منهاج الفقاهة

التعليق على كتاب تبصرة الفقهاء

تأليف

فقيه العصر

المحقق القدير آية الله العظمى

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله

الجزء الثالث

منهاج الفقاهة

التعليق على مكاسب الشيخ الأعظم

كتابخانه
مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی
شماره ثبت: ۰۰۷۳۹۹
تاریخ ثبت :

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المحقق الفذ آية الله العظمى
السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مدظله العالي

الجزء الثالث

موسوعة الإمام الروحاني

منهاج الفقاهة

الجزء الثالث

✓ تاريخ النشر: ➢ ١٤٢٩ هـ. ق = ١٣٨٦ هـ. ش = ٢٠٠٨ م

✓ الطبعة: ➢ الخامسة (الاولى من الناشر)

✓ الكمية: ➢ ٢٠٠٠ نسخة

✓ المطبعة: ➢ سپهر

✓ الناشر: ➢ انوار الهدى-ايران: قم المقدسه (هاتف: ٧٧٤٢٢٤٦ـ فاكس: ٧٧٣٧٨٧٠)

✓ السعر: ➢ ١٥٠٠٠ تومان (سعر المجموعة)

التخفيف الخاص لطلاب حوزات العلمية ٧٥٠٠ تومان (سعر المجموعة)

سرشناسه: فقيه العصر سماحة آية الله العظمى السيد محمد صادق الحسيني الروحاني. شارح
عنوان قراردادي: المكاسب. شرح.
عنوان و نام پديدآورنده: منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم / المحقق الفذا آية الله العظمى السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مشخصات نشر: قم: انوار الهدى، ١٤٢٨ق. = ٢٠٠٧م. = ١٣٨٦ش.
مشخصات ظاهري: ۶ ج در ۳ مجلد.
شابک: ۹۷۸۹۶۴۸۸۱۲۶۲۶
وضعيت فهرست نويسي: فيپا
يادداشت: عربي
يادداشت: اين مجلدات قبلاً توسط ناشران مختلف منتشر شده است.
يادداشت: كتابنامه
مندرجات: ج. ۱ و ۲. المكاسب المحرمه. -- ج. ۳ و ۴. بيع. -- ج. ۵ و ۶. خيارات.
عنوان ديگر: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم
موضوع: انصاري، مرتضي بن محمد امين، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ ق. المكاسب -- نقد و تفسير
موضوع: معاملات (فقه)
شناسه افزوده: انصاري، مرتضي بن محمد امين، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ ق. المكاسب. شرح.
رده بندي كنگره: ۱۳۸۶ ۷۰۳۴ م ۱۸ الف / ۱ / ۱۹۰ BP
رده بندي ديويي: ۲۹۷ / ۳۷۲
شماره كتابشناسي ملي: ۱۱۲۸۸۷۹

طبع هذا الكتاب على نفقة ورثة
الوجيه (آقای کریمی)

مکتب

آیة الله العظمی السید الروحانی (مدظله العالی)

هاتف: (۰۲۵۱) ۷۷۴ ۳۵ ۳۸

فاکس: (۰۲۵۱) ۷۷۴ ۷۵ ۵۷

صندوق البرید: قم ۴۳ ۴۳ - ۳۷۱۸۵

انترنت: www.rohani.ir

www.istefta.net

www.istefta.com

www.imamrohani.com

www.emamrohani.net

قم المقدسة ـ شارع ارم

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



الحمد لله على ما اولينا من التفقه فى الدين والهداية الى الحق، وافضل صلواته واكمل تسلياته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه، سيما بقية الله فى الارضين ارواح من سواه فداه.

وبعد

فهذا هو الجزء الثالث من كتابنا منهاج الفقاهة وقد وفقنا الى طبعة، والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية المجلدات فانه ولى التوفيق.

تعريف البيع وبيان حقيقته

(١) وفيه مقاصد:

الأول: فى تعريف البيع وبيان حقيقته.

وقد اختلفت كلمات الاصحاب رضوان الله تعالى عليهم فى ذلك بعد اتفاقهم ظاهرا على انه لاحقيقة شرعية، أو متشرعية له.

وقبل بيان حقيقته لابد من بيان امر لايستغنى عنه.

وهو: ان فى البيع وكذا سائر المعاملات أمورا اربعة:

احدها: اعتبار الملكية القائم بالمتبايعين.

ثانيها: اعتبارها القائم بالعقلاء.

ثالثها: الاعتبار القائم بالشارع الاقدس.

رابعها: اظهار المتبايعين اعتبارهما النفسانى بمظهر خارجى من لفظ أو غيره.

وما اشتهر - من ان حقيقة الانشاء عبارة عن ايجاد معنى كالملكية وغيرها باللفظ

لاواقع له إذ الوجود الحقيق للمعنى لايمكن ايجاده الا باسبابه الخارجية، واللفظ وماضاه ليسامنها بالضرورة، والوجود الاعتبارى أى اعتبار المعتبر قائم بنفسه، و لادخل للفظ وغيره فى تحققه،

نعم - تسمية الانشاء ايجادا بمعنى انه بضميمة الاعتبار النفسانى موضوع لاعتبار الشارع والعقلاء حيث ان بناء العقلاء على عدم اعتبار الملكية فى البيع مثلا الا مع اعتبار المتبايعين بقيد الاعلام به، لابأس بها،

وعلى هذا فلا سببية فى باب العقود و الايقاعات اصلا.

وهو فى الاصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال[١]

---

[١] وحيث انه لاحقيقة شرعية و لامتشرعية للبيع فنظره قده الى بيان الموضوع بحسب العرف واللغة كى يحمل عليه فى الاحكام المترتبة على هذا العنوان

وبما ان تعيين العرف واللغة فى هذا الزمان لايفيد بالنسبة الى زمان الشارع الاقدس ولذا فى الهامش يفيد و (الظاهر عرفا ولغة بضميمة اصالة عدم النقل) التى هى من الاصول العقلية الى يستند إليها الكل فى ابواب الفقه

وكيف كان فقد عرف البيع بتعاريف

الاول ما عن المصباح من تعريفة بانه مبادلة قال بمال

واورد على التعريف المذكور بامور:

الأول: ان المبادلة قائمة بالطرفين كما هو الشأن فى باب المفاعلة، و لايصح التعبير بها عما يقوم بطرف واحد، مع ان البيع عندهم ليس هو ذلك بل عبارة عن التبديل.

وما افاده المحقق الاصفهانى من انكار تقوم المفاعلة بطرفين مستشهدا بقوله تعالى: ﴿يخادعون الله﴾[١] وقوله عزّوجلّ ﴿ومن يهاجر فى سبيل الله﴾[٢] ونافقوا، و شاقوا، وغير ذلك من الاستعمالات مدعيا ان هذه الهيئة انما وضعت لتعدية المادة و انهائها الى الغير، مثلا الكتابة لاتقتضى الا تعدية المادة الى المكتوب فيقال كتب الحديث من دون تعديتها الى المكتوب إليه، بخلاف قولهم كاتبه فانه يدل على تعديتها الى الغير، بحيث لو اريد افادة هذا المعنى بالمجرد لقيل كتب إليه، ثم قال: ان الهيئة المجردة وان افادت هذه الخصوصية فى بعض الموارد كضرب زيد عمروا الا انها غير ملحوظة فى الهيئة وتكون من لوازم النسبة، بخلاف ضارب زيد عمروا فان هذه الخصوصية ملحوظة فيه

وان كان لطيفا، الا انه يرد عليه: ان هذه الامور ليست امورا برهانية بل سماعية لابد فيها من الرجوع الى اهله، وهم قد صرحوا بذلك وجعلوا له موارد استثنائية منها الايات المشار إليها.

---

١) سورة البقرة: آيه ٩.

٢) سورة النساء: آية ١٠٠.

الثانى: ان لازم هذا التعريف عدم كون بيع الكلى بيعا لانه ليس مالا قبل البيع، فليس مبادلة مال، وعدم صحة جعل عمل الحر عوضا على القول بعدم كونه مالا قبله.

الثالث: ان مطلق المبادلة ليس بيعا قطعا، بل لو كانت المبادلة بيعا فانما هى المبادلة فى الملكية.

الرابع: ان التبديل والمبادلة لازم غالبى للبيع لانه مفهومه لما نورده على تعريف جامع المقاصد.

الخامس: ان مقتضى هذا التعريف لزوم دخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه، مع انه لايعتبر ذلك، الا ترى ان الانسان يعطى الدرهم الى الخباز ويقول: اعط الخبز للفقير، فان هذا بيع مع انه لامبادلة فيه، والالتزام بانه، يملك الفقير الدرهم اولا ثم يعطى الخباز، أو انه يوكله فى تمليكه الخبز اياه ثم اعطائه للفقير، خلاف الواقع الذى عليه بناء العرف والعقلاء فى امثال هذه المعاملة.

وبما ذكرناه يظهر ما فى تعريفه بانه: تبديل عين بمال، أو تمليكها به، أو نحو ذلك من التعاريف.

والمحقق النائينى قدس سره بعد اعترافه بان هذه التعاريف تقريبية اختار فى تعريفه

انه: تبديل مال بمال، وان فى البيوع المتعارفة بين الناس انما يكون التبديل فى الأموال لافى الملكية، وذكر فى توضيح ذلك: ان الملكية عبارة عن اضافة حاصلة بين المالك والمملوك، وهى تكون متحققة فى عالم الاعتبار وتكون منشئا للاثار و لاتكون قابلة للتبديل ابتداء لانه ليس للمالك ملكية على الملكية بل فى باب المعاوضات يتبدل المالان بخلاف باب الارث فان فيه يتبدل المالكان، فالبائع انما يحل الاضافة القائمة بالطعام ويجعلها قائمة بالدرهم و لايكون هناك تبديل فى الملكية فيكون البيع هو تبديل مال بمال

والظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم ابدال المنافع بغيرها،[١] و عليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع، نعم ربما يستعمل فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها

ويرد عليه:

اولا: ان بيع الكلى بيع مع انه قبل البيع ليس طرف الاضافة كى يكون هناك تبديل.

وثانيا: ان لازم ذلك عدم كون بيع آلات المسجد بالغلة الموقوفة عليه بيعا، فانها لاتصير ملكا لاحد كى ينطبق عليه هذا التعريف.

وثالثا: ان الملكية لاحقيقة لها سوى الاعتبار وهو بسيط قائم بالمالك والمملوك، فلا يعقل تبدل احد طرفيها مع بقائها، فلا محالة لابد من تبديلها.

وبعبارة اخرى: المشترى لايملك المبيع الا باعتبار كونه ملكا له، وخلع البائع الملكية عن نفسه ولبسها به ومعه تتبدل الملكية لامحالة فلا يتصور بقاء ملك الاضافة و تبديل طرفها.

فالحق فى تعريف البيع بنحو يكون جامعا ومانعا ان يقال: انه اعطاء شئ بازاء شئ، وهذا بحسب الموارد مختلف اثره، فقد يكون اثره ملكية العوضين كما فى غالب موارده، وقد يكون اثره الانعتاق كما فى بيع العبد ممن ينعتق عليه، فان اثر اعطاء البائع اياه بازاء شئ انقطاع اضافته، وحيث لايعقل دخوله فى ملك المشترى ينعتق عليه قهرا، وقد يكون اثره السقوط كما فى بيع الدين ممن هو عليه، وقد يكون اثره قيام المبيع مقام عوضه فيما له من التعلق والاضافة بجهة كالالات المشتراة من غلة العين الموقوفة للمسجد مثلا.

ضابط ما يصح جعله معوضا وعوضا وما لايصح

فقد قال المصنف‌ﷺ فى ضابط ما يصح جعله مبيعا

[١] والظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال المنافع بغيرها

تنقيح القول فى المقام بالبحث فى موضعين

الاول فى بيان المراد من العين

.....

الثانى فى انه هل يعتبر ان يكون المبيع عينا ام لا.

اما المقام الأول: فالمراد من العين هو الموجود المتعين الخارجى وما لو وجد لكان من المتعينات الخارجية، فتشمل العين الشخصية، والكلى المشاع، والكلى فى المعين، والكلى الذمى. وتخرج المنفعة والحق، و لااشكال فى شئ من ذلک

الا فى الكلى الذمى، فانه اشكل على جعله مبيعا بوجهين:

الأول: ان الملكية من الاعراض، فلابد لها من معروض، و لاوجود للكلى الذمى حتى يكون معروض الملكية.

واجاب عنه المحقق النراقى قده: بان البيع ليس هو التمليک، بل عبارة عن نقل الملک، وحيث انه لامحذور فى نقل الملک فى ظرف وجوده- وان كان متأخرا فعلا لعدم كون النقل من الاعراض- فلا اشكال فى صحة البيع.

وقال: والحاصل ان البيع نقل الملک بالغير بالفعل سواء كان الملک ايضا فعليا أو قويا مترقب الحصول.

وفيه: اولا: ان لازم ذلک بطلان البيع إذا تعذر تسليم الكلى، أو لم يحصل للبائع، لانه يكشف انه باع ما ليس له، مع انه لايكون باطلا بالاتفاق.

وثانيا: ان النقل مطلقا لابد وان يكون بملاحظة مكان أو اضافة، وليس له استقلال فى التحصل، فلو كان حقيقة البيع هو النقل كان بمعنى نقل الملک، فكما ان الملكية غير معقولة كما هو المفروض، كذلک النقل لايكون فعليا، فلا نقل بالفعل وانما هو معلق على أمر متأخر، والتعليق فى البيع باطل بالاجماع.

واجاب عنه السيد الفقيه: بان الملكية وان كانت من الاعراض الخارجية الا ان حقيقتها ليست الا اعتبارا عقلائيا، فيمكن ان يكون محلها موجودا اعتباريا فنقول:

العقلاء يعتبرون الكلى الذمى شيئا موجودا تتعلق به الملكية.

.....

وفيه: اولا: انه لايصح الجمع بين العرض الذى هو امر واقعى مقولى، وبين الاعتبار الذى لاثبوت له الا فى افق الاعتبار.

وثانيا: انه من المعلوم ان العقلاء فى باب اعتبار ملكية الكلى الذمى ليس لهم اعتبار ان احدهما متعلق بوجوده، وثانيهما متعلق بملكيته.

فالحق فى الجواب ان يقال: ان الملكية انما هى من الاعتباريات والاعتبار لايحتاج الا الى طرف فى افق الاعتبار وهو كما يكون عينا خارجية يمكن ان يكون كليا فى الذمة، والظاهر ان المستشكل خلط بين الملكية التى هى من الاعراض الخارجية- و هى الهيئة الحاصلة للجسم من احاطة شئ به- كالهيئة الحاصلة للرأس من احاطة العمامة به، وبين الملكية التى هى من الاعتباريات التى تعتبر لفائدة مترتبة على اعتبارها. والذى لايمكن ان يتحقق بلا محل موجود انما هى الملكية بالمعنى الأول، و اما الملكية الاعتبارية فهى لاتتوقف الا على محل موجود فى افق الاعتبار بنفس الاعتبار، وعليه فكما يمكن ان يكون ذلك عينا موجودة فى الخارج يمكن ان يكون كليا فى الذمة، بل ربما يكون المالك ايضا كليا ككلى الفقير والسيد فى باب الزكاة والخمس.

وبهذا البيان يظهر انه يمكن ان يكون المالك امرا اعتباريا كالحكومة التى هى من الامور الاعتبارية العقلائية ويعتبرونها لشخص أو لعدة اشخاص، ولذا ترى ان العقلاء يعتبرون لهم الملكية بما انهم هيئة حاكمة، و الفرق بين ملكيتهم بما هم كذلك وبين ملكيتهم بما هم اشخاص انه لو مات احدهم أو جميعهم فى الأول لاينتقل المال الى الورثة، ولو انتقلت عنهم الحكومة يخرج المال عن تحت سلطانهم بخلافه فى الثانى. و تمام الكلام فى ذلك موكول الى محل آخر.

الاشكال الثانى: انه يعتبر فى البيع كون المبيع مالا قبل البيع والكلى فى الذمة

.....

ليس كذلك،

ويرد عليه: انه لم يدل دليل من عرف أو شرع على اعتبار ان يكون المبيع قبل البيع مالا، وتعريف المصباح لاحجية له، بل يعتبر شرعا وعرفا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه، وضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض ومعلوم ان الكلى كذلك.

واما المقام الثانى: فالأرجح فى النظر اعتبار كون المبيع من الاعيان وذلك لان البيع من المفاهيم العرفية والامضا الشرعى متعلق به،

ولعل اختصاص البيع بنقل الاعيان وتمليكها وعدم شموله لنقل المنافع من الامور الواضحة عندهم بحسب المتفاهم العرفى.

والظاهر انه الى هذا نظر الفقهاء حيث استدلوا للاختصاص تارة: بالتبادر، واخرى: بصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض، وثالثة: بانصراف الادلة الى ما هو المعهود خارجا من جعل المعوض فى البيع عينا.

لا يقال: ان البيع بحسب متفاهم اهل هذا الزمان وان اختص بنقل الاعيان الا ان المعيار هو عرف زمان الشارع الاقدس.

فانه يتوجه عليه اولا: انه ان ثبت ذلك فى هذا الزمان يبنى على كونه كذلك فى زمانه صلى الله عليه وآله لاصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقرى، الذى على جريانه بناء العقلاء وسيرة العلماء ولو لاه لانسد عليهم باب الاجتهاد لعدم احراز كون الروايات ظاهرة فى المعانى التى تكون الان ظاهرة فيها فى زمانه صلى الله عليه وآله الا بذلك.

وثانيا: ان الشك فى شمول البيع لنقل المنافع مانع عن التمسك بعمومات الصحة، و يتعين معه البناء على الاختصاص لاصالة الفساد.

ويؤيد ما اخترناه من الاختصاص: استقرار اصطلاح الفقهاء عليه فى تعيين الثمن والمثمن، يعنى انهم إذا ارادوا تمييز البائع عن المشترى والمثمن عن الثمن جعلوا مالك العين بائعا ومالك المنفعة مشتريا، والاجماع، وانه لافرق بين الاجارة والبيع الا

بل يظهر من كثير من الاخبار[١] كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر، وبيع سكنى الدار التى لايعلم صاحبها،[٢] وكأخبار بيع الأرض الخراجية وشرائها.

[٣] والظاهر انها مسامحة فى التعبير كما ان لفظ الاجارة يستعمل عرفا فى نقل بعض الاعيان كالثمرة على الشجرة[٤]

فى ان البيع لنقل الاعيان والاجارة لنقل المنافع بناءا على ما حققناه فى كتاب الاجارة من ان حقيقتها تمليک المنفعة بعوض.

واستدل للتعميم بوجهين:

الأول: ان ما عن المصباح من تعريف البيع بانه مبادلة مال بمال كما يشمل نقل الاعيان يشمل نقل المنافع.

[١] الثانى: ما فى المتن قال بل يظهر ذلک من كثير من الاخبار.

حيث اطلق البيع على نقل المنافع فى جملة من النصوص

[٢] منها: النصوص الدالة على بيع سكنى الدار: كموثق اسحاق بن عمار[١]

ومنها: ما دل على بيع خدمة المدبر: كخبر السكونى[٢]

ومنها: ما ورد فى بيع الاراضى الخراجية[٣]

وفيها نظر:

اما الأول: فلما تقدم من عدم تمامية تعريف المصابح وعدم حجيته.

واما الثانى فلأن الاستعمال اعم من الحقيقة، واصالة الحقيقة انما يرجع إليها لتشخيص المراد لالتعيين الموضوع له بعد معلومية المراد.

فالأظهر اختصاص البيع بنقل الاعيان

[٤] قوله كالثمرة على الشجرة.

الظاهر ان مراده ليس ما إذا آجر الشجرة لثمرتها قبل وجودها كما افاده السيدﷺ بل مراده ما إذا تعلقتا لاجارة بنفس الثمرة–فانها التى تكون بيعا قطعا كما فى رواية[٤]

---

١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٥.

٢) الوسائل باب ٣ من أبواب التدبير من كتاب التدبير والمكاتبة و الاستيلاد حديث ٤.

٣) الوسائل باب ٧١ من أبواب جهاد العدو و ما يناسبه من كتاب الجهاد.

٤) الوسائل باب ٢ من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

واما العوض فلا اشكال فى جواز كونها منفعة[١] كما فى غير موضع من القواعد و عن التذكرة وجامع المقاصد و لايبعد عدم الخلاف فيه، نعم نسب الى بعض الاعيان (وهو البهبهانى) الخلاف فيه، ولعله لما اشتهر فى كلامهم من ان البيع نقل الاعيان والظاهر ارادتهم بيان البيع نظير قولهم ان الاجارة لنقل المنافع.

الحلبى عن الامام الصادق عليه السلام الواردة فى بيع الثمار وان لم يتبين لک ثمرها فلا تستاجر، أى لاتشتر كما هو صريح ساير الاخبار

جعل المنفعة عوضا

هذا كله فى المعوض،

واما فى العوض فقد قال المصنف قدس سره:

[١] اما العوض فلا اشكال فى جواز كونه منفعة.

والكلام فى المقام يقع فى موارد:

الأول: فى بيان حقيقة المنفعة.

الثانى: فى جواز جعلها عوضا.

الثالث: فى جواز جعل عمل الحر عوضا.

الرابع: فى الحقوق.

اما المورد الأول: فالمنفعة عبارة عما به يكون المال مالا، وبعبارة اخرى: عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل، فمنفعة الدابة ليست ما هو فعل الراكب الذى هو من اعراضه لامن اعراض الدابة، بل المضايف لفعل الراكب الذى يصير فعليا بالاستيفاء الذى هو عبارة عن الانتفاع.

وبهذا البيان ظهر ان ما افاده السيد الفقيه فى حاشيته من: أن الثمرة تعد منفعة الشجرة عرفا، لايمكن المساعدة عليه، إذ حقيقة العين مغايرة لحقيقة المنفعة فلا يعقل انطباق احديهما على الاخرى.

واما المورد الثانى: فقد استدل لعدم جواز جعلها عوضا بوجوه:

الأول: ما اشتهر فى كلامهم من ان البيع نقل الاعيان.

واما عمل الحر فان قلنا: انه قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال[١] والا ففيه اشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين فى البيع مالا قبل المعاوضة كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

الثانى: ان المنفعة غير موجودة: فغير قابلة للمملوكية، فلا يصح جعلها عوضا. وهو المحكى عن الشهيد.

الثالث: انه لعدم تعارف جعل المنفعة عوضا تكون ادلة نفوذ البيع منصرفة الى نقل غيرها.

وفى كل نظر

اما الأول: فلأن البيع - كما عرفت - انما هو عمل البائع، فهم فى مقام بيان ما ينتقل من البائع، وهذا منهم نظير ما ذكروه من ان الاجارة لنقل المنافع، مع انه لاكلام بينهم فى صحة جعل العوض فيها عينا.

واما الثانى: فلما عرفت من ان الملكية امر اعتبارى، فيصح اعتبارها بالاضافة الى المنفعة التى هى مقدرة الوجود بتبع وجود العين القابلة لاستيفاء المنافع عنها.

واما الثالث فلان الانصراف الناشئ عن قلة وجود فرد لايصلح لتقييد المطلقات، فالأظهر جواز جعلها عوضا.

جعل عمل الحر عوضا

[١] اما المورد الثالث: فقال المصنف: واما عمل الحرفان قلنا انه قابل المعاوضة عليه من الأموال فلا اشكال.

محصل كلامه: انه لااشكال فى جواز جعل عمل الحر عوضا إذا كان ذلك بعد وقوع المعاوضة عليه، كما إذا كان اجيرا لغيره فانه يجوز لذلك الغير جعله عوضا، ويكون كعمل العبد حينئذ الذى لاكلام فى انه مال ويصح جعله عوضا

واما إذا كان ذلك قبل وقوع المعاوضة عليه فجواز جعله عوضا مبنى على كونه

من الأموال وان لم يعد منها لايجوز ذلک.

يقع الكلام فى هذا المورد فى جهتين:

الاولى: فى انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه ام لا؟

الثانية: فى انه على كل من التقديرين هل يصح جعله عوضا ام لا؟

اما الجهة الأولى: فالحق انه مال، لان المالية من الاعتبارات العقلائية وانما تعتبر للشئ من جهة كونه مما يرغب إليه ويميل إليه النوع، أو ان نظام الاجتماع يتوقف عليه، كما فى اعتبار المالية للذهب والفضة.

وهذا الذى يسمى بالمال تارة يعتبرونه ملكا لشخص واخرى لايعتبر ذلک كما فى المباحات الاصلية، وعلى هذا فمن الواضح ان عمل الحر وان لم يكن ملكا لفاعله - لان ملكية العمل انما تكون عن سبب وهو مفقود - الا انه مال و لافرق بينه وبين عمل العبد، و لابين قبل وقوع المعاوضه عليه وبين بعده.

واستدل لعدم كونه مالا بوجوه:

الأول: ان المالية صفة وجوديه: و لابدلها من محل، والعمل المعدوم لايكون محلا لها.

الثانى: انه لو كان عمل الحر مالا وكان صاحبه ذا مال، لتعلق به الاستطاعة إذا كان قادرا على عمل، يكون عوضه مما تتحقق به الاستطاعة وخرج عن كونه فقيرا.

الثالث: انه لو كان مالا لكان حابسه ضامنا.

وفى كل نظر اما الأول: فلما مر من ان الامور الاعتبارية تقوم بمحل يكون موجودا تقديرا، و المقام كذلک، فان عمل الحر يقدر وجوده بتبع وجود العامل وقدرته عليه واما الثانى: فلأن الاستطاعة تتوقف على ملكا وصاحبه ذا مال، وعمل الحر و

واما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال[١]

ان كان مالا الا انه ليس ملكا لعامله، فلا تتحقق به الاستطاعة نعم لمجرد سلطنة على تمليكه للغير يخرج عن كونه فقيرا و لايصدق عليه هذا العنوان.

واما الثالث: فلأن الضمان لابد له من سبب، وهو، اما الاتلاف، أو اليد، أو الاستيفاء، وشئ منها لايكون فى المقام اما الأول: فلأنه ليس مال العامل حتى يشمله، من اتلف مال الغير فهو له ضامن،

واما الثانى: فلأن عمل الحر لايكون تحت اليد والاستيلاء لابنفسه و لابتبع الاستيلاء على الحر، وبعبارة اخرى: قاعدة اليد انما تجرى فى صورة الاستيلاء، و الحر لايدخل تحت استيلاء غيره

واما الثالث: فواضح.

فتحصل: ان الأظهر انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه.

واما الجهة الثانية: فبناءا على كونه مالا، ما ذكر وجها لعدم جواز جعل المنفعة عوضا جار هنا، والجواب ما ذكرناه، وعلى فرض عدم كونه مالا استدل على عدم الجواز - مضافا الى ذلك - بانه يعتبر فى المبيع والثمن ان يكونا من الأموال قبل البيع.

وفيه: انه لم يدل دليل على اعتبار ذلك لامن العرف و لامن الشرع، وتعريف المصباح لاحجية له، بل يعتبر عرفا وشرعا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه، وضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض، ومعلوم ان عمل الحر كذلك.

فالأظهر انه يصح جعل عمل الحر عوضا.

حقيقة الحق واقسامه

واما المورد الرابع: فنى المتن.

[١] واما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال.

تنقيح القول فى المقام انما يكون بالبحث فى جهات:

.....

الاولى: أنه: في الادلة عناوين ثلاثة: الملك، والحكم، و الحق

اما الملك: فقد تقدم انه امر اعتباري

و اما حقيقة الحكم فه اضحة ومذكورة في محلها

انماالكلام في حقيقة الحق بنحو يمتاز عن الملك و الحكم

الحق في اللغة: هو الثبوت، و بهذا الاعتبار يطلق عليه سبحانه الحق من جهة ان ثبوته من اعلى مراتب الثبوت، و يقال للأمر الموافق للواقع انه حق من جهة ثبوته، و هكذا سائر موارد استعماله.

واما بحسب الاصطلاح فقد يقال: ان الحق هو الملك، و لعله المراد من قول السيد في الحاشية: انه مرتبة ضعيفة من الملك بل نوع منه، و لذا عبر عن حق الخيار بملك فسخ العقد، غاية، الأمر المملوك، تارة: يكون العين بما لها من الشؤون، و اخرى: جهة خاصة منها، و ثالثة: عمل من اعمال الحر، و في الجميع الملكية واحدة و انما المملوك مختلف.

و به يندفع: ما اورد على هذا: بان الملك ملزوم للسلطنة المطلقة، مع ان الحق سلطنة خاصة على تصرف خاص.

ولكن يرد على هذا: انه ربما يضاف الحق الى ما لا يكون له اعتبار الملكية شرعاً كحق الاختصاص بالخمر التي كانت خلا قبلا، او كحق الاولوية في الأرض المحجرة التي لا تملك الا بالاحياء.

و قد يقال: انه مرتبة ضعيفة من الملك.

و فيه: ان الملكية التي هي امر اعتبارى بسيطة لا يكون لها مراتب، و اختلاف المملوك سعة وضيقا اجنبي عن اختلاف مراتب الملكية.

فالحق ان يقال: انه عبارة عن اعتبار السلطنة على شيء او شخص في جهة خاصة، مثلا حق الشفعة عبارة عن السلطنة على الفسخ و الامضاء، و هكذا سائر الحقوق

كحق الحضانة و الولاية فلا اشكال [١] و كذا لو لم يقبل النّقل كحقّ الشّفعة و حقّ الخيار [٢]

و لا يخفى ان هذا ليس حقيقة شرعية له، اذ مضافا الى عدم الدليل عليه: ان الحق يستعمل كثيراً في الاخبار وكلمات علمائنا الابرار في الحكم، و عليه: فتشخيص كون مورد خاص من قبيل الحكم اوالحق بالمعنى الذي ذكرناه يتوقف على ملاحظة الخصوصيات و القرائن، و لا يستفاد ذلک من مجرد اطلاق الحق عليه.

الجهة الثانية: في بيان اقسام الحقوق.

فقد جعل المصنف لها اقساما:

[١] الأول: ما لا يقبل المعاوضة بالمال: كحق الحضانة و الولاية.

والمراد به بحسب الظاهر ـ لا سيما مع ملاحظة التمثيل ـ هو ما لا يقبل النقل و لا الاسقاط، و يحتمل بعيدا ان يكون المراد به ما كان له اسقاطه و نقله الا انه مجانا لا بالعوض، كحق القسم، فانه ذكر العلامة ﷺ: ان لكل من الازواج نقله الى ضرتها واسقاطه، الا انه ليس لها اخذ المال بازاء ذلک.

[٢] الثاني: ما يقبل الاسقاط و لا يقبل النقل: كحق الشفعة و حق الخيار.

الثالث: مايكون قابلا للنقل والانتقال و الاسقاط كحق التحجير

واورد على هذا التقسيم بالنحو الذى استظهرناه المحقق النائينى

بان كون شيء حقا و غير قابل للاسقاط لا يعقل فانه لو لم يقبل الاسقاط فكيف تكون له السلطنة، و كيف يكون زمام امره بيده، بل الضابط للحق و الفرق بينه و بين الحكم كونه قابلا للاسقاط، و تبع في هذا الضابط شيخنا السعيد الشهيد ﷺ.

و فيه: ان مقتضى سلطنة الانسان على شيء هوكون امره بيده لاامرالسلطنة بيده، و الانسان مسلط على العين ـ او العمل ـ لا انه مسلط على سلطانه و مالك له، و بهذا البيان التزمنا بان الناس مسلطون على اموالهم[1] لا يدل على صحة الاعراض

---

١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

لان البيع تمليک الغير [١]

و بالجملة: كما ان الحكم امره بيد الحاكم، كذلك الحق امره بيد المعتبر و من بيده الاعتبار، فاذا لم يجعل المعتبر امر رفع هذا الاعتبار و نقله الى الغير بيد من اعتبر له ليس له ذلك،

فالحق ان من اقسام الحق ما لا يقبل الاسقاط.

ثم معرفة ان الحق الفلاني هل هو قابل للاسقاط و النقل ام لا؟ لابد و ان تكون من الدليل و ليس لذلك ضابط كلي يمتاز به الحقوق كل منها عن غيره،

و تمام الكلام في ذلک موكول الى محل آخر.

الجهة الرابعة: في حكم جعل الحقوق عوضا.

بعد ما لا كلام و لا اشكال في عدم صحة جعل ما هومن قبيل القسم الأول ـ اي ما لا يقبل الانتقال والاسقاط عوضا ـ وقع الخلاف في القسمين الاخيرين،

و ها هنا اقوال:

الأول: عدم صحة جعل شيء منهما عوضا، اختاره المحقق النائيني ﷺ.

الثاني: جواز جعل ما يقبل الانتقال خاصة عوضا

الثالث جواز جعل كل منهما عوضا، غاية الأمر في ما لا يقبل الانتقال يصح جعل اسقاطه عوضا.

قد استدل المصنف وفاقا لغيره من الاعلام لعدم جواز جعل ما لا يقبل النقل عوضا:

[١] بان البيع تمليك الغير

مراده: ان حقيقة البيع هو التمليك من الطرفين، فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك فلا يصح جعله عوضا.

و لما كان صاحب الجواهر بعد ما نقل هذا من استاذه وذكر في وجهه: ان البيع من النواقل لا من المسقطات، فلا يصح جعله عوضا على معنى سقوطه، اشكل عليه بان من البيع بيع الدين على من هو عليه مع انه لا يفيد الا الاسقاط فيلتزم في الحق ايضاً بذلک

و لا ينتقض ببيع الدّين على من هو عليه لأنّه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط و لذا جعل الشّهيد في قواعده الابراء مردّداً بين الاسقاط و التّمليك.

و الحاصل انّه يعقل ان يكون ان يكون مالكاً في ذمّته فيؤثر تمليكه السّقوط و لا يعقل ان يتسلّط على نفسه [١]

---

[١] و تصدى المصنف ﷺ لجواب هذا الاشكال: بانه فرق بين الموردين، فانه في بيع الدين على من هو عليه تحدث الملكية آناماً، و تسقط، و لا مورد لتقرير ذلك في الحق بان ترجع حقيقة الاسقاط المجعول عوضا الى نقل الحق الى من هو عليه، و يؤثر ذلك في سقوطه، و يدعي ان ما دل على انه لا يقبل النقل يكون المراد به النقل على وجه الاستقرار لا على هذا الوجه، فان نقل الحق الى من عليه ولو آناً ما محال لا ستلزام ذلك اتحاد المسلط والمسلط عليه، و قد تقدم تنقيح ذلك.

و بهذا البيان الذي بينا مراد المصنف ﷺ يندفع جملة مما اورده المحشون عليه.

و قد استدل المحقق النائيني ﷺ على عدم جواز جعل نفس الحق عوضا: بان البيع حقيقته تبديل طرف الاضافة بمثله، و لازم ذلك دخول كل من الثمن و المثمن، في ملك مالك الاخر، و معلوم ان الحق ليس كذلك، فانه مباين مع الملك سنخا، فلا يصلح للحلول محل المثمن في الملكية كي يصدق البيع.

واستدل ﷺ على عدم جواز جعل الاسقاط عوضا بان: نفس الاسقاط بما انه فعل من الافعال واثره و هو السقوط بما انه اسم المصدر ليس من الافعال التي تقبلللمملوكية نظير الخياطة، فان هذا المعنى معنى حر في غير قابل لان يتمول الا باعتبار نفس الحق، و قد عرفت ما فيه.

و يرد على ما افاده في نفس الحق: ان تعريف البيع بما ذكر مضافاً الى ما مر ما فيه من المحاذير، انه ليس مورد آية او رواية حتى يجعل صدقه او عدم صدقه مبنى للاحكام الشرعية، و قد مر ان حقيقة البيع ليست الا جعل شيء بازاء شيء، فاذا جعل المبيع بازاء حق التحجير بان يصير هذا الحق لمالك المبيع في مقابل خروجه عن ملكه فقد جعل شيء بازاء شيء فهو بيع حقيقة.

و السران مثل هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد [١]
بخلاف الملك فانّها نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج الى من يملك عليه حتّى يستحيل اتّحاد المالك و المملوك عليه فافهم

و اما ما ذكر في الاسقاط فيرد عليه ـ مضافاً الى ذلك ـ ان نفس الاسقاط و ان كان معنى حرفيا لا يتمول، و الحق في نفسه غير الملك، الا انه لا مانع من صيرورة الحق سببا و واسطة في قابلية اسقاطه للملكية، و نظير ذلك ان العلم بنفسه لا يملك لكنه يصير سببا لزيادة مالية العبد المتصف به.

و بالجملة: عدم قابلية الحق للمملوكية لا ينافي صيرورته واسطة في كون اسقاطه قابلا للتمول و المملوكية فتدبر فانه دقيق.

الجهة الرابعة: كل حق قابل للنقل هل يجوز نقله الى من عليه الحق فلا ام لا؟

[١]صريح المتن والمحقق النائيني ﷺ: عدم الجواز

و استدلاله بان الحق لما كان نحواً من السلطنة على من عليه الحق لايعقل نقله اليه، لان الانسان لا يمكن ان يتسلط على نفسه بالنحو الذي كان لطرفه.

و بالجملة: لا يعقل قيام طرفي السلطنة بشخص واحد.

و شيد بعضهم هذا الوجه بان المسلط و المسلط عليه متضائفان و التضائف من اقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما فى واحد و يرد عليه اولا ان المسلط عليه انما هو بمعنيين: الأول: طرف السلطنة، الثاني: من بضرره السلطنة، مثلا في حق الخيار و حق الشفعة الذين هما مورد كلام المصنف ﷺ، حل العقد في الأول و تملك الشريك ما اشتراه المشتري ببذل الثمن فى الثاني مسلط عليهما بالمعنى الأول، و من عليه الحق في الموردين هو المسلط عليه بالمعنى الثاني، و في جميع الحقوق التي فيها من عليه الحق يكون الأمر على هذا المنوال، و عليه فنقل الحق الى من عليه الحق لا يلزم منه اتحاد المسلط و المسلط عليه بمعنى قيام طرفي السطنة بشخص واحد كي يكون امرا غير معقول. و ثانيا: انه لو سلّم كون المسلط عليه هو من عليه الحق، فلا ارى محذوراً في اجتماعهما في شخص واحد، و ليس كل ما هو من اقسام التضائف من انحاء التقابل، بل ما

و امّا الحقوق القابلة للانتقال كحقّ التّحجير و نحوه فهى وان قبلت النّقل و قوبلت بالمال في الصّلح الاّ انّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع اشكالاً [١] من اخذ المال في عوضى المبايعة لغة وعرفاً [٢] مع ظهور كلمات الفقهاء عند التّعرض لشروط العوضين، و لما يصّح ان يكون اجرة في الاجارة في حصر الثّمن في المال.[٣]

كان بينهما تغاير في الوجود كالعلية والمعلولية منها و الا فالعالمية والمعلومية أو المحبية والمحبوبية من اقسام التضائف، و ليستا من انحاء التقابل و تجتمعان في شخص واحد و بحب الانسان نفسه و يعلم بنفسه.

و السلطنة من هذا القبيل، فان معناها كون الشخص قاهراً على شخص و كون الغير تحت ارادته واختياره، و هذا المعنى يمكن اجتماعه في شخص واحد، بل سلطنة الانسان على نفسه من اعلى مراتب السلطنة، كيف و قد ورد. (الناس مسلطون على انفسهم) و لم يستشكل احد في معقولية ذلك. فتدبر فانه دقيق.

فتحصل: ان الأظهر جواز نقله الى من عليه الحق.

الجهة الخامسة فى انه فى الحقوق القابلة للانتقال هل يصح جعلها عوضا فى خصوص البيع ام لا يجوز

[١] و قد اشكل المصنف ﷺ فى ذلك و استدل لعدم جواز جعل ما يقبل النقل عوضا للبيع بوجهين

[٢] احدهما عدم صدق المال على الحق و لو بعد البيع، و قد اخذ المال في عوضي المبايعة لغة و عرفا.

[٣] ثانيهما ظهور كلمات الفقهاء فى حصر الثمن فى المال

و يرد على الدليل الأول ان البيع ليس هو التمليك من الطرفين، بل هو اعطاء شيء بازاء شيء و لو كان الشيء الثاني سقوط الحق فلا مانع من جعل سقوط الحق عوضا وان لم يقبل النقل، و قد تقدم تمامية ما اورده صاحب الجواهر من النقض و عدم صحة جواب المصنف ﷺ عنه.

و يرد على الثاني: ان المال ان كان هو ما يبذل بازاء الشيء لكونه مورداً لرغبة

ثم الظاهر انّ لفظ البيع ليس له حقيقة شرعيّة و لا متشرّعيّة بل هو باق على معناه العرفي كما سنوضحه ان شاء الله. الاّ ان الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه،[١] ففى المبسوط و التذّكرة و غيرهما، انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدّر على وجه التّراضى [٢] و حيث انّ فى هذا التعريف مسامحة واضحة.

العقلاء و ميلهم من جهة ما فيه من الاغراض العقلائية فالحق مال، و ان كان المال بحسب المفهوم العرفي اخص من ذلك كما ادعى، فالحق و ان لم يكن مالا الا انه لا دليل على اعتبار المال بهذا المعنى في عوضي المبايعة، و مجرد تعريف المصباح أو ما شابه لا يصلح لذلك كما تقدم، فان حقيقة البيع اعطاء شيء بازاء شيء، و لا يعتبر في صدقه سوى كون العوض او المعوض مما يبذل بازائه الشيء والحق كذلك.

فتحصل ان الاظهر جواز جعل كل من القسمين عوضا غاية الامر فى القسم الاول يجعل سقوط الحق عوضا ـ وفى القسم الثانى يجوز جعل سقوطه عوضاً كما يجوز نقله عوضا.

تعاريف الفقهاء للبيع

[١] اذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: انه قد عرف البيع بتعاريف: أُخر

الاول: ماعن جماعة كالشيخ في محكي المبسوط والعلامة في التذكرة و غيرهما في غيرهما من

[٢] انه انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي.

واورد عليه جماعة منهم السيد الفقيه في الحاشية: بان الانتقال اثر للبيع، و ايضاً انه فعل، و الانتقال انفعال، و ايضاً هو مناف لسائر تصاريفه.

و فيه: ان ملكية المشتري في اعتبار العقلاء و الشارع اثر للبيع، بمعنى انه موضوع لها، واما الملكية فى اعتبار المتبايعين فهي عين النقل والتمليك لا انها اثره، فان ايجاد الملكية اعتباراً و وجودها كذلك متحدان بالذات و مختلفان بالاعتبار، و عليه فان اريد من الانتقال في التعريف الملكية في نظر المتبايعين لا يرد عليه شيء من هذه الايرادات، و ان اريد به الملكية في اعتبار العقلاء او الشارع، فيرد عليه الايراد الأول و الثالث دون الثاني كما لا يخفى.

عدل آخرون الى تعريفه بالايجاب والقبول الدّالين على الانتقال [١] و حيث انّ البيع من مقولة المعنى دون اللّفظ مجرداً او بشرط قصد المعنى والاّ لم يعقل انشائه باللّفظ [٢] عدل جامع المقاصد الى تعريفه بنقل العين بالصّيغة المخصوصة [٣]

فالأولى ان يورد على هذا التعريف: بان البيع بما له من المعنى المرتكز في الاذهان قائم بالبائع لا بالعوضين، والانتقال قائم بهما، مع انه لا يعتبر الرضا في مفهوم البيع و الا لم يكن بيع المكره و بيع غير المقدور على تسليمه بيعا.

[١] هذا هو التعريف الثاني و عن المشهور و هو تعريفه بالعقد المركب من الايجاب والقبول الدالين علىالانتقال. و عن العلامة دعوى الاجماع عليه.

واورد عليه صاحب الجواهر ﷺ: بان اللفظ من مقولة الكيف والبيع فعل والمقولات العشر متباينات لا يصدق بعضها على بعض.

و فيه: ان البيع فعل عرفي لا مقولي كالتكلم الذي هو من مقولة الكيف.

[٢] وارد عليه في المتن بان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ و الاّلم يعقل انشائه باللفظ، و مراده بذلك: ان البيع ـ بحسب المرتكز العرفي ـ هو النقل والتمليك الخارجي لا الوجود اللفظي للانشاء، والا لما كان معنى لانشائه، بل كان اظهاره اخباراً لا انشاءاً و ظاهر التعريف المذكور بقرينة توصيف الايجاب و القبول بالدلالة ارادة الوجود اللفظي منهما.

و بهذا البيان ظهر اندفاع ما اورد على المصنف ﷺ بان البيع ليس من مقولة المعنى و الا لزم كونه كلاما نفسيا، اذ لا يعقل كونه من مقولة المعنى الاّ جعله من باب النقل القلبي و هو راجع الى الكلام النفسي، و قد بين في محله بطلان الكلام النفسي.

و يرد على هذا التعريف ـ مضافا الى ذلك ـ: ان البيع على ما يظهر من مشتقاته قائم بالبائع لا به و بالمشتري معاً.

[٣] الثالث: ما في جامع المقاصد من تعريفه بنقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة.

و يرد عليه مع انّ النّقل ليس مرادفاً للبيع، [١] و لذا صرّح في التذكرة بأن ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت و جعله من الكنايات وانّ المعاطاة عنده بيع مع حلّوها عن الصّيغه [٢] انّ النّقل بالصّيغة ايضاً لا يعقل انشاءه بالصّيغة [٣] و لا يندفع هذا بانّ المراد انّ البيع نفس النّقل الذى هو مدلول الصيغة فجعله مدلول الصيغة اشارة الى تعيين ذلک الفرد من النقل لا انّه مأخوذ في مفهومه حتّى يكون مدلول بعت نقلت بالصّيغة لانّه ان اريد بالصّيغة خصوص بعت لزم الدّور لانّ المقصود معرفة مادّة بعت و ان اريد بها ما يشمل ملكت وجب الاقتصار على

واورد عليه المصنف بايرادات.

[١] احدها ان النقل ليس مرادفاً للبيع.

و اجاب عنه المحقق الايرواني ﷺ: بانه بعد تقييد النقل في التعريف بان يكون بالصيغة المخصوصة لا وجه لهذا الايراد.

الظاهر انه تخيل ان مراد المصنف ﷺ من الايراد اعمية النقل عن البيع، فاجاب عنه بذلك، و الظاهر انه يريد تغاير البيع و النقل مفهوماً، فان البيع اذا كان بمعنى التمليك يكون عبارة عن التسليط، و لازم ذلك اذا كان الشيء مملوكا له هو النقل نظير ان المشي مغاير للنقل و الانتقال في المكان، لكنه لازم لهما مع انه ليس لازمه دائماً، فان تمليك عمل الحر يكون بيعا و لا نقل لعدم كونه مالكا له قبله، و بيع الكلي في الذمة يصح و لا نقل هناك، فهذا الايراد تام. نعم اذا كان المقصود الاشارة الى المعاملة المتداولة كي يكون التعريف لفظياً صح ذلک فانه يكفي فيه الملازمة الغالبية.

[٢] ثانيها: ان المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة.

و يمكن الجواب عنه: بان مراد المحقق ﷺ ليس دخل هذا القيد في حقيقة البيع بل الاشارة به الى سنخ النقل، و عليه فلا تضر اخصيته.

[٣] ثالثها: انه ان اريد دخل هذا القيد في ماهية البيع. يرد عليه: ان النقل بالصيغة لا يعقل انشائه بالصيغة، و ان اريد به الاشارة الى النقل الخاص يرد عليه: أنه ان اريد بالصيغة خصوص بعت لزم الدور، و ان اريد بها غير بعت من سائر الصيغ لزم الاقتصار على سائر الصيغ غير بعت.

مجرّد التمليک و النّقل. فالاولى تعريفه بأنّه انشاء تمليك عين بمال [١] و لا يلزم عليه شيء مما تقدّم. نعم يبقى عليه امور:

و فيه: ان الظاهر ان مراده هوالشق الثاني، و عليه فيمكن ارادة الجامع بين صيغة بعت و غيرها من الصيغ من الصيغة، و لا يلزم محذور الدور لانه مع سعة دائرة الكاشف لا يلزم دور، و لا محذور لزوم الاقتصار. فالعمدة الاشكال الأول.

[١] الرابع: ما في المتن من تعريفه: بانه انشاء تمليک عين بمال.

و ترد عليه امور:

احدها: ما عن المحقق الخراساني ﷺ من: ان التمليك الانشائي اذا كان مادة بعت فلا يعقل انشائه بالصيغة، اذ القابل للوجود الانشائي نفس المعنى لا الموجود الانشائي.

ثانيها: ان هذا التعريف يصدق على الشراء ايضاً لشموله للإنشاء الصريح و الضمني، مع ان مقصوده الصريح خاصة.

ثالثها: ما افاده بعض المحققين ﷺ من: ان ظاهر هذا التعريف تعلق الجار بالتمليك، فيكون هو تعريفا للهبة المعوضة، فان العوض فيها للفعل و هو التمليك لا للعين، و في البيع يكون العوض عوضاً لما تعلق به التمليك.

رابعها: انه لا يمكن الالتزام بالتمليك في جملة من الموارد: منها: اشتراء آلات المسجد من غلة العين الموقوفة عليه، فانه لا يملكها احد كما لا يملك الغلة.

و منها: انه لا يشمل بيع العبد ممن ينعتق عليه، فانه ليس هناك تمليك و تملك و ذلك لوجهين:

الأول: انه اذا امتنع الملك الحقيقي شرعا او عقلا لما كان فرق بين زمان طويل او قصير، فلا يمكن الالتزام بحصول الملك آناً ما ثم الانعتاق.

و دعوى انه يمكن الالتزام بالملك الحكمي،

مندفعة بان مرجع ذلك الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية، فان التزم بكونه بيعا حقيقة لزم بطلان التعريف المذكور و الا لزم بقاء العوضين على ملك مالكهما لعدم المعاوضة الحقيقية.

الثاني: ان ظاهر الادلة ترتب الانعتاق على نفس الشراء، فالالتزام بالملكية

منها: انّه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملّكت و الاّ لم يكن مرادفاً له و يرده انّه الحق كما سيجيء

و منها: انّه لا يشمل بيع الدّين على من هو عليه لأنّ الانسان لا يملك ما لا على نفسه، [١] و فيه مع ما عرفت و ستعرف من تعقّل تملّك ما على نفسه (في ذمّته) و رجوعه الى سقوطه عنه [٢] نظير تملّك ما هو مساو لما في ذمّته و سقوطه بالتّها تر انّه لو لم يعقل التّمليك لم يعقل البيع اذ ليس للبيع لغة و عرفاً معنىً غير المبادلة و النّقل و التّمليك و ما يساويها من الالفاظ، و لذا قال فخر الدين انّ معنى بعت في لغة العرب ملّكت غيرى فاذا لم يعقل ملكيّة ما في ذمّة نفسه لم يعقل شيء ممّا يساويها فلا يعقل البيع.

و منها: انّه يشمل التّمليك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع على انّها ليست بيعاً، و فيه ما سيجيء من كون المعاطاة بيعاً لأنّ مراد النّافين نفى صحته.

و لو آناً ما مناف لذلك.

و ما عن الجواهر من: ان الجمع بين هده الادلة و بين ما دل على عدم العتق الا في ملك يقتضي الالتزام بتقدم الملك على الانعتاق تقدماً ذاتيا.

يرد عليه: ان الملكية من الامور الاعتبارية و لا يعقل الاعتبار الا في الزمان، فالملكية في غير الزمان مما لا نتعقله.

[١] و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه، فان الانسان لا يملك ما لا على نفسه لعدم ترتب الاثر على هذه الملكية فيلغو اعتبارها.

[٢] و ما ذكره ﷺ في الجواب عن ذلك من تعقل تملك ما في ذمته و رجوعه الى سقوطه عنه،

غير تام، فان السقوط ان كان لاجل ما اشرنا اليه من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء

و ان كان لكونه اثر تلك الملكية فيرد عليه: ان ثبوت الشيء لا يكون علة لسقوطه.

و منها: صدقه على الشراء، فانّ المشترى بقبوله للبيع يملّك ماله بعوض المبيع و فيه انّ التّمليك فيه ضمنى [١]، و انّما حقيقته التّملّك بعوض، و لذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت تقدّم على الايجاب او تأخّر، و به يظهر اندفاع الايراد بانتقاضه بمستأجر العين [٢] حيث انّ الاستئجار يتضمّن تمليك العين بمال اعنى المنفعة و منها انتقاض طرده بالصّلح على العين بمال و بالهبة المعوّضة. و فيه انّ حقيقة الصّلح و لو تعلّق بالعين ليس هو التّمليك على وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الاصلى هو التّسالم. [٣] و لذا لا يتعدّى بنفسه الى المال. نعم هو متضمن

---

[١] قوله و فيه ان التمليک فيه ضمنى و انما حقيقته التملک بعوض.

و فيه ان الشراء حقيقته ليس هو اعطاء شيء بازاء شيء الذى هو حقيقة البيع، كما مر، و لا انشاء تمليک عين بمال الذى هو البيع عنده، بل الشراء مطاوعة لذلك، و الذى يوجب ملكية المعوض للمشترى و العوض للبايع انما هو فعل البايع الذى تعلق به القبول

[٢] و اما الاجارة: فقد فرّق المصنف ﷺ بينها و بين البيع بان البيع تمليك العين بعوض و الاجارة تمليك المنفعة به، ولكن على القول بصحة جعل المعوض في البيع منفعة لابد من بيان فرق آخر بينهما

و قد يقال: ان الفرق بينهما انما يكون في ان البيع يتعلق بكل من العين و المنفعة، و اذا تعلق بالعين يكون اثره ملكيتها فيما يكون قابلا لذلك، و هذا بخلاف الاجارة فانها تتعلق بالعين خاصة واثرها نقل المنافع.

توضيحه، ان من ملك شيئاً ملك منافعه بالتبع ويكون له حق القبض على العين لاستيفاء المنافع، فالبيع انما هو اعطاء للعين او المنفعة بازاء العوض، و اما الاجارة فانما هي لنقل ذلك الحق، بمعنى انها تتعلق بالعين لنقل ذلك الحق. و تمام الكلام موكول الى محله.

[٣] و اما الصلح: فالفرق بينه و بين البيع هو ما ذكره المصنف ﷺ من: ان حقيقة الصلح هو التسالم، و يكون متعلقه في بعض الموارد ملكية العين او المنفعة، و في بعض الموارد غير ذلک.

للتمليك اذا تعلّق بعين [١] لا انّه نفسه و الّذى يدلّك على هذا انّ الصّلح قد يتعلّق بالمال عيناً او منفعة فيفيد التّمليک و قد يتعلّق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية و هو مجرّد التّسليط، و قد يتعلّق بالحقوق فيفيد الاسقاط او الانتقال. و قد يتعلّق بتقرير امر بين المتصالحين، كما في قول احد الشّريكين لصاحبه صالحتك على ان يكون الرّبح لك و الخسران عليك، فيفيد مجرّد التّقرير فلوكانت حقيقة الصّلح هى عين كلّ من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً و هو واضح البطلان فلم يبق الاّ ان يكون مفهومه معنى آخر و هو التّسالم فيفيد في كلّ موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلّقه، فالصّلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمّن التّمليك لا انّ مفهوم الصّلح في خصوص هذا المقام و حقيقته هو انشاء التّمليك و من هنا لم يكن طلبه من الخصم اقراراً له بخلاف طلب التّمليك.

و امّا الهبة المعوّضة و المراد[٢] بها هنا ما اشترط فيها العوض فليست انشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة [٣] و الاّ لم يعقل تملّك احدهما لأحد العوضين من دون تملك الاخر للاخر.

و لا ايراد عليه سوى ما ذكره من

[١] انه اذا تعلق الصلح بالعين يكون متضمنا للتمليك،

فانه يرد عليه: انه لا يتعلق بالعين، بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلقه الا بفعل او نتيجة كالملكية، و لذا لا يصح جعل مفعوله الثاني العين كما لا يخفى.

[٢]و اما الهبة المعوضة: فتتصور على وجوه:

الأول: ان يهب المال و يشترط على المتهب هبة شيء.

الثاني: ان يهبه المال و يكون داعيه هبة المتهب شيئاً.

الثالث: ان يهب المال و يشترط النتيجة، اى كون ذلك المال ملكا له.

الرابع: ان يهبه بازاء ذلك الشيء.

الخامس: ما اضافه السيد الفقيه و هو: ان يهبه في مقابل هبته، بحيث تكون المقابلة بين الهبتين و مقتضى المقابلة بطلان احد المتقابلين بفقد الاخر.

[٣]اما في الوجه الأول و الثاني: فيكون اعطاء المال اعطاء لابازاء شيء بل مجانا،

مع انّ ظاهر هم عدم تملّك العوض بمجرّد تملّك الموهوب بالهبة بل غاية الأمر انّ المتّهب لو لم يؤد العوض، كان للواهب الرّجوع في هبته. فالظّاهر انّ التّعويض المشترط في الهبة كالتّعويض الغير المشترط فيها في كونه تمليكاً مستقلاً [١] يقصد به وقوعه عوضاً لا انّ حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كلّ من العوضين كما يتّضح ذلك بملاحظة التّعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الأولى، فقد تحقق ممّا ذكرنا انّ حقيقة تمليك العين بالعوض ليست الا البيع فلو قال ملّكتك كذا بكذا، كان بيعاً و لا يصّح صلحاً و لا هبة معوضة و ان قصدهما اذ التّمليك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحاً و لا هبة فلا يقعان به، نعم لو قلنا بوقوعها بغير الالفاظ الصريحة توجّه تحققّهما مع قصدهما فما قيل من انّ البيع هو الاصل في تمليك الاعيان بالعوض فيقدّم على الصّلح و الهبة المعوّضة محلّ تأمّل، بل منع لما عرفت من انّ تمليك الاعيان بالعوض هو البيع لا غير. نعم لو اتى بلفظ التّمليك بالعوض و احتمل ارادة غير حقيقته كان مقتضى الاصل اللّفظى حمله على المعنى الحقيقى فيحكم بالبيع، لكن الظّاهر انّ الاصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدّم و سيجيء توضيحه في مسألة المعاطاة فى غير البيع ان شاء الله.

و الفرق بينها و بين البيع حينئذ واضح غاية الأمر في الصورة الأولى اذا لم يهب المتهب ذلك الشيء يكون للواهب الخيار، و لا يكون ذلك في الصورة الثانية.

و اما في الوجه الثالث: فان قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام،

[١] و ان قلنا بصحته فذلك الشيء و ان كان يصير ملكا له الا انه للشرط لا لعقد الهبة و المال الموهوب انما يعطى مجانا لا بازاء شيء، و هذا بخلاف البيع.

و اما في الوجه الرابع: فهو بيع حقيقة بلسان الهبة، و سيأتي الكلام في انه هل يصح البيع بلسان الهبة ام لا.

و اما في الوجه الخامس: فقد افاد السيد ﷺ في الفرق بينها و بين البيع: ان في البيع المقابلة انما تكون بين المالين، و في هذه الهبة تكون بين الفعلين.

و ما ذكره من الفرق على تقدير صحة هذه الهبة متين، الا ان الكلام في صحتها، و ذلك لانه ان اريد بها تعليق هبته على هبة الاخر، فلو لم يهب الطرف لا يكون هبة من هذا

بقى القرض داخلاً في ظاهر الحدّ و يمكن اخراجه بأنّ مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تمليك على و جه ضمان المثل أو القيمة [١] لا معوضة للعين بهما و لذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة [٢]

الطرف ايضاً لتقيدها بهبة الاخر، فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه.

و ان اريد بها انه يملك هبته في مقابل تملك هبة الاخر

فيرد عليه: ان في الهبة التمليك انما يتعلق بالمال و ليس هناك تمليك متعلق بهذا العمل من الحر، نعم يصح ذلك فيما اذا وقع عقد آخر على هذا العمل بحيث صار مملوكا بواسطة عقد آخر، ولكنه خارج عن المقام.

[١] و اما القرض: فقد فرّق المصنف ﷺ بينه و بين البيع بان القرض حقيقته ليست هي المعاوضة بل هي تمليك على وجه ضمان المثل او القيمة.

و يرد عليه: ان التمليك المزبور لا يخلو عن أحد وجهين: اما ان يكون تمليكا بازاء بدله في الذمة، فهو معاوضة حقيقة، واما ان يكون تمليكا مجانياً واشترط في ضمنه ان تكون الذمة مشغولة بالمثل او القيمة، فهذا غير معقول، اذ مرجعه الى اشتراط ضمان الانسان لمال نفسه.

فالحق ان يقال: ان حقيقة القرض تمليك للعين ـ اي لخصوصيتها ـ مجاناً و جعل لماليتها في الذمة، ففي الحقيقة هو ينحل الى انشائين: تمليك مجاني بالنسبة الى العين، و تضمين لمالية العين و استئمان لها في ذمة المقترض الى اجل معين: و عليه فالفرق بينه و بين البيع في غاية الوضوح.

و اما ما استشهد به المصنف ﷺ لعدم كون القرض من المعاوضات فهي امور:

[٢] منها: قوله لا يجري فيه ربا المعاوضة

و ذكر السيد قده في بيان مراد المصنف ﷺ: انه لا يشترط في تحقق الربا فيه ما يعتبر في تحققه في سائر المعاوضات من اشتراط كون العوضين من المكيل و الموزون و كونها من جنس واحد بل يجرى فيه مطلقاً.

و لا الغرر المنفي فيهما [١] و لا ذكر العوض [٢] و لا العلم به [٣] فتامل. ثم ان ما ذكرنا تعريف للبيع الماخوذ في صيغة بعت و غيره من المشتقات

واورد عليه: بان سعة دائرة الربا فيه لدليل خاص لا تنافي كونه من المعاوضات.

لكن: الظاهر ان مراده عدم جريان الربا الذي يجرى في البيع في القرض، و ذلك في مثل بيع الريال الذي يساوي اربعة دراهم مثلاً و يكون بحسب الوزن اكثر منها بها، فان ذلك ربا محرم

و هذا لايجرى في القرض فان من اقترض الريال له ان يؤدى اربعة دراهم و للمقرض اشتراط ذلك و ليس ذلك غير جائز، و السر فيه ما ذكرناه من ان حقيقة القرض تمليك للعين مجانا و استئمان للمالية في ذمة المقترض، فما في ذمته مالية الريال لا عينه و هى عين مالية اربعة دراهم فيجوز تطبيقها عليها.

[١] و منها: عدم جريان الغرر المنفي فيه.

و فيه: ان جماعة من الأصحاب صرحوا بلزوم العلم بمقدار العين المقترضة و انه لا يجوز بالمكيال المجهول، و جماعة اخرى و ان كان ظاهرهم على ما عن الجواهر عدم اعتبار ذلك الا ان جريان الغرر في مطلق المعاوضات ليس متفقا عليه، فهذا لا يكون شاهداً على عدم كونه من المعاوضات عندهم.

[٢] و منها: عدم لزوم ذكر العوض فيه، فلو كان من المعاوضات لكان اللازم ملاحظة الطرفين في مقام انشاء المعاوضة.

[٣] و منها: عدم لزوم العلم بالعوض، مع انه في المعاوضات لابد من العلم به.

واورد عليه و على سابقه: بان العين المقترضة اما ان تكون من المثليات او تكون من القيميات، و على كل حال العوض معلوم و لا يحتاج الى الذكر.

و فيه: اولا: ان بعض الاشياء ربما لا يعلم الانسان حين القرض انه مثلي او قيمي فيقترض المال و يستعلم الحال قبل الاداء.

و ثانيا: انه ربما يعلم انه قيمي ولكن لا يعلم مقدار القيمة.

و يظهر مى بعض من قارب عصرنا استعماله في معان اخر غير ما ذكر [١]

احدها: التّمليک المذكور لكن بشرط تعقبّه بتملّك المشترى و اليه نظر بعض مشايخنا حيث اخذ قيد التّعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح، و لعلّه لتبادر التّمليك المقرون بالقبول من اللّفظ بل و صحة السّلب عن المجرّد، و لهذا لا يقال باع فلان ماله الاّ بعد ان يكون قد اشتراه غيره، و يستفاد من قول القائل بعت مالى انّه اشتراه غيره، لا انّه اوجب البيع فقط

الثّاني: الأثر الحاصل من الايجاب و القبول و هو الانتقال كما يظهر من المبسوط و غيره

الثّالث: نفس العقد المركّب من الايجاب و القبول و اليه ينظر من عرّف البيع بالعقد،

لا يعتبر تعقب القبول في صدق البيع

[١] التنبيه الثاني: قال المصنف ﷺ: و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معان اخر

لا يخفى انه لم يظهر لنا وجه ما صنعه المصنف ﷺ في المقام حيث ذكر اولاً تعريف المصباح و انتقل الى بيان امور اخر ثم عاد اليه بذكر سائر التعاريف، ثم كرر العود اليه في هذا الموضع، مع ان ما ذكره هنا بعينه ما تقدم من المعاني.

ولكن الذي يهمنا في المقام بيان انه هل يعتبر في صدق البيع تعقب القبول ام لا؟ و فيه اقوال:

الأول: ما في المتن و هو: عدم اعتباره، و تبعه المحقق النائيني ﷺ.

الثاني: اعتباره اما بكونه اسما لمجموع او فعل البائع بشرط التعاقب على نحو الشرط المتأخر، اختاره السيد و المحقق الايرواني.

الثالث: اعتبار قابليته لتعقب القبول، اختاره بعض مشايخنا المحققين.

و الأظهر هو الأول، و ذلك يظهر من ملاحظة انشاء البائع، فانه اذا قال بعت اظهر بذلك اعتبار نفسه، و المشتري انما يقبل ذلك لا ان فعله دخيل في ما ينشأه البائع، هذا مضافاً الى ملاحظة سائر مشتاقه كالبائع و غيره، مع انه لو نذر ان يبيع داره صح هذا النذر، و لو كان البيع فعل المجموع او فعل البائع بشرط التعقب بالقبول لماصح

قال: بل الظّاهر اتّفاقهم على ارادة هذا المعنى في عناوين ابواب المعاملات [١] حتّى الاجارة و شبهها الّتى ليست هى في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد.

اقول: امّا البيع بمعنى الايجاب المتعقّب للقبول فـالظّاهر انّـه ليس مـقابلاً للأوّل و انّما هو فرد انصرف اليه اللّفظ في مقام قيام القرينة على ارادة الايجاب المثمر اذ لا ثمرة فى الايجاب المجرّد فقول المخبر بعت انّما اراد الايجاب المقيّد، فالقيد مستفاد من الخارج لا أنّ البيع مستعمل في الايجاب المتعقّب للـقبول، و كذلك لفظ النّقل [٢] و الا بدال والتّمليک و شبهها مع انّه لم يقل احد بأنّ تعقّب القبول له دخل في معناها. نعم تحقّق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر النّاقل اذ التّأثير لا ينفكّ عن الأثر فالبيع و ما يساويه معنى من قبيل الايجاب و الوجوب لا الكسر و الانكسار كما تخيّله بعض فتأمل. و منه يظهر ضعف اخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح فضلاً عن ان يجعل احد معانيها.

لكون جزء المنذور او شرطه خارجاً عن تحت القدرة

و يؤيده قوله ﷺ البيعان بالخيار[1] اذ لو كان البيع اسما لفعل المجموع لما كـانا بيعين بل كانا معا بائعاً.

[١] قوله بل الظاهر اتفاقهم على ارادة هذا المعنى فى عناوين انواع المعاملات

بل الظاهر عدمه فان مورد البحث فى تلك الابواب نفس المعاملات و لذا يعنونون اعتبار الايجاب و القبول و يقولون، يعتبر فى البيع الايجاب و القبول و لو كان مرادهم منه العقد كان هذا التعبير من الفساد بمكان ـ و سيصرح المصنف ﷺ بعد اسطر بخلاف ذلک ـ و يقول و الحاصل ان البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر الخ.

[٢] قوله و كذلک لفظ النقل

النقل و التمليك انما هما للمعنى الجامع بين النقل بعوض او مجانا ـ فعدم اعتبار القبول فى صدقهما لا يلازم عدم اعتباره فى البيع

و قد استدل للثاني:

بالتبادر، و بصحة السلب عن المجرد، و لهذا لا يقال باع فلان ما له الا بعد ما اشتراه غيره،

---

١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار.

وامّا البيع بمعنى الاثر و هو ا لانتقال فلم يوجد في اللغة و لا في العرف و انّما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط و قد يوجّه بانّ المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنيّ للمفعول اعني المبيعية و هو تكلّف حسن و امّا البيع بمعنى العقد فقد صرّح الشّهيد الثّاني بأنّ اطلاقه عليه مجاز لعلاقة السّببية.[١] و الظّاهر انّ المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشّاعر لأنّه المسبّب عن العقد لاالنقّل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من انه حاصل بنفس انشاء الموجب من دون توقّف على شيء كحصول وجوب الضّرب في نظر الأمر بمجرّد الأمر و ان لم يصر واجباً في الخارج في نظر غيره و الى هذا نظر جميع ما ورد في النّصوص والفتاوى من قولهم لزم في الخارج في نظر غيره و الى هذا نظر جميع ماورد في النّصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع او وجب او لا بيع بينهما او اقاله في البيع و نحو ذلك.

و الحاصل انّ البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النّقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحقّقه في نظر الشّارع المتوقّف على تحقّق الايجاب و القبول، فاضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانيّة، و لذا يقال انعقد البيع، و لا ينعقد البيع، ثم ان الشهيد الثانى نص فى

و بان البيع من العقود و لو تحقق البيع بمجرد انشاء البائع لزم كونه ايقاعاً

و باستعماله في المتعقب بالقبول في النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع او وجب او لا بيع بينهما او اقاله البيع او نحو ذلك.

و في كل نظر

اما الأولان: فلأن التبادر و صحة السلب انما يتمان في مثل بعت داري في مقام الاخبار الذي قامت القرينة على كونه لبيان البيع المثمر، و لا يتمان في غير هذا المورد.

واما الثالث: فلأن العقد و الايقاع اصطلاحان، والمراد بالأول ما يعتبر فيه القبول، و بالثاني ما لايعتبر، و لا كلام في اعتباره في صحة البيع و ترتب الاثر عليه.

و اما الرابع: فلأن الاستعمال اعم من الحقيقة، لا سيما مع قيام القرينة على ارادة موضوع الأثر.

[١] قوله لعلاقة السببية قد مر فى اول الكتاب ما فى اطلاق السبب و المسبب فى باب المعاملات و ان ذلك بمعزل عن الصواب فراجع.

كتاب اليمين من المسالك على ان عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصّحيح [١] مجاز في الفاسد لوجود خواصّ الحقيقة و المجاز كالتّبادر و صحة السّلب [٢]، قال: و من ثمّ حمل الاقرار به عليه [٣] حتّى لوادّعى ارادة الفاسد لم يسمع اجماعاً، ولو كان مشتركاً بين الصّحيح و الفاسد لقبل تفسيره باحدهما كغيره من الالفاظ المشتركة وانقسامه الى الصّحيح والفاسد اعمّ من الحقيقة، انتهى.

و قد استدل للثالث: بان البيع اسم للصحيح العرفي، والصحيح العرفي في اجزاء السبب ما كان قابلا لان يلتئم منه المجموع، فيكون البيع معناه انشاء التمليك القابل للحقوق القبول.

و فيه ما سيأتي من فساد المبنى و ان البيع ليس موضوعا للصحيح العرفي، فالحق عدم اعتباره في مفهوم البيع لابنحو الجزئية و لا بنحو الشرطية.

نعم هو معتبر في صحة البيع عرفا و شرعا.

البيع حقيقة في الصحيح او الأعم

[١] قوله ثم ان الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من المسالك على ان عقد البيع و غيره من العقود حقيقة في الصحيح.

هذا هو التنبيه الثالث و الكلام فيه يقع فى مقامين

الاول فى بيان ما افاده المصنف ﷺ في المقام

الثانى فى بيان ما هو الحق

و قبل التعرض للبحث فى المقامين لاباس بالتعرض لما افاده الشهيدان

[٢] قوله و صحة السلب

الموجود فى المسالك و عدم صحة السلب فيرد عليه مضافا الى ما تقدم انه لا كلام فى عدم صحة سلبه عن الصحيح انما الكلام فى اختصاصه به.

[٣] قوله و من ثم حمل الاقرار به عليه.

و الظاهر ان السر فيه ظهور حال المسلم فى عدم اختيار الفاسد لاوضع البيع لذلك.

و قال الشّهيد الأوّل في قواعده الماهيّات الجعليّة كالصّلاة و الصّوم و سائر العقود لا يطلق على الفاسد [١] الاّ الحجّ لوجوب المضى فيه، و ظاهره ارادة الاطلاق الحقيقىّ و يشكل ما ذكراه بأنّ وضعها للصّحيح يوجب عدم جواز التّمسك باطلاق نحو احلّ الله البيع و اطلاقات أدلّة سائر العقود في مقام الشّك في اعتبار شيء فيها مع أن سيرة علماء الاسلام التّمسک بها فى هذه المقامات. نعم يمكن ان يقال

---

[١] قوله قال الشهيد الاول ... لايطلق على الفاسد

يمكن توجيه كلامه قده بقرينه ما فى ذيله

فلو حلف على ترك الصلاة و الصوم اكتفى بمسمى الصحة و هو الدخول فيها، فلو افسدها بعد ذلک لم يزل الحنث، و يحتمل عدمه لانه لا يسمى صلوة شرعا و لا صوما مع الفساد، و اما لو تحرم فى الصلاة، او دخل فى الصوم مع مانع من الدخول لم يحنث قطعا ـ

بانه قده ليس فى مقام بيان المفاهيم و انها موضوعة للصحيحة، حتى يرد عليه ما تقدم، بل فى مقام بيان ان ما يتعلق به النذر انما هو الصحيح و انه لا ينذر الا ان لا يصلى صلوة صحيحة، و ان لا يبيع بالبيع الصحيح الشرعى، و انه بعد الفراغ عن ذلک يفصل بين ما هو الفاسد من الاول، و بين ما لو انعقد صحيحا ثم افسد فى الاثناء.

اما المقام الأول: فقد يقال: ان الفاظ المعاملات من البيع و غيره اسام للصحيحة و انما تستعمل في غيرها مجازا.

واورد عليه بايرادين:

الأول: ان لازم ذلك الالتزام بالحقيقة الشرعية في المعاملات، مع انه بالبداهة ليس كذلك، كيف و قد كان الشارع المقدس يستعمل اساميها فيما كان يستعمل فيه العرف و لم يصرح في مورد بكون مراده غير ما يفهمه العرف.

الثاني: ان لازم ذلك عدم جواز التمسك باطلاقات ادلة العقود كـ ﴿أحل الله البيع﴾[1] و نحوه لنفي اعتبار ما شك في اعتباره فيها، اذ مع الشك المزبور لا محالة يشک

---

١) البقرة: ٢٧٥.

ان البيع و شبهه فى العرف اذا استعمل فى الحاصل من المصدر [١] الذّى يراد من قول القائل بعت عند الانشاء لا يستعمل حقيقة الاّ فيما كان صحيحاً مؤثراً و لو في نظرهم. ثم اذا كان مؤثراً في نظر الشّارع كان بيعاً عنده و الاّ كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف فالبيع الّذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعت عند العرف و الشّرع حقيقة في الصّحيح المفيد للأثر و مجاز فى غيره، الاّ انّ الافادة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشّرع. و امّا وجه تمسّك العلماء باطلاق ادلّة البيع و نحوه.

في صدق الموضوع، و معه لا مجال للتمسك بالاطلاق

مع ان سيرة علماء الاسلام على التمسك به في هذه المقامات.

[١] و اجاب المصنف ﷺ عن الأول: بان البيع او شبهه في العرف اذا استعمل في الحاصل من المصدر ـ اي المسبب و المنشأ ـ لا يستعمل الا فيما هو مؤثر و صحيح و لو في نظرهم، ثم اذا كان مؤثراً عند الشارع كان بيعا عنده ايضاً و الا كان صورة بيع، فالموضوع له انما هو الصحيح المفيد للأثر، و لا اختلاف في هذا المفهوم بين العرف و الشرع، و انما الاختلاف في المصداق، فان اهل العرف يرون بعض البيوع مفيدا مؤثراً و الشارع لا يراه كذلك.

لا يقال ان تخطأة الشارع العرف انما تتصور فيما له واقع في عالم العين و الوجود، و لا تتصور فيما لا واقع محفوظ له و كان في ذاته مختلفا باختلاف الانظار كالبيع، فانه ان كان موضوعاً لاعتبار الملكية في نظر العرف و ان لم يعتبر ها الشارع كان موضوعا للاعم، و ان كان موضوعا لاعتبارها في نظر الشارع عاد المحذور، و على اي تقدير لا معنى للتخطأة المذكورة.

فانه يتوجه عليه: ان اعتبار الملكية كان المعتبر هو العقلاء او الشارع انما يكون عن مصلحة داعية اليه، و اهل العرف ربما يعتقدون وجودها فيعتبرون الملكية و الشارع المقدس يخطأهم في ذلك لكونه محيطا بالواقعيات، و يرى انه ليس فى هذا الاعتبار

فلانّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع، و شبهه في الخطابات الشّرعية على ما هو الصّحيح المؤثر عند العرف [١] او على المصدر الّذى يراد من لفظ بعت [٢] فيستدلّ باطلاق الحكم بحلّه او بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشّارع ايضاً فتأمّل. فانّ للكلام محلاً آخر.

مصلحة غير مزاحمة بالمفسدة كما في بيع الربوي، فالتخطأة انما تكون في المنشأ للاعتبار.

و اجاب ﷺ عن الايراد الثاني بوجهين

[١] احدهما: ان البيع و ان كان موضوعاً للصحيح المؤثر الا ان المخاطب بالخطابات الشرعية بما انه اهل العرف فيحمل دليل امضاء البيع على امضاء ما هو الصحيح المؤثر عندهم، و لو كان مراده خلاف ما عليه العرف لزم عليه نصب القرينة، فمع عدمه يكون الموضوع هو البيع الصحيح عند العرف. و هذا التقريب لا دخل له بتخطأة الشارع نظر العرف او تصويبه، اذ صريح عبارته ان الموضوع هو الصحيح المؤثر عند العرف. فلا حظ.

[٢] ثانيهما: حمل لفظ البيع أو شبهه الواقع في ادلة الامضاء على المصدر الذي يراد من لفظ بعت اي انشاء تمليك عين بعوض، الذي هو فعل الموجب، و اختاره في تعريف البيع، فاذا حكم الشارع عليه بالحل او بوجوب الوفاء يستكشف منه كونه مؤثراً في نظر الشارع، و الا لما كان له حليّة و لا وجوب الوفاء، و مقتضى اطلاقه كون انشاء النقل يوجب النقل شرعا. هذا محصل كلامه بتوضيح منا.

و المحقق النائيني ﷺ اورد على ما ذكره ثانيا في وجه التمسك بالاطلاق: بان المطلقات الواردة في الكتاب و السنّة كلها واردة في مقام امضاء المسببات دون الاسباب لانها اسام للمسببات

واورد على ما ذكره اولا: بانه اذا كان الدليل وارداً في مقام امضاء المسببات ـ اي المعاملات الرائجة عند العرف كالزوجية و المبادلة مع قطع النظر عن الاسباب التى

.....

يتوسل بها اليها ـ فلا يدل على امضاء الاسباب.

و بعبارة اخرى: المسبب له وجود غير وجود السبب، فامضائه لا يكون امضاءاً للسبب، نعم اذا لم يكن له سبب متيقن اصلا لا محالة يكون امضائه امضاءاً له والا يلزم اللغوية، و في المقام السبب المتيقن موجود كما هو واضح.

و دعوى ان اهل العرف حيث يرون حصول المسبب بسبب معين عندهم فامضاء المسبب يستلزم امضاء السبب.

مندفعة بان المتبع هو انظار اهل العرف في تعيين المفاهيم لا في التطبيق، فهم و ان رأوا حصول المسبب عند وجود امر خاص الا ان امضاء المسبب لا دليل على كونه امضاءاً لنظرهم في التطبيق ايضاً.

ولكن: يمكن دفع الثاني: بان مقتضى اطلاق دليل المسبب الافرادي امضاء كل فرد من افراد المسبب عند العرف، و لازم ذلك امضاء كل سبب يتسبب به اليه و الا كان اطلاق دليل المسبب مقيدا بغير ما حصل من ذلك السبب الذي يشك في امضائه، و لعله الى هذا يرجع ما نقله ﷺ عن التقريرات و ذكرناه بقولنا:و دعوى و عليه فهو حق

ولكن الذي يرد عليه: ما تقدم في أول الكتاب من أنّ ما هو المعروف من كون الانشاء عبارة عن ايجاد امر باللفظ او شبهه مما لا اساس له.

و اجاب المحقق النائيني ﷺ، عن الاشكال بوجه آخر و هو: ان نسبة صيغ العقود الى المعاملات ليست نسبة الاسباب الى المسببات، بل نسبتها اليها نسبة الالة الى ذي الالة، و الارادة متعلقة بنفس المعاملة ابتداءاً بداهة ان الموجد للملكية ليس قول بعت نظير الالقاء الموجد للاحراق، بل الموجد لها ارادة البائع، فاذا لم يكن من قبيل الاسباب و المسببات فليس هناك موجودان خارجيان حتى لا يكون امضاء احدهما امضاءاً للاخر، بل الموجود واحد، غاية الأمر انه باختلاف الالة ينقسم الى اقسام عديدة، فاذا كان المتكلم في مقام البيان و لم يقيده بنوع خاص يستكشف منه عمومه لجميع الانواع.

و فيه: مضافاً الى ضعف المبنى لما اشرنا اليه في اول الكتاب: ان وجود ذي الالة

.....

مغاير مع وجود الالة بالوجدان، و الارادة و ان تعلقت حين البيع بذي الالة ابتداءاً و بالالة تتعلق تبعاً الا انه في مقام الجعل، لابد من لحاظ الالة مستقلا كي يرى صلاحية كل آلة عرفية لذلك او آلة خاصة، و عليه فاذا كان الاطلاق مسوقا لبيان امضاء ذي الالة لا يصح التمسك بالاطلاق لصلاحية كل آلة لذلك الا بالتقريب الذي ذكرناه، فلا فرق بين كونها من قبيل الاسباب والمسببات او الالة و ذي الالة.

و اما المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في موضعين

الأول: في ان الفاظ المعاملات اسام للصحيحة او الأعم.

الثاني: في التمسك باطلاقات ادلة الامضاء.

اماالموضع الأول: فقد يقال ـ كما عن جملة من المحققين منهم المحقق الخراساني ﷺ و المحقق النائيني ـ انها ان كانت موضوعة للمسببات لا مجال للنزاع المذكور، اذ لو كانت اسامي للمسببات لا تتصف الا بالوجود و العدم دون الصحة و الفساد.

ولكن الحق في المقام ان الصحة و الفساد لا يتصف بهما الا الموجود الخارجي، و اتصافه بهما انما يكون بلحاظ انطباقه على ما اخذ طرفا للحكم او الاعتبار الشرعي و عدمه، و عليه فالمسببات ايضاً تتصف بهما و ذلك لان في باب المعاملات كالبيع اموراً اربعة:

احدها: اعتبار المتعاملين الملكية.

ثانيها: اعتبار العقلاء وامضائهم لذلك.

ثالثها: اعتبار الشارع اياها.

رابعها: اظهار ذلك الأمر النفساني بمظهر خارجي.

و لا ريب في انها ان كانت اسامي للمسببات تكون اسامي للاعتبارات

.....

الصادرة من المتعاملين لا الصادرة من العقلاء و الشارع، مثلا البيع اسم لفعل البائع و لا يطلق على الشارع و العقلاء البائع، و حيث ان الشارع المقدس لم يعتبر الملكية في كل مورد اعتبرها المتعاملان بل في بعض مواردها ـ كما اذا كان مظهرا بلفظ او غيره من المظهرات الخارجية و كان المعتبر غير محجور عليه و غير ذلك من الخصوصيات ـ فكل اعتبار خارجي شخصي ان كان منطبقا على ما هو موضوع للاعتبار الشرعي و طرف له فهو صحيح، و الا فهو فاسد.

فالمعاملات وان كانت اسامي للمسببات تتصف بالصحة و الفساد ايضاً، و قد مر ان البيع اسم للمسبب، اي الاعتبار الصادر من البائع.

الظاهر كونه اسما للاعم لا لخصوص الصحيح بالمعنى المتقدم، فان الصحة انما تنتزع عن مطابقة المأتي به لما هو طرف الاعتبار، فهي متأخرة عن الامضاء، فكيف يمكن اخذها في المرتبة السابقة عليه ـ فتدبر ـ

فانه يمكن ان يقال بوضعها للحصص الخاصة الملازمة للامضاء الشرعي، مع ان المعاملات امور عرفية امضاها الشارع الاقدس و ضروري انه لم يتصرف في وضعها و لم يستعملها في غير ما وضعت تلك الالفاظ له في العرف، بل استعملها في معانيها، غاية الأمر اعتبر في امضائها قيودا.

التمسك بالاطلاق

و اما الموضع الثاني: فبناءاً على ما اخترناه من ان البيع مثلا اسم للاعتبار الصادر من المتعاملين و انه لا يعتبر في صدقه شيء آخر، وان دعوى كون باب المعاملات من قبيل ايجاد امر باللفظ و نحوه فاسدة بل هي اعتبارات قائمة بالمتعاملين تظهر باللفظ و غيره

.....

الأظهر جواز التمسك باطلاقات ادلة امضاء كل ما هو مظهر لها، و ذلك لان ادلة امضاء المعاملات مثل قوله تعالى: ﴿احل الله البيع﴾[1] كما ان لكل واحد منها اطلاقا افراديا، و يدل على امضاء كل فرد من افراد البيع مثلا، كذلك له اطلاق احوالي، فمقتضى ﴿أحل الله البيع﴾ امضاء كل فرد من افراد البيع في جميع حالاته، اي سواء ابرز بالعربي أو بالفارسي او بغيرهما، و لازم ذلك امضاء كل مظهر.

و لو تنزلناعن ذلك و سلمنا دخل شيء آخر غير الاعتبار القائم بالمتعاملين في المعاملات، و انه لا تصدق اساميها بمجرد تلك الاعتبارات، فلا يخلو ذلك من امور:

احدها: اعتبار امضاء العرف والعقلاء، بمعنى ان كل معاملة واقعة بين المتعاقدين ممضاة عند العرف فهي بيع او غيره و الا فلا.

ثانيها: اعتبار امضاء الشارع فيها.

ثالثها: اعتبار وجود المصلحة و المناسبة الواقعية، بمعنى ان كل معاملة واقعة عن المصلحة و المناسبة الواقعية فهي بيع او غيره.

رابعها: ان يكون البيع مثلا موضوعا لامر واقعي، و يكون نظر العرف و الشرع طريقا اليه، و عليه يكون النهي تخطأة للعرف في المصداق.

فلو كان المعتبر هو الأمر الأول، لو شك في دخالة شيء في امضاء العرف و العقلاء لما صح التمسك بالاطلاق لنفي اعتباره للشك في صدق الموضوع، و اما لو احرز ذلك و شك في دخالته في الامضاء الشرعي فيتمسك بالاطلاق لنفيه.

و لو كان المعتبر هو الثاني لا يصح التمسك بالاطلاق لنفي اعتبار ما شك في اعتباره لا بالاطلاق اللفظي و لا بالاطلاق المقامي،

اما الأول: فللشك في صدق الموضوع

و اما الثانى فلوجود القدر المتيقن فىالمعاملاتالرائجة عند العرف.

---

١) البقرة ٢٧٥.

الكلام في المعاطاة:

اعم انّ المعاطاة على مافسّره جماعة ان يعطى كلّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر [١] و هو يتصوّر على وجهين:

احدهما: ان يبيح كلّ منهما للآخر التّصرف فيما يعطيه من دون نظر الى تمليكه.

الثاني: ان يتعاطيا على وجه التّمليك، و ربما يذكر و جهان آخران:

و يمكن ان يكون اعتماد الشارع الاقدس عليه.

و لو كان المعتبر هو احد الأخيرين يمكن التمسك بالاطلاق لنفي ما شك في اعتباره شرعا مع احراز عدم دخالته عرفا، بتقريب: ان للشارع جهتين: احداهما كونه مشرعا و جاعلا للاحكام، ثانيتهما: كونه من العرف و العقلاء، بل هو رئيسهم، فاذا قال احل الله البيع و لم يعين البيع الشرعي لا محالة يحمل على ارادة امضاء البيع العرفي، كما هو الشأن في جميع المفاهيم الواقعة في الادلة الشرعية، و عليه فيتمسك بالاطلاق لنفي اعتباره شرعا.

فتحصل مما ذكرناه: انه يصح التمسك بالاطلاق على جميع الوجوه و الاقوال الا بناءاً على كون البيع و كذا غيره من المعاملات موضوعا للصحيح عند الشارع.

بيع المعاطاة

المقصد الثاني في المعاطاة:

[١] قال المصنف ﷺ: اعلم ان المعاطاة على ما فسره جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الاخر

لفظ المعاطاة لم يرد في آية و لا رواية كي ينازع في تعيين مفهومه، بل المراد بها البيع الذي ابرز بغير الصيغ المخصوصة من الافعال المقصود بها ابراز ذلك الاعتبار النفسانى

و فيما ذكره ﷺ في تعريفها مسامحة واضحة، اذ المعاطاة التي وقع النزاع في

احدهما: ان يقع النّقل من غير قصد البيع، و لا تصريح بالاباحة المزبورة بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر اليه.[۱]

والثّانى: ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع و يردّ الأول بـامتناع خلوّ الدّافع [الواقع] عن قصد عنوان من عناوين البيع، او الاباحة او العـارية او الوديعة او القرض او غير ذلك من العنوانات الخاصّة.[۲]

انها بيع صحيح لازم ام لا، لا يكون كلا طرفيها اعطاء الشيء عوضا، بل احدهما اعطاء بعوض، اي احد الشيئين عوض و الاخر معوض.

و محل النزاع هو المعاطاة التي تتخلف عن البيع المنشأ باللفظ المخصوص فـي الصيغة مع اشتمالها على جميع الجهات و الخصوصيات، و عليه فهي لا تتصور الاّ على وجه واحد و هو ما لو قصد بها التمليك.

و اما المعاطاة بالمعنى الاوسع من ذلك فقد ذكروا انها تتصور على وجوه:

احدها: ان يقصد بها التمليك.

ثانيها: ان يقصد بها اباحة التصرفات.

[۱] ثالثها: ما في الجواهر و هو: ان يقع الفعل من المتعاطين من غير قصد البيع و لا تصريح بالاباحة، بل يعطي البقال مثلا شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه اليه.

[۲] واورد عليه المصنف قده: بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عـناوين البيع او الاباحة او غير ذلك من العنوانات الخاصة.

و لكن: الذي يظهر من كلام صاحب الجواهر ﷺ ـ بقرينة قوله في ما بعد ذلك و لعل القائل باشتراط الصيغة في البيع يشرعه ايضاً على جهة الاباحة التي هي كالاصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها محتاج الى قصد آخر بخلافها فانه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق. انتهى

ان مراده ان يقصد التسليط المطلق من دون ان يقصد شيء من الفصول الوجودية، و نتيجة ذلك الاباحة المالكية، حيث انه يكون التسليط المطلق غير المتفصل

والثّاني: بما تقدّم في تعريف البيع من أنّ التّمليك بالعوض على وجه المبادلة هو [۱] مفهوم البيع لاغير. نعم يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود كبيع لبن الشّاة مدّة و غير ذلك كون التّمليك المطلق اعمّ من البيع، ثمّ ان المعروف بين علمائنا في حكمها انّها مفيدة لاباحة التصرف و يحصل الملك بتلف احدى العينين.

و عن المفيد و بعض العامّة القول بكونها لازمة كالبيع و عن العلّامةﷺ في النّهاية احتمال كونها بيعا فاسدا فى عدم افادتها لاباحة التصرف

يفصل وجودي هو الاباحة، لان فصلها امر عدمي و هو عدم قصد شيء من العناوين الخاصة من قبيل قطع اضافة الملك عن نفسه.

ولكن يرد عليه: ان هذا يرجع الى الوجه الأول.

رابعها: ما في الجواهر و هو: ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

[۱] و يرد عليه: ما اورده في المتن من: ان التمليك بالعوض هو حقيقة البيع لا شيء آخر.

خامسها: ما عن المحقق الرشتي ـ و قد ذكره في توجيه الوجه الثالث المحكي عن الجواهر رداً على الشيخ ﷺ ـ قال:

و يمكن دفعه بان النقل في المقام كاللفظ في العقود قد يكون مسلوب المعنى، نعم لابد في الفعل الاختيارى من غرض، فاذا كان هو محض التوصل الى الاخر تم الغرض.

و فيه: ان هذا و ان كان يتصور في اعطاء الظالم لدفع شره، فانه لا مبيح و لا مملك، لكنه لا يتصور في المعاطاة المعاملية.

سادسها: ما افاده بعض المحققين، و هو: ما اختلف فيه العوضان في جهة التمليك و الاباحة بان كانت الاباحة بازاء التمليك.

سابعها: ان يقصد كل منها الاعراض عن ملكه بازاء اعراض صاحبه عن ملكه، و يتملك كل منهما مال الاخر بالحيازة.

فتحصل: ان المعقول منها اربع صور.

و لابدّ اولاً من ملاحظة انّ النّزاع في المعاطاة المقصود بها الاباحة او في المقصود بها التّمليک [۱] الظّاهر من الخاصّة والعامّة هوالمعنى الثّاني، و حيث انّ الحكم بالاباحة بدون الملك قبل التّلف و حصوله بعده لا يجامع ظاهراً قصد التّمليك من المتعاطيين نّزل المحقق الكركيّ الاباحة فى كلامهم على الملك الجائز المتزلزل وانّه يلزم بذهاب احدى العينين و حقّق ذلك فى شرحه على القواعد و تعليقه على الارشاد بما لا مزيد عليه.

---

[۱] قوله و لابد اولا من ملاحظة ان النزاع فى المعاطاة المقصود بها الاباحة او فى المقصود بها التمليک

و قد عرفت ان محل النزاع هو خصوص المعاطاة المقصود بها التمليك، و صاحب الجواهر ايضا لا ينكر ذلك وانما يدعي ان مورد النفي و الاثبات ليس شيئا واحدا بل المعاطاة ـ التي نفوا عنها افادة الملكية ـ هي ما قصد بها التمليك، و المعاطاة التي اثبتوا لها الافادة للاباحة هي ما قصد بها الاباحة.

و بالجملة: نزاع المعاطاة انما هو في المعاملات الرائجة عند العرف التي لا شبهة في ان المقصود بها التمليك، و مورد نزاع الفقهاء ايضاً ذلك، فان كلماتهم كالصريحة في ان مورد النزاع هو ما يكون واجدا لجميع الجهات سوى الصيغة.

و ربما يقال: ان المعاطاة الرائجة بين الناس لا تسبيب فيها الى شيء من الملكية و الاباحة، و ان انزاع المعاطاة بين العامة والخاصة

ان الخاصة يقولون انه يعتبر في انعقاد البيع الايجاب والقبول و لو بالفعل،

و العامة يقولون انه ينعقد بمجرد التعاطي الخالي عن الانشاء، كما انه ينعقد بالانشاء.

اما دعواه ان المعاملة الرائجة هي ما لم يقصد فيها التمليك و نظرها بالتقابض الواقع بعد الصيغة فبينة الفساد، يكذبها الوجدان،

و اما دعوى ان نزاع الخاصة انما هو في ذلك فهي تندفع بملاحظة كلمات القوم.

لكنّ بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ الى جعل محلّ النّزاع هى المعاطاة المقصود بها مجرّد الاباحة [١] و رجّح بقاء الاباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك. و نزّل مورد حكم قدماء الاصحاب بالاباحة على هذا الوجه و طعن على من جعل محلّ النّزاع في المعاطاة، بقصد التّمليك قائلاً انّ القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب الى اصاغر الطلّبة فضلاً عن اعاظم الاصحاب و كبرائهم والانصاف انّ ما ارتكبه المحقّق الثّانى في توجيه الاباحة بالملك المتزلزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الاصحاب مثل الشّيخ في المبسوط والخلاف و الحلىّ في السرائر وابن زهرة في الغنية والحلبى فى الكافي و العلاّمة فى التذكرة و غيرها بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم الملك كما ستعرف الا ان جعل محلّ النّزاع ما اذا قصد الاباحة دون التّمليك ابعد منه بل لا يكاد يوجد في كلام احد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى، و لننقل اوّلاً

بقى الكلام في انه مع ظهور كلمات الاصحاب في ان المعاطاة التي قصد بها التمليك تفيد اباحة جميع التصرفات، لاحظ كلماتهم التي ذكرها المصنف فى المتن و ستمر عليك فانك لا ترتاب في ظهورها في ذلك

افاد المحقق الكركي: ان مراد الأصحاب من الاباحة الملك المتزلزل

[١] وافاد صاحب الجواهر: ان مراد الاصحاب من المعاطاة المبيحة للتصرفات هي ما قصد به الاباحة لا ما قصد به التمليك.

و الظاهر ان الذي اوجب التزامهما بما ذكرناه انه يلزم من التحفظ على ظواهر كلمات الفقهاء من كلتا الجهتين وقوع ما لم يقصد، و عدم وقوع ما قصد،

و بعبارة اخرى: تخلف العقود عن القصود بل قصد قطع اضافة الملكية عن نفسه ينافي بنفسه مع الاباحة المالكية ـ اي اباحة ملكه لغيره ـ و لذا قال صاحب الجواهر ﷺ: ان القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعاظم الاصحاب

ولكن يمكن توجيه كلام المشهور و دفع الاستعاد باحد وجهين نذكرهما بعد نقل كلمات القوم التى ذكرها المصنف ﷺ فى الكتاب.

كلمات جماعة ممّن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه بعد تنزيل الاباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقّق الكركّي وابعديّة جعل محلّ الكلام في كلمات قدمائنا الاعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد اباحة التّصرفات دون التّمليك.

فنقول: و بالله التّوفيق قال في الخلاف: اذا دفع قطعة الى البقلى او الشّارب فقال اعطنى بها بقلاً او ماءً فاعطاه، فانّه لايكون بيعاً و كذلك سائر المحقّرات، و انّما يكون اباحة له فيتصّرف كلّ منهما فيما اخذه تصرّفاً مباحاً من دون ان يكون ملكه، و فائدة ذلك انّ البقلى اذا اراد ان يسترجع البقل أو اراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعته كان لهما ذلك لأنّ الملك لم يحصل لهما، و به قال الشّافعى و قال ابو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وان لم يوجد الايجاب والقبول و قال ذلك في المحقّرات دون غيرها، دليلنا انّ العقد حكم شرعى و لا دلالة في الشّرع على وجوده هنا فيجب ان لا يثبت.

و امّا الاباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها انتهى. و لا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك. و في انّ محل الخلاف بينه و بين ابي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الاباحة المجرّدة كما يظهر ايضاً من بعض كتب الحنيفة حيث انّه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال، قال و ينعقد بالايجاب والقبول و بالتّعاطى و ايضاً فتمسّكه بأنّ العقد حكم شرعى يدّل على عدم انتفاء قصد البيعية والاّ لكان الاولى بل المتعيّن التّعليل به اذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة و عرفاً لا معنى للتّمسك بتوقيفيّة الاسباب الشّرعية كما لا يخفى.

و قال فى السّرائر بعد ذكر اعتبار الايجاب و القبول و اعتبار تقدّم الاوّل على الثّاني ما لفظه فاذا دفع قطعة الى البقلى او الى الشّارب فقال: اعطنى فانّه لا يكون بيعاً و لا عقداً لأن الايجاب و القبول ما حصلا، و كذلك سائر المحقّرات و سائر الاشياء محقّراً كان او غير محقّر من الثّياب و الحيوان او غير ذلك، و انّما يكون اباحة له فيتصرّف كلّ منهما فيما اخذه تصرّفاً مباحاً من غير ان يكون ملكه او دخل في ملكه و لكلّ منهما ان يرجع فيما بذله لأنّ الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك من العقود الفاسدة لانّه لو كان عقداً فاسداً لم يصّح التّصرف فيما صار الى كلّ واحد منهما، و انّما ذلك، على جهة الاباحة انتهى فان تعليله عدم الملك بعدم حصول الايجاب و القبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التّمليك مع

انّ ذكره في حيّز شروط العقد يدّل على ما ذكرنا و لا ينافي ذلك قوله و ليس هذا من العقود الفاسده الخ، كما لا يخفى.

و قال ابن زهرة في الغنية بعد ذكر الايجاب و القبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتّراضي و معلوميّة العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكلّ من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه واعتبرنا حصول الايجاب و القبول تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشترى والايجاب من البائع بأن يقول بعنيه بألف فيقول بعتك بألف فانّه لا ينعقد بذلك بل لابدّ ان يقول المشتري، بعد ذلك اشتريت او قبلت حتّى ينعقد و احترازاً ايضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو ان يدفع الى البقلى قطعة و يقول اعطنى بقلا فيعطيه، فانّ ذلك ليس ببيع. و انّما هو اباحة للتّصرف يدلّ على ما قلناه الاجماع المشار اليه و ايضاً، فما اعتبرناه مجمع على صحّة العقد به و ليس على صحّته بما عداه دليل. و لما ذكرنا [من اعتبار الايجاب و القبول اللّفظيين] نهى ﷺ عن بيع المنابذة والملامسة و عن بيع الحصاة على التّأويل الآخر و معنى ذلك ان يجعل اللّمس بشيء والنّبذله و القاء الحصاة بيعاً موجباً، انتهى. فانّ دلالة هذا الكلام على انّ المفروض قصد المتعاطين التّمليك من وجوه متعدّدة منها ظهور ادلّته الثّلاثة في ذلك، و منها احترازه عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد، و قال في الكافى بعد ذكر انّه يشترط في صحة البيع امور ثمانية ما لفظه و اشترط الايجاب والقبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع الى ان قال: فان اختلّ شرط من هذه لم ينعقد البيع، ولم يستحقّ التّسليم و ان جاز التّصرف مع اخلال بعضها للتّراضى دون عقد البيع و يصّح معه الرّجوع انتهى. و هو في الظّهور قريب من عبارة الغنية.

و قال المحقّق﵀ في الشّرائع و لا يكفى التّقابض من غير لفظ و ان حصل من الامارات ما دلّ على ارادة البيع، انتهى. و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع بل للتّنبيه على انّه لا عبرة بقصد البيع من الفعل، و قال في التّذكرة فى حكم الصّيغة الأشهر عندنا انّه لابّد منها فلا يكفى التّعاطى في الجليل والحقير مثل اعطنى بهذا الدّينار ثوباً فيعطيه ما يرضيه او يقول خذ هذا الثّوب بدينار فيأخذه و به قال الشّافعى مطلقا

لاصالة بقاء الملك و قصور الافعال عن الدّلالة على المقاصد و عن بعض الحنفيّة وابن شريح في الجليل، و قال احمد ينعقد مطلقاً و نحوه قال مالك: فانّه قال: ينعقد بما يعتقده (كذا في التّذكرة) النّاس بيعاً، انتهى. و دلالته على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه ادونها جعل مالك موافقاً لا حمد في الانعقاد من جهة انّه قال ينعقد بما يعتقده النّاس بيعاً و قال الشّهيد في قواعده بعد قوله قد يقوم السّبب الفعلى مقام السّبب القولى و ذكر امثلة لذلك ما لفظه. و امّا المعاطاة في المبايعات فهى تفيد الاباحة لا الملك و ان كان في الحقير عندنا انتهى و دلالتها على قصد المتعاطيين للملك ممّا لا يخفى هذا كلّه مع انّ الواقع في ايدى النّاس هى المعاطاة بقصد التّمليك و يبعد فرض الفقهاء من العامّة والخاصّة الكلام في غير ما هو الشّائع بين النّاس مع انّهم صرّحوا بارادة المعاملة المتعارفة بين النّاس. ثمّ انّك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدّمة في عدم حصول الملك بل صراحة بعضها فالخلاف والسرائر و التّذكرة و القواعد و مع ذلك كلّه فقد قال المحقّق الثّانى في جامع المقاصد انّهم ارادوا بالاباحة الملك المتزلزل فقال المعروف بين الاصحاب انّ المعاطاة بيع و ان لم يكن كالعقد فى اللّزوم خلافاً لظاهر عبارة المفيد و لا يقول احد من الاصحاب بانّها بيع فاسد سوى المصنّف في النهاية. و قد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها و قوله تعالى: ﴿احَلَّ الله البَيْعَ﴾ يتناولها لانّها بيع، بالاتفاق حتّى من القائلين بفسادها لانّهم يقولون هى بيع فاسد.

و قوله تعالى: ﴿إلاّ اَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُم﴾ فانّه عامّ الاّ ما اخرجه الدّليل و ما يوجد في عبارة جمع من متأخّرى الاصحاب من انّها تفيد الاباحة و تلزم بذهاب احدى العينين يريدون به عدم اللّزوم في اوّل الامر و بالذّهاب يتحقّق اللّزوم لا متناع ارادة الاباحة المجرّدة من اصل الملك اذ المقصود للمتعاطين انّما هو الملك، فاذا لم يحصل كانت فاسدة، و لم يجز التّصرف في العين و كافّة الاصحاب على خلافه و ايضاً فانّ الاباحة المحضة لا تقتضى الملك اصلاً و رأساً فكيف يتحقّق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده، و انّما الافعال لمّا لم يكن دلالتها على المراد في الصّراحة كالأقوال و انّما تدلّ بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التّرادّ مادام ممكناً فمع تلف احدى العينين يمتنع التّراد و يتحقّق اللّزوم

لأنّ احداهما في مقابل الآخر و يكفى تلف بعض احدى العينين لامتناع التّراد في الباقى اذ هو موجب لتبعّض الصّفقة والضّرر، انتهى. و نحوه المحكّى عنه في تعليقه على القواعد و زاد فيه انّ مقصود المتعاطين اباحة مترتّبة على ملك الرّقبة كسائر البيوع فان حصل مقصودهما ثبت ما قلنا و الاّ لوجب ان لا تحصل اباحة بالكلّية بل يتعيّن الحكم بالفساد، اذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد و هو باطل و عليه يتفرّع النماء و جواز و طي الجارية و من منع فقد اغرب انتهى والّذى يقوى في النّفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و انّهم يحكمون بالاباحة المجرّدة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التّمليك و ان الاباحة لم تحصل بانشائها ابتداء بل انّما حصلت كما اعترف به في المسالك من استلزام اعطاء كلّ منهما سلعته مسلّطاً عليها الأذن في التّصرف فيه بوجوه التّصرفات فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقّق المتقدّم في عبارته المتقدمّة.

و حاصله انّ المقصود هوالملك فاذا لم يحصل فلا منشأ لاباحة التّصرف اذ الاباحة ان كانت من المالك فالمفروض انّه لم يصدر منه الا التّمليك و ان كانت من الشّارع فليس عليها دليل و لم يشعر كلامهم بالاستناد الى نصّ في ذلك مع ان الغاءالشّارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيد جدّاً مع انّ التأمّل في كلامهم يعطى ارادة الاباحة المالكية لا الشّرعية و يؤيّد ارادة الملك انّ ظاهر اطلاقهم اباحة التّصرف شمولها للتّصرفات الّتى لا تصّح الاّ من المالك كالوطي والعتق و البيع لنفسه والتزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التّصرفات، كما اذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار او من الواهب الذى يجوز له الرّجوع بعيد. و سيجيء ماذكره بعض الاساطين من انّ هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، لكّن الانصاف انّ القول بالتزامها لهذه الأمور اهون من توجيه كلماتهم، فانّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها اذا اقتضى الاصل عدم الملكية و لم يساعد عليها دليل معتبر واقتضى الدّليل صحة التّصرفات المذكورة مع انّ المحكىّ عن حواشى الشّهيد على القواعد المنع عمّا يتوقّف على الملك كاخراجه في خمس او زكاة و كوطي الجارية، و ممّا يشهد على نفى البعد عمّا ذكرنا من ارادتهم الاباحة المجرّدة مع قصد المتعاطيين التّمليك انّه قد صرّح الشّيخ في المبسوط و الحلّى في السّرائر كظاهر العلاّمة في القواعد بعدم حصول الملك

باهداء الهدّية بدون الايجاب و القبول ولو من الرّسول. نعم يفيد ذلك اباحة التّصرف لكنّ الشّيخ استثنى و طي الجارية. ثمّ انّ المعروف بين المتأخرين انّ من قال بالاباحة المجرّدة في المعاطاة قال: بأنّها ليست بيعاً حقيقةً كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة ومعقد اجماع الغنية و ما ابعد ما بينه و بين توجيه المحقّق الثّاني من ارادة نفى اللّزوم و كلاهما خلاف الظّاهر و يدفع الثّاني تصريح بعضهم بأنّ شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار فكلّ بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات و تصريح غير واحد بأنّ الايجاب والقبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصّيغة.

و امّا الأول فان قلنا بأن البيع عند المتشرّعة حقيقة في الصّحيح و لو بناء على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع، من انّ البيع في العرف اسم للمؤثّر منه في النّقل. فان كان في نظر الشّارع او المتشرّعة من حيث انّهم متشرّعة و متدّينون بالشّرع صحيحاً مؤثراً فى الانتقال كان بيعاً حقيقيّاً، والاّ كان صوريّاً نظير بيع الهاذل في نظر العرف فيصّح على ذلك نفى البيعية على وجه الحقيقة في كلام كلّ من اعتبر في صحته الصّيغة او فسّره بالعقد لانّهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثّر في النّقل في نظر الشّارع اذا عرفت ما ذكرنا

و بعد ملاحظة كلمات القوم يمكن توجيه كلام المشهور و دفع الاستبعاد باحد وجهين

احدهما: ما افاده المحقق الخراساني ﷺ و هو: ان الأصحاب ملتزمون بالاباحة قبل التصرف المتوقف على الملك و قبل التلف ـ و الملكية بعد احدهما ـ و عليه فهم ملتزمون بافادة المعاطاة المقصود بها الملكية الملكية غاية الأمر مشروطة بالتصرف او التلف و يكون المقام نظير توقف الملكية في باب الصرف على القبض، و انما يباح التصرف قبل حصول الملكية للسيرة، و على ذلك فلا يلزم تخلف العقود عن القصود، فان ما قصده المتعاملان يقع، و الاباحة ليست من مقتضيات العقد، بل مقتضاه الملكية، و انما يباح التصرف للسيرة.

ثانيهما: ان عدم تخلف العقود عن القصود ليس امراً لا يقبل التخصيص، فاذا حكم الشارع الأقدس بان ما قصده المتعاملان ـ و هي الملكية ـ لا يقع لبطلان هذا البيع

.....

و انما يباح التصرفات تعبداً لا محذور فيه

و بعبارة اخرى: ان ما التزم به القوم هي الاباحة الشرعية لا الاباحة المالكية، و باب هذه الاباحة باب ترتب الحكم على موضوعه لا ترتب الامر التسبيبي على سببه.

و ربما يوجه كلام المشهور بوجهين آخرين

احدهما: ما افاده المحقق النائيني ﷺ، و هو: ان عدم ترتب الملكية على المعاطاة المقصود بها التمليك انما هو لا جل ان الفعل لا يكون بالحمل الشائع الصناعي مصداقاً للبيع، فقصده وايجاد ما هو غير مصداقه لا يفيد الملك (و سيأتي توضيح ذلك عند ذكر الادلة على الأقوال).

و اما ترتب الاباحة عليه مع عدم قصدها فلأن الاباحة المالكية ليست الا التسليط الخارجي و ادخال المالك العين تحت استيلاء الغير، والفعل بنفسه مصداق للتسليط الخارجي و لا يعتبر فيه قصدها، و لا يضر قصد خلافها، كما هو الشأن في جميع العناوين الثانوية المترتبة على الفعل قهراً كالايلام المترتب على الضرب، فانه يترتب عليه و ان قصد به خلاف الايلام.

و يرد على هذا ما ذكره هو قده من: ان لازم ذلك هو الالتزام باباحة التصرفات في المقبوض بالعقد الفاسد، مع ان عدم جواز التصرف فيه اجماعي،

مضافاً الى ان الاباحة المالكية انما هي من الامور التي يتوقف تحققها على القصد، و لا تحصل بدونه، والفعل الخارجي انما يكون مشتركا بينها و بين التمليك والقرض والعارية و نحو ذلك، و يتميز كل عن غيره بالقصد.

و الانصاف ان هذا التوجيه ابعد من أصل المطلب.

ثانيهما: انه للملك مراتب: ملك العين، ملك المنفعة، ملك الانتفاع، و الاخير مساوق للاباحة، فبناء المشهور على افادة المعاطاة المقصود بها الملكية للاباحة التزام بوقوع بعض ما قصد، و هذا غير وقوع ما لم يقصد، و لا محذور في ذلك.

فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم [١] ستة اللّزوم مطلقاً كما هو ظاهر عن المفيد[٢] و يكفى في وجود القائل به قول العلاّمة﵀ في التّذكرة الأشهر عندنا انّه لابدّ من الصّيغة و اللّزوم بشرط كون الدّال على التّراضى أو المعاملة لفظاً حكى عن بعض معاصرى الشّهيد الثّانى [هو السيد حسن (قده)] و بعض متأخّرى المحدّثين (لكن في عد هذه الأقوال في المعاطاة تأمل)

و فيه: ان الاباحة ليست عبارة عن ملك الانتفاع، بل ملك الانتفاع ليس له معنى معقول، و انما يكون جواز الانتفاع من آثار ملك المنفعة او اباحة المالك، مع ان البيع ليس الا تمليكا للعين والمنفعة و ليس هو تمليكا للانتفاع، بل ملكية الانتفاع ـ على فرض معقوليتها ـ تابعة لملك المنفعة، فالصحيح ما ذكرناه.

ولكن مع ذلك كله يرد على المشهور امران:

الأول: ما افاده الشيخ الكبير﵀ و هو: ان الاصحاب لم يفرقوا بين التصرفات المتوقفة على الملك، والتصرفات غير المتوقفة عليه، و حكموا باباحة جميعها، والالتزام بهذا مع القول بعدم الملك بعيد، وسيأتي تمام الكلام فيه عند نقل المصنف﵀ كلامه.

الثاني: انهم ملتزمون باباحة التصرفات المتوقفة على الملك من أول تحقق المعاطاة، وجوازها متوقف على الملك بنحو الجواز المشروط، وعليه فلا يجتمع ذلك مع القول بعدم حصول الملكية.

ثم مع الاغماض عن ذلك كله لابد في اثبات هذه الدعوى من اقامة الدليل عليه في مقام الاثبات و ستعرف عدم الدليل عليه.

الاقوال في المعاطاة

[١] اذا عرفت ما ذكرناه فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم سبعة

[٢] احدها افادتها الملك اللازم، و هو المحكي عن المفيد و مال اليه في محكي المسالك، و في محكي شرح الارشاد و اختاره المحدث الكاشاني و جمع من محققي متأخري الأصحاب.

والملك الغير اللازم ذهب اليه المحقّق الثّاني [١] و نسبه الى كلّ من قال بالاباحة و في النّسبة ما عرفت و عدم الملك مع اباحة جميع التّصرفات حتّى المتوقّفة على الملك كما هو ظاهر عبائر كثير بل ذكر فى المسالك أنّ كلّ من قال بالاباحة يسوّغ جميع التّصرفات واباحة ما لا يتوقّف على الملك. و هو الظّاهر من الكلام المتقدّم عن حواشى الشّهيد على القواعد و هو المناسب لما حكيناه عن الشّيخ في اهداء الجارية من دون ايجاب و قبول. و القول بعدم اباحة التّصرف مطلقاً نسب الى ظاهر النّهاية. لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة بل لم نجد قائلاً به الى زمان المحقّق الثّانى الّذى قال بـه، و لم يقتصر على ذلك حتّى نسبه الى الاصحاب، نعم ربّما يوهمه ظاهر عبارة التّحرير حيث قال فيه الأقوى انّ المعاطاة غير لازمة بل لكلّ منهما فسخ المعاوضة مـا دامت العين باقية، فان تلفت لزمت، انتهى. و لذا نسب ذلك اليه في المسالك لكن قوله بعد ذلك و لا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر في أنّ مراده مجرّد الانتفاع اذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك.

وامّا قوله و الاقوى الى آخره فهو اشارة الى خـلاف المـفيدﷺ و العـامّة القائلين باللّزوم واطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان واطـلاق الفسخ على الرّد بهذا الاعتبار ايضاً، و كذا اللّزوم و يؤيّد ما ذكرنا بل يدلّ عليه أنّ الظّاهر من عبارة التّحرير في باب الهبة توقّفها على الايجاب والقبول، ثمّ قال: و هل يستغنى عن الايجاب والقبول في هديّة الاطعمة الاقرب عدمه، نـعم يـباح التّصرف بشاهد الحال، انتهى. و صرّح بذلك ايضاً في الهدية فاذا لم يقل في الهبة بصحة المعاطاة فكيف يقول بها في البيع،

---

[١] ثانيها ـ انها تفيد الملك غير اللازم، اختاره المحقق الكركي، قال: المعروف بين الأصحاب انها ـ اي المعاطاة ـ بيع و ان لم تكن كالعقد في اللزوم خلافا لظاهر المفيد، و لا يقول احد من الأصحاب بانها بيع فاسد سوى العلامة ﷺ في النهاية، و قد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنه.

ثالثها ـ انها تفيد الملكية اللازمة بشرط كون الدال على التراضي او المعاملة لفظا،

و ذهب جماعة تبعاً للمحقّق الثّانى الى حصول الملك و لا يخلو عن قوّة للسّيرة المستمرّة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التّصرف فيه [١] بالعتق و البيع والوطي و الايصاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك.

حكى ذلك عن بعض معاصري الشهيد الثاني و بعض متاخري المحدثين، و لعل المراد اعتبار ان يكون هناك لفظ دال على المساومة و ان كان الانشاء بالمعاطاة.

و عليه فلا يرد عليه ما عن المصنف ﷺ في الحاشية: لكن في عد هذا من الأقوال في المعاطاة تأملاً، فان هذا يصح اذا كان مرادهما انشاء البيع باللفظ، فانه حينئذٍ يخرج عن المعاطاة، غايته انه لا يعتبر لفظ مخصوص. و لا يتم على ما ذكرناه.

رابعها ـ انها تفيد اباحة التصرفات غير المتوقفة على الملك، و هو الظاهر من حواشي الشهيد على القواعد.

سادسها ـ انها لا تفيد الاباحة أيضاً، ذهب اليه الشيخ في النهاية و ان رجع عنه.

سابعها ـ انها معاملة مستقلة تفيد الملكية، اختاره الشيخ الكبير.

هذه هي الأقوال في المسألة

دليل المختار في المعاطاة

و الأظهر انها تفيد الملك و اللزوم، فلابد من البحث في موردين لاثبات المدعى:

الأول: في انها تفيد الملك، او الا باحة، ام لا تفيد شيئاً منهما.

الثاني: في انها هل تفيد اللزوم ام لا.

اما المورد الأول: فالكلام فيه يقع اولا:

فيما استدل به او يمكن الاستدلال به على المدعى.

ثم فيما استدل به على عدم افادتها الملكية.

اما الأول: فقد استدل له بوجوه:

[١] الأول: السيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطء و الايصاء والتوريث و غير ذلك من آثار الملك.

.....

واورد المصنف عليه بما اورد ﷺ على الاستدلال بالاية و سياتى بعد صفحات و هو: ان غاية ما ثبت بالسيرة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك، و ثبوت الملكية من اول الأمر باباحتها متوقف على ثبوت الملازمة عقلا او شرعا، و لم يثبت شيء منهما،

اما الملازمة الشرعية فلأن المشهور قائلون باباحة جميع التصرفات و لا يقولون بالملك من الأول،

و اما الملازمة العقلية فلأن القدر اللازم بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك و لو آناً ما لا من الأول.

ثم قال: اما السيرة على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالات في الدين مما لا يحصى في عباداتهم معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.

و يرد عليه قده امور:

الأول: انه ما الفرق بين السيرة على التوريث و السيرة على جواز التصرفات، حيث لم يناقش في الثانية و ناقش فى الأولى، فان تطرق هذا الاحتمال في الأولى تطرق في الثانية طابق النعل بالنعل.

الثاني: ان السيرة قائمة على الفرض على التصرفات المتوقفة على الملك، و لازم ذلك ثبوت الملكية من الأول، فان اباحة التصرفات لا تدور مدار فعلية التصرفات، بل هي تثبت من اول الأمر، و عليه فان ثبتت الملكية من الأول ثبت المطلوب، و الا فقد ابيح تلك التصرفات لغير المالك، و هو مناف لادلة توقفها على الملك.

و بعبارة اخرى: هذه الاباحة مع انها اباحة مشروطة بالملك تكون ثابتة من الأول فلا يعقل الالتزام بعدم الملك.

الثالث: انه يمكن الالتزام بحدوث الملكية آناً ما في التوريث قبل الموت ان امكن الالتزام به في سائر ما يتوقف على الملك، فلم يظهر وجه تفرقته بينهما.

و الحق ان يورد على هذا الوجه: بان السيرة في هذه الازمنة وان ثبتت الا ان اتصالها الى زمان المعصوم غير ثابت، اذ لعل هذه نشأت عن افتاء المراجع بالملكية او

.....

اباحة التصرفات، الا ترى ان جواز الصلاة في اللباس المشكوك فيه مما افتى به اكثر المتأخرين، فاذا فرضنا افتاء الجميع به في بعض الاعصار يكون عمل الناس جميعا عليه، فيتوهم ثبوت السيرة، مع ان عدم الجواز في القديم كان كالمجمع عليه.

الثاني: سيرة العرف و العقلاء في كل ملة و نحلة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية، و حيث لم يردع عنها الشارع الاقدس فيستكشف امضائه لها، و لا يتوهم ان ادلة توقف البيع و العتق و الوطء على الملك رادعة، فان السيرة ليست على جواز تلك التصرفات لغير المالك، بل على المعاملة مع المأخوذ بها معاملة الملك و

ربما يقال: انه يكفي في الرادعية ادلة الاستصحاب، فان مقتضاها الحكم ببقاء الملكية ما لم يعلم زوالها، و لا دليل على زوالها فيجب الحكم ببقائها، فتكون تلك الادلة رادعةعن ثبوت الملك بالمعاطاة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

واجيب عنه: بان رادعية تلك الادلة غير معقولة لا ستلزامها الدور، اذ رادعية الادلة عن السيرة متوقفة على عدم حجيتها، و الا فلا محالة تكون مخصصة لها، و عدم حجيتها متوقف على رادعيتها، و هذا دور واضح.

واورد عليه: بان اثبات حجيةالسيرة أيضاً دوري، اذ هي متوقفة على عدم الردع عنها ولو بالعموم، و عدم الردع في المقام يتوقف على حجيتها.

و رد ذلك: بان في حجية السيرة لا نحتاج الى اثبات عدم الردع، بل يكفي فيها عدم ثبوت الردع.

ولكن يرد عليه: ان في حجية العمومات و صلوحها للرادعية ايضاً يكفي عدم ثبوت التخصيص، اذ الدليل العام حجة ما لم يثبت خلافه.

