستدلال بهذه الروايات على بطلان البيع السابق حتى بالإجازة غير تام ؛ وذلك : أمّا على القول بأنَّ حقيقة البيع وایجابه إنما يتحقق في طول الإجازة فواضح ، حيث إنَّ ايجاب البيع والزام صاحبه به لا يتحقق قبل الإجازة ، فلا يبع قبلها .

وأمّا على المشهور من أنَّ البيع ثابت من قبل والإجازة مجرد تنفيذ له بحيث يصدق عرفاً أنه قد أوجب البيع من قبل ولو كان شرطه الإجازة المتأخرة ، ومن هنا قيل بأنَّ صحته بالإجازة على خلاف إطلاق هذه الروايات ، فلأنَّ مفاد هذه الروايات أجنبي عن مسألتنا .

وتوضيح ذلك : أن الروايات المذكورة يمكن تقسيمها إلى طوائف :

منها - الروايات النافية عن بيع ما ليس عندك ، وهي ظاهرة في الإرشاد إلى شرطية القدرة على التسليم أو احراز وجود الموضوع في صحته ؛ لأن ظاهر جملة (ليس عندك) عدم وجdan الشيء لا الملك ، والوجدان أعم من الملك ، كما أن عدمه أعم من عدم الملك ؛ ولهذا أيضاً كانت مطلقة وغير مقيدة بخصوص البيع الشخصي ، ولا أقل من احتمال ذلك الموجب للإجمال .

ومما يشهد على ما نقول ذيل صحيحي ابن الحاج وصحيحة الكناني ، حيث ورد فيما : « لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه » وقد استدل باطلاق هذا الذيل بعض الأعلام لاثبات الصحة حتى في البيع الشخصي وجعله دليلاً على الصحة في مسألتنا .

إلا أن الانصاف أنها إرشاد إلى شرطية القدرة على التسليم ، وليس ناظرة إلى حيادية مسألتنا وهو شرطية الملك حين البيع وعدمه .

ومنها - روايات العينة ، كصحيحي منصور بن حازم المتقدمين برقم (٨، ٩) ، وظاهرها أن من يريد شراء شيء وليس له مال ليشتري به فإذاً إلى من له المال فيطلب منه أن يشتري له وبيعه منه نسيئة بالدين بزيادة فيشتري له ويعطيه كذلك - وهذا ما أطلق عليه في الروايات بالعينة - لا يجوز له أن يلزم به بذلك من قبل بحيث يكون شراؤه لذلك المتاع ملزاً لمن يريد التعين ، بل لابد وأن يكون بالخيار إن شاء اشتري نسيئة بأكثر وإن شاء لم يشتري .

وهذا أجنبني عن محل البحث - كما أفاده الشيخ ^{١١} - كيف ، ولم يفرض

فيها وقوع عقد فضولي بالنسبيّة لمن يرید العينة أصلًا في الصحيحتين المتقدمتين وإنما الواقع بيع واحد بدراهم من له الدرهم وهو بيع صحيح؛ لأنّه واقع بين المالكين ، ولكن يراد بذلك أن يكون لمن يرید التعيين وبشأن نسيئة وأكثر بلا بيع آخر ، وهذا باطل على القاعدة ولا ربط له بمحل البحث أصلًا.

ومنها - روایات النهي عن بيع ما لم يقبض بصفقة واحدة ، وظاهرها بطلانأخذ الزيادة المضمونة بأن يبيع شيئاً بشأن نظره بأكثر مما يشتريه له نقداً بأن يكون ذلك صفة واحدة بحيث لا يخسر المشتري بالنقد شيئاً فيكون رأس ماله وربحه كلاهما مضمونين له لو فرض صحة البيعين أو صيرورتهما بيعاً وشراءً واحداً للمشتري الأول .

والظاهر أنّ هذا هو المراد من موثقة عمار الأخيرة (١٠) ، وقد دلّ على منع ذلك أيضاً معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمره نفر ليتّابع لهم بعيراً بنقد بورق ويزيدونه فوق ذلك نظرة فابتاع لهم بعيراً ومعه بعضهم فمنعه أن يأخذ منهم فوق ورقه نظرة» (١١).

ومعتبرته الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام قال: «منع أمير المؤمنين عليه السلام الثلاثة تكون صفقتهم واحدة يقول أحدهم لصاحبه: اشتّر هذا من صاحبه وأنّ أزيدك نظرة يجعلون صفقتهم واحدة ، قال: فلا يعطيه إلا مثل ورقه الذي نقد نظرة ، قال: ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه فليبع بعد ما شاء» (١٢).

ويدلّ على ذلك أيضاً ما ثبت في روایات معتبرة عديدة من نهي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع ما لم يضمن ، وظاهره أنه لا يمكن أن يكون له نسبة من الربح ما لم

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٨، الباب ٣ من أحكام العقود، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٩، الباب ٣ من أحكام العقود، الحديث ٢.

يقبضه صاحب النقد أولاً ويضمن رأس المال، بحيث تكون خسارته من كيسه، ثم يبيعه من الثاني بأكثر نسيئة.

والذيل الوارد في الرواية الثانية هو نفس التعبير الوارد في سائر الروايات المقدمة، مما يدلّ على أنّ الجهة والمحدود المنظور إليه إنما هو هذا المحدود لا شرطية الملك حين البيع، كيف وقد حكم فيها بصحّة البيع، غاية الأمر أنه لا يجوز له أن يأخذ أكثر مما دفعه نقداً.

وكأنه بهذا حاول الشارع أن يمنع عن الربا أو أخذ الزيادة بلا تحمل أي خسارة وضمان للمال، بحيث لو هلك ذلك عن المشتري نسيئة.

ونحن لو لم نستظر إرادة هذا المعنى من هذه الطائفة فلا إشكال في عدم ارتباطها بمحل البحث؛ إذ لم يفرض فيها وقوع بيع فضولي لمن يزيد الشراء نسيئة، فالروايات المذكورة جميعها أجنبية عن محل البحث موضوعاً، ولو فرض إطلاق بعضها لما إذا باعه صاحب الشمن أولاً ذلك المتعاق فضولة بأكثر نسيئة ثم اشتراه من صاحبه لنفسه بأقل نقداً - ولا إطلاق كذلك فيها - فهي تدلّ على عدم كفاية مجرد العقد المذكور لإلزام المشتري نسيئة بأكثر، لا أكثر.

أي تدلّ على بطلان القول بكفاية مجرد الملك للبيع فضولة بأكثر نسيئة من تملكه بأقل لا أكثر؛ فلعلّ الوجه في المنع أخذ الزيادة وأنّ فيه روح الربا فلا يتم فيما لا يكون كذلك.

ومنه يظهر أنّه لا يصح التمسك بهذه الروايات على بطلان كفاية البيع الأول مع الملك بعده بلا حاجة إلى الإجازة إذا لم يكن البيع كذلك، كما إذا ملكه بالإرث أو بالشراء بأكثر أو مساو، أو كان البيع الأول بالنقد لا نسيئة، أو كان للملك الأول لا للثاني.

وهكذا يتضح عدم تمامية شيء من الوجوه المستدل بها لإبطال البيع فيمن باع

شيئاً ثم ملكه إذا أجاز بعد أن اشتري لنفسه حقيقة؛ حتى بناءً على كون الإجازة تنفيذاً للعقد السابق. وقد شرحتنا تفصيل هذه الروايات في بحثنا على مكاسب الشيخ الأنباري توفي.

ثم إنَّه بعد أن ظهر عدم نظر الروايات المتقدمة إلى محل بحثنا فقد يقال في خصوص ما إذا كان بيع الفضولي وشاؤه من قبل المالك الثاني نفسه بالصحة على القاعدة بلا حاجة إلى إجازة؛ تمسكاً بالإطلاق الأزمني لدليل «أوفوا بالعقول» ونحوه.

وادعوى: أنه مخصوص بالمالكين والعقد السابق لم يكن عن المالك وبعد الملك لم يحصل عقد جديد.

مدفوع: بأنَّ الانتساب هنا موجود، فهو عقد للملك بقاء.

وادعوى: أنه من دون رضاه بعد الملك يكون أكلاً بالباطل.

مدفوع: بأنَّ الشرط الرضا حين العقد ولا دليل على شرطية أكثر من رضا صاحب التعهد مع زوال المانع عن تأثير عقده وتعهده كما في بيع الرهن والمفلس إذا أجاز المرتهن والديان بعد البيع فلابد من القول بصحة القول الثالث المقتصي لصحة البيع الأول بلا حاجة إلى إجازة بعد الملك بشرط كون الشراء لنفسه حقيقة ثم منه للمشتري الأول، وعدم وجود زيادة وربح مضمون.

والجواب: ما تقدم من اشتراط صدور الإرادة العقدية والتراضي عن المالك بما هو مالك عقلانياً في العقود والإيقاعات، فالإرادة الصادرة منه قبل الملك لا تكفي للصحة ونفوذ ذلك العقد ولو فرض ارتفاع النقص وتحقق الملك بعد ذلك، وأنَّ عدم الملك ليس من قبيل تعلق حق الغير بالمال كحق الرهن أو الديان بل بمثابة عدم المقتصي، فالتعهد والالتزام المسؤول إنما هو تعهد المالك بما هو مالك أو ولي عنه، فإنَّ المرتكز العقلاني يقضي بعد تأثير إرادة غير المالك لا من

جهة أنه تصرف في مال الغير بلا إذنه ، بل لأنه لا يملك ولا سلطنة له على ذلك ، فالسلطنة والملك هو المقتضى للتأثير وملك له ، كما أن ظاهر دليل السلطنة والتجارة عن تراضي ذلك أيضاً .

هـ - من باع فضولة فبان مالكاً أو ولياً :

ثم إنه بناءً على القول بأنَّ الموضوع للصحة والنفوذ العقد المنسوب إلى المالك بما هو المالك - ومن هنا حكمنا بلزم الإجازة في تصحيح من باع شيئاً ثم ملكه - فهل يكفي ثبوت الملكية أو الولاية واقعاً في صحة العقد ونفوذه وإن لم يعلم به العاقد أو يشترط صدور العقد عن العلم بالولاية أو الملك ؟

ظاهر الشيخ ^١ (١) وجملة من الأعلام هو التفصيل بين باب الولاية وباب الملك ، وتوضيح ذلك : أنَّ هنا صوراً أربعاً : لأنَّه تارة يبيع من ليس مالكاً باعتقاد أنه فضولي تارة للمالك وأخرى لنفسه ثم يتبيَّن أنه كان مأذوناً أن يبيع للمالك - سواء من جهة كونه ولياً على المالك أو وكيلًا عنه أو مأذوناً منه - وأخرى يبيع فضولة كذلك - أي تارة للغير الذي يعتقد أنه المالك ، وأخرى لنفسه - ثم يتبيَّن أنه مالك للمال واقعاً .

وقد حكم الشيخ ^٢ (٢) بالصحة في كلتا صورتي الولاية الواقعية ، أي سواء باع عن الغير فضولة أو باع لنفسه ، وقد علل ذلك الميرزا ^٣ (٣) بأنَّ الولاية والنيابة عن المالك مأخوذه بنحو طريقي لا موضوعي ، فإذا كانت ثابتة واقعاً فحتى إذا لم يعلم بها العاقد كان عقده صحيحاً ونافذاً وإن كان يعتقد عدم نفوذه ،

١ - كتاب المکاسب : ٣ : ٤٥٩ - ٤٦٦.

٢ - كتاب المکاسب : ٣ : ٤٥٩ - ٤٦٠.

٣ - منية الطالب : ١ : ٢٧٢.

وأمّا خصوصية البيع لنفسه فالمحرر انتهى ملغاً وغير ضارة؛ ولهذا يصح البيع باحراز المالك في من باع فضوله لنفسه - ولو من جهة أنه يبيع للمالك الواقعي ثم يستولي على بدله ويدعى أنه له - فإذا كان يصح بالإجازة اللاحقة فالصحة بالإذن أو التوكيل السابق تثبت بالأولوية.

وأمّا إذا باع وهو المالك ولكنه لم يكن يعلم بذلك ففصل بين ما إذا باع للغير فضوله عنه ثم ظهر أنه المالك فلا يقع صحيحاً لنفسه إلا بالإجازة اللاحقة منه، وبين ما إذا باع لنفسه باعتقاد الفضولية فظاهر أنه كان منتقلًا إليه بالإرث ونحوه فإنه يصح بلا حاجة إلى إجازة منه.

وحاصل ما أفاده في الحاجة إلى الإجازة في الشق الأول - وهو الصورة الثالثة - أنَّ خصوصية الواقع عن الغير - كما إذا باع الولد مال أبيه عنه فضوله ثم انكشف أنه كان ميتاً وأنَّ المال كان له إرثاً - ملغاً وغير ضارة بصحة وقوع العقد عن المالك هنا أيضاً ولكنه يحتاج إلى الإجازة ل لتحقيق الاستناد كما في الفضولي؛ لأنَّ الاستناد هنا ثابت ب مباشرته ، بل لشرطية رضا المالك بما هو مالك ، فلا يكفي رضا ذات المالك ، ورضا المالك بما هو مالك لا يتحقق إذا لم يكن ملتفتاً بأنَّ المال له ، وقد نظره الميرزا^(١) من تعمد الأكل في شهر رمضان أو التكلم في الصلاة غافلاً عن كونه فيه فإنَّ ذات الفعل وإن كان عن عدم إلا أنَّ كونه في رمضان أو في الصلاة ليس عمدياً ، فكذلك في المقام المستظرف من الأدلة شرطية الرضا وطيب نفس المالك بالعقد بما هو مالك ، فتكون الحاجة إلى الإجازة لتحقق رضا المالك بما هو مالك .

وأمّا وجہ عدم الحاجة إلى الإجازة في الصورة الرابعة فمن جهة تحقق البيع

من المالك الواقعي؛ لأنّه باع عن نفسه مدعياً أنه مالك، فيكون راضياً بالبيع عن نفسه حتى إذا كان مالكاً، فيصح لا محالة لتحقق رضا المالك بما هو مالك.

والتحقيق أن يقال: إن كان اللازم رضا المالك بما هو مالك في صحة العقد كان اللازم رضا الوالي بما هو ولي أيضاً في الصحة، فمع الجهل بالوكالة أو الولاية لا يكون العقد عقد الوالي بما هو ولي، وخطاب «أُوْفُوا بِالنَّفْوَد» ونحوه موجّه للأولياء بما هم أولياء، ولازم ذلك القول بالبطلان في الصور الأربع بدون الإجازة.

إلا أنّ هذا بلا موجب؛ فإنه لا دليل على اشتراط العلم وعدم الجهل بالولاية أو الملك؛ ولهذا يصح العقد من يبيع المال لصاحبها وهو شاك في بقاء وكالته أو ولايته على ذلك ثم يتبيّن بقائهما، وكذلك من يبيع المال وهو يشك في كونه له أم لا برجاء أن يكون له ثم يتبيّن أنه له؛ إذ لا شك في صحة البيع في أمثل هذه الموارد بلا حاجة إلى تجديد العقد أو إجازة لاحقة، فالعلم بالولاية أو الملك ليس شرطاً في صحة عقد الوالي أو المالك إذا كانت أركان العقد تامة من سائر الجهات.

وعلى هذا الأساس يحكم بالصحة بلا حاجة إلى الإجازة في الصورة الأولى لتحقق العقد من الوالي وتمامية أركان العقد من الإنشاء والإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة والالتزام من قبل الوالي الذي هو منزل منزلة التزام الموكّل والمالك حقيقة أو قانوناً وشرعياً فيكون نافذاً، وكون الوالي جاهلاً بولايته حين صدور الإنشاء والالتزام الجدي من قبله عن الموكّل فضولة لا يخرج التزامه وإرادته الباطنة عن الجدية، ولا عن كونه التزاماً من قبل الوالي عن موكّله، كما لا يوجب تعدد محل الالتزام وموضوعه، فتشمله أدلة الصحة والنفوذ، فيكون من قبيل من باع ماله بزيادة لولده بتصوّر بطلان الربا بين الوالد والولد ثم تبيّن له صحته.

وأماماً الصور الثلاث الأخرى فهي جميعاً بحاجة إلى الإجازة ولا يصح العقد فيها بدونها.

أما الصورة الثانية وهي ما إذا باع من هو ولد واقعاً لنفسه جاهلاً بولايته فلأنَّ الولي قد عقد على المال لنفسه لا للموكِل ، فما وقع من الإنشاء والعقد والإرادة الظاهرة لم يكن وليناً عليه ، بل لا يصح له ، والبيع للمالك الذي كان مأذوناً فيه وولياً عليه لم ينشأه ولم يلتزم به بحسب الفرض .

ودعوى : أنَّ البيع قوامه بالمبادلة المنشأة بين المالين والعوضين وأنَّ كونه لنفسه لغو زائد ، ولهذا يصح البيع عن مالكه الواقعي بالإجازة اللاحقة - كما تقدم - فكذلك يصح بالوكالة أو الإذن السابق ؛ فإنه ليس بأقل من الإجازة اللاحقة .

مدفوعة : بأنَّ المقصود مما تقدم كفاية تحقق الإنشاء الضمني في بيع الغاصب لنفسه في الركن المادي للعقد وهو الإنشاء والإرادة الظاهرة إذا تعلق به الالتزام المؤثر الصادر من المالك ، أي إذا تحققت الإرادة الباطنة وهو التزام من له حق ذاك الالتزام ، وفي المقام من دون إجازة لاحقة لا التزام من المالك لا حقيقة ولا حكماً ، لأنَّ الوكيل الواقعي لم يلتزم من قبل المالك بل من قبل نفسه؛ ولهذا حتى إذا كان الوكيل عالماً بالوكالة أو الولاية لو باع المال لنفسه غاصباً لم يصح بدون إجازة من قبل الموكِل ؛ لوقوع البيع للموكِل ؛ لأنَّ ما التزم به جدأً لم يكن مأذوناً فيه ، وما كان مأذوناً فيه لم يلتزم به من قبل مالكه ، وهذا بخلاف فرض الصحة بالإجازة اللاحقة ؛ لأنَّ الإجازة توجب انتساب العقد والإرادة الظاهرة إلى الم Jessie وهو المالك ، فتتم أركان العقد المادية والمعنوية ، وتنسب إلى المالك حقيقة .

أما الالتزام والإرادة أو الرضا الباطني من المالك لكشف الإجازة عنه ، وأماماً الإرادة الظاهرة والإنشاء للعقد والمبادلة لكتابية وجودها الضمني في انتسابها إلى

المالك إذا أمضاه وأجازه، ويكون العاقد في ذلك نظير الوكيل في اجراء الصيغة، وهذا لا يجري في الوكالة والإذن السابق في البيع للملك؛ لأنّه تنزيل لالتزامه من قبل المالك منزلة التزام المالك وهو لم يتحقق، فما لم يصدر منه إجازة وتنفيذ لانشاء الضمني للمبادلة الحاصلة من قبل الوكيل لا يتم تحقق أركان العقد من قبل المالك، كما أنّ ما تحقق من قبل الوكيل من الالتزام لنفسه لا يكون بمنزلة التزام المالك لا حقيقة ولا حكماً.

وأما الصورة الثالثة وهي ما إذا باع الجاهل بكونه مالكاً للغير فالحاجة فيها إلى الإجازة ليس لما ذكر في التفصيل السابق - لما عرفت من عدم صحته - بل لأنّ البيع للملك الواقعي الذي هو العاقد لم ينشأ ولم يتلزم به المالك، فإنه التزام بالبيع للغير فضولة بتصور أنه المالك، وأما البيع لنفسه فلم يتلزم به، ومجرد انشاء المبادلة بين المالين وكون قصد الغير أو قصد نفسه لغواً وزائداً على المقدار اللازم في الإنشاء والإرادة الظاهرة لا يكفي للتصحيح لفقدان الالتزام والإرادة الباطنة الحقيقة من المالك أو الحكمة من قبل الولي؛ لأنّ العاقد إنما التزم بالبيع من قبل الغير فضولة عنه بحيث يكون ذاك الغير طرفاً للالتزام العقدي ولم يتلزم من قبل نفسه بأن يكون هو طرف الالتزام والوفاء بالعقد، فلا إرادة ولا رضا باطنى من قبل نفسه، فلا يصح العقد في هذه الصورة إلا بالإجازة.

نعم، لو كان العاقد ملتزماً بالعقد على كلا التقديرین صحة بلا إجازة، كما إذا كان شاكاً في كون المال قد انتقل إليه بارث ونحوه أم لا فيباعه حتى على تقدير انتقاله إليه، فإنه لا إشكال في الصحة عندئذ بلا حاجة إلى إجازة لو انكشف الانتقال إليه، إلا أنه خارج عن محل البحث.

ونفس الكلام يجري في الصورة الرابعة، وهي ما إذا باع لنفسه كالغاصب جاهلاً بكونه له فإن الصحة بحاجة إلى الإجازة أو كون البيع لنفسه حتى على

تقدير كون المال له.

والمتحصل من مجموع ذلك أنَّ العلم بكونه مالكاً أو ولِيَاً ليس شرطاً في صحة العقد إذا كانت أركان العقد تامة من النواحي الأخرى، وإنما حكمنا بالحاجة إلى الإجازة في الصور الثلاث من الصور الأربع المتقدمة؛ لفقدان أركان العقد من سائر النواحي.

وبهذا ينتهي البحث عن فقدان الشرط الرابع، وهو الملك أو النيابة عن المالك من شروط الأهلية والمعاقدين.

٤ - تصحيح عقد المفلس على ماله :

وإنما حكم فقدان الشرط الخامس وهو عدم الحجر عن التصرف فقد يقال بعدم الحاجة فيه إلى الإجازة؛ لأنَّ العقد منتبِع إلى المالك وهو مكلَّف بالوفاء وإنما كان للغير حق استيفاء ماله من ملك المالك، فإذا رفع اليد عن حقه ورضي بتصرُّف المالك أو وفَاه حقه شمله دليل الصحة والتقوذ كما تقدم خلال الأبحاث السابقة حيث عرفنا أنَّ عقد المالك المحجور لا يكون مؤثراً ما دام لم يرتفع الحجر بمقتضى دليل الحجر نفسه، إلا أنه إذا ارتفع الحجر يكون مؤثراً وصحيحاً بلا حاجة إلى الإجازة، وذلك ل تمامية العقد بكل أركانه المادية والمعنوية، وإنما كان الحجر وتعلق حق الغير كالدائن أو المرتهن مانعاً عن تأثيره، فإذا زال المانع ولو بربضاً صاحب الحق فقد تم العقد بلا حاجة إلى الإجازة لا من صاحب الحق؛ لأنَّه ليس هو المكلَّف بالوفاء ولا هو طرف للعقد، ولا من المالك؛ لصدور العقد منه، غاية الأمر كان توجيه خطاب الوفاء إليه وترتُّب الأثر عليه حدوثاً منافياً مع حق الديان أو المرتهن - بناءً على بطلان بيع المرهون - فإذا زال المانع ولو ببقاء صحة العقد؛ لتحقق موضوع أدلة الإيماء والصحة وشمولها له.

وصححة العقد بهذه الطريقة تختلف عن صحته بالإجازة، حيث قلنا فيما سبق أن هناك طريقتين لتصحيح العقد الفاقد لبعض شروط المتعاقدين على القاعدة وبلا حاجة إلى دليل خاص:

أحداهما: التصحيح بالإجازة من قبل من له الأهلية.

الثانية: التصحيح برفع المانع عن تأثير العقد السابق وصحته.

وقد يستدلّ على عدم الحاجة إلى الإجازة في المقام بمثل موثقة الحسن بن زيد الطائي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «إني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني الله بعد فأجدد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك»^(١). فإنها اكفت بعلم السيد وسكته عن نكاح العبد، بلا حاجة إلى إجازة النكاح منه ولا من العبد بعد رضا السيد وسكته الكاشف عن رضاه ورفع اليد عن حق مولويته على عبده.

إلا أنَّ الرواية واردة في النكاح، والتعمدي من موردها إلى البيع مشكل.

ثم إنَّ تصحيح العقد بالطريقة الثانية يتوقف تماميته على شرطين:

١ - أن لا تستظهر من أدلة اشتراط التراضي في العقد من قبيل آية «إلا أن تَحْوَنْ تِجَازَةً عَنْ تَرَاضِينَكُمْ»^(٢) شرطية صدور العقد عن رضا من له الأهلية والولاية على التصرف المذكور، فكما يشترط صدور العقد عن رضا المالك بما هو مالك كذلك يشترط صدوره من رضا الولي الفعلي بما هو ولي، وهذا غير متحقق هنا.

١ - وسائل الشيعة ٢١: ١١٨، الباب ٢٦ من نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

٢ - سورة النساء، الآية: ٢٩.

٢ - أن يتم الإطلاق الأزمني في أدلة الصحة والتفوذ، فإن العقد المذكور حدوثاً لا يمكن أن يكون صحيحاً؛ لأنّه خلاف حق الغير في العين بحسب الفرض.

نعم، لو فرضنا أن رضا صاحب الحق بعقد المالك كان من أول الأمر أو كان متأخراً عنه زماناً إلا أنه حيث كان متعلقاً بالعقد السابق من أصله كفى بذلك في صحّة هذا العقد من أول الأمر فيمكن أن يكون مشمولاً لأدلة الصحة، ويكون الرضا المذكور بنحو الشرط المتأخر موجباً لصحة العقد وتفوذه من أول الأمر.

وهذا معناه أنّ حق الغير ليس بأكثر من حق الردّ له عن تصرف المالك واستيفاء حقه من ذلك المال، فإذا لم يردّ ورضي بذلك أو وفاه المالك قبل الردّ يكون العقد عقد الولي ومشمولاً لأدلة الصحة والتفوذ من أول الأمر.

ولا يبعد صحّة هذا التخريج، وبناءً عليه يختلف حكم هذا الشرط من شروط الأهلية - أعني عدم العجر على المالك - من الشروط الأخرى من حيث عدم الحاجة إلى الإجازة حتى من حيث اللزوم والتفوذ على الطرفين.



الفصل الرابع : الإجازة وأحكام العقد المجاز

والبحث عن الإجازة وتحليل حقيقتها وأحكام العقد المجاز ينبغي إبراده في عدة جهات :

الجهة الأولى : حقيقة الإجازة

ونبحث عنها ضمن ثلات نقاط :

- ١ - هل يكفي في الإجازة عدم الرد أم لابد من أمر زائد من الرضا قبل التعهد بمضمون العقد السابق ؟
- ٢ - هل يشترط فيها الإبراز أم لا ؟
- ٣ - هل تكون الإجازة إرادة جديدة أم تنفيذاً للإرادة السابقة (حقيقة الإجازة) ؟

أما النقطة الأولى : فقد يقال فيها بكميّة عدم الرد في صحة العقد ، فإذا لم يرد يكون العقد صحيحاً من أول الأمر ، وإنما ينكشف بطلانه من أول الأمر بالرد ؛ ولعل هذا هو ظاهر الفقه الوضعي في باب الفضولي وعيوب الإرادة ، حيث يعبرون عن العقد في هذه الموارد بأنه قابل للإبطال بالرد ، ولعله يرتبون عليه أيضاً أنه إذا لم يصدر منه الرد مدة طويلة يحكم بصحّة العقد من أول الأمر بالتقادم ومرور زمن محدد عندهم ، وكأنّهم في ذلك تأثّروا بالمذهب المادي الذي يرى كفاية المظهر المادي في العقود ، فعدم الرد هو رضا ظاهري وإرادة ظاهرية خارجاً وهي المعيار في الصحة .

وقد يقال: هذا موجود في فقهاً أيضاً في باب الوصية ، حيث يكتفى فيها بعدم ردها من قبل الوصي بعد علمه بالوصية .

إلا أنَّ هذا غير صحيح في باب العقود؛ فإنَّ الوصية ايقاع ، ولو فرض أنَّه عقد فهو سخَّ عقد أشبه بالايقاع ، والتصرُّف من قبل الموصى في شؤون نفسه ؟ ولهذا لا يشترط فيه من قبل من له الوصية أكثر من أن لا يمتنع عن ذلك بالرد فيكون ذلك بمثابة القبول منه ، وهذا بخلاف عقود التملِك والتملك .

وإن شئت قلت: لابد من صدور التراضي في عقود التملِك أو التملك من المالك ليتحقق عقد المالك ، ولا يكفي مجرد عقد الفضولي لترتُّب الأثر وشمول أدلة الصحة والنفوذ حتى يحتاج إلى عدم الرد من المالك الذي هو صاحب القرار الأصلي ، بل الصحيح عدم كفاية الرضا بمعنى طيب النفس في التصحيح أيضاً وإنما يلزم التعهد جداً بمضمون العقد؛ إذ كما لا تتحقق العقود العهدية كالبيع مثلاً حدوثاً بمجرد رضا المالك وطيب نفسه ولو أبرزه بكاشف ما لم يتعهد ويلتزم بذلك المضمون المعاملني كذلك في مرحلة البقاء والتصحيح بالإجازة لابد من ذلك لكي يتتحقق العقد بركته الباطني .

ودعوى: كفاية الرضا الباطني مع العقد في الصحة ، وأنَّ الرضا أعم من الرضا حين العقد أو الرضا المتأخر ، فيكون التجارة عن تراضٍ والبيع برضى المالك حتى بلحاظ آثار ما قبل زمان الإجازة إذا فرض تعلق رضا المالك بالتملِك من حين العقد ، فيعقل فيه حتى الكشف الحقيقي ، وقد حكم الشيخ ^{١١} بـ كفاية رضا المالك حين العقد في صحة عقد الأجنبي وقال إنَّه خارج عن الفضولية ، فإذا كان رضا المالك حدوثاً كافياً في صحة عقد الأجنبي فـ كذلك بقاء .

مدفوعة: بأن المراد من رضا المالك بالتمليك إن كان تعهد به ولو بصيغة إمضاء العقد الفضولي، فهذا هو المقصود في المقام أيضاً وإن كان المراد كفاية طيب نفسه بالتمليك من دون أن يلتزم ويعهد به ويزبه بما يدل على إمضاء العقد السابق وتنفيذها، فهذا لا يكفي لصدق عقد المالك ولا تجارتة عن تراضي الذي هو موضوع الصحة والنفوذ في أدلة الإمساء اللغوية واللبيبة معاً كما تقدم. ومن هنا وافقنا الميرزا ^(١) في اشكاله على دعوى الشيخ ^ت بكفاية الرضا حدوثاً في صحة عقد الأجنبي.

هذا إذا كان الأجنبي الفضولي قد باع للمالك، وأما إذا كان قد باع لغيره فالحاجة إلى التعهد والإرادة الباطنة أوضح.

وأما النقطة الثانية: فلا إشكال على ضوء ما سبق في النقطة السابقة في الحاجة إلى الإبراز وعدم كفاية الرضا الباطني؛ لأن التعهد والالتزام الذي هو روح العقد أو الامضاء والتنفيذ أمر انشائي لابد له من انشاء أو ابراز ظاهراً كما هو الحال فيسائر العقود والتعهدات، إلا أنه لا يجب أن يكون المبرز له اللفظ بالخصوص، بل يكفي كل مبرز عرف يتحقق به التوافق والتراضي المعاملتي كالمعاطاة أو التصرف في العوض، بل السكوت في المورد الذي يكون فيه دلالة على الالتزام بالمضمون المعاملتي المتقدم.

وقد استدلّ الشيخ ^ت ^(٢) في المكاسب بجملة من الروايات ادعى ظهورها في كفاية الرضا الباطني المستكشف بالسكوت من دون إبراز وإنشاء على كفاية الرضا الباطني في الصحة، من قبيل ما ورد في أن سكوت البكر رضاها،

١ - منية الطالب ٢٠٩ : ١

٢ - كتاب المكاسب ٤٢٢ - ٤٢٣ : ٣

وما ورد في من زوجت نفسها في حال السكر وأنها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضا منها، وما ورد في سكوت المولى في نكاح العبد وأنه رضا منه، وما ورد فيمن له خيار الحيوان وأنه إذا لامس أو قبل فذلك رضا منه، إلى غير ذلك.

إلا أن هذه الروايات لا دلالة في شيء منها على ذلك، فإن بعضها غير وارد في العقود العهدية، بل إنما واردة في العقود الإذنية كالوكالة على التزويج والتي يكفي فيها الرضا أو فيما ليس عقداً أصلاً كالخيار وبعضها الوارد في عقد النكاح أيضاً ظاهر في دلالة الفعل كالإقامة مع الزوج على التراضي بالعقد والالتزام به، بل السكوت المحفوف بقرائن خاصة تكون دلالة اللفظ أو الفعل منسوباً إلى الإنسان، فيكون بنفسه إبرازاً وانشاءً.

بل ظاهر التعبير الوارد في بعض الروايات المتقدمة - كرواية الطائي: «أن ذلك إقرار منهم»، ورواية طلاق الصبي قبل البلوغ وأنه بعد البلوغ إذا أجار جاز - اشتراط أمر زائد على مجرد الرضا وطيب النفس مما يكون فعلاً كاشفاً عن الامضاء أو التزاماً مبرياً ولو بالسكوت؛ لأن الإقرار والإجازة ظاهران في ذلك كما هو واضح.

لا يقال: لا إشكال في صحة عقد الفضولي للملك أمامه وهو راضٍ بذلك، وهذا يعني كفاية إنشاء العقد ورضا المالك به، فإذا كان ذلك كافياً حدوثاً كففي ذلك بقاءً أيضاً في تصحیح العقد.

ولعل من قال بكتفافية عدم الرد أراد هذا المعنى، وجعل علم المالك بالتصريح الفضولي وعدم ردّه كافياً عن رضاه بذلك العقد فيكفي في الصحة والنفوذ.

فإنه يقال: صحة العقد في المورد إنما هي من جهة أنّ وقوع العقد على مال المالك أمامه مع حضوره والتفاته وسكته يكشف عن رضاه بامضاء ذلك العقد وقبوله، فيستند إليه من جهة الامضاء المبرز بالسكت وظاهر الحال؛ ولهذا لو لم يكن حاضراً في المجلس ولا مطلاً على ذلك ولكن كان واقعاً راضياً بالتمليك والتملك لو كان يُسأل لم يكفي ذلك في صحة العقد الفضولي.

وهذا يعني أنَّ التصرف الانشائي في أموال وحقوق المالكين لابد وأن يستند إليهم ولو بالامضاء والتنفيذ أو التوكيل واعطاء النيابة أو الإذن ليكون تصرف المالكين في النهاية، وهذا بحاجة إلى ابراز أو انشاء بما يكون صالحأً عرفاً لذلك، وعلى هذا يحتاج تصحیح العقد الفضولي الواقع من دون علم المالك إلى امضاء أو تنفيذ أو تبني من قبل المالك، وهي كلها تصرفات انشائية بحاجة إلى ابراز وانشاء لا محالة، فلا يكفي مجرد طيب النفس والرضا الباطني من قبل المالك في تصحیح العقد الفضولي.

وأمّا النقطة الثالثة: في تحليل حقيقة الإجازة وعلاقتها بالعقد السابق.

وي يمكن أن يذكر ابتداءً عدة تصورات عن حقيقة الإجازة:

التصور الأول: أنَّ الإجازة انشاء جديد لنفس ما أنشأه الفضولي وتكرار له بصيغة الإجازة، وتكون بضمها إلى قبول الطرف الأصيل وبقائه على انشائه عقداً جديداً، كما إذا جدد العقد بلسان صريح.

وهذا التصور غير مقبول؛ لأنَّ معناه أنَّ العقد الفضولي لا يقبل التصحیح وأنَّه بحاجة إلى تجديد العقد، ولا زمه أنه لابد من قبول الطرف الأصيل أيضاً بالإجازة ليتم العقد، مع أنه لا إشكال في عدم لزوم ذلك، بل قد لا يكون الطرف الأصيل عالماً بالفضولية أو الإجازة، فهذا التصور خارج عن البحث.

التصور الثاني: ما لعله ظاهر كلمات المحققين خصوصاً الميرزا الثانيي^(١) من أنَّ الإجازة إذن أو امضاء وتفيد للعقد المنشأ سابقاً من قبل المジز، فيصح ويترب عليه الآخر.

التصور الثالث: أنَّ الإجازة توجب انتساب العقد الفضولي إلى المجز، فيكون عقداً للمالك، ويخرج بذلك عن كونه فضوليًّا، فتشمله أدلة الصحة والنفوذ^(٢).

التصور الرابع: أنَّ الإجازة إعطاء للنيابة والتوكيل للفضولي في عقده فيصبح عقده بذلك عقد النائب والوكيل والمأذون عن المالك، فتشمله أدلة الصحة والنفوذ. وهذا ظاهر الفقه الوضعي.

والتصور الرابع مستبعد جداً؛ فإنَّ إعطاء النيابة بالتوكيل بنفسه عقد يحتاج إلى قبول النائب مع أنه لا يحتاج إلى ذلك في الإجازة، بل قد لا يكون الفضولي موجوداً حين الإجازة - وإن اشترط وجوده بعضهم في صحة الإجازة - اللهم إلا أن يراد من إعطاء النيابة الإذن والتنفيذ فيرجع إلى التصور الثاني، فالأمر يدور بين التصورين الثاني والثالث.

وقد يقال بعد تمامية التصور الثالث؛ لأنَّ العقد يشتمل على الانشاء والمظهر المادي وهو فعل تكويني لا يمكن أن يستند إلى غير من صدر منه واقعاً وهو الفضولي لا المجز.

والجواب: أنَّ الانشاء والإبراز للعقد وإن كان أمراً تكوينياً إلا أنَّ العقد له وجود اعتباري انشائي يتحقق اعتباراً بذلك الإبراز المادي التكويني، وهو

١ - منية الطالب ١ : ٢٤١.

٢ - كتاب المکاسب ٣ : ٣٦٥.

الموضوع لأدلة الصحة والنفوذ، وهو باعتباره اعتبارياً وانشائياً يقبل الانتساب إلى المالك بجازته اللاحقة أو إذنه السابق، وهذا أحد الفروق بين الأمور الانشائية الاعتبارية والأمور التكوينية.

وقد يقال بأنَّ انتساب عقد الغير إلى المالك باذنه أو توكيه يشترط فيه وصول الإذن إلى العاقد أو تسبب المالك باذنه أو توكيه لتحقيق العقد على ماله، وهذا بحاجة إلى عنایة زائدة على مجرد الإذن ولو وصول الإذن إلى العاقد، ولهذا لو أذن المالك بالعقد ولكن لم يصل ذلك إلى العاقد لم يصح عقده؛ لعدم استناده إلى المالك بمجرد ذلك ما لم يصل إليه، وهذا لا يمكن قبوله في الإجازة؛ لوضوح عدم اشتراط وجود الفضولي فضلاً عن علمه بالإجازة في صحة الإجازة.

والجواب: أنَّ الإذن السابق يتضمن شيئاً زائداً على الإجازة اللاحقة وهو جعل الشخص مأذوناً ونائباً عن المالك، وهذه الخصوصية بحاجة إلى وصول المأذونية إليه، وهذا بخلاف الإجازة اللاحقة فإنَّها تنظر إلى الفعل الانشائي الصادر خارجاً والموافقة عليه والإذن به لينتسب إلى المالك، وهذا لا ربط له بالعقد ونيابته ليحتاج إلى وصول الإجازة إليه.

هذا ولا يبعد أن يكون كلا التصورين الثاني والثالث صحيحين، بمعنى أنَّ كلاً منهما يصور جانباً من حقيقة الإجازة، فالإجازة لا تكون عقداً بل ايقاع وامضاء للعقد الواقع سابقاً من قبل من له الولاية على ذلك وهو المالك أو الوالي على المال، وبهذا الاعتبار يقال إنَّه تنفيذ أو إذن بما وقع على المال من التصرفات.

إلا أنَّ وجه نفوذ هذا الإذن والتنفيذ ما ذكر في التصور الثالث من أنَّ العقد

بالإجازة يعتبر منسوباً إلى من له الولاية على ذلك، فتشمله أدلة صحة العقد ونفوذه على القاعدة حتى لو لم تكن الروايات الخاصة على نفوذ الإجازة موجودة، فالتصور الثالث تخرير وتوجيه لمبني نفوذ الإجازة الوارد في التصور الثاني على القاعدة.

وقد يتوهّم أنَّ التصور الثاني يختلف عن الثالث من ناحية أنَّه يناسب مع الكشف؛ لأنَّ تنفيذ العقد السابق يعني نفوذه من حينه، بخلاف صدق انتساب العقد إلى المジيز فإنه يتحقق عند الإجازة لا قبلها، وهذا يناسب النقل أو الكشف الحكمي لا الحقيقي. ولكن سياقِي البحث عن هذه النقطة وأنَّه يمكن تصوير الكشف الحقيقي على كلا التصوّرين بأن يكون العقد المنتسب إلى المジيز صحيحاً من أول الأمر.

نعم، لو أُريد من التصور الثاني إنشاء عقد التوكيل واعطاء النيابة للفضولي في عقده، أو ايقاع آخر غير مجرد الإذن والإجازة بما وقع من العقد رجع إلى التصور الرابع ونحوه والذي استبعناه.

وهكذا يتضح صحة كلا التصوّرين والتعبيرين عن حقيقة الإجازة، إلَّا أنَّه لابد من الإشارة إلى مطلبين يرجعان إلى حقيقة الإجازة في المقام:

- ١ - أنَّ إجازة المالك - سواء كان تنفيذاً أو محققاً للعقد أو للانتساب إلى المالك - هي التصرف المالكي الذي هو المعيار والموضع للصحة والنفوذ وترتبط الآثار الانشائية والوضعية على العقد، وهو يتحقق بالإجازة لا قبلها، وإن كانت الآثار المترتبة عليها يمكن أن تترتب قبلها.

فلا ينبغي الخلط بين زمان اعمال التصرف المالكي وبين زمان ترتيب النتائج والآثار الشرعية كالملكية ونحوها.

ويترتب على ذلك أن أي تصرف من المالك قبل الإجازة يكون منافيًّا مع صحة الإجازة ورافعًا ل موضوعها يكون حاكماً بل وارداً على صحة الإجازة، ويكون نظير سائر موارد سبق تصرف مالكي يرفع موضوع صحة تصرف آخر منه بعد ذلك، كما إذا باع داره ثم أراد أن يؤجرها أو بيعها لآخر، وهذا سن Shrake أكثر فيما يأتي.

٢ - أن العقد متقوم بطريقه ، وليس كالايقاع تحت تصرف طرف واحد، ومن هنا يكون نفوذه وصحته أيضاً بالنسبة إليهما مربوطاً بهما معاً بأحدهما فقط ، وهذا يعني أن إجازة العقد الفضولي من قبل المالك تختلف عن الإجازة في الإيقاعات - كما إذا أجاز الوكيل في قبض ماله أو إبراء دائنه - من حيث إنه لابد وأن توجب إمكان شمول دليل صحة العقد ونفوذه لكلا الطرفين معاً وبنحو واحد ، ولا يعقل أن يشمل أحدهما في زمان دون الآخر ، فإن هذا خلف معنى العقد وحقيقة و يجعله مركباً من مجموع ايقاعين مستقلين وهو غير صحيح .

وهذه أيضاً نكتة مهمة لحقيقة الإجازة في المقام سنستفيد منها في الجهات القادمة لابد من التوجيه إليها .

الجهة الثانية : الإجازة تقتضي الكشف أو النقل ؟

المشهور أنَّ الإجازة كاشفة ، واختار بعضهم القول بالنقل . وينبغي ايراد البحث في ثلات نقاط :

النقطة الأولى : في معانِي الكشف والنقل وما يمكن منها أو لا يمكن في نفسه : أما النقل فيراد به تحقق مضمون العقد كالتمليل بعوض في البيع من حين الإجازة ، كما إذا كانت الإجازة عقداً جديداً ، وهذا لا إشكال في إمكانه ومعقوليته في نفسه .

وأما الكشف فله معانٌ ثلاثة :

المعنى الأول : الكشف الحقيقِي ، ويراد به تحقق الملك من حين العقد حقيقة وواعداً من أُولِّ الأمر ، غاية الأمر لم يكن ذلك محراً زاً قبل الإجازة وإنما الإجازة تكشف بنحو الشرط المتأخر عن ذلك .

وقد ذهب المحققون إلى إمكان هذا المعنى للكشف إذا فرض الشرط في تأثير العقد وصحته تعقب الرضا من المالك والذي هو مقارن للعقد واستحالته إذا كان الشرط في الصحة نفس الإجازة المتأخرة ؛ لاستلزمها تأثير الشرط المتأخر في الأمر المتقدم وهو محال ، كما أنَّ الأول وإن كان ممكناً لكنه لا يمكن استفادته من الأدلة .

إلا أنَّ الانصاف عدم تمامية هذا الكلام ؛ لما أثبتناه في محله من إمكان الشرط المتأخر في باب الأحكام ، سواء التكليفية أو الوضعية من دون لزوم أي محذور ، وتفصيله موكول إلى علم الأصول ، فلا ينبغي التشكيك في إمكان الكشف الحقيقي في نفسه .

وقد استشكل بعض الأصحاب في إمكان الكشف الحقيقي من أنه يؤدي إلى أن تكون الإجازة التي هي بمثابة السبب مؤثراً في الملكية التي هي بمثابة المسبب وهذا من تأثير المعدوم في الموجود أو المتأخر في المتقدم.

ويتضح ضعف هذه الكلمات بما هو منقح في محله من علم الأصول من أن تسمية العقد بالسبب والأثر بالمسبب مجرد تعبير، وإلا فهما موضوع وحكم لا أكثر؛ ولهذا قد يتختلف السبب عن مسببه زماناً كما في الوصية والصرف ونحو ذلك.

هذا، مضافاً إلى إمكان تخریج الكشف الحقيقی على أساس أنَّ الرد مانع عن التأثير، لأنَّ الإجازة المتأخرة مؤثرة، نظير ما يقال في باب الوصایة من نفوذها مال لم يردَ الوصى .

نعم، قد يقع البحث في إمكان استفادته من أدلة الامضاء بحسب مقام الإثبات، وهذا ما سنبحثه في النقطة الثانية.

ولا إشكال في إمكان هذا التنزيل في نفسه، وإنما سبب بالكشف الحكمي لأنّه يشترك مع الكشف الحقيقى في ترتيب تمام ما يمكن ترتيبه من آثار الكشف الحقيقى بعد الإجازة، بخلافه على النقل.

المعنى الثالث: الكشف الحكمي بالمعنى الذي طرحته المحقق الخراساني

والإيرواني ^(١) واختاره بعض الأعلام، وحاصله: الحكم بالملكية من حين العقد واعتبارها شرعاً حقيقة ولكن بعد الإجازة لا قبلها، فالمال قبل الإجازة يكون مملوكاً للبائع، وبعد الإجازة يعتبر أنه كان ملكاً للمشتري من أول الأمر، فإن الاعتبار يسكن أن يتعلق بملكية سابقة أو مقارنة أو لاحقة من دون محذور، فكما يصح اعتبار ملكية بعد الموت في الوصية كذلك يصح اعتبار ملكية يسبق زمن الاعتبار الذي هو زمان الإجازة في المقام، فترتبط عليه آثار الملكية بالورود لا بالحكومة والتزيل، وقد سمي هذا بالكشف الانقلابي في كلمات بعض المحققين.

وقد ادعى بعض الأعلام تعين هذا المعنى من الكشف الحكمي دون المعنى المتقدم؛ لأن التزيل إنما يعقل في مورد لا يمكن فيه ايجاد الموضوع حقيقة كما في تزيل الطواف منزلة الصلاة أو الربا منزلة لا ربا، وأماماً مع فرض إمكان ايجاده لكونه بنفسه حكماً ومعهلاً شرعاً كالملكية فلا معنى للتزيل فيه، بل يحمل دليل جعله على أنه ايجاد وجعل حقيقي له.

وقد استشكل في إمكان هذا النحو من الكشف الحكمي من قبل جملة من المحققين، وأهم الاشكالات ما يلي :

١ - ما ذكره المحقق النائي ^(٢) من أن هذا يستلزم التناقض في الاعتبار؛ لأن الميزان والمعيار فيه اجتماع المعتبرين المتناقضين في زمان واحد، سواء كان الاعتباران في زمان واحد أو زمانين؛ ولهذا لا يمكن الحكم بوجوب شيء فعلياً في زمان وحرمته أيضاً كذلك في نفس ذلك الزمان وإن كان جعلهما في

١ - حاشية المكاسب (الإيرواني) ١: ١٢٦ و ١٢٨.

٢ - منية الطالب ١: ٢٤٠.

زمانين ، وعلى هذا الأساس يقال باستحالة الحكم بحرمة الخروج عن الدار المقصوبة قبل الدخول فيها ، ووجوبه بعد الدخول فيها ، وإن كان زمان الحكمين أحدهما قبل الدخول الآخر بعد الدخول ؛ لوحدة زمان المجموعين ومتعلقهما وهو شخص الخروج الواحد .

ويمكن أن يجاب عليه :

أولاً- بأن هذا لا يستحيل حتى في الأحكام التكليفية ، فيجوز الحكم بحرمة الخروج عن الدار المقصوبة قبل الدخول ووجوبه شرعاً بعد الدخول بلا امتناع بينهما على ما حرقناه في محله من علم الأصول .

ثانياً- ما ذكره بعض أساتذتنا الأعلام من أن هذا إنما يستحيل في الأحكام التكليفية ؛ لكونها ناشئة من المصالح والمقاصد الثابتة في متطلقاتها ، فلا يمكن أن يكون شيئاً موافقاً للغرض ومخالفاً له في زمان واحد إلا بنحو البداء المستحيل على شارعنا الأقدس ، بخلاف الأحكام الوضعية الناشئة من المصالح في أنفسها لا في متطلقاتها ، فلا مانع من اجتماعهما إذا كان زمان الاعتبار مختلفاً ، ففي يوم الأربعاء يعتبر زيد مالكاً لشيء يوم الجمعة لقيام مصلحة في هذا الجعل الوضعي ، وفي يوم الخميس يعتبر عمرو مالكاً له في يوم الجمعة لقيام مصلحة باعتبار ذلك .

نعم ، يستحيل ذلك إذا كان زمان الاعتبار أيضاً واحداً ؛ لأن اعتبار الملكية لزيد بمعنى استقلاله في التصرف ينافي اعتبارها لعمرو ؛ لاستلزماته نفي استقلال زيد في التصرف^(١) .

وهذا المقدار من البيان يمكن أن يجذب عليه بأنَّ التضاد بلحاظ عالم الجعل والاعتبار ولزوم اجتماع المصلحة والمفسدة في موضوع واحد إذا فرض إمكانه لو كانت المصلحة في نفس الجعل والاعتبار للحكم الوضعي لتعدد زمان الجعل لزم إمكان اجتماع الاعتبارين حتى في زمان واحد؛ لتعددهما بحسب الفرض؛ لأنَّ جعل الملكية لزيد غير جعلها لعمرو، بل لو تصورنا كفاية المصلحة في الجعل في باب التكاليف أمكن اجتماع الوجوب والحرمة أيضاً على شيء واحد حتى مع وحدة زمان الاعتبار؛ لتعدد الجعلين وال موضوعين للمصلحة والمفسدة، فلا يلزم محذور التضاد في مبادئ الحكم.

وإن كان التنافي بلحاظ المجعلين إما بمعنى الإرادة والكراهة مثلاً أو البعث والجر كما في الأحكام التكليفية أو بمعنى الاستقلال في التصرف المناقض مع استقلال غيره كذلك كما في الأحكام الوضعية فلا محالة يكون المحذور قائماً مع فرض وحدة زمان المجعلين حتى إذا كان زمان الاعتبار والجعل متعدداً من غير فرق بين الأحكام التكليفية أو الوضعية، ولا بين كون المصلحة في الجعل أو في المجموع.

والحاصل: مع فرض التنافي بين المجعلين لا أثر لكون مصلحة الأحكام الوضعية في نفس جعلها لا في المجموع، بل لابد من ابراز نكتة لرفع التناقض بين المجعلين الفعليين المتناقضين في زمان واحد، ومع فرض عدم التنافي بينهما لكفاية المصلحة في الجعل مع تعدد الجعل في رفع التضاد فلا حاجة إلى فرض تعدد زمان الاعتبار أيضاً، وهو خلاف المفروض؛ إذ لا إشكال في عدم إمكان جعل ملكيتين مطلقتين لمال واحد في زمان واحد لشخصين جداً وحقيقة؛ لأنَّ ثبوتها لكل منها خلف إطلاق سلطنة الآخر.

والتحقيق في الجواب أن يقال: إنَّ التنافي بين الم يجعلين إما ينشأ إذا

كان لا يمكن اجتماعهما في زمان واحد في الفعلية، وإنما كان المجموعان أحدهما لا يكون فعلياً إلا حيث ارتفع الآخر فلا محذور في جعل الآخر في ذلك الزمان.

ومقامتنا من هذا القبيل، فإن ملكية زيد وهو المجيز للمال كانت فعلية قبل الإجازة في الزمان الواقعي المنصرم، وبعد الإجازة من المجيز ينقل ملكيته إلى عمرو المشتري من حين العقد، فهو كأنه يبدل ما وقع عمما وقع عليه بعد انتهاء زمانه . وقد عبر عنه في كلمات المحقق الأصفهاني ^{١١} بالكشف بمنحو الانقلاب ، وهذا معقول في الاعتباريات ، وإنما يكون مستحلاً في الواقعيات . وإن شئت قلت : إن الملكية بعد الإجازة والمملوك قبل الإجازة فهو ينتقل ملوكه السابق بالإجازة ، نظير نقل ملكية المنفعة المملوكة في السنة القادمة للمستأجر من الآن ، وهذا الانتقال - أعني ملكية عمرو المشتري بعد الإجازة - يصبح فعلياً ، إلا أن فعليته بلحاظ الزمن السابق لا تجتمع مع فعلية ملكية المجيز ليلزم المحذور ؛ لأن فعليتها بعد الإجازة ، فلا تجتمعان في الفعلية لا بلحاظ ما بعد الإجازة ولا ما قبلها . أما ما بعدها فلأنه لا فعليه لملكية المجيز فيه ، وإنما الفعلي ملكية المشتري ، وأما ما قبله فلأنه لا فعليه لملكية المشتري فيه بعد وإنما الفعلي ملكية المجيز فقط .

لا يقال : وإن لم يجتمع المجموعان في زمان واحد واقعاً ، إلا أنه يلزم الاجتماع كذلك من زاوية نظر الجاعل بلحاظ نظره ، وهو محال أيضاً ، بل الاستحالة في باب الأحكام إنما يكون بلحاظ عالم لحاظ الجاعل لا الواقع ؛ إذ لا حقيقة للحكم في الخارج .

١ - حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٢: ١٥٨ .

فإنه يقال: المحذور في نظر الجاعل إنما أن يكون من ناحية اجتماع الحب والبغض على عنوان واحد وهما متضادان، أو من ناحية لزوم العلم باجتماع المصلحة التامة والمفسدة التامة في موضوع واحد وهو من العلم باجتماع الضدين المحال أيضاً، أو من ناحية أن ما اعتبره بأحد الاعتبارين جداً يكون مناقضاً لما اعتبره بالأعتبر الآخر كذلك، كما في السلطنة المطلقة المعتبرة في الملكية، فإن مجرد اعتبارها لشخصين كقلقة اعتبار ليس محلاً، وإنما المحال اعتباره بنحو جدي يطلب من ورائه إعطاء السلطنة المطلقة لهما معاً، فإنه غير معقول في مال واحد وفي زمان واحد، وكل هذه المحاذير الثلاثة لا ترد في المقام:

أما الأول والثاني فلاختصاصهما بالأحكام التكليفية - على تفصيل حققناه في علم الأصول - وأما الثالث فلأنه فرع فعلية الاعتبارين في زمان واحد، وأما إذا فرض أن أحد الاعتبارين كان فعلياً في زمان والاعتبار الآخر في زمان آخر فلامحذور في تعلق الإنشاء والاعتبار الجدي بذلك المعتبر، وإن كان معروضهما واحداً مكاناً وزماناً لأنّه لا يلزم منه الاجتماع في الفعلية في زمان واحد واقعى بل في زمان واحد عنواني حتى بحسب نظر الجاعل ولحظاته، فهو لا يرى الاجتماع مجعلوه في زمان واحد؛ لأنّ مجعلوه الثاني إنما يجعله بعد الإجازة وهو زمان انتفاء مجعلوه الأول وهو ملتفت إلى ذلك.

وانشت قلت: الحكم لا يكون فعلياً إلا بفعلية موضوعه، والإجازة مأخذة بنحو الشرط المقارن في الحكم بملكية المشتري، فلا تكون ملكيته فعلية إلا بعد الإجازة، إلا أن مملوكة ومتعلقة ملكيته المال من حين العقد، وهذا معقول في الأحكام الوضعية فالسابق للمملوك لا للملكية الفعلية؛ إذ يمكن التفكير بينهما، فالمجيز بالإجازة ينقل مملوكة السابق إلى المشتري، كما ينقل بالایجار منفعة

الدار ومملوکه اللاحق بعد سنة إلى المستأجر من الآن، فتكون الملكية فعلية والمملوک استقباليًّا.

ونعم ما عبر المحقق الإيررواني^(١) في المقام حينما قال: إنَّ هذا نقل في الملكية وكشف في المملوک، وهذا التعبير أعني أنَّ الملكية بعد الإجازة والمملوک قبل الإجازة ومن السابق مع التعبير المتقدم منا من أنَّ الملكية السابقة للمشتري مجعلولة في عنوان الزمان السابق لا في واقعه يعبران عن روح واحدة للإجابة على اشكال اجتماع الضدين والملكتين المطلقتين في زمان واحد، وسوف يأتي معنى للكشف الحقيقي يناسب مع ظاهر كلام المحقق الإيررواني فانتظر.

٢ - ما ذكره المحقق النائيني^(٢) أيضاً من أنَّ كون زمان الاعتبار متأخراً وزمان المعتبر سابقاً إنما يتصور فيما إذا كان الاعتبار من قبيل القضايا الخارجية كاعتبار المتعاملين، وأما اعتبار الشارع - الذي هو محل كلامنا - فلا يجري فيه ذلك؛ لأنَّ الأحكام الشرعية مجعلولة بنحو القضايا الحقيقة، فيكون اعتبار الشارع ثابتاً أولاً أو من حين نزول الشريعة على الموضوعات المقدرة الوجود فيلزم اجتماع الاعتبارين المتناقضين في زمان واحد، أي بلحاظ الاعتبار الشرعي المجعل من أول الشريعة - لا الاعتبار الشخصي الخارجي للمجيز - يلزم اتحاد زمان الاعتبار والمعتبر لذلك الحكم الوضعي لا تأخر الاعتبار وتقديم المعتبر ليقال بعد التنافي بينه وبين عدم صحة البيع قبل الإجازة.

والجواب: أنَّ الجعل الشرعي يكون على نحو القضية الحقيقة - سواء كان

١ - حاشية المكاسب (الإيررواني) ١: ١٢٧.

٢ - المكاسب والبيع ٢: ٩ و ١٠.

بلسان الامضاء لما ينشئه المجيز أو بغيره من الألسنة ، فإنَّ هذا لا أثر له في حل الاشكال ، خلافاً لما تصوره بعض الأعلام - والقضية الحقيقة ترجع إلى قضية شرطية تعليقية ، فلا يكون مجعلوها فعلياً إلَّا على تقدير تحقق موضوعها في الخارج ، ففي المقام جعل الشارع أو امسائه لاجازة المجيز بنحو القضية الحقيقة معناه جعل الصحة للعقد الفضولي بالنحو الذي ينشئه المجيز ، وعلى تقدير اجازته فلا يكون المجعل لهذا الجعل صحة العقد أو الملكية الفعلية المترتبة عليه قبل الإجازة بنحو الكشف الحقيقي والشرط المتأخر للإجازة فإنَّ هذا خلف الفرض ، وإنما يكون مجعلوه الصحة أو الملكية المنشأة حين الإجازة بعنوان صحة وملكية سابقة على الإجازة ، وهذا لا يكون زمان فعليته إلَّا بعد تحقق الإجازة خارجاً ، والمفروض أنه لا ينافي مع عدمها في زمان ما قبل الإجازة ، فكما لا تناقض بلحاظ نظر المجيز ومنشئه بين القضيتين كذلك لا تنافي بين المجعلين العقلائيين أو الشرعيين على طبق الإجازة ، ولا فرق بين القضايا الخارجية والحقيقة للامضاء الشرعي أو العقلائي للإجازة من هذه الناحية .

٣- ما قد يستظهر من بعض كلمات الشيخ ^ت^{٢١} من أنَّ الملكية وغيرها من الأحكام الوضعية منتزة عن الحكم التكليفي بجواز التصرف ونحوه ، ومن الواضح أنَّ جواز التصرف لا يكون إلَّا بعد الإجازة لا قبلها ، فلا يمكن أن ينتزع الملكية قبلها بل بعدها فقط وهو عبارة أخرى عن النقل .