والحق في الجواب عن اصل الاشكال ـ اي عن رادعية ادلة الاستصحاب ـ

و يدّل عليه ايضاً عموم قوله تعالى: ﴿و احل الله البيع﴾ حيث انّه يدلّ على حـلّية جميع التّصرفات المترتّبة على البيع [١] بل قد يقال بأنّ الآية دالّة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع لا مجرّد الحكم التّكليفى لكنّه محلّ تأمّل [٢].

ان يقال: ان عمل العقلاء و معاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية انـما يكون لبنائهم عليها و جزمهم بها، و ليسوا شاكين في ذلك، و عليه فلا يعقل رادعية ادلة الاستصحاب المتضمنة لبيان حكم الشك من دون تعرض للموضوع كماهو الشأن فـي جميع الادلة المتضمنة لبيان الأحكام، فان بناء العقلاء متكفل لعقد الوضع، و تلك الادلة متكفلة لعقد الحمل، فلا يتواردان على محل واحد كي تصلح العمومات للرادعية.

[١] الثالث: قوله تعالى ﴿احل الله البيع﴾[1]

و الاستدلال به يتوقف على اثبات دلالة الاية على حصول الملكية بالبيع. و اثبات صدق البيع عليها

فالكلام يقع فى موضعين

الاول في اثبات دلالة الاية على افادة البيع الملكية.

و محصل الكلام فيه: ان محتملات الحل ثلاثة: الحل الوضعي اي الصحة و النفوذ، و التكليفي اي الجواز والرخصة، والاعم منهما، و لعل الجامع بينهما هو جعله مـرخـي العنان في مقابل المنع و التقييد.

اما على الأول: فالاية تدل على امضاء البيع مطابقة، و هذا الوجه هو الذي اراده المصنف بقوله

[٢] بل قد يقال بان الاية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكـم التكليفي، لكنه محل تأمل.

والظاهر ان منشأ تامله هو ظهور الحل في الحلية التكليفية المؤكد هـذا الظـهور بمقابلة ﴿و حرم الربا﴾.

ولكن يرد عليه، انه من جهة استناده الى نفس البيع ظاهر في ارادة الوضعي منه، و هكذا فى الحرمة المنسوبة الى الربا.

---

١) البقرة: ٢٧٥.

.....

و اما على الثاني: اي ارادة الحلية التكليفية من احل، فحيث انه لا موهم لحرمة البيع لا بما هو فعل و لا بما هو تسبيب للملك، فلابد من تقدير التصرفات، و عليه فيمكن استفادة مملكية البيع من الاية بوجوه:

احدها، الملازمة العرفية بين حلية جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، و بين الملكية كما تقدم.

ثانيها: ان جواز التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع و الوطء و نحوهما، من آثار الملكية، فاذا دلت الاية على جوازها دلت على الملكية بالملازمة العقلية،

و هذا الوجه هو الوجه الأول في كلامه، و مورد نقضه و ابرامه و تامل فيه بما ذكرناه في السيرة مع الجواب عنه فراجع.

ثالثها: ان الاية الشريفة و ان دلت على اباحة التصرفات الا انها لا تدل على حليّة مجرد التصرفات المتوقفة على الملك، بل على حليّة التصرفات المترتبة على البيع، و مرجع ذلك الى حليّة الاكل عن هذا السبب، و لازم ذلك عرفاً ثبوت الملكية، كما ان اللازم العرفي لما تضمن حرمة الاكل عن سبب عدم الملكية كقوله﵇ ثمن العذرة سحت.

و هذا الوجه هو الذي ركن اليه في آخر الامر.

و بما ذكرناه ظهر ان ما اورده المحقق الايراوني ﵀ عليه من ان المصنف ﵀ التجأ الى اختيار ماجعله محل التأمل، غير نام، فان ما اختاره غير ما تأمل فيه.

و اما على الثالث: فحيث ان احل انتسب الى البيع و لا معنى لحليته التكليفية و التقدير خلاف الأصل، فلا محالة يراد به حينئذٍ الحلية الوضعية، و عليه فتدل الاية بالمطابقة على صحة البيع و مملكيته.

فتحصل: ان الاية على جميع التقادير تدل على صحة البيع و مملكيته، و مقتضى اطلاقها الاحوالي ـ بالتقريب الذي ذكرناه قبل الشروع في مبحث المعاطاة ـ هو امضاء

و امّا منع صدق البيع، عليه عرفاً فمكا برة [١] وامّا دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً كابن زهرة في الغنية [٢] فمرادهم بالبيع، المعاملة اللّازمة الّتى هى احد العقود، و لذا صرّح في الغنية بكون الايجاب و القبول من شرائط صحّة البيع [٣] و دعوى انّ البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها.

كل بيع و عدم اعتبار شيء مما شك في اعتباره في اظهاره و ابرازه، ففي المقام يشك في اعتبار اللفظ فيه فيتمسك باطلاقها و يحكم بعدم اعتباره و تحققه بالاظهار بالفعل

[١] الموضع الثاني: في انه هل يصدق عليها البيع ام لا؟ ربما يقال بالعدم، لان العناوين المنشأة بالقول او الفعل لابد وان يكون القول او الفعل مصداقاً لذلك العنوان بالحمل الشائع الصناعي، و الا لا يتحقق ذلك العنوان و ان قصد تحققه، فلو مشى بقصد انشاء البيع لما تحقق، والتعاطي الخارجي حيث لا يكون بالحمل الشائع مصداقاً للبيع الذي هو عبارة عن تبديل احد طرفي الاضافة بمثله، فقصده و ايجاد ما هو غير مصداقه لا يوجب تحقق عنوان البيع.

و فيه أنّ القول او الفعل ليس مصداقاً للبيع في شيء من الموارد بناءاً على كونه موضوعاً للمسبب، اي اعتبار المتبايعين، نعم لا كلام في ان نفس ذلك الاعتبار النفساني ما لم يبرز باللفظ او الفعل لا يكون ممضا عند العقلاءوالشارع، وابرازه لابد وان يكون بما يكون مبرزا له عند العقلاء، و حيث عرفت ان حقيقة البيع هو اعطاء شيء بازاء شي و هذا المعنى عند العرف يبرز باعطاء شيء خارجاً و اخذ ما بازائه، فلا اشكال، و ان شئت ان تعبر مسامحة بان الفعل الخارجي مصداق لهذا العنوان على هذا المبنى فلا مشاحة

[٢] و اما دعوى الغنية الاجماع على عدم كونها بيعا فمراده نفي اللزوم او الصحة لا الحقيقة.

[٣] قوله و لذا صرح فى الغنية بكون الايجاب و القبول من شرايط صحة البيع

الظاهر ان مراده الاستشهاد بكلامه حيث جعل الايجاب والقبول من شرائط الصحة لا اصل التحقق ـ على ان المعاطاة عنده بيع ـ فيكون المراد من قولهم المعاطاة ليست بيعا

و ممّا ذكر يظهر وجه التّمسك بقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ [١]

و امّا قوله ﴿النّاس مُسَلَّطُونَ على أَمْوالِهم﴾ [٢] فلا دلالة فيه على المدّعى لأنّ عمومه باعتبار انواع السّلطنة [٣] فهو انّما يجدى فيما اذا شكّ في انّ هذا النّوع من السّلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعاً في حقّه ام لا. امّا اذا قطعنا بأنّ سلطنة خاصّة كتمليك ماله للغير نافذة فى حقه ماضية شرعا

انها ليست بيعا صحيحا او لازما ـ وعليه ـ فلا يرد على المصنف انه يفيد عكس المدعى كما افاده السيد ﷺ

ثم انه قده و جه كلام المصنف ﷺ بما هو خلاف الظاهر جدا

[١] الرابع: قوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض﴾.[١]

و تقريب الاستدلال به: انه بعد ما لا ريب في ان المراد من الأكل هو معناه الكنائي ـ لامعناه الموضوع له و هو واضح ـ يكون المراد بالاكل احد معنيين:

الأول: كونه كناية عن مطلق التصرفات حتى المتوقفة على الملك

و عليه فتجري في هذه الاية الوجوه الثلاثة التي ذكرناها لدلالة الاية المتقدمة على صحة المعاطاة لو اريد باحل الحلية التكليفية، فلا نعيد.

الثاني: جعل الاكل كناية عن التملك،

و عليه فهي بالمطابقة تدل على صحة المعاطاة و كونها موجبة للملكية، و دعوى عدم كونها تجارة عن تراض مكابرة واضحة.

[٢] الخامس: النبوي: الناس مسلطون على اموالهم.[٢]

تقريب الاستدلال به: انه يدل على ان الناس مسلطون على أموالهم بجميع انحاء التصرفات و من جملتها البيع المعاطاتي.

واورد عليه بايرادات:

[٣] الأول: ما في المتن و هو: ان عمومه انما هو باعتبار ـ انواع السلطنة

---

١) النساء آية ٢٩.

٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

لكن شكّ في انّ هذا التّمليك الخاص هل يحصل بمجرّد التّعاطي مع القصد ام لابّد من القول الدّال عليه فلا يجوز الاستدلال على سببيّة المعاطاة في الشّريعة للتّمليك بعموم تسلّط النّاس على اموالهم.

فلو احرز ثبوت سلطنة خاصة له كتمليك ماله غيره، و شك في انه هل يحصل بمجرد التعاطي ام، لابد من القول الدال عليه، فلا يجوز التمسك به على مملكية المعاطاة.

ان كان مراده قده انه في مقام اثبات مشروعية كل نوع في الجملة و ليس له اطلاق افرادي،

فيرد عليه: ان له اطلاقاً افراديا، و يدل على ثبوت السلطنة على كل تصرف من التصرفات، و لذا لو شك في ان فرداً خاصا من نوع من التصرف كالأكل هل يكون جائزاً ام لا يتمسك به،

والسر فيه ان السلطنة هي القدرة، و من المعلوم انها لا تتعلق بالمال بل بالتصرف فيه و حذف المتعلق يفيد العموم، فمعنى النبوي: ان الناس قادرون على كل تصرف في اموالهم، والاختصاص بنوع منه بلا وجه.

و ان كان مراده انه في مقام امضاء المسببات لا الاسباب،

فيرد عليه: ان هذا اشكال اورد على الاستدلال بآية الحل ايضاً بناءاً على كون الفاظ المعاملات اسامي للمسببات لا الاسباب، و قد تقدم الجواب عنه.

الثاني: ما عن المحقق الخراساني ﷺ و هو: ان المستفاد منه كونه في مقام بيان عدم محجورية المالك لا في مقام تشريع السلطنة بانحائها.

و فيه: ان حمل السلطنة ـ التي هي القدرة على التصرفات مطلقاً ـ على ارادة عدم المحجورية ـ اي عدم المانع من التصرف ـ خلاف الظاهر.

الثالث: ماافاده جمع من المحققين، و هو: ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت

.....

السلطنة في موضوع المال، و لا يدل على السلطنة على اذهاب هذا الموضوع و ازالة السلطان.

و فيه: انه ان اريد بذلك انه يدل على ثبوت السلطنة على المال لا على رفع هذه السلطنة،

فيرد عليه: ان هذا يتم في الاعراض، و لا يتم في البيع الذي حقيقته اعطاء المال للغير، و لازمه رفع السلطنة عن نفسه،

وان اريد به ان الظاهر من الحديث التسلط على التصرفات في موضوع المال.

و بعبارة اخرى: مع اضافة المال اليه، و اخراج المال عن الملك ليس منها كما هو واضح،

فيرد عليه: ان الظاهر من الحديث ثبوت السلطنة مع انحفاظ الاضافة حال السلطنة لا حال التصرف كما لا يخفى.

فالحق ان شيئا مما اورد على الاستدلال بالنبوي ليس بوارد.

و ربما يستدل لمملكية المعاطاة بالاية الشريفة ﴿اوفوا بالعقود﴾[1] و سيأتي تنقيح القول فيها عند ذكر ادلة اللزوم فانتظر.

و قد ظهر مما ذكرناه مدارك سائر الاقوال،

اذ من يقول بانها مفيدة للملك لكنها ليست بيعا يستند في عدم كونها بيعا الى ما تقدم في آية حل البيع، و فى كونها معاملة مستقلة ممضاة الى عموم آية التجارة عن تراض.

و اما من يقول باباحة التصرفات دون الملك فقد استند في الاباحة الى ما تقدم من السيرة، والاية، و الى عدم كونها مفيدة للملك بما سيمر عليك.

واما من يقول بانها لا تفيد الملكية و لا الاباحة فقد استند الى ان الايات انما هي في مقام امضاء المسببات، فلا نظر لها الى الاسباب، والسيرة اما غير ثابتة على الاباحة او غير مفيدة.

---

١) المائدة آية ٢.

و منه يظهر ايضاً عدم جواز التّمسك به لما سيجيء من شروط الصّيغة، و كيف كان ففي الآيتين مع السّيرة كفاية، اللّهم الاّ يقال انهما لا تدلاّن على الملك، [۱] و انّما تدلاّن على اباحة جميع التّصرفات حتّى المتوقّفة على الملك كالبيع والوطي والعتق و الايصاء واباحة هذه التّصرفات انّما تستلزم الملك بالملازمة الشّرعية الحاصلة في سائر المقامات من الاجماع و عدم القول بالانفكاك دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم حيث اطلق القائلون بعدم الملك اباحة التّصرفات، و صرّح في المسالك بأن من اجاز المعاطاة سوّغ جميع التّصرفات غاية الامر انّه لابدّ من التزامهم بأنّ التّصرف المتوقّف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه انامّا فانّ الجمع بين اباحة هذه التّصرفات و بين توقّفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار و لا يتوقّف على الالتزام بالملك من اوّل الأمر ليقال انّ مرجع هذه الاباحة ايضاً الى التّمليك. و امّا ثبوت السّيرة واستمراها على التّوريث فهى كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلّة المبالاة في الدّين ممّا لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم [۲] كما لا يخفى

---

[۱] قوله اللهم الا ان يقال انهما لا تدلان على الملك

ضمير التثنية ترجع الى الآيتين التين مفاد هما شيء واحد، والسيرة و حاصل، ما يفيد و ان اشرنا اليه سابقا ان غاية ما يدل عليه هذه الادلة جواز التصرفات حتى المتوقفه على الملك

واستلزام ذلك لثبوت الملكية من اول الامر و عدم سلائمته مع الملكية قبل التصرف المذكور،

يتوقف على ثبوت الملازمة عقلا او شرعا، و لم يثبت تلك

اما الملازمة الشرعية فلعدم الدليل عليها بل المشهور قائلون باباحة جميع التصرفات ولا يقولون بالملك من الاول

واما الملا زمة العقلية فلان القدر اللازم بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك و لو آناً

[۲] و اما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث فهى كساير سيراتهم الناشئة عن المسامحة

و قد مر الكلام على ما افيد عند ذكر الادلة على افادة الملكية للمعاطاة واجبنا عن ذلك باجوبة ثلاثة فراجع.

و دعوى انّه لم يعلم من القائل بالاباحة جواز مثل هذه التّصرفات المتوقّفة على الملك [۱] كما يظهر من المحكيّ عن حواشي الشّهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزّكاه و ثمن الهدى و عدم جواز وطي الجارية المأخوذة بها. و قد صرّح الشّيخ﵀ بالاخير في معاطاة الهدايا فيتوجّه التّمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك مدفوعة بأنّه و ان لم يثبت ذلك الاّ انّه لم يثبت انّ كل من قال باباحة جميع هذه التّصرفات قال: بالملك من اول الأمر فيجوز للفقيه حينئذ التزام اباحة جميع التّصرفات مع التزام حصول الملك عند التّصرف المتوقّف على الملك لا من اوّل الأمر فالأولى حينئذ التّمسك في المطلب بأنّ المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحّته شرعاً [۲] هذا مع امكان اثبات صحّة المعاطاة في الهبة و الاجارة ببعض اطلاقاتها و تتميمه في البيع بالاجماع المركب هذا مع انّ ما ذكر من انّ للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لابليق با لمتفقه فضلاعن الفقيه.

---

[۱] قوله و دعوى انه لم يعلم من القائل بالاباحة جواز مثل هذه التصرفات

حاصل هذه الدعوى ان انكار الملازمة الشرعية بين اباحة جميع التصرفات والملكية الثابتة بالاجماع و غيره فى المقام يبتنى على اختيار المشهور فى المقام اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك و هذا غير ثابت فلاوجه لانكارها

و حاصل رده قده ان الملازمة تحتاج الى دليل و مجرد عدم الدليل على عدمها لا يكفى فى ثبوتها.

[۲] قوله بان المتبادرعرفا من حل البيع صحته شرعا

محصل ماذكره قده ان الاية الشريفة تدل على حلية جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك الا انها لاتدل على مجرد ذلك بل على حلية التصرفات المترتبة على البيع، و مرجع ذلك الى حلية الاكل من هذا السبب، و لازم ذلك عرفا ثبوت الملكية، كما ان اللازم العرفى لما تضمن حرمة الاكل عن سبب عدم الملكية كقوله﵇ ثمن العذرة سحت

و بذلک يظهر ان ما افاده المحقق الايروانى من ان المصنف التجاألى اختيار ما تامل فيه اولا

.....

غير تام ـ فان ما تامل فيه هو كون المراد من حلية البيع فى الاية الكريمة الحلية الوضعية فتدل الاية بالدلالة المطابقية على ثبوت الملكية، و ما يختاره هو اراده الحلية التكليفية فتدبر

ادلة عدم افادة المعاطاة الملكية

و قد استدل لعدم افادتها الملكية بوجوه:

الأول: اصالة عدم الملك المعتضدة بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثاني.

و فيه: ان الأصل انما يستند اليه مع عدم الدليل، و قد عرفت وجوده:

الثاني: الاجماع المدعى في الغنية و القواعد هنا و في المسالك في مسألة توقف الهبة على الايجاب والقبول.

و فيه: اولا: ان الاجماع المنقول ليس بحجة.

و ثانيا: ان مدرك المجمعين معلوم.

الثالث: الخبر المروي عن النبيﷺ الناهي عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصاة[1] بتقريب: انه يدل على النهي عن انشاء البيع بهذه الافعال، و بضميمة عدم القول بالفصل يثبت ذلك في سائر الافعال، و حيث ان ظاهر النهي في امثال المقام الارشاد الى الفساد فيدل على عدم صحة البيع المعاطاتي.

و فيه: اولا: انه نبوي عامي ضعيف

و ثانيا: ان الظاهر منه ـ و لا اقل من المحتمل ـ النهي عن تعيين المبيع بهذه الافعال، والوجه في البطلان حينئذٍ كونه بيعا غرريا لا النهي عن انشاء البيع بها.

و ثالثا: ان عدم القول بالفصل بين هذه الافعال و غيرها لم يثبت.

الرابع: قولهعليه السلام: انما يحلل الكلام و يحرم الكلام.[2]

---

١) الوسائل باب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١٣.

٢) الوسائل باب ٨ من أبواب احكام العقود حديث ٤.

.....

و فيه: انه سيأتي عند تعرض المصنف ﷺ لهذا الخبر بيان المراد منه، و ستعرف انه اجنبي عن ما استدل به له.

الخامس: جملة من النصوص[1] الخاصة المتضمنة لذكر الصيغة الواردة في بيع المصحف، و بيع اطنان القصب، و بيع الابق مع الضميمة، و في المزارعة و في غيرها، ففي الموثق: لا تشتر كتاب الله ولكن اشتر الحديد والجلود و قل: اشتري منك هذا بكذا وكذا. و نحوه غيره.

و فيه: انه لا اشعار في هذه النصوص بالاشتراط فضلا عن الدلالة، لورودها في مقام بيان احكام أُخر لا اشتراط الصيغة، و ليس لها مفهوم كي تدل على عدم الصحة اذا كانت المعاملة بغير اللفظ.

فتحصل انه لا دليل على عدم افادة المعاطاة الملكية، فالمتبع هو ما دل على افادتها تلك.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كلام بعض الاساطين و ما يرد عليه

و الشيخ الكبير في شرحه على القواعد ذكر محاذير للقول بافادة المعاطاة الاباحة قبل التصرف والتلف و الملكية بعد احدهما، و تلك المحاذير انما تكون على قسمين:

احدهما: ما يرجع الى بطلان القول بافادة المعاطاة المقصود بها الملكية الاباحة، و هو الأول والثالث مما عدده في كلامه

ثانيهما ما يرجع الى بطلان القول بحدوث الملكية آناما قبل التصرف او التلف.

---

١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب ما يكتسب به و باب ١٩ و ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه و باب ٨ من أبواب كتاب المزارعة و غيرها.

و لذا ذكر بعض الاساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك، والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة. منها ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود.

و منها ان يكون ارادة التّصرف من المملّكات فيملك العين او المنفعة بارادة التّصرف بهما او معه دفعة و ان لم يخطر ببال المالك الأول الأذن في شيء من هذه التّصرفات لأنّه قاصد للنّقل من حيث الدّفع لأنّه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال اعتق عبدك عنّي و تصّدق بمالي عنك.

و منها انّ الاخماس والزكّوات و الاستطاعة والدّيون والنّفقات و حقّ المقاصة والشّفعة والمواريث و الرّبا و الوصايا يتعلّق بما في اليد مع العلم بقاء مقابله و عدم التّصرف فيه او عدم العلم به فينفي بالاصل، فتكون متعلّقة بغير الاملاك و انّ صفة الغنى والفقر تترتّب عليه كذلك فيصير ما ليس من الاملاك بحكم الأملاك. و منها كون التّصرف من جانب مملّكاً للجانب الآخر مضافاً الى غرابة استناد الملك الى التّصرف.

و منها جعل التّلف السّماوى من جانب مملّكاً للجانب الآخر و التّلف من الجانبين مع التّفريط معيّناً للمسمّى من الطّرفين و لا رجوع الى قيمة المثل حتّى يكون له الرّجوع بالتّفاوت، و مع حصوله في يد الغاصب او تلفه فيها فالقول بانه المطالب لانه تملك بالغصب او التلف في يد الغاصب غريب و القول بعدم الملك بعيداً جدّاً مع انّ في التّلف القهرى ان ملك التّالف قبل التّلف فعجيب و معه بعيد لعدم قابليّته، و بعده ملك معدم و مع عدم الدّخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفي الملك مخالف للسّيرة و بناء المتعاطيين.

و منها انّ التّصرف ان جعلناه من النّواقل القهرية فلا يتوقف على النّية فهو بعيد و ان اوقفناه عليها كان الواطىء للجارية من غيرها و اطئاً بالشّبهة، و الجانى عليه و المتلف له[1] جانياً على مال الغير و متلفاً له.

و منها ان النماء الحادث قبل التّصرف ان جعلنا حدوثه مملّكاً له دون العين فبعيداً و معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الاكثر و شمول الاذن له خفى

---

١) تذكير الضمير في عليه و له باعتبار المأخوذ بالمعاطاة.

و منها قصر التّمليك على التّصرف مع الاستناد فيه الى اذن المالك فيه اذن في التّمليك فيرجع الى كون المتصرّف في تمليكه نفسه موجباً قابلاً، و ذلك جار في القبض بل هو اولى منه لاقترانه بقصد التّمليك دونه، انتهى. والمقصود من ذلك كلّه استبعاد هذا القول لا انّ الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الاصول و العمومات اذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء. امّا حكاية تبعيّة العقود و ما قام مقامها للقصود:[١] ففيها اوّلاً انّ المعاطاة ليست عند القائل بالاباحة المجرّدة من العقود و لا من القائم مقامها شرعاً فان تبعيّة العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه انّما هو لأجل دليل صحّة ذلك العقد بمعنى ترتّب الاثر المقصود عليه، فلا يعقل حينئذ الحكم بالصّحة مع عدم ترتّب الاثر المقصود عليه.[٢] امّا المعاملات الفعلية الّتي لم يدلّ على صحّتها دليل فلا يحكم بترتّب الاثر المقصود عليها، كما نبّه عليه الشّهيد في كلامه المتقدّم من انّ السّبب الفعلى لا يقوم مقام السّبب القولى في المبايعات. نعم اذا دلّ الدّليل على ترتّب اثر عليه حكم به و ان لم يكن مقصوداً.

و كيف كان: فمن جملة المحاذير التي ذكرها:

[١] ان لازم ذلك ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود:

و اجاب المصنف ﷺ عن ذلك بجوابين: الأول: الجواب الحلي

[٢] و حاصله: ان التبعية المزبورة انما هي في العقود الصحيحة، اذ لا يعقل صحة العقد مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه، و اما العقد الفاسد فعدم ترتب الاثر المقصود عليه لا محذور فيه بل لا معنى للفساد الا ذلك، و اما ترتب شيء آخر عليه بتعبد من الشارع فلا ينافي شيئاً من القواعد،

والمقام كذلك، فان القوم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعا صحيحا، فلا تترتب عليها الملكية و ان قصد بها تلك و انما تترتب عليها الاباحة الشرعية لا المالكية بتعبد من الشارع المستكشف من السيرة و غيرها، و ليس ذلك تسبيبا بالعقود و لا مضمونها حتى يقال وقع بالعقد ما لم يقصد،

فما قصد وان لم يقع الا انه لا محذور فيه لان لازم الفساد ذلك، و ما وقع و ان لم يقصد الا انه لم يقع بالعقد حتى يقال انه وقع ما لم يقصد بل انما هو حكم شرعي:

و ثانياً انّ تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فانهم اطبقوا على انّ عقد المعاوضة اذا كان فاسداً يؤثّر في ضمان كلّ من العوضين القيمة لافادة العقد الفاسد، الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع انّها لم يقصد الاّ ضمان كلّ منهما بالآخر [١] و توهّم انّ دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنّه لم يذكر هذا الوجه الاّ بعضهم معطوفاً على الوجه الأوّل و هو اقدامها على الضّمان فلاحظ المسالك و كذا الشّرط الفاسد لم يقصد المعاملة الاّ مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء[٢]

و بهذا البيان ظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه و المحقق النائيني ﷺ عليه بان تبعية العقد للقصد مشتركة بين العقود و المعاملات الفعلية و ليست حكما تعبديا كي تختص بمورد دون آخر.

وجه الاندفاع: ان المصنف ﷺ لم يدع انه لا محذور في تخلف العقد عن القصد في المعاملات الفعلية بل ادعى انه لا يلزم ذلك. فتدبر فيما ذكرناه.

الجواب الثاني: النقض، و هو ان التخلف في المقام انما يكون نظير التخلف في الموارد الخمسة، يعني ليس تخلفا حقيقة لا انه تخلف جائز.

[١] المورد الأول: ان الأصحاب اتفقوا على ان عقد المعاوضة اذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لافادة العقد الفاسد عندهم الضمان فيما يقتضيه صحيحه، مع انهما يقصدا الاضمان كل منهما بالاخر.

و فيه: ان السبب للضمان في هذا المورد ليس هو العقد بل القبض كان الوجه فيه الاقدام ام قاعدة اليد، فما لم قصد به الضمان بالمسمى هو العقد، و ما ترتب عليه الضمان بالقيمة هو القبض، فلا يكون نظيراً للمقام.

[٢] المورد الثاني: الشرط الفاسد، فانه لم يقصد المعاملة الا مقرونة به، و هو غير مفسد عند اكثر القدماء.

و فيه: ان مبنى عدم مفسديته عدم تقييد البيع به، و كون الشرط التزاما في التزام، بمعنى ربط الالتزام العقدي بالالتزام الشرطي، و لازم ذلك ان تخلفه يوجب الخيار لا البطلان، فلا يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد.

و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل [١] و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع اجازته على قول كثير [٢] و ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً على قولٍ نسبه في المسالك و كشف اللثّام الى المشهور.[٣]

نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه ان التّخلف عن القصود يحتاج الى الدّليل المخرج عن ادلّة صحة العقود، و فيا نحن فيه عدم الترتّب مطابق للاصل. و امّا ما

---

[١] المورد الثالث: انه لو باع ما يملك و ما لا يملك بعقد واحد فانهم التزموا بوقوع بيع ما يملك و صحته مع انه لم يقصد الا بيعه مقرونا بما لا يملك.

و فيه: ان مدرك صحته انحلال العقد عليهما الى عقدين، و عليه فاحدهما صحيح و لم يتخلف عن القصد، و ثانيهما باطل اي ما قصد لا يقع و لا يقع ما لم يقصد حتى يلزم المحذور المذكور.

[٢] المورد الرابع: بيع الغاصب لنفسه، فانه اذا اجازه المالك يقع للمالك مع ان الغاصب قصد وقوعه لنفسه.

و فيه: ان منشأ الصحة على المشهور ان الغاصب يوقع البيع للمالك غاية الأمر يبنى على انه المالك، فالتخلف انما يكون في هذا الاعتقاد المقارن لا في العقد. و تمام الكلام في محله.

[٣] المورد الخامس: اذا قصد بالصيغة في النكاح الانقطاع و ترک ذكر الاجل فانهم حكموا بوقوعه دائماً، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

و فيه: انهم التزموا بان النكاح حقيقة واحدة، والفرق بين الدوام و الانقطاع هو الفرق بين المطلق والمشروط بشيء، و عليه فحيث ان النكاح من الانشائيات فاذا ترك ذكر الأجل لا تتحقق الخصوصية الزائدة لعدم انشائها و انما يقع المطلق لقصده و انشائه

و الانصاف: ان شيئاً مما ذكرناه ليس ايراداً على المصنف ﷺ، لانه ليس بصدد بيان موارد تخلف العقد عن القصد بل في مقام بيان ان مثل هذا التخلف الذي هو تخلف صوري لا حقيقي واقع كثيراً.

ذكره من لزوم كون ارادة التّصرف مملّكاً [١] فلا بأس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التّصرف المطلق و ادلّة توقّف بعض التّصرفات على الملك [٢] فيكون كتصرف ذى الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطى والبيع والعتق و شبهها.

---

[١] و منها: ان تكون ارادة التصرفات من المملكات القهرية الموجبة لحصول الملكية قبل التصرف او معه بنحو تكون الارادة سببا لها، و هذا مناف لدليل سلطنة المالك، و لا يقاس باعتق عبدك عني و تصدق بمالي عنك، فانه في هذين الموردين توكيل في التمليك، و التملك قبل التصرف، و هذا بخلاف المقام فان كلا من المتعاطيين يقصد الملك حال التعاطي و لا يقصد الملك حال التصرف.

[٢] و اجاب المصنف ﷺ عن ذلك: بان مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك، و دليل جواز التصرف المطلق، و استصحاب بقاء الملك الى آن قبل التصرف، هو ذلك، اي حصول الملك بعد ارادة التصرف، و يكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقف على الملك.

و يرد عليه امران:

الأول: ان غرض الشيخ الكبير ﷺ ليس عدم الدليل على مملكية ارادة التصرف كي يصح الجواب عنه بان مقتضى الجمع بين القواعد ذلك، اذ لا يعتبر في الدليل على السببية ورود دليل بالخصوص، بل غرضه ان القول بذلك غريب لا نظير له في الفقه، فلا ينفع هذا الجواب.

الثاني: ان تنظير المقام بتصرف الواهب و ذي الخيار في غير محله، فان في ذينك البابين الواهب و من له الخيار يقصدان الفسخ و الرجوع بالتصرف و لهما ذلك، فالتصرف بنفسه يكون رجوعا او كاشفا عنه، و هذا بخلاف المقام فانه ليس هناك قصد التمليك و التملك على الفرض، فيقال كيف تكون ارادة التصرف مملكة مع عدم قصد الملكية.

وامّا ما ذكره من تعلّق الاخماس والزّكوات الى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسّيرة رجوع اليها[١] مع انّ تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزّكاة لا يتوقّفان على الملك.

و اما الايراد على المصنف ﷺ كما ذكره المحقق النائيني بانه ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير كون ارادة التصرف من المملكات بل انه جعل محط الاشكال كون نفس التصرف مملكا

فغير صحيح، فان ما نقله الشيخ ﷺ كالصريح فيما استفاده منه و لعل المحقق النائيني لاحظ شرح القواعد و لم يجده موافقاً لما ذكره المصنف ﷺ.

و الحق في الجواب عما ذكره الشيخ الكبير ان يقال: انه يمكن ان يلتزم المشهور بان السبب للملكية هي المعاطاة، و انما يكون التصرف او ارادته شرطا للملكية نظير القبض الذي هو شرط لحصولها في بيع الصرف.

و منها: ان يصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك، فان الاخماس و الزكوات والاستطاعة والديون و النفقات و غيرها مما هو مترتب على الا ملاك تتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه. واجاب المصنف ﷺ عنه بقوله:

[١] و اما ما ذكره من تعلق الاخماس و الزكوات الى آخر ماذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع اليها.

و هذا يحتمل معنيين:

احدهما: ان تعلق هذه الامور بالمأخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك لا مانع منه سوى الاستبعاد فيلتزم به. و دفعه بمخالفته للسيرة حيث ان بناء المتشرعة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية بحيث لو سألوا عن وجه تعلق المذكورات به اجابوا بكونه كسائر الا ملاك،رجوع الى الاستدلال بالسيرة على الملك، و المفروض عدم تماميته عند هذا القائل و الا لالتزم بالملك.

ثانيهما: ان الالتزام بعدم تعلقها به لا محذور فيه سوى الاستبعاد، و دفعه بقيام السيرة على التعلق، رجوع اليها، فيخصص بها مادل على عدم تعلقها بغير الا ملاك.

و امّا كون التّصرف مملّكاً للجانب الاخر فقد ظهر جوابه.[١]

و الظاهر هو الأول، لان كاشف الغطاء استبعد التعلق كما لا يخفى.

و فيه: ان هذا الجواب لا يفيد في دفع ما افاده الشيخ الكبير، فانه يقول: لا كلام في تعلق هذه الامور بالمأخوذ بالمعاطاة، والمفروض انه ليس بملك، فيلزم ان يكون غير الملك، بحكم الملك و هذا في نفسه بعيد لا انه لا دليل عليه.

والحق ان يقال: انه لو كان اشكال و استبعاد فانما هو في الاخماس و الزكوات و حق الشفعة، و اما سائر المذكورات كالاستطاعة و حق الديان والنفقات و غيرها فتتعلق بغير الا ملاك لتحقق الاستطاعة بالبذل و الاباحة، والدين يجب اداؤه من مال اذن صاحبه في الاداء منه اذا كان حالا، و النفقة واجبة من مال يجوز له الانفاق منه، و الوارث يرث من الميت كل ما تركه من حق او مال، مع انه يمكن الالتزام على هذا المسلك بمالكية المورث آناً ما قبل الموت، وتصح الوصية ايضاً، والربا يجري في البيع و ان لم يفد الملك و هكذا البقية.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

واما تعلق الخمس والزكاة و حق الشفعة، و المراد به ان المباح له بالمعاطاة له الاخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك به،

فان ثبت بدليل فيكون هو المخصص لمادل على توقفه على الملك، لكن يبقى استبعاد الشيخ بحاله، والا فالقائلون بالاباحة منكرون للتعلق.

و منها: كون التصرف من جانب مملكا للجانب الاخر.

[١] واجاب المصنف عنه بقوله ظهر جوابه

ولكن الجواب المتقدم الذى ذكره عن مملكية التصرف من انه مقتضى الجمع بين القواعد لا يكفي في المقام لانه يقتضي مالكية المتصرف لما في يده تصحيحا لتصرفه المتوقف على الملك، و لا يقتضي مالكية غير المتصرف، نعم الجواب الذي ذكرناه يكون جوابا عن هذا الايراد ايضاً كما لا يخفى.

وامّا كون التّلف مملّكاً للجانبين، فان ثبت باجماع او سيرة[١] كما هو الظّاهر كان كلّ من المالين مضموناً بعوضه فيكون تلفه في يد كلّ منهما من ماله مضموناً بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع لأنّ هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع وبين عموم على اليد ما أخذت وبين اصالة عدم الملك الاّ في الزّمان المتيّقن بوقوعه فيه توضيحه انّ الأجماع لمّا دلّ على عدم ضمانه بمثله او قيمته حكم بكون التّلف من مال ذى اليد رعاية لعموم على اليد ما اخذت فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه فاذا قدر التّلف من مال ذى اليد، فلا بدّ من أن يقدّر في آخر ازمنة امكان تقديره رعاية لاصالة عدم حدوث الملكيّة قبله كما يقدّر ملكيّة المبيع للبائع وفسخ البيع من حين التّلف استصحاباً لأثر العقد.

ومنها: كون التلف من جانب مملكا للجانب الاخر والتلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين، وانه لا رجوع بالمثل او القيمة.

[١] واجاب المصنف‌ﷺ عن ذلك بقوله: واما كون التلف مملكا للجانبين فان ثبت الى آخر ما ذكره.

توضيحه: ان مقتضى عموم على اليد[١] وان كان هو الضمان ببدله الواقعي، الا انه لما قام الاجماع على عدم ضمان المثل والقيمة، يدور الأمر بين ان يكون المال قبل التلف ملكا لذي اليد فيبقى عموم على اليد على حاله، وبين ان يكون باقيا على ملك مالكه الأول فيكون الاجماع والسيرة مخصصين لعموم على اليد، وقد ثبت في محله ان التخصص مقدم على التخصيص عند الدوران، وعليه فلاجل ذلك ـ بضميمة استصحاب عدم الملك الى آن قبل التلف ـ يحكم بحصوله قبله آناً ما هذا هو مراده قده لا ما افاده بعضهم من ان غرضه ثبوت مملكية التلف بالاجماع والسيرة:

ولكن يرد على المصنف‌ﷺ امران:

الأول: ان اليد في المقام يد امانية شرعية او مالكية ولا تكون مشمولة لقاعدة على اليد على التقديرين.

الثاني: ان التمسك بالعموم ـ اي تقديم التخصص على التخصيص ـ انما هو

---

١) سنن البيهقي، ج ١٦، ص ٩٠، كنز العمال، ج ٥، ص ٢٥٧.

وامّا ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة[١] فالظّاهر على القول بالاباحة انّ لكلّ منهما المطالبة مادام باقياً[٢] واذا تلف فظاهر اطلاقهم التّملك بالتّلف تلفه من مال المغصوب منه[٣] نعم لو لا قام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

فيما اذا لم يكن الحكم معلوما، واما اذا علم ذلك وشك في كون ما علم عدم ثبوت حكم العام له من افراد العام كي يكون ذلك تخصيصا او غيره فلا مورد للتمسك باصالة العموم حفظا للعام عن ورود التخصيص عليه.

فالحق في الجواب عن الشيخ الكبير: انه في صورة التلف من الجانبين لا ضمان لعدم المقتضي، مع انه يمكن الالتزام بمالكية كل منهما قبل التلف، وفي صورة التلف من جانب واحد انما يكون الطرف الاخر مالكا لما في يده بسبب المعاطاة المشروط تأثيرها في الملكية عندهم بالتصرف المتوقف على الملك او التلف.

[١] ومنها: انه لو غصب المأخوذ بالمعاطاة غاصب، فلابد وان يكون المطالب هو المالك المبيح لا المباح له، وهو خلاف ظاهر الاصحاب، والقول بتملكه بالغصب، فيكون حق المطالبة له من هذه الجهة بعيد.

[٢] واجاب المصنف‌ﷺ عنه: بان لكل منهما المطالبة ما لم يتلف، اما المالك فلمالكيته، واما المباح له فلفرض ان له السلطان على المأخوذ، والانتزاع من الغاصب من مراتب السلطنة.

[٣] واما في صورة التلف فالمطالب للقيمة هو المباح له لصيرورته مالكا بالتلف.

ويرد على المصنف‌ﷺ: ان المالك بعد كون عوض المال تحت يده ليس له حق المطالبة والا لزم الجمع بين العوض والمعوض.

ومنها: ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلناه ملكا للمباح له دون العين فبعيد، او مع ملكية العين فكذلك، وكلاهما مناف لظاهر الاكثر، ومع عدم كونه ملكا له ودخوله في ملك المالك ـ حيث ان شمول الاذن له خفي ـ فلازمه عدم جواز التصرف فيه، وهو خلاف السيرة.

وامّا ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكيّ عن بعض انّ القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء بالأخذ بل حكمه حكم اصله، ويحتمل ان يحدث النماء في ملكه بمجرّد الاباحة[١]، ثمّ انك مما ذكرنا تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره مع انّه﵀ لم يذكرها للاعتماد والانصاف انها استبعادات في محلها.

وبالجملة فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضدة بالشّهرة المحقّقة الى زمان المحقّق الثّانى وبالاتفاق المدّعى في الغنية والقواعد هنا وفي المسالك في مسألة توقّف الهبة على الايجاب والقبول مشكل ورفع اليد عن عموم ادلّة البيع، والهبة ونحوهما المعتضدة بالسّيرة القطعية المستمرّة وبدعوى الاتّفاق المتقدّم عن المحقّق الثّانى بناء على تأويله لكلمات القائلين بالاباحة اشكل،

---

[١] واجاب المصنف﵀ عن ذلك: بان القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء بالاخذ، بل حكمه حكم اصله، ويحتمل ان يحدث النماء في ملكه بمجرد الاباحة.

وفيه: ان الاحتمال الاول هو الذي اجاب عنه الشيخ الكبير بان شمول الاذن له خفي، واما الاحتمال الثاني فهو الذى استبعده.

ولكن يمكن الجواب عنه: بان الاباحة الثانية اباحة شرعية لا المالكية، فلا تتوقف على الاذن.

ومنها: انه في التلف، ان ملك التالف قبل التلف فعجيب للزوم تقدم المسبب على السبب، وان ملكه معه فبعيد، لانه لا استقرار له حتى يملكه، وان ملكه بعده فهو ملك المعدوم.

وفيه: انه يلتزم بالأول ويقال بتأثير المعاطاة في الملكية وشرطها التلف بنحو الشرط المتأخر، او يقال بكونه كاشفاً عن السبب.

ومنها: ان التصرف ان لم يتوقف على النية فهو بعيد، وان توقف عليها كان الواطيء للجارية من غيرها واطئا بالشبهة.

وفيه: انه بنفسه شرط التأثير في الملكية لا مع النية، فلا بعد فيه، مع انه لو توقف

فالقول الثّاني لا يخلو عن قوّة وعليه فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً[١] كما حكي عن ظاهر المفيد﵀ او بشرط كون الدّال على التّراضي لفظاً كما حكي عن بعض معاصري الشّهيد الثّاني وقوّاه جماعة من متأخّري المحدّثين او هي غير لازمة مطلقاً فيجوز لكلّ منهما الرّجوع في ماله كما عليه اكثر القائلين بالملك، بل كلّهم عدا من عرفت

عليها كان الواطيء للجارية من غيرها زانيا لا واطئا بالشبهة.

ومنها: قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه الى ان اذن المالك في التصرف اذن في تمليك نفسه، فيتحد الموجب والقابل.

وهذا بعينه يجري في القبض الذي هو اول تصرف يصدر من المتعاطيين، بل هو اولى لكونه مقرونا بقصد التمليك دونه.

وفيه: اولا: ان حصول الملكية قبل التصرف او معه ليس من حيث الاذن في تمليك نفسه بل هو بنفسه مملك.

وثانيا: ان هذا لا يجري في القبض لعدم توقفه على الملك كي يقتضي الجمع بين الادلة حصول الملكية قبله او معه.

وثالثا: انه لو كانت مملكية التصرف من باب الاذن في التمليك فلم لا يلتزم بحصول الملكية بالتعاطي، اذ لا فرق بين هذا الفعل الذي ينشأ به التمليك وغيره؟

ولكن الانصاف ان ما افاده الشيخ الكبير جملة منه استبعادات في محلها، وقد مر ان القول بالاباحة مما لا يمكن اثباته بالدليل، وانه يقتضي القول بالملك. فراجع.

اصالة اللزوم ـ استصحاب بقاء الملك

[١] قوله فهل هي لازمة ابتداءاً مطلقا.

هذا هو المورد الثاني: وهو ان الملك الحاصل بالمعاطاة لازم ام جائز؟

والكلام فيه يقع في مقامين:

الأول: فيما استدل به للزوم.

وجوه اوفقها بالقواعد هو الاوّل بناءً على اصالة اللّزوم في الملك للشّك في زواله[١] بمجرّد رجوع مالكه الاصلى، ودعوى انّ الثّابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر والمفروض انتفاء الفرد الأوّل بعد الرّجوع، والفرد الثّانى كان مشكوك الحدوث من اوّل الأمر فلا ينفع الاستصحاب[٢] بل ربّما يزاد استصحاب بقاء علقة المالك الأوّل[٣] مدفوعة مضافاً الى امكان دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك في الاستصحاب[٤] فتأمّل.

وقد استدل للزوم بامور.

احدها استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ للشك فى زواله بعد القطع بوجوده فيستصحب بقائه، واليه اشار المصنف بقوله.

[١] بناء على اصالة اللزوم فى الملك للشك فى زواله.

واورد عليه بايرادين.

[٢] الاول: انه من قبيل استصحاب الكلى فى القسم الثانى وهو لايجرى، لان الفرد القصير، وهو الملك المتزلزل، مقطوع الارتفاع بعد الرجوع، والملك اللازم مشكوك الحدوث فيجرى استصحاب عدم حدوثه.

[٣] الثانى: ان هذا الاصل محكوم باستصحاب بقاء علقة المالك الاول.

والمصنف﵀ لم يتعرض فى المقام للجواب عن الاول واجاب عن الثانى.

[٤] اولا بان الاستصحاب يجري في القسم الثاني من اقسام الكلي.

وثانيا: بان استصحاب بقاء الملك من قبيل استصحاب الشخص لا الكلي، وعلله بما سيمر عليك.

وعلى فرض الشك في كون المستصحب شخصيا ام كليا يجري الاصل وان كان على فرض ثبوت كونه كليا لايجرى فيه الاصل.

تحقيق القول في المقام يقتضي البحث في مواضع:

الأول: في ان الملك المستصحب في المقام هل هو كلي او شخصي؟ بمعنى انه القدر المشترك الجامع بين الملك المتزلزل والمستقر، او هو شخص معين لعدم كون الجواز واللزوم من الامور المنوعة او المفردة؟

الثاني: في انه لو ثبت كونه شخصيا هل يجرى الأصل فيه ام لا، ولو ثبت كونه كليا فهل يجرى فيه الاصل ام لا، ولو شک فى ذلك فهل يكون مجرى الاستصحاب ام لا

بان انقسام الملك الى المتزلزل والمستقرّ، ليس باعتبار اختلاف في حقيقته وانّما هو باعتبار حكم الشّارع عليه في بعض المقامات بالزّوال برجوع المالك الاصلى، ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السّبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك فجواز الرّجوع وعدمه من الأحكام الشّرعية للسّبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبّب[١] ويدلّ عليه مع انّه يكفي فى الاستصحاب الشّك في انّ اللّزوم من خصوصيات الملك او من لوازم السبب المملك ومع انّ المحسوس بالوجدان. انشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد[٢] ان اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيّات الملك فامّا ان يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بجعل المالك او بحكم الشّارع فان كان الأوّل كان اللاّزم التّفصيل بين اقسام التّمليك المختلفة بحسب قصد الرّجوع وقصد عدمه او عدم قصده وهو بديهى البطلان اذ لا تأثير لقصد المالك في الرّجوع وعدمه وان كان الثّانى لزم امضاء الشّارع العقد على غير ما قصده المنشىء وهو باطل في العقود[٣] لما تقدّم انّ العقود المصحّحة عند الشّارع تتبع القصود

الثالث: في انه في المقام هل يكون اصل حاكم عليه.

وبعبارة اخرى: هل يجري استصحاب بقاء علقة المالك الأول ام لا؟

[١] اما الموضع الاول: فالمصنف﵀ ذهب الى ان اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب.

واستدل له بوجهين:

[٢] احدهما: ان الملكية ليست من الامور الواقعية او التعبدية الشرعية حتى يقال انا لا نعرف حقيقتها، بل هي امر اعتباري يعتبرها المتعاقدان وعليه فحيث نرى بالوجدان والحس ان انشاء الملك في البيع والهبة على نهج واحد فيستكشف من ذلك اتحاد حقيقة الملك.

[٣] الثاني: ان اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاما ان يكون التخصص بجعل المالك او الشارع.

فان كان الأول لزم التفصيل بين اقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع وعدمه، وهو بديهي البطلان لعدم دخل قصد المالك في الرجوع وعدمه.

وان كان الثاني لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشىء، وهو باطل في العقود.

وان امكن القول بالتّخلف هنا في مسألة المعاطاة بناءً على ما ذكرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك من منع وجوب امضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين،

واورد عليه بايرادات:

الأول: ما افاده السيد الفقيه في الحاشية، وهو: ان الظاهر ان الاختلاف بينهما اختلاف في حقيقتها، فان الملكية في انظار العرف قسمان، وانهم يرون الملكية الموجودة في الهبة مغايرة مع الموجودة في العقود اللازمة.

وفيه: انه بعد التوجه الى ان الملكية من الامور الاعتبارية ويعتبرها المالك لغيره، لا يشك احد في ان المعتبر في الموردين شيء واحد، وان الاختلاف انما هو من ناحية الحكم الشرعي بجواز الفسخ والرجوع في مورد دون آخر.

الثاني: ما افاده ايضاً فيها، وهو: ان اختلاف السبب اذا لم يكن موجبا لاختلاف المسبب لا يكون مقتضيا لاختلاف الاحكام.

وفيه: ان المصنف﵀ يدعي ان اللزوم والجواز من احكام السبب نفسه لا من احكام المسبب، فلا وجه لهذا الايراد.

الثالث: ما افاده قده ايضاً وتبعه المحقق الايرواني﵀، وهو: انه على فرض اتحاد الحقيقة يكفي في الاشكال التعدد الفردي كما في الحيوان المردد بين زيد و عمرو في الدار اذا كان قاطعا بخروج احدهما المعين.

وفيه: ان المصنف﵀ يدعي عدم التعدد الفردي ايضاً وان الملك لا يختلف في الحقيقة النوعية ولا في الخصوصية الزائدة على الحقيقة، فالمتيقن هو الملك الشخصي المتعين من جميع الجهات حتى من جهة السبب اي المعاطاة، وانما الشك في ان هذا الشخص هل يكون سببه محكوما باللزوم او الجواز، فهو نظير ما لو علم بدخول زيد في الدار وشك في خروجه من جهة الشك في انه هل دخل فيها بانيا على البقاء الى ساعة او الى ساعتين.

الرابع: ما افاده السيد ايضاً ايرادا على الوجه الثاني الذي ذكره المصنف﵀ برهانا لمختاره، وهو: ان التخصيص بالنسبة الى النوعين من المعاملة كالبيع والهبة مثلا انما يكون

لكن الكلام في قاعدة اللّزوم في الملك تشمل العقود ايضاً.

من قبل المتعاقدين، وبالنسبة الى النوع الواحد كالبيع انما يكون من قبل الشارع ولا بأس بامضاء الشارع على غير ما قصده المنشيء، فان هذا المقدار من الاختلاف مغتفر.

وفيه: ان لازم ما افاده في القسم الأول دوران اللزوم والجواز في النوعين مدار قصد المنشيء، وهو بديهي الفساد.

واما ما ذكره في القسم الثاني فيرد عليه: ان المصنف لا يدعي استحالة امضاء الشارع على غير ما قصده المنشيء، بل يدعي انه اذا لم يرد دليل الا على امضاء ما انشأه المتعاقدان كان لازم ذلك وقوع المنشأ على نحو ما قصداه، وهذا امر بديهي.

الخامس: ان اختلاف السبب مستلزم لاختلاف المسبب، إذ المتباينان لا يعقل تأثيرهما في شيء واحد.

وفيه: ان المؤثر في الملك انما هو الجامع بين السببين، والاختلاف انما يكون في خصوصيات السبب المؤثر في اللزوم والجواز.

فتحصل: ان شيئاً مما اورد على المصنف﵀ لا يرد عليه.

ويشهد لعدم كونهما من مقومات الملك وعدم كون الاختلاف بينهما في حقيقة الملك ـ مضافاً الى ما ذكره المصنف﵀ ـ وجهان آخران.

احدهما: انه يلزم ان لو انشأ الملكية ولم يقصد اللزوم او الجواز ـ ولو بالقصد الى الملكية التي من شأنها ذلك ـ ان لا تقع الملكية، اذ الجامع لا يعقل وجوده بدون الفصل المميز.

الثاني: انه لو كانا من مقوماتها لزم امتناع معروضية الملكية الواحدة تارة للزوم واخرى للجواز مع وضوح خلافه، فان المبيع المنشأ باللفظ تكون الملكية الحاصلة منه في زمان الخيار جائزة وبعده لازمة.

وبما ذكر كما ظهر ان الملكية ليست نوعين، كذلك ظهر انها ليست ذات مراتب

.....

وان الملك الجائز واللازم ليسا فردين من الملك، نعم لا ننكر ان الاحكام الشرعية التكليفية والوضعية تابعة للملاكات ولازم ذلك ان الملك المتخصص بكونه عن سبب تقتضي المصلحة الحكم عليه او على سببه باللزوم تارة وبالجواز اخرى، ولكن مثل هذه الخصوصية لا يعقل ان تكون من مفردات الملك الا عتباري كما لا يخفى.

فتحصل مما ذكرناه: ان الجواز واللزوم حكمان شرعيان جعلا للسبب او للمسبب لا يعقل ان يكونا من مقومات الملك وقيوده، والا لزم تقدم ما هو متأخر، فالملك في الموردين شيء واحد.

واما الموضع الثاني: فالكلام فيه يقع في جهات:

الأولى: اذا كان الملك في الموردين شيئاً واحدا فعلى القول بجريان الاستصحاب في الاحكام لا كلام في جريان هذا الأصل.

واما على القول بعدم جريانه فيها فقد يقال بعدم جريانه فيه لكونه من الاحكام.

ولكن يمكن ان يقال: ان الوجه في عدم جريان الاستصحاب في الاحكام انما هو محكوميته لاستصحاب عدم الجعل كما حققناه في محله، وعليه ففي المقام بما ان جعل الملكية المستمرة مما لا شك فيه، وانما يكون منشأ الشك في بقاء الملك بعد الفسخ والرجوع الشك في جعل حق الفسخ والرجوع والأصل يقتضي عدمه.

فاستصحاب عدم جعل الحكم بنحو يكون باقيا في زمان الشك الجاري في سائر المقامات ـ كما لو شك في جعل وجوب صلاة الجمعة في زمان الحضور خاصة ام الى يوم القيامة، فانه يجري فيه اصالة عدم جعل الوجوب لها في زمان الغيبة الحاكم على استصحاب بقاء الحكم.

لا يجري في المقام، وعلى ذلك فمقتضي الأصل بقاء الملكية.

الجهة الثانية: بناءاً على تعدد الملك اللازم والجائز، هل يجري استصحاب بقاء القدر المشترك بينهما ام لا؟

.....

المصنف﴿ في الأصول اختار جريان استصحاب الكلي في امثال المقام ـ اي القسم الثاني من اقسام استصحاب الكلي ـ ولكن في المقام بعد ما اشار الى مختاره قال: فتامل، وقد صار هذا الأمر بالتأمل سببا للايراد على هذا الأصل بايرادات.

وحيث ان بعضها ايراد على جريان الأصل في هذا القسم مطلقاً فقد اغمضنا عن ذكره، لأن محله في الاصول وقد اشبعنا الكلام فيه في زبدة الاصول.

وبعضها ايراد على جريانه في خصوص المقام.

وهو امور:

الأول: ما عن المحقق الخراساني﴿ وهو: ان الشك في بقاء الكلي في المقام من قبيل الشك في المقتضى، حيث انه يشك في ان الملك الحادث بالمعاطاة هل هو لازم يكون فيه اقتضاء البقاء حتى بعد الفسخ، ام يكون جائزاً لا يكون فيه اقتضاء البقاء بعده، فيكون نظير الحيوان المردد بين الفيل والبق.

وفيه: ان الشك في المقتضى الذي ذهب المصنف﴿ في الاصول الى عدم جريان الاستصحاب فيه هو ما اذا كان عمر المستصحب وامده في عمود الزمان مشكوكا فيه تكوينا او تشريعا، كالزوجية المرددة بين الانقطاع والدوام، والحيوان المردد بين البق والفيل، واما اذا كان عمره معلوما وانه غير محدود بالزمان وكان الشك في رفعه ـ ولو كان منشأ الشك الشك في وجود المصلحة الداعية في الامور الاعتبارية ـ فهو من الشك في الرافع. وتمام الكلام في محله.

والمقام من قبيل الثاني، اذ الملكية الحاصلة بالمعاطاة كانت لازمة او جائزة تكون باقية في عمود الزمان، وانما الشك في رفعه بالفسخ.

الثاني: ان الأصل المزبور لا يثبت عنوان اللزوم.

وفيه: ان الاثار مترتبة على الملكية الجامعة لا على عنوان اللزوم، فلا حاجة الى اثباته.

.....

الثالث: ما افاده المحقق النائيني﵀ وهو: ان استصحاب الكلي انما يجري اذا كان له مع قطع النظر عن الارتفاع والبقاء نوعان: كالحدث المردد بين الأصغر والأكبر، واما في المقام فلا اختلاف في الملك الا بنفس الارتفاع والبقاء، اذ لو ارتفع بالفسخ فهو جائز، ولو بقي بعد فهو لازم، فاذا كان تنوعه بنفس اللزوم والجواز ـ اي البقاء والارتفاع ـ فلا يجري الاستصحاب فيه، اذ معنى استصحاب الملك حينئذٍ هو استصحاب الملك الباقي ـ اي اللازم ـ وهو على الفرض مشكوك الحدوث.

ومرجع هذا الاشكال في الحقيقة الى أن النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهما، وفي كل منهما أحد ركني الاستصحاب منتف، اذ الملك الجائز مقطوع الارتفاع، واللازم مشكوك الحدوث من الأول.

وفيه: ان تنوع الملك ليس باللزوم والجواز، بل هما على هذا المسلك قسمان من الملك، ويمتاز كل منهما عن الاخر، مع قطع النظر عن البقاء والارتفاع، غاية الأمر ليس لكل منهما اسم خاص، والا فلا فرق بين الملك والحدث، فكما ان الثاني ينقسم الى الأصغر والأكبر والكاشف عن الاختلاف الاختلاف في الأثر، كذلك الأول فتدبر.

فالحق ان يقال: ان استصحاب بقاء الكلي في القسم الثاني انما يجري في الموضوعات من جهة ان استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل لا يترتب عليه عدم الكلي، لعدم كون الترتب شرعيا، وليس بقاء الكلي فيها عين بقاء الفرد، فان ذلك وان تم في عالم العين الا انه لا يتم في عالم الاعتبار والتشريع كما فصّل ذلك في محله.

ولا يكون جاريا في الاحكام من جهة ان جعل الجامع فيها انما يكون بجعل الفرد. فلو علم بعدم وجود فرد، وكان مقتضى الاصل عدم وجود الفرد الاخر لا يكون الشك في بقاء الكلي باقيا، اذ لا وجود له سوى وجود الفرد والمقام من قبيل الثاني، فان الملكية

وبالجملة فلا اشكال في اصالة اللّزوم في كلّ عقد شك في لزومه شرعاً، وكذا لو شّك في انّ الواقع فى الخارج هو العقد اللاّزم او الجائز[١] كالصّلح من دون عوض والهبة

انما هي من الاعتبارات الشرعية، فاذا فرضنا العلم بارتفاع الملك الجائز على فرض حدوثه، وجرت اصالة عدم حدوث الملك اللازم، ثبت من ذلك عدم بقاء الملك الجامع بينهما.

لا يقال: ان استصحاب عدم حدوث الملك اللازم يعارض استصحاب عدم حدوث الملك الجائز فيتساقطان فيرجع الى استصحاب بقاء القدر المشترك.

فانه يقال: أن الملك اللازم بما انه يترتب عليه جميع آثار الملك الجائز ـ غير ارتفاعه بالفسخ ـ فاستصحاب عدم حدوث الملك الجائز لعدم الاثر لا يجري، نعم لو كان يثبت به ان الحادث هو الملك اللازم كان جاريا، لكنه لا يثبت.

فتحصل: ان الأظهر عدم جريان استصحاب القدر المشترك في المقام.

ولعله الى هذا نظر المصنفﷺ حيث امر بالتامل، كما ان هذا هو مراد السيد الفقيه في حاشيته، فلا يرد عليه شيء مما اوردوه عليه.

ولا يخفى انه بناءاً على ما اخترناه وحققناه في الاصول من جريان الأصل في الفرد المردد ـ من جهة ان الموجود وان كان مرددا عندنا ولكن لا يضر ذلك بتيقن وجوده سابقا فيستصحب بقاء ذلك المتيقن سابقاً.

لا مانع من استصحابه، ومعه لا حاجة الى استصحاب بقاء القدر المشترك، إذ اثر القدر المشترك اثر لكل واحد من الفردين، فلا مانع من اجراء الاستصحاب في الشخص الواقعي المعلوم سابقاً.

الجهة الثالثة: انه بناءاً على عدم جريان الاستصحاب في الكلي في امثال المقام وجريانه في الشخصي، لو شك في ان الملك اللازم والجائز قسمان ام هما شيء واحد، فهل يجري الاستصحاب فيه لو شك في زواله بالفسخ ام لا؟

[١] والمصنفﷺ ذهب الى جريانه قال وكذا لو شك فى ان الواقع فى الخارج هو العقد اللازم او الجائز.

واورد عليه السيد في الحاشية ـ وجمع من المحققين ـ بانه مع هذا الشك لا يكون

.....

المستصحب محرزا فكيف يكون جاريا.

ولكن يمكن توجيه ما افاده المصنف﵀: بان عدم جريان الاستصحاب في الكلي في القسم الثاني انما يكون من جهة جريان اصالة عدم حدوث الفرد الطويل، والا فمع عدم جريان الاصل فيه للتعارض او لغيره لا ريب في جريان الاصل في الكلي.

وفي المقام بما انه لم يحرز كون الملك اللازم فردا او نوعا آخر لا تجري اصالة عدم حدوثه، ومعه لا مانع من اجراء الأصل في الملك الموجود كان كليا ام شخصيا. فتدبر فانه دقيق.

واما الموضع الثالث: فقد قيل: انه يعارض هذا الأصل اصلان آخران، وهما مقدمان للحكومة.

احدهما: اصالة بقاء علقة المالك الأول، فانه يشك في ان علقة المالك الأول هل انقطعت بالمرة بالمعاطاة، ام بقيت مرتبة ضعيفة منها اثرها جواز الرجوع فيستصحب بقائها ـ بعد كون قوة العلقة وضعفها من مراتب شيء واحد لا انهما امران متباينان ـ فاذا جرى هذا الأصل لا يبقى شك في بقاء الملك كي يستصحب، فان الشك في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق وعدمه.

وفيه: ان العلقة الثابتة للمالك لم تكن الا الملكية، وبتبعها السلطنة على التصرفات، اما الملكية فهي قد زالت بالبيع والا لزم اجتماع المالكين على شيء واحد ـ ولم يبق منها شيء لعدم ثبوت المراتب لها ـ واما السلطنة فهي تابعة للملكية فلا محالة تكون زائلة.

ودعوى ان للشخص سلطنة على ماله وسلطنة على تسليط الغير عليه حدوثا وبقاءاً وبالبيع زالت السلطنة عليه، وكذلك السلطنة على تسليط الغير حدوثا، اما السلطنة على تسليط الغير بقاءاً فهي مشكوكة الارتفاع فيستصحب بقاؤها، ونتيجة ذلك

نعم لو تداعيا احتمل التّحالف في الجملة[١]

جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ.

مندفعة بان السلطنة على رد الملك سلطنة جديدة ان ثبتت فانها تثبت في ظرف عدم الملك، فكيف تكون من آثار الملك.

فالحق ان حق الفسخ ان ثبت فهو حق حادث بعد زوال العلقة الاولية.

ثانيهما: استصحاب بقاء حق الفسخ الثابت في زمان ثبوت خيار المجلس، فانه يشك في زواله وبقائه بعد الافتراق، فيستصحب بقاؤه.

وفيه: ان ذلك الحق قد زال بالافتراق قطعا لقوله ﷺ فاذا افترقا وجب البيع[١] فلو كان الحق باقيا فهو حق آخر مشكوك الحدوث تجري اصالة عدم ثبوته.

والكلي الجامع بينهما لا يجري الاصل فيه لان الاستصحاب حينئذٍ من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلي، والمختار عندنا عدم جريان الأصل فيه الا اذا عد الفردان مرتبتين من شيء واحد حتى فيما اذا احتمل حدوث الفرد الاخر مقارنا لحدوث الفرد الزائل قطعا.

مضافاً الى انه من قبيل استصحاب الحكم الشرعي، والمختار عدم جريانه.

فتحصّل مما ذكرناه: ان استصحاب بقاء الملك يجرى ويحكم بواسطته باللزوم.

[١] قوله نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

وذلك فيما اذا تعلق الغرض بتعيين السبب لا الملكية بعد الفسخ اذ لا اصل يعين الواقع في الخارج، واما فيما اذا كان الغرض متعلقا ببقاء الملك بعد الفسخ وعدمه، فيكون مدعى اللزوم منكرا ومدعى الجواز مدعياً لموافقة قول المدعى للزوم للاصل.

دليل السلطنة

---

١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار، حديث ٢.

ويدلّ على اللّزوم مضافاً الى ما ذكر عموم قولهم [قوله] النّاس مسلطون على اموالهم[١] فانّ مقتضى السّلطنة ان لا يخرج عن ملكيّته [ملكه] بغير اختياره فجواز تملّكه عنه بالرّجوع فيه من دون رضاه مناف للسّلطنة المطلقة فاندفع ما ربّما يتوهم انّ غاية مدلول الرّواية سلطنة الشّخص على ملكه ولا نسلّم ملكيّته له بعد رجوع المالك الأصلي. ولما ذكرنا تمسّك المحقّق﵀ في الشّرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن فائدة الملك السّلطنة ونحوه العلاّمة﵀ في موضع آخر

---

[١] هذا هو الدليل الثاني: وهو قوله ﷺ الناس مسلطون على اموالهم[1].

وتقريب الاستدلال به وجهان:

احدهما: التمسك بعموم هذا الدليل واطلاقه الزماني او الاحوالي الشامل لما بعد الفسخ بان يقال: ان مقتضى عمومه ثبوت السلطنة للمالك بعد فسخ المالك الأول ورجوعه، ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ ورجوعه.

وفيه: ان موضوع السلطنة هو مال الانسان وملكه، وثبوته بعد الفسخ غير محرز، اذ لو كان الفسخ مؤثرا لما كان الموضوع باقيا، ومع الشك في صدق الموضوع لا مجال للتمسك بالاطلاق.

ثانيهما: التمسك باطلاق هذا الدليل الشمولي لجميع انحاء التصرفات، ومن جملتها دفع مزاحمة الاجانب ومنهم المالك الأول، ولازمه عدم تأثير فسخه.

وبعبارة اخرى: خروج المال من ملكه بغير اختياره مناف لسلطنة المالك على ماله، فمقتضى اطلاق دليل السلطنة عدم خروجه وعدم تأثير رجوع المالك الأول.

واورد عليه بايرادات:

الأول: ان الدليل انما يدل على سلطنة المالك على ماله لا على عدم ثبوت السلطنة لغيره، فلا يدل على عدم ثبوت هذا الحق للمالك الأول.

وفيه: ان لازم السلطنة التامة على جميع التصرفات سلطنة مطلقة عدم سلطنة الغير على ما يزاحم سلطنته، والا لم تكن سلطنة مطلقة، فتملك الغير بلا رضا منه مناف

---

١) البحار، ج ٢، ص ٢٧٢، الطبع الحديث وج ١، ص ١٥٤، الطبع القديم.

.....

للسلطنة المطلقة فليس له ذلك.

الثاني: ان دليل السلطنة انما يدل على عدم محجورية المالك واستقلاله في التصرفات، ولا يدل على ازيد من ذلك.

ويرد عليه: ما تقدم عند ذكر الاستدلال به على مملكية المعاطاة. فراجع.

الثالث: ان حق الفسخ على فرض ثبوته للمالك الأول في المقام انما هو بمعنى حق فسخ العقد.

وبعبارة اخرى: متعلقه العقد لا العين فلا ينافي ثبوته السلطنة.

وفيه: ان نتيجة ثبوت هذا الحق بما انها خروج المال عن ملكه بغير رضا منه، فثبوته ينافي السلطنة المطلقة الثابتة به للمالك، فينتفي به.

الرابع: ان السلطنة المنافية لسلطنة المالك انما هي السلطنة على التصرف في ماله، واما التصرف المزيل للموضوع فلا ينافي السلطنة المنافية في المال.

وبعبارة اخرى: ان هذا الدليل كسائر الأدلة انما يدل على ثبوت الحكم في ظرف ثبوت الموضوع ولا يكون متعرضا لبقاء الموضوع وارتفاعه، وعليه فكما ان هذا الدليل لا يدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض، كذلك لا يدل على عدم سلطنة الغير على ازالتها.

وان شئت قلت: ان هذا الدليل كما لا يدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية، كذلك لا يدل على السلطنة على ابقائها كي تكون سلطنة الغير على ازالتها منافية لسلطنة المالك على ماله.

ولا يتوهم انا ندعي عدم دلالته على تسلط المالك على تمليك ماله للغير. لما عرفت في البحث عن مملكية المعاطاة الفرق بين تمليكه ماله للغير وبين ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض، وان هذا الدليل يدل على ثبوت الأول دون الثاني، وعليه فهو يدل على عدم سلطنة احد على تملك مال الغير بلا عوض او معه، ولا يدل على عدم سلطنته

ومنه يظهر جواز التّمسك بقوله ﷺ لا يحلّ مال امرءٍ الاّ عن طيب نفسه[١] حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير او جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضاه وتوّهم تعلّق الحلّ بمال الغير وكونه مال الغير بعد الرّجوع اوّل الكلام مدفوع بما تقدّم من انّ تعلّق الحلّ بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التّملك ايضاً، فلا يحلّ التّصرف فيه ولا تملّكه الاّ بطيب نفس المالك

على ازالة الملكية عنه بالرجوع ـ فتدبر فانه دقيق.

فالأظهر انه لا يدل على اللزوم.

[١] هذا هو الثالث: من ادلة اللزوم وهو ما دل على انه: لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه(١).

وتقريب الاستدلال به بوجهين كما في دليل السلطنة، بل التقريب الثاني المتقدم هناك في المقام اوضح، فان صريح مدلوله عدم جواز التصرف في مال الغير بلا رضاه، والجواب عن الوجهين ما تقدم.

ويمكن ان يجاب عن التقريب الثاني ـ الذي هو العمدة في المقامين ـ في هذا المقام بجواب آخر وهو:

ان الحلّية من جهة استنادها الى المال لا الى المعاملات ظاهرة في الحلية التكليفية، الا ترى انه لم يحتمل احد في قوله ﷺ كل شيء حلال ان يدل على نفوذ المعاملات.

وبالجملة: لا ريب في ظهورها في الحلّية التكليفية، وقد تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح: ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد، وعليه فهذا الدليل اما لا يشمل الفسخ للعلم بعدم حرمته تكليفا، او يشمله ولا يدل على عدم نفوذه.

---

١) هذا المضمون في كثير من الاخبار راجع الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي والمستدرك ج ١، ص ٢٢٢، وفروع الكافي ج ١، ص ٤٢٦ والاحتجاج ص ٢٦٧.

ويمكن الاستدلال ايضاً بقوله تعالى: ﴿وَلا تَأْكُلُوا اَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ الاّ اَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾.[١] ولا ريب انّ الرّجوع ليست تجارة ولا عن تراض، فلا يجوز اكل المال والتّوهم المتقدّم في السّابق غير جارٍ هنا لأنّ حصر مجوّز اكل المال في التّجارة انّما يراد به اكله على ان يكون ملكاً للأكل لا لغيره[٢] ويمكن التّمسك ايضاً بالجملة المستثنى منها حيث انّ اكل المال ونقله عن مالكه بغير رضى المالك اكل وتصرّف بالباطل عرفاً[٣] نعم بعد اذن المالك الحقيقي وهو الشّارع وحكمه التّسلط على فسخ المعاملة من دون رضى المالك يخرج عن البطلان.

آية التجارة عن تراض

[١] هذا هو الدليل الرابع: وهو قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم[1]﴾.

وقد استدل المصنف بكل من المستثنى والمستثنى منه.

اما الأول: فقد استدل به بتقريبين:

الأول: ما في اول الخيارات وهو انه يدل على جواز الاكل مطلقاً بسبب التجارة عن تراض حتى فيما بعد الفسخ، ولازم ذلك عدم نفوذ الفسخ.

وفيه: ما تقدم في دليل السلطنة من انه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية، حيث انه لا يعلم بقاء الملك بعد الرجوع.

مع انه يتوقف الاستدلال على ارادة جميع التصرفات من الأكل لا التملك.

[٢] التقريب الثاني: ما ذكره في المقام من انه حصر مجوز الاكل في التجارة، والمراد به اكله على ان يكون ملكاً للاكل، ومن المعلوم ان الفسخ ليس تجارة ولا عن تراض.

وفيه: انه قده سيصرح في مبحث الاكراه بان الاستثناء منقطع غير مفرغ، وهو لا يفيد الحصر، وهذا هو الظاهر من هذا الاستثناء كما سيمر عليك، وعليه فلا دلالة لهذه الجملة على الحصر، فلا وجه للاستدلال بها.

[٣] واما المستثنى منه فقد استدل به بتقريب: ان اكل مال الغير وتملكه بغير رضاه

---

١) النساء: ٢٩.

ولذا كان اكل المارة من الثمرة الممرور بها اكلاً بالباطل لولا اذن المالك الحقيقي. وكذا الأخذ بالشّفعة والفسخ بالخيار وغير ذلك من الاسباب القهريّة هذا كلّه مضافا الى ما دلّ على لزوم خصوص البيع، مثل قوله ﷺ البيّعان بالخيار ما لم يفترقا.[١]

اكل وتصرف بالباطل عرفا.

وفيه: اولا: انه وان كان المراد بالباطل هو الباطل العرفى لا الشرعي، الا انه حيث يكون اذن المالك الحقيقي موجبا للخروج عن كونه باطلا، ويحتمل في المقام اذنه في الفسخ، فكون الفسخ من الباطل مشكوك فيه، ومع الشك في صدق الموضوع كيف يتمسك بحكمه.

وثانيا: انه يحتمل اختصاص الاية بالمعاوضات من جهة التعبير بـ﴿اموالكم بينكم﴾ الظاهر في اعطاء مال واخذ مال، والرجوع ليس منها، فانه رد للملك، ويستتبع ذلك رجوع العوض لا انه تملك بعوض.

وثالثاً: ان الفسخ اذا كان حلا للعقد فلا تشمله الاية الشريفة لانه ليس سببا للاكل، بل هو انما يرفع السبب المملك، وبعده يكون الملك بالسبب الأول.

فتحصل: انه لا يصح الاستدلال على اللزوم بهذه الاية الشريفة.

دليل لزوم خصوص البيع

[١] الخامس: قوله ﷺ: البيعان بالخيار ما لم يفترقا.[1]

وتقريب الاستدلال به بعد فرض صدق البيع على المعاطاة والبيّع على المتعاطي. واضح.

واورد عليه.

تارة: بانه يدل على اللزوم الحيثي لا اللزوم من جميع الجهات، ولذا لا ينافي ثبوت خيار الحيوان والشرط ونحوهما.

واخرى: بانه في مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه للتمسك باطلاقه.

وثالثة: بما افاده المحقق النائيني ﷺ وهو انه: انما يدل على اللزوم والجواز

---

١) الوسائل باب ١ من أبواب الخيار حديث ٣ وبمضمونه اخبار أُخر في ذلك الباب.

وقد يستدل ايضاً بعموم قوله تعالى: ﴿اوفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [١] بناءً على انّ العقد

الحقيين لا اللزوم الحكمي، وفي المعاطاة ان ثبت اللزوم فهو حكمي.

وفي الجميع نظر.

اما الأول: فلكونه خلاف اطلاق الخبر.

واما الثاني: فلأنه في مقام جعل الخيار قبل التفرق، واللزوم بعده، ولذا في بعض النصوص قال عليه السلام بعد ذلك: فاذا افترقا فلا خيار لهما.

واما الثالث: فلأن اللزوم مطلقاً حكمي، بمعنى انه مجعول شرعي لا من منشئات المتعاقدين، ولذا لو اوقعا العقد غير قاصدين له بل للجواز لا يتصف العقد الا به كما لا يخفى.

فالأظهر صحة الاستدلال بهذا الوجه للزوم المعاطاة.

آية الوفاء بالعقد

[١] هذا هو الوجه السادس وهو قوله تعالى: ﴿اوفوا بالعقود﴾[1].

وتنقيح القول فيه برسم امور:

الأول: ان العقد غير العهد، فان العهد، هو الجعل والقرار، وهو يشمل العهود الالهية، اي التكاليف وسائر مجعولاته، ولو كان ذلك من قبيل المناصب كالخلافة، كما في قوله تعالى: ﴿لا ينال عهدي الظالمين﴾[2].

واما العقد: فهو ربط شيء بشيء، ومنه عقد الازار لربطه، وعقدة اللسان لارتباطه المانع عن ارساله.

والعقد في اصطلاح الفقهاء في قبال الايقاع، وهذا معنى شامل للارتباطات الواقعة في النفس والارتباطات المتعلقة بالاعتباريات، فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالاخر.

---

١) المائدة، آيه ٢.

٢) البقرة، ١٢٤.

هو مطلق العهد كما في صحيحه عبدالله بن سنان، او العهد المشدّد كما عن بعض اهل اللّغة [١] وكيف كان فلا يختصّ باللّفظ فيشمل المعاطاة

وبما ذكرناه ظهر ان ما في المتن تبعا لجملة من اللغويين وتبعه جمع من المحشين.

[١] من تفسيره بالعهد او المشدد منه، غير صحيح.

كما ان ما افاده المحقق النائينيﷺ في وجه عدم صدق العقد على المعاطاة: بان العقد انما يسمى عقداً لكونه مفيداً للعهد المؤكد والميثاق، اي التزام المتبايعين بما أنشئاه والفعل قاصر عن افادة هذا المعنى، فانه انما يفيد تبديل احد طرفي الاضافة بمثله، ولا يدل على الالتزام المزبور، وهذا بخلاف اللفظ فانه يدل عليه بالالتزام.

غير تام، فان العقد لا دخل للفعل والقول فيه، بل هو امر نفساني، يكون الكاشف عنه تارة القول واُخرى الفعل.

الثاني: ان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه، والايفاء عبارة عن الاتمام والانهاء، وعليه فان كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده، وان كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على ملكية عين بعوض كان الوفاء به اتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه.

وبذلك يظهر امران.

الأول: ان ما افاده بعضهم من ان المراد بالوفاء بالعقد في المقام تسليم العوضين، غير تام، اذ العقد لم يتعلق بترتيب آثار الملك، فهو اجنبي عن الوفاء به.

الثاني: ان ما افاده المحقق الايرواني‌ﷺ من ان العقد على النتيجة لا يكون مشمولا للاية ـ اذ العقد عليها اما ان يؤثر في وقوعها اولا، وعلى كل حال لا عمل خارجي له من العاقد حتى يخاطب بخطاب اوفوا.

في غير محله.

الثالث: أن الأمر بالوفاء اما ان يكون ارشاديا، او يكون امرا مولويا نفسيا، وعلى الأول: حيث انه لا معنى لكونه ارشادا الى الصحة ـ لما عرفت من ان الوفاء بالعقد في المقام عبارة عن اتمامه وعدم رفع اليد عنه وهذا فرع نفوذه وصحته ـ فلا محالة يكون

وكذلك قوله‌ﷺ المؤمنون عند شروطهم[١] فانّ الشّرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللّفظ.

ارشادا الى اللزوم.

وقد ادعى المحقق النائيني ظهوره في ذلك بدعوى انه كما يكون للأمر والنهي في باب المركبات ظهور ثانوي في الارشاد الى الجزئية والمانعية، كذلك في المعاملات يكون، ارشادا الى حكم وضعي، وهو في المقام اللزوم وعدم تأثير الفسخ والرجوع، فعلى هذا دلالته على لزوم المعاطاة واضحة، ولكن لم يثبت هذا الظهور.

وان كان مولويا نفسيا: فيمكن تقريب دلالته على اللزوم وعدم تأثير الفسخ بوجهين:

احدهما: ان وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ لو كان فانما هو بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، ولا يحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق، ومن عدم الحق يستكشف عدم تأثيره.

ثانيهما: الاجماع على انه لو كان حراما كان غير مؤثر، وانه لو كان مؤثرا لما كان حراما.

فتحصل: ان الأظهر دلالة هذه الاية الشريفة على اللزوم في المعاطاة.

دليل الشرط

[١] هذا هو الوجه السابع: وهو قوله‌ﷺ: المسلمون عند شروطهم.(١)

وتقريب الاستدلال به على المشهور: ان الشرط لغة: مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

وفيه ان الاستدلال به على اللزوم انما يتوقف على امرين:

صدق الشرط على المعاملات كالبيع.

ودلالته على اللزوم.

---

١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

.....

اما الأول: فمع قطع النظر عما سيأتي في مبحث الشروط من الكلام في صدق الشرط على الالتزامات المعاملية، حيث انه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن التزام لا يصدق الشرط على الالتزام الابتدائي.

وبعبارة اخرى: الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، ولذا قال في محكي القاموس: الشرط الزام الشيء او التزامه في البيع ونحوه، ولا يصدق على الالتزام المستقل الابتدائي، فلا يصدق الشرط على البيع.

واما الثاني: فالأظهر انه انشاء حكم تكليفي لا وضعي، وذلك لان مضمونه لو كان عدم انفكاك الشرط عن المؤمن كان يحتمل ارادة اللزوم منه او الصحة، ولكن بما ان مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه ـ وهذا ليس صفة في الشرط كي يكون ذلك ارشادا الى صحته او لزومه بل هو صفة في المؤمن ـ فلا محالة يكون ظاهرا في كونه أمراً بالوفاء بالشرط تكليفا. وعليه فيجري فيه ما ذكرناه في دليل وجوب الوفاء بالعقد. فراجع.

الثامن: السيرة العقلائية، فانها قائمة على لزوم كل معاملة صحيحة.

وبعبارة اخرى: ان العقلاء ـ بما هم عقلاء ـ ملتزمون بعدم جواز الرجوع في كل معاملة بنوا على صحتها، وحيث ان الشارع الاقدس لم يردع عنها ـ لما ستعرف من عدم تمامية ما استدل به على عدم اللزوم ـ فيستكشف من ذلك امضائه لها.

التاسع: النصوص الخاصة استدل بها السيد الفقيه.

مثل صحيح جميل عن الامام الصادق الوارد فيمن اشترى طعاما وارتفع او نقص في القيمة وقد اكتال بعضه فابى صاحب الطعام ان يسلم له ما بقي وقال: ان لك ما قبضت، فقال: ان كان يوم اشتراه ساعره على انه له فله ما بقي.[1]

---

١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب احكام العقود حديث ٣.

والحاصل انّ الحكم باللّزوم في مطلق الملك وفي خصوص البيع، مما لا ينكر الاّ انّ الظّاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة[١] بل ادّعاه صريحاً بعض الاساطين في شرح القواعد ويعضده الشّهرة المحقّقة بل لم يوجد به قائل الى زمان بعض متأخّرى المتأخّرين فان العبارة المحكيّة عن المفيدﷺ في المقنعة لا تدلّ على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به فانّ المحكيّ عنه انّه قال: ينعقد البيع، على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له اذا عرفاه جميعاً وتراضيا بالبيع وتقابضا وافترقا بالابدان، انتهى.

وجه الدلالة: انهﷺ حكم باللزوم بمجرد المساعرة، وان لم يكن الانشاء باللفظ ونحوه غيره.

وفيه: ان هذه النصوص واردة في مقام بيان حكم آخر فلا يصح التمسك باطلاقها.

فتحصل مما ذكرناه: ان الاستصحاب، والسيرة ودليل وجوب الوفاء بالعقد، ودليل لزوم البيع بالخصوص، تدل على لزوم المعاطاة.

ادلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها

المورد الثاني: فيما استدل به على عدم اللزوم:

وهو امور.

[١] احدها: الاجماع.

وتقريبه من وجهين:

الأول: الاجماع البسيط على عدم اللزوم، وقد ادعاه غير واحد.

وفيه: اولا: انه غير ثابت، كيف وان ظاهر ما عن العلامةﷺ في التذكرة والمختلف من نسبة اعتبار الصيغة في اللزوم الى الأشهر والاكثر وجود قائل معتد به بعدم الاعتبار.

ويقوى ارادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين وتأثيره في اللّزوم وكانّه لذلك حكى كاشف الرّموز عن المفيد والشّيخ﵉ انّه لابدّ في البيع عندهما من لفظ مخصوص وقد تقدّم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً وهو نصّ فى عدم اللّزوم ولا يقدح كونه ظاهراً في عدم الملكية الّذى لا نقول به وعن جامع المقاصد يعتبر اللّفظ في العقود اللاّزمة بالاجماع.

نعم قول العلاّمة﵀ في التّذكرة انّ الاشهر عندنا انّه لابدّ من الصّيغة يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به في المسألة ولو كان المخالف شاذّ العبر بالمشهور وكذلك نسبته في المختلف الى الأكثر وفي التّحرير انّ الأقوى انّ المعاطاة غير لازمة، ثمّ لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم او اكثرهم الى انّها ليست مملّكة، وانّما تفيد الاباحة لم يكن هذا الاتّفاق كاشفاً[١] اذ القول باللّزوم فرع الملكية ولم يقل بها الاّ بعض من تأخّر عن المحقّق الثّانى تبعاً له، وهذا ممّا يوهن حصول القطع بل الظّن من الاتّفاق المذكور

---

[١] وثانيا: ان اغلب المجمعين بانون على عدم افاده المعاطاة للملكية، فيكون الاتفاق تقييديا لا يفيد. ولا يكون كاشفا اذ القول باللزوم فرع الملكية ولا يقول الاكثر بها.

وثالثاً: ان مدرك المجمعين معلوم، فلا يكون اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم.

الثاني: الاجماع المركب.

بتقريب: ان الأصحاب بين من يقول بعدم افادتها الملك، ومن يقول بعدم لزومها. فالقول باللزوم احداث للقول الثالث.

وفيه: اولا: انه ليس اجماعا لوجود القائل باللزوم.

وثانيا: ان ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم كما تقدم.

وثالثا ان كون الأصحاب على قولين لا يفيد في الاجماع المركب ما لم يكن اجماعا على عدم الثالث، وفي المقام، حيث ان القائلين بعدم افادتها الملك لم يصرحوا

لانّ قول الأكثر بعدم اللّزوم سالبة بانتفاء الموضوع. نعم يمكن ان يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور انّ اصحابنا بين قائل بالملك الجائز وبين قائل بعدم الملك رأساً. فالقول بالملك اللاّزم قول ثالث فتأمّل.

وكيف كان فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام عن قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل لما ذكرنا وان كان هذا لا يقدح في الاجماع على طريق القدماء كما بيّن في الأصول.

وبالجملة فما ذكره في المسالك من قوله بعد ذكر قول من لم يعتبر مطلق اللّفظ في اللّزوم ما احسنه وما امتن دليله ان لم ينعقد الاجماع على خلافه في غاية الحسن والمتانة والاجماع، وان لم يكن محقّقاً على وجه يوجب القطع الاّ انّ المظنون قوّياً تحقّقه على عدم اللّزوم مع عدم لفظ دالّ على انشاء التّمليك سواء لم يوجد لفظ اصلاً ام وجد، ولكن لم ينشأ التّمليك به بل كان من جملة القرائن على قصد التّمليك بالتّقابض. وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار[١] بل يظهر منها انّ ايجاب البيع باللّفظ دون مجرد التّعاطي كان متعارفاً بين اهل السّوق و التّجار،

بعدم اللزوم على تقدير القول بالملك، فلا يفيد.

الثالث: الاخبار الخاصة التي اشار اليها المصنف بقوله.

[١] ويظهر ذلك من غير واحد من الأخبار.

ويمكن ان يكون نظره الى ما تقدم في ادلة افادة المعاطاة الملك من الخبر الوارد في بيع المصحف[١] والوارد في بيع اطنان القصب[٢].

ويمكن ان يكون نظره الى ما سينقله من الأخبار التي ادعى اشعارها او ظهورها.

فان كان نظره الى الأول فيرد عليه ما تقدم، وان كان الى الثاني فسيأتي ما فيه.

---

١) الوسائل، باب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

٢) الوسائل باب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه.

بل يمكن دعوى السّيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة الّتى يراد بها عدم الرّجوع بمجرّد التّراضى[١]. نعم ربّما يكتفون بالمصافقة فقول البائع بارك الله لك او ما ادّى هذا المعنى بالفارسية. نعم يكتفون بالتّعاطى في المحقّرات ولا يلتزمون بعدم جواز الرّجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرّجوع مع بقاء العينين. نعم الاكتفاء في اللّزوم بمطلق الانشاء القولى غير بعيد للسّيرة ولغير واحد من الاخبار كما سيجىء ان شاء الله تعالى فى شروط الصيغة

---

[١] الرابع سيرة المتشرعة، فان بناءهم في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع على عدم الاكتفاء بالمعاطاة، وفي المحقرات ينكرون على من امتنع عن الرجوع مع بقاء العينين اذا كان انشاء البيع بالتعاطي.

وفيه: ان هذه السيرة لم يثبت كونها مستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام، بل يحتمل قويا كونها مستندة الى فتوى المراجع والفقهاء، فلا تفيد.

الخامس: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، وحاصله: ان اللزوم على قسمين: لزوم حكمي، ولزوم حقي.

والأول: انما هو ما يجعله الشارع الأقدس في موارد لمصلحة تدعو الى ذلك كما في الهبة بذي الرحم، واثر هذا عدم جواز جعل الخيار وعدم صحة الاقالة، ويقابل هذا الجواز الحكمي كما في الهبة بغير ذي الرحم، واثره عدم جواز الاسقاط.

والثاني: انما يكون بانشاء المتعاقدين كما في البيع اللفظي، فان البائع ينشأ باللفظ امرين: احدهما: تبديل أحد طرفي الأضافة بمثله، ثانيهما: الالتزام ببقاء بدلية المبيع للثمن.

والأول مدلول مطابقي للفظ، والثاني مدلول التزامي له ويقابل هذا الجواز الحقي وهو ما جعل فيه الخيار.

وفي المعاطاة ليس شيء من اللزومين، اما الأول: فلعدم الدليل عليه، واما الثاني: فلأن الفعل قاصر عن افادة الالتزام ببقاء البدلية وان قصد المتعاقدان ذلك، اذ مجرد البقاء القلبي ما لم ينشأ لا يفيد في باب المعاوضات، والفعل من جهة عدم كونه مصداقاً لهذا العنوان لا يصلح لكونه انشاءاً له، فادلة اللزوم من جهة تضمنها اللزوم الحقى

بقى الكلام في الخبر الّذى تمسّك به في باب المعاطاة تارة على عدم افادة المعاطاة اباحة التّصرف، واخرى على عدم افادتها اللّزوم جمعاً بينه وبين ما دلّ على صحة مطلق البيع، كما صنعه في الرّياض وهو قوله‌ﷺ انّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام وتوضيح المراد منه يتوقّف على بيان تمام الخبر، وهو ما رواه ثقة الاسلام في باب بيع ماليس عنده والشّيخ في باب النّقد والنّسيئة عن ابن ابى عمير عن يحيى بن الحجّاج عن خالد بن الحجّاج او ابن نحيج، قال: قلت لأبى عبدالله‌ﷺ الرّجل يجيئنى ويقول اشتر لى هذا الثّوب واربحك كذا وكذا فقال: اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك قلت: بلى، قال: لا بأس انّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام.[١] وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات اخر مجرّدة عن قوله‌ﷺ انّما يحلّل انتهى. كلّها تدلّ على انّه لا بأس بهذه المواعدة والمقاولة ما لم يوجب بيع المتاع قبل ان يشتريه من صاحبه. ونقول انّ هذه الفقرة مع قطع النّظر عن صدر الرّواية تحتمل وجوهاً:

ـ الذي لا يمكن القول به في المعاطاة ـ لا تشملها، وتختص بالبيوع اللفظية، فتكون المعاطاة جائزة لا بالجواز الحكمي التعبدي ولا بالجواز الحقي من جهة عدم تحقق منشأ اللزوم.

وفيه: اولا: ان اللزوم مطلقاً يكون بجعل الشارع، ولذا لو قصد المتعاقدان الجواز في البيع اللفظي لما حكم به، غاية الأمر في بعض الموارد جعل حق الخيار والاقالة، وفي بعض الموارد لم يجعل ذلك والا فاللزوم مطلقا انما يكون بجعل منه وعليه فالادلة الدالة على لزوم البيع انما تكون دالة على لزوم المعاطاة كالبيع اللفظي بلا فرق بينهما اصلا.

وثانيا: ان الفعل كما يكون قاصرا عن افادة الالتزام ببقاء البدلية، كذلك اللفظ قاصر عن افادته، اذ ليس ذلك لازما لقصد تبديل المال بالمال كي يكون اللفظ الدال عليه دالا عليه بالدلالة الالتزامية.

[١] السادس: خبر خالد بن نجيح[1] ـ او الحجاج ـ المذكور فى المتن.

---

١) الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود حديث ٤.

الأول: ان يـــراد مـن الكـلام فـي المـقامين اللّـفظ الدالّ عـلى التّـحريم والتّحليل[١] بمعنى انّ تحريم شيء، وتحليله لا يكون الاّ بالنطق بهما فلا يتحقّق بالقصد المجرّد عن الكلام ولا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون الاقوال.

وتقريب الاستدلال به: انه﵀ حصر المحلل والمحرم في الكلام ـ اي اللفظ ـ فلا يكون الفعل محللا ومحرما.

وفيه أنّ هذا الحديث مجهول على تقدير وحسن على تقدير آخر، اذ لو كان الخبر مرويا عن ابن نجيح فهو مجهول، ولو كان عن ابن الحجاج يكون حسنا، وحيث لم يثبت كونه عن ابن الحجاج فمن حيث السند لا يتم الاستدلال به.

واما من حيث الدلالة فقد ذكر المصنف﵀ للمراد من الجملة التي ذكرت علة، اي قوله﵀ انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ـ احتمالات اربعة، وستمر عليك.

وهنا احتمال خامس لعله الظاهر من الخبر ذكره صاحب الجواهر﵀ والمـحقق الخراساني والمحقق الاصفهاني والمحقق الايرواني.

وحاصله: ان المـراد بـالكلام الالتزام البيعي، والمـراد بـالمحللية والمـحرمية المنسوبتين اليه محللية الايجاب للمبيع على المشتري والثمن على البـائع، ومـحرمية المبيع على البائع والثمن على المشتري، واطلاق الكلام على الالتزام شائع، مثل «كلام الليل يمحوه النهار».

فالمتحصل من الخبر: ان المشتري حيث انه ان شاء اخذ وان شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة، وانما الواقع صرف المواعدة والمقاولة، فلا بأس لعدم كونه حينئذٍ من بيع ما ليس عنده، وهذا بخلاف ما اذا تحقق ايجاب البيع، وانطباق هذه الجملة على جوابه﵀ على هذا في غاية الوضوح، وعليه فهذا الخبر اجنبي عما استدل به له وهو اعتبار اللفظ في اللزوم.

واما الاحتمالات التي ذكرها المصنف﵀ فشيء منها لا يخلو عن الاشكال، وهي اربعة.

[١] الأول: ان يكون المراد بالكلام اللفظ، فيكون المراد انحصار المحلل والمحرم باللفظ دون القصد المجرد، ودون الفعل مع القصد.

الثاني: ان يراد بالكلام: اللّفظ مع مضمونه كما في قولك: هذا الكلام صحيح او فاسد لا مجرّد اللّفظ اعنى الصّوت ويكون المراد انّ المطلب الواحد يختلف الحكم الشّرعى حلاً وحرمة باختلاف المضامين المؤدّات بالكلام مثلاً: المقصود الواحد وهو التسليط على البضع مدّة معيّنة يتأتى بقولها ملّكتك بضعى او سلّطتك عليه او اجرتك نفسى او احللتها لك وبقولها متّعت نفسى بكذا، فما عدا الاخير موجب لتحريمه والاخير محللّ[١] وعلى هذا المعنى ورد قولهعليه السلام انّما يحرّم الكلام في عدّة من روايات المزارعة.

منها ما في الّهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبى الرّبيع الشّامى عن أبى عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن الرّجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر وثلثا للبقر، فقال لا ينبغى له ان يسمّى بذراً ولا بقراً، ولكن يقول لصاحب الأرض ازرع في ارضك ولك منها كذا وكذا نصف او ثلث او ما كان من شرط ولا يسمى بذراً ولا بقراً فانّما يحرّم الكلام.

ويرد عليه امور:

منها: لزوم تخصيص الاكثر، فان التذكية تحلل الحيوان، وذهاب الثلثين يحلل العصير المغلي بالنار، وانقلاب الخمر خلا يحلل الخمر، والحيازات تحلل الأموال، وموت المورث يحلل المال للورثة، الى غير تلكم من الموارد.

ومنها: ان لازم هذا عدم افادة المعاطاة الاباحة ولا التمليك، وهو خلاف الاجماع.

ومنها: عدم انطباقه على جواب الامام عليه السلام، فانه في صدد بيان ان بيع ما ليس عنده فاسد، وان مجرد المقاولة لا بأس به، وعليه فالتعليل المذكور غير مربوط بهذا كما لا يخفى.

[١] الثاني: ان يكون المراد ان المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الالفاظ المفيدة له، مثلا التسليط على البضع مدة معينة يتحقق بمتعت نفسي بكذا، ويكون هذا محللا له، ولا يتحقق بملكتك بضعي بكذا، ويكون هذا محرما له.

ويرد عليه:

اولا: انه لا ينطبق على المورد، فان في المورد مضمونين احدهما: المواعدة: وثانيهما: البيع، والامام عليه السلام بصدد بيان ان الأول لا بأس به والثاني فيه باس

الثالث: ان يراد بالكلام في الفقرتين الكلام الواحد ويكون تحريمه وتحليله باعتبار وجوده وعدمه فيكون وجوده محلّلاً وعدمه محرّماً أو بالعكس أو باعتبار محلّه وغير محلّه، فيحلّ في محلّه ويحرّم في غيره[١] ويحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

الرابع: ان يراد من الكلام المحلّل خصوص المقاولة والمواعدة ومن الكلام المحرّم ايجاب البيع وايقاعه[٢] ثمّ ان الظّاهر عدم ارادة المعنى الأول لأنّه مع لزوم تخصيص الأكثر حيث انّ ظاهره حصر اسباب التّحليل والتّحريم في الشّريعة، في اللّفظ يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السّؤال مع كونه كالتّعليل له لأنّ ظاهر الحكم كما يستفاد من عدّة روايات أُخر تخصيص الجواز بما اذا لم يوجب البيع على الرّجل قبل شراء المتاع من مالكه ولا دخل لاشتراط النّطق في التّحليل والتّحريم في هذا الحكم اصلاً، فكيف يعلل به

وثانيا: ان التحريم على هذا ليس مستنداً الى الكلام.

وثالثا: ان المناسب لهذا المعنى تنكير الكلام في الموردين:

[١] الثالث: ان يكون المراد بالكلام في الموردين الكلام الواحد، ويكون تحليله وتحريمه باعتبار وجوده وعدمه، او باعتبار محله وغير محله، مثل: عقد النكاح يحلل اذا كان العاقد محلا، ويحرم اذا كان محرما.

ويرد عليه: ان التحليل والتحريم باعتبار الوجود والعدم في غاية البعد، فانه مضافا الى ان الظاهر منه ما هو بالحمل الشائع كلام ـ الا ترى انه لم يحتمل احد ارادة العدم في غير المقام، مثلا لم يحتمل احد في قوله تعالى ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ ان المراد عدم الحج ـ ان تقدير العدم ينافي وحدة السياق.

مع ان نسبة المحللية الى عدم الشيء لا تصح، اذ العدم لا يؤثر في الصحة.

واما باعتبار وقوع الكلام في محله وفي غير محله فهو ايضاً لا يتم، اذ الايجاب الواقع في غير محله لا يكون محرما، لان عدم الحلّية انما يكون لعدم حصول الايجاب الصحيح لا لحصول الايجاب الفاسد.

[٢] الرابع: ان يراد بالكلام المحلل خصوص المقاولة، ومن الكلام المحرم ايجاب

وكذا المعنى الثّاني، اذ ليس هنا مطلب واحد حتّى يكون تأديته بمضمون محلّلاً وبآخر محرّماً، فتعيّن المعنى الثّالث وهو انّ الكلام الدّال على الالتزام بالبيع لا يحرّم هذه المعاملة الاّ وجوده قبل شراء العين الّتي يريدها الرّجل لأنّه بيع ما ليس عنده ولا يحلّل الاّ عدمه، اذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع، لم يحصل الاّ التّواعد بالمبايعة هو غير مؤثّر فحاصل الرّواية انّ سبب التّحليل والتّحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدماً ووجوداً والمعنى الرّابع، وهو ان المقاولة والمراضاة مع المشترى الثّاني، قبل اشتراء العين محلّل للمعاملة وايجاب البيع معه محرّم لها وعلى كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدّلالة على اعتبار الكلام في التّحليل كما هو المقصود في مسألة المعاطاة.

نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر[١] بعد ما عرفت من أنّ المراد بالكلام هو ايجاب البيع: بأن يقال أنّ حصر المحلّل والمحرّم في الكلام لا يتأتى الاّ مع انحصار ايجاب البيع في الكلام اذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلّل والمحرّم في الكلام الاّ ان يقال انّ وجه انحصار ايجاب البيع في الكلام في مورد الرّواية هو عدم امكان المعاطاة في خصوص المورد اذ المفروض أنّ المبيع عند مالكه الأوّل،

البيع. وبعبارة اخرى: يكون المراد ان العبارة الواحدة يختلف حكمها باعتبار قصد الانشاء منها او صرف المقاولة.

ويرد عليه: ان المقاولة لا تكون محللة لشيء، كما ان البيع الفاسد لا يحرم شيئاً.

ويمكن تصوير احتمالات اخر في الخبر، الا انه لا يهمنا التعرض لها، وقد عرفت ان الأظهر هو ما اخترناه تبعا للاساطين، وعليه فالخبر اجنبي عن المقام.

[١] قوله: نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر.

هذا لا يتم بناءاً على الاحتمال الذي استظهرناه.

واما بناءاً على ما استظهره المصنف﵀ من الخبر فغاية ما يمكن ان يقال في تقريب دلالة الخبر على اعتبار اللفظ في البيع: انه حصر المحلل والمحرم في الكلام، ولو لم ينحصر ايجاب البيع به ووقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرم في الكلام.

ولكنه غير تام، اذ الحصر على الاحتمال الرابع لوحظ بالاضافة الى الايجاب

فتامل[١] وكيف كان فلا يخلو الرواية عن اشعار او ظهور كما يشعر به قوله عليه السلام في رواية اخرى واردة في هذا الحكم ايضاً، وهى رواية يحيى بن الحجّاج عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل، قال لى اشتر لى هذا الثّوب او هذه الدّابة وبعينها ارابحك فيها كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك اشترها ولا تواجبه البيع قل ان تستوجبها او تشريها، فانّ الظّاهر انّ المراد من مواجبة البيع[٢] ليس مجرد اعطاء العين للمشتري ويشعر به ايضاً رواية العلاء الواردة في نسبة الرّبح الى اصل المال، قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام الرّجل يريد ان يبيع بيعاً فيقول ابيعك بده دوازده او ده يازده فقال: لا بأس انّما هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة فانّ ظاهره على مافهمه بعض الشّراح انّه لا يكره ذلك في المقاولة الّتى قبل العقد، وانّما يكره حين العقد وفي صحيحة ابن سنان: لا بأس بأن تبيع الرّجل المتاع ليس عندك تساومه. ثمّ تشترى له نحو الّذى طلب، ثمّ توجبه على نفسك ثم تبيعه منه بعد.

في مقابل المقاولة لا بالاضافة الى اللفظ في قبال الفعل مثلا. وعلى الاحتمال الثالث لوحظ بالاضافة الى وجود الايجاب في قبال عدمه، او بالاضافة الى وقوعه في محله في مقابل وقوعه في غير محله.

نعم لو كان للوصف مفهوم صح ما ذكر.

[١] قوله فتامل.

لعله اشارة الى انه فى المعاطاة لا يعتبر الاعطاء من الطرفين بل يكفى الاعطاء من طرف واحد فلو اعطى المشترى الثمن قاصدا به الاستيجاب واخذه البايع بقصد الايجاب تحقق البيع على كلام ياتى.

او الى انه لا دلالة فى الخبر على عدم كون المبيع عنده خارجا بل ظاهر قوله اشترلى هذا الثوب هو حضور الثوب عندهما.

[٢] قوله فان الظاهر ان المراد من مواجبة البيع ليس مجرد اعطاء العين.

الانصاف انه لا اشعار فى شيء من هذه النصوص[١] بذلك فضلا عن الظهور.

فتحصل: ان الاظهر بحسب الادلة ان المعاطاة تفيد الملك وتكون لازمة.

---

١) راجع الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود.

وينبغي التّنبيه على امور:

الأول: الظّاهر انّ المعاطاة قبل اللّزوم على القول بافادتها الملك بيع[١] بل الظّاهر من كلام المحقّق الثّاني في جامع المقاصد انّه ممّا لا كلام فيه حتّى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلاّمة في النّهاية ودلّ على ذلك تمسّكهم له بقوله تعالى: ﴿اَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾. وامّا على القول بافادتها للاباحة فالظّاهر انّه بيع عرفي لم يؤثّر شرعاً الاّ الاباحة فنفي البيع عنها في كلامهم ومعاقد اجماعهم هو البيع المفيد شرعاً للّزوم زيادة على الملك هذا على ما اخترناه سابقاً من انّ مقصود المتعاطيين في المعاطاة التّملك والبيع. وامّا على ما احتمله بعضهم بل استظهره من انّ محلّ الكلام هو ما اذا قصدا مجرّد الاباحة فلا اشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً وعلى هذا فلابدّ عند الشّك في اعتبار شرط فيها من الرّجوع الى الأدلة الدّالة على صحة هذه الاباحه العوضية من خصوص او عموم وحيث انّ المناسب لهذا القول التّمسك في مشروعيّته بعموم النّاس مسلّطون على اموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطيّة غير ماثبت شرطيّته كما انّه لو تمسّك لها بالسّيرة كان مقتضى القاعدة العكس.

والحاصل انّ المرجع على هذا عند الشّك في شروطها هي ادلّة هذه المعاملة سواء اعتبرت في البيع ام لا.

وامّا على المختار من انّ الكلام فيما قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع[٢] مطلقاً ام لا، كذلك ام يبتنى على القول بافادتها للملك والقول بعدم افادتها الاّ الاباحة وجوه.

اعتبار شرائط البيع فيها

[١] قوله الظاهران المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع.

هذا هو التنبيه الاول من التنبيهات التى يتعرض لها المصنف.

وهو ان المعاطاة هل هي بيع يترتب عليه جميع احكام البيع ام لا، ام هناك تفصيل بين المسالك.

وحق القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

[٢] الأول: في انه هل يعتبر في المعاطاة شروط البيع كمعلومية العوضين ووجوب

يشهد للأول: كونها بيعاً عرفاً فيشترط فيها جميع مادلّ على اشتراطه في البيع[١]

التقابض في الصرف والسلم وغيرهما، وهل تلحقها احكامه ككون تلف المبيع قبل القبض من مال بائعه ام لا؟

الثاني: في انه هل يجرى فيها الربا ام لا.

الثالث: في جريان الخيار فيها.

اما الأول: فان قلنا ان المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة للملك ولا تكون بيعا، فان كان دليل امضائها مما له اطلاق كـ﴿اوفوا بالعقود﴾[1]. ونحو ذلك.

فالأظهر عدم اعتبار شيء من الشرائط فيها، اذ تلك شرائط للبيع على الفرض، والمعاطاة ليست بيعا، ومقتضى اطلاق ذلك الدليل عدم اعتبارها فيها بناءاً على ما عرفت من صحة التمسك باطلاق ادلة المعاملات لنفي اعتبار ما شك في اعتباره في الأسباب وان كانت الفاظها اسامي للمسببات.

وان كان دليل امضائها السيرة التى ليس لها اطلاق، فان فرضت على عدم اخذ ذلك الشيء في مقام التعاطي فعدم الاعتبار واضح، وان لم يثبت ذلك فلابد من رعايتها لقصور الدليل اللبي، والأصل يقتضي عدم ترتب الأثر عليها عند فقدها.

وبه يظهر حال المعاطاة المقصود بها الاباحة.

واما ان لم نقل بانها معاوضة مستقلة وقصد بها الملكية، فتارة: نقول انها تفيد الملك اللازم، واخرى: نقول انها تفيد الملك الجائز، وثالثة: نقول انها تفيد الاباحة.

[١] فان قلنا انها تفيد الملك اللازم فالأظهر اعتبار جميع الشروط فيها ولحوق جميع احكامه لها، وذلك لان دليل اعتبار ذلك الشرط ان كان له اطلاق يدل على اعتباره في البيع الشرعي مطلقا فالأمر واضح لانها بيع، وان لم يكن له اطلاق ـ كما اذا ثبتت شرطية شيء للبيع بالاجماع.

فقد يتوهم انه من جهة ذهاب جمع من المجمعين الى عدم كون المعاطاة بيعا

---

١) المائدة، ٢.

ويؤيّده انّ محلّ النّزاع بين العامّة والخاصّة في المعاطاة هو انّ الصّيغة معتبرة في البيع كسائر الشّرائط ام لا، كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثير من العامّة والخاصّة فما انتفي فيه غير الصّيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان، وان فرض مشاركاً له في الحكم ولذا ادّعى في الحدائق انّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة اذا استكمل شروط البيع

لا يكون اجماع على اعتباره في المعاطاة، فلا وجه لاعتباره فيها.

ولكنه توهم فاسد، فانه فرق بين موارد التخصيص والتخصص.

توضيح ذلك: انه تارة: ينعقد الاجماع على وجوب اكرام العلماء، ولكن المجمعين مع بنائهم على ان النحويين من العلماء ذهبوا ـ او جمع منهم ـ الى عدم وجوب اكرامهم.

وفي هذا المورد يؤخذ بالمتيقن ويحكم بعدم وجوب اكرام النحويين واختصاص الاجماع بغيرهم.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

واخرى: ينعقد على وجوب اكرام كل عالم، الا ان جماعة منهم ذهبوا الى عدم وجوب اكرام النحويين لبنائهم على انهم ليسوا بعلماء.

فمثل هذا الاجماع لا يؤخذ منه بالقدر المتيقن، فلو كان النحوي عندنا من العلماء نحكم بوجوب اكرامه.

والمقام من قبيل الثاني، اذ من يقول بعدم اعتبار ذلك الشرط في المعاطاة انما يقول به لاجل انه لا يراها بيعا، وعليه فلا وجه للاخذ بالمتيقن من الاجماع.

وبالجملة: فتاوى العلماء من قبيل النص انما يرجع اليها في تعيين الحكم الكلي، واما صدق الموضوع على فرد وعدمه فلابد فيه من التماس وجه آخر.

ولا فرق فيما ذكرناه بين كون مدرك افادة المعاطاة الملك واللزوم هي ادلة امضاء البيع ام كان هي السيرة.

وعن المحقق الاصفهاني: انه ان كان دليل نفوذ المعاطاة هي السيرة وقد فرضت

غير الصّيغة المخصوصة، وانّها تفيد اباحة تصرّف كل منهما فيما صار اليه من العوض، ومقابل المشهور في كلامه قول العلاّمة﵀ في النّهاية بفساد المعاطاة كما صرّح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.

على عدم اخذ ذلك الشيء ـ الذي دل النص مثلا على اعتباره في البيع الشرعي مطلقاً في مقام التعاطي ـ كانت مخصصة لدليل اعتبار الشرط ودالة على اختصاصه بالقولي.

وفيه: ان المراد بهذه السيرة ان كان هي السيرة العقلائية فلا يعقل كونها مخصصة لدليل اعتبار ذلك للشرط، فان ذلك الدليل انما يدل على دخله في البيع الشرعي ـ كما سيمر عليك ـ فلا محالة لابد من تقديمه على السيرة على عدم اخذه في البيع العرفي كما لا يخفى.

وان اريد بها سيرة المتشرعة المستمرة كان ما ذكر تاما ـ ان ثبتت ـ لكن دون اثباتها خرط القتاد.

فالأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على هذا المسلك ولحوق جميع احكامه لها.

وان قلنا: انها تفيد الملك الجائز، ففيها اقوال ووجوه:

احدها: اعتبار جميع شرائط البيع فيها.

الثاني: عدم اعتبار شيء منها فيها.

الثالث: التفصيل بين الشرائط التي ثبت اعتبارها بالنص فتعتبر فيها، وما ثبت اعتباره فيها بالاجماع فلا يعتبر.

الرابع: التفصيل بين ان يكون دليل نفوذ المعاطاة الادلة اللفظية فتعتبر فيها شرائط البيع.

وبين ان يكون دليل النفوذ السيرة فلا تعتبر فيها.

والأظهر هو الأول، لان الأدلة الدالة على اعتبار الشرائط في البيع تدل على اعتبارها في كل ما يصدق عليه البيع سواء اكانت من الادلة اللفظية او اللبية، والمعاطاة بيع على الفرض.

ويشهد للثاني: انّ البيع في النّص والفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللّزوم[١] وثبت له الخيار في قولهم البيّعان بالخيار مالم يفترقا ونحوه. امّا على القول بالاباحة فواضح لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشّارع والمتشرّعة اذ لا نقل فيه عند الشّارع فاذا ثبت اطلاق الشّارع عليه في مقام فنحمله على الجرى على ماهو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النّقل في نظرهم. وقد تقدّم سابقاً في تصحيح دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً، بيان ذلك؛ وامّا على القول بالملك فلأنّ المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللّزوم في قولهم البيّعان بالخيار وقولهم انّ الأصل في البيع اللّزوم، والخيار انّما ثبت لدليل وانّ البيع بقول مطلق من العقود اللاّزمة وقولهم البيع هو العقد الدّال على كذا ونحو ذلك.

وبالجملة فلا يبقى للمتأمّل شكّ في انّ اطلاق البيع في النّص والفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه الاّ بفسخ عقده بخيار او بتقايل،

---

[١] واستدل للثاني في المتن: بأن البيع اذا وقع موضوعا في النص والفتوى للاحكام ظاهر فيما حكم فيه باللزوم والمعاملة اللازمة من غير جهة الخيار، ولذا قالوا: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وقالوا: الأصل في البيع اللزوم والخيار انما ثبت لدليل، وقالوا: ان البيع من العقود اللازمة.

وبالجملة: البيع في النصوص وكلمات العلماء ظاهر فيما كان مبنيا على اللزوم الذي لو ثبت فيه الجواز كان جوازاً حقيا والمعاطاة وان كانت بيعا الا انها محكومة بالجواز الحكمي، فلا تشملها ادلة الشرائط.

وفيه: اولا: ان اللزوم والجواز على ما اعترف به سابقاً من احكام السبب لا من خصوصيات المسبب، والبيع اسم للمسبب، فلا مورد لدعوى انصراف البيع الى البيع اللازم.

وثانيا: انه لو سلم كون البيع قسمين: لازما وجائزاً، ولكن لا وجه لدعوى الانصراف الى اللازم، لأن الغالب تحقق البيع بالتعاطي، وعلى فرض التنزل لا غلبة للقولي، مضافاً الى ان الغلبة لا تكون منشأ للانصراف.

ووجه الثّالث ما تقدّم للثّاني على القول بالاباحة: من سلب البيع عنه، وللأوّل على القول بالملك من صدق البيع عليه، حينئذ وان لم يكن لازماً، ويمكن الفرق بين الشّرط الّذى ثبت اعتباره في البيع من النّص فيحمل على البيع العرفي وان لم يفد عند الشّارع الاّ الاباحة وبين ماثبت بالاجماع على اعتباره في البيع بناءً على انصراف البيع في كلمات المجمعين الى العقد اللاّزم[١] والاحتمال الأوّل لا يخلو عن قوّة لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك، كما عرفت من جامع المقاصد.

وبالجملة: بعد ما لا شبهة في ان صدق البيع على المعاطاة ليس ضعيفا بحيث تكون خارجة عن حقيقة البيع عند العرف، فلا مورد لدعوى الانصراف.

[١] واستدل للثالث: بان الانصراف المزبور انما هو في كلمات العلماء، ولا يكون في الاخبار، وعليه فما ثبت اعتباره بالاخبار يكون معتبراً في المعاطاة، وما ثبت اعتباره بالاجماع فهو لا نصرافه عندهم الى البيع القولي لا يكون معتبراً فيها.

وبانه لابد من الاخذ في الأدلة اللبية بالمتيقن، وهو يقتضي الاختصاص لتصريح جماعة منهم بعدم الاعتبار في المعاطاة، وهذا بخلاف الدليل اللفظي.

وفيهما نظر.

اما الأول: فلما تقدم من منع الانصراف.

واما الثاني: فلما مر من ان الاخذ بالمتيقن انما هو في مورد التخصيص لا التخصص، والمقام من قبيل الثاني، فراجع.

واستدل للرابع: بما تقدم هو وجوابه في المورد الأول، اي بناءاً على القول بافادة المعاطاة الملك اللازم. فراجع.

فالأظهر اعتبار جميع الشرائط في المعاطاة بناءاً على افادتها الملك مطلقاً.

وان قلنا: بانها تفيد الاباحة الشرعية، فقد استدل لاعتبار الشرائط فيها بوجهين:

الأول: انها بيع عرفي وان لم تفد شرعا الا الاباحة ومورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع العرفي.

وامّا على القول بالاباحة: فلانّها لم يثبت الاّ في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشّرط الآخر ايضاً[١] ثمّ انّه حكى عن الشّهيد﵀ في حواشيه على القواعد انّه بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزّكاة وثمن الهدى الاّ بعد تلف العين، يعني العين الاخرى ذكر انّه يجوز ان يكون الثّمن والمثمن في المعاطاة مجهولين لأنها ليست عقداً، وكذا جهالة الأجل، وانّه لو اشترى امة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثّمن، انتهى. وحكى عنه في باب الصرف ايضاً انه لا يعتبر التّقابض في المجلس في معاطاة النقدين.

اقول: حكمه﵀ بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصّدقات الواجبة وعدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح في عدم افادتها للملك، الاّ انّ حكمه﵀ بعدم اعتبار الشّروط المذكورة للبيع والصّرف معلّلاً بأنّ المعاطاة ليست عقداً، يحتمل ان يكون باعتبار عدم الملك

---

[١] الثاني: ان الأصل في المعاطاة على القول بعدم الملك الفساد، وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم ـ وهو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة ـ وبقي الباقي.

وفيهما نظر.

أما الأول؛ فلأنّه فرق بين دليل امضاء البيع ودليل اعتبار شيء فيه، والأول لابد وان يكون موضوعه البيع العرفي لانه القابل للامضاء، والثاني لا يعقل ان يكون موضوعه ذلك، بل لابد وان يكون البيع الشرعي، اذ هو المشروط بنظره بشيء اما البيع العرفي فلا يعقل اناطته بشيء من ما اعتبره، اذ اعتبار شخص كيف يعقل ان يكون منوطا بنظر شخص آخر.

واما الثاني: فلأن دليل امضاء المعاطاة ـ كان هو الدليل اللفظي او السيرة ـ يكون عاما شاملا للفاقد لتلك الشرائط كما تقدم.

وبهذا ظهر مدرك القول بعدم اعتبارها فيها، ويأتي فيه التفصيلان المتقدمان مع جوابهما.

والأظهر اعتبارها فيها على هذا المسلك ايضاً لما تقدم من ان المعاطاة على هذا المسلك ايضاً بيع شرعي، غاية الأمر تأثيرها في حصول الملك مشروط بالتصرف

حيث انّ المفيد للملك منحصر في العقد، وان يكون باعتبار عدم اللّزوم حيث انّ الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدى اللاّزم والاقوى: اعتبارها وان قلنا بالاباحة لانّها بيع عرفيّ، وان لم يفد شرعاً الاّ الاباحة ومورد الادلة الدّالة على اعتبار تلك الشّروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدى، بل تقييدها بالبيع العقدى تقييد بغير الغالب، ولما عرفت من انّ الأصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك: الفساد وعدم تأثيره شيئاً خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللّزوم والعدم وهو المعاملة الجامعة للشّروط عدا الصّيغة وبقى الباقى، وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرّبا فيه ايضاً[١] وان خصّصنا الحكم بالبيع.

المتوقف على الملك، والتصرف نظير القبض المشروط بيع الصرف به، وقد تقدم توجيه ذلك، وعليه فيعتبر فيها كل ما هو من شرائط البيع.

فتحصل: ان الأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على جميع هذه المسالك الثلاثة.

جريان الربا في المعاطاة

المورد الثاني: في جريان الربا فيها وعدمه قال المصنف.

[١] وبما ذكرناه ظهر وجه تحريم الربا فيه ايضا.

وملخص القول فيه انه تارة: نقول بجريان الربا في كل معاوضة وان لم تكن بيعا كما هو الأظهر والمشهور. لعموم الاية الشريفة ﴿وحرم الربوا﴾[١] فان الربا هي الزيادة في احد العوضين ـ المتجانسين، ولخصوص الاخبار الدالة على اشتراط المثلية في المعاوضة مع اتحاد الجنس كقوله عليه السلام في صحيح الحلبي: الفضة بالفضة مثلا بمثل، والذهب بالذهب مثلا بمثل، ليس فيه زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار[٢].

وفي صحيح ابي بصير: الحنطة والشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الاخر[٣].

---

١) البقرة، آية ٢٧٥.

٢) الوسائل باب ١ من ابواب الصرف حديث ١.

٣) الوسائل باب ٨ من أبواب الربا حديث ٣.

بل الظّاهر التّحريم حتّى عند من لا يراها مفيدة للملك[١] لانّها معاوضة عرفيّة وان لم يفد الملك، بل معاوضة شرعيّة اعترف بها الشّهيد﵀ في موضع من الحواشي حيث قال انّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جائزة او لازمة، انتهى. ولو قلنا بأنّ المقصود للمتعاطيين الاباحة لا الملك فلا يبعد ايضاً جريان الرّبا[٢] لكونها معاوضة عرفاً، فتأمل.

وفي حديث آخر: الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلا بمثل لا بأس به ونحوهما غيرهما.

واخرى: نقول انه مختص بالبيع كما عن الحلي والعلامة رحمهما الله.

فعلى الأول يجرى الربا في المعاطاة، كانت معاوضة مستقلة ام كانت بيعا مفيدة للملك اللازم او الجائز او الاباحة، اما على الثلاثة الاول فواضح، واما على الأخير فلما تقدم من انها مفيدة للملك، غاية الأمر مشروطة بشرط متأخر.

نعم، اذا كان المقصود بها الاباحة لا يجري فيها الربا، لأنه مختص بالمعاوضات الناقلة للملك.

وعلى الثاني لا يجري فيها اذا كانت معاوضة مستقلة او قصد بها الاباحة.

[١] قوله بل الظاهر التحريم حتى عند من لايريها مفيدة للملك.

ان كان مراده انه كذلك على التخصيص وهو وان كان يلائم مع ماذكره بقوله وبما ذكرناه يظهر وجه تحريم الربا فان علته حينئذ هى كونها بيعاً عرفياً.

لكن يرد عليه ان التعليل لذلك بقوله لانها معاوضة عرفية وان لم تفد الملك ـ لايصح.

وان كان مراده انه كذلك على التعميم.

فيرد عليه ان الربا مختص بالمعاوضات المفيدة للملك ـ فمع فرض عدم افادتها له لايجرى فيها الربا ـ الابناءاً على ما ذكره سابقا من انها بيع عرفا بالتقريب المتقدم وعليه فلا بد من التعليل بذلك لابانها معاوضة.

[٢] قوله فلا يبعد ايضا جريان الربا.

بل هو بعيد كان الربا مختصا بالبيع او عاما لكل معاوضة اما على الاول فواضح فانها حينئذ ليست بيعا عرفيا ولا شرعيا.

واما على الثانى فلانه مختص بالمعاوضة الملكية ولعله الى ذلك اشار بقوله فتامل.

وأمّا حكم جريان الخيار فيها قبل اللّزوم[١] فيمكن نفيه على المشهور لأنّها اباحة عندهم فلا معنى للخيار، وان قلنا بافادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللّزوم كما سيأتى عند تعرّض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة[٢] الا انّ اثره يظهر بعد اللّزوم وعلى هذا فيصحّ اسقاطه والمصالحة عليه قبل اللّزوم، ويحتمل ان يفصّل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا يجرى لاختصاص ادلّتها بما وضع على اللّزوم من غير جهة الخيار وبين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنّسبة الى الرّد دون الأرش، فيجرى لعموم ادلّتها.

وامّا حكم الخيار بعد اللّزوم فسيأتى بعد ذكر الملزمات.

جريان الخيارات فيها

[١] قوله واما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم.

هذا هو المورد الثالث: وهو في جريان الخيارات فيها.

فان قلنا: انها معاوضة مستقلة، فالخيارات المختصة بالبيع لا تجري فيها لعدم كونها بيعا، وما لا يختص بالبيع يجري فيها، وهذا واضح.

وان قلنا: انها بيع، فبناءاً على افادتها الملك اللازم تجرى جميع الخيارات فيها.

واما بناءاً على افادتها الملك الجائز، فقال المصنف﵀.

[٢] فيمكن القول بثبوت الخيار فيها مطلقاً بناءاً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم، كما سيأتي عند تعرض الملزمات، فالخيار موجود من زمان المعاطاة.

ويرد عليه: انها ان كانت بيعا فهي بيع قبل اللزوم، اذ اللزوم لا يصيرها بيعا.

وقد يقال: انه بناءاً على هذا المسلك لا معنى لثبوت الخيار فيها قبل اللزوم لكونه تحصيلا للحاصل، ويلزم منه اجتماع المثلين، واللغوية لفرض كونها جائزة.

ويرد عليه: اولا: ان جوازها حكمي، والخيار جواز حقي، والأول لا يجوز اسقاطه ونقله، ولا يورث بالموت، والثاني يجوز اسقاطه ونقله ويورث بالموت، فلا يلزم من ثبوته المحاذير المذكورة.

الأمر الثاني: ان المتيقّن من مورد المعاطاة هو حصول التّعاطي فعلاً من الطّرفين[١] فالملك او الاباحة في كلّ منهما بالاعطاء

وثانيا: لو سلمنا كون جوازه ايضاً حقيا، يمكن الجواب عنه بما اجاب به المصنفﷺ في الخيارات فيما اذا اجتمع سببان من الخيار ككون المبيع حيوانا ومعيبا، وهو: ان الخيار وجواز الفسخ واحد وله اسباب متعددة، ولو اسقط ذو الخيار احدهما يكون الاخر باقيا.

وبعبارة اخرى: يكون الجواز واحداً وله علل متعددة، ولا محالة عند اجتماعها يستند المعلول الى مجموعها، ولو انعدم احد العلل يكون المعلول باقيا لبقاء علته ومستنداً الى الباقي من العلل.

وثالثا: ان الجواز الاصلي متعلق بالتراد لا بفسخ المعاملة، والخيار انما هو ملك فسخ العقد، فمع عدم الخيار لو قال فسخت المعاملة تكون باقية بخلاف ما اذا ثبت الخيار.

فالأظهر جريانها فيها على هذا المسلك ايضاً.

واما بناءاً على افادتها الاباحة، فحيث عرفت انها بيع، غاية الأمر حصول الملكية يكون مشروطا بالتلف او بالتصرف المتوقف على الملك، فتجرى فيها الخيارات، وما في المتن من انه لا معنى للخيار مما لا وجه له.

نعم لو قصد بالمعاطاة الاباحة لا تجري فيها الخيارات، اما الخيارات المختصة بالبيع فواضح، واما الخيارات التي ادلتها تعم غير البيع فلانه ليس هناك سبب معاملي يمكن حله وازالته.

بيان مورد المعاطاة

[١] قوله الامر الثانى ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين.

هذا الامر: في بيان المراد من المعاطاة وموردها.

وملخص القول فيه: ان الصور المتصورة خمس:

فلو حصل الاعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب اباحة الاخر او ملكيّته فلا يتحقّق المعاوضة ولا الاباحة رأساً لأنّ كلاّ منهما ملك او مباح في مقابل ملكيّة الآخر او اباحته. الاّ انّ الظّاهر من جماعة من متأخرى المتأخرين تبعاً للشهيد في الدّروس جعله من المعاطاة[١] ولا ريب انّه لا يصدق معنى المعاطاة لكنّ هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه بناءً على عموم الحكم لكلّ بيع فعلىّ فيكون اقباض احد العوضين من مالكه تمليكاً له بعوض، او مبيحاً له به واخذ الآخر له تملّكاً له بالعوض او اباحة له بازائه، فلو كان المعطى هو الثّمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراءً، واخذه بيعا للمثمن به فيحصل الايجاب والقبول الفعليين بفعل واحد في زمان واحد ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعاً مملّكاً واضحة، اذ يدلّ عليها ما دلّ على صحّة المعاطاة من الطّرفين. وامّا على القول بالاباحة فيشكل بانّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الاباحة. اللّهم الاّ ان يدّعى قيام السّيرة عليها كقيامها

الاولى التعاطى من الطرفين وهو المتيقن، والفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطاة، ولكن لابد وان يعلم ان المقصود بالتعاطي ان كان هي المبادلة والمعاوضة لا يتوقف تحققها على العطاء من الجانبين بل هي تتم بالعطاء من جانب والاخذ من جانب آخر، فان المعطي ينشأ البيع باعطائه، والاخذ يقبله باخذه، فالعطاء من جانب القابل لا محالة يكون بعنوان الوفاء لما التزم به في اخذه، بل لو لم يكن منشئاً للقبول باخذه كانت المعاملة فاسدة، فان العطائين المقصود بهما التمليك والمعاوضة من قبيل الايجابين الصادرين من الطرفين، ولا تتحقق بهما المعاملة. نعم اذا قصد بهما الاباحة تتحقق لعدم كونها حينئذٍ معاملة، وان كان داعي كل منهما للاباحة اباحة صاحبه.

[١] الصورة الثانية: الاعطاء من جانب واحد والاخذ من الطرف الاخر، وهذا وان لم يصدق عليه عنوان المعاطاة حقيقة، الا ان هذا العنوان لم يرد في آية ولا رواية كي يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه، والمراد بها في كلمات العلماء: ما يشمل الاعطاء من جانب، ولذا تراهم يعنونون جريان المعاطاة فى الهبة، مع انه ليس في ذلك الباب الا الاعطاء والاخذ. وعليه: فلابد من ملاحظة الادلة، وقد عرفت انه في موارد

على المعاطاة الحقيقيّة، وربّما يدّعى انعقاد المعاطاة بمجرّد ايصال الثّمن واخذ المثمن من غير صدق اعطاء اصلاً[١] فضلا عن التّعاطي كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس في المكان المعدّ له اذا علم من حال السقاء الرّضا بذلك، وكذا غير الماء من المحقّرات كالخضريات ونحوها، ومن هذا القبيل دخول الحمّام ووضع الأجرة في كوز صاحب الحمّام مع غيبته.

فالمعيار في المعاطاة: وصول العوضين او احدهما مع الرّضا بالتّصرف. ويظهر ذلك من المحقّق الأردبيلي﵀ ايضاً في مسألة المعاطاة وسيأتي توضيح ذلك في مقامه ان شاءالله

التعاطي ايضا يكون انشاء البيع بالاعطاء من جانب والاخذ من جانب آخر، ويكون اعطاء الاخذ وفاءاً لما التزم به، فنفس ما هو موضوع للحكم في الموردين واحد، فلا وجه لدعوى عدم شمول الادلة للمورد الثاني.

الصورة الثالثة: ما اذا لم يكن هناك اعطاء اصلا، بل كان ايصال ووصول، كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء، ووضع الفلس في المكان المعد له، اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، وكذا غير الماء من المحقرات كالخضروات.

[١] والى هذه نظر المصنف بقوله وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن.

ولو فرضنا تحقق سائر شرائط البيع من معلومية العوضين وغيرهما ـ كما هو المفروض في هذا المقام ـ تصحيح البيع في المقام يتوقف على احد امور:

اما كون السقاء مثلا قاصدا بوضع الماء تمليك كل من شرب الماء بازاء ما تعارف فيه من العوض، وان صاحب البقل قصد تمليك كل من اخذ البقل بوضعه في ذلك المكان بعوضه المتعارف، وهكذا.

واما كون وضع المال في المحل الخاص في الامثلة توكيلا للاخذ في البيع، فيكون هو متصديا لطرفي العقد.

واما كون وضع الدراهم في كوز السقاء واخذ الماء منه انشاءاً للبيع من الطرفين، والسقاء بعد اطلاعه عليه يجيز هذه المعاملة برضائه بها.

والظاهر ان شيئاً منها ليس في المعاملات الخارجية.

اما الأول: فلعدم تمليك صاحب المال بالنحو المذكور، مع انه يلزم منه الفصل بين الايجاب والقبول، وسيأتي اعتبار عدمه فتأمل.

ثمّ انّه لو قلنا بان اللّفظ الغير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة امكن خلّو المعاطاة من الاعطاء والايصال رأساً فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير ايصال[١] ولا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك. وامّا على القول بالاباحة فالاشكال المتقدّم هنا اكد.

واما الثاني: فلعدم توكيل المالك شخصا معينا ولا جميع الاشخاص، بل عدم توجهه الى ذلك، كما ان الآخذ لا يكون قاصداً للايجاب والقبول.

واما الثالث: فلعدم قصد الاخذ بالنحو المذكور، مضافاً الى ان بناء المتشرعة على التصرف في المأخوذ مع عدم احراز الاجازة، بل وعدم اجازة صاحب المال.

فالأظهر انه في هذه الموارد اباحة بالعوض، والدليل على نفوذها وصحتها هي السيرة. وبعبارة اخرى: يكون تصرفا بالرضا واذنا في الاتلاف بالعوض المسمى، ودليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع.

الصورة الرابعة: ما اذا لم يكن ايصال ايضاً، بل كانت نتيجته كما اذا كان المالان عندهما بسبق امانة او اشتباه او غير ذلك فقصد البيع والتبديل بلا فعل من كل منهما، بل قصداه بالبقاء، والظاهر انه لا يتحقق البيع لعدم وجود قول او فعل كاشف عن قصد المعاملة ومجرد القصد لا يكفي، اللهم الا ان يقال ان ابقاء كل منهما ما له تحت يد صاحبه وامساكه ماله فعلان اختياريان، فيمكن انشاء البيع بهما.

[١] هذه هي الصورة الخامسة: وهي ان ينشأ البيع باللفظ غير المعتبر في العقد، اي اللفظ غير الصحيح، كما في الانشاء باللفظ المتعارف استعماله في مقام المقاولة، والظاهر عدم انعقاد البيع، فان البيع الممضى بعد ما لم يكن مجرد القصد الساذج، واعتبرنا اظهاره بفعل او قول، فلابد وان يكون باللفظ او الفعل الذي له مظهرية لذلك المعنى في نفسه، ولا ينعقد بكل فعل او لفظ. فتامل هذا على القول بالملك.

واما على القول بالاباحة التعبدية الشرعية فالأمر اوضح لعدم احراز السيرة على مثله ليحكم عليه بالاباحة نعم بناءاً على الاباحة المالكية لا اشكال في ثبوتها به لان المناط فيها احراز الرضا.

الثالث: تمييز البائع من المشترى في المعاطاة الفعلية مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً كالدّارهم والدّنانير والفلوس المسكوكة واضح [١] فانّ صاحب الثّمن هو المشترى ما لم يصرّح بالخلاف.

تمييز البائع عن المشتري

[١] الأمر الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة، مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمناً كالدراهم وما شاكل واضح.

انما الكلام فيما لو كان العوضان من غيره.

وتنقيح القول بالبحث في موردين:

احدهما: فيما هو الحق.

ثانيهما: فيما افاده المصنف وسائر الاساطين، وما يرد عليهم.

اما المورد الأول: فلتوضيح المطلب لابد من تقديم مقدمة، وهي:

ان المعاملة البيعية وسائر المعاملات حتى الهبة انما تكون متقومة بامرين: تمليك من طرف، ومطاوعة وقبول من الاخر، ولو كان هناك تمليكان بلا قبول كانا ايجابين ولم ينطبق عليهما عنوان البيع ولا غيره من عناوين المعاملات.

اذا عرفت هذه المقدمة، فاعلم: انه في مقام الثبوت كل من ملك ماله بعوض هو البائع، وطرفه القابل هو المشتري، من غير فرق بين المعاملة الفعلية والقولية، ومن غير فرق بين الاثمان والعروض.

واما في مقام الاثبات ففي المعاملة الفعلية لا محالة يكون المعطي ماله اولاً هو البائع لانه يملك ماله بعوض، اللهم الا ان يكون قصده من الاعطاء كونه امانة عند صاحبه الى ما بعد المعاملة فيكون في الحقيقة اقباضا للعوض قبل البيع، ولا يتصور في اعطاء المعطي الأول غير ذلك، فانه لا يمكن ان يكون قبولا مقدما بان ينشأ به تملك مال صاحبه، وهذا بخلاف المعاملة اللفظية فانه يتصور فيه ذلك.

ولو كان الاعطاء من الطرفين في آن واحد.

وامّا مع كون العوضين من غيرها فالثّمن ما قصدا قيامه مقام الثّمن في العوضيّة[١] فاذا اعطى الحنطة في مقابل اللّحم قاصداً أنّ هذا المقدار من الحنطة يسوى درهماً هو ثمن اللّحم فيصدق عرفاً أنّه اشترى اللّحم بالحنطة واذا انعكس الصّدق فيكون المدفوع بنيّة البدلية عن الدّرهم والدّينار هو الثمن وصاحبه هو المشتري ولو لم يلاحظ الآخر كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام احدهما مقام الثّمن في العوضيّة أو لو حظ القيمة في كليهما بأن لو حظ كون المقدار من اللّحم بدرهم وذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق ومقاولة تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً، ففي كونه بيعاً وشراءً

فان قصد كل منهما باعطائه التمليك لم يكن بيعا، بل لا يكون صلحا ولا معاملة مستقلة.

اما عدم كونه صلحا فلانه في الصلح أيضا يعتبر انشاء المسالمة من طرف والقبول من آخر.

واما عدم كونها معاملة مستقلة فلأن دليل امضاء المعاوضات اما السيرة او آية ﴿اوفوا بالعقود﴾[١] او آية ﴿تجارة عن تراض﴾.[٢]

وشيء منها لا يصلح لاثبات صحة هذه المعاملة.

اما الأولى: فلأن عدم قيامها على مثل هذه المعاملة واضح.

واما الثانية: فلعدم كون الايجابين عقدا الذي حقيقته الربط بين شيئين كما تقدم.

واما الثالثة: فلعدم صدق التجارة عن تراض عليهما كما لا يخفى.

وان شئت قلت: انه لا دليل على امضاء الشارع غير ما هو من العقود المتعارفة، وهذه ليست منها.

[١] والمصنف في مقام التمييز ذكر انه اذا كان احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم كان صاحب الثمن هو المشتري، وان كانا من غير ذلك فان قصد باحدهما قيامه مقام الثمن في العوضية كان صاحبه المشتري، والا ففيه احتمالات:

---

١) المائدة، آية ٢.

٢) النساء، آية ٢٩.

بالنّسبة الى كلّ منهما، بناءً على أنّ البيع لغة كما عرفت مبادلة مال بمال والاشتراء ترك شيء والأخذ بغيره[١] كما عن بعض أهل اللّغة فيصدق على صاحب اللّحم: أنّه باعه بحنطة وأنّه أشترى الحنطة فيحنث لو حلف على عدم بيع اللّحم، وعدم شراء الحنطة. نعم لا يترتّب عليهما أحكام البائع ولا المشترى لانصرافهما[٢] في أدلّة الاحكام إلى من اختصّ بصفة البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين أو كونه بيعاً بالنسبة الى من يعطى أوّلاً لصدق الموجب عليه وشراء بالنّسبة الى الأخذ لكونه قابلاً عرفاً

منها: كون كل منهما بائعا ومشتريا.

ومنها: كون المعطي اولا هو البائع، والاخر مشتريا.

ومنها: كون ذلك مصالحة او معاوضة مستقلة. ثم اختار﴿ الثاني.

وفيه: ـ مضافاً الى ان لازم ما افاده﴿ كون كل من المتبايعين في بيع الصرف مشتريا، ومضافا الى انه لم يظهر المراد من قصد قيام احد العوضين مقام الثمن في العوضية، فان كان المراد ان يلاحظ قيمته ومقدار تموله من النقود فهذا امر موجود في كل منهما في غالب البيوع، وان اراد به المعاملة عليه بالدراهم ثم جعل الدراهم عوضا فهو بديهي الفساد، وان اراد غير ذلك فالعبارة غير وافية به.

ان ما ذكره﴿ لو تم فانما هو في مقام الاشتباه في مقام الاثبات، ولا يفيد في مقام الثبوت.

[١] وفيه ان هذا لازم الاشتراء، والا فهو قبول الشراء والبيع.

مع انه يلزم صدق المشترى على كل منهما فى جميع الموارد.

[٢] وفيه انه لو سلم اختصاص كل منهما بحكم مع انه ممنوع كما ستعرف دعوى الانصراف لاتسمع.

ومن الغريب في هذا المقام، ما افاده المحقق النائيني﴿ وهو:

انه لو وقع التبديل بين العروضين بالاعطاء من الطرفين دفعة واحدة ولم يقصد باحدهما القيام مقام الثمن ولم يكن بسبق مقاولة، كان احدهما لا على التعيين بائعا والاخر مشتريا من دون امتياز بينهما واقعا، اذ هناك معامله قائمة، بصرف الوجود من تبديل احدهما وقبول الاخر، وصرف الوجود يتحقق باحدهما من دون تمييز بينهما حتى واقعا لعدم خصوصية في احدهما دون الاخر.

او كونها معاطاة مصالحة لأنّها بمعنى التّسالم على شيء ولذا حملوا الرّواية الواردة في قول أحد الشّريكين لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي: على الصلح أو كونها معاوضة مستقلّة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه لا يخلو ثانيها عن قوّة لصدق تعريف البائع لغة وعرفاً على الدّافع دون الآخر وصدق المشترى على الأخذ أوّلاً دون الآخر فتدبّر.

الرابع: أنّ اصل المعاطاة وهى اعطاء كلّ منهما الآخر ماله يتصوّر بحسب قصد المتعاطين على وجوه:[١]

فانه يرد عليه: انه لا يعقل تحقق شيء في عالم العين وعدم تعينه واقعا، اذ المردد لا ماهية له ولا وجود فان كان البيع انشاءاً للتبديل والإشتراء قبولا لذلك كما اعترف به، فان انشأ في المعاملة المفروضة احدهما وقبل الاخر فالمنشيء بائع والقابل مشتر، وان قصدا معا الانشاء فحيث لا يعقل وقوعهما معا ـ وكونهما بيعا كما اعترف به وكون احدهما المعين بيعا والاخر اشتراءاً ترجيح بلا مرجح، واحدهما لا بعينه لا وجود له ـ فلا مناص عن البناء على البطلان.

واما ما افاده المحقق الايرواني في هذا المقام بما حاصله: ان البائع هو من بذل خصوصيات ماله واغمض النظر عنها ولكن امسك على ماليته باخذ البدل، وفي ذلك لا نظر له الا الى حفظ تموله، واما المشتري فهو بعكس ذلك يقال لكل من رغب في خصوصيات الاعيان التي يتلقاها من المأكولات وغيرها، واذا كانت خصوصيات العين مرغوبة لكل من الجانبين كما في تبديل كتاب بكتاب لم يكن ذلك بيعا بل معاوضة مستقلة.

فيرد عليه: ـ مضافاً الى ان لازم ما ذكره عدم كون بيع الاجناس بالتاجر الذي غرضه من المعاملة حفظ تموله وازدياده بيعا ـ ان ما ذكر لا شاهد له من العرف ولا من الشرع، ولم يعتبر احد في البيع ذلك. فالصحيح ما ذكرناه.

اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

[١] الامر الرابع: قال المصنف: ان اصل المعاطاة ـ وهي اعطاء كل منهما الآخر ماله ـ يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه، ثم ذكر وجوها اربعة.

واورد عليه السيد في الحاشية: بان الوجوه والاقسام ازيد مما ذكره فانه:

أحدها: أن يقصد كلّ منهما تمليك ماله بمال الآخر[١] فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملّكاً بازاء ما يدفعه فلا يكون في دفعه العوض انشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه فيكون الايجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها فدفع العين الثّانى خارج عن حقيقة المعاطاة فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة وبهذا الوجه صحّحنا سابقاً عدم توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين فيكون اطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول لا من حيث كونها متقوّمة بالعطاء من الطرفين. ومثله في هذا الاطلاق لفظ المصالحة والمساقات والمزارعة والمؤاجرة وغيرها وبهذا الاطلاق يستعمل المعاطاة في الرّهن والقرض والهبة وربّما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن عطاء وفى صحته تأمل.

منها ما اذا كانت المقابلة بين المالين مع كون القبول بالاعطاء.

ومنها: ما اذا كانت المقابلة بين المال والتمليك، او بين التمليك والمال، وكذلك في طرف الاباحة.

ومنها: غير ذلك.

وفيه: ان غرض المصنف‌ﷺ من التعرض لهذا التنبيه هو بيان الصور التي فيها اشكال وكلام، ومورد للنقض والابرام، والصور التي هذه حالها منحصرة في اربع عنده، اذ الاشكال في الصورة الاولى انما هو من ناحية عدم صدق المعاطاة، وفي الثانية من جهة عدم صدق البيع، وفي الثالثة والرابعة بما ذكره‌ﷺ مفصلا ـ وسيأتي ـ واما باقي الصور فكانت عنده خالية عن الاشكال والكلام فلم يتعرض لها.

ولكن الأولى اضافة صورة اخرى اليها، وهي المبادلة بين المال والتمليك، فانها ايضاً وقعت محل الكلام والاشكال.

وكيف كان: فأحد الوجوه الاربعة التي ذكرها:

[١] ان يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر فيكون الاخر في اخذه قابلا ومتملكا بازاء ما يدفعه

.....

فلا يكون في دفعه العوض انشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه، فيكون الايجاب والقبول بدفع العين الاولى وقبضها، فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة.

وقد اورد عليه بايرادين:

الأول: ما عن السيد قده: بانه يمكن ان يكون انشاء القبول بدفع العوض ايضاً بان يكون اخذ المعوض من باب الاستيفاء لا بعنوان القبول، وكان على الشيخ﵀ ان يذكر هذا الوجه ايضاً لانه مضافاً الى امكانه هو الغالب.

الثاني: ما عن المحقق النائيني﵀: بانه لا يكون القبول بالاخذ في مورد، بل المعاملة تتحقق بفعل كل منهما، وفعل البائع بمنزلة الايجاب القولي، واعطاء المشتري بمنزلة القبول القولي، واخذ كل منهما وفاء بالمعاملة والتزام بآثارها.

ولكن قد عرفت في التنبيه الثاني انه في المعاطاة دائما يكون الايجاب بالاعطاء من طرف، والقبول بالاخذ واعطاء الاخر انما يكون وفاءاً لما التزم به، ولو لم يكن الاخر منشئاً للقبول بالاخذ لم يجد اعطائه، وان قصد به التمليك فان الاعطاءين حينئذٍ بمنزلة ايجابين غير مرتبطين لا ايجاب وقبول.

ويرد عليهما: ـ مضافاً الى ذلك ـ ان كون الاخذ بعنوان الوفاء بالمعاملة ومن باب الاستيفاء لم يظهر وجهه في الأخذ الاول، فانه حين الاخذ لم تتم المعاملة، فما معنى الاخذ بعنوان الوفاء بها.

ويرد على السيد قده: ـ مضافاً الى ذلك ـ ان عدم التعرض لهذا في المكاسب انما هو من جهة ما ذكره﵀ في التنبيه الثاني من أن المتيقن من مورد المعاطاة هو صورة التعاطي من الطرفين، وانه لا اشكال فيها، وانما الاشكال كان في هذا المورد، ولذا تعرض له خاصة في هذا التنبيه.

ثانيها: أن يقصد كلّ منهما تمليك الآخر ماله بازاء تمليك ماله ايّاه. فيكون تمليك بازاء تمليك، فالمقابلة بين التمليكين لا الملكين، والمعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين[١] فلو مات الثّاني قبل الدفع لم يتحقّق المعاطاة، وهذا بعيد عن معنى البيع وقريب الى الهبة المعوّضة لكون كلّ من المالين خالياً عن العوض، لكن اجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل، اذ لو لم يملكه الثّاني هنا لم يتحقق التّمليك من الاوّل لانّه انّما ملّكه بازاء تمليكه فما لم يتحقق تمليك الثّاني لم يتحقّق تملّكه، الاّ أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً عند تمليك الأوّل على نحو الدّاعي لا العوض فلا يقدح تخلّفه فالأولى أن يقال انّها مصالحة وتسالم على أمر معيّن أو معاوضة مستقلة.

---

[١] ثانيها: ان يقصد كل منهما تمليك الاخر ماله بازاء تمليك ماله اياه فيكون تمليك بازاء تمليك، فالمقابلة بين التمليكين لا الملكين، والمعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الكلام في هذا الوجه يقع في موارد ثلاثة:

الأول في معقوليته، والأظهر عدمها، فانه ان اريد به تعليق التمليك على تمليك الاخر فهو هبة معلقة، وان اريد به اشتراط التمليك بالتمليك الاخر فهو هبة مشروطة، وان اريد به كون احد التمليكين معوضا والاخر عوضا، كما هو ظاهر المتن ـ فحيث ان صيرورة التمليك معوضا انما تحتاج الى انشاء وجعل متعلق بذلك، والتمليك، اي انشاء الملكية: انما هو جعل لذلك نفسه لا جعل لمعوضيته، فلا يعقل ان يكون تمليك الاخر عوضا عن هذا التمليك، اذ عوضيته اما ان تكون بنفسه او بجعل الملكية وانشائها، او بجعل آخر؛ والأول غير معقول وهو واضح، وكذلك الثاني، فان كونه معوضا يحتاج الى جعل آخر متعلق به، والثالث مفروض العدم، فالتمليك بازاء التمليك مما لا اتعقله.

الثاني: انه على فرض معقوليته هل يمكن ان يكون القبول بالأخذ أم لا يمكن الا ان يكون بالتمليك الثاني؟ صريح المتن هو الثاني.

واورد عليه السيد المحشي قده والمحقق الايرواني: بانه يمكن ان يكون بالاخذ،

.....

فيكون التمليك واجبا على الثاني من باب الوفاء.

قالا: بل يمكن ان يقال ان هذا هو المتعين.

ولكن الظاهر تمامية ما افاده الشيخ﵀، فان المعاوضة اذا كانت بين التمليكين لم يكن الايجاب تاما الا بعد تحقق التمليك وتماميته، وهو متقوم بايجاب وقبول، فالاخذ وان كان قبولا الا انه قبول للتمليك لا البيع، فهو دائماً يكون جزءاً من الايجاب لا قبولا للمعاملة، فلا محالة يكون قبولها بالاعطاء من الاخر بقصد التمليك.

وبالجملة: في هذا الوجه خصوصية وهي: ان المعوض انما هو التمليك المتوقف تحققه على القبول، فلا يمكن ان يكون الاخذ قبولا لذلك وللمعاملة.

الثالث: ان هذه المعاملة على فرض معقوليتها هل هي بيع، او هبة معوضة، ام تكون مصالحة، او معاوضة مستقلة؟

والظاهر عدم كونها بيعاً، لان البيع هو المبادلة بين المالين، وفي هذه المعاملة لا مبادلة بينهما بل المعاوضة بين الفعلين، اللهم الا ان يقال: ان المعاوضة بحسب الصورة وان كانت بين التمليكين الا ان النظر اليهما آلي، وفى الحقيقة واللب تكون المعاوضة بين المالين، وبهذا الاعتبار يمكن دخوله في البيع. فلو تم ذلك فهو والا فهي هبة معوضة، اذ التمليك انما يكون تمليكا للشيء مجانا وبلا عوض.

والايراد عليه كما في المتن من انه لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التمليك من الأول لأنه انما ملكه بازاء تمليكه، فما لم يتحقق تمليك الثاني هنا لم يتحقق تملكه، والهبة في حاقها مأخوذة المجانية.

غير تام، فان المجانية المعتبرة في الهبة انما هي في المال، وعدم جعل شيء في مقابل المال، وهذا مفروض في المقام، اذ العوض انما هو للتمليك لا للمال.

فتحصل: انها اما بيع او هبة معوضة، ولا تكون مصالحة ولا معاوضة مستقلة.

ثالثها: أن يقصد الأوّل اباحة ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه ايّاه[١] فيكون الصّادر من الأوّل الاباحة بالعوض، ومن الثّاني بقبوله لها التّمليك كما لو صرّح بقوله: أبحت لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كلّ منهما الاباحة بازاء اباحة أخر [أخرى][٢] فيكون اباحة بازاء اباحة أو اباحة لداعى اباحة على ما تقدّم نظيره في الوجه الثّانى من امكان تصوّره على نحو الدّاعي، وعلى نحو العوضية وكيف كان فالاشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطين لهما.

واما الصورة التي اضفناها، وهي: ما اذا كانت المقابلة والمعاوضة بين المال والتمليك، بان يقصد احدهما تمليك ماله بتمليك الاخر، وهو الفعل الخارجي الصادر من المشتري، فيكون من بيع الأموال بالاعمال.

فقد اشكل المحقق النائيني﵀ فيها، وقال: ان البيع باطل في المقام وان صح بيع الاموال بالاعمال. واستدل له: بان العمل الذي يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال كي يبذل بازاء نفسه المال كخياطة الثوب ونحوه، والتمليك ليس كذلك، بل هو آلي وطريقي لتحصيل المال، اذ التمليك بالمعنى المصدري ليس مالاً، بل المال هو الحاصل من المصدر، وليس هذا الفعل الا آلة لحصول اسم المصدر، فلا يمكن ان يقابل بالمال، فلا يصح جعله عوضا.

وفيه: ان ضابط صحة جعل شيء عوضا كونه متعلقا للغرض، سواء كان منشأ كونه كذلك طريقيته لتحصيل المال، او كونه بنفسه مالاً، ولا يعتبر فيه ازيد من ذلك، والتمليك متعلق للغرض ولو بواسطة طريقيته لحصول المال.

فالأظهر صحة جعله عوضا نظير سائر الاعمال.

[١] ثالثها: ان يقصد الأول اباحة ماله بعوض، فيقبل الاخر باخذه اياه، فيكون الصادر من الأول الاباحة بالعوض، ومن الثاني بقبوله لها التمليك كما لو صرح بقوله: ابحت لك كذا بدرهم.

[٢] رابعها: ان يقصد كل منهما الاباحة بازاء اباحة اخرى، فتكون اباحة بازاء اباحة اخرى

ومنشأ الاشكال أوّلاً الاشكال في صحّة اباحة جميع التّصرفات حتّى المتوقّفة على ملكيّة المتّصرف [١] بأن يقول أبحت لك كل تصرّف من دون ان يملكه العين

و قد استشكل المصنف في هذين الوجهين باشكالين لا يكون شيء منهما مربوطا بمسألة المعاطاة:

[١] اما الاشكال الأول: و حاصله: ان المالك انما يجوز له اباحة التصرف في ماله بالنسبة الى التصرفات السائغة لغير المالك، و ليس له اباحة ما لايجوز لغير المالك الا بايجاد موضوعه بتمليكه اياه، والمفروض في المقام عدمه، و دليل السلطنة لا يكون مشرعا لما منع عنه الشارع، الا ترى انه لم يتوهم احد دلالته على جواز وطء عبدالغير باذنه؟

فهو اشكال عام لجميع اقسام الاباحة سواء اكانت باللفظ او الفعل، مع قصد العوض او مجانا.

و عليه فبما ان هذا البحث استطرادي لابأس بتقديم بحث آخر استطرادي مربوط به.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

التصرفات المتوقفة على الملك

و هو انه هل هناك تصرف متوقف على الملك ام لا؟

و ملخص القول فيه: ان جملة من الامور التي ذكروا توقفها على الملك تقدم ما فيها و عرفت عدم التوقف.

بقي في المقام امور:

منها: اخراج المال في الخمس و الزكاة.

و منها: ثمن الهدي.

و منها: وطء الجارية.

و منها: العتق.

و منها: البيع.

و شيء منها لا يتوقف على الملك:

.....

اما الأول: فلأنه ان قلنا بان الخمس و الزكاة يتعلقان بالذمة، فيكون سبيلهما سبيل سائر الديون، فكما يجوز وفاء الدين بمال الغير لو اذن لما دل[١] على جواز اداء الدين من غير مال الدائن والتبرع بوفائه.

كذلك يجوز الخمس و الزكاة من مال الغير، و كون الخمس و الزكاة من العبادات لاينافي ذلك، و ان كان منافيا لتبرع الغير بادائهما، فان المباشر في المقام من وجبا عليه.

وان قلنا بتعلقهما بالعين، فحيث ان للمكلف تبديلهمامن العين وادائهما من مال آخر، فله التبديل بادائهما من مال الغير ان اذن في ذلك.

واما الثاني: فلما ذكرناه في سابقه، لأنه ايضاً من الديون.

مضافاً الى ما ورد من النصوص[٢] في جواز الذبح عن العبد و الصبي، و ان رسول‌الله ﷺ ذبح عن امهات المؤمنين بقرة بقرة، اذ لو جازت النيابة جاز الهدي بملك الغير، و كذلك ثمنه.

و اما الثالث: فلأنه يجوز بالاباحة للنص،[٣] غاية الأمر يعتبر ان يكون لفظ خاص، و هو: احللت، و لا ينعقد بلفظ ابحت.

واما ما[٤] ظاهره توقف الوطء على الملك فلا مناص من ان يكون المراد به ملك التصرف كي يعم جميع موارد الوطء الحلال.

و اما الرابع: فقد ذكر في وجه توقفه على الملك: انه دلت النصوص على انه لا عتق الا في ملك.

ففي خبر ابن مسكان: من اعتق ما لا يملك فلا يجوز[٥] و نحوه غيره

---

١) الوسائل باب ٤٦ من أبواب المستحقين للزكاة و باب ٣٠ من أبواب الدين و القرض و باب ١٢ من أبواب مقدمات النكاح و باب ١٠٦ من أبواب احكام الاولاد و غيرها.

٢) الوسائل باب ٢و ٣و ٨ من أبواب الذبح من كتاب الحج.

٣) (٤) الوسائل باب ٣٥ من أبواب مقدمات النكاح و باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

٤) الوسائل باب ٣٥ من أبواب مقدمات النكاح و باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

٥) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

وثانياً الاشكال في صحّته الاباحة بالعوض الرّاجعة الى عقد مرّكب من اباحة و تمليک فنقول أمّا اباحة جميع التّصرفات حتّى المتوقّفة على الملك فالظّاهر أنّها لا تجوز، اذ التّصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرّد اذن المالك، فانّ اذن المالك ليس مشرّعاً و انّما يمضى فيما يجوز شرعاً فاذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثّمن مع خروج المبيع عن ملك غيره، غير معقول كما صرّح به العلاّمة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه [١] نعم يصّح ذلك بأحد وجهين كلاهما فى المقام مفقود.

و فيه: ان محتملات هذه النصوص التي وردت نظائرها في البيع امور

الأول: ان المعتق لابد وان يكون رقا و مملوكا كي يقبل الانعتاق، و المبيع لابد وان يكون مملوكا حتى يقبل التملك.

الثاني: انه يعتبر في العتق و البيع ان يكون البائع و المعتق مالكين لهما لا مالكين للمال.

الثالث: انه يعتبر فيهما كون البائع و المعتق مالكين للمال، من دون نظر لها الى كون من يقع البيع: له ـ اي يدخل الثمن في ملكه ـ و من ينعتق عليه الرق مالكين.

الرابع: انه يعتبر فيهما كون البيع و العتق للمالك.

والاستدلال بها يتوقف على ارادة الأخير ـ كما لا يخفى ـ و هي غير ظاهرة فيه، لو لم تكن ارادة غيره اظهر كما هو واضح.

واما الخامس: فقد استدل له ـ مضافاً الى النصوص المشار اليها مع جوابها ـ بوجه عقلي اشار اليه في المتن و نقله عن العلامة في القواعد، و هو

[١] انه لا يعقل خروج المبيع عن كيس شخص و دخول الثمن في ملك شخص آخر.

و غاية ما قيل في تقريبه: ان المعاوضة من المعاني النسبية التعلقية، فلابد و ان تكون العوضية في شيء، فاذا كانت المعاوضة في الملكية فلابد من قيام كل من الثمن و المثمن مقام الاخر في الاضافة الملكية لصاحبها، و مقتضى ذلك انتقال كل منهما الى مالك الاخر، و عليه فالاذن في بيع مال الغير لنفسه اذن في امر غير معقول.

.....

و فيه: ان عنوان المعاوضة ليس موضوعا للاثر، بل الموضوع هو البيع، و قد عرفت ان حقيقته اعطاء شيء بازاء شيء لا مجانا، و هذا يصدق مع عدم دخول العوض في ملك مالك المعوض، و قد تقدم تنقيح القول في ذلك. فراجع.

اذا عرفت هذا فاعلم: انه لو قلنا بانه لا يكون شيء من التصرفات متوقفاً على الملك، فلا اشكال في صحة مثل هذه الاباحة.

الاذن في التصرفات المتوقفة على الملك

و أما لو قلنا بان بعض التصرفات كالبيع و العتق متوقف على الملك.

فيقع الكلام في صحة اباحة جميع التصرفات و عدمها.

و لما كان على هذا المسلك عدم الصحة في بادي النظر واضحا، من جهة ان دليل السلطنة انما يدل على تسلط الناس على اموالهم فيما لم يمنع عنه الشارع، فاذا منع الشارع عن بيع غير المملوك و حكم بعدم نفوذه لا يصلح دليل السلطنة لتجويزه و الترخيص فيه

و مع ذلك يظهر من قطب الدين والشهيد ﷺ في باب بيع الغاصب ان تسليط المشترى للبايع الغاصب على الثمن والاذن فى اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً.

و يظهر ايضا من العلامة في المختلف انه لو علم البائع للجارية غصبية ما جعل ثمنا لها يجوز للمشتري وطئها.

وكانت ايضاً مسائل ثلاث مشهورة بين الأصحاب:

احداها: انه لو قال الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عني واعتقه المالك يقع العتق عن الأمر.

ثانيتها: ان الرجل اذا اشترى احد عموديه ينعتق عليه مع انه لا يملكهما.

ثالثتها: انه لو تصرف الواهب و ذو الخيار فيما و هبه و باعه بالبيع الخياري

لحدهما: أن يقصد المبيح بقوله أبحت لك أن تبيع مالى لنفسك أن ينشأ [انشاء توكيل] توكيلا له في بيع ماله له ثمّ نقل الثّمن الى نفسه بالهبة [١] او في نقله أوّلاً الى نفسه ثمّ بيعه [٢] أو تمليكاً له بنفس هذه الاباحة، فيكون انشاء تمليك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله كما صرّح في التّذكرة بأن قول الرّجل لمالك العبد اعتق عبدك عنى بكذا، استدعاء لتمليكه و اعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء، [٣] فيحصل النّقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدّر وقوعه قبل العتق آناً مّا فيكون هذا بيعاً ضمنياً لا يحتاج الى الشّروط المقررة لعقد البيع،

بالبيع او العتق، صح ذلك و كان هو فسخا فعليا، تصدى المصنف ﷺ في المقام لتوجيه ذلك و لبيان حكم تلك المسائل والوجه في الالتزام بالملكية فيها و عدم انطباق تلك الوجوه على المقام، و ذكر في كل واحدة من تلك المسائل وجها غير ما ذكره في غيرها، و قبل بيان تلك الوجوه ذكر وجهين لتصحيح الاذن في البيع.

[١] احدهما: ان يقصد المبيح بقوله ابحت لك ان تبيع مالي لنفسك انشاء توكيل له في بيع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة.

[٢] ثانيهما: ان يقصد به نقله اولاً الى نفسه ثم بيعه.

وردهما: بان المفروض ان قصد المبيح ليس شيئاً منهما.

و يرد عليهما ـ مضافاً الى ذلك ـ انه في كل منهما فرض التوكيل في الهبة، و هي من الانشائيات و لا تتحقق بمجرد القصد، فلو كان من قصده ايضاً ذلك لم يفد شيئاً، بل احتاج الى انشاء الهبة باللفظ او الفعل.

[٣] اما ماذكره في مسألة اعتق عبدك عني، فمحصله: ان قول الرجل لمالك العبد: اعتق ... الخ استدعاء لتمليكه، واعتاق المولى جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدر وقوعه قبل العتق آنا ما.

و قال: هذا الوجه لا ينطبق على المقام، اذ المبيح لم يقصد التمليك بالاباحة المذكورة، و لا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمني مقصود للمتكلم والمخاطب كما كان مقصودا و لو بالاجمال في تلك المسألة.

ولا شكّ انّ المقصود فيما نحن فيه ليس الاذن في نقل المال الى نفسه اوّلاً و لا في نقل الثّمن اليه ثانياً و لا قصد التّمليك بالاباحة المذكورة و لا قصد المخاطب، التّملك عند البيع حتّى يتحقّق تمليك ضمني مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصوداً و لو اجمالاً في مسألة اعتق عبدك عنّي، و لذا عدّ العامّة و الخاصّة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التّمليك: من دلالة الاقتضاء التّى عرّفوها بأنّها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقّف صحة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه فمثّلوا للعقليّ بقوله تعالى: ﴿واسأل القرية﴾ و للشّرعي بهذا المثال و من المعلوم بحكم الفرض أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس الاّ مجرد الاباحة.[١]

يرد على ما ذكره في مسألة العتق امور:

الأول: انه اذا كان العتق هو الملك ـ لكونه جوابا للاستدعاء ـ فما وجه الالتزام بحصول الملك قبل العتق آناً ما. و بعبارة اخرى: حيث ان التمليك من الانشائيات، و لا يتحقق بدون الانشاء ـ والمفروض ان انشاءه هو العتق ـ فكيف يقدر وجوده قبل العتق؟ و ان التزم بحصوله بالعتق يلزم منه اجتماع الملك و زواله في زمان واحد، و هو غير معقول، مع انه لا يفيد شيئاً اذ المفروض توقف العتق بالحمل الشائع على الملك، فاذا كان هو متوقفا على العتق لزم الدور.

الثاني: ان لازم ذلك تأثير العتق في حصول الملك و زواله، و هو في غاية البعد.

الثالث: ان التمليك و التملك من الامور القصدية، فلو فرض ان المستدعي و المعتق غير ملتفتين اليهما و لم يقصداهما فكيف يلتزم بحصول الملك.

[١] و يرد على ما ذكره ﷺ من الفرق بين المسألتين بعدم القصد الى التمليك في المقام، و بدلالة الكلام في مسألة العتق على التمليك بدلالة الاقتضاء

ان المفروض في المسألتين عدم القصد الى التمليك، فان كان القصد الى العتق كافيا في قصد التمليك من جهة كونه قصدا اجماليا له، فكذلك في المقام.

و يرد على ما افاده فى مسألة العتق ان الامر به بيع ضمنى لا يحتاج الى الشروط المقررة للبيع

انه لم يدل دليل على صحة هذا البيع، كى يقال ان مقتضاه سقوط اعتبار تلك الشروط المفقودة، و مجرد كون البيع ضمنيا لا يصلح لذلك.

.....

و بالجملة: لا فرق بين المسألتين من هذه الجهة.

والحق عدم كونه تمليكا في البابين.

و قد التزم المحقق النائيني ﷺ في مسألة اعتق عبدك عني بدخول العبد في ملك الامر و انعتاقه، لا من جهة توقف العتق على الملك، بل من جهة انه اذا امر الآمر بايجاد عمل محترم، او باتلاف مال محترم غير مجاني يرجع نفعه اليه وامتثل المامور ذلك يكون الاستدعاء و استيفائه له مقتضيا لضمان المستوفي، اذ المفروض انه لم يصدر عن المأمور تبرعا، بل بالعوض المسمى، و حيث ان ضمانه ليس من باب الغرامة بل ضمان معاملي، و تكون تلك المعاملة الواقعة بين الأمر والمأمور ذلك بامره واستدعائه، و هذا بامتثاله و عمله صحيحة لعموم ﴿تجارة عن تراض﴾، فلا محالة يكون لازمه دخول المضمون به في ملك الضامن.

و فيه، ان الملك من الامور التي يتوقف تحققها على القصد و الانشاء فاذا فرضنا عدم قصد الأمر والمأمور التمليك و التملك لما كان وجه للالتزام بحصول الملك، و مجرد كون الضمان لا من باب الغرامة لا يقتضي دخول المضمون به في ملك الضامن.

مع انه يرد عليه الايراد الثاني الذي اوردناه على المصنف ﷺ.

فالأظهر انه ان كان العتق غير متوقف على الملك فيلتزم بالصحة في المثال وضمان الامر ان لم يكن استدعائه على وجه المجانية، و ان كان متوقفا عليه فلا يصح و يكون نظير عكس المسألة اعتق عبدى عنك، وبه يظهر حال مسالتنا هذه.

واما ذكر في مسألة العمودين و توهم انطباقه على المقام، و لا جله التزم بالملك التقديري الفرضي، بمعنى فرض الملك و تقديره لغاية خاصة و هو الانعتاق في مسألة العمودين، فحاصله: انه كما ان الجمع بين الادلة في تلك المسألة ـ و هي ما دل على انه لا عتق الا في ملك، و ما دل على ان شراء العمودين جائز، و ما دل على ان الانسان لا يملك عموديه و ينعتقان عليه لو اشتراهما، و ما دل على توقف صحة البيع بل حقيقته على دخول كل من العوضين في كيس من خرج الاخر عن كيسه ـ يقتضى الالتزام بالملك

الثّاني: ان يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الاباحة فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند ارادة البيع، آناً مّا، فيقع البيع في ملكه أو يدلّ دليل شرعي على انتقال الثّمن عن المبيح بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آناً مّا لا يقبل غير العتق، فانّه حينئذ يقال: بالملك المقدّر آناً مّاً للجمع بين الادلّة [١]

التقديري الفرضي بالمعنى المتقدم.

كذلك في المقام الجمع بين ما دل على توقف جملة من التصرفات كالبيع و العتق على الملك، و دليل السلطنة الدال على جواز اباحة جميع التصرفات هو الالتزام بالملك التقديري، واجاب المصنف‌ﷺ بما ستعرف تقريبه

فيقع الكلام اولا: في مسألة العمودين، ثم في المقام

[١] اما الأول: فالموهم للتنافي بين الادلة الموجب للالتزام المذكور

اما ان يكون ما دل على انه لا عتق الا في ملك[١] ـ بدعوى انه ينافي مع ما دل على ان الانسان لا يملك عموديه[٢] او يكون هو ما دل على توقف الشراء على دخول العمودين في ملك المشتري، و هو ينافي مع ما دل على عدم تملكهما.

و شيء منهما لا يوجب التنافي المزبور

اما الأول: فمضافا الى ما تقدم في معنى لا عتق الا في ملك: انه لو سلم دلالته على لزوم مالكية من ينعتق عليه للعبد. انه انما يدل على انه لا عتق ـ الذي هو فعل اختياري ـ الا في ملك، و لا يدل على انه لا انعتاق الا في ملك كي ينافي مع ما دل على عدم تملكهما.

و اما الثاني: فلما تقدم في اول البيع و اشرنا اليه في اول هذا التنبيه من عدم توقف صدق البيع و الشراء على هذا، بل حقيقة البيع جعل شيء و اعطائه بازاء شيء، و هذا بحسب الموارد يختلف اثره، و قد يكون اثره الانعتاق كما في المثال، فان اثر اعطاء

---

١) الوسائل باب ٥ من ابواب كتاب العتق.

٢) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب العتق.

و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، اذ المفروض انّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحّة هذه الاباحة العامّة و اثبات صحته بعموم مثل النّاس مسلّطون على اموالهم يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاها لقواعد اُخَر مثل توقّف انتقال الثّمن الى الشّخص على كون المثمن مالا له و توقّف صحة العتق على الملك و صحة الوطي على التّحليل بصيغة خاصّة لا بمجرّد الاذن في مطلق التّصرف و لأجل ماذكرنا صرّح المشهور بل قيل: لم يوجد خلاف في أنّه لو دفع الى غيره مالاً. و قال اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد الاذن في اقتراض المال قبل الشراء او اقتراض الطّعام او استيفاء الدّين منه بعد الشراء[١] لم يصّح كما صرّح به في مواضع من القواعد. و علّله في بعضها بأنّه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير و هو كذلك، فانّ مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوّض عن ملكه، [٢] و الاّ لم يكن عوضاً و بدلاً. و لما ذكرنا حكم الشّيخ و غيره بأنّ الهبة الخالية عن الصّيغة تفيد اباحة التّصرف لكن لا يجوز و طي الجارية [٣] مع انّ الاباحة المتحقّقة من الواهب يعم جميع التصرفات،

البائع اياه بازاء شيء انقطاع اضافته، و حيث لا يمكن دخوله في ملك المشتري ينعتق عليه قهراً.

هذا كله مضافاً الى ان الالتزام بالملك التقديري مرجعه الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية، نعم حيث انه يكون من جملة نصوص المسألة ما تضمن انه اذا ملك الرجل والديه انعتقا عليه، فهو ينافي ما دل على ان الرجل لا يملك احد عموديه.

و العلاج انما يكون باحد النحوين: اما الالتزام بان المراد بالأول الملك العقدي فيكون قوله عليه السلام اذا ملكوا بمنزلة اذا بيعوا، او الالتزام بالملك الحقيقي غير المستقر ـ والمراد بالثاني الملك المستقر ـ و على اي حال لا وجه للالتزام بالملك التقديرى

[١] بان يشترى الطعام لنفسه بثمن فى ذمته ثم يفى دينه بمال الغير.

[٢] قد مر فى اول كتاب البيع عدم كون البيع معاوضة بهذا المعنى.

[٣] و فيه ان محل الكلام الاباحة المالكية و مورد كلام الشيخ و الشهيد الاباحة الشرعية.

و عرفت ايضاً انّ الشّهيد في الحواشي لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة. و ثمن الهدى و لا وطي الجارية مع انّ مقصود المتعاطيين الاباحة المطلقة و دعوى انّ الملك التقديرى هنا ايضاً لا يتوقّف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدّلالة بمجرد الجمع بين عموم النّاس مسلّطون على اموالهم، الدّال على جواز هذه الاباحة المطلقة. وبين ادلّة توقّف مثل العتق والبيع على الملك نظير الجمع بين الأدلّة في الملك في الملك التّقديرى مدفوعة بأنّ عموم النّاس مسلّطون على اموالهم انّما يدلّ على تسلّط النّاس على اموالهم لا على احكامهم فمقتضاه امضاء الشّارع لاباحة المالك كلّ تصرف جائز شرعاً، فالاباحة و ان كانت مطلقة الاّ انّه لا يباح بتلك الاباحة المطلقة الاّ ما هو جائز بذاته في الشّريعة.

و من المعلوم انّ بيع الانسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النّقل الدّال على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض، فلا يشمله العموم في النّاس مسلّطون على اموالهم حتّى يثبت التّنافي بينه و بين الأدلة الدّالة على توقّف البيع على الملك فيجمع بينهما بالتزام الملك التّقديرى آنامّا.

وبالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير او عتقه لنفسه حاكم [١] على عموم النّاس مسلطون على اموالهم

و اما المقام الثاني فالحق هو عدم انطباق ماذكر في تلك المسألة على ما نحن فيه لو تم، و ذلك لوجهين:

[١]الأول: ماذكره المصنف ﷺ من حكومة دليل عدم جواز البيع والعتق الا في ملك على عموم دليل السلطنة، فان دليل السلطنة انما يدل على ان له ان يبيح التصرفات المحرمة من جهة عدم رضا مالكه ولا يدل على ان له ان يبيح التصرف الممنوع شرعا لجهة اخرى كما تقدم تقريبه، و حيث ان دليل عدم الجواز ينفي مشروعية هذا التصرف من جهة اخرى، فلا محالة يكون رافعا لموضوع دليل السلطنة.

الثاني: انه لو كان له اطلاق شامل لجميع التصرفات فيقع التعارض بين الدليلين، و حيث ان النسبة بينهما عموم من وجه، و الترجيح مع ذلك الدليل، فيقدم و لا وجه للجمع

الدّال على امضاء الاباحة المطلقة من المالك على اطلاقها نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنّذر والعهد. اذا نذر عتق عبد غيره له او لنفسه، فلا يتوّهم الجمع بينهما بالملك القهرى للنّاذر.

نعم لو كان هناك تعارض و تزاحم من الطرفين بحيث امكن تخصيص كلّ منهما لأجل الآخر امكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى انامّا فتامّل.[١]

و أما حصول الملك في الآن المتعقّب بالبيع، او العتق فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكاً تقديريّاً نظير الملك التّقديرى في الدّية بالنّسبة الى الميّت[٢]

بالنحو المذكور. ولكن الذي يهون الخطب ما تقدم من عدم توقف البيع و العتق على الملك، فلا معارض لدليل السلطنة.

[١] قد عرفت ان مقتضى القواعد على فرض التعارض هو الرجوع الى المرجحات لا الجمع المذكور و لعله لذلك امر بالتامل فى ذيل كلامه

و اما ما ذكر في مسألة بيع الواهب عبده الموهوب او عتقه وادعى انطباقه على ما نحن فيه، فمحصله: انه كما يلتزم في تلك المسألة بصيرورة العبد ملكا للواهب قبل التصرف المتوقف على الملك، فكذلك يلتزم به في المقام.

[١] قوله نظير الملك التقديرى فى الدية بالنسبة الى الميت

بان يقال ان حكم[١] الشارع بانتقال الدية الى الورثة و انه يؤدى ديونه منها يستدعى صيرورتها ملكا للميت و انتقالها عنه اليهم ـ و حيث انه لا يمكن الالتزام بملكيتها له فى حال الحياة و الالزم تقدم المعلول على علته و لا بملكيتها له حال الموت و الا لزم اجراء احكام دية الجناية على الاعضاء بعد الموت فيلتزم بملكيتها له فى حال الحياة بالملكية بالتقريب المتقدم

و فيه ان الادلة انما دلت على ان ديون الميت تؤدى من ماله و ان ما تركه الميت من ماله فلوارثه ـ ولم يدل دليل على انه لا يؤدى ديونه من غيره وانه ليس للورثة مالم يتركه الميت

و عليه فاذا دل الدليل على انه يؤدى ديونه من الدية وانها تنتقل

---

١) راجع الوسائل باب ٢٤ من ابواب كتاب الدين و القرض.

أو شراء العبد المعتق عليه. بل هو ملك حقيقى حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرّجوع قبله في الآن المتصل بناءً على الاكتفاء بمثل هذا في الرّجوع [١] و ليس كذلك فيما نحن فيه و بالجملة فما نحن فيه لا ينطبق على التّمليك الضّمنى المذكور اوّلاً في: اعتق عبدك عنيّ لتوقّفه على القصد و لا على الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعتق عليه، لتوقّفه على التّنافي بين دليل التّسلط و دليل توقّف العتق على الملك، و عدم حكومة الثّانى على الأوّل، و لا على التّمليك الضّمنى المذكور ثالثاً في بيع الواهب، و ذى الخيار لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق الاّ الحكم ببطلان الاذن في بيع ما له لغيره [٢] سواء صرّح بذلك كما لو قال بع مالى لنفسك او اشتر بمالى لنفسك ام ادخله في عموم قوله ابحت لك كل تصرّف. فاذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك امّا لازماً بناء على ان قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر او موقوفاً على الاجازة بناءً على انّ المالك لم ينو تملك الثمن هذا

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الى الورثة فلا موجب للالتزام بالملكية

[١] قوله بناء الاكتفاء بمثل هذا فى الرجوع و ليس كذلك فيما نحن فيه

محصل ما افاده المصنف ﷺ انه في تلك المسألة انما يلتزم به من جهة كشف التصرف المتوقف على الملك على قصد الرجوع قبله، و هذا يكفي في الرجوع والفسخ، ولكنه لا ينطبق على ما نحن فيه، اذ في صيرورة شيء ملكا لشخص يعتبر الانشاء و لا يكفى مجرد القصد

[٢] قوله فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن فى بيع ما له لغيره.

و قد تقدم ان الا ظهر صحة الاذن فى ذلك لعدم توقفه على الملك

ولكن يرد على ما ذكره ﷺ في تلك المسألة امور:

الأول: ان لازم ذلك ان يكون قول الواهب والبائع بالخيار: فسخت اخباراً عن الرجوع لا انشاءاً له.

ولكنّ الّذى يظهر من جماعة منهم قطب الدّين و الشّهيد﵀ في باب بيع الغاصب انّ تسليط المشترى البائع الغاصب على الثّمن و الاذن في اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، وانّه يملك المثمن بدفعه اليه، فليس للمالك اجازة هذا الشراء و يظهر ايضاً من محكى المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة: انّ له وطي الجارية مع علم البائع بغصبية الثّمن فراجع، و مقتضى ذلك ان يكون تسليط الشّخص لغيره على ماله و ان لم يكن على وجه الملكية، يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمّل[۱] و سيأتى توضيحه في مسألة الفضولى ان شاء الله. و اما الكلام فى صحة الاباحة بالعوض[۲]

الثاني: ان الرجوع و الفسخ من الانشائيات لانهما يوجبان صيرورة الشيء ملكا له، و لا بد فيهما من الانشاء والاظهار، و لا يكفي مجرد القصد.

الثالث: ان لازم هذا البيان قصر الحكم على مورد قصد الرجوع و الفسخ، مع ان كلمات القوم مطلقة.

فالحق ان يقال: انه حيث لم يرد نص خاص في تلك المسألة، فعلى القول بتوقف البيع والعتق على الملك لا مناص عن البناء على البطلان في تلك المسألة.

[۱] قوله فتأمل

ولعل وجهه انه يمكن ان يكون نظر الجماعة الى ان اعطاء المشترى ماله للغاصب مع علمه بغصبية المبيع تسليط له على ماله مجانا و موجب لصيرورته ملكا له فيكون تصرفه فى ماله لا فى مال الغير المباح له.

الاباحة بالعوض

[۲] الاشكال الثاني الذي اورده المصنف على القسمين الاخيرين، هو الاشكال فى صحة الاباحة بالعوض الراجعة الى عقد مركب من اباحة و تمليك،

سواء صححنا اباحة التّصرفات المتوقّفة على الملك ام خصصنا الاباحة بغيرها، فمحصّله انّ هذا النّحو من الاباحة المعوّضة ليست معاوضة ماليّة ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر بل كلاهما ملك للمبيح الاّ أنّ المباح له يستحق التّصرف فيشكل الامر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً مع التأمّل في صدق التّجارة عليها، فضلاً عن البيع [١].

---

[١] وحاصله ان هذا النحو من الاباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الاخر، بل كلاهما ملك للمبيح، الا ان المباح له يستحق التصرف فيشكل الامر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا، مع التامل في صدق التجارة عليها ... الى آخر ما افاده.

و هذا الاشكال ايضاً لا يختص بالمعاطاة، بل يعم ما اذا كانت الاباحة باللفظ، فالكلام فيه ايضاً استطرادي.

و كيف كان فتنقيح القول في هذا المقام بالبحث في موارد

الأول: في حقيقة الاباحة بالعوض، وانها هل تكون بيعا او اجارة، ام صلحا ام معاوضة مستقلة؟

الثاني: في الدليل على صحتها و نفوذها.

الثالث: في انها لازمة ام جائزة.

اما المورد الاول فلا خلاف و لا ريب في أنها ليست تمليكا للعين و لا للمنافع و لا للانتفاع، اما الأولان: فواضح.

و اما الاخير: فلأن المبيح ليس مالكا للانتفاع ـ الذي هو قائم بالمباح له ـ و من افعاله فكيف يملكه له؟ و كذلك ليست اعطاء حق به، فان جواز التصرف من الاحكام التكليفية لا من الحقوق، و لذا ليس للمالك اسقاطه و لا نقله الى غيره، بل هي اباحة تكليفية للتصرفات و رفع للمنع عنها، و عليه فهي ليست اعطاء شيء للمباح له بازاء شيء فلا تكون بيعا، و لا تكون نقلا للمنافع.

الا ان يكون نوعاً من الصّلح لمناسبة له لغةً لأنّه في معنى التّسالم على امر [١] بناءً على انّه لا يشترط فيه لفظ الصّلح كما يستفاد من بعض الاخبار الدّالة على صحّته بقول المتصالحين لك ما عندك ولى ما عندى و نحوه ما ورد فى مصالحة الزّوجين و لو كانت معالمة مستقلّة، كفي فيها عموم النّاس مسلّطون على اموالهم [٢].

فلا تكون اجارة، و ليست انشاءاً للتصالح و التسالم على امر ـ كما هو واضح ـ فلا تكون صلحا

[١] قوله لانه فى معنى التسالم على امر

و ما ذكره المصنف ﷺ في وجه كونها صلحا من انه عبارة عن التسالم على امر و لا يعتبر فيه لفظ خاص

و استشهد لذلك بصحيحي محمد بن مسلم و منصور بن حازم عن السيدين الصادقين عليهما السلام: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي فقال عليه السلام لا بأس بذلك[١]. و هذا المعنى ينطبق على الاباحة المعوضة فهي صلح،

يرد عليه: ان الصلح ليس هو التسالم على امر، والا لزم كون جميع المعاملات صلحا، بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية و انشاء للتسالم، و من الواضح ان هذا لا ينطبق على المقام.

واما الصحيحان: فليس فيهما ما يدل على ان تلك المعاملة التي نفي البأس عنها صلحا، بل من الجائز ان تكون معاملة مستقلة

فيتعين ان تكون معاملة مستقلة.

[٢] و اما المورد الثاني: فقد استدل المصنف ﷺ لصحتها بعموم الناس مسلطون على اموالهم[٢]

واورد عليه: بانه هذا ينافي ما ذكره ﷺ في المعاطاة من انه لا يصح الاستدلال به على صحتها

---

١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث ١.

٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

و المؤمنون عند شروطهم [١]، و على تقدير الصحة ففي

لزومها مطلقا لعموم [٢] المؤمنون عند شروطهم او من طرف المباح له حيث انّه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح، حيث انّ ماله باق على ملكه فهو مسلّط عليه او جوازها مطلقاً وجوه أقواهاأوّلها، ثمّ اوسطها.

و فيه: انه في تلك المسألة بنى على عدم صحة الاستدلال به نظراً الى ان عمومه انما هو باعتبار انواع السلطنة، و انه لو احرز ثبوت سلطنة خاصة كالبيع له و شك في انه هل يحصل بمجرد التعاطي ام لا، لا مورد للتمسك بعمومه

و هذا الوجه لا يجري في المقام، بل مقتضى عمومه الانواعي الذي اعترف بانه له صحة هذه المعاملة الخاصة التي هي نوع من الأنواع فالحق تمامية هذا الوجه.

[١] و اما قوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم [1] الذي استدل به المصنف ﷺ في المقام فقد تقدم في المعاطاة ما فيه و انه مختص بالشروط في ضمن العقود و لا يشمل الشروط الابتدائية.

و يشهد لصحتها ـ مضافاً الى دليل السلطنة

السيرة العقلائية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى ـ كما هو المتعارف في اجارة الدكاكين وما شابهها ـ فان الشخص يستأجر الدكان من مالكه شهراً بمقدار معين، ثم يبنيان على ان كلما بقي المستأجر يعطي الاجرة بذلك المقدار، بل التصرف في الحمامات و الأمكنة المعدة لنزول المسافرين و نحو ذلك كلها من هذا القبيل. فتأمل.

و دليل التجارة.

ودعوى عدم صدقها على الاباحة المعوضة من جهة انها عبارة عن التكسب بالمال،

مندفعة بمنع ذلك، بل هي عبارة عن التكسب و الاسترباح الشامل للمقام فالحق انها صحيحة نافذة.

[٢] و اما المورد الثالث، و هو انها لازمة او جائزة

---

١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار ـ في الخبر المسلمون بدل ـ المؤمنون .

امّا حكم الاباحة، بالاباحة فالاشكال، فيه ايضاً يظهر ممّا ذكرنا في سابقة والأقوى فيها ايضاً الصّحّة و اللّزوم للعموم او الجواز من الطّرفين لاصالة التّسلّط

فيشهد للزومها قوله تعالى ﴿اوفوا بالعقود﴾[١]

واورد عليه: بانه يعارض في طرف الاباحة بعموم[٢] دليل السلطنة، اذ المفروض بقاء المال على ملكه.

و فيه: ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة على المال و لا يدل على السلطنة على العقد، و الاباحة اللازمة في المقام انما هي اباحة عقدية لا اباحة مستندة الى الاذن.

و ان شئت قلت: انه اذا كان العقد صادراً من المالك و باختياره ـ و بدليل السلطنة بنينا على ان له ذلك ـ فلزوم العقد المزبور لا ينافي سلطنته على المال، كما لا ينافيها في مورد الاجارة، مع ان العين باقية على ملكه.

و بالجملة: كما لو شرط في ضمن عقد لازم اباحة مال احد المتعاقدين للاخر كان له ذلك و كان لازما، و لا يكون منافيا لدليل السلطنة كذلك في المقام.

و لو تنزلناعن ذلك و سلمنا التعارض يكون ﴿اوفوا بالعقود﴾ مقدما بناءاً على ما هو الحق من الرجوع الى المرجحات اذا تعارض عامان من وجه، فان الترجيح مع الاية الشريفة، فانه اذا كانت موافقة الكتاب من المرجحات كان الكتاب مقدما عند التعارض.

هذا بناءاً على ما هو الحق من انه اذا تعارض العام و المطلق لا يكون الأول مقدما: و الا فتقديم الاية اظهر، لان الجمع المحلى بالالف و اللام من الفاظ العموم،

كما انه لو قلنا بشمول اخبار العرض للمخالفة بالعموم من وجه يكون تقدم الاية الشريفة في غاية الوضوح.

و لو تنزلنا عن ذلك ايضاً و سلمنا التساقط يكون المرجع استصحاب بقاء الاباحة، اي الاباحة العقدية لا الاباحة المستندة الى الاذن، كي يقال

---

١) المائدة: آية ٢.

٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم و ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه.[١]

انه لا سبيل الى استصحابها لتقومها بالرضا المرتفع.
فالأظهر أنّها معاوضة مستقلة صحيحة لازمة.

جريان المعاطاة في جميع العقود و الايقاعات

[١] قوله الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود وعدمه.
ملخص القول في المقام: ان صحة المعاطاة في البيع ان كانت بدليل تعبدي شرعي من الاجماع والسيرة فلا كلام في عدم جريانها في غير البيع الا ما قام الدليل الخاص على صحته،
و ان كانت على القاعدة من جهة صدق البيع عليها فهي تجري في غيره من المعاملات، فانه في كل باب يتمسك بعموم دليل ذلك الباب لصحتها لو كان، و الا تتمسك بعموم ﴿اوفوا بالعقود﴾ و لا اشكال في ذلك.
نعم في بعض الموارد ـ كما في باب الطلاق ـ دل[1] الدليل الخاص على ان الطلاق لا يصح انشائه الا بصيغة خاصة، فلا تجري المعاطاة فيه لذلك.
و اما سائر الموارد فتجري المعاطاة فيها،
و قد ذكروا في بيان المانع عن جريان المعاطاة في جملة من العقود امورا:
منها: ان بعض المعاملات لا يكون الفعل فيه مصداقا لعنوان تلك المعاملة، مثلا اطلاق العبد و فكه عن الخدمة مع قصد العتق لا ينطبق عليه عنوان العتق، و في هذه المعاملات لا يصح الاستدلال بادلتها.
و منها: ما اذا دل الدليل في باب على انه لازم كالرهن، و حيث ان المعاطاة جائزة بالاجماع فلا تجري فيه.
و منها: انه في بعض الموارد يكون الفعل محرما شرعا كما في النكاح بالوطء.

---

١) راجع الوسائل باب ١٥ و ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

.....

و النهي عن المعاملة يدل على الفساد.

و لنا عن هذه الوجوه جوابان: اجمالي و تفصيلي.

اما الاجمالي منهما فمحصله: انه يرد على الوجه الأول: انا لا نتصور معاملة لا يكون فعل فيها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنى المعقول، و هو كون الفعل مظهراً عرفا للاعتبار النفساني لااقل من الافعال التي يفهم الاخرس مقاصده بها، مثلا: اذا سأل احد مالك العبد: هل تعتق عبدك؟ فحرك رأسه قاصدا به انشاء العتق، يكون هذا الفعل ـ بضميمة القرينة الموجودة ـ مصداقا لعنوان العتق بالمعنى المعقول، و هكذا في باب الوصية و غيرها

مع انه قد عرفت ان عناوين المعاملات موضوعات لحقائقها، اي المسببات و الاعتبارات النفسانية و الاسباب مبرزات لها لا انها من مصاديقها.

و بالجملة: المظهر كان هو القول او الفعل يكون خارجا عن مسمى المعاملة، فلا وجه للفرق بين الافعال

اللهم الا ان يقال: ان بناء العقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملة على الاعتبار النفساني المجرد، و عدم ترتيبه على الاعتبار المبرز بما لا يكون له شأنية، ذلك عندهم كما لو مشى بقصد انشاء الزوجية

و عليه فالحق في الجواب ما تقدم.

و يرد على الوجه الثاني: ما تقدم من ان الأصل في المعاطاة هو اللزوم.

و يرد على الوجه الثالث: ما تقدم في اول الجزء الاول من عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد، لا سيما اذا تعلق بالاسباب.

و اما الجواب التفصيلي، فملخص القول: انه من المعاملات التي وقع فيها النزاع: النكاح

و قد استدل لعدم جريان المعاطاة فيه بوجوه:

.....

احدها: ما افاده المحقق النائيني ﷺ، و هو: ان الفعل فيه مصداق لضده، و هو الزنا و السفاح، فان مقابل النكاح ليس الا الفعل المجرد عن الانشاء القولي و عما جعله الشارع سببا للحلية.

و فيه: اولا: ان هذا الوجه مختص بانشائه بالوطء و لا يشمل انشائه بفعل آخر كتمكين الزوجة و غيره، و هذا الجواب يجري في جميع الوجوه الاتية.

و ثانيا: ان مورد الكلام ما اذا وطء بقصد انشاء الزوجية لا مجردا عن القصد، و معه و ان كان سفاحا و زنا لكنه لا مانع من كونه مبرزا للزوجية، و ليست الزوجية و الزنا متقابلتين و متضادتين، فان الاولى من الاعتبارات، و الثاني من عناوين الفعل الخارجي، فلا مانع من مبرزيته لها.

ثانيها: ان النكاح عقد لازم للنص و الاجماع، و المعاطاة جائزة بالاجماع.

و فيه: ما تقدم من ان الأصل في المعاطاة هو اللزوم،

مع انه يمكن ان يقال: ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التي تجتمع الصحة فيها مع الجواز و لا يشمل ما لا تجتمع معه.

و بعبارة اخرى: المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة، و اما عدم اللزوم غير المجتمع معها فلا يكون مشمولا له

مضافاً الى انه يمكن ان يجعل هذا بنفسه دليل اللزوم فيه فيقال ان المعاطاة تفيد اصل النكاح، و اما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على ان كل نكاح صحيح لازم.

ثالثها: ان لازم جريانها في النكاح حصر الزنا بصورة الاكراه و الزنا بذات البعل و نحوهما، و هذا كما ترى.

و فيه: ان الوطء مع الرضا تارة يكون مع قصد الزوجية، و اخرى بدونه. و محل الكلام هو الأول، و اما الثانى فلا ريب في انه زنا و سفاح.

اعلم انه ذكر المحقق الثانى﵀ في جامع المقاصد على ما حكى عنه انّ في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة في الاجارة[١] وكذا في الهبة و ذلك لأنّه اذا امره بعمل على عوض معيّن فعمله استحقّ الأجرة، و لو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل،

رابعها: ان الوطء يحتاج الى سبب محلل، فلو كان سببا لحلية نفسه لزم اتحاد السبب و المسبب في مرتبة واحدة، مع امتناع تأثير الشيء في نفسه.

و فيه: ان أول الوطء الأول سبب للزوجية، و هى سبب لحلية الوطء في الآنات المتأخرة والوطء اللاحق، فلا يلزم اتحاد السبب و المسبب.

خامسها: ان السبب المبغوض لا يؤثر، فالوطء المؤثر في الزوجية مشروط بالحلية و المفروض انها من مقتضيات الزوجية، فتتوقف حلية الوطء على تأثيره، و يتوقف تأثيره على حليته، و هذا دور واضح.

و فيه: ما تقدم من ان النهي عن المعاملات ـ لا سيما الاسباب منها ـ لا يدل على الفساد، مع ان ترتب الحليّة على الزوجية، و الزوجية على الوطء ـ الذي هو سبب لها ـ انما يكون ترتبا رتبيا و اما في الزمان فالجميع في زمان واحد، فالوطء حين تحققه متصف بالجواز.

فتحصل: انه لا مانع عقلا و لا شرعا عن جريان المعاطاة في النكاح، ولكن قام الاجماع على عدم الجريان، و هو المستند لو كان و كان تعبديا لا مستنداً الى الوجوه المتقدمة.

و منها: الاجارة

[١] قوله فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الاجارة

فى المسألة اقوال

احدها جريانها فيها مطلقا

ثانيها عدم الجريان كذلك

.....

ثالثها التفصيل بين الاجارة على المنفعة فالاول، و بين الاجارة على العمل فالثاني.

و الاظهر هو الاول، بناء على ما هو الحق من صحة انشاء العقود والايقاعات بكل ما يكون مبرزا لها، بلا اعتبار اللفظ في المبرز، كما حققناه في البيع و اوضحناه.

و استدل لعدم الجريان فيها

تارة بان المعاطاة انما التزمنا بجريانها في البيع من جهة الاجماع و السيرة، و هما غير ثابتين في المقام.

و اخرى بان الاجارة لازمة كما يأتي، والمعاطاة اما مفيدة للملكية الجائزة او الاباحة، فلا تجرى فيها.

و ثالثة بانه ليس فعل صالح لانشاء الاجارة به، فان اعطاء العين و دفعها يلائم مع تمليكها لا تمليك منافعها، و لا يعنون عند العرف بعنوان الاجارة.

و كل مردود،

اما الاول فلما تقدم من ان مقتضى القاعدة جريانها في جميع العقود و الايقاعات.

واما الثاني: فلما مر في البيع من ان المعاطاة تفيد الملكية اللازمة

مع انه لو دل الدليل على عدم لزومها فى مورد خاص يقيد به اطلاق ما دل على لزومها.

واما الثالث فلان محل البحث انشاء الاجارة بالفعل، و لم يقع عنوان المعاطاة تحت الدليل كي يقتصر على مورد تحقق التعاطي.

و عليه فلو تم هذا الوجه، فحيث انه مختص بالاعطاء الخارجي و لا يجري في جميع الافعال حتى مثل الاشارة بالرأس ـ كما لو سأله سائل: هل تؤجر دارك بزيد؟ فحرك رأسه، و ما شابه ذلك ـ فلا يعتمد عليه.

مع انه غير تام، فان اعطاء العين اعمّ من الهبة والصلح و القرض و البيع والاجارة

و لم يستحقّ اجرة مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك. و كذا لو وهب بغير عقد. فانّ ظاهر هم جواز الاتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز [١] بل منع من مطلق التّصرف و هو ملحظ وجيه انتهى.

فكما يقال انه بالتساوم على البيع مثلا و قصد ذلك يكون الاعطاء مصداقا للبيع على المشهور و مبرزاً له عرفاً على المختار، كذلك في المقام نقول ان تسليم العين في اول المدة بقصد اجارتها في جميعها يكون مع التساوم قبله مصداقاً او مبرزا لها.

واستدل للثالث بانه في اجارة الاعيان للمنافع يوجد فعل مبرز لعنوان الاجارة، و لا يوجد ذلك في اجارة الحر نفسه للعمل، فان الفعل المبرز ليس الا العمل الخارجي، و هذا ليس مصداقاً للاجارة المتعلقة بالنفس، فلا تجري فيها.

و فيه ـ مضافا الى ما تقدم من ان هذا لو تمّ فانما هو في الاعطاء لا في كل فعل ولو كان هو الاشارة ـ: انه اذا فرضنا التساوم على الاجارة، يكون الشروع في العمل بقصد اجارة نفسه على كل ما تساوما عليه ايجابا للاجارة.

فالاظهر جريان المعاطاة في الاجارة مطلقا.

و يجوز ان يكون الايجاب بالقول والقبول بالفعل، لاطلاق الادلة وعمومها.

و استدل لعدم الجواز بانه ليس عقداً و لا معاطاة.

و فيه: انه لم يرد دليل على لزوم الانشاء بالعقد او المعاطاة، بل الدليل دل على لزوم الابراز بلا تعيين لخصوص مبرز، فالاظهر كفايته.

[١] و بما ذكرناه يظهر الحال فى كثير من ابواب الفقه حيث منع من جريان المعاطاة فيها من جهة عدم وجود فعل يكون مصداقا لتلك المعاملة منهاالهبة.

و فيه انّ معنى جريان المعاطاة في الاجارة على مذهب المحقّق الثّانى الحكم بملك المأمور الأجر المعيّن على الأمر و ملك الامر، العمل المعين على المأمور به [۱] و لم نجد من صرّح به في المعاطاة. و امّا قوله لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل، فموضع نظر لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل [۲] سيمّا اذا لم يكن العمل تصرّفاً في عين من اموال المستأجر، و قوله لم يستحقّ اجرة مع علمه بالفساد ممنوع، لأن الظّاهر ثبوت اجرة المثل [۳] لانّه لم يقصد التّبرع، و انّما قصد عوضاً لم يسلم له. و امّا مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها، [۴] الاّ اذا قلنا في المعاطاة بالاباحة. فانّ جماعة كالشّيخ و الحلّي والعلاّمة صرّحوا بأن اعطاء الهديّة من دون الصّيغة يفيد الاباحة دون الملك. لكن المحقّق الثّانى﵀ ممّن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للاباحة المجردة

---

[۱] يرد عليه امر ان

الاول ان المفروض ان احد طرفى عقد الاجارة هو العمل الخارجى فلا تكون الاجارة المزبورة نظير الاجارة اللفظية موجبة للحكم بملك احدهما الاجر المعين على الاخر و الاخر العمل المعين ـ و بالجملة ـ امر الامر وحده ليس عقد الاجارة

الثانى: ان الاصحاب و ان لم يصرحوا فى الاجارة بما ذكره ـ الانهم لم يصرحوا فى البيع ايضا بالملك.

[۲] و فيه ان مورد كلام المحقق صورة استلزم العمل التصرف فى اموال المستاجر ـ و اما فى صورة عدم استلزامه ذلك فلا ريب فى عدم المنع ـ وفى هذه الصورة مقتضى فساد الاجارة عدم جواز التصرف

و دعوى انه يجوز للرضا به

مندفعة بان الرضا من جهة تخيل صحة الاجارة لا يجدى.

[۳] ولكن ظاهر العبارة الموجودة فى جامع المقاصد المحكية فى المتن ثبوت الاجرة المسماة لااجرة المثل.

[۴] و فيه ان الاصحاب كما صرحوا فى البيع المعاطاتى بالاباحة كك حكموا فى الهبة المعاطاتية بالاباحة ـ والمحقق ﵀ فى كلا البابين حمل كلماتهم على ارادة الملك المتزلزل فلا ايراد مخصوص بالمقام عليه.

و توقّف الملك في الهبة على الايجاب والقبول كاد ان يكون متّفقاً عليه كما يظهر من المسالك. و ممّا ذكرنا يظهر المنع في قوله بل مطلق التّصرف. هذا ولكنّ الأظهر بناءً جريان المعاطاة في البيع، جريانها في غيره من الاجارة و الهبة لكون الفعل مفيداً للتّمليك فيهما.

و ظاهر المحكى عن التذّكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره، حيث قال فى باب الرهن ان الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب والايجاب عليه المذكور في البيع آت هنا، انتهى. لكن استشكله في محكى جامع المقاصد بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا.

و لعلّ وجه الاشكال عدم تأتّى المعاطاة بالاجماع في الرهن على النّحو الّذى اجروها في البيع، [١] لأنّها هناك امّا مفيدة للاباحة او الملكيّة الجائزة على الخلاف والأوّل غير متصوّر هنا. واما الجواز فكذلك لانه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن[٢]

---

[١] قوله و لعل وجه الاشكال عدم تاتى المعاطاة بالاجماع فى الرهن

لعل مراد المحقق قده ان ما هو ثابت فى المعاطاة بالاجماع جار فى البيع دون الرهن لعدم معقولية الجواز فيه و عليه، فما ذكره المصنف ﷺ فى وجه اشكاله قده تام،

و لا يرد عليه ما اورده المحقق الايروانى ﷺ من ان هذا من الاجتهاد فى مقابل النص لتصريحه بان منشأ الاشكال عدم شمول الاجماع على حكم المعاطاة للرهن.

و منها الرهن فقد اشكل في جريان المعاطاة فيه بوجهين:

[٢] احدهما: ان المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع، والجواز غير متصور في الرهن لانه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، وان جعلناها مفيدة للللزوم كان مخالفا للاجماع.

و الجواب عنه: ما ذكرناه في النكاح جوابا عن الوجه الثاني. فراجع.

ثانيهما: ان القبض شرط في باب الرهن، والعقد مقتض، فيلزم من انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضى مع الشرط، و هو محال كما حقق في محله.

واجيب عنه: بان الشرط هو القبض، والمقتضى هو الاقباض، لان به ينشأ الرهن فلا يلزم الاتحاد المزبور.

خصوصاً بملاحظة انّه لا يتصوّر هنا مايوجب رجوعها الى اللّزوم ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان، وان جعلناها مفيدة للّزوم كان مخالفاً لما اطبقوا عليه من توقّف العقود اللاّزمة على اللّفظ، وكأن هذا هو الّذى دعا المحقّق الثّانى الى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الاجارة والهبة والقرض والاستشكال في الرهن، نعم من لا يبالي مخالفة ما هو المشهور. بل المتّفق عليه بينهم من توقّف العقود اللاّزمة على اللّفظ أو حمل تلك العقود على اللاّزمة من الطرفين فلا يشمل الرهن.

و لذا جوّز بعضهم، الايجاب بلفظ الأمر كخذه، والجملة الخبريّة امكن ان يقول بافادة المعاطاة في الرهن اللّزوم، لاطلاق بعض ادلّة الرهن، ولم يقم هنا اجماع على عدم اللّزوم كما قام في المعاوضات. و لأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة فى الوقف [١] بأن يكتفي فيه بالاقباض لأنّ القول فيه باللّزوم مناف لما اشتهر بينهم: من توقّف اللّزوم على اللّفظ والجواز غير معروف في الوقف من الشّارع [٢] فتأمّل.

نعم احتمل الاكتفاء بغير اللّفظ في باب وقف المساجد من الذّكرى تبعاً للشّيخ ﷺ

و فيه: ان المقتضى هو الاقباض و القبض معا، لأن الرهن من العقود ومتقوم بالايجاب والقبول، فالقبض جزء المقتضي فيلزم الاتحاد.

فالحق في الجواب عنه ان يقال: ـ مضافاً الى ما تقدم من عدم انحصار الفعل الذي ينشأ به الرهن بالقبض ـ

انه ليس في النصوص ما يدل على كون القبض شرطا في الرهن، بل هذا اصطلاح من الفقهاء، والموجود في النصوص اعتبار القبض فيه الملائم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء.

مع: انه في باب التشريعيات والاعتباريات ليس تاثير من الافعال الخارجية فيها حتى يكون شيء مقتضيا والاخر شرطا، بل انما هي موضوعات للمجعولات الشرعية وتكون موضوعيتها بتبع جعل الشارع وتمام الكلام في محله.

[١] و منها الوقف

واورد على القول بجريان المعاطاة فيه ـ بوجهين

[٢] الاول ما فى المتن و هو ان القول باللزوم فيه مناف لما اشتهر بينهم من توقف

ثمّ انّ الملزم للمعاطاة فيما تجرى فيه من العقود الأخر هو الملزم في باب البع كما سنّنبه به بعد هذا الأمر.

اللزوم على اللفظ والجواز غير معروف فى الوقف من الشارع

و فيه: مضافاً الى ما تقدم في سابقيه

انه لا مانع من جواز الوقف، و لم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف والجواز، بل الوقف قبل القبض جائز،

اللهم الا ان يقال: ان القبض جزء المؤثر، فقبله لا يكون المؤثر تاما كي يكون لازما او جائزا،

و قد ورد عنهم عليهم السلام ما كان لله فلا رجعة فيه[1] و ظاهر ذلك: ان ما كان لله لا يلائمه الرجوع و هذا غير قابل للتخصيص.

و كيف كان ففي الجواب الأول غنى وكفاية.

الثاني: ما عن المحقق النائيني قدس سره، و هو مختص ببعض اقسام الوقف، و حاصله: ان بعض اقسامه كالوقف الخاص او لمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل مصداقا له لا تجري فيه المعاطاة.

و فيه: ما عرفت من عدم تصور عقد او ايقاع لا يكون فعل مبرزا له. فراجع.

و منها: القرض.

و الكلام فيه اشكالا وجوابا ما في الرهن فراجع.

فتحصل: ان الأظهر جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات سوى ما دل الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالنكاح او لفظ خاص فيه كالطلاق والتحليل.

---

١) الوسائل باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات.

السادس: في ملزمات المعاطاة على كلّ من القول بالملك و القول بالاباحة.[١] اعلم انّ الاصل على القول بالملك اللّزوم لما عرفت من الوجوه الثّمانية المتقدّمة.[٢]

ملزمات المعاطاة

[١] الامر السادس في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك والقول بالاباحة.

ان بنينا على لزوم المعاطاة ـ كما هوالحق و مر تفصيله ـ يسقط هذا الأمر ولا مورد له، وان بنينا على جوازها ـ فحيث انه في بعض الموارد الجواز متيقن، كما في صورة بقاء العينين و عدم تحقق شيء من الملزمات، و في بعض الموارد اللزوم متيقن كصورة تلف العينين او الامتزاج او نحو ذلك

فينبغي اولاً تأسيس الأصل في المقام كي يرجع اليه عند الشك و عدم الدليل على اللزوم او الجواز.

[٢] و قد ذهب المصنف ﷺ الى ان الأصل هو اللزوم على القول بالملك، و استند في ذلك الى الوجوه الثمانية المتقدمة من العمومات و استصحاب بقاء الملكية.

واورد عليه: تارة: بتمسكه بالعمومات مثل ﴿اوفوا بالعقود﴾

و اخرى: بتمسكه بالاستصحاب.

اما الأول: فاورد السيد الفقيه في حاشيته والمحقق الاصفهاني ﷺ و غيرهما عليه: بان التمسك بها ينافي مابنى عليه في كتبه فقها و اصولا من انه اذا ورد عام ولم يكن له عموم ازماني بل كان عمومه افراديا، و ثبوت حكم كل فرد في جميع الازمنة بالاطلاق، كما اذا ورد اكرم كل عالم، حيث ان عمومه افرادي و بقاء حكم كل فرد في عمود الزمان يستفاد من الاطلاق، ثم خصص العموم الافرادي و خرج فرد من العام عن تحته في زمان و شك في الحكم بعد ذلك الزمان، كما اذا ورد لا تكرم زيدا في يوم الجمعة و شك في يوم السبت في وجوب اكرامه و عدمه، لا يصح التمسك بعموم العام.

.....

بل يكون مورد الاستصحاب حكم المخصص، فان عموم ﴿اوفوا بالعقود﴾ و غيره من العمومات افرادي، والزمان فيها انما يكون ظرفا لاستمرار الحكم كما صرح بذلك في خيار الغبن.

و عليه فلابد من البناء على جريان استصحاب الحكم الخاص بعد كونها مختصة بالاجماع على الجواز حين الانعقاد كما هو المفروض لا التمسك بالعمومات.

و فيه انّ الجواز الثابت بالاجماع لو كان هو الجواز من كل وجه كان الايراد تاما، ولكن الجواز الثابت انما هو الجواز الخاص، و هوالجواز المتعلق بتراد العينين.

و اما الجواز من وجه آخر فهو مشكوك فيه من اول الأمر، و هذا لا يمنع عن التمسك بعموم العام، مثلا اذا علم جواز البيع من جهة شرط رد الثمن و شك في جوازه من الجهات الاخر يتمسك بعموم ﴿اوفوابالعقود﴾ و يحكم بلزومه من تلك الجهات من اول الأمر، ففي الحقيقة ليس هذا تمسكا بعموم العام بعد ذلك الزمان.

بل تمسك به من اول الأمر بلحاظ الجهات الاخر.

و بالجملة: حيث ان الجواز الثابت بالاجماع هو جواز تراد العينين دون فسخ المعاملة مطلقا و من كل وجه، فالشك في اللزوم بعد امتناع التراد شك في اللزوم من جهة اخرى، و مورد للتمسك بعموم العام حتى على مسلكه قده.

نعم بناءاً على مسلك من يرى جواز المعاطاة من كل وجه بلحاظ توقف اللزوم على اللفظ لا يصح التمسك بعموم العام لما ذكر، و قد صرح بهذا المصنف ﷺ بعد اسطر، حيث قال: و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف ... الى آخره، و سيأتي تمام الكلام في ذلك.

هذا بناءاً على ما بنى عليه في كتبه اصولا و فقها.

و اما بناءاً على ما حققناه من ان المرجع عموم العام مطلقا فالأمر اسهل.

و امّا على القول بالاباحة فالاصل عدم اللّزوم [١] لقاعدة تسلّط النّاس على اموالهم [٢] و اصالة سلطنة المالك الثّابتة قبل المعاطاة [٣] و هى حاكمة على اصالة بقاء الاباحة الثّابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها.

و اما الثاني: فقد اورد المحقق الاصفهاني ﷺ على استصحاب بقاء الملكية:

بانه محكوم لاستصحاب الجواز الثابت اصله بالاجماع، فان معنى الحكم بجواز المعاطاة الحكم بزوال الملكبالرجوع، فالتعبد به تعبد بعدم الملك عند الرجوع، فلا يبقى شك في زوال الملك حتى يستصحب، و من الواضح ان ترتب زوال الملك على الرجوع شرعي.

والسيد قده و ان اورد عليه بهذا الايراد، الا انه اشكل على هذا الأصل بانه لا يجري عند الشيخ لكونه من الشك في المقتضي.

اما: اشكال السيد قده و ان كان في غير محله ـ من جهة ان الشك فى المقتضى هو الشك في بقاء المستصحب في عمود الزمان لا الشك في مقدار استعداده بالنسبة الى الزمانيات كما حقق في محله

الا ان اصل الايراد لا يكون موجها، و ذلک لعدم جريان استصحاب الجواز من جهة ان موضوعه التراد، فبعد امتناعه و ارتفاع الموضوع لا مورد لاستصحاب الحكم.

فتحصل: ان ما افاده المصنف ﷺ على القول بالملك تام.

[١] و اما على القول بالاباحة، فقد ذهب المصنف الى ان الأصل عدم اللزوم و استدل له بوجهين:

[٢] احدهما: اصالة بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، الحاكمة على اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.

[٣] الثاني: قاعدة تسلط الناس على اموالهم.

واورد على الوجه الثاني بايرادين:

الأول: ما عن المحقق النائينى ﷺ و هو: ان ما ذكره الشيخ ﷺ في المقام ينافي ما اختاره في الأمر الرابع في الاباحة بالعوض من ان الاقوى اللزوم

.....

لعموم: المسلمون عند شروطهم[1]

و فيه: انه فرق بين المقامين، فانه في ذلك المقام الاباحة عقدية مالكية و بالتزام المالك نفسه، واما الاباحة في المقام فهي اباحة تعبدية شرعية غير عقدية و ثابتة بخلاف مقتضى العقد، فذلك الوجه لا يجري في المقام.

الثاني: ما اورده المحقق الايرواني، و هو: ان الاباحة الثابتة في مورد المعاطاة المقصود بها الملك بما انها اباحة تعبدية شرعية، ثابتة على خلاف سلطنة المالك لثبوتها في موضوع عدم رضا المالك بالتصرف، فدليل السلطنة و قاعدتها لا تنهض لاثبات سلطنة المالك على رفع الاباحة الشرعية لعدم صلاحيتها لاثبات سلطنة المالك على تغيير الاحكام الشرعية.

و فيه: ان غاية ما ثبت بالدليل على خلاف السلطنة انما هو جواز تصرف المباح له في مال الغير من دون رضاه، و اما انه هل يباح له حتى مع منع المالك ام لا، فلا يستفاد من هذا الدليل، فالمرجع فيه عموم دليل السلطنة، اذ لابد من التمسك بالعام عند الشك في التخصيص الزائد.

وان شئت قلت: ان دليل السلطنة قد خصص بمادل على جواز التصرف مع عدم رضاه، و اما انه اذا منع عن التصرف هل يجوز ذلك ام لا فالدليل المخصص غير شامل له، فلابد من الرجوع الى العام.

فتحصل: ان ما ذكره المصنف ﷺ على القول بالاباحة تام.

هذا بناءاً على القول بالاباحة الشرعية،

و اما على القول بالاباحة المالكية ـ من جهة الرضا الضمني ـ فالأمر اوضح كما لا يخفى.

---

١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

اذا عرفت هذا فاعلم انّ تلف العوضين ملزم اجماعاً [١] على الظّاهر المصرّح به في بعض العبائر، امّا على القول بالاباحة فواضح لأنّ تلفه من مال مالكه، و لم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه [٢] و توهم جريان قاعدة الضّمان باليد هنا مندفع بما سيجيء.

من الملزمات تلف العينين

اذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: انه قد عد من الملزمات امور

[١] احدها: تلف العوضين و قد ادعى الاجماع عليه غير واحد،

بعد ما لا كلام على الظاهر في ان تلف العينين من الملزمات على القول بجواز المعاطاة، للاجماع، تصدى المصنف قده لبيان وجه اللزوم على القولين، اي القول بالاباحة و القول بالملك.

[٢] و استدل قده لذلك على القول بالاباحة: بان تلفه من مال مالكه، و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه،

لأن ما يتوهم كونه سببا للضمان هي قاعدة الضمان باليد، و هي لا تجري في المقام لان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان.

و فيه: أنّ ما ذكره في المقام ينافي ماذكره في جواب استبعاد الشيخ الكبير من كون التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين. بما حاصله:

ان الجمع بين الادلة يقتضي الالتزام بدخول التالف في ملك من تلف في يده قبل التلف آنا ما، و وجهناه بان المؤثر في الملك هو المعاطاة والتلف او ارادة التصرف المتوقف على الملك من تمام السبب المملك كالقبض في الصرف و السلم، و على ذلك فيجري على هذا القول ايضا ما ذكرناه على القول الاخر، بل اللزوم هنا اولى لعدم جريان استصحاب الجواز من وجه آخر غير ما ذكرناه

مضافاً الى عدم جريان الاستصحاب في الاحكام مطلقا،

و هو ان الجواز الثابت سابقا هو الجواز لا في ملك، و ما يكون مشكوكا فيه لاحقا هو الجواز في الملك. فتامل.

و امّا على القول بالملك فلما عرفت من اصالة اللّزوم [١] و المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين، و حيث ارتفع مورد التّراد امتنع، و لم يثبت قبل التّلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى حتّى يستصحب بعد التّلف لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه، فأن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرّجوع في العين نظير جواز الرّجوع في العين الموهوبة فلا يبقى بعد التّلف متعلق الجواز، بل الجواز هنا يتعلّق بموضوع التّراد، لا مطلق الرّجوع الثّابت في الهبة هذا

---

[١] و اما على القول بالملک فقد استدل له: باصالة اللزوم، بدعوى ان المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين، و حيث ارتفع مورد التراد امتنع

واورد عليه بايرادات، عمدتها ايرادان

احدهما: ان المراد بتراد العينين: التراد في الملكية، اي رد الربط الملكي القائم بالعين، و هذا لا يمكن مع بقاء العقد بعد عدم كون الفسخ و الرجوع معاملة جديدة، فمتعلق الجواز دائما هو العقد، فلا فرق بين الموردين.

ثانيهما: ما عن المحقق الخراساني ﷺ و هو: ان متعلق التراد ملكية العينين لا انفسهما و الملكية كما يصح انتزاعها من الموجود، كذلك يصح انتزاعها من التالف، فانها من الاعتباريات و هي مما لا يتوقف على موضوع موجود، و عليه فالموضوع و ان كان هو العينين الا انه يمكن التراد بعد التلف ايضاً.

الذى يخطر بالبال في توضيح كلام المصنف ﷺ بنحو يندفع هذان الايرادان و سائر ما اورد عليه

ان المراد من التعلق بالعقد هو التعلق به من كل و جه.

و المراد من التعلق بالعين فسخ العقد من جهة خاصة و هى تراد العينين خاصة كما تقدم.

مع ان الشك في انّ متعلّق الجواز، هل هو اصل المعاملة او الرّجوع في العين، او تراد العينين يمنع من استصحابه، فانّ المتيقّن تعلّقه بالتّراد [١] اذ لا دليل في مقابلة اصالة اللّزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذّى لا يتحقّق الاّ مع بقائهما.

و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين، او بعضها على القول بالملك [٢] و امّا على القول بالاباحة فقد استوجه بعض مشايخنا و فاقاً لبعض معاصريه تبعاً للمسالك [٣] اصالة عدم اللّزوم لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها.

و على ذلك فاذا كان جواز المعاطاة هو الجواز بالمعنى الثاني فلا محالة يكون مرتفعاً بعد تلف العينين، و المفروض لزوم المعاملة من الجهات الاخر، فلا مورد للرجوع، و على هذا فما افاده المصنف ﷺ في غاية المتانة.

[١] و بهذا يظهر تمامية ما ذكره المصنف ﷺ في ما لو شك في ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة او الرجوع في العين او تراد العينين من ان المتيقن تعلقه بالتراد، اذ لا دليل في مقابل اصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذي لا يتحقق الا مع بقائهما، فان الترديد حينئذٍ من قبيل الترديد بين الاطلاق والتقييد لا من قبيل الترديد بين المتباينين بحيث يكون موضوع احدهما قابلا للبقاء دون الآخر.

فتحصل: ان الأظهر كون تلف العينين من الملزمات.

تلف احدى العينين

[٢] و مما ذكرناه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين او بعضها على القول بالملك، اذ لا فرق بينه و بين تلف العينين اصلا كما هو واضح.

[٣] واما على القول بالاباحة، فقد نقل المصنف عن بعض معاصريه تبعا للمسالك: انه ليس بملزم و استوجه بعض مشايخه ان الاصل عدم اللزوم لاستصحاب بقاء ملك مالك العين الموجودة و سلطنته عليها اذ و ان كان يحتمل زوال ملكه و معه لا مورد

و فيه انّها معارضة باصالة براءة ذمّته عن مثل التّالف عنده او قيمته [١] و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محلّه، بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، بل و لا بعده اذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة و لم يرد الرّجوع [٢] انّما الكلام في الضّمان اذا اراد الرّجوع و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً هذا

للتمسك بدليل السلطنة، الا انه يستصحب ملكه لها و سلطنته عليها.

و به يظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه ﷺ و غيره بقولهم:

لا مجال لاستصحاب السلطنة مع وجود قاعدتها، فلا معارض للبراءة، اذ الدليل لا يعارض الأصل.

[١] واورد هو قده على القوم: بانه يعارض مع اصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده او قيمته للقطع بعدم مجانية التلف، او للاجماع على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية و جواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها.

لا يقال: ان مقتضى عموم على اليد[1] الضمان فلا يجري الأصل المزبور.

[١] فانه يقال: ان هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، وكذا بعده اذا لم يرجع مالك العين الموجودة.

انما الكلام في ضمانه اذا رجع، و قاعدة اليد لاتصلح لاثبات الضمان في هذا المورد لوجهين

احدهما ان مقتضى هذه القاعدة الضمان المطلق لا الضمان المشروط. و بعبارة اخرى: مقتضاها العلّية التامة للضمان لا الناقصة، اي كون اليد جزء العلة و جزئها الاخر رجوع مالك العين الموجودة.

ثانيهما: ان المال المأخوذ بما انه خرج عن تحت عموم على اليد في زمان و هو قبل التلف و بعده قبل الرجوع، فلا يرجع اليه بعد الرجوع، لان المورد من موارد الرجوع الى استصحاب الحكم الخاص لا الى عموم العام لعدم كون الزمان مفردا للعام.

ثم انه قده اورد على نفسه توجيها لكلام الاساطين بامور ثلاثة:

---

١) سنن بيهقى ج ۶ ص ۹۰.

ولكن يمكن ان يقال ان اصالة بقاء السّلطنة حاكمة على اصالة عدم الضّمان بالمثل او القيمة [١] مع انّ ضمان التّالف ببدله معلوم الاّ انّ الكلام في انّ البدل هو البدل الحقيقى، اعنى المثل او القيمة او البدل الجعلى أعنى العين الموجودة فلا اصل.[٢] هذا مضافاً الى ما قد يقال: من انّ عموم النّاس مسلّطون على اموالهم يدلّ على السّلطنة على المال الموجود بأخذه. و على المال التّالف بأخذ بدله الحقيقى، و هو المثل او القيمة [٣] فتدبّر.

---

[١] الأول: ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل او القيمة، اذ الشك في الضمان ناش عن الشك في بقاء السلطنة، اذ لو كانت باقية و رجع لا محالة يكون ضامنا بالمثل او القيمة.

[٢] الثاني: ان الضمان المطلق معلوم، و الشك انما هو في ان البدل هو البدل الحقيقي ـ اى المثل ـ او القيمة ـ او البدل الجعلي ـ اعني العين الموجودة ـ فلا يجرى الأصل في شيء منهما للتعارض بعد العلم الاجمالي بثبوت احدهما.

[٣] الثالث: ان عموم الناس مسلطون على اموالهم[1] يدل على سلطنة مالك العين التالفة ايضاً عليها باخذ بدلها و هو المثل او القيمة، و مع وجود الدليل الاجتهادي لا مورد لأصل البراءة.

و فيما ذكره ﷺ مواقع للنظر:

الأول: تسليمه لجريان اصالة بقاء السلطنة، فانه ينافي ما تقدم منا و منه من انه على القول بالاباحة لابد من البناء على ان التالف قبل تلفه آناماً يصير ملكا لمن هو تحت يده، و كذلك العين الموجودة تصير ملكا للاخر، فاذا ملك كل منهما مال الاخر فحكم المقام على هذا القول بعينه حكمه على القول بالملك بلا تفاوت اصلا، و لامورد لجريان اصالة السلطنة لخروج المال عن ملكه، فالسلطنة الثابتة قد زالت قطعا.

الثاني: ما ذكره ﷺ من حكومة اصالة السلطنة على اصالة البراءة،

---

١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

و لو كان احد العوضين دينا في ذمّة احد المتعاطيين [١] فعلى القول بالملك يملكه من في ذمّته فيسقط عنه.

فانه يرد عليه: ان لازم بقاء السلطنة و نفوذ الرجوع و ان كان ضمان بدل التالف لما تقدم، الا ان الثاني ليس اثرا شرعيا للاول كي يترتب على استصحابه.

الثالث: ما ذكره ﷺ من عدم جريان اصالةالبراءةفي نفسها للعلم الاجمالي،

فانه يرد عليه: ان هذا العلم منحل لجريان استصحاب بقاء ضمان المسمى الثابت قبل التلف، فانه على هذا تجرى اصالة البراءة من ضمان المثل او القيمة بلا معارض.

الرابع: ما افاده قده من ان دليل السلطنة يدل على السلطنة على المال التالف باخذ بدله، فانه يرد عليه: ان هذا خلاف ظاهر دليل السلطنة الذي موضوعه اموالهم، فانها لا تشمل الاموال المعدومة التالفة.

فتحصل: انه من الملزمات مطلقا.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

اذا كان احد العوضين دينا في الذمة

[١] ثانيها: ما لو كان احد العوضين دينا في ذمة احد المتعاطيين، ذكره جماعة.

ربما يقال: انه لو قلنا بان تلف احدى العينين ليس من الملزمات، لا مورد لهذا البحث، لان غاية ما في المقام سقوط ما في الذمة و هو بمنزلة التلف

ولكن يمكن ان يقال: انه اذا كان احد العوضين دينا، و الاخر مما يخرج عن ملك من انتقل اليه، كما اذا اشترى احد عموديه، او كان العوضان دينا، لا يلغو هذا البحث.

و كيف كان: فلو كان احد العوضين دينا

فالكلام يقع تارة: بناءاً على القول بالملك

و اخرى: بناءاً على القول بالاباحة.

و الظاهر انه في حكم التّلف، لأنّ السّاقط لا يعود و يحتمل العود و هو ضعيف [١] و الظّاهر انّ الحكم كذلك على القول بالاباحة [٢] فافهم،

---

[١] اما على الأول: فقد استظهر المصنف ﷺ كونه في حكم التلف، معللا بان الساقط لا يعود، ثم احتمل العود و استضعفه.

و فيه أنّه بعد سقوط ما في الذمة لابد من البناء على اللزوم على القول بان تلف احدى العينين من الملزمات ـ الساقط عاد ام لم يعد

و ان كان ما ذكره من ان الساقط لا يعود متين، فانه ان عاد ليس هو شخص ما في الذمة الساقطة على الفرض، لانه يتشخص بتشخص اطرافه، فمع سقوط ما في الذمة انعدم ذلك الشخص، و اعادة المعدوم محال.

و الوجه في ملزميته ـ على كل تقدير ـ ان حق الرجوع بالسقوط ذهب، و رجوع الذمة مشغولة باشتغال جديد لا يصحح تعلق الحق به ثانيا، اذ بعد سقوطه عوده يحتاج الى دليل، و ان اريد ارجاعها مشغولة بالفسخ فالأمر اوضح، اذ لابد و ان يكون متعلق الحق ثابتا قبل الفسخ كي يتعلق الحق به فيفسخ و ياخذ بحقه.

و اما على القول بالاباحة ففي المتن

[٢] والظاهر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة،

و هذه العبارة يحتمل فيها و جهان:

احدهما: ان الحكم هو اللزوم، كما هو كذلك على القول بالملك، و هذا هو الذي فهمه السيد من العبارة.

ثانيهما: ان جعل الدين عوضا على القول بالاباحة يوجب سقوط ما في الذمة كما هو كذلك على القول بالملك، اذ لا معنى لاباحة ما في الذمة سوى سقوطه و الابراء عنه.

اما الحكم باللزوم ـ بناءاً على عدم اللزوم على القول بالاباحة لو تلفت احدى العينين ـ فلا ارى له وجها، اذ غاية ما في الباب سقوط ما في الذمة، و هو في حكم التلف.

ولكن السقوط يرد عليه: اولا: انه لو سلم عدم معنى معقول لاباحة ما في الذمة

و لو نقل العينان او احداهما بعقد لازم فهو كالتّلف [١] على القول بالملك لا متناع التّراد، و كذا على القول بالاباحة اذا قلنا باباحة التّصرفات النّاقلة

لزم البناء على بطلان المعاملة لا الحكم بسقوط ما في الذمة.

و ثانيا: ان اباحة ما في الذمة امر معقول، لا مكان نقل ما يملكه الغير في ذمته باذنه و رضاه، نعم لو كانت الاباحة الثابتة في المعاطاة اباحة تكليفية خاصة لما كان يتصور لها معنى معقول في المقام، ولكنه بمراحل عن الواقع.

و اما ما افاده المحقق النائيني ﷺ من عدم معقولية تسلط الانسان على ما في ذمته، فغريب، فان الانسان لا يملك ما في ذمته، و لا مانع من تسلطه عليه بنقله و غيره.

فتحصل: انه على القول بالاباحة لا تصير المعاملة لازمة بخلافه على القول بالملك.

نقل العين بالعقد اللازم

[١] الثالث: من الملزمات التي ذكره المصنف ما لو نقل العينان او احداهما بعقد لازم.

والحق كونه من الملزمات على القولين

اما على القول بالملك: فلخروجه عن ملكه، والمفروض ان الجواز انما ثبت بدليل لبي، والمتيقن منه ما اذا بقيت العين على صفة الملكية لمن انتقلت اليه، مع انه اذا كان الناقل من العقود اللازمة امتنع التراد، و معه لا معنى لفسخ المعاملة لما تقدم من ان الجواز الثابت في المعاطاة انما هو جواز التراد.

و اما على القول بالاباحة: فكذلك ان كان النقل بالتصرف المتوقف على الملك، وكذا ان كان بغيره لامتناع التراد، فلا معنى لبقاء الجواز.

و لو عادت العين بفسخ ففي جواز التّراد على القول بالملك لا مكانه فيستصحب و عدمه لأنّ المتيقّن من التّراد هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكه و جهان: [١] اجودهما ذلك اذ لم يثبت في مقابلة اصالة اللّزوم جواز التّراد بقول مطلق. بل المتيقّن منه غير ذلك. فالموضوع غير محرز في الاستصحاب، و كذا على القول بالاباحة لأنّ التّصرف النّاقل يكشف عن سبق. الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ

---

[١] و لو عادت العين بفسخ، ففي جواز التراد و عدمه و جهان، اختار المصنف الجواز بعد احتماله وجهين على القول بالملك، و وجوها على القول بالاباحة.

و محصل ماذكره ﷺ في المقام: انه على القول بالملك يحتمل جواز التراد اذا عادت العين بالتفاسخ و الاقالة لاستصحاب الجواز الذي موضوعه ما يملكه المتعاطيان، و هو محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ، فلا مانع من استصحابه بعد احتمال ان يكون تخلل النقل رافعا للحكم عن موضوعه عند ثبوته.

و بهذا البيان يندفع ما اورده السيد ﷺ بان المفروض سقوط الجواز بنقل العين.

فبعد العود الأصل بقائه على السقوط،

اذ بعد النقل الى الغير لا قطع بزوال الجواز، بل لو كان موضوعه ما يملكه المتعاطيان لا مانع من بقاء الجواز على تقدير التمكن منه.

و يحتمل عدم الجواز من جهة ان دليل جواز التراد انما هو دليل لبي، فيمكن ان يكون موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل، فلا يجري الاستصحاب لعدم احراز الموضوع بنحو يمكن ابقاء حكمه

و حيث ان المتيقن ذلك ـ اي كون الموضوع ما يملكه المتعاطيان قبل النقل ـ فلا بد في غير ذلك من الرجوع الى اصالة اللزوم.

و بما ذكرناه ظهر اندفاع ما اورده السيد ﷺ عليه: بان المستصحب معلوم الزوال لا ان الموضوع غير محرز،

فان المحرز زوال القدر المتيقن لا المستصحب.

و اما على القول بالاباحة: فاحتمل فيه وجوها:

الى ملك الثّاني [١] فلا دليل على زواله بل الحكم هنا اولى منه على القول بالملك لعدم تحقّق جواز التّراد في السّابق هنا حتّى يستصحب. بل المحقّق اصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل، المقطوع بانتفائها. نعم لو قلنا: بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد النّاقل [٢] فاذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملک الى المالك الأوّل وان كان مباحاً لغيره ما لم يستردّ عوضه، كان مقتضى قاعدة السّلطنة جواز التّراد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأول، او عائداً اليه بفسخ. و كذا لو قلنا بأنّ البيع لا يتوقّف على سبق الملك[٣]، بل يكفي فيه اباحة التّصرف و الاتلاف و يملك الثّمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرّابع لكنّ الوجهين ضعيفان. بل الأقوى رجوعه بالفسخ الى البائع.[٤]

---

[١] الاول: ان يكون التصرف الناقل كاشفا عن سبق الملك آناماً، فبالتفاسخ يرجع المباح له الى ملك الثاني، و لا دليل على زواله، بل الحكم هنا اولى لانه لم يتحقق هنا جواز تراد الملك، فان الثابت في السابق سلطنة الشخص على ملكه لا جواز رد ملك الغير، فلا مورد للاستصحاب.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الثاني: ما ذكره بقوله

[٢]نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل

و الظاهر ان مراده كون العقد علة لحصول الملك للبائع و خروجه عن ملكه، فتكون ملكية المباح له باقتضاء العقد، فاذا ارتفع العقد كما يرتفع معلوله الاخر كذلك يرتفع هذا المعلول فيدخل في ملك المبيح بالفسخ، فيكون مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد.

[٣] الثالث: عدم كشف التصرف عن سبق الملك و لا كونه علة، بل المال يخرج من ملك المبيح و يدخل في ملك المشتري، و على هذا فبالفسخ يرجع الى ملك المبيح، فمقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد.

[٤] ثم استضعف الوجهين الاخيرين واختار الأول

و يرد عليه قده امور:

الأول: ان الظاهر كون تخصيصه مورد البحث بالتفاسخ من جهة وضوح انه لو عادت العين بسبب مملك جديد لا مورد للتراد من جهة ان به يحصل الملك الجديد

.....

فلا يتوهم معه عود الحق،

مع انه لا فرق بين السبب الجديد والفسخ، فان الحاصل بالفسخ ايضا ملك جديد لعدم معقولية عود عين الملك الزائل.

الثاني: ان الاستصحاب الذي احتمل جريانه على القول بالملك لا يجري لوجهين:

الأول: كونه استصحابا تعليقيا.

الثاني: كونه استصحابا حكميا، والمختار عدم جريانه.

الثالث: ماذكره ﷺ القول بالاباحة من قوة الوجه الأول غير تام

لما عرفت في التنبيه الرابع من اقوائية الوجه الثالث. فراجع.

الرابع: ما ذكره ﷺ على القول بالاباحة من البناء على الوجه الثاني مردود، فان العقد و ان كان علة لحدوث الملكية للمباح له الا ان لازم ذلك ليس رجوع المال الى المبيح، فان الفسخ حل للعقد من حينه لا من حين وقوعه، فلا يصلح لرفع هذا الأثر من العقد.

الخامس: ان ما فاده ﷺ على الوجه الثالث من انه بالفسخ يرجع المباح الى مالكه الأول، يرد عليه: انه اذا نقل المباح الى ثالث فلا محالة اخرجه من ملك مالكه الأول، و هو اما لا يملك ما جعل بازاء ذلك في المعاطاة، او يملكه. و على الأول: اما لا يكون المباح له ضامنا لمثل ماله او قيمته، او يكون ضامنا.

لا سبيل الى شيء من الأولين، لأن المفروض ان المباح له اتلف ماله، و هو وان كان باذنه الا انه لم يكن اذنا مجانيا بل بعوض، والعوض انما هو العوض المسمى لا المثل و القيمة، فلا محالة يملك ما جعل بازائه، والمباح له يملك الثمن الذي جعل في العقد الثاني فبالفسخ يرجع المال الى البايع الثاني لا المالك الاول لزوال ملكه عما جعل عوضا في المعاطاة. فتدبر فانه دقيق.

فتحصل: انه لا يجوز التراد بعد الفسخ على القولين.

و لو كان النّاقل عقداً جائزاً لم يكن لمالك العين الباقية الزام النّاقل فيه بالرجوع و لا رجوعه، بنفسه الى عينه [۱] فالتّراد غير متحقّق و تحصيله غير واجب، و كذا على القول بالاباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.

نعم لو كان غير معاوضة كالهبة، و قلنا بأنّ التّصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك اذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالاً لو احدٍ وانتقال المعوّض الى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك الى المتّهب، فيتحقّق حكم جواز الرّجوع بالنّسبة الى المالك لا الواهب، اتّجه الحكم بجواز التّراد مع بقاء العين الاخرى، او عودها الى مالكها بهذا النّحو من العود، اذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التّلف.

نقل العين بعقد جائز

[۱] قوله و لو كان الناقل عقداً جائزا، لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه، و لا رجوعه بنفسه الى عينه.

محصل ما افاده في المقام: ان الناقل ربما يكون معاوضة جائزة، واخرى يكون غير معاوضة كالهبة.

و ان كان معاوضة: فعلى القول بالملك تصير المعاطاة لازمة لعدم تحقق التراد، و تحصيله غير واجب لانه موضوع الجواز،

و كذا على القول بالاباحة اذ المعاوضة كاشفة عن سبق الملك، و ان كان غير معاوضة كالهبة: فكذلك على القول بالملك.

و اما على القول بالاباحة و القول بعدم توقفها على الملك بل هي ناقلة للملك عن ملك مالكه الى المتهب، فللمالك الرجوع لخروج المال عن ملكه دون الواهب، فيتجه الحكم بجواز التراد و يكون الرجوع في المعاطاة بواسطة الرجوع في الهبة، او يكون كاشفا عنه كتصرف ذي الخيار مع بقاء العين الاخرى او عودها الى مالكها بهذا النحو من العود، اذ لو كادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف، فان السلطنة الثابة لمالك العين

.....

الموجودة ـ المفروض رجوعها عن الاجنبي اليه ـ باقية على اباحتها للاخر، و انما تقتضي جواز الرجوع بسلب اباحتها عنه اذا لم يلزم من اعمالها اشتغال ذمة المالك بعوض العين التي كانت مباحة عنده، و الا فحكمه حكم المعاوضة و التلف، و يجري فيه ما ذكرناه فيهما. فاذا لم تكن العين الاخرى باقية او كان عودها بسبب جديد كالارث لا تكون مباحة له فلا محالة تشتغل ذمته بالعوض. فتدبر جيدا.

و يرد على ما افاده قده امور:

الأول: ان ظاهر ما ذكره في المعاوضة على القول بالملك: انه لو كان له الزام الناقل تحقق التراد،

مع انه ليس كذلك فانه لو عادت العين كانت الملكية غير ما كانت ثابتة قبل النقل.

الثاني: ان حصره عدم جواز التراد على القول بالاباحة في المعاوضة بانها كاشفة عن سبق الملك،

في غير محله، فانه اذا لم تكن كاشفة عنه بل قلنا بان المال يخرج عن ملك المبيح و يدخل في ملك الثاني، ليس له الرجوع، فان المباح له انما نقله عن نفسه لا عن المالك، فحكم جواز الرجوع انما يكون له لثبوته للناقل دون المالك.

الثالث: ما ذكره من الفرق بين الهبة والمعاوضة على القول بالاباحة ان قلنا بان التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك،

غير تام، فان المباح له بما انه اتلف مال المبيح واخرجه عن ملكه، فهو يكون ضامنا، و ضمانه انما يكون بالمسمى فلا محالة يملك ما جعل عوضا في المعاطاة، و عليه فان اريد من الجواز الثابت له جواز المعاطاة فهو غير ثابت، و معلوم الزوال، لانه كان عبارة عن جواز رد ملكه الى نفسه، والمفروض انتفاء موضوعه. و ان كان المراد الجواز الثابت للهبة فهو انما يكون للواهب لانه و هبه عن نفسه لا عن مالكه فيكون جواز الرجوع له لا للمالك.

فتحصل: ان الناقل من الملزمات مطلقا.

و لو باع العين ثالث فضولاً فأجاز المالك الأوّل على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعاً كبيعه و سائر تصرّفاته النّاقلة. و لو اجاز المالك الثّاني نفذ بغير اشكال، و ينعكس الحكم اشكالاً و وضوحاً على القول بالاباحة [١] و لكلّ منهما ردّه العين قبل اجازة الآخر و لو رجع الأوّل فاجاز الثّاني، فان جعلنا الاجازة كاشفة لغى الرّجوع و يحتمل عدمه لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ و يلغوا الأجازة، و ان جعلنا ها ناقلة لغت الاجازة قطعاً

لو باع ثالث العين فضولا

[١] و لو باع ثالث العين فضولا، ففي المتن: فاجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقلة، ولو اجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال، و ينعكس الحكم اشكالا و وضوحا على القول بالاباحة، انتهى.

محصل ما افاده: انه على القول بالملك لا اشكال في نفوذ اجازة المالك الثاني، و الوجه فيه ظاهر.

و في نفوذ اجازة المالك الأول كان مرددا و لم يستبعد نفوذها، و الوجه في تردده ليس ما افاده المحقق النائيني ﷺ من ان رد البيع ليس كرد ذي الخيار ما انتقل عنه في تحققه بكل فعل او قول، بل لابد و ان يكون بالدلالة المطابقية، و هي تتحقق برد العين لا باجازة الفضولي، فانها لازمة للرد، لان لازم هذا الاشكال في كون بيعه ردا، مع انه يصرح بكونه ردا بلا كلام،

بل الوجه فيه احد امرين.

احدهما: ان الاجازة ليست كالبيع تصرفا من المجيز قاصدا به الرجوع، بل انفاذ لتصرف الغير الذي لا رجوع له، و لم يقصده ايضاً.

ثانيهما: ان الاجازة انما تكون على خلاف القاعدة، و هي تكون ثابتة للمالك، و ثبوتها لمن يصير مالكا ولو بها لم يدل عليه دليل.

ولكن الوجهين ضعيفان.

اما الأول: فلأن الاجازة و ان كانت انفاذاً لتصرف الغير الا انها بنفسها تصرف

.....

و موجبة لصيرورة العقد والتمليك عقده و تمليكه.

واما الثاني: فلما سيأتي من انها ثابتة على القاعدة، فكما انه بالبيع يجوز الفسخ، كذلك بالاجازة فلا اشكال فى نفوذ اجازته ايضا

و اما على القول بالاباحة فقد استشكل فى نفوذ اجازة المباح له بعد جزمه بنفوذ اجازة المالك.