والجواب : مضافاً إلى بطلان المبني ؛ لأنَّ الملكية متصلة في الجعل

والاعتبار وليس من قبيل السببية وأخواتها، أنَّ هذا لا يمنع عن تعلق الملكية بالفعل بالملوك المتقدم، وإنما يمنع عن تقدم الملكية حقيقة لا تقدم المملوك وتأخر الملكية.

وإن شئت قلت: إنَّ المشتري يجوز له التصرف بعد الإجازة في ملوكه من حين العقد، إلا أنه لا يمكنه ذلك نظير المستأجر المالك لمنفعة الدار بعد سنة، فإنه يجوز له التصرف فيها ولكنه لا يمكن منه الآن، وعدم التمكن لا ينافي جواز التصرف لو تمكن الذي هو معنى الملكية بناءً على الانتزاع.

هذا على تعبير المحقق الإبرواني^(١)، وبناءً على التعبير الآخر نقول بأنَّ الملكية السابقة عنواناً متزرع من جواز التصرف كذلك عنواناً، وهذا محفوظ في المقام بعد الإجازة.

٤ - ما قد يستفاد من كلمات المحقق الأصفهاني^(٢) من لغوية جعل الملكية السابقة على الإجازة بهذا النحو.

وفيه: مضافاً إلى أنَّ اشكال اللغة إنما يرد إذا كان الجعل الشرعي مستقلأً لا بعنوان امضاء ما أنشأه المحيز وفرض أنَّ الإجازة عقلانياً إمضاء العقد من حينه فإنه حينئذ يكفي لعدم اللغة المطابقة مع الذوق والتقنين العرفي والعقلاوي، أنه لا لغوية في المقام بعد فرض أنَّ الشارع يريد ترتيب آثار الكشف، وهو لا يترب بمجرد جعل الملكية بنحو النقل، فيدور أمره بين التنزيل والكشف الحكمي أو هذا النحو من الكشف الانقلابي، وليس أحدهما أكثر عنابة من الآخر، بل في الكشف بهذا المعنى عنابة أقل؛ لأنَّه يكفي فيه جعل الملكية المطلقة من حين العقد بخلاف الكشف بالمعنى الثاني، أي التنزيل فإنه لابد فيه

١ - حاشية المكاسب (الإبرواني) ١: ١٢٧.

من جعل الملكية أولاً بنحو النقل ثم تنزيلها منزلة الملكية السابقة في كل أثر أثر.

وهكذا يتضح صحة الكشف الحكمي بهذا المعنى في نفسه ، بل هو أقرب إلى الذوق العرفي من الكشف الحكمي بمعنى التنزيل وإن كان ذاك معقولاً أيضاً في نفسه .

وقد يقال : أن الكشف الحكمي التنزيلي غير معقول في الموضوعات الاعتبارية ؛ لأن المولى إذا اعتبرها تحققت حقيقة ، وإذا لم يعتبرها فلا تنزيل أيضاً .

ويلاحظ عليه :

أولاً - بالنقض بالأصول التنزيلية ، كجعل الطهارة والحلية الظاهرة في موارد الشك وتنزيلها منزلة الطهارة أو الحلية الواقعية في تمام الآثار واقعاً أو ظاهراً مع أنه لا يلزم تحقق الطهارة أو الحلية الواقعية .

وثانياً - بالحل ، فإن التنزيل مجرد لسان إثباتي استعمالي وليس متوقفاً على الاعتبار الشبوي خصوصاً إذا كان بلسان التشبيه ، فيعقل أن يقال بأن ملكية المشتري بعد الإجازة كملكية من حين العقد من حيث الآثار الممكن ترتيبها من دون استلزم جعل الملكية من حين العقد .

نعم ، مع معقولية الكشف الحكمي الانقلابي بجعل الملكية السابقة واعتبارها من حين الإجازة قد يستظهر ذلك من لسان التنزيل في أمثال المقام ، وهذه نكتة إثباتية استظهارها وهي غير لغوية الكشف الحكمي التنزيلي أو استحالته .

النقطة الثانية : في استظهار أحد المعاني المتقدمة من الأدلة إثباتاً بعد فرض معقولية النقل والكشف بأقسامه الثلاثة ثبوتاً .

ولا يبعد أن يقال بأن احتمال النقل ساقط إثباتاً ؛ لأنَّه خلاف مقتضى نفوذ

الإجازة والرضا المتعلق بالعقد السابق بحسب الفرض، فإن العقد مضمونه الملكية من حينه، فلو فرض شمول الدليل للإجازة من أجل تنفيذها وتصحيح العقد بها كان مقتضى ذلك تنفيذ متعلقاتها وهو صحة العقد من حيث ما يمكن تصحيحه بالإجازة، أي من حين ولادة المجيز على ذلك لا صحته من حين الإجازة، وهذا لا يتوقف على أن يكون الزمان مأخوذاً قيداً في مقتضى العقد لكي ينفي ذلك، بل حتى على فرض عدم أخذه - كما هو الصحيح - فإن العقد سواء كان ايجاداً للمعنى باللفظ أو ابرازاً للاعتبار النفسي واقع سابقاً، ومتى ينفي إجازته وامضاءه تنفيذه من حين وقوعه كما هو واضح.

هذا، مضافاً إلى ظهور الروايات الخاصة في الكشف على ما سوف يظهر، كما أن مقتضى الارتكاز والذوق العرفي ذلك أيضاً.

والظاهر أن من ذهب إلى القول بالنقل إنما صار إلى ذلك لتصور الاستحالة وعدم المعقولة للكشف كما يظهر من التأمل في كلماتهم، وحيث ظهر مما تقدم معقولية الكشف بمعانيه الثلاثة ثبوتاً، فيدور الأمر بين أحد معانٍ الكشف لا محالة.

إلا أن المعنى الثاني للكشف وهو الكشف الحكمي بنحو التنزيل أيضاً غير محتمل بعد فرض إمكان المعنى الثالث، أي الكشف الانقلابي؛ لأن التنزيل المذكور بحاجة إلى دليل لما فيه من العناية الزائدة على امضاء الإجازة، بل هذا المعنى للكشف كالنقل من حيث كونه على خلاف مقتضى القاعدة؛ إذ الإجازة إذا فرضت مصححة للعقد الممضى بها كان مقتضاتها تتحقق متعلقة وهو الملكية من حين العقد، وهذا يساوّ الكشف الحقيقي أو الحكمي بمعنى الثالث، وأما التنزيل فهو نقل بحسب الحقيقة بلحاظ ما هو مقتضى العقد وهو الملكية، وإن كان كشفاً بلحاظ بعض آثارها إلا أن العقد متعلق بالملكية لا بتلك الآثار إلا

على مسلك انتزاعية الملكية وعدم تأصلها في الجعل ، وقد عرفت أنه خلاف التحقيق .

وهكذا يدور الأمر بين احتمالين : الكشف الحقيقى أو الحكمى بالمعنى الثالث . وظاهر مشهور القدماء هو الكشف الحقيقى - وكذلك الفقه الوضعي - والمشهور عند المتأخرین هو الكشف الحكمى .

ولا إشكال في أنّ مقتضى القاعدة والأصل عند التردد بين المعنين وعدم الدليل على تعين أحدهما هو الكشف الحكمي لجريان استصحاب بقاء العوضين على حالهما إلى حين الإجازة ، بل ويقال : إنّ مقتضى عمومات « الناس مسلطون على أموالهم »^(١) و « لَا تأكُلُوا أموالَكُمْ بَيْنَتَهُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَؤْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ »^(٢) بقاء الملكية إلى زمان الإجازة ؛ لأنّ تحقق التجارة عن تراض من المالك بالإجازة وانتقال المال إلى الغير إنما يكون من حين الإجازة لا قبلها ، فالكشف الحقيقى بحاجة إلى دليل .

وقد يقال : مع احتمال الكشف الحقيقى وكون الميزان الرضا الأعم من المقارن واللاحق في صحة العقد وتفوزه حقيقة من أول الأمر سوف يسري الإجمال إلى الأدلة اللغوية المذكورة ، فلا يمكن التمسك بها لإثبات ملكية المجيز قبل الإجازة ؛ بل قد تكون الإجازة تجارة عن تراض واعمالاً لسلطنة المالك على ماله من أول الأمر ، فلا يصح التمسك بالأدلة اللغوية ولا الاستصحاب والأصل العملي ؛ لأنّ إطلاق نفوذ تصرف المالك بإذنه أو التجارة عن تراض يشمل عقد الفضولي بعد الإجازة ويبت صحته من أول الأمر .

١ - بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

٢ - سورة النساء ، الآية : ٢٩ .

والتحقيق: أنه يمكن أن يستدل على الكشف الحقيقى بوجوه:

الوجه الأول: أن الإجازة وإن كانت لاحقة وبعد العقد إلا أنها تكشف عن الرضا التقديرى حين العقد، ويكتفى الرضا التقديرى من المالك فى صحة العقد وكونه تجارة عن تراضٍ.

وفيه: أولاً - أن الإجازة لا تكشف بوجه عن الرضا حتى التقديرى حين العقد، بل قد يصرح المجيز بأنه لم يكن راضياً حين العقد ولكنه يرضى بالعقد الآن، وهذا واضح.

ثانياً - أن الرضا الفعلى حين العقد فضلاً عن التقديرى منه لا يكفي لصحة العقد؛ لما تقدم من لزوم استناد العقد إلى المالك أو نائبه أو ولته ، ومجرد الرضا الباطنى لا يكفي لذلك ، بل لابد من إذن سابق أو إجازة لاحقة للعقد توجب استناده إليه ، وقد تقدم شرح ذلك مفصلاً.

الوجه الثاني: ما نسب إلى فخر المحققين من أن عدم ترتيب الأثر على العقد الفضولى إلا بعد الإجازة يستلزم تأثير المعدوم وهو محال؛ لأن المؤثر في الملكية هو العقد وهو معدوم حين الإجازة.

وهذا الوجه بهذا البيان واضح الضعف؛ لأنه:

أولاً - بالنقض بموارد من فقه المعاملات ، كتأثير عقد الصرف والسلم بعد القبض والاقباض والإيجاب بعد القبول وغير ذلك ، مع كونها معدومة حين تتحقق الشرط المتأخر اللازم في ترتيب الأثر.

ثانياً - ليس المؤثر هو العقد بل العقد المرضى من قبل المالك وهو لا يتحقق ولا يتم إلا بالإجازة ، فالعقد جزء المؤثر والعلة وكثيراً ما تكون العلة مشكلة من أجزاء تتكامل تدريجياً.

وثالثاً - لا مجال لهذا النهج الفلسفى من البحث في الفقه؛ إذ ليست الأحكام والآثار الشرعية أموراً وملولات تكوينية، كما لا تكون أسبابها عللاً حقيقة، وإنما هو موضوعات لأحكام اعتبارية يمكن اعتبارها بالنحو المذكور كما هو واضح.

هذا، ويمكن ارجاع هذا الوجه إلى بيان آخر عقلاً - لا عقلي وفلسفياً - إن تم كان شاهداً على الكشف الحقيقى على ما سيأتي في وجه آخر.

الوجه الثالث : استظهار الكشف الحقيقى من الأدلة العامة على صحة العقود

ولوبضم نكات ومناسبات عقلانية إليها ، وتوضيح ذلك :
ان الإجازة ليست كالقبض والاقباض مجرد شرط لترتب الأثر ، ولا كالقبول بعد الإيجاب المحقق للعقد ، وإنما الإجازة امضاء للعقد التام انشاءً والتصرف الانشائى الحالى فضولة ورضى به من قبل المالك أو الولى عليه ، والرضا والامضاء يستطيع التنفيذ لذلك التصرف وجعله مؤثراً وصحيحاً ، وهذا لا يناسب عرفاً إلا مع الكشف الحقيقى لا النقل ولا الكشف الحكيم . أما النقل فواضح ، وأما الكشف الحكيم فلأن الكشف الحكيم بمعنى التنزيل في الآثار شرعاً لا ربط له بمدلول الإجازة؛ لأنها لا تتضمن انشاء التنزيل أصلاً.

وظاهر أدلة الصحة ولسانها الامضاء ، أي تنفيذ ما ينشئه المجيز لا اعتبار مثل هذه التنزيلات والتأوبيلات الأصولية ابتداءً.

وأما الكشف الاتقلابي فهو وإن كان يناسب لسان الامضاء لما ينشئه المجيز ولكن فيه تعقيد وعناء فائقة لا يصار إليه مع إمكان الكشف الحقيقى؛ ولهذا لا يشك العرف أن المشرع لو صرّح بامضاء إجازة المجيز للعقد كان ظاهره تنفيذ العقد المجاز وتأثيره من حيث بنحو الكشف الحقيقى .

وإن شئت قلت : إن الشارع في أدلة صحة العقود والتصرفات الانشائية

للمالكين يمضي ما يريده وينشئه المالك بشأن أمواله، فإذا أراد المالك أن يصحّ ويمضي التصرف الواقع على ماله فضولة كان ذلك من حقه كأي تصرف آخر في ماله، فإذا كان ذلك بنحو الكشف الحقيقى ممكناً فلا وجه لرفع اليد عن ظهور الخطاب في صحة ذلك وتنفيذه بالنحو الذي يريده المالك، ويكون هنا نظير ردّ الوصي للوصية الموجب بطلانها من أول الأمر.

ولعلّ ما نسب إلى فخر المحققين يقصد منه هذا المعنى؛ لأنّ العقود والتصرفات الانشائية إذا أمضيت من قبل العقلاء أو الشارع كان بمعنى تنفيذ ما أنشأه المالك وترتّب الأثر من حين ذلك التصرف الانشائى لاما تأخراً عنه. وهكذا قد يكون الأظهر صحة ما ذهب إليه مشهور القدماء من القول بالكشف الحقيقى دون الكشف الحكيمى، فضلاً عن النقل، ومعنى ذلك أن الإجازة والإذن اللاحق شرط متاخر لصحة العقد أو تعقبها شرط مقارن لذلك.

لا يقال: موضوع الصحة عقد المالك، ولا يتحقق هذا العنوان التكويني بالخارجي إلا بعد الإجازة لا قبلها، والشرط المتاخر في التكوينيات محال. فإنه يقال: موضوع الصحة العقد الذي ينفذه المالك، سواء باذن سابق أو مقارن أو لاحق، وأخذ هذا العنوان في موضوع الحكم بالصحة والامضاء ليس محالاً، ولا زمه صحة العقد من حينه؛ لأنّه عقد أنفذه وأمضاه المالك واقعاً ولو لاحقاً.

والحاصل: الإجازة كالردّ فكما أنّ الرد في عقد الوصية يوجب بطلان العقد من أصله كذلك الإجازة تكون موجبة لصحة العقد الفضولي من أصله، فيكون مساوياً مع الكشف الحقيقى عقلائياً وشرعياً.

لا يقال: لازم القول بالكشف الحقيقى جواز تصرف الطرف الأصيل - كالمشتري مثلاً - في البيع قبل إجازة المالك ولو في فرض علمه بأنّ المالك

سوف يجيز العقد الفضولي ، بل ولا يجوز تصرف المالك فيه قبل الإجازة في هذا الفرض ، وهذا مما لا يمكن الالتزام به فقهياً .

فإنه يقال : لا لزوم لذلك ، بل كما يكون للمالك الإجازة يكون له الرد وعدم الإجازة وله التصرف في ماله قبل الإجازة بما يريد ، ويكون عدم تصرفه المنافي مع العقد إلى حين الإجازة شرطاً متأخراً في الكشف كالإجازة نفسها ؛ فإنّ هذا أيضاً من شؤون سلطة المالك على ماله ، وهذا الحق للمالك بنفسه يمكن أن يكون مانعاً عن جواز تصرف الأصيل قبل الإجازة حتى بناءً على الكشف وعلمه بأنّه سوف يجيز العقد .

وسيأتي مزيد بحث عن هذه اللوازم عند البحث عن ثمرات القول بالكشف أو النقل والفرق بينهما .

الوجه الرابع : التمسك بالروايات الخاصة ، وهي روايات عديدة ، ويمكن تقسيمها إلى طائفتين :

الطائفة الأولى : الروايات المتقدمة المستند إليها في تصحيح البيع الفضولي ، كصحيحة قيس في قضية الوليدة التي باعها ابن سيدها وأبوهه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً^(١) ، وروايات المضاربة وعمل العامل على خلاف شرط المالك ، أو روايات الاتجار بمال اليتيم وأنّ الربح يكون لصاحب رأس المال ولليتيم وعلى العامل الضمان والخسارة لو حصلت ، فإنّ تلك الروايات إذا تمت دلالتها على صحة عقد الفضولي بجازة المالك المتأخرة كانت صريحة أو ظاهرة في الكشف وترتب الآثار على العقد المجاز من أول الأمر بسبب الإجازة اللاحقة كما هو واضح .

١ - وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

وحملها على الكشف الحكمي قد عرفت أنه خلاف الظاهر بكل معنيه ، بل قد يقال إن بعض تلك الروايات لا يعقل في موردها القول بالنقل أو الكشف الحكمي ، كموثقة مسمع بن أبي سيار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدني وحلف لي عليه ثم جاء بعد ذلك بستين بالمال الذي كنت استودعته إياه فقال : هذا مالك فخذه ، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت المال منه وأتيت أن أخذ الربح وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى أستطلع رأيك بما ترى ؟ قال : خذ الربح وأعطيه النصف وأحله ، إن هذا رجل تائب والله يحب التوابين »^(١) .

فإن ظاهر الحديث أن الاتّجار والاسترّباح كان بنفس مال الوديعة لا بالذمة ، وإن كان الربح كله للناجر لا المالك ، وهذا خلاف ظاهر جواب الإمام عليه السلام ، بل وخلاف ظاهر فرض السائل من أنه ربح في ماله ، وظاهر الرواية بحسب مناسبات الحكم والموضوع وظاهر التعبير باستيداع المال أن المراد بالربح هو الربح التجاري لا النماء الخارجي ، وهذا يعني وقوع المبادلة على مال الوديعة مرتين على الأقل ، بأن يشتري به شيئاً ثم بيعه فيربح وإجازة المالك أو رضاه المتأخر بذلك إنما يمكن أن يصحّ البيع الثاني بناءً على الكشف الحقيقي لا الكشف الحكمي ، فضلاً عن النقل ؛ لأنّه لا يجعل البيع الثاني واقعاً على ماله إلا في طول زمان الإجازة وبعدها حتى لو قلنا بانحلال الإجازة إلى اجازتين ، ويشترط في صحة الإجازة ملك المجيز لا أقل عند صدور الإجازة - كما فيمن باع شيئاً ثم ملكه - وحين صدور الإجازة المجيز مالك للثمن لا المثنى ، والجمع

بين الشمن والمثمن في الملكية في آن واحد ليس عقلائياً، كما أن الإجازة الصادرة واحدة وليس اجازات متعددة، وبقاء الإجازة أو الرضا اعتباراً أيضاً لا يجعلهما متعلقين بمال نفسه، بل بقاء نفس الإجازة أو الرضا المتعلق بمال الغير حين الإجازة، والذي لا أثر له، والاكتفاء بالملك التقديرى في تصحيح الإجازة لا معنى له ولا محصل؛ لأن اللازم في استناد العقد إلى المجيز الملك الفعلى للمال، على أن الظاهر العرفى من الحديث أيضاً هو الكشف الحقيقى كما ذكرنا.

الطائفة الثانية: الروايات الخاصة الواردة في باب النكاح، وهي عديدة منها - صحيح أبي عبيدة الحذاء قال: «سألت أبي جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليهما وهما غير مدرkin قال: فقال: النكاح جائز، أيهما أدرك له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا. قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر، قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي، قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترته؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلىأخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر. قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرتها الزوج المدرك، قال: لا، لأن لها الخيار إذا أدركت، قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك، قال: يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الفلام والمهر على الأب للجارية»^(١).

والاستدلال بها مبني على أن يراد بالولي في السؤال في الصدر الولي العرفى

لا الشرعي ليكون التزويع لهما فضولياً ولو بقرينة ما ورد في ذيل الحديث من أن تزويع الأب لها وهم غير مدركين نافذ ويوجب المهر ، ولا يحتمل فقهياً الفرق بين الولي الأب والجد أو الحاكم الشرعي أو الوصي في ذلك ، ويكون المقصود بالجواز من قوله عليه السلام : « النكاح جائز أيهما أدرك له الخيار » إمكان تصحيح التزويع من قبلهما بالإجازة بعد الادراك والبلوغ لا الجواز والخيار الاصطلاحيين في الفقه والذي يكون في العقود الصحيحة ؛ فإنّ هذا معنى اصطلاحي لا يناسب حمل الحديث عليه .

وعندئذ الحكم فيها - بأنه إذا أدرك الغلام ورضي بالزواج ثم مات والجارية بعد غير مدركة لابد من عزل نصيتها من الميراث ونصف المهر حتى تدرك ، فيعطي لها ذلك إذا رضيت بذلك التزويع - يكون دليلاً على الكشف الحقيقي لا النقل ولا الكشف الحكمي ، أمّا النقل فلأنّ جعل الزوجية بعد الموت بنحو النقل أي من هذا الحين لغو لا أثر له أصلاً ، وأمّا الكشف الحكمي فلا أنه وإن لم يكن لغواً إذا أريد منه ترتب الإرث السابق ونحوه ، إلا أنّ هذا فرع إمكان ترتيب هذا الأثير ، وسوف يأتي أنّ دليل تقسيم التركة وانتقالها إلى الورثة حين الموت يكون وارداً ورافعاً لموضوع نفوذ الإجازة بنحو الكشف الحكمي ، بخلاف الكشف الحقيقي . هذا ، مضافاً إلى ما تقدم من عدم عرفية الكشف الحكمي .
ودعوى : احتمال اختصاص ذلك بموردها وهو التزويع الفضولي دون باب الأموال .

مدفوعة : بأنه فقهياً وعرفانياً لا يحتمل الفرق من ناحية الكشف والنقل وإن كان يحتمل الفرق من ناحية صحة الفضولية وعدمها بأن لا تصح الفضولية في النكاح دون الأموال ؛ لأهميته ، أو تصح فيه دون الأموال ؛ لفرض التسهيل ، وأمّا بعد

فرض صحة الفضولية في كلا البابين لا يحتمل الفرق بينهما من ناحية الكشف والنقل، خصوصاً مع ملاحظة أنَّ الأثر الملحوظ في صحيحة الحذاء لصحة التزويع الفضولي أثر مالي وهو استحقاق الجارية للمهر والإرث.

نعم، هنا احتمال آخر يبطل الاستدلال بالصحيحة على الكشف وهو أن يكون المقصود من الولي في صدر الحديث هو الولي الشرعي غير الأب والجد - كالوصي والحاكم الشرعي - ويكون المراد من الجواز وال الخيار في الصدر حق فسخ التزويع بعد البلوغ والادراك، بلا حاجة إلى الطلاق، وبذلك ينتفي موضوع المهر والإرث؛ لأنَّهما يثبتان في التزويع اللازم والذي لا يرتفع إلا بالطلاق.

فتكون الرواية من أدلة التفصيل بين تزويع الأب والجد وتزويع غيرهما من الأولياء، وأنَّه في الأول يلزم الزواج ويكون المهر على الأب بخلاف الثاني.

وهذا الاحتمال إن لم يستظرف من الصحيحة فلا أقل من إجمالها ودورانها بينه وبين المعنى الأول.

ومنها - ما ورد في باب نكاح العبد بدون إذن سيده من أنَّه إذا علم به سيده وأجازه ورضي به صحَّ من أول الأمر، وأنَّه لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز، وهي روايات عديدة فيها المعتبرة:

صحِّحَ زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل ترُوَّجَ عبداً امرأة بغير إذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاها، قال: ذاك لمولاه إن شاء فرق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول، فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنَّ أصل النكاح كان عصياً، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما أتي شيئاً حلاً

وليس بعاصِ الله ، إنما عصى سيده ولم يعص الله ، إنَّ ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة وأشباهه»^(١).

وصحيحة معاوية بن وهب قال: « جاءَ رجُلٌ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ الْكَلَمُ فَقَالَ: إِنِّي كُنْتُ مَمْلُوكًا لِّقَوْمٍ وَإِنِّي تزوجت امرأة حَرَّةً بَغْيَرِ إِذْنِ مَوَالِيِّ ثُمَّ أَعْتَقْتُنِي بَعْدَ ذَلِكَ فَأَجَدَدْتُ نِكَاحِي إِلَيْهَا حِينَ أَعْتَقْتُهُ فَقَالَ لَهُ: أَكَانُوا عَلِمُوا أَنَّكَ تزوجت امرأة وَأَنْتَ مَمْلُوكٌ لَّهُمْ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، وَسَكَتُوا عَنِّي وَلَمْ يَغْيِرُوا عَلِيَّ، قَالَ: فَقَالَ: سَكُوتُهُمْ عَنْكَ بَعْدَ عِلْمِهِمْ إِقْرَارٌ مِّنْهُمْ، اثْبِتْ عَلَى نِكَاحِكَ الْأَوَّلِ»^(٢).

ورواية عبيد بن زراة عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَلَمُ : « فِي عَبْدٍ بَيْنَ رِجْلَيْنِ زَوْجَهُ أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ عَلِمَ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ أَنْ يَفْرَقَ بَيْنَهُمَا؟ قَالَ: لِلَّذِي لَمْ يَعْلَمْ وَلَمْ يَأْذِنْ أَنْ يَفْرَقَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ عَلَى نِكَاحِهِ»^(٣).

وهذه الروايات أيضاً ظاهرة، بل صريحة في الكشف الحقيقى وصحة النكاح المذكور من الأول حقيقةً وواقعاً، بحيث لا عصيان للحكم التكليفي بلاحظ الوطء أيضاً، وأن النكاح يصح من أول الأمر، وإنما عصيانه لعدم استئذان مولاه.

ودعوى: احتمال الفرق بين باب النكاح وباب الأموال قد عرفت جوابه.

وكذلك دعوى احتمال الفرق بين موردها لوقوع النكاح من قبل العبد نفسه لا من قبل الغير عليه فضولة بدون إذن مولاه من جهة أنه تصرف في ملك الغير فلا يصح بدون إذنه ورضاه كما فيسائر الأموال ، فالفضولية من ناحية التصرف الوضعي في ملك الغير محفوظ في المقام أيضاً ، وإن كان المتصرف هو طرف عقد

١ - وسائل الشيعة: ٢١، ١١٥، الباب ٢٤ من نكاح العبيد والإماء، الحديث ٢.

٢ - وسائل الشيعة: ٢١، ١١٧، الباب ٢٦ من نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

٣ - وسائل الشيعة: ٢١، ١١٧، الباب ٢٥ من نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

النکاح ، فهو أصل بلحاظ عقد النکاح ، وفضولي غير أصل بلحاظ تصرفه في ملك مولاہ بحيث لا بد وأن يستند العقد إليه ويكون تصرف المالك أيضاً ، فإذا صحة ذلك بالإجازة المتأخرة بنحو الكشف الحقيقي صح في سائر الأموال أيضاً ، بلانكتة للفرق من هذه الناحية .

على أنه في رواية عبيد بن زرارا الذي أجرى التصرف هو أحد المالكين الشركين في العبد ، فيكون فضولياً بالنسبة للشريك الآخر ، وقد حكم فيه أيضاً بصحة التصرف من أول الأمر باجازة الثاني .

هذا ، ولكن يمكن أن يقال بأن هذه الروايات تدل على أن المالك للمملوك له حق التفريق وفسخ نکاحه لا أكثر ، فالنکاح صحيح وليس سفاحاً حتى مع عدم إذن المولى ، إلا أن المولى حق التفريق والفسخ ، لأن الزواج باطل بدون الإجازة من المولى ، واحتمال هذا المعنى أيضاً يكفي في الاجمال وعدم إمكان الاستدلال بهذه الروايات على الكشف في باب الأموال .

ومنها - روایات تحلیل الأمة من قبل المالک بعد التصرف فيها . كصحيح عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليهما السلام قال : « قلت لأبي عبد الله عليهما السلام : الرجل تصب عليه جارية امرأته إذا اغتسل وتمسحه بالدهن ؟ قال : يستحل ذلك من مولاتها ، قال : قلت : إذا أحلت له هل يحل له ما مضى ؟ قال : نعم » (١) .

وصحیح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليهما السلام : « في امرأة الرجل يكون لها الخادم قد فجرت فيحتاج إلى لبنتها ، قال : مرها فلتخللها يطيب اللبن » (٢) .
وصحیح جميل بن دراج عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليهما السلام قال : « في

١ - وسائل الشيعة ٢١: ١٣٨ - ١٣٩ ، الباب ٣٨ من نکاح العبيد والإماء ، الحديث ٣ .

٢ - وسائل الشيعة ٢١: ١٣٩ ، الباب ٣٩ من نکاح العبيد والإماء ، الحديث ١ .

رجل كانت له مملوكة فولدت من فجور فكره مولاها أن ترضع له مخافة أن لا يكون ذلك جائزًا له ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : فحلّ خادمك من ذلك حتى يطيب اللbin «^(١) .

ورواية أبي شبل قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل مسلم ابتنى فجر بخارية أخيه فما توبته ؟ قال : يأتيه فيخبره ويسأله أن يجعله من ذلك في حل ولا يعود ، قال : قلت : فإن لم يجعله من ذلك في حل ؟ قال : قد لقى الله وهو زان خائن »^(٢) .

وصرح بهذه الروايات ارتفاع الحرمة الوضعية للوطيء والزنا والغصب حقيقة بالتحليل اللاحق من قبل المالك وصيروحة منفعة الأمة بذلك حقاً وملكاً للشخص من أول الأمر بنحو الكشف الحقيقى ، بل ظاهر صحيح عبد الرحمن ارتفاع مطلق الحرمة بذلك حتى الحرمة التكليفية ، وهذا لا يكون معقولاً إلا ببناء على الكشف الحقيقى لا الحكمى .

ودعوى : اختصاصها بموردها وهو باب التصرف التكويني في مال الغير بدون رضاه لا التصرف الانشائى .

مدفوعة : بما تقدم من عدم احتمال الفرق وإلغاء الخصوصية بعد أن كانت الحرمة والمحذور المراد فيه إنما هو من ناحية عدم الملكية وكون التصرف في مال الغير بدون رضاه وإجازته ، وأنَّ هذا المحذور يرتفع بالإجازة والإذن اللاحق كما يرتفع بالإذن السابق حقيقة ، وأنَّ للمالك أن يجيز ذلك في ماله .
والحاصل : المستفاد من مجموع روايات نكاح العبيد وتحليل الإمام أَنَّ

١ - وسائل الشيعة ٢١: ١٣٩، الباب ٣٩ من نكاح العبيد والإماء، الحديث ٢.

٢ - وسائل الشيعة ٢١: ١٣٨، الباب ٢٨ من نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

ممنوعية التصرف في مال الغير وبطلانه الوضعي يرتفع حقيقة باذن المالك وإجازته اللاحقة بنحو الكشف والعرف لا يتحمل الفرق من هذه الناحية بين النكاح أو التحليل وبين العقود والتصرفات المالية على ملك الغير.

وإن شئت قلت : المستفاد من مجموع الروايات الخاصة أنَّ الرضا والإجازة المتأخرة يسقط حق المالك من حينه فلا يكون التصرف الواقع قبله ظلماً وتجاوزاً على حق الغير واقعاً، فهناك فرق بين الحرمة التكليفية المجموعلة ابتداءً والحرمة المجموعلة بعنوان التجاوز على الحق الوضعي للغير وماله ، فإنَّ الأخير يرتفع برضا صاحب الحق ولو متأخراً حقيقة ، وظاهر مجموع الروايات الخاصة هذا المعنى .

وإذا كان هذا أمراً معقولاً بل مرکوزاً عرفاً فلا منع من أن يقال بصدق التجارة عن تراض على العقد من حينه إذا لحقته الإجازة بعد ذلك ؛ لأنَّه في لوح الواقع تجارة عن تراض ؛ إذ يكفي رضا المالك به سواء كان رضا متقدماً زماناً أو مقارناً أو متأخراً طالما تعلق بالعقد والتصرف المذكور ، فيكون الكشف على القاعدة ، وهو يساوق الكشف الحقيقى عرفاً وعقلائياً ، أي يكون الإذن والإجازة اللاحقة من المالك كالإذن السابق أو المقارن تصرفاً مؤثراً ما لم يسبقه تصرف آخر منه يرفع موضوع التصرف بالإجازة اللاحقة .

ومنه يظهر أنَّ صدور تصرف آخر من المالك قبل الإجازة يرفع موضوع صحة الإجازة ، فعدمه أيضاً شرط على القاعدة ، وفي تمام الموارد كما سيأتي شرحه في النقطة الثالثة .

وهكذا لا يبعد صحة ما ذهب إليه مشهور المتقدمين من فقهائنا من القول بالكشف الحقيقى .

والظاهر أنّ ذهاب أكثر فقهائنا المتأخرین إلى الكشف الحکمی لا الحکمی ينشأ من إحدى نکتتين:

إحداهما: استظهار شرطية الرضا المقارن للعقد من أدلة الصحة ونفوذ العقد، وأنّ الشرط المتأخر على خلاف الفهم والذوق العرفی وإن فرض إمكانه عقلاً.

الثانیة: صحة تصرفات المالک في ماله قبل الإجازة، وعدم جواز تصرف الطرف الآخر بمجرد ایقاع عقد فضولي على المال، مع أنه بناءً على الكشف الحکمی تكون الإجازة المتأخرة مؤثرة في زمان أسبق، فلا بد وأن يكون العكس هو الصحيح.

وكلتا النکتتين يمكن حلّهما بناءً على الكشف الحکمی أيضاً.

أما الثانية فلما عرفت من أنها لا تنافي الكشف الحکمی؛ لأنّ الكشف الحکمی كما هو مشروط بالإجازة والرضا من المالک ولو بنحو الشرط المتأخر كذلك يكون مشروطاً بعدم سبق تصرف آخر منافٍ مع التصرف بالإجازة ورافع ل موضوعها؛ لأنّ الميزان بسبق نفس التصرف المالکي المنافي لا سبق أثره، وهذا واضح، وسيأتي توضیحه أيضاً.

وأما النکتة الأولى فهي أيضاً لا تنافي القول بالكشف الحکمی؛ لأنّه لابد من التفکیک بين التصرف الانشائي المالکي وأثره، فإنّ ما يكون الرضا أو التراضي شرطاً مقارناً فيه إنما هو نفس التصرف الانشائي المالکي من عقد أو ایقاع، فهذا لابد وأن يكون مقارناً مع رضا المالک ليكون نافذاً وصحيحاً، وأما الآثار الوضعية المترتبة على ذلك التصرف الانشائي المالکي فهو منوط بما يتعلق به الإنشاء، فإذا كان الأمر الإنشائي يمكن أن يتعلق بتمليك سابق - كما هو المفروض - وكان ذلك عرفياً وعقلاً، كان مقتضى أدلة الصحة ونفوذ أيضاً ترتیبه بذلك التصرف الإنشائي المالکي السابق، وهذا يعني بالدقّة أن سبق الأثر

ليس من جهة كون موضوعه وشرطه متأخراً ابتداءً، بل من جهة أنّ الإجازة والتنفيذ الذي هو تصرف انسائي قد تعلق بعقد سابق ومن حينه، ومثل هذا لا يكون على خلاف الفهم والذوق العرفي ، والله الهادي للصواب .

النقطة الثالثة: في الشمرة بين القول بالنقل والكشف بأقسامه ، والفقهاه بحثوا عن الشمرة بين القول بالكشف أو النقل من كافة الجهات ، إلا أنّ هذه الشمرات بعضها يرجع ويرتبط بالملكية للعوضين ، أي الأثر المترتب على العقد المجاز للطرفين ، كجواز التصرف وحكم النساء بناءً على الكشف والنقل ، وبعضها يرجع إلى إمكان تصحيح العقد بالإجازة وما يشترط فيها من التجنيد أو أهلية المتعاقدين أو وجود العوضين أو حق الخيار أو غيرها ، ونحن نبحث في هذه النقطة عن النوع الأول من الشمرات ونتحليل البحث عن النوع الثاني إلى جهات قادمة ، فنبحث هنا في الفروع التالية :

١ - حكم تصرفات المجيز الانسائية قبل الإجازة .

٢ - حكم تصرفات الطرف الأصيل .

٣ - حكم الانتفاع قبل الإجازة بخلاف أو استيفاء للمنفعة .

٤ - حكم النساء الحاصلة بين العقد الفضولي والإجازة .

الفرع الأول: حكم تصرف المجيز الانسائي في المبيع أو في نماءاته قبل الإجازة ، كما إذا باع المال من شخص آخر أو أعتقد إن كان عبداً بنحو لا يكشف عن رد العقد الفضولي أو يقال بعدم الأثر للرد قبل الإجازة ثمّ أجاز العقد الفضولي ، فهل يبطل بذلك تصرفه السابق أو لا ؟

ولا شك أنّه بناءً على النقل يكون تصرفات المجيز قبل الإجازة نافذة ، وبذلك يرتفع موضوع النقل بالإجازة ؛ لأنّه ليس مالكاً للمال حين الإجازة حتى لولا الإجازة ؛ لأنّ نفوذ الإجازة بناءً على النقل يكون من الآن ، والافتراض أنّه

لا يمكن منه ذلك؛ لكونه خارجاً عن ملكه، فيكون كما إذا أراد أن يبيع المالك شيئاً قد باعه قبل ذلك الآخر، ومجرد كونه مالكاً للمال حين عقد الفضولي لا يمكن أن يصحح الإجازة بناءً على النقل، وهذا واضح.

إنما الكلام في نفوذها بناءً على الكشف، وقد اختار المحقق النائي^(١) أنها تكون نافذة على الكشف أيضاً، فلو باع المال المجيز قبل الإجازة جاهلاً عن عقد الفضولي ثم علم به فأجازه لم تتفز الإجازة.

وفضل بعض الأعلام من أساتذتنا العظام^(٢) بين مثل عقد النكاح كما إذا زوجت المرأة فضولة ثم هي زوجت نفسها من شخص ثم علمت بالعقد الفضولي فأجازته، فيحكم ببطلان الإجازة للنكاح الأول؛ لأنَّ المرأة لا يمكن أن تكون زوجة لشخصين، فإذا كان النكاح قبل الإجازة صحيحاً فلا مجال لتصحيح النكاح الفضولي بالإجازة؛ لمنافاة العقد الثاني للأول وفوات محل تصحيحه وإمكانه؛ فإنَّ الزوجين ركنان في عقد النكاح، ويشرط أن تكون الزوجة خلية من الزوج ليصح النكاح، فلا يمكن صحتهما معاً، ولا إشكال في أنَّ تزويع المرأة نفسها هو النافذ، ولا أثر للتزويع الفضولي لها قبل ذلك فقهياً، وبين مثل البيع أو العتق فإنه يمكن فيه تصحيح العقد الثاني ولو للمجاز له مع صحة تصرف المميز قبل الإجازة أيضاً.

نعم، بناءً على القول بالكشف الحقيقي يحكم بصحة العقد الثاني وبطلان الإجازة؛ لأنَّ الكشف الحقيقي على خلاف القاعدة، وإنما قد يثبت بعض الروايات الخاصة وهي لا إطلاق لها لمثل هذه الحالة، فلا يشمل ما إذا صدر منه

١ - منية الطالب ٢٤٢ : ١

٢ - مصباح القاهرة ٤ : ١٥٩

العقد الثاني ، بخلاف القول بالكشف الحكمي فإنه يكون على القاعدة بلا حاجة إلى دليل خاص فيتمسك باطلاق أدلة الصحة للعقد الفضولي الواقع أولاً ، فيكون العقد الثاني بقاءً واقعاً فضولة على مال الغير ، فإذا كان قابلاً للتصحيح من قبل المالك كالبيع كان فضوليًّا مراعي على إجازة المالك وهو المشتري ، وإنما العتق كان بحكم التالف ، بل هو اتلاف للمال ؛ لأنَّ العزَّ لا يرجع عبداً ، فيضمن قيمة البائع كما في البيع الخياري^(١) .

والحاصل : بناءً على الكشف الحكمي أي مقدار من آثار العقد الفضولي يمكن أن يكون مترباً وصحيحاً مع صحة تصرف المجيز قبل الإجازة يترتب على القاعدة ، ففي النكاح الفضولي لا يمكن أن يكون صحيحاً أصلاً ، ومن هنا تبطل الإجازة والنكاح الفضولي ، وفي البيع والعتق يمكن صحة العقد الفضولي مع تصرف المجيز قبل الإجازة ، غايته في العتق يكون تصرف المجيز اتلافاً للبيع فيضمن قيمة للمشتري ، وفي البيع يقع فضوليًّا فيكون للمشتري إجازته وأخذ ثمنه .

والصحيح ما ذهب إليه الميرزا النائيني^(٢) ، وما ذكره هذا العلم لا يمكن المساعدة عليه بوجه أصلاً؛ وذلك :

أولاً - لأنَّ تصرف المجيز قبل الإجازة يرفع موضوع الإجازة وولاية المجيز عليها ؛ لأنَّ الكشف حتى الحقيقي منه لا يعني افتراض تحقق الإجازة من حين العقد ، بل يعني تنفيذها بعد تتحققها حتى بالنسبة إلى الزمان السابق بنحو الشرط المتأخر ؛ لكون المالك له الولاية على ذلك بحكم مالكيته للمال وصيروة العقد عقد المالك والولي ، فالسبق في أثر الإجازة ومضمونه لا في نفسها ، حيث إنَّ

١ - محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٣٥٣ - ٣٥٤ .

الأمور الاعتبارية يفترض إمكان التصرف فيها ولو لاحقاً بحيث يكون ذلك التصرف منسوباً إلى الولي على المال أو تنفيذاً من قبله، إلا أن كليهما يحتاج إلى فعالية الولاية لولا الإجازة، أي حين التصرف، وهذا فرع ثبوت الموضوع والمحل حين الإجازة، فلا تشمل الإجازة إلا ما يكون تحت ولايته، بقطع النظر عن تلك الإجازة، ولا يكون مرفوعاً بتصرف أسبق من المالك نفسه راقع للموضوع قبل الإجازة، وإلا تكون الإجازة بحكم البيع بعد البيع والتصرف بعد التصرف وإن كان أثراها متقدماً.

فالحاصل: ليست الإجازة اللاحقة بأفضل من الإذن المقارن في أنه لا يؤثر إذا كان الموضوع لولاية المجيز مرفوعاً بتصرف وصعي سابق عليه من قبله، ويشهد على هذا أنه إذا كان يصح عرفاً تملك مال فعلاً بأن يكون أثراً من قبل مع ذلك كانت صحته مشروطة بعد تصرف ناقل قبله، وهذا واضح جداً.

نعم، لو فرض أن تمام المؤثر هو العقد لا الإجازة وإنما هي كاشفة بنحو الأمارية عن تأثيره عندئذٍ صح أن يقال بوقوع سائر التصرفات بين العقد والإجازة باطلة.

إلا أن الكشف بهذا المعنى واضح البطلان وغير محتمل في نفسه؛ لأنّه على خلاف شرطية الرضا والإجازة وانتساب العقد أو تنفيذه إلى الولي.

وبعبارة أخرى: يشترط في نفوذ التصرف الوضعي أن لا يكون مسبواً بتصرف وصعي ناقل آخر صحيح من قبل المالك قبله وإلا ارتفع موضوع صحة التصرف الثاني من قبل المالك؛ لأنّ المالك الواحد لا يتحمل تصرفين ناقلين له من قبل المالك وليس العقد الفضولي بأولى من عقد المالك.

والميزان في عدم السبق الزماناني بسبق نفس التصرف من قبل المالك الانشائي واعماله لا متعلقه وأثره، وفي المقام أثر الإجازة اللاحقة وإن كان

أُسِيقَ زَمَانًاً مِنْ نَفْسِ التَّصْرِيفِ الْوَاقِعُ بَيْنَ الْعَدْدِ وَالإِجازَةِ إِلَّا أَنَّ نَفْسَ التَّصْرِيفِ المذكور بِالْبَيْعِ أَوِ الْعَتْقِ أَوِ النَّكَاحِ سَابِقٌ عَلَى الإِجازَةِ، فَإِذَا كَانَ الْمِيزَانُ هُوَ عَدْدٌ سَبَقَ التَّصْرِيفَ الْأَوَّلَ فَلَا مَحَالَةٌ يَكُونُ التَّصْرِيفُ المذكور نَافِذًاً، وَمَعَهُ يَرْتَفِعُ مَوْضِعُ نَفْوذِ الإِجازَةِ اللاحِقةِ فِيهِ حَتَّى عَلَى الكَشْفِ الْحَقِيقِيِّ.

لَا يَقُولُ: لَازِمُ الْكَشْفِ الْحَقِيقِيِّ عَدْمُ مَالِكِيَّةِ الْمُجِيزِ لِلْمَالِ حِينَ الإِجازَةِ فَلَا تَكُونُ إِجازَتِهِ مُؤثِّرَةً فِي اِنْتِسَابِ الْعَدْدِ إِلَى الْمَالِكِ، فَإِنَّهُ خَلْفُ وَتَهَافِتِ.

فَإِنَّهُ يَقُولُ: الْلَازِمُ الْمُلْكِيَّ بِقَطْعِ النَّظَرِ عَنِ الإِجازَةِ، وَهِيَ مَحْفُوظَةٌ حَتَّى عَلَى الْكَشْفِ.

وَإِنْ شَرِّتْ قَلْتُ: أَنْ يَكُونَ زَمَانُ هَذَا الْمَالِ وَوَلَايَتِهِ قَبْلَ الإِجازَةِ بِيَدِ الْمُجِيزِ لَأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ لَا يَجِيزَ وَيَرِدَ الْعَدْدُ الْفَضْوِيُّ، وَهَذَا يَعْنِي أَنَّ وَلَايَةَ الْمَالِكِ عَلَى مَالِهِ مَحْفُوظَةٌ وَفَعْلِيَّةُ حِينِ الإِجازَةِ وَلَيْسَ كَالْمُلْكِيَّةِ، وَإِنَّمَا تَرْتَفِعُ بِالإِجازَةِ بَقَاءً.

وَبِهَذَا يَعْرُفُ الْجَوابُ عَنَّا أَوْرَدَهُ هَذَا الْعِلْمُ عَلَى الْمِيرَزا النَّائِيَّيِّ تَعَالَى مِنْ أَنَّ نَفْوذَ الإِجازَةِ لَا يَشْرُطُ فِيهِ اِمْتِلاَكَ الْمُجِيزِ لِلْعَيْنِ، وَإِنَّمَا يَشْرُطُ اِمْتِلاَكَ الْمُجِيزِ لِلْعَدْدِ وَيُكْفِي فِيهِ اِمْتِلاَكُهُ لِلْعَدْدِ كَوْنُ الْعَدْدِ الْفَضْوِيِّ وَاقِعًاً فِي حِينِهِ عَلَى مَلْكِهِ، وَهَذَا ثَابَتَ فِي الْمَقَامِ.

فَإِنَّ الْوَلَايَةَ عَلَى الْعَدْدِ فَرِعُ مُلْكِيَّةِ الْمَالِ وَلَوْ بِنَحْوِ الْوَلَائِيِّ وَبِقَطْعِ النَّظَرِ عَنِ ذَلِكِ التَّصْرِيفِ الْأَنْشَائِيِّ، وَلَا مُلْكِيَّةٌ حَتَّى كَذَلِكَ فِي الْمَقَامِ، وَمَجْرِدُ الْمُلْكِيَّةِ حِينِ الْأَنْشَاءِ وَالْتَّصْرِيفِ الْفَضْوِيِّ مَعَ خَرْجِ الْمَالِ عَنْ مَلْكِهِ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَكْفِي لِلْوَلَايَةِ عَلَى الْعَدْدِ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ.

لَا يَقُولُ: إِذَا كَانَ الْمِيزَانُ بِالسَّبِقِ الزَّمَانِيِّ لِلتَّصْرِيفِ فَعَلِيُّ الْكَشْفِ الْحَقِيقِيِّ يَكُونُ السَّبِبُ وَالْعَدْدُ الْمُؤثِّرُ هُوَ الْعَدْدُ الْفَضْوِيُّ الْمُتَعَقِّبُ بِالإِجازَةِ، وَهُوَ أَسِيقٌ

زماناً في لوح الواقع عن تصرف المالك قبل الإجازة، فيكون هو المؤثر لا تصرف المالك.

فإنه يقال: ليست شرطية الإجازة كشرطية القبض ونحوه، بل شرطيته من باب أنه موجب لانتساب العقد إلى ولِي المال أو تفديه للعقد، فهو أعمال وتصرف مالكي وإن كان أثراً بنحو الكشف الحقيقى متقدماً زماناً، فالسابق في إعمال التصرف المالكي إنما يكون لعقد المجيز لـلعقد الفضولي.

وثانياً - ما ذكر من أنه بناءً على الكشف الحقيقى حيث إنه على خلاف القاعدة فلا ثبت صحة العقد الفضولي في هذا الفرع؛ لقصور الدليل اثباتاً. غير تام؛ لما تقدم من تقريب الكشف الحقيقى على القاعدة.

هذا، مضافاً إلى أنه إذا استفید من الروايات الخاصة الكشف الحقيقى فلا يحتمل الفرق بين فرض تصرف المالك قبل الإجازة وعدمه مالم تبرز نكتة لذلك كما شرحناه.

وثالثاً - ما ذكر بناءً على الكشف الحكمي من التفريق بين التصرف قبل الإجازة أو بالبيع لأن وجهه أنه حيث لا رجعة في العقد فيكون بحكم التلف، بل هو اتلاف حقيقي للمملوك، فيكون كالفسخ بعد تلف المبيع يضمن بدله بعد الإجازة للأصيل، بخلاف التصرف بالبيع ونحوه فيرجع المبيع إلى الأصيل ويمكنه أن يمضي لنفسه.

وهذا غير تام، سواء قلنا بأنَّ الولاية على العقد يكون بالملكية لولا الإجازة بالتحليل الذي ذكرناه - كما هو الصحيح - أو قلنا بكافية وقوع العقد الفضولي زمان ملك المجيز ولو لم يكن مالكاً له بالفعل لولا الإجازة - كما هو ظاهر كلام هذا العلم - .

أتنا على الأول بطلان الإجازة واضح كما شرحناه.

وأما على الثاني فلأنَّ المجيز وإن كان ولِيَاً حينئذٍ في تصحيف العقد الفضولي، إلا أنَّ هذا بناءً على الكشف الحكمي لا يرفع ملكية المالك الفعلية ولا ولائته على ماله قبل الإجازة، فيكون بيعه قبل الإجازة مشمولاً أيضاً لدليل الصحة والنفوذ على القاعدة؛ لكونه بيع المالك الولي أيضاً. ولا وجه لتقديم البيع الحاصل بالإجازة عليه ليبطل البيع بقاءً – دون العتق – بل مقتضى القاعدة تقديم أسبق التصرفين للولي، ولا شك أنه بيعه قبل الإجازة، فهو الذي يرفع موضوع الإجازة، وكون الكشف الحكمي على القاعدة لا أثر له في المقام؛ لأنَّهما تصرفان مستقلان من الولي لا يمكن صحتهما وشمول دليل الصحة لهما معاً، فلابد من تقديم الأسبق منها زماناً؛ إذ لا اشكال في أنَّ بيعه قبل الإجازة تصرف من الولي والمالك قبل تصرفه بالإجازة وإن فرض أثر الإجازة أسبق.

بل لو فرض أنَّ سبق أثر الإجازة – أي زمان العقد الفضولي – الذي هو متعلق بالإجازة يكفي لأنَّ يعتبر التصرف بالإجازة هو الأسبق زماناً فسوف يبطل البيع والعتق حدوثاً أيضاً لا بقاءً فقط؛ إذ لا يمكن لدليل الصحة والنفوذ أن يشملهما حدوثاً فقط، بل إذا شملهما حدوثاً دلَّ على بقائهما وعدم بطلانهما ولا انفساخهما فيتعارضان مع شمول دليل الصحة للعقد الفضولي بعد الإجازة، وهذا واضح جداً.

فلابد من تقديم أحدهما على الآخر بحسب السبق الزماني وكون الأسبق هو الرافع لموضوع الآخر، فإذا كان الميزان بسبق الأثر زماناً – أو قل سبق المعتبر لا الاعتبار – بطل العتق أيضاً حتى حدوثاً، فلا اتلاف للمال، بل وبطل نكاح المرأة نفسها أيضاً بعد النكاح الفضولي إذا أجزاته حتى على الكشف الحكمي فضلاً عن الكشف الحقيقي، وإذا كان الميزان بسبق التصرف الملكي فتبطل الإجازة لا محالة، فلا يصح التفريق بينهما، ومجدد إمكان تصحيف بيع المجيز

قبل الإجازة للمشتري في العقد الفضولي لا يكفي لصحة الإجازة؛ لأنَّ هذا في طول بطلان بيع المجيز قبل الإجازة حتى حدوثاً، مع أنَّ المفروض صحته كالعتق، وهي تنافي كونه فضوليًّا.

نعم، بناءً على الكشف الحكمي والقول بأنَّ الميزان بسبق الأثر يعقل ثبوتاً القول بصحتهما معاً، فيكون بحكم الاتلاف، كما في العتق، إلا أنَّ هذا غير عقلائي ولا شرعي؛ لأنَّه من إعمال تصرُّفين متناقضين في مال واحد، وعلى تقدير قبوله كان لابد من القول بصحة بيع المالك قبل الإجازة أيضاً وأنَّه يضمن بدل للمشتري الفضولي، فيكون كالعتق، فلا وجه للتفرقة بينهما أصلاً.

ورابعاً - صحة الإجازة وانتقال المشتري إلى بدل المبيع الفضولي في العتق أو البيع من قبل المجيز قبل الإجازة لا يمكن المساعدة عليه في نفسه حتى إذا تزَّلنا عما ذكرناه من زوال محل الإجازة وولاية المجيز عليه بتصرُّفه قبل الإجازة.

والوجه في ذلك ما سأأتي في الركن الثالث للعقد من أنَّ الفرض النوعي والأصلي من العقود المالية انتقال العوضين إلى الطرفين؛ ولهذا تكون المعاوضة على التاليف باطلًا عقلائيًّا وشرعًا، والانتقال إلى البدل إنما يكون على فرض تحقق ملكية البدل قبل التلف، ولا يقايس ذلك بصحة الخيار وفسخ العقد بعد تلف العوض؛ لأنَّ الفسخ حلًّا للعقد وليس إنشاء عقد وتسلیک جديد، فالمتعين على الكشف الحكمي أيضاً بطلان الإجازة، فتدبر جيداً.

وهكذا يتضح أنَّ الحق مع الميرزا الثنائي شئ من بطلان الإجازة حتى بناء على الكشف بالتصريف الناقل من قبل المالك قبل الإجازة لا من جهة أنَّ تصرُّفه رد عملي للعقد الفضولي حتى يمنع ذلك كبرى وصغرى، بل لما ذكرناه من كونه التصرف المالكي الأسبق زمناً، فترتفع الولاية على الإجازة لعقد الفضولي.

وهل يحكم بذلك أيضاً إذا تصرف في النماء مع بقاء الأصل فتبطل الإجازة مطلقاً أو تصح بالنسبة للأصل فقط أو تصح في الأصل والنماء ويبطل تصرف المالك فيه ؟

الصحيح هو صحة الإجازة بالنسبة للأصل دون النماء حتى على الكشف الحقيقي ؛ لما تقدم من أنَّ للمالك الولاية على التصرف الناقل في نماء ماله كأصله ، وأنَّه رافع لموضع تأثير الإجازة بتمليك النماء بالتبعة وبهذا المقدار لا أكثر .

نعم ، قد يكون للطرف الأصيل حينئذٍ حق الفسخ إذا حصل نقص في الأصل أو كان العقد على الأصل مع حفظ نماءه .

وإذا تصرف المجيز قبل الإجازة في العوض الآخر المنتقل إليه من دون أن يكون ذلك كاشفاً عن امضاء العقد الفضولي فهل يكون تصرفه نافذاً بعد الإجازة مطلقاً أو يحتاج إلى إجازة منه لذلك التصرف ؟

لإشكال في الحاجة إلى الإجازة بناءً على النقل ؛ لأنَّه من مصاديق قاعدة من باع شيئاً ثمَّ ملكه .

كما أنه لا إشكال في عدم الحاجة إلى الإجازة بناءً على الكشف الحقيقي إذا قلنا بأنَّ عقد الفضولي لازم من طرف الأصيل ، ولا حق له في التصرف فيما انتقل منه ، وأماماً إذا قلنا بعدم لزومه عليه أيضاً - وهذا ما سيأتي البحث عنه - فهذا معناه بقاء ولاية الأصيل قبل الإجازة على ماله ، وعندئذٍ قد يقال بأنَّ تصرف المجيز فيه قبل الإجازة تصرف فضولي ؛ إذ لا ولاية له بعد على ذلك المال ، فلا يكون تصرفه تصرف الولي لتشمله أدلة الصحة والفنود ، فيحتاج إلى الإجازة أيضاً .

اللهُمَّ إِنْ يَقَالُ بِكَفَايَةِ الْوَلَايَةِ الطَّوْلِيَّةِ لِلْمَجِيزِ ، أَيْ فِي طُولِ عَدَمِ إِعْمَالِ الأَصِيلِ لِحَقِّهِ فِي التَّرَاجُعِ عَنِ الْعَدْدِ - كَمَا هُوَ الْمَفْرُوضُ - وَأَمَّا بَنَاءً عَلَى الكَشْفِ

الحکمي فقد يقال أيضاً بعدم الحاجة إلى الإجازة من قبله؛ لأنَّ من آثار الكشف الحقيقى صحة تصرف المميز قبل الإجازة في الشمن فيترتب ذلك أيضاً بناءً على كون الكشف الحكمي على القاعدة.

إلا أنَّ الظاهر من روایات المنع عن من باع شيئاً ثم ملكه أنَّ الميزان في المنع وقوع البيع في زمن عدم الملك واقعاً، وهذا محقق في المقام بناءً على الكشف الحكمي كالنقل، فتشمله روایات المنع ما لم يجزه.

اللهم إلا أن يقال بأنَّ المعيار بالاعتبار لا بالاعتبار، أو يقال بكافية ولايته على تملك الشمن ولو بإجازة العقد الفضولي فيصحيح بلا حاجة إلى إجازة.

الفرع الثاني: حكم تصرف المشتري - الطرف الأصيل - بين العقد وبين الإجازة، وهو أيضاً تارة يكون فيما ينتقل إليه بعهد الفضولي، وأخرى فيما ينتقل عنه، أمَّا تصرفه فيما ينتقل إليه بناءً على النقل لا يكون جائزًا لا تكليفاً ولا وضعًا. نعم، يمكنه تصحيح تصرفاته الوضعية فيه كالبيع بالإجازة بعد أن ينفذ العقد الفضولي؛ لأنَّه صغرى لقاعدة (من باع شيئاً ثم ملكه).

وأمَّا بناءً على الكشف فإذا اختير الكشف الحقيقى فقد يقال بأنه بعد الإجازة ينكشف كون التصرف صحيحًا ونافذاً واقعاً، كما أنه لم يكن حراماً تكليفاً.

نعم، قد تكون الحرمة الظاهرة أو حرمة التجري ثابتة للمشتري إذا كان ملتفتاً ولا يحرز الإجازة من المالك ولو لاحقاً.

هذا، ولكن قد يقال بحرمة تصرف الطرف الأصيل في المبيع فضولة حتى واقعاً بعنوان أنه ينافي حق المالك الأول أي المميز، لا بعنوان التصرف في ملك الغير، فإنه لا يزال كان له هذه الولاية على المال حتى على الكشف، وهذه محترمة أيضاً، فلا يجوز التصرف فيه بدون إذنه.

نعم ، في طول عدم اعماله لولايته وصدور الإجازة منه واقعاً تكون الولاية للمشتري ثابتة أيضاً كما أشرنا سابقاً، فتصرف الطرف الأصيل الانشائي يكون نافذاً وضعاً إذا صدرت الإجازة لاحقاً بناءً على الكشف الحقيقي ، كما أنَّ تصرفه التكوبيني لا يكون بلا استحقاق بناءً على الكشف الحقيقي ، فلو وطاً الأمة لم يكن زنا وإن ارتكب حراماً لو لم يعلم بلحوق الإجازة ولو ظاهراً.

ونتيجة ذلك أنه لو كان تصرف المشتري بنحو الاستيلاد للأمة مثلاً لم يكن الوطء زنى وكانت أم ولد.