اما وضوح نفوذ اجازة المالك فلا ينكر، و اما الاشكال في نفوذ اجازة المباح له فلا ارى له وجها سوى الوجه الثاني المتقدم في اجازة المالك الأول على القول بالملك، و قد عرفت ما فيه. فالأظهران لكل منهما الاجازة على القولين

و لو باع العين ثالث فضولا فهل لكل منهما رده قبل اجازة الاخر ام لا؟

الظاهر انّه على القول بالملك لكل منهما ذلك، اما للمالك الفعلي فواضح، واما المالك الأول فان قصد برده البيع الفضولي الرجوع في المعاطاة كان له ذلك فانه رجوع. نعم لو لم يقصد به رد المعاطاة ليس له ذلك لكونه اجنبيا عن المالك، والرد حق للمالك، واما على القول بالاباحة فللمالك المبيح ذلك.

و في ثبوته للمباح له تامل بل منع من جهة عدم كونه مالكا، و ليس الرد من التصرفات الناقلة كي يكشف عن سبق الملك، و قصده التملك به لا يفيد، فان قصد التملك بل وانشائه لا يفيد في الملكية.

ولو رجع الأول فاجاز الثاني فهل تلغو الاجازة او الرجوع. و جهان

ينبغي اولا تعيين محل الكلام ثم بيان حكمه.

اما الأول: فتارة يكون البيع الفضولي واقعا على المثمن، واخرى: على الثمن، و على التقديرين تارة: يرجع البائع في المعاطاة و يجيز المشتري فيها، واخرى: يكون الامر بالعكس.

و لو امتزجت العينان أو احداهما سقط الرّجوع على القول بالملك [١]، لا متناع التّراد و يحتمل الشّركة و هو ضعيف.

فان كان البيع واقعا على المثمن، و رجع المشتري و أجاز البائع، او كان البيع واقعا على الثمن و رجع البائع واجاز المشتري نفذا معا، اذ الرجوع في الموردين يوجب صيرورة المجيز مالكا لما وقع البيع الفضولي عليه قبل الاجازة، فله اجازة البيع الواقع على ملكه،

فالكلام انما هو في الصورتين الاخيرتين فانه يقع التنافي بين الرجوع و الاجازة.

فتارة: نقول في الاجازة بالنقل، و اخرى: نقول بالكشف الانقلابي، و ثالثة: نقول بالكشف الحقيقي،

اما على الأولين: فلا اشكال في لغوية الاجازة لصدورها ممن ليس له تلك،

و اما على الاخير: فقد يقال انها حيث تكشف عن سبق الملك، فيكون الرجوع واقعا في غير محله.

ولكن يدفعه، ان الاجازة و ان كانت كاشفة الا انه يعتبر فيها ان تكون صادرة ممن لو لم يجز كان مالكا، لا من لو لم يجز لم يكن مالكا، كما في المقام، حيث ان الرجوع اوجب خروجه عن ملكه.

فالأظهر تقدم الرجوع مطلقا.

من الملزمات الامتزاج و التغير

[١] قوله: لوامتزجت العينان او احداهما. سقط الرجوع على القول بالملك

ان كان المزج موجبا للتلف الحقيقي، او كان موجبا للتلف عرفا ـ كما لو صبغ شيئا باللون المشتري بالمعاطاة ـ جرى عليه حكم التلف، وان لم يكن موجبا له لا عرفا و لا حقيقة ـ كما لو مزج منّاً من الدهن المشترى بالمعاطاة بمنٍ آخر ـ فبناءاً على القول بالملك يكون ذلك ملزما، فانه ان قلنا بحصول الشركة بالمزج القهرى فقد تبدلت الملكية الاستقلالية الى الاشاعية، فلا يمكن التراد لا خارجا و لا ملكا

امّا على القول بالاباحة فالاصل بقاء التّسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج بـه. [١] نـعم لو كـان المـزج مـلحقاً له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف.

لا يقال: ان ذلك فيما لو مزجه بمال الغير لا فيما اذا مزجه بمال نفسه.

فانه يقال: نعم، ولكن لو رجع في المعاطاة و صار ملكا للبائع يملك بالاشاعة لا استقلالا،

وان لم نقل بذلك فالتراد الملكي وان كان ممكنا الا انه لعدم امكان التراد الخارجي لا يجوز الرجوع، اذ المتيقن من دليله هو الفسخ بالتراد الخارجي غير الممكن في المقام،

مع ان العين قد تغير وصف من اوصافها، فلا دليل على جواز الرجوع فـي هـذا المورد.

[١] و اما بناءاً على الاباحة، فقد ذهب المصنف ﷺ الى عدم اللزوم لاصالة بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به.

و فيه: أنّه تارة تزيد قيمة المأخوذ بالمعاطاة، و اخرى تنقص، و ثالثة لا تزيد و لا تنقص.

فان نقصت قيمته لا ينبغي التوقف في اللزوم: لانّ المشتري اتـلف وصـفا مـن اوصاف المأخوذ، و حيث انه لم يكن مجانيا فلا وجه لعدم ضمانه، و لا وجه لضـمانه المقدار الناقص لعدم كون ضمانه مثليا او قيميا، و لم يجعل في المعاطاة في مقابل الناقص شيء كي يملكه، فلا مناص عن الالتزام بتملكه جميع ما جعل عوضا في المعاطاة، فيصير المباح له مالكا لما تحت يده، فلا مورد لاصالة بقاء التسلط بعد ارتفاع موضوعه.

وان لم تنقص قيمته، فان بنينا على حصول الشركة في المزج القهري فـحيث ان الملكية الاستقلالية تبدلت الى الملكية الاشاعية، فلا يكون موضوع الجواز باقيا،

و الا فحيث ان التراد الخارجي غير ممكن لعدم تمييز الاجزاء المنتقلة مـنه الى غيره.

و لو تصرّف في العين تصرّفاً مغيراً للصورة [١] كطحن الحنطة، و فصل الثّوب فلا لزوم على القول بالاباحة و على القول بالملك. ففي اللّزوم و جهان مبنيّان على جريان استصحاب جواز التّراد منشأ الاشكال انّ الموضوع في الاستصحاب عرفي او حقيقى ثمّ انّك قد عرفت مما ذكرنا انّه ليس جواز الرّجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللاّزمة حتى يورث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداءاً و في ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرّجوع في الهبة وعلى القول بالاباحة نظير الرّجوع في اباحة الطّعام [٢] بحيث يناط الحكم فيه بالرّضا الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التّصرف.

و بعبارة اخرى: تغير وصف من اوصافها فلا وجه للجواز.

فتحصل: ان المزج مطلقا من الملزمات.

[١] و لو تصرف في العين تصرفا مغيرا ـ للصورة

فان صار التصرف المغير موجبا لنقص القيمة فلا اشكال في اللزوم، اذ تلف وصف موجب لنقص القيمة من الملزمات كما تقدم في المزج

وان لم تنقص قيمته فيمكن ان يقال ان المتيقن تعلق الجواز برد شخص العين المنتقلة عنه بمالها من الصورة و الاوصاف التي تتفاوت بها الرغبات، اذ لا دليل في مقابل اصالة اللزوم على ازيد من ذلك، و عليه فهو من الملزمات مطلقا، و لا مورد للاستصحاب لعدم احراز الموضوع.

و بذلك ظهر ما في كلمات المصف ﷺ في المقام.

جواز الرجوع لا يورث بالموت

هل جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة فيورث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداءاً او في ضمن المعاملة، ام لا يكون نظيراً له بل هو حكم لا يترتب عليه شيء من احكام الحقوق؟ و جهان:

[٢] اختار المصنف قده الثاني، و قال بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة، و على القول بالاباحة نظير الرجوع فى اباحة الطعام.

فلو مات احد المالكين لم يخبر لوارثه الرجوع على القول بالملك [١] للاصل لان من له و اليه الرجوع هو المالك الاصلى و لا يجرى الاستصحاب.

واورد عليه جمع من المحققين: بانه لم يعرف مما ذكره سوى كون متعلق الجواز في البيع المعاطاتي تراد العينين، و في البيوع اللازمة العقد، و مجرد ذلك لا يقتضي كونه حكما لا يورث، و لذا ترى ان الفقهاء اتفقوا على ان الخيار في البيوع اللازمة يورث، مع اختلافهم في ان متعلق الجواز هو العقد او التراد.

[١] و كيف كان:فعلى القول بالملك لا يورث الجواز، لان توهم ثبوته للوارث

ان كان من جهة ثبوته للمورث فيشمله ما دل على ان ماتركه الميت من حق او مال فلوارثه،

فيرد عليه: ان ظاهر كلمات القوم كونه حكما، لانك تراهم في المقام لم يعدوا من الملزمات الاسقاط، مع انهم ذكروه في الخيار في العقود اللازمة،

مع ان الشك في كونه حكما او حقا يكفي في عدم الحكم بثبوته للوارث للشك في الموضوع كما لا يخفى.

وان كان من جهة ثبوت الجواز لعنوان المالك المنطبق على الوارث

فيرد عليه: ان المتيقن منه في مقابل اصالة اللزوم ثبوته للمتعاطي لا لعنوان المالك، و معه لا مورد لجريان الاستصحاب لعدم احراز الموضوع،

واما رجوع المالك الحي الى الوارث فهو ايضاً لا يجوز من جهة ان الثابت جواز التراد، و مع عدم ثبوته للوارث لا يمكن التراد.

و بما ذكرناه يظهر حكم الاسقاط وانه لا يسقط به

واما على القول بالاباحة، فقد عرفت ان هذه الاباحة ليست اباحة مالكية ضمنية بل اباحة تعبدية شرعية فلا تكون كما ذكره المصنف﵀ منوطة بالرضا الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف

ولكن مع ذلك لا تكون هي ثابتة للوارث، اذ المتيقن من دليلها ثبوتها للمورث، فهي حكم لا يورث، و عليه فلابد من الالتزام باحد امرين: اما حصول الملك بالموت، او بطلان المعاملة رأسا، و على اي تقدير لا يكون للوارث الرجوع كما لا يخفى.

والأظهر هو الأول كما اعترف به المصنف﵀ في جواب بعض الاساطين

و لو جنّ احدهما، فالظّاهر قيام وليّه مقامه في الرّجوع على القولين [١].

السابع: انّ الشّهيد الثّانى ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التّلف أو معاوضة مستقلّة.

قال يحتمل الأوّل: لأنّ المعاوضات محصورة و ليست احداها و كونها معاوضة برأسها يحتاج الى دليل. و يحتمل الثّاني: لاطباقهم على انّها ليست بيعاً حال وقوعها فيكف يصير بيعاً بعد التّلف، و تظهر الفائدة في ترتّب الأحكام المختصّة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التّالف الثّمن او بعضه و على تقدير ثبوته فهل الثّلاثة من حيث المعاطاة او من حين اللّزوم كلّ محتمل و يشكل الأوّل بقولهم انّها ليست بيعاً، و الثّانى بأنّ التّصرف ليس معاوضة بنفسها، اللّهم الاّ ان يجعل المعاطاة جزء السّبب والتّلف تمامه. والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على انها ليست لازمة و انما يتم على قول المفيد و من تبعه واما خيار العيب والغبن فيثبتان على التّقديرين كما انّ خيار المجلس منتفٍ، انتهى. و الظّاهر انّ هذا تفريع على القول بالاباحة في المعاطاة.

عند رد استبعاداته. فراجع

فتحصل: انه لا يورث و لا يسقط بالاسقاط على اي تقدير.

[١] قوله و لو جن احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه

غاية ما يمكن ان يذكر فى وجه ذلك، ان كل ما يقبل النيابة، يقوم فيه الولى مقام المولى عليه و حيث ان مباشرة المالك فى الرد غير معتبرة ـ فيقوم مقامه اذا جن

ولكن يردعليه: ان الثابت بالدليل ولاية الولى فى امواله و حقوقه، و حيث عرفت ان جواز الرجوع حكم لاحق فلادليل على ولايته فيه، و تمام الكلام فى محله

و على ذلك فحكم الجنون حكم الموت كما لايخفى.

ثبوت الخيار فى المعاطاة

ثبوت الخيار في المعاطاة

و امّا على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فينبغى الكلام في كونها معاوضة مستقلّة او بيعاً متزلزلاً قبل اللّزوم حتّى يتبعه حكمها بعد اللّزوم. [١] اذ الظّاهر انّه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال في ذلك عندهم على ما تقدّم من المحقّق الثّانى. فاذا لزم صار بيعاً لازماً فيلحقه احكام البيع، عداما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدى الّذى مبناه على اللّزوم لو لا الخيار، و قد تقدّم انّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار و كيف كان فالأقوى انّها على القول بالاباحة بيع عرفي لم يصحّحه الشّارع و لم يمضه الاّ بعد تلف احدى العينين او ما في حكمه، و بعد التّلف يترتّب عليه احكام البيع عداما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من اوّل الأمر، و المحكيّ عن حواشى الشّهيد انّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة. والظّاهر انّه اراد التّفريع على مذهبه: من الاباحة و كونها معاوضة قبل اللّزوم من جهة كون كلّ من العينين مباحاً عوضاً عن الاخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفي فلابدّ ان يقول بالاباحة اللاّزمة فافهم.

---

[١] و قد مر الكلام في ذلك بنحو الكبرى الكلية في التنبيه الأول و عرفت المختار هناك، انما الكلام في المقام يقع في امر و هو:

انه بعد ما عرفت من انه على القول بالاباحة يكون حصول الملك بالتلف انما هو من جهة شرطيته لتأثير المعاطاة نظير شرطية القبض في الصرف و السلم، فلا محالة تصير بيعا بعد حصول الشرط و تكون الخيارات ثابتة لها من حين حصول الشرط.

و قد وقع الكلام في خيارين.

احدهما: خيار الحيوان فيما اذا كان التالف حيوانا، الثاني، خيار المجلس.

اماالأول: فقد ذكر في وجه عدم ثبوته وجوه:

الأول: ان الظاهر من الأدلة ثبوت خيار الحيوان فيما اذا كان باقيا لا ما اذا تلف.

و فيه: انه لو كان لسان دليله هكذا: يرد الحيوان كان لهذه الدعوى وجه، و حيث ان لسانه هكذا: صاحب الحيوان بالخيار فلامورد لها اصلا كما لا يخفى.

.....

الثاني: ماافاده المحقق النائيني ﷺ، و هو: انه لو كان التالف الحيوان فما لم يتلف لا خيار لعدم صيرورتها بيعا، واذا تلف غير متعلق به الخيار، فمن اين يثبت به المثل او القيمة.

و فيه: انه قد عرفت انه على هذا المسلك لابد من الالتزام بحصول الملكية آناً ما قبل التلف، و عليه فتلك الملكية الثابتة هي الملكية مع خيار الحيوان، فيتلف الحيوان كذلك، اي متعلقا به الخيار.

الثالث: ان خيار الحيوان يمتنع ثبوته في القرض، لان معنى الخيار ملك فسخ العقد، وعليه فبما ان المسلّم عندهم ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، اي موجب لبطلان المعاملة، فثبوت خيار الحيوان في القرض موجب لانفساخ المعاملة وامتناع فسخها لانه تحصيل الحاصل،

و بعبارة اخرى: ليس قادراً على الحل والابقاء، فاذا امتنع ذلك امتنع ثبوته لانه يلزم من وجوده عدمه، و ما هو كذلك محال. فتدبر فانه دقيق.

و اما الثاني: فاورد على ثبوت خيار المجلس بوجهين:

الأول: ما عن المحقق النائيني ﷺ، و هو: ان هذا الخيار من جهة ما في ذيل دليله فاذا افترقا وجب البيع يختص ثبوته لانه بالعقد اللازم من غير هذه الجهة، و لا يكون ثابتا في العقد الجائز في نفسه كما في المعاطاة، و قد تقدم الجواب عنه في التنبيه الأول. فراجع.

الثاني: ان المعاطاة تصير بيعا بعد التلف او ما بحكمه، ففي مجلس المعاطاة لا تصير كذلك حتى تلحقها احكامه.

و فيه: اولا: ما تقدم من انها بيع من الأول،

و ثانيا: انه يمكن ان يطول المجلس الى تحقق احد الملزمات من النقل و غيره فالأظهر ثبوت خيار المجلس و عدم ثبوت خيار الحيوان.

الثّامن: لا اشكال في تحقّق المعاطاة المصطلحة الّتي هي معركة الاراء بين الخاصةّ والعامّة بما اذا تحقّق انشاء التّمليك او الاباحة بالفعل و هو قبض العينين. امّا اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللّزوم.[١]

فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء [٢] زائد على الانشاء اللّفظي، كما قويناه سابقاً بناءً على التّخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللاّزمة على اللّفظ فلا أشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقدا لازما و ان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة على اللفظ فهل يرجع ذلك الانشاء القولي الى حكم المعاطاة مطلقاً او بشرط تحقّق قبض العين معه، او لا يتحقّق به مطلقاً. نعم اذا حصل انشاء آخر بالقبض المتحقّق بعده تحقّق المعاطاة فالانشاء القولي السّابق كالعدم لاعبرة به ولا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الانشاء بل بانياً على كونه حقّاً لازماً، لكونه من آثار الانشاء القولي السابق نظير القبض في العقد الجامع للشرائط. ظاهر كلام غير و احد من مشايخنا المعاصرين الاول تبعا لما يستفاد من كلام المحقق و الشّهيد الثّانيين. قال المحقّق في صيغ عقوده، (على ما حكي عنه، بعد ذكره الشّروط المعتبرة في الصيغة) انّه لو اوقع البيع بغير ما قلناه، و علم التّراضي منهما كان معاطاةً انتهى.

حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة

[١] قوله اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم

بعد ما لا كلام في تحقق المعاطاة المصطلحة بما اذا تحقق انشاء التمليك او الاباحة بالفعل

وقع الكلام في انها هل تحصل بالقول غير الجامع للشرائط ام لا.

و تنقيح القول فيه بالبحث في موارد:

المورد الاول في عنوان المصنف ﷺ هذا الامر؛ فانه اورد عليه بامرين

احدهما ما عن المحقق الخراساني ﷺ و هو ان قوله قده

[٢] فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء يكون خلفا لقوله، اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم

ثانيهما: ان اخذ محل الكلام ما اذ كان القول فاقد الشرائط اللزوم.

و فى الرّوضة في مقام عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النّطق انّها تفيد المعاطاة مع الافهام الصّريح، انتهى.

و ظاهر الكلامين صورة وقوع الانشاء بغير القبض بل يكون القبض من آثاره و ظاهر تصريح جماعة منهم المحقّق و العلاّمة: بانّه لو قبض ماابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك، و كان مضموناً عليه: هو الوجه الاخير لأنّ مرادهم بالعقد الفاسد امّا خصوص ما كان فساده من جهة مجرّد اختلال شروط الصّيغة، كما ربّما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصّيغة و قبل شروط العوضين والمتعاقدين. و اما يشمل هذا و غيره كما هو الظّاهر و كيف كان فالصّورة الأولى داخلة قطعاً و لا يخفى انّ الحكم فيها بالضّمان مناف لجريان حكم المعاطاة.

ظاهر فى كونه جامعاً لشرائط الصحة، و مثل هذا العقد لا كلام من احد فى صحته، و بعبارة اخرى، المفروغ عن صحته كيف يكون محل الخلاف من حيث الصحة و الفساد

والجواب عنهما: ان مراده من القول الفاقد لشرائط اللزوم، الذى اخذه فى العنوان، هو القول الفاقد، للعربية، و الماضوية، و نحوهما من الامور التى وقع الخلاف فى كونها شروطا للصحة او اللزوم

و بعبارة اخرى التعبير المزبور لمجرد المعرفية فلا اشكال عليه من هاتين الجهتين

والمورد الثاني: في بيان منشأ التعرض لهذا التنبيه،

والظاهر ان التعرض له من جهة دفع ما يترای من التنافي بين كلمات الفقهاء، حيث ان بناءهم على ان المقبوض بالعقد الفاسد لا تترتب عليه الملكية، و لا يجوز التصرف فيه، و يجب رده الى مالكه،

و هذا ينافي مع ما يظهر من كلمات جماعة تبعا للمحقق والشهيد الثانيين من انه لو اوقع المتعاقدان العقد فاقداً لشروط الصيغة يكون معاطاة

و المصنف ﷺ تعرض لهذا التنبيه للجمع بين كلماتهم.

و ربّما يجمع بين هذا الكلام و ما تقدم من المحقّق و الشّهيد الثّانيين، فيقال انّ موضوع المسألة في عدم جواز التّصرف بالعقد الفاسد ما اذا علم عدم الرّضا الاّ بزعم صحّة المعاملة [١] فاذا انتفت الصحة انتفي الاذن، لترتّبه على زعم الصّحة فكان التّصرف تصرّفاً بغير اذن واكلاً للمال بالباطل، لانحصار وجه الحلّ في كون المعاملة بيعاً، او تجارة عن تراض او هبة او نحوها من و جوه الرّضا باكل المال من غير عوض. و الأوّلان قد انتفيا بمقتضى الفرض، و كذا البواقي للقطع من جهة زعمها [أي المتعاطين] صحّة المعاملة بعدم الرضا بالتّصرف مع عدم بذل شيء في المقابل. فالرضاء المقدّم كالعدم، فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضا هما فلا كلام في صحة المعاملة و رجعت الى المعاطاة كما اذا علم الرّضا من اول الأمر باباحتهما التّصرف بأيّ وجه، اتّفق سواء صحّت المعاملة او فسدت فان ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء.

اقول المفروض انّ الصيغة الفاقدة لبعض الشّرائط لا يتضمّن الا انشاء و احداً هو التمليك. و من المعلوم انّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الاذن الحاصل في ضمن التّمليك بعده ان كان انشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأنّ المعاطاة حينئذ انّما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشّرائط، مع انّك عرفت انّ ظاهر كلام الشّهيد و المحقّق الثّانيين: حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الاشارة المفهمة بقصد البيع، و بنفس الصّيغة الخالية عن الشّرائط لا بالتّقابض الحاصل بعدهما، و منه يعلم فساد ماذكره من حصول المعاطاة بتراض جديد بعد العقد غير مبنيّ على صحة العقد.

المورد الثالث: في بيان ما قيل في وجه الجمع و ما يمكن ان يقال.

و قد ذكروا في وجه الجمع اموراً

منها: ما عن بعض و هو محكي في المتن.

[١] و حاصله: ان الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد انما هو فيما اذا كان الرضا بالتصرف لزعم صحة المعاملة، و الحكم بصحته معاطاة انما هو فيما اذا علم الرضا بالتصرف على التقديرين.

واورد المصنف ﷺ عليه بايرادات:

[٢] الأول: ان المفروض في المقام هو تقيد الرضا بانشاء التمليك، فلا يكون مع فرض العلم بالفساد.

ثم ان ما ذكره من التّراضي الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما اذا علما بالفساد دون غيره من الصّور[١]، مع انّ كلام الجميع مطلق يرد عليه أنّ هذا التّراضي ان كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد، فان كان لا على وجه المعاطاة بل كلّ منهما رضى بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضاء صاحبه بتصرّفه في ماله فهذا ليس من المعاطاة [٢] بل هي اباحة مجانيّة من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرّضا، و لا يكفي فيه عدم العلم به و بالرّجوع، لأنّه كالأذن الحاصل من شاهد الحال و لا يترتّب عليه اثر المعاطاة من اللّزوم بتلف احدى العين او جواز

---

[١] الثاني: ان لازم ذلك هوالحكم بوقوعه معاطاة فيما اذا علما بفساد العقد لا مطلقا.

[٢] الثالث: ان الرضا بالتصرف انما يفيد اباحة التصرفات كالاذن فيها، و هذا اجنبي عن المعاطاة.

و منها: ما عن المحقق الخراساني، و هو ان الحكم بالضمان في تلك المسألة اقتضائي ـ اي من حيث كونه عقداً ـ فلا ينافي صحته معاطاة.

و فيه: ان كلماتهم ظاهرة لو لم تكن صريحة في الضمان الفعلي لا الحيثي.

و منها: غير ذلك مما يظهر ما فيه من بيان حق القول في المقام، و هو:

انه اذا كان المفقود الشروط التي دل دليل خاص على اعتبارها في ما ينشأ به البيع لا كلام في عدم صحته معاطاة، اذ المعاطاة انما تصح لكونها بيعا مشمولا للادلة والعمومات على الفرض.

نعم لو قلنا بان مدرك صحة المعاطاة الدليل التعبدي الخاص لا العمومات، و فرضنا شمول موضوع ذلك الدليل للقول الفاقد لذلك الشرط كان معاطاة

لكن المبنيين فاسدان، و عليه فاذا بقي رضاهما بعد ذلك العقد الى حين التقابض و لم يكن مقيدا بل كان رضا بالتصرف ـ صحت المعاملة ام فسدت ـ جاز التصرف فيه،

التّصرف الى حين العلم بالرّجوع، و ان كان على وجه المعاطاة فهذا ليس الاّ التّراضى السّابق على ملكيّة كلّ منها لمال الآخر، و ليس تراضياً جديداً بناءً على انّ المقصود بالمعاطاة التمليك، كما عرفته من كلام المشهور خصوصاً المحقّق الثّانى، فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدّم عن صيغ العقود انّ الصيغة الفاقدة للشّرائط مع التّراضى، يدخل في المعاطاة التّراضي الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة.

و تفصيل الكلام انّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشّرائط. امّا ان يقع تقابضهما بغير رضا من كلّ منهما في تصرّف الآخر بل حصل قهراً عليهما، او على احدهما واجباراً على العمل بمقتضى العقد، فلا اشكال في حرمة التّصرف في المقبوض على هذا الوجه، و كذا ان وقع على وجه الرضا الناشيء عن بناء كلّ منهما على ملكيّة الآخر اعتقاداً او تشريعاً كما في كلّ قبض وقع على هذا الوجه، لأنّ حيثيّة كون القابض مالكاً مستحقّاً لما يقبضه جهة تقييديّة مأخوذة في الرضا ينتفي بانتفائها في الواقع، كما في نظائره.

و هذان الوجهان ممّا لا اشكال فيه في حرمة التّصرف في العوضين كما انّه لا اشكال في الجواز اذا أعرضا عن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء التّمليك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد. وامّا ان وقع الرّضا بالتّصرف بعد العقد، من دون ابتنائه على استحقاقه بالعقد السّابق و لا قصد لانشاء التّمليك بل وقع مقارناً لاعتقاد الملكيّة الحاصلة بحيث لو لا ها كان الرّضا ايضاً موجوداً و كان المقصود الأصلي من المعاملة التّصرف و اوقعا العقد الفاسد و سيلة له و يكشف عنه انّه لو سئل كلّ منهما من رضاه بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التّمليك او بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً، فادخال هذا في المعاطاة يتوقّف على امرين:

الأول: كفاية هذا الرضاء المركوز في النّفس بل الرضاء الشأني لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكاً في نظره، و قد صرّح بعد من قارب عصرنا بكفاية ذلك و لا يبعد رجوع الكلام المتقدّم ذكره الى هذا، و لعلّه لصدق طيب النّفس على هذا الأمر المركوز في النّفس.

الثانى: انّه لا يشترط في المباحات انشاء الاباحة او التّمليك بالقبض بل و لا بمطلق الفعل بل يكفي وصول كلّ من العوضين الى المالك الآخر والرّضا بالتّصرف قبله او بعده على الوجه المذكور

و فيه اشكال من انّ ظاهر محل النّزاع بين العامّة والخاصّة هو: العقد الفعلى كما ينبيء عنه قول العلاّمةﷺ في ردّ كفاية المعاطاة في البيع: انّ الافعال قاصرة عن افادة المقاصد، و كذا استدلال المحقّق الثّانى على عدم لزومها بأنّ الافعال ليست كالأقوال في صراحة الدّلالة، و كذا ما تقدّم من الشّهيدﷺ في قواعده من انّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، و انّما يفيد الاباحة، و كذا كلمات العامّة فقد ذكر بعضهم انّ البيع ينعقد بالايجاب والقبول و بالتّعاطى. و من انّ الظّاهر انّ عنوان التّعاطى [التّقابض] في كلماتهم لمجرّد الدّلالة على الرّضا و انّ عمدة الدّليل على ذلك هى السّيرة، و لذا تعدّوا الى ما اذا لم يحصل الاّ قبض احد العوضين والسّيرة موجودة فى المقام، فانّ بناء النّاس على اخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين اربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له و على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمّامى فالمعيار في المعاطاة وصول المالين او احدهما مع التّراضى بالتّصرف، و هذا ليس ببعيد على القول بالاباحه.

ولكنه لا يكون معاطاة، لان المعاطاة التي تكون موضوعة لهذا المبحث هي التي قصد بها التمليك لا الاباحة، و ان اعرضا عن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء التمليك يكون التقابض معاطاة.

واما اذا كان المفقود الشروط التي اعتبروها من باب الاخذ بالمتيقن، فالظاهر وقوعه صحيحا و بيعا شرعيا مشمولا للعمومات على المختار من تصحيح المعاطاة على القاعدة لا بالدليل الخاص من الاجماع و السيرة، و كذلك لو قلنا بصحتها للسيرة العقلائية لعدم الفرق عندهم بين الفعل و القول الفاقد، و ان قلنا بصحتها بالاجماع فلابد من الاقتصار على المتيقن و هو ما اذا كان انشاء التمليك بالفعل لا بالقول الفاقد للشروط.

هذا تمام الكلام في المباحث المتعلقة بالمعاطاة، و الحمدلله اولا و آخرا.

مقدمة: في خصوص الفاظ عقد البيع [١]

قد عرفت انّ اعتبار اللّفظ في البيع، بل في جميع العقود ممّا نقل عليه الاجماع و تحقّق فيه الشّهرة العظيمة، مع الاشارة اليه في بعض النّصوص لكنّ هذا يختصّ بصورة القدرة. امّا مع العجز عنه كالاخرس فمع عدم القدرة على التّوكيل لا اشكال و لا خلاف في عدم اعتبار اللّفظ، و قيام الاشارة مقامه [٢]

الفاظ عقد البيع

[١] قوله مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع.

و الكلام في هذه المقدمة يقع في موردين:

الأول: فيمن يعتبر في حقه اللفظ في معاملاته.

الثاني: في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ الذي ينشأ به البيع.

[٢] اما المورد الاول: فقد يقال: انه على فرض اعتبار اللفظ يختص ذلك بغير العاجز عن التكلم و اما العاجز عنه كالاخرس فلا يعتبر في معاملاته اللفظ.

و حق القول في الأخرس يقتضى البحث في مواضع:

الأول: في معاطاته وانه هل تكون هي كمعاطاة غيره لا تفيد الملكية او اللزوم، اولا تكون مثلها.

الثاني: في اشارته.

الثالث: في كتابته.

اما الموضع الأول: فان قلنا باعتبار اللفظ في الملكية او اللزوم ـ من جهة ان التعاطي الخارجي غير قابل لان تنشأ به الملكية و انه قاصر عن افادة الملكية او اللزوم ـ فالحق عدم افادة معاطاة الاخرس ايضاً ذلك، اذ معاطاته كمعاطاة غيره غير صالحة لذلك، فمع الانشاء كيف يمكن الحكم بتحقق المنشأ.

و ان قلنا باعتباره فيها للاجماع، والا فالمعاطاة في نفسها مشمولة للعمومات و غير قاصرة عن افادة ذينك.

.....

فتارة: يقال ان التقييد باللفظ في كلماتهم لخصوصية فيه،

و أخرى: يقال بان التقييد به من جهة انه الغالب، و الا فالمعتبر هو كل ما يقدر عليه مما يكون كاللفظ و لا يكون ذا وجوه و لا يتطرق فيه الاشتباه.

و على الثاني: فحيث انه لا كلام في ان الاخرس ليس ممن لا يقدر على البيع، فالمتيقن من الاجماع غيره، فلابد من البناء على صحة معاطاته.

و اما على الأول: فيبنى على ان معاطاته كمعاطاة غيره،

و لو شك في انه من قبيل الاول او الثاني: فلا محالة يشك في تخصيص العمومات بالاضافة اليه، و الأصل عدمه و صحة معاطاته.

و اما الموضع الثاني: فلا ينبغي الريب في ان انشاء المعاملات كما يكون باللفظ يكون بالاشارة لما نرى بالوجدان ان العقلاء في مقام تفهيم مراداتهم من الأمر و النهي و غيرهما يبرزونها بالاشارة، و ليس الانشاء الا ابراز امر نفساني بداعي تنفيذ العقلاء و الشارع ذلك الأمر، و ليست كالاعطاء ذا وجوه كي يقال انها قاصرة عن افادة الملكية

و عليه فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ و صحة المعاملة بالاشارة حتى على القول بعدم صحة المعاطاة و عدم افادتها الملكية لقصور الفعل عن انشاء الملكية به.

و هذا من غير فرق بين القدرة على التوكيل و عدمها،

الا ان يدعى الاجماع على عدم صحة انشاء المعاملة بها،

ولكنه على فرض ثبوته حتى مع العجز عن التكلم لا ريب في اختصاصه بصورة القدرة على التوكيل، اذ مع العجز عنه و القطع بان الشارع لا يرضى بان لا يعامل الاخرس اصلا، لا مناص عن البناء على صحة معاملاته بالاشارة.

و كذا مع القدرة على التّوكيل لا لاصالة عدم وجوبه [١] كما قيل، لانّ الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل [٢] بل لفحوى ماورد من عدم اعتبار اللّفظ في طلاق الاخرس [٣] فانّ حمله على صورة عجزه عن التّوكيل حمل المطلق على الفرد النّادر مع انّ الظّاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب، ثمّ لو قلنا بأنّ الاصل في المعاطاة اللّزوم بعد القول بافادتها الملكيّة. فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

و قد استدل لقيام اشارته مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل بوجهين آخرين:

[١] احدهما: اصالة عدم وجوب التوكيل.

[٢] واورد عليه المصنف‌ﷺ: بان الأصل في المعاملات الاشتراط.

مراد المستدل انه بعد شمول العمومات للاشارة القدر المتيقن خروجه هو صورة القدرة على التكلم، واما في صورة العجز و ان كان قادراً على التوكيل فلا اجماع على عدم الصحة، فمقتضى العمومات الصحة.

و لو شك في الاشتراط و عدمه يكون الأصل عدمه،

و عليه فلا يرد عليه ما ذكره المصنف‌ﷺ.

[٣] الثانى ما ذكره المصنف‌ﷺ بقوله بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس

لا خلاف و لا اشكال فى انه يقع طلاق الاخرس بالكتابة و الاشارة و الفعل الدال عليه، و كذا كل من يتعذر عليه النطق، والنصوص شاهدة به لا حظ.

صحيح البزنطى عن الامام الرضاﷺ عن الرجل تكون عنده المرئة يصمت ولا يتكلم قالﷺ اخرس هو قلت نعم و يعلم منه بغض لامرأته و كراهته لها أتجوز ان يطلق عنه وليه قال ﷺ لا ولكن يكتب و يشهد على ذلك قلت فانه لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها قالﷺ بالذى منه من افعاله مثل ماذكرت من كراهته و بغضه لها [١] و نحوه غيره من النصوص الكثيرة الدالة على الاكتفاء بالكتابة او كل فعل اعم من الاشارة و غيرها فتامل.

---

١) الوسائل باب ١٩ من ابواب مقدمات الطلاق.

والظّاهر ايضا كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة [١] لفحوى ما ورد من النّص على جوازها في الطّلاق مع انّ الظّاهر عدم الخلاف فيه. و امّا مع القدرة على الاشارة فقد رجّح بعض الاشارة و لعله لانها اصرح فى الانشاء من الكتابة.

و في بعض روايات الطّلاق ما يدلّ على العكس [٢] و اليه ذهب الحلّى﵀ هناك.

---

[١] و اما الموضع الثالث: فعن المحقق النائيني عدم كفاية الكتابة،

و استدل له: بالاجماع على عدم تأثيرها في غير الوصية

و بانها ليست مصداقا في العرف و العادة لعنوان عقد او ايقاع، فليست آلة لايجاد عنوان بها.

و يرد على الأول: انه اجماع منقول، مع ان المتيقن منه صوره القدرة على التكلم لا مطلقا.

و يرد على الثاني: ان عناوين العقود و الايقاعات اسام للامور الاعتبارية النفسانية و اللفظ، و كذا ما يقوم مقامه مبرز لذلك، و عليه فكما انه يصح الاخبار بالكتابة، كذلك يصح الانشاء بها لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق في محله،

[٢] مع انه قد ورد في بعض اخبار الطلاق انه يصح الطلاق بالكتابة، بل تقدمه على الطلاق بالاشارة، لا حظ صحيح البزنطى المتقدم انفا فلو لم يكن انشاء الطلاق بها ممكنا لما كان وجه للحكم بوقوعه.

و بعد ما عرفت من ان كفاية الاشارة و الكتابة انما تكون على القاعدة فلا معنى للنزاع في تقدم الكتابة او الاشارة.

نعم في خصوص الطلاق ذهب الحلى الى تقديم الكتابة لانها اقوى

و لكن الاقوائية ليست موجبة للتقديم الاعلى نحو الاولوية

و قد يستدل لما ذهب اليه ـ بذكرها اولا فى صحيح البزنطى المتقدم

و هو ايضا لا يصلح للتقديم على وجه اللزوم

ومن ماذكرناه يظهر عدم الخصوصية للاخرس وان الحكم بشمل كل عاجز عن التكلم.

ثمّ الكلام في الخصوصيّات المعتبرة في اللّفظ [١]، تارة يقع في موادّ الالفاظ من حيث افادة المعنى بالصّراحة و الظّهور و الحقيقة و المجاز و الكناية و من حيث اللّغة المستعملة في معنى المعاملة و اخرى في هيئة كلّ من الايجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعليّة و كونه بالماضي. و ثالثة في هيئة تركيب الايجاب و القبول من حيث التّرتيب والموالاة. أمّا الكلام من حيث المادّة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات [٢] قال في التّذكرة الرّابع من شروط الصيغة: التصريح فلا يقع بالكناية بيع مع النيّة مثل قوله ادخلته في ملكك او جعلته لك او خذه منى بكذا او سلّطتك عليه بكذا، عملاً باصالة بقاء الملك، و لأنّ المخاطب لا يدرى بم خوطب، انتهى.

و زاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قولك اعطيتكه بكذا، او تسلّط عليه بكذا

خصوصيات الفاظ العقد

[١] قوله ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ.

هذا هو المورد الثانى للبحث

و ملخص القول فيه ان الخصوصيات المعتبرة فيه قسمان

احدهما ما يعرض الالفاظ انفسها

ثانيهما: ما يكون خارجا عنها.

اما الأول: فملخص القول فيه: بعد ما لا ريب في صحة الانشاء بالحقيقة الدالة على المعنى بلا عناية ـ قرينة ولو صارفة، و بالمجاز المشهور الذي يحتاج ارادة المعنى الحقيقي منه الى قيام القرينة، يقتضي البحث في مواضع:

الأول: في انشاء المعاملة بالكنايات.

الثاني: في المجازات.

الثالث: في المشترك اللفظي.

الرابع: في المشترك المعنوي.

اما الموضع الأول: ففي المتن.

[٢] فالمشهور بين الأصحاب ـ على ما نسب اليهم ـ عدم وقوع العقد بالكنايات.

و ربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة في الصّيغة فلا ينعقد بالمجازات حتّى صرّح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد، و المراد بالصّريح ـ كما يظهر من جماعة من الخاصّة والعامّة ـ في باب الطّلاق و غيره، ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغة او شرعاً، و من الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع [١] فيفيد ارادة نفسه بالقرائن وهى على قسمين عندهم جليّة و خفيّة، والذّى يظهر من النّصوص المتفرّقة في ابواب العقود اللاّزمة والفتاوى المتعرّضة لصيغها في البيع، بقول مطلق، و في بعض انواعه و في غير البيع من العقود اللازمة هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتدّ به في المعنى المقصود فلا فرق بين قوله بعت و ملكت وبين قوله نقلت الى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا، و هذا هو الّذى. قواه جماعة

و المراد بالكناية في المقام ليس ما هو من اقسام المجاز ـ و هو استعمال اللفظ الموضوع للازم المعاملة في معنى تلك المعاملة الذي هو الملزوم مجازا

بل المراد بها استعمال اللفظ في معناه الحقيقي، و هو اللازم للانتقال الى الملزوم

والشاهد على ذلك ان بعض المانعين عن الانعقاد بالكناية ذهب الى انعقاد المعاملة بالفاظ تكون موضوعة لمعنى هو لازم المعاملة

فما هو ظاهر المصنف من حملها على المعنى الأول

[١] حيث قال و من الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع

غير صحيح

و كيف كان: فقد اختار المحقق النائيني﵀ عدم الانعقاد بها،

واستشهد لذلك: بان انشاء اللازم وايجاده في الانشاء القولي ليس ايجاداً للملزوم عرفا، و كون الملزوم مقصودا وداعيا من ايجاد اللازم لا اثر له، لان الدواعي لا اثر لها في باب العقود و الايقاعات.

ثم اورد على نفسه: بان الملزوم و ان لم ينشأ اصالة الا انه منشأ تبعا، و في المرتبة الثانية.

من متأخرى المتأخرين، و حكى عن جماعة ممّن تقدمهم كالمحقّق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرّموز أنه حكى عن شيخه المحقّق أنّ عقد البيع لايلزم منه لفظ مخصوص. و انّه اختاره ايضاً.

و حكى عن الشّهيدﷺ في حواشيه أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه مثل أسلمت اليك وعاوضتك و حكاه في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين بل هو ظاهر العلاّمة في التّحرير حيث قال: انّ الايجاب اللّفظ الدّال على النّقل مثل بعتك أو ملّكتك أو ما يقوم مقامهما و نحوه المحكى عن التّبصرة و الارشاد و شرحه لفخر الاسلام فاذا كان الايجاب هو اللّفظ الدّال على النّقل فكيف لا ينعقد بمثل نقلته الى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا، بل ربّما يدّعى انّه ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الايجاب والقبول فيه من دون ذكر لفظ خاصّ كالشيخ وأتباعه فتأمّل.

و قد حكى عن الأكثر تجويز البيع حالاًّ بلفظ السّلم. و صرّح جماعة أيضاً في بيع التّولية بانعقاده بقوله و ليّتك العقد او ولّيتك السّلعة والتشريك في المبيع بلفظ شرّكتك، و عن المسالك في المسألة تقبّل احد الشّريكين في النّخل حصّة صاحبه بشيء معلوم من الثّمرة انّ ظاهر الاصحاب جواز ذلك بلفظ التّقبل مع انّه لا يخرج عن البيع او الصّلح او معاملة ثالثة لازمة عند جماعة، هذا ما حضرنى من كلماتهم في البيع.

و امّا في غيره فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاصّ فجوّزوه بقوله تصرّف فيه او انتفع به و عليك ردّ عوضه او خذه بمثله و اسلفتك و غير ذلك ممّا عدوا مثله في البيع من الكنايات مع انّ القرض من العقود اللاّزمة على حسب لزوم البيع و الاجارة، و حكى عن جماعة في الرّهن: انّ ايجابه يؤدّى بكلّ لفظ يدل عليه مثل قوله هذه وثيقة عندك و عن الدروس تجويزة بقوله خذه او امسكه بمالك، و حكى عن غير واحد تجويز ايجاب الضّمان الذّى هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدّت المال، و تقلّدته و شبه ذلك.

و قد ذكر المحقق و جماعة ممّن تأخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية معلّلين بتحقّق القصد و تردّد جماعة في انعقاد الاجارة بلفظ بيع المنفعة. و قد ذكر جماعة جواز المزارعة بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعة، و عن مجمع البرهان كما في غيره،

انه لا خلاف في جوازها بكلّ لفظ بدلّ على المطلوب مع كونه ماضياً. و عن المشهور جوازها بلفظ أزرع، و قد جوّز جماعة الوقف بلفظ حرّمت و تصدّقت مع القرينة الدّالة على ارادة الوقف مثل ان لا يباع، و لا يورث، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على انّهما من الكنايات و جوّز جماعة وقوع النّكاح الدائم بلفظ التمتع مع انّه ليس صريحاً فيه، و مع هذه الكلمات كيف يجوز ان يسند الى العلماء او اكثر هم وجوب ايقاع العقد باللّفظ الموضوع له، و انّه لا يجوز بالالفاظ المجازيّة خصوصاً مع تعميمها للقريبة والبعيدة كما تقدّم عن بعض المحقّقين و لعلّه لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التّعبير بالالفاظ المجازية في العقود اللاّزمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في اكثرها بالالفاظ الغير الموضوعة لذلك العقد جمع المحقّق الثّانى على ما حكى عنه في باب السّلم والنّكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، و هو جمع حسن، و الأحسن

و اجاب عنه: بان الايجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود، فينصرف الاطلاق عنه، و لا تشمله العمومات ايضاً لخروجه عن الاسباب المتعارفة.

و يرد عليه:

اولا: انه قده صرح بانه لو قصد البيع بالفعل المصداق للازمه كالتسليط ينعقد به، و لم يظهر الفرق بين الفعل و القول في ذلك.

و ثانيا: انه لا فرق بين الاخبار و الانشاء الا في الداعي كما اشرنا اليه غير مرة، فكما يصح الاخبار بالكناية، كذلك يصح الانشاء بها،

مع انه لو سلم كون الانشاء ايجاداً لامر لا اظهاراً.

يرد عليه انه بعد فرض الملازمة بين اللازم و الملزوم اذا وجد اللازم في اي وعاء كان لا محالة يوجد الملزوم في تلك الوعاء.

و بالجملة: لا يعتبر في الانشاء سوى كون اللفظ مما له ظهور عرفي في المراد، و لا اشكال في ان اظهار اللازم عرفا اظهار للملزوم.

و دعوى: انصراف الاطلاق عنه لا تسمع

فالأظهر انعقاد البيع و غيره من المعاملات بالكنايات.

منه ان يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدّلالة اللّفظية الوضعية سواء كان اللّفظ الدّال على انشاء العقد موضوعاً له بنفسه او مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الافادة بالاخرة الى الوضع [١] اذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذّى هو مناط الصّراحة بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع او افادته له بضميمة لفظ آخر يدلّ بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللّفظ، و هذا بخلاف اللّفظ الذّى يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال او سبق مقال خارج عن العقد، فانّ الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين، و ان كان من المجازات القريبة جدّاً رجوع عمّا بنى عليه: من عدم العبرة بغير الأقوال في انشاء المقاصد، و لذا لم يجوّزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال او اقتران حال تدلّ على ارادة البيع جزماً، و ممّا ذكرنا يظهر الاشكال في الاقتصار على المشترك اللّفظى اتّكالاً على القرينة الحالية المعيّنة، و كذا المشترك المعنوى و يمكن ان ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدّم في عبارة التّذكرة بقوله ﷺ لأنّ المخاطب لا يدرى بم خوطب اذ ليس المراد انّ المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجيّة، بل المراد انّ الخطاب بالكناية لمّا لم يدلّ على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم لأنّ اللازم الأعم كما هو الغالب، بل المطّرد في الكنايات لا يدلّ على الملزوم ما لم يقصد المتكلّم خصوص الفرد الجامع مع الملزوم الخاصّ

و اما الموضع الثاني: فقد فصّل المصنف ﷺ بين كون القرينة حالية او مقالية، و اختار الانعقاد في الثاني دون الأول. و به جمع بين كلمات القوم و نسبه اليهم.

[١] و استدل له: بانه اذا كانت القرينة لفظية فترجع الافادة بالاخرة الى الوضع، و لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين افادة اللفظ للمطلب بحكم الوضع، او افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللفظ، و هذا بخلاف ما اذا كانت القرينة حالية، فان الافادة حينئذٍ لا تكون باللفظ، والمفروض عدم العبرة بغير الأقوال في انشاء المعاملات.

و فيه ان الدال على المعنى في الاستعمال المجازي انما هو اللفظ و ذو القرينة، و القرينة انما تدل على ذلك ـ اى ارادة المعنى من ذي القرينة ـ لا ان جزءاً من المعنى يستفاد من ذي القرينة، و جزءاً منه من القرينة، مثلا في قولنا: رأيت اسداً يرمى، يكون

فالخطاب في نفسه محتمل لا يدرى المخاطب بم خوطب، و انّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيّة الكاشفة عن قصد المتكلّم والمفروض على ما تقرّر في مسألة المعاطاة انّ النّية بنفسها، او مع انكشافها بغير الاقوال لا تؤثّر في النّقل والانتقال، فلم يحصل هنا عقد لفظى يقع التّفاهم به، لكّن هذا الوجه لا يجرى في جميع ما ذكروه من امثلة الكناية، ثمّ انّه ربما يدّعى ان العقود المؤثّرة في النّقل و الانتقال اسباب شرعيّة توقيفيّة كما حكى عن الايضاح من انّ كلّ عقد لازم و ضع له الشّارع صيغة مخصوصة بالاستقراء فلابّد من الاقتصار على المتيقّن، و هو كلام لا محصّل له عند من لا حظ فتاوى العلماء فضلاً عن الرّوايات المتكثّرة الآتية بعضها. و امّا ما ذكره الفخر﵀ فلعلّ المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصّيغة شرعاً هى اشتمالها على العنوان المعبّر عن تلك المعاملة به في كلام الشّارع.

فاذا كانت العلاقة الحادثة بين الرّجل و المرأة معبّراً عنها في كلام الشّارع بالنّكاح أو الزّوجية او المتعة، فلابدّ من اشتمال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبة او البيع او الاجارة او نحو ذلك، و هكذا الكلام في العقود المنشائة للمقاصد الاخر كالبيع، والاجارة و نحوهما، فخصوصيّة اللّفظ من حيث اعتبار اشتما لها على هذه العنوانات الدّائرة في لسان الشّارع او ما يرادفها لغة او عرفاً لانّها بهذه العنوانات موارد للاحكام الشّرعية التّى لا تحصى، و على هذا فالضّابط و جوب ايقاع العقد بانشاء العناوين كما لو لم تقصد المرأة الاّ هبة نفسها اواجارة نفسها مدة الاستمتاع، لم يترتّب عليه الاثار المحمولة في الشّريعة على الزّوجية الدّائمة او المنقطعة، و ان كانت بقصد هذه العناوين دخلت في الكناية الّتى عرفت انّ تجويزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقوال، فما ذكره الفخر﵀ مؤيّد لماذكرناه و استفدناه من كلام والده ﵀ و اليه يشير أيضاً ما عن جامع المقاصد من أن العقود متلقّاة من الشّارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه.

و ما عن المسالك من انّه يجب الاقتصار على العقود اللاّزمة على الالفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة ومراده بالمنقولة شرعاً هى المأثورة في كلام الشّارع، و عن كنز العرفان في باب النّكاح انّه حكم شرعي حادث، فلابدّ له من دليل يدلّ على حصوله و هو العقد اللفظى المتلقى من النص

ثمّ ذكر لايجاب النّكاح الفاظاً ثلاثة و علّلها بورودها في القرآن، و لا يخفي انّ تعليله هذا كالصّريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفيّة العقود، وانّه متلقّاة من الشّارع و وجوب الاقتصار على المتيقّن و من هذا الضّابط تقدر على تمييز الصّريح المنقول شرعاً المعهود لغة من الالفاظ المتقدّمة في ابواب العقود المذكورة من غيره من غيره و انّ الاجارة بلفظ العارية غير جائزة و بلفظ بيع المنفعة أو السّكنى مثلاً لا يبعد جوازه و هكذا.

يرمى قرينة على ارادة الرجل الشجاع من الأسد، و عليه ففي جميع المجازات يكون الدال على المعاملة هو اللفظ.

فالأظهر صحة الانشاء بالمجاز و ان كان بعيداً.

و بما ذكرناه ظهر الحال في المشترك اللفظي اذا كانت افادة اللفظ فيه للمعنى المراد مع القرينة.

واما الموضع الرابع ـ اي المشترك المعنوي ـ: فقد اختار المحقق النائيني ﷺ عدم صحة الانشاء به اذا كان مشتركا بين العقود التمليكية و غيرها من النقل الخارجي كلفظ نقلت.

واستدل له: بان امتياز النقل الخارجي عن النقل الاعتبارى ليس بعين ما به اشتراكهما، فلا محالة ينشأ الجنس العالي اولا ثم يميز بالفصل، فيلزم التدريجية في الوجود.

و فيه: انه و ان كان اللفظ مركبا، الا انه لا يكون ذلك الاعتبار النفساني البسيط تدريجيا من حيث الاظهار والابراز، بل يصير مبرزا بالمجموع.

فالأظهر صحة الانشاء بالمشترك المعنوي ايضاً.

الفاظ الايجاب و القبول

و مما ذكرناه من صحة الانشاء بالكنايات و المجازات، والمشترك اللفظي، والمعنوي يظهر انه يصح الانشاء بجميع الالفاظ التي وقع الخلاف في صحة الانشاء بها التي ستمر عليك.

اذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب والقبول: منها لفظ بعت في الايـجاب و لا خلاف فيه فتوى و نصّاً، و هو و ان كان من الاضداد [١] بالنّسبة الى البيع والشراء لكن كثرة استعماله في وقوع البيع به تعيّنه، و منها لفظ شريت فلا اشكال في وقوع البيع به لو ضعه له، كما يظهر من المحكّى عن بعض اهل اللغة بل قيل لم يستعمل في القرآن الكريم الاّ فى البيع.

و عن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع، و باعه كاشتراه فهما ضدّ و عـنه ايضاً كلّ من ترك شيئاً و تمسّك بغيره، فقد اشتراه و ربّـما يسـتشكل فـيه بـقلّة استعماله عرفاً في البيع [٢] وكونه محتاجاً الى القرينة المعيّنة، و عدم نقل الايجاب به في الأخبار و كلام القدماء و لا يخلو عن وجه.

و اما على القول الاخر: فقد وقع الكلام في انشاء البيع بطائفة من الالفاظ من ناحية الصغرى، و انها داخلة في ما يصح الانشاء به، او فيما لا يصح، و هي متعددة:

منها: لفظ بعت.

[١] و الكلام فيه من جهة انه من الاضداد ـ كما اختاره المصنف﵀ ـ او مشترك معنوي بمعنى التمليك بعوض اعم من ان يكون صريحا او ضمنيا.

الظاهر ان: المتفاهم منه عرفا كونه موضوعا للبيع المقابل للشراء كما يظهر لمـن راجع المرتكز في ذهنه، فلو سلّم كونه في اللغة موضوعا لكل منهما او للجامع بينهما، لا ينبغي التامل في ان المتفاهم منه عرفا هو البيع، و هذا يكفي في صحة انشاء البيع به، فلا حاجة الى تطويل الكلام فى ذلك.

و منها لفظ شريت.

[٢] والمصنف﵀ بعد تسليمه كونه من الاضداد استشكل في انشاء البيع به بقلة استعماله فيه عرفا، وكونه محتاجا الى القرينة المعينة، و عدم نقل الايجاب به في الاخبار وكلمات العلماء.

و يرد عليه ـ مضافاً الى ما تقدم من انه لا اشكال في صحة الانشاء وان كانت القرينة المعينة حالية ـ ان القرينة المعينة دائما تكون لفظية، لان الشراء اذا استعمل فى البيع

و منها لفظ ملّكت بالتّشديد والاكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الارشاد الاتفاق حيث قال: انّه لا يقع البيع بغير اللّفظ المتفق عليه كبعت و ملكت، و يدلّ عليه ما سبق في تعريف البيع من انّ التّمليك بالعوض المنحلّ الى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً و لغة. [۱] صرّح به فخر الدّين حيث قال: انّ معنى بعت في لغة العرب ملّكت غيرى، و ما قيل من انّ التّمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها فيه انّ الهبة انّما يفهم من تجريد اللّفظ عن العوض لا من مادة التّمليك، فهى مشتركة معنى بين ما يتضمّن المقابلة و بين المجرّد عنها، فان اتّصل بالكلام ذكر العوض افاد المجموع المركّب بمقتضى الوضع التّركيبى البيع، وان تجرّد عن ذكر العوض افاد المجموع المركّب بمقتضى الوضع التّركيبى البيع، وان تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيّة المجّانيّة. و قد عرفت سابقاً انّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقى فلو أراد منه الهبة المعوّضة او قصد المصالحة، بنى على صحّة عقد بلفظ غيره مع النّية، [۲] و يشهد لماذكرنا قول فخر الدّين في شرح الارشاد: انّ معنى بعت في لغة العرب ملكت غيرى.

يكون مفعوله الأول مال نفسه و غير مصدر بالباء واذا استعمل في الشراء يكون مفعوله الأول مال الطرف و مال نفسه يصدر بالباء ـ فالقرينة المعينة دائما تكون هي الهيئة.

و منها: لفظ مّلكت.

و الكلام فيه ليس في صحة انشاء البيع به

[۱] لما ذكره المصنف ﷺ من ان حقيقة البيع هي التمليك بعوض

[۲] بل الكلام فيه انما هو فيما ذكره المصنف ﷺ بان صحة العقد به بارادة الهبة المعوضة اوالمصالحة منه مبنية على صحة عقد بلفظ غيره مع النية،

فانه اورد عليه السيد و المحقق النائيني ﷺ : بان ماذكره يتم في الصلح و لا يتم في الهبة المعوضة، فان الهبة المجانية و المعوضة من التمليك حقيقة.

و فيه: ان الهبة المعوضة من التمليك المجاني لاالتمليك بعوض، اذ العوض فيها ليس في مقابل المال الموهوب، و المصنف ﷺ يدعى ان الهبة المعوضة ليست من التمليك بعوض، و لم يدع عدم كونها من التمليك. فتدبر في كلماته.

واما الايجاب باشتريت، ففي مفتاح الكرامة انّه قد يقال بصحّته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، والمنقول عنها فى نسختين من تعليق الارشاد.

اقول و قد يستظهر ذلك من عبارة كلّ من عطف على بعت و ملّكت شبههما او ما يقوم مقامهما اذا ارادة ما يقوم مقامهما في اللّغات الاخر للعاجز عن العربية ابعد، فيتعيّن ارادة ما يرادفهما لغة اوعرفاً فيشمل شريت واشتريت لكنّ الاشكال المتقدّم فى شريت اولى بالجريان هنا لأنّ شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه الاّ فيه [١] بخلاف اشتريت ودفع الاشكال فـي تـعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدّال على كونه ايجاباً. اما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول. و اما لغلبة ذلك غير صحيح لأنّ الاعتماد على القرينة الغير اللّفظية، في تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت مافيه، [٢] الاّ ان يدّعى انّ ما ذكـر سابقاً من اعتبار الصّراحة مختصّ بصراحة اللّفظ من حيث دلالته على خصوص العقد و تميّزه عمّا عداه من العقود. و امّا تميّز ايجاب عقد معيّن عن قبوله الرّاجع الى تميّز البائع عن المشترى فلا يعتبر فيه الصّراحة، بل يكفى استفادة المراد و لو بقرينة المقام او غلبته و نحوهما، و فيه اشكال.

و منها: لفظ اشتريت.

[١]و المصنف﵀: قال ان الاشكال المتقدم في شريت اولى بالجريان هـنا، لان شريت استعمل في القرآن الكريم[1] في البيع، بل لم يستعمل فيه الا فيه بخلاف اشتريت.

و ربما يتوهم انه يمكن دفع الاشكال المتقدم و هو قلة استعماله فى البيع بانه لو قدم ذلك يتعين ارادة الايجاب منه.

[٢] واجاب المصنف﵀ عنه بان الاعتماد على القرينة غير اللفظية فـي تـعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فيه.

و يرد عليه ما ذكرناه من الوجهين في شريت انما الاشكال فيه يكون من جـهة اخرى، و هي ان هيئة الافتعال انما وضعت لمعنيين: احدهما: قبول المادة. كالا كتساب

---

١) سورة يوسف: آية ٢١ البقرة آية ١٠٢.

و امّا القبول، فلا ينبغي الاشكال في وقوعه بلفظ قبلت و رضيت واشتريت و شريت و ابتعت و تملّكت و ملكت مخففا [١] و أمّا بعت فلم ينقل الاّ من الجامع (لابن سعيد) مع أنّ المحكي عن جماعة من أهل اللغة اشتراكه بين البيع والشراء، و لعلّ الاشكال فيه كأشكال اشتريت في الايجاب.

واعلم ان المحكيّ عن نهاية الاحكام و المسالك انّ الاصل في القبول قبلت و غيره بدل لأنّ القبول على الحقيقة ممّا لايمكن به الابتداء و الابتداء بنحو اشتريت و ابتعت ممكن، و سيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الايجاب، ثمّ انّ في انعقاد القبول بلفظ الامضاء والاجازة و الانفاذ و شبهها وجهين.[٢]

فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب و القبول ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل [٣]، امّا بناء على جواز تقديم القبول، وامّا من جهة اختلافهما في المتقدّم فلا يبعد الحكم بالتّحالف، ثمّ عدم ترتيب الآثار المختصّة بكلّ من البيع و الاشتراء على واحد منهما.

والاحتطاب والاقتراب.

ثانيهما: قبول المادة من الغير كالانتقاض و شبهه، و في كل مورد لابد من الرجوع الى اهله في انه استعمل في اي المعنيين و ليس لنا التصرف، و عليه فحيث ان اشتريت في الكلمات انما استعمل في قبول المادة من الغير لا في قبول المادة، فاستعماله في الايجاب لا يصح.

[١] و مما ذكرناه ظهر وقوع القبول بلفظ قبلت، و رضيت، و شريت، و اشتريت

[٢] انما الكلام فيه في الفاظ امضيت، اجزت، انفذت و اشباهها

و منشأ الاشكال ان الانفاذ والامضاء و الاجازة انما تتعلق بما له مضي و جواز و نفوذ، و مايترقب منه ذلك هو السبب التام، و هو العقد لا الايجاب خاصة.

و لكن يمكن دفعه: بان هذه العناوين بما انها من لوازم تحقق العقد بلحوق القبول للايجاب و يكون القبول ملزوما لها، فانشاء القبول بها من قبيل الاستعمال الكنائي، و قد عرفت صحة الانشاء بالكنايات.

[٣] لااختصاص لهذا الفرع بايقاع العقد بالالفاظ المشتركة بل لو كان بالالفاظ

مسألة: المحكيّ عن جماعة منهم: السيّد عميد الدّين والفاضل المقداد، والمحقّق والشّهيد الثّانيان اعتبار العربية في العقد، [١] للتأسّي [٢] كما في جامع المقاصد، و لانّ عدم صحته بالعربى الغير الماضى يستلزم عدم صحّته بغير العربى بطريق اولى [٣] و فى الوجهين ما لا يخفي واضعف منهما منع صدق العقد على غير العربى مع التّمكن من العربى. فالاقوى صحتّه بغير العربى.

المختصة و كان الاختلاف فى المتقدم يجرى هذا الفرع

ثم ان الحكم بالتحالف انما هو فيما اذا كان هناك اثر مترتب على كل من الدعويين، كما لو كان كل من العوضين حيوانا، و الا فصاحب الحيوان هو المنكر، و للكلام فى هذا الفرع محل آخر.

اعتبار العربية

و اما الثاني: فالكلام في ما قيل باعتباره في طي مسائل:

[١] الاولى: المحكي عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد والمحقق و الشهيد الثانيان: اعتبار العربية في العقد.

واستدل له بوجوه

[٢] الأول: التأسي، فان النبيﷺ و الأئمةﷺ كانوا يعاملون بالعربية.

و فيه: انه لم يدل دليل على لزوم التأسي او محبوبيته في كل ما كانواﷺ يفعلونه، الا ترى انهم كانوا يتكلمون بالعربي و لم يتوهم احد لزومه او استحبابه، و لعل انشاء معاملاتهم بها من هذا القبيل

مع ان مطلوبيتها لا تستلزم فساد الانشاء بغيرها بعد شمول العمومات والاطلاقات له، مضافا

الى عدم لزوم التأسي غايته الاستحباب.

[٣] الثاني: ان اعتبار الماضوية في العقد يستلزم اعتبار العربية بالاولوية.

و فيه: ان الماضوية ليست من خصوصيات اللغة العربية حتى يقال ان اعتبارها يستلزم اعتبار العربية، بل هي خصوصية في كل لغة فهما خصوصيتان في عرض واحد.

و هل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّة والهيئة بناءً على اشتراط العربي؟ الاقوى ذلك [١] بناء علي انّ دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من اسباب النّقل، و كذا اللّحن في الاعراب.

الثالث: ان مقتضى اصالة الفساد عدم ترتب الأثر على شيء من العقود، والمتيقن مما خرج عن هذا الأصل هو العقد بالعربية، فلابد من رعايتها.

و فيه: انه يتوقف على عدم جواز التمسك بالعمومات و المطلقات في دفع احتمال اعتبار شيء في الاسباب، و قد عرفت في اول هذا الجزء صحته.

الرابع: عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي.

و فيه: اولا: انه يكفي صدق التجارة والبيع عليه في نفوذه.

و ثانيا: ان العقد من مقولة المعنى، فما معنى عدم صدقه على غير العربي و صدقه على العربي؟ و اضعف من ذلك دعوى عدم صدقه عليه مع التمكن من العربي.

فتحصل: ان الأظهر عدم اعتبار العربية،

و يشهد ـ له مضافاً الى ذلك ـ انه لو كان ذلك معتبرا لاشتهر و كان يجب على كل مكلف تعلم صيغ العقود لكثرة ابتلاء الناس بالمعاملات، فنفس عدم اشتهار ذلك و عدم نقل ورود رواية دالة على ذلك دليل قطعي على عدم الاعتبار، مع قيام السيرة عليه.

نعم في خصوص النكاح ادعي الاجماع على اعتبار العربية مع التمكن، فان ثبت والا فالعمومات تقتضي عدم اعتبارها فيه ايضاً، فالأظهر صحته بغير العربي.

ثم انه على القول باعتبار العربية وقع الكلام في امور

[١] احدها: انه هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة كما اختاره المصنف ام لا؟

الظاهر: إن اللحن فيهما ان كان بنحو لا يضر بظهور الكلام عرفا في ارادة المعاملة الخاصة كما لو قال: بعتك بالفتح صح العقد ولا يعتبر عدمه للعمومات. نعم على القول بلزوم الاقتصار على المتيقن من الاسباب لابد من العقد مع عدم اللحن، لكن عرفت انه بمراحل عن الواقع، و ان كان بنحو يضر به كما لو قال جوزتك بدل زوجتك اعتبر عدمه لما عرفت من لزوم كون الانشاء بما يكون مظهر التلك المعاملة.

و حكى عن فخر الدّين الفرق بين ما لو قال بعتك بفتح الباء و بين ما لو قال: جوّزتک بدل زوّجتك، فصحّح الأول دون الثّانى [١] الاّ مع العجز عن التّعلم والتّوكيل، و لعلّه لعدم معنى صحيح في الأوّل الاّ البيع بخلاف التّجويز [٢]، فانّ له معنى آخر فاستعماله في التّزويج غير جائز. و منه يظهر ان اللّغات المحرّفة لا بأس بها اذا لم يتغير بها المعنى.

ثمّ هل المعتبر عربيّة جميع اجزاء الايجاب، والقبول، كالثّمن والمثمن ام يكفي عربية الصّيغة [٣] الدّالة على انشاء الايجاب و القبول حتّى لو قال: بعتك: اين كتابرابده درهم، كفي والاقوى هو الأوّل لأنّ غيرالعربى كالمعدوم فكأنّه لم يذكر في الكلام. نعم لو لم يعتبر ذكر متعلّقات الايجاب كما لا يجب في القبول، و اكتفي بانفهامها و لو من غير اللّفظ صحّ الوجه الثّانى، لكنّ الشّهيد﵀ في غاية المراد في مسألة تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر العوضين فى الايجاب.

---

[١] و لعله الى ما ذكرنا نظر فخر الدين حيث فصل بين ما لو قال بعتک بفتح الباء و بين ما لو قال جوزتک بدل زوجتک فصحح الاول دون الثانى، لاالى ما افاده المصنف﵀

[٢] بقوله لعدم معنى صحيح فى الاول الا البيع بخلاف التجويز.

فان لازم ماذكره صحة العقد بوزجتک، اذ لامعنى صحيح له سوى التزويج، مع انه لا تامل فى فساده.فالمعيار ما ذكرناه

[٣] قوله ثم هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب والقبول كالثمن والمثمن ام يكفي عربية الصيغة.

يقع الكلام في موردين:

الأول: انه هل يعتبر ذكر العوضين في عقد البيع ام لا؟

الثاني: انه على فرض اللزوم هل يعتبر ان يكون بالعربية ام لا؟

اما الأول: فالظاهر لزوم ذكرهما، اذ العوضان في البيع نظير الزوجين في النكاح، اذ المبادلة انما تكون بين المالين و لابد من انشاء هذا المعنى، فاذا لم يذكر العوضين لم ينشأ البيع و لو كان من قصده تبديل هذا المال بذلك لعدم العبره بالقصد المجرد في انشاء المعاملات.

ثمّ انّه هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً، بمعنى اللّفظ [١] بأن يكون فارقاً بين معنى بعت و أبيع وانا بايع او يكفي مجرّد علمه بأنّ هذا اللّفظ، يستعمل في لغة العرب لانشاء البيع الظّاهر هو الأوّل لأنّ عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل يقصد المتكلّم منه المعنى الذّي وضع له عند العرب فلا يقال انّه تكلّم و ادّى المطلب على طبق لسان العرب، الاّ اذا ميّز بين معنى بعت و ابيع واوجدت البيع و غيرها، بل على هذا لا يكفي معرفة انّ بعت مرادف لقوله: فروختم حتّى يعرف ان الميم في الفارسى عوض تاء المتكلم فيميّز بين بعتك وبعت بالضم و بعت بفتح التاء، فلا ينبغى ترك الاحتياط وان كان فى تعينه نظر و لذا نص البعض على عدمه.

مسألة: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية، بل في التّذكرة الاجماع على عدم و قوعه بلفظ ابيعك او اشتر منّى، ولعلّه لصراحته في الانشاء [٢] اذ المستقبل اشبه بالوعد

و اما الثاني: فجميع ما ذكر في وجه اعتبار العربية في الصيغة تدل على اعتبارها في اجزاء الايجاب و القبول سوى الاولوية، ولكن قد عرفت فساد الجميع،

فالأظهر عدم اعتبارها فيها.

[١] قوله ثم: هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ

اعتبار كونه عالما بمعنى اللفظ في الجملة مما لا ينكر، لان استعمال اللفظ في المعنى يتوقف على لحاظ اللفظ والمعنى، والا فلايعقل ذلك ويكون التلفظ مجرد لقلقة اللسان و ليس تكلماً بالعربي مثلا

ولكن ذلك لا يقتضي اعتبار العلم التفصيلي.

عدم اعتبار الماضوية

الثانية: المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية.

و قد استدل لاعتبارها بوجوه

الأول: الاجماع و هو كما ترى.

[٢] الثاني: ما في المتن و هو ان الماضي صريح في الانشاء، و المستقبل اشبه بالوعد،

والامر استدعاء لاايجاب، [١] مع ان قصد الانشاء في المستقبل خلاف المتعارف [٢]

و فيه: انه ان اريد من صراحة الماضي في الانشاء عدم احتياج ظهوره في الانشاء الى قرينة حالية او مقالية

فيرد عليه: ان تلك الهيئة مشتركة بين الانشاء والاخبار، بمعنى ان الموضوع له والمستعمل فيه في هيئة الصيغة المشتركة بين الانشاء والاخبار ـ مثل بعت ـ شيء واحد، و هي النسبة المتحققة بين المسند ـ و هو الاعتبار النفساني ـ والمسند اليه ـ و هو المتكلم ـ وانما يفترقان في الداعي كما حقق في محله، فلابد في افادتها الانشاء الى القرينة.

و ان اريد من صراحته عدم كون الماضي المستعمل في الانشاء من قبيل الكناية اوالمجاز

فهو وان كان متينا الا ان الفعل المضارع المستعمل في الانشاء ايضاً كذلك، فان هيئة المضارع وضعت للدلالة على تلبس الذات بالمبدأ في حال التكلم او بعده، فاذا استعملت في مقام الانشاء فقد استعملت في ما وضعت له.

و ما افاده المحقق النائيني﵀ من انها تدل على تلبس الفاعل بالمبدأ وهذا ملازم للتحقق لا انه صريح فيه بل لازمه

يرد عليه: ان التلبس عين التحقق لاانه لازمه.

وان شئت قلت: انها موضوعة للتحقق ايضاً. و تمام الكلام في محله.

و بما ذكرناه يظهر صحة استعمال الجملة الاسمية نحو انا بائع في مقام الانشاء، فان هذه الهيئة وضعت للدلالة على انتساب البيع الى البائع، فيصح استعمالها في مقام انشاء البيع، فظهر ان الحكم في باب الطلاق بوقوعه بانت طالق ليس على خلاف القاعدة.

[١] و اما الأمر فهو موضوع للدلالة على ان صدور المادة من المخاطب متعلق لشوق المتكلم، وعليه فصحة الانشاء به تتوقف على صحة الانشاء بالكناية، لان انشاء المعاملة باظهار كون وقوعه متعلقا للشوق من قبيل الاستعمال الكنائي، و قد عرفت صحة الانشاء بالكناية، و سيأتي تمام الكلام في ذلك في المسألة الاتية.

[٢] الثالث ان قصد الانشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

و عن القاضي في الكامل والمهذّب عدم اعتبارها، و لعلّه لاطلاق البيع والتّجارة وعموم العقود، [١] و مادلّ في بيع الابق واللّبن في الضّرع من الايجاب بلفظ المضارع، [٢] و فحوى مادلّ عليه في النّكاح و لا يخلو هذا من قوّة لو فرض صراحه المضارع فى الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام، فتأمّل.

مسألة: الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول، [٣] و به صرّح في الخلاف والوسيلة والسّرائر والتّذكرة، كما عن الايضاح و جامع المقاصد

و فيه: ان التعارف لا يوجب تقييد اطلاق الادلة كما لا يخفى،

[١] فالأظهر صحة الانشاء بغير الماضي للمعمومات والاطلاقات.

[٢] وتشهد له ـ مضافا اليها ـ النصوص الواردة في بيع العبد الابق، والجارية الابقة، و بيع المصحف، واللبن في الضرع، و النكاح، من الوقوع بفعل المضارع و الأمر[1] و حمل جميعها على ارادة المقاولة والوعد والاستدعاء خلاف الظاهر جدا.

تقديم القبول على الايجاب

[٣] قوله الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول.

الأقوال في المسألة ثلاثة

الأول: ـ و هو الأشهر كما قيل ـ لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا.

الثاني: ما عن الشيخ في كتاب النكاح من المبسوط، والمحقق في الشرائع، و العلامة في التحرير، والشهيدين في بعض كتبهما و غيرهم في غيرها، و هو جواز التقديم بل عن المبسوط والسرائر دعوى الاجماع عليه فى كتاب النكاح

---

١) الوسائل باب ٨ و ١١ من أبواب عقد البيع و باب ٣١ من أبواب مايكتسب به. و باب ١٨ من ابواب العتق.

و لعله الاصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة [١] كاطلاق البيع و التّجارة في الكتاب و السّنة. و زاد بعضهم أنّ القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه و أنّه تابع له، فلا يصّح تقدّمه عليه و حكي في غاية المراد عن الخلاف الإجماع عليه و ليس في الخلاف في هذه المسألة إلاّ أنّ البيع مع تقديم الإيجاب متّفق عليه فيؤخذ به فراجع، خلافاً للشّيخ في المبسوط في باب النّكاح، و أن وافق الخلاف في البيع الاّ انّه عدل عنه في باب النّكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحته بين الامامية حيث أنّه بعد ما ذكر أنّ تقديم القبول بلفظ الأمر في النّكاح بأن يقول الرّجل زوّجني فلانة جائز بلا خلاف، قال: أمّا البيع فإنّه أذا قال بعنيها، فقال: بعتكها صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين، و قال: قوم منهم لا يصّح حتّى يسبق الإيجاب، انتهى. و كيف كان فنسبة القول الأوّل إلى المبسوط مستند إلى كلامه فى باب البيع واما فى باب النكاح فكلامه صريح فى جواز التقديم كالمحقق في الشّرائع و العلاّمة في التّحرير و الشّهيدين في بعض كتبهما. و جماعة ممّن تأخرّ عنهما للعمومات السليمة عمّا يصلح لتخصيصها،و فحوى جوازه في النّكاح الثّابت بالأخبار [٢] مثل خبر ابان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحّة تقديم القبول بقوله للمرأة أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة رسول اللهﷺ إلى أن قال: فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك و انت أولى النّاس بها و رواية سهل السّاعدي المشهور في كتب الفريقين كما قيل: المشتملة على تقديم القبول من الزّوج بلفظ زوّجنيها.

الثالث: التفصيل بين الصيغ التي ينشأ بها القبول، وهو الذي اختاره المصنف و سيمر عليك

و ربما ينسب الى بعض التفصيل بين البيع والنكاح بجواز التقديم في النكاح بلفظ الامر دون البيع، لكن الظاهر عدم صحة النسبة.

[١] و قد استدل للاشتراط مطلقا بالاصل بعد حمل ادلة الامضاء على العقود المتعارفة،

و يرده انه لا وجه له سوى الانصراف الذى هو بدوى لايصلح للتقييد

[٢] وبازاء ذلک استدل لعدم الاشتراط بفحوى جوازه فى النكاح الثابت بالاخبار.

.....

و قد ذكر المصنف ﷺ من الروايات المثبتة روايتين

احداهما خبر ابان بن تغلب عن ابى عبدالله ﷺ قال قلت له ﷺ كيف اقول لها اذا خلوت بها فقال ﷺ تقول اتزوجک متعة على كتاب الله و سنة نبيه لا وارثة و لامورثة كذا و كذا يوما و ان شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما و تسمى من الاجر ما تراضيتما عليه قليلا كان او كثيرا فاذا قالت نعم فقد رضيت و هى امرأتک وانت اولى الناس بها الحديث[۱]

ثانيتهما خبر سهل الساعدى المروى عند الخاصة و العامة و عن المسالک انه المشهور بين العامة و الخاصة و رواه كل منهما فى الصحيح و هو ان امرأة اتت الرسول ﷺ فقالت يا رسول الله ﷺ و هبت نفسى لک و قامت قياما طويلا فقام رجل و قال يا رسول ﷺ زوجينها ان لم يكن لک فيها حاجة الى ان قال فقال رسول الله ﷺ و اله زوجتک بما معک من القرآن[۲]

لكن لم يرو هذا الخبر من اصحابنا غير الاحسائي فى غوالى اللئالى

نعم فى صحيح محمد بن مسلم ما يقرب هذا المضمون[۳]

و تقريب الاستدلال بهذه النصوص انه ليس فيها ان الزوج اعاد القبول فيكون امره قبولا مقدما على الايجاب.

و فيه ان قول الرجل فى خبر سهل و محمد بن مسلم لا يكون قبولا بل هو طلب النكاح و لذا طلب منه المهر،

اضف اليه الفصل الطويل بين ذلک و ايجاب النبى ﷺ

و اما خبر ابان و ما بمضمونه فقد استدل بها على جواز ان يكون الايجاب من الزوجة و سياتى الكلام فيه فى تلک المسألة.

---

۱) الوسائل باب ۱۸ من ابواب المتعة حديث ۱.

۲) المستدرك باب ۲۱ من ابواب مقدمات النكاح حديث ۲.

۳) الوسائل باب ۲ من ابواب المهور حديث ۱.

و التّحقيق انّ القبول امّا ان يكون بلفظ قبلت و رضيت. وامّا ان يكون بطريق الأمر و الاستيجاب نحو بعني، فيقول المخاطب: بعتك. و امّا ان يكون بلفظ اشتريت و ملكت مخففا و ابتعت، فأن كان بلفظ قبلت. فالظّاهر عدم جواز تقديمه و فاقاً لماعرفت في صدر المسألة، بل المحكى عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة انّه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ قبلت، و هو المحكّى عن نهاية الاحكام و كشف اللّثام في باب النّكاح و قد اعترف به غير واحد من متأخّرى المتأخّرين ايضاً، بل المحكّى هناك عن ظاهر التّذكرة الاجماع عليه[١] ويدلّ عليه مضافاً الى ما ذكرو الى كونه خلاف المتعارف من العقد: انّ القبول الذّى هو احد ركني عقد المعاوضة فرع الايجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه.[٢]

و ليس المراد من هذا القبول الذّي هو ركن للعقد، مجرد الرّضا بالايجاب حتّى يقال انّ الرّضا بشيء لا يستلزم تحقّقه قبله، فقد يرضى الانسان بالأمر المستقبل. بل المراد منه الرّضا بالايجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال الى الموجب على وجه العوضية لأنّ المشترى ناقل كالبايع، و هذا لا يتحقّق إلاّ مع تأخّر الرّضا عن الإيجاب، اذ مع تقدّمه لا يتحقّق النّقل في الحال فإنّ من رضي بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل، لم ينقل في الحال ماله إلى الموجب بخلاف من رضي بالمعاوضة الّتي أنشأها الموجب سابقاً، فإنّه يرفع بهذا الرّضا يده من ماله و ينقله الى غيره على وجه العوضية. و من هنا يتضح

و ملخص القول فى المقام ان القبول تارة: يكون بلفظ قبلت و رضيت، واخرى: يكون بلفظ الامر، و ثالثة: يكون بلفظ اشتريت و ما شابهه.

فان كان بلفظ قبلت و رضيت فقد استدل لعدم جواز تقديمه على الايجاب بوجوه:

[١] الأول: الاجماع، و هو كما ترى.

[٢] الثاني: ما في المتن، و حاصله: ان القبول في المعاوضات انما يتضمن لامرين: احدهما: الرضا بالايجاب. الثاني: نقل ماله من حين القبول. و هذان الأمران متحققان في القبول المتاخر باي لفظ كان، فانه لا حالة منتظرة للنقل سوى لحوقه، وكذلك حاصلان مع القبول المتقدم اذا كان بلفظ اشتريت، فانه انشاء لنقل ماله الذي هو العوض.

فساد ما حكي عن بعض المحقّقين في ردّ الدّليل المذكور، و هو كون القبول فرع الايجاب و تابعاً له و هو انّ تبعيّة القبول للايجاب ليست تبعيّة اللّفظ، للفظ و لا القصد للقصد حتّى يمتنع تقديمه وانّما هو على سبيل الفرض والتّنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يلقى إليه من الموجب، والموجب مناولاً كما يقول السّائل في مقام الانشاء انا راض بما تعطيني و قابل لما تمنحني، فهو متناول قدّم انشاءه أو أخّر فعلى هذا يصّح تقديم القبول و لو بلفظ: قبلت و رضيت ان لم يقم اجماع على خلافه انتهى.

و وجه الفساد ما عرفت سابقاً من انّ الرّضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بازاء مال صاحبه، ليس فيه انشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال، و ليس المراد: انّ اصل الرّضا بشيء تابع لتحقّقة في الخارج أوّلاً قبل الرّضا به حتّى يحتاج الى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرّضا الذّى يعدّ ركناً في العقد

واما اذا كان القبول بلفظ قبلت و قدّم ذلك، فالأول موجود، الا ان الثاني غير متحقق، لان القبول بهذا اللفظ انما يتضمن نقل ماله بالالتزام من جهة ان ذلك لازم رضاه بانشاء البائع تمليك ماله بازاء مال القابل، فهو يكون نقلا من حين تحقق الايجاب من الموجب لا من حين القبول.

و بعبارة اخرى: ان النقل الحاصل بهذا اللفظ انما يكون بعنوان الرضا بنقل الموجب، و لازم ذلك عدم تحققه الا حين تحققه من ذلك الغير.

و فيه: اولا: انه لا يعتبر في القبول نقل ماله الى الغير، بل يكفي رضاه بنقل الغير ماله اليه في مقابل تملك ماله، بل وظيفة القابل ليست الا ذلك، فان البائع انما يعتبر ملكية ماله للمشتري بازاء ملكية ماله لنفسه، و هذا الاعتبار النفساني المظهر بالايجاب لا يصير وحده موضوعا لاعتبار العقلاء والشارع الا مع رضا المشتري بذلك، فالمعتبر هو رضاه المظهر باللفظ لاغير.

و ثانيا: انه لو سلم اعتبار النقل فيه ايضاً، لكن لم يدل دليل على اعتبار النقل في الحال.

و مّما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر[١] كما لو قال بعني هذا بدرهم، فقال: بعتك لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرّضا بها، لكن لم يتحقّق بمجرد الرّضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في الحال للدّرهم الى البائع كما لا يخفى، و امّا ما يظهر من المبسوط من الاتّفاق هنا على الصّحة به فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه. وامّا فحوى جوازه في النّكاح، ففيها بعد الاغماض عن حكم الاصل بناء على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول لاحتمال تحقّق القبول بعد ايجاب النّبى ﷺ و يؤيّده انّه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الايجاب و القبول منع الفحوى و قصور دلالة رواية ابان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة، نعم، في الايجاب.

و ثالثا: ان المراد من النقل في الحال ان كان هوالنقل في اعتباره فهو ممكن من حين القبول و ان قدم لانه فعله الاختياري

و ان كان هوالنقل في اعتبار العقلاء والشارع فهو مما لا يتصور في الايجاب المتقدم ايضاً لفرض عدم النقل عندهم الا بعد تمامية العقد.

الثالث: ما افاده المحقق النائيني ﷺ، و هو: ان هذا اللفظ ـ أى قبلت ـ ظاهر في مطاوعة شيء وانفاذ أمر أوجده، و هذا المعنى يتفرع على وقوع ايجاد من الاخر كتفرع الانكسار على الكسر، فان مطاوعة الأمر المتأخر و الانفعال و التأثر من الايجاب فعلا يمتنع عقلا.

و فيه: ان المطاوعة المأخوذة في القبول انما هي مطاوعة انشائية لا حقيقية، فلا مانع عن تقدم قبلت على الايجاب.

وان كان القبول بلفظ الأمر، فقد استدل لعدم جواز تقديمه على الايجاب بامور:

[١] الأول: ما افاده المصنف ﷺ في قبلت بتقريب: انه انما يدل على الرضا بالمعاملة و لا يكون متضمنا لنقل المال في الحال. و قد عرفت ما فيه.

الثاني: ما ذكره المحقق النائيني ﷺ في الصورة الثالثة، و ستعرف تقريبه و ما يرد عليه

الثالث انه يعتبر الماضوية فى صيغ العقود، و فيه ما عرفت من عدم اعتبارها

ثمّ اعلم انّ في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الاصحاب، فقال في المبسوط: ان قال بعنيها بالف، فقال: بعتك صحّ والاقوى عندي انه لا يصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت و اختار ذلك في الخلاف و صرّح به في الغنية، فقال: و اعتبرنا حصول الايجاب من البائع و القبول من المشتري حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشترى و هو ان يقول بعنيه بألف، فيقول: بعتك، فأنّه لا ينعقد حتّى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت او قبلت، و صرّح به ايضاً في السرائر و الوسيلة و عن جامع المقاصد انّ ظاهر هم انّ هذا الحكم اتفاقّي، و حكى الاجماع عن ظاهر كلّ من اشترط الايجاب و القبول.

و مع ذلك كلّه فقد صرّح الشّيخ فى المبسوط في باب النّكاح بجواز التّقديم بلفظ الأمر بالبيع، و نسبته الينا مشعر بقرينة السّياق الى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: إذا تعاقدا فإن تقدّم الإيجاب على القبول، فقال: زوّجتك، فقال: قبلت التّزويج صحّ، و كذا اذا تقدّم الايجاب على القبول في البيع صحّ بلا خلاف. و امّا ان تأخر الايجاب و سبق القبول، فإن كان في النّكاح، فقال الزوج: زوّجنيها. فقال: زوّجتكها، صحّ وان لم يعد الزوج القبول بلاخلاف لخبر السّاعدي قال الرّجل: زوّجنيها يا رسول الله ﷺ فقال: زوجتكها بما معك من القرآن فتقدّم القبول و تأخّر الايجاب، وان كان هذا في البيع، فقال: بعنيها، فقال: بعتكها، صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين، و قال: قوم منهم لا يصّح حتّى يسبق الايجاب، انتهى.

و حكي جواز التقديم بهذا اللّفظ عن القاضى في الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم الى كلّ من جوّز تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق، و تمسّك له في النّكاح برواية سهل السّاعدي المعبّر فيها عن القبول بطلب التّزويج، الاّ انّ المحقّق﵀ مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب صرّح بجواز تقديم القبول على الايجاب، و ذكر العلاّمة﵀ الاستيجاب و الايجاب، و جعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاة، و جزم بعدم كفايته، مع انه تردّدفي اعتبار تقديم القبول،وكيف كان فقد عرفت ان الاقوى المنع فى البيع لما عرفت

بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ: قبلت يمكن المنع هنا بناء على اعتبار الماضوية فيما دلّ على القبول، ثمّ انّ هذا كلّه بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب، من عدم كفاية مطلق اللّفظ في اللّزوم، و عدم القول بكفاية مطلق الصّيغة في الملك. و امّا على ما (اخترناه) قوّيناه سابقاً في مسألة المعاطاة من انّ البيع العرفي موجب للملك، [١] وانّ الاصل في الملك اللّزوم، فاللاّزم الحكم باللّزوم في كلّ مورد لم يقم اجماع على عدم اللّزوم و هو ما اذا خلت المعاملة عن الانشاء باللّفظ رأساً، او كان اللفظ المنشيء به المعاملة ممّا قام الاجماع على عدم افادتها اللّزوم. و امّا في غير ذلك فالأصل اللّزوم، و قد عرفت انّ القبول على وجه طلب البيع قد صرّح في المبسوط بصحتّه بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكي عن الكامل ايضاً، فتأمّل.

وان كان التّقديم بلفظ اشتريت و ابتعت او تملّكت او ملكت هذا بكذا، فالأقوى جوازه [٢] لأنّه إنشاء ملكيّته للمبيع بإزاء ماله عوضا ففي الحقيقة انشاء المعاوضة كالبايع الا ان البايع ينشأ ملكية ماله لصاحبه بازاء مال صاحبه، والمشتري ينشأ ملكيّة مال صاحبه لنفسه بازاء ماله

---

[١] قوله واما على ما قويناه سابقا فى مسألة المعاطاة من ان البيع العرفى موجب للملك

ما ذكره قده فى وجه عدم جواز التقديم فى الموردين لا ربط له باعتبار اللفظ فى الانشاء بل هو قيد آخر و هو تضمن القبول للنقل الفعلى

و عليه فلا فرق فى هذا المقام بين المسلك المشهور و مسلكه قده ـ و لعله لذلك امر بالتامل.

و ان كان القبول المقدم بلفظ اشتريت و ابتعت و نحوهما

[٢] فقد اختار المصنف ﷺ جواز التقديم.

و استدل له بان المعتبر في القبول امران: الرضا بالايجاب، و نقل الثمن في الحال و لا يعتبر فيه شيء زائداً على ذلك.

واورد عليه بامور:

الأول: ما افاده المحقق النائيني ﷺ، و هو: انه يعتبر في القبول باى لفظ كان مطاوعة

ففي الحقيقة كلّ منهمايخرج ماله الى صاحبه، و يدخل مال صاحبه فى ملكه الاّ انّ الادخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض، و في القبول مفهوم من نفس الفعل والإخراج بالعكس، و حينئذٍ فليس في حقيقة الإشتراء من حيث هو معنى القبول. لكنّه لمّا كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب و إنشاء انتقال مال البايع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم القبول اطلق عليه القبول و هذا المعنى مفقود فى الايجاب المتأخّر لأنّ المشتري إنّما ينقل مـاله إلى البـائع بالألتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، والبائع إنما ينشأ انتقال الثّمن إليه كذلك، لابمدلول الصيغة.

و قد صرّح في النهاية والمسالك على ما حكي: بأنّ اشتريت ليس قـبولاً حقيقة، و إنّما هو بدل وانّ الأصل في القبول قبلت، لأنّ القبول في الحقيقة ما لا يمكن الإبتداء به و لفظ اشتريت يجوز الابتداء به، و مرادهما أنّه بنفسه لايكون قبولاً فلا ينافي ماذكرنا من تحقّق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تمليك البائع، كما أنّ رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلاّ إذا وقع متأخّراً، و لذا منعنا عن تقديمه فكلّ من رضيت واشتريت بالنّسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التّقدّم و التّأخّر متعاكسان

الايجاب والانفعال والتأثر منه، و الاكان غير مرتبط بالايجاب بل هو ايجاب مستقل، و تضمنه للمطاوعة يستدعي تاخره عن الايجاب.

و فيه: اولا: انه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بالايجاب، و هذا لا يمنع عن جواز التقديم ـ كما تقدم ـ و لا يلزم منه عدم الارتباط بالايجاب كما هو واضح.

و ثانيا: ما تقدم من ان المطاوعة الانشائية قـابلة للـتقدم و ليست كـالمطاوعة الحقيقية.

الثاني: الاجماع على اعتبار القبول في العقد، و هو متضمن لمعنى المطاوعة.

و فيه: ان المتيقن من الاجماع اعتبار القبول الشامل للرضا بالايجاب.

الثالث: ان الاشتراء او الابتياع بمفهومه متضمن لاتخاذ المبدأ، فان كان بـعنوان اتخاذ المبدأ من الغير فهو مطاوعة قصدية، وان كان بعنوان اتخاذ المبدأ ابتداءاً فيكون من انشاء بيع مال الغير فضولا لا انشاء الملكية قبولا.

فان قلت ان الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله اشتريت حتّى يقع قبولاً لأن إنشاء مالكيّته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له، يتحقّق فيه معنى الإنتقال و قبول الأثر، فيكون اشتريت متأخّراً إلتزاماً بالأثر عقيب إنشاء التّأثير من البائع بخلاف ما لو تقدّم فإنّ مجرّد انشاء المالكية لمال لا يوجب تحقّق مفهوم القبول، كمالو نوى تملّك المباحات أو اللّقطة فإنّه لا قبول فيه رأساً.

قلت: المسلّم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشّامل للرّضا بالايجاب.

و امّا وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضّمن للمطاوعة و قبول الاثر، فلا، فقد تبيّن من جميع ذلك ان انشاء القبول لابدّ ان يكون جامعاً لتضمن انشاء النّقل و للرّضا بانشاء البائع تقدّم او تأخر و لا يتعبر انشاء انفعال نقل البائع، فقد تحصّل ممّا ذكرناه صحّة تقديم القبول اذا كان بلفظ: اشتريت و فاقاً لمن عرفت، بل هو ظاهر اطلاق الشّيخ في الخلاف حيث انّه لم يتعرّض الاّ للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والايجاب. و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل اشتريت: وكذا السّيد في الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب والقبول واحترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالأستيجاب والأيجاب و كذا ظاهر إطلاق الحلبيّ [أبو الصلاح] في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد.

والحاصل ان المصرّح بذلك فيما وجدت من القدماء: الحلّي و ابن حمزة، فمن التّعجب بعد ذلك حكاية الاجماع عن الخلاف على تقديم الايجاب، مع انّه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب والايجاب بأنّ ما عداه مجمع على صحتّه و ليس على صحته دليل و لعمري انّ مثل هذا ممّا يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول.

و قد نبّهنا على امثال ذلك في مواردها نعم يشكل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصّيغة تقديم الايجاب [١] و لا فرق بين المتعارف هنا، و بينه في المسألة الآتية، و هو الوصل. بين الايجاب و القبول

و فيه اولا: ان المطاوعة الانشائية لا تمنع من التقديم كما تقدم.

و ثانيا: ان صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطاوعة دائما.

[١] الرابع: ما اوجب تردد المصنف ﷺ و هو كون تقديم القبول خلاف المتعارف المعهود من الصيغة.

فالحكم لايخلو عن شوب الاشكال، ثمّ انّ ما ذكرنا جار في كلّ قبول يؤدّي بانشاء مستقلّ كالاجارة الّتي يؤدّي قبولها بلفظ تملّكت منك منفعة كذا، او ملكت والنّكاح الذي يؤدّي قبوله بلفظ نكحت وتزوّجت. وامّا ما لا انشاء في قبوله الاّ قبلت او ما يتضمّنه كار تهنت.[١] فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، اذ لا التزام في قبوله لشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله الى البائع، بل لا ينشيء به معنى غير الرّضا بفعل الموجب.

وقد تقدّم انّ الرّضا يجوز تعلّقه بأمر مترقّب كما يجوز تعلّقه بأمر محقّق، فيجوز ان يقول رضيت برهنك هذا عندي، فيقول رهنت والتّحقيق عدم الجواز لأنّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقّق عنوان المرتهن ولا يخفي انّه لا يصدق الارتهان على قبول الشّخص الاّ بعد تحقّق الرّهن لان الايجاب انشاء للفعل [للنّقل] والقبول انشاء للانفعال [للانتقال]، وكذا القول في الهبة والقرض فانّه لا يحصل من انشاء القبول فيهما إلتزام بشيء، وإنّما يحصل به الرّضا بفعل الموجب ونحوها قبول المصالحة المتضمّنة للأسقاط أو التّمليك بغير عوض،

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

وفيه: ان التعارف لا يوجب تقييد المطلقات وانصرافها.

فتحصل: ان الأظهر جواز تقديم القبول مطلقا لاطلاق ادلة امضاء البيع والتجارة والعقود.

المؤيد بالنصوص الخاصة الواردة في موارد مخصوصة المتقدمة الاشارة اليها.

[١] قوله واما مالا انشاء فى قبوله الا قبلت او ما يتضمنه كار تهنت.

لما فرغ من بيان حكم القبول من حيث التقديم والتاخير فى العقود المعاوضية المستلزمة لكون القابل فيها باذلا لشيء من عمل او منفعة او عين او تسليط، اراد بيان حكمه فى العقود غير المعاوضية.

وحاصل ماذكره فيها انها على قسمين.

منها مالا يعتبر فى قبوله سوى الرضا بالايجاب وهى العقود الا ذنية كالوكالة والعارية وشبههما مما ليس فيه اعطاء واخذ اصلا، بل انما يفيد اباحة او سلطنة على التصرف او الحفظ.

ومنها ما يعتبر فى قبوله عنوان المطاولة كالرهن والهبة والقرض وشبهها

أمّا المصالحة المشتملة على المعاوضة[١] فلمّا كان ابتداء الإلتزام بها جائزاً من الطّرفين، وكان نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الإلتزام الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للإلتزام الحاصل من الآخر كان البادي منهما موجباً لصدق الموجب عليه لغة وعرفاً،

مما يتضمن اعطاء من طرف واخذ من الاخر.

والوجه في اعتباره في قبولها لزوم تحقق عنوان المرتهن والمتهب والمقترض ليترتب عليها احكامها، وتلك العناوين تتحقق بالقبول، فيعتبر فى قبولها عنوان المطاوعة.

وفي القسم الاول: لا مانع من تقديم القبول، لان الرضا يتعلق بالامر المتأخر.

وفي القسم الثاني: لا يجوز التقديم، اذ المطاوعة والانفعال بما يوجبه الموجب لا تتحقق قبل الفعل والايجاب.

ويرد عليه امور:

الأول: ان الفرق بين القسمين بلا فارق، اذ كما انه رتب الاحكام في القسم الثاني على المرتهن مثلا، كذلك رتبت في القسم الأول على العناوين الخاصة من المستعير والوكيل وشبههما، وهذه العناوين لا تتحقق قبل القبول، والمحقق لها هو القبول.

الثاني: ان العناوين المشار اليها في القسمين ليست عناوين قصدية، وانما هي تصدق على القابل بعد تحقق العقد، وان لم يكن القابل ملتفتا اليها كعنوان البائع والمشتري.

الثالث: ان الممتنع تحقق عنوان المطاوعة في الوعاء المناسب له قبل الايجاب، واما انشاء ذلك العنوان المتحقق بعد الايجاب فلا مانع فيه، ولم يدل دليل على اعتبار تحقق عنوان المطاوعة في حال القبول.

فتحصل: ان الأظهر جواز تقديم القبول في القسمين:

[١] قوله اما المصالحة المشتملة على المعاوضة ... موجبا لصدق الموجب عليه.

محصل ما ذكره فيه ان القبول فى المصالحة المشتملة على المعاوضة. منحصر

ثم لما انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول، لزم أن يكون الإلتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول إذ لو قال أيضاً صالحتك، كان إيجاباً آخر فليزم تركيب العقد من إيجابين، وتحقّق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصّلح أيضاً غير جائز إذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت ورضيت.

وقد عرفت انّ قبلت ورضيت مع التّقديم لا يدلّ على انشاء لنقل العوض في الحال. فتلّخص ممّا ذكرنا انّ القبول في العقود على اقسام: لأنّه امّا ان يكون التزاماً بشيء من القابل كنقل مالٍ عنه او زوجيّة. وامّا ان لا يكون فيه سوى الرّضا بالايجاب، والأوّل على قسمين، لأنّ الالتزام الحاصل من القابل امّا ان يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة او متغايراً كالاشتراء.

والثاني: ايضاً على قسمين، لأنّه امّا ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان والاتّهاب والاقتراض.

وامّا ان لا يثبت فيه اعتبار ازيد من الرّضا بالإيجاب، كالوكالة والعارية وشبههما فتقديم القبول على الايجاب لا يكون الاّ في القسم الثّاني من كلّ من القسمين،

بلفظ قبلت من جهه ان الالتزامين من المتسالمين متساويان، ولذا كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين، فنسبتها اليهما على حد سواء، فان انشأ القبول بلفظ قبلت كان الايجاب معه عقدا، والا كانا ايجابين غير مرتبطين، فان كان قبولها بلفظ قبلت لزم تأخيره لما عرفت من ان قبلت اذا قدم لا يدل على النقل في الحال.

ويرد عليه ـ مضافا الى ما تقدم من انه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بما انشأه الموجب، وانه لا يعتبر النقل في الحال في القبول.

انه في تحقق عنوان المصالحة كعنوان البيع لا يعتبر ازيد من كون انشاء التسالم من احدهما، وقبول ذلك من الاخر كان بلفظ قبلت او تصالحت او غيرهما.

فتحصل: ان الأظهر جواز تقديم القبول في جميع العقود.

ثم ان مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام ايجابه اعتبار عرفي فكلّ من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمّى مشترياً وكلّ من نقل ماله على ان يكون عوضه مالاً من آخر يسمى بائعاً، وبعبارة أخرى كلّ من ملك ماله غيره بعوض، فهو البائع فكلّ من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، وإلاّ فكل منهما في الحقيقة يملّك ماله غيره بإزاء مال غيره ويملك مال غيره بإزاء ماله.

ومن جملة شروط العقد: الموالاة بين إيجابه وقبوله[١] ذكره الشّيخ في المبسوط في باب الخلع، ثمّ العلاّمة والشّهيدان والمحقّق الثّاني والشّيخ المقداد، قال الشّهيد في القواعد الموالاة معتبرة في العقد ونحوه، وهي مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين المستثنى [الاستثناء] والمستثنى منه[٢] وقال بعض العامّة لا يضرّ قول الزّوج بعد الايجاب الحمدلله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها،

اعتبار الموالاة

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

[١] قوله ومن جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه وقبوله.

وهو: المحكي عن الشيخ في المبسوط في باب الخلع والعلامة والشهيدين والمحقق الثاني والشيخ المقداد وغيرهم من الاساطين.

[٢] قوله وهى مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه.

الظاهر ان مراده ان ظهور اعتبار الاتصال بينهما صار منشئاً للتنبه على اعتبار الاتصال فى غيره من الموارد المشابهة له.

ووجه ظهور اعتباره فيه ـ احد امرين.

احدهما ما افاده المصنف﵀ بعد اسطر بقوله ويحتمل بعيدا الخ.

وهو ان المستثنى من الملحقات التى توجب خروج الكلام من الكذب الى الصدق، فلابد من اتصاله كى يخرج الكلام عن الكذب بحسب ظاهره.

ثانيهما ان كلمة الا، بما ان معناها معنى حرفى متقوم بالطرفين فلابد من اتصال المستثنى بالمستثنى منه كى تتحقق تلك النسبة والربط.

ومنه الفورية في استتابة المرتدّ[١] فيعتبر في الحال، وقيل: الى ثلاثة ايّام، ومنه السّكوت في اثناء الاذان، فإن كان كثيراً ابطله، ومنه السّكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها (خلالها)، كذا التّشهد ومنه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الرّكوع[٢] فان تعمّدوا او نسوا حتّى ركع فلا جمعة، واعتبر بعض العامّة تحريمهم معه قبل الفاتحة، ومنه الموالاة في التّعريف بحيث لا ينسى انّه تكرار والموالاة في سنة التّعريف، فلو رجع في اثناء المدّة استونفت ليتوالى، انتهى.

اقول: حاصله انّ الامر المتدّرج شيئا فشيئا اذا كان له صورة اتصاليّة في العرف فلابدّ في ترتب الحكم المعلّق عليه في الشّرع من اعتبار صورته الاتّصالية، فالعقد المركّب من الايجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض فيقدح تخلّل الفصل المخلّ بهيئته الإتصالية[٣] ولذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطّول كسنة او ازيد، وانضباط ذلك انّما يكون بالعرف فهو في كلّ أمر بحسبه،

---

[١] قوله ومنه الفورية فى استتابة المرتد.

الظاهر ان مراد الشهيد‌ﷺ عدم الفصل بين الاستتابة والتوبة بحيث يظهر كون التوبة اجابة للاستتابة، فلو اخرها لم تقبل خلافا لمن قال انها تقبل وان تاب بعد ثلاثة ايام.

لا ما ذكره المصنفﷺ فى تفسير كلام الشهيد وهو عدم الفصل بين الارتداد والاستتابة.

[٢] قوله ومنه تحريم المأمومين فى الجمعة قبل الركوع.

يعنى ان مادل[١] على اعتبار العدد فى الجمعة يقتضى اعتبار دخولهم فى الصلاة قبل الركوع على وجه يعد المجموع اى تمام الصلاة فعلا لجميعهم.

واستدل لاعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول بوجوه.

[٣] الأول: ما عن الشهيدﷺ، وحاصله: ان كل امرين او امور يجمعها عنوان واحد كالصلاة والاذان ونحوهما يعتبر في تحقق ذلك العنوان وانطباقه عليها عدم الفصل بينها بنحو يوجب عدم تحقق الصورة الاتصالية وصيرورة كل واحد عنوانا مستقلا.

ومن هذا القبيل العقد، فانه عبارة عن ربط انشاء احدهما بانشاء الاخر، فلو انفصل

---

١) الوسائل باب ٢ من ابواب صلاة الجمعة.

فيجوز الفصل بين كلّ من الإيجاب والقبول بما لايجوز بين كلمات كـلّ واحـد منهما، ويجوز بين الكلمات بما لايجوز بين الحروف كما في الاذان والقراءة، وما ذكره حَسَن لو كان حكم الملك واللّزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التّمسك بأية الوفاء بالعقود وباطلاق كلمات الاصحاب فـي اعـتبار العقد في اللّزوم، بل الملك، امّا لو كان منوطاً بصدق البيع او التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد.[١] وامّا جعل المأخذ فـي ذلك اعـتبار الاتّـصال بـين الاستثناء والمستثنى منه فلأنّه منشأ. الانتقال الى هذه القاعدة، فإنّ اكثر الكلّيات انّما يلتفت اليها من التأمّل في مورد خاصّ، وقد صرّح في القواعد مكرراً بكون الاصل في هذه القاعدة كذا، ويحتمل بعيداً ان يكون الوجه فيه انّ الاستثناء اشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللّواحق لخروج المستثنى منه معه عن حدّ الكذب الى الصّدق فصدقه يتوقّف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك اقبح فصار اصلاً في اعتبار الموالاة بين اجزاء الكلام، ثمّ تعدّى منه الى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظا، او معنى، او من حيث صدق عنوان خاصّ عليه لكونه عقداً او قراءة أو أذاناً ونحو ذلك،

القبول عن الايجاب بزمان معتد به عرفا لما صدق عليهما العقد، فلا يترتب عليهما الاثر المترقب منه.

[١] واجاب: عن هذا الوجه المصنف﵀: بان حكم الملك واللزوم في المعاملة لو كان منوطا بصدق العقد كان ما ذكر تاماً، واما لو كان منوطاً بصدق البيع او التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد.

واورد على هذا الجواب المحقق النائيني﵀ تأييداً للشهيد﵀ بايرادات:

منها: انه ليس البيع والتجارة والصلح والنكاح الا العقود المتعارفة.

وفيه: ان التعارف لا يوجب الانصراف الذي يعتمد عليه في تقييد اطلاق الادلة كما حقق في محله.

وان اريد به عدم صدق البيع كما لا يصدق العقد عليه فهو بديهي البطلان.

ومنها: ان ادلة امضاء البيع والتجارة عن تراض من جهة عدم ورودها في مقام

ثمّ في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتد. فإنّ غاية ما يمكن ان يقال في توجيهه انّ المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلابدّ من اعادته في اقرب الاوقات.

وامّا مسألة الجمعة فلأنّ هيئة الاجتماع في جميع احوال الصّلاة من القيام والرّكوع والسّجود مطلوبة، فيقدح الاخلال بها وللتأمّل في هذه الفروع وفي صحة تفريعها على الاصل المذكور مجال،

البيان من جميع الجهات لا سبيل الى التمسك باطلاقها.

وفيه: انه قد عرفت انها مطلقة من هذه الجهات، ولذا بنينا على التمسك باطلاقها لامضاء الاسباب، مع ان الشك في كونها في مقام البيان يكفي في الحكم بالاطلاق.

ومنها: انه لا يمكن التفكيك بين الصحة واللزوم الا بدليل خارجي من الاجماع ونحوه من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين او جعلهما لانفسهما او لا جنبي، وعليه فحيث ان هذه المعاملة ـ اي الايجاب والقبول الذي تخلل الفصل بينهما ـ لا تكون مشمولة لدليل ﴿اوفوا بالعقود﴾[1] الذي هو دليل اللزوم ـ ولاجل ذلك لا يحكم بلزومها ـ فلابد من البناء على فسادها ايضاً.

وفيه: اولا: قد عرفت ان دليل لزوم البيع لا ينحصر به.

وثانيا: انه لم يدل دليل على عدم التفكيك بين الصحة واللزوم.

وثالثا: انه لو سلم ذلك، فليكن دليل الصحة ـ بضميمة عدم الفصل بين الصحة واللزوم ـ كافيا في الحكم باللزوم، وعدم شمول دليل ﴿اوفوا بالعقود﴾ لا يدل على عدم لزومه كي يحكم بضميمة عدم الفصل بالفساد، فانه يقتضي لزوم كل عقد لا عدم لزوم غير العقد، فلا يصلح لمعارضة دليل الصحة، اذ اللاقتضاء لا يعارض المقتضي لشيء.

ويمكن الجواب عن الشهيد﵀ بوجه آخر ـ وهو ايراد على المصنف﵀ ايضاً حيث سلّم عدم صدق العقد عليه ـ وهو: ان العقد من مقولة المعنى لا اللفظ، وهو عبادة عن ربط

---

١) المائدة، آية ٢.

ثمّ انّ المعيار في الموالاة موكول الى العرف كما في الصّلاة والقراءة والآذان ونحوه، ويظهر من رواية سهل السّاعدي المتقدمة في مسألة تقديم القبول، جواز الفصل بين الايجاب والقبول بكلام طويل اجنبيّ، بناء على ما فهمه الجماعة من انّ القبول فيها قول ذلك الصّحابي زوّجنيها والايجاب قوله بعد فصل طويل زوّجتكها بما معك من القرآن، ولعلّ هذا موهن آخر للرّواية، فافهم.

احد الالتزامين بالاخر باعتبار ورودهما على امر واحد، وهو كون احد المالين بازاء الاخر، وهذا لا يقتضي الا بقاء الالتزام الأول على حاله وان تخلل زمان طويل. نعم اذا لم يكن الالتزام الأول باقيا في نفس الموجب بان اعرض عنه مثلا لم يرتبط الالتزام الثاني به، وهذا ايضاً لا فرق فيه بين تخلل زمان قصير او طويل.

فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه.

الوجه الثاني: ما افاده المحقق النائيني﵀، وهو: ان في العقود المعاوضية خلعا ولبسا او ايجاد علقة، فلابد وان يكون مقارنا للخلع لبس، وهكذا مقارنا لايجاد العلقة قبول، والا تقع الاضافة او العلقة بلا محل ومضاف اليه.

وفيه: اولا: النقض بالزمان القصير الفاصل بين الايجاب والقبول قهرا في جميع الموارد، فانه لا فرق في هذا المحذور بين الزمان القصير والطويل.

وثانيا: ان الخلع في اعتبار الموجب وان تحقق من حين الايجاب الا ان اللبس فى اعتباره ايضاً كذلك، واما في اعتبار العقلاء والشارع فكما ليس لبس الا بعد القبول، ليس خلع كذلك. فتدبر فانه دقيق.

الوجه الثالث: ما افاده المحقق الايرواني﵀، وهو: انه يلزم من الفصل المخل بالموالاة عدم تطابق الايجاب والقبول، فان الايجاب نقل من حينه، فاذا تاخر القبول فاما ان يكون قبولا لتمام مضمون الايجاب فيلزم حصول النقل قبل حصول تمام العقد وذلك باطل او يكون قبولا لبعض مضمونه ـ اعني النقل من حين تحقق القبول ـ فيلزم عدم المطابقة بين الايجاب والقبول.

ومن جملة الشّرائط الّتي ذكرها جماعة التّنجيز في العقد[١] بأن لا يكون معلّقاً على شيء بأداة الشّرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشّيء لا في غيرها، وممّن صرّح بذلك الشّيخ والحلّي والعلاّمة وجميع من تأخّر عنه كالشّهيدين والمحقّق الثّاني وغيرهم قدّس الله ارواحهم وعن فخر الدّين في شرح الارشاد في باب الوكالة انّ تعليق الوكالة على الشّرط لا يصّح عند الامامية وكذا غيره من العقود، لازمة كانت او جائزة.

وعن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه وظاهر المسالك في مسألة اشتراط التّنجيز في الوقف الاتّفاق عليه.

والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد[٢] وان لم يتعرّض الأكثر في هذا المقام،

وفيه: انه ستعرف عدم اعتبار التطابق بينهما بنحو يشمل مثل هذا التطابق.

مع ان النقل في اعتبار العقلاء والشارع لا يقع الا بعد تمامية العقد في جميع الموارد.

فتحصل: ان الأظهر عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول.

ومن الشرائط التنجيز في العقد

[١] الخامسة: صرح جماعة منهم الشيخ، والحلي، والعلامة وجميع من تاخر عنه كالشهيدين والمحقق الثاني، وغيرهم: بانه يعتبر في العقد التنجيز، بان لا يكون معلقاً على شيء باداة الشرط، بان يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها. وفي المتن.

[٢] والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد.

وعن جماعة: دعوى الاجماع عليه.

وتنقيح القول في المقام: ان المعلق بحسب التصوير العقلي احد امور ثلاثة:

الأول: الانشاء.

الثاني: المنشأ كالملكية مثلا.

الثالث: متعلق المنشأ، كما لو آجر دارا فعلا ليسكن فيها بعد سنة فان المنشأ كالانشاء ليس معلقا بل المعلق هو متعلق المنشأ اي سكنى الدار، والا فالمستأجر

.....

يملك فعلا على المؤجر منفعة الدار بعد سنة.

اما الأول: فالتعليق فيه امر غير معقول، من غير فرق بين ان يكون المراد بـه آلة الانشاء كاللفظ ام نفس الاعتبار النفساني.

اما الأول: فلأن الانشاء وجه من وجوه استعمال اللفظ في المعنى ـ كان عبارة عن ايجاد المعنى باللفظ، ام كان عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني باللفظ بداعي تنفيذه ـ فلا يعقل فيه التعليق.

واما الثاني: فلأن الاعتبار فعل تكويني، فكما لا يعقل التعليق في وقوع الضرب على احد وكذا غيره من الأفعال التكوينية، كذلك لا يعقل التعليق في الاعتبار، والظاهر ان هذا ليس محل الكلام في المقام.

واما الثالث: ـ اي التعليق في متعلق المنشأ ـ فهو انما يـصح فـيما اذا كـان مـن الاعراض والافعال من جهة تصوير التعدد فيها بلحاظ التقييد بالزمان او الزماني، مـثلا منفعة الدار في هذه السنة غير منفعتها في السنة الاتية، فالتعليق فيها امر ممكن وواقع لا محذور فيه، واما الجواهر كالدار فلا يتصور فيها التعليق من جهة ان الوجود الجوهري لا يتعدد بتعدد الزمان والزماني، مثلا الدار في هذه السنة ليست غير الدار في السنة الاتية، فاذا كان متعلق المنشأ جوهرا خارجيا لا يعقل التعليق فيه، فان كان هناك تعليق وشرط فلابد وان يرجع الى المنشأ.

ولعل هذا هو وجه الفرق بين الاجارة والبيع، حيث لم يقع الخـلاف فـي صـحة التعليق فيها على بعض الوجوه المتقدم مع اتفاقهم على بطلان التعليق في البيع وعـدم امكان تصحيحه بوجه.

فمحل الكلام انما هو التعليق في المنشأ.

وقبل الشروع في البحث فيه وبيان وجوه المنع لابد من التنبيه على امرين.

احدهما نقل كلمات القول فى المقام وحيث ان المصنف ذكر كلماتهم فلا حـظ المتن.

ويدل عليه فحوى فتاويهم ومعاقد الاجماعات في اشتراط التّنجيز في الوكالة مع كونه من العقود الجائزة الّتي يكفي فيها كلّما دلّ على الاذن، حتّى انّ العلاّمة ادّعى الاجماع ـ على ما حكى عنه ـ على عدم صحة ان يقول الموكّل: انت وكيلي في يوم الجمعة ان تبيع عبدي، وعلى صحّة قوله انت وكيلي ولا تبع عبدي الا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحداً وفرّق بينهما جماعة بعد الإعتراف بأنّ هذا في معنى التّعليق بأنّ العقود لمّا كانت متلقّاة من الشّارع انيطت بهذه الضّوابط وبطلت فيما خرج عنها وان افادت فائدتها، فإذا كان الامر كذلك عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع.

وبالجملة فلا شبهة في اتّفاقهم على الحكم. وامّا الكلام في وجه الاشتراط فالّذي صرّح به العلاّمة في التّذكرة انّه مناف للجزم حال الانشاء بل جعل الشّرط هو الجزم. ثمّ فرّع عليه عدم جواز التّعليق قال الخامس من الشّروط الجزم فلو علّق العقد على شرط لم يصح وان كان الشّرط المشية للجهل بثبوتها حال العقد، وبقائها مدّته وهو احد قولي الشّافعي، واظهرهما عندهم الصّحة، لأنّ هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد لانّه لو لم يشأ لم يشتر انتهى كلامه، و تبعه على ذلك الشهيد﵀ في قواعده قال: لأنّ الانتقال بحكم الرّضا ولا رضا الاّ مع الجزم والجزم ينافي التعليق، انتهى.

ومقتضى ذلك انّ المعتبر هو عدم التّعليق على امر مجهول الحصول، كما صرّح به المحقّق في باب الطّلاق وذكر المحقّق والشّهيد الثّانيان في الجامع والمسالك في مسألة ان كان لي فقد بعته ان التّعليق انّما ينافي الانشاء في العقود والايقاعات حيث يكون المعلّق عليه مجهول الحصول لكن الشّهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدّم انّ الجزم ينافي التّعليق لانّه بعرضة عدم الحصول، ولو قدّر العلم بحصوله كالتّعليق على الوصف لأنّ الاعتبار بجنس الشّرط دون انواعه فاعتبر المعنى العامّ دون خصوصيات الأفراد، ثمّ قال: فإن قلت فعلى هذا يبطل قوله في صورة انكار التّوكيل: ان كان لي فقد بعته منك بكذا، قلت: هذا تعليق على واقع لا متوقّع الحصول فهو علّة للوقوع او مصاحب له لا معلّق عليه الوقوع، وكذا القول لو قال في صورة انكار وكالة التّزويج وانكار التّزويج حيث تدّعيه المرأة ان كانت زوجتي فهي طالق، انتهى كلامه﵀.

وعلل العلاّمة في القواعد صحّة ان كان لي فقد بعته بأنّه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضرّ جعله شرطاً، وكذا كلّ شرط علم وجوده فإنه لا يوجب شكّاً في البيع ولا وقوفه، انتهى.

وتفصيل الكلام انّ المعلّق عليه، امّا ان يكون معلوم التّحقق، وامّا ان يكون محتمل التّحقق وعلى الوجهين: امّا ان يكون تحققه المعلوم او المحتمل في الحال او المستقبل، وعلى التّقادير، فأمّا ان يكون الشّرط ممّا يكون مصحّحاً للعقد ككون الشّيء ممّا يصح تملّكه شرعاً، او ممّا يصح اخراجه عن الملك كغير ام الولد وغير الموقوف ونحوه، وكون المشتري ممّن يصح تملّكه شرعاً كأن لا يكون عبداً وممّن يجوز العقد معه، بأن يكون بالغاً، وامّا انّ لا يكون كذلك، ثمّ التّعليق امّا مصرّح به وامّا لازم من الكلام كقوله ملّكتك هذا بهذا يوم الجمعة، وقوله في القرض والهبة خذ هذا، بعوضه او خذه بلا عوض يوم الجمعة فإنّ التّمليك معلّق على تحقّق الجمعة في الحال او في الاستقبال ولهذا احتمل العلاّمة في النّهاية، وولده في الايضاح بطلان بيع الوارث لمال مورّثه بظن موته معلّلاً بأنّ العقد وان كان منجّزاً في الصّورة الاّ انّه معلق والتّقدير إن مات مورّثي فقد بعتك، فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظّاهر انّه غير قادح، وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقّق والعلاّمة والشّهيدين والمحقّق الثّاني والصّيمري. وحكي ايضاً عن المبسوط والايضاح في مسألة ما لو قال: ان كان لي فقد بعته بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح، ولذا ادّعى في الرّياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً، وما كان منها معلوم الحصول في المستقبل وهو المعبّر عنه بالصّفة، فالظّاهر انّه داخل في معقد اتّفاقهم على عدم الجواز وان كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجري فيه، كما اعترف به الشّهيد فيما تقدّم عنه ونحوه الشّهيد الثّاني فيما حكى عنه، بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه ممّا لا خلاف فيه بيننا بل بين العامّة فإنّه قال إذا قال الواقف: إذا جاء رأس الشّهر فقد وقفته لم يصح الوقف بلا خلاف لأنّه مثل البيع والهبة وعندنا مثل العتق ايضاً، انتهى. فإنّ ذيله يدلّ على انّ مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختصّ

بالامامية. نعم مماثلته للعتق مختصّ بهم، وما كان منها مشكوك الحصول وليس صحّة العقد معلّقة عليه في الواقع كقدوم الحاج، فهو المتيقّن من معقد اتّفاقهم، وما كان صحّة العقد معلّقة عليه كالأمثلة المتقدّمة. فظاهر اطلاق كلامهم يشمله، الاّ ان الشيخ في المبسوط حكى في مسألة ان كان لي فقد بعته، قولاً من بعض النّاس بالصّحة وانّ الشرط لا يضرّه مستدّلاً بأنّه لم يشترط الاّ ما يقتضيه اطلاق العقد، لأنّه انّما يصح البيع لهذه الجارية من الموكّل اذا كان اذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الاطلاق لم يضرّ اظهاره وشرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثّمن او تسليم المثمن او ما اشبه ذلك انتهى. وهذا الكلام وان حكاه عن بعض النّاس الاّ انّ الظاهر ارتضائه له.

وحاصله انّه كما لا يضرّ اشتراط بعض لوازم العقد المترتّبة عليه كذلك لا يضرّ تعليق العقد بما هو معلّق عليه في الواقع فتعليقه ببعض مقدماته كالالزام ببعض غاياته فكما لا يضر الالزام بما يقتضي العقد التزامه، كذلك التّعليق بما كان الاطلاق معلّقاً عليه ومقيّداً به، وهذا الوجه وان لم ينهض لدفع محذور التّعليق في انشاء العقد، لأنّ المعلّق على ذلك الشّرط في الواقع هو ترتب الاثر الشّرعي على العقد دون انشاء مدلول الكلام الّذي هو وظيفة المتكلّم، فالمعلّق في كلام المتكلّم غير معلّق في الواقع على شيء، والمعلّق على شيء ليس معلّقاً في كلام المتكلّم على شيء بل ولا منجّزاً، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام الاّ انّ ظهور ارتضاء الشّيخ له كاف في عدم الظّن بتحقق الاجماع عليه، مع انّ ظاهر هذا التّوجيه لعدم قدح التّعليق يدلّ على انّ محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلّق عليه وعدمه فلا وجه لتوهّم اختصاصه بصورة العلم.

ويؤيّد ذلك انّ الشّهيد في قواعده جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع بعتك ان قبلت ويظهر منه ذلك ايضاً في آخر القواعد، ثمّ انّك قد عرفت انّ العمدة في المسألة هو الاجماع، وربّما يتوهّم انّ الوجه في اعتبار التّنجيز هو عدم قابليّة الانشاء للتّعليق، وبطلانه واضح لأنّ المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام، فالتّعليق غير متصوّر فيه الاّ انّ الكلام ليس فيه، وان كان الكلام في انّه كما يصح انشاء الملكية المتحقّقة على كل تقدير

فهل يصح انشاء الملكية المتحقّقة على تقدير دون آخر، كقوله هذا لك ان جاء زيد غداً، وخذ المال قرضاً او قراضاً إذا اخذته من فلان ونحو ذلك، فلا ريب في انّه امر متّصور واقع في العرف والشّرع كثيراً في الأوامر والمعاملات من العقود والايقاعات[١]

الثاني ان ما صرح به المصنف﵀ في المقام في بيان صحة التعليق في المنشأ بقوله.

[١] فلا ريب في انه متصور وواقع في العرف والشرع كثيرا في الاوامر والمعاملات من العقود والايقاعات.

ينافي ما نسب اليه في التقرايرات في مبحث الواجب المشروط من امتناعه.

وكيف كان: فصور التعليق في المنشأ على ما ذكره المصنف﵀ ثمان.

الا ان الظاهر انها اثنتا عشرة وذلك لان المعلق عليه.

ان كان امرا حاليا فتارة: يكون معلوم التحقق، واخرى: يكون مشكوك التحقق.

وعلى التقديرين فتارة: يكون مما له دخل في صحة العقد، واخرى: لا يكون دخيلا فيه.

وان كان امرا استقبالها فهذه التقادير الاربعة تتصور فيه، باضافة انه على اي تقدير ربما يكون القيد ماخوذا فيه على نحو الشرط المتاخر، بمعنى انه ينشأ. الملكية الفعلية على فرض تحقق ذلك الامر في المستقبل، وربما يكون بنحو الشرط المقارن، بمعنى انه ينشأ الملكية على تقدير تحققه بعد تحققه.

فان كان المعلق عليه امرا استقباليا مشكوك الحصول، ولم تكن صحة العقد متوقفة عليه، وكان التعليق بنحو الشرط المقارن، فالظاهر انه مورد اتفاق الاصحاب القائلين بمبطلية التعليق، فلو كان الاجماع تعبديا كان هو الحجة في المقام، ولا دليل عليه سوى ذلك.

فانه قد استدل للبطلان ـ بغير الاجماع ـ بوجوه:

الأول: ما عن جماعة، وهو: اعتبار الجزم في العقد، وهو مناف للتعليق.

ويتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل على سببيّة العقد ترتّب مسبّبه عليه حال وقوعه فتعليق اثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك[١] وفيه بعد الغضّ عن عدم انحصار ادلّة الصحة واللّزوم في مثل قوله تعالي ﴿اوفوا بالعقود﴾ لأنّ دليل حليّة البيع وتسلّط النّاس على اموالهم كاف في اثبات ذلك[٢] انّ العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد ﴿اوفوا بالعقود﴾ الاّ مفاد اوفوا بالعهد في انّ العقد كالعهد اذا وقع على وجه التّعليق فترقّب تحقّق المعلق عليه في تحقّق المعلّق لا يوجب علدم الوفاء بالعهد.

وفيه: انه ان اريد به الجزم بالانشاء فهو حاصل كما هو واضح، وان اريد به الجزم بالمنشأ في نظره ـ اي تحقق الملكية الاعتبارية جزما ـ فهو محل الكلام، وان تمسك بالاجماع على اعتباره فسيأتي الكلام فيه.

[١] الثاني: ان ظاهر خطاب ﴿اوفوا بالعقود﴾[١] كظاهر سائر الخطابات: ان الحكم مطلق غير مشروط بشيء، فيكون ظاهره ترتب الاثر على العقد، وعليه فان التزم بترتب الاثر فعلا قبل تحقق ما علق عليه كان ذلك منافيا للانشاء المعلق، ولا سبيل اليه.

وان التزم بعدم ترتب الاثر فعلا لزم عدم كونه مشمولا لهذا الخطاب، فلا دليل على لزوم الوفاء به وترتيب الأثر عليه.

وفيه اولا: ان دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقود، بل هناك ادلة اخر من قبيل ﴿احل الله البيع﴾[٢] التي لا يجري فيها هذا الوجه، ولا فرق في ذلك بين المعلق والمنجز.

ولا يخفى ان هذا الايراد انما يرد على المستدل لو كان مفاد ﴿احل الله البيع﴾ الحلّية الوضعية، ولا يرد عليه لو كان مفاده الحلّية التكليفية، فان ما ذكر في وجه اختصاص ﴿اوفوا بالعقود﴾ يجري فيه طابق النعل بالنعل.

[٢] وبذلك ظهر ان المصنف﵀ حيث التزم في مبحث المعاطاة بان مفاده الحلّية

---

١) المائدة، ١.

٢) البقرة، ٢٧٥.

والحاصل انّه ان اريد بالمسبّب هو مدلول العقد فعدم تخلّفه عن انشاء العقد من البديهيّات الّتي لا يعقل خلافها، وان اريد به الاثر الشرّعي وهو ثبوت الملكيّة فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكيّة المنجّزة، بل هو مطلق الملك فإن كان البيع غير معلّق كان اثره الشّرعي الملك الغير المعلّق، وان كان معلقاً فأثره الملكيّة المعلّقة مع انّ تخلّف الملك عن العقد كثير جدا[١]

التكليفية ليس له هذا الايراد.

[١] كما ان ايراده عليه بقوله مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا.

ليس في محله، اذ التخلف مع الدليل لا يوجب سلب الظهور المدعي في الاستدلال، اللهم الا ان يكون مراده ان التخلف كثير، ولو بنى على الظهور المزبور لزم تخصيص الاكثر المستهجن.

وثانيا: ان العقد ليس هو اللفظ كما تقدم، بل هو ربط احد الالتزامين الواردين على مورد واحد بالاخر، والوفاء به عبارة عن اتمامه، ومعنى ذلك فيما اذا كان متعلقه النتيجة هو عدم حله ونقضه لا ترتيب الاثار عليه، ومن الواضح انه في هذا الذي ذكرناه لا فرق بين العقد المعلق والمنجز.

الثالث: انه يلزم تخلف المنشأ عن الانشاء، وهو غير معقول.

وفيه: ان هذه شبهة اورودوها على الواجب المشروط وقد اجبنا عنها في كتابنا زبدة الاصول مفصلا.

ونقتصر في المقام على الاشارة الى وقوع ذلك الذي هو ادل دليل على امكانه، لاحظ، الوصية، والنذر، والتدبير، والواجب المشروط.

الرابع: ما عن المحقق النائيني، وهو: انصراف العقود الى العقود غير المعلقة المتعارفة بين عامة الناس، فلا تشمل ادلة العقود والعناوين العقد المعلق.

وفيه: مضافا الى ان التعارف لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق، ان التعليق فى العقد واقع كثير اكما تقدم

مع ان ما ذكره لا يجري في مثل قوله: بعتك ان شئت، وان قبلت فقال قبلت فانه لا يلزم هنا تخلّف اثر العقد عنه، مع انّ هذا لا يجري في الشّرط المشكوك المتحقّق في الحال فإنّ العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفاً، مع انّ ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخّر مقتضاها عنه كما لا يخفى، وليس الكلام في خصوص البيع، وليس على هذا الشّرط في كلّ عقد دليل على حدّة، ثمّ الاضعف من الوجه المتقدّم التّمسك في ذلك بتوقيفيّة الاسباب الشّرعية، الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقّن، وليس الاّ العقد العاري عن التّعليق[١] اذ فيه انّ اطلاق الأدلّة مثل حليّة البيع وتسلّط النّاس على اموالهم وحل التّجارة عن تراض، ووجوب الوفاء بالعقود وأدلّة سائر العقود كاف في التوقيف.

وبالجملة فإثبات هذا الشّرط في العقود مع عموم ادلّتها ووقوع كثير منها في العرف على وجه التّعليق بغير الاجماع محقّقاً او منقولاً مشكل، ثمّ انّ القادح هو تعليق الانشاء.

---

[١] الخامس: ان الأسباب الشرعية توقيفية لابد فيها من الاقتصار على المتيقن، وهو العقد الخالي عن التعليق.

وفيه: ان هذا يتم اذا لم تكن هناك عمومات و مطلقات من قبيل ﴿احل الله البيع﴾ و﴿اوفوا بالعقود﴾ والمفروض وجودها.

فتحصل مما ذكرناه: انه ليس في مقابل العمومات والمطلقات الدالة على الصحة ما يدل على بطلان العقد المعلق سوى الاجماع.

وفي مقابل هذه الصورة صورتان.

احداهما: ما اذا كان المعلق عليه امرا حاليا معلوم الحصول مع كونه مما تتوقف صحة العقد عليه.

ثانيتهما: ما اذا كان المعلق عليه امراً استقباليا كذلك، مع كون القيد مأخوذا على نحو الشرط المتاخر، فانه لا يجري فيهما شيء من المحاذير المتقدمة حتى الاجماع، بل لعل الاجماع قائم على عدم بطلان العقد المعلق فيهما.

.....

واما ان كان المعلق عليه امرا حاليا معلوم الحصول مع كونه مما لا يتوقف عليه صحة العقد، او كان امرا استقباليا كذلك مع كون الشرط بنحو الشرط المتاخر، فلا يجري فيهما شيء من الوجوه المتقدمة.

سوى ما افاده المحقق النائيني من دعوى الانصراف التي عرفت ما فيها، والظاهر انهما غير داخلين في معقد الاجماع.

فلا ينبغي التوقف في عدم البطلان فيهما.

واما ان كان المعلق عليه امرا استقباليا معلوم الحصول مع كون الشرط على نحو الشرط المقارن.

فمقتضى الوجه الثاني والثالث والخامس بطلانه، وكذلك مقتضى الوجه الرابع هو ذلك لو كان المعلق عليه مما لا تتوقف صحة العقد عليه، وقد عرفت عدم تمامية شيء منها.

واما الاجماع فالمتيقن منه غيرهما فلا وجه للحكم بالبطلان.

وما ذكره الشهيد﵀ في محكي قواعده من الحكم بالبطلان في الصورتين معللا بان الجزم ينافي التعليق لانه بعرضة عدم الحصول ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد.

يرد عليه: انه يتم لو كان بطلان العقد المعلق مفاد آية او رواية، ولم يحرز كون الجهل بحصول الشرط هو العلة لذلك لا فيما اذا كان البطلان من جهة الوجوه المتقدمة. فراجع.

واما ان كان المعلّق عليه امراً حاليا مشكوك الحصول، او كان استقباليا كذلك مع كونه بنحو الشرط المقارن او المتأخر، كان المعلق عليه مما تتوقف صحة العقد عليه ام لا فالظاهر شمول معقد الاجماع لهما فلاحظ.

تنبيهات

وينبغي التنبيه على امور:

وامّا اذا انشأ من غير تعليق صحّ العقد، وان كان المنشيء متردداً في ترتّب الأثر عليه شرعاً او عرفاً[١] كمن ينشيء البيع وهو لا يعلم انّ المال له، او ان المبيع ممّا يتموّل او انّ المشتري راض حين الايجاب ام لا او غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفاً او شرعاً، بل الظّاهر انّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتّب الأثر عليه اذا تحقّق القصدا لى التّمليك العرفي، وقد صرّح بما ذكرنا بعض المحقّقين، حيث قال: لا يخّل زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد، نعم ربّما يشكل الأمر في فقد الشّروط المقوّمة كعدم الزّوجية أو الشّك فيها في إنشاء الطّلاق، فإنّه لا يتحقّق القصد إليه منجّزاً من دون العلم بالزّوجية

الاول: ان القادح انما هو التعليق في العقد، فلو كان مترددا في ترتب الاثر على العقد الذي ينشأه شرعا وانه صحيح او فاسد لا كلام في صحته، فانه لا يكون هذا الترديد مورثا للتعليق في ما ينشأه، اذ العلم بالفساد يجتمع مع القصد الى المعاملة فضلا عن الترديد فيه.

هذا فيما اذا كان مترددا في تأثيره شرعا، ولو كان مترددا في تأثيره عرفا فان كان ما يحتمل دخله في ترتب الاثر عرفا مقوما لعنوان المعاملة وتحققها كالزوجية بالاضافة الى الطلاق، لا محالة يكون ذلك منافيا للتنجيز، والا فلا.

وبما ذكرناه ظهر ان ما افاده المصنف ﷺ.

[١] بقوله: واما اذا انشأ من غير تعليق صح العقد، وان كان المنشيء مترددا في ترتب الاثر عليه شرعا او عرفا.

تام، وان مراده ما ذكرناه، لا ان مراده كون التنجيز من شرائط الصيغة.

فلا يرد عليه ما افاده السيد في الحاشية بقوله: مقتضى ما ذكره العلامة والشهيد من كون الوجه اعتبار الجزم البطلان في هذه الصورة ايضا.

وكذا الرّقيّة في العتق، وحينئذ فإذا مسّت الحاجة الى شيء من ذلك للإحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلابدّ من إبرازه بصورة التنجيز[١] وان كان في الواقع معلّقاً، او يوكّل غيره الجاهل بالحال بايقاعه ولا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكّل مالكاً للفعل لأن فساد الوكالة بالتّعليق لا يوجب ارتفاع الاذن الاّ انّ ظاهر الشّهيد في القواعد الجزم بالبطلان، فيما لو زوّج امرأة يشّك في انها محرّمة عليه فظهر حلّها وعلّل ذلك بعدم الجزم حال العقد، قال: وكذا الايقاعات كما لو خالع امرأة او طلّقها وهو شاك في زوجيّتها او ولى نائب الإمام‌ؑ قاضياً لا يعلم اهليّته، وان ظهر اهلاً ثمّ قال: ويخرج من هذا بيع مال مورّثه لظنّه حياته، فبان ميتاً لأنّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البائع غير معلومة وإن قيل بالبطلان امكن لعدم القصد الى نقل ملكه، وكذا لو زوّج امة ابيه فظهر ميّتا، انتهى. والظّاهر الفرق بين مثال الطّلاق وطرفيه بامكان الجزم فيهما دون مثال الطّلاق، فافهم.

الثاني: انه هل يكون هذا الشرط من شرائط الصيغة كالعربية كما يظهر من بعض كلماتهم واليه يشعر ما في المتن.

[١] فاذا مست الحاجة الى شيء من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه فلابد من ابرازه بصورة التنجيز.

ام يرجع هذا الشرط الى المعنى المقصود بان يعتبر في المعاملة ان لا يكون القصد اليها معلقا على امر، كما هو صريح المحقق النائيني‌ؒ حيث قال: لا ينحصر التعليق في اداة الشرط بل كل ما كان في معنى التعليق ولو بغير الاداة؟ وجهان.

اقواهما الثاني، اذ الظاهر من كلماتهم ومعاقد اجماعاتهم هو ذلك كما هو مقتضى الوجوه الخمسة المشار اليها المذكورة لبطلان التعليق.

الثالث: هل هناك فرق بين الامور التي تتوقف صحة العقد عليها فلا مانع من تعليق العقد عليها، وبين ما لا تتوقف صحة العقد عليه فالتعليق عليه مبطل ام لا؟ وجهان.

قد استدل للاول الشيخ الاكبر في محكي المبسوط: بان التعليق على ما تتوقف صحة العقد، عليه ليس الا شرطا لما يقتضيه اطلاق العقد، فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره وشرطه.

وقال في موضع آخر ولو طلّق بحضور خنثيين فظهرا رجلين، امكن الصحّة، وكذا بحضور من يظنّه فاسقاً فظهر عدلاً، ويشكلان في العالم بالحكم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح، انتهى.

ومن جملة شروط العقد التّطابق بين الايجاب والقبول[١] فلو اختلفا في المضمون، بأن اوجب البائع البيع على وجه خاصّ من حيث خصوص المشتري، او المثمن او الثّمن او توابع العقد من الشّروط،

واستدل المحقق النائيني﵀ له بالانصراف.

وهذا الوجهان وان كانا فاسدين.

اما الثاني. فلما تقدم.

واما الاول فلأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الاثر الشرعي على العقد دون انشاء مدلول الكلام، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء كما ذكره المصنف﵀.

الا انه حيث عرفت انحصار المدرك لهذا الشرط بالاجماع، فمثل هذه الكلمات توجب الترديد في شمول معقد الاجماع للتعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه؛ فيتعين الرجوع الى المطلقات والعمومات الدالة على الصحة.

اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول

[١] السادسة: من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول.

كما صرح به غير واحد.

بل الظاهران اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول من القضايا التي قياساتها معها، فانه مع عدم التطابق ـ كما لو انشأ احدهما بعنوان البيع وقبل الاخر بعنوان الهبة ـ لا يتحقق العقد، فانه مع عدم ورود الالتزامين على مورد واحد لا يكونان مرتبطين، ومع عدم الربط لا يصدق عليهما عنوان العقد.

وان شئت قلت ان القبول قوامه بالرضا بالايجاب، بل هو حقيقته، فمع عدم كونه قبولا لما انشأه الموجب لما كان قبولا، فلا يتحقق العقد، بل كانا ايقاعين غير مرتبطين.

فقبل المشتري على وجه اخر لم ينعقد[١] ووجه هذا الاشتراط واضح وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرّضا بالايجاب، فحينئذ لو قال بعته من موكلك بكذا، فقال: اشتريته لنفسي لم ينعقد، ولو قال: بعت هذا من موكّلك فقال الموكّل: الغير المخاطب: قبلت صحّ، وكذا لو قال: بعتك فأمر المخاطب وكيله بالقبول فقبل،

انما الكلام في تطبيق هذه الكبرى الكلية على مواردها: فان عدم التطابق في بعض الموارد واضح لا يحتاج الى بيان.

كما لو اختلفا في عنوان المعاملة او في اركانها وهي المبيع والثمن في البيع، مثل ما لو باع العبد بمائة دينار وقبل بيع الجارية.

كما ان تحقق التطابق في بعض موارد اخر واضح.

كما لو اختلفا من حيث اللفظ مع اتحاد المعنى كأن يقول البائع بعتك، فقال: قبلت الشراء.

ومحل الخلاف موارد: مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

منها: ما اذا اوجب البائع مشروطا بشرط وقبل القابل البيع بلا شرط.

ومنها: ما اذا اوجب البائع البيع لشخصين فقبل احدهما نصف البيع بنصف الثمن.

ومنها: ما لو باع البائع شيئين بثمن معين فقبل القابل احدهما بنصف الثمن.

[١] اما الأول: فصريح المصنف﵀ والمحقق النائيني﵀: بطلان البيع من جهة عدم المطابقة.

ولكن: الظاهر هو تحقق التطابق الذي دل الدليل على اعتباره، وذلك لانه لا خلاف بينهم في ان تخلف الشرط او تعذره او فساده لا يوجب بطلان العقد بل يقع صحيحا، غاية الأمر غير لازم، فيستكشف من ذلك ان المعاقدة واقعة على الفاقد للشرط، وعليه فالقبول بلا شرط مطابق للايجاب.

وان شئت قلت: ان الشرط لو كان قيداً للمعاملة لزم بطلانها عند تخلفه، فالقول بان تخلفه لا يوجب البطلان يكون مبتنيا على كونه التزاما في ضمن التزام بالمعنى الذي سيأتي تحقيقه في محله، وعليه فالالتزام البيعي غير معلق على شيء،

ولو قال بعتك العبد بكذا، فقال اشتريت نصفه بتمام الثّمن او نصفه لم ينعقد[١] وكذا لو قال: بعتك العبد بمائة درهم، فقال: اشتريته بعشرة دنانير، ولو قال للأثنين بعتكما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثّمن لم يقع، ولو قال كلّ منهما ذلك لا يبعد الجواز، ونحوه لو قال البائع بعتك العبد بمائة فقال المشتري اشتريت كلّ نصف منه بخمسين، وفيه اشكال.

فالقبول بلا شرط مطابق للايجاب.

ولعله الى هذا يرجع ما ذكره بعضهم من: ان فساد الشرط اذا لم يخل بصحة العقد فعدم قبول المشتري للشرط الذي تضمنه الايجاب اولى بعدم الاخلال.

[١] واما الثاني: فصريح المحققين المتقدم ذكرهما ايضا البطلان لعدم التطابق، ولكن الظاهر الصحة والتطابق، وذلك لان البيع لشخصين ينحل الى بيعين حقيقة، كما يدل عليه افتاء الفقهاء بالصحة وعدم البطلان فيما لو قبلا وفسخ احدهما البيع في المجلس بالقياس الى غير الفاسخ، فاذا كان هناك بيعان فالمطابقة بين احد البيعين والقبول متحققة فلا وجه للبطلان، بل غاية ما هناك ثبوت الخيار للبائع كما لا يخفى.

وبما ذكرناه ظهر الحال في الثالث، فان الأظهر الصحة لعين ما ذكرناه في سابقه.

وما افاده المحقق النائيني﵀ في المقام من: انه لا يفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث الانشاء ثبوت خيار تبعض الصفقة الذي هو اثر العقد الصحيح، لانه لابد اولا من صحة العقد باتحاد المنشأ ثم اثبات الخيار فيه، فما يترتب على الصحة لا يمكن ان يكون منشأ الصحة.

يرد عليه: ان المثبت للصحة هو الاتحاد بالتقريب المتقدم لا ثبوت الخيار. فلا حظ وتدبر.

فتحصل مما ذكرناه: ان اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول مما لا ينبغي انكاره، الا ان جملة من الموارد التي ذكرها المصنف﵀ من موارد عدم المطابقة ليست منها، بل فيها التطابق متحقق، وعليك بالتأمل في كل مورد ثم الحكم بالصحة او الفساد من جهة وجود التطابق وعدمه.

ومن جملة الشروط في العقد ان يقع كلّ من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكلّ واحد منهما الانشاء[١] فلو كان المشتري في حال ايجاب البائع غير قابل للقبول او خرج البائع حال القبول عن قابليّة الايجاب لم ينعقد[٢] ثـمّ انّ عـدم قابليّتهما ان كان لعدم كونهما قابلين للتّخاطب كالموت والجنون والاغـماء، بـل النّوم فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقدة والمعاهدة حينئذ.[٣]

اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكل منهما الانشاء

[١] السابعة: من جملة الشروط في العقد: ان يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل منهما الانشاء بلا خلاف فيه في الجملة، بل الظاهر انه متفق عليه.

وتنقيح القول فيه بالبحث في موضعين:

الأول: في عدم الاهلية المانع عن تحقق التعاهد والتعاقد.

الثاني: في عدم الاهلية الموجب لعدم كون العقد عن رضا معتبر.

اما الأول: ففيه اقوال:

[٢] الاول: ما اختاره المصنف﵀ والمحقق النائيني﵀ وهو: اعتبار واجدية كـل منهما لجميع القيود المعتبرة في تحققه في حال انشاء الاخر.

الثاني: عدم اعتبارها فيهما، اختاره المحقق الايرواني﵀.

الثالث: اعتبار واجدية القابل لها في حال الايجاب وعدم اعتبارها بـالنسبة الى الموجب، ذهب اليه السيد﵀ في بعض الفروض.

الرابع: عكس ذلك.

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث فى موارد:

الأول: في الايجاب.

الثاني: في القبول.

الثالث: فيما بينهما.

اما المورد الاول: فقد استدل لاعتبار واجدية القابل لتلك القيود: فى المتن.

[٣] بان المعاقدة والمعاهدة لا تتحقق بدونها، هذا ما افاده المصنف.

.....

وايده المحقق الاصفهاني﵀ بان مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونهما معا كذلك في حال الايجاب والقبول، اذ معية المتعاقدين انما هي معية شاعر ملتفت الى ما يلتزم للغير ويلتزم الغير له، والا فلا ينقدح القصد الجدي في نفس العاقل الى المعاهدة مع من هو كالجدار او كالحمار، وعلمه بالتفاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلا.

وفيه: اولا: أن عنوان العقد انما ينطبق على الالتزامين الواردين على مورد واحد وليس منطبقا على الايجاب خاصة، وانما شأن الموجب هو الالتزام النفساني وابرازه، وهو انما يكون باقيا ما لم يرفع اليد عنه، فاذا كان باقيا الى حين القبول والتزم القابل الاهل لذلك حين القبول فقد ارتبط الالتزامان لا محالة وتحقق عنوان العقد.

ودعوى عدم تحقق الالتزام في نفس الموجب بالنسبة الى من هو كالجدار.

كما ترى، اذ العاقل الملتفت الى مالكية من يفرض كالجدار كيف لا ينقدح في نفسه القصد الجدي.

وثانيا: انه لا ينحصر دليل النفوذ باوفوا بالعقود.

فالأولى ان يستدل له: بانه بعد ما لا ريب في انه يعتبر في ترتيب العقلاء والشارع الاثر على الالتزام النفساني ان يظهره لمن هو طرفه في المعاملة، فاذا كان الطرف غير قابل للتخاطب فالاظهار له كلا اظهار، فلاجل ذلك يعتبر قابلية القابل للتخاطب حال الايجاب، فتدبر فانه دقيق.

واما المورد الثاني: فيشهد لاعتبار واجدية الموجب لتلك القيود حال القبول الوجه المشار اليه.

ويمكن ان يقال في هذا المورد: بما أنّه في حال القبول يتم العقد ويخرج المال عن ملك كل منهما فلابد وان يكون الموجب ايضاً ممن يكون اهلا لذلك كي يترتب الاثر على التزامه النفساني.

واما ما ذكر في وجهه من عدم تحقق المعاقدة والمعاهدة، من جهة انتفاء الالتزام النفساني بالاغماء والجنون مثلا، فليس هناك التزام من الموجب كي يرتبط بالتزام القابل.

وامّا صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي فهو[١] شرط حقيقة لا ركن، فإنّ حقيقة الوصية الايصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك، وان كان لعدم الاعتبار برضاهما، فلخروجه ايضاً عن مفهوم التّعاهد والتّعاقد لأنّ المعتبر فيه عرفاً، رضا كلّ منهما لما ينشأه الآخر حين انشأه [انشائه] كمن يعرض له الحجر بفلس او سفه او رقّ، لو فرض او مرض موت والاصل فى جميع ذلك ان الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق[٢].

فيرد عليه: ان الالتزامات النفسانية لا تزول بذلك، ولذا لا شك لاحد في ان العهود والالتزامات لا تبطل بالموت، فضلا عن النوم والاغماء، ولا فرق بين الموت قبل لحوق القبول وبعده، اذ ضم التزام آخر اليها لا يوجب بقائها ان كانت تزول بالموت.

وبما ذكرناه ظهر الحال في المورد الثالث، وانه لا يعتبر الاهلية بينهما كما لا يخفى.

[١] قوله واما صحة القبول من الموصى له بعد موت الوصى فهو شرط.

هذا دفع لما توهم من انه لا كلام فى صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فيستكشف من ذلك ان موت الموجب لا يكون مانعا عن تحقق المعاقدة.

وحاصل الدفع ان حقيقة الوصية ليست الا الايصاء ولا يعتبر فى تحققها القبول بل هى من الايقاعات وقبولها قبول الوصية وردها ردها لا انه جزء للوصية.

نعم فى الوصية التمليكية، من جهة ان ادخال المال فى ملك الغير من دون رضاه مناف لسلطنة الناس على انفسهم، وليس من شئون السلطنة على المال السلطنة على الغير، فلا محالة يتوقف نفوذ التمليك على الرضا، او عدم الرد على الخلاف الا ان القبول الكاشف عن الرضا او عدم الرد شرط لنفوذ الوصية لا انه جزء للعقد، وتمام الكلام فى محله.

[٢] قوله والاصل فى جميع ذلك ان الموجب لو فسخ ... لغى الايجاب السابق.

مراده ان الوجه فى الالتفات الى ما ذكرناه من اعتبار رضا كل منهما حال انشاء الاخر فى تحقق المعاقدة، وضوح فساد الايجاب بفسخ الموجب وعدم رضا القابل به، فعلمنا من ذلك مدخلية رضا كل منهما حال انشاء الاخر فى تحقق معنى المعاقدة.

فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الايروانى* بقوله ان هذا عين المسألة المبحوث عنها لا اصلها وماخذها.

وكذا لو كان المشتري في زمان الايجاب غير راض او كان ممّن لا يعتبر رضاه كالصّغير، فصحّة كلّ من الايجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلّم من اوّل العقد الى ان يتحقّق تمام السّبب، وبه يتمّ معنى المعاقدة فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس احدهما، ام قام، ولم يكن قيامه معتبراً لم يتحقّق معنى المعاقدة[١] ثمّ انّهم صرّحوا بجواز لحوق الرّضا لبيع المكره ومقتضاه عدم اعتباره من احدهما حين العقد بل يكفي حصوله بعده فضلاً عن حصوله بعد الايجاب وقبل القبول، اللّهم الاّ ان يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الاجماع.

ولكن يرد على المصنف﵀: ان لغوية الايجاب بفسخ الموجب، اجنبية عن المقام فان الفسخ موجب لحل الالتزام حقيقة فلا يكون الايجاب باقيا كي يلحقه القبول ويرتبط به، ويتحقق عنوان العقد، وهذا غير ما نحن فيه الذي يكون الالتزام والايجاب باقيا كما عرفت.

واما الموضع الثاني: ففيه ايضاً اقوال.

وملخص القول فيه: انه قد استدل المصنف﵀ لاعتبار واجدية كل منهما لتلك القيود في حال انشاء الاخر.

[١] بعدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة حينئذٍ.

ولعل نظره الشريف الى ما افاده بعض المحققين بان رضاهما بعد ان كان في نظر الشارع الأقدس كلا رضا، والمفروض ان رضاهما مما يعتبر في تحقق مفهوم التعاهد، لا جرم كان تعاهدهما في نظره كالعدم، فلا يكون عقدهما عقدا معتبرا شرعيا.

وفيه: ان حقيقة العقد هي ربط الالتزامين الواردين على مورد واحد ـ كان ذلك مع رضاهما بذلك او بدونه ـ فالرضا بالعقد لا يعتبر في تحققه، وعدمه لا يخل به، من غير فرق بين عدم الرضا اصلا او عدم الاعتبار به شرعاً وانما هو شرط في تأثير انشاء كل منهما نفسه، فاعتبار رضا كل منهما حال انشاء الاخر مما لا اصل له، ولاجل ذلك نلتزم بان صحة عقد المكره إذا لحقه الرضا انما تكون على القاعدة، مع انه لو سلم توقف تحقق العقد على الرضا الا ان دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقود كما تقدم.

فرع لو اختلف، المتعاقدان اجتهاداً او تقليداً في شروط الصيغة فهل يجوز ان يكتفي كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه ام لا وجوه:[١]

ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركّب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النّقل، كما لو فرضنا انّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب وجواز العقد بالفارسية ادرئها اخيرها

اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة

[١] فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً او تقليدا في شروط الصيغة، فهل يجوز لكل واحد منهما ان يكتفي بما يقتضيه مذهبه، ام لا.

ام يجوز الا في صورة كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا للنقل كما لو فرضنا انه لا قائل بصحة العقد بالفارسي مع تقديم القبول على الايجاب، وكان العقد بالفارسي صحيحا عند احدهما، وتقديم القبول جائزا عند الاخر، فاوقعا العقد كذلك؟ وجوه:

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

الأول: في القيود التي ينحصر دليلها بالاجماع.

الثاني: في ما لدليل اعتباره اطلاق مع عدم سراية احدى الصفات الى فعل الاخر.

الثالث: في ما لدليل اعتباره اطلاق مع السراية.

اما الأول: فالظاهر صحة العقد كما هو مقتضى العمومات والمطلقات، والمتيقن من الاجماع على اعتبار ذلك القيد كالعربية مثلا هو غير المقام الصادر فيه الايجاب والقبول عن اعتقاد كل منهما صحة ما انشأه، ففيه يرجع الى العمومات المقتضية للصحة.

واما المورد الثاني: ففيه اقوال:

الأول: الصحة مطلقا.

الثاني: عدم الصحة كذلك.

الثالث: التفصيل بين كون العقد فاسداً في نظر الجميع، بحيث لا قائل بصحته،

والاولان مبنيان على ان الاحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطراريه[١] فالايجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا اشارة الاخرس وايجاب العاجز عن العربية وكصلاة المتيمّم بالنّسبة الى واجد الماء ام هي احكام عذريّة لا يعذر فيها الاّ من اجتهد او قلّد فيها؟ والمسألة محررة في الأصول، هذا كلّه اذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستنداً الى فعل الآخر كالصّراحة والعربية والماضوية

كما لو فرضنا انه لا قائل بنفوذ العقد الفارسي المقدم ايجابه على قبوله فعدم الصحة، وبين غيره فالصحة.

[١] وقد ابتنى المصنف‌ﷺ الاولين على ان الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية، فالايجاب بالفارسي من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس، ام هي احكام ظاهرية لا يعذر فيها الا من اجتهد او قلد فيها؟

واورد عليه بوجهين:

الأول: ما افاده المحقق الخراساني‌ﷺ: بان مجرد كونه حكما واقعيا وبمنزلته لا يكفي في الحكم بالصحة، بل لابد وان يقيد بما اذا كان كذلك حتى في حق الغير الذي له مساس بالعقد، فلو كان حكما واقعيا في حق المنشىء خاصة لم يجد في الحكم بالصحة بالاضافة الى غيره.

وفيه: انه بما ان الملكية من الاحكام المجعولة الوضعية، ومن الاعتباريات لا من الامور الواقعية، فاذا فرضنا ان الايجاب بالفارسي وان كان عند القابل مما لا مصلحة في نفسه في جعل الملكية بعده، الا انه من جهة قيام الامارة عند الموجب تحدث فيه مصلحة بهذا العنوان مقتضية لذلك، فلا محالة للاخر القابل ترتيب الاثر، لأنه لا كشف خلاف لذلك، ولا معنى للقول بان المصلحة انما هي في حق الموجب خاصة، فالملكية المجعولة انما تكون له خاصة. فتدبر فانه دقيق.

الثاني: ما افاده السيد في الحاشية وتبعه بعض مشايخنا المحققين‌ﷺ، وهو: ان

والترتيب [١]

وأمّا الموالاة والتّنجيز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد. فالظّاهر أنّ اختلافها يوجب فساد المجموع لأنّ بالإخلال بالموالاة أو التّنجيز أو البقاء على صفات صحّة الإنشاء يفسد عبارة من يراها شروطاً فإنّ الموجب إذا علّق مثلاً أو لم يبق على صفة صحّة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعيّة ذلك لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل إلاّ بعد فوات الموالاة بزعم صحّة ذلك يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتامل [٢]

ما ذكر على القول بكون الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية انما يتم بالنسبة الى ما لو كان الحكم المجتهد فيه مع متعلقه موضوعاً لحكم الاخر، كما لو كان رأيه جواز النكاح بالفارسي فزوج امرأة بالعقد الفارسي فانه يكون العقد صحيحا عنده، فلا يجوز لغيره الذي يرى اعتبار العربية تزويج تلك المرأة، ولا ينفع بالنسبة الى ما اذا كان المتعلق معروضا لحكمه ولحكم غيره في عرض واحد، كما لو ذكى الذبح بغير الحديد فانه لا يجوز لمن يرى اعتبار كونه بالحديد الأكل من تلك الذبيحة.

والسر فيه: ان ذلك بعنوانه المجتهد فيه ليس موضوعا لحكم غيره، فلا يجوز. لغيره المخالف له فى الرأى الاكل منه.

[١] قوله والترتيب.

وقد اورد عليه بان الترتيب من الصفات التى تسرى الى فعل الاخر اذا لقابل، اذا قدم قبوله على الايجاب لزعمه جوازه، فيلزم منه تاخر الايجاب، والمفروض ان الموجب يرى بطلان العقد المؤخر ايجابه عن قبوله فليس الايجاب بعده.

ولكن يمكن دفعه بان مدرك لزوم تقديم الايجاب وعدم جواز تقديم القبول عنده قده عدم كون القبول نقلا فى الحال وهذه الخصوصية لاتسرى الى الايجاب فهو من قبيل الاول لا الثانى.

[٢] قوله فتأمل.

لعله اشارة الى ان الموالاة انما تكون شرطا لصحة القبول لا الايجاب، اذلا معنى لصحة الايجاب، الا وقوعه على نحو لو لحقه القبول الواجد للشرائط لاثر، وهو مع فقد الموالاة كذلك فالموالاة من قبيل الترتيب لا التنجيز.

.....

وكيف كان فما نحن فيه من قبيل الثاني، لان البيع فعل واحد تشريكي، بمعنى انه قائم بطرفين ويجب على كل من المتبايعين ايجاد عقد البيع، ولا يجوز لواحد منهما الاكل الا بعد ذلك.

وبالجملة: الصحة لاحد الطرفين ليست موضوعة لحكم الطرف الاخر، بل لابد من إحراز كل منهما صحة مجموع السبب.

وفيه: ان هذا في الصحة الفعلية، واما الصحة التأهلية، فهي انما تكون لكل من الايجاب والقبول مستقلا، وهي في الايجاب مثلا تكون موضوعة لحكم القابل.

فما افاده المصنف﵀ متين.

واما المورد الثالث: فقد افاد المصنف﵀: ان العقد باطل حتى على القول بكون الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية الاضطرارية، والفرق بينه وبين المورد الثاني انه في ذلك المورد لا يوجب سراية تلك الصفة الى فعل الاخر، والمفروض صحته من المعتقد في نظر الاخر.

وهذا بخلاف هذا المورد، فان تلك الصفة تسري الى فعل الاخر اذا انشأ الموجب العقد معلقا، والقابل ان قبل مطلقا لزم عدم التطابق بين الايجاب والقبول، وان قبل معلقا كان فعله في نظره فاقدا للوصف المعتبر في العقد فيوجب ذلك الفساد من هذه الجهة لا من جهة فساد فعل طرفه.

وملخص القول: ان فساد احد الجزئين لا يسري الى الاخر على هذا المسلك، ولكن منشأ الفساد يسري اليه ويوجب ذلك فساده.

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

مسالة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه وكان مضموناً عليه[١] امّا عدم الملك فلأنّه مقتضى فرض الفساد. وامّا الضّمان بمعنى كون تلفه عليه وهو أحد امور متفرّعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، وادّعى الشّيخ في باب الرّهن وفي موضع من البيع الاجماع عليه صريحاً، وتبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد.

وفي السّرائر أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب في الضّمان، وفي موضع آخر نسبه الى اصحابنا ويدل عليه النبوى

---

[١] قوله لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضمونا عليه.

بلا خلاف وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل هو فى الجملة من الواضحات.

والوجه فيه واضح، لأن ذلک مقتضى فرض الفساد، وتترتب عليه امور:

الأول: انه لا يجوز له التصرف فيه، وكان مضمونا عليه كما هو المعروف، وعن شيخ الطائفة في باب الرهن وفي موضع من البيع، والحلي في موضعين من السرائر، والعلامة في التذكرة والمختلف، وغيرهم في غيرها: دعوى الإجماع عليه.

وليعلم ان محل البحث في المقام انما هو في فرض التلف، واما في فرض الإتلاف فلا اظن توهم الخلاف في الضمان، من جهة قاعدة من اتلف.

وكيف كان: فالكلام في موردين:

الاول في الحكم التكليفي، وهو جواز التصرف وعدمه.

الثانى في الحكم الوضعي.

اما الأول: فان كان المالك المسلط للمشتري على ماله راضيا بالفعل في التصرف في ماله حتى مع فساد العقد ـ كما لو علم بالفساد وسلطه عليه كذلك ـ فلا اشكال في جواز التصرف. وان لم يكن راضيا بالرضا الفعلي ولكن كان راضيا بالرضا التقديري، بمعنى انه لو كان عالماً بالفساد وان المال ماله كان راضياً بالتصرف فيه، جاز التصرف بناءاً على كفاية الرضا التقديري في حلّية التصرف. والا فلا يجوز لما دل على انه لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفسه.[1]

---

١) راجع الوسائل ـ باب ٣ ـ من ابواب مكان المصلي والمستدرك ج ١ ص ٢١٢ و فروع الكافي ج ١ ـ ص ٤٢٦ ـ والاحتجاج ص ٢٦٧.

المشهور: على اليد ما أخذت حتّى تؤدي.[١] والخدشة في دلالته بأنّ كلمة على ظاهرة في الحكم التّكليفي، فلا يدلّ على الضّمان[٢] ضعيفة جدّاً، فإنّ هذا الظّهور انّما هو اذا اسند الظرف الى فعل من افعال المكلّفين، لا الى مال من الأموال كما يقال عليه دين،

ودعوى ان فساد المعاملة لا يوجب زوال الإذن والرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد، لأن الجنس لا يتقوّم بفصل خاص.

فاسدة، فان الرضا من قبيل ما يكون ما به اشتراكه عين ما به امتيازه. فاذا لم يترتب على الرضا الموجود في ضمن المعاملة اثر ـ والمفروض انه ليس هناك رضا آخر ـ فلا مورد للقول بالجواز.

واما الثاني: فقد مر في التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة ما عن بعضهم من حصول الملك بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة وما يرد عليه.

وانما الكلام في المقام في انه مع عدم حصول الملك هل يكون ضامناً لو تلف ام لا. المشهور بين الأصحاب هو الأول، وعن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

واستدل له في المتن بوجهين.

[١] الأول: النبوي المشهور: على اليد ما اخذت حتى تؤدي[1].

وهو وان كان ضعيف السند الا انه لإعتماد الأصحاب عليه واستدلالهم به لا مجال للمناقشة في سنده، وانما المهم دفع ما اورد على الإستدلال به، وهو انما يكون امرين.

[٢] الاول: ان كلمة على ظاهرة في الحكم التكليفي، من جهة ان ظاهر كلمة على هو الإستعلاء والاستعلاء المعقول الحاصل في التكليف اقرب الى المعنى الحقيقي مما يتصور بالنسبة الى الوضع.

ويمكن الجواب عنه بوجوه.

منها: ان حمله على ارادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغواً ويقدر يجب ونحوه، بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى، وهو خلاف الظاهر.

---

١) سنن البيهقي ج ٦ ـ ص ٩٠ ـ وكنزل العمال ج ٥ ـ ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧ تفسير ابوالفتوح رازى ج ١، ص ٧٨٤، عوالى اللئالى، ج ٢، ص ٣٤٥؛ ج ١٠ ـ المستدرك كتاب الغصب باب ١، حديث ٤، نقل عنهما.

فان لفظة على حنيئذ لمجرد الاستقرار فى العهدة عينا كان اودينا[١].

ومنها: انه يستدعي تقدير فعل من الأفعال من قبيل رده او حفظه، وهذا التقدير ايضا خلاف الظاهر.

ومنها: ان تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال الى صاحبه لا يناسب الغاية، اذ يكون مفاده حينئذ انه يجب الرد الى ان يتحقق الرد، فتكون الغاية تحديداً للموضوع، وهو بعيد في الغاية.

ولا يناسب ايضا ارادة دفع البدل، اذ مع امكان الغاية لا يجب دفع البدل، ومع عدم امكانها لا غاية كي يفي بها.

فالمتعين حمل الحديث على الوضع.

[١] ثم الوضع المراد من الحديث هل هو بمعنى الضمان بالقوة وهو كون دركه عليه مع تلفه كما هو صريح المتن والمنسوب الى المشهور.

ام هو بمعنى دخول الماخوذ في العهدة وللعهدة آثار تكليفية ووضعية من حفظه وادائه مع التمكن واداء بدله لو تلف ـ كما اختاره بعض مشايخنا العظام؟ وجهان.

اقواهما الثاني، لأن ما قبل الغاية من جهة كونه مغيى بالأداء لابد وان يكون امراً ثابتا فعلياً مستمراً الى ان يتحقق الأداء، وهذا ينطبق على الوجه الثاني، واما على الوجه الأول فلا امر مستمر الى حال الأداء ما لم يتلف.

الإيراد الثاني: ما عن المحقق النائيني﵀، وهو: ان الأخذ هو الإستعلاء على الشيء بالقهر والغلبة كما تشهد به موارد استعماله ـ لا حظ قوله تعالى: ﴿وكذلك اخذ ربك اذا اخذ القرى﴾[١] وقوله: ﴿لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين﴾[٢] وقوله تعالى: ﴿فاخذناهم اخذ عزيز مقتدر﴾[٣] وغير ذلك من موارد استعماله. وعليه فيختص الحديث بصورة الغصب ولا يشمل غير ذلك المورد من موارد اذن المالك الحقيقي وتسليط المالك ماله للمشتري.

---

١) هود، ١٠٢.

٢) الحاقة، ٤٦.

٣) القمر، ٤٢.

ومن هنا كان المتّجه صحة الإستدلال به على ضمان الصّغير[١] بل المجنون اذا لم يكن يدهما ضعيفة، لعدم التّمييز والشّعور،

وفيه: ان الأخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء كان عن قهر وغلبة ام لم يكن، واستعماله في غير موارد الأخذ بالغلبة والقهر كثير، لاحظ قوله تعالى: ﴿خذ العفو﴾[١] وقوله عزاسمه: ﴿خذ من اموالهم صدقة﴾[٢] وقوله عليه السلام: خذها فاني اليك معتذر.

وغير ذلك من الموارد.

فتحصل: أن الحديث يدل على الضمان في مطلق الموارد.

[١] قال المصنف رحمه الله: ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير.

ويرد عليه: انه يتم على القول باستقلال الأحكام الوضعية في الجعل، واما بناءاً على مسلكه قده من انها منتزعة من الأحكام التكليفية في مواردها فلا يتم كما لا يخفى.

وما ذكره بعض مشايخنا العظام بقوله: ويمكن دفعه بان ذلك انما يتوجه لو اريد من الجملة الإنشاء والجعل، واما لو اريد منه الاخبار بالتعهد، وان الآخذ متعهد بما اخذه، وانه يثبت عليه ويتوجه اليه تمام ما في الماخوذ من التكلفات والخسارات المتوجهة طبعا الى مالكه، فلا يلزم شيء، ويكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع من التكليف.

يرد عليه: ـ مضافا الى كونه خلاف الظاهر، اذ الظاهر من الجملة كونها في مقام الإنشاء لا الإخبار.

ان الأمر الإنتزاعي يتبع منشأ انتزاعه فعلا وتقديراً، فاذا لم يكن بالنسبة الى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه.

واما ما افاده في رسالة الإستصحاب بما حاصله: ان ضمان الصغير حكم وضعي ينتزع من الخطاب المتوجه اليه بعد صيرورته بالغا بان يغرم ما اتلفه في حال صغره.

فيرد عليه: ان فعلية الأمر الإنتزاعي مع كون منشأ انتزاعه امرا استقباليا لا تعقل.

---

١) الاعراف، ١٩٩.

٢) التوبة، ١٠٣.

ويدلّ على الحكم المذكور ايضاً قولهؑ في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري انّه: يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرّجل ولده بالقيمة[١] فإنّ ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماء لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريق اولى، فليس استيلادها من قبيل إتلاف النّماء بل من قبيل أحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتّالف لا كالمتلف فافهم.

---

[١] هذا هو الوجه الثانى للضمان وهو.

مرسل جميل بن دراج عن ابى عبداللهؑ فى رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة قالؑ ياخذ الجارية صاحبها وياخذ الرجل ولده بقيمته.(١)

بدعوى انه يدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري، فيدل بالاولوية على ضمان العين في صورة التلف.

وجه الاولوية: ان اليد على المنافع انما يكون بتبع اليد على الأعيان، فاذا كانت اليد التابعة موجبة للضمان فالمتأصلة اولى بذلك.

وفيه: انه لو قيل بتكون الولد من نطفة المرأة وكان اللقاح من الرجل.

او قيل بان الولد ينعقد رقاً ويصير حراً بالولادة.

يكون: ذلك اتلافا حقيقة، والضمان في صورة الإتلاف مما لا كلام فيه.

واما لو قيل بتكونه من نطفة الرجل وانه ينعقد رقاً، فمن حيث اخذ الولد منها حراً وان كان لا اتلاف ولا استيفاء للمنفعة، الا انه من حيث اشغال الرحم بتربية ما وضعه فيها استيفاء لمنفعة الرحم، ولا اقل من كونه اتلافا، فانها كانت مستعدة لإنماء نطفة الرق فسلب عنها ذلك باشغالها بنطفته.

وعليه فاذا كان مفاد الحديث ثبوت ضمان الولد بالقيمة كان ذلك تعبداً محضا وتم استدلال المصنفؒ به، واما لو كان مفاده ثبوت ضمان قيمة ولد مملوك فلا يتم، ولا يبعد دعوى ظهوره في الثاني، ولا اقل من الإجمال.

---

١) الوسائل ـ باب ٨٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣.

ثمّ انّ هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة، كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده[١] وهذه القاعدة اصلاً وعكساً وان لم اجدها بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلاّمة الاّ انّها يظهر من كلمات الشّيخ﵀ في المبسوط، فانّه علّل الضّمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنّه دخل على ان يكون المال مضموناً عليه.

وحاصله انّ قبض المال مُقدِماً على ضمانه بعوض واقعي او جعليّ موجب للضّمان، وهذا المعنى يشمل القبوض بالعقود الفاسدة الّتي تضمن بصحيحها. وذكر ايضاً في مسألة عدم الضمان في الرّهن الفاسد: انّ صحيحه لا يوجب الضّمان، فكيف يضمن بفاسده، وهذا يدلّ على العكس المذكور، ولم اجد من تأمّل فيها عدا الشّهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق، فهل يستحق السابق اجرة المثل ام لا، وكيف كان فالمهمّ بيان معنى القاعدة اصلاً وعكساً، ثمّ بيان المدرك فيها.

فتحصل: انه لا يصح الإستدلال به من جهتين.

ثم انه في مورد الخبر لابد من البناء على اشتغال ذمة المشتري بالوطء ايضا، فانه منفعة استوفاها عن ملك الغير.

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

وفي مفتاح الكرامة نسب الى الأصحاب انهم استدلوا للضمان مضافا الى ما تقدم بالقاعدة المشهورة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

وفي الجواهر بالنسبة الى الجملة الأُولى إنه يظهر من بعضهم الإجماع عليها.

[١] وفي المتن: ثم ان هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده،

فنقول ومن الله الاستعانة: انّ المراد بالعقد اعمّ من الجائز واللاّزم، بل ممّا كان فيه شائبة الايقاع، او كان اقرب إليه فيشمل الجعالة والخلع، والمراد بالضّمان في الجملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته ودَرَكه في ماله الاصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه معه.[١]

وقد اورد على المصنف﵀ بان هذه القاعدة اصلا وعكسا لم ترد مورد رواية ولا معقد اجماع كي تكون مدركا لضمان المقبوض بالعقد الفاسد فلا فائدة في البحث فيها.

وفيه ان التعرض لذلك بعد بنائه على ان مقتضى حديث على اليد ـ اقتضاء كل يد للضمان، بيان ما خرج عن تحت هذه القاعدة تخصيصا او تخصصا.

وكيف كان: فالمهم بيان معنى القاعدة اصلا وعكسا، ثم بيان المدرك فيها.

فلا بد من البحث في مقامين:

الأول: في الأصل، والكلام فيه في جهات:

الأُولى: في معنى الضمان، فعن بعض الأساطين تفسيره بكون تلفه عليه وانه يتلف مملوكا له.

وفيه: انه لا دليل ولا وجه لتقدير التالف ملكا لمن تلف في يده الا بناءاً على القول بكون اداء البدل من قبيل المعاوضة القهرية الشرعية، وستعرف ما في المبنى.

مع ان الإنسان لا يكون ضامنا لأمواله التالفة ولا يكون ذلك خسارة عليه وان كان خسارة منه. وفي المتن.

[١] تفسيره بكون المال متداركاً بالعوض بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فاذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه.

ويرد عليه:

اولا: ان هذا لا يناسب معنى الضمان الذي هو من مادة ضمن يضمن بحسب اللغة والمتفاهم العرفي.

وثانيا: ان لازم هذا المعنى عدم فعلية الضمان قبل التلف في العقود الفاسدة.

وثالثا: ان الثابت في العقود الصحيحة التمليك للمال بالعوض لا التدارك بالعوض، فليس عنوان الدرك والتدارك في الصحيح.

وامّا مجرّد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهّم فليس هذا معنى للضّمان اصلاً، فلا يقال أنّ الانسان ضامن لأمواله، ثمّ تداركه من ماله تارة يكون باداء عوضه الجعلي الّذي تراضى هو والمالك على كونه عوضاً وامضاه الشّارع كما في المضمون بسبب العقد الصّحيح واخرى باداء عوضه الواقعي وهو المثل او القيمة وان لم يتراضيا عليه، وثالثة باداء اقلّ الامرين:[١] من العوض الواقعي والجعلي، كما ذكره بعضهم في بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التّعويض قبل دفع العوض[٢] فإذا ثبت هذا فالمراد بالضّمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأنّ هذا هو التّدارك حقيقة. ولذا لو اشترط ضمان العارية

ورابعا: ان التلف لا دخل له في الضمان في الصحيح، وانما تمام الموضوع فيه هو العقد.

فالحق في معنى الضمان ان يقال: ان المراد به في الجملتين هو المراد به في سائر موارد استعماله، بل سائر موارد استعمال مشتقاته، وهو التعهد المالي. ففي العقود الصحيحة يكون هذا المعنى ـ اي تعهد كل منهما مال صاحبه بتسبيب من المتعاقدين مع امضاء الشارع ـ وفي العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع، فالضمان في الجملتين اريد به التعهد المالي.

[١] قوله وثالثة باداء اقل الامرين من العوض الواقعي والجعلي.

[٢] وقد مثل لذلك بتلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

وفي المسألة اقوال.

الاول عدم وجوب دفع العوض وعدم الضمان، اختاره العلامة، وولده على ما نسب اليهما.

الثاني ما عن جماعة، وهو تعين دفع المسمى.

الثالث، ما عن المسالك، واختاره المصنف﴿ وهو وجوب اقل الامرين من المسمى والعوض الواقعي للعين.

وجه الاول انه في الهبة المعوضة، لا يجب على المتهب دفع العوض، غاية الامر مع بقاء العين للواهب الرجوع اذا لم يدفع المتهب العوض، ففي صورة التلف لا يجب عليه شيء، لا العوض المسمى كما هو واضح، ولا الواقعي لفرض انه هبة صحيحة.

لزم غرامة مثلها او قيمتها، ولم يرد في اخبار ضمان المضمونات من المغصوبات وغيرها عدا لفظ الضّمان بقول مطلق.

وامّا تداركه بغيره فلابدّ من ثبوته من طريق آخر مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشّارع فاحتمال ان يكون المراد بالضّمان في قولهم يضمن بفاسده هو وجوب اداء العوض المسمّى، نظير الضّمان في العقد الصّحيح ضعيف في الغاية لا لانّ ضمانه بالمسمّى يخرجه من فرض الفساد، اذ يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلّ من العوضين على ملك مالكه وان كان عند تلف احدهما يتعيّن الآخر للعوضية، نظير المعاطاة[١] على القول بالاباحة بل لأجل ما عرفت من معنى الضّمان وانّ التّدارك بالمسمّى في الصّحيح لامضاء الشّارع ما تواطئا على عوضيّته، لا لأنّ معنى الضّمان في الصّحيح مغاير لمعناه الفاسد حتّى يوجب ذلك تفكيكاً في العبارة فافهم.

ووجه الثانى عموم مادل على لزوم الوفاء بالعقد ـ غاية الامر انه فى صورة وجود العين يكون المتهب مخيرا بين ردها ودفع المسمى ـ فاذا تعذر الاول للتلف تعين الثانى.

ووجه الثالث ان المتهب قبل التلف مخير بين دفع المشترط ورد العين واذا تلف يكون هذا الخيار باقيا لانه تعذر دفع العين يقوم بدلها مقامها فى الطرفية للتخيير.

فيكون فى فرض التلف مخيرا بين دفع المشترط والعوض الواقعى فالواجب عليه اى مالا بدمنه هو دفع اقل الامرين وتمام الكلام فى هذه المسألة موكول إلى محله.

[١] قوله اذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه وان كان عند تلف احدهما يتعين الاخر للعوضية نظير المعاطاة.

وفيه ان معنى الفساد عدم امضاء الشارع لعوضية كل منهما للاخر مطلقا، لا عدم امضائه لها فى زمان خاص، او مع عدم الشرط المخصوص.

وعليه فتعين كل منهما للعوضية، عند تلف احدهما، مناقض لفرض الفساد.

وانما يلتزم بذلك فى المعاطاة لما عرفت من انها صحيحة ممضاة، غاية الامر تكون مشروطة بشرط، وهو تلف احدهما فضمانه بالمسمى يخرجه من فرض الفساد.

ثمّ العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الانواع[١] ليكون افراده مثل البيع، والصّلح والإجارة ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضّمان، وإنّما المقتضى له بعض اصنافه. فالفرد الفاسد من ذلك الصّنف يضمن بـه، دون الفـرد الفاسد من غير ذلك الصّنف مثلاً الصّلح بنفسه لا يوجب الضّمان، لأنّه قد لا يفيد الاّ فائدة الهبة الغير المعوضّة او الابـراء، فـالموجب للـضّمان هـو المشـتمل عـلى المعاوضة فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضّمان ايضاً، ولا يـلتفت الى انّ نوع الصّلح الصّحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً، فلا يضمن بفاسده وكذا الكلام في الهبة المعوّضة، وكذا عارية الذّهب والفضّة.

نعم ذكروا في وجه عدم ضمان الصّيد الّذي استعاره المـحرم، انّ صـحيح العارية لا يوجب الضّمان، فينبغي ان لا يضمن بفاسدها، ولعلّ المراد عارية غير الذّهب والفضّة و غير المشروط ضمانها

---

[١]الجهة الثانية: في ان عموم العقود هل هو انواعي، او اصنافي، ام افرادي؟

ظاهر العموم وان كان هو الأخير ـ كما هو الشأن في كل طبيعة واقعة في متلو اداة العموم كقوله ﷺ كل شيء طاهر، او كل مسكر حرام وما شابههما.

الا ان ظاهر قولنا يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وجود الفردين في ما هو الموضوع لهذا الحكم، ولو حمل العام على الإفرادي تعين حمل الصحيح على الفـرض والتـقدير فيقال: ان هذا البيع الفاسد لو كان صحيحا كان يضمن به، فكذلك في هذا الفرض، وهو خلاف الظاهر.

فما احتمله صاحب الجواهر من كون العموم افراديا ضعيف.

فيدور الأمربين كونه انواعيا او اصنافيا.

والأظهر هو الثاني، اذ لو كان انواعيا حيث انه قد يتفق في نوع واحد، ما يضمن بصحيحه، وما لا يضمن به، كالعارية: فان في عارية الذهب والفضة ضمان دون عارية غيرهما، وكالصلح فانه ربما يكون معاوضيا، وربما لا يكون كذلك فلا يفيد سوى الإبراء والتمليك المجاني، فالجامع بين القسمين لا محالة لا يكون موجبا للضمان،

ثم المتبادر من اقتضاء الصّحيح للضّمان اقتضائه له بنفسه[١] فلو اقتضاه الشّرط المتحقّق في ضمن العقد الصّحيح، ففي الضّمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضّمان تمسّكاً بهذه القاعدة اشكال كما لو استأجر اجارة فاسدة، واشترط فيها ضمان العين. وقلنا بصحة هذا الشّرط فهل يضمن بهذا الفاسد لأنّ صحيحه يضمن به ولو لأجل الشّرط ام لا وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة. ويظهر من الرّياض اختيار الضّمان بفاسدها مطلقاً تبعاً لظاهر المسالك، ويمكن جعل الهبة المعوّضة من هذا القبيل بناء على انّها هبة مشروطة لا معاوضة.

وربما يحتمل في العبارة ان يكون معناه انّ كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد، ورتّب عليه عدم الضّمان فيما لو استأجر بشرط ان لا أجرة كما اختاره الشّهيدان او باع بلا ثمن كما هو احد وجهي العلاّمة في القواعد، ويضعّف بأنّ الموضوع هو العقد الّذي وجد له بالفعل صحيح وفاسد، لا ما يفرض تارة صحيحاً واخرى فاسداً، فالمتعيّن بمقتضى هذه القاعدة الضّمان في مسألة البيع، لأنّ البيع الصّحيح يضمن به نعم ما ذكره بعضهم من التّعليل لهذه القاعدة بأنّه اقدم على العين مضمونة عليه لا يجرى في هذا الفرع لكنّ الكلام في معنى القاعدة لا في مدركها.

فلا بد من البناء على عدم الضمان في الأفراد الفاسدة منه مطلقا وهو مما لا يمكن الإلتزام به.

وان شئت قلت: انه مع وجود القسمين في نوع فهل يتبع الفاسد ما يضمن بصحيحه، او ما لا يضمن به.

وبعبارة ثالثة: ان ظاهر الجملة اتحاد القسمين في جميع ما يعتبر في الضمان وعدمه الا في الجهة الموجبة للفساد، فيتعين كون العموم اصنافيا.

[١] قوله ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه.

اورد عليه السيد﵀: بان العقد مع الشرط ومجرداً عنه صنفان متغايران، وبعد ارادة الصنف من مدخول كل لا يبقى اشكال في ان المراد اعم من ان يكون اقتضاء الصحيح بنفسه او بضميمة الشرط.

وفيه: ان الشرط تارة يكون مؤثراً في اقتضاء العقد للضمان ـ وبعبارة اخرى:

ثمّ انّ لفظة الباء في بصحيحه وبفاسده. امّا بمعنى[١] في بأن يراد كلّما تحقّق الضّمان في صحيحه تحقّق في فاسده، وامّا لمطلق السّببيّة الشّامل للنّاقصة لا العلة التّامة فإنّ العقد الصّحيح قد لا يوجب الضّمان الاّ بعد القبض، كما في السّلم والصّرف بل مطلق البيع حيث انّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع بمعنى انّ دركه عليه ويتداركه بردّ الثّمن فتأمّل. وكذا الاجارة والنّكاح والخلع فإنّ المال في ذلك كلّه مضمون على من انتقل عنه الى ان يتسلّمه من انتقل اليه. وامّا العقد الفاسد فلا يكون علّة تامّة أبداً بل يفتقر في ثبوت الضّمان الى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً. امّا لأنّه المنشأ للقبض على وجه الضّمان الّذي هو سبب للضّمان[٢].

يوجب ضمان متعلق العقد، كما في العارية المضمونة، فان الشرط يوجب صيرورة يد المستعير يد ضمان.

واخرى لا يكون كذلك، بل يوجب الضمان في غير متعلق العقد كما لو استأجر اجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين وقلنا بصحة هذا الشرط، فان متعلق العقد هو المنفعة دون العين.

ففي الأول يتم ما ذكره المحشي ولا يتم في الثاني كما لا يخفى.

[١] قوله ثم ان لفظة الباء فى بصحيحه وبفاسده اما بمعنى فى.

هذه هى الجهة الثالثة: وهى في بيان الباء في بصحيحه وبفاسده.

محتملات الباء في المقام ثلاثة: السببية التامة، السببية الناقصة، الظرفية.

لا سبيل الى الإلتزام بالأول، لأنه ربما لا يوجب العقد الصحيح الضمان الا بعد القبض كما في باب الصرف والسلم، فيكون القبض جزء العلة.

واما الثاني: فالإلتزام به في بصحيحه وان كان لا بأس به الا انه لا يتم في بفاسده، اذ في العقد الفاسد الموجب للضمان هو القبض دون العقد، وقد ذكر المصنف وجهين لسببية العقد الفاسد للضمان:

[٢] الاول ان العقد منشأ وسبب للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، فهو سبب للسبب.

واما لانه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض[١] ولذا علّل الضّمان الشّيخ وغيره، بدخوله على ان يكون العين مضمونة عليه ولا ريب انّه دخوله على الضّمان انّما هو بإنشاء العقد الفاسد فهو سبب لضمان ما يقبضه والغرض من ذلك كلّه، دفع ما يتوهّم انّ سبب الضّمان في الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصّحيح في سببيّة الضّمان ويقال: كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وقد ظهر من ذلك ايضاً فساد توهّم انّ ظاهر القاعدة عدم توقف الضّمان في الفاسد الى القبض فلابدّ من تخصيص القاعدة باجماع ونحوه، ثمّ انّ المدرك لهذه الكليّة[٢] على ما ذكره في المسالك

وفيه: ان سبب السبب وان كان سبباً الا ان ذلك فيما اذا كانت السببية في الموردين من سنخ واحد تكوينية او تشريعية، واما اذا كانت في احدهما تكوينية وفي الآخر تشريعية فلا يصح هذا الإطلاق كما لا يخفى، والمقام كذلك، فان سببية العقد الفاسد للقبض ليست تشريعية بخلاف سببية القبض للضمان. وان شئت قلت: ان الظاهر من هذه الجملة ان السببية المترقبة من هذه القاعدة هي الشرعية لا الخارجية.

[١] الثاني: ان العقد الفاسد سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.

وفيه: ان الموجب للضمان هو القبض، والسببية المشار اليها من قبيل الوصف بحال المتعلق، فعلى هذا بما ان الظاهر بقرينة وحدة السياق ارادة شيء واحد من كلمة الباء، فيتعين حملها على ارادة الظرفية، كما في قوله تعالى: ﴿ولقد نصركم الله ببدر﴾[1] وقوله: ﴿ونجيناهم بسحر[2]﴾ وغير ذلك من الإستعمالات.

مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

[٢] قوله ثم ان المدرك لهذه الكلية.

هذه هي الجهة الرابعة: وهي في مدرك هذه القاعدة وقد ذكر له وجوه.

الأول: الإجماع.

وفيه: انه لو تم الإجماع حيث انه غير تعبدي لمعلومية مدرك المجمعين فلا يعتنى به.

---

١) آل عمران، آية ١١٩.

٢) القمر، آية ٣٥.

فى مسألة الرّهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل، هو اقدام الاخذ على الضّمان[١] ثمّ اضاف الى ذلك قولهﷺ على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي.

والظّاهر انّه تبع في استدلاله بالاقدام الشّيخ في المبسوط حيث علّل الضّمان في موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين بدخوله على ان يكون المال مضموناً عليه بالمسّمي فإذا لم يسلّم له المسمّى رجع الى المثل او القيمة، وهذا الوجه لا يخلو عن تأمّل لأنّهما انّما اقدما وتراضيا وتواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ[٢] لا الضّمان بالمثل والقيمة والمفروض عدم امضاء الشّارع لذلك الضّمان الخاصّ، ومطلق الضّمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصيّة، حتّى يتقوّم بخصوصيّة اخرى، فالضّمان بالمثل او القيمة ان ثبت، فحكم شرعى تابع لدليله

---

[١] الثاني: اقدام الآخذ على الضمان، وهو وان دخل على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى، لكنه اذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل او القيمة.

واورد عليه المصنفﷺ بايرادات:

[٢] منها: انهما انما أقدما على ضمان خاص لا الضمان بالمثل او القيمة، والمفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى.

واورد عليه المحقق الخراسانيﷺ على ما نسب اليه: بانهما انما اقدما على اصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاص، والشارع انما لم يمض الضمان الخاص لا اصله.

وفيه: ان الإقدام الموضوع للأثر هو الإقدام القصدي لا القهري، ومعلوم ان ما تراضيا عليه وقصداه هو الضمان بشيء خاص، وهذا لا ينحل الى التراضي بمطلق الضمان، وكونه بشيء خاص، فلا يكون الإقدام على الضمان بالمسمى اقداما على مطلق الضمان.

فالاولى: ان يورد على المصنفﷺ: بان ما ذكره اخص من المدعى، اذ ربما يكون المسمى مقداراً كليا منطبقاً على القيمة الواقعية، وربما يكون المسمى هو القيمة الواقعية. وفي هذين الموردين يكون المقدم عليه هو الذي يحكم بثبوته.

وليس مما اقدم عليه المتعاقدان. هذا كلّه مع انّ مورد هذا التّعليل اعمّ من وجه من المطلب اذ قد يكون الاقدام موجوداً ولا ضمان كما قبل القبض[١] وقد لا يكون اقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضّمان[٢] كما اذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع اذا تلف في يد المشتري وكما اذا قال بعتك بلاثمن، او اجرتك بلا اجرة، نعم قوى الشّهيدان في الأخير عدم الضّمان واستشكل العلاّمة في مثال البيع في باب السّلم. وبالجملة فدليل الاقدام مع انّه مطلب يحتاج الى دليل لم نحصّله منقوض طرداً وعكساً.

---

[١] ومنها: انه ربما يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان كما قبل القبض.

وفيه: ان الضمان في الصحيح ضمان المسمى، وهو متحقق قبل القبض، وانما يكون التلف من مال بائعه لما دل على ذلك من جهة انفساخ العقد بالتلف او من جهة الشرط الإرتكازي الضمني، وهو ضمان البائع لو تلف المال قبل قبضه. وعلى اي تقدير الضمان المقدم عليه قبل القبض موجود.

[٢] ومنها: انه ربما لا يكون الإقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما اذا قال بعتك بلا ثمن، وكما اذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع اذا تلف في يد المشتري.

ولكن يرد على النقض الأول: ان المنشأ لهذا البيع لا يتمكن من قصد حقيقة البيع الاّ بان يقصد ذلك بقوله بعتك، وقوله بلا ثمن يكون اسقاطاً للعوض وابراءاً لذمة المشتري، فان قوام البيع وحقيقته انما يكون بجعل المال بازاء الثمن، فيكون هذا الكلام من الأغلاط وذكر المتناقضين، وان قصد البيع بقوله بعتك خاصة فقد أقدم على الضمان، وان قصد به التمليك فهو هبة، اذ التمليك بلا عوض هو الهبة. وعليه فان صح انشاء عقد بالألفاظ الموضوعة لعقد آخر كانت هذه هبة صحيحة، والا ففاسدة، فعلى جميع التقادير لا يصح هذا النقض.

ويرد على الثاني: ان الإقدام على الضمان المعاوضي موجود، وكذلك الضمان، غاية الأمر هناك شرط لضمان البائع المبيع.

واما خبر اليد فدلالته وان كانت ظاهرة وسنده منجبراً[١] الا ان مورده مختص بالاعيان فلا يشمل المنافع والاعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة.[٢]

ومنها: انه لا دليل على سببية الإقدام للضمان، وهذا هو الحق في الجواب عن هذا الدليل.

[١] الثالث: خبر على اليد المتقدم وقد تقدم ان ضعف سنده منجبر بالشهرة ودلالته على الضمان ظاهرة.

[٢] واورد عليه: بان مورده مختص بالأعيان ولا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة.

وجه الإختصاص بها امران.

احدهما: ما افاده المصنف في الأمر الثالث، وهو عدم صدق الأخذ بالإضافة الى المنافع.

وفيه: انه ليس المراد بالأخذ الأخذ بالجارحة الخاصة، والاّ لزم عدم شمول الخبر لجملة من الأعيان كالدار والعقار، فلا محالة يكون الأخذ كناية عن الإستيلاء على الشيء، والتعبير عنه بالأخذ باليد من جهة كونه لازماً غالبياً له، والأخذ بهذا المعنى يصدق بالإضافة الى المنافع، اذ الإستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالإستيلاء على العين، وان لم يستوف المنفعة ولم تكن العين مضمونة، فان المنفعة هي قابلية العين للركوب وللسكنى مثلاً، وهذه القابلية من مراتب وجود العين، والإستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شؤونها ومراتب وجودها، ومنها القابلية للإنتفاع.

ثانيهما: ما افاده المحقق الإصفهاني﵀، وهو عدم صدق التأدية في المنافع، فان الظاهر قوله حتى تؤدى كون عهدة المأخوذ باداء نفس الماخوذ، والمنافع لتدرجها في الوجود لا اداء لها بعد أخذها في حد ذاتها.

ولا يمكن دفعه بان المنفعة وان كانت تدريجية الوجود الا انها واحدة وجوداً فيصدق الأخذ بالإستيلاء على طرف هذا الواحد والأداء باداء طرفه الآخر، لأن المقصود اثبات ضمان المنافع، وهذا التقريب يوجب عدم الضمان بعد رد العين كما لا يخفى.

اللّهم الاّ ان يستدلّ على الضّمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم[١] وانّه لا يحلّ الاّ عن طيب نفسه، وانّ حرمة ماله كحرمة دمه وانّه لا يصلح ذهاب حق احد

كما انه لا يفيد جعل الغاية محددة للموضوع فيدل الخبر على ضمان الماخوذ غير المؤدى، اذ الظاهر منه ما كان من شانه ان يؤدى بعد اخذه.

وفيه: ان الغاية في الخبر ليست اداء شخص ما اخذ والاّ بقي الضمان في صورة التلف واداء العوض لعدم تحقق اداء الشخص، بل المراد منها اعم من اداء الشخص واداء العوض غاية الأمر يكون بنحو الطولية، فاذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان الاّ باداء شخصها، وفي صورة التلف يرتفع باداء عوضها، والمنافع وان لم يمكن ردها الا انه يمكن رد عوضها.

هذا كله مضافا الى انه يمكن ان يقال: انه وان اختص مورد الخبر بالأعيان ولا يشمل المنافع، الاّ ان اخذ العين له احكام منها ضمان منافعها.

فتحصل: ان الأظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع.

[١] الرابع: قاعدة احترام مال المسلم الثابتة بقوله ﷺ: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه.[١] وقوله ﷺ: حرمة ماله كحرمة دمه[٢]. وقوله: لا يصلح ذهاب حق احد.[٣]

وتقريب دلالة حديث لا يحل: ان الحلال هو ما لا تبعة له، فاذا نسب الى الفعل كان معناه انه لا يعاقب عليه، فيستفاد منه الحلية التكليفية. واذا نسب الى المال كما في المقام كان معناه ما لا خسارة من قبله، فمعنى لا يحل في المقام انه مع عدم رضا المالك يكون المال مما له تبعة وخسارة وعوض.

وفيه: اولا: ان ظاهر هذا التركيب في نفسه ارادة الحلّية التكليفية، ويقدر التصرف

---

١) بمضمونه اخبار ـ في الوسائل باب ٣ ـ من ابواب مكان المصلي ـ والمستدرك ج ١، ص ٣١٢ ـ وفروع الكافي ج ١ ـ ص ٢٢٦ ـ والاحتجاج ص ٢٦٧.

٢) الوسائل ـ باب ٣ ـ من ابواب القصاص في النفس حديث ٣.

٣) الوسائل ـ باب ٤٠ ـ من ابواب كتاب الشهادات حديث ١ و ٤.

.....

كما في نظائر المقام، كقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم امهاتكم﴾[١] وقوله عز وجل: ﴿احل لكم الطيبات﴾[٢] وغيرهما.

وثانيا: ان حمل الحلّية على الوضعية لا يلائم مع حرف المجاوزة في قوله الا عن طيب نفسه، فان ظاهره صدور شيء عن الطيب، فيكون ظاهره حلّية التصرف عن الرضا.

وثالثا: ان الحديث لو دل على الضمان فانما هو بالنسبة الى المنفعة التي استوفيت، ولا يدل على الضمان في المنافع غير المستوفاة، والعمل الصادر من الأجير بالإجارة الفاسدة من دون تسبيب من المستأجر، فانها غير مربوطة بالمستأجر حتى يشملها الحديث الشريف.

ورابعا: انه لا يشمل عمل الحر بناءاً على ما تقدم منه في اول كتاب البيع من التامل في صدق المال عليه.

واما حديث حرمة ماله كحرمة دمه فتقريب الإستدلال به: ان الحرمة انما نسبت الى المال، وظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث انه مال، واحترامه كذلك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية بتداركها، فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه، فرعاية ماليته رده اورد عوضه لو تلف.

وفيه: اولا: ان ظاهر الخبر ـ ولو بقرينة السياق ـ ارادة الحرمة التكليفية منه، فان قبله هكذا: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، واكل لحمه من معصية الله فيكون المراد من حرمة ماله ـ بواسطة تنظيره بحرمة دمه ـ شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر.

وثانيا: انه ايضا لا يشمل المنافع غير المستوفاة والعمل الصادر من الأجير غير العائد نفعه الى المستأجر.

وثالثا: ان الظاهر منه من جهة اضافة المال الى المؤمن ارادة رعاية مالكيته،

---

١) النساء، ٢٣.

٢) المائدة، ٤.

مضافاً الى ادلّة نفي الضّرر فكلّ عمل وقع من عامل لاحد بحيث يقع بأمره وتحصيلاً لغرضه، فلابدّ من اداء عوضه لقاعدتي الاحترام ونفي الضّرر. ثمّ انّه لا يبعد ان يكون مراد الشّيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضّمان بالاقدام والدّخول عليه بيان انّ العين والمنفعة اللّذين تسلّمهما الشّخص لم يتسلّمهما مجاناً وتبرّعاً حتّى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض كما في العمل المتبرّع به والعين المدفوعة مجّاناً او امانة، فليس دليل الاقدام دليلاً مستقّلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضي اليد في الاموال واحترام الاعمال. نعم في المسالك ذكر كلاً من الاقدام واليد دليلاً مستقلاً فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النّقض والاعتراض.

وهي لا تقتضي ازيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه، لا تداركه لو تلف.

ورابعا: انه لا يشمل عمل الحر بناءاً على عدم كونه مالا.

واما حديث لا يصلح ذهاب حق احد فهو لا يدل على الضمان، لأن الكلام انما هو في ثبوت الحق في المقام، والحكم لا يصلح لإثبات موضوعه.

[١] الخامس: قاعدة نفي الضرر، بدعوى ان حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال تحت يده ضرري على المالك فينتفي لحديث نفي الضرر[1]، فيحكم بالضمان.

ولكن بغد تسليم المبنيين اللذين بنى عليهما المصنف﵀ في محله، وعليهما يبتني الإستدلال في المقام.

احدهما: ان المنفي بحديث لاضرر ليس خصوص الأحكام الوجودية المجعولة، بل كل ما هو من الإسلام وجودياً كان او عدمياً.

ثانيهما: ان مدلول حديث لاضرر نفي الحكم الناشيء من قبله الضرر، كان الضرر ناشئاً من متعلقه ام كان ناشئا من نفسه، كلزوم البيع الغبني.

انه لا يصح الإستدلال به في المقام من جهة ان حديث لاضرر انما يدل على نفي الحكم الناشيء من قبله الضرر، وان الضرر يكون منفيا فى عالم التشريع،

---

١) الوسائل ـ باب ١٢ و ٧ ـ من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٥ ـ من ابواب كتاب الشفعة و باب ١ من ابواب موانع الارث وغيرها من كتب الحديث.

ويبقى الكلام حينئذ في بعض الاعمال المضمونة الّتي لا يرجع نفعها الى الضّامن ولم يقع بأمره كالسّبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشّيخ والمحقّق وغيرهما بعدم استحقاق السّابق اجرة المثل، خلافاً لآخرين ووجهه انّ عمل العامل لم يعد نفعه الى الآخر ولم يقع بأمره ايضاً، فاحترام الاموال الّتي منه الاعمال لا يقضي بضمان الشّخص له ووجوب عوضه عليه لأنّه ليس كالمستوفي له، ولذا كانت شرعيّته على خلاف القاعدة حيث انّه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل وتمام الكلام في بابه.

ثمّ انّه لا فرق فيما ذكرنا من الضّمان في الفاسد بين جهل الدّافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض[١] وتوهّم انّ الدّافع في هذه الصّورة هو الّذي سلطه عليه والمفروض انّ القابض جاهل مدفوع، باطلاق النّص والفتوى، وليس الجاهل مغروراً لأنّه اقدم على الضّمان قاصداً وتسليط الدّافع العالم لا يجعلها امانة مالكيّة لأنّه دفعه على انّه ملك المدفوع اليه لا انّه امانة عنده او عارية. ولذا لا يجوز له التّصرف فيه والانتفاع به وسيأتي تتمة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري هذا كلّه في اصل الكليّة المذكورة.

ولا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي، فلو تضرر احد في تجارته مثلا لا يجب على المسلمين تدارك ضرره، وهذا من الوضوح بمكان.

وفي المقام اذا حكم الشارع بالضمان فهو انما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهه نفي الضرر، فالحديث لا يثبت ذلك.

مع ان الحديث لو كان مثبتا للزوم التدارك لما كان وجه للإلتزام بلزوم التدارك على من هو طرف العقد مع عدم انتفاعه به ولا اتلافه، فليكن سد ضرره من بيت المال المسلمين.

فالأظهر ان قاعدة نفي الضرر ايضا لا تفي باثبات المطلب. فالعمدة حديث اليد، وهو انما يختص بالأعيان والمنافع، ولا يشمل مثل عمل الحر كما لا يخفى.

[١] قوله لا فرق فيما ذكرنا من الضمان فى الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض.

الصور المتصورة اربع: علمهما بالفساد، وجهلهما به، وعلم الدافع مع جهل القابض، والعكس.

وامّا عكسها: وهو انّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده[١] فمعناه انّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرّهن والوكالة والمضاربة والعارية الغير المضمونة، بل المضمونة بناء على أنّ المراد بإفادة الصّحيح للضّمان افادته بنفسه لا بأمر خارج عنه، كالشّرط الواقع في متنه وغير ذلك من العقود اللاّزمة والجائزة،

والإشكال انما هو في صورتين منها، وهما: علم الدافع وجهل القابض، وعلمهما به. وفي الصورة الاولى منهما اشكال آخر مختص بها.

اما الإشكال المشترك فهو: ان الدافع ماله العالم بفساد العقد لا محالة يكون دفعه تسليطاً وامانة مالكية.

وفيه: انه يمكن ان يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذي بنى عليه تشريعاً.

وبعبارة اخرى: بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث في المقام.

واما اذا سلطه مجاناً فلا كلام في عدم الضمان.

واما الإشكال المختص فهو: ان الدافع اذا كان عالما بالفساد والقابض جاهلا به لا محالة يكون الدافع غاراً والقابض مغروراً، فلا يكون ضامناً لقاعدة الغرور.

وفيه: ان القابض انما قبضه لا مجانا بل مع العوض واقدم على ذلك، فلا يكون مغروراً.

قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

[١] المقام الثاني: في عكس القاعدة، وهو: ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

والكلام فيه في مواضع:

الأول: ان الكلام في مواد القضية هو ما تقدم في اصل القضية، الا انه يشهد لعدم ارادة السببية من لفظة الباء في هذه القاعدة انها لو كانت للسببية. لم تجد هذه القضية

.....

للحكم بعدم الضمان في شيء من الموارد، اذ هي انما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان، ولاينافي ذلك اقتضاء اليد او غيرها للضمان، فالمتعين حملها على ارادة الظرفية.

الثاني: في مدرك هذه القاعدة. فعن الشيخ في المبسوط: الإستدلال لها: بان الضمان لابد وان يكون لإقدام الآخذ، او لحكم الشارع به، والعقد الصحيح الذي ليس فيه اقدام على الضمان ولا حكم الشارع به فيه فالفاسد منه ايضاً كذلك فانه ليس فيه اقدام، ولا حكم للشارع فيه.

اما الأول: فواضح.

واما الثاني: فلأن حكمه به مع عدم التعبد الشرعي الخاص به لابد وان يكون من جهة امضاء ما يقتضي الضمان المفقود في المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع.

ولكن هذا الإستدلال مبني على مسلكه في الضمان في فاسد العقود التي يضمن بصحيحها من التمسك بقاعدة الاقدام.

واما بناءاً على كون المدرك حديث على اليد فهذا الإستدلال اجنبي عن المقام.

وظاهر كلام شيخ الطائفة هو الإستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح والفاسد، وقوله فكيف بفاسده اريد به التعجب، اذ مع وحدة العلة كيف يختلف المعلول.

لا بالاولوية كما فهمه المصنف﵀.

ثم على فرض ارادته الاولوية، مراده اولوية الفاسد بعدم الضمان من صحيحه لا اولوية فاسد ما لا يضمن بصحيحه من فاسد ما يضمن بصحيحه كما هو ظاهر توجيه المصنف﵀.

وقد استدل المصنف﵀ فيما سياتي من كلامه على عدم الضمان في غير التمليك بلاعوض ـ اعني الهبة ـ في مقابل اليد المقتضية له: بعموم ما دل على ان من استأمنه المالك على ماله غير ضامن، بل ليس له ان يتهمه.[1]

---

١) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الوديعة.

.....

وحاصله: ان حقيقة الإستئمان المالكي هي التسليط عن الرضا مجانا الموجود في فاسد العقود التي لا يضمن بصحيحها.

واستدل له في الهبة بفحوى ما دل على خروج صورة الإستئمان[1]، فان استئمان المالك لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق اولى.

ولمن تاخر عنه في كل من الموردين كلام.

اما المورد الأول: فاورد عليه المحقق الإيرواني: بان تسليط المالك ان وقع بزعم صحة المعاملة ومقيدا بها ثم ظهر عدم الصحة لم يكن هناك واقعا تسليط منه، فكانت اليد باقية تحت عموم على اليد القاضية بالضمان.

وفيه: ان حقيقة الإستئمان كما عرفت هي التسليط عن الرضا، وحيث ان دفع ما وقع عليه العقد في هذه الموارد ليس عن اللابدية فلا محالة يكون دفعه المال تسليطا عن الرضا، وان وقع باعتقاد صحة المعاملة.

واما المورد الثاني: فقد اورد عليه المحقق الخراساني: بان الاولوية انما تكون فيما اذا لم يكن هناك اتلاف، والا فالضمان ثابت في الأصل، مع انه في المقبوض بالهبة الفاسدة لا ضمان مطلقا.

ولكن: الظاهر ان مراد المصنف‌ﷺ انه في الأصل انما يحكم بعدم الضمان من جهة ان اليد مأذونة والمالك سلطها عن الرضا، غاية الأمر بما انه في تلك الموارد لا اذن ولا رضا في التصرف المتلف، فيلحق ذلك التصرف حكمه، وهذا بخلاف الهبة، فانه في ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلق التصرف حتى المتلف منه.

ووجه الاولوية انه في تلك الموارد انما يكون هو التسليط عن الرضا، وفي الهبة يكون ذلك بزيادة قطع اضافة الملكية عن نفسه ووصلها بالموهوب له.

---

١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية.

ثمّ انّ مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا، لانّ صحيح الاجارة غير مفيد لضمانها كما صرّح به في القواعد والتّحرير. وحكى عن التّذكرة واطلاق الباقي الاّ انّ صريح الرّياض الحكم بالضّمان، وحكى فيها عن بعض نسبته الى المفهوم من كلمات الاصحاب[١].

فتحصل: ان ما افاده الشيخ﵀ حق لا ريب فيه.

ويمكن ان يستدل على عدم الضمان في العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه بوجهين آخرين.

احدهما: السيرة العقلائية على عدم الضمان في العقود المتضمنة للتسليط المجاني، وهي تخصص قاعدة اليد، ولا تصلح هي ان تكون رادعة عنه بعمومها كما حقق في الأُصول.

الثاني: انصراف الحديث عن اليد المستندة الى التسليط المجاني، ولعل وجهه ان قاعدة اليد انما تكون عقلائية ممضاة شرعا لا تعبدية صرفة، وهي انما تكون لأجل احترام المال، ولا ريب في سقوط احترام المال بتسليط المالك غيره عليه مجانا. فاذاً لا ينبغي التوقف في عموم هذه القاعدة.

نعم يختص ذلك بما اذا كان التسليط المشار اليه باقيا الى حين التلف او الإتلاف، فلو وهب ماله لذي رحمه بهبة فاسدة واعتقد صحتها ولم يكن راضيا ببقاء الموهوب تحت يده ولا يسترده لإعتقاد لزومها، لا اشكال في الضمان في صورة التلف والإتلاف لعموم قاعدتي اليد والإتلاف وعدم المخصص.

الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها

الثالث: في الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة اصلا وعكسا فيها:

[١] منها: ضمان العين المستأجرة، فان الإجارة الصحيحة لا توجب ضمانها، مع ان المنسوب الى الاصحاب ان فاسدها يوجب الضمان.

الكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في انه على فرض ثبوت الضمان هل يكون ذلك نقضا لعكس القاعدة ام لا

والظّاهر انّ المحكي عنه هو المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة، وما ابعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد، حيث قال في باب الغصب: انّ الّذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة، والّذي ينساق اليه النّظر هو الضّمان لأنّ التّصرف فيه حرام لأنّه غصب فيضمنه، ثمّ قال: الاّ انّ كون الاجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها. مناف لذلك، فيقال انّه دخل على عدم الضّمان بهذا الاستيلاء وان لم يكن مستحقّاً والاصل براءة الذمّة من الضّمان فلا يكون العين بذلك مضمونة ولو لا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرّهن لأنّ استيلائه بغير حقّ وهو باطل انتهى.

ولعل الحكم بالضمان في المسألة امّا لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن، لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد ومورد العقد في الاجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها الى القواعد.[١]

الثاني: في انه هل الضمان ثابت ام لا؟

اما الأول: فقد افاد المصنف﵀ في وجه عدم كونه نقضا.

[١] بان المراد بالمضمون مورد العقد، ومورده في الإجارة المنفعة، والعين في حكمها يرجع الى القواعد.

فاذا اقتضت ضمانها لا يكون ذلك نقضا لها.

واورد عليه المحقق الخراساني﵀: بان حقيقة الإجارة جعل العين في الكراء وملك المنفعة لازمها الغالبي، والا فربما تقتضي ملك العين كاجارة الشاة فانها تقتضي ملك لبنها، فمورد عقد الإجارة، هو العين لا المنفعة.

ولكن يمكن دفعه: بان كون مورد العقد هو العين او المنفعة اجنبي عما هو الميزان والملاك للقاعدة، فان الضابط، هو ان العقد الصحيح اذا اوجب الضمان المعاوضي ففي الفاسد منه ضمان الغرامة، واذا لم يكن في صحيحه الضمان من ناحية العقد ففي فاسده ايضا لا ضمان، والإجارة انما توجب الضمان بالإضافة الى المنفعة، وان كان مورد العقد العين، ولا نظر لها الى العين، ولا تكون مقتضية بالقياس اليها اثباتا ونفيا. وعليه فما افاده المصنف﵀ متين.

واما المورد الثاني: فقد اختلفت كلماتهم فيه، وملخص القول فيه: انه في الموارد

وحيث كانت في صحيح الاجارة امانة مأذوناً فيها شرعاً، ومن طرف المالك لم يكن فيه ضمان. وامّا في فاسدها فدفع المؤجر للعين انّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحقّ الانتفاع فيه والمفروض عدم الاستحقاق فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان.[١] وأمّا [لأنّ] قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد[٢] والاقوى عدم الضّمان فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة ولا متخصصة، ثمّ انّه يشكل اطّراد القاعدة في موارد

التي لا يتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة حيث انه لا يتوقف استيفاء المنفعة منها وهي الركوب على استيلائه لامكان كون المالك هو السائق لا يكون ضمان، اذ بعد ما لا ملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا، فتكون العين امانة مالكية لما تقدم من ان حقيقة الإستئمان المالكي التسليط عن الرضا.

واما في الموارد التي يكون استيفاء المنفعة متوقفا على التسليط، فان كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا الى حين التسليم كما هو الغالب فلا اشكال في عدم الضمان ايضا من جهة الأمانة المالكية، وان لم يكن باقيا فيمكن ان يوجه عدم الضمان بان المتعاملين حين العقد متبانيان على عدم ضمان العين لكون الإجارة مبنية على عدم الضمان، ومع هذا التباني واسقاط المالك احترام ماله لا تكون العين مشمولة لحديث اليد لما عرفت من انصرافه عن هذه الموارد. فاذاً لا دليل على الضمان والأصل عدمه، بل يمكن الإستدلال عليه ببناء العقلاء على ذلك.

فالأظهر عدم الضمان على جميع التقادير.

وقد استدل للضمان بوجهين ذكرهما المصنف﵀ في المتن الأول.

[١] ان دفع الموجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الإنتفاع منه، والمفروض عدم الإستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان.

وفيه: ما عرفت من انه في بعض الموارد تكون يده يد امانية لا عدوانية، وفي بعضها الآخر لا تقتضي الضمان لإنصراف حديث اليد وبناء العقلاء.

وبذلك كله يظهر الجواب عن الوجه الثاني.

[٢] وهو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد.

منها الصّيد الذي استعاره المحرم من المُحِلّ[١] بناء على فساد العارية فانهم حكموا بضمان المُحرِم له بالقيمة مع انّ صحيح العارية لا يضمن به، ولذا ناقش الشّهيد الثّاني في الضّمان على تقديري الصّحة والفساد. الاّ ان يقال انّ وجه ضمانه بعد البناء على انّه يجب على المُحرِم ارساله واداء قيمته.

---

[١] ومنها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل بناءاً على فساد العارية.

فان المنسوب اليهم ضمان المحرم بالقيمة، مع ان صحيح العارية لا يضمن به.

لابد اولا من الإشارة الإجمالية الى حكم المسألة.

ثم ملاحظة انه هل يكون نقضا على القاعدة. ام لا.

اما الجهة الأُولى: فمجمل القول فيها: انه ان قلنا بعدم حرمة امساك الصيد للمحرم وان المحرم هو حدوث ذلك لا ابقائه، فلا اشكال في صحة العارية وعدم الضمان الا مع الإتلاف، والا فبناءاً على وجوب رده الى مالكه تقديما لحق المخلوق على حق الخالق او مع الفداء جمعا بين الحقين، فلا وجه للضمان، لأن العارية بنفسها لا تقتضيه من جهة الإستئمان المالكي، والمفروض عدم وجوب الإرسال، فلا يتوهم الضمان من ناحيته.

واما ان قلنا بوجوب الإرسال فلا كلام في الضمان.

وكذا بعد الإرسال اذا عد تلفا عرفا.

واما قبله فقد نسب الى المشهور الضمان من حين وجوب الإرسال.

واستدل له بوجهين.

الأول: ان وجوب ارسال الصيد كاشف عن خروجه عن ملك مالكه بالعارية والاّ لزم التصرف في مال الغير من غير اذنه، فيشمله ما دل على ان من اتلف مال الغير فهو له ضامن. اذ لا فرق في هذه الكبرى الكلية بين اتلاف العين واتلاف ملكيتها مع بقائها، فتكون القيمة ثابتة من حين العارية. ولعله الى هذا نظر المصنف‌ﷺ حيث قال.

انّ المستقرّ عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين[١] فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التّلف بسبب وجوب الاتلاف الّذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد لا بسبب التّلف،

---

[١] ان المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف.

وفي كل من الصغرى والكبرى نظر:

اما الاولى: فلأن التمسك باصالة العموم انما هو فيما اذا احرز الفردية للعام وشك في شمول حكمه له، كما لو علم عالمية زيد وشك في وجوب اكرامه، فيتمسك بعموم اكرم العلماء لوجوبه.

واما لو احرز الحكم وشك في فرديته للعام، كما لو علم عدم وجوب اكرام زيد وشك في انه عالم فيكون عموم اكرم العلماء مخصصا، او غير عالم، فليس هناك تخصيص، فلا مجال للتمسك باصالة العموم، والحكم بعدم الفردية كما حقق في محله، والتمسك بعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه في المقام، انما يكون من قبيل الثاني كما لا يخفى، فلا مورد للتمسك به.

مع انه لو صح التمسك به لعارضه عموم آخر، وهو ما دل على ان اختيار المال بيد مالكه وانه مسلط عليه، وهذا ينافي مع خروجه عن ملكه قهراً.

مضافا الى ان لازم هذا انه لو عصى ورده المحرم الى مالكه يكون الضمان باقيا، مع ان الأصحاب افتوا ببراءة ذمته في هذا الفرض.

واضف الى ذلك كله ان المعير في صورة العلم دخيل في التلف، فان التلف بهذا المعنى اثر فعلهما معاً، ومعه لا وجه للحكم بضمان المستعير كما هو واضح.

واما الثانية: فلأن الدليل انما دل على ان اتلاف مال الغير موجب للضمان، واما اتلاف الملكية وازالة العلقة فلم يدل دليل على انه موجب للضمان.

الوجه الثاني: ان من اسباب الضمان الحيلولة بين المال ومالكه، وهي كما تتحقق بعدم تمكنه عقلا من التصرف فيه، كذلك تتحقق بعدم تمكنه شرعا. وفي المقام على

ويشكل اطراد القاعدة ايضا في البيع فاسداً بالنسبة الى المنافع الّتي لم يستوفها، فإنّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصّحيح مع انّها مضمونة في العقد الفاسد[١] الاّ ان يقال انّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصّحيح والفاسد.

تقدير وجوب الإرسال لا يتمكن المستعير من رده اليه شرعا، ومعه يكون مقتضى قاعدة الحيلولة الضمان.

وفيه: ان المالك متمكن عقلاً وشرعاً من الإسترداد، وانما لا يتمكن المستعير من الرد، وهذا ليس مورداً للقاعدة. مع ان دفع بدل الحيلولة انما هو من احكام العين المضمونة ولا يكون عدم التمكن من الأداء بنفسه من المضمنات، ومعلوم ان يد المستعير يد مأذونة غير موجبة للضمان، مضافا الى ان المالك مع علمه بنفسه دخيل في ذلك، فلا وجه لضمان المستعير. وهناك وجوه اخر بيّنة الفساد.

فالأظهر عدم الضمان قبل الإرسال كما عن العلامة﵀ وغيره.

واما الجهة الثانية: فان بنينا على عدم الضمان فلا كلام، وان بنينا على الضمان فحيث ان مدركه صدق الإتلاف فعدم ورود النقض واضح، فانه انما يصح النقض اذا حكم به مع صدق التلف دون الإتلاف، اذ في صورة الإتلاف في صحيح العارية ايضا يكون الضمان ثابتا.

[١] ومنها: ضمان المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد، مع انها غير مضمونة في البيع الصحيح. هكذا ذكر المصنف﵀ هذا النقض.

ولكن يرد عليه: اولا: ما سيأتي منه قده من نقل الأقوال الخمسة في ضمان المنافع التي لم يستوفها المشتري في الأمر الثالث، فليس الحكم بالضمان مسلما.

وثانيا: ان التخصيص بغير المستوفاة لا وجه له، فان المستوفاة ايضا مضمون بها في الفاسد دون الصحيح.

فان قيل: ان وجه الضمان فيها انما هو الإتلاف، ومورد القاعدة هو التلف.

توجه عليه: انه لا فرق بينهما، فان الإتلاف يصدق بالنسبة الى غير المستوفاة ايضا بامساك العين.

وفيه: نظر لان نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح[١] لان الثمن انما هو بازاء العين دون المنافع، ويمكن نقض القاعدة ايضاً: بحمل المبيع فاسداً[٢] على ما صرّح به في المبسوط والشّرائع والتّذكرة والتّحرير من كونه مضموناً على المشتري خلافاً للشّهيدين، والمحقّق الثّاني وبعض آخر، تبعاً للعلاّمة في القواعد مع انّ الحمل غير مضمون في البيع الصّحيح بناء على انه للبائع وعن الدّروس توجيه كلام العلاّمة بما اذا اشترط الدّخول في البيع وحينئذ لا نقض على القاعدة[٣]،

وكيف كان: فالكلام في المقام انما هو في انه على فرض الحكم بالضمان هل يكون ذلك نقضا على عكس القاعدة ام لا؟

[١] والمصنف﴿ سلّم ورود النقض من جهة ان المنفعة غير مضمونة في العقد الصحيح، لأن الثمن انما هو بازاء العين دون المنفعة.

واورد عليه السيد﴿: بان المنافع وان لم تكن مقابلة بالمال الا انها ملحوظة في القيمة وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة.

وفيه: ان الميزان ان كان على عالم اللب لزم عدم ضمان العين، وان كان على عالم الصورة لم يندفع الإشكال بذلك.

وان شئت قلت: انه لا ريب في ان المال في البيع ليس بازاء المنفعة وان كانت هي الداعية لجعل المال في مقابل العين، ولذا لو فسخ البيع وكان المشتري مستوفيا لمقدار من المنفعة مع بقاء العين بحالها يرد جميع الثمن، ولا يلاحظ شيء منه في قبال المنفعة، وعليه فلا يتم هذا الجواب.

والصحيح في وجه عدم ورود النقض ان يقال: ان حكم المنفعة في البيع حكم العين في الإجارة، وهي لكونها خارجة عن موردالعقد لو حكم فيها بالضمان للقواعد لا يكون نقضاً على القاعدة، مع انه ستعرف انه يمكن ان يقال: ان القاعدة انما هي في مورد التلف، والمنافع التي يحكم بضمانها انما هي في صورة الإتلاف من جهة امساك العين.

[٢] ومنها: حمل المبيع فاسداً، فانه غير مضمون في الصحيح، مع انه مضمون في البيع الفاسد.

[٣] والمصنف﴿ اجاب عنه: بانه يمكن ان يكون القول بالضمان في صورة الإشتراط ـ اي جعل الحمل جزءاً من المبيع ـ وحينئذ لا نقض على القاعدة، فان في صحيحه ايضا الضمان.

ويمكن النّقض أيضا بالشّركة الفاسدة[١] بناءً على أنّه لايجوز التّصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضّمان. ثمّ أنّ مبني هذه القضية السّالبة على ما تقدّم من كلام الشّيخ في المبسوط هي الاولويّة. وحاصلها أنّ الرّهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده.

وتوضيحه انّ الصحيح من العقد اذا لم يقتض الضّمان مع امضاء الشّارع له، فالفاسد الّذي هو بمنزلة العدم لا يؤثّر في الضّمان لأنّ اثر الضّمان. امّا من الاقدام على الضّمان والمفروض عدمه، والاّ لضمن بصحيحه.

وامّا من حكم الشّارع بالضّمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، والمفروض انّها لا تؤثّر شيئاً. ووجه الأولوية انّ الصّحيح اذا كان مفيداً للضّمان امكن ان يقال انّ الضّمان من مقتضيات الصّحيح فلا يجري في الفاسد، لكونه لغواً غير مؤثّر على ما سبق تقريبه من انّه اقدم على ضمان خاصّ، والشّارع لم يمضه، فيرتفع اصل الضّمان لكن يخدشها انّه يجوز ان يكون صحة الرّهن والاجارة المستلزمة لتسلّط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثرة فى رفع الضمان بخلاف الفاسد

وفيه: انه لا نقض على القاعدة وان قيل بالضمان في صورة عدم الإشتراط من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة والعقد بالنسبة اليه لا اقتضاء.

ثم ان الأظهر هو عدم الضمان من جهة ان اقدامه على البيع الملازم للتسليط على الحمل بناء من المتعاقدين على عدم الضمان بالقياس الى الحمل وكونه امانة مالكية، فلا يشمله حديث على اليد كما تقدم. وتمام الكلام في محله.

[١] ومنها: الشركة الفاسدة بناءاً على انه لايجوز التصرف بها، فانهم حكموا بضمان ما اخذه احد الشريكين عدوانا.

وفيه: ان عقد الشركة بنفسه لا يوجب جواز التصرف كي يقال انه في صورة الفساد لا يجوز، فيكون المتصرف ضامنا، بل هو انما يكون في صورة الإذن في التصرف، وعليه فلا فرق بين الصحيح والفاسد في عدم الضمان، اذ لو اقتضى الإذن عدم الضمان في الصحيح اقتضاه في الفاسد ايضا.

الّذي لا يوجب تسلّطاً لهما على العين، فلا اولويّة.

فإن قلت انّ الفاسد وان لم يكن له دخل في الضّمان، الاّ انّ مقتضى عموم على اليد هو الضّمان خرج منه المقبوض بصحاح العقود الّتي يكون مواردها غير مضمونة على القابض، وبقي الباقي. قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهي عموم ما دلّ على انّ من لم يضمنه المالك سواء ملّكه ايّاه بغير عوض، او سلّطه على الانتفاع به، او استأمنه عليه لحفظه او دفعه اليه لاستيفاء حقّه او العمل فيه بلا اجرة او معها، او غير ذلك فهو غير ضامن. امّا في غير التّمليك بلا عوض، اعني الهبة فالدّليل المخصّص لقاعدة الضّمان عموم ما دلّ على انّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتّهمه. اماّ في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد، بفحوى ما دلّ على خروج مورد [صورة] الإستئمان. فإنّ إستئمان المالك لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التّسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق اولى، والتّقييد بالمجّانية لخروج التلسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات فإنّه عين التّضمين فحاصل ادلّة عدم ضمان المستأمن انّ من دفع المالك اليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي اعني المثل والقيمة، ولا جعليّ فليس عليه ضمان.

الثّاني: من الامور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب ردّه فوراً الى المالك.[١] والظّاهر انّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التّصرف فيه، كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرّح في التّذكرة كما عن جامع المقاصد: انّ مؤنة الرّد

يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه فورا

[١] الثاني من الأُمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب رده فورا.

والكلام في هذا الأمر يقع في جهات:

الأُولى: في مدرك وجوب الرد، وقد استدل له بوجوه:

الأول: الإجماع.

على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الرّد الاّ به، واطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤنة كثيرة إلاّ أن يقيّد بغيرها بأدلّة نفي الضّرر، ويدلّ عليه أنّ الإمساك آناً مّا تصرّف في مال الغير بغير اذنه، فلا يجوز لقوله عجّل الله تعالى فرجه لا يجوز لأحد ان يتصرّف في مال غيره الاّ باذنه[١] ولو نوقش في كون الامساك تصرّفاً[٢] كفي عموم قوله ﷺ لا يحلّ مال امرء مسلم لاخيه الا عن طيب نفسه[٣].

وفيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

[١] الثاني: التوقيع المروي عن الإحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره الا باذنه.(١) بتقريب: ان الإمساك ولو آناً ما تصرف في مال الغير بلا رضا منه، فلا يجوز فيجب الرد.

واورد عليه: بان التصرف من الصرف، فالمراد به التقليب والتقلب، ولا يصدق ذلك على مجرد الإمساك.

[٢] والظاهر من الكتاب تردد المصنف في تمامية هذا الإيراد.

ولكن عدم تمامية الإستدلال به واضح، اذ لو كان الإمساك تصرفا لما دل هذا التوقيع الشريف على وجوب الرد الا بناءاً على مقدمية ترك الضد لوجود ضده، والمراد بالضدين في المقام ما يعم المتماثلين اي ما لا يجتمعان، ووجوب نقيض الحرام، فانه حينئذ يكون الرد ضداً للإمساك، فاذا حرم الإمساك حرم ترك الرد لحرمة ذي المقدمة وهو الإمساك، واذا حرم الترك وجب الفعل، وفي كلتا المقدمتين نظر بل منع، وعليه فلا يدل هذا الخبر على وجوب الرد.

[٣] الثالث: موثق سماعة عن مولانا الصادق ﷺ في حديث عن رسول الله ﷺ: من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرىء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه.(٢)

---

١) الاحتجاج ص ٢٦٧ ـ عن الاسدي العمري عنه ﷺ.

٢) الوسائل ـ باب ٣ ـ من ابواب مكان المصلي حديث ١.

حيث يدلّ على تحريم جميع الافعال المتعلّقة به التّي منها كونه في يده

ولا يرد على هذا الحديث الإيراد الأول على الخبر المتقدم، حيث ان حذف المتعلق يفيد العموم فيدل على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلا اذنه، الا ان الإشكال الثاني يرد عليه.

لا يقال: ان ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر في وجوب الرد.

فانه يرد: بان ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل.

فالحق ان يستدل له: بانه المستفاد من النصوص المتفرقة. ففي صحيح البزنطي الوارد في اللقطة: وان جاءك طالب لا تتهمه رده عليه. وفي صدره في الطير الذي يعرف صاحبه قال عليه السلام: اذا عرف صاحبه رده اليه[1]. وغير ذلك من النصوص.

فان المستفاد منها لا سيما بعد ملاحظة الآية الشريفة الواردة في الأمانات ﴿ان الله يامركم ان تؤدوا الأمانات الى اهلها﴾[2] وتسالم الأصحاب على هذا الحكم، وجوب رد مال الغير الى صاحبه.

الثانية: في معنى الرد والأداء، وانه هل يكون مجرد اعلام المالك بذلك والتخلية بينه وبين ماله، أم هو حمله اليه واقباضه منه، ام كل من الأمرين مصداق للأداء والرد، ام يكون ذلك في الأمانة بالتخلية وفي غيرها بالإقباض من المالك كما لعله المشهور؟ اقوال.

الأظهر هو الأخير، فان حقيقة الرد والأداء ايصال الشيء الى محله، وحينئذ اذا كان المال امانة عند شخص فرده ليس الا بالتخلية بينه وبين مالكه، لأن بها يخلع الأمين نفسه عن السلطنة عليه ويدخله تحت سلطنة المالك ويوصل الشيء الى محله. واما محل المال خارجا فهو كل مكان رضي به المالك او الشارع الأقدس،

---

١) الوسائل ـ باب ١٥ ـ من ابواب كتاب اللقطة حديث ١.

٢) النساء الآية ٥٨.

وامّا توهم انّ هذا باذنه حيث انّه دفعه باختياره فمندفع بانّه انما ملكه ايّاه عوضا، فإذا انتفت صفة العوضيّة باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً انتفى الاذن[١] والمفروض انّ كونه على وجه الملكيّة المجّانية ممّا لم ينشأها المالك، وكونه مالاً للمالك وامانة في يده ايضاً ممّا لم يؤذن فيه ولو اذن له فهو استيداع جديد كما انّه لو ملّكه مجاناً كانت هبة جديدة، هذا، ولكنّ الّذي يظهر من المبسوط عدم الأثم في إمساكه معللاً بانّه قبضه باذن مالكه وكذا السّرائر ناسباً له إلى الأصحاب وهو ضعيف والنّسبة غير ثابتة ولا يبعد إرادة صورة الجهل لانّه لا يعاقب.

وحيث ان وجود المال خارجا عند الأمين انما يكون برضا المالك او باذن من ولي امره ـ اي الشارع الأقدس ـ فلا يكون في غير محله كي يكون مكلفا بالرد الخارجي.

واما اذا كان المال مغصوبا فادائه ورده انما يكون بالإقباض منه، اذ كما ان كونه تحت سلطنة الغاصب في غير محله ـ فلابد من ايصاله الى محله.

كذلك كونه عنده خارجا يكون في غير محله، فلابد من ايصاله اليه بالإقباض منه.

وبما ذكرناه ظهر انه لو نقل الأمين الوديعة من بلد الإيداع الى بلد آخر بغير داعي الحفظ وبدون اذن مالكه والشارع، يجب ردها الى بلد الإيداع.

الجهة الثالثة: في انه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الأمانة فيكفي في رده التخلية، ام يكون من قبيل المغصوب فيجب الإقباض؟

والأظهر هو الأول، وذلك في العقود الجائزة واضح، لأنه مع عدم كون المالك ملزما بالدفع لا محالة يكون دفعه للمال عن الرضا، وقد مر أن الإستئمان المالكي هو التسليط عن الرضا، واما في العقود اللازمة فلأنه حين اقدامه على العقد المقتضي للدفع لا محالة كان راضيا بالدفع والتسليط، والظاهر بقائه على حاله نوعا الى ما بعد العقد، وهذا هو الوجه في كون يده امانية، فلا يرد عليه ما ذكره المصنف﵀.

[١] بقوله: انه انما ملكه اياه عوضا، فاذا انتفت صفة العوضية ... انتفى الاذن.

اذ الوجه في كونه استئمانا هو الإذن الخارجي لا الإذن العقدى.

الثالث: أنّه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشتري قبل الرّد[١]

وبما ذكرناه ظهر انه يمكن ان يقال: ان النزاع في المقام صغروي، اذ من يقول بجواز التصرف يقول بذلك فيما اذا احرز رضا المالك بالتصرف في ماله ولو كان رضا تقديريا، ومن يقول بالعدم فانما هو في غير هذه الصورة.

الجهة الرابعة: في انه اذا توقف الرد على المؤونة.

فهل يجب بذلها على المشتري من جهة انه لا يتم الرد الا به.

ام لا يجب لقوله ﷺ لاضرر[١].

ام هناك تفصيل بين المؤونة القليلة والكثيرة، فيجب البذل في الأُولى ولا يجب في الثانية من جهة عدم صدق الضرر على بذل القليلة، بخلاف بذل المؤونة الكثيرة، كما هو الظاهر من المتن في باديء النظر.

ام يفصل بين ما اذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد مال الغير فهو على القابض، وان كانت زائدة عليه فلا يجب بذلها كما هو محتمل المتن وصريح المحقق النائيني؟ وجوه:

اقواها الأخير، وذلك لأنه اذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعا رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد اخص من حديث لاضرر فيخصص به، وان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لاضرر عدم وجوب البذل.

ضمان المنافع المستوفاة

[١] الثالث: فيما لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشتري قبل الرد.

والكلام في هذا الأمر يقع في مقامين:

الأول: في المنافع المستوفاة.

الثاني: في المنافع غير المستوفاة.

---

١) الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب كتاب احياء الموات ـ وغيره من الابواب المتقدمة اليها الاشارة.

كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدّم من السّرائر من كونه بمنزلة المغصوب الاتّفاق على الحكم

اما الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

احدهما: في الدليل على الضمان.

ثانيهما: فيما استدل به على عدم الضمان.

اما المورد الأول: فيمكن ان يستدل له بوجوه:

الأول: عموم على اليد[١]. بناءاً على ما تقدم من ان اليد على المنافع انما يكون بتبع اليد على الأعيان، وان الحديث يدل على الضمان.

الثاني: الرواية الواردة في الأمة المتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري، الدالة على انه يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة[٢]. بالتقريب المتقدم في اول هذا المبحث.

الثالث: صحيح ابي ولاد[٣] الآتي الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاة، نعم هذان الوجهان لا يصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كما ستعرف.

الرابع: قاعدة من اتلف، المستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة، وجملة منه موارد العقود الإستئمانية كالمضاربة والرهن وغيرها[٤]. فانه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتفريط، وجملة منها في غيرها، مثل ما ورد في القصّار يخرق الثوب من قوله ﷺ: فهو ضامن، او غرمه بما جنت به يده[٥]. وغيره.

ودعوى عدم صدق المال على المنفعة قد مر جوابها في اول الكتاب.

---

١) سنن البيهقي ج ٦ ـ ص ٩٠ ـ وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

٢) الوسائل ـ باب ٨٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣.

٣) الوسائل ـ باب ٧ ـ من ابواب كتاب الغصب ـ وباب ١٧ ـ من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

٤) الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب كتاب المضاربة ـ وباب ٧ ـ من ابواب كتاب الرهن.

٥) الوسائل ـ باب ٢٩ ـ من ابواب كتاب الاجارة.

ويدّل عليه عموم قوله لا يحلّ مال امرء مسلم لأخيه الا عن طيب نفسه بناء[١] على صدق المال على المنفعة. ولذا يجعل ثمناً في البيع وصداقاً في النّكاح، خلافاً للوسيلة فنفي الضّمان محتجّاً بأنّ الخراج بالضّمان كما في النّبوي المرسل[٢] وتفسيره ان من ضمن شيئاً وتقبّله لنفسه فخراجه له، فالباء للسّببيّة او المقابلة فالمشتري لمّا اقدم على ضمان المبيع وتقبّله على نفسه، بتقبيل البائع وتضمينه ايّاه على ان يكون الخراج له، مجّاناً، كان اللاّزم من ذلك انّ خراجه له على تقدير الفساد كما انّ الضّمان عليه على هذا التّقدير ايضاً.

والحاصل أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج ومرجعه إلى أنّ الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة. وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرّقة مثل قوله في مقام الإستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشترى: ألا ترى أنّها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟ ونحوه في الرّهن وغيره وفيه انّ هذا الضّمان ليس هو ما اقدم عليه المتبايعان حتّى يكون الخراج بإزائه.

وانّما هو امر قهري حكم به الشّارع كما حكم بضمان المقبوض بالسّوم والمغصوب. فالمراد بالضّمان الّذي بازائه الخراج التزام الشّيء على نفسه وتقبّله له مع امضاء الشّارع له،

ثم انه قد استدل له بوجوه أخر.

[١] منها: قاعدة احترام مال المسلم.

ومنها: قاعدة نفي الضرر.

وقد تقدم انه لا يمكن اثبات الضمان بهذه الوجوه.

واما المورد الثاني: فقد استدل على عدم الضمان.

[٢] بالنبوي المرسل الخراج بالضمان[١].

بتقريب: انه يدل على ان من ضمن شيئا وتقبله لنفسه فخراجه ـ اي منافعه ـ له مجاناً.

وتنقيح القول في النبوي المرسل بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به ـ مع انه محل نظر ـ فانه وان استدل شيخ الطائفة به في جملة من الموارد في محكي المبسوط،

---

١) راجع صحيح الترمذي، ج ٥ ص ٢٨٥ ـ وسنن ابي داود، ج ٢، ص ٢٥٥، والمبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

.....

والعلامة﵀ في باب الغصب من كتاب التذكرة، الا ان هذا المقدار لا يكفي في جبر ضعف السند. وبعد تسليم ان ما ذكره العلامة﵀ من اختصاص النبوي بالبيع انما هو اجتهاد منه في تطبيقه على البيع.

أنّه فيه احتمالات:

احدها: ان المراد بالضمان المعني الإسم المصدري، وكونه بمعنى التعهد المالي فيكون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للعين، وان كان ضمانه قهراً عليه كما فهمه ابو حنيفة.

ثانيها: ان المراد به المعنى المصدري، اي احداث الضمان امضاه الشارع ام لا، فيكون مفاده ان المنافع لمن اقدم على الضمان، فيشمل العقود المعاوضية، صحيحة كانت ام فاسدة، ولا يشمل موارد عدم اقدام الشخص على الضمان، وهو الذي فهمه ابن حمزة وجعله مدركا لعدم ضمان المنافع في المقبوض بالعقد الفاسد.

ثالثها: ان المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له، فيختص الخبر بالعقود المعاوضية الصحيحة، والظاهر انه الذي فهمه المشهور منه.

رابعها: ان المراد به كون تلف العين مملوكة للشخص، يعني ان المنافع تكون لمن كانت العين ملكه، بحيث لو تلفت تلفت من ملكه، وهو الذي فهمه شيخ الطائفة من الخبر. فيكون مفاده تبعية ملكية المنافع لملكية العين، فيكون اجنبيا عن المقام.

خامسها: ان المراد بالضمان احد المعاني الثلاثة الأُولى، ولكن مع كون المراد به ضمان نفس المنفعة لا العين، فيكون مفاده: ان المنافع تملك بلا ملك للعين، ويدل على صحة الإجارة.

سادسها: ان المراد به ضمان الأرض، والمراد بالخراج الضريبة المعينة للأراضي الخراجية، فيكون مفاده: ان الخراج يثبت في عهدة ضامن الأرض ومتقبلها.

سابعها: ان المراد به ضمان التكفل، فيكون مفاده: ان فائدة العين انما تكون بازاء دخول العين في كفالة مالكها، بحيث لو كان حيوانا لكان عليه نفقته وحفظه واصلاحه.

وربّما ينتقض ماذكرنا في معنى الرّواية بالعارية المضمونة [١] حيث انّه اقدم على ضمانها مع انّ خراجها ليس له لعدم تملّكه للمنفعة، وانّما تملك الانتفاع الّذى عيّنه المالك، فتأمّل.

اما الإحتمال الأخير: فيدفعه: ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين لا لكونها في كفالته، مع انه يختص الخبر حينئذ بمثل الحيوان، ولا يشمل غيره.

واما الإحتمال السادس: فهو خلاف اطلاقه، فان حذف المتعلق يفيد العموم.

واما الإحتمال الرابع: فقد مر ما فيه في بيان المراد من قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

واما الإحتمال الأول: فيدفعه صحيح ابي ولاد الآتي الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين.

واما الإحتمال الثاني: فيدفعه انه مع عدم امضاء الشارع لا تحقق حقيقة لاحداث الضمان، مع انه يلزم منه حينئذ ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم، مع انه يلزم منه انه لو ضمن بشيء في ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه.

فيدور الأمر بين الثالث والخامس.

والأظهر هو الأول، فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التي هي الداعية اليه، ومعلوم ان الداعي للأقدام على الضمان في العقود المعاوضية هي المنافع، ومع الإغماض عن ما ذكرناه لأجمال الخبر لا يستند اليه في الحكم بعدم ضمان المنافع المستوفاة.

[١] قوله وربما ينتقض ماذكرنا فى معنى الرواية بالعارية المضمونة.

يمكن دفعه بان المراد بالضمان على المعنى الذى اختاره المصنف﵀ فى معنى الخبر وفاقا للمشهور وقويناه هو ثبوته فى الذمة دون كون العين فى العهدة ومعلوم ان هذا المعنى لا يكون فى العارية المضمونة ويختص بالعقود المعاوضية الصحيحة.

مع انه فى العارية المضمونة ايضا كك فانه لافرق بين تملك المنفعة والانتفاع فان معنى كون الخراج له ـ انه ينتفع بمنافعه مجانا كان ذلك لملكية المنفعة او الانتفاع ولعل الامر بالتامل فى الكتاب اشارة الى ذلك.

والحاصل انّ دلالة الرّواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حلّه الاّ عن طيب النّفس، وربّما يردّ هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد، وعوض اللّبن بل عوض كلّ ما انتفع.