وأماماً على القول بالكشف الحكمي فالتصرف حدوثاً حرام تكليفاً ووضعاً واقعاً؛ لأنَّه تصرف في مال الغير بدون إذنه ، وأماماً بقاءً فقد يفصل بين ما إذا كان التصرف بنحو الوطى والاستيلاد أي تصرفًا تكوبينياً ، وما إذا كان التصرف انشائياً بنحو البيع ونحوه ، ففي الأول يكون التصرف زناً محرياً واقعاً مع فرض العلم والالتفاتات ولا تصير الأمة بذلك أم ولد حتى إذا أجاز المالك بعد ذلك؛ لأنَّ الإجازة ترتب ما يمكن ترتيبه من الآثار السابقة بعد الإجازة ولا تشتمل الأثر الثابت قبل زمان الإجازة بتحقق موضوعه حدوثاً ، فلا يرتفع الزنا الحاصل حدوثاً في زمانه الواقعي ، كما لا تثبت أحكام أم الولد؛ لأنَّ ظاهر دليله ما إذا حصل ذلك في الملك حين التصرف والوطى وحدوثاً ، ولا يعم ما إذا اعتبر كذلك بقاءً فقط ، وفي الثاني أي ما إذا كان التصرف بنحو البيع ونحو ذلك لا مانع من نفوذه حينئذٍ بعد الإجازة على الكشف الحكمي ؛ لأنَّه بالإجازة يعتبر مالكاً من أول الأمر حكماً فيعتبر بيعه أو عقده في ملكه ببقاءً فيشمله دليل الصحة والإمساء بلا حاجة إلى إجازة منه لذلك.

أقول: تقدَّم أنَّ ظاهر روایات المنع والنهي عن من باع شيئاً ثُمَّ ملكه أنَّ وقوع البيع في زمان عدم ملكه واقعاً كافٍ لبطلانه من دون إجازة ، وفي المقام

كون الكشف الحكمي بقاءً على القاعدة لا يجدي نفعاً؛ لأنَّ الميزان بوقوع البيع في زمان فعلية اعتبار الملك، وهو لا يتحقق هنا بناءً على الكشف الحكمي. نعم، لو استظرفنا من روایات النهي عن ذلك أنَّ الميزان والمعايير بالاعتبر لا بالاعتبار صحَّ ذلك التصرُّف من الأصيل في الشمن على القاعدة بلا حاجة إلى الإجازة.

وهكذا يظهر ما هو الوجه الفنِّي للتفصيل بين مثل الاستيلاد من الأحكام المترتبة على تصرف المشتري التكويني في المال وبين سائر التصرفات بناءً على الكشف الحكمي.

كما ظهر آنَّه على الكشف الحقيقي لابد من ترتيب تمام الآثار، فلا يكون التصرُّف من قبل المشتري بمثل الوطء زنا بل وطء في الملك والأمة تصبح أُمَّة ولد.

وقد تقدَّم في الروایات الخاصة التي استشهدنا بها على الكشف الحقيقي ترتيب مثل هذه الآثار فتكون دليلاً على الكشف الحقيقي، فراجع وتدبر. ثم إنَّه إذا اختلف الطرف الأصيل ما انتقل إليه بالعقد الفضولي قبل الإجازة أو أتلف منفعته بالاستيفاء أو غيره فعلى القول بالكشف الحقيقي أو الحكمي يكون ماله ولا يوجب اتلاف العين رفع موضوع الإجازة حتى لو قلنا به في اتلاف المجيز نفسه لمحل العقد الفضولي قبل الإجازة – لنكتة تخصه سوف تأتي وهي لا تجري هنا – وعلى النقل تبطل الإجازة إذا كان التلف للأصل، وإذا كان للمنفعة تصح الإجازة ويضمن أجرتها للمجيز، ولكن قد يكون له خيار الفسخ إذا كانت المنفعة ملحوظة له في العقد الفضولي.

هذا كله في تصرُّف الطرف الأصيل في ما ينتقل إليه بعقد الفضولي قبل الإجازة.

وأماماً تصرّفاته في ما ينتقل منه بعقد الفضولي قبل الإجازة فتارة نقول بأنّ للطرف الأصيل حق الرجوع عن العقد قبل الإجازة ولا يكون العقد الفضولي من طرفه لازماً عليه ، وأخرى نقول بلزمومه عليه ، فعلى القول بعدم لزومه عليه يصحّ تصرّفه في ما ينتقل عنه بعقد الفضولي قبل الإجازة إذا كان بنقل العين أو اتلافه ، ويرتفع بذلك موضوع صحة الإجازة حتى على الكشف الحقيقي ، سواء قصد بتصرّف التراجع أو لم يقصد ؛ لما قدمناه من آن مع وجود مثل هذا الحق له يكون هذا التصرّف إعمالاً للتصرّف المالكي من قبل أحد الطرفين في ماله وهو أسبق من اكتمال وتمامية التصرّف المالكي بعقد الفضولي بالإجازة ، فيكون رافعاً لموضوع صحة الإجازة ، ويكون هذا من قبيل ما إذا باع المالك المبيع بعد الإيجاب وقبل القبول من شخص آخر ، فإنه يرفع موضوع صحة القبول ، فإنّ ثبوت حق هذا التصرّف له حتى وضعاً في ما هو له قبل اكتمال العقد أو الإجازة يوجب تقدم إعماله على حق إعمال القابل بقبوله أو المجيز بجازته ، وينافي الحكم عليه بضمائه للقابل أو المجيز حتى بناءً على الكشف الحقيقي .

فإنّ الحكم بالضمان معناه حرمته عليه وضعاً ، وهذا تناقض ، فلا يمكن أن يكون صحيحاً على القاعدة ، ولا يمكن استفادته من الروايات الخاصة .

هذا إذا كان التصرّف ناقلاً أو متلماً للعين ، وأماماً التصرّف باستيفاء منفعته أو نقلها إلى الغير بایجار فهو أيضاً يكون على هذا التقدير من حقه وصحيحاً ويتقدم على تأثير الإجازة ، وتكون الإجازة نافذة في العين مسلوبة المنفعة ، ويكون للمجيز خيار الفسخ .

وأماماً على القول بلزم العقد الفضولي قبل الإجازة على الطرف الأصيل فعلى الكشف الحقيقي لا إشكال في كون تصرّفات الأصيل فيما انتقل عنه تصرّفاً في مال الغير ، فيكون فضولياً إذا كان بيعاً أو ايجاراً ، فلمجيز ردّه أو امضائه بنفسه ،

وإذا كان اتلافاً للعين أو لمنفعتها يكون ضامناً لقيمتها السوقية للمجيز ، كما أنه يكون محراً عليه واقعاً؛ لأنَّه تصرف في مال الغير ولا يرتفع بذلك موضوع الإجازة ؛ لأنَّه لا موجب له بناءً على الكشف الحقيقي حتى لو قلنا بذلك في موارد التلف ؛ لأنَّ هذا اتلاف يكون المخالف فيه ضامناً لبدلته بعد أن كان قد انتقل المبدل إلى المجيز واقعاً قبل الإجازة.

وأما على الكشف الحكمي والنقل فحيث إنَّ المال المنتقل منه يكون ملكاً له واقعاً قبل الإجازة فقد يقال بأنَّ لزوم العقد الفضولي عليه معناه أنه لا يمكنه التراجع عنه قبل الإجازة بحيث لو تراجع وكانت العين باقية وأجاز الطرف الآخر تتم العقد ، ولا يعني بطلان تصرفه في ملكه الواقعي باتلاف أو نقل إلى الغير ، فيرتفع موضوع صحة الإجازة - كما هو الصحيح على ضوء بعض ما تقدم من النكات - أو تكون الإجازة صحيحة على الكشف لا على النقل ويكون ضامناً لقيمته للمجيز .

وقد يقال بأنَّ لزوم العقد الفضولي من طرف الأصيل يوجب حرمة تصرفاته في ما ينتقل منه وعدم صحتها قبل الإجازة ، فلا يكون مسؤولاً لدليل الصحة ، فيكون بيعه له كالفضولي غير نافذ ، وللمجيز أن يصححه لنفسه بعد الإجازة بامضائه ، وهذا معناه حرمة تصرف الأصيل في الشمن والمشنن معاً قبل الإجازة ، بخلاف المالك في الطرف الفضولي ، وهذا بعيد خصوصاً إذا كان الطرف الأصيل جاهلاً بالفضولية .

الفرع الثالث: حكم تصرفات المجيز بالاتلاف أو استيفاء المنفعة قبل الإجازة .

ولا إشكال في جواز ذلك بناءً على النقل ، فإذا كان الاتلاف للعين بطلت الإجازة ؛ لأنَّ عدم الموضوع وال محل للنقل والانتقال ؛ لأنَّ العقد يكتمل ويؤثر من

حين الإجازة بناءً على النقل ، ويشترط وجود الموضوع في صحة العقد . وإذا كان الاتلاف للمنفعة مع بقاء العين انتقلت العين بالإجازة إلى المشتري ولم يكن المجيز ضامناً لشيء إلا أنه قد يكون للمشتري خيار الفسخ إذا كانت تلك المنفعة ملحوظة في عقد الفضولي .

وإنما البحث بناءً على الكشف ، أمّا على الكشف الحقيقى فقد يقال بأنّ مقتضاه ضمان المجيز لما أتلفه من العين أو المنفعة ؛ لكون تصرّفه فيما هو ملك للغير واقعاً ، فيكون ضامناً له ، وحيث إنّ الملكية للعوضين وترتّب الأثر بناءً على الكشف يثبت من حين عقد الفضولي ، وتكون الإجازة المتأخرة شرطاً متّاخراً أو تعقبها شرط في ترتّب الأثر ، فلا يلزم تملك المعدوم ليقال بكونه خلاف مقتضى المعاوضة أو الغرض النوعي منها .

نعم ، لو فرض كشف التصرّف عن ردّ للعقد الفضولي وقلنا بمانعية الردّ عن لحقوق الإجازة بطلت الإجازة ، إلا أنّ مجرد التصرّف لا يكون كافياً عن ذلك ، فلا وجه لبطلان الإجازة على الكشف الحقيقى .

ونلاحظ على هذا البيان :

أولاً - أنّ ولادة المالك على التصرّف في ماله قبل الإجازة وضعاً وتكتلifaً مما لا شك فيه ؛ لوضوح أنّ مجرد ايقاع عقد على أموال الناس فضولة لا ترفع ولا يتم على أموالهم حتى لو قبلنا الكشف الحقيقى ، وصحة الرضا من المالك بتصرّف سابق على ماله ؛ لأنّ هذا لا يكون بنحو بحيث يرفع ولايته على ماله قبل الإجازة .

كيف ، وهو صاحب الإجازة والرد وإجازته مبنية على ثبوت هذه الولاية له ، فالولاية على المال للمالك قبل الإجازة ثابتة واقعاً ، ولا يمكن أن ترتفع

بالإجازة ولو كانت مرتفعة لما صحت منه الإجازة، وهي كما توجب جواز التصرف وعدم حرمتها تكليفاً توجب عدم حرمتها عليه وضعاً، بمعنى عدم الضمان له.

وهذا الحكم ينافي الحكم بصحة الإجازة اللاحقة وضمان المال للمشتري؛ لأنَّه فرع حرمة المال وضعاً على الأقل، فالكشف الحقيقى لا يمكن تصويره على القاعدة في المقام، كما لا يمكن استفادته من الروايات الخاصة.

نعم، لو كان اتلاف للمنفعة لا الأصل أمكن صحة الإجازة بلحاظ الأصل من دون ضمان للمنفعة، ويكون للمشتري خيار الفسخ كما تقدم على النقل.

وثانياً - ما تقدم من أنَّ الإجازة اللاحقة بناءً على الكشف وإن كان شرطاً متأخراً أو تعقبه شرطاً مقارناً، إلا أنه ليس كسائر الشروط التعبدية وإثما به يتحقق التصرف المالكى، فلابد وأن لا يكون مسبوقاً بتصرف المالكى مضاد له ورافع لموضوعه، واتلاف المالك لماله يكون كذلك، ومعه فلا تكون إجازته بعد ذلك إلا كبيع مال معذوم له وهو غير مقبول عقلاً.

وكلا هذين الوجهين لا يجريان فيما إذا كان الطرف الأصيل قد تصرف في محل الفضولي كما هو واضح وأشارنا إليه سابقاً، فتصح الإجازة حتى مع اتلاف الأصيل له.

نعم، إذا أتلاف الطرف الأصيل لما ينتقل عنه وقلنا بعدم لزوم العقد عليه قبل الإجازة أمكن القبول ببطلان الإجازة وارتفاع محلها، وقد تقدم وجهه في الفرع السابق.

ومنه يظهر الحكم بناءً على الكشف الحكيم؛ لأنَّ جريان الوجهين بناءً عليه أوضح؛ لأنَّ البيع ملك للمجيز فعلاً قبل الإجازة على كل تقدير فيجوز تصرفه فيه ويرتفع موضوع الإجازة.

فالصحيح : أنه على كلا القولين من النقل أو الكشف تبطل الإجازة إذا كان تصرف المจيز قبل الإجازة باتفاق العين وتصح مع الخيار للمشتري إذا كان التصرف باستيفاء المنفعة مع بقاء العين .

الفرع الرابع : حكم النماء المنفصل للعوارضين بعد العقد الفضولي وقبل الإجازة .

ولا إشكال أنه بناءً على القول بالنقل يكون لمن ينتقل عنه المال؛ لأنَّه في ملكه فيكون له بالتبعية وينفذ العقد الفضولي بالإجازة في الأصل فقط وإن كان قد ثبت للطرف الآخر الخيار، وعلى الكشف الحقيقي ينكشف أنه لمن انتقل إليه الأصل من أول الأمر، وعلى الكشف الحكمي ثبت نفس النتيجة ولكن يكون حكماً تنزيلاً أو بنحو تقدم المعتبر وتأخر الاعتبار فإنه بناءً على كون ذلك على القاعدة ثبت التبعية بقاءً في المقام أيضاً .

إلا أنَّ هذا كله مع فرض وجود النماء عند الإجازة، وأما إذا استوفيت وأختلفت قبل الإجازة من أحد الطرفين فقد تقدم حكمه في الفروع السابقة، وأنَّه إذا كان من قبل المجيز فيما ينقل عنه فلا يضمنه حتى على الكشف الحقيقي وإن كان قد ثبت للمشتري الخيار، وإن كان فيما ينتقل إليه فلا يضمنه للطرف الأصيل إلا بناءً على النقل، وقد يكون للمجيز خيار الفسخ حينئذٍ، وإذا كان التصرف من قبل الطرف الأصيل فيما ينتقل إليه فلا يضمنه للمجيز إلا على القول بالنقل، وقد يكون له خيار الفسخ حينئذٍ وإن كان فيما ينتقل عنه ضمنه للمجيز بناءً على الكشف الحقيقي أو الحكمي إذا قلنا بلزم العقد من طرفه، ولا يضمنه له بناءً على النقل ولا على الكشف إذا قلنا بعدم لزوم العقد عليه، وقد يكون للمجيز خيار الفسخ حينئذٍ - وقد تقدم شرح كل ذلك - .

الجهة الثالثة : جواز العقد المجاز من طرف الأصيل قبل الإجازة

ويبحث في هذه الجهة عن تمامية العقد المحتاج إلى الإجازة من طرف الأصيل ، فهل يكون العقد ملزماً عليه قبل صدور الإجازة من الطرف الآخر أم لا؟ ويترب على ذلك عدم صحة رجوعه عن العقد قبل الإجازة وحرمة تصرفه في ماله الذي وقع العقد عليه.

وقد اختفت كلمات المحققين في المقام ، فينسب إلى الميرزا النائني ^(١) القول بنفوذ العقد وتماميته بالنسبة للطرف الأصيل ، فلا يجوز له الرجوع عن العقد حتى بناءً على النقل .

وفضل الشيخ الأعظم الأنصارى ^(٢) بين القول بالكشف فلا يجوز للأصيل الرجوع ولا التصرف فيما انتقل عنه وبين القول بالنقل فيجوز ، وجعل هذا من ثمرات القولين .

وفضل بعض الأعلام على الكشف بين اللزوم وعدم نفوذ فسخ الأصيل وبين جواز التصرف فيما انتقل عنه ، فحكم باللزوم بناءً على الكشف ، وبجواز التصرف إذا لم يحرز لحقوق الإجازة فيما بعد .

والصحيح هو عدم لزوم العقد حتى من طرف الأصيل مطلقاً ومن دون تفصيل ، كما ويجوز التصرف من قبل الأصيل أيضاً فيما ينتقل عنه . أما على النقل أو الكشف الحكمي بأحد المعاني المتقدمة فيه فلأن العقد

١ - بل الأمر على عكس ما نسب إلى المحقق النائني ^ت . راجع كلامه في : المكاسب والبيع ٢: ٩٩ و ١٠٠ .

٢ - كتاب المكاسب ٣: ٤١٢ - ٤١٣ .

الموضع للصحة ووجوب الوفاء ما لم ينضم إليه الرضا من المالكين لم يتم بعد، فحال الرجوع من طرف الأصيل حال الرجوع من طرف الموجب قبل تحقق القبول يعد عرفاً وارتكازاً من الرجوع من أحد الطرفين قبل تمامية العقد النافذ، وهو الالتزام والقرار العقدي ممن له ذلك؛ لما تقدم من ركنية الإرادة الجدية الرضا من المالك في تتحقق نفوذ العقد ووجوب الوفاء به.

نعم، لو قلنا بأحد مسلكين وقولين: إنما القول بكفاية الانشاء أو الإرادة الظاهرة - المظاهر المادي للعقد - فقط في صحة العقد ولو كان من غير المالك غایة الأمر للمالك الذي عقد على ماله فضولهً ابطال العقد بعد ذلك بالرد فالعقد الفضولي ونحوه صحيح قابل للابطال من قبل المالك، أو قلنا باستقلال إرادة كل من الطرفين عن الآخر في النفوذ على صاحبه أمكن القول بتمامية العقد ولزومه قبل الإجازة بالنسبة إلى الأصيل، ولكن قد تقدم بطلان كليهما.

أما الأول فلأن العقد الذي يكون موضوعاً للصحة واللزموم إنما هو عقد المالك مع رضاه وإرادته الجدية، وهذا لا يتحقق قبل الإجازة.
وأما الثاني فلأنه يجعل العقد مركباً من ايقاعين، وقد تقدم بطلانه، وأن العقد فعل الاثنين يتحقق بإنشاء المالكين معاً.

نعم، قد يتضمن الإيجاب من الطرف الواحد في بعض الموارد تعهداً أو عقداً آخر بعدم الرجوع عنه إلى مدة معينة، وذلك أمر آخر خارج عن محل بحثنا، وقد يأتي البحث عنه في بعض المسائل القادمة.

ومنه يظهر وجه الضعف فيما استدلّ به المحقق النائيني^(١) من أن خطاب «أوفوا بالعقود» انحلالي بعد المتعاملين فيجب على الطرف الأصيل الوفاء

بعقه وانشائه؛ لكونه صادراً من المالك بحسب الفرض، والعقد موضوع في الآية إنما هو العقد بالمعنى المصدري، أي الإنشاء الجدي والالتزام الصادر من المالك ارشاداً إلى لزومه وصحته ولم يؤخذ فيه أي قيد زائد كترتب الملكية فعلاً، وعليه فيكون العقد الواقع خارجاً بمقتضى الآية تماماً ولازماً بالنسبة للطرف الأصيل.

وهذا الاستدلال لا يتوقف على فرض الأمر بالوفاء مولياً وتکلیفاً صرفاً كما جاء في تقريرات بعض الأعلام ثم أشكل عليه بأنه خلاف المبني وأنه يلزم منه أن يكون الفسخ جائزاً وضعاً ومقدوراً لكي يعقل أن يكون حراماً تکلیفاً، فإن كل هذا بلا موجب في ضوء البيان الذي ذكرناه.

مضافاً إلى أن الحكم والأمر التکليفي بالوفاء ليس بمعنى حرمة الفسخ ليرد على المیرزا النائيني ت ما ذكر، بل بمعنى وجوب ترتيب الآثار العملية وهو لا يتوقف على مقدورية الفسخ وإمكانه، بل هو أمر بالوفاء العملي الملائم للزوم وعدم تحقق الانفاسخ.

وإنما وجه الاشكال في بيان المیرزا ت أنه إن أريد من الانحلالية أن وجوب الوفاء لكل من الطرفين في العقد مستقل عن الآخر فهذا معناه رجوع العقد إلى ایقاعين مستقلین من الموجب والقابل، وقد عرفت عدم إمكان الالتزام به، وإن أريد أن العقد الانشائي يجب الوفاء به وترتيب أثره من قبل كل من الطرفين مستقلاً عن الطرف الآخر فهذا صحيح، إلا أنه فرع تحقق العقد المنسوب إلى المالكين وشمول دليل الصحة والنفوذ له ولزوم ترتيب الأثر عليه، وهذا لا يتحقق بناءً على النقل والكشف الحکمي إلا بعد الإجازة لا قبلها، فلا موضوع للأمر بالوفاء والانحلالية قبل الإجازة بناءً على النقل والكشف الحکمي.

وأمّا على الكشف الحقيقى فقد يقال إنَّ أثر الإجازة وهو التملّك والتملّك حيث يحصل من حين العقد الفضولي بناءً على الكشف الحقيقى فيكون الأمر بالوفاء به للطرف الأصيل من زمان العقد الفضولي معقولاً، بل قد يتمسّك بأدلة سلطنة المالك على ماله على عدم نفوذ فسخ الأصيل؛ لأنَّ ما كان له ينكشف بالإجازة اللاحقة أنه قد انتقل من حين عقد الفضولي إلى الغير فلا يجوز تصرّفه فيه تكليفاً، كما لا يكون نافذاً وضعاً.

ولعلَّ هذا هو مبني تفصيل الشيخ ^{رحمه الله} وجملة من الأعلام بين القول بالكشف والنقل.

إلا أنَّ الصحيح مع ذلك عدم لزوم العقد على الطرف الأصيل حتى بناءً على الكشف.

والوجه في ذلك: أثنا بناءً على الكشف تارة تقول: إنَّ موضوع وجوب الوفاء واللزوم هو تعهد المالكين وعقدهما والذي لا يتحقق ولا يصدق إلا بعد الإجازة وإن كان أثراً يثبت من السابق حقيقة ، نظير من ينشيء تملك ماله من الأمس لزید ، غايتها ليس عقلائياً ابتداءً؛ لأنَّ الأثر لابد وأنْ يتعقب المظهر المادي للعقد ويوجد بوجوهه ، وهذا مفقود إذا كان الانشاء كذلك ابتداءً ، بخلاف موارد إجازة عقد الفضولي ، حيث يكون المظهر المادي للعقد والانشاء موجوداً من السابق فيقال بصحّته وعقلائيّة تقدم الأثر حقيقة من زمان العقد الانشائي السابق ، إلا أنَّ التصرّف أو الالتزام والتعهد المالكي الذي هو موضوع اللزوم يحصل بالإجازة ، ولا وجود له قبل ذلك وإن كانت الملكية حاصلة قبل ذلك .

وآخرى تقول: بأنَّ موضوع دليل الصحة والتقوذ هو العقد الانشائي المأذون أو المجاز من قبل المالك ولو متّاخراً ، فيكون العقد الانشائي الفضولي المتعقب

برضا المالك وإجازته واقعاً من أول الأمر موضوعاً ومشمولاً لأدلة وجوب الوفاء؛ لكونه عقداً متعيناً بالإجازة في علم الله ولوح الواقع، وكل عقد كذلك من أول الأمر مشمول لأدلة الصحة واللزوم.

فعلى التخريج الأول يكون من الواضح عدم اللزوم بالنسبة للطرف الأصيل قبل الإجازة؛ لأنّ دليل اللزوم إنما يشمل العقد بعد الإجازة وتحقق التصرف والعقد المالكي من الطرفين، وإن كان أثره من التملك والتملك يحصل من قبل ذلك، فإن تقدم الأثر - بمعنى الملكية ونحوها - لا يستلزم تقدم العقد والالتزام المالكي، فلا وجه لأن يكون الأصيل مكلفاً بالوفاء واللزوم قبل تحقق الإجازة.

وإن شئت قلت: إنه بناءً على هذا التخريج للكشف لا فرق بينه وبين النقل من حيث عدم شمول دليل اللزوم للعقد الفضولي إلاّ بعد الإجازة، فيكون وجوب الوفاء واللزوم أيضاً بعدها لا قبلها، ولا ينافي ذلك ترتيب الأثر والملكية قبلها إذا لم يتراجع أحد الطرفين أو يرفع موضوع العقد قبل الإجازة، ويكون هذا من قبيل ما إذا قيل بصحة تملك شيء من الأمس وحصل ذلك من قبل الموجب ولكن تراجع عنه قبل القبول فإنه تراجع قبل تمامية الالتزام والتعاقد المالكي من الطرفين وهو مانع عن تحقق موضوع التعاقد واللزوم.

وأتنا على التخريج الثاني للكشف فقد يقال: إنّ الصحة واللزوم كانوا ثابتين واقعاً لعقد الفضولي وإن لم يكن يعلم به الأصيل، فيكون العقد بالنسبة إليه لازماً من أول الأمر ولكنه لا يعلم به، فما صدر منه من التراجع ينكشف أنه كان لغواً وبلا استحقاق.

إلا أنَّ هذا البيان أيضًا لا يمكن المساعدة عليه؛ وذلك:

أولاً - بطلان أصل هذا التخريج، بمعنى عدم عرفيته ومخالفته لظواهر الأدلة الدالة على أنَّ موضوع اللزوم قائم ومرتبط بتصرف المالكين والتزاماتهم وتعهدهما التعاقدية لا بزمان تحقق الملكية، فلو كان الكشف عرفيًّا فهو كذلك بالخريج الأول.

وثانيًا - طبقاً للتخريج الثاني أيضًا لا يمكن القول بلزوم العقد على الطرف الأصيل؛ وذلك لأنَّ عقد الفضولي حتى على الكشف الحقيقي ليس لازماً على المジيز - الطرف الفضولي - بحسب الفرض؛ إذ لا إشكال في أنَّ له الرد وعدم الإجازة وإن كان لو أجاز كانت الملكية ثابتة من أول الأمر، وهذا يعني التفكيك بين أثر الملكية للعقد بناءً على الكشف وأثر اللزوم ووجوب الوفاء، فالأول يثبت بالإجازة من أول الأمر ولكن الثاني لا يعقل فيه الكشف؛ لأنَّه خلف وتهافت، ولا شك في أنَّ دليلاً وجوباً الوفاء واللزوم - سواء كان مدلوله حكماً تكليفياً أو ارشاداً إلى اللزوم - إنما يثبت اللزوم للعقد بلحاظ طرفه على حد واحد، بل تقدم أنَّ اللزوم الحقيقي مضمون نفس الالتزام والعقد العهدي وهو التزام والتعهد المتقابل لا على طرف واحد، وهذا يعني أنَّ دليلاً اللزوم لا يمكن أن يشمل العقد الفضولي إلا بعد الإجازة، وبالنسبة للطرفين معاً لا قبلها وإن كانت الملكية ثابتة قبل الإجازة .

بل يمكن أن يقال بأنَّ لزوم العقد على الأصيل قبل الإجازة دون المジيز ضرر حقّي مرفوع بقاعدة (لا ضرر) أيضًا.

لا يقال : هذا غایته عدم لزوم عقد الفضولي على الأصيل قبل الإجازة فيجوز له التصرف ، بل ورفع موضوع الإجازة ، وأمّا نفوذ ردة ورجوعه مع بقاء موضوع

الإجازة فلا دليل عليه ، بل بعد الإجازة يصدق تحقق عقد المالكين فينفذ العقد حتى على النقل فضلاً عن الكشف ؛ لأنَّ رجوع الطرف الأصيل لا يوجب تحويل العقد من طرف الأصيل من حيث كونه عقد المالك وبعد الإجازة يصدق عقد المالكين فيجب الوفاء به من كلا الطرفين .

ولعلَّ هذا هو مقصود الميرزا الثنائي^{١١} حيث قال بلزوم العقد على الأصيل حتى على النقل .

وهذا نظير ما يقال من أنَّ الرد قبل الإجازة من المميز لا يمنع من تتحقق الانتساب وصدق عقد المالك مع الإجازة بعد الرد .

فإنه يقال : أولاً - سيأتي أنَّ ردَّ المميز قبل الإجازة أيضاً يوجب عدم صحة الإجازة عند الميرزا الثنائي^{١٢} (١) ولا يبعد صحته .

وثانياً - يوجد فرق بينهما ، فإنَّ عقد الفضولي لم يكن إرادة وعقداً للمميز لكي يكون ردَّه له رافعاً لإرادته العقدية وإنما معناه عدم تتحقق الانتساب بعد ، وهذا بخلاف ردَّ الأصيل فإنه رافع لإرادته العقدية التي أنشأها بنفسه كرجوع الموجب قبل القبول فلا يتحقق عقد المالكين .

وهكذا يتضح أنَّ دليلاً للزوم لا يمكن أن يشمل الطرف الأصيل قبل الإجازة حتى على القول بالكشف ، وأئمَّا التمسك بدليل السلطة وحرمة تصرف الأصيل فيما ينتقل عنه لاثبات اللزوم فيرد عليه :

أولاً - أنَّ حرمة التصرف في مال الغير لا يثبت اللزوم ، فمن له الخيار يحرم عليه التصرف قبل الفسخ ، وما انتقل منه ببيع خياري ولا زوم له ، بل الأمر بالعكس فإنَّ جواز الرجوع يرفع موضوع حرمة التصرف إذا رجع .

نعم، إذا لم يرجع فقد يقال بناءً على الكشف بحرمة التصرف لكون المال على الكشف ملك للمجيز، فلا يجوز له التصرف إلا إذا علم بعدم لحوق الإجازة أو استصحاب عدمه، ولكن هذا أيضاً غير تام على ما سنتذكره.

وثانياً - أن التصرف قبل الإجازة إذا كان ناقلاً أو متلماً للمال فهو يرفع موضوع صحة الإجازة - كما شرحتنا ذلك سابقاً - ومثل هذا التصرف لا يكون مشمولاً لدليل حرمة التصرف في مال الغير بل يكون وارداً عليه، وإذا لم يكن متلماً ولا ناقلاً للعين أيضاً لا يكون مشمولاً لذلك؛ إذ لا يتحمل جواز التصرف المتلف وحرمة التصرف غير المتلف، بل نفس ثبوت حق رفع موضوع صحة الإجازة أي عدم لزوم العقد الفضولي على الطرف الأصيل بعدم التصرف يدل بالالتزام العرفي على ثبوت هذه الولاية له وجواز التصرف فيما ينتقل عنه والانتفاع به، غاية الأمر إذا كان الانتفاع والتصرف متلماً أو ناقلاً للأصل المال ارتفع موضوع الإجازة وإلا صحت الإجازة بالنسبة للأصل دون المنفعة المستوفاة، وقد يكون للمجيز حينئذ خيار الفسخ ولو في فرض عدم علمه بفوائد تلك المنفعة عليه كما تقدم شرحه في الجهة السابقة.

وهكذا يتضح أن هذه المسألة غير مربوطة بمسألة الكشف والنقل ولا ينبغي جعلها من ثمرات القولين، فإنه من الخلط بين حكم نفس العقد والالتزام باللزوم ووجوب الوفاء وبين الأثر والنتيجة القانونية المترتبة عليه وهي الملكية والروجية وأمثالهما، فالكشف والنقل مرتبط بالأخير بينما الجواز واللزوم من أحكام الالتزام والعقد نفسه، وحيث إن الأثر والملكية إنما تكون من جهة نفوذ الالتزام ووجوب الوفاء به، فلا محالة يكون إمكان رفع الالتزام ونقضه رافعاً لموضوع الصحة والنتيجة القانونية، فلا تكون هناك مخالفة بلحاظها أيضاً، فالأمر على العكس مما تصوره الأعلام في المقام.

كما اتضح أيضاً أن جواز الرجوع والنقض من قبل الأصيل يستلزم لا محالة جواز التصرف في المال الذي انتقل عنه، وكذلك العكس، فإنه إذا كان الالتزام المذكور لازماً على الطرف الأصيل بمقتضى عموم «أوفوا بالتفوّد»^(١) كان التصرف فيما انتقل عنه ممنوعاً عليه وضعاً وتکلیفاً.

فما أفاده بعض الأعلام من التفصیل بين وجوب الوفاء على الأصیل بناءً على الكشف لشمول «أوفوا بالتفوّد» له واقعاً على تقدیر لحقوق الإجازة فيما بعد في علم الله تعالى وإن لم يعلم هو بذلك، وبين التصرف فيما انتقل عنه فإنه جائز له إذا لم يكن يعلم بلحقوقها تمسكاً باستصحاب عدم لحقوقها لأنّه من الآثار المترتبة على الملكية لا الالتزام والعقد مما لا يمكن المساعدة عليه؛ وذلك :

أولاً. لما تقدم من أنه حتى على الكشف لا يكون الالتزام العقدي تماماً أو لازماً على الطرف الأصيل، فيمكنه أن يتراجع عن انشائه، كما يمكنه التصرف فيما ينتقل عنه وبتصريفه فيه يرتفع موضوع تأثير الإجازة اللاحقة في ايجاد الملكية من أول الأمر ويكون من قبيل الرجوع أو اتلاف المحل قبل تمام العقد، ولو فرض أن آثره على تقدیر عدم الرجوع أو عدم التصرف كان من حين الایجاب.

وثانياً. أن استصحاب عدم لحقوق الإجازة كما ينفي ملكية الغير للمال فيجوز له التصرف فيه ظاهراً كذلك ينفي موضوع اللزوم ظاهراً فلا يكون هذا تفصيلاً بين اللزوم وجواز التصرف، بل تميّز بين الحكم الظاهري والحكم

الواقعي الذي ينكشف له بعد لحوق الإجازة بلحاظ كلاً الآثرين الفسخ والتصرف معاً على حد سواء.

وهكذا يتضح أنَّ الصحيح في هذه الجهة عدم تمامية العقد بالنسبة إلى الأصيل أيضاً قبل تحقق الإجازة من المالك لما عقد عليه الفضولي من غير فرق بين القول بالكشف أو النقل، وإنَّ حيثيات البحث في هذه الجهة غير مربوطة بالكشف أو النقل في الإجازة.

وفذلك الموقف أنَّ كلَّ أثر موضوعه الملكية كتبعة النساء للأصل مثلاً، فهو يتأثر بمسلك الكشف والنقل في الإجازة؛ لأنَّها على الكشف تكشف عن حصولها من أول الأمر، وأمَّا الأثر الذي موضوعه نفس الالتزام العقدي والتصرف الملكي كاللزوم ووجوب الوفاء، فهذا لا ربط له بمسلك الكشف والنقل في الإجازة؛ إذ لا إشكال في أنَّ الالتزام العقدي ليس تماماً قبل الإجازة حتى على الكشف، وإنَّما الكشف بلحاظ أثر الملكية والزوجية ونحوها دون اللزوم، وعلى هذا الأساس يكون حق الرجوع من طرف الأصيل ثابتاً قبل الإجازة، سواء قيل بالكشف أو بالنقل، كما أنه يجوز له التصرف في ما ينتقل عنه سواء كان يقصد الرجوع أم لا؛ لأنَّه قبل اللزوم عليه يكون له الولاية أيضاً على رفع موضوع الملكية السابقة، فتدبر جيداً.

الجهة الرابعة : مانعية الرد عن الإجازة

وقد أدعى الشهيد^(١) الإجماع على مانعيته، إلا أنَّ تحصيل اجتماع في المسألة فضلاً عن كونه تعدياً مشكل جداً.

وقد استدل على البطلان بوجوه:

الأول: انَّ الرد يوجب سقوط ما تحقق من الإنشاء والإرادة الظاهرة عن صلاحية ارتباط العقد واستناده إلى المجيز عقلانياً وعرفاً حتى إذا أجاز بعد ذلك.

وفيه: انَّ الاستناد إلى المجيز لم يكن أمراً اعتبارياً، بل تكويني يحصل من نفس الإجازة والرضا بما أُنسنَى أولاً، وهذا يحصل كلما صدرت الإجازة والرضا من المالك بالإنشاء الواقع سابقاً، سواءً صدر قبله ردَّ أم لا، نظير ما إذا منع المالك الفضولي أن يبيع ماله من أول الأمر فباعه فضولة ثم أجاز بعد علمه بوقوع البيع، فإنه لا إشكال في عدم قدح المنع السابق على عقد الفضولي عن العقد عن صحة الفضولي بالإجازة بعده.

هذا لو لوحظ العقد من طرف المجيز، وأمّا إذا أريد أنَّ ايجاب الطرف الأصيل لا ينعقد ولا يرتبط بهذا الطرف بعد الرد كما لو قيل بذلك في ردِّ الإيجاب قبل القبول فالإشكال أوضح، حيث إنَّ العقد الإنسائي والترابط الحاصل بين الإيجاب والقبول تام وليس الإجازة دخيلة في ذلك ولا الرد ناقض له.

١ - نسب الإجماع إلى الشهيد المحقق الخروني (مصابح الفقاهة ٤: ٢١١). لكن لم نجد من يصرح بالإجماع إلا المحقق النجفي، جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٨.

الثاني: أنّ مقتضى سلطنة الإنسان على ماله أنّ له ابطال العقد الواقع عليه، كما له تثبيته وإجازته، فإنّ هذا شأن من شؤون الولاية على المال وحق من حقوق المالك فيشمله دليل السلطنة، نظير حق الفسخ في باب الخيار والذي لو أعمله بطل العقد.

وفيه: أنّ العقد الفضولي ليس إلا مجرد انشاء للعقد قد وقع على المال، وهو باعتباره من غير المالك لا يكون موضوعاً لأثر قانوني أو شرعي مالم يستند إلى المالك أو الولي وإرادته لذلك.

نعم، الانشاء والإرادة الظاهرة جزء الموضوع لترتيب الحكم إذا تحقق جزؤه الآخر وهو الإرادة والالتزام الجدي من المالك، وهذا يتحقق عند الإجازة حتى بعد الرد.

فالحاصل: ليس في المقام حق وضعى أو شأن في المال يحصل للمالك بالعقد الفضولي ليقال بأنّ صاحبه مسلط على اسقاطه بمقتضى قانون السلطنة، ولا نزيد في تصحيحه غير استناده إلى المالك أو تنفيذه من قبله وهو يحصل بالإجازة ولو بعد الرد.

ومنه يظهر وجه الخلل في قياس المقام بالرد من قبل من له الخيار، فإنّ الخيار حق ثابت للعقد على العقد الصحيح النافذ ويسقط بالرد، بينما في المقام الإجازة محقيقة لانتساب العقد الانشائى والعنصر المادى في العقد إلى المالك.

الثالث: قياس الرد قبل الإجازة بالتراجع عن الإيجاب ورده قبل القبول فإنه يوجب عدم تأثير القبول في تحقق العقد إلا إذا تحقق إيجاب آخر.

والجواب: أنّ رجوع الموجب عن إيجابه يعني زوال إرادته العقدية التي

أنشأها وأوجدها بنفسه ، فيكون رافعاً لجديّة الإيجاب ، وقد تقدّم أنّ الجديّة في الانشاء للعقد هو الركن المعنوي ، بل روح العقد ، فلا بد من تكرار ايجاب جدي آخر .

وهذا بخلاف الرد قبل الإجازة للعقد الفضولي المتتحقق انشاءً مع القصد الجديّ للعقد من قبل الفضولي ، فإنه لا يزيل العقد الفضولي الجدي وإنما يحتاج إلى الانتساب والرضا وتنفيذه وهو يحصل من قبل المالك بالإجازة بعد الرد أو تنفيذه من قبله .

الرابع : أن نختار ما اختاره بعض الفقهاء الوضعيين من أنّ العقد الفضولي عقد صحيح نسبي وفيه أهلية عقلائية غاية الأمر على المالك أن يبطله ويرده أو يثبته ويجيزه فإذا رده سقطت عن الأهلية لذلك ، نظير الفسخ من الأصل .

والجواب : أنه قد تقدم عدم تمامية ذلك ، وأنّ قياس بباب تصحيح عقد الفضولي بالإجازة بباب الخيارات من الخلط الواقع لدى فقهاء القانون الوضعي في أكثر من موضع بين شرائط صحة العقد وشرائط تزلزله وعدم لزومه ، فالفضولي قبل الإجازة وكذلك عقد الصبي والمكره يفتقد شروط الصحة ، بخلاف موارد التدليس والعيب ، أي ان الالتزام المعاملي والقرار العقدي الذي هو قرار المالك الرشيد غير متتحقق في الأول بعد ، فلا موضوع للالتزام العقدي ، بخلاف الثاني فإن الالتزام متتحقق وإنما التخلف في شرط اللزوم .

وهذا من دقائق التحليل في فقهنا الذي غاب عن ذهن القانون الوضعي ، حيث ساق جميع هذه الموارد مساقاً واحداً تحت عنوان (عيوب الإرادة) وجعل فيها حق الرد والابطال للمالك ، وقد تقدّم الحديث عن ذلك سابقاً .

الخامس : ما ذكره الميرزا النائيني ^{عليه السلام} (١) من أنَّ الرد قبل الإجازة كالإجازة قبل الرد ، فكما تكون الإجازة مانعة عن تأثير الرد بعدها كذلك يكون الرد رافعاً لموضوع الإجازة ومانعاً عن تأثيرها ، فكل منها تحقق قبل الآخر يرفع موضوع الآخر .

وأجيب عن ذلك : بأنَّ الإجازة قبل الرد يوجب تمامية العقد ، فيكون الرد عندئذٍ تقضى للعقد بعد تمامه وانتقال المال إلى الطرف الآخر ، فلا يكون نافذاً إلَّا إذا كان له خيار الفسخ فينفذ فسخه من حينه لا من أصله ، وهو أمر آخر غير الرد ، وهذا بخلاف الإجازة بعد الرد فإنَّها تصرف في ماله وتتفيد للعقد أو تتميم له ، فيكون ذلك محققاً لموضوع الصحة واللزوم ، ولو تقدمه الرد فإنه لا يخرج المال عن كونه ملكاً للمجيز ولا يرفع موضوع الإجازة .

وهذا الجواب لا يرد على الميرزا النائيني ^{عليه السلام} طبقاً لمبناه من لزوم العقد على الطرف الأصيل قبل الإجازة ، فإنَّ أثر الرد عندئذٍ زوال لزوم العقد على الطرف الأصيل ؛ لأنَّه بمثابة رد القابل لقبول العقد .

نعم ، يرد الإشكال المذكور بناءً على جواز العقد على الطرف الأصيل قبل الإجازة . هذا لو نقل بأنَّ الأمور الانشائية تلغى عرفاً وعقلانياً بالرد فتعتبر غير موجودة عقلانياً ، وأمّا إذا قلنا بذلك فلا محلٌ للإجازة على كل حال .

ثم إنَّ الإجازة أو الرد ليست على الفور للملك ؛ لأنَّه ليس حقاً وإنما هو حكم شرعي متربٍ على ملكه لماله ، فكما للملك أن يبيع ماله أو لا يبيع كذلك له أن يجيز أو لا يجيز العقد الواقع على ماله فضولة .

نعم، لو قيل بلزم العقد على الطرف الأصيل قبل الإجازة كان له على تقدير عدم إجازة المميز للعقد حق الفسخ؛ لأن التزامه بذلك العقد لم يكن مطلقاً، بل منوط بتحقق القبول أو الإجازة من المالك ولا يشترط في ذلك لزوم الضرر عليه، فحتى من دون تضرره أيضاً له ذلك؛ لأن التزامه بالعقد مشروط بذلك، بل ثبوت الخيار بمعنى حق الرجوع عن التزامه هنا أوضح من ثبوت خيار تأخير التسليم كما لا يخفى.

ومنه يظهر الاشكال فيما جاء في تقريرات بعض علمائنا العظام ^{١٠} من الاشكال على الشيخ ^{١١} حيث اختار حق الرجوع للطرف الأصيل، بأن الأصيل هو المقدم على الضرر، ولا أقل من التقصير وهو غير موجب للخيار ^(١).

فإن الخيار بمعنى حق الرجوع للأصيل هنا ليس على أساس الضرر لكي يقال بأنه مقدم عليه من قبله، بل من أجل أن التزامه بالعقد منوط ومشروط بالقبول أو الإجازة من المالك بلا تأخير، وهذا واضح لا غبار عليه.

الجهة الخامسة : عدم اعتبار التجيز في الإجازة

لا إشكال في بطلان التعليق في العقود إجمالاً - وقد تقدم شرحه - فهل يسري البطلان إلى الإجازة للعقد الفضولي أيضاً إذا كانت تعليقية لا تنجيزية أم لا؟

الصحيح عدم جريان مانعية التعليق في الإجازة؛ لأنَّ التعليق - في مورد القول بمانعيته - إنما يكون مبطلاً في العقود لا في الإجازة التي هي كالأذن السابق ايقاع فيجوز فيها التعليق على القاعدة، خصوصاً إذا كان الدليل على بطلان التعليق في البيع أو عقود المعاوضة هو الإجماع، فإنه لا يشمل الإجازة، فإنها ليست عقداً حتى إذا كانت متعلقة بعقد معاوضة.

نعم، لو قيل بأنَّ مبني بطلان التعليق في العقود العهدية ليس هو التعليق في الإنشاء والإرادة الظاهرة فإنه لا يعقل التعليق في الإنشاء، وإنما يكون التعليق في المنشأ وما يلتزم به، أي الإرادة العقدية الجدية والتعهدية، وأنَّ هذه الإرادة لابد وأن تكون تنجيزية لا تعليقية، والإجازة إذا كانت تعليقية كان معناه التعليق في التزام المالك، أو قل: يلزم منه أن يكون انتساب العقد الفضولي إلى المالك تعليقياً، وهذا تعليقية أصل العقد يوجب البطلان.

إلا أنَّ هذا البيان غير تمام أيضاً؛ لأنَّ التعليق في الالتزام العقدية يوجب البطلان لا في كل التزام حتى الواقعي، أي أنَّ الإرادة العقدية القائمة بالطرفين لابد فيه التجيز لا الإرادة المنفردة، والإجازة من هذه الناحية كالممنفردة.

كما أنَّ الجهل بخصوصية العقد الواقع على المال وأنَّه بيع أو صلح أو هبة

لا يقبح في صحة الإجازة إذا كانت مطلقة ، أي إجازة كل واحد منها على تقدير وقوعه ، وهذا ليس تعليقاً ، فإن الإجازة لا تعني أكثر من ابراز الرضا بایقاع ما وقع خارجاً من العقد ، والواقع واحد منها فيكون مجازاً لا محالة .
ثم إنه بناءً على صحة التعليق في الإجازة فما لم يتحقق المعلق عليه لا إجازة في البين ، ونتيجة ذلك أنَّ الطرف الأصيل أيضاً له الرجوع عن العقد قبل تحقق الإجازة ؛ لما ذكرناه فيما سبق من عدم لزوم العقد عليه قبل الإجازة .



الجهة السادسة : شروط العقد المجاز

لا شك في أن العقد المجاز لابد وأن يكون في نفسه مشروعًا وصحيحاً، والإجازة لا يصح بالإجازة؛ لأن الإجازة كالاذن إنما تصحح العقد من ناحية استناده إلى المالك أو الولي ولزوم رضاه لأكثر ، فالعقد الباطل غير المشروع في نفسه كالربا مثلاً أو البيع الغربي أو غير ذلك من العقود الباطلة في نفسها لا تأثير للإجازة عليها ، فلابد وأن يكون العقد المجاز مشروعًا في نفسه .

كما أنه لابد وأن يكون واحداً لسائر ما يعتبر في صحة العقد من غير ناحية استناده إلى المالك ، فلا شك أيضاً في اشتراط بقاء العوضين وهكذا بقاء كل من المتعاقدين صالحًا للإيجاب والقبول إلى حين انتهاء العقد ، ولم يفصل الشيخ وجملة من الفقهاء بين الشروط ، وفضل بعض بين بعض الشروط والبعض الآخر ، ففي مثل الجنون والموت والإغماء اعتبروها شرطاً ضمن تمام العقد؛ إذ بدونها لا يتحقق العقد الذي هو التوافق بين طرفين ، حيث إنه مع عدم قابلية أحد الطرفين للاتفاق لا يتحقق اتفاق ، فلا يتحقق عقد ، وكذلك إذا فرض انعدام المحل والعوضين قبل انتهاء العقد - على ما سيأتي في الركن الثالث للعقد - وفي مثل السفه أو الأفلس أو الاسترقة أو الإكراه والبلوغ أو الملك لا يكون بقائه إلى تمام العقد شرطاً في انعقاد العقد ، بل ينعقد من دون ذلك ولكن فهو ذيئن يتوقف على الإجازة من الولي أو المالك أو صاحب الحق بعد ذلك ؛ لعدم قصور في المتعاملين بفقدان أحد الشروط المذكورة عند العقد عن انشائه ، وإنما لا ينفذ ولا يترتب عليه الأثر .

وهذا هو الصحيح ، بمعنى أن شروط الأهلية بعضها ترجع إلى مرحلة الإنشاء

والإرادة الظاهرة - كما أشرنا فيما سبق - بحيث من دونه لا يكون هناك انشاء كالجنون والموت والإغماء والنوم، وهذه كما لا بد منها عند صدور الإيجاب لابد من بقائها عند تحقق القبول ليتحقق العقد الذي حقيقته الاتفاق، ولا يحصل إلا بارتباط القبول بالإيجاب، فمع عدم بقاء الأهلية بهذا المعنى لا يتتحقق العقد الإنساني أيضاً.

نعم، إذا كان العقد بالمراسلة ونحوها فلا يضر النوم، بل وحتى الإغماء بعد ارسال الإيجاب، وقد تقدم شرح ذلك فيما سبق.

وهناك قسم من شروط الأهلية مركزها الإرادة الكامنة والالتزام أو القرار المعاملي، أي تحدد من له القرار والتصرف المعاملتي ويكون نافذاً منه كالملاك والبلوغ والرشد والاختيار بمعنى طيب النفس، وبانتفاء هذه الشروط لا يختل العقد بلحاظ ركته ومظهره المادي - أعني الإنشاء - ولكن حيث إنّ ما هو موضوع للوفاء والنفوذ مجموع الركنين فلا بد من تتحقق الالتزام والقرار من المالك أو الولي أو من له الحق لكي يتحقق العقد الموضوع لوجوب الوفاء.

ومثل هذه الشروط لو لم تكن موجودة عند الإيجاب ولكنها وجدت عند القبول فإذا كان الإيجاب صادراً من المالك يقال بكفاية حصولها عند القبول مع التفاتة وعلمه بذلك؛ لصدق تحقق العقد من هو أهل لذلك حين تتحققه وتمامه، وأمّا إذا كان الإيجاب من الفضولي فلا بد من الإجازة لينتسب إلى المالك.

ولو انعكس الأمر بأن كان مختاراً عند الإيجاب ولكنه أكره على العقد من دون طيب نفسه عند القبول أو كان مالكاً ولكنه خرج عن ملكه قبل القبول أو حجر عليه فالظاهر بطلان العقد، أي عدم وقوعه له، وهذا يعني أن شروط الأهلية لابد وأن تكون موجودة عند تامة العقد ولا يكفي وجودها عند الإيجاب فقط.

والبحث هنا عن اشتراط بقاء هذه الشروط إلى حين الإجازة وعدمه، فقد اختلفت كلمات الفقهاء في ذلك، ونورد البحث ضمن نقاط:

النقطة الأولى: في اشتراط بقاء أهلية محل العقد الفضولي – كالعوضين في البيع – إلى حين الإجازة بأن لا يتلف قبلها، وقد اعتبر ذلك بعض فقهاء العامة، ولعله موافق مع ما في الفقه الوضعي.

وقد اختلفت كلمات فقهائنا في ذلك، فالمحقق كاشف الغطاء^(١) جعل هذا من ثمرات القول بالكشف أو النقل فحكم بصحة البيع على الكشف وبطلانه على النقل؛ لأنَّ البيع لا يقع على المعدوم أو ما يكون بحكمه.

واعتراض عليه صاحب الجواثر^(٢) باشتراط قابلية المحل للتملك إلى حين الإجازة لتشمله أدلة الصحة والنفوذ حتى على الكشف.

ونوقيش فيه: بأنَّه على الكشف يكون التملك من زمان وجود المحل وقبل انعدامه فلا يكون من تملك المعدوم ولا وجه لاشترط شيء زائد إذا كان الكشف صحيحاً على القاعدة.

كما اعتراض عليه الميرزا النائيني^(٣) بأنَّ تلف البيع أو ما بحكمه قبل قبضه يوجب بطلان البيع أو انساسه بقاءً حتى على الكشف، فلا فرق بين المبنيين.

ونوقيش فيه: بأنَّ هذا أخص من المدعى؛ لاختصاصه بالبيع وبأنَّ لا يكون البيع فضولة تحت يد المشتري وإنَّ لم يكن تلفه قبل القبض بناءً على الكشف. نعم، بناءً على النقل يكون من تملك المعدوم وهو باطل.

١ - شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة: ١٦٧.

٢ - جواهر الكلام: ٢٢: ٢٩١.

٣ - منية الطالب: ١: ٢٥٧.

واستشهد الشيخ الأنصاري ^{١١} على صحة الإجازة بناءً على الكشف بأنه مقتضى إطلاق بعض الروايات المتقدمة كرواية عروة البارقي المتقدمة ، بل في صحيح أبي عبيدة الحذاء الوارد في النكاح الفضولي افترض موت الزوج قبل بلوغ الزوجة واجزتها .

ويمكن تقرير كلام صاحب الجواهر وكلام الميرزا النائيني ^{١٢} بما تندفع معه المناقشة :

أما كلام صاحب الجواهر ^{١٣} فبأن يقال : إن شرطية وجود المحل والمال في صحة العقد إن كان من جهة أن التملك والتسلك أو الحق والالتزام الذي هو أثر العقد بحاجة إلى محل ومع تلف المال لا يعقل ذلك ، أو لا يكون عقلانياً صحّ ما ذكر من أنه على الكشف الحكمي فضلاً عن الكشف الحقيقي تصح الإجازة ؛ لأنّ أثراها - وهو الملكية - يثبت بلحاظ زمان وجود المال وقبل تلفه فلا محذور .

وأما إذا قيل بأنّ وجود المحل وموضع العقد أي المال شرط في التصرف المالكي وأنّ تصرف المالك بنقل المال إلى الغير لابد وأن يكون مع فرض وجود المال حين التصرف لا بعد انعدامه وإن كان أثراه والحق الحاصل به يثبت بلحاظ زمان وجود المال ، فالحق عندئذٍ مع صاحب الجواهر ؛ لأنّ التصرف المالكي إنما يكون بالإجازة لا بالعقد الفضولي ، فلا بد من بقاء المال حينها ، ولا يبعد أن يكون المرکوز عقلانياً ذلك .

هذا بالنسبة إلى تلف ما انتقل عن المجيز قبل الإجازة ، وأما تلف ما ينتقل إليه قبل الإجازة فأيضاً يجب بطلان الإجازة ؛ لانتفاء الغرض النوعي من

الماواضة بذلك ، فإنه سيأتي في الركن الثالث من أركان العقد عند البحث عن نظرية السبب للعقد أنه يشترط في صحة العقد إمكان تحقق الغرض والسبب النوعي أو المقصود والمقتضي العملي من العقد والذي هو في باب التمليلك والتملك للأموال استيلاء الطرف الآخر على المال ووقوعه تحت سلطنته ، فإذا تعدد ذلك خارجاً كما في موارد عدم القدرة على التسليم والتسلّم ، وكذلك تلف أحد العوضين قبل القبض والاقباض بطل العقد؛ لأنّه ليس المقصود من أمثل هذه العقود مجرد لقلقة اعتبار الملكية والمبادلة الاعتبارية ، وإنّما حصول الغرض والمقصود الأصلي العملي منها ، فإذا امتنع ذلك السبب والغرض النوعي من العقد بطل .

والميزان في السبب ولزوم إمكان الغرض النوعي من العقد إنّما يكون بلحاظ زمان التصرف الملكي لا أثره وهو الملكية ليقال بأنّها ثبتت على الكشف من زمان ما قبل التلف ، فمثل هذا الكشف لغو محض عرفاً بالنسبة للمالك ، وفائد للغرض النوعي من عقد المعاوضة على ما انتقل إليه حتى إذا كان الفضولي قد قبضه قبل التلف . على أنه سيأتي أنّ قبض الفضولي لا يتحقق قبض المالك إذا تلف قبل الإجازة ، ولعلّ كلام الميرزا^٣ ناظر إلى ذلك .

وإذا صح ذلك قلنا : إن المراد بالقبض والاقباض في المقام ليس مجرد وضع المال تحت اليد ولو من قبل الفضولي أو تحت يد الأصيل من قبل الفضولي ، وإنّما المقصود استيلاء طرف العقد على ما ينتقل إليه بذلك العقد وصبرورته تحت سلطانه وأمره ، وهذا لا يحصل باقباض الفضولي للمال إلى المشتري ولا بقبضه للعوض ، فما لم يجز المالك العقد الفضولي مع بقاء العوضين لا يتحقق القبض والاقباض من قبل المالكين ، ويكون تلف أحدهما موجباً لبطلان العقد أو انفساشه حتى على الكشف .

فالقاعدة المذكورة مطلقة لا تختص بالبيع، كما أنها جارية حتى مع كون البيع فضولة تحت يد المشتري أو عوضه تحت يد الطرف الأصيل ثم يتلف أحدهما قبل الإجازة.

وهكذا يكون الصحيح ما ذكره صاحب الجواهر ^ر من انتفاء موضوع الإجازة بتلف أحد العوضين حين الإجازة حتى على الكشف.

وأما الاستشهاد على صحة الإجازة بطلاق رواية البارقي ومورد صحيفة أبي عبيدة الحذاء فغير تمام؛ لأن رواية البارقي لا إطلاق لها لفرض تلف أحد العوضين، وصحيح أبي عبيدة واردة في النكاح الذي يكون الغرض النوعي فيه نفس الزوجية والعلاقات السببية أو النسبية، فلا يقتصر بها المعاوضات، على أنه تقدم عدم ارتباط مورد الحديثين بالعقد الفضولي أصلًا.

ثم إن اتلاف المجيز لما انتقل عنه بعقد الفضولي تقدم أنه أيضًا يوجب زوال محل الإجازة حتى على الكشف؛ لأنه تصرف مالكي أسبق زماناً من الإجازة فلا يدع موضوعاً لها، وهذا بخلاف اتلاف الطرف الأصيل له.

نعم، اتلافه لما ينتقل عنه إلى المجيز أيضًا يرفع موضوع الإجازة بناءً على جواز العقد بالنسبة إلى الأصيل، وكل ذلك تقدم شرحه في الجهة الثانية فليراجع هناك.

النقطة الثانية: هل يلحق بشرطية بقاء المحل وعدم تلفه إلى زمن الإجازة بقاء ماليته شرعاً؟ فلو صار العصير العنبي خمراً قبل الإجازة لم يصح، وكذا لو كان بالعكس بأن كان خمراً حين البيع ثم صار خللاً عند الإجازة فلا يصح البيع بالإجازة في الصورتين أم هناك تفصيل؟

قد يقال بالبطلان في الصورتين؛ ببطلان بيع الخمر في الصورة الثانية في نفسه، فلا تجدي الإجازة المتأخرة شيئاً، وخروج الخمر في الصورة الثانية عند

الإجازة عن ملك التصرف فيه ونقله إلى الغير من قبل المجيز فلا ولامة له على الإجازة لقع صحيحة.

وقد يفصل بين القول بالكشف أو النقل في الإجازة، فعلى القول بالكشف تصح الإجازة في الصورة الأولى؛ لأنّه بيع للعصير وإنما صار خمراً في ملك المشتري، وتبطل في الثانية؛ لأنّه باع خمراً فيكون باطلًا، وعلى القول بالنقل تصح الإجازة في الثانية وتبطل في الأولى لعكس ما ذكر على الكشف.

والصحيح: أنّ بطلان بيع الخمر تارةً يكون من باب الدليل الشرعي الخاص عليه مع كونه مالاً عرفاً، وأخرى يكون من باب أنّ حرمة الانتفاع به يخرجه عن المالية في عرف الشارع والمتشرعة، بحيث يكون بذل الماء بازائه أكلاً للمال بالباطل.

فعلى الأول - أي ما إذا كان العقد قبل البيع صادقاً على بيع الخمر ولكنه باطل شرعاً - لابد من ملاحظة لسان دليل تحريم البيع، وأن المستفاد منه أنّ المعيار بزمان التصرف المالكي، وأنّ تصرفه فيما يكون خمراً لا يكون صحيحاً، أو أنّ المعيار بزمان ترتيب الأثر وهو الملكية والنقل والانتقال، فعلى الأول تبطل الإجازة في الصورة الأولى حتى على الكشف وتصح في الصورة الثانية حتى على الكشف، غاية الأمر قد يقال بحصول النقل والانتقال من زمان انقلابه خلاً لا من زمان البيع، فيكون نظير من باع ثم ملك فأجاز العقد السابق على الملك، فإنه يؤثر من زمان الملك.