وفيه انّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة انّ مالك العين جعل خراجها له بازاء ضمانها بالثّمن لا ما كان فساده من جهة التّصرف في مال الغير، واضعف من ذلك ردّه بصحيحة ابي ولاّد المتضمنّة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة رداً على ابي حنيفة القائل بأنّه اذا تحقّق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراها، كما يظهر من تلك الصّحيحة. نعم لو كان القول المذكور موافقاً لقول ابي حنيفة في اطلاق القول بأنّ الخراج بالضّمان، انتهضت الصحيحة وما قبلها رداً عليه. هذا كلّه في المنفعة المستوفاة. وأمّا المنفعة الفائتة بغير استيفاء[١] فالمشهور فيها ايضاً الضّمان.

حكم المنافع غير المستوفاة

[١] قوله واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضا الضمان.

هذا هو المقام الثاني: وهو في المنافع الفائتة بغير استيفاء.

فالمشهور فيها ايضا الضمان.

والكلام فيه في موردين:

الأول: في دليل الضمان.

الثاني: فيما استدل به على عدم الضمان.

اما المورد الأول: فيدل على الضمان حديث على اليد بناءاً على ما تقدم في بيان مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده من شمول الحديث للمنافع.

وتشهد له ايضا قاعدة الإتلاف، فان حبس العين ومنع مالكها عن الإنتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا.

وعن المحقق الخراساني﵀: الإستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل لضمان منافعها.

وفيه: ان اريد بذلك انه يصدق الإستيلاء واليد على المنافع بالإستيلاء واليد

ولعلّه لكون المنافع اموالا في يد من بيده العين[١] فهي مقبوضة في يده ولذا يجري على المنفعة حكم المقبوض اذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر ويتحقّق قبض الثّمن في السّلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً، وكذا الدّار المجعول سكناها ثمناً مضافاً الى انّه مقتضى احترام مال المسلم، اذ كونه في يد غير مالكه مدّة طويلة من غير اجرة مناف للاحترام لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع اموالاً حقيقة: بأنّ مجرّد ذلك لا يكفي في تحقّق الضّمان، الاّ ان يندرج في عموم على اليد ما اخذت فلا اشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع، وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ، ودعوى انّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الاعيان مشكلة. وامّا احترام مال المسلم فإنّما يقتضي عدم حلّ التّصرف فيه واتلافه بلا عوض، وانّما يتحقّق ذلك في الاستيفاء فالحكم بعدم الضّمان مطلقاً كما عن الايضاح او مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السّليم، مضافاً: الى انّه قد يدّعي شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

على العين فهو يرجع الى التمسك بحديث اليد.

وان اريد به ما ذكره المحقق الإيرواني‌ﷺ من ان اداء العين المجعول غاية للضمان لا يكون الا بادائها بمنافعها وفروعها، فيرد عليه: انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها، فان الغاية اداء نفس ما يكون تحت اليد لا شيء آخر، وإن اريد به غير ذلك فعليه البيان.

[١] قوله ولعله لكون المنافع اموالا فى يد من بيده العين.

هذه هى الصغرى لقياس تكون النتيجة الضمان، فلابد وان تنضم اليها ما يدل على الضمان من قاعدة اليدا، والاتلاف، او الاحترام، وشيء منها لا يصلح للحكم بالضمان كما مر.

واما المورد الثاني: فقد استدل لعدم الضمان بوجوه:

الأول: ان مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. ذلك، فان المنافع لا تضمن في العقد الصحيح فكذلك في فاسده.

ومن المعلوم انّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة، لأنّها له مجّاناً ولا يتقسّط الثّمن عليها، وضمانها مع الاستيفاء لأجل الاتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة لأنها بالنسبة الى التّلف لا الاتلاف مضافاً، الى الاخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة السّاكتة من ضمان غيرها في مقام البيان.[١]

وفيه: اولا: ماتقدم من ان القاعدة انما تختص بصورة التلف ولا تشمل صورة الإتلاف، وقد عرفت صدق الإتلاف على تلف المنافع.

وثانيا: ان مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة، وبضميمة عدم الفصل بين البيع والإجارة يثبت الضمان في المقام.

وثالثا: ما تقدم من ان المنافع خارجة عن مورد العقد ومصبه، والقاعدة اصلا وعكسا مختصة بما هو مصب العقد.

الثاني: ان البائع في صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجانا.

وفيه: ان البائع لا نظر له الى المنافع، وانما يسلّط المشتري على العين، اذ ليس متعلق العقد المنفعة، وانما هو العين، مع ان هذا لا يختص بغير المستوفاة كما لا يخفى.

[١] الثالث: قوله ﷺ في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري: يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته.[1] بتقريب: انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة، وساكت عن ضمان غيرها في مقام البيان.

وفيه: ان الخبر وارد في مقام بيان منفعة واحدة، وانه يكون الولد حراً، وعليه قيمته، ولذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الأُخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما.

والغريب ان المصنف ﷺ في اول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان في

---

١) الوسائل ـ باب ٨٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣.

وكذا صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة ابيه بغير اذنه، فقال عليه السلام: الحكم ان يأخذ الوليدة وابنها[١] وسكت عن المنافع الفائتة. فإنّ عدم الضّمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضّمان هنا بطريق اولى. والانصاف ان للتّوقف في المسألة كما في المسالك تبعاً للدّروس والتّنقيح مجالاً، وربّما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التّعرّض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الاشكال والتّوقف بصورة علم البائع على ما استظهره السيّد العميد والمحقّق الثّاني من عبارة الكتاب، وعن الفخر حمل الأشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء

المقبوض بالعقد الفاسد ذكر الرواية، وجعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاة، وفي المقام جعلها من المستوفاة، وقد تقدم ما هو الحق عندنا.

[١] الرابع: صحيح محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليدة ابيه بغير اذنه، قال عليه السلام: خذ وليدتك وابنها[١].

بتقريب: انه ساكت عن المنافع الفائتة، وهو وان ورد فيما اذا كانت العين لغير البائع، الا انه يدل على حكم المقام بالأولوية.

ويرد عليه ما اوردناه على سابقه.

الخامس: صحيح ابي ولاد الآتي الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غيرها[٢]. واذا ثبت عدم الضمان في المغصوب ثبت في المقام بالأولوية.

وفيه: انه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة، فانه وان كان يتصور له منفعة اخرى، الا انها تضاد مع ما استوفاه. وبعبارة اخري كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البدل، وحيث انه استوفى واحدة منها ولم تكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائتة، كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة. مع انه عليه السلام في هذا الصحيح في مقام الرد على ابي حنيفة وبيان ان عليه كري البغل وليس في مقام بيان احكام اخر.

---

١) الوسائل ـ باب ٨٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١.

٢) الوسائل ـ باب ١٧ ـ من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

فيتحصّل من ذلك كلّه: ان الاقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة: الاول الضمان وكانه للاكثر الثانى عدم الضمان كما عن الايضاح الثالث: الضّمان الا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرايع

الرّابع: التوقّف في هذه الصّورة، كما استظهره جامع المقاصد، و السيّد العميد من عبارة القواعد الخامس: التوقّف مطلقاً كما عن الدّروس والتّنقيح و المسالك، و محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدّين، و قد عرفت انّ التوقّف اقرب الى الانصاف، الاّ ان المحكّي من التّذكرة ما لفظه: انّ منافع الأموال من العبد و الثّياب والعقار و غيرها مضمونة بالتّفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً او جارية او عقاراً او حيواناً مملوكاً ضمن منافعه، سواء اتلفها بأن استعملها او فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها، عند علمائنا اجمع، و لا يبعد ان يراد باليد العادية مقابل اليد الحقّة، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصاً مع علمه سيما مع جهل البائع به، و اظهر منه ما في السرائر في آخر باب الاجارة من الاتّفاق ايضاً على ضمان منافع المغصوب الفائتة، مع قوله في باب البيع انّ البيع الفاسد عند اصحابنا بمنزلة الشّيء المغصوب الاّ في ارتفاع الاثم عن امساكه، انتهى. و على هذا فالقول بالضّمان لا يخلو عن قوّة [٢] و ان ان المترائي من ظاهر صحيحة ابي ولاّد اختصاص الضّمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به الى غير محلّ الرّخصة، الاّ انّا لم نجد بذلك عاملا في المغصوب الّذي هو موردها.

---

[١] قوله الرابع التوقف فى هذه الصورة

لا يخفى ما فى عدالتوقف فى الحكم مطلقا ـ او مع العلم بالفساد من الاقوال فى المسألة ـ فالاقوال ثلاثة.

[٢] قوله و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة لا يخفى انه قده حكم بالضمان اولا ـ ثم بعدمه ـ ثم توقف فى حكم المسألة ـ ثم قوى الضمان

و اورد عليه السيد فى الحاشية بانه ان لم يتم ما ذكر وجها للضمان ـ لما صح القول به لاجل الاجماعين المنقولين بعد عدم حجية الاجماع المنقول و عدم معلومية الشمول للمقام فتحصل مما ذكرناه ان الاظهر هو الضمان

الرّابع: اذا تلف المبيع فان كان مثليّاً وجب مثله بلا خلاف [١] الاّ ما يحكى عن ظاهر الاسكافي و قد اختلف كلمات اصحابنا في تعريف المثلى، فالشّيخ و ابن زهرة و ابن إدريس والمحقّق وتلميذه و العلاّمة و غيرهم (قدس الله أرواحهم)، بل المشهور على ما حكى

المثلي و القيمي

[١] الرابع: اذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله بلا خلاف.

و الكلام في هذا الأمر يقع في مواضع:

الأول: في تعريف المثلي و القيمي.

الثاني: في انه لو شك في مورد في انه يجب رد المثل او القيمة، مقتضى الأصول العملية رد ايهما.

الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الإجتهادية.

و قبل الشروع في البحث في هذه المواضع لابد من التنبيه على امر

و هو: انه لم يقع لفظا المثلي و القيمي في شيء من الروايات. نعم المشهور بين الأصحاب: انه لو تلف شيء تحت يد غير المالك ـ الذي لا يكون ماذو نافيه ـ يجب رد مثله ان كان من المثليات، ورد قيمته ان كان من القيميات. بل ادعى عليه الإجماع، و حيث ان المثلي والقيمي ليسا من المفاهيم الواضحة المصاديق، واختلفت كلماتهم فيهما في جملة من الموارد.

فقد وقع الخلاف في انه هل يرجع الى العرف في تفسيرهما و لا يتبع تفسير العلماء و ان اتفقوا على امر مخالف لما هو المتفاهم عند العرف

ام لابد من البناء على المثلية في خصوص ما اذا اتفقت كلماتهم على كون شيء كذلك و لا يرجع في ذلك الى العرف،

ام لا اعتبار بالعرف، و لا باتفاق العلماء، بل يرجع في كل مورد الى ما يفهم من اطلاقات ادلة الضمان.

انّه ما يتساوى اجزاؤه من حيث القيمة [١] والمراد باجزاءه ما يصدق عليه اسم الحقيقة، والمراد بتساويها من حيث القيمة، تساويها بالنّسبة بمعنى كون قيمة كلّ بعض بالنّسبة الى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار. و لذا قيل في توضيحه أنّ المقدار منه إذا كان يساوي قيمة، فنصفه يستوي نصف تلك القيمة و من هنا رجّح الشّهيد الثّاني كون المصوغ من النّقدين قيميّاً، قال: اذ لو انفصلت نقصت قيمتها.

قلت: و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليّاً إذا لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع، الاّ ان يقال: ان الدّرهم مثلي بالنّسبة الى نوعه و هو الصّحيح، و لذا لا يعدّ الجريش مثلا للحنطة و لا الدّقاقة مثلاً للارز.

و منشأ هذا الخلاف: ان الإجماع على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة

هل هو من قبيل الإجماع على القاعدة و يكون الإجماع كاشفا عن صدور الحكم عن المعصوم ﷺ متعلقا بهذين العنوانين

ام هو من قبيل الإجماع على الحكم في الموارد الخاصة يجمعها تفسير المجمعين لها بذينك العنوانين

ام هو من قبيل الإجماع على تفسير الإطلاقات الواردة في الضمان و ليس من قبيل الإجماع على القاعدة و لا من قبيل الإجماع على الحكم

اذ على الأول لابد من الرجوع في تفسيرهما الى العرف كما هو الشأن في العناوين المأخوذة في متون النصوص و لا عبرة بتفسير الفقهاء

و على الثاني لابد من الأخذ بماإتفق عليه المجمعون و لا عبرة بنظر العرف و فهمهم كما هو واضح.

و على الثالث لاعبرة بشيء منهما.

و حيث انه لم يثبت كون الإجماع في المقام من اي قسم من هذه الأقسام فلا دليل لكون العبرة بنظر العرف و لا بتفسير الفقهاء، و عليه فيتيعن الرجوع الى الأدلة ـ و ستعرف مقتضاها ـ فلا اثر للنزاع في ان المثلي ما هو.

و كيف كان: فقد عرفت انه يقع الكلام في مواضع:

الأول: في تعريف المثلي والقيمي. فعن المشهور تفسير المثلي

[١] بانه ما يتساوى اجزاءه من حيث القيمة

والمرادمن الأجزاء الجزئيات و الأفراد، و المراد من التساوي التساوي من غير جهة الكم.

و من هنا يظهر انّ كلّ نوع من انواع الجنس الواحد بل كلّ صنف من اصناف نوع واحد مثلي بالنّسبة إلى أفراد ذلك النّوع أو الصّنف، فلا يرد ما قيل من أنّه ان أريد التّساوي بالكليّة فالظّاهر عدم صدقه على شيء من المعرّف، إذ ما من مثلّي الاّ و اجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة فانّ قفيزاً من حنطة تساوي عشرة و من اخرى تساوي عشرين، و ان اريد التّساوي في الجملة فهو، في القيمي موجود كالثّوب والأرض [١]، انتهى. و قد لوّح هذا المورد في آخر كلامه الى دفع ايراده بماذكرنا من انّ كون الحنطة مثليّة، معناه انّ كلّ صنف منها متماثل الأجزاء و متساوفي القيمة، لا بمعنى انّ جميع ابعاض هذا النّوع متساوية في القيمة. فاذا كان المضمون بعضاً من صنففالواجب دفع مساويه من هذا الصّنف لا القيمة، و لا بعض من صنف آخر لكنّ الانصاف انّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنّهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة والشّعير و نحوهما مع عدم صدق التّعريف عليه، و اطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية انواعه او اصنافه و ان لم يكن بعيداً الاّ انّ انطباق التّعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدّاً الاّ ان يهملوا خصوصيّات الاصناف

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فمحصل المراد: ان المثلي ما له مماثل في الصورة والصفات التي تختلف بها الرغبات و تتفاوت بها القيم.

واظن ان ما عن التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزاءه و تقاربت صفاته و ما عن الدروس والروضة من: انه المتساوي الأجزاءوالمنفعة المتقارب الصفات و ما عن بعضهم من: انه ما يجوز بيعه سلما، و ما عن آخر ما يجوزبيع بعضه ببعض.ايضا ترجع الى هذاالمعنى،ولا اختلاف بينهم بحسب المراد.

و قد اورد على هذا التعريف بايرادات:

[١] الأول: انه ان اريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من الموارد، اذ مامن مثلي الا واجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة، فان قفيزا من حنطة تساوي عشرة و من اخرى تساوى عشرين. و ان اريد التساوي في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب والأرض.

و فيه: ان الميزان وجود المماثل له، كان الجامع بينهما هو الصنف او النوع او الجنس، ففي الحنطة يكون كل صنف منها مثليا و هذا هو مراد كل من جعلها مثلية.

الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها، كماالتزمه بعضهم غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند اداء المثل عوضاً عن التّالف او القرض و هذا ابعد، مضافاً الى انّه يشكل اطّراد التّعريف بناء على هذا: بأنّه ان اريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوياً حقيقيّاً، فقلّ ما يتّفق ذلك من الصنّف الواحد من النّوع، لأنّ اشخاص ذلك الصّنف لايكاد يتساوى في القيمة، لتفاوتها بالخصوصيّات الموجبة لزيادة الرّغبة و نقصانها، كما لا يخفى، وان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و ان لم يتساو حقيقة، تحقّق ذلك في اكثر القيميّات [١] فإنّ لنوع الجارية اصنافاً متقاربة في الصّفات الموجبة لتساوي القيمة، و بهذا الاعتبار يصّح السّلم فيها.

و لذا اختار العلامة في باب القرض من التّذكرة ـ على ما حكى عنه ـ على انّ ما يصح فيه السّلم من القيميّات مضمون في القرض بمثله.

و قد عدّ الشّيخ في المبسوط الرّطب و الفواكه من القيميّات مع انّ كلّ نوع منها مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفاً، ثمّ لو فرض أنّ الصّنف المتساوي من حيث القيمة في الانواع القيميّة عزيز الوجود بخلاف الانواع المثليّة، لم يوجب ذلك اصلاح طرد التّعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النّوعين في حكمة الحكم بضمان المثلى، بالمثل والقيمىّ، بالقيمة ثمّ انّه قد عرّف المثلى بتعاريف اخر اعمّ من التّعريف المتقدم او اخص

---

[١]الثاني: انه ان اريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا، فقلما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع. و ان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة تحقق ذلك فى اكثر القيميات.

و فيه: ان المراد هو الأول، و عرفت ان المراد هو التساوي في الصفات الموجبة لإختلاف القيم، و عليه فدعوى اختلاف افراد الصنف الواحد في الصفات الموجب لإختلافها في المالية مجاز فة، و اختلاف الرغبات بملاحظة بعض الخصوصيات غير الدخيلة في المالية بالنسبة الى الأفراد من صنف واحد و ان كان لا ينكر الا انه لا يضر بالمثلية

فعن التّحرير انّه ماتما ثلت اجزائه و تقاربت صفاته. و عن الدّروس و الرّوضة أنّه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصّفات. و عن المسالك والكفاية: أنّه أقرب التّعريفات إلى السّلامة و عن غاية المراد: ما تساوى أجزاؤه في الحقيقة النّوعية. و عن بعض العامّة انّه ما قدّر بالكيل او الوزن، و عن آخر منهم: زيادة جواز بيعه سلما. و عن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض. الى غير ذلک ممّا حكاه في التّذكرة عن العامّة، ثمّ لا يخفي انّه ليس للفظ المثلى حقيقة شرعيّة و لا متشرّعية، و ليس المراد معناه اللّغوي اذ المراد بالمثل لغة المماثل . فان اريد من جميع الجهات فغير منعكس و ان اريد من بعضها فغير مطّرد، [١] و ليس في النّصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان حتّى يبحث عنه، نعم وقع هذا العنوان في معقد اجماعهم على انّ المثلي يضمن بالمثل و غيره بالقيمة.

و من المعلوم انّه لا يجوز الاتّكال في تعيين معقد الاجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقين، و حينئذ فينبغي ان يقال كلّما كان مثليّاً باتفاق المجمعين فلا اشكال في ضمانه بالمثل، للاجماع و يبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذّهب والفضّة الغير المسكوكين، فإنّ صريح الشّيخ في المبسوط كونهما من القيميّات و ظاهر غيره كونهما مثليّين، و كذا الحديد و النّحاس والرّصاص فإنّ ظواهر عبائر المبسوط و الغنية والسّرائر كونها قيميّة و عبارة التّحرير صريحة في كون اصولها مثليّة و ان كان المصوغ منها قيميّاً. و قد صرّح الشيخ فى المبسوط

الثالث: انه ربما يوجد لبعض ما هو من القيميات مماثل بهذا المعنى، كما لو فرضنا حيوانين مثليين في جميع الخصوصيات، مع انه لا ريب في كون الحيوان قيميا. و الى هذا نظر المصنف ره حيث قال

[١] فان اريد من جميع الجهات فغير منعكس و ان اريد من بعضها فغير مطرد.

و فيه: ان الميزان هو وجود المماثل نوعا و بحسب الغالب، و لا عبرة بوجود المثل في النادر، اذ اهل العرف يحكمون بضمان القيمة في هذه الموارد.

واما القيدان الاخران اللذان ذكرهما المحقق النائيني ره:

احدهما: ان يكون التساوى في الصفات بحسب الخلقة الالهية كالحبوبات لا ما كان كذلك بحسب الصناعة البشرية، فالمسكوكات من القيميات لا المثليات.

ثانيهما: ان يتغير بالبقاء او بتاثير من الهواء كالفواكه.

فلا يكونان معتبرين، اذ لا وجه لتوهم اعتبارهما سوى عد جمع من العلماء هذه الأشياء

بكون الرّطب والعنب قيميّاً و التمر والزّبيب مثليّاً.

و قال في محكي المختلف انّ في الفرق اشكالاً بل صرّح بعض من قارب عصرنا بكون الرّطب، والعنب مثليّين، و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد ان الثّوب مثلي و المشهور خلافه

و ايضاً فقد مثّلوا للمثلي بالحنطة والشّعير، و لم يعلم انّ المراد نوعهما اوكل صنف و ما المعيار في الصّنف، و كذا التّمر.

و الحاصل انّ موارد عدم تحقّق الاجماع على المثليّة فيها كثيرة، فلابدّ من ملاحظة انّ الاصل الّذي يرجع اليه عند الشّك هو الضّمان بالمثل او بـالقيمة، او تخيير المالك او الضّامن بين المثل و القيمة، و لا يبعد ان يقال انّ الاصل هو تخيير الضّامن لاصالة براءة ذمّته عمّا زاد على ما يختاره [١] فإن فرض اجماع عـلى خلافه، فالاصل تخيير المالك

اى ما تساوت جزئياته بحسب الصناعة البشرية، و ما يتغير بالبقاء و بتاثير الهواء مـن القيميات ـ مع انه يكون الإختلاف في ذلك بحسب الأزمان و الأمكنة والكيفيات، و من الواضح انه لو كان شيء مثليا في زماننا كالثوب و الكتاب و غيرهما ـ يعامل معه معاملة المثلي و ان كان في سالف الزمان من القيميات.

بيان ما هو المرجع عند الشك في المثلية و القيمية

الموضع الثاني: في بيان المرجع عند الشك في المثلية و القيمية

و فيه وجوه واقوال:

(١) ان الأصل الذي يرجع اليه هو تخيير الضامن بين المثل و القيمة.

(٢) انه تخيير المالك بينهما.

(٣) الضمان بالمثل.

(٤) الضمان بالقيمة.

(٥) القرعة.

(٦) الرجوع الي الصلح القهري.

و قد استدل للأول

[١] باصالة براءة ذمة الضامن عما زاد على ما يختاره.

.....

واورد عليه بايرادات:

الأول: ان الإجماع قائم على عدم التخيير بين المثل والقيمة، فانه اما يتعين المثل او القيمة.

و فيه: اولا: انه في الشبهة الحكمية لم يثبت اجماع تعبدي على عدم التخيير بينهما واقعا، بل هو ايضا محتمل.

و ثانيا: ان المجمع عليه انما هو عدم التخيير واقعا لاعدمه و لو في الظاهر.

الثاني: ما عن جماعة من المحققين منهم المحقق النائيني والمحقق الإصفهاني، وهو: ان المقام من قبيل دوران الأمر بين المتباينين. فان المراد بالقيمة ليس هي المالية السارية في كل مال بالحمل الشايع ـ حتى يقال ان وجوب اداء المالية متيقن والشك في وجوب رعاية امر زائد و هي خصوصية الطبيعةالمماثلة للتالف فيجري عنها البراءة ـ بل المراد بها المالية المحضة التي لا مطابق لها الا المالية القائمة بالدرهم والدينار و اشباههما، و لذا ليس للضامن ان يؤدي بدل القيمي التالف شيئا آخر، فتعين النقود في القيميات شاهد كون القيمة هي المالية المحضة لا المالية السارية، فالتفاوت بين المثل و القيمة كالتفاوت بين الماهية بشرط لا، والماهية بشرط شيء و هما متباينان، فلابد من الإحتياط، و لا مورد للبراءة.

و فيه: ان القيمة التي ضمن بها في القيميات هي صرف المالية لا المالية بشرط لا، و حيث ان مطابقها هي النقود، واما غيرها فيكون له مع قطع النظر عن المالية خصوصيات اخر، فللمالك طلب النقد خاصة والإمتناع عن قبول الخصوصية التى يبذلها الباذل. و لذا لو رضي المالك بشيء آخر غير النقدين كان اداءه وفاءاً لما في ذمته و لا يحتاج الى معاملة جديدة. و عليه ففي مورد الشك في المثلية والقيمية يصح ان يقال: ان اشتغال الذمة بصرف المالية معلوم، والشك انما هو في الإشتغال بالخصوصية الزائدة، والأصل عدمه، و حيث ان الشك المزبور سبب للشك في لزوم اعطاء صرف المالية المعراة عن الخصوصية

لاصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لا يرضى به المالك [١] مضافاً الى عموم على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى فإنّ مقتضاه عدم ارتفاع الضّمان بغير اداء العين خرج ما اذا رضي المالك بشيء آخر [٢] و الاقوى تخيير المالك من اوّل الأمر لأصالة الاشتغال [٣] والتّمسك باصالة البراءة لا يخلو من منع

تحصيلا لرضا المالك و ثبوت حقه فيها على وجه يكون له الإمتناع عن الخصوصية لو اراد الضامن دفعها، فتجري البراءة عن ذلك ايضا. فتكون نتيجة الأصلين تخيير الضامن في دفع ايهما شاء.

الثالث: ان الدوران بينهما ان لم يكن من قبيل دوران الأمر بين المتباينين فهو من قبيل دوران الأمر بين التعيين و التخيير، والأصل في الدوران بينهما هو التخيير لا التعيين.

الرابع: ان الحكم الظاهري يعتبر فيه عدم العلم بالمخالفة للواقع، و الا فلا يكون مجعولا. و فى المقام اذا علمنا بان الواقع اما المثل معينا اوالقيمة كذلك، فيعلم بان التخيير غير مطابق للواقع، فلا وجه للبناء عليه.

و فيه: ان التخيير الذي بنينا عليه ليس بنفسه مفاد اصل من الأصول، بل هو نتيجة جريان البراءتين اللتين لا علم بمخالفة كل واحدة منهما للواقع، و العلم بمخالفتهما معا للواقع لا يضر بجريانهما معاً.

فتحصل: ان الأظهر هو تخيير الضامن.

و قد استدل المصنف لتخيير المالک بوجوه

[١] الاول اصالة عدم برائة ذمته بدفع مالا يرضى به المالك

[٢] الثانى ان مقتضى عموم على اليد عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين خرج ما اذا رضى المالك بشيء اخر

و سياتى الكلام على ذلك فى الموضع الثالث

[٣] اصالة الاشتغال

توضيح هذا الوجه، انه اذا لم تجر اصالة البرائة بالقياس الى الضامن لما تقدم وتعين عليه دفعهماو اختار المالك احدهما لا ريب في كونه مسقطاً للذمة، لأن ما يختاره اما هو البدل الواقعي، اويكون بدل البدل من جهة رضاء المالك

نعم يمكن ان يقال بعد عدم الدّليل لترجيح أحد الأقوال، و الإجماع على عـدم تخيير المالك التّخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين اعني، تعيّن المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة، و لا للضّامن الامتناع، و بين تـعين القيمة، كذلك فلا متيقّن في البين و لا يمكن البراءة اليقينية عند التّشاح فهو مـن باب تخيير المجتهد في الفتوى فتامل

بغير الجنس في مقام الوفاء. و على اى تقدير يكون مسقطا، فما يختاره المالك يكـون مسقطاً قطعاً و غيره مشكوك فيه و الأصل عدم السقوط إلاّ بما يختاره المالك.

و فيه: ان محل الكلام انما هو فيما اذا لم يرض المالك الا بما هو حقه، و لم يرض الضامن الا بدفع ما يجب عليه دفعه واقعا. و اما صورة تراضيهما على امر فهي خارجة عن محل الكلام، فانه في هذه الصورة لا كلام في جواز رد القيمة وان تعين دفع المثل، و كذلك العكس، و من المعلوم ان اختيار المالك ليس معينا لما يجب دفعه و لا هو بنفسه موضوع للحكم كما لا يخفى.

و استدل للثالث ـ و هو تعين المثل ـ بوجهين:

الأول: ان المثل و القيمة من قبيل الأقل والأكثر، و الدوران بينهما من قبيل دوران الأمر بين التعيين والتخيير، و الأصل في هذا المورد هو التعيين.

و فيه: ما حققناه في محله من ان الأصل فيه هو التخيير.

الثاني: ان مقتضى عموم على اليد هو تعين دفع المثل مطلقا، خرج عنه بالإجماع القيميات، و من الواضح ان الإجماع انما يكون حجة فيما ثبت قيميته فالمرجع في صورة الشك هو عموم العام.

و فيه: انه لو سلم كون مقتضى عموم على اليد هو تعين المثل مطلقا، ان الخارج عنه بالإجماع ليس هي الموارد الخاصة بل عنوان القيمي، فلو شك في شيء انه قيمي او مثلي يكون من الشك في المصداق، و ليس المرجع فيه عموم العام لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

.....

و استدل للقول الرابع: بان مقتضى النبوي هو لزوم دفع القيمة مطلقا، خرج منه المثلي، فمع الشك فيه يرجع الى عموم العام.

و فيه: ـ مضافا الى ما ستعرف من عدم دلالة النبوي في نفسه على ذلك ـ انه عند الشك في كون شيء مثليا بالشبهة الموضوعية لا يرجع الى عموم العام كماتقدم آنفا.

و استدل للقول الخامس: بعموم ادلة القرعة[1].

و فيه: اولا: انه انما يرجع اليها في صورة عدم تعين الوظيفة بالإمارة اوالأصل، و قد عرفت ان مقتضى الأصل هو تخيير الضامن.

و ثانيا: انه تختص ادلتها بالشبهة الموضوعية و لا تشمل الشبهة الحكمية.

و استدل للقول السادس: بانه من جهة ان الأمر دائر بين المتباينين، و كما يجب على الضامن دفعهما معاً قضاءاً للعلم الإجمالي، لا يجوز على المالك اخذهما للعلم الإجمالي بحرمة اخذ احدهما، فلا مناص الاّ عن الصلح.

و فيه: ما عرفت من ان الأصل يقتضي تخيير الضامن.

ما تقتضيه الأدلة الإجتهادية عند الشك في المثلية والقيمية

الموضع الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الإجتهادية في هذا المقام،

والأدلة التي ركنوا اليها في المقام ثلاثة:

الأول: النبوي المتقدم: على اليد ما اخذت حتى تؤدي

و قد استظهر المصنف ره منه تخيير المالك بتقريب انه يدل من جهة جعل الغاية اداء العين خاصة على بقاء عهدة العين، و انه لا رافع لها سوى ادائها، و قد قام الإجماع على سقوطها بدفع ما رضي به المالك و بقي الباقي.

---

١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى كتاب القضاء.

.....

و هذا هو الذى مر فى الموضع الثانى من نقل عبارته و وعدنا البحث فيها فى هذا الموضع و فيه ان الوجوه المحتملة في الحديث اربعة:

احدها: أن يكون الحديث مختصا بما قبل التلف من جهة ظهور كلمة حتى في كون مدخولها رافعا لما قبلها و غاية له، و ظهور ذلك في كونه ممكن الحصول، اذ عليه تكون الغاية قرينة على اختصاص الحكم الثابت في المغيا بحال وجود العين.

ثانيها: ان يكون الحديث دالا على كون العين فى العهدة مادام وجودها و بتلفها تنقلب العهدة الى ذمة المثل او القيمة كما عليه المشهور من جهة ان مفاد الحديث كون الماخوذ تلفه على الاخذ

ثالثها: ان يكون المراد به بقاء العين فى العهدة و لو بعد التلف و يكون دفع المثل او القيمة مسقطا لها و قد اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين.

رابعها: ان يكون مفاده بقاء العين في العهدة حتى بعد التلف، و دفع المثل اوالقيمة انما يكون من باب الجمع بين الحقين، يعني حق المالك لمطالبة العين، و حق الضامن كي لا يكلف بغير المقدور.

و ماذكره ره لا يتم على شيء من هذه الوجوه

اما على الأول: فواضح.

و اما على الثاني: فلأن سقوط العهدة بالتلف معلوم، والشك انما هو فيما ثبت في الذمة، فلا وجه للتمسك بالعموم في هذا المقام.

واما على الثالث: فلأن التخصيص الذي قام الإجماع عليه ليس بعنوان ما يختاره المالك، بل هو انما يكون بالمثل او القمية.

فعلى القول بانهما من قبيل المتباينين لا سبيل الى التمسك بالعموم، و على القول بانهما من قبيل الأقل والأكثر، و ان كان يتمسك بالعموم في الشبهة المفهومية

هذا ولكن يمكن ان يقال انّ القاعدة المستفادة من اطلاقات الضّمان في المغصوبات، و الامانات المفرط فيها، و غير ذلك هو الضّمان بالمثل لأنّه اقرب الى التّالف من حيث الماليّة والصّفات [١] ثمّ بعده قيمة التّالف من النّقدين و شبههما، لأنّهما اقرب من حيث المالية لأنّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتّالف بعد ارجاعه اليهما، و لأجل الاتّكال على هذا الظّهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها. قد نصّ الشّارع فيه على ذكر المضمون، به بل كلّها إلاّ ما شذّ و ندر قد أطلق فيها الضمان، فلو لا الا الاعتماد على ما هو المتعارف

ولكن لازمه تعين المثل، مع انه لا يرجع اليه في الشبهة الموضوعية

واما على الرابع: فلا شك في بقاء العهدة حتى يتمسك بالعموم، بل وجوب دفع البدل انما يكون ثابتا بدليل آخر.

و يدفع الإحتمال الأول لزوم ركاكة هذا الكلام، اذ كون اداء العين رافعا و مسقطا لعهدتها واضح لا يحتاج الى بيان

مع ان ما ذكر من ظهور الجملة في كون الغاية ممكن الحصول انما يتم بالقياس الى ما لا يمكن حصوله لا ما اذا امكن في زمان دون زمان كما لا يخفى.

و يدفع الإحتمال الأخير الضرورة و الإجماع

فيدور الأمر بين الثاني والثالث.

والأظهر هو الثالث، اذ كون العين بنفسها في العهدة امر معقول ثبوتا حتى بعد تلفها، و عدمها في عالم العين لا ينافي وجودها في عالم الإعتبار، و حيث ان الظاهر من الحديث كون الماخوذ بنفسه في العهدة فلا وجه لصرف ذلك عن ظاهره.

[١] الثاني: ان مقتضى اطلاقات ادلة الضمان الواردة في المغصوبات و الأمانات المفرط فيها ذلك هو الضمان بالمثل، اذ هي على كثرتها لا تكون متعرضة لبيان.

لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان، و قد استدلّ في المبسوط و المختلف على ضمان المثلى بالمثل والقيمى بالقيمة بقوله تعالى [١] ﴿فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْه بِمِثْل ما اعْتَدَى عَلَيْكُم﴾

المضمون به الا ما شذ وندر، فيعلم من ذلك اتكاله على ما هو المتعارف عند الناس. و من المعلوم ان المتعين عندهم تعين رد ما هو الأقرب الى العين بعد عدم امكان رد، العين نفسها، والأقرب هوالمثل لكونه تداركا للمالية، والخصوصيات الفائتة التي تختلف بها الرغبات، فيتعين ذلك.

و في صورة عدم التمكن من رده ايضا يراعى ماهو الأقرب الى التالف بعد المثل، و هو القيمة من النقدين أو شبههما، لأن غيرهما مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف، و معلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من المشتمل عليها.

و بعبارة اخرى: ان غير النقدين انما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما.

و فيه: اولا: انه لو تم لاختص لزوم اداء المثل بما اذا كان موجودا نوعا، اذ المعلوم من حال العقلاء رعاية للحكمة عدم التضمين بالأقرب مطلقا، فلا عبرة بوجوده احيانا.

و ثانيا: ان الأقربية ليست مناط الحكم، بل العبرة على التقريب المتقدم بما هو المتعارف عند الناس، و من المعلوم من حالهم انه لا نظر لهم في هذا المقام الا الى المالية، و لذا تراهم لا يطالبون المثل لو سقط عن المالية، و لا يلتفتون اليه و لا يلزمون بدفعه اذا زادت قيمته.

و بالجملة: المعيار عندهم هو القمية، وعليه فهذا الوجه يعين القمية.

[١] الثالث: قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1] قيل: انه يدل على تعين المثل في المثلي و القمية في غيره، بتقريب ان مماثل ما اعتدى

---

١) البقرة الآية ١٩٤.

بتقريب أنّ مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلى، و القيمة في غيره، و اختصاص الحكم بالمتلف عدواناً [١] لا يقدح بعد عدم القول بالفصل، و ربّما يناقش في الآية بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء، لا المعتدى به.[٢] و فيه نظر نعم الإنصاف عدم وفاء الآية كالدّليل السّابق عليه، بالقول المشهور لأنّ

هو المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

واورد عليه بوجوه

[١] الأول: انه مختص بالمتلف عدوانا.

[٢] ان مدلوله اعتبار المماثلة في مقدار الإعتداء لا المعتدى به.

الثالث: ان النسبة بين مقتضاه و مذهب المشهور عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الآية الشريفة و لا يضمن به عند المشهور، كما لو اتلف عليه عبدا وله في ذمة المالك بسبب القرض عبد موصوف بصفات التالف، فان مقتضى الاية الشريفة التهاتر القهري، والمشهور غير ملتزمين بذلك.

و قد ينعكس الأمر كما لو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القمية نقصانا فاحشا فان مقتضى الآية عدم جواز الزام المالك بالمثل لإقتضائها اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية، والمشهور ملتزمون بتعين المثل، و قد يجتمعان في المضمون به.

و فى الجميع نظر:

اما الأول: فلعدم القول بالفصل.

و اما الثاني: فلأن الظاهر من الآية المماثلة في المعتدى به، لأن حملها على ارادة المماثلة في الإعتداء يستلزم كون الباء زائدة، و كون المثل صفة لمفعول مطلق محذوف ـ و هو الإعتداء و هذا خلاف الظاهر.

واماالثالث: فلعدم كونه اشكالا على الإستدلال بالآية الشريفة، مع انه ستعرف ما فيه.

مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية، [١] و هذا يقتضي اعتبار المثل حتّى في القيميّات، سواء وجد المثل فيها إم لا. امّا مع وجود المثل فيها، كما لو اتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات. فإنّ مقتضى العرف والآية الزام الضّامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك، و لو با ضعاف قيمته و دفعه الى مالك الذّراع المتلف، مع أنّ القائل بقيميّة الثّوب لا يقول به، و كذا لو اتلف عليه عبداً و له في ذمّة المالك بسبب القرض او السّلم عبد موصوف بصفات التّالف، فانّهم لا يحكمون بالتّهاتر القهري، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبدين. نعم ذهب جماعة منهم الشّهيدان في الدروس والمسالك

ولكن الإنصاف ان مقتضى اطلاق الآية الشريفة ـ لا سيما بعد ملاحظة موردها و هو مقاتلة المشركين في الشهر الحرام، و ما عن التهذيب عن الإمام الصادق عليه السلام في الرجل قتل رجلا في الحرم أو سرق في الحرام قال عليه السلام : يقام عليه الحد و صاغراً لانه لم ير للحرم حرمة و قد قال الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ فقال: هذا هو في الحرم، و قال: ﴿لا عدوان الاّ على الظالمين﴾ فقال: هذا هو في الحرم، و قال: ﴿لاعدوان الاّ على ظالمين﴾[1]

هو ارادة الأعم من المماثلة في الإعتداء و المعتدى به و كيفياته، الا انها لا تدل على الضمان و اشتغال الذمة، بل تدل على جواز الإعتداء بالمثل، فلو تصرف في حنطته جاز له التصرف في حنطته ايضا، و لا تدل على ازيد من ذلك.

ثم يقع الكلام في انه على فرض دلالة الآية على الضمان هل تدل على ان ضمان المثلي انما يكون بالمثل والقيمي بالقيمة كما عن شيخ الطائفة

[١] او تدل على وجوب المماثلة في الحقيقة و المالية في جميع الموارد كما اختاره المصنف ره

ام تدل على غير ذلك.

محتملاتها اربعة:

الأول: ان يراد بالمماثلة المماثلة المطلقة ـ اي المماثلة في الحقيقة والمالية ـ من جهة ان المماثلة المطلقة هي المماثلة بلا عناية، و لازم ذلك ما افاده الشيخ ره من انه لو نقص قيمة المثل عن التالف لا يجتزي به في مقام الأداء.

الثاني: ان يراد بها المماثلة في الحقيقة خاصة، من جهة انها المماثلة العرفية

---

١) الوسائل باب ١٤ من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ١.

الى جواز ردّ العين المقترضة اذا كانت قيميّة، لكن لعلّه من جهة صدق اداء القرض باداء العين [١] لا من جهة ضمان القيمي بالمثل، و لذا اتّفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و ان كان مماثلا لها من جميع الجهات.

و امّا مع عدم وجود المثل للقيمي التّالف، فمقتضى الدّليلين عدم سقوط المثل من الذّمة بالتّعذر، كما لو تعذّر المثل في المثلى فيضمن بقيمته يوم الدّفع كالمثلي و لا يقولون به، و ايضاً فلو فرض نقصان المثل عن التّالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضي ذلك عدم وجوب إلزام المالك بالمثل، لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و الماليّة مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض إلزامه به.

و لازمه ما افاده المشهور من تعين المثل و ان نقص قيمته عن التالف.

الثالث: ان يراد بها المماثلة في المالية، من جهة ان الإغراض العقلائية في باب الأموال متعلقة بحيثية المالية، و لازمه تعين القيمة مطلقا.

الرابع: ان يراد بها مطلق المماثلة ـ اي المماثلة من اي وجه كان ـ و لازمه التخيير في اداء ايهما شاء. والأظهر منها هو الثاني كما لا يخفى وجهه.

فظهر مماذكرناه امور:

الأول: ان ما نسب الى شيخ الطائفة من دلالة الآية على ان المثلي يضمن بالمثل و القيمي بالقيمة لا يمكن تصحيحه و تطبيق الآية عليه.

الثاني: ان ما اختاره المصنف ره خلاف الظاهر.

الثالث: ان ما اختاره المشهور هو الذي تدل عليه الآية على فرض دلالتها

[١] قوله لكن لعله من جهة صدق باداء القرض باداء العين

و فيه انه اذا كان المفروض عدم حل عقد القرض و كون المتعين فى القيميات القيمة لزم عدم كفاية رد العين لعدم كونها من مصاديق ما ثبت فى الذمة فمن يفتى بجواز رد العين لا مناص من بنائه على كون ردها حلا لعقد القرض او ان القيمة فى القيميات لا تكون متعينة بل ادائها من باب الارفاق ـ و عليه فكما يجوز رد العين يجوز رد المثل.

و أن قوّى خلافه بعض بل ربّما احتمل جواز دفع المثل. و لو سقط من القيمة بالكلية و أن كان الحقّ خلافه فتبيّن أنّ النّسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآية عموم من وجه فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدّليلين و لا يضمن به عند المشهور، كما في أكثر الأمثلة، ثمّ أنّ الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحقّقه، لا يجدي بالنّسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففي موارد الشّك يجب الرّجوع إلى المثل بمقتضى الدّليل السّابق و عموم الآية [١] بناء على ما هو الحقّ المحقّق من أن العامّ المخصّص بالمجمل مفهوماً المتردّد بين الأقلّ والأكثر، لا يخرج عن الحجيّة بالنّسبة إلى موارد الشّك فحاصل الكلام إنّ ما اجمع على كونه مثليّا يضمن بالمثل مع مراعاة الصّفات التّي يختلف بها الرّغبات وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدّفع أو مكانه عن قيمة التألف بناء على تحقّق الإجماع على إهمال هذا التّفاوت مضافاً إلى الخبر الوارد في أنّ اللازم على من عليه دراهم الثّابت في ذمّة من اقترض دراهم و أسقطها السّلطان و روّج غيرها هي الدّراهم الأولى [٢] و ما أجمع على كونه قيمتاً يضمن بالقيمة، بناء على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك و إن وجد مثله

---

[١] قوله و عموم الاية

ما ذكره قده لا يتم فى الشبهة المصداقية لعدم جواز التمسك بالعام فيها مطلقا.

[٢] قوله مضافا الى الخبر الوارد فى ان اللازم على من عليه دراهم الثابت فى ذمة ... هى الدراهم الاولى النص هو صحيح معاوية عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم او تغيرت و لا يباع بها شيء الصاحب الدراهم الدراهم الاولى او الجائزة التى تجوز بين الناس فقال عليه السلام لصاحب الدراهم الدراهم الاولى[1]

و مكاتبة يونس الى ابى الحسن الرضا عليه السلام انه كان لى على رجل دراهم و ان السلطان اسقط تلك الدارهم و جائت دراهم اعلى من الدراهم الاولى و لها اليوم وضيعة فاى شيء له عليه الاولى التى اسقطها السلطان

---

١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الصرف حديث ٤.

أو كان مثله في ذمة المالك و ما شكّ في كونه قيميّاً او مثليا يلحق بالمثلى مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتّالف، و مع الإختلاف الحق بالقيمي [١] فتأمل.[٢]

او الدراهم التى اجازها السلطان فكتب عليه السلام لک الدراهم الاولى[١]

و ظاهر هما فى بادى النظر و ان كان سقوط مالية الدراهم رأسا الا انهما قابلان للحمل على نقص القيمة

و بازائهما مكاتبة اخرى ليونس قال كتبت الى ابى الحسن الرضا عليه السلام ان لى على رجل ثلاثة الاف درهم و كانت تلک الدراهم تنفق بين الناس تلک الايام و ليست تنفق اليوم فلى عليه تلك الدراهم باعيانها او ما ينفق اليوم بين الناس قال فكتب عليه السلام الى لک ان تاخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس و الترجيح للاولين

[١]قوله و مع الاختلاف الحق بالقيمى

ربما يورد عليه كما عن جمع من المحشين منهم السيد الطباطبائى قده من انه، بناءاً على الرجوع الى، عموم ما دل على وجوب المثل مطلقا فى مورد الشك فى المثليته والقيمية، كما هو مختاره قده على ما صرح به قبل اسطر لافرق بين ما علم مثلية و ماشك فيها، فكما انه فى المورد الاول يجب اداء المثل وان فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع عن قيمة التالف كذلك فى المورد الثانى لابد من البناء عليه، فلا وجه للبناء على الالحاق بالقيمى

ولكن الظاهر هوالفرق بينهما: فانه فيما علم مثليته انما حكم بذلك للاجماع المختص بذلك المورد، والافقد صرح قبل ذلك بان مقتضى الاية واطلاقات الضمان عدم الزام المالك بالمثل لاقتضائهما اعتبار المماثلة فى الحقيقة و المالية، و على هذا ففى مورد الشك حيث لااجماع على ذلك فلا يكون هو المتعين.

[٢] قوله فتامل

الظاهر انه اشارة الى ان مقتضى الادلة المتقدمة على مسلكه من دلالتها على اعتبارالمماثلةفى الحقيقةوالمالية ـ هودفع المثل مع تفاوت القيمة لاالرجوع الى القيمة مطلقا.

---

١) نفس المصدر ح ١.

الخامس: ذكر في القواعد انّه لو لم يوجد المثل الاّ باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد ـ انتهى ـ [١]

اقول كثرة الثّمن ان كانت لزيادة القيمة السّوقية للمثل بأن صار قيمته اضعاف قيمة التّالف يوم تلفه، فالظّاهر انّه لا اشكال في وجوب الشّراء و لا خلاف [٢] كما صرّح به في الخلاف حيث قال: اذا غصب ماله مثل كالحبوب [كاللّحوم] و الادهان فعليه مثل ما تلف في يده يشتريه بأيّ ثمن كان بلا خلاف. و في المبسوط يشتريه بأيّ ثمن كان اجماعاً، انتهى.

اذا لم يو جد المثل الا باكثر من ثمن المثل

[١] قوله الخامس: ذكر في القواعد: انه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد.

قبل الشروع في البحث لابد من تقديم مقدمات:

الاولى: انه اذا كانت العين موجودة بنفسها يجب ردها و ان زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية، أو لترقى القيمة السوقية. و ان نقصت قيمتها فان كان ذلک من جهة تلف وصف من اوصافها او جزء منها يجب رد تفاوت القيمة لعموم على اليد، وان كان ذلك من جهة تنزل القيمة السوقية يكتفي بردها لعدم اشتغال ذمته الا بها، بل لو سقطت عن المالية بالكلية لايجب عليه رد شيء آخر.

الثانية: ما تقدم من ان الحق شغل الذمة بنفس العين الى حين الأداء، بمعنى كون العين في العهدة و ان الإنتقال الى المثل او القيمة انما هو حين الأداء.

[٢] الثالثة: ان محل الكلام في المقام ليس هو ما اذا ازدادت القمية السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فانه لا اشكال في هذا المورد في وجوب الشراء فانه ان اريد اداء القمية لابد من اداء قيمة يوم الأداء. فعلى اي تقدير يتعين صرف هذا المقدار من المال فلا وجه لتوهم عدم وجوب الشراء للاضرر و غيره، بل محل البحث ما اذا لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمن غال و هي الصورة الثانية للمسألة ذكرها المصنف بعد التعرض لمسألة اخرى و هي

و وجهه عموم النّص و الفتوى بوجوب المثل في المثلى و يؤيّده فحوى حكمهم بأنّ تنزل قيمة المثل حين الدّفع عن يوم التّلف لا يوجب الانتقال الى القيمة، بل، ربّما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدّفع عن المالية [١] كـالماء على الشّاطي، و الثّلج في الشّتاء.

اذا سقط المثل عن المالية

[١] قوله: بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية.

قد تقدم انه لا اشكال في انه اذا سقطت العين المأخوذة عن المالية مـن دون ان ينقص منها شيء و لا من صفاتها و منافعها لا يجب عليه شيء سوى ردها.

انما الكلام فيما اذا تلفت و كانت مثلية وسقط المثل عن المالية

والأظهر هو عدم الإنتقال الى القيمة و كفاية رد المثل، و ذلك فان مقتضى الأدلة وجوب المثل، واما المالية المنتزعة من ميل الناس ورغبتهم اواعتبار من بيده الإعتبار كالتومان المتداول في هذا الزمان فهي لا تكون مضمونة.

و ان شئت قلت: ان العين بما لها من الخصوصيات تكون في العـهدة الى حـين الأداء، و هي فيالفرض حين الأداء لا قيمة لها، فلا وجه للإنتقال الى القيمة، و اداء قمية يوم الأخذ او يوم التلف

و الفائت انما هو رغبات الناس او اعتبار المعتبر لا شيء من الماخوذ

و يشهد لما اخترناه ـ مضافا الى انه مقتضى القاعدة:

صحيح معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجـل و سـقطت تـلك الدراهم او تغيرت و لا يباع بها شيء ألصاحب الدراهم الدراهم الأولى، اوالجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال عليه السلام: لصاحب الدارهم الدراهم الأولى.[1]

و قد استدل لضمان المالية في هذه الصورة بوجوه:

الأول: ان الزمان و المكان من خصوصيات العين الدخيلة في ماليتها، فان الماء

---

١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الصرف حديث ٤.

.....

في مفازة الحجاز غير الماء على الشاطىء، و الثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف، فاذا اخذ الماء في المفازة والثلج في الصيف تكون خصوصية الزمان و المكان في عهدة الضامن و لا يكون ردهما في الشاطىء والشتاء اداءاً للمأخوذ، فلا مناص عن رد القيمة اداءاً للخصوصيتين.

و فيه: ـ مضافا الى ان لازم ذلك لزوم تدارك المالية اذا سقطت العين عن المالية، وتدارك النقصان اذا نقص المثل عن التالف من حيث القيمة، مع انهم غير ملتزمين بذلك ـ ان الزمان والمكان ليسا دخيلين في المالية، بل اصل القيمة وترقيها ينشئان من كثرة الراغب و قلة الوجود، كما ان عدمها و تنزلها ينشآن من كثرة الوجود و قلة الطالب بلا دخل للزمان والمكان في ذلك، فان الثلج في الصيف اذا كثر لو قل طالبه تنقص ماليته او يسقط عنها، و هو في الشتاء اذا قل وكثر راغبه يصير غاليا. فالمعيار ما ذكرناه.

و بالجملة: سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في ذلك الشيء كما اذا صار الثلج ماءاً، و اخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لأجل كثرة وجوده او غير ذلك مع بقائه على ما هو عليه من الخصوصيات،

ففي الأول يحكم بالضمان لعموم ادلته، و لا يحكم به في الثاني.

الثاني: حديث لا ضرر[1] بتقريب : ان الماخوذ حين اخذه كان له مالية، فاذا رد مثله مع عدم المالية له من دون تداركها يكون ذلك ضرراً على المالك، والحديث ينفيه.

و فيه: انه لو كان مفاد الحديث ما اختاره بعض معاصري الشيخ الأعظم ره ـ و هو نفي الضرر غير المتدارك ـ تم ما ذكر، فان لازمه ثبوت التدارك في موارد الضرر بالأمر به في الشريعة المقدسة، وان كان ثبوت ضمان الآخذ على هذا الوجه ايضا لا يخلو من اشكال، فان غاية مايقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك، اما كون المتدارك هو الآخذ فلا يدل عليه، فليكن التدارك من بيت المال. ولكن قد حققنا في محله ضعف المبنى وان

---

١) الوسائل باب ١٢ من ابواب كتاب احياء الموات.

وامّا ان كان لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه الاّ عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه النّاس مع وصف الاعواز بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكه بازائه ضـرراً عرفاً، و الظّاهر انّ هذا هو المراد بعبارة القواعد لأنّ الثّمن في الصّورة الاولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل،

الحديث انما ينفي الأحكام الضررية و لا يثبت به حكم، فلا يثبت به الضمان في المقام.

الثالث: ما افاده المحقق الإصفهانى ره، و هو: ان دليل وجوب رد المثل انما يكون دليلا على التضمين والتغريم، فلابد من رعاية حيثية المالية، اذ المال التالف لا يتدارك الا بالمال. ثم قال: و منه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية و سقوط المثل عن المالية، فان رد الملك بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها، لكن التضمين والتغريم بلحاظ ماليتها، فيجب حفظ المالية في الثاني دون الأول.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ولكن يرد عليه قده امران

الأول: انه لا فرق بين العين والمثل، و وجوب رد كليهما انما ثبت بعموم على اليد، و هو بالنسبة اليهما على حد سواء، فلو قلنا بلزوم غرامة المالية في المثل لا مناص عن القول به في العين.

الثاني: ان ادلة الضمان انما تدل على وجوب رد العين مع وجودها، والمثل بـعد تلفها ان كان مثليا، و قد تقدم ان المماثلة المعتبرة هي المماثلة من حيث الحقيقة، و حيث ان المالية ليست صفة في العين او المثل، فلا وجه لضمانها.

و ان شئت قلت: ان العين بعد تلفها انما تكون في العهدة الى حين الأداء، و هي على الفرض لا مالية لها حينه، فلا وجه لأدائها.

فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد مااختاره صاحب الجواهر ره واحتمله فـي القواعد من انه اذا سقط المثل عن المالية لا ينتقل الفرض الى القيمة بل يكفي رد المثل

الصورة الثانية

و انّما زاد على ثمن التّالف يوم التّلف. و حينئذ فيمكن التّردد في الصّورة الثّانية كما قيل من انّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرّقبة في الكفارة والهدي و انّه يمكن معاندة البائع و طلب اضعاف القيمة و هو ضرر، ولكنّ الاقوى مع ذلك و جوب الشراء [١] وفاقاً للتّحرير، كما عن الايضاح والدّروس و جامع المقاصد بل اطلاق السّرائر و نفي الخلاف المتقدّم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصّورة الاولى. [٢]

وكيف كان فالاقوال فى ما هو محل البحث وهو ما اذا لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمن غال ثلاثة

[١] الاول ما عن جماعة منهم المصنف ره و هو وجوب الشراء

الثانى: عدم وجوب الشراء و ان حكمه حكم تعذر المثل ـ و سيأتي ـ اختاره جمع آخرون.

الثالث: ما افاده السيد ره و غيره و هو التفصيل بين ما لو علم الآخذ بعدم الإستحقاق، و ما لو لم يعلم بذلك، فيجب الشراء في الأول دون الثاني.

[٢] و استدل للأول: باطلاق النص و الفتوى بوجوب المثل فى المثلى.

و فيه: ان اطلاق النص ترفع اليد عنه بحديث لا ضرر[1] الحاكم على جميع ادلة الأحكام الواقعية.

واورد على التمسك بحديث لا ضرر في المقام بايرادات:

الأول: ان هذا الحكم بنفسه ضرري في جميع الموارد، فلا محالة يكون دليله مخصصا للحديث.

و فيه: انه لايتم بالنسبة الى المقدار الزائد كما لا يخفى.

الثاني: ان جريان دليل الضرر في الزام الضامن بالشراء يعارض مع منع المالك من مطالبة المثل بحقه.

و فيه: ان كون حقه المثل في هذا الفرض اول الكلام.

---

١) الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب كتاب احياء الموات و غيره من الابواب المتقدمة اليها الاشارة.

.....

الثالث: انه لا ضرر في متعلق التكليف و هو دفع المثل، وانما الضرر في مقدماته و هو شراء المثل بازيد من ثمن المثل. فلا وجه للتمسك بحديث نفي الضرر لعدم وجوبه.

و فيه: اولا: ان المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لا ضرر.

و ثانيا: ان حديث لا ضرر لا يختص بما اذا كان متعلق الحكم ضرريا، بل يدل على نفي الحكم الناشيء من قبله الضرر. و في المقام الضرر انما ينشأ من وجوب دفع المثل.

الرابع: انه اقدم الضامن بنفسه عليه بقبضه مال الغير بلا استحقاق.

و فيه: اولا: انه لو تم فانما هو في صورة العلم بعدم الإستحقاق، واما في صورة الجهل فلا يتم.

و ثانيا: ان اخذ العين انما يكون اقداما على ضمان المثل وان كان لم يوجد الا باكثر من ثمن المثل اذا كان حكمه في الشريعة هو ذلك، فلا يصح تعليل الحكم بذلك لإستلزامه الدور. و بعبارة اخرى: الإقدام على الضرر انما يكون متوقفا على ثبوت هذا الحكم، ولو توقف ذلک عليه لزم الدور.

و ثالثا: ان الإقدام على الضرر ليس من موانع جريان حديث لا ضرر الا في الموارد التي يكون رفع الحكم خلاف الإمتنان او غير موافق له.

والغريب ان السيد قده في العروة بنائه على ذلك، و لذا افتى ببطلان وضوء من تحمل الضرر وتوضأ، و مع ذلک في المقام استند الى قاعدة الإقدام.

و رابعا: ان الإقدام المانع عن جريان الحديث والتمسك به هو الإقدام على الضرر - كما لوتوضأ بالماء مع كون الوضوء ضرريا، او اشترى شيئا مع علمه بعدم مساواته مع الثمن قيمة. و اما لو فعل فعلا، الذي لو حكم الشارع بحكم يكون ذلك الحكم ضرريا، كما لو اكل في الليل شيئا يكون اكله، سببا لكون الصوم ضرريا عليه، او اجنب نفسه

ثم انه لا فرق فى جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التّلف او غيره [١] و لا بين كون قيمته في مكان المطالبة ازيد من قيمة في مكان التّلف ام لا، وفاقاً لظاهر المحكّي عن التّحرير و التّذكرة و الايضاح والدّروس و جامع المقاصد، و في السّرائر انّه الّذي يقتضيه عدل الاسلام و الأدلّة و اصول المذهب و هو كذلك لعموم النّاس مسلّطون على أموالهم، هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، و أمّا مع تعذّره فسيأتي حكمه في المسألة السّادسة.

مع كون الغسل ضرريا عليه ـ فلا يكون ذلك الإقدام سببا لعدم شمول الحديث. فتدبر فانه دقيق.

والمقام من قبيل الثاني، فان اخذ العين هو المقدم عليه و هو ليس ضرريا، والضرر انما ينشأ من حكم الشارع بوجوب رد المثل فيشمله لا ضرر.

فتحصل: ان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب الشراء و يشهد له: ـ مضافا الى ذلك ـ ما تقدم من ان وجوب رد المثل انما هو فيما لو كان المثل كثيرا مبذولا، والا فهو قيمي، و لا فرق في ذلك بين كون عزة الوجود بدوية او طارئة، فكون الشيء مثليا فى زمان لا يوجب كونه كذلك الى الأبد. فالأظهر عدم وجوب الشراء.

و مما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وجوابه.

[١] قوله لا فرق فى جواز مطالبة المالك بين كونه فى مكان التلف او غيره

لا ينبغى التوقف في جواز مطالبة المالك لماله من العين او المثل في اي مكان كان لعموم الناس مسلطون على اموالهم[١] وكذا لا اشكال في وجوب رد العين اذا كانت موجودة، والمثل اذا كانت قيمته في مكان المطالبة مساوية لقيمته في مكان التلف،

انما الكلام فيما اذا كانت قيمته في مكان المطالبة ازيد من قيمته في مكان التلف، و فيه وجوه و اقوال:

الأول: وجوب رده على الضامن.

الثانى: عدم وجوبه.

---

١) البحار ج ٢ ـ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

السادس: لو تعذّر المثل في المثلى [١] فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك، لأنّ منع المالك ظلم والزام الضّامن بالمثل منفيّ بـالتّعذر [٢] فوجب القيمة جمعاً بين الحقين

الثالث: التفصيل بين البلدان التي نقل الضامن العين اليها و بين غيرها، فان طالبه في احد تلك البلدان وجب الرد، وان طالبه في غيرها لا يجب.

و استدل السيد قده للأخير: بانصراف ادلة الضمان نظير ما يقال فى القرض مـن الانصراف الى بلد وقوعه فان المستفاد منها وجوب الرد والدفع في مكان ذلك المال، و لا يفهم جواز الإلزام في كل مكان اراد المالك.

و فيه: انه في باب القرض يتم ما ذكر لكون الإنصراف هناك عقديا، و هذا بخلاف باب الضمان.

و الأظهر هو الأول، لأن العين لا تخرج عن العهدة بعد تلفها كما تقدم، فمال المالك في عهدة الضامن، و مقتضى عموم على اليد ما اخذت و غيره من الأدلة لزوم الخروج عن عهدته في اي مكان كانت المطالبة.

لو تعذر المثل في المثلي

[١] قوله السادس: لو تعذر المثل في المثلي.

والكلام في هذا الأمر يقع في مقامات:

الأول: في انه اذا تعذر المثل في المثلي هل يكون مضمونا بالقيمة ام لا؟

والكلام في هذا المقام يقع في موردين:

الأول: في ما اذا طالب المالك.

الثاني: في فرض عدم مطالبته.

اما المورد: فقد استدل على الإنتقال الى القيمة بوجوه:

[٢] احدها: ما ذكره المصنف ره بقوله: لأن منع المالك ظلم، والزام الضامن بالمثل

.....

منفي بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقين.

و فيه: ان الإمتناع عن اداء القيمة انما يكون ظلما اذا كان حقه هو القيمة في فرض تعذر المثل، و الا فلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه متعذر لا انه ممنوع عن حقه، فثبوت الإستحقاق به دوري.

الثاني: ما افاده السيد في الحاشية و المحقق النائيني ره، وهو: أنّه للعين جهات ثلاثا: الخصوصية الشخصية، والخصوصية النوعية، والحيثية المالية. فبمقتضى الأدلة وجب رد جميعها على الآخذ

فكما انه اذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الأخيرتين.

كذلك اذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فيجب رد القيمة من هذه الجهة.

و فيه: ان المالية الواجب ردها في المثلي انماهي المالية الخاصة الموجودة في المثل، فوجوب رد مالية اخرى مجردة عن الخصوصية النوعية مع كون التالف مثليا يحتاج الى دليل آخر.

الثالث: ما استند اليه السيد﵀ ايضا، و هو حديث لا ضرر[1] فانه يدل على نفي كل حكم وجودي او عدمي ينشأ منه الضرر في الشريعة

و من تلك الأحكام هذا الحكم.

و فيه: ان لزوم الصبر على المالك و جواز تأخير الضامن بالقياس الى المثل و ان كانا ضررين الا انهما عقليان و من باب تعذر ادائه

و اما عدم لزوم اداء القيمة فهو لا يكون ضررا عليه، فان الإمتناع عما لا يستحقه لا يكون ضررا عليه، و اثبات حقه به دور واضح.

---

١) الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب كتاب احياء الموات و غيره من الابواب المتقدمة اليها الاشارة.

مضافاً الى قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ فإنّ الضّامن اذا الزم بالقيمة مع تعذّر المثل لم يعتدّ عليه ازيد ممّا اعتدى [١] وامّا مع عدم مطالبة المالك [٢] فلا دليل على الزامه بقبول القيمة لأنّ المتيقّن انّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، و جمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة. و حقّ الضّامن بعدم تكليفه بالمعذور او المعسور. و ما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل، و ما ذكرنا يظهر من المحكيّ عن التّذكرة و الايضاح

---

[١] الرابع: ما افاده المصنف ره ايضا، و هو قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1] بتقريب: ان الضامن اذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى.

و فيه: ان الآية على فرض دلالتها على الضمان، انما تدل على لزوم الإعتداء بالمثل، و لا تدل على ان الإعتداء المامور به هو ما لا يزيد على ما اعتدى عليه، والا لزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعذر المثل.

و الصحيح ان يستدل له بما تقدم من ان الشيء اذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمي، من غير فرق بين التعذر في جميع الأعصار او في عصر واحد و من باب الإتفاق. فالمثلي المتعذر مثله قيمي، فللمالك مطالبة القيمة لأنها حقه.

والغريب ان المحقق النائيني ره مع تصريحه بهذا في الأمر السابق لم يلتزم به في المقام بل صرح بخلافه. فراجع.

[٢] المورد الثاني: في انه اذا لم يطالب المالك فهل للضامن الزام المالك بقبول القيمة ام لا؟ فيه وجهان بل قولان:

اظهرهما الأول: فانه بناءاً على ما عرفت في وجه لزوم اداء القيمة لو طالب المالك يكون حق المالك ثابتا في القيمة قبل المطالبة، فللضامن الزامه بقبول حقه.

---

١) البقرة: ١٩٤.

حيث ذكرا في ردّ بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه انّ المثل لا يسقط بالاعواز الا ترى انّ المغصوب منه لو صبر الى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به، و انّما المصير الى القيمة وقت تغريمها، انتهى. لكن اطلق كثير منهم: الحكم بالقيمة عند تعذّر المثل، و لعلّهم يريدون صورة المطالبة و الاّ فلا دليل على الاطلاق و يؤيّد ما ذكرنا انّ المحكّي عن الأكثر في باب القرض انّ المعتبر في المثلى المعتذّر و قيمته يوم المطالبة. نعم عبّر بعضهم بيوم الدّفع، فليتأمّل. و كيف كان فلنرجع الى حكم المسألة فنقول أنّ المشهور أنّ العبرة في قيمة المثل المتعذّر بقيمة يوم الدّفع [١] لأنّ المثلى ثابت في الذّمة الى ذلك الزّمان ولادليل على سقوطه بتعذّره كما لا يسقط الدّين بتعذر ادائه. وقد صرّح بما ذكرنا المحقّق

نعم بناء على ما افاده المصنف ره في وجه ذلك اولا ليس للضامن الزامه بذلك، فان الإنتقال الى القيمة انما يكون من جهة الجمع بين الحقين، فاذا لم يطالب المالك لما كان وجه للإنتقال.

و بهذا التقريب يظهر انه لا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني﵀ من انه اذا جاز للمالك مع تعذر المثل مطالبة القيمة كشف ذلك عن ان حقه هو القيمة، فجاز الزامه باخذ القيمة و تفريغ ذمة الضامن عن حقه.

العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة اي يوم

المقام الثاني: في ان العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة اي يوم ففى المتن

[١] المشهوران العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة يوم الدفع.

والوجوه المحتملة التي بعضها اقوال خمسة عشر،

الا ان ما يمكن ان يذكر له وجه عشرة كما ستعرف

و منشأ الإختلاف الخلاف في امرين:

احدهما: ان المدار في القيمي على قيمة يوم الدفع، او قيمية يوم الغصب، او قيمة يوم التلف، او اعلى القيم من يوم الأخذ الى يوم الدفع، او الأعلى من يوم الأخذ الى يوم التلف. و سيأتى في الأمر السابع تنقيح القول في ذلك.

ثانيهما: انه بناءاً على الإنتقال الى القيمة هل العين تصير قيمة او القدر المشترك بينهما يكون قيميا؟

الثّاني، و قد عرفت من التذّكرة والايضاح ما يدلّ عليه، و يحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل و هو للحلّي في البيع الفاسد. و للتّحرير في باب القرض، و محكى عن المسالك لأنّه وقت الانتقال الى القيمة و يضعّفه انّه ان اريد بالانتقال انقلاب ما في الذمّة الى القيمة في ذلك الوقت: فلا دليل عليه وان اريد عدم وجوب اسقاط ما في الذّمة الاّ بالقيمة فوجوب الاسقاط بها وان حدث يوم التّعذر مع المطالبة، الاّ انّه لو اخّر الاسقاط، بقي المثل في الذّمة الى تحقّق الاسقاط واسقاطه في كلّ زمان باداء قيمته في ذلك الزّمان، و ليس في الزّمان الثّاني مكلّفاً بما صدق عليه الاسقاط في الزّمان الأوّل. هذا و لكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة الى ما تقدّم سابقاً من الآية و من انّ المتبادر من اطلاقات الضّمان هو وجوب الرّجوع الى اقرب الاموال الى التّالف بعد تعذّر المثل، توجّه القول بصيرورة التّالف قيميّاً بمجرد تعذّر المثل [١] اذ لا فرق في تعذّر المثل بين تحقّقه ابتداءً كما في القيميّات و بين طروّه بعد التّمكن، كما في نحن فيه ودعوى اختصاص الآية و اطلاقات الضّمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكم ثم ان فى المسألة احتمالات اخر ذكر اكثرها فى القواعد.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

و حق القول في المقام يقتضي البحث في موردين:

الأول: في بيان المختار.

الثاني: في بيان الوجوه التي ذكرت او يمكن ان تذكر لسائر الأقوال.

اما الأول: فحيث عرفت ان العين تكون في العهدة الى زمان الأداء

و عرفت في ضابط القيمي والمثلي ان العين المتعذر مثلها تصير قيمية،

و ستعرف ان العبرة فى القيميات بقيمة يوم الأداء،

فلا محالة تعرف ان المدار في المثل المتعذر مثله على قمية يوم الدفع.

[١] واما الثاني: فان قيل: ان الماخوذ بنفسه يصير، قيميا تأتي فيه احتمالات خمسة، و هي : قيمة يوم الاخذ. قمية يوم التلف. قمية يوم الأداء اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف. اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع.

و قوى بعضها في الايضاح و بعّضها بعض الشافعية. و حاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها انّه امّا نقول باستقرار المثل في الذّمة الى اوان الفراغ منه بدفع القيمة و هو الّذي اخترناه تبعاً للأكثر من اعتبار القيمة عند الاقباض، و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات. و امّا انّ نقول بصيرورته قيميّاً عند الاعواز، فإذا صار كذلك. فإمّا انّ نقول: انّ المثل المستقّر في الذّمة قيميّ [١] فيكون القيمية صفة للمثل. بمعنى انّه لو تلف وجب قيميته. و امّا ان نقول: انّ المغصوب انقلب قيميّاً بعد ان كان مثليّاً.

فإن قلنا بالأوّل فإن جعلنا الإعتبار في القيمي بيوم التّلف كما هو أحد الاقوال كان المتعيّن قيمة يوم الاعواز، كما صرّح به في السّرائر في البيع الفاسد. و التّحرير في باب القرض لأنّه يوم تلف القيميّ.

و ان جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضّمان كما هو القول الآخر في القيميّ كان المتّجه اعتبار زمان تلف العين لأنّه اوّل ازمنة وجوب المثل في الذمة، المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه

---

[١] وان قيل ان المثل يصير قيميا، جاء فيه احتمالات خمسة و هى: قيمة يوم تلف العين فانه يوم غصب المثل و كونه فى الذمة الى يوم اعواز المثل، قيمة يوم الاداء، قيمة يوم الاعواز باعتبار كونه يوم تلف المثل، اعلى القيم من يوم تلف العين الذى هو يوم غصب المثل الى يوم اعواز المثل الذى هو يوم تلفه، اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الأداء.

و ان قيل: ان الجامع بينهما يصير قيميا، جاء فيه ايضا احتمالات خمسة، وهي: قيمة يوم الأداء و قيمة يوم الغصب و هو يوم غصب العين، اذ غصب القدر المشترك يكون بغصب العين. و قيمة يوم التلف، و هو يوم اعواز المثل، فان تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل وعدم التمكن من ادائه واعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع. و اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف.

و حيث ان احتمالين من احتمالات كون المثل قيميا ـ و هما الأولان ـ ينطبقان مع احتمالين من القول بكون الماخوذ قيميا ـ و هما الثاني و الثالث ـ كما لا يخفى

و هذا مبنيّ على القول بالاعتبار في القيميّ بوقت الغصب كماعن الأكثر.

وان جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضّمان الى زمان التّلف، كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب، كان المتّجه الاعتبار باعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز، و ذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات.

وان قلنا: انّ التّالف انقلب قيميّاً، احتمل الاعتبار بيوم الغصب، كما في القيمي المغصوب، و الاعتبار بالاعلى منه الى يوم التّلف. و ذكر هذا اوّل الاحتمالات في القواعد.

و ان قلنا: انّ المشترك بين العين والمثل صار قيميّاً، جاء احتمال الاعتبار بالاعلى من يوم الضمان الى يوم تعذّر المثل، لاستمرار الضّمان في ما قبله من الزّمان. امّا للعين، و امّا للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب الى التّلف. و هذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات، و احتمل الاعتبار بالاعلى من يوم الغصب الى دفع المثل، و وجّهه في محكي التّذكرة و الايضاح بأن المثل، لاستمرار الضّمان في ما قبله من الزّمان. امّا للعين، وامّا للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب الى التّلف. و هذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات، و احتمل الاعتبار بالاعلى من يوم الغصب الى دفع المثل، و وجّهه في محكي التّذكرة والايضاح بأنّ المثل لا يسقط بالاعواز، قالا: الا ترى انّه لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقّه، فالمصير الى القيمة عند تغريمها [١] والقيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم.

و حاصله انّ وجوب دفع قمية المثل يعتبر من زمن وجوبه الى وجوب مبدله اعني العين فيجب اعلى القيم منها، فافهم.

واحتمالات اربعة من القول بكون الجامع يصير قيميا، وهي غير الأخير تنطبق مع احتمالات القولين الأولين، و انما لا ينطبق خصوص الأخير من جهة انه على هذا المسلك يكون هو الأعلى من يوم غصب العين الى يوم الإعواز.

فالمتحصل من هذه المسالك: ان الإحتمالات التي لها وجه تسعة. وهناك احتمال آخر،

[١] و هو: كون المدار على قيمة يوم المطالبة بناءاً على ان انقلاب المثل اليها انما هو حينهما. هذه هي المحتملات التي لها وجه، و اما غير تلكم من الإحتمالات فاما لا اساس له، اولا تتفاوت به القمية مع المحتملات المذكورة.

اذا عرفت هذا، فاعلم انّ المناسب لاطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلى هو انّه مع تعذّر المثل لايسقط المثل عن الذّمة، غاية الامر يجب اسقاطه مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو اسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة الاّ يوم الاسقاط و تفريغ الذّمة. وامّا بناء على ما ذكرنا من ان المتبادر من ادلّة الضّمان التّغريم بالاقرب الى التّالف فالأقرب، كان المثل مقدّماً مع تيسّره و مع تعذّره ابتداءً كما في القيميّ، او بعد التّمكن كما فيما نحن فيه كان المتعيّن هوالقيمة. فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيميّاً،و هو حال الاعواز فحال الاعواز معتبر من حيث انه اول ازمنة صيرورة التالف قيميا لامن حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين. فعلى القول باعتبار يوم التّلف في القيمي، توجّه ما اختاره الحلّي﵀ و لو قلنا بضمان القيميّ باعلى القيم من حين الغصب الى حين التّلف، كما عليه جماعة من القدماء توجّه ضمانه فيما نحن فيه باعلى القيم من حين الغصب الى زمان الاعواز، اذ كما انّ ارتفاع القمية مع بقاء العين مضمون بشرط تعذّر أدائه المتدارك لارتفاع القيم كذلك بشرط تعذر المثل في المثلي، إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السّوقية، و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثليّاً كان اداء مثلها عند تلفها كردّ عينها في الغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنّما يحصل بتلف العين والمثل.

فإن قلنا ان تعذّر المثل يسقط المثل كما انّ تلف العين يسقط العين توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب الى زمان الاعواز، و هو اصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشّافعية على ما قيل.

وان قلنا: انّ تعذّر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين، كان ارتفاع القيم فيما بعد تعذّر المثل ايضاً مضموناً فيتوجّه ضمان القيمة من حين الغصب الى حين دفع القمية، و هو المحكّي عن الايضاح، و هواوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين او المثل.

ثم اعلم ان العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنه لو تلف المثليّ والمثل موجود، ثم اعوز [١] و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما اذا طرأ تعذّر المثل، بعد تيسّره في بعض ازمنة التّلف لا ما تعذّر فيه المثل ابتداء.

و عن جامع المقاصد انّه يتعيّن حينئذ قيمة يوم التّلف، ولعلّه لعدم تنجز التّكليف

فتحصل ان المحتملات التي لها وجه عشرة:

الأول: قيمة يوم قبض العين.

الثاني: قيمة يوم تلفها.

الثالث: قمية يوم اعواز المثل.

الرابع: قيمة يوم الدفع.

الخامس: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الدفع.

السادس: اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الأداء.

السابع: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم تلفها.

الثامن: اعلى القيم من يوم قبض المثل ـ اي تلف العين ـ الى يوم الإعواز.

التاسع: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الإعواز.

العاشر: قيمة يوم المطالبة.

و بذلك يظهر عدم تمامية ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان المحتملات ثمانية، مع ان المحتمل الثالث في كلامه قده متحد مع الخامس. فراجع وتدبر.

لا فرق بين التعذر البدوي والطاري

[١] المقام الثالث: ظاهر كلام العلامة ره اختصاص هذه الإحتمالات بصورة طروء التعذر، لاما تعذر فيه المثل ابتداءاً.

وعن جامع المقاصد: انه حينئذ يتعين كون التالف قيميا. و ذكر في وجه التفصيل امور:

بالمثل عليه في وقت من الاوقات [١] ويمكن ان يخدش فيه بأنّ التّمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذّمة ابتداء [٢] كما لا يشترط في استقراره استدامتاً على ما اعترف به مع طروّ التّعذر بعد التّلف. و لذا لم يذكر احد هذا التّفضيل في باب القرض.

و بالجملة فاشتغال الذمّة بالمثل ان قيّد بالتّمكن، لزم الحكم بارتفاعه بطروّ التّعذر والاّ لزم الحكم بحدوثه مع التعذّر من اوّل الأمر، الاّ ان يقال انّ ادلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التّمكن و ان لم يكن مشروطاً به عقلاً، فلا تعمّ صورة العجز، [٣] نعم اذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيميّاً.

و قد يقال على المحقّق المذكور: انّ اللاّزم ممّا ذكره انّه لو ظفر المالك بالمثل قبل اخذ القيمة لم يكن له المطالبة و لا اظن احدا يلتزمه و فيه تامل

---

[١] الاول: انه في صورة التعذر ابتداءاً لا يكون التكليف باداء المثل منجزاً في وقت من الأوقات، و هذا بخلاف صورة التعذر الطاريء.

[٢] واورد عليه المصنف ره: بان التمكن من الأداء ليس شرطاً في الحكم الوضعي، اي اشتغال الذمة بالمثل، كما لا يشترط في استقراره استدامة.

ولكن: يرد على المصنف ره: ان مبنى التوجيه المزبور على ان الضمان ليس بنفسه امرا اعتباريا استقلاليا، بل هو منتزع من التكليف الفعلي باداء البدل، و اساس الإيراد انما هو كونه امراً اعتباريا مستقلا في الجعل، فهما لا يردان على مبنى فارد.

فالحق ان يورد عليه: بانه بناءاً على كونه امرا اعتباريا، ان صح اعتباره في فرض التعذر الطاريء صح في الإبتدائي ايضا، فانه اذا لم يكن مانع من اشتغال الذمة بالشيء مع عدم التمكن من ادائه صح ذلك في التعذر البدوي، والا لما صح بقاءاً ايضا.

[٣] الثاني: ما ذكره المصنف ره، و هو: ان الأدلة في مقام الإثبات قاصرة عن الشمول لصورة التعذر البدوي، واما اذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل او انقلابه قيميا.

و فيه: انه اذا كانت الأدلة في مقام الإثبات قاصرة عن شمول صورة التعذر الإبتدائي، لزم ان لاتكون الذمة مشغولة بالقيمة في القيمي مع تعذر ادائها ابتداءاً.

ثمّ انّ المحكى عن التذكرة انّ المراد باعواز المثل ان لا يوجد في البلد وما حوله.[١]

و زاد في المسالك قوله ممّا ينقل عادة منه اليه كماذكروا في انقطاع المسلم فيه

وعن جامع المقاصد الرّجوع فيه الى العرف و يمكن ان يقال: انّ مقتضى عموم وجوب اداء مال النّاس و تسليطهم على اموالهم اعياناً كانت ام في الذّمة، وجوب تحصيل المثل، كما كان يجب ردّ العين اينما كانت و لو كانت في تحصيله مؤنة كثيرة، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأىّ ثمن كان، و ليس هنا تحديد التّكليف بما عن التّذكرة.

الثالث: ماذكره بعض اكابر المحققين، و هو: ان الفرق بين العجز البدوي والطاري، عدم صدق ضابط المثلية في الأول، و صدقه في الثاني.

توضيحه: ان ضابط كون الشيء مثليا كون الشيء ذا مماثل موجود لا كونه ذا مماثل نوعا، و عليه فمع العجز البدوي لا يكون التالف مثليا بخلاف صورة طروء العجز.

و فيه: انه اذا كان ضابط المثلية كون الشيء ذا مماثل موجود، فعند طروء التعذر لا يكون بقاءاً كذلك، فلا مناص عن القول بالإنقلاب.

فتحصل: انه لا فرق بين الصورتين.

ثم ان هذا كله على مسلك المشهور من اشتغال الذمة بالمثل او القيمة و اما على المختار من كون العين في العهدة، فعدم الفرق اوضح.

المراد من اعواز المثل

المقام الرابع: في بيان المراد من الأعواز.

[١] فعن العلامة: ان المراد به عدم وجوده في البلد و ما حوله، و عن المسالك زيادة قوله: مما ينقل اليه عادة، و عن المحقق الثاني: الرجوع فيه الى العرف.

نعم لو انعقد الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز، تعيّن [١] ما عن جامع المقاصد كما انّ المجمعين اذا كانوا بين معبّر بالاعواز و معبّر بالتعذّر كان المتيقّن الرّجوع الى الأخصّ و هو المتعذّر لأنّه المجمع عليه، نعم ورد في بعض اخبار السّلم انّه اذا لم يقدر المسلم اليه [عليه] على ايفاء المسلم فيه تخيّر المشتري.[٢]

و من المعلوم انّ المراد بعدم القدرة ليس التعذّر العقليّ المتوقف على استحالة النقّل من بلد آخر، بل الظّاهر منه عرفاً ما عن التّذكرة، و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه [٣]

---

[١] و المصنف ره ذهب الى الأخير بناء على الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز، واما اذا كان المجمعون بين معبر بالإعواز ومعبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الأخص و هو المتعذر.

[٢] ثم مال قده الى ما عن العلامة من جهة النص الوارد في السلم انه اذا لم يقدر المسلم اليه على ايفاء المسلم فيه تخيرالمشتري. بتقريب: انه من المعلوم ان المراد بعدم القدرة بحسب المتفاهم العرفي ذلك.

[٣] ثم قال: وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

و لكن الإعواز والتعذر لم يردا في رواية، و لا هما معقد اجماع تعبدي حتى ينازع في صدقهما، بل الفقهاء بعد استخراجهم الحكم من القواعد عبروا بهما، و عليه فيتعين ملاحظة القواعد.

و محصل الكلام: ان هنا مسألتين ـ بعد مفروغية انه اذا كان المثل موجود اليس للمالك مطالبة القيمة والزام الضامن بادائها و له الإلزام باداء المثل.

الأولى: انه متى ليس للمالك الزام الضامن بالمثل.

الثانية: انه متى للمالك الزامه باداء القيمة.

اما الأولى: فليس للمالك الزامه بادائه اذا لم يتمكن عقلا او شرعا، بان كان الأداء ضرريا عليه او حرجيا. و بعبارة اخرى: متى انتفى احد الشروط للتكليف، من غير فرق في ذلك بين وجود المثل في البلد او غيره، كما ان له الزامه به اذا كانت شروط التكليف موجودة، و لو كان المثل في بلد بعيد.

ثمّ انّ في معرفة قيمة المثل [١] مع فرض عدمه اشكالاً من حيث انّ العبرة بفرض وجوده و لو في غاية العزّة كالفاكهة في أوّل زمانها أو آخره أو وجود المتوسط، الظّاهر هو الأوّل لكنّ مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغني عن بيعه بحيث لا يبيعه إلاّ إذا بذل له عوض لا يبذله الرّاغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم لو ألجأ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه الا ان يبذله بازاء عتاق الخيل و شبهها فان الراغب فى الجمد فى العراق من حيث أنّه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، و إنّما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلا، أو معالجة مشرف على الهلاك و نحو ذلك من الأغراض و لذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التّعذر، كما ذكرنا في المسألة الخامسة فكل موجود لا يقدح وجوده في صدق التّعذّر فلا عبرة بفرض وجوده في

واما الثانية: فليس له الزامه بادائها الا اذا تعذر عقلا المثل، والا فلو لم يكن متعذرا عقلا ولكن كان ادائه حرجيا او ضرريا له ان يتحمل الضرر و الحرج، و يؤدي المثل. و هذا ايضا لا فرق فيه بين البلد و غيره.

في معرفة قيمة المثل

[١] المقام الخامس: في معرفة قمية المثل.

منشأ اختلاف القيمة ان كان اختلاف الأيام والفصول، فقد تقدم الكلام في تعيينها و ان كان اختلاف الأمكنة فسيأتي الكلام فيه

وان كان اختلاف الأيام في عزة الوجود و كثرته، فالميزان هو قيمة اليوم الذي عين لذلك، كان هو يوم الغصب او يوم التلف او يوم الأداء او غير ذلك.

و بالجملة: حيث عرفت ان العين انما تكون في العهدة الى حين الأداء ـ و لذلك بنينا على ان المدار على قيمة يوم الأداء ـ فيفرض العين موجودة يوم الأداء، و تقوّم و تؤدى تلك القيمة الفرضية. فلا اشكال في المسألة.

صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده في التّقويم عند عدمه ثمّ أنّک قد عرفت أنّ للمالك مطالبة الضّامن بالمثل عند تمكّنه و لو كان في غير بلد الضّمان وكان قيمة المثل هناك أزيد، أمّا مع تعذّره و كون قيمة المثل في بلد التلف مخالفالهافى بلد المطالبة فهل له المطالبة باعلى القيميتن ام يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التّلف وجوه [١] و فصّل الشّيخ في المبسوط في باب الغصب [٢] بأنّه أن لم يكن في نقله مؤنة كالنّقدين فله المطالبة بالمثل سواء كانت القيمتان مختلفتين أم لا، و إن كان في نقله، مؤنة فان كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً، لأنّه لا ضرر عليه في ذلك، و إلاّ فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصير حتّى يوفّيه بذلك البلد، ثمّ قال أنّ الكلام في القرض كالكلام في الغصب، و حكي نحو هذا عن القاضي أيضا فتدبّر، و يمكن أن يقال أنّ الحكم باعتبار بلد القرض أو السّلم على القول به مع الإطلاق، لانصراف العقد إليه و ليس في باب الضمان ما يوجب هذا الا نصراف

الاعتبار ببلد المطالبة او بلد التلف

[١] السادس: اذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة مخالفة لقيمته في بلد التلف، فهل الإعتبار ببلد المطالبة، او ببلد التلف، او يتخير المالك في التعيين، او يتخير الضامن فيه؟ وجوه:

المسألة مبنية على مسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره، و قد عرفت ان الأظهر جواز المطالبة في كل مكان شاء المالك، وعليه فالعبرة في المقام ببلد المطالبة.

[٢] و فصّل في المبسوط، بما محصله: ان للمالك مطالبة القيمة في كل مكان كان له مطالبة المثل، فان كان المثل مما لا مؤونة في نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقا، وان كان في نقله مؤونة فان كانت القيمتان متساويتين فله المطالبة بها ايضا مطلقا، وان كان في نقله مؤونة و كانت القيمتان مختلفتين فليس له الا مطالبة قيمة بلد التلف.

بقي الكلام في انّه هل يعدّ من تعذّر المثل، خروجه عن القمية [١] كالماء على الشّاطىء إذا أتلفه في مفازة والجمد في الشتاء اذا اتلفه في الصّيف، أم لا؟ الأقوى بل المتعيّن هو الأوّل، بل حكي عن بعض نسبته إلى الاصحاب و غيرهم والمصرّح به في محكي التّذكرة و الإيضاح والدّروس قيمة المثل في تلك المفازة، و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن الماليّة.

فرع لو دفع القيمة في المثل المتعذّر مثله، ثمّ تمكّن من المثل [٢] فالظّاهر عدم عود المثل في ذمّته وفاقاً للعلاّمة. ومن تأخّر عنه ممّن تعرّض للمسألة، لأنّ المثل كان ديناً في الذّمة سقط باداء عوضه مع التّراضي، فلايعود كما لما لو تراضيا بعوضه مع وجوده، هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذّمة بالاعواز. و امّا على القول بسقوطه وانقلابه قيّمياً.

ولكن يرد عليه: ان الضرر الذي لأجله حكم في الصورة الأخيرة بعدم لزوم اداء المثل او قيمته في بلد المطالبة: ان كان من جهة الإحتياج الى مؤونة النقل، فهو موجود في الصورة الثانية، وان كان من جهة زيادة القيمة فهو موجود في الصورة الأولى، و ان كان من جهة مجموع الأمرين فيرد عليه: ان الإنضمام يوجب زيادة الضرر لا اصله، فالإلتزام بالتفصيل، و ان له المطالبة في اي مكان شاء في الصورتين الأوليتين وان العبرة ببلد التلف في الأخيرة مما لا وجه له.

[١] قد مر الكلام على ذلك و عرفت ان روايتين يمكن استفادة حكم المقام منهما - و ان ارجحهما ما يدل على انه من تعذر المثل و سيأتي تمام الكلام فيه

لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة

[٢] السابع: لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالأقوى عدم عود المثل في ذمته، و ذلك بناءاً على المختار من ان التالف اذا تعذر مثله يصير قيميا واضح. فانه مع صيرورته قيميا وادى الضامن القيمة فقد برئت ذمته، فلا موجب لإشتغال الذمة بالمثل.

فان قلنا بأنّ المغصوب انقلب قيميّاً عند تعذّر مثله فـأولى بـالسّقوط لأن المدفوع نفس ما في الذمّة.

و ان قلنا انّ المثل بتعذّره النّازل منزلة التّلف صار قيميّاً [١] احتمل وجوب المثل عند وجوده لانّ القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتي انّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

السّابع: لو كان التّالف المبيع فاسداً قيميّاً، فقد حكى الاتـفاق عـلى كـونه مضموناً بالقيمة [٢].

و ان شئت قلت: ان القيمة بدل للعين لا للمثل، فلا موهم لكون القيمة بدل الحيلولة للمثل.

[١] واما بناءاً على ان المثل يصير قيميا،

فان قلنا ببقائه في الذمة الى حين الأداء وان المالك يسقط خصوصية المـماثلة للطبيعة و يطالب المالية و لذلك له ان يصبر الى ان يتيسر المثل فلا يعود المثل في ذمته ايضا،

و كذلك لو قلنا بانقلاب شغل الذمة من المثل الى قيمته.

نعم بناء على القول ببقاء المثل في الذمة يعقل اعتبار بدل الحيلولة من جهة انـه بالتعذر لا يسقط المثل عن الذمة، و انما يؤدى القمية لأن ينتفع بها الى ان يتيسر المثل

ضمان القيمي بالقيمة

[٢] السابع: لو كان التالف المبيع فاسداً قيميا فقد حكي الإتفاق على كونه مضمونا بالقيمة.

والكلام في هذا الأمر يقع في موارد:

الاول: انه لا ريب و لا كلام في انه عند تعذر المثل في القيميات يكفي رد القمية

وانما الخلاف المتوهم في صورة وجود المثل من جميع الجهات او ما يصدق عليه المثل، فالمشهور بين الأصحاب انه يكفي رد القيمة،

و عـــن الإسكـــافي و المـــحقق: انـــه يـــجب رد المثل.

وظني انهما غير مخالفين للمشهور، فان مورد كلامهما القرض، و لا يبعد فيه دعوى

و يدل عليه الاخبار المتفرقة في كثير من القيميّات، فلا حاجة الى التّمسك بصحيحة أبي ولاّد الآتية في ضمان البغل، و لا بقوله ﷺ من أعتق شقصاً من عبد قوّم عليه، بل الأخبار كثيرة. بل قد عرفت أنّ مقتضى إطلاق أدلّة الضّمان في القيميّات، هو ذلک بحسب المتعارف [١] إلاّ أن المتيقّن من هذا المتعارف ماكان المثل فيه متعذّراً، بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميّات كالبغل و العبد و نحوهما لصورة تعذّر المثل، كما هو الغالب. فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي و ان فرض تيسر المثل له كما في من اتلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، و كما لو اتلف عليه ذرعاً من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في اجزائه اصلا هو الاجماع كما يستظهر

و على تقديره ففى شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تامل.[٢]

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ان المتعارف الشرط الضمني برد المثل و لو في بعض الصفات.

و يؤيد ما ذكرناه تصريح المحقق في باب الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القمية، فمدعي عدم الخلاف في كفاية رد القيمة مع تيسر المثل غير مجازف.

[١] و كيف كان: فالاولى بيان ما هو المستفاد من الأدلة، و قد تقدم في الأمر السابق ان حديث على اليد لا نظر له الى هذه الجهة

و آية الإعتداء لا تدل على الضمان،

وان الإطلاق المقامي والإجماع يقتضيان تعين القيمة. فراجع.

[٢] قوله و على تقديره ففى شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تامل

مراده قده انه على تقدير الاجماع، على وجوب القيمة، مع تيسر ما يصدق عليه المثل عرفا، ففى شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل فلا حزازة فى كلامه لكن يرد عليه ان التفصيل خرق للاجماع والادلة بالنسبة الى الصورتين على حد سواء.

خصوصاً مع الاستدلال عليه كما في الخلاف و غيره بقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ﴾ [١] بناءً على أنّ القيمة مماثل للتّالف في الماليّة، فإنّ ظاهر ذلک جعلها من باب الاقرب الى التّالف بعد تعذّر المثل، و كيف كان فقد حكى الخلاف في ذلك عن الاسكافي، و عن الشّيخ والمحقّق في الخلاف و الشّرائع في باب القرض، فإن ارادوا ذلک مطلقاً حتّى مع تعذّر المثل، فيكون القيمة عندهم بدلا عن المثل حتّى يترتّب عليه وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسألة تعيّن القيمة، متفرّعاً على هذا [ذلك] القول فيردّه اطلاقات الرّوايات الكثيرة في موارد كثيرة [٢] منها صحيحة أبي ولاد الآتية، و منها رواية تقويم العبد و منها ما دلّ على انّه اذا تلف الرّهن بتفريط المرتهن سقط من دينه [٣] بحساب ذلك، فلو لا ضمان التّالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدّين بمجرد ضمان التّالف. و منها غير ذلک من الاخبار الكثيرة و ان ارادوا انّه مع تيّسر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً، نظراً الى ظاهر آية الاعتداء و نفي الضّرر، لأنّ خصوصيات الحقائق قد تقصد اللّهم الّا ان يحقّق اجماع على خلافه و لو من جهة انّ ظاهر كلمات هؤلاء اطلاق القول بضمان المثل، فيكون الفصل بين التيسّر و عدمه قولاً ثالثاً في المسألة

---

[١] قوله خصوصا مع الاستدلال عليه كما فى الخلاف وغيره بقوله تعالى (فاعتدوا...)

و فيه انه قد عرفت فى المسألة السابقة ان الآية الكريمة لا تدل على الضمان و على فرض دلالتها لا تدل على ما اختاره الشيخ الاكبر فراجع.

[٢] قوله فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة فى موارد كثيرة.

قد مر عدم دلالة الروايات على الانقلاب، مع ان خلاف الجماعة انما هو فى القرض لا فى غيره، فلا تكفى الروايات فى ردهم مع احتمال الفصل،

مضافا الى انه لواغمض عن ذلک كله فهو المتيقن من الروايات فلا حاجة الى الاطلاق.

[٣] قوله و منها ما دل على انه اذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه.

و فيه انه ليس فى نصوص الرهن عنوان، السقوط بل فيها انهما يترد ان الفضل.

.....

اذا كان لأحد الأمرين من الرهن والدين عند تلفه فضل، و انه اذا كان الرهن يساوي ما رهنه فليس عليه شيء.

الثاني: في انه هل تشتغل الذمة حين التلف بالقيمة في القيميات، أم تبقى العين في العهدة الى حين الأداء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول.

و الحق هو الثاني لما تقدم في الأمر السابق من ظهور حديث على اليد في ذلك.

و لا ينافيه شيء من الأخبار،

اما ما دل على الضمان فواضح،

و اما النصوص المعينة للقيمة فلأن جملة منها مثل

خبر السكوني عن الإمام الصادق عليه السلام الوارد في السفرة المطروحة الكثير لحمها و خبزها و جبنها و بيضها و فيها سكين، فقال امير المؤمنين عليه السلام: يقوّم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن.[1]

و خبر علي بن جعفر عن الإمام الكاظم عليه السلام في رجل اصاب شاة في الصحراء الدال على انه ياكلها وان جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه.[2]

و مرسل الصدوق عن مولانا الصادق عليه السلام في الطعام الذي وجد في مفازة، المتضمن انه يقوّم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة ان جاء[3].

و غير ذلك من النصوص التي تكون بهذا المضمون

تكون في مقام بيان ان للواجد ولاية على ان يبيع ما وجده عن صاحبه لنفسه و يبقي الثمن في ذمته الى ان يجيء صاحب المال، واجنبية عن المقام بالمرة

و جملة اخرى منها لايستفاد منها ازيد من وجوب دفع القيمة حين الأداء، و هذا يلائم مع كون العين في العهدة.

---

١) الوسائل ـ باب ٢٣ ـ من ابواب كتاب اللقطه حديث ١.

٢) الوسائل ـ باب ١٣ ـ من ابواب كتاب اللقطه حديث ٧.

٣) الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب كتاب اللقطه حديث ٩.

ثمّ انّهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد [١] فالمحكي في غاية المراد عن الشّيخين و أتباعهما تعيّن قيمة يوم التّلف. و عن الدّروس والروضة نسبته إلى الاكثر.

تعيين القيمة

[١]قوله ثم انهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد.

الأقوال و الوجوه المحتملة في المسألة فى كون المدار على اى يوم خمسة:

(١) يوم القبض، نسب الى الأكثر.

(٢) يوم التلف، نسب الى الشيخين و اتباعهما، و عن الدروس والروضة: نسبته الى الأكثر.

(٣) يوم الدفع.

(٤) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف.

(٥) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع.

و اما ما عن المفيد والقاضي و الحلبي من الإعتبار بيوم البيع، فالظاهر ارادة يوم القبض، فهو يرجع الى القول الأول.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في مواضع:

الأول: فيما تقتضيه الأصول العملية.

الثاني: فيما تقتضيه القواعد.

الثالث: فيما يقتضيه صحيح ابي ولاد و غيره من النصوص الخاصة.

اما الموضع الأول: فعن العلامة و غيره: انها تقتضي القول الخامس، اذ اشتغال ذمته بحق المالك معلوم، و لا تحصل البراءة الا بالأعلى.

واورد عليه: بان الأصل في المقام البراءة لكون الشك في التكليف الزائد.

واجاب عنه المصنف ره: بان الأصل بالنسبة الى لزوم دفع القيمة و ان كان هو

.....

البراءة الا ان الأصل في الضمان المستفاد من على اليد هو الإستصحاب.

و حق القول في المقام، انه ان قلنا بان الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية في مواردها ـ كما اختاره المصنف ـ فالمرجع اصالة البراءة، اذ لا شيء مجعول سوى لزوم دفع القيمة، والمفروض دورانها بين الأقل والأكثر، فتجري البراءة عن الزائد.

و ان قلنا بان الحكم الوضعى كالتكليفي متاصل في الجعل، فان قلنا في المقام بالإنقلاب ـ بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة كما هو المنسوب الى المشهور ـ فالمرجع هو البراءة أيضا، لأن شغل الذمة مشكوك فيه فتجرى البراءة. و ان قلنا بكون العين في العهدة الى حال اداء العوض، فالمرجع هو استصحاب بقاء العين وعدم السقوط الا بدفع الأكثر.

و بما ذكرناه ظهر أن ما افاده العلامة حق على المسلك المختار من بقاء العين في العهدة بعد تلفها،

كما ظهر أن جواب المصنف ره لا يتم على مسلكه.

واما الموضع الثاني: فقد استدل العلامة للقول الأول ـ على ما نسب اليه ـ: بانه زمان ازالة يد المالك. توضيحه: ان القابض انما وضع يده على ماله، مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية، والصفات النوعية. مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص، فوجب عليه رده بماله من الحيثيات اذا امكن الرد. و ان لم يمكن رد الخصوصية والصفات النوعية للتلف وجب رد تلك المالية المخصوصة الواقعة تحت اليد، ولا وجه لوجوب رد المراتب الاخر من الماليات، فانها ماليات واردة على ماهو تحت العهدة، لا ان العهدة واردة عليها.

و فيه: اولا: المالية المنتزعة من رغبة الناس و ميلهم لا تقع تحت اليد، و لا تكون مضمونة كما تقدم.

و الوجه فيه على مانّبه عليه جماعة منهم: العلاّمة في التّحرير انّ الانتقال الى البدل انّما هو يوم التّلف اذ الواجب قبله هو ردّ العين.

و ربّما يورد عليه انّ يوم التّلف يوم الانتقال الى القيمة امّا كون المنتقل اليها قيمة يوم التّلف فلا، ويدفع بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه كونه في عهدته ومعنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التّلف حتّى يكون عند التّلف كأنّه لم يتلف و تداركه على هذا النّحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه [١] و ممّا ذكرنا ظهر انّ الاصل في ضمان التّالف ضمانه بقيمة يوم التّلف، فإن خرج المغصوب من ذلك مثلاً فبدليل خارج.

و ثانيا: ان لازم ذلك انه لو كانت العين باقية ولكن نقصت قيمتها لزوم دفع ما نقص.

و ثالثا: ان هذا الوجه لو تم لاقتضى كون المدار على اعلى القيم من يوم الأخذ الى يوم التلف، لأن على اليد لا يختص بحدوث اليد، بل يشمل بقائها، فكل زمان من ازمنة كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد المالك، فوجب ان يغرم اكثرها.

[١] واستدل للقول الثاني في المتن بان معنى ضمان العين عند قبضها كونها في عهدته، و معنى ذلك وجوب تداركها ببدلها عند التلف حتى تكون عند التلف كأنها لم تتلف، و تداركها على هذا النحو بالتزام مال معادل لها قائم مقامها.

و فيه: انه بناءاً على المسلك الحق من بقاء العين في العهدة الى حين الأداء لا وجه لرعاية قيمة يوم التلف كما لا يخفى،

و به يظهر ان الحق هو القول الثالث، و هو ان العبرة بقيمة يوم الدفع.

و استدل للقول الرابع بوجوه:

احدها: قاعدة نفي الضرر.

و فيه: اولا: ان قاعدة نفي الضرر حاكمة على الأدلة المثبتة للحكم، و تدل على نفيه و لا تدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر.

وثانيا: انها لو دلت على ذلك لزم البناء على لزوم دفع ما نقص من القيمة مع بقاء العين.

.....

ثانيها: انه اذا تلفت العين في يوم ارتفاع قيمتها ضمن الاعلى بناءاً على ان العبرة بيوم التلف، فكذلك اذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت فيضمن الأعلى، و لو تنزلت يوم التلف، لأن الغاصب منع المالك عن التصرف في اليوم الذي ارتفعت قيمتها.

و فيه: ـ مضافا الى انه لو تم لاقتضى لزوم دفع ما نقص من القيمة مع رد العين، و انه لا عبرة بيوم التلف ـ انه لا دليل على كون الحيلولة سبباً للضمان.

ثالثها: ما اساسه يبتني على امرين: احدهما: شمول على اليد للمالية و كونها مضمونة. ثانيهما: الإنقلاب ـ بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة ـ و قد عرفت ما في كلا الأمرين.

واستدل للقول الخامس: بالوجهين الأولين المذكورين في سابقه اللذين تقدم ما فيهما.

و بما يبتني علي امرين.

الأول: بقاء العين في العهدة الى حين الأداء

الثاني: كون تفاوت الرغبات كالصفات داخلا تحت الضمان. و قد مر ما في الثاني.

فتحصل: ان القواعد تقتضي كون العبرة بيوم الدفع.

واما الموضع الثالث: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في صحيح ابي ولاد.

الثاني: في غيره من النصوص.

اما المورد الأول: فقبل البحث فيه لابد من تقديم مقدمة

و هي: ان الصحيح مختص بالمغصوب، و استدل للتعدي منه الى المقبوض بالبيع الفاسد على فرض دلالة الصحيح على حكم مخالف للقاعدة بوجهين:

احدهما: ما عن الحلي من دعوى الإتفاق على كون البيع فاسداً بمنزلة المغصوب الا في ارتفاع الإثم.

و فيه: انه على فرض ثبوت الإتفاق لم يثبت كونه تعبديا، مع ان ثبوته ممنوع.

نعم لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام من دعوى الاتّفاق على كون البيع فاسداً بمنزلة المغصوب الاّ في ارتفاع الاثم، الحقناه بالمغصوب ان ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن ان يقال اذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب، كما هو ظاهر صحيحة ابي ولاّد الآتية، كشف ذلك عن عدم اقتضاء اطلاقات الضّمان لاعتبار قيمة يوم التّلف، اذ يلزم حينئذ ان يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التّلف اضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التّدارك، عند التّلف لما ذكرنا من انّ معنى التّدارك التزام بقيمته يوم وجوب التّدارك [١] نعم لو فرض دلالة الصّحيحه على وجوب أعلى القيم، امكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التّدارك مؤاخذة له باشقّ الأحوال، فالمهم حينئذ صرف الكلام

---

[١] ثانيهما: ما افاده المصنف ره، و حاصله: انّه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلى القيم امكن تخصيصها بالغاصب وعدم التعدي عنه، واما لو كان ظاهرها ان الإعتبار بيوم الغصب وجب التعدي عنه، و ذلك لأنه اذا كان قيمة المغصوب يوم التلف او الدفع اكثر من قيمة يوم الغصب لزم من البناء على ان قاعدة الضمان والتدارك تقتضي كون العبرة بقيمة يوم التلف او يوم الدفع الإرفاق بالغاصب، و التخفيف عليه، و كون غيره اسوء حالا منه، و هذا مما يقطع بخلافه، فلا محالة يستكشف ان المجعول هو قيمة يوم الأخذ مطلقا.

وبالجملة: التحفظ على ظهور الرواية في كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يستلزم البناء على انه المعيار مطلقا، و الا لزم كون غير الغاصب اسوء حالا منه.

ثم ان السيد قده افاد في وجه مراد المصنف ره: انه لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء يوم التلف، فاذا دل الصحيح على ان العبرة في باب الغصب بيوم الغصب لزم ان لا يكون المغصوب واجب التدارك، و هذا بخلاف ما لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء في زمان انقطاع يده عنه، و عليه فظهور الصحيح في كون المدار على يوم الأخذ كاشف عن كون معنى التدارك ذلك، و ان الذي فهمناه خطأ.

الى معنى الصّحيحة بعذ ذكرها ليلحق به البيع الفاسد.

امّا لما ادّعاه الحلّي. وامّا لكشف الصّحيحة عن معنى التّدارك والغرامة في المضمونات وكون العبرة في جميعها بيوم الضّمان، كما هو احد الاقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد، وحيث انّ الصّحيحة مشتملة على احكام كثيرة، وفوائد خطيرة فلا بأس بذكرها جميعاً، وان كان الغرض متعلّقاً ببعضها، فروى الشّيخ فى الصّحيح عن ابي ولاّد، قال: اكتريت بغلا الى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلمّا صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت انّ صاحبي توجّه الى نحو النّيل، فتوجهّت نحو النّيل، فلمّا اتيت النّيل خبرت انّه توجّه الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت ممّا بينى وبينه، ورجعت الى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فاخبرت صاحب البغل بعذري، واردت ان اتحلّل منه فيما [ممّا] صنعت وارضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً، فأبى ان يقبل فتراضينا بأبي حنيفة واخبرته بالقصّة واخبره الرّجل، فقال لي: ما صنعت بالبغلة، قلت رجّعته [فقلت قد دفعته] سليماً، قال: [فقال] نعم، بعد خمسة عشر يوماً، قال فما تريد من الرّجل قال: اريد كراء بغلي، فقد حبسه على خمسة عشر يوماً، فقال: انّى ما ارى لك حقّاً لانّه إكتراه الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النّيل والى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكراء، فلمّا ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده واخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا افتى به أبو حنيفة، واعطيته شيئاً وتحلّلت منه وحججت تلك السّنة فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما افتى به ابو حنيفة، فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تمنع السماء ماءها وتحبس الأرض بركاتها فقلت لأبى عبدالله عليه السلام فما ترى انت جعلت فداك؟ قال عليه السلام: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة الى النّيل وذاهباً من النّيل الى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه ايّاه، قال: قلت جعلت فداك فقد علّفته بدراهم فلي عليه علفه، قال: لا لأنك غاصبٌ، قلت: ارأيت لو عطب البغل او نفق أليس كان يلزمنى، قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن اصاب البغل عقر او كسر او دبر، قال: عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه عليه، قلت فمن يعرف ذلك؟ قال: انت، وهو امّا ان يحلف هو فيلزمك،

وان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون انّ قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك، فقلت انّي كنت اعطيته دراهم ورضي بها وحلّلني فقال عليه السلام انّما رضي بها وحلّلك حين قضى عليه ابو حنيفة بالجور والظّلم، ولكن ارجع اليه فاخبره بما افتيتك به، فان: جعلك في حلّ بعد معرفته، فلا شيء عليك بعد ذلك الخبر ومحل الاستشهاد فيه فقرتان:

الاولى: قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته[١] الى ما بعد، فإنّ الظّاهر انّ اليوم قيد للقيمة امّا باضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانياً يعني قيمة يوم المخالفة للبغل[٢] فيكون اسقاط حرف التّعريف من البغل للاضافة لا لأن ذا القيمة بغل غير معيّن حتّى توهم الرّواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، والقيمة انّما هي قيمة المثل.

واورد عليه: بانه يمكن ان يقال: ان التدارك له معنى جامع شامل للتدارك بحسب يوم قبضه وبحسب يوم التلف، الا ان اطلاقه يقتضي كون المناط على قيمة يوم التلف، وهذا لا ينافي تقييده بيوم آخر بالنسبة الى مورد خاص، فلا يكشف الخبر عن خطأ ما بنى عليه. ولكن الظاهر ان مراده ما ذكرناه.

اذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه قد استدل في المقام بصحيح[1] ابي ولاد الذي هو مذكور في المتن.

ومحل الإستشهاد فيه جمل ثلاث:

[١] الأُولى: قوله عليه السلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته.

والاحتمالات في اليوم ثلاثة:

احدها: ان يكون قيداً للقيمة، فتكون الصحيحة حينئذ ظاهرة في ان العبرة بقيمة يوم الغصب.

وذكر المصنف رحمه الله في تقريب كونه قيدا لها وجهين:

[٢] الأول: اضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانيا، فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل.

---

١) الوسائل باب ١٧ من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

وإمَّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من اضافه القيمة الى البغل.[١]

وفيه: انه ان اراد بذلك اضافة المضاف نفسه اليه ثانيا، فمضافا الى انه لا معنى حينئذ لقوله فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة.

يرد عليه: ان الشيء الواحد لا يضاف الى شيئين مرتين.

وبعبارة اخرى: المضاف الى شيء لا يضاف ثانيا.

وان اراد به اضافة مجموع المضاف والمضاف اليه، فمضافا الى انه لا يصح قوله: فيكون اسقاط ... الخ، اذ لا دليل على انه لابد وان لا يصدر جزء المضاف بحرف التعريف.

يرد عليه: ان المجموع لتضمنه النسبة الإضافية التي هي من الحروف لا يضاف، اذ المعنى الحرفي لا يقع ظرفاً.

وبعبارة اخرى: الإضافة من خواص الأسماء والحرف لا يضاف.

[١] الثاني: جعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل، والظاهر ان مراده ليس جعل متعلق الظرف والعامل فيه الإختصاص الحاصل من الإضافة، فانه معنى حرفي، والعامل لابد وان يكون فعلا او شبه فعل.

بل مراده قيدية اليوم للقيمة المضافة الى البغل، وهي مضافا الى كونها معنى حدثيا في نفسها فانها ما يقوم بالشيء من المالية، انه لو سلم كونها معنى جامداً بسبب الإضافة تتضمن معنى اشتقاقيا.

وفيه: ان هذا وان كان لا محذور فيه، الا ان قيدية اليوم لنعم لو لم تكن اظهر لا ريب في كونها محتملة، والإحتمال مسقط للإستدلال.

الثالث: كون اليوم قيداً للبغل باضافة البغل اليه، فيكون المقام من قبيل تتابع الإضافات. فقد يقال كما عن المحقق النائيني﵀: بان الخبر على هذا ايضا يدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة، اذ حيث لا تختلف الأعيان باختلاف الأيام، فبدلالة الإقتضاء لابد وان يكون اضافة البغل الى اليوم باعتبار قيمته في ذلك اليوم.

واما احتمله جماعة من تعلّق الظّرف بقوله نعم[١] القائم مقام قوله﵀ يلزمك يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فبعيد جدّاً، بل غير ممكن لأنّ السّائل انّما سئل عمّا يلزمه بعد التّلف بسبب المخالفة بعد العلم يكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان[٢] كما يدلّ عليه ارايت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمنى، فقوله نعم يعنى يلزمك بعد التّلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. وقد اطنب بعض من جعل الفقرة ظاهرة في تعلّق الظّرف بلزوم القيمة عليه، ولم يأت بشيء يساعده التّركيب اللّغوي ولا المتفاهم العرفي.

وفيه: انه حيث لا ريب في ان للبغل بحسب الصفات والخصوصيات المتفاوتة بحسب الأيام قيما مختلفة، ولا كلام ايضا في ان هذا الإختلاف مضمون في باب الضمان، والخلاف انما هو في اختلاف القيم المستندة، الى اختلاف السوق والرغبات، فيمكن ان يكون يوم المخالفة في الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حال كونه قوياً، فان التعب والهزال انما عرضه بعد الحركة العنيفة لا لخصوصية في ذلك اليوم، وهذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف او يوم الدفع بان يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة في وقت التلف او يوم الدفع فيقوّم ذلك البغل في يوم الأداء او وقت التلف، فعلى هذا الإحتمال يكون الصحيح اجنبيا عن ما هو المقصود.

[١] الرابع: كون اليوم قيدا لقوله﵀ نعم الذي هو في قوة قوله يلزمك او يكون لفظ يلزمك مقدرا بعده، فيكون اليوم حينئذ وعاء توجه التكليف، فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه في الصحيحة.

واورد على هذا الإحتمال بوجهين:

[٢] الاول: ما افاده المصنف﵀، وهو: ان السائل انما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.

وفيه: اولا: ان السائل لم يقل ما يلزمني كي يكون ظاهرا فيما ذكر، بل قال اليس كان يلزمني فالواقع عقيب اداة الإستفهام الذي هو المسؤول عنه اصل اللزوم،

.....

فكيف يجعل السؤال عما يلزمه.

وثانيا: انه لو سلم كون اصل الضمان مفروغا عنه يمكن ان يحمل السؤال على ان المضمون به هل هو القيمة او غيرها، فجوابه﵀ ناظر الى ذلك.

ثانيهما: ما افاده المحقق الإيرواني﵀، وهو: ان العين ما دامت قائمة لا يتوجه التكليف الى اداء القيمة، فيوم انتقال التكليف الى اداء القيمة هو يوم تلف العين لا يوم الغصب.

وفيه: ان نعم جواب عن السؤال، وهو لزوم اداء القيمة على تقدير التلف، فيكون ظاهراً في لزوم اداء القيمة على تقدير التلف، ومعلوم ان هذا التكليف التعليقي انما يتوجه من حين الغصب.

فتحصل: انه لا مانع من تعلق الظرف بنعم.

وربما يقال ـ كما عن المحقق النائيني﵀ ـ بانه على هذا التقدير ايضا يدل الخبر على ان العبرة بيوم المخالفة غاية الأمر بالإلتزام لا بالمطابقة، اذ لو لم يكن يوم المخالفة الا يوم دخول العين في العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب، اذ مالية المال اذا قدرت بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم، لأنه لا يعقل ان يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعليا ويقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة.

وفيه: ان التكليف المتوجه باداء القيمة في يوم المخالفة ليس تكليفا فعليا تنجيزياً بل هو تكليف تعليقي وهو لزوم اداء القيمة على فرض التلف، فزمان فعلية الإلزام وتنجزه زمان التلف لا يوم المخالفة.

فتحصل مما ذكرناه: ان محتملات هذه الجملة ثلاثة.

وعلى الأول منها تدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة ولا تدل على الأخيرين.

وحيث انه ان لم ندع ظهورها في الإحتمال الثالث فلا ريب في كون احتماله مساويا لغيره، فلا يبقى مورد للإستدلال بهذه الجملة.

الثّانية: قوله او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون انّ قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا[١] فإنّ إثبات قيمة يوم الإكتراء من حيث هو يوم الإكتراء لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار به فلابدّ أن يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة، بناء على انّه يوم الاكتراء، لأنّ الظّاهر من صدر الرّواية انّه خالف المالك بمجرّد خروجه من الكوفة.

ومن المعلوم انّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة، انّما يكون يوم الخروج او في عصر اليوم السّابق، ومعلوم ايضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة.[٢]

---

[١] الجملة الثانية: قوله﵇: ويأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا.

[٢] وتقريب الإستدلال بها على ان الميزان قيمة يوم المخالفة ما افاده المصنف وهو: ان اثبات قيمة يوم الإكتراء يكون لا ثبات قيمة يوم المخالفة، لأن الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة، ومن المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج، ومعلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة.

وفيه: ان نكتة التعبير بيوم الإكتراء ـ بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا في هذا الباب ـ انما هو وجود المكارين حينه دون سائر الأوقات.

وهذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف او يوم الأداء من جهة عدم الإختلاف في مدة خمسة عشر يوما ايضا كما سيصرح هو قده به.

ويؤكد ذلك ان الظاهر من الجملة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح والمعيب ان المقصود تعيين اصل قيمة البغل من جهة الجهل بها حيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الإشتباه.

مع انه لو سلم الإختلاف ـ بما ان هذه الجملة غير واردة لبيان حكم شرعي بل في مقام بيان موضوع عرفي كما يشهد له قول السائل من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية ـ فيمكن ان يقال: انه لو كان الميزان قيمة يوم الاداء

وامّا قوله﵀ في جواب السّؤال عن اصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه[١] فالظّرف متعلّق بعليك[٢] لا قيد للقيمة، اذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الردّ إجماعاً[٣] لأنّ النّقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى عليك اداء الارش يوم ردّ البغلة

اذا عينت قيمة البغل في يوم المخالفة معرفة قيمته في يوم الأداء سهلة كما لايخفى.

فتحصل: ان هذه الجملة ايضا لا تدل على خلاف ما تقتضيه القواعد.

[١] الجملة الثالثة: قوله﵀ في جواب السؤال عن اصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده.

وملخص القول فيها: انه بناءاً على وجود اليوم في الرواية،المحتملات فيها اربعة.

[٢] احدها ما في المتن وهو: رجوعه الى قوله﵀ عليك فلا تعرض فيها ليوم هذه القيمة.

واورد على هذا الإحتمال: ان التكليف باداء الارش والضمان انما يكون في يوم حدوث العيب لا يوم الرد، وان اريد به يوم رد البغلة.

وفيه: انه بناءاً على المختار من ان العبرة في القيميات بقيمة يوم الدفع، هذه الجملة على هذا الوجه تدل على ذلك، فانه بما ان التالف مع وجود العين وصف من اوصافها فلا يلاحظ بنفسه في العهدة، بل انما يكون عهدته بتبع عهدة العين، فاذا خرجت العين عن العهدة بادائها لا عين في العهدة ليقال ان صحيحها كذا ومعيبها كذا، وليس على الضامن الا عهدة ما به يتفاوت صحيحها حال كونها في العهدة، فلا محالة يكون المعيار في مثل هذا التالف قيمة يوم رد العين. فتدبر فانه دقيق.

ثانيها: رجوعه الى القيمة، وارادة رد الارش من قوله يوم ترده.

ويدفع هذا الإحتمال: ان مرجع الضمير حينئذ ان كان قيمة ما بين ... الخ لزم تأنيثه، وان كان ما بين لزم رعاية عناية لعدم صدق الرد الاّ على الماخوذ دون بدله.

[٣] واما ما ذكره المصنف﵀ من انه لا عبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعا.

ويحتمل ان يكون قيد اللعيب[١] والمراد العيب الموجود في يوم الرد.

لاحتمال ازدياد العيب الى يوم الرّد، فهو المضمون دون العيب القليل الحادث اوّلاً لكن يحتمل ان يكون العيب قد تناقص الى يوم الرّد والعبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه لأنّ المعيب [العيب] لو ردّ الى الصّحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف[٢] ايضاً، فتعيّن تعلّقه بقوله عليك

فيرد عليه: ان المسالة خلافية، وقد عرفت ان مقتضى القواعد ان العبرة بيوم الرد، وقد افتى بذلك جمع، مع انه لو سلم قيام الإجماع عليه فليس هو اجماعا تعبديا، مضافا الى احتمال الفرق بين العين والنقص.

[٢] ثالثها: رجوع يوم ترده الى العيب فيكون مفادها ضمان العيب الفعلي، فلا عبرة بحدوث العيب مع زواله عند رده، ويعتبر زيادته حال رد العين، وعلى هذا فهي اجنبية عن المقام وغير متعرضة لهذا الحكم.

واورد عليه بايرادين:

[٢] الأول: ما افاده المصنف، وهو: ان العيب قد يرتفع او ينقص يوم الرد، ولازم هذا الوجه أن لا يوجب ضمانا في الصورة الأُولى وان لا يوجب الضمان بالنسبة الى ما حدث منه وارتفع في الثانية، مع ان مقتضى الفتوى خلاف ذلك.

وفيه: ان المسألة خلافية وفيها اقوال ثالثها التفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن، وما لم يكن كذلك كوصف الصحة.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني، وهو: ان المراد منه هنا الحاصل من المصدر وهو معنى اسمي ليس فيه معنى الفعل ولا يمكن اشراب معناه فيه.

وفيه: ان الجوامد على قسمين: قسم لا يتقدر بالزمان، وقسم يتقدر به، والأول لا يتعلق به الظرف، والثاني لا مانع من تعلق الظرف به، والمقام من قبيل الثاني.

رابعها: رجوعه الى القيمة وارادة رد البغلة. وتقريب دلالتها على المختار من ان العبرة بيوم الرد ما ذكرناه في المحتمل الثاني.

فتحصل: ان هذه الجملة مضافا الى انها لا دلالة فيها على ان العبرة بيوم المخالفة،

والمراد بقيمة ما بين الصّحة والعيب قيمة التّفاوت بين الصّحة والعيب ولا تعرّض في الرّواية ليوم هذه القيمة فيحتمل يوم الغصب، ويحتمل يوم حدوث العيب الّذي هو يوم تلف وصف الصّحة الّذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضّمانات والمعاوضات، وحيث عرفت ظهور الفقرة السّابقة عليه واللاّحقة له في اعتبار يوم الغصب تعيّن حمل هذا ايضاً على ذلك.

نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصّحيحة، بأنّه لا يبعد ان يكون مبنى الحكم في الرّواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرّواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً، ويكون السّر في التّعبير بيوم المخالفة، دفع ما ربّما يتوهّمه أمثال صاحب البغل من العوام، انّ العبرة بقيمة ما اشترى به البغل وان نقص بعد ذلك لأنّه خسره المبلغ الّذي اشترى به البغلة، ويؤيّده التّعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرّواية بيوم الاكتراء، فإنّ فيه اشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة، من حيث أنّه يوم المخالفة الاّ ان يقال انّ الوجه في التّعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التّنبيه على سهولة اقامة الشّهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالباً بمشهد من النّاس وجماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث انّه زمان المخالفة، فتغيير التّعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتّنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيّنة كاليمين في مقابل قول السّائل، ومن يعرف ذلك؟ فتأمّل. ويؤيده ايضا قوله عليه السلام فيما بعد في جواب قول السائل ومن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه.[١]

يمكن دعوى دلالتها على ان الميزان قيمة يوم الأداء.

بقي الكلام في الصحيح في جهات ثلاث:

الأولى: في الإشكال الذي اوردوه على قوله عليه السلام في جواب قول السائل: ومن يعرف ذلك؟ قال: انت، وهو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه، او ياتي صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فيلزمك. والجواب عنه.

[١] الثانية: فيما افاده المصنف رحمه الله من ان هذه الجملة تؤيد القول بان العبرة بيوم التلف

او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون على انّ قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا، فيلزمك الخبر، فإنّ العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل، ثمّ لا وجه لقبول بيّنته، لأنّ من كان القول قوله فالبيّنة بيّنة صاحبه[١] وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الّذي يرضى به المحلوف له ويصدّقه فيه من دون محاكمة[٢] والتّعبير بردّه اليمين على الغاصب من جهة انّ المالك اعرف بقيمة بغله، فكان الحلف حقا له ابتداء خلاف الظاهر وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف فانه يمكن ان يحمل توجه اليمين على المالك

الثالثة فى انه هل يمكن ان يستدل بالصحيح على ان العبرة باعلى القيم ام لا.

اما الجهة الاولى: فمحصل الإشكال: ان المالك دائماً يدعي الزيادة، فقوله مخالف للأصل، فيكون هو مدعيا ووظيفته اقامة البينة، والغاصب منكراً ووظيفته الحلف أورد الحلف، فكيف حكم عليه السلام بانه يحلف المالك وان له رد الحلف على الغاصب.

[١] ثم على فرض كونه منكرا، فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته؟

واجيب عن الإشكال بوجوه:

[٢] احدها: انه عليه السلام في مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة، وقضية البينة على المدعي واليمين على من انكر انما هي في المخاصمات.

وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب في ذلك، حيث ان السؤال انما يكون عن العارف، واجاب عليه السلام: بانه اما ان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله، او ان تحلف انت من جهة كونه عندك في مدة او يقيم المالك البينة لو لم تعرف انت ولم يعرف هو، فتكون الصحيحة غير مربوطة بموازين القضاء.

والذي يوهن هذا الجواب ـ وان ذهب اليه جمع منهم السيد الفقيه والمحققان الإصفهاني والإيرواني.

قوله عليه السلام فيلزمك، وقوله لزمه اذا لملزم انما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الالهي ذلك لا حلف كل احد وان توافق الطرفان عليه.

اللهم الا ان يقال ان الإنسان بحسب الغالب يطمئن بحلف غيره.

على ما اذا اختلفا في تنزّل القيمة يوم التّلف مع اتّفاقهما، او الاطلاع من الخارج على قيمته سابقاً[١] ولا شكّ حينئذ انّ القول قول المالك، فيكون سماع البيّنة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقاً مع اتّفاقهما على بقائه عليها الى يوم التّلف[٢] فيكون الرّواية قد تكفلّت بحكم صورتين من صور تنازعهما، ويبقى بعض الصّور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التّلف عن يوم المخالفة، ولعلّ حكمها اعني حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور في الرّواية. وامّا على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة، فلابدّ من حمل الرّواية على ما اذا اتّفقا على قيمة اليوم السّابق على يوم المخالفة او اللاّحق له وادّعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة ولا يخفى بعده وابعد منه حمل النص على التعبد.[٣]

ثانيها ان تكون هذه الجملة في مقام بيان حكم صورتين من صور النزاع.

[١] ويكون الحلف وظيفة المالك في مالو اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما على قيمته سابقا فيكون قول المالك موافقا للاصل.

[٢] والبينة وظيفته في صورة اخرى وهي صورة اختلافهما في قيمته سابقا مع اتفاقهما على بقائه عليها الى يوم التلف فيكون قول المالك مخالفا للاصل واختار المصنف هذا الوجه.

وفيه: ان هذا مناف لظاهر الصحيح، بل صريحه، فانه صريح في ورود حلف المالك والغاصب وسماع البينة من المالك كلها على مورد واحد.

ثالثها: حمل الصحيح على التعبد وجعله مخصصا للقاعدة العامة، وهو غير بعيد في نفسه، اذ من شؤون اخذ الغاصب باشق الأحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه، وان لا يطالب منه بشيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك. والتزم به الشيخ في محكي النهاية، والمفيد في محكي المقنعة، وعن المصنف: نسبته الى الأكثر. وبذلك ظهر ما في تضعيف المصنف﵀ هذا الوجه. وقال.

[٣] وابعد منه حمل النص على التعبد.

فتحصل: ان الأوجه في دفع الإشكال الوجه الثالث ثم الأول.

واما الجهة الثانية: فقد افاد المصنف﵀ في وجه كون هذه الجملة مؤيدة للقول:

وجعل حكم خصوص الدّابة او مطلقاً مخالفاً للقاعدة المتّفق عليها نصّاً وفتوى من كون البيّنة على المدّعى واليمين على من انكر كما حكى عن الشّيخ في بابي الاجارة والغصب، واضعف من ذلك: الاستشهاد بالرّواية على اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى التّلف، كما حكى عن الشّهيد الثّاني اذ لم يعلم لذلك وجه صحيح[١] ولم اظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب.

بان العبرة بيوم التلف بعد حملها على الموردين انه اذا كان المعيار يوم التلف يمكن توجيه الإشكال المتقدم بوجه قريب وهو حمل الخبر على موردين متعارفين، وهما ما اذا اتفقا في السابق على قيمة البغل وادعى الغاصب نقصانها في يوم التلف عن قيمته في السابق، وما اذا اتفقا على انه لم تتفاوت قيمة البغل وانما اختلفا في السابقة من حيث الزيادة والنقصان. فانه في المورد الأول تكون وظيفة المالك اليمين لموافقة قوله للأصل، وفي المورد الثاني تكون وظيفته البينة لمخالفة قوله للأصل، وهذا بخلاف ما لو قلنا ان المدار على يوم المخالفة، فان فرض صورة يكون قول المالك موافقا للأصل ووظيفته الحلف على هذا انما يكون فرضا نادرا، وهو ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة او اللاحق له وادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة، ومعلوم انه لا يصح حمل الصحيح على هذا الفرض النادر.

ولكن يرد عليه امور:

الأول: ما تقدم من منافاة حمل الخبر على الموردين لظاهره بل صريحه.

الثاني: ان غاية ما يدل عليه الوجه المزبور انه لا عبرة بقيمة يوم المخالفة، واما ان المدار قيمة يوم التلف او يوم الدفع فالخبر أجنبي عنه حينئذ.

الثالث: انه يمكن فرض صورة يكون قول المالك موافقا للأصل، وتكون تلك الصورة متعارفة، وان قلنا بان المدار قيمة يوم المخالفة، وهي ما اذا اتفقا على قيمة البغل وادعى الغاصب انه كان معيوبا حين المخالفة، فان قول المالك بكونه صحيحا موافق للأصل، فتكون وظيفته حينئذ الحلف.

واما الجهة الثالثة: ففي المتن.

[١] لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم اظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب.

نعم استدّلوا على هذا القول: بان العين مضمونة في جميع تلك الازمنة الّتي منها زمان ارتفاع قيمته. وفيه ان ضمانها في تلك الحال ان اريد به وجوب قيمة ذلك الزّمان لو تلف فيه فمسلم. اذ تداركه لا يكون الاّ بذلك، لكنّ المفروض انّها لم تتلف فيه، وان اريد به استقرار قيمة ذلك الزّمان عليه فعلا، وان تنزّلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين وان اريد استقرارها عليه بمجرّد الارتفاع مراعى بالتّلف، فهو ان لم يخالف الاتفاق، الاّ انّه مخالف لاصالة البراءة من غير دليل شاغل، على ما حكاه في الرّياض عن خاله العلاّمة (قدّس الله تعالى روحهما) من قاعدة نفي الضّرر الحاصل على المالك، وفيه نظر كما اعترف به بعض من تأخّر، نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدّم من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة: بأنّ العين اذا ارتفعت قيمتها في زمان وصار ماليّتها مقوّمة بتلك القيمة، فكما انّه اذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا اذا حيل بينها وبين المالك حتّى تلفت، اذ لا فرق مع عدم التّمكن منها بين ان تتلف او تبقى، نعم لو ردّت تدارك تلك الماليّة بنفس العين وارتفاع القيمة السّوقية امر اعتباري لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالاً، وانّما هو مقوّم لماليّة المال وبه تمايز الاموال وقلة.

ووجهها المحقق النائيني بان قوله عليه السلام يوم خالفته بيان لان المخالفة موجبة للضمان والمفروض ان كلما كان الشيء تحت سلطنة الغاصب خالف المالك فيه، ولا موجب لأن تكون القيمة ملحوظة في اول حدوث المخالفة، بل اذا فرض قيمة العين اعلى في يوم من سائر الأيام يضمنها الغاصب وان تنزلت بعد ذلك، ولا متناع اجتماع الضمانات لعين واحدة يدخل الأدنى تحت الأعلى وينحصر في الأعلى.

ويرد عليه: ـ مضافا الى ما تقدم من تطرق احتمالات في يوم خالفته الموجب لعدم صحة الإستدلال به، ومضافا الى ما عرفت من ان المالية ليست مضمونة وداخلة تحت على اليد ـ ان الظاهر من يوم خالفته هو اول يوم حدوث المخالفة.

والحاصل انّ للعين في كلّ زمان من ازمنة تفاوت قيمته مرتبة من الماليّة ازيلت يد المالك، منها وانقطعت سلطنته عنها، فإن ردّت العين، فلا مال سواها يضمن، وان تلفت استقرّت عُليا تلك المراتب لدخول الادنى تحت الاعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث انّه يضمن الأعلى منها، ولأجل ذلك استدلّ العلاّمة في التّحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنّه زمان ازالة يد المالك، ونقول في توضيحه انّ كلّ زمان من ازمنة الغصب قد ازيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليّته، ففي زمان ازيلت من مقدار درهم. وفي آخر عن درهمين، وفي ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرّت الازالة الى زمان التّلف وجبت غرامة اكثرها، فتأمّل. واستدلّ في السّرائر وغيرها على هذا القول باصالة الاشتغال لاشتغال ذمّته بحقّ المالك، ولا يحصل البراءة الاّ بالاعلى.

وقد يجاب بأنّ الأصل في المقام البراءة حيث انّ الشّك في التّكليف بالزائد، نعم لا بأس بالتّمسك باستصحاب الضّمان المستفاد من حديث اليد، ثمّ انّه حكى عن المفيد والقاضي والحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التّفويض الى حكم المشتري ولم يعلم له وجه، ولعلّهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتّحاد زمان البيع والقبض فافهم.

واما المورد الثاني: فقد استدل لأن العبرة بيوم التلف بطائفتين من النصوص:

الأولى: ما ورد في باب الرهن[1]، وقد تقدم في اول هذا التنبيه وعرفت انه لا ينافي مع القاعدة. فراجع.

الثانية: ما ورد في عبد اعتق بعضه، ففي خبر عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام عن قوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذى اعتق نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقى؟ فقال عليه السلام: نعم يؤخذ بما بقى (منه بقيمته يوم اعتق خ)[2] ونحوه غيره.

وفيه: انه من المحتمل كون قوله يوم اعتق قيداً ليؤخذ لا للقيمة، وعليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين التعلق وساكت عن ان ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف او يوم الأداء.

فتحصل: ان الأظهر بحسب الأدلة كون الميزان قيمة يوم الأداء والدفع.

---

١) الوسائل ـ باب ٧ ـ من ابواب كتاب احكام الرهن.

٢) الوسائل ـ باب ١٨ ـ من ابواب كتاب العتق حديث ٤.

ثمّ انّه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التّلف على جميع الاقوال[١] الاّ انّه تردّد فيه في الشّرائع، ولعلّه كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضمونا بمثله، ودفع القيمة انّما هو لاسقاط المثل، وقد تقدّم انّه مخالف لاطلاق النّصوص والفتاوى، ثمّ انّ ماذكرنا مِنَ الخلاف انّما هو في ارتفاع القيمة بحسب الازمنة. وامّا اذا كان بسبب الا مكنة، كما إذا كان في محلّ الضّمان بعشرة وفي مكان التّلف بعشرين، وفي مكان المطالبة بثلاثين. فالظّاهر اعتبار محل التّلف[٢] لأنّ ماليّته الشّيء تختلف بحسب الاماكن، وتداركه بحسب ماليّته.

---

[١] قوله ثم انه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الاقوال.

وقد عرفت ان الحق اعتبارها من جهة بقاء العين فى العهدة الى حين الخروج عنها الذى هو مختار جمع من المحققين، لا ما احتمله قده من كون القيمى مضمونا بمثله.

ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة

[٢] قوله واما اذا كان بحسب الامكنة... فالظاهر اعتبار محل التلف.

يحتمل في العبارة وجهان:

احدهما: مع لفظ عدم.

الثاني: بدونه.

ومراده على الأول: ان خصوصية المكان من الخصوصيات والأوصاف التي تكون دخيلة في المالية وتختلف المالية باختلافها، وان اختلاف المالية فيها ليس مستنداً الى مجرد تفاوت الرغبات فتكون نازلة منزلة الجزء، وعليه فالمضمون به اعلى القيم من قيم البلاد التي مرت بها العين لا قيمة يوم التلف.

ومراده على الثاني: ان معنى الضمان وجوب تداركه ببدله عند التلف حتى يكون عند التلف كانه لم يتلف، وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل في مكان التلف قائم مقامه.

ولكن يرد على الوجه الأول: ان خصوصية المكان كخصوصية الزمان ليست دخيلة في المالية، بل اصل القيمة وترقيها ينشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود، كما ان عدمها وتنزلها ينشئان من كثرة الوجود وقلة الطالب، بلا دخل للزمان والمكان في ذلك

ثمّ انّ جميع ماذكرنا من الخلاف انّما هو في ارتفاع القيمة السّوقية الناشئة من تفاوت رغبة النّاس. وامّا اذا كان حاصلاً من زيادة في العين، فالظّاهر كما قيل عدم الخلاف في ضمان اعلى القيم، وفي الحقيقة ليست قيم التّالف مختلفة، وانّما زيادتها في بعض اوقات الضّمان لأجل الزّيادة العينيّة الحاصلة فيه النّازلة منزلة الجزء الفائت، نعم يجري الخلاف المتقدّم في قيمة هذه الزّيادة الفائتة، فإنّ العبرة بيوم فواتها او يوم ضمانها، او اعلى القيم، ثمّ انّ في حكم تلف العين في جميع ماذكر من ضمان المثل او القيمة حكم تعذّر الوصول اليه[١] وان لم يهلك، كما لو سرق او غرق او ضاع او ابق لمّا دلّ على الضّمان بهذه الامور في باب الامانات المضمونة وهل يقيّد ذلك بما اذا حصل اليأس من الوصول اليه او بعدم رجاء وجدانه او يشمل ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة يتضرّر المالك من انتظارها او ولو كانت قصيرة، وجوه. ظاهر ادلّة ما ذكر من الأمور الاختصاص بأحد الاولين

ويرد على الوجه الثاني: ما تقدم من بقاء العين في العهدة الى حين الأداء، والصحيح انه بناءاً على المختار من بقاء العين في العهدة يكون الإعتبار بقيمة العين في محل الخروج.

نعم في المقام مسألة اخرى، وهي: انه اذا كانت القيمة في مكان ازيد من القيمة في مكان التلف والأخذ، هل للمالك ان يطالبها ام لا؟ وقد تقدم الكلام في ذلك.

بدل الحيلولة

لا باس بالتعرض لحكم ما لو لم تتلف العين ولكن تعذر الوصول اليها.

[١] فقد صرح المصنف وغير واحد: بانه في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل او القيمة.

وتنقيح القول فيه بالبحث في جهات:

الأولى: انه لا كلام في الضمان في صورة تعذر الوصول الى ماله اذا صدق عليه التلف عرفا للأدلة المتقدمة، وللنصوص الكثيرة الدالة عليه منطوقا ومفهوما الواردة في السرق والضياع، ولا حاجة الى نقلها.

لكن ظاهر اطلاق الفتاوى الاخير كما يظهر من اطلاقهم انّ اللّوح المغصوب في السّفينة اذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ السّاحل، ويؤيّده أنّ فيه جمعاً بين الحقّين[١] بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضّامن عند التّمكن من العين،

انما الكلام فيما اذا لم يصدق عليه التلف عرفا.

وقد استدل على الضمان بمعنى لزوم دفع البدل المسمى عندهم ببدل الحيلولة ـ بوجوه:

الأول: قاعدة نفي الضرر[١] بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول اليه ضرر عليه فجاز له الزام الغاصب بالبدل.

وفيه: ان قاعدة نفي الضرر انما تنفي الحكم الضرري وحكم الموضوع الضرري، ولا تدل على ثبوت حكم ولا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حقق في محله.

الثاني: قاعدة اليد بدعوى ان اداء العين كما يكون باداء بدلها عند تلفها يكون باداء بدل الحيلولة.

وفيه: ان مفاد حديث على اليد[٢] ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالته على الضمان ببدل الحيلولة واضح، وان كان بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها فهو انما يدل على لزوم اداء العين ما دامت موجودة وتدارك ماليتها باداء حصة مماثلة لها بعد التلف. وبعبارة اخرى: ما دامت موجودة لا يكون اداء بدل الحيلولة اداءاً لها، ولذا لا تخرج عن ملك مالكها، ولو كان ذلك اداءاً لها كان اللازم خروجها عن ملكه.

[١] الثالث: ان في ادائه جمعاً بين الحقين، بعد فرض رجوع البدل الى الضامن لو ارتفع التعذر.

وفيه: ان الحق الثابت للمالك انما هو بالإضافة الى العين نفسها لابد لها مع بقائها.

مع انه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر وهو الزام الضامن بالشراء، بل هذا الجمع اولى كما لا يخفى.

---

١) راجع الوسائل باب ١٢ من ابواب كتاب احياء الموات.

٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ ـ كنزل العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

فان تسلط النّاس على مالهم الّذي فرض كونه في عهدته يقتضي جـواز مـطالبة الخروج عن عهدته عند تعذّر نفسه[١] نظير ما تقدّم في تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذّر في المثلي، نعم لو كان زمان التّعذر قصيراً جدّاً بـحيث لا يـحصل صدق عنوان الغرامة والتّدارك على اداء القيمة اشكل الحكم،

---

[١] الرابع: قاعدة السلطنة[1].

اما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها الى مطالبة البدل واخذه.

او بدعوى ان من شؤون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها. وبعبارة اخرى: للعين شؤون ثلاثة: من حيث الشخصية، ومن حيث الطبيعة النوعية، ومن حيث المالية. وتعذر مطالبة الأُولى لا يمنع عن مطالبة غيرها.

او بدعوى السلطنة على مطالبة السلطنة على الإنتفاعات بما له.

وفي الجميع نظر.

اما الأُولى: فلأن السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردها ثابتة ولازمها السعي في ذلك بالسعي في مقدماته لا رد البدل، ومع عدم امكانه لا تكون ثابتة لعدم القـدرة، والإمتناع بالإختيار وان كان لا ينافي الإختيار الا انه عقاباً لا خطابا.

واما الثانية: فلأن مالية العين القائمة بها، اي تلك الحصة الخاصة من المالية يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين، والمالية القائمة ببدلها حصة اخرى من المالية، ولم تـثبت السلطنة على مطالبتها.

واما الثالثة: فلأن السلطنة على الإنتفاعات بما له ساقطة للتعذر.

الخامس: انه فوّت سلطنة المالك واتلفها فيجب عليه تدارك ذلك.

وفيه: ان ما للمالك انما هو الملك لا السلطنة، بل هي من الأحكام المترتبة عليه، فلا يتعلق بها الضمان.

السادس: اطلاق النصوص المتقدمة.

وفيه: انها ظاهرة او منصرفة الى صورة صدق التلف عرفا.

السابع: الإجماع، وهو كما ترى.

---

١) البحار ج ١ ـ ص ١٥٤ الطبع القديم ـ ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

.....

فتحصل: انه لا دليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين، نعم بما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامناً للمنافع. وقد تقدم تفصيل القول في ذلك.

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية: في بيان مورد بدل الحيلولة.

فاعلم: انه اذا تمكن الغاصب من رد العين ولكنه لم يرد بل حال بين العين ومالكها، ليس هناك بدل الحيلولة، بل يكون الغاصب مكلفاً برد العين، كما انه اذا تلفت العين او تلف جميع الإنتفاعات في جميع الأزمنة خرجت بذلك عن الملكية، كصيرورة الخل خمراً، ام لا، كما اذا انكسرت المرآة، او تلف بعض الإنتفاعات في جميع الأزمنة، كما لو صار الحيوان موطوءاً فانه لم يتلف منه الا الإنتفاعات به دائماً في بلد الوطء لا في سائر البلاد، ليس هناك بدل الحيلولة.

بل مورده ما اذا تلفت جميع الإنتفاعات في بعض الأزمنة لعدم تمكن الضامن من الرد.

ثم ان مورده ما اذا كان التعذر لعارض خارجي، واما اذا كان ذلك من جهة ان رد العين مستلزم لخروجها عن المالية كالخيط المغصوب الذي خيط به الثوب ـ اذ قد يكون اخراجه من الثوب موجباً لتلفه ـ او لخلطه بمال آخر، فلا يكون مورداً لبدل الحيلولة ولا يعتبر فيه سوى ما ذكر، وعليه فصوره اربع سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف، اذ ربما يرجى التمكن من العين قريباً، وربما يرجى بعد مضي مدة طويلة. وعلى التقديرين اما ان يتعذر على المالك اعادة العين، وانما يرجى ان تعود بنفسها كطائر اعتاد العود، واما ان لا يتعذر. وعلى القول بثبوت بدل الحيلولة يثبت في جميع هذه الصور، ولا وجه لتخصيصه بما اذا كان يرجى التمكن بعد مدة طويلة. نعم اذا كان زمان التعذر يسيراً جداً لا يكون مشمولا لما تقدم من الأدلة.

ثمّ الظّاهر عد اعتبار التّعذر المسقط للتّكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السّعي في مقدماته، لم يسقط القيمة زمان السّعي، لكن ظاهر كلمات بعضهم التّعبير بالتّعذّر وهو الاوفق باصالة عدم تسلّط المالك على ازيد من الزامه بردّ العين[١] فتامل

الجهة الثالثة: في بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر المسقط للتكليف.

قد استدل للاول بوجهين.

[١] احدهما ما في المتن وهو اصالة عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين الذي كان قبل التعذر، خرج عن ذلك ما اذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف.

ثانيهما انه مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين، ولا يجتمع التكليف برد العين والبدل.

وفيهما نظر:

اما الأول: فلأن الأدلة التي اقاموها على ثبوت بدل الحيلولة مقتضى اطلاقها ثبوته في مورد التعذر العرفي ايضا، ومعه لا مورد للرجوع الى الأصل.

واما الثاني: فلأن مورد التكليف بالبدل زمان الإشتغال بالمقدمات، ومورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات.

ولكن الحق في المقام هو التفصيل بين كون زمان الإشغال بالمقدمات، قصيرا جدا، فلا يكون ثابتا وبين غيره، فيكون ثابتا ولا يخفى وجهه.

ثم ان السيد الفقيه اورد على المصنف‌ﷺ بعد قوله ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله: لا يخفى ان هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي ايده بان فيه جمعا بين الحقين، كما ان تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول وهو اليأس من الوصول، فلا وجه للتكرار.

وفيه: ان في المقام بحثين:

احدهما: انه هل يعتبر في ثبوته اليأس عن الوصول الى الأبد أم لا؟

الثاني: في انه هل يعتبر التعذر المسقط للتكليف ام لا؟ وبين الجهتين عموم من وجه، اذ اليأس من الحصول ربما لا يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا، كما ان العلم بوجدانه او رجائه قد يوجب سقوط التكليف فعلا للتعذر العقلي، وعلى هذا فلا مورد لإيراده.

ولعلّ المراد به التّعذر في الحال وان كان لتوقّفه على مقدمات زمانيّة يتاخر لاجلها ذو المقدمة، ثمّ إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين، ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقّاً للضّامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها، ويصبر إلى زوال العذر، كما صرّح به الشّيخ في المبسوط ويدل عليه قاعدة تسلّط النّاس على اموالهم[١] وكما انّ تعذّر ردّ العين في حكم التّلف، فكذا خروجه عن التّقويم،

الزام المالك باخذ البدل

الجهة الرابعة: في الأحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته.

وتنقيح القول فيها في ضمن مسائل:

الأُولى: هل يكون دفع البدل حقا للضامن فله الزام المالك باخذه، ام ليس له ذلك.

[١] وقد استدل المصنف﵀ على الثاني: بقاعدة تسلط الناس على اموالهم[١].

وفيه: ان المراد بذلك ان كان هو السلطنة على الإمتناع من قبول بدل الحيلولة، فيرد عليه: ان بدل الحيلولة ان صار ملكا له مع عدم مطالبته، فامتناعه عن قبوله كامتناعه عن قبول نفس العين لا يؤثر في عدم الخروج عن العهدة بدفعه.

وان لم يصر ملكا له فلا اضافة له اليه كي يشمله دليل السلطنة.

وان كان المراد به السلطنة على الإمتناع من اخذ بدل الحيلولة من جهة كونه بدلا عن ماله ـ وبعبارة اخرى: السلطنة على الإمتناع من اخذ بدل ماله ـ فيرد عليه: ان بدل الحيلولة ان قلنا انه غرامة يدفعها الضامن وليس بازاء العين، فلا يزاحم ذلك للسلطنة الثابتة للمالك على ماله. وان قلنا له عوضه قهراً فدليل السلطنة لا يمنع عنه لا خصية دليله حينئذ من دليلها. نعم بناءاً على ان للمالك المعاوضة الإختيارية يتم ذلك، لكنه بمراحل عن الواقع.

والحق في المقام اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركه، اذ لو كان مدركه

---

١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

ثمّ انّ المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر وظاهرهم ارادة نفي الخلاف بين المسلمين، ولعلّ الوجه فيه انّ التّدارك لا يتحقّق الاّ بذلك ولو لا ظهور الاجماع، وادلّة الغرامة في الملكيّة لا حتملنا ان يكون مباحاً له اباحة مطلقة وان لم يدخل في ملكه[١] نظير الاباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، وحكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمّي﵀ في اجوبة مسائله،

قاعدة اليد او اطلاق النصوص كان ذلك حقا للضامن، فان حاله حينئذ كحال سائر امواله.

واما ان كان المدرك قاعدة نفي الضرر، او كون ذلك من باب الجمع بين الحقين او الإجماع، فللمالك الإمتناع من اخذه، فان الضرر ينتفي بثبوت حق للمالك في مطالبة البدل، كما ان الجمع بين الحقين يكون بذلك، وقاعدة السلطنة على فرض دلالتها على ذلك تدل على ان للمالك السلطنة على مطالبة ماله للتوسل به الى اخذ بدله، فله ان لا يطالب، والمتيقن من الإجماع صورة المطالبة.

في ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له او مباح

المسألة الثانية: في ان بدل الحيلولة هل هو ملك للمضمون له او مباح؟

فقد استدل للثاني بوجهين:

[١] الأول: ما ذكره المصنف﵀، ومحصله: ان الفائت بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين، فاللازم تداركها بسلطنة توازيها باداء مماثل العين، لأن معنى الضمان ذهاب العين من مال الضامن، ولازم تلك فيما اذا كان الضمان بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الإنتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية قيام مقابله مقامه في السلطنة لا في الملكية ليكون مقابلا وتداركا للسطنة الفائتة، فالتدارك لا يقتضي ملكية المتدارك في هذه الصورة، وحيث ان السلطنة على الإنتفاعات لا تقتضي الملك من اول الأمر عنده قده، فلذا اختار الإباحة لولا الإجماع.

وعلى اى حال فلا ينتقل العين الى الضّامن[١] فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه ودخول العين في ملكه، وليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض والمعوّض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له وقد استشكل في ذلك المحقّق والشّهيد الثّانيان. قال: الأوّل في محكيّ جامعه انّ هنا اشكالاً، فإنّه كيف يجب القيمة ويملكها الاخذ ويبقى العين على ملكه وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه، انتهى.

اما ان الإباحة المطلقة هل تقتضي الملك من اول الأمر ام لا، فقد اشبعنا الكلام فيه في المعاطاة.

واما ان ادلة بدل الحيلولة هل تدل على الملك او الإباحة فالحق هو التفصيل، اذ لو كان المدرك هو الجمع بين الحقين لما اقتضى ذلك ازيد من الإباحة، ولو كان المدرك غيره كان مقتضاه هو الملك، اذ قاعدة اليد تدل على كون المبذول بدلا عن مالية العين، كما ان قاعدة السلطنة الدالة على السلطنة على مطالبة مالية ماله تقتضي ذلك، اذ مع عدم الملك لا يكون اعتبارها اعتبار مالية غير ماله، وقاعدة نفي الضرر ايضا تقتضي ذلك فان ضمان القيمة هناك كضمانها في صورة التلف وقاعدة نفي الضرر تدل على ضمان البدل لأن عدمه، ضرري.

الثاني: انه حيث تكون العين باقية على ملكه، فلو ملك البدل لزم منه الجمع بين العوض والمعوض.

وفيه: اولا: انه سيأتي الكلام في ان العين تنتقل عنه ام لا.

وثانيا: انه يمكن ان يقال: ان ثبوت البدل من باب الغرامة لا المعاوضة. فتأمل.

ثم ان هذا كله في غير صورة التلف العرفي، واما في تلك الصورة فلا ينبغي التوقف في الملكية للأدلة الدالة على ثبوت البدل فيها المتقدمة.

في ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا

المسألة الثالثة: في ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا؟

[١] قال المصنف وعلى اى حال فلا ينتقل العين الى الضامن.

لا اشكال في عدم الإنتقال بناءاً على عدم صيرورة البدل ملكا للمالك، واما بناءاً على الملكية ففي موارد التلف الحقيقي او العرفي لا كلام ايضاً في خروجه عن ملكه

وقال الثاني انّ هذا لا يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض والمعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلزلاً وتوقّف تملّك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين وإن أجاز له التّصرف، كان وجهاً في المسألة انتهى. واستحسنه في محكيّ الكفاية أقول: الّذي ينبغي أن يقال هنا: أن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضّامن، ولازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه ليصدق ذهابه من كيسه ثم ان الذّهاب إن كان على وجه التّلف الحقيقيّ، أو العرفيّ المخرج للعين عن قابليّة الملكيّة عرفا وجب قيام مقابله من ماله مقامه فى الملكيّة، وإن كان الذّهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به فى الوجوه الّتي بها قوام الملكيّة، وجب قيام مقابله مقامه في السّلطنة لا في الملكيّة ليكون مقابلاً وتداركاً للسّلطنة الفائتة، فالتّدارك لا يقتضي ملكيّة المتدارك في هذه الصّورة، نعم لمّا كانت السّلطنة المطلقة المتداركة للسّلطنة الفائتة متوقّفة على الملك لتوقّف بعض التّصرفات عليها وجب ملكيّته للمبذول تحقيقاً لمعنى التّدارك والخروج عن العهدة، وعلى أيّ تقدير، فلا ينبغي الاشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكها[١] إنما الكلام في البدل المبذول، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالاباحة وبالسّلطنة عليها، وبعد ذلك فيرجع محصّل الكلام حينئذ الى أنّ إباحة جميع التّصرفات حتّى المتوقّفة على الملك، هل يستلزم الملك من حين الاباحة أو يكفي فيه حصوله من حين التّصرف. وقد تقدم فى المعاطاة بيان ذلك.

اما في الأول: فواضح.

واما في الثاني: فلأن الملكية من الإعتباريات، والإعتبار انما يكون بلحاظ الأثر، وبدونه لغو، فلا يكون هناك اعتبار الملكية.

واما في غير ذينك الموردين، فقد اضطربت فيه كلمات الأعلام غاية الإضطراب، ومحصل القول: ان في مسألة وجوها واقوالا:

احدها: ان الضامن يملك العين التي ادى عوضها مطلقا.

[١] الثاني: انه لا يملكها كذلك. اختاره المصنف ﷺ

ثمّ انّه قد تحصّل ممّا ذكرنا انّ تحقيق ملكيّة البدل، او السّلطنة المطلقة عليه، مع بقاء العين على ملك مالكها انّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به بحيث يعدّ بذل البدل غرامة وتداركاً، امّا لو لم يفت الاّ بعض ما ليس به قوام الملكيّة فالتّدارك لا يقتضي ملكه ولا السّلطنة المطلقة على البدل ولو فرض حكم الشّارع بوجوب غرامة قيمته، حينئذ لم يبعد انكشاف [كشف] ذلك عن انتقال العين إلى الغارم[١]

---

[١] الثالث ما مال اليه المصنف واختاره بعض المحققين وهو عدم الملكية فيما اذا كان الفائت معظم الانتفاعات، والملكية فيما اذا لم يكن الفائت الا بعض ما ليس به قوام الملكية.

والاظهر هو الأول، وذلك لوجهين:

الأول: ان اهل العرف يفهمون من الأمر بدفع البدل حصول المعاوضة والمبادلة بين العينين، وصيرورة كل منهما ملكا للآخر، وبدلا عنه.

الثاني: ان مقتضى عنوان التدارك والغرامة ذلك، اذ مع فرض عدم التلف وبقاء مقدار من المالية للمتعذر لو حكم الشارع بتدارك ماليته بتمامه بعنوان تدارك ما في العهدة وبعنوان انه اداء للمتعذر لا مناص عن الإلتزام بخروجه عن ملكه، وحيث ان كون المتعذر من المباحات الأصلية لم يقل به احد فلابد من البناء على صيرورته ملكا للضامن.

واستدل للثاني: بمنع تلك الإستفادة والفهم العرفي من ادلة الضمان.

وبان التكليف باداء البدل يمكن ان يكون بعنوان الغرامة لا بعنوان البدلية، والغرامة لا تقتضي كون العين ملكا للضامن، فان العين التالفة يضمن الضامن قيمتها ولا تكون ملكا له.

وبالجملة: الغرامة سادة للثلمة التي وردت على ملك المالك، فلا يقتضي لزومها على الغارم دخول العين في ملكه لأنها ليست بدلا عن نفس العين.

وفيه: انه مع بقاء العين على مقدار من المالية، سد الثلمة لا يكون باعطاء كمال القيمة، فاعطاء تمامها مع فرض كون الغرامة لا بعنوان العقوبة والمجازاة بل بعنوان تدارك

ولذا استظهر غير واحد انّ الغارم، لقيمة الحيوان الّذي وطئه يملكه، لأنّه وان وجب بالوطي نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر لكنّ هذا لا يعدّ فواتا لما به قوام الماليّة، هذا كلّه مع انقطاع السّلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها السّابقة. امّا لو خرج عن التّقويم مع بقائها على صفة الملكيّة فمقتضى قاعدة الضّمان، وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك، لأنّ القيمة عوض الاوصاف والاجزاء الّتى خرجت العين لفواتها عن التّقويم[١] لا عوض العين نفسها، كما في الرّطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقائها على ملك مالكها لا ينافي معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات فيقوى عدم جواز المسح بها الا باذن المالك،

ما في العهدة، يستلزم خروج العين عن ملكه ودخولها في ملك الضامن.

واستدل للثالث: بانه مع فوات معظم الإنتفاعات لا محالة يكون اداء القيمة غرامة، وهي، لا تقتضي انتقال العين الى الغارم.

واما مع فوات بعضها فعنوان الغرامة لا يقتضي اداء تمام القمية، فالأمر باداء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعية.

وفيه: ان ما ذكره في الشق الأول يتم في صورة التلف العرفي، واما في غيره فليس التالف مما يسوي بتمام القيمة كما عرفت.

فتحصل: ان الأظهر صيرورته ملكا للضامن.

[١]قوله لان القيمة عوض الاوصاف والاجزاء ... عن التقويم

بل القيمة عوض عن العين بلحاظ ماليتها الثابتة لها، بلحاظ الاوصاف.

وظاهر هذه العبارة انه لو كانت القيمة عوض العين نفسها لزم منه انتقال العين الى الضامن وهذا وان كان حقا.

الا انه ينافى ماتقدم منه، حيث قال وعلى اى حال، فلا تنتقل العين الى الضامن، فهى غرامة لا تلازم فيه بين خروج المبذول عن ملكه ودخول العين فى ملكه.

ولو بذل القيمة، قال في شرح القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، ولو طلب المالك نزعها وان أفضى إلى التّلف وجب[١] ثمّ يضمن الغاصب النّقص ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القمية، انتهى.[٢]

وعطف على ذلك قوله ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من انّ جناية الغاصب توجب اكثر الامرين، ولو استوعب القيمة اخذها ولم تدفع العين، انتهى.

وعن المسالك في هذه المسألة انّه ان لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك مالكه، كما سبق فيجمع بين العين والقيمة لكن عن مجمع البرهان في هذه المسألة اختيار عدم وجوب النّزع، بل قال: يمكن ان لا يجوز ويتعيّن القيمة، لكونه بمنزلة التّلف، وحينئذ يمكن جواز الصّلاة في هذا الثّوب المخيط، اذ لا غصب فيه يجب ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرّطوبة الباقية من الماء المغصوب الّذي حصل العلم به بعد اكمال الغسل وقبل المسح انتهى.

---

[١] عبارة القواعد هكذا ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الامكان فإن خيف تلفها فالقيمة انتهى.

احتمل في هذا المورد وامثاله امور:

منها: ان يجب بدل الحيلولة لتعذر وصول المالك الى ماله.

ومنها: اشتراك مالك الثوب ومالك الخيوط في قيمة الثوب بعد الخياطة.

[٢] ومنها: كونها من موارد التلف.

والأظهر هو الأخير، اذ قيمة الثوب وان زادت بالخياطة الا ان زيادتها ولو مقداراً منها ليست بازاء الخيوط، وان صارت هي سبباً لإزدياد قيمة العين، وقد مر عدم كون المورد من موارد بدل الحيلولة، بل تعد هذه الموارد عند العرف من موارد التلف، فيكون الغاصب ضامناً لقيمة الخيوط، وقد مر ان ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن، وعليه فلا يجب نزعها وان طلبه المالك، وتجوز الصلاة في هذا الثوب المخيط كما افتى به في محكي مجمع البرهان واستجوده صاحب الجواهر﵀.

واستجوده بعض المعاصرين، ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقمية خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته عوضاً شرعاً، وفيه أنّه لا منشأ لهذا الاقتضاء وادلّة الضّمان قد عرفت انّ محصلها يرجع الى وجوب تدارك ما ذهب من المالك سواء كان الذاهب نفس العين، كما في التّلف الحقيقي او كان الذاهب السّلطنة عليها التي بها قوام ماليّتها كغرق المال، او كان الذاهب الأجزاء أو الاوصاف الّتي يخرج بذهابها العين عن التّقويم مع بقاء ملكيّته ولا يخفى أنّ العين على التّقدير الأوّل خارج عن الملكيّة عرفاً، وعلى الثّاني السّلطنة المطلقة على البدل، بدل عن السّلطنة المنقطعة عن العين. وهذا معنى بدل الحيلولة، وعلى الثّالث فالمبذول عوض عمّا خرج المال بذهابها به عن التّقويم لا عن نفس العين، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الاوصاف الّتي تقابل بجميع القيمة لا نفس العين الباقية، كيف ولم تتلف هي وليس له على تقدير التّلف ايضاً عهدة ماليّة. بل الأمر بردّها مجرد تكليف لا يقابل بالمال[١] بل، لو استلزم ردّه ضرراً ماليّاً على الغاصب امكن سقوطه[٢] فتأمّل.

ولعلّ ما عن المسالك من انّ ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيط المغصوب عن الثّوب بعد خروجه عن القيمة بالاخراج، فتعيّن القيمة فقط، محمول على صورة تضرّر المالك بفساد الثّوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة كما لا يأبى عنه عنوان المسألة فلا حظ. وحينئذ فلا تنافي ما تقدّم عنه سابقاً[٣] من بقاء الخيط على ملك مالكه وان وجب بذل قيمته.

---

[١] قوله بل الامر بردها مجرد تكليف لايقابل بالمال.

ولعل الوجه في وجوب الرد في المقام، مع عدم شمول الادلة، لان موضوعها المال وماله عهدة مالية، والمفروض خروج المغصوب عن ذلك وكونه غير مال.

اطلاق قوله[1] عليه السلام لان الغصب كله مردود.

[٢] قوله امكن سقوطه.

لحديث لاضرر، اللهم الا ان يدعى ان ما دل على ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال يشمل الغاصب المؤدى لمالية المال، فلا يرفع حكمه بحديث لاضرر.

ولعله اشار الى ذلك بامره بالتأمل، الا ان الشأن في مدرك هذه العبارة.

[٣] قوله فلا تنافي ماتقدم عنه سابقاً.

لان عدم وجوب الرد في المقام انما هو لاجل المانع لالعدم المقتضى وهو الملكية.

---

١) الوسائل باب ١ من ابواب الغصب حديث ٣.

ثمّ انّ هنا قسماً رابعاً، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكيّة مع بقاء حقّ الأولوية فيه[١] كما لو صار الخلّ المغصوب خمراً فاستشكل في القواعد وجوب ردّها مع القيمة.

حق الأولوية

[١] قوله: ثم ان هنا قسما رابعاً وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية.

الكلام في هذا الفرع يقع في جهات:

الأُولى: في بقاء حق الأولوية بعد زوال الملكية: وقد استدل له بامور:

الأول: ما افاده المحقق النائيني* وغيره، وهو: ان الحق ليس أمراً مغايراً للملك، بل هو من شؤونه ومراتبه الضعيفة المندكة تحت القوى، لأنه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق والمستحق عليه، وهي حاصلة للمالك ومحفوظة في جميع الحالات المتواردة على الملك.

وفيه: ان الملكية والحق من الإعتباريات الشرعية والعرفية، لا من المقولات، والإعتبار لا اشتداد فيه ولا حركة، وكل من الملك والحق اعتباري غير الآخر.

الثاني: ان حق الاولوية من آثار الملك، فمع زواله غاية الأمر يشك في ارتفاعه، فيستصحب بقائه.

وفيه: ان ما هو اثر الملك انما هو الحكم التكليفي من قبيل جواز التصرف فيه ونحوه، وهو غير حق الاولوية، مع ان لازم كونه اثراً له ارتفاعه بارتفاعه.

وبالجملة: حق الأولوية الذي هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك.

الثالث: انه قد دل الدليل على ان المالك احق بماله، فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك، ولو شك في زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك.

وفيه: ان ما دل عليه الدليل المزبور انما هو اولوية المالك بالتصرف في ماله من

ولعله من استصحاب وجوب ردّها ومن انّ الموضوع في المستصحب ملك المالك، اذ لم يجب الاّ ردّه ولم يكن المالك الاّ اولى به، الاّ ان يقال: انّ الموضوع في الاستصحاب عرفيّ.[١] ولذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم: الشّهيدان والمحقّق الثّاني ويؤيّده انّه لو عاد خلاًّ ردّت الى المالك بلا خلاف ظاهر.

غيره، وهذا غير ثبوت حق الاولوية.

الرابع: الاجماع.

وفيه: انه ليس تعبديا، ولعل مستند المجمعين ما تقدم.

فالصحيح ان يستدل لثبوته بالسيرة العقلائية وبناء العقلاء على ذلك، واظن انه لا ريب في بنائهم عليه، وحيث لم يردع عنه الشارع فيستكشف امضائه لذلك.

الجهة الثانية: في وجوب رده على القول بعدم انتقاله الى الضامن.

بناءاً على ثبوت حق الاولوية لا شك في وجوبه، فانه كما يجب رد الملك يجب رد ما هو متعلق الحق.

ولو شك في وجوب رد متعلق الحق، فهل يجري استصحابه نظراً الى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية.

[١] فالموضوع عند العرف يكون باقيا.

ام لا يجري لكونه من الجهات التقييدية؟ وجهان: اظهرهما الأول.

واما بناءاً على عدم ثبوته، فجريان الإستصحاب وعدمه مبنيان على ما تقدم.

الجهة الثالثة: في انه مع فرض ثبوت حق الاولوية هل يكون ذلك للمالك او الضامن؟ والأظهر هو الثاني لإقتضاء الغرامة ذلك، ولبناء العقلاء عليه. فالضامن احق من غيره.

حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية

المسألة الرابعة: في حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية

ثمّ انّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء كان للسّوق او للزيادة المتصلّة بل المنفصلة كالثّمرة، ولا يضمن منافعه[١] فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. وعن التّذكرة وبعض آخر ضمان المنافع، وقوّاه في المبسوط بعد أن جعل الاقوى خلافه. وفي موضع من جامع المقاصد انّه موضع توقّف وفي موضع آخر رجّح الوجوب.

---

[١] قوله فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع ... ولا يضمن منافعه.

عن العلامةﷺ وبعض اخر: ضمان المنافع، ورجّحه في موضع من جامع المقاصد، والظاهر ان المشهور بين الأصحاب العدم، وهو الأظهر.

اما على ما اخترناه من صيرورة العين المتعذرة ملكاً للضامن فواضح.

واما على المسلك الآخر فلأنه قد خرج الضامن عن عهدة العين وادي ماليتها، فليس له بعد ادائها عهدة العين الثابتة بعلى اليد وغيره من ادلة الضمان، فلا شيء يقتضي الضمان.

نعم اذا وضع يده عليها ثانيا او على نمائها حصل الضمان.

وبالجملة: بعد خروج الضامن عن عهدة العين يكون حاله بالإضافة الى ذلك الملك حال غيره من الأجانب، وعليه فكون النماء حادثاً في ملك المالك لا يقتضي ضمانه، كما ان اليد السابقة التي خرج عن عهدتها لا تقتضي ذلك.

فالأظهر عدم الضمان.

واستدل للقول الآخر: بان المال حيث يكون باقيا على ملك مالكه وارتفعت ماليته وقيمته، فالضامن كما يكون سببا للحيلولة بين المال وصاحبه، يكون سببا للحيلولة بين تلك الزيادة والمالك، والغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلا لا المالية فعلا، فيجب تداركها.

وفيه: ان هذه الحيلولة ليست اخرى بل بقاء لتلك الحيلولة، والمفروض انه خرج عن عهدتها.

ثمّ انّ ظاهر عطف التعذّر على التّلف في كلام بعضهم عند التّعرض لضمان المغصوب بالمثل او القيمة يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السّوقية الحاصل بعد التعذّر وقبل الدفع[١] كالحاصل بعد التّلف لكنّ مقتضى القاعدة ضمانه له لأنّ مع التّلف يتعيّن القيمة، ولذا ليس له الامتناع من اخذها بخلاف تعذّر العين فإنّ القيمة غير متعيّنة فلو صبر المالك حتّى يتمكّن من العين كان له ذلك ويبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدّة، فلو تلف كان له قيمتها من حين التّلف او اعلى القيم اليه او يوم الغصب على الخلاف، والحاصل انّ قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التّعذر، والحكم بكون يوم التّعذر بمنزلة يوم التّلف، مع الحكم بضمان الاجرة والنماء الى دفع البدل، وان تراخى عن التعذّر ممّا لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع الى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذّر في المثلى، ثمّ انّه لا اشكال في انّه اذا ارتفع تعذّر ردّ العين وصار ممكناً وجب ردّها الى[٢] مالكها، كما صرّح به في جامع المقاصد فوراً وان كان في احضارها مؤنة كما كان قبل التعذّر، لعموم على اليد ما اخذت حتّى تؤدّي[٣]

---

[١] قوله الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع.

قد عرفت ان مقتضى القاعدة ضمان الارتفاع بعد التلف قبل الدفع ايضا، وعلى فرض الالتزام بالانتقال واشتغال الذمة بالقيمة عند التلف الذى هو مبنى عدم ضمان الارتفاع بعد التلف نلتزم به فى المقام من حين التعذر، فانه من اول تحقق التعذر لا يكون مكلفا برد العين بل برد القيمة فينتقل التكليف من العين الى القيمة.

اذا ارتفع التعذر يجب رد العين

[٢] المسألة الخامسة: اذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكنا، فهل يجب ردها كما فى المتن ام لا؟ وجهان.

وقد استدل لذلك بوجوه:

[٣] الأول: ما في المتن وهو: ان مقتضى عموم على اليد ما اخذت المغيى بالأداء هو ذلك.

ودفع البدل لأجل الحيلولة. [١]انما افاد خروج الغاصب عن الضّمان بمعنى انّه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، واستلزم (ولازم) ذلك على ما اخترناه عدم ضمان المنافع والنماء المنفصل والمتّصل بعد دفع الغرامة، وسقوط وجوب الرّد حين التّعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه بل مقتضى الاستصحاب[٢] والعموم هو الضّمان المدلول عليه، بقولهﷺ على اليد ما أخذت المغيّى بقوله حتّى تؤدّى.

وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكها الى الغارم بمجرّد طروّ التّمكن فيضمن العين من يوم التّمكن ضماناً جديداً بمثله، او قيمته يوم حدوث الضّمان او يوم التّلف او اعلى القيم او انّها باقية على ملك مالك العين، وكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمّة الغاصب فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامة فلم يحدث في العين الاّ حكم تكليفي بوجوب رده.

وفيه: انه ان قلنا بالملكية ـ اي العين بدفع الغرامة تصير ملكا للضامن ـ فلا موضوع لعلى اليد.

وان قلنا ببقائها على ملك المالك، فيرد عليه: انه على الفرض حيث خرج عن عهدة العين بدفع البدل واداء المالية ـ فلا وجه لعود مقتضى اليد مع عدم وضع اليد عليه ثانيا.

ودعوى ان العموم المزبور يدل على تعهد الآخذ بالعين تداركا وردا، ودفع الغرامة انما يكون تداركا للمالية، وانما يسقط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلي، واذا ارتفع التعذر وجب عليه الرد لكونه من آثار تعهده به حين الأخذ كما افاده بعض مشايخنا المحققين، ولعله الى هذا يشير.

[١] قولهﷺ: ودفع البدل لأجل الحيلولة ... الخ.

مندفعة بان على اليد انما يدل على كون المال الماخوذ في العهدة ما لم يؤد، فاذا فرضنا كون دفع البدل اداءاً فلا وجه لوجوب الأداء ثانياً.

وبعبارة اخرى: انما يجب دفع البدل من جهة كونه اداءاً، ومعه لا وجه لوجوبه ثانيا.

وان شئت قلت: انه لا يدل على وجوب الرد تكليفا، وانما يدل على الضمان خاصة.

[٢] الثاني: ما في المتن ايضا، وهو: استصحاب وجوب الرد.

وفيه: انه ان اريد به استصحاب الوجوب التنجيزي، فيرد عليه: انه ارتفع

وامّا الضّمان وعهدة جديدة فلا؟ وجهان، اظهرهما الثّاني لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة وعدم طروّ ما يزيل ملكيّته عن الغرامة او يحدث ضماناً جديداً[١] ومجرّد عود التّمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتّى يلزم من بقاء مالكيّته على الغرامة الجمع بين العوض، والمعوّض، غاية ما في الباب قدرة الغاصب على اعادة السّلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة ووجوبها عليه، وحينئذ فإن دفع العين فلا اشكال في زوال ملكيّة (مالكيّة) المالك للغرامة.

بالتعذر فلا وجه لإستصحابه.

وان اريد استصحاب الوجوب التعليقي.

فيرد عليه: ان التمكن ليس من قيود الطلب شرعا، بل هو شرط عقلي في كل واجب، فلا يكون الوجوب بسببه تعليقيا.

اللهم الا ان يقال: انه اما ان نقول باشتراط كل تكليف بالتمكن شرعا، فلا محالة يصير الوجوب تعليقيا، ولا مانع من استصحابه في المقام على القول بجريان الإستصحاب التعليقي.

وان قلنا بانه شرط عقلي، بمعنى انه مع عدم التمكن لا يحكم العقل بلزوم متابعة المولى، وان كان التكليف باقيا شرعا فيستصحب الوجوب التنجيزي في المقام.

وعليه فالحق ان يورد على هذا الأصل: بانه مع الخروج عن عهده العين لا يجب ردها تكليفا لإختصاص الأدلة بصورة بقاء العهدة.

الثالث: ما افاده السيد قده والمحقق النائيني، وحاصله: ان البدلية المفهومة من الأدلة انما هي بدلية مادام التعذر وموقتة، فاذا ارتفع التعذر يعود كما كان.

وفيه: انه في موارد صدق التلف عرفا تكون الغرامة بدلا دائميا بمقتضى اطلاق النصوص، وفي موارد بدل الحيلولة على القول به مقتضى الأدلة من على اليد وغيره كون دفع البدل في حال التعذر اداءاً للعين وخروجا عن عهدتها لا مادام متعذراً. وبعبارة اخرى: التعذر علة للحدوث لا ان البدلية تدور مداره وجودا وعدما.

[١] ولو شك في ذلك لكفى الإستصحاب في بقاء البدلية.

وتوهم: انّ المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السّلطنة في زمان التعذّر، فلا يعود لعدم عود مبدله ضعيف في الغاية بل كان بدلاً عن اصل السّلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه او دفع بدله مع تلفه او خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز، ولا يجب ردّ نمائه المنفصل ولو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أو لا، إذ ما لم يتحقّق السّلطنة لم يعد الملك إلى الغارم فإنّ الغرامة عوض السلطنة[١] لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتأمّل.

نعم للمالك مطالبة عين ماله، لعموم: النّاس مسلّطون على اموالهم. وليس ما عنده من المال عوضا من مطلق السّلطنة، حتّى سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الاملاك، ولذا لا يباح لغيره بمجرّد بذل الغرامة[٢]

الرابع: الإجماع، وهو كما ترى.

فالصحيح ان يستدل له ببناء العقلاء، بدعوى ان بناءهم على العود في امثال المقام مما يكون البدل لا من باب الابراء عن الخصوصية او المعاوضة الشرعية، بل تنازلا عن الخصوصية الشخصية، كان المتنازل هو المالك او الشارع ولاية عليه. فتدبر فانه دقيق.

[١] قوله فان الغرامة عوض السلطنة.

وفيه ان الغرامة على فرض كونها بدل السلطنة، انما تكون بدلا عن السلطنة على المطالبة، اى امكان وضع اليد على العين، ولو بواسطة قدرة الغاصب.

لا عن السلطنة الفعلية ولذا لو كان الغاصب من الاول قادرا على الدفع لم يكن بدل الحيلولة ثابتا.

[٢] قوله ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

مراده ان البدل لو كان بدل السلطنة.

على المطالبة لكان يباح لغيره ممن له تلك كالولى فان له السلطنة على مطالبة مال المولى عليه من الغاصب، فان المفروض كونه بدل السلطنة على المطالبة، وهى له مع انه لا يباح له الغرامة بلا كلام، فيستكشف من ذلك عدم كونها بدلا عنها.

وفيه ان المدعى كونها بدلا عن السلطنة على مطالبة المالك، لما له لينتفع بـه، لا مطلق السلطنة على المطالبة.

ومما ذكرنا يظهر انه ليس للغاصب حبس العين[١] الى ان يدفع المالك القيمة، كما اختاره في التّذكرة والايضاح وجامع المقاصد، وعن التّحرير الجزم بأنّ له ذلك. ولعلّه لأنّ القيمة عوض. امّا عن العين، وامّا عن السّلطنة عليه وعلى ايّ تقدير، فيتحقّق التّراد، وحينئذ فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتّى يتسلّم ما بيد الآخر، وفيه انّ العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوّضاً. ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلّط عليها والمعوّض لغرامة السّلطنة الفائتة الّتي هي في معرض العود بالتّراد، اللّهم الاّ ان يقال له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامة وهي السّلطنة الفائتة، والاقوى الاوّل، ثمّ لو قلنا بجواز الحبس لو حبسه فتلفت العين محبوساً فالظّاهر انّه لا يجري عليه حكم المغصوب لأنّه حبسه بحقّ، نعم يضمنه لأنّه قبضه لمصلحة نفسه. والظّاهر انّه بقيمة يوم التّلف على ما هو الاصل في كلّ مضمون ومن قال بضمان المقبوض باعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس الى زمان التّلف. وذكر العلاّمة في القواعد انّه لو حبس فتلف محبوساً فالاقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع القيمة الاولى.

والظّاهر انّ مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السّابقة، بناء على زوال حكم الغصب عن العين لكونه محبوساً بغير عدوان، لا خصوص حين التّلف وكلمات كثير منهم لا يخلو عن اضطراب.

---

[١] قوله مما ذكرناه يظهر انه ليس للغاصب حبس العين.

ما ذكره‌ اولا من انه مع بقاء الغرامة على ملك المالك لامورد لحبس الغاصب العين اذ ما لم يرد العين، لا يستحق الغرامة، فكيف يجوز له حبسها لاجلها وان كان تاما، الا ان الاظهر هو عدم جواز الحبس حتى بناءاً على عود الغرامة الى الغاصب، كانت الغرامة بدلا، عن العين او السلطنة ـ اذ جواز الحبس، حكم تعبدى ثبت فى المعاملات، وفى غيرها لا دليل عليه.

فما يظهر من ذيل كلامه من دوران جواز الحبس وعدمه مدار كون العين عوضا او معوضا ـ غير تام.

ثمّ انّ اكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب، لكنّ الظّاهر انّ اكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً، اذ ليس في الغصب خصوصية زائدة. نعم ربّما يفرق من جهة نصّ في المغصوب مخالف لقاعدة الضّمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضّمان من جهة صحيحة أبي ولاّد، أو أعلى القيم على ما تقدّم من الشّهيد الثّاني دعوى دلالة الصّحيحة عليه، وأمّا ما اشتهر من أنّ الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً.[١]

ولنختم بذلك احكام المبيع بالبيع الفاسد وان بقي منه أُخر اكثر ممّا ذكرنا ولعلّ بعضها يجئي في بيع الفضولي.

---

[١] قوله واماما اشتهر من ان الغاصب ماخود باشق الاحوال فلم نعرف له ماخذا.

قد تطابق النص والفتوى على ان الغاصب يلزم بالاشق على وجه تقدم على قاعدة لاضرر ولاحرج.

واليه يشير مارواه السيد الرضى فى نهج البلاغة قال اميرالمومنين عليه السلام الحجر الغصب فى الدار رهن على خرابها قال يروى هذا الكلام للنبى صلى الله عليه وآله[١].

فانه يدل على لزوم رد المال الى صاحبه وان استلزم خراب الدار اجمع بل ظاهر كلمات جمع من الفقهاء ان هذه الجملة معقد اجماع.

وفى الجواهر بل قد يقال ان للمالك اخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه فى كل حال وان استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه الا فى الحال المزبور انتهى.

---

١) باب ١ من ابواب الغصب حديث ٥.

الكلام في شروط المتعاقدين[١]

مسألة: المشهور كما عن الدّروس والكفاية بطلان عقد الصّبي[٢] بل عن الغنية: الاجماع عليه وان اجاز الوليّ.

وفي كنز العرفان: نسبة عدم صحّة عقد الصّبي الى اصحابنا وظاهره ارادة التّعميم لصورة اذن الولي. وعن التّذكرة: انّ الصّغير محجور عليه بالنّص والاجماع، سواء كان مميزاً ام لا في جميع التّصرفات الاّ ما استثنى كعباداته واسلامه واحرامه وتدبيره ووصيته وايصال الهدية واذنه في الدخول

عقد الصبي

[١] المقصد الرابع: في شرائط المتعاقدين.

وهي: البلوغ، والعقل، والقصد والاختيار.

تنقيح القول: بالبحث في مسائل:

[٢] الاولى: المشهور كما عن الدروس والكفاية: بطلان عقد الصبي.

معاملة الصبي تتصور على وجوه:

الأول: كونه مستقلا فيها كان ذلك في امواله او في اموال غيره، أذن الولي او لم يأذن.

الثاني: ما اذا أذن الولي مع كون المعاملة مستندة اليه ويكون من قبيل الوكيل المفوض.

الثالث: كونه آلة محضة، بمعنى كون المعاملة معاملة الولي ان كانت في امواله، ومعاملة الموكل ان كانت في اموال غيره، ويكون الصبي منشئاً فقط. ومرجع منعه من التصرف على النحو الاخير الى كون قصده للانشاء كلا قصد، ومن قبيل بيع الهازل والنائم ومحل الكلام هو الصبي المميز.

واما غير المميز فلا اشكال في بطلان معاملاته حتى بالنحو الاخير لعدم قصده لمدلول العقد.

والمصنف‌ﷺ استظهر من عبارة التذكرة دعوى الاجماع على بطلان عقده بالنحو الاخير ايضا، ومورد استظهاره منها

على خلاف في ذلك انتهى. واستثناء ايصال الهديّة واذنه في دخول الدّار يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق افعاله[١] لأنّ الايصال والاذن ليسا من التّصرفات القوليّة والفعليّة.

وانّما الأوّل آلة في ايصال الملك، كما لو حمله على حيوان او ارسلها.

والثّاني كاشف عن موضوع تعلّق عليه اباحة الدّخول وهو رضا المالك،

---

[١] استثنائه ايصال الهدية، واذنه في دخول الدار من التصرفات التي ادعى الاجماع على محجوريته فيها، مع انهما ليسا من التصرفات القولية او الفعلية، فاستكشف من ذلك شمول المستثنى منه لمطلق افعاله.

ويرد عليه قده: ان عدم حجية فعله في الأول، وقوله في الثاني في حكايتهما بالتصرف في مال الغير باخذ الهدية والدخول في الدار لا يقتضي عدم العبرة بقصده للانشاء لرجوع ذلك الى عدم تصديق الصبي كالفاسق، فاستثنائهما لا يكشف عن شمول المستثنى منه لمطلق افعاله.

وبعبارة اخرى: استثنائه اياهما من كون الصبي محجوراً عليه شرعا يقتضي حمل كلامه﵀ على ارادة الايصال والاذن ـ الذين هما من التصرفات الشرعية ـ لا الالية المحضة، فلا مناص عن حملهما على ارادة كونهما فعل الوكيل او قوله الكاشفين عن اهداء المالك واذنه في الدخول، ولا كلام في ان هذا التصرف تصرف استقلالي للصبي وليسا من قبيل اجراء الصيغة.

وعلى هذا فثبوت الشهرة والاجماع على بطلان عقده بالمعنى الاخير محل نظر، بل منع.

وكيف كان: فلابد من البحث في الادلة.

والكلام فيها يقع في مقامين.

الأول: في ادلة المنع.

الثاني: في ادلة الجواز.

اما الأول: فقد استدل له بامور:

.....

الأول: الاية الشريفة ﴿وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم﴾[1].

وتقريب الاستدلال بها على المنع: ان الظاهر من الاية الشريفة من جهة جعل البلوغ غاية الابتلاء والامتحان، وغير ذلك من القرائن كون جواز الدفع مشروطا بشرطين: البلوغ والرشد، فمفهومهاعدم جواز الدفع مع السفاهة او الصباوة، وليس ذلك الا من جهة حجره في تصرفاته، بل المراد من عدم الدفع ذلك.

فان قلت: ان ظاهر الاية الشريفة من جهة الامر بالدفع وجوب الدفع بعد البلوغ والرشد فمفهومها عدم الوجوب قبل ذلك، وهذا يلائم مع الجواز.

فلا تدل الاية على عدم الجواز.

اجبنا عنه: اولا: انه لو جاز الدفع لوجب لعدم جواز امساك مال الغير، فمفهومها عدم جواز الدفع قبل ذلك ووجوب حفظ امواله وعدم رده اليه.

وثانيا: ان هذا الامر لو روده مورد الحظر والمنع لا يستفاد منه الوجوب، فدلالة الاية الشريفة على محجورية الصبي في الجملة لا كلام فيها.

انما الاشكال في انها هل تدل على المنع عن التصرفات مستقلا بالمعنى الاول خاصة ام تدل على المنع عنها بالمعنى الثاني، ام تدل على الغاء تصرفه بالمرة.

الظاهر هو الوسط، فان الاية من جهة توجيه الخطاب فيها الى الولي، وتضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ، تدل على عدم استقلال الصبي في معاملاته في امواله وان اذن له الولي، ولكنها لا تدل على جعل انشائه كلا انشاء مع عدم كون التصرف تصرفا له، بل من تصرفات وليه، وكون البيع بيعه مثلا، فالاية تدل على عدم نفوذ ما يعد تصرفا له ولو مع اذن الولي، وهي وان اختصت باموالها الا انه يكفي في منعه عن التصرفات في مال غيره

---

١) النساء، آية ٦

واحتج على الحكم في الغنية بقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة: عن الصّبي حتّى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النّائم حتّى يستيقظ.[١] وقد سبقه في ذلك الشّيخ في المبسوط في مسألة الإقرار، وقال: أنّ مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم، ونحوه الحلّي في السّرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشراً، وتبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلاّمة وغيره،

عدم القول بالفصل.

[١] الثاني: حديث رفع القلم عن الصبي الذي رواه في محكي الخصال عن ابن الضبيان عن أمير المؤمنين ﷺ في سقوط الرجم عن الصبيي: اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم. الحديث[١]

وروي عن قرب الاسناد عن الامام علي ﷺ في سقوط القصاص والدية في ماله: وقد رفع عنهما القلم.[٢]

وفي موثق عمار عن الامام الصادق ﷺ عن الغلام متى يجب عليه الصلاة؟ قال ﷺ: اذا اتى عليه ثلاث عشر سنة، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم. الحديث[٣]. ونحوها غيرها.

وعن الشيخ في المبسوط في مسألة الاقرار: ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم.

واورد عليه بايرادات:

ثلاثة منها ما فى المتن وحيث ان المصنف يتعرض لها بعد اسطر فنحن تبعا له نتعرض لها فى ما بعد/

رابعها: ما افاده المحقق الايرواني ﷺ، وهو: ان المراد بالقلم لو كان قلم التكليف كان المراد خصوص التكاليف الالزامية، وذلك بقرينة الرفع، فان مناسب مادة الرفع

---

١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

٣) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١٢.

.....

رفع ما في حمله كلفة وثقل ومشقة وليس ذلك الا في الاحكام اللزومية.

وفيه: انه يصح اسناد الرفع الى كل ما يصح اسناد الوضع اليه لانهما متقابلان، فلا وجه للاختصاص ببعض الاحكام.

خامسها: ما افاده المحقق الايرواني﵀ ايضاً، وهو: ان تأثير الانشاء في حصول عنوانه المنشأ كالبيع تأثير تكويني في امر اعتباري، فيكون كتأثير سيفه في القطع، وهذا لا يرفعه حديث الرفع، واما رفع الاثار الشرعية المترتبة شرعا على ذلك العنوان المتولد على ان لا يكون البيع الحاصل بانشائه محكوما باحكام البيع فذلك في البشاعة يساوق القول بعدم ترتب آثار الموت على من مات بسيفه، ومعلوم بالقطع ان حديث الرفع لا يرفع الا احكاما مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير لا احكاما مترتبة عليه حتى مع الواسطة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

وفيه: ان تأثير الانشاء في حصول العنوان ليس تكوينيا بل هو جعلي، غاية الأمر حصوله في نظر الشارع متوقف على القيود الشرعية، وان كان حصوله في نظر العاقد غير متوقف عليه.

وبالجملة: قد مر في اول الكتاب ان في البيع مثلا يعتبر البائع والمشتري الملكية ويتحقق ذلك في اعتبارهما، ثم ان كانت المعاملة واجدة للقيود المعتبرة عند العقلاء فيه يعتبر العقلاء ذلك ايضا، والا فلا، وكذلك بالاضافة الى الشارع، فلو كان البلوغ من تلك القيود بنظره الاقدس لا تعتبر الملكية، ولا يكون العنوان متحققا في اعتباره، وهذا لا يستلزم شيئاً من المحاذير المتقدمة.

ثم ان المحقق النائيني﵀ اختار دلالته على بطلان عقد الصبي حتى بالمعنى الثالث بدعوى انه يدل على كون الصبي مسلوب العبارة، فان الظاهر من قولهﷺ رفع القلم عنه ما هو المتعارف بين الناس والدائر على السنتهم من ان فلانا رفع القلم عنه ولا حرج عليه

واستدلوا ايضاً بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقرﷺ انّ الجارية اذا زوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم، ودفع اليها مالها وجاز امرها في الشّراء والغلام لا يجوز امره في البيع والشّراء ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمسة عشر سنة، الحديث. وفي رواية ابن سنان: متى يجوز امر اليتيم؟ قال: حتّى يبلغ اشدّه، قال: ما اشدّه، قال: احتلامه. وفي معناهما روايات اخر لكن الانصاف انّ جواز الامر في هذه الرّوايات ظاهر في استقلاله في التّصرف لأنّ الجواز مرادف للمضيّ فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الاجازة، كما يقال بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف

واعماله كاعمال المجانين، فهذه الكلمة كناية عن ان عمله كالعدم، ورفع عنه ما جرى عليه القلم، فلا ينفذ فعله ولا يمضي عنه، فان ما صدر عنه لا ينسب اليه.

وفيه: انه يدل على رفع قلم الوضع والتكليف عن الصبي، ولازم ذلك بطلان عقده بالمعنيين الاولين دون الثالث، فان العقد الصادر من الصبي باذن الولي له نسبتان: نسبة الى الصبي، ونسبة الى الولي، غاية الأمر نسبته اليه انما تكون بالتسبيب، ولا منافاة بين عدم نفوذ ما هو عقد الصبي بالمباشرة ونفوذ ما هو عقد الولي، اذ القلم رفع عن الصبي لا عن الولي.

هذا على فرض تسليم صدق كون العقد والبيع عقد الصبي مع كونه مجري الصيغة، خاصة وكون طرف المعاملة عند العرف هو الولي، والا فعدم دلالته على سلب عبارته اوضح.

الثالث: النصوص الدالة بالمنطوق والمفهوم على عدم جواز امر الصبي في البيع والشراء[1].

وقد ذكر المصنف روايتين منها وهما خبر حمزة ورواية ابن سنان.

---

١) الوسائل باب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه وباب ٢ من أبواب كتاب الحجر. وباب ٤٤ من ابواب الوصايا وغير تلكم من الابواب المختلفة.

ويشهد له: الاستثناء في بعض تلك الاخبار بقوله الا ان يكون سفيها[١] فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته. وانّه اذا ساوم وليّه متاعاً وعيّن له قيمته وامر الصّبي بمجرّد ايقاع العقد مع الطّرف الآخر كان باطلاً، وكذا لو اوقع ايجاب النّكاح او قبوله لغيره باذن وليّه.

وتقريب الاستدلال بها: انها بالاطلاق تدل على عدم نفوذ بيعه وشرائه حتى مع اذن الولي، فتدل على البطلان حتى بالمعنى الاخير.

واورد عليه المحقق النائيني﵀: بانها في مقام بيان ان الاحتلام شرط في نفوذ امر الصبي وليست في مقام بيان عدم نفوذ امره قبله ولو مع اذن الولي.

وفيه ان بعض تلك النصوص منطوقه يدل على عدم نفوذ امره قبله، ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولي وعدمه.

والحق ان يقال: ان دلالتها على بطلان عقد الصبي بالمعنيين الاولين لا تنكر.

الا انها لا تدل على البطلان بالمعنى الاخير، اذ لو كان الصبي مجري الصيغة خاصة لا يستند البيع والشراء اليه، وعلى هذا بنوا عدم ثبوت خيار المجلس لمجري الصيغة لعدم صدق البيّع عليه، فالبيع انما يكون بيع الولي او الموكل والامر امره، ومجرد الصيغة لا تكون موضوع النفوذ وعدمه.

ولو تنزلنا عن ذلك فلا اقل من ان مثل هذا البيع له نسبتان: نسبة إلى الصبى، ونسبة الى الولي او الموكل، فلا مانع من نفوذه ومضيه بالاعتبار الثاني كما تقدم.

[١] قوله ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الاخبار بقوله الا ان يكون سفيها.

وجه الشهادة: ان السفيه ليس مسلوب العبارة، فمن استثنائه يعلم ان المراد عدم استقلاله في التصرف.

وفيه: انه لو كان مفاد هذه الاخبار ـ بحسب ظواهرها ـ عدم نفوذ امر الصبي ولو في اجراء الصيغة خاصة، هذا الاستثناء لا ينافيه، بل غاية ما هناك كنا نقول ان هذه الاخبار تدل بالاطلاق على كونه ايضاً مسلوب العبارة، الا ان الدليل دل على خلاف ذلك، فلا يحكم بكونه مسلوب العبارة لدليل آخر لو كان، والا فلا مانع من الالتزام بكونه ايضاً مسلوب العبارة.

وامّا حديث رفع القلم ففيه:

أوّلاً: أنّ الظّاهر منه قلم المؤاخذه لا قلم جعل الاحكام[١] ولذا بنينا كالمشهور على شرعيّة عبادات الصّبي.

وثانياً: أن المشهور على الألسنة أنّ الاحكام الوضعيّة ليست مختصّة بالبالغين[٢] فلا مانع من ان يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ او على الوليّ اذا وقع باذنه واجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ، وحرمة تمكينه من مسّ المصحف

وقد اورد المصنف على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبى بوجوه.

[١] احدها: ان الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الاحكام.

وفيه: اولا: انه لا شاهد لهذا الحمل، بل الظاهر منه قلم جعل الاحكام، ولا اقل من الاطلاق.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

وثانيا: ان مورد بعض هذه النصوص القصاص وثبوت الدية وهما ليسا من قبيل المؤاخذة على مخالفة التكليف، بل من قبيل الحكم الوضعي.

وثالثا: ان المراد لو كان رفع فعلية المؤاخذة مع ثبوت الاستحقاق فيكون مقتضاه العفو كان ذلك مما يقطع بخلافه، وان كان المراد رفع الاستحقاق فهو لا يصح الا مع رفع الحكم الذي هو منشأ هذا الحكم العقلي.

[٢] ثانيها: ان المشهور على الالسنة ان الاحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين، فلا مانع من كون عقده سببا فعليا للوجوب التعليقي ـ اي وجوب الوفاء بعد البلوغ ـ ويكون هذا الوجوب منشأ انتزاع الوضع لعدم اختصاص منشأه بالوجوب الفعلي المنجز.

وفيه: ان ما هو المشهور انما هو ثبوت الوضع في حقه في الجملة في قبال عدم ثبوت التكليف اللزومي بقول مطلق لاثبوت الاحكام الوضعية في حقه مطلقا، كيف وقد اشتهر بينهم بطلان عقد الصبي.

وثالثاً: لو سلّمنا اختصاص الاحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حقّ البالغين[١] فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ.

وبالجملة: فالتّمسك بالرّواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعيّة عبادة الصّبي، وما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الاحكام الوضعيّة بالبالغين. فالعمدة في سلب عبارة الصّبي هو الاجماع المحكى المعتضد بالشّهرة العظمية، والاّ فالمسألة محلّ اشكال، ولذا ترددّ المحقّق في الشّرائع في اجازة المميّز باذن الوليّ بعد ما جزم بالصّحة في العارية واستشكل فيها في القواعد والتّحرير، وقال في القواعد وفي صحّة بيع المميّز باذن الوليّ نظر، بل عن الفخر في شرحه انّ الاقوى الصّحة مستدلاً بأنّ العقد اذا وقع باذن الوليّ، كان كما لو صدر عنه، ولكن لم اجده. فيه وقوّاه المحقّق الاردبيلي على ما حكى عنه، ويظهر من التّذكرة عدم ثبوت الاجماع عنده حيث قال: وهل يصحّ بيع المميّز وشرائه؟ الوجه عندي انّه لا يصّح واختار في التحرير صحّة بيع الصّبي في مقام اختبار رشده، وذكر المحقّق الثّاني انه لا يبعد بناء المسألة على انّ افعال الصّبي واقواله شرعيّة ام لا، ثمّ حكم بأنّها غير شرعيّة وانّ الاصح بطلان العقد.

---

[١] ثالثها: انه لو سلّمنا اختصاص الاحكام الوضعية ايضا بالبالغين، لكن لا مانع من كونه جزء السبب للملكية بعد البلوغ بان يكون الجزء الآخر البلوغ، ومع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد لكون العقد موضوعاً لوجوب الوفاء، وان لم يؤثر في الملكية كما في معاملة الفضولي مع الاصيل، فانه يجب على الثاني الوفاء بالعقد مع عدم حصول الملكية.

وبهذا البيان اندفع ايراد المحقق النائيني‌ﷺ عليه بانه: لا يمكن التفكيك في الآثار بين البالغ وغيره، اذ لو افاد عقد الصبي الملكية فلا يمكن ان لا يؤثر فعلا ويصير ذا اثر بعد البلوغ.

وفيه: انه بعد الالتزام باختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين لا سبيل الى الالتزام بكون عقده جزء المؤثر.

و عن المختلف انّه حكى في باب المزارعة عن القاضي كلاماً يدلّ على صحة بيع الصبى.

و بالجملة فالمسألة لا يخلو عن اشكال وان اطنب بعض المعاصرين فى توضيحة حتّى الحقه بالبديهيّات فى ظاهر كلامه فالانصاف ان الحجة فى المسألة هي الشّهرة المحقّقة والاجماع المحكيّ عن التذكره بناء على انّ استثناء الاحرام الذّى لا يجوز الاّ باذن الوليّ شاهد على ان مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفى الاستقلال فى التّصرف وكذا اجماع الغنية بناء على ان استدلاله بعد الاجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده للبيع باذن الولي، و ليس المراد نفى صحّة البيع المتعقّب بالاجازة، حتّى يقال أنّ الاجازة عند السّيد «ابن زهرة» غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصّادر من غير المستقل. و لو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولي، و يؤيّد الاجماعين ما تقدّم عن كنز العرفان، نعم لقائل أن يقول: إنّ ماعرفت من المحقّق والعلاّمة و ولده والقاضي و غيرهم خصوصاً المحقّق الثّاني: الّذى بنى المسألة على شرعيّة أفعال الصبّي يدلّ على عدم تحقّق الاجماع، و كيف كان، فالعمل على المشهور و يمكن أن يستأنس له أيضا بماورد في الأخبار المستفيضة من أن عمد الصّبي و خطاه واحد [١] كما في صحيحة ابن مسلم و غيرها، والاصحاب وان ذكروها في باب الجنايات الاّ انّه لا اشعار في نفس الصحيحة. بل وغيرها بالاختصاص بالجنايات.

---

[١] الرابع: النصوص المتضمنة لكون عمد الصبي خطأ:

كصحيح محمد بن مسلم عن مولانا الصادق عليه السلام: عمد الصبي و خطأه واحد.(١)

و تقريب الاستدلال بها: انها تدل على ان الاحكام المترتبة على الافعال مع القصد والعمد لا تترتب على افعال الصبي، وان اعماله عن قصد كالاعمال الصادرة عن غيره بلا قصد، فعقده كعقد الهازل والنائم.

و تنقيح القول بالبحث فى جهتين.

---

١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة من كتاب الديات حديث ٢.

.....

الاولى: في انه هل تدل الاخبار على ان قصد الصبي كلا قصد، ام تدل على ان عمده ـ اي الفعل الصادر عن عمد ـ خطأ، اي حكمه حكم الفعل الخطأي؟ ظاهر الاخبار بل صريحها هوالثاني، مع ان حملها على الأول مستلزم لتخصيص الاكثر، اذ لازمه صحة صلاته لو تعمد بالتكلم، وايجاد غيره من الموانع، و صحة صومه لو اكل من الصبح الى الغروب، وانه لو حاز شيئاً لايملكه و يجوز اخذه منه، و غير ذلك من الاحكام التي لا مناص عن الالتزام بخروجها عنها بناءاً على هذا المعنى.

الثانية: في انه على المعنى المختار هل تعم النصوص باب المعاملات ام تختص بباب الجنايات؟ و جهان: اقواهما الثاني.

و ذلك لوجهين.

الأول: ان العمد والخطأ انما يتصوران في الامور التي لها واقع محفوظ، وذلك الامر قد يترتب على سببه قهراً و آخر عن قصد، والامور المتوقف تحققها على القصد كالعقود والايقاعات حيث انها لا تتحقق بدون القصد، فلا يتصور فيها الخطأ، اذ لو قصدها تقع و الا فلا لا انها تقع خطأ.

الثاني: ان تنزيل شيء منزله آخر انما يصح اذا كان للمنزل عليه اثر ليكون التنزيل بلحاظه، كما في القتل، فان اثر الخطأ منه كون الدية على العاقلة، واما مالا حكم لخطأه كباب المعاملات ـ على فرض تسليم الخطأ فيها ـ فلا يصح فيه هذا التنزيل.

و بعبارة اخرى: انها تدل على وحدة حكم عمد الصبي و خطأه، و هذا انما يصح فيما كان لكل منهما حكم يخصه، فاريد بهذه العبارة افادة الاتحاد في خصوص الصبي، و معلوم ان تعدد حكم العمد و الخطأ و اختلافهما في الحكم انما يكون في خصوص باب الجنايات.

و قد ذكر السيد قده في الحاشية وجهين آخرين لاختصاص النصوص بباب

و لذا تمسّک بها الشّيخ في المبسوط والحليّ في السّرائر على انّ اخلال الصّبي المحرم بمحظورات الاحرام الّتي يختص حرمتها الكفّارة فيها بحال التّعمد لا يوجب كفّارة على الصّبي، ولا على الوليّ لأنّ عمده خطأ. و حينئذ فكلّ حكم شرعيّ تعلّق بالافعال الّتى يعتبر في ترتّب الحكم الشّرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها اذا وقعت بغير القصد، فما يصدر منها عن الصّبي قصداً بمنزلة الصّادر عن غيره بلا قصد فعقد الصّبي وايقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطىء وايقاعاتهم بل يمكن بملاحظة بعض ماورد من هذه الاخبار في قتل المجنون و الصّبي استظهار المطلب من حديث رفع القلم [١] و هو ما عن قرب الاسناد بسنده عن ابي البختري عن جعفر عن أبيه عن عليؑ انّه كان يقول: المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصّبي الّذي لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة. و قد رفع عنهما القلم، الى اخره. فإنّ ذكر رفع القلم في الدّليل ليس له وجه ارتباط، الاّ بأنّ تكون علة لاصل الحكم و هو ثبوت الدّية على العاقلة او بأن تكون معلولة لقوله عمدهما خطأ، يعنى انّه لمّا كان

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الجنايات:

احدهما: ان في ذيل بعض[1] تلک النصوص هذه العبارة تحمله العاقلة او جعل الدية على قومه و لا ريب في ان مثل هذه النصوص مختصة بباب الجنايات، و هي تكون قرينة على غيرها.

و فيه: انه لا وجه لحمل المطلق في المقام على المقيد لكونهما مثبتين.

ثانيهما: ان النصوص غير المذيلة بما ذكر انما تكون مطلقة لا عامة، والقدر المتيقن منها باب الجنايات.

و فيه: ان القدر المتيقن لا يمنع عن التمسك بالاطلاق، فالصحيح ما ذكرناه

[١] والمصنف ره بعد ما اشكل على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبى

قال: بل يمكن بملاحظة بعض ماورد[2] من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم.

---

١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة حديث ٣ و ٥ و باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس.

٢) الوسائل باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢.

قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشّارع، و في الواقع رفع القلم عنهما، ولا يخفي انّ ارتباطها بالكلام على وجه العلّية والمعلوليّة للحكم المذكور في الرّواية، اعني عدم مؤاخذه الصّبي والمجنون بمقتضى جناية العمد و هو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد و هو الدّية، في مالهما لا يستقيم الاّ بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا، من حيث العقوبة الاخرويّة والدّنيوية المتعلّقة بالنّفس كالقصاص اوالمال كغرامة الدّية.[١] وعدم ترتّب ذلك على افعالهما المقصودة المتعمد اليها ممّا لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتّب عليه غرامة اخروية او دنيويّة، و على هذا، فاذا التزم على نفسه مالاً باقرار اومعاوضة ولو باذن الوليّ فلا اثر له في الزامه بالمال و مؤاخذته به ولو بعد البلوغ [٢] فاذا لم يلزمه شيء بالتزاماته، و لو كانت باذن الوليّ فليس ذلك الاّ لسلب قصده وعدم العبرة بانشاءه اذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذة شاملاً لصورة اذن الوليّ، و قد فرضنا الحكم مطلقاً فيدلّ بالالتزام على كون قصده في انشاءاته و اخباراته مسلوب الأثر.

---

[١] وتقريب استظهار المطلب منه: ان قوله و قد رفع عنهما القلم لا وجه لذكره الا كونه علة للحكم ـ و هو ثبوت الدية على العاقلة ـ او معلولا لقوله عليه السلام عمدهما خطأ و على اي تقدير يدل على ان قصد الصبي كلا قصد، فانه يدل حينئذٍ على عدم اختصاص الرفع بالمؤاخذة وانه عام لكل ما التزم على نفسه من المال باقرار او معاوضة، و يدل انه لا اثر له في الزامه بالمال و مؤاخذته به بعد البلوغ

[٢] و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولي وعدمه، و عدم ترتب الاثر على التزامه حتى مع اذن الولي لا يكون الا لسلب قصده وعدم العبرة بانشائه.

و يرد عليه ـ مضافاً الى ماعرفت من ظهور حديث رفع القلم في رفع جميع الاحكام في نفسه و مع ذلك لا يدل على سلب قصده. فراجع.

انه ليس علة للحكم، و لا معلولا لعمدهما خطأ

اما الأول: فلخلوه عن اللام والفاء الدالتين على ذلك، مضافاً الى انه اما ان تؤخذ العلة رفع القلم مطلقاً، او رفع القلم في باب الجنايات.

.....

فان كان الاول فاجنبية العلة عن الحكم المعلل واضحة، اذ اي ربط بين رفع قلم التكليف بالصوم و الصلاة و ثبوت الدية على العاقلة،

وان كان الثاني فغاية ما يمكن ان يقال في توجيه الارتباط: ان دم المسلم لابد و ان يتدارك، و لا يكون ذلك من بيت المال، فلابد وان يكون من مال الصبي اومن العاقلة، فحيث ان القلم مرفوع عن الصبي فيكون من العاقلة و هذا مضافاً الى مخدوشيته في نفسه اذ اي دليل على لزوم التدارك، ثم اى دليل على عدم كونه، من بيت المال واى دليل على الدوران المزبور، ان لازم ذلك تعليل ثبوت احد الضدين بنفي الضد الاخر، و هو كما ترى.

و اما الثاني: اى عدم كونه معلولا، فلمخالفته في كيفية التعبير من حيث الاشتمال على كلمة قد الدالة على تحقق مدخولها و خلو جملة تحمله العاقلة عنها،

مضافاً الى انه من المعلوم انه هذه الجملة اي جملة عمدهما خطأ ليست في مقام بيان امر تكويني بل متضمنة لبيان امر تشريعي وعليه فيتحد مفادها مع مفاد رفع القلم، فلا وجه لجعل احدهما علة للاخر.

والحق في المقام ان يقال: ان عمدهما خطأ متكفل في نفسه لبيان حكمين بنحو الاجمال، و قد بينهما الامام عليه السلام بجملتين اخريين: احداهما: ثبوت الدية على العاقلة، و الاخرى عدم ثبوت شيء على الصبي، و بيّن الأولى بقوله تحمله العاقلة والثانية بقوله و قد رفع فهاتان الجملتان تفسير ان للجملة الاولى من دون ان يكون هناك علية او معلولية.

فتحصل من مجموع ما ذكرناه: ان المستفاد من الادلة بطلان عقد الصبي اذا كان مستقلا، و صحته اذا كان باذن الولي او اجازته.

ادلة القول بصحة عقد الصبي

و اما المقام الثاني: فقد استدل لجواز عقد الصبي بوجوه:

.....

الأول: الاية الشريفة ﴿وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم﴾[١]

و تقريب الاستدلال بها من و جهين.

احدهما: ما افاده ابو حنيفة و وافقه بعض المعاصرين، و هو: ان ظاهر الاية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى، و قوله تعالى ﴿حتى﴾ سواء كانت للغاية ام للابتداء، والظاهر من الابتلاء الابتلاء بالمعاملات على الأموال بان يأذنوا لهم في البيع و الشراء قبل البلوغ، و ذلك يقتضي صحة تصرفاتهم.

و فيه: أنّه لا اشكال في دلالتها على عدم كون الصبي مسلوب العبارة، الا انها لا تدل على كونه مستقلاً في التصرف لحصول الابتلاء بالبيع مع اذن الولي او اجازته، و حيث ان ظاهر ذيل الاية الشريفة ـ كما مر ـ عدم صحة تصرفاته استقلالا، فلابد من البناء على ذلك.

ثانيهما: ما افاده المحقق الايرواني، و هو: ان المستفاد من الاية الشريفة ان المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد بان تكون الجملة الاخيرة استدراكا عن صدر الاية، و انه مع استئناس الرشد لا يتوقف في دفع المال و لا ينتظر البلوغ و ان اعتبار البلوغ طريقي اعتبر امارة الى الرشد بلا هو ضوعية له

و فيه انه لو لم يكن الامر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد لم يكن وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ، و كان ذكر ﴿حتى اذا بلغوا النكاح﴾ زائداً، و حمله على الطريقية الى الرشد خلاف الظاهر.

الثاني: مرسل المبسوط وروي: انه اذا بلغ عشر سنين و كان رشيدا كان جائز التصرف.

---

١) النساء: آية ٧.

.....

و فيه: انه لا رساله وعدم العمل حتى من مرسله به لا يعتمد عليه.

الثالث: النصوص[١] الدالة على جواز وصيته و صدقته و عتقه، فانه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم يرد عليه اباء سياقه عن التخصيص.

و فيه: اولا: ان الدليل لم يكن مختصا بحديث رفع القلم.

و ثانيا: انه غير آب عن التخصيص،

هذا على فرض جواز تلك التصرفات و الا فالأمر اسهل.

الرابع: السيرة التي ادعاها سيد الرياض على ما نقل عنه الشيخ﵀

و الانصاف انه لا ينبغي التشكيك فيها، الا ان المتيقن منها المعاملة باذن الاولياء، بل سيد الرياض ادعاها في هذا المورد، و لا مورد للايراد عليه بانها ناشئة عن عدم المبالاة بالدين.

الخامس: خبر السكوني عن الامام الصادق﵇ قال: نهى رسول الله ﷺ عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الا امة قد عرفت بصنعة يد، و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق[٢]

فان حصر كراهة التصرف فيما اكتسبه الغلام بما اذا لم يحسن صناعة بيده واحتمل سرقته اقوى شاهد على نفوذ معاملاته.

و اجاب عنه المصنف﵀: بانه محمول على موارد عدم معاملة نافذة من الصبي، اما بان لا تكون هناك معاملة اصلا ـ كالالتقاط المترتب عليه الملكية ـ او مع كون المعاملة من الولي ـ كالاجارة التي اوقعها الولي ـ او مع كونها عن الصبي على نحو يجامع فساد المعاملة ـ كاستحقاق اجرة المثل في الاجارة التي اوقعها الصبي بغير اذن الولى

---

١) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات ـ و باب ٥٦ من أبواب كتاب العتق ـ و باب ٤٢ ـ من أبواب كتاب الوصايا.

٢) الوسائل باب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به.

.....

او عمل عملا بامر آمر، و من الواضح ان جواز التصرف في المكسوب في هذه الموارد لا يكشف عن نفوذ معاملات الصبي بما هو صبي.

و فيه: ان قبض الصبي المال في هذه الموارد ـ كما اعترف به قده قبيل ذلك لا اثر له لفرض كون اجرة المثل كلية، و كذلك الاجرة المسماة بحسب الغالب، و هو لا يتعين بقبض الصبي.

و بالجملة: غاية ما يثبت بما ذكره استحقاق الصبي للاجرة، و لكن لا يتعين ذلك فيما اقبضه من عليه، بل هو باق على ملكه، فيحرم للولي و غيره التصرف فيه،

و به يظهر حال الالتقاط ، فانه اذا كان فعل الصبي كالعدم لا اثر لالتقاطه ايضا.

فالحق في المقام ان يقال: ان المنهي عنه اما ان يكون هو الكسب اي المعنى المصدري او يكون هو المكسوب، فان كان الأول فلا محالة يكون الموجه اليه الخطاب الولي فيكون مفاده مرجوحية نصب الولي لهم لتصدي المعاملات الا في الصناعة، و عليه فان كان النهي تحريميا لا يدل على نفوذ معاملاته بوجه، و ان كان تنزيهيا، وان كان يشعر بذلك، الا انه لا دليل على حمل النهي عليه،

وان كان الثاني كما لعله الظاهر لعدم مناسبة العلة مع الأول.

فتقريب الاستدلال به على نفوذ معاملات الصبي انما يكون من وجوه:

احدها: من جهة التعليل، اذ لو لم تكن المعاملة نافذة كان المتعين التعليل بذلك، فانه حينئذٍ كان التصرف فيه حراما لكونه ملك الغير، و ان علم بعدم السرقة لا التعليل بانه ان لم يجد سرق.

ثانيها: من جهة التقييد، اذ لو كانت معاملة غير الصبي غير نافذة من اصلها لم يكن هناك فرق بين من يحسن صناعة بيده و من لا يحسن.

ثالثها: من جهة الحكم، اذ المشهور بين الأصحاب حمل هذا النهي على الكراهة، فهذه آية نفوذ المعاملة و الا كان التصرف حراما.

ثمّ انّ مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علّة للحكم عدم مؤاخذتهما بالاتلاف [١] الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكيّ عن بعض، الاّ ان يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم، و لا يخلو من بعد ولكن هذا غير وارد على الاستدلال، لانّه ليس مبنيّاً على كون رفع القلم علّة للحكم، لماعرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبي و المجنون، فيختصّ رفع قلم المؤاخذة بالافعال الّتي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الاتلاف، فافهم واغتنم.

و في كل مناقشة:

اما الاوّل: فلأن هذا النهي انما هو بلحاظ هذا الاحتمال اي احتمال السرقة و لا نظر في ذلك الى نفوذ المعاملة و عدمه كي يدل على نفوذها مع عدم ذلك، مع ان المنهي عن التصرف فيه ليس خصوص مااكتسب بالمعاملة بل مطلق ما حصله الصبي كان بتلك ام بغيرها، فلا يدل على نفوذ معاملته مع عدمه.

واما الثاني: فلأن الفرق بين من يحسن صناعة بيده و غيره واضح، فانه في الأول يكون احتمال السرقة اضعف من غيره، فيكون ذكر القيد لتحقق الموضوع،

مع ان القيد لا مفهوم له.

واما الثالث: فلعدم القرينة لحمل النهي على الكراهة، مع ان هذا النهي انما هو بلحاظ احتمال السرقة خاصة و لا نظر فيه الى جهات اخر.

فتحصل: ان المستفاد من مجموع الادلة بطلان عقد الصبي اذا كان مستقلا في المعاملة و نفوذه اذا كان باذن الولي.

المستثنيات

[١] قوله عدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منهما ... فيخرج مثل الاتلاف

و قد استثني من رفع القلم عن الصبي مواضع:

منها: اتلافه.

فان المشهور بين الأصحاب كونه موجبا لضمانه

و قد استدلوا لذلك بوجوه

.....

احدها: ما يستفاد من كلمات المصنف، و هو: ان المستفاد من ادلة الباب بعد ضم بعضها ببعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الافعال المعتبر فيها القصد الى مقتضاها كأنشاء العقود، فيخرج مثل الاتلاف.

و فيه: ان مقتضى عموم حديث رفع القلم رفع كل تكليف، او وضع عن الصبى كان سببه فعله القصدى او غير القصدى

ثانيها: ما ذكره المحقق الاصفهاني و هو: ان مقتضى مناسبة الحكم و الموضوع ان كل اثر منوط ترتبه على الفعل بالعقل و كما له، واستشعار الفاعل فهو مرفوع عن الصبي، فمثل الضمان المترتب على مجرد الاتلاف غير المنوط بشيء خارج عن عموم الآثار المرفوعة.

و فيه: ان كمال العقل انما هو من باب الحكمة لا العلة، و الآ فرب غير بالغ اعقل من البالغ.

ثالثها: ما افاده المحقق الايرواني، و هو: انه في بعض[1] النصوص جمع بين عمد الصبي خطأ و رفع القلم عنه، و هو يصلح قرينة لقصر المرفوع بقلم العمد، وان المرفوع احكام اخذ في موضوعها العمد، و معه لا يبقى لرفع القلم عموم، و ذلك الحديث يوجب سقوط سائر النصوص المشتملة على.رفع الحكم عن الصبي، فمثل الاتلاف غير مشمول لها.

و فيه: اولا: ان عموم رفع القلم في ذلك الحديث لا محذور فيه، و مجرد تطبيقه على مورد خاص لا يصلح قرينة لعدم ارادة العموم منه.

و ثانيا: انه لا وجه لصيرورته مسقطا لعموم سائر الروايات.

رابعها: ان حديث رفع القلم لو ورده مورد الامتنان يختص بما في رفعه منّة و لا منّة على الامة في رفع الضمان لكونه خلاف الامتنان بالنسبة الى الكبير افاده المحقق الاصفهانى

---

١) الوسائل باب ٣۶ من أبواب القصاص فى النفس حديث ٢.

ثمّ انّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصّبي كالتعزير [١] والحاصل انّ مقتضى ما تقدّم من الاجماع المحكي في البيع و غيره من العقود والاخبار المتقدّمة، بعد انضمام بعضهما الى بعض: عدم الاعتبار بما يصدر من الصّبي من الافعال المعتبر فيها القصد الى مقتضاها كإنشاء العقود اصالة و وكالة، والقبض و الاقباض [٢] و كلّ التزام على نفسه من ضمان او اقرار او نذر او ايجار.

و فيه: انه لا قرينة لكونه واردا مورد الامتنان، بل لازم ذلك عدم شموله لبيعه، اذ ليس في رفع حلّيته منّة على الصبي، فالعمدة في استثنائه الاجماع ان ثبت و كان تعبديا و منها: التعزير.

[١] و قد افاد المصنف ﷺ في وجه خروجه: ان المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير

و فيه اولا: انه لا شاهد لهذا التخصيص بل مقتضى عمومه شموله لكل من الأمرين

و ثانياً: ان هناك شاهداً على خلاف ذلك فان مجرد الفرق بين الصبي والبالغ في المؤاخذة واختلاف حكمهما لا يصحح اسناد رفع القلم اليه كما لا يخفى

فالصحيح في وجه خروجه قيام الدليل الخاص عليه المخصص لعموم رفع القلم.

و منها: انه إذا لاقى جزء من بدنه مع النجاسة ينجس، و لو تحقق في حقه سبب الجنابة يجنب كما هو المشهور بين الأصحاب.

و الوجه في ذلک عدم شمول حديث رفع القلم لهما في نفسه، و ذلك لأنه يعتبر ان يكون الحكم المرفوع به مترتبا على فعل الصغير بما هو، فلا يعم مثل النجاسة المترتبة على الملاقاة والجنابة المترتبة على سببها بلا دخل لفعل الصبي فيه،

و اما عدم شمول ما دل على انه لا يجوز امر الصبي لهما فواضح.

[٢] و منها: القبض. و الاقباض.

و قال في التّذكرة: و كما لا يصّح تصرفاته اللّفظية كذا لا يصّح قبضه، و لا يفيد حصول الملك في الهبة، وان اتهب له الولي و لا لغيره و ان اذن الموهوب له بالقبض، و لو قال مستحقّ الدّين للمديون سلّم حقّي الى هذا الصّبى فسلّم مقدار (قدر) حقّه اليه لم يبرأ عن الدّين و بقى المقبوض على ملكه و لاضمان على الصبى لان المالك ضيعه حيث دفعه اليه و بقى الدين لأنّه في الذّمة و لا يتعيّن الاّ بقبض صحيح، كما لو قال ارم حقّي في البحر فرمى مقدار حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع سلّم مالي الى الصّبي أو إلقه في البحر لأنه امتثل أمره في حقّه المعيّن، ولو كانت الوديعة للصّبي فسلّمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولى

و ملخص القول فيه: ان القبض ربما يكون معينا للكلي و آخر يكون قبضا لمال معين. وعلى التقديرين: ربما يكون جزء السبب المملك كما في بيع الصرف و الهبة، و ربما لا يكون كذلك، و على التقادير: ربما يكون باذن الولي و قد يكون بغير اذنه؛ فقد يقال بترتب الأثر على قبضه مطلقاً.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

واستدل له السيد: بالسيرة عليه في الصدقات

و باطلاق نصوص الكفارة الدال على جواز اعطائها بيد الصغير[1]

و بما في الزكاة الدال على جواز اعطائها بالصغير.[2]

ولكن المتيقن من السيرة اعطائها باذن الولي

ونصوص الكفارة و الزكاة واردة في مقام بيان حكم آخر لا يصح الاستدلال بها في المقام، ففي محكي الجواهر: ثم لا يخفى ان المراد من اعطاء الأطفال في النص والفتوى الايصال اليهم على الوجه الشرعي بان يسلم بيد وليهم.

و الحق في المقام ان يقال: ان المقبوض ان كان شخصياً، فان لم يكن مال الصبي و لم ياذن المالك في القبض لا كلام في عدم كونه مبرءاً للذمة، و ان اذن مالكه في القبض كان ذلك مبرءاً للذمة، لان ذلك قبض منه و استيلاء على المال، اذ القبض الذي يترتب.

---

١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الكفارات من كتاب الايلاء و الكفارات.

٢) الوسائل باب ٦ من أبواب المستحقين للزكاة و وقت التسليم والنية.

اذ ليس له تضييعها باذن الولى [١] و قال ايضاً لو عرض الصّبي ديناراً على النّاقد لينقده، او متاعاً الى مقوّم ليقومه فأخذه لم يجز له ردّه الى الصّبي، بل الى وليّه ان كان. فلو امره الولي بالدّفع اليه فدفعه إليه برء من ضمانه إن كان المال للوليّ، و ان كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصّبي في البحر، فإنّه يلزمه ضمانه، واذا تبايع الصّبيان و تقابضا واتلف كلّ واحد منهما ما قبضه فإن جرى باذن الوليين فالضمان عليهما، والاّ فلا ضمان عليهما، بل على الصبيّين. و يأتي في باب الحجر تمام الكلام، و لو فتح الصّبي الباب واذن في الدّخول على اهل الدّار، او ادخل الهديّة الى انسان عن اذن المهدى، فالأقرب الإعتماد لتسامح السّلف فيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

عليه الاثر ليس هوالاخذ باليد خاصة بل هو الاستيلاء على المقبوض المتحقق في الفرض.

وان شئت قلت: ان المبرء للذمة اداء مال الغير فتبرأ الذمة وان امر بالقاء ماله في البحر فالقاه.

و ان كان المال مال الصبي فان اذن له الولي في اقباضه او اذن الصبي في قبضه برئت ذمته لانه قبض للولي.

[١] و ما افاده العلامة ﷺ من ان ذلك تضييع لمال الصبي فلا يجوز و ان أذن الولي، غير تام، لعدم كونه تضييعاً بل اقباض للولي.

وان كان بدون اذنه لا يجوز لعدم العبرة بقبضه مستقلا.

و ان كان كليا، فان كان بدون اذن الولي ـ ان كان ماله او مال الصبي ـ او بدون اذن مالكه ـ ان كان لغيرهما ـ لم تبرأ ذمته و بقى المقبوض على ملكه.

وان كان مع اذنه، كان ذلك قبضا معينا للكلي، و لا اقل من كونه توكيلا منه في قبض حقه و تعيينه فيما بيده ثم دفعه الى الصبي. فافهم واغتنم.

معاملة الصبي في الاشياء اليسيرة

ثمّ انّه ظهر ممّا ذكرنا انّه لا فرق في معاملة الصّبي بين ان يكون في الاشياء اليسيرة او الخطيرة [۱] لما عرفت من عموم النّص والفتوى، حتّى انّ العلاّمة في التذكرة لمّا ذكر حكاية انّ ابا الدرداء اشترى عصفوراً من صبيّ فارسله ردّها: بعدم الثبوت، و عدم الحجّية، و توجيهه بما يخرجه عن محلّ الكلام.

و به يظهر ضعف ما عن المحدّث الكاشاني من انّ الأظهر جواز بيعه و شرائه، فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعاً للحرج، [۲] انتهى. فإنّ الحرج ممنوع سواء اراد انّ الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقّرات، و التزام مباشرة البالغين لشرائها، ام اراد انّه يلزم من التّجنب عن معاملتهم بعد بناء النّاس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الاشياء الحقيرة، ثمّ لو اراد استقلاله فى البيع والشراء لنفسه بماله من دون اذن الولي ليكون حاصله انّه غير محجور عليه في الاشياء اليسيرة، فالظّاهر كونه مخالفاً للاجماع.

---

[۱] قوله لافرق فى معاملة الصبي بين ان يكون فى الاشياء اليسيرة او الخطيرة و قد استدل لنفوذها فى الاشياء اليسيرة بوجوه:

الأول: ان الاية و النصوص المتقدمة مختصة بالمعاملة في الاشياء الخطيرة بقرينة مناسبة الحكم والموضوع.

بتقريب: انها بمناسبة الحكم والموضوع تدل على عدم نفوذ امر الصبي فيما له شأن يتفاوت فيه كامل العقل و غيره، و هو انما يكون في الأشياء الخطيرة دون المحقرات التي لها ثمن معين لا يتفاوت في الصغير والكبير.

و فيه: ما تقدم من ان كمال العقل انما هو من قبيل الحكمة لا العلة، و الا فرب غير بالغ اكمل عقلا من البالغ.

[۲] الثاني: لزوم الحرج من تصدي البالغين لجميع المعاملات حتى المعاملة على المحقرات.

و فيه: ان لزوم الحرج من كونهم مستقلين في المعاملة ممنوع، نعم لا ننكر لزومه

و امّا ما ورد في رواية السّكوني عن ابـي عـبدالله عليه السلام، [۱] قـال: و نـهى النّبي صلى الله عليه و آله عن كسب الغلام الصغير الّذي لا يحسن صناعة بيده معلّلاً بأنّه ان لم يجد سرق

من منعهم عن المعاملة مطلقاً، ولكن قد مر أن الأظهر جواز معاملاتهم فـي صـورة اذن الاولياء حتى في المجللات.

الثالث: ان سيرة أهل العرف من كل ملة و نحلة جرت على ايكال المعاملات في المحقرات الى الصبيان.

واجاب عنه المحقق النائيني رحمه الله: بان السيرة مختلفة بـاختلاف الأشـياء، فـانهم يوكلون الى من بلغ اربع سنين معاملة البقول، والى من بلغ ثمانية بيع اللحوم، و هكذا، و ثبوت السيرة من عصر الأئمة عليهم السلام من المتدينين بهذا التفصيل مشكل، بل المعلوم عدمها، فلا يمكن الالتزام بكون هذه السيرة مخصصة للأدلة.

و يرد عليه قده: ان المستدل استدل بالسيرة العقلائية، و ما ذكره رحمه الله انما يصلح جوابا عن سيرة المتشرعة، و بينهما فرق واضح كما لا يخفى.

فالحق ان يقال: ان الاستدلال ان كان بالسيرة العقلائية فالأدلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها، فلا كاشف عن امضائها، وان كـان اسـتدلالا بسيرة المشترعة فيرد عليه: ان ثبوتها في صورة عدم اذن الاولياء ممنوع.

[۱] قوله و اما ما ورد فى رواية السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام

اشار بذلك الى موثق[1] السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الامة قد عرفت بصنعة يد ونهى عـن كسب الغـلام الصغير الذى لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق.

ظاهر هذه الرواية صحة معاملة الصبي اما مطلقا او فـى صـورة اذن الولى كـما اخترناه على ما هو القدر المتيقن من اطلاقها، لتعليله النهى بانه لو لم يجد سرق حيث انه لو كان قصده كلا قصد كان المناسب تعليله بما يفيد ذلك لا بما ذكر لان مقتضا ما ذكر عدم النهى لو علم بانه لا يسرق

---

۱) الوسائل باب ۳۳ من ابواب ما يكتسب به.

فمحمول على عوض كسبه من التقاط اواجرة عن اجارة اوقعها الولي او الصّبي بغير اذن الوليّ، او عن عمل امر به من دون اجارة، فاعطاه المستأجر او الآمر اجرة المثل فإنّ هذه كلّها ممّا يملكه الصّبي [١] لكن يستحبّ للولي و غيره اجتنابها اذا لم يعلم صدق دعوى الصّبي فيه، لاحتمال كونها من الوجوه المحرّمة نظير رجحان الاجتناب عن اموال غيره ممّن لا يبالى بالمحرّمات. و كيف كان فالقول المذكور في غاية الضّعف، نعم ربّما صحّح سيّد مشائخنا في الرّياض [٢] هذه المعاملات اذا كان الصبيّ بمنزلة الآلة ممّن له اهليّة التّصرف من جهة استقرار السّيرة و استمرارها على ذلك. و فيه اشكال من جهة قوة احتمال كون السّيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدّين، كما في سيرهم الفاسدة. [٣]

و يؤيّد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين الممّيزين و غيرهم و لا بينهم و بين المجانين، و لا بين معاملتهم لانفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي اصلاً و معاملتهم لا وليائهم على سبيل الآلية، مع انّ هذا ممّا لا ينبغى الشّك في فساده خصوصاً الاخير

مع انه لم يكن وجه للتقييد بالذى لا يحسن صناعة بيده، اذ على فرض كون قصده كلا قصد لم يكن فرق بينه و بين ما يقابله

[١] و اجاب عن ذلک المصنف فى المتن بان الخبر انما يدل على الصحة لو كان الكسب فى الخبر بمعناه المصدرى اى الاكتساب و ايجاد ما هو سبب لتحصيل المال، و ليس كذلك بل هو بمعناه الاسم المصدرى اى المكتسب و عوض الكسب و فائدته من التقاط او اجرة عن اجارة اوقعها الولى او الصبيّ باذن الولى فان هذه كلها مملوكة للصبيّ و يستحب للولى و غيره الاجتناب عنه،

و يرد عليه ان المعنى المصدرى واسم المصدرى واحدوهما مختلفان اعتباراً فالتفصيل بينهما فى غير محله

[٢] قوله ربما صحح سيد مشايخناو مثله صاحب مفتاح الكرامة، و استدلاله بالسيرة و اجاب المصنف عنه

[٣] بان السيرة ناشئة عن عدم المبالات فى الدين

مع انّ الاحالة على ماجرت العادة به كالا حالة على المجهول [۱]. فـاني الّذي جرت عليه السّيرة هو الوكول الى كلّ صبي ما هو فطن فيه بحيث لا يغلب في المساومة عليه فيكلون الى من بلغ ستّ سنين شراء باقة بقل او بيع بيضة دجاج بفلس و الى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللّحم و الخبز و نحوهما، و الى من بـلغ اربعة عشر سنة شراء الثّياب بل الحيوان بل يكلون اليه امور التّجارة في الاسواق والبلدان و لا يفرّقون بينه و بين من اكمل خمسة عشر سنة و لا يكلون اليه شراء مثل القرى والبساتين و بيعها الاّ بعد ان يحصل له التّجارب و لا اظنّ انّ القـائل بالصّحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التّفصيل.

و كيف كان، فالظّاهر انّ هذا القول ايضاً مخالف لمايظهر منهم، و قد عرفت حكم العلاّمة في التّذكرة بعدم جواز ردّ المال الى الصّبي اذا دفعه الى النّاقد لينقده او المتاع الّذي دفعه المقّوملِيقوّمه مع كونه غالباً في هذه المـقامات بـمنزلة الآلة للوليّ، و كذا حكمه بالمنع من ردّ مال الطّفل اليه باذن الولي مع انّه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً.

و الحق ان يقال ان المراد بالسيرة ان كان هو السيرة العقلائية فالادلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها فلا كاشف عن امضائها،

و ان كان المراد بها سيرة المتشرعة فيرد عليه ان ثبوتها حتى مع عدم اذن الاولياء ممنوع

[۱] قوله ان الاحالة على ماجرت به العادة به كالاحالة على المجهول

المحيل هوالمحدث الكاشانى فى عبارته المتقدمة، و ليس هذا ايـرادا لو سـلم السيرة فان لازم ما افاده المصنف الاقتصار على المتيقن و فى الموارد المشكوك فـيها يرجع الى عموم ما دل على عدم نفوذ معاملة الصبيّ، كما هو الشان فى جميع موارد الشبهة المفهومية

و لتمام الكلام فى هذه المسألة و هو التمسك بالعام فى الشبهة المفهومية اذا كان الدليل اى دليل الخاص مجملا و منفصلا محل آخر.

و قال كاشف الغطاء﵀ بعد المنع عن صحّة عقد الصّبي اصالة و وكالة ما لفظه، نعم ثبت الاباحة في معاملة المميزين اذا جلسوا مقام اوليائهم او تظاهروا على رؤوس الاشهاد حتّى يظنّ انّ ذلك من اذن الاولياء خصوصاً في المحقّرات، ثمّ قال: و لو قيل بتملّك الإخذ منهم، لدلالة مأذونيته في جميع التّصرفات فيكون موجبا قابلاً لم يكن بعيداً انتهى [١]

اما التّصرف و المعاملة باذن الأولياء سواء كان على وجه البيع، أو المعاطاة فهو الذى قد عرفت أنّه خلاف المشهور والمعروف، حتّى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة، لانّها تصرّف لامحالة، و ان لم يكن بيعاً، بل و لا معاوضة، و ان اراد بذلك انّ اذن الولي و رضاه المنكشف بمعاملة الصّبي هو المفيد للاباحة لا نفس المعاملة، كما ذكره بعضهم فى اذن الولى فى اعارة الصبى

---

[١] ما افاده كاشف الغطاء فى وجه تصحيح المعاملة، يرجع الى ان صاحب المال انما يوكل كل من آخذه من الصبى بالاخذ للبيع فاخذه انشاء للبيع من جانب صاحب المال و قبول من ناحية نفسه فيكون موجبا و قابلا.

و لكن يرد عليه ان صاحب المال لا يوكل شخصا معينا، و لا جميع الاشخاص بل هو غير متوجه الى ذلك

اضف اليه ان الاخذ لا يكون قاصد اللايجاب و القبول،

مع ان بناء المشرعة على التصرف فى المأخوذ مع عدم احراز الاجازة بل وعدم اجازة صاحب المال

والحق انه فى هذا المورد يكون اباحة بالعوض والدليل على نفوذها و صحتها هى السيرة

و بعبارة اخرى يكون تصرفا بالرضا واذنا فى الاتلاف بالعوض المسمى و دليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع هذا على تقدير عدم صحة عقد الصبى حتى مع اذن الولى

والا فالظاهر ان ظاهر الحال كون الصبى ما ذونا من قبل الولى فى المعاملة فالمعاملة صحيحة بلا احتياج الى هذه التمحلات.

فتوضيحه ما ذكره بعض المحقّقين من تلامذته [١] وهو انّه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتّفق، و كانت مفيدة لإباحة التّصرف خاصّة، كما هو المشهور وجرت عادة النّاس بالتسامح في الاشياء اليسيرة و الرّضاباعتماد غيرهم في التّصرف فيها على الامارات المفيدة للظّن بالرضا في المعاوضات، و كان الغالب في الاشياء الّتى يعتمد فيها على قول الصّبي تعين القيمة [٢] والاختلاف الذي يتسامح به في العادة فلأجل ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصّبي من صورة البيع و الشراء مع الشّروط المذكورة كما يعتمد عليه في الاذن في دخول الدّار. و في ايصال الهديّة اذا ظهرت امارات الصّدق، بل ما ذكرنا اولى بالجواز من الهديّة من وجوه [٣] و قد استند فيه في التّذكرة الى تسامح السّلف.

---

[١] قوله ما ذكره بعض المحققين من تلامذته

هو صاحب المقابيس ذكره فى المقابيس فى ثالث شروط المتعاقدين

[٢]قوله و كان الغالب فى الاشياء التى يعتمد على قول الصبى تعين القيمة

مراده تعين القيمة من الخارج من غير حاجة الى المساومة فلا ينافى ما ذكره كاشف الغطاء

[٣] قوله بل ماذكرنا اولى بالجواز من الهدية من وجوه

احدها- وجود الامارات المفيدة للاطمينان بالاذن مثل الجلوس مقام اوليائهم والمعاملة بمرئى و مسمع من الناس فى المقام دون الهدية

ثانيها تخصيص المال باليسير و تعميمه في الهدية له و للخطير على ما هو ظاهر اطلاقهم

ثالثها ان الهدية من باب التمليك والمقام من باب الاباحة و بديهى انه يتسامح فى الثانى بما لا يتسامح به فى الاول،

و رابعها ان المقام فيه العوض بخلاف الهدية.

و بالجملة فالاعتماد في الحقيقة على الاذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والاعطاء مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التّصرف لا على قول الصّبي و معاملته من حيث انّه كذلك، و كثيراً ما يعتمد النّاس على الاذن المستفاد من غير و جود ذي يد اصلاً، مع شهادة الحال بذلك، كما في دخول الحمّام و وضع الاجرة عوض الماء التّالف في الصّندوق، و كذا في اخذ الخضر الموضوعة للبيع و شرب ماء السّقائين، و وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعدّ لهما، و غير ذلك من الأمور الّتي جرت العادة بها كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوضات من انواع التصّرفات، فالتحقيق انّ هذا ليس مستثنى من كلام الاصحاب و لا منافياً له و لا يعتمد على ذلك ايضاً في مقام الدّعوى و لا فيما اذا طالب المالك بحقّه و اظهر عدم الرّضا، انتهى.

و حاصله انّ مناط الاباحة ومدارها في المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين، او بشخص منزّل منزلة شخصين، بل على تحقّق الرّضا من كلّ منهما بتصرّف صاحبه في ماله حتّى لو فرضنا انّه حصل مال كلّ منهما عند صاحبه باتّفاق، كاطارة الرّيح و نحوها، فتراضيا على التّصرف باخبار صبي، او بغيره من الامارات كالكتابة و نحوها، كان هذه معاطاة أيضا، و لذا كان وصول الهديّة إلى المهدي إليه على يد الطّفل الكاشف إيصاله عن رضى المهدي بالتّصرف، بل التّملك كافياً في إباحة الهديّة بل في تملّكها، و فيه أنّ ذلك حسن، إلاّ أنّه موقوف أوّلاً على ثبوت حكم المعاطاة من دون انشاء اباحة و تمليك، و الاكتفاء فيها بمجرّد الرضا و دعوى حصول الانشاء بدفع الولي المال الى الصّبي مدفوعة بأنّه انشاء اباحة لشخص غير معلوم، و مثله غير معلوم الدّخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها، و به يفرّق بين ما نحن فيه، و مسألة ايصال الهديّة بيد الطّفل فإنّه يمكن فيه دعوى: كون دفعه اليه للايصال اباحة او تمليكاً، كما ذكر انّ اذن الوليّ للصّبي في الاعارة اذن في انتفاع المستعير. وامّا دخول الحمّام و شرب الماء و وضع الاجرة و القمية فلو حكم بصحتها بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرّد المراضاة الخالية عن الانشاء انحصر صحّة و ساطة الصّبي فيما يكفي فيه مجرّد وصول العوضين دون ما لا يكفي فيه

و الحاصل انّ دفع الصّبي و قبضه بحكم العدم، فكلّما يكتفي فيه بوصول كلّ من العوضين الى صاحب الآخر بأىّ وجه اتّفق، فلا يضرّ مباشرة الصّبي. لمقدّمات الوصول، ثمّ انّ ما ذكر مختصّ بما اذا علم اذن شخص بالغ عاقل للصّبي و ليّاً كان ام غيره. و امّا ما ذكره كاشف الغطاء اخيراً من صيرورة الشّخص موجباً و قابلاً.

ففيه اوّلا: ان تولّي وظيفة الغائب و هو: من اذن للصّغير ان كان باذن منه فالمفروض انتفاؤه [۱] و ان كان بمجرّد العلم برضاه فالاكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع [۲]

و ثانياً: انّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الاطفال النّيابة عمّن اذن للصّبي، ثم انّه لا وجه لاختصاص ماذكروه من الآلية بالصّبي، و لا بالاشياء الحقيرة، بل هو جار في المجنون و السّكران، بل البهائم في الأمور الخطيرة اذ المعاملة اذا كانت في الحقيقة بين الكبار و كان الصّغير آلة فلا فرق في الآلية بينه و بين غيره، نعم من تمسّك في ذلك بالسيرة من غير ان يتجشّم لادخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك الصّبى لانّه المتيقن من موردها كما انّ ذلك مختصّ بالمحقرات.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

---

[۱] قوله ان كان باذن منه فالمفروض انتفائه

و فيه ان المفروض و جوده بعلائمه بل و بما يكون مظهرا بالفعل لا بالقول ـ و بعبارة اخرى انه قد عرفت ان مسألة المعاطاة لا تختص بالاعطاء و الاخذ الخارجيين لعدم ورود هذا اللفظ فى خبر و لا معقد اجماع بل المراد بها ما لو كان الانشاء بالفعل و لو مثل تحريک الرأس جوابا عن السئوال هل تبيع مالک، و عليه فالاعمال المفروضة انما يكون اذنا فعليا.