وعلى الثاني يصح البيع في الصورتين بناءً على الكشف، غاية الأمر يكون الانتقال في الصورة الثانية من زمان الانقلاب خلاً، وكون البيع وقع على الخمر وهو باطل شرعاً لا يمنع صدق بيع ذلك المال خارجاً وانتسابه إلى المالك بالإجازة، فيصبح بما هو بيع المالك لما لا يكون خمراً بالفعل، فلا يكون

مشمولاًً لدليل البطلان . وعلى النقل يصح في الصورة الثانية ولا يصح في الصورة الأولى .

وأثناً إذا قلنا بأن حرمة الانتفاع بالخمر شرعاً تسقطه عن المالية ، وقلنا بأن وجود المالية شرط في صدق البيع أو عقد المعاوضة على بيعه كانت الإجازة باطلة على كل حال .

أما في الصورة الثانية فلعدم تحقق البيع حتى انشاء . وقد تقدم أنه مع عدم تتحقق انشاء العقد لا موضوع للإجازة .

وأثناً في الصورة الأولى فلأن العقد وإن كان واقعاً على ما يكون مالاً فتم العقد والبيع في مقام انشاء إلا أن انقلابه خمراً يخرجه عن المالية قبل الإجازة ، فيكون الغرض النوعي من المعاوضة متنفياً قبل الإجازة ، كما في موارد التسلف للمال أو للماليةعرفية ، وهو يوجب بطلان الإجازة وانتفاء موضوعها كما شرحنا سابقاً .

نعم ، لو رجع الخمر خلاً قبل الإجازة فصار مالاً صحت الإجازة ؛ لأن حفاظ الغرض النوعي بذلك .

ودعوى : أن هذا مال آخر غير ما وقع عليه العقد بناءً على النقل .
مدفوعة : بأن وجود المنفعة في الزمانين كافٍ في صدق أنه نفس المال عرفاً كما هو واضح .

ومنه يعرف حكم شرائط صحة العقد الأخرى التي لا يوجب فقدانها خللاً في إنشاء العقد وإنما تكون دخلية في نفوذه وصحته من قبيل القدرة على التسليم أو معلومية العوضين وعدم الجهة والغرر ونحو ذلك ، فإن فقدانها عند العقد وتحققتها قبل الإجازة يكفي لصحة الإجازة ؛ لأن دليلاً شرطيتها لا يقتضي أكثر من لزومها عند تحقق عقد المالكين والتزامهما بالعقد وهو زمان الإجازة ، فإن

الغرر والغرض النوعي من العقد إنما يكون للمالكين لا للفضولي ، ونتيجة ذلك بطلان الإجازة إذا كانت القدرة على التسليم موجودة عند العقد ولكنها فقدت قبل الإجازة ، فإن الإجازة لا تصح حتى بناءً على الكشف ؛ لانتفاء الغرض النوعي من العقد حينئذ ، وهو شرط في محل العقد عند الإجازة على ما تقدم وسيأتي في محله أيضاً .

النقطة الثالثة : اعتبار وجود شروط الأهلية للمتعاقدين حين الإجازة واشتراط ذلك في المميز واضح لا شك فيه ؛ لأن إجازته هي التصرف المالكي والذي يشترط فيه جميع شرائط الأهلية ، كما إذا كان هو العاقد الأصلي من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف ، ومن غير فرق بين تحرير الإجازة على أساس تحقق انتساب العقد الفضولي إلى المالك أو تنفيذه أو اعطاء النيابة إلى الفضولي متأخراً أو غير ذلك ، وهذا بالنسبة للحياة وعدم السفة والملك والاختيار واضح ، وأمّا بالنسبة للحجر والارتداد فأيضاً كذلك ؛ لأن دليلاً للحجر والارتداد يشمل تصرفه بالإجازة فيما يكون له لولا الإجازة .

وإن شئت قلت : لا ملكية مطلقة أو لا ملكية أصلأً له لولا الإجازة ، فلا ولادة له على إجازة العقد الفضولي المذكور .

وهل تكفي وجود شروط الأهلية للمميز حال الإجازة أو لابد زائداً على ذلك وجودها فيه حين العقد الفضولي أيضاً ؟ سيأتي البحث عنه في جهة قادمة تحت عنوان (شروط المميز) .

ولا إشكال أيضاً في أن شرائط أهلية العقد من النوع الأول - أي ما يكون لازماً في تحقق الانشاء والعقد الانشائي كالعقل والقصد وعدم الاغماء والنوم والخطأ - لابد من توفرها في العاقد الفضولي أيضاً ، وإن لم يتحقق انشاء أصلأً كي يمكن إجازته ولكن لا يشترط بقائها في العاقد الفضولي إلى زمان

الإجازة؛ لأن الإجازة لا ربط لها به ولا يكون هو طرفاً للعقد والالتزام والتصريف المالكي.

وأما شروط الأهلية من النوع الثاني كالبلوغ والملك والاختيار بمعنى طيب النفس وعدم الإكراه وعدم الارتداد وعدم الحجر فلا يشترط في العقد الفضولي، وهذا كله واضح على ضوء ما تقدم من الأبحاث.

وإنما البحث هنا عن لزومبقاء شروط الأهلية إلى حين الإجازة في الطرف الآخر، فلو مات الأصيل قبل الإجازة أو ارتدأ أو جن أو صار سفيهاً أو خرج عن الاختيار بمعنى طيب النفس فأكره على عدم التراجع أو أصبح محجوراً عليه فهل يحكم بصحة الإجازة بناءً على الكشف - كما ذكره كاشف الغطاء في الارتداد والموت - أو لا تكون الإجازة مؤثرة في الصحة حتى على الكشف، كما هو ظاهر الجوهر؟

وقد يفصل بين الموت والجنون فيقال فيما بارتفاع العقد من طرف الأصيل فلا موضوع للإجازة، وبين مثل الإكراه والحجر فيقال فيما ببقاء العقد فتصبح الإجازة على الكشف.

والصحيح: التفصيل بين القول بتمامية العقد ولزومه من طرف الأصيل فلا حق التراجع ولا التصرف فيما ينتقل عنه، وبين القول بعدم تماميته وجواز رجوعه بل وتصريفه فيما ينتقل عنه.

بناءً على القول بتمامية العقد من طرف الأصيل ولزوم العقد عليه من حين إنشائه مع الفضولي لا يشترط أكثر من أهليته حين إنشاء بناءً على الكشف، وبالإجازة ينكشف أنه كان نافذاً ولازماً وتماماً على الطرف الأصيل من أول الأمر وخروجه عن الأهلية بعد ذلك لا يضر بذلك كما إذا كان عقده مع المالك ابتداءً.

وأما على القول بعدم تمامية العقد من طرفه أيضاً إلا حين الإجازة بحيث لابد من بقاء التزامه وقراره العقدي إلى زمان الإجازة من المالك في الطرف الآخر ليتحقق عقد المالكين وإن كان أثره من التملك والتملك يحصل من قبل عند تحقق عقد المالكين ، فلا بد من بقاء شرائط الأهلية من الحياة والملك والاختيار وعدم الحجر فيه وإلا لم يشتمل دليل الصحة والنفوذ؛ لأن المفروض اشتراطها في صحة عقد المالكين ، ومع عدم شمول دليل الصحة ونفوذ العقد لذلك يبقى المال على ملك مالكه الأول وبالموت أو الارتداد ينتقل إلى الوارث ، كما أنه بالجنون والسفه والحجر يكون تحت ولايةولي ، وحيث إنه قد أجري عليه العقد الانشائي سابقاً فإذا أجاز الوارث أو الولي مع إجازة الطرف الفضولي صح أيضاً بينهما ، فإن ذلك كافي؛ لأنه من هذه الناحية نظير من باع ثم ملك كما لا يخفي وجهه ، وكذلك الحال إذا مات أو ارتد الأصيل أو من له الإجازة قبل الإجازة فانتقل إلى وارثه .

وبما أن الصحيح هو المبني الثاني - على ما تقدم آنفاً - فالحق مع صاحب الجواهر في هذه النقطة أيضاً كالنقطة السابقة .

واعتراض الشيخ الأنصاري في مقالة صاحب الجواهر تارة: بالنقض بما إذا فرضنا أنه وقع عقد ثان على المال المنتقل إلى أحدهما فضولةً ، بأن باعه من انتقل إليه من شخص ثالث ، فهذا العقد الثاني قد صرّحوا بأنه يصح بجازة العقد الأول الفضولي ، وهذا يعني أن هذا المالي يقع على ملكه إلى حين الإجازة على الكشف وأنه أجنبى عنه ، فلا أهلية له من حيث شرط المالكية .

وآخرى: بأن مقتضى ظهور بعض روایات صحة الفضولي وصریح بعضها - كصحیح أبي عبیدة الحذاء - عدم اعتبار بقاء حیاة المتعاقدين إلى زمان الإجازة .

وكلا الاعتراضين غير متّجه:

أما الأول فلما تقدم من أنَّ اللازم أهلية المجيز حين الإجازة، بمعنى ملكيته وولايته على المال لو لا الإجازة، وهذا محفوظ في مورد النقض؛ إذ لو لم يجز كان المال باقياً على ملكه وبطل البيع الثاني له، بخلاف موارد الموت أو تلف المال أو الارتداد.

وإن شئت قلت: فرق بين سقوط المالكية قبل الإجازة بالموت أو الارتداد أو الحجر وبين سقوطها بالإجازة على الكشف، فإنَّ الأول يرفع ولایة المجيز وأهلية على الإجازة، بخلاف الثاني فإنه من شؤون أهليته وولايته كما شرحنا ذلك سابقاً.

وأما الثاني فلأنَّ الروايات الخاصة المستدل بها على صحة عقد الفضولي مع الإجازة بين ما لا دلالة لها على صحة الفضولي وما لا إطلاق فيها لفرض عدم بقاء أهلية أحد المتعاقدين حين الإجازة، وصحيحة الحذاء تقدم أنه وارد في نكاح الولي لا النكاح الفضولي.

ولو فرض ثبوت ذلك في عقد النكاح - ولو من باب استفادة لزوم عقد النكاح على الطرف الأصيل - فلا يمكن التعدي منه إلى باب الأموال والعقود المالية.

ثم إنَّه قد ذهب بعض المذاهب الفقهية إلى اشتراط بقاء الفضولي أيضاً إلى حين الإجازة وبشروط الأهلية، وكأنَّه من جهة أنَّ الإجازة اعطاء للوکالة أو النيابة له، فلابد من وجوده.

إلا أنَّه تقدم أنَّ الإجازة ليست من باب التوكيل أصلاً، ولو فرض أنه من باب الإذن واعطاء النيابة للفضولي فبمقدار عقده لا أكثر، أي ليس توكيلاً وتفويضاً

عقدياً له ليشترط وجوده حين عقد الوكالة وإنما هو إذن بعمله السابق فيكتفي وجوده حين العقد.

النقطة الرابعة: هل يشترط في العقد المجاز أن يكون معلوماً بالتفصيل للمجيز أو لا يشترط ذلك، فيكتفي علمه الإجمالي بوقوع عقد على ماله قابل للإجازة ولو كان مبهمأً أو مردداً بين عقدين أو عقود، بل يكتفي احتمال وقوع العقد على ماله في صحة الإجازة وتفوذهما لو كان العقد واقعاً عليه؟

الصحيح: عدم اشتراط ذلك، وقد تقدمَ شرح ذلك في ذيل الجهة السابقة، وقلنا إنَّ هذا ليس من التعليق في الإجازة حتى بناءً على القول ببطلان التعليق في الإيقاعات، كما أنه ليس من إجازة الفرد المرد الخارجي ليكون باطلأً من باب التردد، بل هو إجازة تنجيزية للمعنى الخارجي من خلال عنوان إجمالي.

نعم، لو وقع عقدين فضوليين على ماله فأجاز المالك أحدهما بلا تعين حتى إجمالاً بطلت الإجازة؛ لأنَّها ليست إجازة لشيء منها، ونسبة كل منها إلى الإجازة على حد واحد، فترجح أحدهما على الآخر بلا مرجح، وصحة الجامع بينهما غير معقول في الأحكام الوضعية، وإن كان التكليف بجماع أحد فعلين بلا تعين معقولاً، فلا تصح الإجازة في مثل ذلك.

النقطة الخامسة: إذا ترامت وتعاقبت العقود على محل العقد الفضولي أو عوضه كما إذا باع فرس الغير بكتاب فباع المشتري الفرس بشاة فلا إشكال فيما إذا أجاز المالك للفرس البيع الفضولي حيث تصح العقود المتعاقبة على المال من أول الأمر على الكشف، وعلى النقل تكون من باب من باع ثمَّ ملك، فيحتاج إلى إجازة من قبل الأصليل أيضاً؛ لبيعه الفرس بشاة -بناءً على صحة ذلك بالإجازة-

وهذا بخلافه على الكشف ، حيث لا يحتاج إلى ذلك ؛ لأن الكشف وقوعه في ملكه حقيقة بناءً على الكشف الحقيقى ، أو لترتيب ذلك الأثر حكماً بناءً على الكشف الحكيم .

أما إذا أجاز المجيز العقد الثاني أو الثالث الواقع على ماله بأن قبل بيع فرسه بشاة ولم يقبل بيعه بكتاب بطل العقد السابق وصح العقد اللاحق من أول الأمر على الكشف ومن حين الإجازة على النقل ، وتكون العقود اللاحقة كما تقدم ، ويرجع المشتري على الفضولي بكتابه ، وهذا يعني أن إجازة المالك للعقد الفضولي السابق على ماله يوجب صحة اللاحق وإجازته لاحقاً يوجب بطلان السابق .

هذا في العقود المترامية والمتعاقبة على مال المجيز ، وأما إذا تعلقت العقود على عوض ماله ، كما إذا باع الفضولي الفرس بكتاب ثم باع الكتاب بدینار ، فالحكم مختلف عن سابق ، بمعنى أن المالك إذا أجاز العقد الأول أمكنه تصحيح العقد الثاني بإجازة أخرى أيضاً ، وأما إذا أجاز العقد الثاني أي بيع الكتاب بدینار كان معناه إجازته للعقد الأول أيضاً ، فيكون إمضاء اللاحق مستلزمًا لإمضاء العقد السابق وقبوله له ، عكس ما تقدم في إجازة العقد المتعاقبة على ماله ، بل وتصح العقود المتعاقبة على ماله - وهو الفرس - التي أوقعها الطرف الأصيل أيضاً على التفصيل المتقدم بين الكشف والنقل ، وأما إجازاته لعقد لاحق من العقود المتعاقبة على ماله لا يوجب صحة العقد على عوض ماله ، بل بطلانه وبقاء ذلك العوض - وهو الكتاب - على ملك الطرف الأصيل ، إلا إذا أجاز الأصيل بيع الكتاب بدینار ، وهذا كله واضح على ضوء النكات المتقدمة .

الجهة السابعة : التطابق بين الإجازة والعقد

لإشكال في بطلان الإجازة إذا كان الاختلاف بينها وبين العقد بنحو التباين ، كما إذا باع الفضولي العبد وأجاز المالك بيع الأمة ؛ لأنّه لا عقد فيه لكي يناسب بالإجازة إلى المالك أو ينفذه المالك ، وإنما البحث في صور الاختلاف الأخرى ، وهي عديدة :

الصورة الأولى : أن يكون الاختلاف بنحو الكلي والفرد بأن باع الفضولي الكلي وطبقه على الفرد من باب الوفاء فأخذه الأصيل والمالك أجاز البيع في الفرد لا في الكلي .

والصحيح : في هذه الصورة الحكم بالبطلان ؛ لأنّ بيع الكلي غير الفرد ومتباين معه عرفاً وإن كان جزءاً منه تحليلًا وعقلاً ، فالعقد الانشائي الواقع خارجاً لم يجزه المالك ، وما أجازه لا انشاء فيه ، فيكون حال الاختلاف بنحو التباين في المبيع الخارجي .

نعم ، لو فرض قبول المتعاقدين بذلك الفرد أيضاً بعنوان أنه المبيع ، أي كانا متوافقين أيضاً على وقوع المبادلة بين ذلك الفرد والثمن مع ابراز ذلك بنفس التقاضي بنحو تعدد المطلوب صحت إجازة المالك لذلك وكانت إجازة لعقد قد تحقق انشاءً .

الصورة الثانية : عكس الأولى بأن يبيع الفضولي الفرد ويجزي المالك الكلي مع عدم موافقته على ذلك الفرد ، وال الصحيح هنا التفصيل المتقدم أيضاً بين ما إذا كان قبول الأصيل للفرد لخصوصية فيه فلا يصح بإجازة بيع الكلي ؛ لعدم انشائه ، وما أنشأ لم يجزه المالك ، وبين ما إذا لم تكن خصوصية في الفرد وإنما وقع العقد

عليه لتساوي الأفراد في نظره ، فاختار ذلك الفرد مع رضاه بالكلي ، ففي مثل ذلك يحكم بالصحة أيضاً ؛ لإنشاء الرضا به ولو ضمن ذلك الفرد وإجازة المالك له .

وإن شئت قلت : إنه من تعدد المطلوب ، فالأصيل يريد الكلي ويريد ذلك الفرد منه أيضاً ، فإذا أجاز المالك الأول وقع صحيحاً ؛ لتحقق انشائه ولو ضمن الفرد بنحو تعدد المطلوب .

الصورة الثالثة : أن يكون الاختلاف بينهما في الجزء والكلي بأن يكون الانشاء من الفضولي لمجموع الدار أو شيئاً ، ولكن المالك يجيز البيع في نصفه أو في أحدهما ، وقد حكم الشيخ الأنباري رحمه الله ومشهور المحققين فيه بالصحة مع ثبوت خيار بعض الصفة للطرف الأصيل ؛ لأن العقد ينحل بلحاظ أبعاض متعلقه ، فيكون بلحاظ المنشأ بيوعاً عديدة ، غاية الأمر يوجد شرط ضمني بالمجموعية وانضمام كل جزء إلى الآخر المستوجب تخلقه للخيار ، فللمالك أن يجيز بعض البيوع المنشأة ويكون للمشتري خيار البعض ، نظير موارد بيع ما يملك مع ما لا يملك ، أو بيع مجموع أمرين مع كونه وكيلًا مأذوناً من المالك في أحدهما دون الآخر ، ومنه يعرف أنه لا فرق هنا أيضاً بين المسلكين في تحليل حقيقة الإجازة .

إلا أن هذا الكلام على اطلاقه غير تمام ؛ إذ قد يكون الجزء الحقيقي أو المشاع في بعض الأحيان مبانياً عرفاً مع الكل بحيث يرى أنه أمر آخر ، كما إذا باع الفضولي الدار فأجاز المالك البيع في أبوابه وترابه مثلاً أو باع السرير ، فأجاز في خشبة قطعت منه ، فإنها تعتبر أمراً مبانياً مع ما اشتراه الأصيل عرفاً بحيث يصح أن يقال إنه لم يشتري ذلك .

وإن شئت قلت : إنه في مثل ذلك لا يكون الانضمام شرطاً بل هو مقوم للمبيع عرفاً، ولا يكون الانحلال ثابتاً فيه عرفاً.

ثم إن قد يستشكل في الصحة هنا بأنَّ متعلق الإجازة هو العقد لا المال ، أو الملك فهو كحق الفسخ المتعلق بالعقد ، وعلى هذا فكما لا يصح في الخيار فسخ البيع في بعض المبيع دون بعض ؛ لأنَّ البيع والعقد واحد لا يتعدد ، فإما أن يفسخه فينحل في تمام المبيع والثمن ، وإما أن لا يفسخ فلا ينحل في شيء منه فكذلك ، ينبغي أن تكون الإجازة ؛ لأنَّها متعلقة أيضاً بالعقد وهو واحد.

والجواب : أنَّ الإجازة تتعلق بالعقد والالتزام بلحاظ منشئه ومضمونه ، أي بالنتيجة الحاصلة من العقد بنحو اسم المصدر ، وهو منحلٌ ومتكررٌ بانحلال المتعلق ، بينما الفسخ حل للعقد بلحاظ نفسه ، أي نفس الالتزام بنحو المعنى المصدري والذي هو فعل واحد ، ومن هنا لا يمكن أن يتبعض الفسخ للعقد ولكن يمكن أن يتبعض ما يستند إلى المالك أو ما يكون الفضولي ولیاً أو وكيلًا فيه من التصرفات الانشائية .

وهذه نكتة هامة ، فكل الأمور المربوطة بنفس الإنشاء والالتزام بالمعنى المصدري تكون وحدانية لوحدة الالتزام والإنشاء ، وكل ما يرتبط بالمنشأ والمجعل والمعتبر بنحو اسم المصدر فهو انحلالي بانحلالية متعلقه وتكرره ، وهذا جار في الأخبار أيضاً ، فالكذب من شؤون نفس الحاكي والاظهار لا المحكي والمظهر بخلاف التهمة والغيبة ، ومن هنا لا يتعدد الكذب إذا أخبر عن فسق كل أهل البلد بكثرة العدول منهم أو قلتهم ، بينما تتعدد التهمة والغيبة ويترکثر بذلك .

وحيث إنَّ الخيار وحق الفسخ راجع إلى جواز نقض أصل الالتزام العقدي فهو راجع إلى العقد بالمعنى المصدري ، والذي هو التزام وعقد واحد لا يتعدد بتعدد

متعلقه إلا إذا كان العقد واقعاً متعددأً، وكان من باب التجميع في الإنشاء واللفظ، والذي هو خارج عن البحث، بينما الصحة وترتّب الأثر ونفاذ العقد من جهة عدم ولایة العاقد على التصرف أو عدم أهلية المال للانتقال ونحو ذلك مربوط بالمنشأ المراد إيجاده بالعقد بمعنى اسم المصدر، من هنا يصح إجازة العقد في بعض متعلقه، كما يصح العقد في بعض المتعلق إذا ظهر أنَّ بعضه الآخر غير قابل للتمليك أو لمالك آخر لا يرضي به.

هذا، ولكن عدم التطابق بين الإجازة والعقد الفضولي في موارد التبعيض يرد فيه إشكال عدم التطابق بينهما في الشرط أيضاً؛ لأنَّ بيع كل جزء من الصفة الواحدة مشروط أيضاً بانضمام سائر الأجزاء، فإذا بطلت الإجازة من ناحية عدم التطابق في الشرط - كما اختاره الشيخ ^{يشئ}^(١) - بطلت في إجازة البعض أيضاً، وهذا الإشكال سنعالجه عند التعرض لعدم التطابق في الشرط.

الصورة الرابعة: عكس السابقة، بأنَّ بيع الفضولي شيئاً واحداً أو نصف الدار ولكن المالك لا يجيز إلا في الكل أو لا يجيز شراء ذلك الشيء إلا مع شيء آخر.

ولا ينبغي الإشكال في صحة البيع المذكور بالإجازة إذا وافق وقبل الطرف الأصيل؛ إذ لا يتحمل بطلانه في صورة قبول الطرف الآخر، كما لا إشكال في البطلان مع عدم قبوله؛ لعدم رضاه بالمجموع وعدم رضا المالك بالبعض وعدم احرازته له.

وإنما البحث في تخریج الصحة في الفرض الأول، وأنَّه هل يكون من بيع الفضولي الصحيح في تمام المبيع أو من البيع الجديد بين المجيز والطرف الأصيل

في تمامه أو من الفضولي في النصف الأول والبيع الجديد في النصف الثاني، فيترتب على كل منها أحكامه، ومن الواضح تفاير الأحكام خصوصاً على الكشف.

ومنه يظهر ترتيب الشمرة بين الاحتمالات المذكورة.

ولا شك في أنه إذا قصد الغاء بيع الفضولي وإنشاء بيع جديد بنفس الإجازة والقبول للمجموع كان المتعين الاحتمال الثاني، وإنما البحث فيما إذا قصد تملك المجموع أو ما ملّكه الفضولي على الأقل من أول الأمر، وحيث إن الصحيح عدم عقلائية بيع شيء الآن مع كون التملك والتملك من قبل ما لم يكن إنشاء سابق ولو فضولية فصحّة البيع الفضولي في النصف بالإجازة مع البيع في النصف الآخر من المجيز من أول الأمر لا يكون عقلائياً إذا أريد به تملك النصف الثاني من أول الأمر، سواء كان بالبيع أو بالشرط؛ إذ نكتة عدم العقلائية مشتركة فيما كما لا يخفى.

فالمتعين أن يكون مرجع هذه الإجازة إلى تنفيذ المعاملة السابقة مشروطاً بشراء الطرف الأصيل منه النصف الآخر فعلاً، فيكون إجازةً مشروطة للبيع السابق وإنشاء للبيع الجديد في نفس الوقت، معأخذ شرط الانضمام ضمن البيع للنصف الآخر لكي يكون لهما حق الفسخ بالبعض، والإجازة حينئذ يمكن أن تكون من الإجازة المعلقة والمشروطة على البيع للنصف الآخر، لا من باب اشتراط المجيز شرطاً ضمن الإجازة ليحتاج إلى التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» وشموله لهذا الشرط بدعوى أنه غير ابتدائي على ما سيأتي عن بعض الأعلام، بل من باب التعليق في أصل الإجازة ولا محذور فيه، كالتعليق بالإذن كما تقدم شرحه.

كما يمكن أن تكون الإجازة شرطاً في بيع النصف الجديد بنحو الشرط في

ضمن العقد، أو بنحو شرط النتيجة؛ إذا قيل بصحتها كشرط الوكالة والمأذونية بنحو شرط النتيجة، أي أن يكون مجازاً ومأذوناً فيه.

الصورة الخامسة: أن يختلف العقد عن الإجازة بأن يكون العقد مع الشرط والإجازة بدونه وبأن يكون الشرط من الفضولي على الأصيل، ولا اشكال في الصحة هنا؛ لأنَّ إجازة البيع مطلقاً وبلا شرط من له الشرط يستلزم إجازته له مع الشرط أيضاً، غاية الأمر يكون المميز متبايناً عن شرطه فتصبح المعاملة.

الصورة السادسة: عكس الخامسة، بأن يكون الشرط للأصيل على الفضولي، وقد ذكر الشيخ الأنباري ت بطلان الإجازة فيه؛ لأنَّ إجازة البيع المطلق إجازة عقد مباین مع ما وقع الانشاء والقبول من الأصيل عليه، ولا يقاس بالاختلاف بنحو الجزء والكل؛ لأنَّ العقد لا ينحل بالإضافة إلى الشرط وذات المشروط ليقاس بباب الإجازة في الجزء فيبطل البيع الفضولي حتى مع الإجازة في هذه الصورة.

واعتراض عليه الميرزا النائيني ت ^(١) بأنَّ الشرط في المعاملات التزام مستقل غير الالتزام العقدي، فاجازة الثاني دون الأول معنون، غاية الأمر يكون للطرف الأصيل الخيار؛ لعدم تحقق الشرط كما في موارد تعدد الشرط.

وإن شئت قلت: إنَّ مرجع الاشتراط إلى تعليق الالتزام بالوفاء على الشرط، لا التملك ليكون من التعليق المبطل للعقود.

والتحقيق: أنَّ ما ذكره الميرزا ت من التحليل صحيح في نفسه بلحاظ مسألة حق الخيار المترتب على تخلف الشرط، بمعنى أنه يمكن أن يجعل الالتزام بالوفاء بالعقد معلقاً على فعل الشرط، إلا أنَّ هذا لا ربط له بمسألة أخرى في

بحث الشرط ضمن العقد والتي هي المؤثرة في المقام ، وهي الفرق بين الشرط الضمني والابتداei ، وهل أن العقد مجرد ظرف للشرط أم له ارتباط به ؟ والصحيح في ذلك أن العقد ليس مجرد ظرف بل له ارتباط بالشرط بمعنى أنه مقيد أو معلق عليه ، لكنه لا على فعل الشرط أو تتحققه ، بل على الالتزام والتعهد به وقبوله ، سواءً فعله فيما بعد أم لا .

وبهذا الاعتبار يسمى نفس الالتزام شرطاً ، فإن الشرط معناه ما يتقيّد ويناط به الشيء - وهو العقد هنا - لا مطلق الالتزام والتعهد بشيء ، فإنه مجرد عهد أو وعد ، وهذا لا يصدق إلا إذا أصبح الالتزام مما ينطاط به إنشاء العقد . ومنه يظهر أمور :

١ - وجه عدم شمول «المؤمنون عند شروطهم» للشرط الابتداei ، فإنه ليس شرطاً بالمعنى اللغوي ، وأما المعنى الاصطلاحي - وهو مطلق الالتزام - فليس هو معنى الشرط ما لم يكن مربوطاً ومنوطاً بإنشاء آخر ، فعدم شمول المؤمنون للشروط الابتدائية يكون بالشخص لا بالتخصيص أو من جهة الإجماع ونحوه .
 ٢ - عدم لزوم التعليق في العقد إذا أنيط بالالتزام الشرطي ضمن العقد؛ لأن ما هو المعلق عليه قبول الشرط لا فعله ، وقبوله فعلي ضمن قبول العقد؛ إذ انشاؤه مقيد ومعلق على القبول ، فإذا كان المنشأ التملיק المقيد بالالتزام بالشرط كان قبول الشرط جزء العقد؛ وضمن قبول العقد .

وإن شئت قلت : إن القبول في مثل هذا العقد هو القبول للتمليك الخاص المعلق في نفسه على القبول؛ إذ كل تملك عقدي معلق على القبول ذاتاً وفي نفسه ، فليس هذا تعليقاً على أمر خارج عن حقيقة العقد .

٣ - ونتيجة ما تقدم يظهر وجه صحة التمسك بـ «أَوْفُوا بِالْمُؤْمِنِ»^(١) لإثبات نفوذ الشرط الضمني بخلاف الابتدائي ؛ لأنّ القبول العقدي متضمن له ، فإذا كان نافذاً ولازماً كان الشرط نافذاً أيضاً لا محالة.

٤ - صحة ما ذكره الشيخ الأنصاري رحمه الله ، ولعله المشهور من تقييد العقد بالشرط الضمني من دون أن يلزم من تخلّفه البطلان ولا التعليق المبطل للعقد ، وعندئذٍ يقال بأنّ المجيز إذا لم يجز العقد المذكور وإنما يرضى بالعقد بلا شرط كان باطلًا لا محالة ، كما إذا لم يقبل القابل الشرط من الموجب في عقد المالكين ؛ لأنّ العقد المقيد بقبول الشرط المنتشأ من قبل الفضولي لم يجزه المالك ، وما أجازه لم ينشأ .

وبتعبير آخر : لا تطابق بين ما يقبله الطرف الأصيل وما يقبله المجيز ، فلا يتحقق عقد المالكين بمثل هذه الإجازة ، كما لا يتحقق لو كان المالكان منشئين لمثل هذا العقد بالأصل على ما ذكرناه في بحث شرطية التطابق بين الایجاب والقبول في الشروط .

ويتفقّع على هذا البيان بأنّ لازمه القول بالبطلان في الصورة الثالثة أيضاً ، أي عدم التطابق في الجزء والكل ؛ لأنّ الانحلال بلحاظ الأجزاء وإن كان صحيحاً إلا أنّ هناك اشتراط الانضمام في كل جزء من الأجزاء بالباقي أيضاً ، ولهذا يثبت خيار التبعض عند التخلف ، فيلزم البطلان من ناحية عدم قبول المجيز لشرط الانضمام في بيع كل جزء بالأجزاء الأخرى ، فكيف فصل الشيخ رحمه الله فقال بالصحة في عدم التطابق بنحو الجزء والكل والبطلان في عدم التطابق في الشرط ؟

وقد يجاح على ذلك - كما عن بعض أساتذتنا العظام ^{يبقى}^(١) - بأن قبول الشرط المناط به الالتزام العقدى إنما يعني كونه مقيداً و معلقاً على قبول شرط الخيار عند التخلف ، فالالتزام البعي معلق و مقيد برضاء الطرف الآخر بالخيار عند التخلف ، وهذا في مورد بيع المجموع مقبول من قبل المجيز في الجزء الذي أجازه فهو يحيزه بما هو مقيد بشرط الخيار ، وإنما الذي لا يقبله بيع سائر الأجزاء ، فهذا نظير بيع عديدة خيارية من قبل الفضولي يقبل بعضها المالك دون بعض ، فلا يلزم عدم التطابق في الشرط .

وفيه : أولاً - أنَّ الخيارية من جهة وجود الالتزام الشرطي بالانضمام في العقد ، فإذا أجازه في المقام كان واجباً على المجيز تملك تمام الصفقة ، وهو خلف مقصوده ، وإن لم يجز العقد الخياري أيضاً ، فتكون الإجازة باطلة ؛ لأنَّ الحصة الخيارية من العقد غير الحصة غير الخيارية بحسب الفرض . وإن شئت قلت : إنَّ من لا يقبل الشرط لا يقبل أن يكون للآخر الخيار عند تخلف الشرط لا محالة .

ومنه يظهر أنَّ التنظير ببيع عديدة وإجازة بعضها دون بعض إذا أريد بها بيع مستقلة بلا شرط الانضمام فهو قياس مع الفارق ، وإذا أريد بها بيع مع شرط الانضمام فهو عين محل النزاع .

وثانياً - مثل هذا التفكير لو تم يمكن فرضه في عدم التطابق بين الإجازة والعقد الفضولي في الشرط أيضاً بأن يوافق المجيز على الخيار عند تخلف شرط الخياطة مثلاً ، فهو يحيز العقد الخياري ويقبل به ولكن لا يحيز الالتزام بالخياطة فلماذا يحكم بالبطلان في الشروط ؟ !

فالحاصل : لابد حينئذٍ من التفصيل بين موارد إجازة المالك للخيار وعدمه في الشروط ، لا التفصيل في عدم التطابق بين الجزء والكل وبين الشروط .

وثالثاً - إذا قبلنا تحليل الميرزا النائي ^{٢٣٩} - كما قبله هذا العلم - من أن العقد ينحل إلى انشائين انشاء التمليل بعوض مثلاً وهو البيع وهو مطلق ، والالتزام بالوفاء به وهو منوط بفعل الشرط ، لم يكن بحاجة إلى انطة الالتزام البعي حينئذٍ بقبول شرط الخيار ليلزم التخصيص ويكون البيع الخياري حصة خاصة من البيع تباعين البيع غير الخياري ، بل كان الخيار عند التخلف عن تحقق الشرط حاصلاً مع الإطلاق في الالتزام البعي وبلا حاجة إلى شرط الخيار ؛ لأن الالتزام بالوفاء أو قل تمليل الالتزام بالعقد منوط بعدم تخلف الشرط ، فإذا تخلف كان الطرف الآخر مالكاً لالتزامه فله حق الفسخ ، فلا حاجة إلى تعليق الالتزام المعاملبي زائداً على ذلك على قبول شرط الخيار ، وليس خيار تخلف الشرط مرجعه إلى شرط الخيار عند التخلف بحيث يكون هناك شرطان ، بل ليس هناك إلا شرط واحد وهو الأمر أو الفعل المشروط ، والتخلف عنه يوجب الخيار بالتحليل المتقدم .

ولو فرض تعدد الشرط فالافتراض طبقاً للتحليل المقبول من قبل هذا العلم للشروط ضمن العقد تبعاً للميرزا ^{٢٣٩} من كون قبول العقد معلقاً على قبول الالتزام الشرطي سوف يكون العقد مقيداً بقبول الشرط لا محالة ، سواء كان شرطاً واحداً أو شرطين ، ومعه لا تكون الإجازة بدون الشرط إجازة للعقد المقيد الواقع خارجاً لا محالة .

فالجواب المذكور للتفصيل بين عدم التطابق بنحو التبعيض في الإجازة وعدم التطابق في الشروط لا محصل له .

وقد يقال : بأن الالتزام العقدي في موارد شرط الفعل معلق على القبول

والالتزام بأمرتين: أحدهما تحقق الشرط كالخيانة، والآخر الالتزام بثبوت الخيار للمشتري على تقدير التخلف، وفي موارد شرط الوصف أو أي أمر غير اختياري يكون الالتزام العقدي ملقاً على أمر واحد وهو الالتزام الثاني فقط لا الأول؛ لأنَّه غير معقول في الأمور غير الاختيارية.

ويتحقق بذلك مورد بيع المجموع؛ لأنَّ بيع الأجزاء الأخرى وإن كان اختيارياً إلا أنه حيث إنه حاصل بنفس إنشاء العقد والالتزام العاملين فلا يكون في البين تعليق إلا على الأمر الثاني لا الأول؛ لأنَّه أشبه بالتعليق على أمر حاصل، فيكون من قبيل تحصيل الحاصل.

وفيه: أولاًـ ما تقدم من عدم الحاجة إلى التعليق الثاني في ثبوت الخيار بعد قبول مطلب الميرزا الثاني وتحليله ، بل وعدم جدواه في المقام.
وثانياًـ العهد والالتزام بالوصف أيضاً معقول ، وليس الالتزام مخصوصاً بباب الأفعال؛ إذ ليس الالتزام من مقوله التكليف ليختص بالأفعال الاختيارية ، بل من مقوله التعهد الذي يتعلق بالأعيان والأمور الخارجية أيضاً ، وأثره إنما يتجاهد إذا كان ممكناً أو ضمان قيمة وماليته ، أو ثبوت الخيار مع التخلف ، فأصل التفرقة بين الأفعال والأوصاف في غير محله.

وقد يقال: إنَّ الانضمام في بيع المجموع ليس شرطاً في العقد وإنما هو قيد ووصف في المبيع يوجب تخلفه خيار البعض ، وبما أنَّ المنشأ بالعقد - بمعنى اسم المصدر - ينبع وينحل بلحاظ أجزاء المجموع فللمجيز أن يجيز العقد الفضولي في بعض المنشأ ، فلا تتوقف صحة التبعيض في الإجازة على صحتها في عدم قبول الشرط.

والجواب: أنَّ القيود والأوصاف في متعلق العقد مرجعها إلى الشروط لبأ أيضاً كما أشرنا.

وإن شئت قلت : إن العقد على المجموع حتى إذا كانت المجموعية مقيدةً لمتعلق العقد لا شرطاً مرجعه إلى تقييد العقد بذلك ، أي تعلقه على قبول ذلك من الطرف الآخر والتزامه به ، بحيث لو باعه المقيد بالمجموعية والانضمام ولكن لم يقبل القابل ذلك بل قبل بالبعض بطل العقد ؛ لعدم تطابق الإيجاب للقبول ، فالقبول بالقييد أو الوصف كالقبول بالشرط متعلق عليه العقد ومقيد به .

نعم ، ليس العقد متعلقاً ولا مقيداً بوجود القييد ، كما لم يكن مقيداً بتحقق الشرط ، ومن هنا يكون التخلف موجباً للخيار لا البطلان ، فإذا لم يجز المجزي العقد المقيد بالانضمام والمجموعية كان كعدم قبول القابل للقييد حين العقد موجباً للبطلان ؛ لأن العقد الواقع فضولة مقيد بالانضمام ، والإجازة لم تتعلق بذلك وليس رضاً به .

وهكذا يعود النقض بموارد عدم التطابق في الجزء والكل باقياً على حاله . بل الإشكال واحد في الموردين ، وهو أن العقد وإن كان غير متعلق على تتحقق الشرط أو الوصف والقييد ولكنه مقيد ومتعلق على الالتزام والقبول بالشرط أو الوصف أو القييد ؛ ولهذا يحكم ببطلان العقد إذا لم يقبل أحد الطرفين حين العقد ذلك .

وعلى هذا الأساس فلابد وأن تكون الإجازة بذلك أيضاً وإلا لم يتحقق عقد المالكين ، وكان ما التزم به الطرف الأصيل من العقد غير ما التزم به المجزي .

والتحقيق أن يقال : بأن مقام إنشاء العقد غير مقام الإجازة ، ففي مقام الإنشاء إذا لم يقبل أحد الطرفين ما علق عليه الطرف الآخر التزامه لم يتحقق العقد ، وأما في مقام الإجازة فالعقد الإنشائي قد اكتمل وتحققت بين الطرف

الفضولي والطرف الأصيل ، حيث قبل الفضولي والتزم بالقيد أو الشرط للطرف الأصيل بحسب الفرض . وإنما مقام الإجازة مقام التنفيذ والرضا من قبل المالك بذلك العقد المكتمل انشاء ، وهذا يكفي فيه الرضا بأصل الالتزام العقدي وإجازته ولو من دون الالتزام الشرطي أو الالتزام بالقيد أو الوصف ، وهذا يكفي لاستناد ما وقع من الالتزام العقدي إلى المالك أو تنفيذه ، غاية الأمر هذا المقدار من الاستناد أو التنفيذ لا يكفي لازام الطرف الأصيل بذلك العقد ما لم يرض هو بذلك أيضاً ، بأن يلغى إزامه الشرطي أو الزامه بالقيد أو الوصف ، فإذا رضي هو بذلك أيضاً صح العقد ونفذ بالإجازة ولا يحتاج إلى تجديد العقد ، وأمّا إذا لم يرض بذلك تكفي الإجازة وحدها في تصحيف العقد الفضولي ، وهذا غير الخيار فلا يشتبه بذلك .

بل هذا من قبيل رجوع الطرف الأصيل عن العقد قبل الإجازة بناءً على ما تقدم من عدم لزوم العقد على الطرف الأصيل قبل الإجازة ، فكما لابد وأن يكون الطرف الأصيل باقياً على التزامه العقدي إلى حين الإجازة كذلك لابد وأن يرضي بالغاء شرطه أو القيد ووصف الانضمام .

وهكذا تكون النتيجة توقف نفاذ الإجازة في الموردين معاً على رضا الطرف الأصيل بالغاء قيد الانضمام أو الشرط ، فمن دون ذلك لا تكفي الإجازة في تصحيف العقد الفضولي ، ولا يكفي أن يكون له الخيار . كيف ، وهو لا يقبل بالعقد من دون الشرط أو قيد الانضمام فكيف ينفذ عليه حتى مع الخيار وهو لم يتلزم به ؟ ! ولماذا لا يقال بذلك فيما إذا لم يقبل أحد الطرفين الشرط أو القيد حين العقد ؟ ! وأي فرق في لزوم رضا المالكين بالعقد بقيوده وشروطه بين عقد الأصيلين وعقد الفضولي من هذه الناحية ؟ ! فال الصحيح ما ذكرناه . والله الهادي للصواب .

ثم إنَّ المحقق الأصفهاني ^{يشير إلى}^(١) فصل في المقام بين شرط يكون قيداً في البيع كما إذا باع الحنطة على أن تكون ببغدادية، وشرط يكون قيداً في البيع بحيث يكون التزاماً ضمن التزام، كما إذا باع شيئاً على أن يفعل كذا، أو على أن يكون له كذا بنحو شرط الفعل أو النتيجة، فحكم بالصحة في الثاني ؟ لرجوعه إلى التزامين حقيقين متعددتين ، وهو أوضح من تعدد الجزئين ، فللمالك إجازة أحد الالتزامين دون الآخر.

وحكم بالفساد في الأول ؛ لأنَّ المملوك هو الحصة الخاصة ، فيكون النقل لها أيضاً لذات الحنطة والجامع بين الحصتين .

وفيه: أنَّ ما ذكر في فرض التقيد إنما يصح في بيع الكلي إلا أنه ليس قسماً من الشرط ، وتسميته به غير صحيحة ، وأمّا في البيع الشخصي فلا يصح؛ إذ فيه يرجع القيد والوصف إلى الشرط لا محالة ؛ إذ لا يعقل فيه التقيد والتخصيص ، فهو ينقل الشخص الخارجي على كل حال ، غايته أنه يلتزم بكونه حنطة ببغدادية مثلاً، فإذا تختلف كان من تخلف الشرط بعد أن كان التعليق غير صحيح في العقود ، كما أنَّ ما ذكره في فرض الاشتراط من استقلالية الالتزامين عرفت ما فيه .

الصورة السابعة: عدم التطابق بين الإجازة والعقد في الشرط ، بعكس ما تقدم ، أي يكون العقد بلا شرط ، ويفترض في هذه الصورة أنَّ الشرط للمجيز على الأصل ، أي أنَّ المالك يجوزه بشرط خيطة ثوبه مثلاً.

وقد حكم المحقق الأصفهاني ^{يشير إلى}^(٢) في هذه الصورة ببطلان الشرط لكونه ابتدائياً ، وبصحة الإجازة مطلقاً ؛ لأنَّ الشرط المذكور التزام مستقل له المعنة مع

الإجازة، فلغويته لا توجب لغوية الإجازة ولا انتفائها؛ إذ لا تعلق في الإجازة عليه نظير البيع نفسه الذي لا تعلق فيه على الشرط.

كما أنّ المجاز - وهو البيع المطلق - لا يتقييد بالشرط المذكور؛ لأنّ الواقع لا ينقلب عتاً وقع عليه، وهذا يعني أنّ المجاز باقٍ على اطلاقه وتجرّده عن الشرط، كما أنّ الإجازة متعلقة به فعلًا وحقيقةً، فلا موجب للبطلان، بل عدم البطلان هنا أولى منه في فرض فساد الشرط في ضمن العقد.

وتحتاج هذا التحليل غريبة؛ حيث يكون العقد بمثابة هذه الإجازة نافذًا على المالك بلا حق خيار له أيضًا؛ إذ لم يلتزم الطرف الآخر بالشرط.

وجاء في كلام الشيخ الأنصاري رحمه الله^(١) احتمالين آخرين أيضًا:

أحدهما - صحة الشرط والإجازة ونفوذه على الطرف الآخر مطلقاً.

وهذا الاحتمال واضح البطلان؛ إذ كيف يمكن الحكم بنفوذ ما لم يلتزم به الأصيل في العقد عليه.

الثاني - بطلان الشرط والإجازة مطلقاً؛ لأنّ ما أجزى وهو البيع المشروط لم ينشأ وما أنشئ وهو البيع المجرد لم يجز، كما أنّ الشرط ابتدائي لا يجب الوفاء به، وهذا ما اختاره الشيخ الأنصاري رحمه الله وهو الذي رده المحقق الأصفهاني رحمه الله ببيانه المتقدم.

وهناك احتمال رابع اختاره بعض الأعلام رحمهم الله من التفصيل بين فرض رضا الأصيل بالشرط وفرض عدم رضاه، فيحكم بالصحة ونفوذ الشرط في الأول، وبالبطلان في الثاني.

وقد استدلّ على الصحة في الأول بأنّ الشرط المذكور ليس ابتدائياً؛ لأنّه وقع

بين الانشاء للعقد والإجازة، أي قبل تمامية عقد المالك؛ إذ العقد قبل الإجازة غير مستند إليه بعد، فيشمله عموم «المؤمنون عند شروطهم» ونحوه؛ إذ الشرط الخارج منه إنما هو الشرط الخارج عن العقد رأساً إنما بالإجماع أو لظهور لفظ الشرط فيما يكون ضمن العقد، وهذا الشرط لا يشمل الإجماع، كما أنّ اللفظ شامل له؛ إذ لا يشترط أن يكون الشرط من أول الإيجاب والعقد، فلو فرض الشرط ضمن القبول فقط ورضي به الموجب لزمه الوفاء به؛ لعدم كونه ابتدائياً، وفي المقام أيضاً بعد رضا الأصيل بالشرط يكون البيع خيارياً بقاءً، فيتتحد المنشأ بالعقد الفضولي مع ما تعلق به الإجازة بقاءً.

واستدلّ على البطلان في الثاني بأنّ المجاز هو البيع الخيري، وما أنسئ هو البيع غير الخيري، فلم يردا على أمر واحد^(١).

والتحقيق أن يقال: إنّ الشرط المذكور يمكن أن يقع على أحد أنحاء:

١ - أن تكون الخياطة مثلاً شرطاً للإجازة، بمعنى تعليق المجوز إجازته عليها.

وهنا لا إشكال في بطلان المعاملة ما لم يخطّ الآخر الشوب خارجاً؛ إذ لا إجازة بدونها، كما أنّه إذا خاطه وقع البيع صحيحاً ولا يقدح فيه التعليق؛ إذ الباطل هو التعليق في العقد لا في الإجازة أو التنفيذ ونحوه، خصوصاً وأنّ الدليل على البطلان الإجماع ونحوه.

٢ - أن تكون الإجازة في مقابل تملّك الخياطة بأن يملّكه عمل الخياطة في قبال أن يجوز العقد فيكون إجارة أو جعالة أو معاوضة بين عميلين، فإذا أجاز نفذ العقد وصحّ واستحقّ عليه عمل الخياطة بحيث لو لم يعمل كان مستحقاً عليه

أجرة مثله لا الخيار ولو لم يجز فلا يصح البيع سواء كان العقد المذكور نافذاً أم لا، فأحد العقددين مستقل عن الآخر.

٣ - أن تكون الإجازة فعلية وغير معلقة على شيء، وإنما هناك اشتراط للخيانة على الأصيل، وهنا لا إشكال في الصحة إلا أن هذا الفرض في نفسه لا معنى له وخلاف مقصود المجيز؛ إذ معناه أن الشرط ابتدائي محض وأمر آخر غير الإجازة رأساً، سواء التزم به الطرف الأصيل أم لا، فيكون شرطاً ابتدائياً مستقلأً عن العقد، وما ذكره المحقق الأصفهاني ش إنما يصح في مثل هذه الصورة.

نعم، من يقول بأن مجرد وقوع الشرط في ظرف العقد أو تفاميته بالإجازة يكفي في لزومه كان هذا الشرط أيضاً واجب الوفاء على الأصيل إذا كان قد التزم به، وأمّا إذا لم يتلزم به للمجيز فلا شرط في البين أصلاً. ولكن تقدم أن المراد بضمنية الشرط ليس مجرد وقوعه في ظرف العقد.

٤ - أن تكون الإجازة والرضا معلقة على قبول الشرط والالتزام به من قبل الأصيل لا على تتحقق، نظير تعليق العقد على قبول الشرط الواقع ضمن العقد. وهذا إن لم يتلزم الأصيل بالشرط ولم يقبل به لم تصح المعاملة؛ لا لما ذكره ذلك العلم من أن البيع المنشأ غير خياري، وما أجاز البيع الخياري وهو غير منشأ ليجاب بأن عقد الفضولي المجاز مطلق وليس خيارياً في المقام، لا حدوثاً ولا بقاءً، بل لعدم وجود التزام شرطي في المقام؛ لأن الشرط إنما يتحقق من قبل من عليه الشرط، والمفروض عدم التزامه وقبوله به، كما أنه لا إجازة في البين؛ لأن المجيز قد علق إجازته على التزام الأصيل وقبوله بالشرط والمفروض عدمه، فلا موضوع للشرط ولا للإجازة.

وأمّا مع التزام الأصيل وقبوله بالشرط فيصح العقد لتحقق الإجازة والرضا به

من المالك لكن هل يجب الوفاء بمثل هذا الشرط لكونه شرطاً ضمنياً لا ابتدائياً؟ وهل يثبت الخيار للمجيز إذا لم يف به أم لا؟

قد يقال بالتفصيل وأنه إذا قلنا بمسلك التنفيذ في الإجازة بمعنى أن الموضع للصحة عقد الفضولي بما هو عقده بعد إعطائه الولاية والإجازة اللاحقة، فلا وجه لاعتبار مثل هذا الشرط ضمن العقد، بل هو شرط خارج عنه، إلا أن ترجع الإجازة إلى عقد جديد يلسان الإجازة بين المجيز والطرف الأصيل وهو خروج عن الفرض. فلا موجب لنفوذ هذا الشرط، ولا وجه للخيار إذا تخلف الأصيل عن أداء الشرط، كما أن المجيز لا يريد إجازة العقد الفضولي مطلقاً، فتبطل الإجازة والشرط.

وأما إذا قلنا بمسلك الاستناد في الإجازة وأن العقد الفضولي بعدها يصبح بما هو عقد المالك فيقال بأن الميزان في الشرط الضمني بوقوع الشرط ضمن عقد المالكين، وقد وقع كذلك هنا، فليس هذا شرطاً ابتدائياً، خصوصاً إذا كان مقتضى القاعدة نفوذ كل شرط إلا ما أخرجه الإجماع.

وقد يقال: بأن مثل هذا الشرط خارج عن العقد الفضولي الواقع سابقاً على كل حال، فهو شرط ابتدائي؛ لأنه ما لم يكن الالتزام المعاملة الإنساني معلقاً على قبولة لم يكن شرطاً ضمنياً إلا بمعنى الاقتران والمعية، وهو غير لازم الوفاء؛ لعدم كونه شرطاً، وإن كان التزاماً قبل رضا المالك وإجازته فلا لزوم لمثل هذا الشرط والالتزام، كما لا خيار عند التخلف عنه؛ لأن الخيار فرع كون الالتزام الشرطي ضمن العقد لا بما هو خارج عن العقد وإن قيل بأن الشرط الابتدائي واجب الوفاء . وعليه، فإذا كان مقصود المالك الاشتراط بنحو يكون له حق الفسخ عند التخلف فلا بد وأن يعلق قبولة بالمعاملة على قبول الطرف الأصيل بهذا الشرط بنحو يكون مرجع ذلك إلى انشاء بيع جديد.

والصحيح: صحة تعليق المنشأ المعاملي السابق على قبول الشرط في مقام الإجازة والامضاء، بناءً على مسلك الاستناد في حقيقة الإجازة، سواء قيل بالنقل في الإجازة أو بالكشف، فكانه تارة يمضي كما هو، وأخرى يمضي معلقاً على قبول الطرف الآخر للشرط ورضاه به، فيكون نظير التمليل المشروط بقبول الشرط ولكن من الزمان السابق بناءً على الكشف، فيكتفى بسبق انشاء أصل المعاملة سابقاً في عقلائية الكشف فيه أيضاً، وهذا معناه التفكيك بين الالتزام المعاملتي والالتزام الشرطي في الإنشاء، فيكتفي أن يكون التزام المالك بالمعاملة معلقاً على قبول الطرف الآخر والتزامه بالشرط، كما أنه يكون التزامه بالوفاء بالعقد مشروطاً ومعلقاً على عدم تخلف الآخر عن الشرط، فيكون له الخيار على تقدير التخلف، وبهذا تكون الضمنية بالمعنى والتحليل المتقدم محفوظاً في هذا الشرط أيضاً، فيثبت اللزوم والخيار.

وهذا هو التحليل الصحيح لنفوذ الشرط المذكور في المقام، لا ما هو ظاهر تقريرات بعض الأعلام من انقلاب عقد الفضولي بقاءً إلى عقد خياري بعد أن انعقد بنحو غير خياري، فإن هذا يرد عليه:

أولاً - ما تقدم عن المحقق الأصفهاني ^ت من أن المنشأ المعاملي المجرد يستحيل أن يتغير عمما وقع عليه.

ثانياً - ما تقدم أيضاً من أن الالتزام الشرطي معلقاً عليه الإجازة، فهو قيد محض لـ الإجازة لا للعقد إلا إذا اعتبر العقد حاصلاً بالإجازة، وهو واضح البطلان.

الصورة الثامنة: نفس الصورة السابعة مع فرض كون الشرط للأصيل على المميز، وقد حكم المحقق النائيني ^ت في هذه الصورة بصحة الإجازة وبطلان

الشرط؛ لكونه ابتدائياً^(١).

وهذا بناءً على مبناه من لزوم العقد على الطرف الأصيل صحيح؛ إذ لا يتحقق له اشتراط شيء على المجبى، فإذا أجاز المجبى العقد الفضولي صحيحاً، ولا يكون للأصيل حق الشرط ولا الخيار إذا تخلف المجبى عن تنفيذ الشرط حتى إذا كان قد قبل بالشرط على نفسه.

لا يقال: بناءً على ما تقدم من كفاية وقوع الشرط قبل الإجازة وقبل تمام العقد من قبل المالكين في كونه شرطاً ضمنياً واجب الوفاء وداخلاً في عموم: «المؤمنون عند شروطهم» يكون هذا الشرط مع التزام المجبى به للأصيل شرطاً ضمنياً فيجب عليه الوفاء به، وإذا تخلف كان للأصيل الخيار.

فإنه يقال: إنما يكون الالتزام الشرطي قبل الإجازة شرطاً ضمنياً إذا كان التزام كل من المالكين معلقاً عليه، أي كان الالتزام من قبل من له الشرط معلقاً على قبول من عليه الشرط به، وفي المقام بناءً على لزوم العقد من طرف الأصيل يكون التزام الأصيل مطلقاً ولا يتحقق له تعليقه على التزام المجبى بالشرط، فيكون الالتزام من قبل المجبى للآخر شرطاً ابتدائياً محضاً.

وأثنا إذا قلنا بأن العقد الفضولي غير لازم قبل الإجازة حتى على الطرف الأصيل فالصحيح عندئذٍ صحة الإجازة ولزوم الشرط؛ لأنّ معنى ذلك أنّ الطرف الأصيل لا يزال مالكاً للتزامه العقدي، ويمكن أن يتراجع عنه قبل الإجازة، فهو كالابيجاب قبل القبول، فإذا أضاف شرطاً على الطرف الآخر وقبله والتزمه الآخر عند القبول أو عند الإجازة - كما في الفضولي - كان شرطاً ضمنياً، أي مشروطاً به التزام المالكين، فيكون نافذاً أيضاً، ومع تخلفه يكون للمشروط له الخيار.

بل على هذا المبني حتى إذا لم يكن الشرط المذكور نافذاً لكونه خارج انشاء العقد مع ذلك يمكن للأصيل أن يشترط ذلك على المميز ، بمعنى تعليق عدم رجوعه عن العقد على تحقيق الشرط له من قبل المميز أو تعليق المميز لإجازته على تقدير تحقق الشرط ، وهذا وإن كان يختلف عن خيار تخلف الشرط ضمن العقد في التكييف وفي الآثار ولكنه قريب منه من حيث النتيجة ومقصود من له الشرط كما لا يخفي .

ثم إن هذه الصورة حررت في تقريرات بعض أساتذتنا ^{بأنه إذا كان الشرط للأصيل على المميز فلا حاجة فيها إلى إجازة الأصيل للشرط صريحاً ، بل رضاه بالعقد المجرد عن الشرط بالفحوى والأولوية يكون رضا بالعقد المشروط بال الخيار ، فإذا أراد أعمل خيارة وإذا أراد أسقطه (١) .}

وهذا غريب ؟ فإن الشرط للأصيل على المميز لابد وأن يكون مفعولاً من قبل الأصيل على المميز ليلتزم به ، فلو كان قد أبرز من قبل المميز فقط من دون تعاقد عليه بينه وبين الأصيل ، أي من دون تعليق الأصيل قبولة بالعقد على التزام المميز به كان وعداً ابتدائياً صرفاً لا يجب الوفاء به ، ولا يكون للطرف الأصيل خيار أصلاً ، وكأنه وقع تشويش في التقرير ، فتصور أن هذا الشرط أيضاً يجعله المميز على نفسه للأصيل .

الجهة الثامنة : إجازة العقد هل تكون إجازة للقبض والإقباض

والبحث عن ذلك لابد من ايراده في مقامين :

- ١ - مقام الشبوت ، وأنَّ القبض أساساً هُل تجري فيه الفضولية والإجازة فيعقل فيه الاستناد إلى المالك بالإجازة أم لا؟
 - ٢ - مقام الإثبات ، وأنَّ إجازة البيع الواقع من الفضولي هُل يكون إجازة للقبض والإقباض الحاصل بين الفضولي والطرف الأصيل أم لا؟
- أما المقام الأول:** فالمقصود من البحث الشيوطي ترتيب آثار قبض المالك على قبض الفضولي بالإجازة اللاحقة من صحة العقد وتحقق النقل والانتقال فيما يكون مشروطاً به ، كما في الهبة وبيع الصرف والسلم أو زوال مسؤولية المتعاملين عن العوضين بالتسليم والتسلّم في المعاوضات حيث يجب على كل منهما تسليم ما بيده للآخر .

هذا إذا كان العوض شخصياً ومعيناً ، وإذا كان كلياً في الذمة أو مالاً مشاعاً فرائداً على ذلك يترتب بالقبض والإقباض تعين ذلك الكلي وتشخصه في ذلك الفرد المقوض ، أو فرز المال المشاع بذلك ، فهل يمكن ترتيب كل تلك الآثار على قبض غير المالك بجازته اللاحقة أم لا يمكن أم فيه تفصيل ؟

ولتوبيح الحال في ذلك لابد من الحديث في عدة نقاط :

- الأولى -** في حقيقة القبض والإقباض ، وهل هو فعل تكويني أو أمر إنشائي ؟
- الثانية -** في اشتراط المباشرة وعدمها في القبض والإقباض .
- الثالثة -** في جريان الفضولية وعدمها في القبض والإقباض .
- الرابعة -** في جريان الكشف والنقل فيه .

الخامسة - في ترتيب بعض الآثار المتقدمة على قبض الفضولي بالإجازة اللاحقة وعدمه.

أما البحث في النقطة الأولى : فلا ينبغي الاشكال في أنَّ القبض أو الاقباض ليس من العقود والايقاعات ، إلا أنَّ البحث في أنه هل يكون فعلًا تكوينياً صرفاً كالمشي والأكل ، أو أنه فعل قصدي لابد فيه من نية وقصد انشائي ؟

والصحيح التفصيل بين الموارد والأبواب الفقهية التي يتشرط فيها القبض ، ففي كل باب يجب فيه القبض والاقباض بعنوان وجوب الرد أو وجوب تسليم مال الغير إليه كما في ردَّ الغصب أو تسليم العوضين إلى المتعاملين ليس اللازم إلا فعل القبض الخارجي بمعنى جعله تحت يد المالك أو استيلائه عليه أو التخلية بين المال وبينه ، سواءً علم وقصد القبض والأخذ به أم لا .

ومن هنا ترفع مسؤولية الغاصب ، بل والبائع والمشتري بهذا المقدار من التسليم جزماً ، ودليل تلف المبيع قبل قبضه من مال مالكه أيضاً محمول على هذا المعنى ، أي قبل تسليمه أو تسلمه من قبل المشتري ؛ لأنَّ الظاهر إرادة القبض الواجب بمقتضى عقد البيع والذي هو من مسؤولية المتباعين وليس هو إلا التسليم والتسلُّم بالمعنى المذكور ، فلو حصل تسلُّم المشتري للمبيع ولو بهبوب الرياح ثمَّ تلف عنده لم يكن من مال البائع .

وفي باب قبض الدائن لدینه وقبض الفرد الخارجي من قبل من له الكلي على ذمة الغير وكذلك قبض الشريك لسهمه المشاع لابد من القصد والتعيين ، ولا يكفي مجرد الاستيلاء والأخذ ، بل يلزم أن يكون ذلك بقصد التعين للمال الذي في ذلك المال الخارجي ، أو قصد الفرز في المشاع ، فيكون القبض الموضوع في مثل هذه الأبواب والأحكام تصرفًا قانونياً وفعلاً انشائياً بحاجة إلى قصد التعين

أو الفرز ، وفي باب قبض المohoب له وقبض العائز للمال المباح أيضاً لا يكفي مجرد الاستيلاء على المال خارجاً بلا قصد التملك بذلك القبض ، بل ورضا الواهب بذلك القبض في الهبة ، حيث إنَّ القبض بقصد التملك فيها مؤثر في التملك مع اقراض الواهب ورضاه بذلك بحسب المتفاهم العقلائي والمستظہر من دليله الشرعي ، ولعلَّ الأمر كذلك في القبض والاقراض اللازمين في الصرف والسلم .

وأما النقطة الثانية: فلا ينبغي الاشكال في صحة قبض الغير بالتوکيل أو الإذن من قبل المالك ، وترتبط عليه الآثار فلا يشترط المباشرة . وقد يناقش فيه بأنَّ ذلك لا ينسجم مع فرض القبض فعلاً تکوينياً؛ إذ الأفعال التکوینية لا تنسب حقيقة إلا لمن يصدر منه الفعل بال المباشرة .
إلا أنَّ هذا الكلام غير تمام؛ فإنه يمكن تخریج قبض الغير في ترتيب الآثار حتى إذا كان القبض فعلاً تکوینياً بأحد أنحاء :

١ - أن يكون التوكيل في القبض مرجعه إلى إعطاء الولاية والنيابة للغير ، فيكون قبضه وتسليم المالي موضعياً للأثر مستقلًا من باب أنَّ ما هو موضوع الحكم إنما هو قبض الولي والمالي للتصريف لا المالك للمال بالخصوص ، وهذا التخریج يصح ترتيب تمام الآثار المتقدمة للقبض والاقراض التي تكون مرتبة على قبض أو اقراض الولي .

وهذا يصح بناءً على أنَّ الوکالة بايها باي النيابة والولاية ، وأنَّ فعل الوکيل بما هو فعل الولي والمالي للتصريف يكون نافذاً لا بما هو فعل منتسبي للمالك كما قيل ، والمراد مثا يقال في الوکالة من أنَّ قوله قوله ويده يدي أنه بحکم يدي قوله في النفوذ والولاية ، وهذا التخریج يصح في مثل موارد الوکالة والولاية ، أي في مورد قبض الوکيل والولي الخاص والعام .

٢ - أن يكون قبض غير المالك باذن أو أمر المالك قبضاً من المالك حقيقةً ، كما إذا قال له : (ادفع المال إلى فلان) ، وهذا يوجب تحقق الأخذ والاستيفاء من المالك والذي هو موضوع الآثار لا القبض بمعناه اللغوي ، ففي موارد التسليم والتسلّم أو الرد الواجب جعل المال في اختيار المالك ، وهذا يحصل بدفعه لمن أمره أو أذن له أيضاً ، بل قد يحصل بأمره بجعله في مكان ، فإنَّ هذا معناه جعله باختياره أو تحت أمره وتصرفه وهو كافٍ في التسليم والتسلّم ، فالقبض اللازم في تسليم المال أو رده إلى صاحبه معنى أوسع من القبض بيده ، فيتحقق من المالك بذلك حقيقة .

٣ - أن يكون القبض متضمناً لأمر إنشائي كتعيين الكلي في مصداق خارجي أو إنشاء التملك بالقبض ، أي يكون تصرفاً قانونياً فيصح فيه الإذن ، كما في الإذن بأخذ الدين أو فرز حصة الشريك ، وقد يكون الأثر مترتبًا على من قصد له ، كما في الحيازة بقصد التملك لنفسه أو للغير بناءً على أنَّ الحيازة توجب تملك المحاز له لا العائز بالخصوص ، ففي مثل هذه الموارد لا تشترط المباشرة في القبض كما في سائر الأمور الإنسانية ، فيصح ويترب عليه الأثر بالإذن أو من يقصد له .

٤ - أن يكون قبض الغير موجباً لتحقيق الأثر لغير المباشر بملك التسبب أو التبعية كما هو المشهور في تملك المستأجر لما يحوزه أجيره ولو حازه لنفسه فإنَّهم علّوا ذلك بالتسبب أو بملك الحيازة بالإجارة فيتملّك المال المحاز بالتبعية .

وأما النقطة الثالثة : فقد يقال فيها بعدم جريان الفضولية في القبض والاقباض
- كما إذا قبض شخص مال الغير له فضولة فيجيئه المالك - .

وهذا المدعى يتوقف على ما هو الموقف من أصل المعاملة الفضولية من حيث إن صحته على القاعدة أم من باب الدليل الخاص ؟ فإذا قلنا بأنَّ المعاملة الفضولية باطلة على القاعدة لعدم كونها عقد المالك حتى بعد الإجازة وإنما ثبت صحته في البيع بالدليل الخاص المتمثل في الروايات الخاصة المتقدمة في بحث الفضولي فعدم جريان الفضولية في القبض والاقباض يكون من جهة عدم الدليل عليه ، ولعله لهذا استدلَّ الشيخ الأنصاري ^(١) على عدم جريان الفضولية في القبض بأنه لا دليل على جريانها فيه .

وإن قلنا بأنَّ جريان الفضولية في المعاملات على القاعدة فقد يقال أيضاً بعدم جريانها في القبض والاقباض .

ويستدلُّ عليه ثارة : باشتراط المباشرة في تحقق الأفعال الخارجية وترتُّبُ أثرها . وقد عرفت جوابه في النقطة السابقة .

وآخرى : بأنَّ الإجازة تنفيذ لما أنشأه الفضولي ، وهذا يختص بباب الأمور الإنسانية الاعتبارية الصرفية فلا يجري في القبض والاقباض الذي هو من مقوله الأفعال حتى إذا كانت قصدية .

وفيه : ما تقدَّم من أنَّ نفوذها ليس بهذا الاعتبار فحسب ، بل يمكن أن يكون على أساس إعطاء الولاية أو ما تتحققه الإجازة من الانتساب بحيث يكون فعل الفضولي فعل المالك ، وهذا الانتساب يعقل في القبض والاقباض أيضاً ولو صدر من الغير كما شرحناه في النقطة السابقة .

هذا، مضافاً إلى أنَّ القبض إذا كان فيه أمر انشائي كالتعيين للكليل في الفرد المقبول أمكن تفيد هذا الأمر انشائي وامضائه بالإجازة.

وثالثة: بأنَّ الانتساب إلى غير المباشر وإن كان جارياً في القبض والاقباض إلا أنه باعتبارها فعلاً تكوبنياً وليس أمراً انشائياً صرفاً فلا يتحقق الانتساب إلا إذا حصل ذلك الفعل خارجاً بتسبيب أو توكيل أو إذن من المالك لا بالإجازة اللاحقة؛ فإنَّها لا تجعل ما وقع من الغير من الفعل الخارجي وبلا تسبيب أو توكيل منه منتسباً إلى المجيز.

فالحاصل: فرق في تحقق الانتساب بين الأمور الانشائية الاعتبارية والأفعال الخارجية؛ فإنَّ الأول يكون الرضا والإجازة اللاحقة المتعلقة بها موجباً لانتسابها إلى المجيز وهو المالك حقيقة ولو باعتبار أنها أسامي للمسبيات لا الأسباب والانشاء الذي هو فعل تكوبني، وهذا بخلاف الأفعال الخارجية؛ فإنَّها لا تتناسب إلا إلى المباشر لها أو المسبب إلى تتحققها، ولا أثر للإجازة اللاحقة في ذلك بما هي إجازة؛ لأنَّها ليست من علل وأسباب وجود الفعل الخارجي وهو القبض الحاصل من قبل الفضولي سابقاً. كيف، وهي معدومة حين القبض.

وبهذا البيان ظهر بطلان قياس الإجازة اللاحقة للقبض والاقباض بالإذن أو أو التوكيل السابق الذي يكون التسبب فيه معقولاً كما صدر عن بعض الأعلام ^{١١}.

وقد يناقش في هذا البيان بأنَّ الإجازة اللاحقة بالقبض والاقباض تجعل فعل الغير منتسباً إلى المجيز ولو بمعنى أنه مرضي عنده؛ لأنَّ الإجازة رضا به،

والرضا يتعلق بأمر متقدم وهو قبض الفضولي ، ولا يلزم محذور انقلاب الواقع عمّا وقع عليه أو تعلق الرضا بالمعدوم ؛ فإن المتعلق الحقيقى حتى في الرضا المقارن إنما هو الوجود العنوانى الذهنى بما هو فانٌ في الخارج لا الوجود الخارجى ، فإذا كان الرضا بالقبض من المالك وحده كافياً في ترتيب ذلك الأثر أو كان الرضا به محققاً لعنوان أوسع من القبض كالأخذ أو إعمال السلطة أو نحو ذلك المتسب إلى المالك وكان ذاك العنوان هو موضوع الأثر - كما ذكرنا مفصلاً في النقطة السابقة - فلا محالة يتحقق ذلك بالإجازة اللاحقة أيضاً ، فالانتساب يتحقق بالإجازة المتأخرة أيضاً .

هذا ، والصحيح أن يقال : إن القبض والاقباض لو أريد به القبض المجاز أو المرضي به من قبل المالك فهذا تجري فيه الفضولية لا محالة ؛ إذ بالإجازة والرضا المتأخر ينتمي القبض إلى المالك بهذا المعنى ، أي يصدق عليه القبض المرضي والمقبول للمالك .

إلا أنه قد تقدم أن القبض الذي يجب فيه المعاوضات لا يراد به ذلك بل المراد به كون الشيء تحت اختيار المالك وفي حوزته ولو بالتسبيب ، ومن الواضح عندئذٍ أن هذا العنوان إنما يتحقق بإجازة المالك حقيقة فيما إذا كان المال موجوداً بيد ذلك الغير حين الرضا والإجازة ، فتكون الإجازة والرضا بضميه إلى وجود المال خارجاً عند الغير محققاً لعنوان كون الشيء تحت اختيار المالك الذي هو القبض والاقباض ، وهذا يعني أن الإجازة مع وجود المال في حوزة الفضولي ايجاد للقبض لا أنه إجازة وتنفيذ لقبض موجود سابقاً ، وقوام الفضولية بأن يكون الشيء موجوداً سابقاً كالبيع الانشائى والإجازة تنفذه أو توجب صحته بتنفيذ ورضا المالك به أو انتسابه إليه ، ومن هنا قيل بأن الإجازة ليست بيعاً ، ومثل هذا لا يعقل في القبض والاقباض بعد تحليله وارجاعه إلى ما ذكرناه ، بل

تكون الإجازة بقبض الغير محققاً لقبض المالك حقيقةً إذا كانت العين باقية تحت قبض الفضولي، فهو ايجاد وانشاء للقبض بقاء وليس امضاء له.

نعم، في الموارد التي لابد فيها من قصد التعين للكلي بالقبض أو نحو ذلك من الأمور الانشائية يمكن أن تجري فيها الفضولية في القبض وتكون الإجازة إمضاء لذلك الأمر الانشائي السابق من الفضولي.

كما أنه إذا فرضنا أنَّ باب الإجازة باب التنفيذ لصرف الفضولي وجعله كالوكيل ولِيَا في فعله السابق جرت الفضولية في القبض بأن يقال عندئذٍ بأنَّ الإجازة للعقد المذكور يجعله ولِيَا في ذلك التصرف من أول الأمر بناءً على الكشف ومن حين الإجازة بناءً على النقل، فيكون قبضه واقباضه قبض الولي واقباضه فيصبح بما هو مستند إليه لا إلى المالك.

وهكذا يتضح أنَّ جريان الفضولية وصحة القبض عن المالك بالإجازة اللاحقة بحيث يترتب الأثر على قبض الفضولي واقباضه يتوقف على اختيار أحد المبني التالية:

إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ مُتَضَمِّنًا لِمَعْنَى اِنْشَائِي كِتْعَبِينَ الْمَالِ الْكُلِّيِّ أَوْ الْمَشَاعِ فِي مَالِ خَارِجِيِّ، وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ الإِجازَة اعْطَاءً لِلْمُوَلَّاَةِ وَالنِّيَابَةِ عَنِ الْمَالِ لِلْفَضُولِيِّ، فَيَكُونُ قَبْضُهُ وَاقباضُهُ مِنْ قَبْلِ الْوَلِيِّ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الأَثْرُ مُتَرَبِّاً عَلَى الْقَبْضِ الْمَرْضِيِّ بِهِ مِنْ قَبْلِ الْمَالِكِ لَا قَبْضُ الْمَالِكِ بِالْخُصُوصِ.

وَأَمَّا إِذَا قَلَّنَا بِأَنَّ قَبْضَ الْمَالِكِ يَتَحَقَّقُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَتَسْبِيبِهِ إِلَى الْقَبْضِ وَالْاقباضِ مِنْ قَبْلِ الغَيْرِ فَعَلَى هَذَا الْمَبْنِي لَا تَجْرِيَ الْفَضُولِيَّةُ فِيهِ، بَلْ لَابْدُ مِنْ بقاءِ الْمَالِ مَقْبُوضاً تَحْتَ يَدِ الْفَضُولِيِّ لِيَأْذِنَ الْمَالِكُ بِالْحَصَةِ الْبَقَائِيَّةِ لِلْقَبْضِ، فَيَكُونُ مَسْبِبَّاً مِنْ قَبْلِهِ وَمَحْقِّقاً لِقَبْضِ الْمَالِكِ بِقاءً حَقِيقَةً، وَهَذَا لَيْسُ مِنَ الْفَضُولِيَّةِ كَمَا لَا يَخْفِي.

وأما النقطة الرابعة: أعني جريان الكشف والنقل في المقام فبناءً على عدم جريان الفضولية في القبض والاقياض؛ لأنّ القبض يراد به وقوع المال تحت سلطنة المالك أو استيفائه، وهذا إنما يتحقق بالإجازة من المالك مع فرض بقاء العين في حوزة الفضولي حين الإجازة فلا معنى لفرض الكشف فيه، أي لا موضوع له؛ لأنّ القبض يصدر من المالك حقيقة لا الفضولي، وأماماً إذا فرض أنّ القبض يتضمن أمراً انشائياً يتحقق بقبض الفضولي السابق بأن يكون كالأمور الانشائية متسبباً بالإجازة إلى المالك فلا مانع من تصوير الكشف فيه بأن يكون الرضا اللاحق سبباً لتعيين المقبوض من حينه؛ لأنّ مرجعه إلى الشرط المتأخر للحكم بالتعيين أو برفع المسئولية، ولا محظوظ فيه.

بل قد عرفت أنّ ظاهر أدلة تحليل الأمة أنّ الرضا المتأخر من المالك بالوطىء المتقدم للأمة وإذنه اللاحق به يرفع الحرمة الوضعية من أول الأمر، مما يعني أنها مشروطة بعدم الرضا الأعم من المقارن واللاحق. وقد حققنا في محله أنه لا محظوظ فيه.

ومنه يتضح أنّ الكشف في الحكم التكليفي بجواز التصرف أيضاً يكون معقولاً ثبوتاً بناءً على إمكان الشرط المتأخر، غاية الأمر قد يكون على خلاف ظاهر الأدلة إثباتاً.

ومنه يظهر عدم صحة ما ذكره الميرزا النائي^{١١} من أنّ الكشف غير معقول هنا كما هو غير معقول في العقود الإذنية التي قوامها بالرضا والإذن من المالك، فإنه يعقل ثبوتاً أن يتعلّق الرضا اللاحق بالانتفاع السابق فيحق له الانتفاع من أول الأمر، نظير أن يبيع المالك ما له من قبل لا من حين العقد.

نعم، يكون ذلك خلاف ظاهر أدلة صحة العقود وشرطية الرضا الظاهر في اشتراط المقارن.

وقد أفاد بعض أساتذتنا العظام في المقام تبعاً للميرزا الثانيي^{١١}: (أنَّ نزاع الكشف والنقل غير جار، بل لابد من الالتزام بالنقل فيه؛ وذلك لأنَّ القبض ليس من الأمور التعليقية كإجازة البيع ليكون مقتضى نفوذه وشمول العمومات له الحكم بتحقق الملكية والمبادلة السابقة من حين تحقق الإجازة، بل يكون إجازة القبض كقبض المميز، وهو إنما يتحقق من حينه، فإذا فرضنا أنَّ العقد الواقع فضوله كان الهبة المشروطة بالقبض يكون حصول الملكية بها من حين إجازة القبض، وهذا معنى النقل).^(١)

والظاهر أنَّ مقصوده في أنَّ القبض أمرٌ دائِر بين الوجود والعدم، وليس كالمجموعات الاعتبارية الإنسانية التي هي أمور تعليقية بحيث يمكن جعلها معلقاً على تتحقق الإجازة ليعقل فيه الكشف ولو الحكمي، فبالإجازة يتتحقق القبض من قبل المالك حقيقةً بنفس الإجازة كالقبض من المالك، فيكون من النقل لا محالة.

وقد عرفت أنَّ هذا مبني على أن يكون القبض والاقباض أمراً تكوينياً أو متقوماً به، وهو وقوع المال تحت استيلاء المالك وفي حوزته وتحت إرادته، فيكون إذنه أو إجازته بقبض الغير له أيضاً مصداقاً لما يكون تحت إرادته واستيلائه، وهذا إنما يصدق إذا كان قبض المال من قبل الغير باقياً حين الإجازة وإلا لم يصدق ذلك، وأماماً على سائر المبني المتقدم شرحها فيعقل الكشف في القبض والاقباض أيضاً كما تقدم شرحه.

فالحاصل: الميزان في عدم جريان الكشف في إجازة القبض أن يكون القبض فعلاً تكوينياً صادراً من المميز بلحاظ مرحلة بقاء العين، أي الحصة البقائية من قبض الغير؛ لكونه نحو استيفاء له ودخول في سلطنته، وأما إذا قيل بأنّ قبض الفضولي يصح برضاء المالك بما هو قبض غير مرضي من قبل المالك فيمكن أن يجعل ذلك بنحو الشرط المتأخر، أي القبض المرضي فيما بعد، وكذلك إذا قلنا بأنّ الإجازة اعطاء ولایة للغير أو تنفيذ لأمر انشائي يحصل بالقبض فينسب إلى المالك من أول الأمر.

وأما النقطة الخامسة: فقد وقع البحث في آثار ثلاثة لقبض الفضولي وترتبيها إذا أجاز المالك أو عدم ترتيبها:

أحدها: ارتفاع ضمان البائع للعوض على أساس قاعدة أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه.

الثاني: صحة بيع الصرف والسلم وعدم انفساخه أو بطلانه بالافتراء.

الثالث: تعيين المال الكلّي في الذمة أو في المعين أو المشاع في المصداق الخارجي الذي يقبضه الفضولي.

وقد فصل الشيخ ^{رحمه الله}^(١) فذكر أنّ المقبوض إذا كان مالاً شخصياً كانت الإجازة المتأخرة مصححة للأثرين الأول والثاني دون الثالث. أمّا الأثر الأول فلأنّ الإجازة تعني اسقاط ضمان المال عن عهدة البائع وهذا من حقه، وأمّا الأثر الثاني فلأنّ تلك الإجازة تعني رضا المالك بالقبض بقاء وكون القبض برضاء المالك ولو بقاء يكفي للتقابض اللازم في بيع الصرف والسلم.

وأثما الأثر الثالث فالحكم به مشكل ؛ لأنّ تصحّيحة بالإجازة بحاجة إلى دليل معتم لحكم عقد الفضولي إلى قبضه واقباضه .

وهذا البيان مرجعه بحسب الحقيقة إلى انكار جريان الفضولية في القبض والاقباض من جهة عدم الدليل عليه ، وأنّ صحة الفضولي بالإجازة لا تكون على القاعدة وبحاجة إلى دليل وهو مفقود في غير العقود .

وأثما ترتيب الأثرين الأول والثاني بالإجازة المتأخرة فليس من أجل ذلك ، بل لأنّ للملك الحق في اسقاط ضمان البائع عن العوض ولتحقيق القبض والاقباض الحاصل في الصرف والسلم بعد الإجازة بقاءً وهو كاف في صحة الصرف والسلم .

ومنه يظهر أنه لا يرد عليه ^{بيان} ما أورده بعض أساتذتنا العظام ^{بيان} من أنه أي فرق بين أثر وآخر ؟ فإذا ترتب بعضها بالإجازة المتأخرة لقبض الفضولي ترتبباقي ، وقد اختار ترتيبها جميعاً ؛ لأنّ صحة التصرف الفضولي بالإجازة ثابتة على القاعدة ولا تحتاج إلى دليل خاص ، بل كل ما يصح بالإذن المتقدم من الملك يصح بالإجازة المتأخرة منه ^(١) .

وجه عدم ورود هذا الإشكال واضح ؛ فإنّ الشيخ ^{بيان} لا يريد ترتيب الأثر الأول والثاني من باب جريان الفضولية في القبض بل من باب آخر ، وهو حق الملك لاسقاط ضمان البائع بعد إجازة البيع ، وكذلك تحقق القبض من الملك حقيقة بقاء بالرضا بالقبض الحاصل ، ولا ربط لشيء منها بجريان الفضولية في القبض وتصحيحة بالإجازة .

نعم ، يرد على الشيخ ^ش بالنسبة للأثر الأول أنَّ الحكم المذكور ليس ضماناً ولا حفلاً للمشتري ليقبل الاسقاط ، وإنما هو حكم شرعي بانفساخ البيع أو بطلاهـ . - على ما سيأتي توضيحة في محلهـ .

كما ويرد على ترتيب الأثر الثاني بأنَّه فرع بقاء التفاصيل إلى زمان الإجازة ، أمّا إذا كانت العين تالفة أو استرجع العوضان بأي عنوان فلا يتحقق قبض المالك بعد الإجازة حتى بقاء ، أي لابد من وجود حصة بقائمة للقبض فيجيزها المالك لكي يصدق عليه قبض المالك بقاء .

وذكر المحقق الأصفهاني ^(١) تفصيلاً آخر بين ما إذا كان القبض والاقباض موضوعاً لحكم أو شرطاً في التأثير ، ففي الأول كالقبض في قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائمه ، فحيث إنَّ القبض لا ينتمي إلى المالك إلا بالإجازة والانتساب أمر واقعي لا يعقل تقدمه على ما به الانتساب ففي ما إذا كان موضوعاً لحكم لا يتربى عليه الحكم إلا حين تحقق موضوعه ، فإذا كان متعقباً بالتلف فهو من باب التلف قبل القبض ؛ لأنَّ قبض الأجنبي كلا قبض ، وحين انتسابه إلى المالك مسبوق بالتلف .

وفي الثاني كالقبض في الصرف والسلم حيث إنه شرط في تأثير العقد في الملكية ، أمكن أن يكون القبض المنسوب إلى المالك حال الإجازة شرطاً متأخراً للملكية حال العقد أو حال القبض .

ويمكن الملاحظة على كلا الشقين :

أمّا الأول : فبأنَّ الموضوع للأثر وهو القبض لو كان عبارة عن القبض

المرضى أو المنسوب إلى المالك ولو فيما بعد أو المتعقب برضاه فمع مجيء الرضا والإجازة يكشف أن القبض السابق كان مرضياً فلا يصدق تلف البيع قبل القبض المرضى للمالك ولو فيما بعد أو المتعقب برضاه، وكذا إذا كانت الإجازة بمعنى إعطاء الولاية للفضولي فيكون ولها في القبض.

نعم، لو كان الميزان بالتلف قبل قبض المالك بوقوعه قبل انتساب القبض إليه بمعنى تتحقق منه بالفعل واستيلائه عليه خارجاً صحيحاً ما أفاده ^{بيان} في هذا الشق ولم يصح في الشق القادم على ما سيأتي.

إلا أن هذا ليس باعتبار أن القبض وقع موضوعاً لحكم لا شرطاً لتأثير موضوع آخر؛ فإنه قد تحقق في محله أن الشرط والموضوع واحد في باب الأحكام، وهذه التعبيرات مجرد مصطلحات فلسفية فيمكن في باب الانفساخ بالتلف قبل القبض أن يجعل موضوعه التلف قبل ذات القبض المنسوب لا الانتساب، فتكون الإجازة اللاحقة حتى بعد التلف مثبتة لصحة العقد وعدم الانفساخ من أول الأمر، وإنما تمام النكتة استظهار أن التلف الموجب للانفساخ هو التلف قبل انتساب القبض إلى المالك وارتفاع مسؤولية البائع عنه والذي لا يتحقق إلا زمان الذي هو زمان الإجازة. بل قد عرفت أن القبض لم يتمحّق أصلاً حتى القبض المنسوب بناءً على المعنى الذي شرحناه في مفهوم القبض الذي هو فعل تكويني لا يصدق إلا بوجود العين بقاءً تحت استيلاء المالك.

وأما الثاني: فلأن المفروض أن ترتيب الأثر منوط بقبض المالك، أي لا تحصل الملكية إلا بقبضه فيما لو قبض بنفسه، وعنده إذا قبض الفضولي عنه في الصرف والسلم ثم أجاز لم يتحقق قبض المالك إلا من حين الإجازة، وبالنسبة للحصة الباقيّة من قبض الفضولي .

فالميزان بملحوظة أنَّ ما هو شرط التأثير أو عدم الانفصال هل هو قبض المالك أي المنتسب إليه تكويناً وتحت استيلائه خارجاً، أو القبض المرضي للمالك ولو فيما بعد ، فعلى الأُول لا يعقل الفضولية في الفرعين ، وعلى الثاني يعقل فيما معاً.

هذا لو فرض أنَّ الشرط في صحة الصرف والسلم القبض من المالك ، وأمّا إذا كان الشرط التقابض في مجلس العقد فإذا كان مجلس العقد باقياً إلى زمان الإجازة فلا إشكال ، وإلا فإنْ قيل بكفاية تقابض المتعاقدين فيه – كما لا يبعد ذلك ؛ لأنَّ القدر المتيقن من دليل الشرطية الوارد بلسان (يداً بيده) ليس أكثر من البطلان إذا لم يكن يداً بيد أصلأً لا من المالكين ولا من المتعاقدين في مجلس العقد ، فيبقى غيره تحت اطلاقات الصحة ، أي المستفاد أنَّ الشرط عدم تأخير القبض والاقباض عن زمان الحكم على العقد بالصحة ولو من المتعاقدين لا أكثر ، وهذا حاصل في المقام – فلا إشكال .

وإنْ كان الميزان بتقابض المالكين في مجلس العقد ، فإنْ استظهر منه إرادة مجلس تحقق عقد المالكين فأيضاً يكفي التقابض في مجلس الإجازة ، وإلا بأنَّ استظهر اشتراط التقابض من المالكين في مجلس العقد الانشائي منها فلما يتحقق هذا العنوان حتى بالإجازة اللاحقة فتبطل المعاملة .

والصحيح أنْ يقال :

أمّا بالنسبة لترتيب الأثر الأُول فالصحيح عدم ترتيبه بالإجازة المتأخرة ؛
وذلك :

أولاً - لما تقدم من أنَّ تلف المحل للعقد والعوض قبل الإجازة يوجب بطلان الإجازة ورفع محلها وعدم صحتها ، ومعه لا يتحقق نقل وانتقال أصلأً لكي يكون

تلف المال من تلف المبيع قبل قبضه ، بل هو باقٍ على ملك المالك الأول والتلف لماله .

وثانياً - لو قلنا بأنَّ التلف لا يرفع محل الإجازة مع ذلك نقول بعدم كفاية إجازة القبض في ترتيب هذا الأثر ؛ لأنَّ المستظہر من دليله لزوم أن يقع العوض بيد المالك بعد تصرُّفه القانوني والتزامه ، أي المناط أن لا يتلف قبل تمكّنه منه بالتزامه وتراضيه به ، فيكون المعيار بزمان التراضي والتزام المالك لا مجرد انشاء العقد .

وأمّا ما ذكره الشيخ ^{رحمه الله} ^(١) من أنَّ للمالك أن يلغى ضمان البائع على القاعدة فقد عرفت أنَّ المقصود من كون التلف من مال بائمه انفساخ العقد وبطلانه لا ضمان البائع لبدل المبيع ، وهذا حكم شرعي وليس حقاً وضماناً ليكون اسقاطه على القاعدة .

وأمّا بالنسبة للأثر الثاني ، فإذا استظہرنا من دليل شرطية التقادب في الصرف والسلم اشتراط استيلاء المالكين على العوض في مجلس التعاقد الملزم للمالكين فلابد من بقاء التقادب إلى زمان الإجازة ، وتكون إجازة القبض الباقي محققة لذلك .

وإذا اكتفينا بتحقق القبض والاقباض ولو في مجلس العقد إذا كان مرضياً من قبل المالك أو قلنا بأنَّ الإجازة إعطاء للنيابة والولاية للفضولي فيكون قبضه واقباضه قبضاً واقباضاً للولي في مجلس التعاقد ترتُّب هذا الأثر أيضاً حتى بنحو الكشف كما لا يخفى .

وأمّا بالنسبة للأثر الثالث ، فقد ظهر متى نقدم في النقاط السابقة جريان

الفضولية فيه ؛ لأنّ تعين الكلّي أو فرز المال المشاع تصرّف قانوني وفعل انشائي كسائر الأفعال الانشائية والتصرّفات القانونية تجري في الفضولية وينتسب ذلك الأمر الانشائي إلى المالك بالإجازة .

نعم ، ليس هذا عقداً بل هو ايقاع وإرادة منفردة ، فلو قيل بعدم صحة الفضولية في الايقاعات - كما قيل وادعى عليه الإجماع - لم يترتب هذا الأثر بالإجازة المتأخرة إلا إذا كان القبض باقياً إلى زمان الإجازة ، فيكون إجازة المالك لذلك تعيناً فعلياً لا محالة .

ولكن الصحيح جريان الفضولية وصحة الايقاع الفضولي بالإجازة على القاعدة .

ويترتب على ما ذكرناه أنّ المقبوض من قبل الفضولي إذا تلف قبل الإجازة فإنّ كان البيع شخصياً بطل العقد - وكذا إذا تلف عوضه الشخصي - وأمّا إن كان البيع كلّياً وكان قبض الفضولي من أجل التعين للكلّي في الخارج فللمجيز أن يجيز العقد ولا يجيز القبض ، فيصبح العقد ويكون مستحقاً للكلّي على الطرف الأصيل ، ولا وجه فيه لبطلان العقد بالإجازة ، كما أنّ له أن يجيز القبض أيضاً ، فيكون التلف من ماله .

لا يقال : مثل هذا العقد المجاز أيضاً لا يكون الغرض النوعي للمساعدة محفوظاً فيه ، فلا بد وأن يكون باطلاً بناءً على نظرية السبب ولزوم بقاء الغرض النوعي وإمكانه في العقود المالية .

فإنه يقال : مع فرض إمكان إجازة العقد وتصحيحه بدون إجازة القبض يكون إمكان الغرض النوعي والسبب محفوظاً فيه ، وإنما شاء المالك نفسه أن يجيز قبض الفضولي ويتحمّل تلف العوض عنده ، وهذا لا ينافي إمكان الغرض النوعي كما هو واضح .

فرق واضح بين قبض العوض الشخصي قبل الإجازة وقبض فرد من العوض الكلي التالف قبل الإجازة، فلا ينبغي الخلط بينهما.

المقام الثاني: في البحث الإثباتي عن أنّ إجازة البيع الفضولي هل تستلزم إجازة القبض والاقباض الواقع منه أم لا؟

وواضح أنّ إجازة البيع أو العقد لا تستلزم إجازة القبض والاقباض، إلا إذا فرض توقف صحة البيع على ذلك، وعلم المجيز به، فإنه عندئذٍ يستظهر من إجازته البيع لتصحّيده بدلالة الاقتضاء إرادته إجازة القبض والاقباض أيضاً.

إلا أنّ هذا في فرض علمه بل وتوجهه وكونه في مقام الإنشاء والرضا فيستكشف من سكوته الرضا بالقبض، فالدلالة تصديقية سكوتية مشروطة بمثل هذا المقام، وليس دلالة التزامية واقعية نفس أمرية كما هو ظاهر الشيخ الأنباري رحمه الله؛ لأنّ الإجازة أمر انشائي، وإنشاء أو قبول أحد الفعلين للفضولي لا يستلزم إنشاء الفعل الآخر له؛ لأنّ الابشارات أفعال اختيارية لابد من قصدها، وهذا لا يكون إلا إذا التفت المجيز إلى التوقف المذكور ولو إجمالاً واحتمالاً وأجاز العقد الصحيح بكل ما يتوقف عليه، فإنه قد يستظهر من ذلك حينئذٍ إنشاء الفعل المتوقف عليه العقد الصحيح أيضاً ولو إجمالاً وكفاية ذلك في إنشاء الإجازة والإمضاء.

ثم إنّ الشيخ الأنباري رحمه الله^(١) قد تردد في الحكم بالبطلان في عقد الفضولي إذا كانت صحته مشروطة بالقبض والاقباض كالصرف والسلم إذا صرّح المجيز

بإجازة العقد دون القبض أو رده لاحتمال أنه من الرد بعد الإجازة الذي لا أثر له.

وفيه: أنه إنما يصح إذا كانت الدلالة الالتزامية ثبوتية نفس أمرية، وقد عرفت أنها ليست كذلك؛ لأن الإجازة والرضا بالقبض بل بأي أمر يحتاج إلى إنشاء وقصد لذلك التصرف ولو إجمالاً، وهو إنما يمكن أن يستكشف من السكوت مع العلم والتوجه الذي ذكرناه، وأمام التصریح بالعدم فيكون ذلك قرينة على عدم ارادته بالإجازة لأكثر من إجازة العقد ولو من جهة جهله بتوقف صحة العقد على إجازة الفعل الآخر أو غفلته عن ذلك، والمفروض أنه وحده لا يكفي في الصحة، فالحكم بالبطلان متعین.

هذا إذا اشتربنا في صحة الصرف والسلم القبض المنسوب إلى المالك وعدم كفاية قبض العاقدين في بيع الصرف، وإلا لم يكن رده للقبض مؤثراً أصلاً.



الجهة التاسعة: الشروط المعتبرة في المجيز

وهي أمور:

الشرط الأول: أن يكون المجيز نافذ التصرف حين الإجازة، واعتبار هذا الشرط واضح سواء فسّرنا الإجازة بأنه توکيل للضولي متأخر عن تصرفه الانشائي أو أنه امضاء واجاد لانتساب العقد إلى المجيز فإنه على كلا التقديرين تكون الإجازة تصرفاً انشائياً وعملاً قانونياً يشترط في صحته ونفوذه ثبوت الأهلية والنفوذ لتصرفاته ، فلو كان صبياً أو مجنوناً أو سفيهاً أو محجوراً عليه لم تنفذ إجازته.

ولا فرق في ذلك بين القول بالنقل أو الكشف الحكمي أو الحقيقى ؛ إذ الرضا من المالك المجيز شرط في صحة العقد - ولو بنحو الشرط المتأخر - بل هو ركن في المعاملات ، فلابد وأن تكون إجازته تامة من حيث الأهلية وشروط النفوذ حين صدورها ، وقد تقدم بحث ذلك سابقاً أيضاً.

الشرط الثاني: وجود المجيز حين العقد. وقد اشترط ذلك مشهور الفقهاء ، وقد تقدم نقله عن فقهاء العامة أيضاً.

وقد اختلف في تفسيره ، فذكر بعض الأعلام فيه ثلاثة احتمالات:

الاحتمال الأول: أن يراد اشتراط وجود ذات المجيز بأن يكون من يمكن أن يجوز العقد الضولي حين صدوره ، أي أن يكون للمال مالك نافذ التصرف أولى بذلك.

وأشكال عليه: بأنه غير متصور في الماليات ؛ لأن الإمام أو الحاكم ولـي من لا ولـي له . نعم ، قد يتصور ذلك في نكاح الصغير أو الصغيرة بناءً على عدم ثبوت الولاية للإمام علـيـلاً على نكاحهما .

الاحتمال الثاني: أن يراد اشتراط وجود المجيز بما هو مجيز، أي إمكانه عقلاً - لا تتحقق الإجازة بالفعل، وإن لم يكن العقد فضولي - فتخرج صورة ما إذا لم يمكن الوصول إلى المجيز عقلاً حين العقد.

الاحتمال الثالث: أن يراد وجود المجيز في قبال عدم وجود المجيز لوجود المانع عن الإجازة شرعاً، كما إذا كان قد بيع مال اليتيم بأقل من قيمته فلم تصح إجازته؛ لعدم كونه بالتالي هي أحسن للبيتيم حين العقد الفضولي، إلا أنه بعد ذلك لهبوط قيمته ولو لوقوع تخريب عليه مثلاً أو غيره أصبح بمصلحة البيتيم.

وأفاد هذا العلم ^{بيان} بأن وجود المجيز بالمعنىين الأولين لا إشكال في عدم اعتباره؛ لعدم الدليل عليه، وأما الثالث فكذلك؛ لأن الميزان بزمان الإجازة؛ لأن زمان انتساب العقد إلى المجيز لا قبله، فلا بد من عدم المانع الشرعي حينه؛ ولهذا لو كان المانع الشرعي مفقوداً حين العقد الفضولي ولكنه وجد حين الإجازة لم تصح الإجازة كما في عكس المثال السابق.

كما أنّ ما أقيم من الدليلين في كلام العلامة ^{بيان} وغيره على البطلان من أنه إذا لم يكن المجيز موجوداً حال العقد امتنع صحته فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً ومن لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في الثمن والمشن.

مدفع: أما الأول منها فلأنه إنما يتم في الممتنع الذاتي لا الممتنع بالغير، فإنه إذا وجدت عليه أصبح ممكناً، بل واجباً بالغير. وأما الثاني منها فلأنه فرع القول باللزوم على المشتري - الطرف الأصيل - وقد تقدم عدمه، على أنه مشترك يثبت في صورة وجود المجيز حال العقد أيضاً إذا لم يجزه إلا بعد ذلك ^(١).

أقول: الظاهر أنّ مقصودهم من وجود المجيز حين العقد وجوده بما هو مجيز، أي مالك للإجازة، فلابد وأن يكون موجوداً حين العقد بنفسه ويكون مالكاً للإجازة بحيث كان يمكنه ايقاع العقد لنفسه من حينه، وهذا يشمل فرضين:

الفرض الأول: ما إذا لم يكن مجيز أصلاً حال العقد كما في النكاح للصغيرين على ما ذكر، بل وفي الماليات أيضاً إذا تصدق أو وهب أحد مال الصبي فضولة فإنه لا ولایة للولي على مثل هذا التصرف أيضاً، وإن كان بصلاح الصبي من حيث الآثار المعنوية لا المادية؛ لظهور أدلة الولاية في اشتراط أن يكون التصرف أحسن مادياً بحال اليتيم، فلا ينحصر الاحتمال الأول في غير الماليات كما قيل.

الفرض الثاني: ما إذا كان له مجيز حدوثاً ولكن غير من يجوز بقاءه، كما إذا بيع مال الصبي فضولة وكان يمكن لوليه الإجازة إلا أنه لم يجز حتى بلغ فأراد أن يجيزه بنفسه أو انتقل المال المبيع فضولة من مالكه قبل أن يجيز إلى الغير بإرث أو غيره فأراد أن يجيز البيع الفضولي الواقع أولاً.

وظاهر التعبير بوجود المجيز حين العقد وإن كان أقرب إلى إرادة الفرض الأول فقط لا كليهما خصوصاً لمن جمع بين هذا الشرط والشرط القاسم وهو أهلية المجيز حين العقد الذي قد يرجع إلى ملك الإجازة، إلا أنّ ملاك الاستشكال الذي سنذكره يشمل كليهما، وحاصله: أتنا لو فشرنا الإجازة للفضولي وحللناها على أساس اعطاء التباه والإذن في التصرف الواقع فضولة سابقاً من قبل من له حق الإذن والتوكيل فيه فهذا قد يقال إنه يختص بما إذا كان المجيز له ذلك بلحاظ زمان العقد الفضولي، فلا يشمل ما إذا لم يكن له ذلك. وإن شئت قلت: إن العقد الفضولي يراد تصحيحة بما هو عقد صادر من

الفضولي بعد صدور الإذن له ، والمفروض أنه بما هو عقد الفضولي صادر عنه في زمان لا ولایة للمجیز فی أن يأذن له بذلك ، سواءً كان يوجد من له الولاية ولم يجز أولاً . نعم ، على مسلك الاستناد وصحّة عقد الفضولي بما هو عقد المجیز لا الفضولي لا يشترط ذلك .

إلا أنّ هذا سوف يجعل هذا الشرط والشرط الثالث القائم واحداً ، بمعنى أنّ الشرط هو وجود المجیز بما هو مالك للإجازة حين العقد ، وظني أن الفقه العام ذكر هذا الشرط بهذا المعنى الجامع للشرطين ، والشيخ الأنصاري قد حلّله إلى شرطين : وجود المجیز وأهلیته للتصرّف ؛ لأنّا لا نجد عند العامة شرطاً آخر في المجیز غير ما ذكرناه ، فراجع كلماتهم .

هذا ، مضافاً إلى المناقشة في أصل هذا الوجه ؛ فإنّ الولاية إذا ثبتت في زمان فحالها حال الملك من حيث إنّ الولي يمكنه تنفيذ ما تقدم على زمان ولايته من التصرّفات الفضولية أيضاً إذا كان في نفوذها مصلحة بحال المولى عليه بلحاظ حال الإجازة والتنفيذ ، كما إذا أصبح ولیاً على شخصٍ من قبل القاضي أو إذا جنّ الولد مثلاً فإنه لا ينبغي الشك في صحّة إجازته لما وقع من العقود الفضولية على ماله قبل ولايته أيضاً ، ولو تزّلت فلا إشكال في إمكان اعطاء الولاية والمأذونية من زمان ولايته فلا موجب لبطلان الفضولي رأساً ، سواء كانت الإجازة من باب إعطاء الولاية للفضولي أو من باب انتساب عقده إلى المالك ؛ لأنّ عقد الفضولي ليس نقاً مقيداً بزمان العقد بالخصوص ، بل مطلق من هذه الناحية ، فييمكن لمالك المال فعلًا أن يجعله نائباً ولیاً في ذلك العقد ويؤثر من حين تملّكه له كما تقدم مثل ذلك في مسألة من باع شيئاً ثم ملك .

وممّا يشهد على عدم اشتراط أن يكون المجیز صالحًا للإجازة حين العقد ما ورد من صحّة نکاح الصغير أو الصغيرة باجازتها بعد البلوغ الشامل باطلاقه

لما إذا كان تزويجهما من غير الولي الشرعي كما هو منصرف بعض الأخبار أو مقتضى إطلاقها.

الشرط الثالث: اشتراط كون المجيز جائز التصرف حال العقد، وقد قسمه الشيخ ^١ إلى أن عدم نفوذ تصرفه تارة لعدم المقتضي؛ وذلك بعدم ملكه حين العقد أو بعدم أهليته، كما إذا كان صغيراً أو مجنوناً، ويمكن أن نصلح عليه بعدم الشرط - على حد تعبير المحقق الأصفهاني ^٢ - وأخرى يكون لوجود المانع عن نفوذ التصرف وهو تعلق حق الغير به كحق الديان في المفلس أو حق المرتهن في الرهن.

وكان اصطلاح الشيخ الأنباري ^٣ وتعبيره بالمقتضى والمانع يقصد به أن عدم نفوذ التصرف حين العقد تارة لقصور في نفس المجيز لا يرجع إلى الغير - وهو قد ينشأ من عدم الملك وقد ينشأ من عدم الأهلية فيه - وأخرى لوجود حق مزاحم ومانع عن فعليّة التصرف رغم قابلية المجيز له لو لا المزاحمة مع حق الغير.

ثم إن ذلك - أعني عدم نفوذ التصرف بعدم المقتضي أو للمانع - قد يكون واقعياً وقد يكون وهماً، بأن كان يعتقد عدم كونه مالكاً أو وليناً، أو كان مقتضى الأصل ذلك ولكنه واقعاً كان مالكاً أو مأذوناً أو وليناً.

وقد بحث الشيخ ^٤ عن كل ذلك ضمن مسأليتين رئيسيتين:
المسألة الأولى: عدم نفوذ التصرف حين العقد؛ لكونه محجوراً إما الصغر وجنون أو لتعلق حق الغير كالمفلس والعين المرهونة.

١ - كتاب المكاسب ٣: ٤٣٤.

٢ - حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٢: ٢٠٥.

٣ - كتاب المكاسب ٣: ٤٣٤ - ٤٣٥.

المسألة الثانية: عدم نفوذ تصرّفه حال العقد لعدم كونه مالاً حينه، وإنما ملك حين الإجازة.

وقد أورد التقسيم الثاني ،أعني التقسيم إلى عدم النفوذ الواقعي أو الوهمي في المسألة الثانية لأنّه أنسّب معها ومع ما فيها من التقسيمات ،ونحن قد بحثنا هذه المسألة وتابعها سابقاً تحت عنوان: (من باع شيئاً ثم ملك) فنقتصر هنا على المسألة الأولى .

وقد حكم الشيخ ^(١) في المسألة الأولى بالصحة وعدم الاشتراط ، وينبغي البحث فيها عن كل من فرض فقدان أهلية المجيز حين العقد تارة وجود حق الغير المزاحم أخرى فنقول :

أما الفرض الأول: فالصحيح فيه هو الصحة ،كما إذا بيع مال الصبي فضولة أو المجنون ثم بلغ أو أفاق فأجاز ،وهذا يتم على كلا المسلمين في تفسير حقيقة الإجازة ؛ إذ لا مانع من الصحة حتى على الكشف ،بل قد عرفت دلالة روايات باب النكاح على ذلك في النكاح ولا ربط لذلك بمسؤولية عبارة الصبي ؛ لأنَّ المفروض أنَّ البيع الفضولي قد وقع عن الكبير في مال الصغير .

نعم ،لو كانت المعاملة صادرة من قبل المحجور عليه زمان حجره وهو كالفضولي من حيث عدم النفوذ ،فهنا يأتي البحث عن كونه مسلوب العبارة كما يأتي البحث عن عدم احتياجه إلى الإجازة وكفاية نفس البلوغ ورضاه بعده في الصحة وعده ، وقد تقدم الكلام عن كلتا الجهتين في بحث اشتراط البلوغ من شروط الأهلية وأنَّه لابد من الإجازة .

وأما الفرض الثاني: وهو ما إذا كان المجيز حين العقد محجوراً عليه بفلس أو تعلق حق الرهن بماله فأيضاً لا إشكال في صحته بعد فك الرهن ورفع الحجر

وإجازة المالك؛ إذ لا موجب لتوهم البطلان إلا دعوى أن الدليل الدال على فساد بيع المفلس أو الراهن للعين المرهونة يقتضي بطلان عقده والإجازة لا تصح العقد الفاسد، وإنما تصح العقد القابل للصحة، أي الواجد للصحة التأهيلية، والمفروض أن عقد الراهن أو المفلس باطل غير نافذ حتى لو صدر منه فضلاً عما لو صدر من فضولي، فحال هذا العقد حال العقود الفاسدة التي لا تصح بالإجازة.

والجواب: أن البطلان إذا كان من جهة عدم الولاية، أي عدم ملك التصرف لا من جهة بطلان الإنشاء أو فساد المعاملة وعدم السببية شرعاً، فحاله حال الفضولي، بل هو هو بعينه، فإن نكتة بطلان عقد الفضولي ليس عدم الملكية؛ لوضوح صحة بيع غير المالك إذا كان مأذوناً أو ولياً، أي مالكاً للتصرف، فالفضولي هو كل عقد يصدر عن لا يملك ذلك التصرف المعاملى سواء كان منشأه عدم كونه مالكاً للمال أصلاً كالفضولي اللغوي أو عدم كونه مالكاً للتصرف وإن كان مالكاً للمال، فعندما يجيز المالك أو الولي ذلك التصرف يصبح صحيحاً؛ لاستناده إليه أو صيرورة الفضولي مأذوناً، وهذا واضح.

وبقي في هذا الفرض بحث آخران:

أحدهما - في جريان الكشف فيه بأن يستكشف تحقق النقل والانتقال من زمان البيع من أول الأمر بعد فك الرهن وارتفاع الحجر أو عدمه فلا انتقال إلا بلحاظ ما بعد زمان ارتفاع الحجر.

ثانيهما - في الحاجة إلى الإجازة إذا كان العاقد نفس المحجور عليه في زمان الحجر والرهن . وقد أفاد جملة من الأعلام^(١) في البحث الأول عدم جريان

الكشف فيه من زمان المحجورية . نعم ، يعقل فيه الكشف من زمان فك الرهن والحجر ؛ إذ عدم المحجورية والمرهونية قيد في ترتب الملكية ، نظير القبض في بيع الصرف والسلم ، فإنَّ الأثر لا يتربُّ عليه إلَّا بعد حصول القبض ، لأنَّ القبض يكشف عن ترتب الأثر عليه من حين صدوره .

وإن شئت قلت : إنَّ المال غير قابل للانتقال ما دام محجوراً ومتعلقاً لحق الغير ، فما لم يرتفع لا يمكن تأثير العقد في ايجاد النقل والانتقال حتى بالإجازة من المالك ، وهذا بخلاف إجازة المالك في بيع الفضولي للمال غير المحجور ، حيث يمكن فيه الكشف وتأثير إجازته في حصول النقل والانتقال من حين العقد ، فإنه ممكن في نفسه ولم يكن فيه قصور إلَّا من ناحية عدم إذن المالك ، والمفروض حصوله بالإجازة اللاحقة^(١) .

والتحقيق : أنَّ هذه النكتة اثباتية لا ثبوتية ، فإنه يمكن أن يعتبر القبض والاقباض فضلاً عن فك الرهن والدين شرطاً متآخراً في تأثير العقد من أول الأمر ، فلابد من ملاحظة مرحلة الإثبات .

وتوضيح ذلك : إنه تارة : يكون الحجر في المال لا المالك ، أي أنَّ القاضي أو الشارع حكم بعدم انتقال المال ما دام حق الغير موجوداً ، فهذا المعنى يمنع عن صحة الانتقال وينافيه ، فلا يعقل فيه الكشف ، كما لا يبعد ذلك في الحجر بالافلاس بحكم القضاء الظاهر في محجورية نفس المال وموقفيته ، فإنه نظير عدم انتقال التركة إلى الورثة قبل استخراج الدين منها وبقائها على ملك الميت والحجر بهذا المعنى صفة للمال تنافي الكشف لا محالة . نعم ، يعقل فيه الكشف الحكمي .

وأخرى: يكون الحجر بمعنى عدم ولادة المالك على النقل ما لم يؤدّي حق الغير، فإذا أداه كان وليةً على ماله حتى يلاحظ نقله في الأزمنة السابقة، فيمكّنه أن ينقله إلى الغير بعد أداء حقه بفك الدين والرهن أو اسقاط صاحب الحق ورضاه بذلك، فيكون الكشف معقولاً عندئذٍ، بل متعيناً بمقتضى إطلاق دليل صحة العقد الفضولي عن المالك بعد الإجازة على القاعدة؛ إذ الضرورة تتقدّر بقدرها ولا تنافي بين الكشف وهذا الحق.

وإن شئت قلت: إن الحق بمقدار أن لا يفوت حق الغير، وهذا يجامع الكشف لا محالة ولا ينافيه. ولا يبعد أن يكون حق الرهن من هذا القبيل، بل هذا متعين كما إذا تعلّق رضا من له حق الرهن بالعقد من أول الأمر.

وثالثة: يكون الحجر بمعنى حق الولاية للغير في التصرف في المال كالأب والجد في نكاح الباكرة. وفي هذا لا منافاة بين ثبوت هذه الولاية في زمان الحجر ونفاذ العقد من زمانه بعد ارتفاع الحجر برضاء المالك أو إجازته؛ لأنَّ الولاية لا تنافي حصول الكشف فيما بعد؛ إذ يمكن للولي أن يعمل ولاته في زمانها فيرتفع موضوع الكشف، وليس هذا إلا كولاية المشتري على ماله قبل إجازة المالك للبائع الفضولي بناءً على ما هو الصحيح من عدم اللزوم عليه، فإنه لا ينافي الكشف، فتدبر جيداً.

وأمّا البحث الثاني - وهو الحاجة إلى الإجازة إذا كان العاقد نفس المجيز في زمان الحجر - فقد أفاد فيه جملة من الأعلام أيضاً بأنه لا يحتاج هنا إلى الإجازة في تصحيح المعاملة، بل يكفي مجرد فك الرهن والدين في صحتها؛ لأنَّ المفروض أنَّ العاقد نفس المالك، فالاستناد الذي كان من أجله الإجازة حاصل في المقام؛ لأنَّه كان عقد المالك البالغ من حينه، غایة الأمر كان يوجد مانع عن تأثيره في حصول النقل والانتقال في الملكية في الزمان الأول وهو زمان

الحجر ، إلا أنَّ هذا المانع ودليله إنما يقيـد اطلاقات الصحة بمقداره لا أكثر ، فيرجع في الزمان الباقـي إلى عمومات الصحة ، فإنَّ المقام من صغريات كبرى الرجوع إلى عموم العام فيما زاد على مقدار التخصيص في الزمان ، وهذا لا يختص بالمقام ، بل يجري في موارد شرطية القبض والاقباض ونكاح العمة والخالة ، فإنه يصح بمجرد إجازتهم ورضاهما ، ولا يحتاج إلى إجازة من الزوج لعقده السابق ، بخلاف موارد الفضولي المصطلح حيث إنَّ موضوع العام وهو عقد المالك لا يتحقق إلا بالإجازة .

ونتيجة ذلك أنه لا تحتاج بعد فك الحجر أو رضا المرتهن بالبيع إلى الإجازة ولا إلى رضى المالك بالبيع إذا كان هو العاقد ، بل نفس البيع الصادر منه عن رضاه حين العقد كاف في التأثير من هذا الزمان^(١) .

ويمكن أن يلاحظ عليه :

أولاً - بالنقض بموارد صدور العقد من الصبي أو السفيه ثم ارتفاع ذلك بالبلوغ أو الرشد ، حيث إنَّ ظاهرهم لزوم تجديد العقد أو الإجازة بعده ، مع أنَّ البيان المذكور جار فيه أيضاً طابق النعل بالنعل ، بل ظاهر الإطلاق في روايات نكاح الصغير والصغيرة أيضاً الحاجة إلى الإجازة ورضاهما بعد البلوغ حتى إذا كان العقد صادرًا منها .

وثانياً - بالحل ، وحاصله : أنَّ القاعدة المذكورة إنما تصح فيما إذا كان موضوع العام فعلياً ومنطبقاً على مورد التخصيص الأزمني لا ما إذا كان عدم التفозд لعدم تحقق الموضوع كما هو الحال في بيع الفضولي ، حيث إنه ليس بيع

المالك ما لم يستند بالإجازة إليه وموضع الحكم بالنفوذ في العمومات عقد المالك للتصرف أي الولي عليه، وعندئذٍ نقول: لو كان الموضوع عقد المالك للمال صحة ما ذكر في المقام، إلا أن الصحيح أن الموضوع بحسب مناسبات الحكم والموضوع العرفية - على ما تقدم منا سابقاً - هو عقد المالك للتصرف، سواء كان مالكاً للمال أم نائباً عنه أم ولياً عليه.

وفي المقام دليل الحجر ونفي الولاية يرفع هذا العنوان حقيقة ، فلا يكون عقد المفلس وكذلك الصبي والسفيه عقد المالك للتصرف ولا رضاه وتعهده تعهد المالك للتصرف ، وهذا العنوان لا ينقلب عن حقيقته بفك الحجر والبلوغ ولا يصير عقد الولي والمالك للتصرف ما لم يصدر التزام وتصرف آخر منه بعد البلوغ وارتفاع الحجر ولو بالإجازة والامضاء .

وهذا هو المطابق مع المرتكزات العقلائية أيضاً ، حيث لا يرون كفاية مجرد فك الحجر في صحة ما أوقعه المحجور عليه من المعاملات المحكوم عليها بالبطلان بلا تحديد لها ولو بالإجازة .

لا يقال : العقد وإن حصل في زمان الحجر أو الصغر حدوثاً إلا أن له وجوداً بقائياً إلى زمان البلوغ ورفع الحجر ، فيكون بلحاظ وجوده البقائي عقد المالك للتصرف فتشمله العمومات .

فإنه يقال : لو سلمنا اعتبار البقاء للعقد غير النافذ فهذا لا يعني إلا بقاء التصرف الصادر بخصوصيته ونسبته التي تتحقق اعتباراً لا تبدل في الانتساب والخصوصية ، فقد الصبي والمحجور إذا كان له بقاء اعتباري فهو بقاء اعتباري لعقد من ليس له التصرف ولا يتبدل في وجوده البقائي إلى عقد من يملك التصرف ، وهذا واضح .

وبهذا عرف الوجه الفني للفرق بين موارد القبض والاقباض ومحل الكلام، فإنه هناك يكون العقد عقد المالك للتصريح قبل القبض والاقباض وبعده، والقبض دخيل في السبيبة لا الولاية والحجر.

كما ظهر بهذا البيان أنَّ دليلاً «أَوْفُوا بِالْعُهُودَ»^(١) و«أَخْلُّوا بِالنِّيَّةِ»^(٢) لا يمكن التمسك به لاثبات صحة العقد إلَّا من ناحية السبيبة للصحة واللزموم لا من ناحية نفي المحجورية فلا يصح التمسك به لاثبات صحة بيع الصبي أو السفيف لولا الدليل على بطلانه؛ لأنَّه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، نظير التمسك به في مورد الشك في الملكية أو المالية، وإنما لابد في نفي الحجر من التمسك بدليل آخر.

نعم، لو فرض أنَّ الحجر لم يكن بمعنى عدم ولاية المالك على التصرف، بل كانت ولايته فعلية إلَّا أنه لابد وأن لا يفوت حقَّ الغير واقعاً، بحيث يكون عدم إعمال الغير لحقه معناه فعلية السلطنة المطلقة للمالك على تصرفه من أول الأمر – وهذا هو المعنى الثاني المتقدم للحجر – صَحَّ العقد من أول الأمر بارتفاع الحجر وعدم اعمال من له الحق لحقه أو رضاه بالعقد.

بل لو كان الحجر بمعنى تقييد ولاية المالك برضاه من له الحق أيضاً صَحَّ العقد من أول الأمر برضاه من له الحق بذلك، فيكون نظير ما إذا جعلت الولاية لمجموع شخصين ولا يحتاج بعد إذن الآخر إلى تجديد الأول لعقده أو إجازته، وإنما قد يحتاج إلى ذلك إذا فرض موت الآخر مثلاً وانتقال ولايته إلى الأول، فيفصل في هذا المعنى للحجر بين إذن من له الحق وبين ارتفاع حقه، فإذا أذنت بنت الأخ

١ - سورة المائدة، الآية: ١.

٢ - سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

أو الأخت في الزواج بالعمة والخالة لم يحتاج إلى الإجازة بعده من الزوج، بخلاف ما إذا ماتت أو طلت.

اللهم إلا أن يقال بأن إجازتها إنما كانت من جهة حقها الذي ارتفع لا من جهة سلب المالك سلطنته كما إذا اشترط عليه ذلك ليكون من رجوع الولاية إليه فلا يحتاج إلى الإجازة في كلا الفرضين.

وفي تمام الموارد التي يقال فيها بعد الحاجة إلى الإجازة حتى مثل القبض والاقباض قد يقال باشتراط عدم رجوع المتعاقدين قبل تحقق الشرط عن اثنائهما وعقدهما، وذلك مطلب آخر وبنكتة أخرى هي ظهور دليل الصحة والنفوذ في اشتراطبقاء المسبب الشخصي الانشائي إلى حين تمامية شروط الصحة وقيودها.

ثم إنه قد يتوجه الاستدلال بما ورد في باب نكاح العبد بدون إذن سيده من كفاية إجازة المولى ولو بعد العقد في الحكم بالصحة بلا حاجة إلى تجديد العقد من قبل العبد أو إجازته لما صدر منه أولاً، على عدم الحاجة إلى الإجازة.

إلا أن هذا الاستدلال في غير محله؛ لأن تلك الروايات واردة في إجازة السيد وهو المالك المطلق للعبد بحيث لا سلطان للعبد في قباله أصلاً، بل هو كالضولي وليس كالمحجور عليه، بل هي للدلالة على العكس أولى لو فرض أنه من مصاديق الحجر؛ لأن ظاهرها اشتراط إجازة السيد في زمان الرقية ولو بالعلم والاطلاع على زواج عبده والسكوت عنه الذي هو اقرار بحيث لولا بطلت الزوجية حتى بعد العتق.

فالاستدلال بهذه الروايات في باب الحجر سواء لاثبات أصل الصحة أو الصحة بدون الحاجة إلى الإجازة من المحجور عليه في غير محله. فراجع وتأمل جيداً.

الجهة العاشرة : الخيار وحق الشفعة في العقد المجاز

وقد جعل الشيخ الأنباري ^(١) هذا البحث وكذا الحقوق المتعلقة بملك البائع أو المشتري بنذر أو يمين ونحو ذلك من موارد الفرق بين القول بالكشف أو التقل وظهور الشمرة فيها بين القولين في أثر الإجازة.

أما الشمرة في تعلق الخيارات فكما إذا تغيرت القيمة السوقية أو تعيب المبيع بعد العقد وقبل الإجازة ولم يعلم به المشتري حتى أجاز المالك ، حيث يقال بأنه يثبت على التقل له الخيار لكون المبيع عند تحقق البيع معيناً أو مشتريه مغبوناً ، بخلاف القول بالكشف الحقيقي .

هذا ، إذا كان العلم بالعيوب أو الغبن حين المعاملة مانعاً عن ثبوت الخيار ، وإلا بأن قلنا إنَّ الخيار المذكور مبناه تخلف الشرط الضمني بالسلامة وعدم الغبن وهو لا ينافي علم المشتري بالعيوب أو الغبن حين العقد واقدامه عليه إذا لم يكن العقد مبنياً عليه ، بل مبني على السلامة ، فعندئذ يثبت الخيار حتى مع علم المشتري قبل الإجازة بالعيوب أو الغبن الحاصل بعد العقد ببناء على التقل .

والتحقيق : أنَّ هذه الشمرة غير تامة ؛ لأنَّ مبني هذا الخيار سواء كان ما هو الصحيح من تخلف الشرط الضمني أو ثبوت الخيار ابتداءً بالسيرة العقلائية أو بقاعدة (لا ضرر) وتطبيقه على لزوم العقد لا ينبغي التشكيك في ثبوته حتى على الكشف .

أما على المبني الأخير فلأنَّ اللزوم إنما يكون بعد الإجازة - حتى على الكشف - على ما تقدم شرحة ، والمفروض أنَّ ما يكون ضررياً إنما هو اللزوم لا الصحة والملكية ، ولا شك في ضرورة اللزوم سواء على النقل أو الكشف ، وأمّا تحقق الملكية من حين عقد الفضولي أو من حين الإجازة فلا ربط له بالضررية .

وأمّا على المبني الأول والثاني فلووضح أنَّ ما هو الشرط الضمني أن لا يكون عيب أو غلاء في الثمن عن القيمة السوقية يلزم به المتعاقدان بلا علم ، فيكون الميزان زمان الالتزام الذي هو زمان استناد العقد إلى المالكين والتزامهما به وهو زمان الإجازة حتى على الكشف لازمان تتحقق الملكية أو زمان إنشاء العقد .
والشاهد على ذلك أنه لو كان المجيز مغبوناً أو ما ينتقل إليه معيناً قبل الإجازة وهو لا يعلم به حتى أجاز ثم علم به فإنه لا إشكال عقلائياً في ثبوت الخيار له ، وأنَّ حاله حال من لم يعلم بالعيوب أو الغبن حال العقد من حيث إنَّه لو كان يعلم لما كان يلتزم .

فالميزان أن لا يكون عيب أو غبن قبل زمان الالتزام بالعقد ، لا قبل زمان تتحقق الملكية ليظهر الفرق بين القول بالكشف والنقل ، وهذا كما يصدق على الطرف المجيز يصدق على الطرف الأصيل ، فلا فرق بين القولين في تعلق خيار الغبن والعيوب ، وهذا الأمر كما يصح فيما إذا كان المبيع صحيحاً حين العقد الفضولي ثم صار معيناً قبل الإجازة كذلك يصح في العكس بأن يفرض معيناً حين العقد وقد سلم من العيوب بعده وقبل الإجازة بناءً على ثبوت الخيار فيه كبروياً ، فإنه هنا أيضاً كما لا خيار على النقل لا خيار على الكشف ؛ لأنَّ الميزان بالمعيبة أو المغبوبة في زمان تتحقق بيع المالكين ولزوم المعاملة لا زمان حصول الملكية والأثر .

والحاصل : الخيار إنما يكون بلحاظ زمان اللزوم لأنّه رفع له ، ولا ربط له بزمان حصول الملك .

هذا ، ولو قيل بلزم العقد الفضولي على الطرف الأصيل فقد يقال بأنّ الميزان بالنسبة إليه زمان العقد لا الإجازة ، إلا أنه غير تمام أيضاً ، أمّا في خيار العيب فلأنّ العيب إذا حصل فيما ينتقل من الفضولي إليه فالبيع وإن كان لازماً عليه إلا أنه لا يحقّ له التصرف فيه ، فلا معنى لأن يلزم بمثل هذا العيب لمجرد كونه بعد العقد بلا خيار له ، فإنّ هذا ضرر عليه وخلاف الشرط الضمني في العقود .

وكذلك في خيار الغبن إذا كان التفاوت حاصلاً فيما ينتقل عن الفضولي إليه بعد العقد ، فإنه لا معنى للازم به مع عدم جواز تصرفه فيه حتى على الكشف .
نعم ، إذا حصل التفاوت بعد العقد فيما ينتقل منه إلى الطرف الفضولي وكان البيع لازماً عليه فقد يقال بعد خيار له ؛ لأنّه حين العقد لم يكن الغبن موجوداً ، فلا وجه لأن يكون له خيار الغبن ، بخلاف ما إذا قلنا بعد لزوم العقد عليه أيضاً فإنّ له أن يرد العقد حينئذ .

اللهُم إِنَّمَا يُقَالُ بِأَنَّ الْمَغْبُونَيْةَ أَيْضًا صَادِقَةٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ حَتَّى فِي هَذَا الْفَرْضِ ؛
لأنّه وإن كان البيع لازماً عليه بلحاظ ما ينتقل منه إلى الطرف الفضولي وحين العقد لم يكن بعد تفاوت فاحش في القيمة السوقية ، إلا أنه حيث إنه لم يكن له التصرف في عوض ماله وعدم تمامية حقّه فيه قبل الإجازة حتى على الكشف فهو مغبون في مثل هذه المعاملة ، ويكون اللزوم ضررياً عليه . فلا ثمرة من هذه الناحية بين الكشف والنقل .

وهكذا يظهر أنه كما لا ثمرة بين القول بالنقل أو الكشف من حيث أصل هذين الخيارين وأنهما يثبتان حتى إذا كان العيب أو الغبن حاصلين بعد العقد الفضولي ، كذلك يثبتان سواء قيل بلزم العقد على الطرف الأصيل أو جوازه .

نعم، يظهر الفرق على القول بلزوم العقد على الطرف الأصيل في أنّ مبدأ الخيار سوف يكون من حين العقد، كما أنه إذا قيل بفوريته فيسقط إذا علم به ولم يفسخ قبل الإجازة حتى على القول بالنقل؛ لأنّ الخيار من شؤون اللزوم لا حصول الملك.

وأمّا حق الشفعة فترتّب الشّمرة بين القولين فيه إنّما يكون فيما إذا بيع حصة أحد الشركين فضولة، أو بيع النصف المشاع من مال المالك فضولة ثمّ بيع النصف الآخر أصلّة قبل الإجازة ثمّ أجاز المالك البيع الفضولي في النصف الأول، فإنه على القول بالنقل يكون حق الشفعة للمشتري في البيع الثاني غير الفضولي؛ لأنّه أصبح مالكاً قبل المشتري في العقد الفضولي، فله حق الشفعة عليه بناءً على النقل. وأمّا على الكشف فينعكس الأمر؛ إذ يكون المشتري في البيع الفضولي هو الشريك الأسبق مع المالك النصف الآخر فله حق الشفعة.

إلا أنّ هذه الشّمرة يمكن الاستشكال فيها أيضاً بأنّ ظاهر دليل حق الشفعة أنّ هذا الحق مجعل للشريك المالك للحصة المشاع قبل التصرف الناقل من الشريك الآخر المالك للحصة التي يريد نقلها بالبيع إلى الغير، سواء كان نقلها من زمان الإجارة أو قبلها أو بعدها، فالميزان أن يكون التصرف المالكي متّأخرًا عن ملك الشريك الآخر، وفي المقام حتّى على الكشف إنّما يكون التصرف المالكي بالإجازة متّاخرًا زمانًا عن ملك المشتري بالبيع الثاني غير الفضولي وإن كان أثره على تقدير صحته قبل ذلك، فيكون حق الشفعة للمشتري عن الأصيل لا للمشتري عن الفضولي حتّى على الكشف الحقيقي.

وأمّا ظهور الشّمرة في خياري المجلس والحيوان فإنّ يقال: إنه على النقل يكون الخيار من زمان الإجازة ومجلس الإجازة لكونه زمان البيع بمعنى النقل

والانتقال ، وأما على الكشف فيكون المبدأ زمان العقد الفضولي في خيار الحيوان ومجلس العقد في خيار المجلس .

إلا أن هذه الشمرة أيضاً محل تأمل ؛ إذ لابد من ملاحظة مدرك هذين الخيارين وهي الروايات الخاصة الواردة في أن البيتين بالختار في الحيوان ثلاثة أيام وفي غيره حتى يفترقا .

فهل المستظر منها أن المقصود من عنوان البيع فيها البيع الانشائي أو البيع الصحيح شرعاً ، بمعنى زمان حصول الملكية أو البيع اللازم شرعاً ، أي زمان تحقق الالتزام والتصرف المالكي العقدي وزمان اللزوم ؟

فعلى الأول لا يكون مبدأ الخيار إلا زمان البيع الفضولي حتى على النقل ؛ لأن الإجازة ليست بيعاً . وعلى الثاني يصح التفصيل بين القولين . وعلى الثالث كان المبدأ مجلس الإجازة وزمانها على القولين ؛ لعدم اللزوم قبل ذلك ، وعلى القول باللزوم على الطرف الأصيل يكون بالنسبة إليه زمان العقد وبالنسبة للطرف الفضولي زمان الإجازة ومجلسها ، ولا محذور في اختلاف خيار مجلسهما أو حيوانهما من هذه الناحية .

وهذا الأخير هو الصحيح ؛ لما عرفت من أن الخيار إنما يجعل بلحاظ زمان لزوم العقد والالتزام لا قبله ، فإذا لم يكن البيع الفضولي لازماً قبل الإجازة حتى على الكشف فلا محالة يكون مفاد هذه الروايات أيضاً النظر إلى مبدأ الالتزام الملزم وهو زمان تحقق الإجازة .

والتعبير بصاحب الحيوان في الرواية يراد به من ينتقل إليه الحيوان ، لأن الموضوع والملك بزمان الملكية .

وقد يقال بأن خيار المجلس ظاهر دليله أن الخيار يكون في مجلس البيع ما لم يفترقا ، والإجازة ليست بيعاً ، بل ولا عقداً ، بل هو اجتماع من طرف واحد ،

فلا يصدق على مجلس الإجازة مجلس العقد، كما أنَّ مجلس البيع الفضولي أيضاً لا معنى لجعل الخيار فيه؛ إذ ليس الفضولي هو البيع المالك ولا هو وكيل عنه ليكون له الخيار، وجعله لطرف واحد وهو الأصيل فقط على القول بلزوم العقد عليه أيضاً خلاف ظاهر دليل خيار المجلس في كونه للطرفين معاً لطرف واحد، فيقال بسقوط خيار المجلس في عقد الفضولي إلَّا إذا كانت الإجازة في مجلس البيع.

ولعل هذا هو الذي دعى الميرزا النائيني ^{١١} إلى اختيار سقوط خيار المجلس في بيع الفضولي.

إلَّا أنَّ الانصار أنَّ الذي ورد في الروايات عنوان «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» ^{١٢} لا عنوان مجلس البيع ليتوهم إرادة مجلس عقد البيع وانشائه، وعنوان البيع يصدق على المالكين في مجلس الإجازة - الذي هو مجلس وزمان تحقق اللزوم - حقيقة، وحيث إنَّ الخيار إنما يجعل بلحاظ زمان اللزوم فلا محالة يصدق هذا العنوان على مجلس الإجازة الذي هو مجلس لزوم بيع المالكين فلهما الخيار فيه ما لم يفترقا إذا كانوا مجتمعين فيه، وإذا لم يكونا مجتمعين فالى زمان وصول الإجازة إلى الطرف الأصيل مع عدم رده - بناءً على جواز العقد الفضولي بالنسبة إليه أيضاً ولزوم بقائه عليه وعدم رده إلى حين وصول الإجازة إليه - فيكون نظير خيار المجلس في البيع بالمراسلة.

وممَّا ذكرنا يظهر حال شرطية القبض والاقباض في المجلس قبل التفرق، كما في بيع الصرف والسلم، فإنه إذا استظهر أنَّ الميزان بمجلس العقد بمعنى

١ - منية الطالب : ٢٦. المكاسب والبيع : ٢ : ١١٥.

٢ - وسائل الشيعة : ١٨ : ٦، الباب ١ من التجارة، الحديث ٣.

الإنشاء لا الإجازة فلا محالة إذا حصل قبض واقياً عند انشاء الفضولي وبعد ذلك أجزاء المالك ذلك حصلت الملكية من حين العقد على الكشف ومن حين الإجازة على النقل .

وإن قلنا بأنَّ اللازم التقادُب في مجلس البيع الشرعي وحصول الملكية بمعنى حصول النقل والانتقال فيكتفي أن يحصل التقادُب في مجلس الإجازة على النقل دون الكشف .

وإن قلنا بأنَّ اللازم التقادُب في مجلس تحقق بيع المالكين والتزامهما الملزم كفى حصول ذلك في مجلس الإجازة حتى على الكشف ، ولا يبعد بحسب مناسبات الحكم والموضع المفهوم عرفاً في دليل اشتراط القبض والاقباض في الدرهم والدينار والسلم استفاداة الأخير ؛ لأنَّ المتفاهم أنَّ مناسبة هذا الحكم هو دفع الخطر والغرر الحاصل من تقلب القيمة والسعر ، وهذا مربوط ببيع المالك والتزامه الملزم عليه لا مجرد الإنشاء .

وأمّا ما ذكره الشيخ الأنصاري ^{١١} هنا من ظهور الشمرة بين القولين في الأحكام المتعلقة بملك البائع أو المشتري بنذر أو يمين أو نحو ذلك فهذه الشمرة صحيحة في نفسها ، بمعنى أنه كل أثر يكون متربتاً على الملكية ، كما إذا نذر أو حلف التصدق بما يملكه حين النذر أو اليمين أو أعتقد كل ما يملك فعلًا من العبيد وكان قد اشتري عبداً أو شيئاً قبل النذر أو اليمين أو العتق فضولة ثمَّ اجيز العقد بعد النذر واليمين فإنه على الكشف يقع متعلقاً بذلك بخلافه على النقل .

وكذلك موضوع الزكاة إذا فرضت الإجازة بعد مضي الحول مع وقوع العقد الفضولي أول الحول ، فإنه على الكشف تتعلق الزكاة بالمشتري في المبيع

الزكوي ، وعلى النقل بالبائع . اللهم إلا إذا فرض اشتراط حلية التصرف حتى ظاهرًا للمالك وافتراض شك المشتري في الإجازة وجريان استصحاب عدم الإجازة في المستقبل في حقه .

ثم إن الشيخ الأنصاري ^(١) ذكر أيضاً بأن البحث عن الكشف أو النقل ليس في المدلول اللغوي أو العرفي للإجازة ، وما يقصده المجيز من حيث الكشف أو النقل بل في ما هو الحكم الشرعي وأن ثبوت النقل والانتقال من حين الإجازة أو من حين العقد ، وعلى هذا الأساس حتى إذا قصد المجيز النقل والانتقال من حين الإجازة بناءً على الكشف يتتحقق ذلك من حين العقد لا الإجازة ، وكذلك العكس على النقل فلا أثر لقصده .

وعلى عليه بعض الأعلام ^(٢) في المقام بأنه لابد من التفصيل بين القول بالكشف والنقل ، فإنه على القول بالنقل لا يضر قصد الملكية من حين العقد؛ لأنَّه قد لغو بالنسبة للملكية ما بين العقد والإجازة ومشتمل على الملكية من حين الإجازة الثابتة على النقل فتصح ، وأمّا على الكشف إذا قصد المجيز الملكية من زمان الإجازة لا زمان العقد وقعت باطلة؛ لأنَّ العقد - بعد فرض استحالة الاتهام - متعلقه الملكية المطلقة المرسلة في عمود الزمان من حين الانشاء ، وهذا ما لم يجيزه المجيز وما أجازه وهو الملكية المقيدة بزمان الإجازة لم يكن منشأً بالعقد .

أقول : الصحيح أنه لابد من تعلق الإجازة بالعقد ومضمونه وهو الملكية المرسلة من زمان الانشاء على كلا القولين ، فحتى على النقل لو أجاز العقد

١ - كتاب المكاسب ٣: ٤٢١ .

٢ - مصباح الفقاهة ٤: ٢٠٣ .

وأراد التمليلك من حينها لم يصح؛ إذ لم تتعلق الإجازة بالعقد وما أنشأ به، وكون النقل والانتقال الشرعي يكون من حين الإجازة على النقل ومن حين العقد على الكشف لا يغير ما هو المنشأ بالعقد، والعقد بلحاظه منشأ لا يتعدد وإن كان قد ينحل ويتعدد بلحاظه متعلقه، فالتمليلك الفعلي من هذا الزمان لا ينحل إلى تمليلات عديدة بلحاظ كل زمان زمان؛ لأن وجود المنشأ الاعتباري يتعين بالإنشاء، فإذا كان هناك اعتبار وإنشاء واحد فالمنشأ بما هو منشأ واحد أيضاً، ولو فرض الانحلال صحّ امضاء التمليلك من حين الإجازة حتى على الكشف، غاية الأمر يؤثر من حين الإجازة؛ لأنّه المقدار المجاز لا أكثر؛ إذ لو كان هناك إنشاءات ومنظّمات عديدة ولو ضمناً كان مقتضى القاعدة صحة ما يستند منها إلى المالك بالإجازة، كما إذا أجاز البيع الفضولي في بعض الصفقة لا تسامها، فالتفصيل بين الكشف والنقل غير تام.

نعم، لو اشتربطنا في صحة العقد زائداً على ذلك قصد التسبب إلى الأثر الشرعي فقد يقال عندئذٍ بأنه على الكشف لابد من قصد ترتيب الملكية من أول الأمر، بخلافه على النقل فإنه لو قصد الملكية من حين العقد لم يضر؛ لأنّه قصد أثراً زائداً لا وجود له شرعاً فيلغو طالما الأثر الشرعي المترتب من زمان الإجازة مقصود ضمناً.

إلا أنه قد تقدم عدم اشتراط قصد التسبب بهذا المعنى في العقود. ثم إن هنا جهاتٍ أخرى من البحث في الفضولي من حيث ما يتترّب من الضمان على العاقد الفضولي أو المالك أو الطرف الأصيل فيما إذا لم يجز المالك وبطل عقد الفضولي، إلا أنها أحکام للعقد الفاسد وإن كان بعضها يرتبط بعقد الفضولي بالخصوص، فيناسب بحثها جميعاً ضمن البحث عن أحکام العقد الفاسد في قسم (أحكام العقد).

الركن الثالث

المحل أو الموضوع للعقد

والمراد به الموضوع الذي يقع عليه العقد عيناً كان أو منفعة ، مالاً كان أو غيره - كما في عقد النكاح - شخصياً كان أو كلياً ، فإنَّ لكل التزام عقدي موضوع لا محالة يقع عليه ذلك الالتزام والمضمون المعاملني .

وقد ذكر فقهاؤنا في باب عقد البيع شروطاً للمحل بعنوان (شروط العوضين) وهي لا تشرط في عقد البيع بالخصوص ، بل تجري وتسري في جميع العقود المالية ، وهي كما يلي :

١ - المالية .

٢ - المملوکية الطلقة .

٣ - القدرة على التسلیم أو التسلّم (الوفاء بالعقد) .

٤ - المعلومة والتعيين .

والفقه الوضعي جعل المراد بالمحل العمل الذي يتعلّق به الالتزام سيراً منه على منهجه بأنَّ الالتزام الحاصل من العقد يتعلّق دائماً بعمل إما هو نقل حق عيني أو عمل خارجي أو امتناع عن عمل ، فيكون المحل أو متعلق الالتزام أو موضوعه عملاً دائماً ، سواء كان نقل حق عيني كالملكية أو عمل خارجي ؛ ولهذا ذكر أنَّ اعتبار الشيء أو المال الخارجي محلَّ للعقد خلط أو مسامحة أو اختصار في التعبير ، وعلى هذا الأساس اشترط فيه أربعة شروط أيضاً :

١ - الامكان ، وهو أعم من الوجود في الحق العيني والقدرة في العمل .

٢- المعلومية والتعيين .

٣- أن يكون بمصلحة الشخص الذي له الالتزام ، أي له منفعة فيه .

٤- أن يكون قابلاً للتعامل عليه ، بأن لا يكون غير قابل للمملوكة كالشمس أو من الأموال العامة كالوقف أو ممنوعاً عن التصرف فيه شرعاً^(١) .

ونحن وإن كنّا نختلف في هذه المنهجة مع الفقه الوضعي ، حيث لا يكون الالتزام العقدي عندنا مجرد الالتزام بعمل قانوني هو نقل الحق العيني أو عمل خارجي أو امتناع عن عمل ، وإنما الالتزام العقدي في فقهنا إنشاء لعلاقة أو حق قانوني من تمليك أو تزويج أو غير ذلك ، ويكون وجوب الوفاء خارجاً وعملاً أثراً مترتبًا على حصول تلك العلاقة القانونية ، من غير فرق بين موارد تعلق الحق بالأعيان أو الأعمال والمنافع .

إلا أننا نوافق مع أكثر الشروط التي ذكروها للمحل ؛ فإنها نفس الشروط الموجودة في فقهنا مع تغيير في التعبير ، فإن الامكان بالمعنى الأعم من الوجود في الحق العيني والقدرة في العمل يبحثه الفقه الإسلامي ضمن شرط إمكان الوفاء والقدرة على شرط التسليم ، وكذا ضمن شرط وجود المحل أو معلوميته وتعينه خارجاً ؛ فإن الجهل قد يكون بوجود المحل ، كما أن قابلية المحل للتعامل أو المملوكة يرجع إلى شرط المالية والمملوكة .

نعم ، الشرط الثالث (أن يكون بمصلحة الشخص الذي له الالتزام) لا يوجد عندنا وسيظهر عدم كونه من شروط المحل للعقد ، ونحن نقترح أن تصنف شروط المحل على النحو التالي :

١- وجود المحل ، أي أن يكون المحل موجوداً بالنحو المناسب له .

١- انظر: نظرية العقد (الستهوري) ١: ٤٦٥ .

- ٢ - الغرض النوعي أو السبب من العقد (القدرة على الوفاء بالعقد).
- ٣ - المالية والمنفعة النوعية في العقود المالية.
- ٤ - حلية الغرض النوعي شرعاً.
- ٥ - المعلومية والتعيين للمحل.
- ٦ - الملكية الطلقة للمحل.

ولنبدأ بتوضيح كل واحد من هذه الشروط على سبيل الإيجاز:

١ - وجود المحل :

ونقصد بذلك أنّ محل العقد - أي الشيء المعقود عليه، عيناً كان أو منفعة - لابد أن يكون موجوداً بالوجود الخارجي الحالي إذا كان محل العقد شخصياً حالياً، أو الوجود الخارجي الاستقبالي في وقته إذا كان استقبالياً كما في بيع السلف أو إمكان الوجود الخارجي إذا كان كلياً في الذمة، وأن يكون العمل ممكناً لا ممتنعاً إذا كان العقد واقعاً عليه كما في الإجارة على الأعمال ونحوها، والوجه في اشتراط ذلك أنّ متعلق العقد والإنشاء وإن كان بالدقّة هو الوجود الذهني المحفوظ حتى مع عدم الوجود خارجاً، إلا أنه ملحوظ بما هو مرآة طريق إلى مصداقه الخارجي، فمع عدمه في الخارج لا يكون في البين موضوع للعقد، أي يكون بذل المال بازائه حتى في الكلي فضلاً عن الشخصي لغواً محضاً، فإنّ الكلي وإن كان الموضوع فيه بحسب التحليل المال الذمي وهو غير المال الخارجي، إلا أنه أيضاً ملحوظ بما هو طريق وقنطرة إلى ما سيحصل في الخارج، فمع عدم إمكان وجود ذلك الشيء خارجاً أصلاً يحكم بالبطلان من جهة عدم وجود ما هو المحل من العقد عملاً وفعلاً، ولو تزلّنا فلا بد من الحكم

بالبطلان من جهة عدم إمكان الوفاء وتعذرها، فيبطل بانتفاء الركن الثاني وهو الغرض والسبب من العقد على ما سيأتي شرحه.

وبهذا لا نحتاج في إثبات شرطية هذا الشرط إلى دليل خاص رغم ورود ذلك في بعض الروايات، من قبيل ما ورد في صحيفة عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمة في بحث من باع ثم ملك: «إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنبر والبطيخ وشبيه في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالاً»، وفي صحيفته الأخرى: «لابأس ببيع كل متعاق كنت تجده في الوقت الذي بعثه فيه»^(١).
ومن قبيل معتبرة أبي ولاد الحناظ في الوكيل في النكاح ثم باب موت الزوج: «فإن كان زوجها إيه بعد ما مات الأمر فلا شيء على الأمر ولا على المأمور والنكاح باطل»^(٢).

وقد يستدل على شرطية الوجود بأدلة النهي عن الغرر، إلا أن هذا غير صحيح؛ فإن أدلة النهي عن الغرر ناظرة إلى مورد بيع المجهول وجوده أو مقداره بما هو مجهول بحيث يقدم المتعاقدين على ذلك بما هو كذلك، فيكون من الغرر والخطر في المحل، وهذا عدمه شرط آخر في محل العقد غير شرط الوجود، فإن مورده ما إذا عقد على المحل المعلوم وجوده أو مبنياً على وجوده ثم ينكشف عدم وجوده، والبطلان فيه ليس للغرر؛ إذ لا غرر فيه، بل من جهة عدم المحل وهو الشرط الأول.

وأما مورد العقد على المجهول بما هو مجهول ومع العلم بأنه مجهول فهو وإن كان باطلأً أيضاً ولكنه من جهة فقدان شرط آخر لا هذا الشرط؛ إذ العقد لم يكن

١ - وسائل الشيعة ١٢: ٣٧٣، الباب ٧ من أحكام العقود، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٤: ٢٣٠، الباب ٢٨ من عقد النكاح، الحديث ١.

على الموجود بل على المحل المجهول وجوده بما هو مجهول من أول الأمر وبنحو المغامرة وقبول الخطر الذي قبله المشتري بحسب الفرض، فلا وجه للبطلان من جهة عدم وجود المحل؛ لأن العقد لم يكن معلقاً على وجوده، بل على احتمال وجوده وهو كان محفوظاً في العقد، وإنما البطلان هنا من جهة فقدان شرط آخر من شرائط صحة العقد من ناحية محله وهو عدم الغرر وعدم الجهة فيه.

ويمكن ارجاعه إلى ما سبأته من أن مثل هذا العقد على خلاف مقتضى العقد ولو في خصوص عقود المعاوضة، وخلاف الفرض النوعي أو السبب من العقد، وهو شرط آخر يختلف عن شرط وجود المحل، وهذا ما سبأته شرحه.

وسبأته أن هذا الشرط قد يكفي فيه وجود الضمية للمحل المعلومة مع المحل المجهول، فلو باع العبد الآبق المجهول وجوده أو إمكان تحصيله مع الضمية معلومة الوجود صحة العقد، بخلاف ما إذا باع العبد على أنه غير الآبق مع الضمية ثم انكشف أنه آبق أو غير موجود، فإنه يجب بطلان البيع في العبد وصحته في الضمية فقط، وسيأتي مزيد توضيح لذلك.

كما أن موضوع العقد إذا كان موجوداً حينه ثم هلك قبل القبض فهذا لا يمنع عن صحة العقد؛ لأنّه يعقل أن يكون التلف من كيس المشتري إلا إذا قيل بأنّ الغرض من العقد ليس مجرد الملكية في المعاوضات وإنما التبادل الخارجي وحصول المال عند المشتري وهو منتف هنـا، وهذا يوجب انتفاء الغرض الأصلي والسبب من المعاملة وتعذر الغرض النوعي أيضاً يوجب بطلانـ، وهذا شرط آخر سبأته الحديث عنه.

وحيث إن المراد من وجود الموضوع هو الوجود المناسب لمحض العقد والالتزام به لا الوجود العيني الفعلي، من هنا قد يتعلق العقد بموضوع ومحل

يوجد مستقبلاً، كما في بيع السلف ، ومنه ما يتعارف اليوم من بيع شقة بخصوصيات معينة في الطابق المعين في أرض معينة قبل بنائها ، فإنَّ هذا وأمثاله - كبيع الثمرة للشجرة في هذا العام - يعتبر موضع التعامل فيه شخصياً ، وإن كان بالدقة وعقالاً لا تشخّص قبل الوجود ، إلا أنَّ ميزان شخصية الموضوع والمحل عند العرف تكون بالقيود والخصوصيات والأوصاف والإشارة إلى خارج معين ككونه في هذا المكان المحدد ومن هنا يتعامل مع هذه المعاملات معاملة بيع الشخصي لا الكلي في الذمة .

وقد ظهر أنَّ وجود المحل خارجاً إنما هو شرط في العقد على المحل الشخصي لا الكلي في الذمة ، فإنه مال اعتباري موجود في الذمة لا الخارج .
نعم ، يشترط فيه أن يكون ممكناً الوجود في الخارج ، وإن لم يعتبره العلاء وكان لغواً ، ولعله أيضاً يرجع إلى تذرُّ الغرض النوعي من العقد والذي إمكانه شرط آخر سيأتي شرحه .

كما ظهر أنَّ المراد من وجود المحل ليس خصوص الوجود الفعلي ، بل وجود المحل بالتحوِّل المناسب مع مضمون العقد ، فلو كان العقد متعلقاً بمال استقبالي - كما في ايجاد الدار أو بيع ثمار البستان للسنة القادمة - صحيحاً العقد ؛ لأنَّه عقد على محلٍ مفروض وجوده في وقته ومملوك بالفعل لمالكه فيصبح نقل ملكيته إلى الغير .
نعم ، لو ظهر بعد ذلك عدم وجوده حكم ببطلان العقد إذا كان عقداً على ما هو موجود ، وأما إذا كان العقد على ما هو مجهول الوجود ومبنياً على ذلك من أول الأمر فهو أيضاً يوجب البطلان حتى إذا ظهر أنه موجود واقعاً فضلاً عتا إذا لم يكن موجوداً من جهة الغرر .

وهذا يعني أنَّ الشرط المذكور - أعني وجود المحل - شرط بوجوذه الواقعي والعلمي معاً ، بمعنى أنَّ عدم وجود الموضوع واقعاً كافٍ لبطلان العقد وإن كان

يعتقد وجوده عند العقد ووقع العقد عليه مبنياً على وجوده، كما أن الجهل والشك في وجود المحل والعقد عليه بما هو مجهول أيضاً يوجب الجهالة والغرر الموجب للبطلان، وهو أيضاً شرط آخر من شروط صحة العقد.

كما أن هناك بحثاً سوف نتعرض إليه عند التعرض إلى شرطية عدم الغرر والجهالة من وجود فرق بين شرطية الوجود للمحل وشرطية عدم الغرر، وهو أنه قد يكفي في شرطية عدم الغرر من ناحية وجود المحل وجود شيء يصلح أن يقع عليه العقد؛ ولهذا يصح بيع المجهول وجوده مع الضميمة المعلومة على القاعدة؛ لوقوع الشمن عندئذٍ في قبال الضميمة الموجودة على كل حال، فلا يكون من بذل المال بالباطل وبلا عوض، وروايات صحة بيع المجهول مع الضميمة المعلومة ناظرة إلى تصحيح البيع من ناحية هذه الشرطية، وبالنسبة لرفع الغرر يكفي وجود محلٍ للعقد في الجملة؛ لأنّ الغرض النوعي محفوظ فيه.

وأماماً لو باع مجموع شيئاً على أنهما موجودان فظاهر عدم وجود أحدهما بطل العقد في غير الموجود وصح في الموجود مع خيار بعض الصفة للمشتري؛ لأن العقد على محل مبنياً على وجوده يكون وجود المحل ركناً وشرطياً في صحته.

والحاصل: فرق بين شرطية وجود المحل وشرطية عدم الجهالة والغرر في وجود المحل، فإنّ الأول مورده ما إذا وقع العقد على المحل بما هو موجود فيكون وجوده ركناً وعدمه مبطلاً لا محالة، والثاني مورده ما إذا وقع العقد على المحل المجهول وجوده بما هو مجهول، فإنّ هذا أيضاً باطل ولكن لا من جهة انتفاء المحل؛ لأنّ المحل ومتعلق العقد هو المجهول بما هو مجهول من أول الأمر، وإنما البطلان للغرر الذي يرجع إلى انتفاء الغرض النوعي والسبب العقلاني من العقد، وهو يكفي فيه وجود الضميمة، وسيأتي مزيد شرح لذلك.

٢- الغرض النوعي أو السبب من العقد (القدرة على الوفاء بالعقد):

ونقصد به إمكان تنفيذ متعلق التراضي والغرض الأصلي منه ، فإنّ لكل عقد والالتزام متعلقاً وهو المضمون المعاملبي القانوني الذي ينشئه المتعاقدان يتربّ عليه أثر وغرض عملي خارجي هو مقتضى العقد يراد الوصول إليه بالتعاقد ، فلا يعقل عقد من دون السبب بهذا المعنى ، أي من دون غرض نوعي متربّ عليه ، وهناك ثلات مراتب للغرض المتعلق به قصد المتعاقدين :

١ - الغرض العقدي ، أي متعلق الإنشاء والالتزام العقدي ، بمعنى المضمون الاعتباري المباشر الذي يقع عليه التراضي والاتفاق ، كالتمليك بعوض في البيع وتمليك البعض في النكاح .

٢ - الغرض النوعي الخارجي المطلوب عملاً ونتيجةً من ذلك المقصود المعاملبي القانوني والاعتباري كالاستيلاء على العوض المعتبر عنه بالتسليم والتسلّم في المعاوضات ، أي ما يكون وفاءً عملياً وتجسيداً خارجياً للمضمون الاعتباري المنشأ ، وقد يعبر عنه بإمكان التنفيذ والعمل بمقتضى العقد .

٣ - الغرض الشخصي أو الداعي .

ولا شك في أنَّ المعنى الأول - أعني الغرض العقدي - هو نفس العقد وركنه الأول ، لأنَّ الالتزام والعقد بحاجة إلى مضمون يلتزم ويتعبّد به ، فلا يعقل العقد والتوافق والقرار من دون مضمون معاملبي يكون متعلقاً له ، وهذا واضح . فالركن الأول من أركان العقد يتضمن الغرض العقدي والمضمون القانوني له ، ومن دونه لا يكون عقد في البين ، وهذا المضمون لابد وأن يكون مسروعاً وممضياً من قبل الشارع ، وقد تقدّم البحث عن مدى مشروعية مضمون العقود ونفوذها عند الحديث عن مبدأ صحة العقد .

واللازم هنا البحث عن القسمين الثاني والثالث من الغرض في العقود، وقد يعبر عنهما بالسبب الغائي، من العقد تميزاً له عن السبب والغرض الانشائي الذي هو نفس العقد والالتزام، ولا شك في فرقهما عن الغرض الانشائي في كونهما غرضين تكوينيين خارجين بيعثان على انشاء العقد والمضمون القانوني له، ويختلف القسمان فيما بينهما في أنّ الغرض من القسم الثاني أمر نوعي موضوعي من لوازم الغرض القانوني والعقدي، ولهذا لا يختلف من شخص إلى شخص آخر، بخلاف القسم الثالث فإنه أمر ذاتي يختلف من شخص إلى آخر، ومن مورد إلى مورد، فتارة يبيع الشخص سيارته لغرض شراء البيت، وأخرى لغرض العلاج بحيث لولاه لما باعه، وثالثة لغرض ثالث، وهذا هو معنى اختلاف الغرض الشخصي أو السبب الباعث أو الداعي من مورد آخر، بخلاف التسليم ووضع المبيع تحت تصرف المشتري واستيلائه الذي هو الغرض والمقصود الأصلي والنوعي من كل بيع بلا استثناء؛ لأنّ الأثر الخارجي المطلوب عقلائياً في تمام موارد هذا العقد - أعني البيع - إنما هو التبادل بين المالين وسلطنة كل من البائع والمشتري على الشمن والمثمن.

وبهذا التعريف والتوضيح يظهر الفرق بين السبب بمعنى الغرض النوعي وبين الغرض القانوني أو العقدية والغرض بمعنى الداعي والباعث، وبذلك نستطيع أن نقدم نظرية للسبب في الفقه الإسلامي يختلف عمّا في الفقه الوضعي.

فإنّ الفقه الوضعي جعل السبب والغرض من الالتزام أحد أركان العقد، ونص على أنّ الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب حقيقي مشروع، وأنّ العقد أو الالتزام لا ينبع أي أثر إذا كان مبنياً على سبب كاذب أو على سبب غير مشروع، ثم اختللت نظرياتهم في تعريف السبب وتفسيره.

وفرقوا بين السبب والمحل بأنّ المحل هو جواب من يسأل (بما إذا التزم المدين) أمّا السبب فجواب من يسأل (لماذا التزم المدين).

ثم اختلفوا في أنّ السبب هل يراد به الغاية المباشرة والغرض المباشر من الالتزام وجعلوا السبب آخر في العقود الملزمة من الجانبين - كالبيع - وتسليم المال في العقد الملزّم من جانب واحد - كالقرض - ونية التبرع في عقود التبرع، أو أنّ السبب أوسع من ذلك ويشمل الغرض غير المباشر إذا كان رئيسياً فمن يستأجر داراً للمقامرة أو للدعارة كان باطلًا؛ لأنّه بسبب غير مشروع، واعتبروا بذلك التوسيع نظرية حديثة في السبب.

ونحن لا ندخل في نقد نظرياتهم؛ لأنّها مبنية على أساس لم تقبله وهو جعل المنشأ بالعقود أو الایقاعات التزامات وتهدات بعمل أو الامتناع عن عمل لا حقوق عينية، فحتى البيع عندهم التزام بنقل العين والقرض التزام بتسليم المال المقترض إلى الدائن في قبال تسليمه له، وهذا تماماً على عكس ما هو ثابت في فقهنا من فقه العقود والايقاعات من أنها تنشئ حقوقاً وعلاقات قانونية تتعلق بالأعيان أو الأفعال، فحتى الإجارة على عمل تنشأ من خلالها ملك عمل الأجير من قبل المستأجر، سواء عمل أم لم ي العمل، والبيع ينشأ منه ملك البيع والثمن أي المبادلة بين العوضين في الملكية، وكذا القرض فإنه تملك للمال المقترض للمدين في قبال حفظ ماليته وبدلـه في ذمة المدين، وأمّا التسلیم والتسلیم ونحو ذلك من الآثار العملية فهي أحکام وآثار متربة على تلك الحقوق العينية الحاصلة بالعقد أو الإيقاع.

ومن هنا يصح أن يقال طبقاً لنظرية الفقه الإسلامي بأنّ وجود محل العقد غير السبب، بمعنى أنّ إمكان التسلیم والتسلیم الذي هو الأثر المباشر والغرض النوعي من العقد أيضاً شرط آخر في المحل؛ إذ قد يكون المال والمحل المعقود

عليه موجوداً خارجاً فيعقل جعل الملكية له ، ولكن لا يمكنه أن يسلمه أو يتسلمه الطرف الآخر ، وحيث إن هذا الأثر هو الغرض النوعي والأصلي من مثل هذه العقود كالبيع والقرض ، فلا يكون العقد صحيحاً مع عدم إمكان التسليم ، فتكون القدرة على التسليم أو التسلم شرطاً زائداً على وجود المحل ويوسع ذلك إلى كل غرض نوعي من العقود ، وكذلك يوسع الامكان التكويني إلى الامكان الشرعي والقانوني - على ما سيأتي في شرط (عدم الممنوعية شرعاً) - وهذا يختص بالغرض النوعي لا مطلق الداعي والباعث على الاقدام على العقد ، فإنه لا ارتباط لدعوي الأشخاص بالعقود والالتزامات مالم يجعل محلأ للعقد أو قياداً وشرطأ فيه .

وإن شئت قلت : إنه بناء على التحليل الثابت في الفقه الاسلامي يكون وجود أو إمكان محل العقد وما يتعلّق به الحق العيني القانوني الحاصل بالعقد غير إمكان الوفاء بمقتضى العقد العملي والغرض النوعي المطلوب منه ، فيتجه أن يجعل ذلك أيضاً شرطاً آخر للركن الثالث للعقد - أعني المحل - وأن هذا الغرض لابد وأن يكون ممكناً عقلاً ومشروعأ قانوناً ، وإن كان عدم إمكانه أو عدم مشروعيته لا يستوجب ارتفاع المحل وزوال الحق العيني الحاصل بالعقد ، ولنسمه بشرطية إمكان السبب والغرض النوعي من العقد عقلاً وشرعاً .

وأما الفقه الوضعي فحيث يجعل مضمون العقد هو الالتزام والتعهد بفعل أو ترك أو نقل عين - والذي هو أيضاً فعل - فالوفاء وتنفيذ العمل أو الترک هو محل للالتزام نفسه وليس شيئاً آخر ورائه ليعتبر عنه بسبب الالتزام ، فيرجع مشروعية السبب إلى مشروعية محل الالتزام ، إلا إذا أريد بالسبب الباعث والداعي غير المباشر ، أو يراد بالسبب ما يكون مأخوذاً في موضوع الالتزام والتعهد كما في الرهن المتوقف على أن يكون مديوناً ، فإذا ظهر عدمه بطل

الرهن ؛ لعدم المديونية أو القبض في القرض - إذا اشترطنا في تحقق ملك المفترض للمال القبض - فإنه عندئذ يكون التزام المدين بالوفاء وأداء الدين متوقفاً على ملكه للمال المفترض في المرتبة السابقة وهو لا يحصل إلا بالقبض والتسليم ، فمع انكشاف عدمه لا موضوع ولا سبب للالتزام بالأداء من قبل المدين .

إلا أن هذا المعنى للسبب أيضاً يرجع إلى قيود محل العقد بالدقة لا السبب ؛ ولهذا نستطيع أن نقول : إن نظرية سبب الالتزام في الفقه الوضعي طبقاً لنظراتهم وتحليلهم للعقود إذا أريد بالسبب فيها أمراً غير محل الالتزام والعقد لابد وأن يرجع إلى إمكان ومشروعية الباعث والداعف للعากد من العقد ولو الدافع الرئيسي أو المذكور ضمن العقد .

وأما انكشاف عدم المديونية في عقد الرهن فهو كاشف عن عدم المحل وبطلان الرهن من جهة لا السبب ، كما أن تفسير نظرية السبب بالالتزامات المتقابلة وأن السبب لالتزام كل من المتعاقدين وغرقه التزام الآخر المقابل له أمر لا يمكن قبوله ؛ لأن العقد قوامه وتحققه يكون بالتزامن متقابلين متوافقين ، فليس وجود الالتزام المقابل غرضاً للعقد بل محقق له ، فبدونه لا عقد ؛ لما تقدم من تعليق التزام كل من الطرفين على التزام الآخر .

والحاصل : الشرط الثاني من شرائط محل العقد هو إمكان الوفاء به وتحقق الغرض النوعي الأصلي المترتب على العقد عقلاً ، بل وشرعاً - على ما سيأتي شرحه ودليله في شرط لاحق - فالعقد الذي لا يمكن الوفاء به كما في موارد عدم القدرة على تسليم العوض أو المعوض يبطل العقد ؛ لأنّه لغو عرفاً وعقلانياً ، وهذه سيرة عقلانية قد أمساها الشارع ، وقد أدعى الإجماع على بطلان البيع مع عدم القدرة على التسليم والتسليم .

هذا، مضافاً إلى عدم شمول أدلة الصحة وصورها عن مثل هذا العقد؛ لأنَّ ما يكون منها بلسان الأمر بالوفاء لا يمكن أن يشمله بحسب مدلوله المطابقي حتى إذا كان ارشاداً إلى الحكم الوضعي بالصحة؛ لأنَّ الوفاء ظاهر في العمل الخارجي طبق مقتضى العقد فلابد وأن يكون ممكناً ومشرعاً، وما يكون منها بلسان حلية البيع والتجارة المنطبقين على نفس العقد ومضمونه القانوني أيضاً منصرف إلى البيع والتجارة المؤثرة عملياً والمتنته في أكل المال وأخذه خارجاً فلا يشمل موارد تعدد السبب بالمعنى المذكور.

ويمكن أن يستدلّ عليه أيضاً بأدلة النهي عن الغرر إذا أُريد به مطلق الخطر أو كان يشك في القدرة على التسليم.

وقد يقال باندفاع الغرر بوجود الخيار مع عدم التسليم فلماذا يبطل العقد؟
والجواب: أولاًـ مع الاقدام على شراء ما لا يتمكن على تسليمه لا وجه للخيار أيضاً؛ لأنَّه ضرر مقدم عليه.

وثانياًـ الخيار لا يرفع الغرر الحاصل في أصل العقد كما هو واضح.
وقد استدلّ المحقق النائي بـ^(١) على شرطية القدرة على التسليم والتسلّم بأنَّ ما لا قدرة على تسليمه وتسليمها مالية له، فيكون كالطير في الهواء والسمك في الماء؛ لأنَّ مناط المالية عند العقلاة إمكان التسلط على المال والتصرف فيه، فمع عدم القدرة على ذلك تنتفي المالية وهي شرط آخر في محل العقد.

وفيه: أنَّ التسلط على الشيء وحيازته سبب للتملك في المباحث الأولية كالطير في الهواء والسمك في الماء لا المالية؛ ولهذا لا شك أنَّ المال المغصوب من قبل السلطان مال بل وملك لصاحبها وإن لم يتمكن من التصرف فيه والوصول

إليه ، فمجرد عدم القدرة على التسليم والتسلّم لا يوجب زوال المالية بل ولا الملكية بقاءً ، والقياس بالطير في الهواء والسمك في الماء مع الفارق .
ودعوى : زوال المالية بالنسبة لمن لا يمكن من تحصيله بالخصوص لا مطلقاً .

مدفوعة : بعدم شرطية المالية بهذا المعنى في صحة العقد ولا في الضمان ؛
ولهذا يضمنه من يتلفه والغاصب .

والصحيح : رجوع هذا إلى الشرط العام الذي ذكرناه ، وهو إمكان الغرض النوعي من العقد وهو في عقود التملك ونحوه الاستيلاء والتسلط على المال المتوقف على التسليم والتسلّم ، فإذا امتنع ذلك بطل العقد ؛ للغويته وانتفاء أثره وأغرضه العملي الأصلي الذي هو مقتضى الوفاء به .

وسيأتي مزيد توضيح واستدلال على لزوم مشروعية الغرض النوعي وإمكان الوفاء بمقتضى العقد والقدرة على ذلك شرعاً أيضاً عند التعرض لشرطية عدم ممنوعية محل العقد أو الغرض النوعي منه فانتظر .

ثم إن الغرض النوعي يختلف من عقد إلى آخر ، كما أنه قد يكون في نوعين من العقود واحداً ، بحيث يكون الفرق بينهما في المضمون القانوني والإنسائي فحسب كما في النكاح المنقطع واستئجار المرأة للاستمتاع ، فإن الغرض النوعي فيما قد يكون واحداً ، إلا أن الفرق بينهما في المنشأ والمضمون العقدي ، والشارع قد أمضى الأول ومنع عن الثاني رغم وحدة أو تشابه الغرض النوعي فيما .

والبحث هنا في أن الغرض النوعي للعقد وكذلك الغرض الشخصي هل يكون كلامها أو الأول منها شرطاً في صحة العقد بحيث من دونه يكون العقد باطلأً أم لا ؟

التحقيق: أنّ الغرض النوعي عرفاً وارتكازاً شرط في العقد، بمعنى أنّ العقلاء يرون هذا الغرض مقوماً للعقد محله بحيث من دونه كأنّه لا عقد، فهو حقيقة تقيدية بحسب الارتكاز العقلائي لمحل العقد، فلا يكفي مجرد اعتبار ملكية البيع مثلاً مع عدم إمكان استيلاء المشتري عليه بأي وجه من الوجوه في صحة العقد؛ لأنّ الغرض من البيع والمعاوضات المالية بل مطلق عقود التملك هو التسليم والتسلّم للمال خارجاً، فإذا امتنع ذلك ولم يكن مقدوراً بطل العقد، وهذا غير معقولية نفس العقد والتملك للمال، ويمكن أن نعتبر عنه بامكان الوفاء بمقتضى العقد أو تنفيذه العملي، وهو غير نفس العقد وتحقق مضمونه القانوني، وأدلة الامضاء والصحة محمولة على ذلك أيضاً.

وأما الفقه الوضعي فقد ذكرنا أنه قد توسيع أخيراً أكثر من ذلك فجعل الغرض الشخصي والباعث أيضاً في الجملة داخلأً في أركان العقد - أعني في السبب الذي يكون الخلل فيه موجباً لبطلانه - وستاه بالباعث الرئيسي.

ومن هنا يحكم القضاء في القانون الوضعي ببطلان البيع في مورد يكون الباعث عليه من قبل المشتري مثلاً عملاً محظوراً قانوناً كأن يشتري محلأً لادارة الدعاارة أو القمار أو بيع الأسلحة فيه.

ولازم هذا الكلام أن يحكم بالانفاسخ أيضاً إذا تخلف بأن لوحظ عدم إمكان الغرض الرئيسي الذي كان البيع من أجله كما إذا ابتعاه لبيع فيه عملاً جائزاً ولكنه ظهر عدم إمكانه خارجاً، ومن بعيد التزام الفقه الوضعي به.

ولكن في فقهاً مجرّد تخلف الباعث والغرض الشخصي حتى الرئيسي لا يوجب البطلان، وإنما يصح هذا الكلام في الغرض النوعي - كما أشرنا - أي يعتبر عدم الممنوعية والحرمة الشرعية لنفس الغرض النوعي، كبيع المصحف للكافر أو الإيجار على عمل أو منفعة محرّمة، فيبطل إيجار المحل للدعاارة

ولكن لا يبطل شرائه لذلك؛ لأنَّ الغرض النوعي من الإيجار إيجاد ذلك العمل أو المنفعة المحرّمة وهو غير ممكن شرعاً، بخلاف الشراء؛ فإنَّ الغرض النوعي منه السلطنة على المبيع وهو غير محرّم، وإنما ما يترتب عليه من الغرض والاستفادة الشخصية بالدعارة محرّمة، وهو ليس محلّاً لعقد البيع ولا الغرض النوعي منه، وسيأتي مزيد توضيح لهذه النقطة.

ويترتب على التفكير بين الغرضين وجعل إمكان الغرض النوعي عقلأً وشرعأً دخلاً في صحة العقد ثمرات فقهية مهمة نشير إلى بعضها فيما يلي:

١ - بطلان البيع في موارد تلف المبيع قبل قبضه على القاعدة، بلا حاجة إلى الروايات التي استند إليها في ذلك وهي ضعيفة، كالنبيوي ورواية عقبة بن خالد^(١)؛ لأنَّه بالتلف ينتفي الغرض النوعي ولا يمكن تحقيقه فينفسخ البيع لا محالة، وعلى هذا الأساس تثبت نفس القاعدة في سائر عقود المعاوضة المشابهة للبيع أيضاً كالصلح مثلًا.

٢ - بطلان البيع في موارد عدم إمكان التسليم والتسلُّم المعتبر عنه عند الفقهاء بعدم القدرة على التسليم، وقد استند فيه الفقهاء إلى حديث النهي عن بيع الغر ببناءً على أنه بمعنى الخطر وحصول الضرر، وهو مع اختصاصه بالبيع ناظر إلى موارد الجهل أو الخدعة الذي ينشأ منها الخطر لا مطلقاً، فلا يشمل عدم القدرة على التسليم الذي يعلم به المتعاقدان، كما استدلَّ بكون البيع سفهياً.

والجواب: إنَّ الباطل بيع السفهية لا البيع السفهية، مضافاً إلى معقولية ترتب أثر وغرض شخصي في مورد بحيث يخرجه عن السفهية، كما إذا كان قد نذر أن يكون مالكاً لعبد ولو آبق .

١ - مستدرك الوسائل ١٣ : ٣٠٤ ، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١ . وسائل الشيعة ١٢ : ٣٥٨ .
الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

واستدل عليه أيضاً بقصور دليل الصحة عنه؛ لأنّه ورد بلسان الأمر بالوفاء الذي يكون بالتسليم وهو مقيد بموارد القدرة عليه .
وأجيب : بأنّ الأمر المذكور إرشاد إلى صحة العقد لا التكليف ، فلا يكون مقيداً بالقدرة .

إلا أنّ يقال بأنّ دلالته على الصحة واللزوم من خلال الأمر التكليفي بالوفاء لا تقتضي أكثر من الإرشاد إلى الصحة في موارد إمكان الوفاء والعمل بمقتضى العقد .

واستدلّ عليه أيضاً بروايات «لَا يَعْلَمُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» . وفيه ما سبّأته من ظهورها في بيع مالاً وجود له ، فهو دليل على شرطية وجود المحل والموضوع لا القدرة على التسليم حتى ما كان فيها مطلقاً شاملأً باطلاقه لبيع الكلّي ، ولا أقل من الاحتمال الموجب للإجمال .

ولعلّ الأوجه في إثبات شرطيته ما ذكرناه من أنّ القدرة على التسليم من تطبيقات نظرية السبب في العقود المالية ، وهو إمكان الغرض النوعي من العقد وأنّه مع تعدّره يكون العقد لغواً وباطلاً عند العقلاة ، وهذه سيرة عقلائية مضادة شرعاً .

٣ - بطلان العقد مع الشرط المخالف للغرض النوعي المعتبر عنه بالمخالفة مع مقتضى العقد ، كما إذا اشترط في النكاح عدم مطلق الاستمتاع ، فإنّ هذا إنما يوجب البطلان بناءً على أن يكون الغرض النوعي ومقتضى العقد ركناً فيه ، وإلا فبلحظ الغرض العقدي الانشائي لا تناقض كما هو واضح .

ويمكن أن يلحق به موارد عدم إمكان تحقق الغرض النوعي من النكاح ، كالنكاح المنقطع بين الصغيرين اللذين لا يعقل منها الاستمتاع ، وقد أفتى بعض الفقهاء ببطلان فيه ، ويمكن تخرّجه على هذا الأساس وإن كان فيه نظر .

٤ - بطلان العقد في موارد حرمة الغرض النوعي ومتناهيه شرعاً، من قبيل بيع المصحف الشريف أو العبد المسلم من كافر بناءً على حرمة السبيل من الكافر على المصحف والمسلم، وهذا يعني دعوى تعميم إمكان الغرض النوعي إلى الإمكان الشرعي أيضاً بحيث لابد وأن يكون تسلط المشتري على العوض مباحاً.

إلا أنّ البطلان إنما يكون فيما إذا كان نفس الغرض النوعي من العقد محظوظاً وحراماً شرعاً لا لوازمه أو الغرض الشخصي المترتب على الغرض النوعي كمن يشتري الخشب ليجعله صليباً مثلاً أو يستأجر الجنب أو الحائض لكتنس المسجد الملائم مع مكثهما في المسجد وهو محرام، وسيأتي مزيد توضيح لهذه الجهة . ومن هذا القبيل أيضاً الإجارة على فعل محرام، فإنه باطل على هذا الأساس وإن كان يمكن تخریج البطلان في هذه الموارد على أساس ممنوعية محل عقد الإيجار شرعاً.

٥ - بطلان الحيل الربوية في باب القرض، فكم لا يصح القرض بشرط الزيادة كذلك لا يصح التوصل إلى نفس النتيجة من خلال عقد آخر كما في الإيجار بأقل بشرط الاقراض المتعارف اليوم في بعض الأوساط ، فإنّ الغرض النوعي من العاملتين واحد ، فإذا استظهرنا من أدلة تحريم الربا ولو بحسب مناسبات الحكم والموضوع أنّ مركز النهي ليس القرض الربوي بما هو عقد وإنشاء ، أي ليس متعلق النهي الغرض العقدي بل الغرض النوعي وهو واحد في الموردين ثبت البطلان في المورد المذكور ، أي سواء كان اقراضًا مع شرط التخفيض في الإيجار أو كان إيجاراً بشرط الاقراض .

وبهذا يظهر أنّ نظرية السبب بهذا المعنى الدقيق مقبول في فقهنا الإسلامي ، وهي تختلف عن نظرية السبب في الفقه الوضعي في محتواها وأثارها .

ثم إن بطلان البيع إنما يكون مع انتفاء الغرض النوعي، أي عدم إمكانه عقلاً أو شرعاً، وأئم إذا كان ممكناً ولكنه تخلف أحد الطرفين عن التنفيذ كما إذا لم يسلم المبيع أو الشمن فهذا لا يوجب البطلان، بل يوجب الحق للطرف الآخر في عدم التنفيذ أيضاً إذا كان لم ينفذ ما عليه، أو أجراه على التنفيذ إذا كان قد نفذ، وقد يوجب حق الفسخ ويسمى بخيار التأخير وعدم التسليم.

وهكذا يتضح أنه من شروط الركن الثالث وهو محل العقد أن يكون الغرض النوعي المنظور عقلائياً في العقد ممكناً لا مستحيلاً، أي غير منتف خارجاً؛ لامتناع عقلي أو شرعى، وأئم التخلف عنه اختياراً بمعنى عدم الوفاء به فلا يوجب البطلان وقد يوجب الخيار. وأئم الغرض والباعث الشخصي فهو ليس شرطاً في صحة العقود.

ثم إن اللازم أصل إمكان تحقق الغرض النوعي بمعنى إمكان الوفاء الخارجي والعمل بمقتضى العقد في وقته ولا يجب أن يكون ذاك ممكناً من ابتداء العقد، ومن هنا يقال بكفاية القدرة على التسليم عند الوفاء وإن لم يكن قادراً حين إنشاء العقد، كما أنه إذا كان عند العقد الوفاء ممكناً لكنه بعد العقد تعذر عليه ذلك، كما إذا أبق العبد بعد بيعه فقد يقال: إنه ينبغي أن يحكم فيه بالانفساخ أيضاً؛ لأنه انتفاء للغرض النوعي فيكون كالتعذر من أول الأمر.

إلا أن المشهور فيه الحكم بخيار تعذر التسليم لا الانفساخ وبطلان البيع، ولعله لكفاية وجود الغرض النوعي حين العقد، مما هو ركن ليس بأكثر من هذا المقدار. وهذا يطابق شيئاً ما مع ما نجده في الفقه الوضعي من تقسيم الاستحالة وعدم إمكان محل الالتزام العقدي إلى الاستحالة السابقة والاستحالة اللاحقة، أي الحاصلة بعد العقد، حيث حكم فيها بصحة العقد ولكن يجب على المدين التوعيض والضمان.

ثم إن هذا الشرط وهو إمكان الوفاء وحصول الغرض النوعي من العقد كالقدرة على التسليم والتسلّم في عقود تملك الأموال هل يشترط احرازه؟ فمع الشك فيه يكون العقد باطلًا أو يكون العقد موقوفاً بحيث إذا انكشف وجوده وإمكان تحصيله صحيح العقد وإن لا ينكشف بطلانه من أول الأمر؟

لا يبعد الأول، وتدل عليه أيضاً روايات بطلان بيع العبد الآبق منفرداً، والذي يحتمل فيه إمكان تحصيله من قبل المشتري، وكذا يمكن أن يقال إن أركان العقد لابد من احرازها والبت والتجيز فيها حين الانعقاد ليتم العقد ارتكازاً وعقلانياً.

نعم، لو أنشئ العقد معلقاً على إمكان التسليم أو التسلّم وقيل بصحة مثل هذا التعليق في العقد صحيح العقد.

كما أن المدرك على شرطية هذا الشرط إن كان روایة النهي عن الغرر فهو صادق مع الشك والجهل بامكان الوفاء؛ لأن الغرر يصدق أيضاً بلحاظ الجهل بامكان الغرض النوعي من العقد وإن كان واقعاً غير ممتنع ومقدوراً، كما أنه لو كانا عالمين بامكان التسليم والغرض النوعي ولكنه واقعاً لم يكن مقدوراً أيضاً يحكم بالبطلان، فالشرط هو الامكان الواقعي مع وقوع العقد مبنياً على ثبوته.

نعم، لو كان مدركاً لهذا الشرط الإجماع والسيرة فيمكن أن يقال إن قدره المتيقن عدم الإمكان الواقعي.

ونستخلص متى سبق ما يلي:

١ - إن الغرض العقدي والقانوني وهو المضمن الاعتباري المنشأ بالعقد والمتعلق للالتزام راجع إلى الركن الأول وهو تحقق العقد عقلانياً؛ إذ لا يعقل فرض التزام وعقد من دونه.

٢- الغرض العملي والخارجي النوعي والذي نعتبر عنه بامكان الوفاء بمقتضى العقد أيضاً شرط في صحة العقد بحيث يبطل العقد بامتناعه عقلاً أو شرعاً، والقانون الوضعي جعل هذا من شروط الركن الثالث وهو المحل كما أشرنا، حيث جعل حسب منهجه إمكان الوفاء من شرائط المجل ، والفقه الإسلامي بحث أيضاً تحت عنوان شرائط العوضين عن شرطية القدرة على التسليم التي هي عبارة أخرى عن إمكان الوفاء بمقتضى العقد، فجعلها من شرائط العوضين ، أي المجل والموضوع للعقد . ومن أجل ذلك نحن أيضاً جعلنا البحث عن ذلك ضمن الركن الثالث.

ومنه يظهر أنَّ الفقه الإسلامي أيضاً يقبل نظرية السبب بالمعنى الذي ذكرناه، لا بالمعنى الذي ذكره الفقه الوضعي ، فإنه في نظريته التقليدية جعلت السبب نفس المضمن المعاملتي ، أي الالتزام المقابل من الطرفين في العقد الملزم من الجانبيين ، أو الالتزام الواحد في العقد اللازم من جانب واحد ، مع أنَّ هذا المعنى هو نفس العقد والالتزام وليس شيئاً آخر زائداً عليه ، وفي نظريته الحديثة جعل السبب بمعنى الباعث الرئيسي من العقد ، وهذا أيضاً غير صحيح في فقهنا؛ لأنَّ الباعث لا ربط له بالعقد وإنما المقصود من السبب لابد وأن يكون مقتضى العقد وأثره الأصلي وإمكان تفزيذ ذلك المقتضى والوفاء به كالاستيلاء على العين في العقود التملיקية وإمكان العمل واستيفاء المنفعة في الإجارة ، فإذا امتنع ذلك بطل العقد ، وإن لم يكن ممنوعاً صحيحاً مهما كان غرض العاقد وباعته على ذلك الالتزام .

والسبب بهذا المعنى يمكن أن نعتبر عنه بامكان الوفاء بمقتضى العقد وتنفيذ الغرض النوعي والعقلائي منه ، وهذا لابد وأن يكون ممكناً تكويناً وخارجياً، كما أنه لابد وأن لا يكون محظوراً وممنوعاً شرعاً أيضاً على ما سياتي شرحه في

شرط عدم الممنوعية شرعاً.

وبمراجعة ما ذكرناه يظهر لك مدى الخلط الحاصل لدى بعض المحدثين في نقدمهم أو تقريرهم لنظرية السبب في الشريعة الإسلامية بشكل آخر بعيد عن محتواها الحقيقي الذي ذكرناه وشرحناه، فندر جيداً^(١).

وقد فصل الفقه الإسلامي بين عدم القدرة على التسليم والتسلّم حين العقد - الاستحالـة السابقة على العقد - فهو يوجب البطلان عندـهم ، وعدم القدرة بعد انتهاء العقد قبل التسليم ، كما إذا أبق العبد بعد البيع - الاستحالـة اللاحقة - فحكمـوا فيه بـالـخـيـار وسمـوه بـخـيـار تـعـذر التـسلـيم .

وهذا قد يـطـابـق ما تـجـدـه فيـالـفـقـهـ الـوضـعيـ أـيـضاـ كـماـ أـشـرـنـاـ ،ـ كـماـ آـنـهـ إـذـاـ كـانـتـ الـقـدـرـةـ مـعـدـوـمـةـ حـيـنـ الـعـقـدـ وـلـكـنـهـ تـجـدـدـتـ بـعـدـ الـعـقـدـ وـقـبـلـ التـسـلـيمـ صـحـ الـعـقـدـ -ـ كـماـ ذـكـرـهـ الشـيـخـ ثـبـثـ (٢)ـ -ـ وـإـنـ كـانـ فـرـضـ التـأـخـيرـ عـنـ التـسـلـيمـ يـكـونـ لـلـطـرـفـ الآـخـرـ خـيـارـ عـدـمـ التـسلـيمـ .

وذهب بعض الأعلام إلى البطلان هنا أيضاً^(٣) ، ولكن مشكل؛ لقصور أدلة الشرطـيةـ عنـ ذـلـكـ .

٣ - الغرض الشخصي أو الbaعث الذي جعله القانون الوضعي أيضاً سبباً وشرطـاًـ لـصـحةـ الـعـقـدـ إـذـاـ كـانـ رـئـيـسـياـًـ .ـ لـيـسـ شـرـطاـ لـصـحةـ الـعـقـدـ فـقـهـنـاـ .ـ نـعـمـ ،ـ يـمـكـنـ إـثـبـاتـ حـقـ الـفـسـخـ فـيـ مـوـارـدـ تـخـلـفـهـ أـوـ تـعـذرـهـ إـذـاـ كـانـ بـنـحـوـ الشـرـطـ الـضـمـنـيـ عـلـىـ أـسـاسـ نـكـتـةـ خـيـارـ الشـرـطـ وـهـوـ تـحـلـيلـ فـقـهـيـ يـخـتـلـفـ عـمـاـ فـيـ الـفـقـهـ الـوضـعـيـ كـماـ أـشـرـنـاـ إـلـيـهـ سـابـقاـ .ـ

١ - راجع: نظرية السبب ١: ٥٩٢.

٢ - كتاب المكافحة ٤: ١٨٧.

٣ - كتاب البيع ٣: ٣١٥. حاشية المكافحة (الأصفهاني) ٣: ٢٨٨.

٣- المالية والمنفعة النوعية في العقود المالية :

وهذا شرط في محل العقود المالية لا العقود غير المالية كالنکاح مثلاً.
ونبحث تحت هذا العنوان تارة عن معنى المالية ، وأخرى عن وجه اشتراطها ،
وثلاثة عن إمكان المعاملة وبذل المال في موارد فقدانها :

أ- معنى المالية :

المقصود بالمالية أن يكون مما يبذل بازائه المال عرفاً وعقلانياً ويتنافس
عليها العقلاء ويرغبون فيها رغبة معاملية .

وهذه خصوصية وحشية في الشيء تحصل من مجموع أمرين :
الأمر الأول: أن يكون فيه فائدة معتمدة بها ونفع نوعي ، أي يقبله ويفهمه
العرف ، سواء كان نفعاً وفائدة في تمام الحالات أو في بعضها كالعقاقير ، وسواء
كان نفعه يستفيد منه تمام الناس أو صنف من الناس كالتحف والآثار ، فإنَّ أصل
سنخ هذه المنفعة نوعية وعقلانية ، وقد ترتفع المالية لضئالة المنفعة كحبة واحدة
من الحنطة .

الأمر الثاني: أن يكون في ذلك الشيء ندرة نسبية ، أي لا يكون متوفراً لكل
أحد وفي كل زمان ومكان ، كما في الماء على شاطيء النهر أو الهواء ، رغم شدة
نفعه وفائدة ، فكلما تحقق مجموع هذين القيدين كان الشيء مالاً عرفاً
وعقلانياً ، أي يبذل العرف والعقلاء بازاء تحصيله المال .

ومنه يظهر أنَّ المالية أمر انتزاعي وليس حكماً اعتبارياً وضعياً صرفاً كما
توجه ، فإنها لا تعني إلا المرغوبية النوعية والمطلوبية بالنحو المذكور لدى
العرف ، والتي تكون نتيجة الندرة مع المنفعة فيبذل بازائه المال أو الجهد .

وما يتراهى من اسقاط الشارع لمالية مال أو ابقاءه لها لا يرجع إلى الوضع أو الرفع التشريعي بل التكوفي يرفع منشأ المالية ، فالشارع عندما حرم جميع منافع شيء كالخمر والخنزير مثلاً فقد يخرج بذلك عن المرغوبية ، فلا يكون مالاً .

ثم إن المالية غير المملوکية - الملكية - التي هي أيضاً شرط آخر في محل العقود المالية ، فإن المملوك قد لا يكون مالاً لضالته - كحبة من حنطة - كما أن ما يكون مالاً قد لا يكون مملوكاً لأحد كالمباحثات والمشتركات العامة .

وفي العقود المالية والمعاوضات كما تشرط مالية محل العقد كذلك تشرط مملوكيتها - على ما سيأتي الحديث عنه - وكذلك يشترط أن لا تكون منفعة محل العقد محりماً وممنوعاً شرعاً ، وسيأتي البحث عنه أيضاً .

والفقه الوضعي قد جمع الشروط الثلاثة تحت عنوان واحد هو - قابلية المحل للتعامل عليه^(١) - إلا أن فقهائنا بحثوا عن كل واحد منها بصورة مستقلة لاختلاف المباني والأدلة على كل واحد منها بالنسبة للآخرين ؛ فإن عدم قابلية المحل للتعامل عليه بطبيعته في مثل الهواء وضوء الشمس والماء عند النهر يرجع إلى عدم مالية مثل هذه الأمور وعدم ندرتها ، وليس لكونها أشياء مستحيلة - كما قيل في الفقه الوضعي - وهذه الحقيقة والجهة تختلف عن عدم الملكية كما في ما لا يمكن الاستيلاء عليها كالطير في الهواء أو المباحثات العامة التي لها مالية ولكنها لا تخصص بأحد أو جهة وإنما جعلها الشرع مباحة للجميع ، فعدم إمكان التعامل عليها من جهة عدم السلطة أو عدم اختصاصها بأحد - أي عدم المملوکية لأحد - وهي حقيقة أخرى غير المالية .

وقد يعبر عنه بما يرجع للغرض الذي خصص له الشيء، ولكنه تعبير غير دقيق، كما أن عدم إمكان التعامل من جهة المنع والحظر الشرعي والقانوني أيضاً جهة وحيثية ثالثة تختلف عن سابقتها، فجمع الملاكات والحيثيات الثلاث كلها تحت عنوان (قابلية المحل للتعامل) ليس فتياً، ولهذا جعلها الفقه الإسلامي شروطاً مستقلة لمحل العقد في العقود المالية، وهذا أوضح وأكثر شفافية وأدق في التعبير عن ملاك الشرطية ونكتتها الفنية.

ب - الدليل على اشتراط المالية :

واشتراط المالية في المحل في عقود المعاوضة ونحوها باعتبار أن الالتزام والتعهد العقدي في هذه العقود وأثارها القانونية من الضمان ونحوه إنما يكون بلحاظ ما يكون مالاً بالمعنى المتقدم.

وبعبارة أخرى : العقود والمعاملات العقلانية إنما نظمت لدى العقلاة من أجل حفظ الحقوق المالية للأشخاص وتقسيمها وتحقيق العدالة والنظم فيها ، وترتيب ما يترب على تفويتها من ضمان واسترداد للحق ، وهذا كله فرع المالية بالمعنى المذكور لكي يكون الالتزام والتعهد فيها مقيداً ومؤثراً ، وهذا يتصور في الأموال ونحوها مما يعقل بلحاظها الضمان والحقوق والالتزامات الوضعية.

وعلى هذا الأساس يمكن أن يدعى انصراف أدلة وعمومات الصحة والامضاء في باب المعاوضات والعقود المالية كقوله سبحانه وتعالى : « أوفوا بالنحو » ، و « إلأن تكون تجارة عن تراضي منكم » ، و « وأخل الله ألبئ » عن العقد المتعلق بما لا مالية له ولو من جهة لغوية الالتزام والتعهدات فيما لا مالية له عرفاً ، بل عنوان التجارة والبيع لا يصدق لغة أيضاً إذا لم يكن المكتسب مالاً أو مبادلة بين مالين .

ثم إن بعض الفقهاء^(١) تمسكوا بثبات شرط المالية بحديث: «لا يبع إلّا في ملك».»

وفيه: مضافاً إلى ضعف الحديث سندًا ودلالة لاحتمال إرادة ملك البيع لا البيع - وقد تقدم ذلك فيما سبق - أن الملكية غير المالية، فإن حبة من حنطة قد يقال بأنها ملك لمالكها ولهذا يحرم التصرف فيها بدون إذنه، ولكنها ليست مالاً، ف تكون النسبة بينهما العموم من وجہ، فلا يمكن الاستدلال بالحديث على هذا الشرط.

وقد يستدل عليه أيضاً بأن المعاملة وبذل المال في قبالت ما لا مالية له سفهية فيكون باطلأ.

وفيه: مضافاً إلى إمكان تعلق غرض عقلائي بذلك في بعض الموارد كما إذا اشتري خنفسانة لاكتشاف علمي مثلًا، أن المنهي عنه معاملات السفهية لا المعاملة السفهية.

وقد يستدل عليه أيضاً بأنه من أكل المال بالباطل فيشمله إطلاق الآية الكريمة بناءً على أن المراد به الباطل العرفي^(٢).

وفيه: أن الباطل لو سلم أنه يراد به الباطل العرفي فهو بمعنى ما يقابل الحق من الظلم والغصب والتجاوز ونحوه، أي بلا استحقاق، وهذا غير صادق في المقام؛ إذ فرق بين اللغوية وعدم اقادم العرف، وبين عدم الاستحقاق والظلم.

وهكذا يظهر أن الدليل على هذه الشرطية منحصر فيما ذكرناه من انصراف الأدلة اللغوية على الامضاء وصحّة العقود عن غير الأموال؛ لأن المالية أساساً

١ - كتاب المكاسب ٤: ١٠.

٢ - كتاب المكاسب ٤: ١٠.

هي الغرض النوعي العقلائي من تنظيم العقود والمعاملات المالية ، كما أنَّ السيرة وبناء العقلاة أيضاً لا إطلاق لها لكي يمكن التمسك به .

ثم إنَّه لا فرق في البطلان بين زوال المالية عند العرف أو عند الشارع كما في الخمر والخزير لنكتة عامة في باب أدلة الأحكام الوضعية التشريعية من أنها تحمل على ما يكون مصداقاً لها بحسب نظر ذلك المشرع لا الأنوار التشريعية الأخرى ، وعلى هذا تحمل الروايات الناهية عن بيع الميتة والنرجس حيث لا تكون لها منفعة عرفية محللة . وتفصيله موكل إلى محله .

ج- بذل المال بازاء ما لا مالية له :

ثم إنَّ المشهور حكموا بجواز أخذ المال في قبال ما لا مالية له لا بعنوان البيع أو المبادلة مع نفس المال ، بل ببذل المال بازاء حق الاختصاص الموجود لصاحبه إذا كان فيه ذلك كما في بيع حبة من قمح .

إلا أنَّ بيع نفس الحق أو الملك لا معنى له ؛ إذ ليس الحق أو الملك إلا حكماً شرعياً، وبذلك بازاء المستحق أو المملوك وهو الكلب والخزير أو حبة من حنطة لا يعني إلا بذلك بازاء نفس ذلك الشيء بما هو مملوك ومستحق ، والذي يعني نقل نفس الاستحقاق والملك إلى الطرف الآخر ، وهذا هو البيع أو المعاوضة ؛ إذ لا يراد بها إلا المبادلة في العلاقة القانونية والاختصاص ، فلا بد وأن يكون المقصود ببذل المال بازاء رفع يد صاحب الحق عن متعلق حقه واعراضه عنه من أجل استيلاء الباذل عليه ، وهذا عمل مفيد ينتفع به الباذل ولا يصدق عليه عنوان البيع والشراء لتشمله أدلة النهي في بيع الميتة أو النرجس .

على أنه لو فرض عدم المالية في العين فلا مالية أيضاً للحق المتعلق بها ، فلا تشتمله أدلة امضاء التجارة والبيع والعقد لذلك أيضاً .

نعم، يمكن أن يكون تملقاً للعوض مجاناً ولكن مع شرط الإعراض أو اسقاط الطرف الآخر لحق اختصاصه أو ملكه حتى يأخذه أو يتملكه الآخر بالحيازة ، فيرجع إلى الهبة مع الشرط في ضمنه أو الإعراض المشروط لا البيع والمعاوضة.

٤ - حلية الغرض النوعي شرعاً :

ويراد به أن يكون موضوع العقد ومحل الالتزام أو الغرض النوعي منه مشروعاً لا محراً شرعاً ، وهذا يقل في باب الإجارة على الأفعال ، كما إذا استأجر شخصاً لارتكاب فعل حرام كالغناء المحرم ، كما يقل في باب الأعيان ومنافقها أيضاً كمن يستأجر دكاناً لبيع الخمر فيه ، وكما في بيع نفس الخمر والخنزير والأصنام والآلات التي يحرم نفس اقتناها ، وكذلك بيع المصحف من الكافر حيث يحرم استيلائه على المصحف الشريف .

ولا إشكال من الناحية الفقهية في بطلان العقد في هذه الموارد ، كما أن القانون المدني أيضاً يجعل مشروعة المحل وعدم مخالفته للنظام العام والآداب شرطاً من شروط محل العقد .

وإنما البحث في مدرك هذه الشرطية وأنها هل ترجع إلى أحد الشروط الأخرى أم لا؟ وكذلك في حدودها ومواردها ، وبهذا الصدد نقول :

استند بعض الفقهاء في تخريح البطلان إلى أن العن أو المنفعة المحرمة أو العمل المحرم لكونه محراً شرعاً لا يكون مملوكاً ، أو لا يكون مالاً شرعاً ، ويشترط في صحة محل المعاوضات المملوكة والمالية ، فيرجع هذا الشرط إلى أحد الشرطين الآخرين .

وفي : أما بالنسبة إلى عدم المملوكة :

أولاً - منع الكبri ، فإن المملوكة حكم وضعى لا تناهى الحرمة كحكم تكليفي ؛ إذ لا ملزمة بينهما أصلاً كما لا يخفى .
وثانياً - لا تشرط المملوكة الوضعية للعمل في صحة الإجارة ، كيف والعمل لا يكون مملوكاً بالملكية الوضعية للعامل قبل الإجارة ، وإنما يكفي أن يكون تحت سلطانه وقدرته والتي قد تسمى بالملكية التكوينية .
 وأما بالنسبة إلى عدم المالية ، فلأن مجرد حرمة عمل أو منفعة تكليفاً لا يستلزم عدم ماليته ومرغوبيته عرفاً ، بل ولا شرعاً ؛ إذ لا ملزمة بين الحرمة وانتفاء المالية حتى شرعاً ، حيث تقدم أن المالية ليست حكماً وضعياً وإنما أمر واقعي انتزاعي لا يرتفع بالحرمة التكليفية . نعم ، قد ترتفع المالية عنه في مجتمع ديني ملتزم .

وقد يخرج ذلك على أساس أن أكل المال في قبال الفعل أو المنفعة المحرام أكل للمال بالباطل فيشمله النهي في الآية الشريفة .

والجواب : أن المستظهر من الآية الشريفة إرادة السببية من الباء لا المقابلة ، أي لا تأكلوها بالأسباب الباطلة لا في قبال العمل الباطل ، كما هو مقرر في محله .

وقد يخرج البطلان على أساس أن أدلة الامضاء ووجوب الوفاء تقتضي ايجاب العمل بالعقد ، وهذا لا يجتمع مع حرمة العمل ؛ للزرم اجتماع الأمر والنهي في شيء واحد وهو محال .

وفيه : **أولاً** - أن الأدلة المذكورة مفادها الإرشاد إلى الصحة والحكم الوضعي أي الملكية لا الحكم التكليفي والملكية للعمل تجتمع مع حرمتة تكليفاً ، والمحال اجتماع الوجوب والحرمة التكليفين .
وثانياً - أدلة الصحة التي لا تكون بلسان الأمر بالوفاء من قبيل « أخل الله

النبيع^(١) أو «تجارة عن تراضي متنكم» يمكن أن أن يشمل هذه الموارد؛ لعدم حرمة في نفس العقد والتجارة، فليكن العقد صحيحاً ولكن يحرم العمل تكليفاً على الأجير.

كما أنَّ هذا الوجه يختص بالإيجار على العمل المحرَّم ونحوه لا إيجار الأعيان أو بيعها؛ لعدم حرمة تسليمها إلى الغير، وإنما الحرام انتفاع الغير بها بنحو محرَّم، وهو لا ربط له بالوفاء بالعقد.

والصحيح: أنَّه مع تحريم العمل أو تسليم المال إلى طرف العقد يبطل الإيجار أو البيع؛ لانتفاء الغرض النوعي من العقد، وهو يوجب البطلان كما تقدم شرحه في الشرط الثاني.

وإن شئت قلت: إنَّ ممنوعية محل العقد شرعاً - في الإيجار على العمل - أو ممنوعية الغرض النوعي منه شرعاً - في بيع ما يحرم اقتناه أو تسلط المشتري عليه - كالمتناع التكويني عقلاً وارتكاناً يوجب بطلان العقد ولغويته، والشارع قد أمضى هذا الارتكاز العقلائي أيضاً.

بل لا يبعد دعوى قصور مقتضي الصحة وإطلاق أدلةها؛ لأنَّ ما يكون منها بلسان الأمر بالوفاء من الواضح عدم شمولها للوفاء المحرَّم حتى إذا كانت ارشاداً إلى الصحة؛ لأنَّ الارشاد المذكور إنما يكون بلسان الأمر بالوفاء، فإذا لم يكن شاملًا للوفاء المحرَّم لم يكن إطلاق في المرشد إليه أيضاً.

وما يكون منها بلسان الحلية أيضاً لا إطلاق له للمقام؛ لأنَّ البيع والتجارة وإن كان اسمًا للعقد يراد به البيع والتجارة التي يمكن العمل بمقتضاهما واجراهما.

هذا، مضافاً إلى دليلين شرعيين على البطلان حتى إذا افترض الإطلاق في أدلة الصحة، وهما:

١ - ما دلت عليه الروايات المعتبرة من بطلان كل شرط حلال حراماً أو خالف الشرع، وقد تقدم أنَّ عنوان الشرط يشمل العقد أيضاً.

٢ - الروايات الخاصة الدالة على حرمة الاكتساب وأخذ المال بازاء عمل محروم أو منفعة محرمة أو ثمن الخمر والخنزير وهي على طوائف عديدة ذكرناها بتفصيل في كتاب الإجارة، فلتراجع هناك^(١).

ثم إنَّه لا يتم شيء من هذه الوجوه فيما إذا كان العرام ملازماً مع العمل أو المنفعة المحرمة لا نفسها، كما إذا استأجر الجنب ليكتنس المسجد الملازم مع مكثه فيه، فإنه لا يجري فيه شيء من الوجوه والتخريجات السابقة، أمَّا الأول فواضح؛ إذ الكتنس ليس منهياً عنه لكي ينافي المملوكة، والنهي عن أحد المتلازمين لا يسري إلى الآخر كما حقق في محله.

وكذلك القدرة على التسليم موجودة تكويناً، وهو واضح، وشرعياً أيضاً لأنَّ المحرم إنما هو المكث ولم تقع الإجارة عليه بل وقعت على الكتنس وهو ليس بمحرم، وكذلك محظور الامتناع واجتماع الأمر والنهي لا يجري في المقام؛ إذ يمكن الأمر بالوفاء بالكتنس ولو بنحو الترتيب؛ إذ ليس هو المحرم شرعاً، كما أنَّ المالية للكتنس محفوظة حتى من الجنب.

ومن هنا أفتى السيد الشهيد^(٢) بصحبة الإجارة في المقام وإن كان الأجير الجنب أمَّا إذا اكتنس المسجد.

١ - بحوث في الفقه: (كتاب الإجارة) ١: ١٠٤ - ١١١.

٢ - منهاج الصالحين (الحكيم) ١: ٦٦، حاشية الشهيد الصدر.

ثم إنّ مفاد الروايات الخاصة هو أنّ المنفعة ، سواء كانت عملاً أو منفعة خاصة للعين المستأجرة إذا كانت محرمة ومنوعة شرعاً كان كلّ أنواع التكسب بها أو التقلب فيها وأكل المال بازائتها باطلًا وحرامًا ، وكذلك العين التي يكون تداولها واقتناؤها محرماً لا يجوز أكل المال بازائتها ، سواءً كان ذلك بعنوان البيع أو الإجارة أو أيّة معاوضة أخرى ، وهذا يعني أنّ الغرض النوعي مما يبذل المال بازائته إذا كان غرضاً محرماً لا يسمح به الشارع كانت المعاملات المنتهية إليه كلّها باطلة وضعاً ومحرمة تكليفاً أيضًا؛ لأنّها تسبّب إلى الغرض الممنوع شرعاً .

وليس هذا على أساس أنّ الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً ليطالب بالدليل على هذه الكبرى ، بل ابتداءً يدعى أنّ الغرض النوعي والسبب المقتضي للمعاملة لابد وأن يكون مشروعاً لتصح المعاملة من زاوية نظر المشرع؛ لأنّ الغرض النوعي حبيبة تقيدية في المعاملة بمعنى أنّ المقصود من المعاملات عقلانياً ليس مجرد لقلقة الاعتبارات الوضعية ، وإنما تلك الاعتبارات طريق إلى الجري والأثر والمقصود والغرض الأصلي المترتب عليها فهي ملحوظة في الارتكاز العرفي والعقلائي بما هي توصل وتنتهي إلى تلك الأغراض والنتائج النوعية الأصلية فإذا كانت محرمة وممتنعة شرعاً فلا معنى لامضائهما وكانت بحكم الامتناع العقلي؛ لأنّ هذا معناه ملاحظة تلك الاعتبارات بما هي في مقام الامضاء وتصحيح المعاملة ، وهذا ما يأبه العقلاء .

ولسان أدلة الامضاء الشرعية أيضاً محمولة على هذا الارتكاز العقلائي؛ ولهذا ترى أنّ الامضاء والتصحيف للمعاملات وعدمه وردت بلسان الأمر بالوفاء والجري العملي أو النهي عن أكل المال ونحوه ، ومن هنا لا يكون لهذه الأدلة إطلاق لما إذا كان الغرض النوعي والمقتضي والمقصود الأصلي من المعاملة

محرماً وممنوعاً شرعاً كما أشرنا.

فهذا الشرط بحسب الحقيقة توسيع ل نطاق الشرط الثاني من شروط محل العقد.

وهذا المطلب الثابت عقلانياً وارتكاناً بلا اشكال هو مفاد مجموع الروايات الواردة في بطلان التكسب بالمكاسب المحرمة وأخذ الشمن أو الأجر عليه وأنه سحت حرام كما يظهر لمن يراجع مفادها ، وكذلك ما ورد من حرمةأخذ الأجرة على منفعة محرمة بالخصوص للعين المستأجرة من قبيل رواية صابر أو جابر قال : «سألت أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يواجر بيته يباع فيه الخمر ؟ قال : حرام أجره»^(١).

وعلى هذا الأساس أيضاً يفصل بين فرض وقوع الإجارة على المنفعة الخاصة المحرمة وبين وقوع الإجارة على المنفعة بلا قيد والتي فيها ما يكون محللاً ولكن يعلم بأنَّ الطرف المقابل سوف يستخدمها في المنفعة المحرمة اتفاقاً، فإنَّ الغرض النوعي هنا ليس حراماً لكي تبطل المعاملة ويحرم الشمن ، بل لو اشترط ذلك بنحو الشرط ضمن العقد مع كون متعلق العقد المنفعة المطلقة أيضاً ينبغي الحكم بصحبة العقد وبطلان الشرط وفساده كما هو فتوى بعض الأعلام.

وعلى هذا أيضاً قد يفرق بين بيع الميالة من المسلم وبيعها من المستحلّ، حيث إنَّ الغرض النوعي في الصورة الثانية للمشتري ليس محرماً على البائع لو قيل بعدم حرمة التسبب إلى أكل المستحل للميالة ، وقد ورد في بعض الروايات أيضاً جواز بيع الميالة من المستحلّ .

١ - وسائل الشيعة ١٢٥، الآية ٣٩ من أبواب ما يكتب به، الحديث ١

كما أنه على هذا أيضاً يمكن توجيه الفرق بين بذل المال بازاء مثل الخمر والصنم ونحوه أو بازاء الميتة ونحوها مما لا مالية لها شرعاً ولكن لا يحرم اقتناها، فإن الأول لا يجوز ويحرم بأي نحو كان، بخلاف الثاني فإنه قد يصح بذل المال بازاء رفع اليد عنه؛ لأنَّ الخمر والصنم يحرم اقتناهما ويجب اعدامهما بأي شكل كان، ويحرم التسبب إلى ذلك بهذا المقدار أيضاً، فيكون بذل المال بازائهما بأي شكل وصيغة قانونية بذلاً بازاء غرض نوعي محرام بخلاف الميتة، فإنه إذا بيع للأكل والاستعمال المحرم كما هو كذلك غالباً في موارد البيع لغير المستحل أو عدم علم المشتري بأنَّها ميتة يكون باطلأً وثمنها سحتاً؛ لأنَّه تسبب إلى الغرض المحرم، وهو أكل الميتة، وإذا حصل فيها منفعة أخرى محللة وكانت نوعية جاز وصح بيعها لذلك، ولو فرض عدم منفعة محللة لها ولكن بذل المال بازاء رفع اليد عنها لمجرد اقتناه الغير لها واستيلائه عليها لأي غرض آخر جاز ذلك ولم يكن محرماً؛ لأنَّ الاقتناه ليس حراماً.

وما ورد في الروايات من أنَّ ثمن الميتة سحت يقصد به ما كان يباع لغرض نوعي هو الأكل المحرام، فيكون باطلأً وضعاً وحراماً تكليفاً، بخلاف ما إذا حصل لها منفعة محللة ولم يكن البيع من أجل التسبب إلى المنفعة المحرمة، أو لم تكن المنفعة منفعة محللة ولكن لم يكن القصد من البيع والشراء أو بذل المال بازائه الانتفاع المحرام بل اقتناها لغرض آخر محلل ولو لم يكن غرضاً نوعياً.

وبهذا تتحل مشكلة بيع الميتة أو بذل المال بازائها والتي اختلفت كلمات الفقهاء فيها، فتدبر جيداً.

ومن مجموع ما ذكرناه يظهر أنَّ شرطية مشروعية محل العقد لا يرجع إلى مسألة انتفاء المالية أو الملكية.

نعم، يمكن ارجاعها إلى الشرط الثاني من شروط محل العقد وهو إمكان الوفاء والغرض النوعي من العقد خارجاً فيوسع ذلك الشرط ويكون أعم من الامكان وعدم الاستحالة ومشروعية السبب، بمعنى أنَّ الغرض النوعي المقصود عقلائياً من المعاملة لابد وأن يكون غير مننوع عقلاً وشرعاً.

وهكذا يتضح من مجموع ما ذكرناه رجوع هذا الشرط إلى الشرط الثاني - أعني إمكان الوفاء بالغرض الأصلي والنوعي من العقد، والذي عترنا عنه بالسبب - فيبطل بيع ما يمتنع شرعاً اقتناه والانتفاع به أيضاً، ولا يختص الشرط المذكور بالايقار على الأعمال أو المنافع المحرمة شرعاً.

نعم، لو لم يكن اقتناه شيء والاستيلاء عليه محرماً شرعاً وإنما كانت منافعه الغالية أو النوعية محرمة صحيحة بيعه مطلقاً، أو إذا لم يكن البيع مقيداً بتلك المنافع المحرمة - إذا كانت سائر شرائط صحة البيع من المالية والملكية محفوظة في تلك الأعيان - لامكان الوفاء بمثل هذا العقد وتحقق الغرض النوعي منه وهو نفس الاستيلاء على تلك الأعيان، بل لو فرض بطلان البيع لعدم الملكية أو المالية صحة أخذ المال في قبال تملكتها من قبل الغير وإن لم يكن ذلك بيعاً.

وعلى هذا الأساس يمكن التفريق بين بيع الخمر والصنم متى قد يقال بحرمة اقتناه ووجوب اعدامه أو تبديله إلى شيء آخر كالخل والخشب أو مطلق أخذ المال ولو في قبال رفع اليد عنهما وبين بيع الميتة ونحوها أو أخذ المال في قبال ما لا منفعة محللة فيه، ولكن لا يحرم اقتناه فيصح البيع أو أخذ المال في قباليه في الثاني دون الأول.

وهذا يعني أنَّ هذا الشرط يتعدد ويتقدر بما إذا كان نفس الغرض النوعي والمقصود الأصلي وما هو بالدقة مقتضى العقد وسببه محرماً شرعاً لا غير، فإذا

كان الاستيلاء على المبيع واقتنائه غير محرّم ولكن الانتفاع به يكون محرّماً شرعاً فهذا ب مجرد لا يقتضي البطلان.

وكذلك إذا كان لازم السبب والغرض النوعي محرّماً كما إذا كان الاستيلاء على الشيء متوقفاً أو ملازماً مع ما يكون محرّماً وممنوعاً شرعاً فإنّ هذا لا يوجب بطلان البيع.

نعم، لو قيل بأنّ إمكان الوفاء بالعقد شرعاً من سائر الجهات شرط في صحة العقد أيضاً - كما اختاره بعض الأعلام وعلى أساسه حكم ببطلان ايجار الحائض والجنب لكتنس المسجد - بطل العقد في هذه الموراد أيضاً. إلا أنه ممنوع.

وهل يختصّ هذا الشرط بالتحريم الشرعي الثابت بالعنوان الأولي لل فعل أو العين المتعلق للعقد أو يعمّ التحرير الثابت له بعنوان ثانوي كما إذا حكم الحاكم الشرعي بتحريم اقتناء الأفيون وتداؤله؟

لا يبعد التعميم؛ إذ لا فرق بينهما من حيث انتفاء الغرض النوعي والسبب من العقد بعد فرض حرمة الاقتناء لتلك الأعيان بالعنوان الثاني، وهذا أحد الوجوه التي يمكن على أساسها تخریج بطلان مثل هذه المعاملات شرعاً، وهذا باب ينفتح منه اختيارات واسعة للحكومة الإسلامية فيما تسنه من القوانين في العقود والمعاملات لحفظ النظام العام والأداب والقيم الإسلامية حيث يكون التعامل على خلاف ذلك باطلًا وضعاً أيضاً.

نعم، لابد وأن لا يكون التحرير بعنوان ثانوي بنحو بحيث يرتفع بوجوب الوفاء بالعقد، كما إذا أجر شخص نفسه للحج نيابة عن الغير ثم نهاء عنه الأب أو الزوج المتأخر زوجيته عن عقد الایجار، فإنه لا أثر للنهي المذكور؛ لأنّه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

وكذلك لا يبطل العقد إذا كانت الحرمة والمنع الشرعي متعلقاً بالمعاملة بمعنى الانشاء لا المنشأ والمضمون العاهمي - أي بالسبب لا المسstab بالمصطلح الفقهي للمعاملة - كما في النهي عن البيع وقت النداء ، فإنه لا يوجب بطلان المعاملة ؛ لأن وجوب الوفاء به بعد تحقق الانشاء المحرّم تكليفاً لا محظوظ ولا منع عنه شرعاً ولا تكويناً.

كما أنّ الغرض والباعث من العقد حرمته لا يوجب بطلان العقد - خلافاً للنظريّة الحديثيّة في الفقه الوضعي - فمن يشتري أو يستأجر مكاناً ويكون غرضه منه أن يصنع فيه الخمر أو يجعله للدعارة أو أي عمل محرام آخر لا يكون بيعه أو ايجاره باطلًا وإن كان عمله فيه محراً ، وأخذ الأجرة عليه أيضاً باطلًا .

نعم ، لو وقع الإيجار على المنفعة المحرّمة بطل العقد ؛ لشمول الأدلة المتقدمة لذلك ، كما أنه إذا كان العمل أو المنفعة المحرّمة شرطاً ضمن العقد بطل الشرط ، وأمّا العقد فبطلانه مبني على القول بفساد العقد إذا فسد شرطه ، وهو من نوع ، وإنما يوجب الخيار على ما هو مقرر في محله .

ثم إنّه قد يجعل من شروط المحل أن لا يكون متعلقاً الالتزام واجباً مستحقاً لله سبحانه وتعالى ، وعلى هذا الأساس يحكم ببطلان الإيجار على الواجبات ، كتجهيز الموتى أو الصلة عليها أو غير ذلك .

إلا أنّ هذا لا وجه له ، فإنّ وجوب عمل تكليفاً لا يستلزم كون الفعل مستحقاً ومملوكاً لله سبحانه لكي لا يصح العقد عليه . نعم ، لابد وأن لا يكون الواجب مشروطاً بالمجانية .

وتفصيل ذلك متroc إلى بحوث الإيجار .

٥ - المعلومية والتعيين للمحل :

لا شك في اشتراط التعيين الذاتي - أي الذهني - في محل العقد، سواء كان عيناً أو منفعة أو عملاً، كلياً أو شخصياً؛ إذ من دون تعيينه في الذهن لا يعقل العقد عليه؛ لاستحالة الفرد المردّد في الذهن كالخارج، فالتعيين المقابل للتردد إذا أُريد به التردّد في الصورة الذهنية فهو ممتنع عقلاً وشرط في العقد عقلاً.

وإنما يعقل وقوع العقد على المردّد الخارجي كبيع أحد هذه الاماء أو صاع من صبرة والذي يرجع إما إلى بيع كلي ذلك النوع ولكن مع تقديره بأن يكون من تلك الصبرة أو الأفراد الخارجية ، ويسمى بالكلي في المعين ، أو يرجع إلى بيع أحد شيئاً أو أشياء معينين في الخارج مع كون العنوان المشير به إلى الخارج - وهو عنوان أحدهما - معيناً في الذهن.

إلا أن هذا أيضاً لابد وأن يرجع إما إلى العقد على الكلي في المعين ولكن الكلي الانتزاعي لا الحقيقي كعنوان أحدهما، أو يرجع إلى العقد على الواقع المعين في الخارج من خلال عنوان مبهم إجمالي من قبيل ما سيختاره منهما بعد ذلك المعين عند الله واقعاً ، وهذا يعني أنّ محل العقد لابد وأن يكون معيناً إما بنحو الكلي ولو الانتزاعي أو بنحو شخصي في الخارج مع عنوان مبهم مشير إليه ، وأما إذا لم يكن له تعين أصلاً فلا يعقل تعلق العقد به .

وهذا المقدار شرط عقلي ، وهذا يعني أنّ عدم التعيين لمحل العقد خارجاً يكون بأحد أنحاء ثلاثة:

١ - أن يكون من جهة كون المحل والمتعلق للعقد عنواناً كلياً - ولو بنحو الكلي في المعين - وهذا لا شك في معقوليته وصحته؛ لأنّ المحل معين بحسب

الحقيقة ذهناً وخارجهاً، وهو الجامع الحقيقى أو الانتزاعي، فلا محذور في العقد عليه لا عقلاً ولا شرعاً.

٢- أن يكون المحل متعيناً خارجاً ولكنه مجهول وبمهم ذهناً يشار إليه بعنوان إجمالي، كعنوان ما سيختاره المشتري أو غير ذلك مما هو متعين في الواقع وإن كان مجهولاً حين العقد، وهذا أيضاً من العقد على المتعين الخارجي، إلا أنه قد يكون باطلًا من جهة استلزم المجهالة بالأوصاف والخصوصيات التي لابد وأن تكون معلومة، على ما سنشير إليه.

٣- أن لا يكون هناك تعيين لمحل العقد لا ذهناً ولا خارجاً، وهذا هو الذي قلنا بأنه غير معقول؛ لأن العقد لابد له من متعلق له تعيين في عالم الذهن بأحد التحوين السابقين، فمن دون تعيين المحل إنما بنحو الكلية أو بنحو المعين الخارجي من خلال عنوان إجمالي مشير إليه لا يعقل إنشاء العقد وايجاده. نعم، قد لا يكون ذلك العنوان الإجمالي صادقاً أصلاً، كما إذا لم يختر شيئاً منها، إلا أن هذا من باب انتفاء المحل الواقع عليه العقد لا الترديد في محل العقد، وهذا التحوير الثالث هو الذي يقال عنه بأن العقد على المردود الخارجي باطل؛ لأنه غير معقول.

ثم إن زانداً على لزوم تعيين محل العقد لابد من تعيين الخصوصيات والأوصاف الرئيسية للمحل كالكمية والتوع وما إلى ذلك، وهذا يرجع بحسب الحقيقة إلى معلومة الأوصاف والخصائص الدخيلة في قوام الشيء وما إليه أو في مرغوبيته وقيمتها أو في مقداره ومدّته، وهو المعتبر عنه باشتراط عدم المجهالة أو الغرر في العقد.

وبعبارة أخرى: المجهالة المطلقة بمعنى عدم تعيين محل العقد وموضوعه حتى ذهناً مانعة عن انعقاد العقد عقلاً، بحيث لا تحتاج إلى دليل عليه، وأمام المجهالة

النسبة، أي الجهة بالأوصاف وخصائص المحل أو وجوده مع كونه معيتاً بذاته في الخارج فهي مانعة عن صحته شرعاً وعقلاً.

وقد تحدد الجهة بما يكون موجباً للغرر أي الخطر والضرر، إلا أنَّ هذا تحديد إجمالي، وقد حددها الفقهاء بالجهة في الوجود أو في كل خصوصية تكون مؤثرة في المرغوبية والقيمة لذلك الشيء عيناً كان أو منفعة، سواءً كانت الخصوصية ترجع إلى الكمية والمقدار أو الكيفية والصفات، فالخصوصيات الداخلية في القيمة والمرغوبية النوعية للشيء لابد وأن تكون معرفة معلومة لدى الطرفين حين العقد، بل قد يثبت شرعاً لزوم عدم الجهة بأكثـر من ذلك أيضاً.

ثم إنَّه استدلَّ على شرطية المعلومة - بهذا المعنى - بالاجماع والسيرة العقلائية المضادة شرعاً، وبدعوى انصراف أدلة الامضاء والصحة عن موارد الجهة، وبالنبوى المعروف: نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، والذي روتته العامة لأحمد بن حنبل في مسنده عن ابن عباس وغيره، ورواه الشيخ الصدوق بأسانيد مجهولة^(١).

وقد يدعى الاطمئنان بصدره بحساب الاحتمالات والقرائن لتعدد الطرق ومشهورية الحديث وتلقيه بالقبول أو يقبل مسلك الانجبار بعمل الأصحاب. وقد فسر الغرر بالجهة، وبالتالي بمعنى الخديعة والخطر. والظاهر أنه بمعنى الجهة المستلزمة للخطر والتقص في المالية والانخداع، فترجع المعاني إلى معنى واحد.

وينبغي أن يعلم أنَّ مورد هذا الشرط - أعني عدم الجهة والغرر - ما إذا كان

١ - مستند أحمد ١: ٣٠٢. وانظر: دعائم الإسلام ٢: ٢١.

العقد واقعاً على المحل المجهول وجوده أو خصائصه وأوصافه المقومة له حين العقد ، وأمّا إذا وقع العقد على المعلومات وجوده وخصائصه وأوصافه ثم تبيّن الغلط والتخلّف فهذا يوجب بطلان العقد من جهة فقدان الشرط الأول - وهو وجود المحل أو الموضوع للعقد - لأنّ العقد واقع مبنياً عليه بحسب الفرض ، بخلاف مورد العقد الواقع على المجهول بما هو مجهول - حيث قد يتعلّق الغرض بشرائه مثلاً بما هو كذلك - فإنّه ليس من الغلط أو التخلّف ؛ لأنّ متعلّق العقد ومحلّه هو الشيء المجهول بما هو مجهول وجوده - كالعبد الآبق - أو أوصافه - كالحنطة المجهول وزنها ومقدارها - فلا تخلّف ولا غلط في البين ؛ ولهذا لا يكون له الخيار وحق الفسخ إذا ظهر عدم وجوده ؛ لأنّه قد أقدم عليه كذلك ، إلا أنه مع ذلك يحكم ببطلانه ؛ لزوم الغرر والمخاطرة أو لما ذكرناه من لزوم انتفاء الغرض النوعي والأصلي من العقد والالتزام.

والهمّ أنه يمكن أن يستدلّ على هذا الحكم أيضاً بمجموع الروايات الواردة في أبواب البيع والاجارة الدالة على اشتراط معلومية الكيل والوزن ، بل والعدّ في المعدود أيضاً في صحيح الحلبـي^(١) والنهي عن بيع ما لم يره ، أو ما ورد من أنه: «لا يصلح للرجل أن يبيع الرجل بصاع غير صاع مصر» الوارد في صحيحـةـ الحلبـي^(٢) أيضاً ، أو اشتراط تقبل الأرض بشيء معلوم إلى سنتين مسماة كما في معتبرة أبي الـربع الشامي^(٣) - وأبو الـربع معتبر لنقل أحدـ الثلاثة عنه -. .

وما ورد في رواية حـمـادـ عنـ أبيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ الـسـلـامـ منـ كـراـهـةـ أوـ فـسـادـ شـرـاءـ الثـوـبـ

١ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٨، الباب ٧ من عقد البيع وشروطه، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٧، الباب ٦ من عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ٦٠، الباب ١٨ من المزارعة والمساقاة، الحديث ٥.

بدينار غير درهم، معللاً بأنه «لا يدرى كم الدينار من الدرهم»^(١)، أو بقوله: «لعل الدينار يصير بدرهم»^(٢) - فإنّ من يلاحظ مجموع هذه الألسنة من الروايات يشرف على القطع بأنّ مرجعها جميعاً إلى مطلب واحد ونكتة كبروية واحدة مستظهرة عرفاً وبحسب المناسبات الارتکازية من مجموعها، بل ومن خصوص بعضها المشتمل على التعليل واعطاء الكبri الكلية، وهي شرطية المعلومية وعدم الجهل بوجود المحل للعقد ولا بالخصوصيات المؤثرة في المرغوبية وقيمة الشيء، سواء كانت خصوصيات كمية أو كيفية، وهو المعبر عنه بالغرر النوعي.

والمعلومية في كل شيء بحسبه، كما أن رفع الجهالة والغرر تارة يكون بالمشاهدة وأخرى بالأخبار من البائع أو بالتعارف الخارجي والمعهودية. نعم، في خصوص بيع المكيل والموزون قد استفاد الفقهاء شرطية الكيل والوزن، ولو فرض انتفاء الغرر لاطلاق روایات شرطية الكيل والوزن. وتفصيل ذلك متترك إلى محله.

ثم إن المعلومية عند العقد شرط في صحته، فلا يكفي ارتقاء الجهالة بعد ذلك وعند الأداء والوفاء؛ لأنّ الغرر يتحقق بالعقد.

نعم، لو كان المبيع أو المعقود عليه معلوماً بحسب المالية كما إذا قال: (آجرك هذه الدار كل شهر بكلذا، أو أبيعك هذا الطعام كل كيلو منه بكلذا) فاشترأه على أن يكيله بعد ذلك ويدفع بمقداره فلا غرر ولا وجه للبطلان ولا إطلاق لروایات الكيل والوزن أيضاً لهذه الحالة.

١ - وسائل الشيعة: ١٨، الباب ٢٣ من أحكام العقود، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة: ١٨، الباب ٢٣ من أحكام العقود، الحديث ٢.

ولو كان المحل معلوماً أو صافه الرئيسية حين العقد ولكنه ظهر الخلاف بعد ذلك من جهة الغلط أو التدليس فإن كان التخلف في خصوصيات مقومة للعقد ومغيرة للمحل والمتعلق للعقد كما إذا اشتراه على أنه عبد فخرج أنه حرّ بطل العقد، وإلا كما إذا اشتراه على أنه كاتب فظاهر أنه أمي فإنّ له خيار التخلف. وقد تقدم بيان ذلك في بحث سابق.

لإقال: إنّه يكفي في دفع الغرر والجهالة بالأوصاف المقومة للمحل أيضاً جعل الخيار فلماذا يحكم ببطلان البيع.

فإنّه يقال: تقدّم فيما سبق أنّ الخيار إذا كان حكماً شرعاً تعدياً فهو بحاجة إلى دليل خاص وهو مفقود في المقام، وإذا كان حقاً فهو بحاجة إلى جعل وشرط من قبل المتعاقدين ، والمفروض عدمه في المقام؛ لأنّهما أقدما على العقد على المجهول مقداره أو وصفه بحسب الفرض فلا حق للفسخ من ناحية ذلك .

وروايات النهي عن بيع المجهول والغرر أيضاً ظاهرة ببطلان العقد لا الصحة مع الخيار ، وهذا واضح. كذلك السيرة العقلائية على البطلان ولزوم معلومية الشمن والمثنى من حيث المالية حين العقد وجعل الخيار لا يرفع.

نعم ، لو باع الحنطة على أن يكون كل منّ منها بدرهم وعلى أن يكون جميعاً مائة من مثلاً ثمّ خرج أقل من ذلك أو أكثر أرجع الزائد من الشمن أو المثنى إلى صاحبه ، وكان البيع صحيحاً؛ لأنّه من البيع الانحلالي المعلوم - كما تقدّم الإشارة إليه -. .

نعم ، قد يقال إنّ ظاهر معتبرة زيد الشحام صحة الشراء لسهام القصابين قبل أن يخرج السهم ولكن يكون له الخيار ، حيث قال الإمام عثيمان فيها: « لا تشر

شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم ، فإن اشتري سهماً (شيئاً) فهو بال الخيار إذا خرج «^(١)».

إلا أنَّ الانصاف عدم ظهورها في ذلك ، بل مقتضى التفريع على النهي عن الشراء أنَّ المراد أنه إذا خرج السهم فهو بال الخيار أن يشتري أو لا يشتري ، بمعنى بطalan الشراء ، فإنَّ هذا التعبير قد يستعمل لاثبات عدم صحة البيع من باب أنَّ صحته تساوق لزومه ، فيكون الذيل تكراراً للصدر ببيان آخر .

ولو قيل إنَّ هذا خلاف الظاهر وأنَّ مقتضى الظهور الأولي هو التأسيسية أمكـنـأن يكون المراد بالخيار معناه الاصطلاحـيـ ، ويكون المراد خيار تخلف الشرط ، فـكـأنـهـ يـشـتـريـ سـهـمـ القـصـابـ المشـاعـ قـبـلـ القـسـمـةـ معـ اـشـتـرـاطـ أنـ يـكـونـ عندـ القـسـيمـ بـالـكـيفـيـةـ المـطـلـوـبـةـ لـلـمـشـتـريـ ، فإذا تخلف كان له خيار تخلف الشرط . وعلى كل حال لا تكون في الرواية دلالة على خلاف القاعدة .

هـذـاـ كـلـهـ مـضـافـاـ إـلـىـ أـنـهـ إـذـاـ فـرـضـنـاـ الجـهـلـ الغـرـرـيـ غـيرـ مـانـعـ عـنـ صـحـةـ الـبـيـعـ فـلـاـ مـجـالـ لـلـخـيـارـ أـيـضاـ ؛ لأنـ العـاقـدـ أـقـدـمـ عـلـىـ الـعـقـدـ مـعـ الجـهـلـ بـحـسـبـ الفـرـضـ ، فيـكـونـ مـقـدـماـ عـلـىـ الغـرـرـ ، فـلـاـ وـجـهـ لـلـخـيـارـ حـتـىـ إـذـاـ كـانـ هـنـاكـ غـرـرـ .

ثـمـ إـنـ عـدـمـ الجـهـالـةـ فـيـ المـحـلـ وـلـزـومـ تعـيـيـنـهـ كـمـاـ هـوـ شـرـطـ فـيـ المـحـلـ الشـخـصـيـ الـخـارـجـيـ لـلـعـقـدـ كـذـلـكـ هـوـ شـرـطـ فـيـ المـحـلـ الـكـلـيـ فـيـ الـذـمـةـ أـوـ الـكـلـيـ فـيـ الـعـيـنـ الـخـارـجـيـ ؛ لأنـ المـحـلـ - عـلـىـ مـاـ تـقـدـمـ - قدـ يـكـونـ شـيـئـاـ خـارـجـيـاـ مـعـيـنـاـ - وـالـخـارـجـيـ تـسـاـوـقـ الشـخـصـ بـالـوـجـودـ ، وـمـنـ هـنـاـ نـعـيـرـ عـنـهـ بـالـمـحـلـ الشـخـصـيـ - وـقـدـ يـكـونـ أـمـرـاـ كـلـيـاـ مـاـ فـيـ الـخـارـجـ مـصـدـاقـاـ لـهـ ، وـهـذـاـ عـلـىـ قـسـمـيـنـ : إـذـاـ يـكـونـ بـنـحـوـ الـمـالـ الـكـلـيـ فـيـ ذـمـةـ مـنـ عـلـيـهـ الـحـقـ كـيـعـ صـاعـ مـنـ الـخـنـطـةـ عـلـىـ ذـمـةـ الـبـائـعـ ،

وقد يكون بنحو المال الكلّي الخارجي كصاع من حنطة معينة في الخارج . والفقه الإسلامي قد ميز بين الأحاء الثلاثة لمحل العقد موضوعاً وحکماً وأثراً؛ فإنَّ الأوّل من العقد على محل شخصي معين وجزئي في الخارج ، فإذا تخلّف وظهر مثلاً عدم وجوده بطل العقد ؛ لأنَّ عدم محله ، بخلاف الثاني فإنَّ محله المال الكلّي على ذمة المستلزم وهو محفوظ لا ينعدم بانعدام أفراده ومصاديقه في الخارج .

نعم ، إذا امتنع تحقق مصداقه في الخارج فقد يبطل العقد من جهة فقدان شرط آخر هو الغرض النوعي وعدم إمكان الوفاء به – على ما أشرنا سابقاً – كما أنه في المورد الثالث أعني العقد على الكلّي في المعين ما دام المحل المعين الخارجي – كالحنطة الخارجية – محفوظاً ولو بمقدار الكلّي يكون العقد منعقداً وصحيحاً ، وإنما يبطل العقد إذا ظهر عدم وجود المعين الخارجي أصلاً ، كما أنه لا يجوز في العقد الشخصي تصرّف من عليه الحق في الشيء الخارجي ، بخلاف العقد على الكلّي في الذمة وفي العقد على الكلّي في المعين يجوز له التصرّف فيما زاد على مقدار الكلّي .

إذاً فهناك فوارق بين الأحاء الثلاثة ، سواء من حيث صحة العقد وبطلانه ، أو من حيث سائر الأحكام والأثار المترتبة على العقد الصحيح .

والمقصود هنا أنَّ شرط عدم الجهة وليزوم تعين المحل لا يختص بال محل الشخصي ، بل يسري على محل العقد الكلّي أو الكلّي في المعين أيضاً ، فلابد وأن يكون المبتع الكلّي مثلاً معلوماً جنسه وخصائصه ، فلا يصح مثلاً بيع كلّي مال غير معين أو ايجار كلّي دارٍ أو محل ، بل لابد من تعين ذلك الكلّي ورفع جهاته بذكر خصوصياته ونوعه ومقداره وكل ما يكون مقوّماً ومؤثراً في مرغوبيته النوعية وقيمتها ، وإلا بطل العقد ؛ للجهة والغرر .

وكذا في العقد على الكلّي في المعين لابد من وجود المعين الخارجي المضاف إليه الكلّي ، وأيضاً لابد من معلومية خصائصه النوعية التي يلزم معلوميتها وعدم الجهة بها في صحة العقد .

فاشترط عدم الجهة والغرر لا يختص بالعقد على المحل الشخصي المعين بذاته في الخارج ، بل يسري على المحل الكلّي غير المعين بذاته في الخارج أيضاً ، وإن كان يختلف المحل الكلّي عن الشخصي في أنّ الجهل بوجود المصدق الخارجي للمحل في الأول لا يوجب بطلان العقد ، بخلافه في الثاني ، كما أشرنا .

ثم إن هناك فرقاً بين الجهة بوجود المحل والجهة بالأوصاف والمقدار للمحل ومتعلق العقد سيأتي توضيحه ضمن التطبيق الثاني من التطبيقات المختلف بشأنها فانتظر .

■ تطبيقات للمعلومية اختلف فيها :

التطبيق الأول : هل يصح العقد مع جعل تحديد الثمن معلقاً على إرادة الطرف الآخر ؟

حكم القانون الوضعي فيه بالبطلان ؛ حماية لأحد المتعاقدين من تسلط المتعاقد الآخر عليه .

وفي الفقه ذهب صاحب الحدائق^(١) إلى صحة البيع بحكم أحدهما وانصراف الثمن إلى قيمة المثل ، مستدلاً على ذلك بصحيحة رفاعة التراس قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي ، فقضيتها منه

على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني، وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالشمن؟ فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد عليه ما نقص من القيمة، وإن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك إن وجدت بها عيباً بعدما مسستها؟ قال: ليس لك أن تردها ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيوب منه»^(١).

وقد طرحتها المشهور مدعين بأنّها على خلاف القواعد؛ فإنّ ظاهرها تردد الشمن بين ثمن المستري الذي كان يريده البائع وساومه فيه المشتري، وبين ما يحكم به المشتري، ومثل هذا يوجب بطلان البيع جزماً.

ولكن الاصناف إمكان حملها على إرادة حالة شائعة عرفاً من البيع بالقيمة السوقية العادلة، غاية الأمر قد يترك تعين ذلك إلى المشتري ثقة به وبعدالة نظره واحسانه، ولا يضر الجهل به حين المعاملة؛ لعدم كونه جهلاً مستلزمًا للغرر، فلا جهل غرري في المورد؛ ولهذا حكم الإمام عليه السلام بلزم أن لا يكون ما عنته المشتري أقل من القيمة السوقية العادلة.

وأما دفع ألف درهم إذا كانت القيمة السوقية أقل فلعله باعتبار أنه قد باعها منه بالقيمة السوقية بنحو الكلّي في الذمة لا بشرط من حيث الزيادة، فيكون تطبيق الكلّي على الزائد وقبضه من قبل البائع بارساله إليه لازماً عليه وليس هذا من الغرر.

ولو تنزلنا عن ذلك فلا يمكن أن يستفاد منها صحة البيع بشمن مجهول يقدرها المشتري فيما بعد - كما قد يستظهر منه ذلك - وإنما مفادها عدم إمكان رد

١ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٥، الباب ١٨ من عقد البيع وشروطه، الحديث ١.

الجارية المشترأة بعد أن مسّها، وأنه يستقر قيمتها السوقية أو ما حكم به إذا كان أكثر منها على المشتري، وهذا حكم خاص في باب الإماء إذا مسّها المشتري؛ وللهذا حكم فيها أيضاً بعد جواز الرد بالعيب بعد أن مسّها فوْجِدَ فيها عيّباً، فالرواية إنما أن تتحمل على المحمّل الأوّل الذي ذكرناه من البيع بكلّي القيمة السوقية لا بشرط من الزيادة، فلا يكون على خلاف القاعدة، أو تتحمل على المحمّل الثاني، وعلى كل تقدير لا ظهور لها في صحة البيع وإنما ظاهرها عدم جواز ردها واستقرار قيمة المثل لا بشرط من الزيادة على المشتري بمجرد المسّ، وهذا حكم خاص على خلاف القواعد في باب الإماء بالخصوص، فلا يمكن التعدي منه إلى غيره؛ وللهذا لا يجوز الرد بالعيب أيضاً كما في ذيل هذه الرواية وفي روایات أخرى.

والحاصل: لا يمكن أن يستفاد من الرواية صحة البيع بشمن مجهول يعيّنه أحد الطرفين فيما بعد، بل لابد من تعين العوضين ومقدار الثمن والمثمن حين انعقاد البيع، وإلا كان من الجهة الموجبة للبطلان بالأدلة المتقدمة.

نعم، يمكن أن يرجع ذلك إلى توكيل أحد الطرفين للآخر بأن يعقد العقد من طرفه أيضاً بما يراه مناسباً، كما في الوكيل المفوض، إلا أنّ هذا خارج عن محل البحث عندئذٍ.

التطبيق الثاني: اختلفوا في جواز بيع المجهول مع الضمية، أي ضم معلوم إليه على أقوال ثلاثة:

الجواز مطلقاً^(١)، والمنع كذلك^(٢)، والتفصيل بين ما إذا كان المجهول

١ - نسبة إلى مشهور المتقدّمين، بل نقل الإجماع عن الخلاف والغنية السيد العاملی، راجع: مفتاح الكرامة ١٣: ١٩٦.

٢ - كتاب المکاسب ٤: ٣٠٧.

مقصوداً بالاستقلال ، وبينما إذا كان تبعاً للمعلوم فيصح في الثاني دون الأول^(١) ، وقد اختلف القائلون بالقول الثالث في تفسير التبعية والاستقلالية أيضاً^(٢) .

ومنشأ هذا الخلاف ما ورد من الروايات الدالة بظاهرها على صحة بيع المجهول مع الضمية ، كمرسلة البرزنجي عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شيء من السمك فيباع وما في الأجمة»^(٣) . إلا أن في السند سهيل بن زياد ، مع كونها مرسلة البرزنجي لا مستند له .

وموثقة اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الرجال وبخراء النخل والأجام والطير وهو لا يدرى لعله لا يكون من هذا شيء أبداً أو يكون أيسريه ؟ وفي أي زمان يشتريه ويقبل منه ؟ قال : «إذا علمت أن من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره وقبل به»^(٤) . ولعل هذا هو ظاهر موثق معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «لابأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب»^(٥) ، أي إذا كان فيها قصب يكفي لشرائها مع ما فيها من السمك المجهول .

ومنها : موثقة سماعة قال : «سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع ؟ فقال : لا ، إلا أن يحلب لك منه اسکرجة فيقول اشتري مني هذا اللبن الذي في

١ - قواعد الأحكام ٢٥ : ٢.

٢ - مفتاح الكرامة ١٣ : ٢٠٧.

٣ - وسائل الشيعة ١٧ : ٣٥٣ ، الباب ١٢ من عقد البيع وشروطه ، الحديث ٢.

٤ - وسائل الشيعة ١٧ : ٣٥٥ ، الباب ١٢ من عقد البيع وشروطه ، الحديث ٤.

٥ - وسائل الشيعة ١٧ : ٣٥٥ ، الباب ١٢ من عقد البيع وشروطه ، الحديث ٥.

الاسكرجة وما في ضرورها بشمن مسمى ، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة »^(١).

ولعل ظاهر معتبرة عيسى بن القاسم ذلك أيضاً حيث ورد فيها عن رجل له نعم بيع ألبانها بغير كيل ؟ قال : «نعم ، حتى تقطع أو شيء منها»^(٢) ، أي يصح أن بيع إذا كان قد انقطع استخراج الحليب أو انقطع شيء منه بحيث يكون شيء معلوم ولو مع المجهول .

وموثقة الكرخي قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما تقول في رجل اشتري من رجل أصوات مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكلذا وكذا درهماً ؟ فقال : لا بأس بذلك إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف»^(٣) .

وموثقة إبراهيم بن ميمون أنه سأله أبو عبد الله عليه السلام فقال : «نعطي الراعي الغنم بالجبل يرعاها وله أصواتها وألبانها ويعطينا لكل شاة دراهم فقال : ليس بذلك بأس ، فقلت : إن أهل المسجد يقولون لا يجوز لأنّ منها ما ليس له صوف ولا لبن ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : وهل يطيبه إلا ذاك يذهب بعضه ويبقى بعض»^(٤) .
وصححه رفاعة النخاس قال : «سألت أبي الحسن موسى عليه السلام قلت له : أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيهم الشمن وأطلبه أنا ؟ قال : لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متابعاً فتقول لهم : أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتابع بكلذا وكذا درهماً ، فإن ذلك جائز»^(٥) .

١ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٩ ، الباب ٨ من عقد البيع وشروطه ، الحديث ٢.

٢ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٨ - ٣٤٩ ، الباب ٨ من عقد البيع وشروطه ، الحديث ١.

٣ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٢ ، الباب ١٠ من عقد البيع وشروطه ، الحديث ١.

٤ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٠ ، الباب ٩ من عقد البيع وشروطه ، الحديث ٢.

٥ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٣ ، الباب ١١ من عقد البيع وشروطه ، الحديث ١.

ومثلها موثقة سمعة في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله قال: «لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكلذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقه فيما اشتري منه»^(١).

وهذه عدمة الروايات التي استند إليها القائلون بالجواز، وقد رميـت من قبل المانعين بالاعتراض وكون مفادها على خلاف القاعدة، أو لم يعمـل في موردها بها حتى بـلحاظ الضـمية فـكيف يـصحـ بـيعـ المـجهـولـ بهاـ ، حيثـ إنـ بـعـضـهاـ وـارـدـ فيـ الضـميةـ منـ المـكـيلـ وـالمـوزـونـ كـالـحـلـيـبـ أوـ السـمـكـ مـثـلاـ ، والـذـيـ لـابـدـ فيـ منـ كـيـلـ أوـ وزـنـ فـلـابـدـ منـ ردـ عـلـمـهاـ إـلـىـ أـهـلـهاـ.

والانـصـافـ أنـ هـذـهـ الـمنـاقـشـاتـ لاـ تـصـلـحـ لـلـمـنـعـ عـنـ الـاسـتـنـادـ إـلـىـ هـذـهـ الرـوـاـيـاتـ بعدـ كـوـنـهـ رـوـاـيـاتـ مـعـتـبـرـةـ سـنـدـاـ وـبـالـسـنـةـ مـتـعـدـدـةـ بـحـيثـ يـمـكـنـ دـعـوـيـ الـاستـفـاضـةـ فـيـهـ إـجـمـالـاـ بـالـنـسـبةـ إـلـىـ أـصـلـ الـكـبـرـيـ وـالـنـكـتـةـ الـمـشـتـرـكـةـ فـيـهـ جـمـيـعـاـ ، وـهـيـ صـحـةـ بـيعـ المـجهـولـ مـعـ الضـميةـ الـمـعـلـوـمـةـ ، وـأـنـهـ تـوـجـبـ صـحـةـ الـبـيـعـ ، كـمـاـ أـنـ السـمـكـ وـالـحـلـيـبـ لـاـ يـعـلـمـ أـنـهـ تـبـاعـ بـالـكـيـلـ وـالـوـزـنـ دـائـمـاـ بـلـ فـيـ كـثـيرـ مـنـ الـمـوـاطـنـ تـبـاعـ بـالـمـشـاهـدـةـ ، عـلـىـ أـنـ الرـوـاـيـاتـ لـيـسـ فـيـ مـقـامـ الـبـيـانـ مـنـ تـلـكـ النـاحـيـةـ ، فـلـعـلـهـ فـرـغـتـ عـنـ مـعـلـوـمـيـةـ الـوـزـنـ فـيـ الضـميةـ.

فـهـذـهـ الـوـجـوهـ لـلـمـنـعـ عـنـ الـعـمـلـ بـهـذـهـ الرـوـاـيـاتـ لـاـ تـرـجـعـ إـلـىـ مـحـصـلـ ، كـمـاـ أـنـ التـفـصـيلـ بـيـنـ فـرـضـ تـبـعـيـةـ المـجـهـولـ أـوـ أـصـالـتـهـ فـيـ الـبـيـعـ فـيـ غـيرـ مـحلـهـ أـيـضاـ ؟ لـظـهـورـ بـلـ صـرـاحـةـ بـعـضـهـاـ فـيـ كـوـنـ المـجـهـولـ مـلـحوـظـاـ فـيـ الـبـيـعـ بـالـأـصـالـةـ وـلـيـسـ الـمـقـصـودـ مـنـ وـقـوعـ الشـمـ بـازـاءـ الضـميةـ عـلـىـ تـقـدـيرـ عـدـمـ حـصـولـ المـجـهـولـ الـوارـدـ فـيـ بـعـضـهـاـ التـبـعـيـةـ كـمـاـ قـدـ يـتصـورـ .

١ - وسائل الشيعة: ١٧، ٣٥٣، الباب ١١ من عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

نعم، يبقى ملاحظة أن مفادها هل يكون على خلاف القاعدة المستقدمة من بطلان البيع مع الجهة الموجبة للغرر بحيث لابد من تقييد الأدلة اللغوية المتقدمة أو الردع عن السيرة العقلانية المداعة على بطلان البيع مع الجهة الموجبة للغرر أم لا؟

ظاهر جملة من عمل بهذه الروايات اعتبارها تخصيصاً في تلك الشرطية. وقد قرب ذلك في كلمات بعضهم بأنّضم المعلوم إلى المجهول لا يخرج البيع عن كونه مجهولاً وغريباً؛ لأنّ المجموع من المجهول والمعلوم مجهول لا محالة وغريبي؛ إذ لا يراد بالجهة المجهولة كل جزء جزء من المبيع، فإنّ هذا قد لا يتحقق في أكثر موارد الغرر والجهة، فتكون هذه الروايات تخصيصاً لأدلة بطلان الغرر وبيع المجهول.

بل قد يقال بكونها معارضة مع روايات النهي عن الغرر وبيع المجهول مقداره؛ لعدم احتمال الفرق بين الجهل بأصل وجود العوض أو مقداره.

وهناك من حاول دعوى العكس، وأنّ بيع العبد الآبق حتى بلا ضميمة ليس فيه غرر وإنما بطلانه من باب التعبد الخاص المستفاد من روايات التفصيل بين البيع بلا ضميمة ومع الضميمة؛ لأنّ العبد الآبق يمكن الانتفاع به وهو آبق بالمعنى فلا غرر، بل لو كان أحد العمودين للمشتري يتتحقق الانتفاع ب مجرد الشراء وتحصيله يوجب إمكان مزيد الانتفاع به بسائر المنافع نظير شراء العبد المريض الذي قد يموت، فإنه ليس باطلأ، ومن هنا قد يقال بالاقتصر بمقتضى النص على خصوص بيع الآبق، أي جعله مبيعاً لا ثمناً وعدم التعدي إلى غيره كبيع العبد الضال والمجهود به.

ويلاحظ على ذلك: مضافاً إلى أنّ هذا خلاف المستظهر من مجموعات الروايات الواردة في بيع المجهول وجوده فإنّها ليست مختصة ببيع العبد الآبق

- كما شرحناه - بل وخلاف التعليل الوارد في روايات صحة بيع العبد الآبق مع الضمية الظاهر في بيان نكتة عامة هي لزوم أن يكون بازاء المعموض عوض مقابل وأنه من دونه - يبطل البيع - وهذه نكتة عامة لا تختص بالآبق ولا يجعله مبيعاً - إن العتق اخراج للعبد عن المالية والملكية نظير الاعراض ، وهذا لا يكفي لتصحيف البيع الذي يكون الغرض النوعي منه التسلط على المال وحيازته والاستيلاء عليه للتصرف فيه ، فمثل هذه الأغراض الخاصة لا يكفي إمكانها لرفع النكتة العقلائية التي ذكرناها لشرطية القدرة على التسليم أو لزوم معلومية العوضين وعدم الغرر من ناحية الجهة .

والتحقيق: أن الجهة والغرر تارة تكون من ناحية عدم معلومية أحد العوضين مقداراً أو وصفاً وجنساً، وأخرى تكون من ناحية الجهل بوجوده خارجاً وعدهم مع معلومية مقداره وأوصافه ، والجهة من الناحية الأولى توجب عدم تعين الثمن أو المثمن والجهل بماليهما ، وهذا النحو من الجهل غير موجود في موارد الشك في وجود أحد العوضين المعلومين مقداراً وجنساً ، فلا غرر من ناحية مالية العوضين وإنما الغرر فيه بمعنى خطر عدم وجود المقابل والعوض لما دفعه البائع أو المشتري ، وحينئذٍ إذا كان العقد واقعاً على العوضين مع فرض وجودهما ثمّ بان عدم وجود أحدهما أو كلاهما فالعقد باطل جزماً؛ لاتفاء محل العقد وموضوع المعاوضة وهو ركن فيه .

وأما إذا كان واقعاً على المجهول بما هو مجهول - كما هو المفروض في المقام - وقد لوحظ ذلك في ماليته أيضاً فلا جهالة في المالية؛ لأن مالية مجهول الوجود بما هو مجهول الوجود معلومة سوقياً أيضاً، إلا أنه مع ذلك يحكم عليه بالبطلان مع عدم الضمية؛ للزوم وجود المقابل والعوض في عقود المعاوضة عند العقلاه والشارع؛ لأن المعاوضة لابد فيها من مالين متقابلين ، إلا أن هذا

المحدود يكفي في رفعه وجود ضمية معلومة الوجود لتحقق المقابلة بذلك . وإن شئت قلت : إن الغرر بمعنى الجهالة بالمقدار أو أوصاف المبيع أو الشمن بالدقة راجع إلى الإبهام في المال المجعل ثمناً أو مثمناً والذي يكون إبهامه إما من ناحية مقداره كما إذا قال : (أبيعك بدرهم) من دون تحديد لها أو من ناحية النوع والكيفية المغيرة للقيمة كما إذا قال : (أبيعك مالاً) والجهل بالكيل والوزن في موارد المكيل أو الموزون وما يلحق به من الجهل بالخصوصيات يكون من هذا الباب ؛ إذ الطرفان بانيا على التعاقد والمعاوضة حسب المالية المقررة سوقياً أو من قبلهما لكل كيل أو وزن أو للمبيع مع الكيفية الفلاحية والمبيع مع الكيفية الأخرى ، فمع عدم تعين المقدار كيلاً أو وزناً أو صفة يؤول إلى الجهل بمقدار الشمن والشمن وعدم تعينه وترددہ بين المال القليل والمال الكثير ، وهذا هو الغرر والجهالة والشرط فيها ارتقاع نفس الجهالة بحصول التعين لمالية العوضين ، سواء كان مطابقاً للواقع أم لا لأن اكتشاف الخلاف بعد ذلك ، إلا أنه فيه الخيار خيار التخلف لا البطلان إذا لم يكن الوصف مغيراً لجنس العوض وقوامه كما تقدم شرحه .

نعم ، في المكيل والموزون باعتبار الانحلالية يثبت البطلان بلحاظ المقدار الناقص أيضاً .

وأما إذا كان المحل المعقود عليه معيناً جنساً ومقداراً وإنما يشك في وجوده وعدمه أو في إمكان تحصيله وعدمه كبيع العبد الآبق أو ما في ضرع الشاة ولكن مع ذلك المشتري يريد الاقدام على شرائه وتحمل مسؤولية تحصيله أو خسارة عدم وجوده فهذا ليس من الغرر من ناحية الجهل بمالية للعوضين ؛ إذ قد يكون ما يشتري به عرفاً معادلاً مع قيمته بتلك الخصوصية ، أي مشكوكاً الوجود أو التحصيل فلا نقص من هذه الناحية في المالية ولا غرر من ناحيتها ، بحيث إن

العرف أيضاً قد يبذل هذا المقدار بازائه ولو لاحتمال تحصيله، إلا أنَّ هذا فيه حيثية المغامرة واحتمال أن لا يحصل على شيء، بأن لا يكون الموضوع موجوداً، فلا يكون بذل المال بازاء شيء أصلاً – وهذا انتفاء شرطية وجود المحل والعرض بحسب الحقيقة – أو يكون موجوداً ولكنه لا يمكن تحصيله والاستيلاء عليه وتسليمها – وهذا انتفاء الفرض النوعي الذي هو الركن الثاني للعقد كما تقدم – فيكون البطلان في المقام راجعاً إلى نكتة أخرى غير مربوطة بباب الغرر والجهالة بمقدار العوضين أو بالأوصاف المؤثرة في ماليتهم والبني عليها العقد.

وهذه نكتة أخرى لبطلان العقد؛ لأنَّ عقود المعاوضة لابد وأن يكون فيها العوضان والمالان موجودين، وأن يكون لكل منهما مقابل وإلا لم تكن معاوضة.

والروايات المتقدمة جمِيعاً بقصد علاج محدود البطلان من الناحية الثانية لا الأولى، أي من ناحية فقدان شرط وجود المقابل والعرض أو إمكان تحصيله وأنه يكفي في صحة المعاوضة من هذه الناحية وجود الضمية، وهو أمر مطابق مع الارتكاز العقلائي.

والوجه في هذا الاستظهار أن تلك الروايات كلُّها واردة في مورد الشك في وجود المبيع أو إمكان تحصيله لا الشك في المقدار أو الأوصاف المؤثرة في مالية العوضين، كما أنَّ في بعضها التصرِّيف بأنَّه من دون ضمية قد لا يكون شيء بازاء الثمن ومع الضمية يكون الثمن بازائتها ولو لم يكن المجهول موجوداً واقعاً أو لم يمكن تحصيله.

وهذا غير الغرر والجهالة بمقدار أحد العوضين أو وصفه النوعي المؤثر في ماليته، وإنما له ارتباط بمسألة شرطية وجود المقابل والعرض والمحل للعقد

وهو يتحقق بضم ما هو موجود؛ لأنَّ المجموع مما له وجود جزماً ومما يحتمل عدم وجوده لا يكون معدوماً؛ إذ لا أقل من وجود الضمية ووقوع الشمن بازاته، وكون قيمتها وحدتها أقل لا يضر بعد إن كان قيمتها مع احتمال تحصيل المجهول أكثر حتى عرفاً وعقلانياً، كما أنَّ الغرض النوعي غير منعدم في المقام، وإنما يعد ذلك عرفاً بحكم الربح والنفع أو الخسارة.

ومن هنا يعرف أنَّ التفصيل الوارد في هذه الروايات تكون مطابقة مع الارتكاز العرفي والعقلي في باب عقود المعاوضة فتكون على القاعدة؛ إذ شرطية وجود الموضوع أو إمكان الانتفاع والغرض النوعي عند العقلاء ليست بأكثر من هذا المقدار. ولو فرض شمول إطلاق روايات النهي عن الغرر لهذا النحو من الجهالة فلا إشكال في إمكان تقييدها وإخراج موارد بيع المجهول مع الضمية عنها؛ لاحتمال الفرق بين الجهاالتين كما أشرنا، فلا تعارض بين الطائفتين من الروايات كما قيل.

لا يقال: على هذا إذا أقدم شخص على شراء مكيل أو موزون بلا كيل أو وزن بأن اشتري المال الموجود في الخارج وكان راضياً بذلك على كل حال، أي سواء كان البيع الخارجي مناً مثلاً أو منين فهو مقدم عليه وملتفت إلى احتمال كونه مناً لا أكثر، فلا بد من القول بالصحة؛ لأنَّ حال المن الثاني غير الموجود حال المجهول وجوده مع الضمية.

فإنه يقال: هذا معناه أنه يبذل الشمن بازاء ذلك الشيء الخارجي ولو كان متَّ مع أنه في السوق موجود بنصف ذلك الشمن، وهذا أمر غير عرفي، ولو فرض تتحققه لنكتة شخصية خاصة كان على القاعدة صحيحاً لولا الإطلاق في روايات شرطية الوزن والكيل في المكيل والموزون بأنَّ معلومية العوضين من حيث المالية لابد وأن تكون بالنحو المتعارف.

لا يقال: بعض الروايات المتقدمة تشمل ما إذا كان أصل وجود المجهول محرزاً وإنما الشك في مقداره، كرواية بيع اللبن في الضرع أو السمك في الأجمة، فتكون واردة في مورد الجهل بالمقدار وهو من الغرر بالمعنى الأول. فإنه يقال: إن الظاهر من هذه الروايات أيضاً النظر إلى المحذور من ناحية الوجود لا المقدار، بقرينة تصريحها بأنه إذا لم يكن في الضرع لبن كان الثمن بازاء ما في الاسكرجة أو بازاء السمك في اليد، بل لو كان النظر إلى كيل اللبن وزنه لم يكن يحتاج إلى فرض بيعه في الضرع وفي الأجمة.

والظاهر أن اللبن في الضرع والسمك في الأجمة بيعاً عرفاً وعقلانياً بلا وزن وكيل، بل بنحو المجازفة أو المشاهدة، فمورد هذه الروايات خارج أصلاً عن مسألة المكيل والموزون، وإنما بيع على الموجود جزافاً.

ومن هنا يكون المحذور الموجود فيه احتمال انعدام العوض أو عدم إمكان تحصيله أصلاً، ومن هنا يحل هذا المحذور بفرض الضمية والذي يدفع ذلك المحذور والمنشأ للبطلان حتى عقلانياً.

وبهذا يعرف أن روايات صحة بيع المجهول أو العبد الآبق مع الضمية يمكن أن تكون مطابقة لمقتضى القاعدة والارتكاز العقلاني أيضاً، وليس فيها منافاة لا مع شرطية وجود العوض ولا تعينه ومعلوميته ولا إمكان تسليمه، سواء كان المجهول وجوده أو حصوله ملحوظاً بالاستقلال أو بالتابع بنحو الجزئية أو الشرطية ضمن بيع المعلوم.

ولو فرض كونها على خلاف روايات شرط معلومية الثمن والمثمن وعدم الجهة والغرر فهي على خلاف إطلاقها بحيث يمكن تقييدها بذلك؛ لاختلاف جهة الغررية ونكتتها.

ومنه يظهر عدم صحة ما اختاره بعض^(١) من أن مفاد هذه الروايات جواز بيع ما يكون وصفه مجهولاً مع ضم معلوم إليه إذا لم يكن مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً تمسكاً باطلاق بعض هذه الروايات.

فإن هذا من الخلط بين المعينين للجهالة والغرر، على أنه لو فرض استفادة كفاية الضمية لرفع شرط المعلومية وعدم الغرر والجهالة في الأوصاف فأي فرق بين الأوصاف النوعية أو الكمية بعد أن كان كلاهما مؤثراً في المالية والقيمة عقلانياً على حد واحد، بل قد يكون تأثير الوصف الكيفي أكثر، بل لو استفيد ذلك من الروايات كان مفادها بحكم إلغاء أصل شرط المعلومية كما أفاد الشيخ رحمه الله؛ إذ لا يتحمل أن يراد من الجهة الجهل في كل جزء جزء من البيع ولا يمكن أن يقتصر في هذه الروايات على مواردها لورودها في موارد متعددة وصراحتها في بيان نكتة كلية تامة حتى في مورد المكيل والموزون، كما أن روايات شرطية عدم الغرر والجهالة أيضاً ظاهرة في بيان نكتة كلية لا فرق فيها بين باب المكيل والموزون وغيره كالنهي عن بيع ما لم يره ، وبعد استظهار وحدة النكتة يكون تعارض لا محالة بين روايات الباب وتلك الروايات ما لم نرجع مفاد كلاً منها إلى نكتة غير الأخرى كما شرحناه.

التطبيق الثالث: هل يمكن رفع الجهة والغرر بالشرط بأن يبيع الحنطة الموجودة خارجاً مثلاً بلا كيل ولا وزن بكذا درهم ولكن بشرط أن يكون مناً، أو يبيع العبد الآبق أو المال الضائع بشرط تحصيله؟

الصحيح: أن مجرد الاشتراط لا يرفع الغرر والجهل وإنما يوجب الخيار على تقدير التخلف، وقد ذكرنا أنه لا يوجب انتفاء غرر العقد وإنما يوجب إمكان

تداركه بالفسخ لا رفع الغرر والجهالة عن العقد .

نعم ، لو رجع هذا الشرط إلى تقييد المبيع بأنَّ كل مقدار كذا منه بكلذ من الشمن صَحَّ العقد ؛ لمعلومية الشمن والمثمن بذلك كما أشرنا إلى ذلك سابقاً .

والحاصل : لابد من معلومية الشمن والمثمن عند إنشاء العقد ، وعcondeه والالتزام به ، ومجرد جعل الخيار لا يتحقق هذا الشرط ، سواء كان مدركه السيرة العقلانية أو الإجماع أو دليل النهي عن الغرر أو روایات لزوم معلومية الكيل والوزن في المكيل والموزون أو بطلان بيع المجهول وجوده أو القدرة على تسليمه . كيف ، وإلَّا لزم تقييد اعتبار الشرط المذكور بالعقد الذي ليس فيه خيار حق الفسخ ، وهذا غير محتمل فقهياً .

نعم ، بالنسبة إلى شرط القدرة على التسليم وإمكان الوفاء بالعقد إذا كان صحة العقد ووجوب الوفاء به مقيدةً بشكلية خاصة كالقبض والاقباض في بيع الصرف والسلم ، أو حدَّ زمان معين للوفاء والتسليم ولو بالشرط ضمن العقد - كما إذا اشترط أن يكون التسليم بعد كذا زمان - فالقدرة على التسليم أو إمكان الغرض النوعي أو الوفاء بالعقد يكفي أن يكون في زمان الوفاء فلا يضر انتفاءه عند إنشاء العقد ، فإذا كان أحد العوضين لا قدرة على تسليمه حين الانشاء ولكنه أصبح مقدوراً حين القبض عند إنشاء العقد فإذا كان أحد العوضين لا قدرة على تسليمه حين الانشاء ولكنه أصبح مقدوراً حين القبض أو في زمان التسليم صَحَّ العقد .

التطبيق الرابع : إذا كان المشروط غررياً كما إذا باع داره واشترط أن يسكن فيها مدة من دون تعين لتلك المدة ، فهل يوجب ذلك بطلان العقد أم لا ؟

ذهب جملة من الفقهاء إلى البطلان ؛ لكونه غرراً منهاياً عنه ، واختار آخرون عدم البطلان ؛ لأنَّ الثابت من النهي هو النهي عن بيع الغرر أو المجهول وليس الشرط بيعاً ، على أنه لو فرض بطلان الشرط وفساده بالغرر فلا موجب لفساد

العقد؛ لأنَّ الشرط الفاسد ليس مفسداً للعقد.

وقد يفصل بين ما إذا كان المشروط وصفاً راجعاً إلى المبيع أو الشمن بحيث تكون الجهة فيه موجباً للغدر والجهالة في أحد الموضعين كما إذا اشترط أن يأخذ منه مقداراً مجهولاً من المال، وبين ما إذا لم يكن راجعاً إليه.

والصحيح على ضوء ما ذكرناه في نكتة معنى هذه الشرطية أن يقال: إنَّ كل شرط مجهول يستوجب الجهل به عرفاً وعقولانياً الجهل بالثمن أو المشن من حيث مقدار المالية فهو غرر يبطل العقد، سواء صيغ بعنوان الشرط أو جعل قيداً في الثمن أو المشن، فإذا باعه داره بشرط أن يسكن فيه زماناً مجهولاً أو باعه بشرط أن يعطيه ما يحتاجه من الدرارم الذي سوف يحتاج إليه في سفره مثلأً كان العقد باطلأً؛ للزوم الجهل بالمشن في الأول؛ إذ لا يعلم أنه اشتري الدار المسلوبة منفعتها مطلقاً أو لمدة شهر أو شهرين أو أكثر أو أقل، كما أنه يلزم الجهل بالثمن في الثاني؛ إذ لا يعلم أنه اشتراه بحسب النتيجة بأي مقدار؛ لأنَّ ما سوف يدفعه له من الدرارم بحسب الشرط يعد عرفاً من الثمن، وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الشرط راجعاً إلى ذلك عرفاً وإن كان له مالية، كما إذا اشترط عليه أن يتصدق بمقدار من المال أو يقوم بعمل خيري سوف يعيته له في المستقبل مما يرجع نفعه وثوابه إلى المشروط عليه، فإنَّ هذا لا يعد عرفاً جزءاً من الثمن، وإن كان أصل الاشتراط له قسط من الثمن، فهذا من الجهالة في الشرط فقط وهو لا يوجب البطلان، لا للعقد ولا للشرط.

التطبيق الخامس: هل يختص هذا الشرط - معلومية الثمن والمشن - بعقد البيع أو يجري في كل معاوضة حتى مثل الصلح أو يجري في كل عقد؟
وجوه واحتمالات:

ولا إشكال في عدم جريانه في العقود التي ليس فيها مقابلة بين مالين وشئين

كالعارية والوديعة والقرض والهبة؛ إذ لا يوجد فيها التزام أصلًاً أو التزام من الجانبيين، بل من جانب واحد، ولا يلزم من الجهة بال محل سواء في وجوده والقدرة على تسليمه أو في أوصافه في مثل هذه العقود غرر ولا خطر ولا منافاة مع الغرض النوعي من العقد.

فالشرط المذكور لا نكتة ولا ملاك له في غير المعاوضات من العقود، وإنما البحث في اختصاصه باليبيع أو عمومه لسائر المعاوضات حتى مثل الصلح. ولا شك أن المدرك على هذا الحكم إن كان هو الإجماع فهو دليل لتي يقتصر فيه على قدرة المتيقن وهو البيبع، وإن كان هو الروايات الخاصة فيقال بأنها خاصة باليبيع، وإن كان المدرك النهي عن الغرر فهو بهذا الإطلاق لم يرد إلا في مرسلة الشيخ الطوسي في الخلاف والوارد بأسانيدنا هو النهي عن الغرر في البيبع خاصة.

هذا، ولكن الصحيح عموم الشرط لسائر المعاوضات المبنية على التغابن؛ لأن عدمة الدليل على هذه الشرطية إنما هو السيرة العقلائية المضادة شرعاً ومجموع الروايات الخاصة، وكلها مطلقاً شاملان لكل معاوضة.

أما السيرة فواضح أن ملاكه عند العقلاء إنما هو دفع خطر الجهة بمالية العوضين التي هي الغرض النوعي والأساسي من المعاوضات، فمع الجهل بالمقدار أو بامكان تحصيل العوض لا يحكم العقلاء بصحة المعاوضة، كما أن الروايات فيها ما يدل على النهي عن ايجار الأرض أو الشجر مع عدم معلومية مقدار ما يخرج منها، أو مع عدم معلومية الأجرة إلا مع وجود ضميمة معلومة، ولو فرض ورود الروايات الخاصة كلها في البيبع مع ذلك العرف يلغى خصوصية عقد البيبع ويفهم منها ومن التعليل الوارد بعضها في البيبع مع الضميمة من أن الثمن يكون في قبال الضميمة المعلومة أن المناط الذي ينظر إليه الإمام عليه في هذه

الروايات لا يختص بعقد البيع ، بل يجري في كل عقود المعاوضة .
نعم ، في خصوص عقد الصلح المبني على التسالم ورفع اليد عن الحق المحتمل لا إطلاق لشيء من الدليلين ، فيمكن أن يقال فيه بعدم لزوم شرط المعلومية ، بل ولا القدرة على التسليم أو تحصيل محل المصالحة إذا كان الاقدام على المصالحة مبتكراً على قبول ذلك ، فكانه هبة من قبل المصالح لماله إلى الآخر مجاناً إذا لم يتمكن من تحصيل المال المجهول وجوده أو إمكان تحصيله أو مقداره ، ومن هنا قيل بأنَّ الصلح ليس عقداً مستقلاً بل يرجع في كل مورد إلى عقد خاص .

والحاصل: لا جزم بشمول السيرة لمثل هذا العقد ، كما لا يمكن إلغاء خصوصية البناء على عدم التغابن في عقد البيع وسائر المعاوضات الوارد في مورد الروايات الخاصة ، كما لا يصدق الغرر في عقد المصالحة المبني على التسالم والتنازل من ناحية الجهة .

هذا ، ولكن لابد وأن يكون التسالم والتصالح من ناحية تلك الجهة لا سائر النواحي ، وإلا كانت المصالحة غير مبنية على عدم التغابن من ناحيتها ، فيكون باطلأً أيضاً .

التطبيق السادس: إذا تلف المال المجهول وإمكان تحصيله ، أو تلفت الضمية ، فهل يوجب ذلك انفساخ البيع بقاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال مالكه ؟

أما تلف المال المجهول إمكان تحصيله - كالعبد الآبق والفرس الشارد - فهو لا يوجب الانفساخ قطعاً ؛ لأنَّ العقد على ذلك عناه عدم مسؤولية البائع عن تسليم المبيع المذكور ، وقاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع ناظرة إلى موارد مسؤولية البائع عن التسليم والوفاء بالغرض النوعي من العقد ، وهذا ينبغي

أن يكون واضحًا، فلا إطلاق في دليل تلك القاعدة للمعاملة على المجهول وجوده أو إمكان تحصيله بما هو مجهول من أول الأمر، كما أنّ مقتضى إطلاق روایات صحة البيع مع الضميمة عدم الانفساخ حتى إذا لم يتمكن من المجهول لتلفه . نعم ، لو كان القصد مبنياً على وجود المحل وإمكان التسلیم أو التسلیم فيه كان تلفه قبل التسلیم من مال البائع .

وأما تلف الضميمة قبل قبضه فلا إشكال في أنه يوجب انفساخ العقد بما يقابل الضميمة من الشمن ، إلا أنه وقع البحث في أنه هل يوجب رجوع تمام الشمن وإنفساخ العقد أو تبعضه ويكون للمشتري خيار الفسخ ؟

الصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان تلف الضميمة بعد حصول المجهول بيد المشتري أو ما يحكمه – كما إذا أعتقد العبد مع العلم بوجوده – وبين ما إذا كان قبل ذلك ، ففي الفرض الأول لا إشكال في عدم انفساخ العقد بتمامه ، وفي الفرض الثاني يحكم بانفساخ العقد بتمامه؛ لأن ذلك يكون من بيع المجهول إمكان تحصيله بلا ضميمة ، فيكون باطلًا بحكم السيرة والروايات الخاصة ، حتى إذا قيل بأن الانفساخ من حين التلف لا من أول الأمر؛ إذ لا فرق بينهما من حيث ظهور الروایات والسيرة في أنه لابد وأن يكون بازاء ما نقده شيئاً من المعارض ، وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

التطبيق السابع: إذا اشتري المجهول مع الضميمة وكانت الضميمة لمالك آخر أجاز بعد العقد على ماله فضولة أو أذن من أول الأمر في بيعها مع المال المجهول ، فهل يصح العقد بذلك أم لا ؟

حکم الشيخ الأنصاري رحمه الله بالبطلان إذا لم يجز صاحب الضميمة من ظاهر التفصیل بين الصورتين . وذكر المحقق النائيني رحمه الله أنه إذا أجاز المالك للضميمة ففي صحة العقد كلام .

وذكر بعض أساتذتنا العظام ^{شئ} أنَّ الظاهر فساد البيع في المجموع. نعم، يصح في الضميمة المعلومة؛ لأنَّ الضميمة إذا كانت ملكاً للغير فلا محالة يكون هناك بيعان، ويكون مقدار من الشمن بازاء الضميمة في أحدهما والمقدار الآخر بازاء المجهول يدخل في كيس المالك بلا عوض في قبالة للمشتري فتشمله روايات بطلان بيع المجهول منفرداً؛ لأنَّ ظاهر اللزوم أن يكون هناك مقابل في قبال العرض والشمن الذي يدخل في كيس البائع.

والحاصل : يكون العقد في المقام بمثابة عقددين مستقلين، غايتها اشتراط المجموعية بينهما بحيث قد يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة إذا لم يكن عالماً بتعدد المالك . فالعقد على المجهول في هذا التطبيق يكون باطلًا؛ لتمامية مقتضي البطلان فيه؛ لكونه من بيع المجهول منفرداً.

نعم، إذا رجع إذن المالك الضميمة أو إجازته إلى الآذن لمالك المال المجهول أن يبيع الضميمة مع ماله عن نفسه بأنَّ آذن له بمتلك الضميمة - ولو عوض - أو قبل بصحة إجازة وقوع بيع الفضولي للعائد صَحَّ العقد حينئذٍ؛ لرجوعه إلى عقد المالك واحد.

هذه أهم التطبيقات التي أردنا الإشارة إليها في ذيل البحث عن شرط التعيين ومعلومية محل العقد، وقد ظهر من مجموع ما تقدم أنه ليس المقصود من شرط التعيين أن يكون محل العقد مصداقاً معيناً في الخارج، بل قد يكون كلياً في الذمة أو من المعين الخارجي ، أو يكون بنحو الكسر المشاع.

نعم، الفرد المردّد الخارجي ليس معقولاً ، فلا يمكن أن يكون محلًّا للعقد، فالمقصود من شرط التعيين معلومية محل العقد وجوداً - إذا كان خارجياً - أو ذهناً إذا كان كلياً بنحو لا يوجب الجهة بمالية العوضين والغرر أو انتفاء الغرض النوعي من العقد كما شرحناه.

وهناك أحكام وفروق وثمرات تترتب بين تعلق العقد كالبيع مثلاً بالكتلي في الذمة أو في المعين الخارجي أو بالكسر المشاع حسب اختلاف محل العقد باختلاف هذه الأقسام لا ندخل فيها هنا ، وقد تأتي ضمن البحث عن أحكام العقد .

كما أنَّ هناك أحكاماً خاصة في الشريعة بالنسبة إلى بيع المكيل والموزون وبيع الشمار وبيع الصرف والسلم وهي تخصّ مواردها وليس عمّة لكل بيع فضلاً عن كل عقد مالي وهي أيضاً تحال إلى أبوابها الخاصة ، وإن تعرّض إلى جملة منها الشيخ ^ت [١] في كتاب البيع وشرائط العوضين .

٦ - الملكية الطلقة للمحل :

وقد عبر القانون الوضعي عن هذا الشرط بامكان التعامل مع ذلك المحل أو أن يكون من الأشياء الداخلة في التعامل بين الناس .

وهذا التعبير فيه نقص ظاهر ؛ حيث يجعل الشرط في محل العقد أن يكون الشيء محلّاً للمعاملة والعقد بين الناس وهي قضية بشرط المحمول لا معنى له . ولعلَّ مقصودهم منه أن يكون المحل مالاً أو مملوكاً لصاحب الالتزام والعقد . والفقه الإسلامي اعتبر شرطين في المحل : شرط المالية وقد تقدم شرحه ، وشرط الملكية وعبر عن ذلك باشتراط الملكية الطلقة ، وهذا ينحل بحسب الحقيقة إلى شرطين :

- ١ - أن يكون المحل أو الموضوع ملكاً في باب الأموال .
- ٢ - أن يكون طلقاً .

١ - كتاب المكاسب ٤: ٢١٩ إلى آخر الكتاب .

ولابد من البحث عن كل من الشرطيتين.

أما الشرطية الأولى: وهو اشتراط الملكية فقد فرعوا عليه بطلان العقد على المباحث والأموال التي لم تدخل بعد في ملك الإنسان أو لا يمكن أن تدخل كالطير في الهواء والسمك في البحر أو أشعة الشمس وغيرها من الثروات الهائلة التي لا يمكن تسخيرها.

واستدل على شرطية ذلك تارة بروايات لا بيع إلا في ملك ، وأخرى بروايات النهي عن بيع ما ليس عندك ، أو النهي عن شراء ما لا يملكه البائع ، وثالثة بأنه من أكل المال بالباطل ، ورابعة بأنّها معاملة سفهية لا يقبلها العقولاء .

وهذه الوجوه كلّها غير تامة ؛ إذ الأول منها غير تام سندًا ومجمل دلالة ؛ لاحتمال إرادة ملك البيع لا البيع ، على أنه وارد في خصوص البيع ، والثاني غير مربوط بم محل البحث ؛ لأنّ روايات النهي عن بيع ما ليس عندك لو لم تكن ناظرة إلى بيع مال الغير فهي دالة على شرطية وجود البيع في صحة البيع أو بطلان البيع نسيئة لما يشتريه بعد ذلك نقداً ، فيكون للمشتري الأول بمجرد شرائه نقداً كما ذكرنا في محله ، وروايات النهي عن شراء ما لا يملكه البائع ناظر إلى بطلان شراء مال الغير بلا إذنه ورضاه ، ولا ربط له بشرطية مملوكيّة البيع في نفسه وعدمه . ومنه يظهر جواب الثالث ، فإنّ المراد من أكل المال بالباطل أكل مال الغير وملكه بالباطل ، أي بلا حق وبلا رضاه ، والرابع تقدم مراراً جوابه من أنه :
أولاً - لا دليل على بطلان كل معاملة سفهية .

وثانياً - لا سفهية في المقام إذا فرض أنّ المشتري لا يتمكّن من تحصيل هذا المال وحيازته ، وإنما يتمكّن منه البائع ، وهل هذا إلا من قبيل من باع ثمّ ملك ، فلماذا لم يقل بالسفهية فيها ، وأي فرق بين التسلّك بعد البيع بالشراء من المالك في المال المملوك أو بالحيازة في المال المباح ؟

وبينجي أن يعلم بأنَّ البحث عن شرطية الملك وقع تارة في شرائط المتعاقدين - شروط الأهلية - وأخرى في شرائط العوضين - شروط المحل - فقد يتصور أنَّ هذا تكرار أو تهافت ، إلَّا أنَّ هذا خلط بين مطلبين ، فإنَّ البحث عن اشتراط كون العقد مالكاً راجع إلى شرطية أهلية العقد وولايته على التصرف فيما يصح التصرف فيه في نفسه ؛ لكونه مملوكاً ولو للغير ، وأمَّا البحث عن اشتراط المملوكة فراجع إلى أصل المملوكة وأنَّ أي موضوع يمكن لمن له الأهلية أن يتصرف فيه تصرفاً ناقلاً بالعقد أو الایقاع ، فاحدى الحيثيتين غير الأخرى . كما أنَّ الدليل على كل منهما غير الدليل على الآخر .

وبعبارة أخرى : المملوكة يراد بها المملوكة في نفسها في قبال المباح وغير المملوک أصلًا ، بينما المالكية يراد بها شرطية المالكية أو الولاية على ما يكون ملكاً للغير ، أي أن لا يكون مما لا حق له للتصرف فيه لكونه للغير ؛ ولهذا أرجعنا ذلك إلى الولاية على العقد والتصرف الوضعي بخلاف المقام ، ودليل الشرطية الأولى غير دليل الشرطية الثانية ، فالوجه الأول بناء على إرادة مملوكة المبيع في قبال الإباحة يكون دليلاً على الشرطية الأولى ، بينما في قبال أن يكون مال الغير أو بناء على إرادة ملك التصرف وعقد البيع يكون دليلاً على الشرطية الثانية ، والوجه الثاني والثالث كذلك أجنبيان عن الشرطية الثانية ، بخلاف الوجه الرابع فإنه يمكن أن يكون دليلاً على الشرطية الثانية لا الأولى .

والصحيح في دليل هذه الشرطية أن يقال : إنَّ هناك نكتتين تقدمت الإشارة إليهما في ثنايا بعض الأبحاث السابقة عرضاً بالالتفات إليهما يظهر دليل هذه الشرطية ، والفرق بين بيع ما ليس مملوكاً قبل تملُّكه بالحيازة ونحوه وبين بيع ما يكون ملكاً للغير قبل تملُّكه منه بالشراء :

١ - أنَّ العقد مضمونه ليس مجرد الالتزام من قبل العقد بأداء عمل أو نقل حق

عيني كما في القانون المدني ، وإنما هو إنشاء العلقة الوضعية القانونية كالملكية أو الزوجية للطرف الآخر بالفعل .

٢ - أن العاقد ليس مشرعًا وإنما هو محقق لموضوع الملكية أو الزوجية القانونية ، أي يتسبب إلى فعليهما خارجًا في طول تشريع كبرى الجعل قانونًا من قبل الشارع أو العقلاه .

وفي ضوء هاتين النكتتين يظهر أنه لابد وأن تكون كبرى الملكية مجمولة ومقررة قانونًا وشرعًا في الموضوع والمحل الذي يراد تسلیمه للغير بالبيع ونحوه ؛ إذ لو لم تكن مجمولة قانونًا في مورد بأي نكتة وسبب ولو من جهة اللغوية العقلانية - كما في مورد المباحثات - فلا بد من القول إنما بتشريع الملكية في ذلك المورد من قبل العاقد ، وهذا خلاف النكتة الثانية ، أو أن يكون مضمون العقد ومحتواه مجرد الالتزام بالتمليك فيما بعد وهو خلاف النكتة الأولى .

هذا إذا أريد بيعها ثم حيازتها من قبل البائع وتسلیمهما إلى المشتري ، وأما إذا أريد مجرد بيعها بلا تسلیم فهذا خلاف الغرض النوعي من هذه العقود ، بل من اللغو عند العقلاه .

وهذه النكتة غير محفوظة في موارد من باع شيئاً ثم ملكه ؛ لأنّ أصل الملوکية هناك مجمولة كبروياً ، وإنما المقصود للبائع نقلها إلى الغير ، كما أنّ المفروض هناك إمكان الشراء من مالكه ولو بعد البيع .

والحاصل : العقود والايقاعات إنما هي أسباب لنقل الملكية وغيرها من الأحكام الوضعية لا تشريعها ، والعاقد من له الولاية على ذلك في طول ثبوت القابلية والشرعية من ناحية المحل تشريعًا وكبروياً ، وهذا إنما يكون في مورد يكون أصل الملكية مشرّعة من قبل القانون ، لا ما إذا كان أصل الملكية غير مشرّعة فعلاً لأحد الطرفين ، كما في المباحثات الأولية حيث لا يرى القانون

معقولية دخولها تحت السلطنة الوضعية لأحد قبلحيازة والاستيلاء عليها، ولا فرق في ذلك بين البائع والمشتري.

ومن هنا لا يمكن التمسك باطلاق أدلة صحة العقود والايقاعات في المقام؛ لأنّ العقد والإيقاع إنما هو الالتزام والتعهد بما يكون مجهولاً كبروياً شرعاً، وإلا لم يكن عقداً ولا ايقاعاً كما شرحنا ذلك عند تعريف العقد.

ثم إن الشروط ليس هو ثبوت المملوكة والاعتبارية بالخصوص في المرتبة السابقة على العقد، وإنما لانتقض بيع الإنسان عمله أو مالاً في ذمته للغير، مع أنه لا يملكه قبل البيع أو شراء أحد عموديه أو ما في ذمته للغير ولا يملكه بعد البيع جزماً، وإنما اللازم أن يكون المحل تحت سلطنة الشخص الوضعية أو الذاتية.

كما أن الشروط ليس خصوص الملكية بل مطلق الحق المتعلق بالشيء والقابل للانتقال إلى الغير، فمن له حق الاختصاص بمالي الأرض المحية على قول - له أن يبيعه إلى غيره ويكون معناه نقل حق اختصاصه إلى الغير بالعوض، فهذا الشرط للمحل لا ينبغي تخصيصه بالمملوكة بالخصوص.

هذا تمام الكلام في الشرطية الأولى.

وأما الشرطية الثانية: - وهو اشتراط الطلقة - فقد فرّعوا عليه عدم جواز بيع الوقف على البطون، وعدم جواز بيع العين المرهونة، وأموال المفلس، والزائد على الثلث من أموال المريض بمرض الموت، وكل ما هو مملوك ومن حقه ولكنه متعلق لحق الغير أيضاً بنحو يمنع عن نقله إلى الغير، وقد عدده بعض الفقهاء إلى أكثر من عشرين حق من الحقوق المانعة عن صحة البيع.

وأورد عليه الشيخ ^{رحمه الله}^(١) بأنّ أخذ الحق المانع عن صحة العقد في موضوع

صحة العقد دور باطل.

وهذا الاشكال يمكن الإجابة عليه بأن المأخذ في موضوع صحة العقد كالبيع عدم واقع تلك الحقوق كالوقف والرهن لا عنوان الحق المانع عن صحة البيع ليلزم المحذور.

نعم ، لابد من التمييز هنا أيضاً بين الحقوق التي توجب زوال أهلية المالك أو العاقد من قبيل الافلاس أو الفضولي ونحو ذلك ، فإنها ترجع إلى الركن الثاني من أركان العقد وبين الحقوق التي توجب محدودية الحق المتعلق بالشيء وعدم التسلط المطلق عليه كبيع البطن الأول للعين الموقوفة على البطنون ، أو بيع العين المرهونة - بناءً على عدم صحة بيعه بما هو مرهون - فمثل هذه الحقوق تكون مانعة عن صحة العقد إذا كانت منافية مع مقتضى ذلك العقد ، وهذا هو المقصود من الطلاقية في كلمات الفقهاء.

ثم إن تلك الحقوق المانعة هل لها جامع ثبوتي أو نكتة مشتركة أو أنها قضية إثباتية محضاً ، أي هل هناك نكتة عامة مشتركة لكون الحق مانعاً عن صحة البيع أو كل عقود المعاوضة أو الأعم منها أو أن ذلك تابع لما يفيده الدليل ، فكل حق شرعي للغير دلّ الدليل على منعه عن صحة عقد كان مانعاً ، وكل حق لم يدل دليلاً على ذلك لا يكون مانعاً ، ويترتب على ذلك أنه يحكم بالصحة بناءً على هذا الاحتمال في كل مورد شك في مانعية حق عن صحة العقد ؛ تمسكاً بعمومات الصحة والنفوذ في العقود ، بحيث لابد في الحكم بالبطلان من وجود دليل على التخصيص والتقييد للمطلقات ، بخلافه على الأول فإنه إذا افترضنا وجود نكتة مشتركة وعامة في محل العقد للمنع عن صحة العقد كفانا الدليل الدال على ثبوت ذلك الحق في مورد لشخص للمنع عن صحة العقد بلا حاجة إلى دليل على البطلان وتخصيص مطلقات الصحة والنفوذ.

ويمكن ابراز نكتة مشتركة نوعية وهي : أنه كلما كان الحق الثابت في المحل ينافيه مقتضى العقد إذا وقع عليه لم يصح العقد وإلا صح كما في الوقف على البطون أو الرهن ؛ لأنّه تفويت للحق على صاحبه ، فإنّ الدائن له حق على شخص المدين وذمته واستيفائه لحقه منه متوقف على أن يكون ذلك المال ملكاً له ، فإذا انتقل إلى غيره لم يمكنه الاستيفاء ، بخلاف ما إذا كان متعلق الحق المال مع قطع النظر عن مالكه كما في حق الجنابة ، فإنّ المجنى عليه ليس له حق على ذمة المالك للعبد الجنائي ، ولهذا لو مات العبد قبل الاسترقة لم يكن على مالكه شيء تجاه المجنى عليه ، فمثل هذا الحق لا يمنع عن المعاوضة والعقد على العين ؛ إذ لا تفويت فيه لحق صاحب الحق ، فإنه يأخذ حقه من العين أي إنما صارت ، غاية الأمر قد يكون لمن انتقل إليه حق الفسخ على المالك الأول ، وهو لا ينافي صحة العقد ، ونحن لا ندخل في البحث عن صغريات هذه الحقوق ومتناشتها وأنواعها المختلفة من كونه حقاً عاماً تارة وحقاً خاصاً أخرى ، وكون الحجر أولياً تارة كما في المفلس والمريض ، وثانوياً أخرى كما فيمن تحجر عليه الدولة ، فإن للبحث عن ذلك مجالاً آخر .

ثم إنّ الفقه الوضعي جعل من شرائط محل العقد شرطاً آخر وهو أن يكون في المحل مصلحة شخصية للدائن ، فذكروا : (يجب أن يكون للدائن مصلحة فيما التزم به المدين ، وهذا شرط طبيعي في المحل لا حاجة للنص عليه في القانون ؛ لأنّه ينطبق على القواعد العامة ؛ وذلك لأنّه إذا لم تكن للدائن مصلحة في استيفاء الالتزام فلا يستطيع اجبار المدين على الوفاء ؛ لأنّه لا يستطيع أن يرفع دعوى بذلك ؛ إذ لا دعوى دون مصلحة .

على أنه يتعدّر أن تتصور دائناً يتفق مع مدين على شيء لا مصلحة له فيه إلا إذا كان واهماً ، كأن يشتري شيئاً يتبيّن أنه يملكه قبل الشراء ، أو كان فضوليًّا

يتدخل لمصلحة الغير لا لمصلحته الشخصية ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون نائباً عن هذا الغير ويكون الدائن هو الأصليل لا النائب ، فوجود مصلحة للدائن هو الذي يميّز إذاً بين تعاقده الشخص لنفسه وتعاقده باعتبار أنه فضولي)١(.
ونحن لا نفهم معنى معقولاً لهذا الشرط زائداً على ما هو مأخوذ في مفهوم العقد والالتزام ؛ فإن الالتزام يحتاج إلى طرف وهو من يلتزم له ، أي يكون الشرط والتعهد له فهو صاحبه على المتعهد والملتزم ، والإلم يكن التزاماً ولا عقداً ، فقوام الالتزام بالملتزم والملتزم له ، فكما لا يعقل التزام بدون ملتزم لا يعقل بدون الملتزم له أيضاً ، وإذا كان هناك من يملك على الملتزم التزامه أمكن مطالعته بالتنفيذ أو رفع الدعوى عليه ، سواء كانت المنفعة المادية التي تحصل من تنفيذ ذلك الالتزام راجعاً إلى من له الالتزام أم غيره ، فالصلة لو أريد بها أن يكون له الالتزام فهذا ليس شرطاً زائداً على العقد نفسه ، كما أنه ليس راجعاً إلى محل العقد ، وإن أُريد بها النتائج والمنافع الحاصلة من تنفيذ الالتزام فلا يشترط أن ترجع إلى من له الالتزام ، كما إذا أراد من له الالتزام أن ينفع غيره .

وقد اعتبره القانونوضعي صحيحاً لأنّ في انتفاع الغير مصلحة شخصية ولو أدبية للدائن - من له الالتزام - .

وأثنا ما مثل له ببيع الفضولي أو بيع شيء ثم تبين أنه كان مملوكاً للمشتري فهذه الموارد خارجة بشرط آخر ، وهو عدم الملكية للبائع وعدم كونه طرفاً للالتزام بالنسبة إلى ذلك المال كما هو واضح .

١ - نظرية العقد (الستهوري) ٤٨٤ : ١

المحتويات

٣	مقدمة الناشر
٥	المقدمة
٩	بحوث تمهيدية
٩	الأمر الأول: تعريف العقد وأقسامه
٩	١ - تعريف العقد
١٦	٢ - عقديّة العقود الإذنية
١٨	٢ - معنى الالتزام في العقود
٢٧	٤ - العقد هو المسبب أو السبب
٥٥	٥ - الفرق بين العقد والشرط
٥٦	٦ - مضمون العقد حق عيني أم شخصي؟
٥٨	٧ - انقسامات العقود
٦٢	الأمر الثاني: مبدأ صحة العقود وشروط عيّتها (أصلية الصحة في العقود)
٦٢	■ مبدأ سلطان الإرادة
٦٦	١ - مبدأ رضائية العقود
٦٨	٢ - مبدأ نفاذ كل عقد والتزام مالم يمنعه الشارع (أصلية الصحة في العقود)
٦٩	الجهة الأولى: أدلة المشروعة (صحة العقد)
١٠٣	الجهة الثانية: حدود ما تستقاد مشروعيته من أدلة الصحة
١٠٧	الأمر الثالث: مبدأ لزوم العقد (أصلية اللزوم)

الباب الأول - أركان العقد

١١٩	تمهيد
١٢٦	الركن الأول: العقد أو الإرادة العقدية
١٢٧	١- الإنشاء أو الإرادة الظاهرة
١٣٢	٢- الرضا أو الإرادة الباطنة
١٣٣	أ- وجود الرضا بمعنى الإرادة والالتزام
١٣٤	ب- طيب النفس أو اختيارية العقد
١٤١	ج- أدلة شرطية طيب النفس وعدم الإكراه
١٤٨	د- موقف القانون الوضعي من الرضا أو (عيوب الإرادة)
١٦٠	٣- مدى موضوعية الإنشاء (مدى اعتبار الإرادة الظاهرة)
١٧٠	٤- شروط صحة الركن الأول (شروط صحة الإرادة العقدية)
١٧٠	أ- الجدية في الإرادة (قصد الإنشاء الجدي)
١٧٥	ب- عدم اشتراط اللفظ ولا الصراحة في الإنشاء
١٧٩	ج- تقديم الإيجاب على القبول
١٨٠	د- الموالاة بين الإيجاب والقبول
١٨٨	هـ- وصول الإنشاء من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر
١٩٠	و- التنجيز في العقد
١٩٧	ز- عدم رجوع الموجب قبل القبول
٢٠٩	ح- التطابق بين الإيجاب والقبول
٢١٥	ط- أهلية المتعاقدين عند الإنشاء
٢١٨	ي- تعدد الإرادتين (تعدد الموجب والقابل أو الإيجاب والقبول)
٢٢٨	ك- لزوم تحديد المالك في العقد

الركن الثاني: أهلية المتعاقدين	٢٥٣
■ معنى الأهلية	٢٥٣
الفصل الأول: أدلة شروط الأهلية في المتعاقدين	٢٥٧
١- البلوغ والرشد	٢٥٧
■ مدى شرطية البلوغ والرشد	٢٦٧
■ نسبية الرشد	٢٧١
٢- الملك أو التنيابة عن المالك	٢٧٣
■ نظرية التنيابة في الفقه الإسلامي	٢٧٨
٣- عدم الحجر الشرعي (القانوني)	٢٨٤
٤- الاختيار وعدم الإكراه	٢٨٥
■ مدى شرطية الرضا أو مانعية الإكراه	٢٨٦
أ- هل الرضا شرط أو الإكراه مانع	٢٨٦
ب- حكم الإكراه مع وجود المندوحة	٢٨٧
ج- حكم الإكراه بحق	٢٨٩
د- الإكراه على الجامع بين فعلين	٢٩٢
هـ- اختلاف فعل المكره عن مقدار الإكراه	٢٩٦
الفصل الثاني: مركز شروط الأهلية	٣٠٢
■ مركز شرطية العقل والاختيار	٣٠٢
■ مركز شرطية البلوغ والرشد وعدم الإكراه	٣٠٢
■ مركز شرط الملك أو التنيابة عن المالك وعدم الحجر	٣١٢
■ تلخيص واستنتاج	٣١٥
الفصل الثالث: تصحيح العقد الفاقد لشروط الأهلية	٣١٩

١ - تصحيح عقد الصبي أو غير الرشيد	٣١٩
أ - تصحيح عقد الصبي أو السفيه من قبل الوالي أو الوكيل	٣١٩
ب - تصحيح عقد الصبي أو السفيه من قبل نفسه	٣٢٥
٢ - تصحيح عقد المكره	٣٢٢
٣ - تصحيح عقد الفضولي	٣٤٥
أ - تصحيح العقد الفضولي للمالك	٣٤٥
ب - تصحيح العقد الفضولي لغير المالك	٣٤٧
ج - عدم كفاية رضا المالك في وقوع العقد	٣٤٩
د - تصحيح عقد الفضولي للمالك بعد العقد (من باع ثم ملك)	٣٥٤
هـ - من باع فضولة فبان مالكاً أو ولياً	٣٧٦
٤ - تصحيح عقد المفلس على ماله	٣٨١
الفصل الرابع: الإجازة وأحكام العقد المجاز	٣٨٤
الجهة الأولى: حقيقة الإجازة	٣٨٤
الجهة الثانية: الإجازة تقتضي الكشف أو النقل؟	٣٩٣
الجهة الثالثة: جواز العقد المجاز من طرف الأصيل قبل الإجازة	٤٣٦
الجهة الرابعة: مانعية الرد عن الإجازة	٤٤٦
الجهة الخامسة: عدم اعتبار التنجيز في الإجازة	٤٥١
الجهة السادسة: شروط العقد المجاز	٤٥٣
الجهة السابعة: التطابق بين الإجازة والعقد	٤٦٧
الجهة الثامنة: إجازة العقد هل تكون إجازة للقبض والإقباض	٤٨٨
الجهة التاسعة: الشروط المعتبرة في المجبiz	٥٠٧
الجهة العاشرة: الخيار وحق الشفعة في العقد المجاز	٥٢٠

٥٢٩	الركن الثالث: المحل أو الموضوع للعقد
٥٣١	١ - وجود المحل
٥٣٦	٢ - الغرض النوعي أو السبب من العقد (القدرة على الوفاء بالعقد)
٥٥١	٣ - المالية والمنفعة النوعية في العقود المالية
٥٥١	أ - معنى المالية
٥٥٢	ب - الدليل على اشتراط المالية
٥٥٥	ج - بذل المال بازاء ما لا مالية له
٥٥٦	٤ - حلية الغرض النوعي شرعاً
٥٦٦	٥ - المعلومية والتعيين للمحل
٥٧٤	٦ - تطبيقات للمعلومية اختلف فيها
٥٩٣	٦ - الملكية الطلاقة للمحل