[۲] قوله و ان كان بمجرد العلم برضاه فالاكتفاء به فى الخروج عن موضوع الفضولى مشكل

سيجىء الكلام على ذلک فى بحث الفضولى و ستعرف ان الاظهر ان الرضا النفسانى كاف فى الخروج عن الفضولية

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدها لمدلول العقد الّذي يتلفّظان به [١] و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحّة العقد، بل في تحقّق مفهومه ممّا لا خلاف فيه و لا اشكال فلا يقع من دون قصد الى اللّفظ، كما في الغالط او الى المعنى لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل بمعنى عدم تعلق ارادته و ان اوجد ما لوله بالانشاء كما فى الأمر الصّوري فهو شبيه الكذب في الاخبار كما في [٢] في الهازل او قصد معنى يغاير مدلول العقد بأن قصد الاخبار او الاستفهام او انشاء معنى غير البيع مجازاً او غلطاً فلا يقع البيع لعدم القصد اليه، و لا المقصود اذا اشترط فيه عبارة خاصة

اعتبار القصد

[١] قوله من جملة شرائط المتعاقدين: قصدها لمدلول العقد.

هذه هى المسألة الثانية و تنقيح القول فيها انما يكون بالبحث في مباحث:

الأول: ان للعاقد بحسب قصد اللفظ و قصد معناه احوالا اربعة:

الأول: ان يكون اللفظ صادراً عنه عن غير قصد، كاللفظ الصادر من النائم او الغالط.

الثاني: ان يكون اللفظ مقصوداً له دون معناه، كما اذا قال بعت على وزن خفت.

الثالث: ان يكون المعنى مقصوداً له بالارادة الاستعمالية دون الارادة الجدية، كما اذا انشأ البيع بمعنى استعمل الصيغة في معناها من دون ان يكون هناك اعتبار نفساني، و نظيره فى الأخبار ما اذا اخبر عن شيء و حكى عنه بداعي الهزل لا الجد.

الرابع: ان يكون المعنى مقصوداً بالارادة الجدية و لكنه لم يكن عن طيب النفس.

واعتبار القصد بالمعاني الثلاثة الأول في صحة العقود من القضايا التي قياساتها معها، فان عناوين المعاملات امور قصدية و مع عدم هذه القصود لا تتحقق تلك

و اما القصد بالمعنى الرابع فاعتباره انما يكون شرعيا و سيأتى الكلام فيه في محله.

و قد ظهر مما ذكرناه امور:

الأول: [٢] ما ان افاده المصنف في المقام من قياس الأمر الصوري بالكذب في الاخبار و تشبيههما بعدم القصد بالمعنى الثالث في الانشاء كلام متين

ثمّ انّه ربّما يقال بعدم تحقّق القصد في عقد الفضولي والمكره، كما صرّح به في المسالك [١] حيث قال: انّهما قاصدان الى اللّفظ دون مدلوله، و فيه انّه لا دليل على اشتراط ازيد من القصد المتحقّق في صدق مفهوم العقد، مضافاً الى ما سيجيء في ادلّة الفضولي. و امّا معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

و لا يرد عليه ما اورده المحقق النائيني﵀ من: ان شبيه الكذب في الأخبار منحصر في الانشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار، اي اعتبار الشارع ـ و امامع عدم قصد عنوان المعاملة الذي يكون الأمر الصوري شبيها به فلا يكون ذلك، مثل الكذب في الأخبار، فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

الثاني: ان جعل اعتبار هذا القصد بالمعنى الثالث ـ الذي هو مورد كلام المصنف ره من شرائط المتعاقدين اولى من جعله من شرائط العقد، فانه ليس من شئون الصيغة، بل مما يعتبر في البائع بالحمل الشائع.

و ما ذكره المحقق النائيني﵀ في وجه اولوية جعله من شرائط العقد من انه لا يتحقق العقد بدونه،

يرد عليه: انه مع فقد سائر شرائط المتعاقدين او العوضين لا يتحقق العقد ايضاً، فالمراد من شرائط المتعاقدين في مقابل شرائط العقد هي الامورالتي تكون معتبرة في ترتب الأثر على العقد مع كون مركزها المتعاقدين، والا فمقتضى هذا البرهان عدم كون شيء من الشروط شرطاً للمتعاقدين حتى مثل البلوغ، اذ العقد لا يتحقق مع عدمه.

[١] الثالث: ان ما افاده الشهيد ره من ان الفضولي والمكره غير قاصدين لمدلول العقد

خلط قصد بقصد، اذ المكره لا طيب نفس له بمضمون العقد لا انه غير قاصد لمدلوله. و تمام الكلام في محله.

لابد من تمييز البائع من المشتري

واعلم انّه ذكر بعض المحقّقين ممّن عاصرناه كلاماً في هذا المقام في أنّه هل يعتبر تعيين المالكين اللّذين يتحقق النّقل والإنتقال بالنّسبة إليهما أم لا [١] و ذكر أنّ فى المسألة أو جهاً و أقوالاً و أنّ المسألة في غاية الاشكال، و أنّه قد اضطربت فيها كلمات الاصحاب (قدّس الله أرواحهم) في تضاعيف أبواب الفقه. ثمّ قال: و تحقيق المسألة أنّه ان توقّف تعيّن المالك على التّعيين حال العقد لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً اعتبر تعيينه في النّية أو مع اللّفظ به أيضاً كبيع الوكيل و الولى العاقد عن اثنين فى بيع واحد و الوكيل عنهما و الولى عليهما فى البيوع المتعددة، فيجب أن يعيّن من يقع له البيع أو الشّراء من نفسه أو غيره، و أن يميز البائع من المشتري إذا امكن الوصفان في كلّ منهما، فإذا عيّن جهة خاصة تعينت، و إن أطلق فإن كان هناك جهة ينصرف إليها الاطلاق كان كالتّعيين كما لو دار الأمر بين نفسه [و بين] و غيره إذا لم يقصد الابهام و التعيين بعد العقد و إلاّ وقع لا غياً، و هذا جار فى سائر

المبحث الثاني: صرح صاحب المقابيس: بانه يجب ان يميز البائع من المشتري اذا امكن الوصفان في كل منهما.

لا ينبغي التشكيك في لزوم تمييز البائع من المشتري ـ بمعنى تعددهما لتقوم حقيقة البيع بذلك ـ و اما اذا كان متعدداً و لكن لم يميز احدهما من الاخر ـ كما اذا قال: بعت مناً من حنطة احد هذين بتومان في ذمة صاحبه ـ فستعرف حكمه في المبحث الاتى

لا يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له

[١] المبحث الثالث: وقع الكلام في انه هل يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له مطلقاً فلو باع او اشترى للكلي ـ كما اذا اشترى لموكله اي هذا العنوان مع تعدده او للفرد المبهم، كما اذا اشترى لاحد هو كليه مبهما ابهاما واقعيا بطل العقد ذهب اليه صاحب المقابيس ، ام يجب التعيين اذا كان العوضان كليين، او كان احدهما كذلك، اختاره المصنف ام لا يجب التعيين مطلقاً؟

و قد استدل للأول بوجوه:

العقود من النّكاح وغيره، والدّليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعته في هذا القسم أنه لو لا ذلك لزم بقاء الملك [المملوك] بلا مالك معيّن في نفس الأمر [١] وإن لا يحصل الجزم بشيء من العقود الّتى لم يتعيّن فيه العوضان [٢] و لا بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك، و فساد ذلك ظاهر و لا دليل على تأثير التعيين المتعقّب و لا على صحة العقد المبهم [٣] لا نصراف الأدلّة إلى ما هو الشائع المعروف من الشّريعة و العادة فوجب الحكم بعدمه، و على هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذّمة فإن عيّن ذلك الغير تعيّن و وقف على إجازته سواء تلفّظ [وقع التعيين في اللفظ و النيّة خاصة] بذلك أم نواه و إن ابهم مع قصد الغير بطل و لا لا يوقف إلى أن يوجد له مجيز.

---

[١] الاول: انه لو صح ذلك لزم بقاء المملوك بلا مالك معين في نفس الأمر.

و فيه: انه لا محذور في بقاء المملوك بلا مالك معين، و نظيره في الشرع مالكية الفقراء للزكاة والعناوين الكلية للاوقاف لها، و مالكية احد رجلين للمال المنذور لاحدهما

مع انه يمكن الالتزام بصحته و صيرورة من يعين بعد ذلك او يستخرج بالقرعة مالكا اما من حين العقد او بعد التعيين، على الخلاف في كونه كاشفا اوناقلا.

[٢] الثاني: انه ان صح لزم ان لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان، و لا بشيء من الأحكام و الاثار المترتبة على ذلك.

و فيه: ان الجزم بالعقد و بما يترتب عليه من الاثار و الأحكام متحقق، وانما المفقود الجزم بوقوعه لشخص معين، و هذا مما لا دليل على اعتباره، مع انه يمكن ان يقال بان الجزم بذلك ايضاً متحقق و هو وقوعه لمن يعين بعد ذلك. فتأمّل.

[٣] الثالث: ان الأدلة لا تشمل العقد المبهم لا نصرافها الى ما هو الشائع المعروف من الشريعة و العادة.

و فيه: ان الانصراف الناشيء عن شيوع فرد و ندرة آخر لا يصلح لتقييد الاطلاق.

إلى أن قال. إن لم يتوقّف تعيّن المالك على التّعيين حال العقد بأن يكون العوضان معيّنين، و لا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلاّ لمالكيهما، ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه أو عدمه مطلقاً، أو التّفصيل بين التّصريح بالخلاف فيبطل وعدمه فيصّح اوجه أقواها الأخير، و أوسطها الوسط [١] و اشبهها للأصول الأولى [٢] و في حكم المعيّن إذا ما عيّن المال بكونه في ذمّته زيد مثلاً. و على الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه و لغى قصد كونه على الغير، و لو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان وكيلاً عن زيد صحّ عنه و إلاّ وقف على إجازته و لو اشترى لنفسه بمال في ذمّة زيد، فإن لم يكن وكيلاً فالمقتضى لكل من العقدين منفرداً موجود، والجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما، و لمّا لم يتعيّن احتمل البطلان للتّدافع و صحّته عن نفسه لعدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة، و عن الموكّل لتعين العوض في ذمة الموكّل فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعيّن و لو اشترى عن زيد بشيء في ذمّته فضولاً، فلم يجز فأجاز عمرو لم يصّح عن أحدهما و قس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب و لا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النّية المخالفة و التّسمية و يفرق بينهما على الأخير و يبطل الجميع على الأوّل، انتهى كلامه

و فيه: انه ان كان هناك ما يمكن ان يستشهد به للتعيين ـ ولو مع الاحتياج الى اذن الحاكم الشرعي ـ و الا فيرجع الى ادلة القرعة التي هي المرجع في هذه الموارد،

فاذاً لا دليل على اعتبار التعيين.

[١] قوله اقواها الاخير واوسطها الوسط

لم افهم وجه الجمع بين اقوائية الاخير و اوسطية الوسط لانه من قبيل الجمع بين النقيضين كما صرح بذلك بعض المحققين.

[٢] قوله و اشبهها للاصول الاول،

الظاهر ان مراده بالاصول اصالة الفساد و اصالة عدم ترتب الاثر

اقول مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كلّ من العوضين في ملك الآخر، و إلاّ لم يكن كلّ منهما عوضاً و بدلاً و على هذا فالقصد الى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك الاّ انّ ملكيّة العوض وترتّب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك، فإن من الاعواض ما يكون متشخّصاً بنفسه في الخارج كالاعيان، ومنها ما لا يتشخّص الاّ باضافته الى مالک كما في الذمم، لأنّ ملكيّة الكلّي لا تكون الاّ مضافاً الى ذمّة [١] و اجراء احكام الملك على ما في ذمّة الواحد المردّد بين شخصين فصاعداً غير معهود، فتعيّن الشّخص في الكليّ انّما يحتاج إليه لتوقّف اعتبار ملكيّة ما في الذّمم على تعيين صاحب الذمة فصّح على ما ذكرنا انّ تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء في العوض المعيّن او في الكليّ، وانّ اعتبار التّعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشّق الأوّل من تفصيله انّما هو لتصحيح ملكيّة العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكاً، فأنّ من اشترى لغيره في الذّمة اذا لم يعيّن الغير، لم يكن الثّمن ملكاً، لأنّ ما في الذّمة ما لم يضف الى شخص معيّن لم يترتّب عليه احكام المال من جعله ثمنا او مثمنا

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

واما القول الثاني: فقد استدل له المصنف﵀:

[١] بان الكلي ما لم يضف الى ذمة شخص معين لا يكون مالاً فتعين الشخص في الكلي انما يحتاج اليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة.

و فيه: ان المفهوم الكلي ما لم يضف الى الذمة لا تعتبر له المالية، ولكن كما له المالية اذا اضيف الى ذمة شخص معين كذلك له المالية اذا اضيف الى ذمة الكلي او احد الشخصين مع صيرورة من في ذمته معينا بعد ذلك اما بالقرعة او بالتعيين.

فالحق انه لادليل على اعتبار التعيين مطلقاً.

ثم ان هناك نزاعا آخر و هو: انه في المبيع الشخصي او الكلي المضاف الى ذمة شخص معين لو قصد البيع اي اوقعه لغير المالك ولغير من في ذمته فهل يبطل البيع كما يظهر من المقابيس، ام يصح و يلغو قصد كونه عن غير المالك كما ذهب اليه المصنف﵀، ام يصح و يقع عنه؟ وجوه:

و كذا الوكيل أو الوليّ العاقد عن اثنين فإنّه اذا جعل العوضين في الذّمة بأن قال: بعت عبداً بألف، ثمّ قال: قبلت، فلا يصير العبد قابلاً للبيع و لا الألف قابلاً للاشتراء به حتّى يسند كلاً منهما الى معيّن، او الى نفسه من حيث انّه نائب عن ذلك المعيّن فيقول: بعت عبداً من مال فلان بألف من مال فلان فيمتاز البائع عن المشتري. وامّا ما ذكره من الوجوه الثّلاثة فيما اذا كان العوضان معينين فالمقصود اذا كان هى المعاوضة الحقيقيّة الّتي قد عرفت انّ من لوازمها العقليّة، دخول العوض في ملك مالك المعوّض تحقيقاً لمفهوم العوضيّة والبدليّة، فلا حاجة الى تعيين من ينقل عنهما و اليهما العوضان، و اذا لم يقصد المعاوضة الحقيقة فالبيع غير منعقد.

فان جعل العوض من عين مال غير المخاطب الّذي ملكه المعوّض، فقال: ملّكتك فرسي هذا بحمار عمرو فقال المخاطب: قبلت، لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه، و في وقوعه اشتراء فضولياً لعمرو كلام يأتي. وامّا ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره [١] فلا اشكال في عدم وقوعه عن غيره، و الظّاهر وقوعه عن البائع و لغويّة قصده عن الغير لأنّه امر غير معقول لا يتحقّق القصد اليه حقيقة، و هومعنى لغويته. و لذا لو باع مال غيره عن نفسه [٢] وقع للغير مع اجازته كما سيجيء و لا يقع عن نفسه ابداً، نعم لو ملكه فأجاز قيل: بوقوعه له لكن لا من حيث ايقاعه اولاً لنفسه فإنّ القائل به لا يفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه او عن مالكه فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه

و حق القول في المقام: انه ان بنينا على ان حقيقة البيع هو الاعطاء لامجانا كما هو الحق ـ ففي الصور المفروضة المذكورة في المتن

[١] من بيع مال نفسه عن غيره

[٢] و بيع مال غيره عن نفسه

و بيع مال غيره عن غيره

ان كان ذلك مع اذن المالك و من يشتري له او اجازته صح على ما او قعه، و الا بطل لذلك.

و اما بناءاً على ما بنى عليه المصنف﵀ وفاقاً لجمع من ان البيع حقيقته مستقومة بالمعاوضة و يلزم فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض، فان لم يقصد المعاوضة بطل العقد، وان قصدها فان كان مراده من قصده وقوع البيع لغير المالك

الا ان يقال انّ وقوع بيع مال نفسه لغيره انّما لا يعقل اذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقيّة لم لا يجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقية او على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكيّة المبيع، كما سيأتي انّ المعاوضة الحقيقيّة في بيع الغاصب لنفسه لا يتصوّر الاّ على هذا الوجه، وحينئذ يحكم ببطلان المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقيّة مع المالك الحقيقي. ومن هنا ذكر العلاّمة وغيره في عكس المثال المذكور، انّه لو قال المالك للمرتهن بعه لنفسك بطل، وكذا لو دفع مالاً الى من يطلبه الطّعام، وقال اشتر به لنفسك، طعاماً هذا ولكنّ الأقوى صحّة المعاملة المذكورة، ولغويّة القصد المذكور، لانّه راجع الى ارادة ارجاع فائدة البيع الى الغير، لا جعله احد ركني المعاوضة. وامّا حكمهم ببطلان البيع في مثال الرّهن واشتراء الطّعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا انّ المخاطب اذا قال: بعته لنفسي او اشتريته لنفسي لم يقع لمالكه اذا اجازه.

وبالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولي وشرائه لنفسه، ووقوعه للمالك، يدلّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك، ثمّ انّ ما ذكرنا كلّه حكم: وجوب تعيين كلّ من البائع والمشتري، من يبيع له ويشتري له. وامّا تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب والقابل لخصوص البائع[١] فيحتمل اعتباره، الاّ فيما علم من الخارج عدم ارادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين

رجوع نفعه اليه بمعنى ان يهبه بعد المعاملة، فلا كلام،

وان كان مراده منه دخول العوض في كيسه فيمكن تصحيحه والالتزام بلغوية القصد المزبور بالتقريب الذي سيأتي في مبحث الفضولي.

وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع

[١] هذا هو المبحث الرابع: وهو فى تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع.

والكلام فى هذا المبحث يقع فى جهتين.

الاولى فى بيان ما هو محل كلام المصنف.

الثانية فى بيان ما هو الحق فى المقام.

كما في غالب البيوع والاجازات، فحينئذ يراد من ضمير المخاطب في قوله ملّكتك كذا، أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعمّ من كونه مالكاً حقيقياً، او جعليّا كالمشتري الغاصب او من هوبمنزلة المالك باذن او ولاية، و يحتمل عدم اعتباره الاّ فيما علم من الخارج ارادة خصوص الطّرفين كمافي النّكاح والوقف الخاصّ والهبة و الوكالة و الوصيّة، و الاقوى هوالأوّل عملاً بظاهر الكلام الدّال على قصد الخصوصيّة [۱] و تبعيّة العقود للقصود، و على فرض القول الثّاني فلو صرّح - بارادة خصوص المخاطب اتّبع قصده فلا يجوز للقابل ان يقبل عن غيره. قال في التّذكرة: لو باع الفضولي او اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من انّ الآخر انّما قصد تمليك العاقد، و هذا الاشكال وان كان ضعيفاً مخالفاً للاجماع والسّيرة الاّ انّه مبنيّة (منبّه) على ماذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه، و بين النّكاح، انّ الزّوجين في النّكاح كالعوضين في سائر العقود، و يختلف الاغراض باختلافهما، فلابدّ من التّعيين و توارد الايجاب والقبول على امر واحد و لأنّ معنى قوله بعتك كذا بكذا، رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، و المشتري يطلق على المالك و وكيله، و معنى قولها زوّجتك نفسي، رضاها بكونه زوجاً، والزّوج لا يطلق على الوكيل، انتهى.

و يرد على الوجه الأوّل من وجهي الفرق، ان كون الزّوجين كالعوضين انّما يصلح وجهاً لوجوب التّعيين في النّكاح، لا لعدم وجوبه في البيع [۲] مع انّ الظّاهر

اما الاولى فالذى يظهر من

[۱] الاستدلال بظاهر الكلام ـ ان مورد كلامه انه هل يكون ظاهر كلام البايع او المشترى الموجه الى الطرف هو كون شخص المخاطب طرفا للمعاملة بالاصالة، فليس له ان يقبل عن غيره، ام ليس له ذلك، فيلائم مع كونه اصيلا او وكيلا او وليا

و به يظهر تمامية ايراد المصنف على من فرق بين البيع و نحوه و بين النكاح بان الزوجين فى النكاح كالعوضين فى ساير العقود

[۲] بان هذا يصلح وجها لوجوب التعيين فى النكاح لا لعدم الوجوب فى البيع كما ان ما ذكره فى وجه الفرق تام كما ستعرف

انّ ما ذكرناه من الوقف و اخوته كالنّكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النّيابة، او الفضولي فلابدّ من وجه مطّرد في الكل.

وعلى الوجه الثّاني انّ معنى بعتك، في لغة العرب، كما نصّ عليه فخر المحقّقين و غيره هو ملّكتك بعوض و معناه جعل المخاطب مالكاً، و من المعلوم انّ المالك لا يصدق على الولّي والوكيل و الفضولي فالاولى في الفرق: ماذكرناه من انّ الغالب في البيع و الاجازة، هو قصد المخاطب لا من حيث هو بل بالاعتبار الاعمّ من كونه اصالة او عن الغير [۱]

و اما الجهة الثانية فملخص القول فيها ان الكلام وقع فى موارد

الأول فى انه هل تصح المعاملة مع عدم علم البايع مثلا بان مخاطبه هو المشترى بالاصالة ـ او انه وكيل عنه او ولي عليه. و بعبارة اخرى: هل يجب ان يكون عالماً بمن ينتقل اليه ماله و ينتقل ماله اليه ام يفصل بين العقود.

و الحق في هذا المقام هو التفصيل بين البيع و نحوه و النكاح و شبهه، فانه في النكاح تختلف الرغبات باختلاف الطرفين، كما انه في الوقف تختلف الاغراض باختلاف الموقوف عليهم، فيلزم التعيين. واما في البيع: فلا يختلف الغرض باختلاف المالك، بل الركن فيه العوضان، و عليه فلا يجب فيه التعيين.

نعم لا يبعد القول بوجوب التعيين في صورة كون العوض هو الكلي في الذمة، فانه تختلف الاغراض باختلاف من في ذمته ذلك، مع انه من جهة اعتبار معلومية العوض لابد من تعيين من في ذمته الكلي لاختلاف ما في الذمم باختلافها.

المورد الثاني: في انه هل يكون للكلام ظهور في كون المخاطب طرف المعاملة بالاصالة فليس له ان يقبل عن غيره، او لا ظهور له في ذلك ذاتا، او لقرينة نوعية صارفة عن ظهوره الذاتي، ام هناك فرق بين المعاملات.

والأظهر هو الأخير و الصحيح في وجهه ما افاده المصنف﵀

[۱] و حاصله: ان في البيع و نحوه قرينة نوعية صارفة عن ظهور الكلام في كون المخاطب به هو طرف المعاملة، بالاصالة، و تلك القرينة هي ان الغرض فيه متعلق بالمبادلة و وصول كل منهما الى عوض ماله

و لا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير اصيل فتامّل، بخلاف النّكاح و ما اشبهه. فإنّ الغالب قصد المتكلّم للمخاطب من حيث انّه ركن للعقد، بل ربّما يستشكل في صحّة ان يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الاصيل، كمالو قال زوّجتك مريداً له باعتبار كونه وكيلاً عن الزّوج [۱] و كذا قوله وقفت عليك و اوصيت لك و وكّلتك و لعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها [۲] فلا يقال للوكيل الزّوج و لا الموقوف عليه و لا الموصى له و لا الموكّل بخلاف البائع و المستأجر فتأمّل، حتى لا يتوهّم رجوعه الى ماذكرناه، سابقاً و اعترضنا عليه.

اذ هذا الغرض يكشف عن طور القصد العقدي و لا يبقى معه ظهور في ذلك، و اما في النكاح و شبهه فلا صارف عن الظهور الذاتي للكلام، بل اختلاف الرغبات باختلاف طرفي العقد يؤكد ذلك الظهور.

[۱] المورد الثالث: في انه مع العلم بكون الطرف وكيلا او نائبا، هل يصح في مقام اجراء الصيغة ان يجعله طرفا في المعاملة، ام لابد من ذكر الموكل او المولى عليه، ام يفصل بين المعاملات.

والأظهر هو الأخير، فانه فرق بين النكاح و نحوه و البيع و شبهه

لا من جهة ان معنى انكحتك جعلتك زوجا، و معنى بعتك جعلتك بائعاً، و البائع يصدق على الولي والوكيل، و لا يصدق الزوج عليهما

فانه يمكن ان ينتقض عليه بما اذا انشأ البيع بلفظ ملكتك فان معناه جعلتك مالكاً، و المالك لا يصدق على الوكيل والولي

[۲] بل من جهة انه على القول باعتبار الصراحة في ما تنشأ به المعاملة بما انه تعارف في البيع توجيهه الى المخاطب بعنوانه الأعم، و لم يتعارف ذلك في النكاح، فيجوز في الأول دون الثاني من جهة وجود الصراحة، بمعنى ان اهل العرف يفهمون منه المراد في الأول دون الثاني.

مسألة و من شرائط المتعاقدين: الاختيار [۱] والمراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب النّفس في مقابل الكراهة و عدم طيب النّفس لا الاختيار في مقابل الجبر. و يدلّ عليه

من شرائط المتعاقدين الاختيار

[۱] قوله: و من شرائط المتعاقدين: الاختيار.

والمراد به: القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة لا الاختيار في مقابل الجبر.

و الكلام في هذه المسألة انما هو في اعتبار امر آخر وراء القصد المقوم للعقد الذي انعقدت له المسألة السابقة، و هو انه هل يعتبر صدور العقد عن طيب النفس والرضا فلا يجوز ان وقع عن كره، ام لا يعتبر ذلك.

فما يظهر منجماعة ـ منهم الشهيدان ـ حيث قالوا: ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله ـ من ارجاع هذا البحث الى البحث السابق، و جعل المكره من مصاديق غير القاصد ـ في غير محله.

و ما ذكره في توجيهه بان مرادهم: ان المكره غير قاصد لوقوع مضمون العقد في الخارج

فيه: انهم صرحوا بكونه غير قاصد الى مدلوله، و وقوع مضمون العقد في الخارج ليس مدلولا له كما هو واضح.

و المعاملات الرائجة المتعارفة بين الناس انما تكون على اقسام اربعة:

الأول: ان تكون لاجل جلب المنفعة.

الثاني: ان تكون لا لجلب النفع و لا لدفع الضرر.

الثالث: ان تكون لاجل دفع الضرر المترتب على شيء آخر، كما اذا كان عياله جائعين فباع ثوبه ليشتري بثمنه طعاما، فان البيع انما يكون لدفع ضرر الجوع، و بعبارة اخرى: تكون المعاملة للتخلص عن الضرر المتوجه اليه المترتب على امر آخر.

الرابع: ان تكون لاجل ترتب الضرر المترتب على ترك المعاملة، كما لو اكره عليها

.....

لا اشكال في صحة المعاملة في القسمين الأولين،
واما المعاملة في القسم الثالث فهي مشمولة للعمومات بلا كلام،
و ما يتوهم ان يكون دليلاً على بطلانها امران:
احدهما: ما دل على اعتبار طيب النفس الذي سيمر عليك.
الثاني: حديث الرفع الاتي.
و شيء منهما لا يصلح لذلك
اما الأول: فلوجود الرضا و طيب النفس بها باي معنى كان.
و اما الثاني: فلأن حديث الرفع لو روده مورد الامتنان يختص بما اذا كان في رفع الحكم منّة على العباد، و حيث لا منّة في رفع اثر مثل هذه المعاملة فلا تكون مشمولة للحديث.
و اما ما افاده المحقق النائيني في وجه عدم الشمو ل: من ان الاضطرار الى المعاملة عبارة عما تكون نفس المعاملة اضطرارية، و اما اذا كانت المعاملة مما يدفع به الاضطرار، فلا يدل الحديث على رفعها، كما انه لو كان الخطأ او النسيان متعلقا بامر آخر غير نفس المعاملة و صدرت المعاملة عن عمد و التفات، فهذه لاترتفع بالحديث
فيرد عليه:
اولا: النقض بما اذا كانت المعاملة غير جائزة في نفسها، كما لو نذر ان لا يبيع داره، فان لازم ذلك عدم ارتفاع حرمة البيع، مع انه لا اظن أن يلتزم به.
و ثانياً: ان الا ضطرار اذا تعلق بشيء و كانت المعاملة دافعة له لا محالة يتعلق الاضطرار بها ايضاً، فالصحيح ما ذكرناه.

ادلة بطلان عقد المكره

و اما القسم الرابع: و هو الذى انعقدت له هذه المسألة، و هو عقد المكره، فقد استدل على بطلانه ـ في مقابل العمومات المقتضية لصحته فيما اذا كان واجداً لجميع ما يعتبر في الصحة من قصد اللفظ والمعنى وغير ذلك من القيود ـ بوجوه:

قبل الاجماع قوله تعالى: ﴿إِلاَّ اَنْ تَكونُ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ و قوله ﷺ لا يحلّ مال امرىء مسلم الاّ عن طيب نفسه [۱]

---

[۱] الأول: مادل على اعتبار الرضا و طيب النفس، و هو آية التجارة عن تراض[۱] واحاديث عدم حلّية مال امرء مسلم الا بطيب نفسه[۲]

والكلام فيهما يقع في موردين:

الأول: في ان عقد المكره فاقد للرضا ام لا؟

الثاني: في دلالة ما ذكر على اعتبار الرضا في صحة العقد.

اماالأول: فقد ذهب جمع من المحققين منهم السيد الفقيه، و المحقق الاصفهاني، و المحقق الايرواني ﷺ الى انه غير فاقد للرضا، و ان الرضا ملازم للارادة.

و قد افاد المحقق الاصفهاني ﷺ في وجه ذلك: ان الارادة المحركة للعضلات نحو الفعل لا تتعلق بشيء الا اذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى، و الا فلا ينقدح بسببها الشوق في النفس كي يتأكد الى ان يصير علة لحركة العضلات

و هذه الملائمة ربما تكون بالاضافة الى القوى الطبيعية كالباصرة و غيرها، و ربما تكون بالاضافة الى القوة العاقلة كما في شرب المريض الدواء، و ربما تجتمعان، فما من فعل ارادي الا و هو يصدر اماعن شوق طبيعي او عن شوق عقلي، فليس الرضا وراء الارادة و مبادئها، فالفعل الصادر عن اكراه كالصادر عن اضطرار انما يكون عن طيب عقلي غالب على الكراهة الطبيعية، و الا لماصدر.

و فيه: ان الرضا بحسب المتفاهم العرفي يلازم ابتهاج النفس في مقابل انقباضها، و ذلك ربما يكون مع ارادة الفعل و آخر لا يكون معها كما في المكره

و اما في المضطر فهو موجود دائما، و ان شئت فاختبر ذلك من حال العرف، فهل يتوهم احد ان يكون قول: اني فعلت ذلك باختياري عن غير رضا مني اذا كان مكرها عليه متهافتا في كلامه هذا.

و بالجملة: لا ينبغي التامل في ان الرضا بحسب المتفاهم العرفي غير الارادة و مبادئها

---

۱) النساء: آية ۲۹.

۲) الوسائل باب ۳ من أبواب مكان المصلي والاحتجاج ص ۲۶۷ و فروع الكافي ج ۱ ص ۴۲۶ و المستدرك ج ۱ ص ۲۱۲.

و قوله ﷺ في الخبر المتّفق عليه بين المسلمين رفع او وضع عن امّتي تسعة اشياء او ستّة. و منها ما اكرهوا عليه [١] و ظاهره وان كان رفع المؤاخذة الاّ انّ استشهاد الامام ﷺ به في بعض الأحكام الوضعيّة يشهد لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الالزام عليه بشيء. ففي صحيحة البزنطي عن ابي الحسن ﷺ في الرّجل يستكره على اليمين فيحلف بالطّلاق و العتاق و صدقة ما يملك ايلزمه ذلك. فقال ﷺ لا قال رسول الله ﷺ وضع عن امّتى ما اكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا و الحلف بالطّلاق و العتاق و ان لم يكن صحيحاً عندنا من دون الاكراه ايضاً الاّ انّ مجرد استشهاد الامام ﷺ في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه يدلّ على انّ المراد بالنّبوي ليس خصوص المؤاخذة و العقاب الاخروي. هذا كلّه مضافاً الى الاخبار الواردة في طلاق المكره، بضميمة عدم الفرق.

و اما المورد الثاني: فالأظهر عدم دلالة الاية والروايات على اعتبار الرضا

اما الاية: فلأنه اذا كان الاستدلال بالمستثنى منه و هو ﴿لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل﴾ بدعوى ان عقد المكره ـ اي الصادر عن غير رضا ـ من مصاديق الباطل،

فيرد عليه: انه مع اذن المالك الحقيقي ـ الموجب لخروجه عن كونه باطلا المستكشف في المقام من العمومات ـ لا مجال للاستدلال به

و ان كان الاستدلال بالمستثنى و هو: ﴿الا ان تكون تجارة عن تراض﴾ فيرد عليه: ان الاستثناء منقطع غر مفرغ، و هو لا يفيد الحصر.

و اما الروايات: فلأن ظاهر الحلّية من جهة استنادها الى المال لا الى المعاملات الحلية التكليفيّة، و قد تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد، و عليه فهذه الروايات اما لا تشمل عقد المكره لعدم حرمته تكليفا، اوتشمله و لا تدل على عدم نفوذه.

[١] الثاني: حديث الرفع[1] و دلالته على بطلان عقد المكره بناءاً على ماحققناه في

---

١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس و باب ١٢ و ١٦ من ابواب كتاب الايمان.

ثمّ انّه يظهر من جماعة منهم الشّهيدان: انّ المكره قاصد الى اللّفظ غير قاصد الى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة. وليس مرادهم انّه لا قصد له الاّ الى مجرّد التّكلم، كيف والهازل الّذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصداً صوريّاً، والخالي عن القصد الى غير التّكلم هو من يتكلّم تقليداً او تلقيناً كالطّفل الجاهل بالمعاني. فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج وانّ الدّاعي له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لا انّ كلامه الانشائي مجرّد عن المدلول، كيف وهو معلول الكلام الانشائي اذا كان مستعملاً غير مهمل. وهذا الّذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له ادنى تأمّل في معنى الاكراه لغة وعرفاً وادنى تتّبع فيما ذكره الاصحاب في فروع الاكراه الّتى لا يستقيم مع ما توهّمه من خُلوّ المُكرَه عن قصد مفهوم اللّفظ وجعله مقابلاً للقصد وحكمهم بعدم وجوب التّورية في التّفصّي عن الاكراه وصحّة بيعه بعد الرّضا واستدلالهم له بالاخبار الواردة في طلاق المكره وانّه لا طلاق الاّ مع ارادة الطّلاق حيث انّ المنفي صحّة الطّلاق لا تحقّق مفهومه لغة وعرفاً وفيما ورد فيمن طلّق مداراة باهله الى غير ذلك.

وفي انّ مخالفة بعض العامّة في وقوع الطّلاق اكراهاً لا ينبغي ان تحمل على الكلام المجرّد عن قصد المفهوم الّذي لا يسمّى خبراً ولا انشاءً، وغير ذلك ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد الى وقوع اثر العقد، ومضمونه في الواقع وعدم طيب النّفس به، لا عدم ارادة المعنى من الكلام، ويكفي في ذلك ما ذكره الشّهيد الثّاني من انّ المكره والفضولي قاصدان الى اللّفظ دون مدلوله.

نعم ذكر في التّحرير والمسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك قال في التّحرير لو اكره على الطّلاق فطلّق ناوياً، فالأقرب وقوع الطّلاق اذ لا اكراه على القصد، انتهى.

وبعض المعاصرين [صاحب الجواهر] بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهّم كلامهم فردّ عليهم بفساد المبني وعدم وقوع الطّلاق في الفرض المزبور لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك وسيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

ثمّ ان حقيقة الاكراه لغة وعرفاً حمل الغير على ما يكرهه[١] ويعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه مظنون التّرتب على ترك ذلك الفعل مضرّ بحال الفاعل او متعلّقه نفساً او عرضاً او مالاً، فظهر من ذلك انّ مجرّد الفعل لدفع الضّرر المترتّب على تركه لا يدخله في المكره عليه، كيف والافعال الصّادرة من العقلاء كلّها او جلّها ناشئة عن دفع الضرر،

زبدة الاصول من عموم الحديث لجميع الاثار والاحكام التكليفية والوضعية واضحة، فانه يدل على عدم نفوذ عقد المكره.

واما ما افاده المصنف‌ﷺ من انه يدل على ذلك حتى بناءاً على كونه ظاهراً في رفع المؤاخذة من جهة ان استشهاد الامام‌ﷺ به في رفع بعض الاحكام الوضعية كما في صحيح البزنطي[١] ـ حيث استدلﷺ به على عدم وقوع آثار ما حلف به من الطلاق والعتاق ـ يدل على ان المراد بالنبوي ليس خصوص المواخذة.

فيرد عليه: انه بعد فرض كون الحلف بالطلاق والعتاق غير صحيح عندنا من دون الاكراه ايضاً، لا محالة يكون الاستدلال به غير جار على الحق، ولا يكون الحديث منطبقاً على المورد، وعليه فلا وجه لصرف النبوي عن ظاهره، اذ لا منشأ له سوى دلالة الاقتضاء وتصحيح التعليل، ومع فرض كون التطبيق جاريا على وفق التقية لا يبقي لذلك محل فافهم واغتنم.

فالصحيح ما ذكرناه.

الثالث: النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه كحسن زرارة عن الإمام الباقرﷺ عن طلاق المكره وعتقه فقالﷺ: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق[٢]. ونحوه غيره، بضميمة عدم الفرق.

حقيقة الاكراه

[١] قوله ثم ان حقيقة الاكراه لغة وعرفا حمل الغير على مايكرهه.

بعد ما عرفت من أنّ الميزان في صحة المعاملة وفسادها صدق كونها مكرها

---

١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الايمان حديث ١٠.

٢) الوسائل باب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه حديث ١.

وليس دفع مطلق الضّرر الحاصل من ايعاد شخص يوجب صدق المكره عليه، فإنّ من اكره على دفع مال وتوقّف على بيع بعض امواله. فالبيع الواقع منه لبعض امواله وان كان لدفع الضّرر المتوعّد به على عدم دفع ذلك المال. ولذا يرتفع التّحريم عنه لو فرض حرمته عليه لحلف او شبهه الاّ انّه ليس مكرهاً فالمعيار في وقوع الفعل مكرهاً عليه سقوط الفاعل من اجل الاكراه المقترن بايعاد الضّرر عن الاستقلال في التّصرف بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه ولا يتعمّد اليه عن رضا.[١] وان كان يختاره لا ستقلال العقل بوجوب اختياره دفعاً للضرر او ترجيحاً لأقلّ الضّررين إلاّ أنّ هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به فإنّ النّفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشقّ تحمله.

والحاصل أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في فعله، ومخلّى وطبعه فيه بحيث تطيب نفسه بفعله، وان كان من باب علاج الضّرر، وقد يفعل لدفع ضرر ايعاد الغير على تركه، وهذا ممّا لا يطيب النّفس به وذلك معلوم بالوجدان،

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

عليها وعدمه، وان وجود طيب النفس والرضا وعدمه اجنبيان عن هذا المقام، لابد من بيان حقيقة الاكراه وبيان ما يعتبر فيها.

حقيقة الاكراه: حمل الغير على ما يكرهه.

ويعتبر في صدقه امور:

[١] الأول: ان يكون بحمل الغير على الفعل، واما اذا لم يكن ذلك بل فعله لترضية خاطره فلا يصدق عليه المكره عليه، كما انه لو لم يكن حمل من انسان بل كان الحامل له ضرورة او خوفا من حيوان مثلا لا يصدق عليه الاكراه.

الثاني: ان يكون حمل الغير مقترنا بوعيد منه على تركه بالمطابقة او بالالتزام كما هو الغالب في حمل السلطان الجائر، فلو حمله غيره على فعل مع وعده بالنفع ـ كما لو وعده بان ينصبه واليا اذا باع داره ـ لا يكون ذلك مكرها عليه.

الثالث: ان يكون الضرر المتوعد به مما لم يكن مستحقاً عليه، فلو قال بع دارك والا قتلتك قصاصاً وكان مستحقاً عليه، او والا اطالبنك بالدين الذي لي عليك لا يصدق الاكراه.

ثم انه هل يعتبر في موضوع الاكراه، او حكمه عدم امكان التّفصي عن الضّرر المتوعّد به بما لا يوجب به ضرراً آخر كما حكي عن جماعة ام لا؟[١] الذي يظهر من النّصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التّورية، لأنّ حمل عموم رفع الاكراه وخصوص النّصوص الواردة في طلاق المكره، وعتقه، ومعاقد الاجماعات والشّهرات المدعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التّورية لجهل او دهشة بعيد جداً، بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها مع انّ القدرة على التّورية لا يخرج الكلام عن حيّز الاكراه عرفاً هذا

الرابع: ان يكون حمل الغير متعلقا بنفس المعاملة، فلو حمله على اعطاء مال وتوقف ذلك على بيع داره لا يصدق على البيع انه مكره عليه، وان ابيت عن ذلك فلا اقل من عدم شمول حديث الرفع له، فان رفعه تضييق لا توسعة، وقد مر انه يعتبر في شموله كون رفعه منّة وتوسعة.

الخامس: ان يحتمل ترتب الضرر المتوعد به، ولا يعتبر العلم به ولا الظن، ولا فرق بين ان يكون الضرر المترتب من الآمر او من غيره، فلو امره آمر بفعل وخاف من ترتب الضرر على تركه من ناحية اخيه مثلا يصدق عليه انه مكره عليه.

اعتبار العجز عن التفصي بما لا ضرر فيه

[١] وهل يعتبر في موضوع الاكراه او حكمه عدم امكان التفصي عن الضرر المتوعد به ام لا؟

فيه اقوال خمسة:

الأول: اعتبار العجز عن التفصي بالتورية او غيرها في صدقه.

الثاني: عدم اعتباره.

الثالث: التفصيل بين التورية وغيرها، فيعتبر العجز عن التفصي بها.

الرابع: التفصيل بينهما حكما لا موضوعا.

الخامس: انه يعتبر في الاكراه الرافع للحكم التكليفي العجز عن التفصي

.....

بالتورية وغيرها.

واما في الاكراه الرافع لاثر المعاملة فلا يعتبر ذلك، بل يكفى العجز الفعلي المتحقق مع امكان التفصي، وستعرف تقريب ذلك.

والكلام في المقام يقع في جهتين:

الاولى: في بيان المختار ووجهه.

الثانية: في بيان وجه سائر الأقوال.

وقبل البحث في الجهتين لا بأس ببيان حقيقة التورية.

وهي ان يلقي المتكلم كلاما له ظهور في معنى، وهو يريد منه غير ذلك المعنى، ويكون المعنى المراد مطابقاً للواقع دون المعنى الظاهر، كما اذا استأذن رجل بالباب وقال الخادم له ما هو هيهنا، مشيراً الى موضع خال في البيت.

ويعتبر في صدقها امران آخران:

احدهما: ان يكون اللفظ بحسب المتفاهم العرفي ظاهراً في غير ما افاده المتكلم، فلو كان ظاهراً فيه ولكن المخاطب لقصور فهمه لم يتنبه له لم يكن ذلك من التورية.

ثانيهما: ان تكون ارادة ذلك المعنى من ذلك اللفظ صحيحة بان تكون بينهما علاقة، فلو كان استعماله فيه غير صحيح لما كان من التورية، مثلا لو قال اعطيت زيداً خمسين درهماً واراد به درهما واحداً وقد اعطاه في الواقع درهماً لم يكن ذلك من التورية.

وعلى هذا فالتورية خارجة عن الكذب الذي هو عبارة عن عدم مطابقة المعنى المراد للواقع موضوعاً.

اذا عرفت هذا فاعلم: ان الأقوى هو القول الأول.

وذلك لانه يعتبر في صدق المكره عليه الفعل كونه صادراً عن الالجاء والضرورة، فمع امكان التفصى لا يصدق ذلك.

وربّما يستظهر من بعض الاخبار عدم اعتبار العجز عن التّفصي بوجه آخر غير التّورية ايضاً في صدق الاكراه، مثل رواية ابن سنان عن ابي عبدالله، قال: لا يمين في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في اكراه، قلت اصلحك الله وما الفرق بين الجبر والاكراه، قال: الجبر من السّلطان ويكون الاكراه من الزّوجه والامّ والاب وليس ذلك بشيء، الخبر [١].

ويؤيّده انّه لو خرج عن الاكراه عرفاً بالقدرة على التّفصي بغير التّورية خرج عنه بالقدرة عليها لانّ المناط حينئذ انحصار التّخلص عن الضّرر المتوعّد في فعل المكره عليه فلا فرق بين ان يتخلّص عنه بكلام آخر او فعل آخر. او بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. ودعوى ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التّورية تعبّدي لا من جهة صدق حقيقة الاكراه كما ترى،

وبعبارة اخرى: ان من يتمكن من التفصي عن الفعل المكره عليه يكون مجبولاً على الجامع بينه وبين ما اكره عليه، فاختيار ذلك الفعل لا محالة يكون لخصوصية اخرى غير الجهة المشتركة بينه وبين التفصي، فيستند ذلك الفعل لا محالة الى غير الاكراه.

واما الجهة الثانية:

فاستدل للقول الثاني ـ وهو عدم اعتبار التفصي مطلقاً بوجوه:

الأول: ان الاكراه: انما هو على الفعل وهو مكره عليه ابتداءاً، والتفصي انما يكون تخلصا عن الاكراه بعد تحقق موضوعه، فالاكراه متحقق ولو لم يتفص.

الثاني: ان حمل النصوص ومعاقد الاجماعات على صورة عدم امكان التفصي حمل بعيد، بل غير صحيح، اذ في كل مورد فرض الاكراه لا محالة يتمكن الشخص من الفرار عنه بالتورية او عدم القصد او غير ذلك.

[١] الثالث: خبر ابن سنان عن مولانا الصادق عليه السلام[1]: المذكور في المتن.

---

١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الايمان حديث ١.

لكنّ الانصاف انّ وقوع الفعل عن الاكراه لا يتحقّق الاّ مع العجز عن التّفصي بغير التّورية، لأنّه يعتبر فيه ان يكون الدّاعي، عليه هو خوف ترتّب الضّرر المتوعّد به على التّرك ومع القدرة على التّفصي لا يكون الضّرر مترتّباً على ترك المكره عليه، بل على تركه وترك التفصي معاً.

فدفع الضّرر يحصل بأحد الأمرين، من فعل المكره عليه، والتّفصي، فهو مختار في كلّ منهما، ولا يصدر كلّ منهما الاّ باختياره، فلا اكراه وليس التّفصي من الضّرر احد فردي المكره عليه حتّى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما كما لو اكره الى احد الامرين، حيث يقع كلّ منهما حينئذ مكرهاً عليه لأنّ الفعل المتفصّي به مسقط عن المكره عليه لا بدل له. ولذا لا يجري عليه احكام المكره عليه اجماعاً فلا يفسد اذا كان عقدا

وفي كل نظر.

اما الأول: فلأنه مع التمكن من الفرار عما اكره عليه لا يصدق انه مكره عليه لما عرفت من انه يعتبر في صدقه ترتب الضرر المتوعد به على تركه، فمع امكان التفصي لا يترتب ذلك على تركه، فلا يصدق عليه الاكراه.

واما الثاني: فلأن الغالب ان المكره حين الاكراه لا يلتفت الى عدم كونه مكرها على القصد، ولاجله يرى نفسه مكرها على القصد ايضاً.

مع انه لو سلم كون ذلك فرداً نادراً لا محذور فيه، اذ حمل المطلق على الفرد النادر مستهجن، واما اذا اخذ في الموضوع عنوان له افراد نادرة في نفسه فلا محذور فيه، والمقام من قبيل الثاني كما هو واضح.

واما الثالث: فلأنه اجنبي عن المقام، إذ إما نلتزم بان الام او الزوجة او الاب تقدر على الاضرار لو ترك ما اكره عليه، فهو يدل على انه لا فرق في الضرر المترتب بين كونه قويا او ضعيفاً، واما نلتزم بالعدم فهو يدل على عدم اعتبار ترتب الضرر على ترك الفعل المكره عليه، فيكون حينئذٍ خلاف المتفق عليه.

واستدل للقول الثالث: بانه يعتبر في صدق الاكراه ان يعلم المكره او يظن بانه

وما ذكرناه وان كان جارياً في التّورية، الاّ انّ الشّارع رخّص في ترك التّورية، بعد عدم امكان التّفصي بوجه آخر لما ذكرنا من ظهور النّصوص والفتاوى وبعد حملها على صورة العجز عن التّورية، مع انّ العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها في تلك الاخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذبا عند الخوف والاكراه، خصوصاً في قضية عمّار وابويه حيث اكرهوا على الكفر، فأبى ابواه فقتلا، واظهر لهم عمّار ما ارادوا فجاء باكياً الى رسول اللهﷺ فنزلت الآية: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللهِ مِنْ بَعْدِ ايمانِهِ اِلاّ مَنْ اُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بالإيمانِ﴾ فقال له رسول اللهﷺ ان عادوا عليك فعد ولم ينبّهه على التّورية.[١]

فإنّ التّنبيه في المقام وان لم يكن واجباً الاّ انّه لا شكّ في رجحانه خصوصاً من النّبيﷺ باعتبار شفقته على عمّار وعلمه بكراهة تكلم عمّار بالفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى هذا،

لو امتنع عن الفعل واطلع عليه المكره بالكسر لا وقعه في الضرر، ومن المعلوم ان هذا يصدق مع امكان التفصي بالتورية، ولا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها، اذ المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكره وعدم وقوع الضرر عليه.

وفيه: ان المعتبر في صدقه انه لو امتنع يحتمل أو يظن وقوع الضرر عليه، فمع العلم بعدم التفات المكره بالكسر الى التورية يعلم بعدم وقوعه عليه، فلا يصدق عليه الاكراه، الا ترى انه لو فرض ارسال الجائر الخمر الى بيت احد ليشربها وهو يقبل قوله لو قال شربتها ويتمكن من عدم الشرب واظهار الشرب، انه لا يجوز له الشرب من جهة انه لو اطلع المكره على الامتناع لا وقعه في الضرر.

[١] واستدل للقول الرابع: بالاخبار[١] المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف والاكراه وبما ورد[٢] في قضية عمار وابويه حيث اكرهوا على الكفر فابى أبواه فقتلا، واظهرهم عمار ما ارادوا فجاء الى النبيﷺ فنزلت الآيه ﴿من كفر بالله الى آخره﴾ فقالﷺ: له ان عادو فعد ولم ينبهه على التورية.

---

١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الايمان.

٢) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما من كتاب الامر بالمعروف.

هذا، ولكنّ الاولى ان يفرق بين امكان التّفصي بالتّورية وامكانه بغيره، بتحقّق الموضوع في الأوّل دون الثّاني لأنّ الاصحاب وفاقاً للشّيخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقق الاكراه ان يعلم او يظنّ المكره بالفتح انّه لو امتنع ممّا اكره عليه، وقع فيما توعّد عليه ومعلوم انّ المراد ليس امتناعه عنه في الواقع ولو مع اعتقاد المكره بالكسر عدم الامتناع بل المعيار في وقوع الضّرر اعتقاد المكره لامتناع المكره.

وهذا المعنى يصدق مع إمكان التّورية، ولا يصدق مع التّمكن من التّفصي بغيرها لأنّ المفروض تمكّنه من الامتناع مع اطلاع المكره عليه وعدم وقوع الضّرر عليه.

والحاصل انّ التّلازم بين امتناعه ووقوع الضّرر الّذي هو المعتبر في صدق الاكراه موجود مع التّمكن بالتّورية، لا مع التّمكن بغيرها، فافهم.

ثمّ أنّ ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التّفصي إنّما هو في الإكراه المسوغ للمحرّمات، ومناطه توقّف دفع ضرر المكره على ارتكاب المكره عليه. وامّا الاكراه الرّافع لاثر المعاملات. فالظّاهر انّ المناط فيه عدم طيب النّفس بالمعاملة[١]

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

وفيهما نظر.

اما الأول: فلأن عدم الاشارة الى التورية انما هو لاجل ان طبع المتكلم في بيان مراداته بالالفاظ انما هو بالقاء الالفاظ الظاهرة فيها، ولا يمكن له التورية الا بالتروي، وهو في مقام الخوف والاكراه عسر جدا وحرج شديد.

واما الثاني: فلأن السب والتبري حرام حتى مع عدم قصد المعنى وقصد معنى آخر، لأن مناط حرمة السب هو انهتاك المسبوب عند الغير، وهذا المناط موجود مع عدم القصد ايضاً.

والمحقق النائينيﷺ اجاب عن الوجه الاول:

بان التورية ايضاً من الكذب المحرم ولا جله لم ينبه عليها.

وفيه: ما عرفت من خروج التورية عن الكذب موضوعاً.

[١] واما القول الخامس ـ الذي اختاره المصنفﷺ ـ فحاصله: الفرق بين الاكراه الرافع لاثر المعاملات، فيكفي فيه العجز عن التفصي فعلا وان كان قادراً على ان يقدر نفسه عليه، واما الاكراه المسوغ للمحرمات فيعتبر فيه العجز المطلق، فمن كان قادراً

وقد يتحقّق مع امكان التفصي مثلاً من كان قاعدا في مكان خاص خال عن الغير، متفرّغا لعبادة او مطالعة فجاءه من اكرهه على بيع شيء ممّا عنده، وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خدم يكفونه شرّ المكره فالظّاهر صدق الاكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النّفس لو باع ذلك الشّي بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقّف دفع ضرر اكراه الشّخص على امر خدمه بدفعه وطرده، فإنّ هذا لا يتحقّق في حقّه الاكراه، ويكذب لو ادّعاه بخلاف الأوّل اذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل، ولو فرض في ذلك المثال اكراهه على محرّم لم يعذر فيه بمجرّد كراهة الخروج عن ذلك المنزل.

فقد تقدّم الفرق بين الجبر والاكراه في رواية ابن سنان فالاكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور، والرّافع لاثر المعاملات هو الاكراه الّذي ذكر فيها انّه قد يكون من الاب والولد والمرأة والمعيار فيه عدم طيب النّفس[١] فيها لا الضّرورة والالجاء، وان كان هو المتبادر من لفظ الاكراه. ولذا يحمل الاكراه في حديث الرّفع عليه فيكون الفرق بينه وبين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث: اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض لكنّ الدّاعي على اعتبار ماذكرنا في المعاملات هو انّ العبرة فيها بالقصد الحاصل من طيب النّفس حيث استدلّوا على ذلك

على التفصي ليس له ارتكاب المحرم المكره عليه.

[١] واستند في ذلك الى ان المناط في الاكراه الرافع لاثر المعاملات عدم طيب النفس بالمعاملة وهو يتحقق مع العجز الفعلي، وان امكن التفصي، ومثل لذلك بمن كان قاعداً في محل فارغ للعبادة فجاءه من يكرهه على بيع داره وهو في هذه الحال لا يقدر على دفع ضرره وله خدم في الخارج لو خرج اليهم يكفونه شر المكره ولكن يكره الخروج. فالظاهر صدق الاكراه الرافع لاثر المعاملة.

واما الاكراه المسوغ للمحرمات، فهو عبارة عن الجبر غير الصادق في المثال

بقوله تعالى: ﴿تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ ولا يحلّ مال امرىء مسلم إلاّ عن طيب نفسه وعموم اعتبار الارادة في صحّة الطّلاق وخصوص ما ورد في فساد طلاق من طلّق للمداراة مع عياله فقد تلخص ممّا ذكرنا انّ الاكراه الرّافع لاثر الحكم التّكليفي اخصّ من الرّافع لاثر الحكم الوضعي، ولو لو حظ ما هو المناط في رفع كلّ منهما من دون ملاحظة عنوان الاكراه، كانت النّسبة بينهما العموم من وجه، لانّ المناط في رفع الحكم التّكليفي، هو دفع الضّرر. وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الارادة وطيب النّفس، ومن هنا لم يتأمّل احد في انّه ذا اكره الشّخص على احد الامرين المحرمين لا بعينه[١] فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتصّف بالتّحريم لانّ المعيار في دفع الحرمة دفع الضّرر المتوقف على فعل احدهما.

امّا لو كانا عقدين، أو إيقاعين كما لو اكره على طلاق احدى زوجتيه، فقد

المتقدم الذي اليه يتبادر لفظ الاكراه، وعليه يحمل حديث الرفع وغيره.

ويرد عليه اولا: قد عرفت انه لا دليل على اعتبار الرضا وطيب النفس في صحة المعاملات، بل الرافع هو الاكراه، وعليه فلا فرق بين المعاملات والتكليفيات في ان الرافع والمسوغ هو الاكراه.

وثانياً: انه لو سلم اعتبار الرضا وطيب النفس فالظاهر ان الرضا ليس الا ما يقابل الكره، ففي كل مورد لم يكن الرضا موجوداً لا محالة يصدق الاكراه، مثلا في المثال المتقدم اذا لم يكن الخروج من ذلك المكان حرجيا ولا ضرريا كما لا يصدق الاكراه لا يصدق عدم الرضا وطيب النفس وان كان حرجيا او ضررياً، فكما يصدق عدم الرضا يصدق الاكراه.

فتحصل: ان الاظهر هو اعتبار عدم امكان التفصي مطلقاً.

لو اكره الشخص على احد امرين

بقي الكلام في أُمور:

[١] الاول: لو اكره الشخص على احد الامرين المحرمين لا بعينه.

فتارة يكون الاكراه على الافراد الطولية،

استشكل غير واحد في انّ ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه. ويرجّحه على الاخر بدواعيه النّفسانية الخارجة عن الاكراه، مكره عليه باعتبار جنسه ام لا؟ بل افتى في القواعد بوقوع الطّلاق وعدم الاكراه وان حمله بعضهم على ما اذا قنع المكره [بالكسر] بطلاق احداهما مبهمة لكن المسألة عندهم غير صافية عن الاشكال من جهة مدخليّة طيب النّفس في اختيار الخصوصيّة، وان كان الاقوى وفاقاً لكلّ من تعرّض للمسألة تحقّق الاكراه لغة وعرفاً مع انّه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقّق الاكراه اصلاً اذ الموجود في الخارج دائماً احدى خصوصيات المكره عليه اذ لا يكاد يتّفق الاكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات

واخرى يكون على الافراد العرضية.

وقد افاد المحقق النائيني في الصورة الاولى: بالفرق بين المحرمات والمعاملات، فلو كان مكرها على شرب الخمر موسعاً لا يجوز له المبادرة اليه في اول الوقت، اذ لابد في ارتكاب المحرم من المسوغ له حين الارتكاب، فاذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا لا مجوز له، واما لو كان مكرها على بيع داره موسعاً فاقدامه على البيع في اول الوقت لا يخرجه عن الاكراه.

وفيه: انه بعد ما عرفت من ان الرافع لأثر المعاملات بعينه هو المسوغ للمحرمات لوحدة الدليل لم يظهر لنا الفرق بين البابين.

فالحق في المقام ان يقال: ان الاكراه تارة يكون على الجامع، واخرى على الفردين على البدل.

فان كان على الجامع الذي هو موضوع الاثر، فحيث ان وجود الجامع في الخارج لابد وان يكون مع خصوصية من الخصوصيات، والمفروض ان موضوع الاثر هو الجامع دون الخصوصيات، فكل ما وجد في الخارج يقع مكرها عليه، والخصوصية الملازمة وان لم تكن مكرها عليها الا انه لا اثر لها حتى ترتفع بالاكراه كي يقال انه لا اكراه عليها.

واما ان كان على الجامع بين ما هو موضوع الاثر وغيره ـ كالاكراه على بيع داره صحيحا او فاسدا ـ فحيث ان الجامع المكره عليه لا اثر له، وما له الاثر وهو الخصوصية

نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصيّة وان كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى انّ وجوده الخارجي ناشٍ عن اكراه واختيار. ولذا لا يستحق المدح او الذمّ باعتبار اصل الفعل، ويستحقّه باعتبار الخصوصيّة وتظهر الثّمرة: فيما لو ترتّب أثر على خصوصيّة المعاملة الموجودة، فإنّه لا يرتفع بالاكراه على القدر المشترك. مثلاً لو اكرهه على شرب الماء او شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر لانّه مختار فيه وان كان مكرهاً في اصل الشّرب، وكذا لو اكرهه على بيع صحيح او فاسد، فإنّه لا يرتفع اثر الصّحيح، لانّه مختار فيه وان كان مكرهاً في جنس البيع لكنّه لا يترتّب على الجنس اثر يرتفع بالاكراه.

لا اكراه عليها ـ وان كانت هي او مقابلها مما لابد منه ـ فلا يرتفع شيء بالاكراه. وسيأتي لذلك زيادة توضيح في القسم الثاني.

واما ان كان على الفردين على البدل.

فقد يقال كما عن المحقق الاصفهاني﵀ بالفرق بين باب المعاملات والمحرمات.

ففي الأول لو اختار احدهما ـ وان كان هو موضوع الاثر دون مقابله ـ يقع مكرها عليه، ولا يترتب عليه الاثر. اذ المفروض انه ومقابله كليهما مكره عليهما على البدل، فكل منهما يقع في الخارج يتصف بكونه مكرها عليه، واختيار كل منهما اختيار البدل الاكراهي.

وفي الثاني لا يجوز اختيار ما هو موضوع الحكم ان لم يكن مقابله كذلك كما في الاكراه على شرب الخمر او الماء، اذ المسوغ في المحرمات هو الاضطرار ومع وجود البدل المباح لا اضطرار الى الحرام.

ولكن يرد عليه.

اولا: ان المسوغ للمحرمات ـ مع قطع النظر عن الاضطرار هو الاكراه، فمع صدق المكره عليه على محرم ترتفع حرمته به وان لم يصدق عليه المضطر اليه، فلا وجه للفرق بين البابين.

ومن هنا يُعلم انّه لو اكره على بيع مال او ايفاء مال مستحقّ، لم يكن اكراهاً لأنّ القدر المشترك بين الحقّ وغيره اذا اكره عليه، لم يقع باطلاً والاّ لوقع الايفاء ايضاً باطلاً، فإذا اختار البيع صحّ لأنّ الخصوصيّة غير مكره عليها، والمكْره عليه هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر ولو اكرهه على بيع مال، او اداء مال غير مستحق كان اكراهاً لأنّه لا يفعل البيع الاّ فراراً من بدله او وعيده المضّرين، كما لو اكرهه على بيع داره او شرب الخمر، فإنّ ارتكاب البيع للفرار عن الضّرر الاخروي، ببدله او التّضرر الدنيوي بوعيده، ثمّ انّ اكراه احد الشّخصين على فعل واحد[١] بمعنى الزامه عليهما كفاية، وايعادهما على تركه كاكراه شخص واحد على احد الفعلين في كون كلّ منهما مُكرَهاً.

وثانيا: ان الاكراه على البدل لا يزيد على الاكراه التعييني، فقد مر انه مع امكان التفصي في الاكراه التعييني لا يصدق الاكراه ولا يرتفع الاثر به، فكذلك في الاكراه على البدل، فاذا كان احدهما موضوع الاثر دون الاخر فيمكن التفصي عما هو موضوع الاثر، فلا وجه لتطبيق ادلة الاكراه عليه.

وان شئت قلت: انه في الاكراه على البدل بين ما هو موضوع الاثر وما لا اثر له يصرح المكره باتيان موضوع الحكم او التفصي عنه، فلا مورد لادلة الاكراه.

فتحصل: انه لو اكره على فردين احدهما مباح والاخر حرام، او احدهما صحيح والآخر فاسد، فحيث انه يمكن التخلص عن الحرام والصحيح فلا يكون مكرها عليه.

ومنه يظهر حكم ما لو كان حكم احدهما اشد، كما لو اكره على شرب النجس او النجس المغصوب لا يجوز ارتكاب الثاني، فانه بالنسبة الى المغصوب يمكن التفصي.

لو اكره احد الشخصين على فعل واحد

[١] الثاني: لو اكره احد الشخصين على فعل واحد بمعنى الزامه عليهما كفاية، وايعادهما على تركه، ففيه وجوه واقوال.

احدها: ما اختاره المصنف وهو: ان فعل كل منهما يقع مكرها عليه وان علم ان صاحبه يفعله.

.....

ثانيها: ما اختاره المحقق النائيني‌ﷺ، وهو: انه لو علم ان صاحبه يصدر عنه الفعل لغير داع الاكراه لا يقع فعله مكرها عليه، والا فيقع كذلك وان علم ان صاحبه يفعله لدفع الاكراه.

ثالثها: ما اختاره السيد الفقيه، وهو: انه ان علم بان صاحبه يفعله وان فعل هذا لا يقع فعله مكرها عليه والا فيقع، كذلك وان علم انه يفعله ان لم يبادر هذا الى الفعل.

رابعها: ما اختاره المحقق الايرواني‌ﷺ، وهو: ان اكراه كل مختص بصورة عدم اتيان الاخر، فاذا احتمل كل اتيان صاحبه لم يكن فعله عن اكراه.

خامسها: ما هو الحق في المقام وستعرفه.

وقبل بيان ما هو الحق ينبغي التنبيه على مقدمة، وهي:

ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد كايجابه عليهما على نحو الكفاية، فكما ان كلا منهما في الفرض الثاني مكلف غاية الأمر بالتكليف المشروط بعدم اتيان الاخر، ولهذا بنينا في الواجب الكفائي على ان كلا منهما بادر الى الفعل يكون فعله مصداقا للواجب ويثاب عليه، ولو صدر الفعل عن الجميع في عرض واحد يقع كل منهما مصداقاً له ويثاب عليه كذلك كل منهما مكره على الفعل في المقام في فرض عدم مبادرة صاحبه الى الفعل، نعم بين البابين فرق من ناحية اخرى، وهي انه في صدق الاكراه يعتبر عدم امكان التفصي والتخلص عن المكره عليه كما عرفت.

اذا عرفت هذا فاعلم ان المكره عليه ان كان فعلا واحداً ولم يكن ترتب الاثر او الحكم بلحاظ حيثية الصدور، كما لو اكره أحد الوليين على بيع مال الصبي كل منهما فعل يقع فعله مكرها عليه، وان علم ان صاحبه يفعله فان ما هو موضوع الاثر وهو البيع على مال الصبي لا يمكن التفصي عنه، والمفروض وقوع الاكراه عليه.

وان كان المكره عليه فعلا واحدا وكانت حيثية الصدور دخيلة في الحكم، كما لو اكره احد الشخصين على شرب اناء من الخمر معين على نحو الكفاية، فان علم

واعلم انّ الاكراه قد يتعلّق بالمالك والعاقد[١] كما تقدّم، وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد كما لو أكره على التّوكيل في بيع ماله، فإنّ العاقد قاصد مختار، والمالك مجبور، وهو داخل في العقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الاكراه[٢]

ان صاحبه يشر به لا يجوز له الشرب، ولو شرب لا يكون مكرها عليه لفرض امكان التفصي والتخلص، بمعنى انه لو لم يفعل لما وقع في الضرر، ولو علم ان صاحبه لا يفعله يجوز له الشرب ويقع فعله مصداقاً للمكره عليه.

ولو احتمل ذلك فهل يجوز له الفعل ام لا؟ وجهان مبنيان على انه هل يعتبر في صدق الاكراه العلم بترتب الضرر على فرض الترك، ام يكفي احتمال ترتبه؟ اذ على الأول لا يجوز الفعل لعدم العلم بترتبه، وعلى الثاني يجوز.

وحيث عرفت ان الأظهر هو الثاني فالأقوى هو الجواز الا اذا علم بان صاحبه يفعله.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

صور تعلق الاكراه

[١] الثالث: قد يتعلق الاكراه بالعاقد والمالك.

وقد يتعلق بالمالك دون العاقد.

وقد يتعلق بالعاقد دون المالك.

وقد تقدم حكم تعلق الاكراه بالمالك العاقد.

والكلام في المقام انما هو في صورتين:

الأولى: ما لو تعلق الاكراه بالمالك دون العاقد، كما لو اكره على التوكيل في بيع ماله.

الثانية: ما لو انعكس الأمر، وهي ما لو اكره العاقد دون المالك.

[٢] اما الصورة الأولى: فلا اشكال في فساد التوكيل، فالعاقد يكون فضوليا في بيعه، فلو تعقبه الاجازة صح والا فلا. وهذا مما لا كلام فيه.

انما الكلام في انه اذا كان مورد الوكالة ايقاعا دون العقد، كما لو اكره على التوكيل في طلاق امرأته ولم يجز الطلاق بل اجاز الوكالة،

وقد ينعكس كما لو قال بع مالي او طلّق زوجتي، والاّ قتلتك والاقوى هنا، الصّحة لأنّ العقد هنا من حيث انّه عقد لايعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره اذا كان عاقداً، والرّضا المعتبر من المالك موجود بالفرض[١] فهذا اولى من المالك المكره على العقد اذا رضي لاحقاً.

واحتمل في المسالك عدم الصّحة نظراً الى انّ الاكراه يسقط حكم اللّفظ، كما لو امر المجنون بالطّلاق فطلّقها، ثمّ قال: والفرق بينهما: انّ عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره، فانّ عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد، فإذا كان الآمر قاصداً لم يقدح اكراه المأمور، انتهى وهو حسن.

وقال ايضاً لو اكره الوكيل على الطّلاق دون الموكّل ففي صحّته وجهان[٢] ايضاً من تحقّق الاختيار في الموكّل المالك، ومن سلب عبارة المباشر انتهى، وربّما يستدلّ على فساد العقد في هذين الفرعين،

فانه ان اجاز الطلاق لا يصح للاجماع على عدم صحة الفضولي من الايقاعات، وان عقبه الاجازة، وبنينا على الكشف دون النقل، اذ على النقل لا يصح في المقام كما هو واضح.

والحق ان يقال: انه ان كان معقد الاجماع عدم صحة الايقاع الذي تعلق به الاجازة، ففي المقام بما ان الاجازة تتعلق بالوكالة دون الطلاق يصح الطلاق.

وان كان المعقد ان الايقاع لا يصح ان يكون معلقا على الاجازة كما هو الظاهر منه فلا يصح في المقام، فان صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الاجازة، والمتوقف على متوقف على شيء متوقف عليه، فتكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة فلا يصح.

فتحصل: ان الأظهر عدم الصحة تعلقت الاجازة بالايقاع او التوكيل.

[١] واما الصورة الثانية ـ وهي ما لو تعلق الاكراه بالعاقد دون المالك ـ فقد يكون المكره هو المالك كما لو قال المالك للعاقد بع داري او طلق زوجتي، وقد يكون الاكراه من الاجنبي كما لو اكره الوكيل على بيع دار موكله او طلاق زوجته.

[٢] والى هاتين الصورتين نظر المسالك وتكون الصورة الاولى، هي الفرع

بما دلّ على رفع حكم الاكراه[١] وفيه ما سيجيء من انّه إنما يرفع حكماً ثـابتاً على المكره لو لا الاكراه ولا أثر للعقد هنا بالنّسبة الى المتكلّم به لولا الاكراه[٢] وممّا يؤيّد ما ذكرنا حكم المشهور بصحّة بيع المكره بعد لحـوق الرّضـا، ومـن المعلوم أنّه إنّما يتعلّق بحاصل العقد الّذي هو أمر مستمرّ وهو النّقل والانتقال.

وامّا التّلفظ بالكلام الّذي صدر مُكرَهاً عليه فلا معنى للحوق الرضا به لأنّ ما مضى وانقطع لا يتغيّر عمّا وقع عليه ولا ينقلب.

الأول المذكور في المتن والصورة الثانية هي الفرع الثاني فيه.

وفي المقام اقوال:

احدها: الصحة في الفرعين، ذهب اليه المصنف‌ وغيره.

ثانيها: البطلان فيهما.

ثالثها: التفصيل بين الفرعين بالبناء على الصحة في الفرع الأول، والبـطلان فـي الثاني اختاره المحقق النائيني‌.

وقد استدل للبطلان في الموردين بوجوه، عمدتها وجهان:

[١] الأول: ان مقتضى حديث رفع الاكراه رفع اثر العقد.

واجاب عنه المصنف‌.

[٢] بقوله انه انما يرفع حكما ثابتا على المكره لولا الاكراه، ولا اثر للـعقد هـنا بالنسبة الى المتكلم به لولا الاكراه.

وليس مراده ان حديث الرفع انما يرفع الحكم الذي على المكره لا الذي له، من جهة ان ذلك هو المناسب للامتنان الذي احتمله السيد الفقيه.

فانه يرد عليه: ان لازمه صحة قبول الهبة اكراها.

مع انه لا يعتبر في شمول الحديث كون الحكم ضررا عليه، بل يكفي كونه منافيا لغرضه.

كما انه ليس مراده ان حديث الرفع انما يرفع الاثر المتعلق به، واثـر العـقد فـي الفرض ليس متعلقا به كما احتمله السيد ايضاً.

فانه يرد عليه: انه لا دليل على هذا التقييد.

نعم ربّما يستشكل هنا في الحكم المذكور، بأنّ القصد الى المعنى ولو على وجه الاكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد، ولا يعرف الاّ من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً امكن احرازه باصالة القصد في افعال العقلاء الاختياريّة دون المكره عليها[١] اللّهم الاّ ان يقال انّ الكلام بعد احراز القصد وعدم تكلّم العاقد لاغياً، او مورّياً ولو كان مكرهاً مع انّه يمكن اجراء اصالة القصد هنا ايضاً، فتأمّل.

بل الظاهر ان مراده ان لفعل الوكيل جهتين.

احداهما: جهة العقدية.

ثانيتهما: جهة قيامه بالوكيل.

والاكراه لا يؤثر في فقد عقد الوكيل لشيء من الامور المعتبرة فيه من الجهة الاولى من العربية ونحوها بعد كونه مستجمعة لها، والجهة الثانية غير دخيلة في ترتب الاثر وحصول النقل والانتقال لكون الوكيل اجنبيا عن المال، بل عقده انما يؤثر من حيث انتسابه الى المالك الموكل، والمفروض عدم كونه مكرها. فما هو موضوع الاثر لم يتعلق الاكراه به، وما تعلق الاكراه به لا اثر له، وهو حسن.

[١] الثاني: ان القصد الى المعنى شرط في صحة العقد، ومع الشك في ذلك لا اصل يحرز به كون المكره قاصداً له، اذ اصالة القصد الجارية في افعال العقلاء انما هي في الافعال الاختيارية دون المكره عليها.

وفيه: اولا: ان الكلام انما هو بعد احراز القصد.

وثانياً: ان اصالة القصد انما هي في مطلق الافعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش.

واستدل للبطلان في الفرع الثاني المحقق النائينيﷺ:

بان المكره اذا كان غير المالك فغاية ما هناك رضا المالك بالعقد، ومجرد الرضا لا يصحح الاستناد، كما ان الكراهة الباطنية ليست ردا.

وفيه: ان محل الكلام هو كون العاقد وكيلا مفوضا، وفعل الوكيل يستند الى الموكل من جهة الوكالة، فالأظهر هي الصحة في الفرعين.

فرع ولو اكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبدين[١] فباعهما، او باع نصف احدهما ففي التّذكرة اشكال.

اقول امّا بيع العبدين، فإن كان تدريجاً، فالظّاهر وقوع الاوّل مكرهاً، دون الثّاني[٢] مع احتمال الرّجوع اليه في التعيين، سواء ادّعى العكس ام لا،

الاكراه على بيع عبد من عبدين

[١] قوله فرع: لو اكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما او باع نصف احدهما ففي التذكرة: اشكال:

هذا هو الفرع الرابع وفيه صور.

الأولى: ان يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما تدريجاً.

[٢] فقد جعل المصنف وقوع الأول مكرها عليه دون الثاني هو الظاهر، واحتمل الرجوع اليه في التعيين.

واورد جل من تاخر عنه عليه: بانه لا وجه لهذا الاحتمال، اذ بعد انطباق عنوان احدهما على البيع الأول قهراً، وارتفاع لسان المكره عنه، واندفاع ضرره به لحصول مقصوده، لا وجه لوقوع الثاني مكرها عليه.

ولكن يمكن ان يقال: ان نظر المصنف﵀ الى انه لو باع الأول بالبيع الخياري ثم باع الثاني، فله ان يفسخ البيع الأول، فيقع الثاني مصداقاً للمكره عليه، وله ان يبقيه على حاله، فيكون الأول مصداقاً له، فيكون البائع هو المرجع في التعيين بهذا المعنى.

واما في صورة لزوم العقد الأول فلا يحتمل في حق المصنف﵀ احتمال وقوع الثاني مكرهاً عليه.

الصورة الثانية: ان يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما دفعة، ففي المسألة وجوه:

ولو باعهما دفعةً، احتمل صحة الجميع، لأنّه خلاف المكره عليه، والظّاهر أنّه لم يقع شيء منهما عن اكراه[١] وبطلان الجميع لوقوع احدهما مكرهاً عليه، ولا ترجيح، والاوّل اقوى،

الاول: صحة الجميع، ذهب اليها المصنف وجل الاساطين ممن تاخر عنه.

الثاني: بطلان الجميع.

الثالث: بطلان احدهما وصحة الاخر، ويرجع في التعيين الى القرعة.

واستدل للاول بوجهين:

[١] الأول: ما في المتن، واختاره المحقق النايني﵀، وهو: ان ما صدر عنه خارجا غير ما اكره عليه، وما اكره عليه لم يصدر، ومجرد اشتمال المجموع على احدهما لا يوجب صدق الاكراه على احدهما، فضلا عن كليهما.

وفيه: ان المكره عليه ليس بيع احدهما بشرط لاكي لا يصدق على بيع احدهما في المقام، بل بيع احدهما لا بشرط الحاصل في ضمن بيعهما، لان لا بشرط يجتمع مع الف شرط، فضم بيع آخر اليه لا يخرجه عما اكره عليه.

الثاني: ما افاده السيد الفقيه وتبعه المحقق الايرواني﵀، ويمكن استظهاره من كلمات المصنف﵀، وهو: ان بيعهما معا دفعة مع كون الاكراه على احدهما يكشف عن كون البائع راضيا ببيع احدهما، ومعه لا يؤثر الاكراه شيئاً، لان المفروض ان ما الزمه المكره ـ وهو بيع احدهما غير المعين ـ نفس ما هو راض به، فلا يكون اكراها على ما لا يرضاه.

وفيه: ان بيع المجموع لا يكشف عن كون البائع راضيا ببيع احدهما في مفروض المسالة وهو كونه كارها لبيع كل منهما لولا الاكراه، بل يمكن ان يكون ناشئاً عن غرض آخر من انه يشق عليه التفرقة بينهما لكونهما والدا وولدا، او انه لا يوجد من يشتري احدهما منفرداً، او نحو ذلك، فحينئذٍ يكون بيع كل منهما مكروها، ولكن لما عرفت من اعتبار ترتب الضرر على ترك المكره عليه في صدق الاكراه، وهذا المعنى لا ينطبق

ولو اكره على بيع معيّن فضمّ اليه غيره وباعهما دفعة، فالاقوى الصحّة في غير ما اكره عليه.[١]

وامّا مسألة النّصف، فإن باع النّصف [بعد الاكراه على الكلّ] بقصد بيع النّصف الآخر امتثالاً للمكره بناء على شمول الاكراه لبيع المجموع دفعتين، فلا اشكال في وقوعه مكرها عليه[٢]، وان كان لرجاء ان يقنع المكره بالنصف كان ايضا اكراها[٣]

على كل منهما الاّ على البدل، فلا محالة يقع احدهما مكرها عليه دون الاخر، وحيث ان انطباقه على واحد معين ترجيح بلا مرجح، والقرعة لا مورد لها في المقام اذ الظاهر من ادلتها[١] كونها معينة لما له التعين واقعاً ـ لا حظ قوله ﷺ: القرعة سهم من سهام الله وسهم الله لا يخطىء ـ فانه اذا لم يكن له واقع معين لا معنى لخطأها وعدمه، فيتعين البناء على بطلانهما معا.

[١] الصورة الثالثة: ان يكون المكره عليه واحداً معينا فباعهما دفعة.

لا ينبغي التوقف في صحة بيع ما لم يكره على بيعه، ون كان لولا الاكراه على المعين لما باعه، لانه لا يترتب الضرر على تركه فلا يكون مكرها عليه.

كما لا ينبغي التوقف في بطلانه بالنسبة الى المكره عليه لصدق الاكراه بالاضافة اليه.

[٢] الصورة الرابعة: ما لو اكره على بيع واحد معين فباع نصفه، فتارة يشمل اكراه المكره لبيعه دفعتين، واخرى لا يشمله. فاذا شمله فان باع النصف بقصد ان يبيع النصف الاخر فلا كلام في كونه مكرها عليه، وان باعه لرجاء ان يقنع المكره بالنصف.

[٣] فقد اختار المصنف ﷺ كونه ايضاً مكرها عليه، وخالفه المحقق النائيني ﷺ بدعوى ان البيع كذلك غير ما تعلق الاكراه به، فان رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب والرضا ببيع النصف.

والحق ما افاده المصنف ﷺ، فان من يدفع النصف الى المكره وداعيه الى الدفع هو الاكراه ـ وانما يدفعه لرجاء ان يقنع المكره ـ يكون ذلك استدعاءاً منه لان يتبدل.

---

١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم.

وان كان لرجاء ان يقنع المكره بالنّصف كان ايضاً اكراهاً، لكن في سماع دعوى البائع ذلك، مع عدم الامارات نظر.[١]

الاكراه التعييني بدفع التمام الى الاكراه التخييري بين دفع التمام ودفع النصف، فكما انه في صورة التخيير ابتداءاً يقع كل من فردي التخيير مكرها عليه، كذلك في التخيير بعد الاستدعاء.

وبالجملة: لا ينبغي التوقف في ان من يدفع الى المكره نصف ما اكره عليه لدفع شره ورضى المكره بذلك يصدق عليه ان مكره عليه، الا ترى انه لو اجبر ظالم شخصا باعطاء الف تومان فاعطاه نصفه واستدعى منه قبوله ذلك وعدم اضراره يصدق عليه انه مكره عليه، ولا سبيل الى دعوى انه هبة صحيحة، لانه غير ما اكره عليه، والسر فيه ما ذكرناه.

وبهذا البيان ظهر انه لو اكره على دفع شيء واعطى شيئاً آخر لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه، لانه بفعله هذا يستدعى منه تبديل اكراهه التعييني الى الاكراه التخييري، فيصير دفعه هذا احد فردي التخيير فيصدق عليه انه مكره عليه.

وبهذا ظهر حكم ما اذا لم يشمل الاكراه لبيعه دفعتين، فانه ان باع نصفه لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه.

[١] قوله لكن فى سماع دعوى البايع ذلك مع عدم الامارات نظر.

لم يظهر لى فرق، بين هذا المورد، وبين مالو اكره على بيع شيء معين فباعه، فكما ان هنا يحتمل كون بيعه الواقع عقيب الاكراه عن رضاه به كذلك فى ذلك المورد، فما الوجه فى سماع دعواه هناك وعدم سماعها هنا، وان شئت قلت ان اصالة الجد التى عليها بناء العقلاء لا تجرى فى امثال هذه المقامات.

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التّحرير قال في التّحرير لو اكره على الطّلاق فطلّق ناوياً، فالاقرب وقوع الطّلاق[١] انتهى ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع لأنّ الاكراه اسقط اثر اللّفظ، ومجرّد النّية لا حكم لها، وحكى عن سبطه في نهاية المرام انّه نقله قولاً، واستدلّ عليه بعموم ما دلّ من النّص والاجماع على بطلان عقد المكره، والاكراه يتحقّق هنا اذ المفروض انّه لولاه لما فعله، ثمّ قال: والمسألة محلّ اشكال انتهى. وعن بعض الأجلّة [كاشف اللثام] انّه لو علم انّه لا يلزمه الاّ اللّفظ وله تجريده عن القصد فلا شبهة في عدم الاكراه، وانّما يحتمل الاكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظنّ لزوم القصد وان لم يُرِده المكره ام لا، انتهى.

الاكراه على الطلاق

[١] الخامس قال في التحرير لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق.

يقع الكلام في موردين:

الأول: في بيان وجه فتوى العلامة﵀ بالصحة.

الثاني: في بيان محتملات هذا الفرع في نفسه واحكامها.

اما الأول: فالظاهر ان نظر العلامة﵀ الى انه لو أُكره على الطلاق وان لم يقصد المعنى الذي يكون عند العامة طلاقا شرعيا مع النطق بالصريح، فطلق ناويا، فالأقرب وقوع الطلاق، فانه غير مكره عليه.

وايراد المصنف﵀ عليه بانه يبتني على القول باعتبار عدم امكان التفصي بالتورية في صدق الاكراه، اذ لا فرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى وقد مر عدم اعتباره.

مندفع اولاً: بما تقدم من اعتبار العجز عن التورية في صدقه.

وثانيا: بالفرق بينهما بعد كون المكره راضيا بالنطق بالصريح مع عدم القصد لا حظ وتامل في الوجه المتقدم لعدم اعتبار العجز عن التورية ترى عدم جريانه في المقام.

ثمّ انّ بعض المعاصرين [صاحب الجواهر] ذكر الفرع عن المسالك وبناه على أنّ المكره لا قصد له أصلاً فردّه بثبوت القصد للمكره وجزم بوقوع الطّلاق المذكور مكرهاً عليه، وفيه ما عرفت سابقاً من أنّه لم يقل أحد بخلّو المكره عن قصد معنى اللّفظ، وليس هذا مراداً من قولهم إنّ المكره غير قاصد الى مدلول اللّفظ. ولذا شرّك الشّهيد الثّاني بين المكره والفضولي في ذلك، كما عرفت سابقاً، فبناء هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر، ضعيف جدّاً، وكذا ما تقدّم عن بعض الأجلّة [كاشف اللثام] من أنّه إن علم بكفاية مجرّد اللّفظ المجرّد عن النّية، فنوى إختيارا صح لأنّ مرجع ذلك الى وجوب التّورية على العارف بها، المتفطّن لها اذ لا فرق بين التّخلص بالتّورية وبين تجريد اللّفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلّم به لاغياً وقد عرفت انّ ظاهر الادلّة والاخبار الواردة في طلاق المكره وعتقه، عدم اعتبار العجز عن التّورية.

وتوضيح الاقسام المتصوّرة في الفرع المذكور: انّ الاكراه الملحوق بوقوع الطّلاق قصداً اليه راضياً به. امّا ان لا يكون له دخل في الفعل اصلاً، بأن يوقع الطّلاق قصداً اليه عن طيب النّفس، بحيث لا يكون الدّاعي اليه هو الاكراه لبنائه على تحمّل الضّرر المتوعّد به ولا يخفي بداهة وقوع الطّلاق هنا[١] وعدم جواز حمل الفرع المذكور عليه،

واما المورد الثاني: فالاحتمالات المتصورة خمسة:

[١] الأول: ان لا يكون للاكراه دخل في الطلاق، بل يوقعه عن طيب نفسه ورضاه، والمكره لجهله بحاله اكرهه عليه، لا اشكال ولا كلام في صحة هذا الطلاق.

الثاني: ان يكون كل من الاكراه والرضا سببا مستقلا، بحيث لولا الاكراه كان يوقعه، ولولا الرضا لاوقعه دفعا للاكراه.

فعن المحقق النائيني﵀: الحكم بالبطلان، بدعوى ان كل علتين مستقلتين اذا وردتا على معلول واحد وكان بينهما تدافع لا يؤثر كل منهما، كاجتماع الرياء وقصد الامر في العبادات، فهذه المعاملة وان صدرت عن الرضا الا انها تكون عن اكراه ايضاً، او انها وان لم تكن عن اكراه الا انها لا تكون تجارة عن تراض.

فلا معنى لجعله في التّحرير اقرب، وذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك، وجعله قولاً في نهاية المرام واستشكاله فيه لعموم النّص والاجماع، وكذا لا ينبغي التّأمل في وقوع الطّلاق لو لم يكن الاكراه مستقلاً في داعي الوقوع[١] بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل،

وفيه: اولا: ان المكره اذا كان راضيا لا يصدق على ما صدر عنه عنوان المكره عليه، بل يصدق هذا العنوان مشروطا بمعنى انه لو لم يكن راضيا كان مكرها عليه.

وبالجملة: مع وجود الرضا لا يصدق الاكراه، ولا يقاس المقام بالرياء في العبادات الذي هو متحقق في الفرض، ويكون مبطلا للصلاة.

بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقي شرع في الصلاة امام الناس، فان هناك سببين مستقلين لعدم ابطاله صلاته: الخوف من الله تعالى، وحفظ مقامه عند الناس، فهل يتوهم القول ببطلان صلاته لان ما بقي من صلاته يقع عن سببين مستقلين؟

وثانياً: انه لو فرض استناد الطلاق الى الرضا والاكراه، فمن حيث استناده الى الاكراه لا يترتب عليه الاثر، الا انه يترتب عليه الاثر من حيث استناده الى الرضا. وبعبارة اخرى: الاستناد الى الاكراه لا يؤثر في البطلان ـ كما هو الحال في الرياء ـ بل يوجب عدم تأثير العقد المستند اليه، فلا يمنع عن صحته من حيث استناده الى الرضا.

وثالثا: ان حديث الرفع من حيث وروده في مقام الامتنان لا يشمل مثل هذا الطلاق، لان رفع اثره خلاف الامتنان. فالأظهر هي الصحة في هذه الصورة.

الثالث: ان يكون كل من الاكراه والرضا جزء السبب، بحيث انه لولا اجتماعهما لا يؤثر كل منهما.

[١] وقد حكم المصنف‌ﷺ بالصحة في هذه الصورة وتبعه السيدﷺ.

واستدل له: بصدق كون الفعل عن الرضا، وان كان تحققه بعد وجود امر آخر من الزام الغير.

واورد عليه بايرادين:

احدهما: ما افاده المحقق الايرواني‌ﷺ، وهو: انه كما يصدق كون الفعل عن الرضا

.....

فيشمله دليل جواز الاكل بالتجارة عن تراض، كذلك يصدق كون الفعل عن الاكراه، فيشمله دليل رفع ما استكرهوا عليه.

وفيه: اولا: ان الاكراه لا يقتضي الفساد كي يعارض ما يقتضي الصحة كما تقدم.

وثانيا: انهما لو تعارضا تساقطا فيرجع الى اطلاقات ادلة امضاء تلك المعاملة او الايقاع.

ثانيهما: ما افاده المحقق النائيني، وهو: ان الرضا والاكراه ان وردا دفعة على المسبب فالفعل مستند اليهما، والاكراه وان لم يقتض الفساد الا ان المقتضي للصحة ايضاً لم يتحقق لعدم صدق التجارة عن تراض.

وفيه: ما عرفت من انه لا دليل على اعتبار الرضا في صحة العقد، وان الدليل منحصر بما دل على رفع اثر المكره عليه، وعليه فلا يحكم بالفساد من هذه الجهة.

والحق في المقام ان يقال: انه ان لم يصدق صدور العقد عن الاكراه فلا ينبغي التأمل في الصحة لعدم المانع، وان صدق فيمكن دعوى ان منصرف دليل رفع ما استكرهوا عليه هو ما لو كان الاكراه سببا تاما لصدوره، فلا يشمل المقام.

فالأظهر هي الصحة.

الرابع: ان يكون احدهما سببا مستقلا والآخر ضميمة، فلا كلام في انه يلحقه حكمه، فان كان السبب هو الرضا حكم بالصحة، وان كان هو الاكراه حكم بالبطلان.

الخامس: ان يكون الاكراه داعيا على الداعي على الطلاق، اما لاعتقاد ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة فيوقع الطلاق قاصداً، او لجهله بالحكم الشرعي فزعم ان الطلاق يقع مع الاكراه فيرضي نفسه بذلك ويوطنها عليه.

فقد حكم المصنف بتحقق الاكراه في هذه الصورة، وخالفه المحقق النائيني.

واستدل للصحة: بانه طلق ناويا ومريداً للطلاق.

ثم احتمل البطلان من جهة ان الاكراه صار علة لارادة اسم المصدر، فالفعل بالاخرة يستند اليه وان كان الداعي الثانوي اختياريا.

وان كان الداعى هو الاكراه. فأمّا ان يكون الفعل لا من جهة التخلّص عن الضّرر المتوعّد به بل من جهة دفع الضّرر اللاحق للمكره بالكسر[١] كمن قال له ولده: طلّق زوّجتك والاّ قتلتك او قتلت نفسي، فطلّق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه او قتل الغير له اذا تعرّض لقتل والده او كان الدّاعي على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر او على المطلقة او على غيرهما ممّن يريد نكاح الزّوجة لئلاّ يقع النّاس في محرّم، والحكم في الصّورتين لا يخلو عن اشكال[٢]

ورده: بان لازمه بطلان اغلب المعاملات، فانها بالاخرة تنتهي الى غير الاختيار.

والحق ما افاده المصنف كما سيمر عليك بعد التعرض لفرع اخر.

[١] قوله بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر.

لا يخفى ان المصنف تعرض لامر هنا كان المناسب ذكره فى المحل الذي ذكر مفهوم الاكراه، ونحن ايضاً غفلنا عن ذكره هناك.

وهو: انه اذا كان الضرر المتوعد به على ترك المكره عليه هو ما يترتب على المكره بالكسر لا المكره ـ كما لو قال: طلق زوجتك والا قتلت نفسي ـ فهل يصدق عليه الاكراه ام لا؟

[٢] فقد استشكل المصنف﵀ في ذلك.

والحق هو التفصيل، فانه ربما يعد ضرر المكره ضرراً للمكره بالفتح، كما لو كان المكره بالكسر هو العبد او الابن، والمكره بالفتح هو المولى او الاب، فان ضرر العبد او الابن بالقتل يعد ضررا على المولى والاب، وفي هذا المورد يصدق الاكراه، اذ لا فرق في ترتب الضرر المعتبر في صدقه بين كونه ضررا مع الواسطة او بلا واسطة، ولذا لو قال الاجنبي بع دارك والا قتلت ابنك يكون ذلك اكراها.

وربما لا يعد ضرره ضررا عليه كما لو كان المكره بالكسر هو الأجنبي وقال طلق زوجتك والا قتلت نفسي فانه لا يعد ضررا عليه، فلا يصدق الاكراه.

ومن هذا القبيل ما لو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر كما لو قال الاجنبي طلق زوجتك والا زنيت بامرأة اجنبية، فان طلاق زوجته لئلا يقع فعل محرم في الخارج ليس طلاقا ناشئا عن خوف ترتب الضرر، فلا يصدق عليه انه مكره عليه.

وان كان الفعل لداعي التّخلص من الضّرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره انّ الحذر لا يتحقّق الاّ بايقاع الطّلاق حقيقة[١] لغفلته عن انّ التّخلص غير متوقّف على القصد الى وقوع اثر الطّلاق وحصول البينونة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزّوجة والاعراض عنها فيوقع الطلاق قاصداً، وهذا كثيراً ما يتّفق للعوام، وقد يكون هذا التّوطين والاعراض من جهة جهله بالحكم الشّرعي أو كونه رأي مذهب بعض العامّة، فزعم أنّ الطّلاق يقع مع الإكراه فإذا اكره على الطّلاق طلق قاصداً لوقوعه لأنّ القصد إلى اللّفظ، المكرَه عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونة يستلزم القصد الى وقوعها، فيرضي نفسه بذلك ويوطّنها عليه، وهذا ايضاً كثيراً ما يتفق للعوام، والحكم في هاتين الصّورتين لا يخلو عن اشكال، الاّ ان تحقّق الاكراه اقرب.

---

[١] قوله لاجل اعتقاد المكره ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة.

ما افاده رجوع الى بيان ما هو الحق فى المسألة التى محل الكلام بعد التعرض لمسألة اخرى فى الوسط، وقد اشرنا الى انه بعد بيان ما عندنا فى تلك المسأله نشير الى ما هو الحق فى المقام.

الحق تمامية ما افاده المصنف﵀ فان توطين النفس وارادة الفعل واسم المصدر لا ينافي مع الاكراه، بل هذا المعنى ربما يستند الى الرضا وآخر الى الاكراه، والا فمع عدم الارادة لا يصدق انه صدر عنه الطلاق عن اكراه، بل لم يصدر عنه، وحديث رفع الاكراه انما يرفع اثر الطلاق الواجد لجميع ما يعتبر فيه سوى انه صدر عن اكراه.

ودعوى انه لو حكم ببطلان ذلك لزم الحكم ببطلان اغلب المعاملات.

غريبة، فانه انما يحكم بالبطلان هنا لحديث رفع الاكراه، ولا ربط ذلك بمسألة الاختيار وعدمه.

فالأظهر هو البطلان في هذه الصورة.

ثم انه لا يهمنا التعرض لما قيل في بيان مراد العلامة﵀ وما يمكن ان يورد عليه.

ثمّ انّ المشهور بين المتأخّرين، أنّه لو رضي المكره بما فعله صحّ العقد[١] بل عن الرّياض تبعاً للحدائق انّ عليه اتّفاقهم، لانّه عقد حقيقيّ فيؤثر اثره مع اجتماع باقي شرائط البيع وهو طيب النّفس.

ودعوى اعتبار مقارنة طيب النّفس للعقد[٢] خالية عن الشّاهد مدفوعة، بالاطلاقات واضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد[٣] اللازم، منه عدم كون عقد الفضوليّ عقداً حقيقة واضعف من الكلّ، دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده[٤] اللاّزم، منه عدم صحّة بيع المكره بحق، وكون اكراهه على العقد تعبّدياً لا لتأثير فيه. ويؤيّده فحوى صحّة عقد الفضولي حيث انّ المالك طيّب النّفس بوقوع اثر العقد، وغير منشيء للنقل بكلامه وامضاء انشاء الغير ليس الاّ طيب النّفس بمضمونه، وليس انشاء مستأنفاً، مع انّه لو كان، فهو موجود هنا. فلم يصدر من المالك هنالك الاّ طيب النّفس بانتفاله متأخّراً عن انشاء العقد وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، وهو انشائه للنّقل المدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من ان عقده انشاء حقيقي وتوهّم انّ عقد الفضولي واجد لما هو به مفقود

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

لو تعقب الرضا عقد المكره

[١] قوله المشهور بين المتأخرين: انه لو رضي المكره بما فعله صح العقد.

قد مر في اول هذا المبحث ان محل الكلام هو العقد الجامع لجميع ما يعتبر فيه من قصد اللفظ والمعنى والجد وغير ذلك، وعليه فالاستدلال للبطلان، بعدم قصد المكره للفظ، او عدم قصده للمعنى، او عدم قصده لوقوع مضمون العقد في الخارج في غير محله.

وقد استدل لعدم صحة العقد بلحوق الرضا بوجوه.

[٢] منها اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد.

[٣] ومنها اعتبارها في مفهوم العقد.

[٤] ومنها اعتبار طيب نفس العاقد في تاثير عقده.

ومنها غير ذلك مما ذكره المصنف‌ﷺ في المتن واجاب عنه

هنا وهو طيب نفس العاقد بما ينشئه مدفوع بالقطع بأنّ طيب النّفس لا اثر له لا في صدق العقدّية اذ يكفي فيه مجرّد قصد الانشاء المدلول عليه باللّفظ المستعمل فيه، ولا في النّقل والانتقال لعدم مدخليّة غير المالك فيه، نعم لو صحّ ما ذكر سابقاً من توهّم انّ المكره لا قصد له الى مدلول اللّفظ اصلاً وانّه قاصد نفس اللّفظ الّذي هو بمعنى الصّوت، كما صرّح به بعض صحّ انّه لا يجدي تعقّب الرّضا اذ لا عقد حينئذ، لكن عرفت سابقاً أنّه خلاف المقطوع من النّصوص والفتاوى فراجع.

فظهر ممّا ذكرنا: ضعف وجه التأمّل في المسألة كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعاً للمحقّق الثّاني في جامع المقاصد، وان انتصر لهم بعض من تأخّر عنهم بقوله تعالى: ﴿إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ الدّال على اعتبار كون العقد عن التّراضي[١] مضافاً إلى النّبوي المشهور الدّال على رفع حكم الإكراه مؤيّداً بالنّقض بالهازل، مع انّهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرّضا، والكلّ كما ترى لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التّراضي امّا بمفهوم الحصر وامّا بمفهوم الوصف ولا حصر كما لا يخفي لانّ الاستثناء منقطع غير مفرغ[٢] ومفهوم الوصف، على القول به مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في ﴿رَبائِبُكُم اللاّتي في حُجُورِكُم﴾ ودعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة وسيجيء زيادة

بل عمدة الوجه للبطلان في مقابل الاطلاقات والعمومات الدالة على صحة معاملة المكره امران.

[١] الأول: قوله تعالى: ﴿لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم﴾[1].

بتقريب: انه يدل على انحصار التجارة الممضاة بما اذا كانت ناشئة عن الرضا، ومن المعلوم ان عقد المكره وان لحقه الرضا ليس عقدا عن الرضا، بل هو عقد ورضا.

[٢] واجاب عنه المصنف: بان الاستدلال ان كان بمفهوم الحصر.

فيرده: ان الاستثناء منقطع غير مفرغ.

واورد عليه بايرادات:

---

١) النساء، ٢٩.

.....

الأول: ان المنقطع لا ينقسم الى قسمين مفرغ وغير مفرغ، فانه اذا كان مفرغا يكون متصلا لا منقطعا، مثلا اذا قال ما جاءني الاّ حمار يقدر المستثنى منه ما يشمل الحمار ايضاً، اذ لا داعي الى تقدير لفظ القوم حينئذٍ.

وفيه: انه يمكن ان يكون المستثنى منه المقدر منقطعا كما اذا قيل هل جاءك القوم فقال ما جاءني الاّ حمار اذ المقدر في الجواب هو المسؤول عنه، والظاهر ان غرض الشيخ﵀ ان الاستثناء منقطع مذكور، فلا يحتمل فيه الاتصال.

الثاني: ان الاستثناء المنقطع يرجع الى المتصل في اللب، اذ لابد من ان يكون المراد من المستثنى منه ما يشمل المستثنى، والا فلا يصح الاستثناء، مثلا يكون المراد من ما جاءني القوم القوم ومن يرتبط بهم، والشاهد على ذلك انه لا يصح ان يقال ما جاءني زيد الاعمرو، وايضاً لا يصح ان يقال ما جاءني القوم الاحمار اذا لم يكن الحمار متعلقا بهم، وعلى ذلك فجميع الاستثنائات المنقطعة ترجع الى المتصل فتدل على الحصر.

وفيه: اولا: ان الاستثناء لا يقتضي الدخول حقيقة، بل ربما يكون المصحح توهم الدخول كما في قوله تعالى: ﴿وسجد الملائكة كلهم اجمعون الا ابليس﴾ فانه حيث كان بينهم ـ وان لم يكن منهم ـ يتوهم الدخول في الحكم، فلذا اخرجه، وعليه فكون الا بمعنى الاخراج لا يقتضي رجوع المنقطع الى المتصل.

وثانياً: ان ارجاع المنقطع الى المتصل لا وجه له سوى التحفظ على ظهور كلمة الا في الاخراج، وان حملها على لكن خلاف الظاهر، وللمنع عن ظهورها في ذلك بنحو تصلح قرينة للتصرف في المستثنى منه بحمله على خلاف ظاهره بارادة الاعم مجال واسع، ولا اقل من الاجمال.

الثالث: ان المراد بالباطل في الآية الشريفة هو الباطل الشرعي، والغرض بيان كون كل اكل باطلا الا التجارة عن تراض، فيكون المعنى: لا تأكلوا اموالكم بينكم بوجه من الوجوه فان كل وجه باطل الا التجارة عن تراض، فذكر الباطل لبيان علة الحكم، وعليه فالاستثناء في الآية الشريفة يكون متصلا.

توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التّراضي في بيع الفضولي.

وامّا حديث الرّفع ففيه: اوّلا انّ المرفوع فيه هي المؤاخذة والاحكام المتضمنة لمؤاخذة المكره، والزامه بشيء[١] والحكم بوقوف عقده على رضاه راجع الى انّ له أن يرضى بذلك، وهذا حقّ له لا عليه. نعم قد يلزم الطّرف الآخر بعدم الفسخ حتّى يرضى المكره أو يفسخ، وهذا إلزام لغيره والحديث لا يرفع المؤاخذة والإلزام عن غير المكره كما تقدم.

وامّا الزامه بعد طول المدّة باختيار البيع او فسخه فهو من توابع الحقّ الثّابت له بالاكراه، لا من احكام الفعل المتحقّق على وجه الاكراه، ثمّ انّ ما ذكرنا واضح

وفيه: انه خلاف الظاهر، اذ الظاهر منه كون الباطل موضوعا لا علة للحكم، وايضاً الظاهر منه ارادة الباطل العرفي.

فالحق تمامية جواب المصنف.

ويرد عليه ـ مضافا الى ذلك ـ ان المراد من التجارة ليس هو العقد كي يعتبر ان يكون عن الرضا، بل المراد بها الكسب والاكتساب، وهو لا يحصل شرعا الا بعد الرضا، فيكون تجارة عن تراض.

الامر الثاني: حديث الرفع[١].

بتقريب: انه يدل على رفع اثر ما استكرهوا عليه تكليفا كان ام وضعا، فاثبات التأثير للعقد الصادر عن اكراه ـ ولو كان على سبيل جزء العلة كما يقوله القائل بصحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا ـ خلاف مقتضى الحديث.

واجاب عنه المصنف باجوبة.

[١] الأول: ما ظاهره: ان حديث الرفع بمقتضى وروده في مقام الامتنان يختص بالآثار التي تكون على المكره، ولا يشمل الاثر الذي له، ولا الاثر المتوجه الى غيره، وعليه فحيث ان الحكم بوقوف عقد المكره على الرضا وان له ان يرضى وله ان لا يرضى، حكم له لا عليه، والزام الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره او يفسخ الزام

---

١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس وما يناسبه.

.....

لغيره، ومعنى صحة عقده ان رضى هو ذلك فلا تكون الصحة بهذا المعنى مشمولة للحديث.

واورد عليه بايرادين:

احدهما: ما عن السيد الفقيه والمحققين النائينيﷺ والاصفهاني، وهو: ان الحديث لو سلم انه لا يرفع الاثر الذي للمكره، فانما يختص بالاثر الثابت للعقد لولا حديث رفع الاكراه، واما الاثر الثابت له بعد وروده فلا يصلح الحديث لرفعه، والصحة بمعنى وقوفه على الرضا حكم يثبت بعد ورود حديث الرفع، اذ مع قطع النظر عنه اثر العقد هو فعليه التأثير لا وقوفه على الرضا، فلا يصلح حديث الرفع لرفعه ولا نظر له اليه.

وفيه: أنّه يمكن توجيه كلامه بنحو لا يرد عليه هذا الايراد.

وحاصله: ان اثر العقد هو الملكية من حين العقد الى الابد، واذا كانت حديث الرفع مختصا بما في رفعه منّة يرتفع مقدار من الملكية الذي يكون ثبوته منافيا للامتنان وهو الملكية قبل الرضا، واما الملكية بعد الرضا ـ التي هي اثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع ـ فحيث انه لا امتنان في رفعها فهي لا ترتفع بالحديث.

وبالجملة: المرفوع بالحديث انما هو مقدار من الملكية التي هي باجمعها اثر العقد، ويكون في رفعه منّة، واما المقدار الذي لا منّة في رفعه ـ وهي الملكية بعد الرضا فلا يكون مرفوعاً بالحديث.

الايراد الثاني: ما اورده السيد الفقيهﷺ والمحقق النائينيﷺ، وهو: أن المرفوع لا يختص بالآثار المتعلقة بالمكره، بل المرفوع مطلق الآثار.

وفيه: ان الآثار المتعلقة بغير المكره على قسمين: قسم منها مترتب على الآثار المتعلقة بالمكره، نظير ما لو اكره على النكاح فاوقع النكاح عن كره، فانه يكون عدم جواز تزويج الغير لتلك المرأة وكون الزنا معها زنا بذات البعل، ونحو ذلك مترتبة على زوجية تلك المرأة للمكره.

على القول بكون الرّضا ناقلاً، وكذلك على القول بالكشف بعد التّأمل. وثانياً أنّه يدلّ على انّ الحكم الثّابت للفعل المكره عليه لولا الاكراه[١] يرتفع عنه اذا وقع مكرهاً عليه، كما هو معنى رفع الخطأ والنّسيان ايضاً، وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه لأنّ اثر العقد الصّادر من المالك مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإكراه السّببية المستقلّة لنقل المال. ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الاكراه وهذا الاثر النّاقص المترتّب عليه مع الاكراه، حيث انّه جزء العلّة التّامّة للملكيّة لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النّظر عن الإكراه ليرتفع به إذ المفروض أنّ الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه.

وبعبارة اخرى اللّزوم الثّابت للعقد مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفيّ بهذا الحديث، والمدّعي ثبوته للعقد بوصف الاكراه هو وقوفه على رضا المالك. وهذا غير مرتفع بالاكراه لكن يرد[٢] على هذا انّ مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات هو تقيّدها بالمسبوقيّة بطيب النّفس، فلا يجوز الاستناد اليها لصحّة بيع المكره ووقوفه على الرّضا اللاّحق فلا يبقى دليل على صحّة بيع المكره فيرجع الى اصالة الفساد. وبعبارة اخرى ادلة صحّة البيع تدلّ على سببية مستقلة، فإذا قيّدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره بل لو كان هنا ما يدلّ على صحّة البيع بالمعنى الأعم من السّببية المستقلة كان دليل الاكراه حاكما عليه

وقسم منها يكون مترتبا على ذلك الفعل مستقلا، نظير وجوب وفاء الطرف بالعقد الواقع بينه وبين المكره، حيث انه مترتب على العقد مستقلا. وما ذكراه يتم في القسم الاول دون الثاني ـ فتدبر.

فظهر ان هذا الجواب متين.

[١] الجواب الثاني: ان الحديث انما يرفع الاثر المترتب على المكره عليه لولا الاكراه، واما الاثر الثابت له بوصف الاكراه فلا يدل الحديث على رفعه، وهو واضح، والاثر الثابت للعقد ـ مع قطع النظر عن الاكراه ـ السببية المستقلة والمدعى ثبوته له هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالاكراه.

[٢] واورد على نفسه: بان اثر العقد الثابت له بمقتضى الاطلاقات هو السببية التامة المرفوعة بالحديث، وثبوت السببية الناقصة يحتاج الى دليل آخر مفقود، فيرجع

مقيّداً له فلا ينفع اللّهم إلاّ أن يقال إنّ الإطلاقات المقيّدة للسّببية مقيّدة[١] بحكم الأدلّة الاربعة المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل ومع عدم طيب النّفس، بالبيع المرضي به سبقه الرّضا او لحقه ومع ذلك فلا حكومة للحديث عليها اذ البيع المرضيّ به سابقاً لا يعقل عروض الاكراه له. وامّا المرضي به بالرّضا اللاحقّ فإنّما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف، وهو أصل البيع ولا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلّة الاربعة مدخليّة الرّضا في تأثيره ووجوب الوفاء به، فالاطلاقات بعد التّقييد تثبت التّأثير التّام لمجموع العقد المكره عليه، والرّضا به لاحقاً ولازمه بحكم العقل كون العقد المكره عليه بعض المؤثّر التّام. وهذا لا يرتفع بالاكراه لأنّ الاكراه مأخوذ فيه بالفرض كما ترتفع السّببية المستقلّة. وهذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرّضا ناقلاً أو كاشفاً إذ على الأوّل يكون تمام المؤثّر نفسه. وعلى الثّاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقّبه للرّضا، وكيف كان فذات العقد المكره عليه مع قطع النّظر عن الرّضا أو تعقّبه له لا يترتب عليه إلاّ كونه جزء المؤثّر التّام. وهذا أمر عقلي قهريّ يحصل له بعد حكم الشّارع بكون المؤثّر التّام هو المجموع منه، ومن الرّضا أو وصف تعقّبه له فتأمّل.

الى اصالة الفساد.

[١] واجاب عنه: بان المطلقات قيدت بمقيد آخر غير حديث الرفع بالرضا في مرتبة سابقة على الحديث، فيكون المستفاد منها ـ بعد الجمع ـ ان العقد المرضي به بالرضا السابق او اللاحق يكون مؤثرا، ولا حكومة للحديث على ذلك، اذ البيع المرضي به بالرضا السابق لا يعقل عروض الاكراه عليه، واما المرضي به بالرضا اللاحق فهو مع هذا القيد لا يعرضه الاكراه، وبدونه وان كان يعرضه الا انه لا اثر له، اذ كونه جزء الموثر عقلي قهري يحصل بعد حكم الشارع بتأثير العقد المرضي به، وعلى هذا فالمطلقات المقيدة بما دل على اعتبار الرضا الاعم من السابق واللاحق دليل صحة هذا العقد.

بقي الكلام في انّ الرّضا المتأخّر ناقل او كاشف مقتضى الاصل وعدم حدوث حلّ مال الغير الاّ عن طيب نفسه هو الاوّل الاّ انّ الاقوى بحسب الادلّة النّقلية هو الثّاني كما سيجيء في مسألة الفضولي، وربّما يدّعي أنّ مقتضى الأصل هنا. وفي الفضولي هو الكشف لأنّ مقتضى الرّضا بالعقد السّابق هو الرّضا بما افاده من نقل الملك حين صدوره فامضاء الشّارع للرّضا بهذا المعنى وهو النّقل من حين العقد وترتّب الآثار عليه لا يكون الاّ بالحكم بحصول الملك في زمان النّقل. وفيه انّ مفاد العقد السّابق ليس النّقل من حينه بل نفس النّقل، الاّ انّ إنشاءه لمّا كان في زمان التّكلم فإن كان ذلك الانشاء مؤثّراً في نظر الشّارع في زمان التّكلم

يرد عليه امور:

احدها: ما تقدم من انه لو لا دليل رفع ما استكرهوا عليه لما كان دليل على اعتبار الرضا في العقد.

ثانيها: ان الجزئية للمؤثر وان كانت غير مجعولة الا انها مجعولة بتبع جعله جزء المؤثر، وهو قابل للرفع.

ثالثها: انه على هذا لا يكون حديث الرفع من الادلة في هذا المبحث.

فالحق عدم تمامية هذا الجواب.

نعم جوابه الأول تام.

ويمكن ان يجاب عن هذا الوجه بجواب آخر، وهو:

ان الآثار انما يترتب على المنشآت لا الانشائات، وهي امور باقية اعتبارا، فلها حدوث وبقاء، ومن الواضح ان المرفوع انما هو المكره عليه بهذا العنوان كما هو الشأن في جميع العناوين المأخوذة في الموضوعات، فما دام يكون الاكراه باقيا لا يترتب عليه الاثر، واذا تبدل الى الرضا فهو يكون مؤثراً بقاءاً.

ونظير ذلك ما لو اكره الجنب على الجلوس في المسجد، فانه مادام بقاء الاكراه ترتفع الحرمة، فاذا تبدل الى الرضا يحرم جلوسه بقاء.

فتحصل ان الأظهر ما هو المشهور من صحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا.

حدث الاثر فيه وان كان مؤثّراً بعد حصول امر حدث الأثر بعده، فحصول النّقل في نظر الشّارع يتبع زمان حكمه الناشيء من اجتماع ما يعتبر في الحكم ولذلك كان الحكم بتحقّق الملك بعد القبول، او بعد القبض في الصّرف والسّلم والهبة او بعد انقضاء زما الخيار على مذهب الشّيخ، غير مناف لمقتضى الايجاب، ولم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنّسبة الى الازمنة.[١]

فإن قلت: حكم الشّارع بثبوت الملك، وان كان بعد الرّضا الاّ انّ حكمه بذلك لمّا كان من جهة امضائه للرّضا بما وقع، فكأنّه حكم بعد الرّضا بثبوت الملك قبله، قلت: المراد هو الملك شرعاً، ولا معنى لتخلّف زمانه عن زمان الحكم الشّرعي بالملك، وسيأتي توضيح ذلك في بيع الفضولي ان شاء الله تعالى وان شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنّه وان كان حلاّ للعقد السّابق وجعله كأن لم يكن، الاّ انّه لا يرتفع به الملكيّة السّابقة على الفسخ، لأنّ العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلّقه. ثمّ على القول بالكشف هل للطرف الغير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله.

---

[١] سياتى الكلام على ذلك مستوفا فى مبحث الفضولى فلا فائدة فى البحث هنا.

ثم الجزء الثالث من كتابنا منهاج الفقاهة ويتلوه الجزء الرابع من اول بيع الفضولى والحمدلله اولا وآخرا.

الجزء الثالث

فهرس المحتوى

تعريف البيع وبيان حقيقته ٥
ضابط ما يصح جعله معوضا وعوضا وما لا يصح ٨
جعل المنفعة عوضا ١٣
جعل عمل الحر عوضا ١٤
حقيقة الحق واقسامه ١٦
تعاريف الفقهاء للبيع ٢٣
عدم اعتبار تعقب القبول فى صدق البيع ٣٣
البيع حقيقة فى الصحيح او الاعم ٣٦
التمسك بالاطلاق لامضاء كل مظهر ٤٢
بيع المعاطاة ٤٤
الاقوال فى المعاطاة ٥٥
دليل المختار فى المعاطاة ٥٧
ادلة عدم افادة المعاطاة الملكية ونقدها ٦٨
كلام بعض الاساطين وما يرد عليه ٦٩
اصالة اللزوم .... استصحاب بقاء الملك ٨٠
دليل السلطنة ٩٠
آية التجارة عن تراض ٩٤
دليل لزوم خصوص البيع ٩٥
آية الوفاء بالعقد ٩٦

دليل الشرط ۹۸
ادلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها ۱۰۰
حول اعتبار شرائط البيع فى المعاطاة ۱۱۰
حول جريان الربوا فى المعاطاة ۱۱۷
حول جريان الخيارات فى المعاطاة ۱۱۹
بيان مورد المعاطاة ۱۲۰
حول تميز البايع عن المشترى فى المعاطاة ۱۲٤
اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين ۱۲۷
التصرفات المتوقفة على الملك ۱۳۳
الاذن فى التصرفات المتوقفة على الملك ۱۳٦
حقيقة الاباحة بالعوض ۱٤٥
حول صحة الاباحة بالعوض ۱٤۷
الدليل على لزومها ۱٤۹
جريان المعاطاة فى جميع العقود والايقاعات ۱٥۰
ملزمات المعاطاة ۱٦۰
من الملزمات تلف العينين ۱٦٤
حول تلف احدى العينين ۱٦٦
اذا كان احد العوضين دينا فى الذمة ۱٦۹
نقل العين بالعقد اللازم ۱۷۱
نقل العين بالعقد الجائز ۱۷٥
لو باع ثالث العين فضولا ۱۷۷
من الملزمات الامتزاج والتغير ۱۷۹
جواز الرجوع لا يورث بالموت ۱۸۱
ثبوت الخيار فى المعاطاة ۱۸۳

فهرس المحتوى ۴۶۹

حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة ۱۸۶
الفاظ عقد البيع ۱۹۲
خصوصيات الفاظ العقد ۱۹۶
الفاظ الايجاب والقبول ۲۰۲
حول اعتبار العربية فى العقد ۲۰۷
عدم اعتبار الماضوية ۲۱۰
حول تقديم القبول على الايجاب ۲۱۲
حول اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول ۲۲۵
حول اشتراط التجيز فى العقد ۲۳۰
تنبيهات التعليق فى العقد ۲۳۹
اعتبار المطابقةبين الايجاب والقبول ۲۴۲
اعتبار وقوع العقد فى حال يجوز لكل منهما الانشاء ۲۴۵
اختلاف المتعاقدين فى شروط الصيغة ۲۴۹
حول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ۲۵۲
حول قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ۲۵۸
مدرك قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ۲۶۵
حول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ۲۷۳
الموارد التى توهم عدم اطراد القاعدة فيها ۲۷۶
يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه فورا ۲۸۴
ضمان المنافع المستوفاة ۲۸۸
حكم المنافع غير المستوفاة ۲۹۳
المثلى والقيمى ۲۹۸
بيان ما هو المرجع عند الشك فى المثلية والقيمية ۳۰۳
ما تقتضيه الادلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية والقيمية ۳۰۷

اذا لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ٣١٦
اذا سقط المثل عن المالية ٣١٧
الصورة الثانية ٣٢٠
لو تعذر المثل فى المثلى ٣٢٣
العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم ٣٢٦
لا فرق بين التعذر البدوى والطارى ٣٣١
المراد من اعواز المثل ٣٣٣
فى معرفة قيمة المثل ٣٣٥
الاعتبار ببلد المطالبة او بلد التلف ٣٣٦
لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة ٣٣٧
ضمان القيمى بالقيمة ٣٣٨
تعيين القيمة بحسب ما تقتضيه الاصول العملية ٣٤٢
تعيين القيمة بحسب ما يقتضيه صحيح ابى ولاد ٣٤٧
بيان ما يستفاد من ساير النصوص ٣٦٠
ارتفاع القيمة بحسب الامكنة ٣٦١
بدل الحيلولة ٣٦٢
مورد بدل الحيلولة ٣٦٥
الزام المالك باخذ البدل ٣٦٧
فى ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له او مباح ٣٦٨
هل العين تنتقل الى الضامن ام لا ٣٦٩
حق الاولوية ٣٧٥
حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية ٣٧٦
اذا ارتفع التعذر يجب رد العين ٣٧٨
شروط المتعاقدين ٣٨٤

عقد الصبي ٣٨٤
ادلة القول بصحة عقد الصبي ٣٩٧
المستثنيات ٤٠١
معاملة الصبي في الاشياء اليسيرة ٤٠٥
حول تصرفات الصبي ٤١٣
اعتبار القصد ٤١٤
لابد من تميز البايع عن المشترى ٤١٥
لا يجب تعيين من يشترى له ومن يبيع له ٤١٦
حول تعيين الموجب والقابل ٤٢١
من شرائط المتعاقدين الاختيار ٤٢٥
ادلة بطلان عقد المكره ٤٢٦
حقيقة الاكراه ٤٣٠
اعتبار العجز عن التفصي بما لاضرر فيه ٤٣٢
لو اكره الشخص على احد امرين ٤٣٩
لو اكره احد الشخصين على فعل واحد ٤٤٢
صور تعلق الاكراه ٤٤٤
الاكراه على بيع عبد من عبدين ٤٤٨
الاكراه على الطلاق ٤٥٢
لو تعقب الرضا عقد المكره ٤٥٨

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى