كتاب المكاسب

الشيخ مرتضى الأنصاري

مع حواشي

غاية الطالب إلى أسرار المكاسب

للميرزا فتاح الشهيد الحسيني

الجزء الأول

البيع الفسخ الخيارات

بسم الله الرحمن الرحیم

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب المكاسب

الشيخ مرتضى الأنصاري قدس سره

مع حواشي

هداية الطالب إلى أسرار المكاسب

الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي قدس سره

المجلد الثاني

البيع، القسم الأول

الانصاري، مرتضي؛ شهيدي تبريزي، ميرفتاح.
المكاسب مع حواشي الشهيدي/ الشيخ مرتضي الانصاري، ميرزا فتاح شهيدي تبريزي، قم: سماء قلم، ١٤٣٠ ق= ١٣٨٨.
٥ ج.
ISBN: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٢-٥ (جلد ٢) ISBN: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٠-٩ (دوره)
عربي
فهرستنويسي بر اساس اطلاعات فيپا (فهرستنويسي پيش از انتشار)
١. معاملات(فقه). الف. انصاري، مرتضي بن محمد امين، ١٢١٤-١٢٨١ ق. المكاسب - نقد و تفسير. ب. شهيدي تبريزي، ميرفتاح، ١٢٩٦-١٣٧٢ ق. هداية الطالب الي أسرار المكاسب. ج: عنوان: هداية الطالب الي أسرار المكاسب.
٧٠٣٥ م ٨ الف ١٩٠/١ BP ٢٩٧/٣٧٢
كتابخانه ملي ايران ٤١٩٥٢- ٨٥ م

كتابخانه
مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى
شماره ثبت: ٣٢٥٨٠
تاريخ ثبت :

سماء قلم

المكاسب
مع
هداية الطالب الى أسرار المكاسب

المجلّد الثانى

البيع، القسم الاوّل

المؤلف: الشيخ مرتضي الانصاري قدس سره / الشارح: الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي قدس سره
المطبعة: سيماي كوثر/ الطبعة: الأولي، ١٣٨٨ ش - ١٤٣٠ ق
المطبوع: ٢٠٠٠ نسخة
شابک دوره: ٩-٣٠-٨٥٣٦-٩٦٤
شابک جلد٢: ٥-٣٢-٨٥٣٦-٩٦٤
مركز پخش: قم، ص. ب ٣٨١٣-٣٧١٨٥
تلفاكس: ٠٢٥١-٧٧٤٨٣٩٦ همراه: ٠٩١٢٣٥١٦٨٧٥

جميع الحقوق محفوظة لسماء القلم

بسم الله الرّحمن الرّحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين، و لعنة الله على أعدائهم الى يوم الدين.

كتاب البيع

و هو في الأصل كما عن المصباح[1]: مبادلة(١٢٤١) مالٍ بمال.

.....

١٢٤١. للبيع و كذلك الشراء إضافتان: إضافة إلى الفاعل و من يصدر عنه المبدأ، و إضافة أُخرى إلى المفعول و ما يرد عليه المبدأ، و هو المبيع و المال. و هو بالنظر إلى الإضافة الأُولى عبارة عن التبديل و التعويض و نحو ذلك. و أمّا بالنظر إلى الإضافة الثانية؛ فلمّا أخذ في مفهومه -بلحاظ الإضافة المذكورة - قيام كلّ واحد من المالين مقام الآخر فيما له من الأوصاف الاعتباريّة العقلائيّة التي لها آثار شرعيّة، كالملكيّة و الوقفيّة و الرقيّة، وكان المقصود الأهمّ بيان مفهومه بهذا اللحاظ الثاني، فلا محيص عن تعريفه بالمبادلة لإفادة قيام كلّ من المالين مقام الآخر، حيث إنّ التبديل و نحوه لايفيد ذلك كما هو واضح. و إلى هذه الإضافة الثانية ينظر الفيّومي في تعريفه بما ذكر. فإشكال غير واحد من المحشّين على المتن عليه بأنّ اللازم عليه من جهة كون البيع فعل شخص واحد بالضرورة التعبير بالتبديل بدل المبادلة، غفلة و ذهول عن كونه بصدد تعريفه بلحاظ الإضافة الثانية لا الأُولى. و هذا المعنى هو المقصود منه في قوله تعالى: ﴿وَ ذَرُوا الْبَيْعَ﴾ و ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و فيما عداهما من الآيات. وكذا في الأخبار، مثل قوله صلى الله عليه وآله: «البيّعان بالخيار، و إذا افترقا وجب البيع». وكذا في قول الفقهاء: كتاب البيع، و أقسام البيع، و أحكام البيع، و سائر الموارد التي نعلم أنّ المراد منه فيها المعاملة الخاصّة المتقوّمة بقيام مال مقام آخر. و أمّا أنّ هذه المبادلة بين المالين هل هو قائم بشخص واحد، و هو صاحب المثمن، أو قائم بشخصين هو و صاحب الثمن؟ فيه وجهان، لعلّ أظهرهما الأوّل، لأنّ إقامة كلّ من المالين مقام الآخر إنّما تحصل بمجرّد الإيجاب، و لادخل فيها للقبول الذي هو فعل الآخر إلاّ في مرحلة التأثير و التأثّر، فتأمّل.

و الظاهر اختصاص المعوّض بالعين(١٢٤٢) فلايعمّ إبدال المنافع بغيرها،

.....

وكيف كان، فالبيع هو المبادلة بين المالين و تلوّن كلّ منهما بلون الآخر، بل جعل أحدهما عين الآخر، غاية الامر اعتباراً لاحقيقة و تكويناً. فكلّ ما كان لأحد المالين من الأوصاف الاعتباريّة العقلائيّة القابلة للانفكاك عن موصوفها لابدّ أن يثبت للمال الآخر، فقد يكون وصفه الملكيّة كما هو الغالب، و قد يكون غيره كما في بيع الوقف في صورة جوازه، و نحو ذلك. فتعريف البيع بالتمليك ليس في محلّه، و إنّما هو يتضمّن التمليك و يستلزمه في بعض الموارد لأجل خصوصيّة فيه مختصّة به. و من هنا ذكر العلاّمة أنّ التمليك حقيقة في الهبة، و جعل «ملّكت» في إيجاب البيع من الكنايات، و حكم بعدم صحّته. و قال الشهيد الثاني: إنّ «ملّكت» يفيد معنى غير البيع. فما ذكره الفخر من أنّ معنى «بعت» في لغة العرب: ملّكت غيري، إمّا خلاف التحقيق، أو مبنيّ على الغالب في الأثر. فمن ذلك نقول: إنّ ثمن الوقف و الرهن يصير وقفاً و رهناً بنفس البيع، و لايحتاج إلى إنشاء الوقف و الرهن. و نقول أيضاً: إنّ العبد المشترى من الزكاة زكاة. فهل ينعتق قهراً أو يحتاج إلى عتق؟ فيه وجهان، ظاهر بعض الروايات هو الثاني، و سيأتي مزيد توضيح لذلك في بيع الغاصب من أقسام الفضولي.

١٢٤٢. يعني بها مقابل المنفعة، فيعمّ العين الشخصيّة و الكلّي في المعيّن و الكلّي في الذمّة، سواء كان استقراره في الذمّة بنفس البيع أوكان قبله بغير ذاك البيع، و على الثاني كان بيعه على من هو عليه أو على غيره. وكيف كان، لاإشكال في ذلك بحسب العرف و الشرع. و أمّا بحسب اللغة فقد يقال -كما هو صريح المحشّين على المتن-: إنّ مقتضى تعريف المصباح - من جهة التعبير بالمال عن المعوّض أيضاً - نفي الاختصاص، حيث إنّ المال لغة أعمّ من العين و المنفعة. و من هنا نسب التسامح إلى تعريف المصباح، من حيث تعبيره عن الأخصّ بالأعمّ. و فيه نظر، لأنّ المال كما في المجمع على ما ببالي: «أنّه في الأصل ملك الذهب و الفضّة، ثمّ أطلق على كلّ ما يتملّك من الأعيان» انتهى. و هو كما ترى صريح في اختصاص المال بالعين مقابل المنفعة. و لاينافيه ما في القاموس من أنّ المال ما ملكته من كلّ شيء، لقوّة احتمال أن يكون العموم من حيث الأعيان قبال الاختصاص بالذهب و الفضّة في الأصل، فيكون موافقاً لذيل كلام الطريحي. فمن هنا يعلم اختصاص المعوّض بالعين في اللغة أيضاً من دون حاجة إلى التمسّك بأصالة عدم النقل، و أنّ نسبة التسامح المذكور إلى تعريف المصباح ليس في محلّها. نعم،

و عليه استقرّ اصطلاح الفقهاء* في البيع. نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم[٢] في نقل غيرها(١٢٤٣) بل يظهر ذلك من كثيرٍ من الأخبار كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمة المدبّر[٣] و بيع

.....

فيه تسامح من جهة أُخرى، و هي أنّه يعتبر في البيع عنوان المعوّضية في أحد المالين و العوضيّة في الآخر، و التعريف المذكور أعمّ من ذلك، لشموله لما كان كلّ من المالين مثل الآخر في صحّة التعبير عنه بالمعوّض و العوض، و هو ليس بيعاً، بل ليس صلحاً أيضاً، بل الظاهر أنّه معاوضة مستقلّة يعبّر عنها في اللغة الفارسيّة بـ«سوداگري».

و يعلم أيضاً أنّ العوض مثل المعوّض مختصّ بالعين، لاعتبار كونه مالاً أيضاً، و قد مرّ اختصاص المال بالعين. و الظاهر عدم التصرّف في البيع من هذه الجهة أيضاً، فلايجوز جعل المنفعة و الحقّ معوّضاً و لاعوضاً في البيع، لعدم كونهما من الأموال. و ما تراه من إطلاق المال على المنفعة و بعض الحقوق في لسان العرف إنّما هو بلحاظ الأمر المرتكز، أعني: تقوّمه بالذهب و الفضّة، كما لايخفى.

هذا، و الذي يظهر من المصنّف‌ﷺ هو التردّد في صدق المال على المنفعة، كما هو ظاهر لمن لاحظ كلماته في ضمان المنافع في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، مثل قوله: «بناءً على صدق المال على المنفعة». و قوله: «لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة». بل ظاهر العبارة الثانية منع صدق المال عليها، لعلّك تتوهّم أنّه بعد منع صدق المال على المنفعة لايبقى لك ما تستند إليه في ضمان المنافع، لاختصاص موضوع أدلّة الضمان بالمال المفروض اختصاصه بالأعيان. و لكنّه فاسد بما يأتي إن شاء اللّه في أحكام المقبوض بالعقد، فانتظر.

١٢٤٣. الظاهر أنّ المستعمل له فيه -مثل الشيخ‌ﷺ في محكيّ المبسوط، حيث أطلق البيع على نقل خدمة العبد- قد تبع في ذلك النصّ المشتمل على هذا الاستعمال، لا أنّه يرى جواز كون المعوّض من المنافع حتّى ينافي ما استقرّ عليه الاصطلاح، ولذا لم يتعدّوا في هذا الاستعمال عن مورد النصوص. و أمّا التعبير بالبيع في النصوص عن نقل بعض المنافع فإنّما هو بنحو من العناية.

---

* في بعض النسخ زيادة: في تعيّن العوض و المعوّض.

سكنى الدار(١٢٤٤) التي لايُعلم صاحبها[٤]، وكأخبار بيع الأرض الخراجيّة و شـــرائها[٥]، و الظاهر أنّها مسامحة في التعبير، كما أنّ لفظ الإجارة يستعمل عرفاً في نقل بعـــض الأعيـــان كالثمرة على الشجرة. و أمّا العوض، فلا إشكال في جواز كونها منفعة كما في غير موضع من القواعد[٦]، و عن التذكرة[٧] و جامع المقاصد[٨]، و لايبعد عدم الخلاف فيه. نعم، نُـــسب إلى بعض الأعيان(١٢٤٥) الخلاف فيه، و لعلّه(١٢٤٦) لما اشتهر في كلامهم: من أنّ البيع لنقل* الأعيان، و الظاهر إرادتهم بيان المبيع**، نظير قولهم: إنّ الإجارة لنقل المنافع.

.....

١٢٤٤. يعني بالخبر المتضمّن له ما رواه في الوسائل - في باب اشتراط كـــون المبيـــع مملوكاً - عن إسحاق بن عمّار، عن العبدالصالح قال: «سألته عن رجل في يده دار ليست له، و لم تزل في يده و يد آبائه من قبله، قد أعلمه من مضى من آبائه أنّها ليست لهم و لايـــدرون لمن هي، فيبيعها و يأخذ ثمنها. قال عليه السلام: ما أحبّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنّه ليس يعـــرف صاحبها، و لايدري لمن هي، و لاأظنّ يجيء لها ربّ أبداً. قال عليه السلام: ما أحبّ أن يبيع ما لـــيس له، قلت: فيبيع سكناها أو مكانها في يده، فيقول: أبيعك سكناي و تكون في يدك كما هي في يدي. قال: نعم، يبيعها على هذا». و المراد من «مكانها في يده» كونها فيها، بأن يكون المكان مصدراً ميميّاً. قال في الوافي: «بيان: «أو مكانها في يده» أي: منزلتها عنده، كما يفسّره بقوله: تكون في يدك كما تكون في يدي» انتهى. أمّا تجويز نقل منفعة الدار مع كونها لغـــير الناقـــل لابأس به، لإمكان أن تكون منافعها لهم دونها بالوقف مثلاً.

١٢٤٥. يمكن أن يكون مراد الناسب من البعض هو الآقا البهبهاني في رسالته العمليّـــة في المعاملات الموسومة بآداب التجارة. و هو الحقّ، حيث إنّ البيع قد أخذ في مفهومه المال في طرف العوض أيضاً، و قد مرّ منع صدقه على المنفعة، فما كان من هذا القبيل فهـــو إجـــارة حقيقةً، و إطلاق البيع عليه لو سلّم تسامح، فلايعمّه أحكام البيع، و لاأقلّ من الشكّ فيرجـــع إلى الأُصول عند عدم القواعد اللفظيّة.

١٢٤٦. وجه المخالفة ما ذكرنا من اعتبار الماليّة في العوض، و أنّ المنفعة ليست بمـــال حقيقة، لا ما ذكره المصنّف رحمه الله.

---

* في بعض النسخ: نقل.

** في بعض النسخ: البيع.

و أمّا عمل الحرّ(١٢٤٧)، فإن قلنا إنّه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال، و إلاّ ففيه إشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة، كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح. و أمّا الحقوق*(١٢٤٨) فإن لم تقبل المعاوضة بالمال كحقّ

.....

١٢٤٧. بناءً على ما ذكرنا من منع صدق المال على المنفعة لايجوز جعله عوضاً في البيع، لأنّه على كلّ حال من المنافع. و أمّا بناءً على عمومه للمنفعة و صدقه عليها و جواز جعلها عوضاً في البيع فلاينبغي الإشكال في صحّة جعل عمل الحرّ عوضاً في البيع مطلقاً، حتّى قبل وقوع المعاوضة عليه في معاملة اُخرى، كالإجارة بأن يستأجر شخصاً للخياطة مثلاً ثمّ يشتري المستأجر كتاباً يجعل ثمنه عمل خياطة ذاك الشخص الذي ملكه بالإجارة قبل بيع الكتاب و شرائه، و ذلك ضرورة صدق المال عليه بناءً على التعميم المفروض حتّى قبل المعاوضة، حيث إنّه يصدق عليه ما جعلوه معنى المال من أنّه شيء يبذل بإزائه شيء، أو شيء يجري فيه الشحّ، أو شيء يدّخر لوقت الضرورة و الحاجة و غير ذلك من المعاني. و لذا يصحّ جعله صداقاً في النكاح، و أخذ العوض بإزائه في الإجارة، فيصحّ جعله عوضاً في البيع قبل المعاوضة عليه مثل عمل العبد، لاشتراكهما فيما هو المعتبر في العوضيّة، أعني: الماليّة. نعم، يفترق عمل العبد عن عمل الحرّ في صورة عدم المعاوضة عليها قبل البيع، بكون الأوّل ملكاً للسيّد، بخلاف الثاني، فإنّه ليس ملكاً لأحد.

فإن قلت: بعد أن كان عمل الحرّ مالاً كعمل العبد فما الوجه في ضمان الثاني إذا حبسه الظالم دون الأوّل؟ قلت: الوجه فيه أنّ المدار في الضمان على إتلاف المال، لكن لامطلقاً، بل بما هو مضاف إلى الغير، كما هو مفاد أدلّة الضمان من دليل الإتلاف و اليد، و الإضافة إلى الغير موجودة في عمل العبد، لأنّه ملك المولى بالتبع، بخلاف عمل الحرّ، لأنّه ليس ملكاً لأحد. نعم، له سلطنة تمليك أعماله للغير، و هذا من موارد انفكاك السلطنة عن الملكيّة، فتأمّل، فإنّ فيه كلاماً يأتي في المقبوض بالعقد الفاسد.

١٢٤٨. الظاهر زيادة كلمة «الأُخر» و قد ضرب عليها الخطّ في بعض النسخ المصحّحة. و على تقدير وجودها لابدّ أن يكون معناها المغايرة، و يكون التوصيف للتوضيح.

---

* في بعض النسخ زيادة: الأُخر.

.....

يعني: و أمّا الحقوق المغايرة للمنافع أو نحو ذلك.

و كيف كان، و في بعض الحواشي: «أنّ في صحّة جعل عوض المبيع شيئاً من الحقوق خلافاً بين المتأخّرين، بعد اتّفاقهم على أنّ المبيع لابدّ أن يكون عيناً، فأثبته صاحب الجواهر قدس سره تمسّكاً بإطلاق الأدلّة و الفتاوى، و نفاه بعض الأساطين في شرحه على القواعد على ما حكي عنه. و فصّل المصنّف بين أقسام الحقّ، فجزم بالنفي فيما لايقبل المعاوضة بالمال، و كذا فيما لايقبل النقل، و استشكل فيما هو قابل للنقل في مقابل المال» انتهى.

أقول: المراد من القسم الأوّل ما لايقبل الإسقاط و النقل، لأنّ مقابلة الحقّ بالمال إمّا أن يكون على إسقاطه، و إمّا أن يكون على نقله، فإذا لم يقبل المقابلة بالمال فلابدّ أن لايكون قابلاً للنقل و الإسقاط، و ذلك كحقّ الحضانة و الولاية. و المراد من القسم الثاني ما يقبل الإسقاط دون النقل، إذ مقتضى المقابلة للقسم الأوّل أنّه قابل للمقابلة بالمال و إعطاء المال بإزائه، فإذا لم يقبل النقل فلابدّ أن يكون قابلاً للإسقاط، كي يصحّ جعله في مقابل المال، و تخرج المعاملة عن السفهيّة، و ذلك مثل حقّ الخيار و الشفعة، فإنّهما غير قابلان للنقل الاختياري و إن كانا يقبلان النقل القهري إذا وجد سببه كالإرث، كما هو المعروف، و هو مشكل عندنا كما يأتي إن شاء الله في أحكام الخيار، و لكنّهما قابلان للإسقاط. و المراد من القسم الثالث ما كان قابلاً لكلا الأمرين، نظير حقّ التحجير بناءً على عدم حدوث الملك بمجرّد ذلك، و إلاّ -كما لايبعد- فهو خارج عن موضوع البحث.

و الظاهر أنّ الخلاف بين المصنّف و صاحب الجواهر قدس سرهما إنّما هو فيما عدا القسم الأوّل، حيث لاشبهة لأحد في أنّ البيع من المعاوضات، فلابدّ فيه من كون العوضين ممّا يبذل بإزائه شيء عند العقلاء، و القسم الأوّل ليس كذلك. و لعلّ الوجه في عدم تعرّض صاحب الجواهر لعدم صحّة جعل هذا القسم عوضاً، و إطلاق كلامه مع وضوحه، أنّ هذا ليس من الحقوق بل من الأحكام، لأنّ الحقّ لابدّ فيه أن يكون قابلاً لأحد الأمرين، فينحصر الحقّ في الأخيرين.

و أمّا القسم الثاني فجعله عوضاً عن المبيع يتصوّر على وجهين:

الأوّل: أن يكون غرض البايع و المشتري كون المبيع بإزاء هذا النحو من الحقّ بطور النقل، بأن يقول: بعتك هذا الكتاب بحقّ لك عليّ على أن ينتقل منك إليّ.

.....

الثاني: أن يكون الغرض كونه بإزائه على نحو الإسقاط، بأن يقول: بعتك هذا بحقّ لك عليّ على أن يزول منك و يسقط.

و لاإشكال في خروج الأوّل عن محلّ البحث بينهما، من دون فرق بين أن يكون من عليه الحقّ هو البايع كما في المثال، أو غيره كما في قولك: بعتك هذا بحقّ لك على زيد على أن ينتقل منه إليّ، إذ المفروض عدم قابليّته للنقل، و معه كيف يمكن لصاحب الجواهر تجويز جعله عوضاً؟ لأنّه خلف، إذ مرجعه إلى عدم العوض، فنسبة الخلاف إليه هنا افتراء صرف.

و أمّا الوجه الثاني – أعني: كون الغرض جعل المبيع بإزاء الحقّ بطور الإسقاط- فتحته صورتان. إحداهما: أن يكون من عليه الحقّ هو البايع، و الأُخرى: أن يكون غيره. و منشأ النزاع في الصورة الثانية يمكن أن يكون النزاع في اعتبار أحد أمرين و عدمه، إمّا اعتبار النقل و التمليك من الطرفين، و إمّا اعتبار صرف رجوع كلّ من العوضين إلى مالك الآخر و لو بغير الانتقال إليه، مثل رجوعه إلى صاحب الآخر بانتفاعه بزواله عنه. فمن يقول باعتبار الأوّل كالمصنف أو يقول باعتبار الثاني يقول بعدم الصحّة، لانتفاء كلا الأمرين. أمّا الأوّل – أعني: النقل- فلفرض عدم قابليّته له. و أمّا الثاني – أعني: رجوع الحقّ إلى البايع و لو بانتفاعه بالسقوط- فلفرض عدم كون الحقّ عليه، و لاينتفع بسقوط الحقّ إلاّ من عليه الحقّ، و هو غير البايع.

و أمّا الصورة الأُولى فمنشأ النزاع فيها منحصر في النزاع في اعتبار خصوص الأمر الأوّل – و هو النقل من الطرفين – و عدم اعتباره، لوجود الأمر الثاني فيها. فمن قال باعتباره كالمصنّف يقول بالبطلان، و من قال بعدمه و اكتفى بمجرّد الانتفاع و لوكان في ضمن السقوط –كصاحب الجواهر– قال بالصحّة. فما كان منشأ النزاع في الصحّة و الفساد منحصراً بخصوص الخلاف في اعتبار النقل من الطرفين و عدمه هو الصورة الأُولى من صورتي القسم الثاني، و هي صورة كون من عليه الحقّ هو البايع. فمراد المصنّف من القسم الثاني – بقرينة تعليله البطلان بخصوص اعتبار النقل و التمليك من الطرفين في البيع- هو هذه الصورة الأُولى، و إلاّ لما اكتفى به في مقام التعليل، فتأمّل.

و حاصل مرامهﷺ أنّه لايصحّ جعل الحقّ الغير القابل للنقل عن ذيه عوضاً عن المبيع على

.....

وجه الإسقاط، لأنّ البيع من النواقل حتّى من طرف المشتري، و لانقل هنا من طرفه، لعدم إمكانه حسب الفرض، مضافاً إلى عدم قصد النقل، إذ الفرض قصد العوضيّة على وجه الإسقاط. نعم، لوكان البيع أعمّ من النقل و الإسقاط لصحّ ذلك.

و لابأس بشرح العبارة كي يندفع عنها الإشكال بحذافيره، فنقول: إنّ صاحب الجواهر﵀ بعد أن اختار جعل الحقّ عوضاً - تارةً على وجه الإسقاط، و مثّل له ببيع العين بحقّي الخيار و الشفعة على معنى سقوطهما، و أُخرى على وجه النقل إلى البايع، و مثّل له ببيع العين بحقّ التحجير- مستنداً في ذلك إلى إطلاق الأدلّة و الفتاوى، استدرك كلام كاشف الغطاء الذي منع عن ذلك، ثمّ استظهر منه إرادة العوضيّة على وجه الإسقاط. و ذكر في وجه منعه أنّ البيع ليس من المسقطات بل من النواقل. و استشكل عليه بقوله: «و فيه: أنّه يصحّ بيع الدين على من هو عليه، و لاريب أنّه ليس فيه إلاّ الإسقاط دون النقل و التمليك، و لو باعتبار أنّ الإنسان لايملك على نفسه ما يملكه غيره ءابه، الذي يقرّر بعينه في حقّي الخيار و الشفعة» انتهى.

و لمّا كان هذا الإشكال يرد على المصنّف القائل بمقالة كاشف الغطاء من اعتبار النقل من الطرفين في البيع - وجه الورود، أمّا في طرف المثمن فواضح. و أمّا في طرف الثمن فبالأولويّة و الإجماع، لأنّ كلّ من اكتفى بمجرّد الإسقاط في طرف المثمن فقد اكتفى به في طرف الثمن بطريق أولى، حيث إنّه كان يقتضي كون البيع أعمّ من النقل و التمليك و الإسقاط، المستلزم لصحّة جعل الحقّ القابل للإسقاط دون النقل عوضاً عن المبيع- تعرّض﵀ لدفعه بقوله: «و لاينتقض...». و حاصل الدفع: أنّه إن أُريد من الملكيّة المنفيّة في قوله: «إنّ الإنسان لايملك على نفسه ما يملكه غيره عليه» الظاهر في إرادة عدم معقوليّتها الملكيّة الابتدائيّة أي: حدوثها، فعدم معقوليّتها ممنوع، إذ لامانع عقلاً من كون الإنسان مالكاً على ما في ذمّته ثمّ يسقط، و من هنا صار أمر الإبراء ملتبساً، فجعله الشهيد﵀ مردّداً بين التمليك و الإسقاط، و يأتي الكلام إن شاء اللّه في وجه الترديد، فلو لم يعقل ملكه على ما في ذمّته على نحو يترتّب عليه السقوط لم يكن له وجه للترديد المذكور، كما هو ظاهر. و إن أُريد الملكيّة الاستداميّة و بقائها عليه ما لم يطرأ عليه أحد النواقل فهو مسلّم و لكن لاضير فيه. هذا، و يمكن الخدشة عليه بمنع عدم المعقوليّة فيه أيضاً، إلاّ أن يراد منه مجرّد عدم مساعدة العرف و العقلاء عليه، لاحكم العقل بالاستحالة أو عدم قدرته على التصوير. ثمّ إنّه لمّا كان قد يتوهّم جريان تقرير

.....

وجه الدفع في المثال الذي مثّل به صاحب الجواهر﵀، و هو بيع العين بحقّي الخيار و الشفعة التي استشهد به عليه، دفعه المصنّف بقوله: «و الحاصل...». و محصّله: أنّ الإسقاط فرع النقل و الانتقال، و هو - مع أنّه خلاف الفرض من وجهين، إذ المفروض عدم قابليّته للنقل، و المجعول عوضاً إنّما كان على وجه الإسقاط لا على وجه النقل- مستلزم لاتّحاد المسلّط و المسلّط عليه، و مرجعه إلى التناقض.

فإن قلت: ما الوجه في اكتفاء المصنّف﵀ في دفع التوهّم المذكور بالاستحالة، و لم يتعرّض لغيرها كما ذكر؟

قلت: الوجه فيه وضوح ذاك الغير من ملاحظة عنوان البحث، أعني: عوضيّة ما لايقبل النقل من أقسام الحقوق. و إن شئت فقل: إنّه قطع النظر عن العنوان لأجل الإشارة إلى أمر دقيق.

و من التأمّل فيما ذكرنا يعلم فساد الإيراد على العبارة بأنّ هذا الكلام مختلّ النظام. أمّا أوّلاً: فبأنّه في مقام بيان عدم صحّة جعل الحقّ الغير القابل للنقل عوضاً و فساده، فلايناسب التعليل بقوله: «لأنّ البيع تمليك الغير» لأنّه لايدلّ على لزوم النقل من طرف الثمن الذي هو محلّ البحث.

و أمّا ثانياً: فلأنّه لايناسب النقض ببيع الدين على من هو عليه، لاختصاص مورده بالمعوّض.

و أمّا ثالثاً: فلأنّه منقوض بجعل الحقّ عوضاً عن مال غير من عليه الحقّ، إذ ليس فيه اتّحاد المسلّط و المسلّط عليه.

وجه الفساد: أمّا في الأوّل فلأنّ مراده تمليك الغير على وجه المبادلة، لاختياره تعريف المصباح في اعتبار المبادلة، و لايحصل ذلك إلاّ بالنقل من الطرفين على ما مرّ تفصيله. و إنّما لم يكتف بمجرّد ما مرّ نقله عن المصباح و أتى بتلك العبارة التي تراها إمّا للتفنّن، و إمّا نظراً إلى عدم إفادته للنقل و التمليك، لكون المبادلة أعمّ من النقل.

و أمّا في الثاني؛ فلأنّ الغرض النقض بنحو الأولويّة، حيث إنّ كل من اكتفى بالإسقاط في طرف المعوّض فقد اكتفى به في طرف العوض بطريق أولى.

و أمّا في الثالث؛ فلما مرّ من اختصاص محلّ الكلام بجعل الحقّ عوضاً عن مبيع من عليه

الحضانة و الولاية فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل النقل* كحقّ الشفعة و حقّ الخيار، لأنّ البيع تمليك الغير.

.....

الحقّ على وجه الإسقاط، فالنقض بما ذكر أجنبيّ عن محلّ النزاع قد نشأ عن توهّم عمومه للصورة المذكورة و غيرها. هذا تمام الكلام في القسمين الأوّلين من أقسام الحقوق.

و أمّا القسم الثالث، و هو ما كان قابلاً للمقابلة بالمال من جهة قابليّته للنقل و الإسقاط معاً، فمجمل القول فيه أنّه إمّا أن يجعل عوضاً عن المبيع على وجه الإسقاط، فحاله حال القسم الثاني. و إمّا على وجه النقل، و هو المقصود بالبحث هنا، و لعلّ منشأ إشكال المصنّف﵀ فيه هو الإشكال في المراد من المال المأخوذ في تعريف البيع في عوضيه. فإن كان المراد ما يصحّ أن يكون طرفاً للإضافة و السلطنة و متعلّقاً لهما فلايصحّ عوضيّة الحقّ المذكور، لأنّ الحقّ إمّا مرتبة ضعيفة من الملكيّة أو عبارة عن نفس السلطنة، و على كلّ تقدير يكون هو من قبيل نفس الإضافات لا من أطرافها. و من هنا يظهر وجه آخر لعدم صحّة العوضيّة في البيع فيما تقدّم من أقسام الحقّ. و إن كان المراد منه مطلق ما يرغب فيه العقلاء و يبذلون شيئاً بإزائه و لوكان من قبيل الإضافة و السلطنة، فيصحّ عوضيّته. و من هذا البيان يظهر فساد توهّم الإيراد على المصنّف﵀ بأنّه بعد تسليم مقابلة هذا النحو من الحقّ بالمال كيف يمكن أن يكون أخذ المال في عوضي البيع وجهاً لعدم الجواز؟ فتأمّل. فعلم من جميع ما ذكرنا أنّ المصنّف يمنع من عوضيّة الحقّ بجميع أقسامه. أمّا الأوّلان فواضح. و أمّا الأخير فلأنّه مع الشكّ في صحّة عوضيّته يرجع إلى الأصل المقتضي لعدم الصحّة.

هذا، و لايخفى عليك أنّ ما ذكرنا في هذه الحاشية إنّما هو مبنيّ على مذاق القوم القائلين بانقسام الحقوق من حيث القابليّة للإسقاط و النقل إلى ثلاثة أقسام و منهم المصنّف. و أمّا بناءً على المختار من كون الحقوق كلّها من قبيل الأحكام - إمّا الوضعيّة كما في بعض الموارد، أو التكليفيّة كما في البعض الآخر، على ما تقدّم تفصيله في مسألة كفّارة الغيبة من المكاسب المحرّمة- فلا إشكال في عدم صحّة عوضيّة الحقّ في البيع مطلقاً. و إن شئت بصيرة في المقام فراجع هناك و لاحظ و تأمّل.

---

* في بعض النسخ: الانتقال.

و لاينتقض[٩] ببيع الدين على من هو عليه، لأنّه لامانع من كونه تمليكاً فيسقط، و لذا جعل الشهيد في قواعده "الإبراء"(١٢٤٩) مردّداً بين الإسقاط و التمليك[١٠].

و الحاصل: أنّه يعقل أن يكون مالكاً لما في ذمّته فيؤثّر تمليكه السقوط، و لايعقل أن يتسلّط على نفسه. و السرّ: أنّ مثل هذا الحقّ سلطنة فعليّة لايعقل قيام طرفيها بشخصٍ واحدٍ، بخلاف الملك، فإنّها نسبة بين المالك و المملوك، و لايحتاج إلى من يملك عليه حتّى

.....

١٢٤٩. ذكره في ذيل قاعدة عنوانها هذا: «قد يتردّد الشيء بين أصلين، فيختلف الحكم فيه بحسب دليل الأصلين، فمنه الإقالة» إلى أن قال: «و من المتردّد بين الأصلين الإبراء هل هو إسقاط أو تمليك؟». أقول: لعلّ نظره في وجه الترديد إلى أنّ الدين لأحد على آخر له ربط إلى الدائن و ربط إلى المديون، فالدين مثل حبل أحد طرفيه بيد المالك و طرفه الآخر على ذمّة المديون، و الإبراء عبارة عن قطع الربط و إخلاء الذمّة عن الدين، و هو كما يتحقّق بقطع ربطه بالمديون و رفع كونه عليه و إزالته عنه، كذلك يتحقّق بقطع ربطه بالدائن و رفع يده عن ملكه و جعله للمديون، فهو بلحاظ قطع الربط بالطور الأوّل إسقاط له عن ذمّة المديون، و يلزمه زوال ملكه عنه، ضرورة عدم ملك الكلّي بدون الذمّة، و بلحاظ قطعه بالطور الثاني تمليك له للمديون، و يلزمه السقوط عن الذمّة و خلوّها عنه. و حيث لم يعلم أنّ حقيقة الإبراء إخلاء الذمّة عن الدين بالنحو الأوّل أو الثاني جعل أمره بحسب الوضع اللغوي مردّداً بينهما، و تظهر الثمرة في برء النذر به و عدمه لو نذر تمليك مال لشخص.

و من البيان المذكور ظهر أنّ حكم السيّد العلاّمة الأستاذ بفساد احتمال التمليك ليس بذلك الوضوح. و الإنصاف أنّ الحقّ ما ذكره، لأنّ الإبراء من البرء و البراءة، و الظاهر أنّ معناه الحقيقي هو الانصراف و المفارقة عن الشيء، فقد يكون في مقابل الشيء المنصرف عنه شيء آخر، فيلزم الانصراف منه التوجّه إلى الشيء المقابل له، و منه قوله عليه السلام في زيارة العاشوراء: «برئت إلى اللّه و إليكم منهم» فإنّهم لعنهم اللّه مقابلون للّه و محمّد و آل محمّد عليهم السلام، فالبراءة و الانصراف منهم لعنهم اللّه يلازمه التوجّه إليه و إليهم عليهم السلام. و منه قوله تعالى: ﴿بَرائَةٌ مِنَ اللّهِ وَ رَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ الآية، حيث إنّ «مِنْ» في «مِنَ اللّه» قد دخلت على فاعل البرائة و من يوجدها و يصدر عنه، و أمّا

يستحيل اتّحاد المالك و المملوك عليه، فافهم.

و أمّا الحقوق القابلة للانتقال كحقّ التحجير و نحوه فهي و إن قبلت النقل و قوبلت بالمال في الصلح، إلاّ أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً من أخذ المال في عوضي المبايعة لغةً و عرفاً، مع ظهور كلمات الفقهاء - عند التعرّض لشروط العوضين و لِما يصحّ أن يكون أُجرة في الإجارة - في حصر الثمن في المال.

ثمّ الظاهر أنّ لفظ "البيع" ليس له حقيقة شرعيّة و لامتشرّعية**، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضّحه إن شاء الله إلاّ أنّ الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه، ففي المبسوط[١١] و السرائر و التذكرة[١٢] و غيرها[١٣]: "انتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي". و حيث إنّ في هذا التعريف مسامحة واضحة، عدل آخرون إلى تعريفه بـ: "الإيجاب و القبول الدالّين على الانتقال"، و حيث إنّ البيع من مقولة المعنى دون اللفظ - مجرّداً أو بشرط قصد المعنى، و إلاّ لم يعقل إنشاؤه باللفظ - عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة[١٤].

و يرد عليه - مع أنّ النقل ليس مرادفاً للبيع(١٢٥٠)، و لذا صرّح في التذكرة: بأنّ

المفعول المجرور بـ«من» فمحذوف، و هو الأمان و الصبر عن المحاربة و تركها، فيكون المعنى: برائة و انصراف قد وجدت و صدرت من اللّه و رسوله من النهي عن محاربة المشركين و قتلهم إلى الإذن فيها. و قد لايكون في مقابله شيء وجودي، كما في البراءة من الدين و البرء عن المرض، فيكون خالياً عن معنى التوجّه إلى شيء آخر. فعلى هذا يكون معنى الإبراء من الدين هو صرف الدين عن المديون و تفريقه عنه، و يلزمه السقوط، و أمّا التمليك فهو أجنبيّ عن معنى البراءة بالمرّة، فلا وجه لاحتماله، فافهم.

١٢٥٠. إن كان مراده عدم مرادفة جنس التعريف، و هو النقل المجرّد عن قيد كونه بالصيغة المخصوصة، فالأمر كما ذكره، إلاّ أنّه ليس بشيء، إذ اللازم هو المرادفة بين المعرَّف بالفتح و تمام المعرِّف بالكسر، و إلاّ لايسلم تعريف عن هذا الإيراد، و منه تعريفه، ضرورة أنّ الإنشاء ليس مرادفاً للبيع. و إن كان مراده عدم مرادفة تمام التعريف بجنسه و فصله ففيه منع

---

* في بعض النسخ: متشرّعة.

إيجاب البيع لايقع بلفظ "نقلت" و جعله من الكنايات[١٥]، و أنّ المعاطاة عنده بيع(١٢٥١) مع خلّوها عن الصيغة -: أنّ النقل بالصيغة أيضاً لايعقل إنشائه بالصيغة(١٢٥٢). و لايندفع هذا: بأنّ المراد منّ البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لا أنّه* مأخوذ في مفهومه حتّى

.....

واضح. و على هذا، فعدم جواز إيجاب البيع به لعلّه من جهة عدم إمكان إنشائه كما ذكره المصنّف، أو من جهة أنّ المعيار في الصراحة المعتبرة في ألفاظ العقود عند بعض صراحة اللفظ بنفسه من دون انضمامه بقيود يكون اللفظ معها نصّاً في المطلوب، و ليس لمادّة النقل صراحة في البيع بدون الضميمة، بل معها أيضاً، كما إذا بيع شيء بإزاء ما هو راجع إلى المسجد، فإنّه لاينقل إلى المشتري، بل يكون مثل الثمن راجعاً إلى المسجد.

ثمّ إنّ العلاّمة لم يصرّح في التذكرة بعدم إيجاب البيع بلفظ «قبلت» و لم يجعله من الكنايات، حيث إنّه قال: «و يشترط - يعني: في الصيغة - اُمور» إلى أن قال: «الرابع: التصريح، فلايقع بالكناية مع النيّة، مثل: أدخلته في ملكك أو جعلته لك أو خذه منّي و سلّطتك عليه بكذا، عملاً بأصالة بقاء الملك، و لأنّ المخاطب لايدري بمَ خوطب به» انتهى.

١٢٥١. قد يجاب عن ذلك بأنّ مراده تعريف البيع اللاّزم، و هو كما ترى. و يمكن أن يجاب عنه بأنّ مراده من الصيغة أعمّ من القوليّة و الفعليّة. و هذا ليس ببعيد غايته.

١٢٥٢. ذكر بعض الأفاضل أنّه منقوض بمثل الإذن الصريح الذي يتفرّع عليه آثار خاصّة لاتتفرّع على مجرّد الرضا و شهادة الحال، فإنّه عبارة عن الرضا المنشأ بصيغة مخصوصة، و هي صيغة «أذنت»، فكما يعقل إنشاء هذا الإذن بلفظ «أذنت» على ضرب من التحريد، كذلك، إنشاء النقل المدلول عليه بلفظ خاصّ بخصوص هذا اللفظ. و يشبه هذا أيضاً ما إذا قال القائل: أتكلّم قاصداً به التكلّم الحاصل بهذا اللفظ، فيكون من قبيل القضايا الطبيعيّة التي تشمل نفسها، كما إذا قال القائل: إنّي إذا تكلّمت يوجعني لساني، فإنّه يشمل نفسه، فيمكن أن يكون البيع هو النقل الحاصل بلفظ «بعت» على نحو دخول التقييد و خروج القيد، و ينشأ هذا بلفظ «بعت» فتدبّر جيّداً.

---

* في بعض النسخ: لا لأنّه.

يكون مدلول "بعتُ": نقلت بالصيغة، لأنه إن أُريد(١٢٥٣) بالصيغة خصوص "بعتُ" لزم الدور(١٢٥٤)، لأنّ المقصود معرفة مادة "بعت"، و إن أُريد بها ما يشمل* "ملّكت" وجب الاقتصار على مجرّد التمليك و النقل. فالأولى تعريفه بأنه: "إنشاء تمليك عينٍ بمالٍ"، و لايلزم عليه شيء ممّا تقدّم(١٢٥٥).

.....

١٢٥٣. هذا علّة لما هو العلّة في الحقيقة، لعدم الاندفاع بما ذكره، و هو صحّة إرادة ما ذكر في وجه الاندفاع. يعني: و لايندفع بما ذكر، لأنه لايصحّ إرادته حتّى يندفع به، لأنّه إن أُريد... . و محصّله أنه يلزم من إرادته أحد المحذورين الدور على تقدير، و لزوم الاقتصار على النقل و التمليك و ترك التقييد بالصيغة المخصوصة.

١٢٥٤. يمكن اختيار هذا الشقّ و رفع الدور بأنه إنّما يلزم لو أُريد من «بعت» معناه لالفظه، و هو ممنوع، إذ المفروض في وجه الاندفاع كون النقل مدلول الصيغة، و معلوم أنّ الذي يدلّ عليه إنّما هو لفظ «بعت» لامعناه. فممّا ذكرنا هنا و الحواشي السابقة يظهر أنّ تعريف جامع المقاصد سليم عن الإيراد عليه بما في المتن من الوجوه الثلاثة. نعم، يرد عليه شيء آخر أشرنا إليه سابقاً، و هو أنّ البيع ليس نقلاً، و إنّما يتضمّنه في بعض الموارد دون الآخر، و قد مرّ مثاله.

١٢٥٥. قد استشكل على هذا التعريف بأنّ البيع بالضرورة من قبيل المنشأ لا الإنشاء، فلايصحّ تعريفه به. و فيه: أنه إنّما يرد لو كان المعرّف بالفتح هو البيع بمعناه الاسم المصدري، و ليس الأمر كذلك، و إنّما هو بصدد تعريفه بالمعنى المصدري، و ذلك بقرينة قوله‌ﷺ فيما بعد: «ثمّ إنّ ما ذكرنا تعريف للبيع المأخوذ في صيغة «بعت» و غيره من المشتقّات» حيث إنّ المبدأ المأخوذ فيه و في سائر المشتقّات عنده على خلاف التحقيق هو المصدر لااسم المصدر. و الشاهد على ذلك قوله في أواخر المبحث عند بيان وجه التمسّك بإطلاقات أدلّة البيع: «أو على المصدر الذي يراد من لفظ...». و من هذا يعلم المراد من قوله قبل هذه الجملة: «إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: بعت...»، إذ بهذا يتّضح أنّ قوله: «الذي يراد...» هناك صفة للمصدر لاالحاصل.

---

* في بعض النسخ: يشتمل.

نعم، يبقى عليه اُمور: منها: أنّه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ "ملّكتُ" و إلاّ لم يكن مرادفاً له. و يردّه: أنّه الحقّ كما سيجئ. و منها: أنّه لايشمل بيع الدين على من هو عليه؛ لأنّ الإنسان لايملك مالاً على نفسه. و فيه – مع ما عرفت و ستعرف من تعقّل تملّك ما على نفسه و رجوعه إلى سقوطه عنه نظير تملّك ما هو مساوٍ لما في ذمّته(١٢٥٦)، و سقوطه بالتهاتر –: أنّه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع؛ إذ ليس للبيع لغةً و عرفاً معنى

.....

و بالجملة، المعرّف بالفتح عنده هو المصدر، و قد أخذ في مفهومه الإضافة إلى الفاعل بنحو الإصدار و الإنشاء، و لمّا كانت هذه الإضافة من المعاني الحرفيّة التي ليس لها لفظ خاصّ عبّر عنها بالاسم، فأدرج لفظ الإنشاء في التعريف لإفادة هذه الإضافة، و مع ذكره لابدّ أن يراد من التمليك في التعريف هو بالمعنى الاسم المصدري لا المصدري، و إلاّ لايكون ذكره مستدركاً. و ممّا ذكرنا يعلم أنّ المراد من الإنشاء في التعريف ليس مقابل الإخبار كما توهّم، كي يقال: إنّ البيع ممّا يطرأ عليه الإنشاء و الإخبار، بل المراد منه تلك الإضافة المأخوذة في مفاهيم المصادر، و هو تارة يخبر عنه، كما في: باع فلان داره، أي: أوجده، و اُخرى ينشأ – أي: يقصد وجوده في الخارج – بالقول أو الفعل.

و قد يستشكل على تعريف المصنّف بأنّ العوض غير مأخوذ في مفهوم البيع وضعاً، و لذا يصحّ الإخبار بالبيع عمّن قال: بعت هذه الدار بدون ذكر العوض. و الوجه فيه: أنّه موضوع للأعمّ من الصحيح و الفاسد، و لذا تراهم يذكرون البيع بلا ثمن و يختلفون في حكمه، فلو لم يكن بيعاً لم يكن لهذا وجه.

و فيه: أنّ كون البيع من المعاوضات من الواضحات. و ما ذكر في وجه صحّة الإخبار بالبيع في الفرض المذكور من وضعه للأعمّ إنّما يجدي بعد إحراز أصل المسمّى، و هو ممنوع. و إطلاق البيع عليه لو سلّم تسامح. نعم، يرد على التعريف المذكور مثل ما أوردناه على تعريف جامع المقاصد، و هو أنّ البيع ليس تمليكاً، و إنّما هو من لوازمه الغالبة، كما أشرنا إليه آنفاً. فالأولى تعريفه بما مرّ عن المصباح، فتدبّر.

١٢٥٦. هذا تنظير لمجرّد سقوط ما في الذمّة قهراً بدون الإسقاط، لرفع الاستبعاد في بيع الدين على من هو عليه. و لكنّ السقوط القهري في المقيس عليه مشكل، لأنّه على خلاف القاعدة، مع عدم الدليل عليه، بل قد تقدّم الإشكال فيه في المقيس أيضاً.

غير المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها من الألفاظ، و لذا قال فخرالدين: إنّ معنى "بعتُ" في لغة العرب: "ملّكتُ غيري"(١٢٥٧)، فإذا لم يعقل ملكيّة ما في ذمّة نفسه لم يعقل شئ ممّا يساويها، فلايعقل البيع.

و منها: أنّه يشمل التمليك بالمعاطاة، مع حكم المشهور بل دعوى الإجماع على أنّها ليست بيعاً. و فيه: ما سيجئ من كون المعاطاة بيعاً، و أنّ* مراد النافين نفي صحّته.

و منها: صدقه على الشراء، فإنّ المشتري بقبوله للبيع يملّك ماله بعوض المبيع. و فيه: أنّ التمليك فيه ضمنيّ(١٢٥٨)، و إنّما حقيقته التملّك بعوضٍ، و لذا لايجوز الشراء بلفظ "ملّكتُ" تقدّم على الإيجاب أو تأخّر. و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعينٍ، حيث إنّ الاستئجار يتضمّن تمليك العين بمالٍ أعني المنفعة.

و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمالٍ و بالهبة المعوّضة. و فيه: أنّ حقيقة الصلح و لو تعلّق بالعين ليس هو التمليك على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الأصلي

.....

١٢٥٧. قد تقدّم عن الشهيد الثاني رحمه الله أنّ «ملّكت» يفيد معنى غير البيع، و قد ذكرنا أنّ التمليك إنّما يلزم البيع غالباً، و لذا جعله العلاّمة من الكنايات.

١٢٥٨. ليس المراد من الضمنيّة ما يدلّ عليه اللفظ تضمّناً قبال المطابقة و الالتزام، إذ ربّما ينعقد البيع بدون اللفظ كما في المعاطاة، بل المراد منها كون التمليك وسيلة إلى ما هو المقصد الأصلي قبال كونه أصلاً لتعلّقه بالمقصد الأصلي، فكلّ مال كان من قبيل المقاصد فهو المبيع، و صاحبه المملّك بالأصالة و هو البايع، وكلّ مال كان من قبيل الوسائل فهو الثمن، و صاحبه المشتري و المملّك بالتبع و لأجل التوسّل إلى المقصد. و يدلّ على ذلك أصل الحكمة في مشروعيّة البيع، و هي أنّ نوع الإنسان غالباً يحتاج إلى ما في أيدي الناس و يشتهيه، لعدم نهوض كلّ شخص بكلّ ما يحتاج إليه، فكلّ شيءٍ كان مقصده فهو المبيع، إلاّ أنّه لمّا لايحصل مقصوده مجّاناً يتوسّل إليه بشيء و هو الثمن، و بهذا يمتاز البايع عن المشتري. كذا حكي عن العلاّمة الأستاد المولى المحقّق المدعوّ بالشريعة رحمه الله، فاحفظ ينفعك فيما يأتي الكلام في تمييز البايع عن المشتري في رابع تنبيهات المعاطاة.

---

* في بعض النسخ: لأنّ.

هو التسالم(١٢٥٩)، و لذا لايتعدّى بنفسه إلى المال. نعم، هو متضمّن للتمليك إذا تعلّق بعين، لا أنّه نفسه. و الذي يدلّك على هذا: أنّ الصلح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعةً، فيفيد التمليك. و قد يتعلّق بالانتفاع به، فيفيد فائدة العارية و هو مجرّد التسليط*، و قد يتعلّق بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال، و قد يتعلّق بتقرير أمرٍ بين المتصالحين(١٢٦٠) – كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: "صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك" – فيفيد مجرّد التقرير.

.....

١٢٥٩. لعلّ مراده أنّ معناه التجاوز عن المال المتعلّق به الصلح و الإعراض عنه، لكن في الجملة و بالنسبة إلى شخص خاصّ، لا بالجملة و بالنسبة إلى كلّ أحد. فالمال الذي يأخذه المصالح عن المتصالح في مورد الصلح المعاوضي إنّما يأخذه في قبال رفع اليد و الإعراض، فيتملّكه المتصالح بالحيازة مثل المباحات. فالصلح ليس من باب التمليك أصلاً، بل من باب الإعراض، و تملّك المتصالح لمتعلّق الصلح من سنخ تملّك المباحات الأصليّة، و ليس فيه شائبة قبول التمليك، إذ المفروض انتفاء التمليك، فتدبّر، فإنّه لايخلو من إشكال.

١٢٦٠. و لاإشكال في صحّة ذلك، لروايتي الحلبي و أبي‌الصباح الكناني عن أبي‌عبدالله عليه السلام: «في رجلين اشتركا في مال فربحا، و كان من المال دين و عين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال و الربح لك و عليك التوى. فقال عليه السلام: لابأس إذا اشترطا، فإذا كان شرط مخالف لكتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله عزّ و جلّ».

و إنّما الإشكال في أنّه يصحّ مطلقاً، كما هو قضيّة إطلاق المحقّق في الشرائع و العلاّمة في القواعد و الإرشاد، أم يصحّ عند انتهاء الشركة و إرادة فسخها، كما في الدروس و المسالك و جامع المقاصد؟ الظاهر هو الثاني، إذ الظاهر من الرواية تحقّق الشركة و كذلك حصول الربح، فلايعمّ صورة اشتراط ذلك في عقد الشركة. وكذلك الظاهر من قوله: «أعطني رأس المال» مطالبته بالفعل و عدم الرضا بالعمل به فيما بعد، فلايعمّ اشتراطه في أثناء الشركة مع بقائها على ما كانت عليه قبل ذلك. ثمّ إنّ الظاهر أنّ المراد من الربح هو الربح الموجود بقرينة قوله: «فربحا» و من التوى هو التلف المترقّب، لأجل كون المال ديناً يحتمل عدم وصوله لجهة من الجهات.

---

* في بعض النسخ: التسلّط.

فلوكانت* حقيقة الصلح هي عين كلٍّ من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظيّاً، و هو واضح البطلان، فلم يبقَ إلاّ أن يكون مفهومه معنىً آخر و هو التسالم، فيفيد في كلّ موضع** فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلّقه. فالصلح على العين بعوضٍ: تسالمٌ عليه و هو يتضمّن التمليك، لا أنّ مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التمليك، و من هنا لم يكن طلبه من الخصم إقراراً***، بخلاف طلب التمليك.

و أمّا الهبة المعوّضة(١٢٦١) – و المراد بها هنا ما اشترط فيها العوض – فليست

.....

وكيف كان، ليس في الرواية ما يدلّ على كون ذلك بطور الصلح إلاّ قوله: «إذا اشترطا» و هو أعمّ من ذلك، إذ المراد منه العقد الموجب لكون رأس ماله له و الربح و الخسران لشريكه، و هو كما يكون صلحاً كذلك يمكن أن يكون بيعاً، بأن ينقل حصّته من المال المشترك بينهما – عيناً و ديناً – إلى شريكه بمقدار حصّته من رأس ماله، إمّا على ذمّة شريكه، و إمّا في المال المشترك بطور الكلّي في المعيّن. إلاّ أن يقال: نعم، لكن قضيّة إطلاق نفي البأس هو الحمل على الصلح، إذ على البيع لابدّ من تقييده بعدم لزوم الربا، فتأمّل. و على أيّ تقدير، فالصلح هنا قد تعلّق بالنقل و الانتقال، فلا وجه لجعله قسماً على حدة، اللّهمّ إلاّ أن يكون نظره في ذلك إلى عمومات الصلح أو إلى الرواية المتقدّمة، بتعميمها لكون الصلح في أثناء الشركة مع بقائها على حالها مع فرض تعلّق الصلح بالربح المستقبل بطور شرط النتيجة، و لكن قد مرّ عدم عمومها له، فتأمّل.

١٢٦١. قد تطلق الهبة و يراد بها ما يرادف العطيّة، و هو صرف تمليك المال بلا عوض، فتشمل الهديّة و الجائزة و النحلة و الصدقة و الوقف، و بهذه الملاحظة عبّر عنها في الشرائع بكتاب الهبات، بل تشمل الوصيّة أيضاً. و قد تطلق و يراد بها ما يقابل المذكورات، و هو تمليك المال ملكاً طلقاً منجّزاً بلاعوض بإزاء المال الموهوب، من غير اشتراط بالقربة، غير ملحوظ فيه عنوان آخر وراء التمليك. فيخرج الوقف، لعدم كونه تمليكاً أصلاً، أو لعدم كونه طلقاً. و الصدقة، لكونها مشروطة بالقربة. و الوصيّة، لكون التمليك فيها معلّقاً على الموت. و الهديّة، إذ يلاحظ فيها إرسال شيء إلى شخص بقصد التكريم و التعظيم. و كذا الجائزة، لأنّها

---

* في بعض النسخ: كان. ** في بعض النسخ: من المواضع. *** في بعض النسخ: له.

إنشاء تمليكٍ بعوضٍ على جهة المقابلة، و إلاّ لم يعقل تملّك أحدهما لأحد العوضين من دون تملّك الآخر للآخر، مع أنّ ظاهرهم عدم تملّك العوض بمجرّد تملّك الموهوب الهبة* بل غاية الأمر أنّ المتهب لو لم يؤدِّ العوض كان للواهب الرجوع في هبته، فالظاهر أنّ التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها في كونه تمليكاً** مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في كلٍّ من العوضين، كما يتّضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الأُولى***.

فقد تحقّق ممّا ذكرنا(١٢٦٢): أنّ حقيقة تمليك العين بالعوض ليست إلاّ البيع، فلو قال: "ملّكتك كذا بكذا" كان بيعاً، و لايصحّ صلحاً و لاهبةً معوّضة(١٢٦٣) و إن قصدهما؛

.....

الإعطاء من سلطان أو والٍ أو نحوهما بلحاظ خصوصيّة في المجاز من عمل أو وصف. و أمّا النحلة فقد يقال: إنّها مرادفة للهبة بالمعنى الثاني، و الظاهر من بعض الأخبار مغايرتها لها، و لعلّه لأنّها تمليك خصوص العقار للأولاد أو مطلق الأرحام لإدرار معاشهم شفقة عليهم، فتدبّر.

و كيف كان، فالهبة بالمعنى الأخصّ تمليك مجّاني لم يلحظ فيه خصوصيّة عنوان آخر. فتارة يشترط العوض في أصل التمليك المجّاني، فيكون كلّ من التمليكين مجّانياً. و اُخرى يعوّضه المتّهب بلا اشتراط. و ثالثة لايعوّضه لا بالشرط و لابدونه. و يسمّى الأوّلان بالهبة المعوّضة، و الأوّل منهما هو المراد هنا.

١٢٦٢. قد مرّ غير مرّة أنّ التمليك غير البيع، و إنّما هو لازم له في الغالب، فجواز البيع به مبنيّ على كفاية الكناية كما هو الحقّ.

١٢٦٣. أمّا كونه بيعاً فلقصد مضمون تلك الألفاظ، و مضمونها عنده ﷺ ليس إلاّ البيع، فبواسطة قصد مضمونها قد قصد البيع، فلا مانع من وقوعه. و أمّا عدم كونه صلحاً و هبة؛ أمّا مع عدم قصدهما فواضح، و أمّا مع قصدهما فلأنّ القصد إنّما يؤثّر في حصول المقصود إذا كان اللفظ الذي قصد به حصوله كاشفاً عنه و ظاهراً فيه و لو بحسب الوضع الثانوي، لا

---

* في بعض النسخ: بالهبة. ** في بعض النسخ: تملّكاً.

*** في بعض النسخ زيادة ما يلي: «وممّا ذكرنا تقدر على إخراج القرض من التعريف؛ إذ ليس المقصود الأصلي منه المعاوضة و المقابلة، فتأمّل».

إذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقيّة ليس صلحاً و لاهبةً، فلايقعان به. نعم، لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجّه تحقّقهما مع قصدهما، فما قيل من أنّ البيع هو الأصل في تمليك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصلح و الهبة المعوّضة[١٦]، محلّ تأمّلٍ، بل منعٍ؛ لما عرفت من أنّ تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لاغير.

نعم، لو أُتيَ بلفظ "التمليك بالعوض" و احتمل إرادة غير حقيقته كان مقتضى الأصل اللفظي حمله على المعنى الحقيقي، فيحكم بالبيع، لكنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدّم، و سيجئ توضيحه في مسألة المعاطاة في غير البيع إن شاء الله.

بقي القرض داخلاً في ظاهر الحدّ، و يمكن إخراجه بأنّ مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة(١٢٦٤) لامعاوضة للعين بهما، و لذا لايجري فيه ربا المعاوضة، و لا الغرر المنفي فيها، و لاذكر العوض، و لا العلم به، فتأمّل.

ثمّ إنّ ما ذكرنا تعريفٌ للبيع المأخوذ في صيغة "بعتُ" و غيره من المشتقّات، و يظهر من بعض من قارب عصرنا[١٧](١٢٦٥) استعماله في معانٍ أُخر غير ما ذكر أحدها: التمليك

.....

في ضدّه، و الصيغة المفروضة بناءً على مذهبه صريحة في البيع. هذا فيما لو كان المراد الأصلي وقوع مضمون تلك الصيغة، و أمّا لوكان المراد منها الصلح أو الهبة بنحو الكناية أو التجوّز توجّه وقوعهما بها، بناءً على عدم اعتبار الصراحة و الحقيقة في الصيغة.

١٢٦٤. الأولى أن يقول: على وجه ضمان نفس المال المقروض، بمعنى كونه بنفسه على عهدة المقترض يردّه في وقت الردّ بردّ المثل أو القيمة، فخروجه عن التعريف إنّما هو بأخذ قيد العوض فيه، لأنّ الذي يأخذه المقرض من المقترض من المثل أو القيمة إنّما هو نفس ماله لاعوضه، لما سيأتي إن شاء الله أنّ ردّ المثل في المثلي في حال تعذّر نفس العين ردّ لنفس المأخوذ حقيقة و من أفراده الحقيقيّة، غاية الأمر في طول ردّ نفس العين من حيث الفرديّة، فباب القرض من التمليك و الاسترداد حقيقة لا من التمليك و أخذ مال آخر بإزائه، و لذا يقال: أخذت ما اقرضته و استرددته، و لايقال: أخذت عوضه، و الأمر في البيع بالعكس، فافهم.

١٢٦٥. الظاهر أنّه صاحب المقابيس. و الغرض من ذلك دفع ما ينافي ما اختاره في معنى البيع.

المذكور لكن* بشرط تعقّبه بتملّك المشتري، و إليه نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد التعقّب** بالقبول مأخوذاً في تعريف البيع(١٢٦٦) المصطلح، و لعلّه لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ بل و صحّة السلب عن المجرّد، و لهذا لايقال: "باع فلان ماله" إلاّ بعد أن يكون قد اشتراه غيره، و يستفاد من قول القائل: "بعت مالي"، أنّه اشتراه غيره، لا أنّه أوجب البيع فقط.

الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول و هو الانتقال، كما يظهر من المبسوط[١٨] و غيره[١٩]. الثالث: نفس العقد المركّب من الإيجاب و القبول و إليه ينظر من عرّف البيع بالعقد. قال: بل الظاهر اتّفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات حتّى الإجارة و شبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد(١٢٦٧).

أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقّب للقبول، فالظاهر أنّه ليس مقابلاً للأوّل(١٢٦٨)، و إنّما هو فردٌ انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب

.....

١٢٦٦. الظاهر زيادة كلمة «مأخوذاً» كما لايخفى***.

١٢٦٧. عناوين المعاملات – على ما يظهر من نكاح المقابس – على ثلاثة أقسام. منها: ما يكون اسماً لأحد طرفي العقد، مثل البيع و الضمان و الخلع و ما أشبهها، فإنّها أسماء للإيجاب. و منها: ما هو اسم لكليهما، مثل الشركة وكلّ ما كان عنوانه مصدراً بصيغة الفعال أو المفاعلة، مثل القراض و المزارعة و المساقاة و المكاتبة. و منها: ما ليس كذلك، بل هو اسم عين، و ذلك مثل الوديعة و العارية و الصدقة، فإنّها لغةً و عرفاً و شرعاً نفس المال، و قد تستعمل في معنى الإيداع و الإعارة و التصدّق، و مثلها لفظ الإجارة، فإنّها في اللغة نفس الأُجرة. ثمّ إنّ الوجه في الترقّي أنّ ما كان اسماً لأحد طرفي العقد في الأصل –كالبيع و نحوه– يكون استعماله في العقد أقرب من استعمال ما لم يكن كذلك فيه، كالإجارة و الوديعة و نحوهما، لوجود علاقة الكلّ و الجزء في الأوّل دون الثاني.

١٢٦٨. يعني بالمعنى الأوّل إنشاء تمليك عين بمال. و غرضه أنّ البيع في قول المخبر«بعت»

---

* في بعض النسخ: لكنّه. ** في بعض النسخ: التعقيب. *** في بعض النسخ: وجب.

المثمر؛ إذ لاثمرة في الإيجاب المجرّد، فقول المخبر: "بعتُ" إنّما أراد الإيجاب المقيّد، فالقيد مستفاد من الخارج لا أنّ البيع مستعمل في الإيجاب المتعقّب للقبول، و كذلك لفظ "النقل"(١٢٦٩) و "الإبدال" و "التمليك" و شبهها، مع أنّه لم يقل* أحد بأنّ تعقّب القبول له دخل في معناها.

نعم، تحقّق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل؛ إذ التأثير لاينفكّ عن الأثر(١٢٧٠)، فالبيع و ما يساويه معنىً من قبيل الإيجاب و الوجوب(١٢٧١) لا الكسر

.....

قد استعمل في هذا المعنى الأوّل الجامع بين المتعقّب للقبول و غيره، و لكنّه أراد خصوص الأوّل، فأفاد إنشاء التمليك بعوض بقوله: «بعت هذا بكذا» و قيّد تعقّبه للقبول بقرينة مقاميّة، أعني: كون الموجب في مقام الإخبار عن البيع المؤثّر، فيكون من باب تعدّد الدالّ و المدلول، لا أنّه استعمل في المقيّد بتعقّب القبول حتّى يكون استعمالاً آخر مقابل المعنى الأوّل كي ينافي انحصار معناه فيه.

١٢٦٩. هذا في مقام الاستشهاد على مرامه. يعني: أنّ النقل و الإبدال و التمليك و شبهها بحسب المعنى مثل البيع في المعنى و مساوٍ و مرادف له كما مرّ، و لم يعتبر أحد تعقّب القبول في تحقّق مفاهيمها، فلابدّ بمقتضى الترادف أن يكون البيع أيضاً كذلك. و فيه: -مع إمكان القلب- منع الترادف أوّلاً، لما مرّ أنّه قديتحقّق البيع و ليس هناك من هذه المفاهيم أثر إلاّ الإبدال. و منع تحقّق مفاهيمها بدون تعقّب القبول ثانياً، و إطلاقها على الخالي عنه إنّما هو بنحو العناية.

١٢٧٠. هذا كما في بعض الحواشي تعليل للنفي في قوله: «لا في نظر الناقل». يعني: أنّ تحقّق القبول ليس شرطاً للانتقال في نظر الناقل، لأنّه صدر منه النقل في نظره و هو تأثير، و الانتقال في نظره أثر له فلاينفكّ عن التأثير، إذ ليس معنى التأثير إلاّ إحداث الأثر، فمع عدم حدوث الأثر لايتحقّق تأثير، و المفروض تحقّقه، فلابدّ من تحقّق الأثر أيضاً. هذا شرح العبارة، و ستعرف الكلام في هذا التعليل، و أنّ تحقّق التأثير و النقل في نظر الناقل ممنوع.

١٢٧١. هذا - كما في بعض الحواشي - أيضاً تفريع على قوله: «نعم، تحقّق القبول

---

* في بعض النسخ: لم ينقل.

شرط للانتقال في‌الخارج لا في نظر الناقل». يعني: أنّ البيع من جهة أنّ القبول شرط لتأثيره في الانتقال في نظر الشارع لا في‌نظر الناقل يكون مثل الإيجاب و الوجوب من الأُمور الاعتباريّة، فيختلف بحسب اختلاف الأنظار في‌اعتبار شيء في تأثير أمر خاصّ أثراً خاصّاً في نظر و عدم اعتباره فيه في نظر آخر، مثل الإيجاب، فإنّ تأثيره أثر الوجوب و حصوله به بحسب الواقع مشروط بكون الموجب عالياً، بخلافه في نظر السائل الموجب، ففي صورة فقدان علوّ الموجب يحصل الوجوب بالإيجاب بحسب نظر الموجب و لايحصل بحسب نظر غيره، و لايكون مثل الكسر و الانكسار من الأُمور الواقعيّة الغير الاعتباريّة حتّى لايختلف باختلاف الأنظار، كما تخيّله صاحب المقابيس.

قال‌ﷺ: «إنّ للبيع إطلاقات. أحدها: أنّه يستعمل مصدراً لـ«باع» بمعنى أوجد البيع، و هو بهذا المعنى عبارة عن الفعل الصادر عن أحد المتعاملين خاصّة مباشرة أو توليداً، و لمّا كان من الأضداد صحّ إطلاقه على كلّ من فعليهما، و إن اشتهر في مالك المبيع بحيث لايتبادر إلاّ فعله. و يشترط في كلا الإطلاقين انضمام الفعلين و اجتماعهما في الوجود، فلايقال لمن أوجب البيع بقوله: «بعت» إنّه باع إلاّ بعد أن ينضمّ إليه قول الآخر و قبوله، و مثله الآخر، بل الحكم فيه أظهر. و لاوجه لحصر هذا الإطلاق إلاّ اعتبار الضميمة في أصل الوضع، كما هو الشأن فيما هو من مقولة الفعل و الانفعال و التأثير و المطاوعة، و أنّه لايطلق اللفظ الدالّ على أحدهما إلاّ بعد حصول الآخر، كالكسر و الانكسار و نحو ذلك. و أمّا قولهم «كسرته فلم ينكسر» فمجاز، كما أنّ «فانكسر» في قولهم «كسرته فانكسر» إنّما هو دفعاً للتجوّز، و لذلك يقتصر كثيراً على الأوّل و لايختلّ المعنى أصلاً، و كذلك فيما نحن فيه، و إن افترق عمّا ذكرنا في أنّ الصادر من كلّ من المتعاملين لفظ دالّ على الرضا كالآخر، و من مجموعهما قد وجد الأثر» انتهى موضع الحاجة من كلامه‌ﷺ.

أقول: هذا هو الحقّ، و إنّ حال البيع في توقّف تحقّق مفهومه اللغوي على الشراء كحال توقّف تحقّق مفهوم الإعطاء على الأخذ، و الشراء على البيع، و الإيقاظ على اليقظة، و الإنامة على النوم، و هكذا، فإطلاق البيع على مجرّد الإيجاب مجاز كما مرّ في كلامه‌ﷺ.

و قد ذكر السيّد العلاّمة الأستاذ في تشييد ذلك ما ينبغي له، إلاّ أنّه قال باعتبار القبول لفعل البايع في المعنى الاصطلاحي للبيع، و لكنّه أخطأ فيه، و إنّما هو معتبر في معناه اللغوي أيضاً،

و الانكسار–كما تخيّله بعض – فتأمّل. و منه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح فضلاً عن أن يجعل أحد معانيه*(١٢٧٢).

.....

إذ ينبغي الجزم بعد** الوضع الجديد و لو التعيّني. فالبيع مثل الكسر لايختلف من حيث الوجود و العدم باختلاف الأنظار، فتعقّب القبول معتبر فيه في جميع الأنظار حتّى نظر الناقل. و أمّا ما علّل به المصنّف‌ﷺ عدم اعتباره فيه في نظره من أنّ التأثير لاينفكّ عن الأثر، ففيه: أنّه نعم، و لكن نمنع تحقّق التأثير من الموجب و لو في نظره، و إنّما المتحقّق في نظره جزء المؤثّر و ما هو راجع إليه. و إن شئت فقل: إنّ المتحقّق في نظره بقوله «بعت» هو التأثير المعلّق على مجيء القبول.

فإن قلت: بناءً على ما ذكرت فما المستعمل فيه لفظ «بعت» في مقام الإنشاء؟

قلت: المستعمل فيه هو معناه اللغوي الذي قلنا بأنّه أخذ في مفهومه تعقّب القبول. و لعلّك تقول: إنّ هذا القيد ليس في اختيار الموجب، فكيف يوجد المقيّد به؟ إذ إيجاده لايكون إلاّ بإيجاد قيده. هذا، مع أنّ البيع حينئذٍ يكون من الإيقاع. و لكنّك غفلت عن أنّ الذي لايمكن إيجاده – من جهة خروج قيده عن تحت اختياره– إنّما هو الإيجاد الحقيقي، دون الإنشائي الذي حقيقته استعمال اللفظ في مفهومه بقصد حصوله و بداعي أن يكون علّة لوجوده، و من المعلوم أنّه لامانع من استعمال «بعت» في المعنى المذكور الذي ادّعيناه بقصد أن يتحقّق به، فكأنّ الموجب في قوله «بعت» يقول: بنيت على كون مالي مال المشتري و ماله مالي و قصدته، فإن تعقّبه القبول و إظهار الرضا به من المشتري حصل المقصود و إلاّ تخلّف العقد عن القصد، و هذا لايضرّ بالقصد المذكور. و هذا نظير ما إذا قصدت من فعل خاصّ –كرمي الحجارة – كسر الكوز، و أوجدت هذا الفعل و لم ينكسر به، فإنّ تخلّف القصد عن ذاك الفعل لايضرّ بأصل القصد، و إنّما يضرّ بتحقّق المقصود. و من هنا ظهر الجواب عن توهّم كونه إيقاعاً لاعقداً، و هو واضح جدّاً.

١٢٧٢. ينبغي أن يقول: أحد معانيه بتذكير الضمير، لأنّه راجع إلى البيع. يعني: و من عدم شرطيّة القبول للنقل و الانتقال في نظر الناقل – الملازم لاستعماله لفظ البيع في مجرّد النقل،

---

* في بعض النسخ: معانيها.

** كذا في الطبعة الحجريّة، و هو تصحيف: بعدم.

و أمّا البيع بمعنى الأثر و هو الانتقال، فلم يوجد في اللغة و لا في العرف، و إنّما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط. و قد يوجّه[٢٠](١٢٧٣): بأنّ المراد من البيع المحدود المصدر من المبنيّ للمفعول أعني: "المبيعيّة"، و هو تكلّف حسن. و أمّا البيع بمعنى العقد، فقد صرّح الشهيد الثاني﵀: بأنّ إطلاقه عليه مجاز، لعلاقة السببيّة[٢١].

و الظاهر أنّ المسبّب(١٢٧٤) هو الأثر الحاصل في نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجِب، لما عرفت من أنّه حاصل بنفس إنشاء الموجِب من دون توقّف على شيءٍ كحصول وجوب الضرب في نظر الآمر* بمجرّد الأمر و إن لم يَصر واجباً في الخارج في نظر غيره. و إلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من

.....

و استفادة قيد التعقّب للقبول من الخارج- يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح عند العرف، كما مرّ نقله عن بعض مشايخه، فضلاً عن أخذه في معناه اللغوي، كما ذهب إليه صاحب المقابيس﵀. وجه الظهور واضح.

١٢٧٣. الموجّه صاحب المقابس﵀. و يمكن أن يوجّه بأنّ إطلاق البيع عليه مجاز بعلاقة السببيّة، و هذا أحسن من ذاك.

١٢٧٤. لمّا كان يمكن الخدشة في ظاهر كلام الشهيد﵀ بأنّ التجوّز بعلاقة السببيّة إنّما هو باستعمال اللفظ الموضوع للمسبّب في السبب، و البيع ليس كذلك، لأنّ معناه الحقيقي هو النقل الحاصل من فعل الموجب فقط بلا دخل للقبول في معناه على ما اختاره المصنّف﵀، فهو مسبّب عن جزء العقد – و هو الإيجاب – لا عن كلّه، لعدم اعتبار القبول في مفهومه في نظر الموجب من حيث النقل و الانتقال. فأراد توجيهه بقوله: «و الظاهر...». و حاصله: أنّ الخدشة المذكورة إنّما تتوجّه فيما لو أراد الشهيد﵀ من المسبّب الأثر الحاصل في نظر الموجب، و ليس كذلك، بل الظاهر أنّه أراد منه الأثر الحاصل في نظر الشارع، و من المعلوم أنّ السبب فيه تمام العقد المركّب من الإيجاب و القبول، فيصحّ استعماله فيه بعلاقة السببيّة. و إلى إرادة هذا المعنى الأثر الحاصل في نظر الشارع نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى، يعني: أنّ هذا المعنى المذكور هو المراد من لفظ البيع الموجود فيهما.

---

* في بعض النسخ: في نفس الآمر.

قولهم: "لزم البيع"، أو "وجب"، أو "لابيع بينهما"، أو "أقاله في البيع" و نحو ذلك.

و الحاصل(١٢٧٥): أنّ البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم

.....

و على هذا التوجيه المذكور لكلام الشهيد يكون هذا المعنى للبيع راجعاً في الحقيقة إلى المعنى السابق، إذ معناه أنّ البيع موضوع لغةً و عرفاً للأثر الحاصل من العقد، و قد مرّ من المصنّف‌ﷺ أنّه لم يوجد في اللغة و لا في العرف. فهذا التوجيه في الحقيقة تمهيد للإيراد على ما ذكره الشهيدﷺ، و إبطال لكون البيع بمعنى العقد، فكأنّه قال: أمّا البيع بمعنى العقد ففيه أنّ البيع -على ما مرّ من أنّه من قبيل المعاني لا الألفاظ- لايصحّ كونه بمعنى العقد، إلاّ بما صرّح به الشهيد الثاني من كونه مجازاً بعلاقة السببيّة، و من قبيل استعمال اللفظ الموضوع للمسبّب - و هو البيع في المقام- في السبب و هو العقد، و لايصحّ كونه مجازاً بالعلاقة المذكورة إلاّ بأن يكون المراد من المسبّب الذي استعمل لفظه الموضوع له في سببه — أعني: العقد -هو الأثر الحاصل من العقد في نظر الشارع، لأنّه المسبّب من العقد، و كان العقد بكلا جزأيه دخيلاً فيه، و لايكفي فيه الإيجاب وحده، و قد مرّ أنّ الأثر الحاصل من تمام العقد - أي: الانتقال الخارجي المترتّب على العقد- لم يوجد وضع لفظ البيع له في اللغة و لا في العرف حتّى يكون مسبّباً عن العقد، و يصحّ استعمال لفظ البيع في العقد مجازاً بعلاقة السببيّة.

ثمّ إنّ الاحتياج إلى التوجيه المتفرّع عليه الإيراد بما ذكره من التقريب مبنيّ على مذاق المصنّف من عدم اعتبار القبول في مفهوم البيع، و أمّا بناءً على اعتباره فيه مطلقاً -كما اخترناه- فلا حاجة إليه في تصحيح كلامه، و لعلّه لذا لم يتعرّض لبيان المسبّب، فافهم.

١٢٧٥. يعني: أنّ حاصل كلام الشهيد بملاحظة التوجيه المذكور أنّ البيع الذي يجعلونه من العقود، و يستعملونه في العقد بعلاقة السببيّة، و يقولون: البيع عقد مركّب من إيجاب و قبول، إنّما يراد به بحسب الحقيقة النقل في نظر الشارع المسبّب عن العقد، و يطلق على العقد بعلاقة السببيّة، لا النقل في نظر الموجب، فإنّه مسبّب عن الإيجاب خاصّة. فعلى هذا، يكون إضافة العقد إلى البيع في قولهم: «عقد البيع» لاميّة من قبيل إضافة السبب إلى المسبّب، لابيانيّة بأن يكون البيع بمعنى العقد، و إلاّ لم يصح أن يقال: انعقد البيع أو لم‌ينعقد البيع، لرجوعه إلى قوله: انعقد العقد و لم ينعقد العقد، و هو ممّا لامعنى له، فتأمّل.

المصدر مع اعتبار تحقّقه في نظر الشارع المتوقّف على تحقّق الإيجاب و القبول، فإضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانيّة، و لذا يقال: "انعقد البيع"، و "لاينعقد البيع".

ثمّ إنّ الشهيد الثاني نصّ في كتاب اليمين من المسالك على أنّ عقد البيع(١٢٧٦) و غيره من العقود حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد، لوجود خواصّ الحقيقة و المجاز كالتبادر(١٢٧٧) و صحّة السلب(١٢٧٨). قال: و من ثَمّ حُمل الإقرار به

.....

١٢٧٦. لعلّ وجه ربطه بالمقام دلالته على اعتبار القبول في معنى البيع، فتأمّل. وكيف كان، ثمّ غرضه‌ﷺ بيان مدلول المركّب الإضافي، أي: مدلول إضافة العقد إلى البيع، إذ ليس للإضافة صحيح و فاسد حتّى يقال: إنّها حقيقة في الأوّل. فلابدّ إمّا أن يكون المراد بيان مدلول المضاف بمعناه الاصطلاحي - أعني: الإيجاب و القبول - فتكون الإضافة لاميّة، أو بمعناه اللغوي المعبّر عنه بالفارسيّة بـ«گره» فتكون الإضافة بيانيّة من قبيل إضافة الكلّي إلى الفرد. و إمّا أن يكون المراد بيان مدلول المضاف إليه بمعنى الأثر الحاصل، أعني: الانتقال. و لاسبيل إلى أحد الأخيرين، إذ لابدّ في تحقّق الصحّة و الفساد من وجود الموضوع المتّصف بأحدهما، و معلوم أنّ الوصفين المتبادلين بناءً عليهما إنّما هما الوجود و العدم، لا الصحّة و الفساد بعد الفراغ عن أصل الوجود، ضرورة انتفاء الانتقال و العقد بالمعنى اللغوي على تقدير الفساد، لا أنّهما يوجدان و لكن مع الفساد. فتعيّن إرادة الأوّل. و حينئذٍ يكون قوله: «إنّ البيع حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد» منافياً لما تقدّم نقله عنه من أنّه مجازٌ في العقد بعلاقة السببيّة، إذ قضيّة هذا أنّه موضوع للعقد، لأنّه القابل للاتّصاف بالصحّة و الفساد، و قضيّة ما نقل عنه في السابق أنّه موضوع للمسبّب عن العقد، و هذا تناقض صرف. إلاّ أن يقال: إنّ مرادهﷺ هنا بيان مدلول المضاف إليه بمعنى الأثر الحاصل من إنشاء التمليك -و هو التمليك - لا بمعنى الأثر الحاصل من نفس التمليك، أعني: التملّك و الانتقال، و الذي لايقبل الاتّصاف بالصحّة هو الثاني دون الأوّل، فإنّه قابل للتأثير و عدمه، و حينئذٍ لاتناقض بين الكلامين كما لايخفى.

١٢٧٧. فيه نظر، إذ يمكن أن يكون التبادر مستفاداً من القرائن الحاليّة أو المقاميّة.

١٢٧٨. هي مسلّمة فيما إذا كان الفساد من جهة عدم انضمام القبول، و أمّا إذا كان من جهة اختلال الشرط فلا.

عليه(١٢٧٩)، حتّى لو ادّعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً، و لوكان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة، و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعمّ من الحقيقة(١٢٨٠)، انتهى. و قال الشهيد الأوّل في قواعده: الماهيّات الجعليّة(١٢٨١) كالصلاة و الصوم و سائر العقود لاتطلق على الفاسد إلاّ الحجّ، لوجوب المضيّ فيه[٢٢]، انتهى. و ظاهره إرادة الإطلاق الحقيقي.

و يشكل ما ذكراه بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسّك بإطلاق نحو﴿وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾[٢٣]، و إطلاقات* أدلّة سائر العقود في مقام الشكّ في اعتبار شيءٍ فيها، مع أنّ سيرة علماء الإسلام التمسّك بها في هذه المقامات. نعم، يمكن أن يقال: إنّ البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: "بعت" عند

.....

١٢٧٩. لاشهادة في ذلك، إذ المدار في نفوذ الإقرار على الظهور في إرادة الصحيح مطلقاً، و لو الثانوي المستند إلى القرائن النوعيّة، لاخصوص الأوّلي المستند إلى الوضع، و كذلك في سائر الألفاظ المشتركة.

١٢٨٠. نعم، لو لم يكن هناك ما يقتضي إرادة انقسام المعنى الحقيقي، و إلاّ فليس بأعمّ، بل علامة الاشتراك المعنوي، و المقام من الثاني، إذ الأصل - أي: الظاهر- في تقسيم الشيء إرادة تقسيمه بمعناه الحقيقي.

١٢٨١. دلالة هذا الكلام على قول الشهيدﷺ بوضع ألفاظ العبادات و المعاملات للصحيح و عدمها مبنيّة على أن يكون المراد من الإطلاق في قوله: «لاتطلق على الفاسد...» هو الاستعمال مع كون المراد منه الحقيقي، ضرورة صحّة الاستعمال المجازي في الفاسد في غير الحجّ أيضاً، فيدلّ عليه، أو يكون المراد منه الطلب و التعبير بالإطلاق تسامح، كما استفاده المحقّق القمّيﷺ حيث قال ما حاصله: «إنّ في قوله: لاتطلق على الفاسد مسامحة، و مراده لايطلب الفاسد إلاّ الحجّ» انتهى، فلايدلّ عليه، و ظاهر اللفظ و إن كان هو الأوّل إلاّ أنّ تعليل استثناء الحجّ الفاسد بوجوب المضيّ فيه يأبى عن إرادة ذاك الظهور، و يصلح قرينة على إرادة الطلب منه كما ذكره القمّي، و لعلّ نظره إلى هذا فيما استفادهﷺ.

---

* في بعض النسخ: إطلاق.

الإنشاء لايستعمل حقيقة(١٢٨٢) إلاّ فيما كان صحيحاً مؤثّراً و لو في نظرهم*.

ثمّ إذا كان مؤثّراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، و إلاّ كان صورة بيع نظير بيع

.....

١٢٨٢. غاية ما عندي في شرح هذه العبارة من البداية إلى النهاية على نحو يلتئم أطراف الكلام أن يقال: إنّ قوله: «الذي يراد من بعت عند الإنشاء» صفة للمصدر لا للحاصل، و ذلك بقرينة قوله في ذيل العبارة: «أو على المصدر الذي يراد من لفظ: بعت». و المراد من المصدر هو إنشاء التمليك، و المراد من الحاصل من المصدر هو التمليك لا التملّك، و ذلك بقرينة قوله: «إلاّ فيما كان صحيحاً مؤثّراً» لأنّ الذي يمكن اتّصافه بالصحّة و التأثير المتوقّف على أصل وجوده إنّما هو التمليك لا التملّك، لأنّه نفس الأثر، فلايقبل الاتّصاف إلاّ بالوجود و العدم. يعني: أنّ البيع في العرف إذا استعمل في التمليك الذي يحصل من إنشاء التمليك – الذي يراد من «بعت» عند الإنشاء- لايستعمل حقيقة إلاّ في التمليك الذي كان صحيحاً و مؤثّراً في التملّك و لو في نظرهم، أي: العرف. ثمّ إذا كان هذا التمليك مؤثّراً في التملّك في نظر الشارع – بواسطة إطلاق الحكم بحلّ البيع، و وجوب الوفاء بالعقد – كان بيعاً حقيقيّاً عنده أيضاً، و إلاّ – كما في موارد قيام دليل على خلاف الإطلاق المذكور دلّ على اعتبار شيء مفقود فيما هو بيع عند العرف – كان بيعاً صوريّاً عند الشارع، نظير كون بيع الهاذل بيعاً صوريّاً عند العرف.

«فالبيع الذي يراد منه ما حصل...»، أي: البيع الذي يستعمل في التمليك الذي حصل عقيب إنشاء التمليك –الذي يراد من قول القائل: «بعت» عند العرف، وكذا عند الشرع– حقيقة في التمليك الصحيح المفيد للأثر و هو التمليك، مجاز في غيره، إلاّ أنّ إفادة لتمليك الحاصل بالإنشاء لأثر التملّك و ثبوت الفائدة و الأثر المذكور مختلف في نظر العرف و الشرع، إذ قد يعتبر في إفادته لتلك الفائدة في نظر الشرع ما لايعتبر فيها في نظر العرف. و ممّا ذكرنا في شرح العبارة إلى هنا يعلم أنّ المراد من الموصول في قوله: «على ما هو الصحيح المؤثّر عند العرف»هو التمليك المعبّر عنه في السابق بالحاصل من المصدر، و المراد من المصدر المعطوف عليه في قوله: «أو على المصدر...» هو إنشاء التمليك، فتأمّل و افهم جيّداً.

---

* في بعض النسخ: نظر الفاعل أو نظر القائل.

الهازل عند العرف.

فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: "بعتُ" عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر و مجاز في غيره، إلاّ أنّ الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع.

و أمّا وجه تمسّك العلماء بإطلاق أدلّة البيع و نحوه، فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف حمل لفظ "البيع" و شبهه في الخطابات الشرعيّة على ما هو الصحيح المؤثّر عند العرف، أو على المصدر الذي يراد من لفظ "بعت"، فيستدلّ بإطلاق الحكم بحلّه أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً، فتأمّل، فإنّ للكلام محلاً آخر.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الكلام في المعاطاة

إعلم أنّ المعاطاة على ما فسّره جماعة: أن يعطي كلٌّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر، و هو يتصوّر على وجهين(١٢٨٣) أحدهما: أن يبيح كلٌّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه من دون نظرٍ إلى تمليكه. الثاني: أن يتعاطيا على وجه التمليك، و ربّما يذكر وجهان آخران(١٢٨٤): أحدهما: أن يقع النقل* من غير قصد البيع و لاتصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه** الآخر إليه. الثاني: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

و يردّ الأوّل: بامتناع خلوّ الدافع*** عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العنوانات الخاصّة. و الثاني: بما تقدّم في تعريف البيع: من أنّ التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع، لاغير. نعم، يظهر من غير واحدٍ منهم[٢٤] في بعض**** العقود – كبيع لبن الشاة مدّةً، و غير ذلك –: كون التمليك المطلق أعمّ من البيع.

.....

١٢٨٣. يعني بذلك تصوير خصوص المعاطاة المذكورة في باب البيع التي حكي عن بعض العامّة و الخاصّة كونها بيعاً مفيداً للملك مثل البيع بالصيغة القوليّة، لامطلق المعاطاة، و إلاّ فلا إشكال في تصويرها على نحو ليس فيه قصد الإباحة و التمليك، كما في باب الوديعة.

١٢٨٤. لعلّه كاشف الغطاء، حيث إنّه جعلها معاملة مستقلّة مفيدة للملك، و لايكون الأمر كذلك إلاّ على أحد هذين الوجهين، إذ على الأوّل إباحة محضة لاتفيد الملك، و على الثاني معاملة بيعيّة.

---

* في بعض النسخ: الفعل. ** في بعض النسخ: فيدفعه. *** في بعض النسخ: الواقع.

**** في بعض النسخ: كون بعض.

ثمّ إنّ المعروف بين علمائنا في حكمها: أنّها مفيدة لإباحة التصرّف و يحصل الملك بتلف إحدى العينين(١٢٨٥) و عن المفيد و بعض العامّة[٢٥] القول بكونها لازمة كالبيع، و عن العلاّمةﷺ في النهاية: احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحة التصرّف[٢٦].

و لابد أوّلاً من ملاحظة أنّ النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التمليك؟ الظاهر من الخاصّة و العامّة هو المعنى الثاني. و حيث إنّ الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لايجامع ظاهراً قصد التمليك من المتعاطيين، نزّل المحقّق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، و أنّه يلزم بذهاب إحدى العينين، و حقّق ذلك في شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لامزيد عليه[٢٧].

لكن بعض المعاصرين لمّا استبعد هذا الوجه(١٢٨٦) التجأ إلى جعل محلّ النزاع(١٢٨٧) هي المعاطاة المقصود بها مجرّد الإباحة، و رجّح بقاء الإباحة في كلامهم على

١٢٨٥. عبارات الأصحاب خالية عن الحكم بحصول الملك بالتلف، و إنّما حكموا باللزوم به، حيث إنّ عبارة جمع من متأخّري الأصحاب -كما يأتي التصريح به من جامع المقاصد- أنّها تفيد الإباحة، و إنّما تلزم بتلف إحدى العينين، و الظاهر من هذه العبارة لزوم الإباحة الحاصلة قبل التلف لاحصول الملك. نعم، عبارة التنقيح صريحة في حصول الملك، و لكن يمكن أن يراد به الإباحة اللازمة، عكس ما صنعه الكركيﷺ من تأويل الإباحة إلى الملك.

١٢٨٦. وجه استبعاده ذلك أنّ إرادة الملك من الإباحة بعد نفي حصول الملك في غاية البعد، كما يأتي بيانه في المتن.

١٢٨٧. الظاهر أنّ نسبة ذلك إلى صاحب الجواهرﷺ اشتباه منهﷺ، لأنّ معنى كون ذلك محلّ النزاع توارد الأقوال عليه، و لامجال له، إذ من جملة الأقوال القول بكونها بيعاً مفيداً للملك اللازم، كما عن بعض العامّة و المفيدﷺ من الخاصّة، و لاسبيل إلى ذلك بناءً على كون النزاع في المقصود به الإباحة، لأنّ مفاده أنّ التعاطي المقصود به الإباحة يفيد الملك اللازم، و هو لا يصدر من الصبيّ فضلاً عن غيره فكيف بالعلماء. و إنّما همّ صاحب الجواهرﷺ بيان خصوص أنّ مورد حكمهم بإفادة المعاطاة الإباحة ليس عين مورد حكمهم بعدم إفادة الملك قبال القول بإفادتها له. فحاصل مرامهﷺ أنّ جملة «و إنّما تفيد الإباحة» مثلاً الواقعة في عبائرهم

ظاهرها المقابل للملك، و نزّل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه، و طعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة بقصد التمليك، قائلاً: إنّ القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مّما لاينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعاظم الأصحاب وكبرائهم[٢٨]. و الإنصاف: أنّ ما ارتكبه المحقّق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل، بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل الشيخ في المبسوط، و الخلاف[٢٩]، و الحلّي في السرائر، و ابن زهرة في الغنية[٣٠]، و الحلبي في الكافي[٣١]، و العلاّمة في التذكرة و غيرها[٣٢]، بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك – كما ستعرف – إلاّ أنّ جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التمليك أبعد منه(١٢٨٨)، بل لايكاد يوجد في كلام أحدٍ منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى.

.....

بمنزلة الاستثناء المنقطع عن الجملة السابقة عليها و استدراك عنها، لإفادة مطلب آخر مشترك مع ما أفادته الجملة السابقة فيما به القصد و هو المعاطاة، و مغاير له فيما إليه القصد، و هو الإباحة هنا و التمليك في السابق. فيكون محصّل توجيهه لتلك العبارات المشتملة على نفي البيعية و إفادة الملك عن المعاطاة و إثبات إفادة الإباحة عليها: أنّ مورد الأوّل هو المعاطاة المقصود بها الملك، و مورد الثاني هو المقصود بها الإباحة. فمعنى العبارات على هذا التوجيه: أنّ العبارات المقصود بها الملك لاتفيد الملك. نعم، المعاطاة تفيد الإباحة لو قصدت به الإباحة. و نقل القول بالبيعيّة عن بعض العامّة في بعض العبائر راجع إلى الجملة السابقة.

و بالجملة، ليس مقصوده بيان محلّ النزاع في المسألة المتوارد عليه الأقوال التي منها القول بكونها بيعاً لازماً، و إنّما تمام مقصوده توجيه العبائر المتضمّنة للحكم بعدم إفادة المعاطاة للملك و الحكم بإفادتها للإباحة، بأنّ مورد الحكم الأوّل ما قصد به الملك، و مورد الحكم الثاني ما قصد به الإباحة. و لو راجعت إلى الجواهر و لاحظت عبارته حقّ الملاحظة لرأيتها غير آبية عمّا ذكرنا، بل رأيتها منطبقة عليه تمام الانطباق.

١٢٨٨. الذي يبعّده اُمور ثلاثة:

الأوّل: ظهور كلمات العامّة و الخاصّة في تفريع المعاطاة على اشتراط الصيغة في البيع و عدمه، فمن اشترطها فرّع عليه عدم كفايتها، فلو كان مورد النزاع ما قصد به الإباحة لما صحّ

و لننقل أوّلاً كلمات جماعة ممن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه بُعد تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل – كما صنعه المحقّق الكركي – و أبعديّة جعل محلّ الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرّد إباحة التصرّفات دون التمليك*، فنقول و بالله التوفيق:

• قال في الخلاف(١٢٨٩): إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب، فقال: أعطني بها بقلاً أو ماءً، فأعطاه، فإنه لايكون بيعاً – و كذلك سائر المحقّرات – و إنّما يكون إباحة له، فيتصرّف كلٌّ منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه، و فائدة ذلك: أنّ البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك؛ لأنّ الملك لم يحصل لهما، و به قال الشافعي.

.....

التفريع من الجانبين. الثاني: أنّ مورد نفي الخاصّة إفادتها للملك عين مورد إثبات العامّة فيه إفادتها الملك اللازم، و من المعلوم أنّ مورد إثباتهم ذلك ما قصد به التمليك، إذ القول بالملك اللازم مع قصد الإباحة لايصدر من الصبيّ. الثالث: أنّ الشائع بين الناس ما قصد به الملك، و أمّا ما قصد به الإباحة فهو نادر جدّاً، فلو كان محلّ النزاع بينهم هو الثاني لزم التعرّض لبيان حكم النادر، و هو بعيد عن وظيفتهم إلى الغاية. هذا، و لايخفى أنّ هذه الأُمور إنّما تتوجّه على صاحب الجواهر لو كان مراده بيان أنّ محلّ النزاع بين العلماء من الخاصّة و العامّة المتوارد عليه الأقوال إنّما هو المعاطاة المقصود بها الإباحة، و أمّا بناءً على ما ذكرناه في بيان مرامه فلايتوجّه عليه شيء منها كما لايخفى.

١٢٨٩. الظاهر أنّ ضمير «فإنّه» راجع إلى الدفع المستفاد من «دفع». و البيع عند الشيخ﵀ بقرينة تعريفه في المبسوط بالأثر الحاصل من العقد –على ما مرّ نقله عنه في السابق– هو الملك، و هو بظاهره غير صحيح، فمراده منه سبب البيع، و بقرينة المقابلة يعلم أنّ مراده من الإباحة سببها. فيكون المعنى: أنّ دفع المال بالنحو المزبور لايكون سبباً للإباحة فيترتّب عليه جواز التصرّف بعنوان المباحيّة، من دون المأخوذ بواسطة التصرّف فيه ملكاً له. و مرجعه إلى أنّ التعاطي لايؤثّر في الملكيّة، و إن كان جامعاً لجميع الشرائط التي منها قصد التمليك و التملّك منها، و إنّما يؤثّر الإباحة لو اقترن بالشرائط المعتبرة فيه، و منها قصد الإباحة منها.

---

* في بعض النسخ زيادة: كما صنعه بعض المعاصرين.

و قال أبوحنيفة: يكون بيعاً صحيحاً و إن لم يحصل* الإيجاب و القبول. و قال ذلك في المحقّرات(١٢٩٠) دون غيرها. دليلنا: إنّ العقد حكم شرعيّ، و لادلالة في الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لايثبت، و أمّا الإباحة بذلك، فهو مجمع عليه لايختلف العلماء فيها[٣٣]، انتهى. و لايخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك و في أنّ محلّ الخلاف بينه و بين أبي‌حنيفة(١٢٩١) ما لو قصد البيع لا الإباحة المجرّدة، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفيّة، حيث إنّه بعد تفسير البيع بـ: " مبادلة مال بمال " قال: و ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي أيضاً،**

.....

و بالجملة، إنّ التمليك و التملّك بعوض من الأُمور التي يتوقّف حصولها على اللفظ، و لايحصل بالتعاطي، بخلاف الإباحة، فإنّها من الأُمور التي تحصل بالتعاطي، و لاتتوقّف على اللفظ. و بهذا الذي ادّعيناه من الحكمين قال الشافعي. و أمّا أبوحنيفة فقد خالفنا في الحكم الأوّل، و قال بأنّه سبب للبيع أيضاً –أي: الملك– و إن لم تحصل الصيغة.

ودليلنا أمّا على الجزء الأوّل من المدّعى –و هو عدم كفاية التعاطي في تحقّق البيع– فهو أنّ العقد باعتبار سببيّته للملكيّة حكم شرعيّ وضعي كسائر الأحكام الشرعيّة الوضعيّة، لابدّ من أن يؤخذ من الشارع، و لادليل شرعاً على وجوده بما هو سبب و مؤثّر – أي: على وجود السببيّة في التعاطي– فيرجع إلى أصالة العدم. و أمّا على الجزء الثاني – و هو حصول الإباحة بمجرّد التعاطي الخارجي بقصد الإباحة – فهو الإجماع. وبعد ملاحظة شرح العبارة بما مرّ ترى أنّه ليس فيها ما يدلّ على ما رامه المصنّفﷺ من إثبات الإباحة في مورد حكم فيه أبوحنيفة بالملكيّة و البيعيّة، و أنّه منطبق على توجيه الجواهر غاية الانطباق.

١٢٩٠. قال في جامع المقاصد: «اختلفوا في المحقّرات، فقال قوم: ما لم يبلغ نصاب السرقة، و أحاله آخرون على العرف» انتهى.

١٢٩١. نعم، و لكن لايكون ردّاً على صاحب الجواهر، لأنّه لم يجعله مورد حكمه بالإباحة، بل قال إنّ مورده غير مورد الخلاف بينهما، لأنّ مورده صورة قصد الإباحة، و مورد الخلاف بينهما صورة قصد التمليك.

---

* في بعض النسخ: لم يوجد. ** في بعض النسخ: ها هنا.

فتمسّكه بأنّ العقد(١٢٩٢) حكمٌ شرعيّ، يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعيّة، و إلاّ لكان الأولى بل المتعيّن التعليل به؛ إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغةً و عرفاً لامعنى للتمسّك بتوقيفيّة* الأسباب الشرعيّة، كما لايخفى.

و قال في السرائر – بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول و اعتبار تقدّم الأوّل على الثاني – ما لفظه: فإذا دفع قطعة إلى البقلي أو إلى الشارب، فقال: "أعطني"، فإنّه لايكون بيعاً و لاعقداً(١٢٩٣)؛ لأنّ الإيجاب و القبول ما حصلا وكذلك سائر المحقّرات و سائر الأشياء محقّراً كان أو غير محقّر من الثياب و الحيوان أو غير ذلك، و إنّما يكون إباحة له، فيتصرّف كلّ منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه، و

.....

١٢٩٢. نعم، تمسّكه به يدلّ على ما ذكر، و لكن في الأوّل من جزئي مدّعاه المخالف له فيه، لا في الثاني منهما، أعني: كفاية التعاطي في حصول الإباحة. و ممّا قدّمناه في شرح عبارة الخلاف يظهر الحال في عبارة السرائر و الغنية، و أنّهما غير آبيتان عمّا ذكره صاحب الجواهر في توجيه الكلمات و الجمع بين نفي إفادة المعاطاة للملك و بين إثبات إفادتها للإباحة، بل عبارة السرائر بناءً على كون «ملكه» في قوله: «من غير أن يكون ملكه» بصيغة الماضي بالتشديد من باب التفعيل –كما في بعض النسخ المصحّحة– واضحة الدلالة على أنّ مورد حكمه بالإباحة صورة عدم قصد التمليك من التعاطي.

١٢٩٣. لعلّ مراده من نفي العقد نفي اللزوم، فافهم. و لعلّ نظره في وجه الترديد في قوله: «من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه» إلى ما ذكره بعض الأساطين في عداد القواعد الجديدة التي يستلزمها القول بالإباحة بقوله: «و منها: أن يكون إرادة التصرّف من المملّكات، فيملك العين أو المنفعة بإرادة التصرّف بهما أو معه دفعة» انتهى. يعني: من غير أن يكون ملكه قبل التصرّف بإرادة التصرّف، أو دخل في ملكه بها مع التصرّف لا بها وحدها. هذا بناءً على كون «ملكه» الأوّل بالتخفيف مثل الثاني. و أمّا بناءً على كونه بالتشديد فعلاً ماضياً من باب التفعيل –كما في بعض النسخ المصحّحة على ما عرفت – فالفرق بينهما بكون الملك في الأوّل بالاختيار و في الثاني بالقهر.

---

* في بعض النسخ: بتوقّفه على.

لكلٍّ منهما أن يرجع فيما بذله؛ لأنّ الملك لم يحصل لهما، و ليس ذلك من العقود الفاسدة(١٢٩٤)؛ لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرّف فيما صار إلى كلّ واحدٍ منهما، و إنّما ذلك على جهة الإباحة[٣٤](١٢٩٥)، انتهى. فإنّ تعليله* عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدلّ على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك، مع أنّ ذكره في حيّز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا(١٢٩٦)، و لاينافي ذلك قوله: "و ليس هذا من العقود الفاسدة..." كما لايخفى(١٢٩٧).

.....

١٢٩٤. الظاهر أنّها دفع وهم. أمّا الوهم فهو أنّه لافرق بين المقامين، فكما أنّ التعاطي لايحصل به البيع و الملك مع قصد ذلك منه، كذلك لايحصل به الإباحة أيضاً فيما إذا قصد به الإباحة. و أمّا الدفع فهو أنّ الصحّة و الفساد في التعاطي بالقياس إلى الأثر المقصود منه -مثل الملكيّة و الإباحة كما في غير التعاطي- إنّما يعلم تحقّق كلّ منهما من ترتّب آثار ما قصد من التعاطي أو غيره بعد إيجاده للوصلة إلى ذاك المقصود و عدم ترتّبها. و نحن نرى صحّة التصرّف فيما صار إلى كلّ من المتعاطيين و جوازه إجماعاً، فيستكشف من ذلك بنحو الإنّ حصول الإباحة بالتعاطي في مقام الإباحة، و أنّه ليس كالتعاطي في مقام البيع في عدم حصول الأثر المقصود منه.

١٢٩٥. لمّا كان قد يتوهّم أنّ صحّة التصرّف إنّما تكشف عن صحّة العقد لو كان التصرّف مستنداً إلى الإباحة، و هو غير معلوم، لإمكان استناده إلى أمر آخر، دفعه بهذه الجملة. و حاصله حصر مستند التصرّف في الإباحة.

١٢٩٦. يعني بالموصول قصد التمليك.

١٢٩٧. يعني بالمشار إليه كون مورد نفيه حصول الملك بالتعاطي و إثبات حصول الإباحة به صورة قصد التمليك منه. و وجه توهّم المنافاة واضح، إذ لانعني من فساد العقد إلاّ عدم ترتّب الأثر المقصود منه عليه، و الفرض أنّه لم يترتّب عليه التمليك المقصود. و أمّا وجه عدم المنافاة فغاية ما يمكن أن يقال فيه: إنّ المراد من الفساد في هذه الجملة هو عدم ترتّب الأثر عليه أصلاً حتّى الأثر الغير المقصود منه، فنفي فساد التعاطي بهذا المعنى لاينافي فساده بمعنى عدم

---

* في بعض النسخ: تعليل.

و قال في الغنية بعد ذكر الإيجاب و القبول في عداد شروط صحّة انعقاد البيع كالتراضي و معلوميّة العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكلّ* من الشروط عن المعاملة الفاقدة له – ما هذا لفظه: و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الإيجاب من البايع، بأن يقول: "بعنيه بألف"، فيقول: "بعتك بألف"، فإنّه لاينعقد بذلك، بل لابدّ أن يقول المشتري بعد ذلك: "اشتريت" أو "قبلت" حتّى ينعقد، و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة و يقول: "اعطني بقلاً"، فيعطيه، فإنّ ذلك ليس ببيع، و إنّما هو إباحة للتصرّف.

يدلّ على ما قلناه: الإجماع المشار إليه، و أيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّة العقد به، و ليس على صحّته بما عداه دليل، و لما ذكرنا نهى صلى الله عليه وآله** عن بيع "المنابذة" و "الملامسة" و عن بيع "الحصاة" على التأويل الآخر(١٢٩٨)، و معنى ذلك: أن يجعل

.....

ترتّب خصوص الأثر المقصود منه. هذا، و لكنّه كما ترى تأويل بعيد غايته. و الحقّ في بيان المراد منه هو ما ذكرناه سابقاً.

١٢٩٨. في الدعائم بعد قوله: «و عن رسول الله صلى الله عليه وآله: نهى عن بيع الملامسة و المنابذة و طرح الحصى» ما هذا لفظه: «فأمّا الملامسة فقد اختلف في معناها. فقال قوم: هو بيع الثوب مدروجاً يلمس باليد، و لاينشر، و لايرى داخله. و قال آخرون: هو الثوب يقول البايع: أبيعك هذا الثوب على أنّ نظرك إليه اللمس بيدك، و لاخيار لك إذا نظرت إليه. و قال آخرون: هو أن يقول: إذا لمست ثوبي فقد وجب البيع بيني و بينك. و قال آخرون: هو أن يلمس الثوب من وراء الستر. و كلّ هذه المعاني قريب بعضها من بعض، و كلّها فاسد. و اختلفوا أيضا في المنابذة. فقال قوم: هي أن ينبذ الرجل الثوب إلى الرجل، و ينبذ إليه الآخر ثوباً يقول: هذا بهذا، من غير تقليب و لانظر. و قال آخرون: هو أن ينظر الرجل إلى الثوب في يد الرجل منطوياً فيقول: أشتري منك هذا، فإذا نبذته فقد تمّ البيع، و لاخيار للواحد منّا. و قال قوم: المنابذة و طرح الحصى بمعنى واحد، و هو بيع كانوا يتبايعونه في الجاهليّة، يجعلون عقد البيع بينهم طرح الحصاة، يرمون بها من غير لفظ من بايع و لامشترٍ، ينعقد به البيع عندهم.

---

* في بعض النسخ: لكلّ.

** في بعض النسخ: نهى النبيّ.

اللمس بشيءٍ و النبذ له، و إلقاء الحصاة بيعاً موجباً، انتهى. فإنّ دلالة هذا الكلام علـــى أنّ المفروض قصد المتعاطيين التمليك من وجوه متعدّدة: منها: ظهور أدلّته* الثلاثة(١٢٩٩) في ذلك، و منها: احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحوٍ واحد.

و قال الحلبي في الكافي – بعد ذكر أنه يشترط في صحّة البيع أُمورٌ ثمانية – ما لفظه: و اشتراط الإيجاب و القبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع – إلى أن قال –: فإن اختلّ شرط من هذه لم ينعقد البيع، و لم يستحقّ التسليم و إن جاز التصرّف مع إخلال بعـــضها للتراضي دون عقد البيع، و يصحّ معه الرجوع[٣٥]، انتهى. و هو في الظهور قريب من عبارة الغنية. و قال المحقّق﵀ في الشرايع: و لايكفي التقابض من غير لفـــظٍ و إن حـــصل مـــن الأمارات ما دلّ على إرادة البيع[٣٦]، انتهى. و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على أنه لاعبرة(١٣٠٠) بقصد البيع من الفعل.

.....

وكلّ هذه الوجوه فاسدة» انتهى كلامه.

و كيف كان، مراده﵀ من التأويل الأوّل مقابل هذا التأويل الآخر ما يكون تعيين المبيـــع باللمس أو النبذ أو إلقاء الحصاة و إن كان الإيجاب باللفظ، مثل أن يقول: بعتك الثوب الذي ألمسه أو أنبذه إليك، أو ألقي الحصاة إليه. و لمّا احترز عن ذلك في ســـابق كلامـــه باشـــتراط معلوميّة العوضين قال هنا: «على التأويل الآخر» في مقام الاحتراز عنه باشـــتراط الإيجـــاب و القبول.

١٢٩٩. يعني بالأوّل الإجماع، و بالثاني الأصل الذي أشار إليه بقوله: «و ليس علـــى صحّته بما عداه دليل» حيث إنّ المعاطاة من أفراد ما عداه، و بالثالث ما أفاده بقوله: «و بمـــا ذكرنا نهىﷺ عن بيع المنابذة» من البرهان على اعتبار الإيجاب و القبول اللفظـــيّين في البيـــع بطور الإنّ و استكشاف العلّة من المعلول، بتقريب أنّ النبيّﷺ نهى عن بيع المنابذة و الملابسة و إلقاء الحصاة على التأويل الآخر على أن يكون إيجاب البيع و انشائه بأحد هـــذه الأفعـــال، و لاوجه له إلاّ فقْد اللفظ، و لالفظ في المعاطاة أيضاً.

١٣٠٠. يعني: بل لتعميم عدم كفاية التعاطي المقصود به البيع لصـــورة وجود القرينة

---

* في بعض النسخ: أدلّة.

و قال في التذكرة في حكم الصيغة: الأشهر عندنا أنّه لابدّ منها، فلايكفي التعاطي في الجليل و الحقير مثل "أعطني بهذا الدينار ثوباً" فيعطيه ما يرضيه، أو يقول*: "خذ هذا الثوب بدينار" فيأخذه. و به قال الشافعي مطلقاً، لأصالة بقاء الملك و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. و عن بعض الحنفيّة و ابن شريح في الجليل. و قال أحمد: ينعقد مطلقاً. و نحوه قال مالك، فإنّه قال: ينعقد** بما يعتقده*** الناس بيعاً، انتهى[٣٧]. و دلالته على قصد المتعاطيين للملك لايخفى من وجوه(١٣٠١)، أدونها: جعل مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنّه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً.

و قال الشهيد في قواعده(١٣٠٢) بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب

.....

الدالّة على إرادة البيع، و أنّه مع تلك القرينة لايكفي في تحقّق البيع فضلاً عمّا إذا كان خالياً عنها.

١٣٠١. نعم، و لكن ليس له مساس بمرام صاحب الجواهر، فإنّ غرضه توجيه العبارات المشتملة على إثبات إفادة المعاطاة**** بعد نفي إفادتها للملك، و ليس في عبارة التذكرة من إفادتها للإباحة أثر.

١٣٠٢. ذكره في القاعدة التاسعة و الأربعين، و ذكر لذلك أمثلة، منها: تقديم الطعام إلى الضيف، فإنّه مغنٍ عن الإذن القوليّ في الأصحّ، و تسليم الهديّة إلى المهدى إليه و إن لم يحصل القبول القوليّ في الظاهر، و استند في ذلك إلى فعل السلف، و منها: التصرّف من ذي الخيار في مدّة الخيار، و الوطي في العدّة الرجعيّة. ثمّ إنّ محلّ الاستفادة قوله: «في المبايعات» و قوله: «عندنا» فإنّه يفيد أنّه عند غيرنا يفيد الملك، و من البديهي أنّ الغير لايمكن له أن يقول بالملك في التعاطي المقصود به الإباحة.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنّ كون مراده من المبايعات خصوص البيع - و التعبير بصيغة الجمع باعتبار أصنافه- بعيد جدّاً، بل مراده منها المعاملات المعاوضيّة، أعمّ من أن تكون تمليكيّة كالبيع و الصلح و الإجارة و الهبة و نحوها، أو إباحيّة كما في الإباحة المعوّضة. و هذه

---

* في بعض النسخ: أو بقوله. ** في بعض النسخ: يبيع. *** في بعض النسخ: يقصده.

**** كذا في الطبعة الحجرية. والظاهر سقوط كلمة «للإباحة» بعد المعاطاة.

القولي، و ذكر أمثلة لذلك – ما لفظه: و أمّا المعاطاة في المبايعات، فهي تفيد الإباحة لا الملك و إن كان في الحقير عندنا[٣٨]، انتهى. و دلالتها على قصد المتعاطيين للملك ممّا لايخفى. هذا كلّه، مع أنّ الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التمليك، و يبعد فرض الفقهاء من العامّة و الخاصّة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنّهم صرّحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس(١٣٠٣).

ثمّ إنّك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدّمة في عدم حصول الملك بل صراحة بعضها كالخلاف(١٣٠٤) و السرائر و التذكرة والقواعد، و مع ذلك كلّه فقد قال المحقّق

.....

العبارة منه بمنزلة الاستثناء عمّا ذكره في عنوان القاعدة المذكورة، و هو قيام الفعل مقام القول في ترتّب أثر القول عليه، المختلف حسب اختلاف الأقوال و الموارد، من الملكيّة كما في الهديّة، و من الإباحة كما في تقديم الطعام إلى الضيف، و من الزوجيّة كما في الرجوع في العدّة. يعني: أنّ الفعل يقوم مقام القول، و يترتّب عليه أثر ذاك القول القائم مقامه الفعل و أُريد منه أثره، إلاّ المعاطاة في المعاوضات، فإنّ في قيامها مقام المعاوضة القوليّة تفصيلاً، لأنّها تقوم مقامها إن كان الذي أُريد قيامها مقامه معاوضة إباحيّة و تفيد الإباحة مثل القول، و إن كان معاوضة تمليكيّة فلاتقوم مقامها. و إن تأمّلت في عبارة القواعد لعلّك تصدّقنا فيما ذكرناه شرحها. و عليه، لاإباء لها عمّا ذكره صاحب الجواهر في توجيه العبارات. و من هنا يمكن أن يقال: إنّ مراده من المعاطاة في عبارته المحكيّة فيما بعد عن حواشيه على قواعد العلاّمة – من «أنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جائزة أو لازمة» انتهى– هي المعاطاة المقصود بها الإباحة، فتأمّل.

١٣٠٣. ينبغي أن يقول: مع أنّ وظيفتهم التعرّض لبيان حكم المعاملة المتعارفة الشائعة بين الناس الكثير الابتلاء بها، و ليس هذا إلاّ المعاطاة المقصود بها التمليك و التملّك، لا المقصود بها الإباحة، فإنّها نادرة جدّاً، و ذلك لأنّه لم نر إلى الآن من يصرّح بذلك في مورد، فعليك بالتتبّع. و لو سلّم فهو إنّما يجدي فيما إذا انحصرت المعاملة المتعارفة بينهم في المقصود منها التمليك، أوكان المقصود بها الإباحة نادراً جدّاً، و كلاهما – سيّما الأوّل – محلّ نظر و منع، فتأمّل.

١٣٠٤. نظره في عبارة الخلاف إلى قوله: «من دون أن يكون ملكه». و في عبارة

الثاني في جامع المقاصد: إنّهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل، فقال: المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيعٌ و إن لم تكن كالعقد في اللزوم خلافاً لظاهر عبارة المفيد، و لايقول أحد* بأنّها بيع فاسد سوى المصنّف في النهاية(١٣٠٥)، و قد رجع عنه في كتبه المتأخّرة عنها** و قوله تعالى: ﴿إلاّ أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنكُمْ﴾[٣٩] فانّه عامّ إلاّ ما أخرجه الدليل.

و ما يوجد في عبارة جمعٍ من متأخّري الأصحاب من أنّها تفيد الإباحة و تلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أوّل الأمر و بالذهاب يتحقّق اللزوم، لامتناع إرادة الإباحة المجرّدة(١٣٠٦) عن أصل الملك؛

.....

السرائر إلى قوله: «من غير أن يكون ملكه». و في عبارة التذكرة إلى قوله: «لأصالة بقاء الملك». و في عبارة القواعد إلى قوله: «لا الملك». و يشكل دعوى الصراحة، بأنّه إن أراد منها الصراحة في نفي الملك مطلقا حتّى الجائز منه، ففيه منع واضح. و إن أراد منها الصراحة في نفي خصوص اللازم منه، ففيه: أنّه و إن كان مسلّماً -و لو من باب الأخذ بالقدر المتيقّن - إلاّ أنّه لامساس له بتأويل المحقّق الثانيﷺ.

١٣٠٥. إن أراد فسادها بلحاظ التأثير في حصول الملكيّة فالفساد بهذا المعنى هو المعروف المشهور. و إن أراد فسادها حتّى من حيث جواز التصرّف بنحو الإباحة فنعم لكنّه لايجديه، بل ينافي ما هو بصدد إثباته. وكيف كان، فهذا الكلام - الذي مرجعه إلى دعوى الإجماع - مع قوله: «وقولهﷺ: ﴿إلاّ أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ - الذي مرجعه إلى العموم الكتابي - استدلال منهﷺ على إثبات أحد جزأي مدّعاه، أعني: بيعيّة المعاطاة و إفادها للملك. كما أن قوله: «و إنّما الأفعال لمّا لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة» استدلال منه على إثبات جزئه الآخر، أعني: التزلزل و عدم اللزوم، و مرجعه أيضاً إلى دعوى الاجماع، و إلاّ فلا وجه للتفكيك بينه و بين اللزوم في عدم الاكتفاء بالفعل في الثاني دون الأوّل.

١٣٠٦. الامتناع مسلّم لكن فيما لو أرادوها في المعاطاة المقصود بها التمليك، و أمّا لو

---

* في بعض النسخ: من الأصحاب.

** في بعض النسخ زيادة: قولهﷺ: ﴿أحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾ يتناولها لأنّها بيع بالاتفاق حتّى من القائلين بفسادها، لأنّهم يقولون هي بيع فاسد.

إذ المقصود للمتعاطيين انّما هو الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً و لم يجز التصرّف في العين، وكافة الأصحاب على خلافه. و أيضاً، فإنّ الإباحة المحضة لاتقتضي الملك أصلاً و رأساً(١٣٠٧)، فكيف يتحقّق ملك شخصٍ بذهاب مال آخر في يده؟ و الأفعال لمّا لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالاقوال – لأنّها تدلّ بالقرائن – منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز الترادّ مادام ممكناً، و مع تلف إحدى العينين يمتنع الترادّ فيتحقّق اللزوم*، و يكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع الترادّ في الباقي؛ إذ هو موجب لتبعّض الصفقة و الضرر٤٠، انتهى.

و نحوه المحكيّ عنه في تعليقه على الإرشاد، و زاد فيه: أنّ مقصود المتعاطيين إباحةٌ مترتّبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، و إلاّ لوجب أن لاتحصل إباحة بالكلّية، بل يتعيّن الحكم بالفساد؛ إذ المقصود غير واقعٍ(١٣٠٨)، فلو وقع

كان مرادهم ذلك في المعاطاة المقصود بها الإباحة فلا امتناع فيه، و قد مرّ إمكان إرادة ذلك، و من هنا قال الأصحاب كافّة بجواز التصرّف.

١٣٠٧. نعم الأمر كذلك، و لذا لم يقل أحد فيما أعلم بالملك حتّى في صورة التلف سوى صاحب التنقيح﵀، و إنّما قالوا باللزوم فيها، و لعلّ – بل الظاهر أنّ – مرادهم لزوم الإباحة. و ليت شعري أنّه﵀ من أين نسب حصول الملكيّة بالتلف إليهم﵃، و ليس في كلامهم إلاّ اللزوم بتلف إحدى العينين و نحوه، و أين أمثال هذه العبارة من الدلالة على لزوم الملكيّة؟ فتدبّر، فإنّه أعرف بمداليل كلماتهم و أبصر بفتاواهم منّا، و إنّ كلّ ما نفهمه إنّما هو من بركة المراجعة إلى كلمات أمثاله﵀.

وكيف كان، فعلى تقدير حصول الملك اللازم عند التلف نقول: إنّه ليس من مقتضيات الإباحة حتّى يقال بأنّها لاتقتضيه، بل من مقتضيات إنشاء التمليك بالمعاطاة، و أمّا التلف فهو من قبيل شرط التأثير، فافهم فإنّه محلّ نظر بل منع.

١٣٠٨. يعني: مقصود المتعاطيين – و هو الإباحة المترتّبة على ملك الرقبة – غير واقع، إذ المفروض عدم حصول ملك الرقبة،فإذا انتفى القيد انتفى المقيّد،و لو وقع غير المقصود –

---

* في بعض النسخ: لأنّ إحداهما في مقابل الأُخرى.

غيره لوقع بغير قصدٍ، و هو باطل. و عليه يتفرّع النماء و جواز وطي الجارية و من منع فقد أغرب(١٣٠٩). انتهى.

و الذي يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و أنّهم يحكمون بالإباحة المجرّدة عن الملك(١٣١٠) في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التمليك، و أنّ الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً(١٣١١)، بل إنّما حصلت - كما اعترف به في المسالك[٤١] - من استلزام إعطاء كلٍّ منهما سلعته مسلّطاً عليها الإذن في التصرّف(١٣١٢) فيه بوجوه التصرّفات، فلايرد عليهم عدا ما ذكره المحقّق المتقدّم في عبارته المتقدّمة(١٣١٣) و حاصله(١٣١٤): أنّ المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلامنشأ لإباحة التصرّف؛ إذ الإباحة إن كانت من المالك

.....

و هو الإباحة المجرّدة عن ملك الرقبة- لوقع بغير قصد. هذا، و قد مرّ في شرح توجيه صاحب الجواهر حكمهم بالإباحة أنّ مورد حكمهم بها صورة قصد الإباحة من أوّل الأمر لا بقيد ترتّبها على ملك الرقبة، فعلى هذا لايبقى مورد للإيراد بكون المقام من قبيل وقوع ما لم يقصد.

١٣٠٩. يعني: من منع عن وطي الجارية - مثل الشهيد في كلامه الآتي نقله - فقد أتى أمراً غريباً. و لعلّ نظره في وجه الغرابة إلى مخالفته للسيرة، أو ظاهر إطلاقهم جواز التصرّف. و فيه تأمّل يأتي وجهه فيما علّقناه على قوله: «و يؤيّد إرادة الملك أنّ ظاهر إطلاقهم».

١٣١٠. لا الملك المتزلزل، كما وجّه به المحقّق الثاني كلماتهم.

١٣١١. قبال حصولها به، كما هو قضيّة توجيه صاحب الجواهر.

١٣١٢. هذا مفعول للاستلزام.

١٣١٣. يعني بها قوله: «إذ المقصود للمتعاطين الملك...».

١٣١٤. بناءً على ما قوّاه المصنّف من إرادتهم الإباحة المجرّدة عن الملك في صورة قصد التمليك من المعاطاة يمكن دفع إيراد المحقّق الثاني عنهم، إذ لنا أن نختار كون الإباحة من المالك و مستندة إلى إذنه، و نقول: إنّ المالك و إن لم يصدر منه إلاّ إنشاء التمليك إلاّ أنّ هذا يدلّ بالملازمة على الرضا الباطني، بل الإذن في التصرف في ماله المأخوذ منه بالتعاطي، و هذا كاف في الإباحة التكليفيّة المالكيّة، أي: في تجويز الشارع التصرّف فيه و عدم مؤاخذته عليه تجويزاً مستنداً إلى رضا المالك به.

.....

فإن قلت بما هو محصّل ما زاده في حاشية الإرشاد: من أنّ الإذن في التصرّف و الرضا به إنّما هو بعنوان أنّه يصير بالمعاطاة ملكاً له، و المفروض عدم حصول هذا العنوان في المال الخارجي، و لاإذن بدونه.

قلت: نمنع عدم حصول ذاك العنوان، لأنّه ليس هو الملك في نظر الشارع كي يقال بعدم حصوله، بل مطلق الملك و لو في نظر العرف أو أقلّ من ذلك، لأنّ محلّ الكلام أعمّ من صدور المعاطاة من المعتقدين بالشرع المقدّس أو من غيرهم، و لاريب في حصوله بمجرّد التعاطي في المأخوذ بالمعاطاة.

نعم، لوكان مرادهم من الإباحة هو الإباحة الوضعيّة المالكيّة التي هي عبارة عن إعطاء نوع سلطنة نظير العارية، لاتّجه الإيراد بناءً على إرادة الإباحة المالكيّة، و يكون حكمهم بهذا النحو من الإباحة من مصاديق وقوع ما لم يقصد، حيث إنّ هذا الوضع مثل الملكيّة - و نحوها من الوضعيّات - من الأُمور التسبيبيّة المحتاجة في حصولها في نظر العرف و العقلاء إلى سبب خاصّ يقصد منه ذلك، و لايكفي فيه مجرّد الرضا الباطني و لو في ضمن الإذن، لظهور أنّ المراد من الحلّ في دليل الطيب هو الحلّ التكليفي، و من المعلوم أنّه لم يوجد سبب يراد به تحقّق الإباحة الوضعيّة، إذ الفرض أنّ المالك لم يصدر منه إلاّ قصد التمليك و إنشائه فلو وجدت لكانت بلاسبب، و هذا خلف، فتأمّل.

و لنا أن نختار كون الإباحة من الشارع، و نمنع عدم الدليل عليها، لإمكان الاستدلال عليها بآية حلّ البيع، بالتقريب الذي يأتي في الاستدلال بها على إفادة المعاطاة للملك، من أنّ مفادها إباحة جميع التصرّفات المترتّبة على البيع العرفي، و المعاطاة بيع عرفاً. و لايرد عليه ما أورده عليه هناك من عدم ثبوت الملازمة بين الإباحة و الملك، إذ المدّعى هنا إثبات الإباحة المجرّدة عن الملك، فتدبّر جيّداً.

و بالجملة، إيراد المحقّق الثاني غير وارد عليهم. نعم، يرد على من فصّل منهم في المقبوض بالعقد الفاسد بين علم القابض بالفساد و جهله به - بالقول بالإباحة في الأوّل دون الثاني - أنّه لا وجه للتفرقة بينه و بين المقام، بل لابدّ إمّا من التفصيل بين الصورتين فيهما أو القول بالإباحة مطلقا في كلا المقامين، إذ هما من وادٍ واحد.

فالمفروض أنّه لم يصدر منه إلاّ التمليك، و إن كانت من الشارع فليس عليها دليل، و لم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نصٍّ في ذلك، مع أنّ إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتّب غيره بعيدٌ جدّاً، مع أنّ التأمّل في كلامهم يعطي إرادة الإباحة المالكيّة لا الشرعيّة. و يؤيّد إرادة الملك: أنّ ظاهر إطلاقهم(١٣١٥) "إباحة التصرّف" شمولها للتصرّفات التي لاتصحّ إلاّ من المالك كالوطء و العتق و البيع لنفسه. و التزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرّفات – كما إذا وقعت هذه التصرّفات من ذي الخيار، أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع – بعيد. و سيجيء ما ذكره(١٣١٦) بعض الأساطين: من أنّ هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

لكنّ الإنصاف: أنّ القول بالتزامهم لهذه الأُمور أهون من توجيه كلماتهم، فإنّ هذه الأُمور لااستبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيّة، و لم يساعد عليها دليل معتبر، و اقتضى الدليل صحّة التصرّفات المذكورة، مع أنّ المحكيّ[٤٢] عن حواشي الشهيد(١٣١٧) على القواعد: المنع عمّا يتوقّف على الملك، كإخراجه في خمسٍ أو زكاةٍ وكوطء الجارية.

١٣١٥. بعبارة أُخرى: و يبعّد إرادة الإباحة المجرّدة، و يقرّب إرادة الملك المتزلزل كما ذكره المحقّق الثاني رحمه الله، أنّ ظاهر إطلاقهم...، إذ بناءً عليه لابدّ من التقييد و الحمل على التصرّفات الغير المتوقّفة على الملك، بخلافه بناءً على إرادة الملك المتزلزل من الإباحة. و كيف كان، فيمكن الخدشة في هذا المؤيّد بمنع الإطلاق في التصرف المذكور في كلامهم، فإنّ أكثرهم قد رتّبوا جواز التصرّف على الإباحة و فرّعوه عليها، و قضيّة ذلك أنّهم بصدد بيان أثر الإباحة و نتيجتها، فينحصر بما لايتوقّف على الملك، لأنّ الإباحة لاتنتج أثراً يضادّها و ينافيها، و من هنا منع الشهيد رحمه الله – في محكيّ حواشيه على القواعد – عمّا يتوقّف على الملك من التصرّفات.

١٣١٦. هذا استشهاد على بعد الالتزام المذكور. يعني: لبُعد ذلك ذكر بعض الأساطين –كما سيجيء – أنّ هذا القول – يعني: القول بالإباحة المجرّدة عن الملك من حين المعاطاة – مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

١٣١٧. يعني: و مع التصريح بالمنع عن التصرّف المتوقّف على الملك كيف يمكن توجيه الإباحة بالملك المتزلزل؟ و فيه: أنّه لم يوجّه الإباحة في كلامه به حتّى لايمكن ذلك، و لذا أشار إلى ردّه بقوله: «و من منع فقد أغرب» و إنّما وجّه به ما في كلام غيره.

و ممّا يشهد على نفي البُعد عمّا ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجرّدة مع قصد المتعاطيين التمليك أنّه قد صرّح الشيخ في المبسوط[٤٣] و الحلّي في السرائر وكظاهر العلاّمة في القواعد[٤٤] بعدم حصول الملك بإهداء الهديّة(١٣١٨) بدون الإيجاب و القبول ولو من الرسول، نعم يفيد ذلك إباحة التصرّف، لكنّ الشيخ استثنى وطء الجارية.

ثمّ إنّ المعروف بين المتأخّرين: أنّ من قال بالإباحة المجرّدة في المعاطاة قال بأنّها ليست بيعاً حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدّمة و معقد إجماع الغنية، و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقّق الثاني: من إرادة نفي اللزوم! و كلاهما خلاف الظاهر(١٣١٩).

.....

١٣١٨. يعني: و الهديّة ممّا يقصد به التمليك لا الإباحة، فيشهد على أنّ مورد حكمهم بالإباحة هو صورة قصد التمليك. و أمّا وجه شهادة ذلك -بأنّ مرادهم من الإباحة هو الإباحة المجرّدة عن الملك لا الملك المتزلزل - هو استثناء وطي الجارية، إذ لوكان مرادهم الإباحة المترتّبة على الملك المتزلزل لما كان وجه للاستثناء المذكور، و بضميمة عدم الفرق من هذه الجهة بين الهديّة و البيع يتمّ الاستشهاد. هذا، و يتّجه عليه أنّه يتمّ الاستشهاد بكلام الشيخ، لاشتماله على الاستثناء المذكور، دون كلام العلاّمة و الحلّي، لخلوّه عنه. هذا بناءً على أن يكون نظره في الاستشهاد على إرادة الإباحة المجرّدة إلى مسألة الاستثناء. و أمّا لوكان نظره فيه إلى تصريحهم بعدم حصول الملك و حصول الإباحة، فيتّجه عليه أنّ هذا لايزيد على تصريحهم بذلك في البيع في عبائرهم المتقدّم نقلها، فيمكن أن يراد من الملك المنفيّ حصوله فيها -كما في العبائر المتقدّمة- الملك اللازم، و من الإباحة المثبتة الملك المتزلزل. و بالجملة، الاستشهاد بذلك على ما ذكره غير خالٍ عن المناقشة.

١٣١٩. أمّا الثاني فلوضوح ظهور الإباحة في غير الملك. و أمّا الأوّل فلأنّ الظاهر من البيع عند العرف و اللغة عمومه للمعاطاة، لعدم كون التمليك بخصوص اللفظ مأخوذاً في مفهومه في العرف و اللغة.

ثمّ إنّه لامنافاة بين جعله هنا نفي البيعيّة عن المعاطاة خلاف الظاهر الملازم لكون البيعيّة هو الظاهر، و بين تسليمه ظهور كلماتهم في نفي حصول الملك بها، و ذلك لاختلاف الظهورين من حيث الموصوف، لأنّ الموصوف بالظهور في عدم حصول الملك بما هو كلماتهم، و الموصوف بالظهور في بيعيّة المعاطاة هو لفظ البيع في العرف و اللغة.

و يدفع الثاني: تصريحُ(١٣٢٠) بعضهم بأنّ شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، فكلّ بيعٍ عنده لازم من غير جهة الخيارات، و تصريحُ غير واحد بأنّ الإيجاب و القبول من شرائط صحّة انعقاد البيع بالصيغة. و أمّا الأوّل، فإن قلنا بأنّ البيع(١٣٢١)

.....

١٣٢٠. يعني: و يمنع الثاني - مضافاً إلى مخالفته للظاهر كما عرفت - تصريح بعضهم بأنّ شرط لزوم البيع... . و حاصل وجه الدفع و المنع: أنّ هذا الثاني — أعني: إرادة الملك الغير اللازم من الإباحة - لايجري في كلام هذا البعض القائل بعدم تزلزل البيع من غير جهة الخيار، حيث إنّ لازمه تزلزله من غير جهته أيضاً. و كذا لايجري في كلام من صرّح بأنّ الإيجاب و القبول من شروط صحّة انعقاد البيع لالزومه، يعني: من شرائط انعقاد البيع الصحيح لا البيع اللازم. هذا، بناءً على كون الصحّة في أصل النسخة. و أمّا بناءً على وقوعها غلطاً فالمعنى واضح. وكيف كان، فالظاهر - بل المتعيّن- أنّ كلمة «بالصيغة» من غلط النسخة.

ثمّ إنّه قد يستشكل على دفع الثاني - بتصريح البعض بانحصار شرط اللزوم - بأنّ لازم هذا البعض أنّ الصيغة عنده ليست من شرائط اللزوم، فيلزم أن لاتكون من شرائط الصحّة أيضاً، إذ لم يقل أحد بأنّها شرط الصحّة دون اللزوم، و ينتج ذلك أنّ المعاطاة عند هذا البعض تفيد الملك اللازم، فتفترق مقالته عن مقالة المشهور القائلين بعدم إفادتها اللزوم، و المحقّق الثاني في مقام توجيه كلمات المشهور، فلايصحّ دفعه بتصريح هذا البعض القائل باللزوم.

و يمكن أن يجاب عنه بأنّ ظاهر قول المصنّف: «تصريح بعضهم» يعني: بعض المشهور، بل صريحه أنّ هذا البعض أيضاً من جملة المشهور، و أنّه مثلهم قال بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة، فحينئذٍ يصحّ الدفع بالتصريح بما ذكر. و تقريبه: أنّ قضيّة حفظ هذا التصريح و عدم رفع اليد عنه هو الالتزام في المعاطاة إمّا بالملك اللازم و إمّا بالإباحة المجرّدة عن الملك مطلقاً حتّى الجائز منه، و الأوّل لايرضى به المحقّق الثاني الموجّه لكلمات المشهور، فتعيّن الثاني، و أنّ مراده من الإباحة نفس معناها الظاهرة فيه، فافهم.

١٣٢١. جواب هذا الشرط قوله: «فيصحّ على ذلك نفي البيعيّة على وجه الحقيقة». و جملة الشرط و الجزاء معاً جواب «و أمّا». و أمّا قوله: «فإن كان في نظر الشارع — إلى قوله - فيصحّ» فهو شطر ممّا تقدّم ذكره في دفع الإشكال عن التمسّك بالإطلاقات بناءً على الوضع

عند المتشرّعة حقيقةٌ في الصحيح – و لو بناءً على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع: من أنّ البيع في العرف اسمٌ للمؤثّر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المتشرّعة من حيث إنّهم متشرّعة و متديّنون بالشرع، صحيحاً مؤثّراً في الانتقال كان بيعاً حقيقيّاً، و إلاّ كان* صورياً نظير بيع الهازل في نظر العرف – فيصحّ على ذلك نفي البيعيّة على وجه الحقيقة في كلام كلّ من اعتبر في صحّته الصيغة، أو فسّره بالعقد؛ لأنّهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثّر في النقل في نظر الشارع.

إذا عرفت ما ذكرنا فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستّة: اللزوم مطلقاً، كما هو ظاهر عن شيخنا المفيد(١٣٢٢)، و يكفي في وجود القائل به قول العلاّمةﷺ في التذكرة: الأشهر(١٣٢٣) عندنا أنّه لابدّ من الصيغة[٤٥]. و اللزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعاملة لفظاً؛ حكي ذلك عن بعض معاصري الشهيد الثاني، و بعض متأخّري المحدّثين، لكن في عدّ هذا من الأقوال

.....

للصحيح. فالفاء هنا لعطف ما بعدها على ما قبلها بدل «ثمّ» هناك. و أمّا معادل قوله: «فإن قلنا...»، و هو قوله: و إن لم نقل به، بل قلنا بأنّه حقيقة في الأعمّ، فلايصحّ نفي البيعيّة على وجه الحقيقة، فلم يذكره لوضوحه. فمعنى العبارة: أمّا الأوّل – أعني: نفي حقيقة البيع عنها– ففي كونه باطلاً و مدفوعاً و ممنوعاً مثل الثاني تفصيل، فإنّا إن قلنا بالشرطيّة الأُولى فيصحّ، و إن قلنا بالشرطيّة الثانية المطويّة في العبارة فلايصحّ. هذا، و التحقيق هو الثاني كما بيّناه في بحث الصحيح و الأعمّ من الأُصول.

١٣٢٢. سيأتي الكلام فيما هو المنشأ لتوهّم ظهور عبارته في لزوم المعاطاة و ما فيه من الخدشة، فانتظر.

١٣٢٣. يعني: و على تقدير منع ظهور عبارة المفيدﷺ في اللزوم، و دعوى عدم دلالتها عليه –كما يأتي الكلام في بيان وجهه– يكفي في الدلالة على وجود القائل به قول العلاّمةﷺ: «الأشهر...»، بل التعبير بلفظة الأشهر دون المشهور –كما يأتي إن شاء الله – يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به، و أنّ القائل باللزوم ليس بقليل، و إلاّ لعبّر بلفظ المشهور كما لايخفى.

---

* في بعض النسخ زيادة: بيعاً.

في المعاطاة تأمّل(١٣٢٤). و الملك الغير اللازم، ذهب إليه المحقّق الثاني، و نسبه إلى كلّ من قال بالإباحة[٤٦]. و في النسبة ما عرفت. و عدم الملك مع إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، كما هو ظاهر عبائر كثير، بل ذكر في المسالك: أنّ كلّ من قال بالإباحة يسوّغ جميع التصرّفات. و إباحة ما لايتوقّف على الملك، و هو الظاهر من الكلام المتقدّم عن حواشي الشهيد على القواعد، و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية(١٣٢٥) من دون إيجاب و قبول. و القول بعدم إباحة التصرّف مطلقاً نسب إلى ظاهر النهاية[٤٧]، لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها.

و المشهور بين علمائنا: عدم ثبوت الملك بالمعاطاة و إن قصد المتعاطيان بها التمليك، بل لم نجد قائلاً به إلى زمان المحقّق الثاني الذي قال به، و لم يقتصر على ذلك حتّى نسبه إلى الأصحاب. نعم، ربّما يوهمه ظاهر عبارة التحرير، حيث قال فيه: الأقوى(١٣٢٦) أنّ المعاطاة غير لازمة،

.....

١٣٢٤. وجه التأمّل أنّه من الأقوال في موضوع المعاطاة، و أنّه عبارة عن الخالي عن اللفظ الخاصّ في مقابل من جعلها عبارة عن الخالي عن مطلق اللفظ، لا من الأقوال في حكمها بعد الفراغ عن تحقّق موضوعها. فقوله باللزوم بشرط اللفظ في الجملة إنّما هو من جهة خروجه عن موضوع المعاطاة عنده، لاعتباره فيه الخلوّ عن مطلق اللفظ.

١٣٢٥. إهداء الجارية بالخصوص و إن لم يحك عنه، لأنّ المحكيّ عنه مطلق إهداء الهديّة العامّة بإطلاقها له، إلاّ أنّه قد أراده من المطلق قطعاً، بقرينة استثناء الوطي، فكأنّه ذكره بالخصوص. ثمّ إنّه أسند هذا القول هنا إلى الشيخ رحمه الله دون الحلّي و العلاّمة رحمهما الله من جهة أنّه صرّح باستثناء وطي الجارية دونهما.

١٣٢٦. لايقال: نعم يوهمه لو كان مراده من المعاطاة في العنوان ما قصد به التمليك، و هو غير معلوم، لاحتمال أن يراد منها ما قصد به الإباحة، و التعبير باللزوم و الفسخ إنّما هو بلحاظ كونها عقداً قد أنشئ بالفعل، و التعبير بالمعاوضة إنّما هو بلحاظ كون الإباحة بإزاء الإباحة، كما هو ظاهر العنوان بملاحظة التعبير بباب المفاعلة، فتكون معاوضة أيضاً، غاية الأمر لابين المالين بنحو الملك، فحينئذٍ تكون العبارة أجنبيّة عن القول بإفادة المعاطاة المقصود بها الملك

بل لكلٍّ منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلفت لزمت، انتهى. و لذا نسب ذلك إليه في المسالك[٤٨]، لكن قوله بعد ذلك: "و لايحرم على كلٍّ منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد" ظاهرٌ في أنّ مراده مجرّد الانتفاع؛ إذ لامعنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك(١٣٢٧). و أمّا قوله: "و الأقوى... ، فهو إشارة إلى خلاف المفيد﵀ و العامّة القائلين باللزوم. و إطلاق "المعاوضة" عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، و إطلاق "الفسخ" على "الردّ" بهذا الاعتبار أيضاً وكذا "اللزوم"(١٣٢٨). و يؤيد ما ذكرنا بل يدلّ عليه أنّ الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقّفها على الإيجاب و القبول، ثمّ قال: و هل يستغنى عن الإيجاب و القبول في هدية الأطعمة؟ الأقرب عدمه، نعم يباح التصرّف بشاهد الحال انتهى. و صرّح بذلك أيضاً في الهدية[٤٩]، فإذا لم يقل في الهبة بصحّة المعاطاة فكيف يقول بها في البيع؟

و ذهب جماعة[٥٠] تبعاً للمحقّق الثاني إلى حصول الملك و لايخلو عن قوّة، للسيرة المستمرّة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرّف فيه بالعتق و البيع،

.....

الملك الغير اللازم، و لايكون احتياج إلى ما تكلّف به المصنّف﵀. لأنّا نقول: يمنع عن إرادة هذا الاحتمال قوله بعد ذلك: «بخلاف البيع الفاسد» إذ لامجال لتوهّم كون المعاطاة المقصود بها الإباحة كالبيع الفاسد حتّى يدفعه بذلك، و هذا بخلاف المقصود بها التمليك، فتدبّر جيّداً.

١٣٢٧. بل لامعنى لها بعد الحكم بالإباحة، حيث إنّه إعادة لما يستفاد من العبارة السابقة على القول بالإباحة، بخلافه على القول بالملك، لأنّه بناءً عليه يصير من قبيل بيان الحكم بعد تحقّق موضوعه، فكأنّه قال: الأقوى أنّ المعاطاة تفيد الملك الغير اللازم، فلايحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبله، لتحقّق الملك، بخلاف البيع الفاسد، فإنّه يحرم الانتفاع فيه، لعدم تحقّق الملك فيه.

١٣٢٨. لايتمّ هذا بناءً على كون مراده﵀ بيان أنّ المعاطاة المقصود بها التمليك يفيد الإباحة إلاّ في قوله: «غير لازمة». و أمّا في قوله «لزمت» فلا، لأنّ اللزوم هناك حكم شرعيّ لاقصديّ، فيراد القصدي من الأوّل أيضاً.

و الوطء و الإيصاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك. و يدلّ عليه أيضاً: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾[٥١]، حيث إنه يدلّ على حلّية جميع التصرّفات المترتّبة على البيع(١٣٢٩)،

.....

١٣٢٩. فدلالته على صحّة المعاطاة على هذا تكون بالالتزام، لأنّ مدلولها المطابقي حلّية كلّ تصرّف مترتّب على البيع بعد وجود المعاطاة، فيعمّ التصرّف المتوقّف على الملك، و لازم حلّية هذا النحو من التصرّف تأثير المعاطاة في النقل و الانتقال، و هو المطلوب.

ثمّ إنّ الوجه في هذا التقريب ظهور الحلّ في الآية في الحلّ التكليفي، مع ملاحظة كون البيع - بمعنى صرف الإنشاء - غير قابل لأن يتوهّم فيه غير الحلّ حتّى يحتاج إلى البيان، أو ملاحظة أنّ الآية في مورد الامتنان، و لا امتنان في تحليل مجرّد إنشاء النقل و الانتقال، فإنّه مع ملاحظة أحد الأمرين المذكورين يوجب تقدير التصرّفات قبل البيع أو جعله كناية عنها. و من هنا يعلم وجه التأمّل في القول بدلالتها على المطلوب بالمطابقة، فإنّها مبنيّة على جعل﴿أَحَلَّ﴾ بمعنى: أنفذ حتّى يشمل الحلّ الوضعي بمعنى الصحّة، و هو خلاف الظاهر، إذ الظاهر من الحلّ هو التكليفي.

وكيف كان، فيمكن تقريب الاستدلال بالآية بأنّ المراد من البيع فيها المبيع، و ذلك لأنّ المراد من الربا - بقرينة نسبة الأكل إليه في قوله ﷺ قبل ذلك: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبا لايَقُومُونَ إِلاّ كَما يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطانُ مِنَ الْمَسِّ ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا﴾ - إنّما هو معناه اللغوي و هو الفضل و الزيادة، و لكن بالمعنى الاسم المصدري المنطبق على المال بحيث يصحّ حمله عليه، لامعناه الاصطلاحي، أي: المعاملة المتعارفة بين الناس، لعدم قابليّة تعلّق الأكل به بذاك المعنى. و يؤيّده قوله في بعض الأخبار: «و يردّ الربا إلى صاحبه» لأنّ القابل للردّ ليس إلاّ المال. و يؤيّده أيضاً قوله ﷺ: ﴿يَمْحَقُ اللّهُ الرِّبا وَ يُرْبِي الصَّدَقاتِ﴾. وجه التأييد واضح. و حينئذٍ يكون المراد من البيع بقرينة المقابلة المقدار المساوي من المبيع للثمن، و لاإشكال أنّ متعلّق الحلّ و الحرمة ليس المقدار المساوي له و المقدار الزائد بما هما من الأعيان الخارجيّة كالماء و الشاة و الخمر و الخنزير، بل بما هما مبيع و ربا، و حقيقة المبيع -على ما عرفت في تعريف البيع- ما أقيم مقام الثمن فيما له من الأوصاف الاعتباريّة، بل عينه اعتباراً، فيكون المعنى: أنّ المبيع بما هو قائم مقام الثمن حلال، و لاريب أنّ حلّ الثمن إنّما كان من

بل قد يقال بأنّ الآية دالّة عرفاً بالمطابقة على صحّة البيع، لامجرّد الحكم التكليفي. لكنّها محلّ تأمّل. و أمّا منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة.

و أمّا دعوى الإجماع(١٣٣٠) في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً كابن زهرة في الغنية فمرادهم بالبيع: المعاملة اللازمة التي هي إحدى العقود، و لذا صرّح في

.....

جهة الملكيّة، فيكون حلّ المبيع أيضاً من هذه الجهة، و هذا عين معنى تأثير البيع. و من هنا يعلم معنى حرمة الربا.

و قد يتوهّم أنّ هذا التقريب لابأس به إلاّ أنّه مبنيّ على كون البيع بمعنى المبيع، و هو غير ثابت. و يندفع بما في المصباح - الذي قال العلاّمة الأستاد إنّه أمتن كتب اللغة - من قوله: «يطلق البيع على المبيع، و يقال: هذا بيع جيّد» انتهى. و ظاهره من جهة ترك إتيان «قد» التقليليّة عدم قلّة هذا الاستعمال، مع شيوع استعمال المصدر و إرادة معنى المفعول، فتأمّل و افهم.

١٣٣٠. لمّا كان الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً ينافي ما ادّعاه من صدق البيع عليها المتوقّف عليه التمسّك بالآية الشريفة، تعرّض لدفعه بقوله: «فمرادهم...». و حاصل الدفع: أنّه ينافيه لو كان مراد المجمعين ظاهر ذلك من عدم كونها بيعاً حقيقة، و ليس كذلك، بل مرادهم من البيع الذي ينفونه عنها إنّما هو المعاملة الصحيحة المؤثّرة في إفادة الملك بالفعل، التي من أوصافها المعرّفة لها أنّها لازمة بحسب اقتضاء ذاتها لو خلّيت و نفسها و لو لم تكن لازمة بالفعل لأمر خارج عن ذاتها مثل الخيار، فمرادهم بالبيع المنفيّ عنها - في كلامهم و معقد إجماعهم - هو البيع الصحيح، أي: نفي صحّته لاحقيقته. و الشاهد على هذا التصرّف في كلامهم تصريح السيّد في الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحّة البيع، لا من شرائط تحقّق أصل حقيقته و مفهومه. وجه الشهادة: أنّه لوكان مرادهم ما هو ظاهر كلامهم لكان اللازم جعله من شرائط الحقيقة لا الصحّة.

و من ملاحظة ما ذكرنا في شرح المراد من المعاملة اللازمة هنا ينشرح قوله في التنبيه الأوّل: «فنفي البيع» أي: البيع المنفيّ عنها في كلامهم و معقد إجماعهم هو البيع المفيد شرعاً اللزوم زيادة على الملك. و يعلم أنّ معناه البيع الذي من أوصافه المعرّفة له أنّه يفيد اللزوم شرعاً بالذات لولا هناك ما هو خارج عن الذات مانع عن تأثيره في اللزوم زيادة على صحّته بالفعل و إفادته للملك، يعني: البيع الصحيح المؤثّر المفيد لأصل الملك الذي من لوازم ذاته شرعاً إفادته

الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحّة البيع. و دعوى: أنّ البيع الفاسد(١٣٣١) عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها. و ممّا ذكر يظهر وجه التمسّك بقوله تعالى:

.....

للزوم أيضاً.

و ممّا ذكرنا في شرح العبارتين يظهر أنّ ما استشكل السيّد العلاّمة الأستاذ‌ﷺ على عبارة المقام بما هو مذكور في تعليقته، و المولى العلاّمة الآخوند‌ﷺ على العبارة الآتية في التنبيه الأوّل في حاشيته، بأنّ قوله: «فنفي البيع عن المعاطاة...» لايصحّ أن يكون تفريعاً على القول بالإباحة، و إنّما هو تفريع على القول بالملك و إن كان خلاف سوق الكلام، غفلة منهما نشأت من قلّة التدبّر في كلام المصنّف، فتدبّر جيّداً.

نعم، يرد عليه‌ﷺ أنّ التصرّف في البيع - في معقد إجماعهم- بحمله على البيع الصحيح لايجدي في رفع مانعيّة هذا الإجماع عن التمسّك بالآية في صحّة المعاطاة، إذ يكفي في ذلك الإجماع على نفي صحّة البيع بدون الإيجاب و القبول اللفظيين، غاية الأمر على هذا يكون خروج المعاطاة عن الآية من باب التخصيص و على الأوّل من باب التخصّص، و على التقديرين لايجوز التمسّك بها، و لاسبيل إلى رفع هذا الإيراد إلاّ منع حجّية الإجماع المنقول، و على هذا لاحاجة إلى تأويل كلامهم و التصرّف فيه.

ثمّ إنّه كان ينبغي للمصنّف‌ﷺ في هذا المقام – أعني: مقام المناقشة على الاستدلال بالآية لأجل إفادة المعاطاة للملك - أن يتعرّض لدفع توهّم دلالة «إنّما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام» على اعتبار اللفظ في إفادة البيع للملك الموجب لتخصيص الآية، بأن يقول: و أمّا قوله‌ﷺ: «إنّما يحلّل الكلام...». فسيأتي الكلام في عدم دلالته على اعتبار الكلام في الصحّة و كذا في اللزوم.

١٣٣١. هذه خدشة في الاستشهاد بجعل اللفظ من شرائط الصحّة في عبارة الغنية على التصرّف في كلامهم. و حاصل الخدشة: أنّه يكون شاهداً على التصرّف فيه لو كان البيع الفاسد بيعاً عندهم، فيكشف ذلك عن وضعه للأعمّ، و هو ممنوع، فيكشف ذلك عن وضعه للصحيح، فيكون شرط الصحّة شرطاً لأصل تحقّق المفهوم، فبانتفائه ينتفي حقيقة البيع، فتصريح الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط الصحّة لايكون شاهداً على التصرّف في كلامهم بما

﴿إلاّ أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾٥٢(١٣٣٢).

و أمّا قوله ﷺ: "الناس مسلّطون على أموالهم"٥٣(١٣٣٣) فلا دلالة فيه على المدّعى؛ لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنّما يجدي فيما إذا شكّ في أنّ هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعاً في حقّه أم لا؟ أمّا إذا قطعنا بأنّ سلطنة خاصّة

.....

ذكر، إذ نفي الصحّة على هذا مساوق لنفي الحقيقة، فلابدّ من إبقائه على ظاهره، و معه لايتمّ التمسّك بالآية.

و الجواب عن هذه الخدشة ما أشار إليه بقوله: «قد عرفت الحال فيها». و يمكن أن يكون نظره في ذلك إلى ما ذكره سابقاً من أنّ حقيقة البيع ليس إلاّ صرف إنشاء تمليك عين بعوض معلوم، حتّى إنّه لم يؤخذ في مفهومه قيد التعقّب للقبول فضلاً عن الإيجاب و القبول اللفظيّين. و يمكن أن يكون نظره فيه إلى ما تقدّم نقله عن جامع المقاصد من قوله: «لأنّها بيع بالاتّفاق حتّى من القائلين بفسادها». و على الأوّل يكون المراد أنّه قد عرفت أنّ الدعوى المذكورة خلاف التحقيق في معنى البيع، و على الثاني أنّها خلاف الواقع و أنّ البيع الفاسد بيع عندهم.

١٣٣٢. يمكن منع دلالتها على الملك بأنّ التجارة أعمّ من المملّكات، و لذا استدلّ بها بعضهم على مشروعيّة الإباحة المعوّضة. و أوضح منعاً لو كان المدّعى إفادة المعاطاة للملك على نحو البيع، بمعنى كونها بيعاً مفيداً للملك، لا على نحو غيره من المملّكات، كما هو الظاهر من كلام القائلين بالملك، على ما سيصرّح به المصنّف في أوّل تنبيهات المسألة، و تقدّم أيضاً في أوّل عنوان المعاطاة في ردّ الأخيرين من وجوه تصوير المعاطاة. هذا، و الإنصاف دلالتها على نفوذ التجارة على النحو المقصود منها، و هو في المسألة عبارة عن التمليك و البيع حسب الفرض، و عمومها للتجارة غير المملّكة لايمنع عن دلالتها على المطلب.

١٣٣٣. قال بعض الأفاضل: حاصل ما أورده: أنّ هذا الكلام ليس في مقام تشريع الأسباب، و هذا معنى ما يقال: إنّ هذا الكلام ليس مشرّعاً، فهو إنّما يدلّ على أنّ ما يفعله الناس في أموالهم من النقل و سائر التصرّفات فذلك لهم، و ليس لأحد منعهم و مزاحمتهم، و ليسوا محجورين عن التقليب و التقلّب في أموالهم، و لادلالة له على أنّ كلّ ما يريدون من

كتمليك ماله للغير نافذة في حقّه ماضية شرعاً، لكن شكّ في أنّ هذا التمليك الخاصّ هل يحصل بمجرّد التعاطي مع القصد أم لابدّ من القول الدالّ عليه؟

.....

النقل و الانتقال يحصل بمجرّد إرادتهم، حتّى إذا دلّ دليل على أنّه يعتبر في نقل العين لفظ «بعت» مثلاً كان منافياً لعموم السلطنة و مخصّصاً لها. و لنعم ما قيل من أنّه ﷺ قال: «الناس مسلّطون على أموالهم» و لم يقل: على أحكامهم، بحيث تكون سببيّة الأسباب بحسب إرادتهم و مشيّتهم. و قد يشكل أيضاً بأنّ إثبات السلطنة على المال لايعمّ بحسب المفهوم العرفي قطع السلطنة. و الجواب عن هذا الإشكال: أنّ تسليط الغير و إحداث علاقة الملكيّة بينه و بين المال نحو سلطنة أيضاً، فلاموجب لإخراجه، و ليس هذا بمجرّد رفع السلطنة عن المال و الإعراض عنه حتّى يمنع ظهور الكلام فيه، بل هو من تمام السلطنة.

و أمّا الإشكال الأوّل؛ فإن فسّرنا السلطنة في الحديث بأنّ لهم كلّ نوع من أنواع التصرّف -كالبيع و الهبة و الإجارة و الإعارة و نحوها - بحيث يكون المراد منها أنواع التصرّفات، فيكون مهملاً بالنسبة إلى الكيفيّات التي تقع عليها تلك الأنواع، إذ معناه كما قلنا يكون: أنّ للناس أن يبيعوا أموالهم و أن يهبوا و هكذا، و أمّا أنّ لهم البيع مطلقاً بكلّ كيفيّة فلا دلالة له عليه، فإنّ إثبات صحّة المعاطاة بهذا الكلام فرع أن يكون له إطلاق لفظيّ بالنسبة إلى وجوه أسباب البيع، و هو منتف، و لايمكن التمسّك بدليل الحكمة، إذ يجوز أن يكون صدور هذا الحديث لمجرّد بيان تسلّط الناس من غير نظر إلى تحقّق نوع التصرّف -كالتصرّف البيعي مثلاً - بكلّ وجه، و يكون هذا نظير ما إذا قيل: المرء يملك أمر زوجته له أن يمسكها و له أن يطلّقها، فكما لايجوز التمسّك بهذا لوقوع الطلاق على كلّ حال و بكلّ لفظ يريد، فكذا لايجوز التمسّك بمثل قوله: للمالك بيع ماله و له هبته و هكذا لإثبات وقوع البيع بكلّ ما يريد، فإنّه جارٍ مجرى بيان أنّ أمر المال بيد مالكه لايزاحمه فيه أحد، و ليس له نظر إلى أسباب البيع كاللفظ و غيره.

و أمّا إذا جعلنا الحديث ناظراً إلى أشخاص التصرّفات، بأن يكون معناه: أنّ كلّ تصرّف يصدر عنهم في أموالهم فهو نافذ شرعاً، فيكون له عموم بالنسبة إلى أشخاص التصرّفات. و حينئذٍ فإذا أعطى المالك ماله غيره و سلّطه عليه السلطنة التامّة كان هذا تصرّفاً قطعاً، و قد دلّت الرواية على نفوذه. و لايبعد دعوى ظهور الحديث في هذا المعنى، فليتأمّل.

فلايجوز الاستدلال على سببيّة المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلّط الناس على أموالهم، و منه يظهر أيضاً عدم جواز التمسّك به لما سيجئ من شروط الصيغة. وكيف كان، ففي الآيتين مع السيرة كفايةٌ. اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّهما لاتدلاّن على الملك(١٣٣٤)، و إنّما تدلاّن على إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك كالبيع و الوطء و العتق و الإيصاء، و إباحة هذه التصرّفات إنّما تستلزم(١٣٣٥) الملك بالملازمة الشرعيّة الحاصلة في سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك، دون المقام الذي لايعلم ذلك منهم حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرّفات.

و صرّح في المسالك: بأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ جميع التصرّفات[٥٤]، غاية الأمر أنّه

.....

١٣٣٤. يعني: الملك من أوّل الأمر الذي قوّاه المصنّف﵀ تبعاً للمحقّق الثاني﵀.

١٣٣٥. هذا جواب عن سؤال، و هو أنّ الدليل على النحو المذكور من الإباحة إنّما يدلّ على الملك من أوّل الأمر، لوجود الملازمة بينهما كما في غير مقامنا هذا من البيوع القوليّة، إذ لاإشكال فيها في حصول الملك من حين العقد، مع أنّ الآيتين لاتدلاّن فيها أيضاً على أزيد من إباحة جميع التصرّفات، فلابدّ أن يكون استفادة الملك من أوّل الأمر من الملازمة بين الأمرين، فيثبت المطلوب في المقام، إذ المفروض بمقتضى الآيتين تحقّق اللازم، و هو الإباحة المطلقة، فلابدّ من تحقّق الملزوم - أعني: الملك - من أوّل الأمر، و هو المطلوب.

و حاصل الجواب: أنّ الملازمة التي تراها في المقيس عليه مختصّة به لاتتعدّى عنه إلى غيره، لأنّها ليست بعقليّة و لاعاديّة، بل شرعيّة محضة حصلت و نشأت من إجماع العلماء على الملكيّة من أوّل الأمر، و عدم القول بانفكاك الملك عن العقد، و هو موجود في المقيس عليه دون المقام الذي لايعلم ذلك - أي: عدم القول بالانفكاك بينهما فيه - منهم، بل علم منهم القول بالانفكاك بينهما فيه، لأنّهم مع قولهم بعدم حصول الملك هنا - أي: في المعاطاة - قد أباحوا جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك على ما يقتضيه ظاهر إطلاق كلماتهم، حيث لم يقيّدوا التصرّف في كلامهم بغير المتوقّف على الملك. و يشهد على إرادتهم هذا الإطلاق فهم الشهيد الثاني﵀، حيث إنّه صرّح في المسالك بأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ جميع التصرّفات، إذ لاوجه لنسبة ذلك إلى مجوّزي المعاطاة إلاّ إطلاق كلماتهم.

لابدّ من التزامهم بأنّ التصرّف المتوقّف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناً مّا، فإنّ الجمع بين إباحة هذه التصرّفات و بين توقّفها على الملك يحصل بالتزام هـذا المقـدار، و لايتوقّف على الإلتزام بالملك من أوّل الأمر* فيقال(١٣٣٦): إنّ مرجع هذه الإباحة أيضاً إلى التمليك. و أمّا ثبوت السيرة(١٣٣٧) و استمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلّة المبالاة في الدين ممّا لايحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم، كما لايخفى.

و دعوى: أنّه لم يعلم (١٣٣٨) من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرّفات المتوقّفة على الملك كما يظهر من المحكيّ عن حواشي الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدي،

.....

١٣٣٦. هذا نتيجة للمنفي، أعني: التوقّف على الالتزام بالملك من أوّل الأمر. يعني: حتّى يقال. و هذا هو المراد لوكان «ليقال» بدل «فيقال» كما في بعض النسخ المصحّحة.

١٣٣٧. فيه أنّه لامجال لما ذكره بالنسبة إلى سيرة العلماء و أهل الورع و التقوى في الدين. فالأولى في الإشكال عليها هو الإشكال الذي ذكره بالنسبة إلى الآيتين، و هو أنّ السيرة لاتثبت الملك من أوّل زمان وقوع المعاطاة الذي هو المدّعى، بل في الجملة و لو قبل زمان التصرّف المتوقّف على الملك بآنٍ مّا، و لاتتفاوت الحال في ذلك بين سيرة المسلمين بما هم مسلمون و بين سيرة العقلاء بما هم عقلاء. و الجواب عن هذا الإشكال هنا و في الآيتين هو دعوى الملازمة العرفيّة بين جواز جميع التصرّفات من حين المعاطاة و بين الملك من ذاك الحين، فإذا ثبت اللازم بها يثبت الملزوم لأجل الملازمة العرفيّة.

١٣٣٨. كان المناسب تقديم ذلك على قوله: «و أمّا السيرة...»، حيث إنّه من تتمّات الإشكال على الآيتين. و حاصله: أنّ نفي الإجماع على الملازمة في المقام و إثبات وجود الخلاف فيه إنّما يتمّ لو علم من المشهور القائلين بعدم حصول الملك من أوّل الأمر إباحة جميع التصرّفات، و لكنّه لم يعلم، إذ لاسبيل إلى العلم بذلك إلاّ الإطلاق، و مقدّمات الحكمة المتوقّف عليها الأخذ بالإطلاق غير تامّة، للشكّ في كونهم في مقام إرادته، لاحتمال إرادة التصـرّفات

---

* في بعض النسخ زيادة: كما التزمه المحقّق الثاني: فيقال.

و عدم جواز وطء الجارية المأخوذة بها، و قد صرّح الشيخ﵀ بالأخير في معاطاة الهدايا[٥٥]، فيتوجّه التمسّك حينئذ بعموم الآية على جوازها، فيثبت الملك، مدفوعة: بأنّه و إن لم يثبت ذلك إلاّ أنّه لم يثبت أنّ كلّ من قال بإباحة جميع هذه التصرّفات قال بالملك من أوّل الأمر، فيجوز للفقيه حينئذٍ التزام إباحة جميع التصرّفات مع التزام حصول الملك عند التصرّف المتوقّف على الملك لا من أوّل الأمر. فالأولى حينئذ: التمسّك في المطلب بأنّ المتبادر عرفاً من "حلّ البيع" صحّته شرعاً(١٣٣٩). هذا، مع إمكان إثبات صحّة المعاطاة في الهبة و الإجارة ببعض إطلاقاتهما(١٣٤٠)، و تتميمه في البيع بالإجماع المركّب.

هذا، مع أنّ ما ذكر: من أنّ للفقيه التزام(١٣٤١) حدوث الملك عند التصرّف المتوقّف عليه، لايليق بالمتفقّه فضلاً عن الفقيه، و لذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على

.....

الغير المتوقّفة على الملك، فيكون المقام بالنظر إلى التصرّفات المتوقّفة عليه مسكوتاً عنها، فيتمسّك في إثبات جوازها بذيل الآيتين، فيثبت الملك من أوّل الأمر.

و حاصل الدفع: أنّه مصادرة، إذ مجرّد إثبات جواز هذا النحو من التصرّف و لو بالآيتين لايكفي في إثبات المطلوب، بل لابدّ فيه من إثبات الملازمة بالإجماع، و أنّ كلّ من قال بإباحة جميع التصرّفات قال بحصول الملك من أوّل الأمر، و أنّى له بإثباته.

١٣٣٩. هذا تفريع على قوله: «اللّهمّ إلاّ أن يقال...»، و مرجع ذلك إلى دعوى الدلالة بطور المطابقة التي تأمّل فيها في السابق، و لكنّه الحقّ. و على فرض ظهور الحلّ في الحلّ التكليفي فيصحّ التمسّك بها أيضاً، بدعوى الملازمة العرفيّة بين الصحّة و حلّ التصرّفات لوتمّت مقدّمات الحكمة في الآية، و إنّما الشأن في تماميّتها، لاحتمال كونها في مقام التشريع، و أصالة كون المتكلّم في مقام بيان تمام المراد عند الشكّ فيه غير ثابتة عندي.

١٣٤٠. إطلاقاتهما لاتزيد على إطلاقات البيع لو لم‌تنقص عنها، فما يرد عليها وارد عليها أيضاً، مع أنّه قد حكي عن المصنّف﵀ إنكار وجود الإطلاقات فيهما.

١٣٤١. هذا بيان لصحّة الاستدلال بالآيتين بالتقريب الذي قوّاه أوّلاً، و أنّ الإشكال عليهما بقوله: «إلاّ أن يقال...» – من جهة استلزامه ما لايليق بالمتفقه من الالتزام بحصول الملك آنا مّا قبل التصرّف – فاسد لايمنع من الاستدلال بهما.

القواعد في مقام الاستبعاد: أنّ القول بالإباحة المجرّدة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك و البيع(١٣٤٢)، مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، منها: أنّ العقود و ما قام مقامها لاتتبع القصود. و منها: أن يكون إرادة التصرّف من المملّكات، فتملّك العين أو المنفعة بإرادة التصرّف بهما أو معه دفعةً(١٣٤٣) و إن لم يخطر ببال المالك الأوّل الإذن في شيءٍ من هذه التصرّفات؛ لأنّه قاصد للنقل من حين الدفع، و أنّه لاسلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال:

.....

١٣٤٢. ينبغي أن يضيف إلى ذلك حصول الملكيّة فيما بعد عند التلف أو التصرّف، لأنّ بعض ما ذكره من الأُمور راجع إلى ذلك لاربط له بالقول بالإباحة بما هي كما لايخفى. و حينئذٍ نقول: إنّه يمكن التفصّي عن هذا البعض الراجع إلى حصول الملك و أنّ السبب فيه ماذا؟ بأنّه بعد تسليم أوّل الأمر إلى الملكيّة، و عدم بقائه على الإباحة على الدوام، إنّما يرد لوكان مراد القائل بالإباحة لغويّة المعاطاة بالنسبة إلى الملكيّة، بمعنى أنّها لاتستند إليها أصلاً، و إنّما هي في زمان وجودها مستندة إلى شيء آخر غيرها. و أمّا لوكان مراده استناد الملك إليها فيما بعدها في وقت وجودها كزمان التصرّف و التلف، و أنّ المؤثّر في الملك هو المعاطاة غاية الأمر بشرط التصرّف مثلاً كالقبض في الصرف، فلايلزم عليه جملة من الأُمور المذكورة، مثل مملّكيّة التصرّف الذي منه الإيصاء بما أخذه بالمعاطاة و أمثال ذلك، بل إنّما هو من قبيل الشرط في تأثير المعاطاة في الملك. و منه يعلم حال الشفعة و الربا، إذ يكفي فيهما البيع العرفي الموقوف صحّته شرعاً على أمر لم يحصل بعد، كالقبض في الصرف و التصرّف في المقام، فتأمّل. و أمّا المواريث فيمكن أن يقال بذلك فيها أيضاً، فيقال بتأثير المعاطاة في الملك عند موت أحد المتعاطيين. و يمكن أن يقال فيها بأنّ الإرث في المأخوذ بالمعاطاة - على القول بالإباحة - إنّما هو من باب كون مباحيّة المأخوذ بها للأخذ ممّا تركه الميّت، فتدبّر جيّداً.

١٣٤٣. يعني: بإرادة التصرّف في العين و المنفعة منفردة عن التصرّف، أو مع التصرّف و منضمّة إليه بحيث يكون المملّك مركّباً عن الإرادة و التصرّف، لاخصوص الإرادة كما في المعطوف عليه، و بقرينة هذا الكلام يعلم أنّ مراده من إرادة التصرّف في صدر الكلام إرادة التصرّف وحدها أو منضمّة إلى التصرّف. و الظاهر أنّ مراده من التصرّف أعمّ من المتوقّف على الملك، كما يدلّ عليه قوله فيما بعد: «و منها: أنّ التصرّف...». و سيأتي وجه الدلالة.

اعتق عبدك عنّي(١٣٤٤) أو تصدّق بمالي عنك. و منها: أنّ الأخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون(١٣٤٥) و النفقات و حقّ المقاسمة(١٣٤٦) و الشفعة(١٣٤٧) و المواريث و الربا(١٣٤٨) و الوصايا تتعلّق بما في اليد، مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرّف فيه(١٣٤٩)، أو عدم العلم به فينفي بالأصل، فتكون متعلّقة بغير الأملاك، و أنّ صفة الغنى و الفقر(١٣٥٠) تترتّب عليه كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.

و منها: كون التصرّف من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى

.....

١٣٤٤. فإنّ القائل قاصد للتصرّف الناقل إلى ملكه ثمّ عتقه أو الصدقة عنه.

١٣٤٥. حيث إنّه يترتّب على المأخوذ بالمعاطاة حكم الملك في جواز مطالبة الآخذ له بأداء الدين منه فيما لم يكن عنده ما يفي بدينه إلاّ ذاك، و عدم وجوب الانتظار إلى الميسرة، فلو لم يكن ملكاً له لوجب هذا و حرم ذاك. و الحال في النفقات على المنوال، بل نفقة الزوجة من قبيل الدين.

١٣٤٦. الموجود في شرح القواعد حقّ المقاصّة، و هو الأوفق كما لايخفى.

١٣٤٧. بأن باع أحد الشريكين حصّته بالمعاطاة، و لاريب في ثبوت الشفعة للشريك الآخر و استحقاق إرجاعها إلى نفسه بالشفعة، فعلى القول بالإباحة تتعلّق الشفعة بما لم يخرج عن ملك البايع الشريك، مع أنّه لابدّ منه ثبوت الشفعة.

١٣٤٨. بأن يبيع المأخوذ بالمعاطاة بجنسه مع التفاضل، فإنّه يحرم تكليفاً عليه، و الحال أنّ مقتضى القاعدة على القول بالإباحة عدم حرمته عليه، لأنّ موضوع الحرمة هو المعاملة الصحيحة المؤثّرة للأثر لولا الربا، و لاصحّة هنا لولاه، لكون المبيع مال الغير، فلازم حرمة الربا عليه إجراء حكم الملك على غير الملك، فتدبّر.

١٣٤٩. هذا عطف على البقاء. و ضمير «فيه» راجع إلى المقابل. و ضمير «به» و «ينفى» راجع إلى التصرّف. و ضمير «عليه» راجع إلى ما في اليد. و «كذلك» أي: مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرّف فيه... .

١٣٥٠. يعني: صفة الغنى وجوداً و صفة الفقر عدماً تترتّب عليه، أي: على ما في اليد كذلك، أي: مع العلم ببقاء مقابله... إلى آخر ما ذكره فيما قبل.

التصرّف. و منها: جعل التلف السماوي من جانب مملكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرّف. و منها: جعل التلف السماوي من جانب مملّكاً للجانب الآخر، و التلف من الجانبين مع التفريط معيّناً للمسمّى من الطرفين، و لارجوع إلى قيمة المثل حتّى يكون له الرجوع بالتفاوت، و مع حصوله(١٣٥١) في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنّه المطالب(١٣٥٢)؛ لأنّه تملّك بالغصب أو التلف في يد الغاصب، غريب! و القول بعدم الملك(١٣٥٣) بعيد جدّاً، مع أنّ في التلف القهري إن ملك التالف قبل التلف فهو عجيب(١٣٥٤)! و معه بعيد، لعدم قابليّته* و بعده ملك معدوم، و مع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، و نفي الملك مخالف(١٣٥٥) للسيرة و بناء المتعاطيين. و منها: أنّ التصرّف إن جعلناه من النواقل القهريّة فلايتوقّف على النيّة فهو بعيد، و إن أوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطئاً بالشبهة، و الجاني عليه و المتلف لما جانياً على مال الغير و متلفاً له. و منها: أنّ النماء الحادث قبل التصرّف إن جعلنا حدوثه مملّكاً له دون العين فبعيدٌ، و معهما فكذلك،

١٣٥١. ضمير «حصوله» و «تلفه» راجع إلى المأخوذ بالمعاطاة المستفاد من سياق الكلام.

١٣٥٢. ضمير «بأنّه» و «لأنّه» راجع إلى القابض بالمعاطاة المستفاد من سوق الكلام. و «المطالب» بصيغة الفاعل، يعني: فالقول بأنّ القابض بالمعاطاة هو الذي يطالب المقبوض بالمعاطاة من الغاصب له -لأنّ القابض تملّك المقبوض بالمعاطاة بغصب الغاصب إيّاه أو تلفه في يد الغاصب- غريب.

١٣٥٣. يعني: و القول بأنّ القابض هو المطالب لكن مع عدم تملّكه له بالغصب و التلف بعيد جدّاً، لأنّ المطالب من الغاصب لايكون إلاّ المالك. و فيه نظر، لجواز مطالبة المباح له أيضاً، بلحاظ أنّ الغاصب أزال يده عن الانتفاع بالعين.

١٣٥٤. لكونه من تقدّم المسبّب على السبب أو حصول الملك بلاسبب.

١٣٥٥. يعني: و نفي ملك الآخر للعوض الآخر.

---

* في بعض النسخ زيادة: حينئذ.

وكلاهما منافٍ لظاهر الأكثر(١٣٥٦) و شمول الإذن له خفيّ. و منها: قصر التمليك على التصرّف مع الاستناد فيه(١٣٥٧) إلى أنّ إذن المالك فيه إذن في التمليك، فيرجع إلى كون المتصرّف في تمليكه نفسه موجباً قابلاً، و ذلك جارٍ في القبض(١٣٥٨) بل هو أولى منه، لاقترانه بقصد التمليك، دونه، انتهى. و المقصود من ذلك كلّه استبعاد هذا القول لا أنّ الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأُصول و العمومات؛ إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء.

أمّا حكاية تبعيّة العقود و ما قام مقامها للقصود، ففيها أوّلاً(١٣٥٩): أنّ المعاطاة

١٣٥٦. الظاهر أنّ هذا إيراد آخر غير الاستبعاد، يعني: مع أنّ كلا الأمرين -من كون حدوث النماء مملّكاً له فقط، وكونه مملّكاً له و للعين - خلاف ظاهر الأكثر، لأنّ الظاهر منهم حصر المملّك في التصرّف و التلف. هذا، بناءً على كون النسخة «و كلاهما». و في بعض النسخ المصحّحة «ولاهما» يعني: و لا المملكيّة للنماء فقط و المملكيّة له مع العين خلاف ظاهر الأكثر، حيث إنّ ظاهرهم كونه ملكاً لقابض ذي النماء، فلابدّ أن يكون حدوثه - مع فرض كونه قبل التصرّف في ذيه - مملّكاً له منفرداً أو مع العين، و إلاّ فلابدّ من الالتزام بأنّ المملّك له هو التصرّف فيه فيما لم يتصرّف فيه لايكون ملكه. و فيه: أنّ التصرّف في شيء لايكون سبباً لملك المتصرّف على القول به إلاّ مع الإذن فيه من المالك، و هو غير معلوم، لأنّ الذي صدر من المالك هو التصرّف في ذي النماء، و شموله للتصرّف في النماء خفي.

١٣٥٧. يعني: مع الاستناد في كون التصرّف مملّكاً إلى أنّ إذن المالك في التصرّف إذن في التمليك، نظراً إلى أنّ الإذن في الشيء إذن فيما يتوقّف عليه.

١٣٥٨. يعني: و ذلك الذي هو المناط في حصول الملك بالتصرّف - أعني: كون إذن المالك في التصرّف إذناً في التمليك بالتقريب الذي ذكرناه - جارٍ في قبض ما تعلّق به المعاطاة، بل القبض أولى في حصول الملك به من حصوله بالتصرّف، لاقتران القبض بقصد التمليك من المعطي، دون التصرّف لانفصاله عنه، فلايصحّ قصر التمليك بالتصرّف.

١٣٥٩. محصّل هذا الجواب منع كون المعاطاة على مذهب المشهور من صغريات هذه القاعدة، بتقريب أنّ الموضوع في القاعدة هو العقود المعتبرة الممضاة عند الشارع بواسطة قيام الدليل على الصحّة فيها، بمعنى ترتّب الأثر المقصود منها عليها، لا الأعمّ منها و من العقود التي

ليست عند القائل بالإباحة المجرّدة من العقود و لا من القائم مقامها شرعاً، فإنّ تبعية العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه إنّما هو لأجل دليل صحّة ذلك العقد بمعنى ترتّب الأثر المقصود عليه، فلايعقل حينئذٍ الحكم بالصحّة مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليه، أمّا المعاملات الفعليّة التي لم يدلّ على صحّتها دليل، فلايحكم بترتّب الأثر المقصود عليها، كما نبّه عليه الشهيد في كلامه المتقدّم من أنّ السبب الفعلي لايقوم(١٣٦٠) مقام السبب القولي

.....

لم يقم دليل على صحّتها كذلك، و إلاّ فانفكاك الأثر عن المقصود و عدم التبعيّة للقصد -كما في العقود الفاسدة- غير عزيز. و من المعلوم أنّ عدم التبعيّة في هذا الموضوع من جهة لزوم التناقض غير معقول، لا أنّه أمر معقول إلاّ أنّه يلزم منه الخروج عن القاعدة و تأسيس القاعدة الجديدة على خلافها على ما يظهر من ذلك البعض. و أمّا التي لم يقم دليل على صحّتها بالمعنى المذكور، كالمعاملات الفعليّة قبال القوليّة مثل المعاطاة على مذهب المشهور -حيث إنّ المفروض عندهم عدم وجود ما يدلّ على صحّتها بالمعنى المذكور، لتوهّمهم كون العقد اللفظي مأخوذاً في حقيقة المعاملات، الموجب لعدم صدق عناوينها المأخوذة في أدلّة الصحّة على الخالية عنه - فلايحكم بترتّب الأثر المقصود بها -و هو الملك- عليها، لعدم المقتضي لذلك حسب الفرض، إذ الفرض عدم الدليل على صحّتها كذلك، و إن شئت قلت: لعدم الدليل على التبعيّة فيها، فلايشملها قاعدة التبعيّة حينئذٍ أصلاً حتّى يلزم من عدم حكم المشهور بحصول الملك الخروج عن القاعدة و تأسيس قاعدة أُخرى جديدة.

فإن قلت: إذاً لم تكن صحيحةً، و لم‌تؤثّر في حصول المقصود، فكيف تؤثّر في حصول غير المقصود — أعني: الإباحة فيما نحن فيه - على المشهور؟

قلت: أيّ ملازمة بين الأمرين؟ بل كلّ منهما يدور مدار قيام الدليل عليه وجوداً و عدماً، فإذا فرض قيام دليل على ترتّب الإباحة على المعاطاة التي لم يقم دليل على إفادتها الملك -كما زعمه المشهور، حيث يدّعون قيام السيرة عليه - حكم به بلا لزوم محذور أصلاً. فتبيّن من هذا البيان أنّ قوله: «فإنّ تبعيّة العقد للقصد» تعليل لمحذوف، و هو قوله مثلاً: فيخرج عن تحت القاعدة موضوعاً، فتأمّل و افهم.

١٣٦٠. مراده من ذلك قوله: «و أمّا المعاطاة في المبايعات فهي لاتفيد إلاّ الإباحة لا الملك» فإنّ ذكره هذه الجملة بعد قوله: «قد يقوم السبب الفعلي مقام القولي» كالاستثناء منه،

في المبايعات*، نعم إذا دلّ الدليل على ترتّب أثرٍ عليه، حكم به و إن لم يكن مقصوداً. و ثانياً: أنّ تخلّف العقد(١٣٦١)

.....

فيكون مفاده: أنّ السبب الفعلي لايقوم مقام القولي في المبايعات، فتفطّن كي‌لاتسند الغفلة إلى المصنّف‌ﷺ و تقول: إنّ المذكور في كلامه المتقدّم نقيض ما أسنده إليه.

١٣٦١. اعلم أنّ قاعدة التبعيّة بمقتضى الحصر المستفاد منها منحلّة إلى عقد إيجابي، و هو أنّ العقود تؤثّر في المقصود، و أنّ ما يقصد منها هو الذي يوجد بعدها، و عقد سلبي، و هو أنّ العقود لاتؤثّر في غير المقصود، و أنّ ما لايقصد منها لايوجد بها. و حينئذٍ نقول: إمّا أن يكون غرض بعض الأساطين هو الإشكال بالمعاطاة بناءً على المشهور فيها على كلا عقدي القاعدة، أمّا على العقد الإيجابي فبعدم إفادتها للملك، و أمّا على العقد السلبي فبإفادتها للإباحة، و إمّا الإشكال على خصوص العقد الأوّل بعدم إفادتها للملك، و إمّا الإشكال على خصوص العقد الثاني بإفادتها للإباحة.

و لايخفى أنّه على التقدير الأوّل يتّجه على المصنّف‌ﷺ أنّ هذا الجواب من أجزاء الجواب الأوّل و تتمّاته، إذ بدونه يكون ناقصاً كما هو واضح، فلا معنى لجعله جواباً ثانياً.

و على الثاني يتّجه عليه أنّه حينئذٍ يكون أجنبيّاً عن مورد الإيراد بالمرّة، إذ مفاد ما ذكره في هذا الجواب أنّ العقود قد تؤثّر في غير المقصود، و هو راجع إلى العقد السلبي، و إثبات للتخلّف بالنسبة إليه، و ذلك لأنّ الظاهر من الأمثلة المذكورة في الجواب - من جهة ذكر ثبوت أمر غير مقصود في ذيل كلّ منها - هو إرادة إثبات تأثير العقد في غير المقصود منه، و إلاّ لكان ذكر ذلك في ذيلها لغواً. اللّهمّ إلاّ أن يجعل ذكر ذلك من باب ذكر اللازم و إرادة الملزوم، كما لعلّه يساعد عليه قوله: «نعم الفرق...»، حيث إنّ المراد من التخلّف فيه عدم ترتّب المقصود على العقد، لاترتّب غير المقصود عليه، فافهم.

و على الثالث يتّجه عليه - مع أنّه لاحاجة حينئذٍ إلى الجواب الأوّل- أنّ ما ذكره من النقوض لايرفع الإيراد لوكان مراده من التبعيّة هو التبعيّة العقليّة، حيث إنّ مفاد العقد السلبي - كما يأتي بيانه- أنّ الأمر القصدي لايوجد إلاّ بالقصد، و هو أمر عقليّ لايمكن تخلّفه،أي:

---

* في بعض النسخ: المعاملات.

.....

وجوده بدون القصد، و هو خلاف فرض كون الأمر المقصود من الأُمور القصديّة، فعلى هذا لابدّ من التوجيه في موارد النقض أيضاً. نعم، يتمّ ما ذكره في الجواب لوكان مراده من التبعيّة هي التبعيّة الشرعيّة القابلة لورود التخصيص عليها. نعم، يطالب القائلون بالإباحة بقيام الدليل على التخصيص، لكنّه خلاف التحقيق.

وكيف كان، فما ذكره في هذا الجواب الثاني بالنسبة إلى العقد السلبي جواب نقضي. و أمّا جوابه الحلّي فقد علم ممّا أجاب به عن الإشكال على العقد الإيجابي، و هو الخروج الموضوعي، ضرورة أنّ الموضوع في هذا العقد السلبيّ المفهومي إنّما هو على طبع* الموضوع في العقد الإيجابي المنطوقي سعةً و ضيقاً، و قد مرّ أنّه فيه منحصر بالعقد الصحيح، فنقول: إنّ غاية ما يفيده العقد السلبيّ أنّ العقد بالنسبة إلى ترتيب غير المقصود لااقتضاء صرف، لا أنّه مقتضٍ لعدم ترتّبه عليه، و معلوم أنّ اللااقتضاء لاينافي قيام الدليل المقتضي لإفادة الإباحة، مثل السيرة بناءً على المشهور.

و يشكل الجواب النقضي بأنّ تخلّف العقد عن القصد و تأثيره في غير المقصود على نحوين: أحدهما: كون الواقع بالعقد مخالفاً للمقصود منه من حيث الماهيّة، مثل قصد الهبة و وقوع الإجارة. و ثانيهما: كونه مخالفاً له من حيث القيود و الشروط زيادة و نقيصة، كما في تبعّض الصفقة. و غرض بعض الأساطين هو استبعاد التخلّف من حيث الماهيّة، إذ الملك غير الإباحة ماهيّة. و التخلّف في جميع ما ذكره المصنّفﷺ من النحو الثاني، حتّى في مسألة وقوع النكاح الدائم عند ترك ذكر الأجل على فرض قصد الانقطاع، بناءً على التحقيق من وحدتهما من حيث الماهيّة و اختلافهما بالتأجيل و عدمه، فإنّ الدوام عبارة عن صرف عدم القطع و التأجيل، لا بالتأجيل و التأبيد كي يكون الدوام أمراً وجوديّاً. و هذا نظير البيع نسيئة و البيع حالّاً، فإنّهما متّحدان حقيقة، و إنّما الاختلاف بينهما بالتأجيل في الأوّل و عدمه في الثاني، لا بالتأجيل في الأوّل و التعجيل في الثاني، فلو قال: بعتك هذا بثمن كذا، و ترك ذكر الأجل نسياناً، فمقتضى القاعدة كونه بيعاً صحيحاً حالاً، لاكونه باطلاً لما تعرفه. بل مقتضى النظر الدقيق أنّ وقوع النكاح الدائم مع نسيان الأجل ليس إلاّ وقوع عين المقصود بلا نقصان فيه

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّها تصحيف: طبق.

.....

أصلاً، إذ المراد من تبعيّة العقود للقصد أنّ وقوع مضمون العقد المستعمل فيه لفظ ذاك العقد يتبع و يتوقّف على أن يكون القصد من استعماله فيه وقوعه به قبال قصد شيء آخر، و من المعلوم أنّ ناسي ذكر الأجل قد استعمل لفظ «زوّجت» مثلاً في معناه الموضوع له، و قصد منه تحقّق معناه - و هو الزوجيّة به - وكونه سبباً لوجوده، بمعنى أنّ الداعي إلى استعماله فيه هو إيجاده به، و المفروض أنّ مضمونه - بواسطة ترك التقييد بالأجل- ليس إلاّ صرف الزوجيّة الخالية عن قيد الانقطاع و التأجيل، و لم يحصل بالعقد إلاّ هذا المضمون المقصود، و لم ينقص منه شيء، و إنّما يكون النقصان فيما إذا ذكر الأجل و وقع المطلق الخالي عنه.

و بالجملة، لوكان المراد من القصد -في قاعدة تبعيّة العقد للقصد- قصد وقوع مضمون العقد المستعمل فيه لفظه و وجوده، بمعنى كون الغرض الداعي إلى استعماله فيه تحقّقه به، فلاتخلّف أصلاً لاذاتاً و لاقيداً. نعم، لو أُريد منه القصد و الإرادة و الشوق المؤكّد، كي يكون المعنى أنّ وقوع مضمون العقد تابع لإرادة العاقد إيّاه و شوقه إليه، فيتحقّق التخلف في الغرض قيداً بل و ذاتاً أيضاً، لكن لاينبغي الإشكال في أنّ المراد منه هو المعنى الأوّل، فتأمّل وافهم، فالقياس مع الفارق، فتدبّر جيّداً.

و أمّا جوابه الحلّي فيمكن المناقشة فيه بأنّه مبنيّ على التحمّد بظاهر لفظ العقود، و الأخذ بقشره في قاعدة تبعيّة العقود للقصود، و توهّم أنّ مراد بعض الأساطين من اللفظ ظاهره، و ليس كذلك، بل مراده أنّ وقوع الأُمور القصديّة و تحقّقها في الخارج تابع لقصدها و موقوف عليه و لايوجد بدون القصد.

فحاصل إيراده بذلك على القول بالإباحة مع قصد التمليك: أنّ الإباحة من الأُمور القصديّة، فلايوجد و لايتحقّق - بمقتضى الكبرى المذكورة - بدون القصد إليها، و المفروض في المعاطاة هو القصد إلى التمليك دون الإباحة، فحصولها حينئذ -كما هو قضيّة القول بها - مع قصد التمليك يوجب حصولها بدون القصد إليها، فيلزم مخالفة الكبرى المذكورة.

و لايخفى أنّ الإيراد المذكور مبنيّ على كون المراد من الإباحة عند القائلين بها الإباحة المالكيّة، لأنّها التي تكون من الأُمور القصديّة المتوقّفة على القصد، بخلاف الإباحة الشرعيّة. و على هذا التقريب لايبقى مساس لمنع كون المعاطاة من العقود الصحيحة بالإيراد، لأنّ مراده من العقود الأُمور القصديّة المعامليّة، و من المعلوم أنّ نفي العقديّة عن المعاطاة حينئذٍ غير مربوط

عن مقصود المتبايعين كثير، فإنّهم أطبقوا على أنّ عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثّر في ضمان كلٍّ من العوضين القيمة*، لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع أنّهما لم يقصدا إلاّ ضمان كلٍّ منهما بالآخر.

و توهّم: أنّ دليلهم(١٣٦٢) على ذلك "قاعدة اليد"، مدفوع: بأنّه لم يذكر هذا الوجه إلاّ بعضهم معطوفاً على الوجه الأوّل، و هو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك[٥٦].

.....

بالإيراد المذكور، و أنّ المربوط به منع كون الإباحة المالكيّة من الأُمور القصديّة، أو منع كون المترتّب على المعاطاة عند القائلين بالإباحة هو المالكيّة، بل هو الإباحة الشرعيّة. و الأوّل غلط صرف. و الثاني خلاف مبنى الإيراد من أنّ مرادهم من الإباحة هو المالكيّة. فاللازم في الجواب عن الإيراد على هذا التقدير الثالث هو الالتزام بأنّ الإباحة المالكيّة أيضاً مقصودة للمالكين، غاية الأمر بالتبع و الالتزام، فيكون إنشاء التمليك إنشاء للإباحة أيضاً لأجل الملازمة، كما أنّ الإخبار عن الملزوم إخبار عن اللازم. فحصول الإباحة المالكيّة في المقام على القول بالإباحة لايكون من قبيل حصولها بدون القصد إليها، بل من الحصول بالقصد إليها تبعاً و التزاماً، غاية الأمر مجرّداً عن المقصود بالقصد المطابقي المتبوعي، فيكون نظير التعبّد بالمدلول الالتزامي للخبر مجرّداً عن التعبّد بمدلوله المطابقي، و ليس فيه محذور عقلي.

١٣٦٢. ستعرف إن شاء اللّه عند التكلّم في مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أنّ هذا ليس بتوهّم، بل هو الحقّ، و أنّ المقتضي للضمان في تلك القاعدة هو اليد و القبض. و ما في كلمات شيخ الطائفة﵀ من تعليل الضمان في البيع الفاسد و الإجارة الفاسدة بالإقدام على الضمان إنّما هو من باب بيان عدم المانع من تأثير اليد و القبض في الضمان، و هو الإقدام على المجّانية و تعليل الشيء به، لا من باب بيان المقتضي له و تعليله به، و أنّ جعل هذا دليلاً مستقلاً في عرض اليد غفلة صدرت عن المسالك، فانتظر. فإذن لايرد النقض بالعقود الفاسدة بالنسبة إلى الضمان بالقيمة الواقعيّة الغير المقصود بها، لأنّه مسبّب عن اليد لا العقد الفاسد.

---

* في بعض النسخ: بالقيمة.

وكذا الشرط الفاسد(١٣٦٣) مع انه لم يقصد المعاملة إلاّ مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء. و بيع ما يملك و ما لايملك صحيحٌ عند الكلّ. و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير. و ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً على قولٍ نسبه في المسالك و كشف اللثام إلى المشهور[٥٧]. نعم، الفرق(١٣٦٤) بين العقود و ما نحن فيه: أنّ التخلّف عن القصود* يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلّة صحّة العقود، و فيما نحن فيه: عدم الترتّب مطابق للأصل.

و أمّا ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرّف مملّكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان(١٣٦٥) مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرّف المطلق، و أدلّة توقّف بعض

.....

١٣٦٣. صحّة العقد بالنسبة إلى ذات المشروط و بالنسبة إلى ما يملك فقط في بيع ما يملك و ما لايملك مبنيّة على كون الشرط و الضميمة مطلوباً آخر وراء المشروط و المنضمّ إليه، و إلاّ بل كان بنحو وحدة المطلوب لاتعدّده فلاينبغي الإشكال في البطلان بالمرّة. و على المبنى المزبور لايكون تأثير العقد بالنسبة إلى مورد - و هو المشروط و المنضمّ إليه - من قبيل تخلّف العقد عن المقصود و تأثيره في غير المقصود. و سيأتي في باب الشروط تحقيق الكلام في ذلك. و أمّا بيع الغاصب فسيأتي أنّه لاوجه لتصحيحه للمالك بإجازته إلاّ بتنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك الواقعي ثمّ قصد المعاوضة له، و مع ذلك يكون المترتّب على العقد نفس المقصود لاغيره.

١٣٦٤. حاصل الفرق: أنّ التخلّف فيما نحن فيه من جهة عدم المقتضي للتبعيّة، لما مرّ من عدم الدليل على صحّة المعاطاة، و في غيرها من الموارد المذكورة من جهة وجود المانع عنه، أعني: الدليل الدالّ على خروجها عن أدلّة صحّة العقود.

١٣٦٥. لايجدي هذا الجواب إلاّ فيما إذا كان التصرّف موقوفاً على الملك، فلايجري فيما إذا كان لم يكن كذلك. و المراد منه في قوله: «و منها أن يكون إرادة التصرّف من المملّكات» عامّ لكلا القسمين، كما يشهد له قوله فيما بعد: «و منها أنّ التصرّف إن جعلناه من النوافل القهريّة - إلى أن قال -: و الجاني عليه و المتلف جانياً على مال الغير و متلفاً له» انتهى، حيث إنّ إتلاف مال الغير قد جعله من أفراد التصرّف، و من المعلوم أنّ جوازه لايتوقّف

---

* في بعض النسخ: المقصود.

التصرّفات على الملك، فيكون كتصرّف ذي الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطء و البيع و العتق و شبهها. و أمّا ما ذكره من تعلّق الأخماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض(١٣٦٦)، و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها، مع أنّ تعلّق الاستطاعة الموجبة للحجّ و تحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لايتوقّفان على الملك. و أمّا كون

.....

على ملك المتلف، فالإيراد باقٍ على حاله بالنسبة إلى أحد قسمي التصرّف.

هذا، مع إمكان المناقشة فيه حتّى في صورة توقّف التصرّف على الملك، بأنّه مبنيّ على جريان أصالة العموم في دليل توقّف هذا التصرّف على الملك، مثل: «لاعتق إلاّ في ملك» و عدم تخصيصه بعتق العبد المأخوذ بالمعاطاة مثلاً، و هو مشكل أو ممنوع، لأنّ المقدار الذي قام عليه بناء العقلاء إنّما هو العمل بالعموم و إجراء حكمه على فرد من أفراد العامّ المفروغ عن كونه فرداً له عند الشكّ في كونه محكوماً بحكم العامّ و إرادته منه في مرحلة الحكم عليه و عدمه، و أمّا العمل به في مورد حكم عليه بخلاف حكم العامّ قطعاً، و شكّ في فرديّته للعامّ حتّى يلزم التخصيص و مخالفة العموم، و عدم فرديّته له حتّى يبقى العامّ على عمومه، فقيام بناء العقلاء على العمل به و الحكم بأنّ المشكوك من أفراد العامّ فغير معلوم، و المقام من الثاني، لفرض العلم بصحّة عتق المأخوذ بالمعاطاة على كلّ حال، و إنّما الشكّ في أنّه ملك للمعتق حتّى يبقى عموم «لاعتق إلاّ في ملك» على حاله أم لا حتّى يرد عليه التخصيص، فيكون مملّكية إرادة التصرّف في هذا القسم أيضاً خالياً عن الدليل الرافع للأصل، فالإيراد على حاله مطلقاً.

١٣٦٦. يعني: أمّا ما ذكره من لزوم تعلّقها بغير الملك على القول بالإباحة فهو ممّا لامانع من الالتزام به إلاّ محض الاستبعاد، إذ ليس فيه مخالفة القاعدة، لعدم ثبوت ما يدلّ على عدم تعلّقها بغير الملك حتّى فيما إذا جاز التصرّف فيه مطلقاً، و عدم دليل يدلّ على اعتبار الملك في تعلّقها بشيء، و هو لايصلح للمانعيّة فلابأس بالالتزام به. و دفعه — أي: دفع تعلّق الأُمور المذكورة بغير الملك- بمخالفته للسيرة المستمرّة على عدم المعاملة مع غير الملك - المعلوم كونه كذلك و إن كان يباح التصرّف فيه مطلقاً - معاملة الملك في إجراء الأُمور المذكورة فيه كإجرائها في الملك، فيكشف ذلك عن أنّ إجراءها في المأخوذ بالمعاطاة و تعلّقها به لابدّ و أن

التصرّف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

و أمّا كون التلف مملّكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيرةٍ كما هو الظاهر كان(١٣٦٧) كلٌّ من المالين

.....

يكون لأجل إفادتها الملك لا الإباحة المجرّدة، و إلاّ لما فرّقوا بين موارد الإباحة المطلقة، بإجرائها في بعضها كما في المعاطاة، و عدمه في بعضها الآخر، كما فيما لو صرّح بالإباحة و أنشأها بقوله: أبحت لك هذا بهذا، إباحة مجرّدة عن الملك. فحينئذٍ لايكون تعلّق الأُمور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطاة على الإباحة استبعاداً محضاً، بل يكون مخالفاً للسيرة القائمة على عدم تعلّقها بالمباح، و هو — أي: التعلّق- من جهة كونه مخالفاً للدليل — أي: السيرة - غير جائز، فلابدّ من الالتزام بالملك، و هو المطلوب. رجوع* إلى السيرة المستمرّة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، و قبول لها في الاستدلال على إفادة الملك، مع أنّ لازم القول بالإباحة المجرّدة ردّ هذه السيرة و عدم قبولها بما مرّ من كونها ناشئةً من قلّة المبالات في الدين.

و يمكن أن يقال في توجيه العبارة: إنّ ما ذكره من لزوم تعلّق الأُمور المذكورة بغير الملك بناءً على المشهور أمر نشأ من صرف استبعاد عدم تعلّقها بالمأخوذ بالمعاطاة، و لم يقم دليل على بطلان عدم تعلّقها به، فيجوز لنا أن نمنع التعلّق به، كما سبق عن الشهيدﷺ منع التعلّق، فلايلزم محذور تعلّقها بغير الملك.

و بالجملة، ما ذكره من المحذور فرع تسليم تعلّقها بالمأخوذ بالمعاطاة على مذهب المشهور، و لامدرك لتسليمه إلاّ محض استبعاد عدم التعلّق، و من المعلوم أنّه لايمنع عن منع التعلّق به، فنمنعه فيرتفع أساس المحذور المذكور. و دفع احتمال المنع المذكور بمخالفته للسيرة، و أنّ المسلمين يعاملون معه معاملة الملك، و يخرجون الأخماس و الزكوات منه، رفع اليد عن الاستدلال على إفادتها للملك بلزوم قاعدة جديدة من القول بالإباحة، و رجوع إلى الاستدلال عليها بالسيرة، فلايكون دليلاً على حدة ورائها. و لعلّ هذا التوجيه أولى من الأوّل.

١٣٦٧. يعني: إن ثبت عدم ضمان المثل أو القيمة بإجماع أو سيرة. و يحتمل - بل يستظهر- أنّ النسخة «كون» بدل «كان». و عليه، يكون هو الفاعل لـ«ثبت». و يكون قوله:

---

* خبر لقوله: «و دفعه» في بداية هذه الفقرة.

مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كلٍّ منهما(١٣٦٨) من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البايع؛ لأنّ هذا هو(١٣٦٩) مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم "على اليد(١٣٧٠) ما أخذت"[٥٨] و بين أصالة عدم الملك إلاّ في الزمان المتيقّن وقوعه فيه. توضيحه: أنّ الإجماع لمّا دلّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حكم بكون التلف* من مال ذي اليد(١٣٧١) رعايةً لعموم "على اليد ما أخذت"، فذلك الاجماع مع العموم(١٣٧٢)

.....

«فيكون تلفه...» جواباً لـ«إن» الشرطيّة في قوله: «فإن ثبت».

١٣٦٨. يعني: يحكم بأنّ تلف كلّ من المالين في يد كلّ من المتعاطيين إنّما هو من مال ذي اليد حال كونه مضموناً عليه بعوضه المسمّى.

١٣٦٩. هذا علّة لكون التلف من مال ذي اليد المستلزم لكونه ملكاً له قبل التلف. و «هذا» إشارة إلى كون التلف من ماله.

١٣٧٠. يعني: و بين حفظ عمومه عن ورود التخصيص عليه، كما يرشد إليه زيادة لفظ الرعاية في التوضيح، فلاتغفل.

١٣٧١. أي: حكم بحصول الملكيّة لذي اليد قبل التلف حفظاً لعموم «على اليد» من طروّ التخصيص عليه، إذ لوبقي كلّ من المالين في ملك مالكه الأصلي مع الحكم بضمان المسمّى لزم تخصيص العموم المقتضي فيما نحن فيه ضمانه بالمثل أو القيمة، و لاريب أنّ حفظ العموم مهما أمكن أولى.

١٣٧٢. أي: مع بقاء العموم المذكور على عمومه و عدم تخصيصه. و لايخفى أنّ هذا من قبيل التمسّك بعموم العامّ و أصالة عدم التخصيص لتعيين حال ما حكم عليه، بخلاف حكم العامّ مع دوران الأمر بين أن يكون من أفراد العامّ فيرد عليه التخصيص به أو من أفراد غيره ليكون باقياً على عمومه، و يحكم بأنّه ليس من أفراده، كما إذا علم أنّ زيداً يحرم إكرامه و شكّ في أنّه عالم أو جاهل، فيحكم عليه بأصالة عدم تخصيص «أكرم العلماء» بأنّه ليس بعالم، فيحكم عليه بسائر ما لغير العالم من الأحكام، حيث إنّه حكم على المأخوذ بالمعاطاة

---

* في بعض النسخ: التالف.

المذكور بمنزلة الرواية المذكورة(١٣٧٣) في أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه، فإذا قدّر التلف* من مال ذي اليد**، فلابدّ من أن يقدّر في آخر أزمنة إمكان تقديره؛ رعايةً لأصالة عدم حدوث الملكيّة قبله، كما يقدّر ملكية المبيع للبايع و فسخ البيع من حين التلف استصحاباً لأثر العقد.

و أمّا ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على القول بالإباحة أنّ لكلٍّ منهما المطالبة مادام باقياً، و إذا تلف، فظاهر إطلاقهم "التملك بالتلف"(١٣٧٤): تلفه من مال المغصوب منه(١٣٧٥). نعم، لو قام إجماعٌ(١٣٧٦)

.....

بعدم ضمانه عند التلف بالمثل و القيمة، و دار أمره بين كونه باقياً في ملك المالك الأوّل كي يرد التخصيص على حديث «على اليد» و كونه ملكاً للآخذ كي لايرد ذلك عليه، فبأصالة عدم تخصيص «على اليد» يحكم بأنّه ملك للآخذ. و هذا و إن كان قد اختاره المصنّف إلاّ أنّه محلّ نظر، و تفصيل الكلام موكول إلى الأُصول.

١٣٧٣. إذ كما أنّ رواية «كلّ مبيع...» تدلّ على أنّ تلف المبيع في يد البايع يكون من ماله لا من مال المشتري، المستلزم لانفساخ العقد قبل التلف و دخوله في ملك البايع، و إلاّ لم يكن من ماله، و يلزمه ضمان المثل و القيمة لاضمان الثمن المسمّى، فكذلك الإجماع المذكور- بعد إبقاء العموم على حاله- يدلّ على كون التلف من مال ذي اليد المستلزم لحصول الملكيّة و الانتقال قبل التلف.

١٣٧٤. يعني: إطلاقهم مورد التملّك بالتلف و عدم تقييده بالعين الباقية، فيعمّ التملّك للعين التالفة، فيكون مقتضاه أنّ التلف يوجب تملّك كلّ من الطرفين ما وصل إليه باقياً كان أو تالفاً، غاية الأمر تملّك التالف إنّما يكون بآنٍ مّا قبل التلف. فعلى هذا يكون المغصوب منه مالكاً للتالف بالتلف بآنٍ مّا قبل التلف، فيكون هو المطالب و على القاعدة.

١٣٧٥. يعني به من أخذ منه المال. فعلى هذا الفرض يكون مالكاً بالتلف، فيكون المطالبة من الغاصب له لاغير.

١٣٧٦. يعني: الإجماع على عدم التملّك بتلف إحدى العينين خاصّة مع بقاء الآخر، إذ

---

* في بعض النسخ: التالف.

** في بعض النسخ: البايع.

كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله. و أمّا ما ذكره من حكم النماء، فظاهر المحكيّ عن بعض أنّ القائل بالإباحة لايقول بانتقال النماء إلى الآخذ* بل حكمه حكم أصله(١٣٧٧)، و يحتمل أن يحدث النماء في ملكه(١٣٧٨) بمجرّد الإباحة. ثمّ إنّك بملاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره مع أنه﵀ لم يذكرها للاعتماد، و الإنصاف أنّها استبعادات في محلّها.

و بالجملة، فالخروج عن أصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة المحقّقة إلى زمان المحقّق الثاني و بالاتّفاق المدّعى في الغنية و القواعد هنا و في المسالك – في مسألة توقّف الهبة على الإيجاب و القبول٥٩ – مشكلٌ، و رفع اليد عن عموم أدلّة البيع و الهبة و نحوهما المعتضدة بالسيرة القطعيّة المستمرّة، و بدعوى الاتّفاق المتقدّم عن المحقّق الثاني – بناءً على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة – أشكل(١٣٧٩). فالقول الثاني لايخلو عن قوّة.

.....

لو أُريد الإجماع على عدمه مع التلف مطلقاً لما كان وجه لقوله: «لو لم يتلف عوضه» بل كان خلاف فرض الإجماع كما لايخفى. هذا، بناءً على كون النسخة كما ذكرنا، و أمّا بناءً على كونها: «لولا قام الإجماع» الذي حكي أنّ في نسخة المصنّف﵀ هكذا صحّح، فالمعنى أنّه لو لم يقم إجماع على أنّ التلف يوجب التملّك مطلقاً حتّى التالف، بل كان الإجماع قائماً على كونه مملّكاً لخصوص العين الباقية، كان تلفه حينئذٍ بمقتضى القاعدة من مال مالكه لو لم يتلف عوضه قبل التلف. هذا، فيكون المطالب عن الغاصب هو المالك. و النظر في قيام الإجماع على العامّ أو الخاصّ إلى وجود الإطلاق المعتبر في كلماتهم فالأوّل و عدمه فالثاني.

١٣٧٧. فدخوله في ملك الآخذ حينئذٍ يحتاج إلى التصرّف، و كونه سبباً للملك يحتاج إلى إذن المالك فيه، و قد مرّ أنّه غير معلوم، لأنّ شمول الإذن في التصرّف في ذي النماء للتصرّف في النماء خفي. و هذا عين ما سدّ بابه بعض الأساطين بقوله: «و شمول الإذن...» إلى آخره.

١٣٧٨. هذا عين ما استبعده بعض الأساطين.

١٣٧٩. ببالي أنّي رأيت في مورد لاأذكره فعلاً أنّ الشهيد﵀ قال بغلطيّة هذه الصيغة، لأنّه اسم تفضيل من الإشكال من باب الإفعال المزيد، و لايجيء منه اسم التفضيل، و إنّما

---

* في بعض النسخ: بالأخذ.

و عليه، فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً كما حكي عن ظاهر المفيدﷺ أو بشرط كون الدالّ على التراضي لفظاً كما حكي عن بعض معاصري الشهيد الثاني، و قوّاه جماعة من متأخّري المحدّثين، أو هي غير لازمة مطلقاً فيجوز لكلٍّ منهما الرجوع في ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلّهم عدا من عرفت، وجوه: أوفقها بالقواعد هو الأوّل؛ بناءً على أصالة اللزوم(١٣٨٠) في الملك؛ للشكّ في زواله بمجرّد رجوع مالكه الأصلي.

و دعوى: أنّ الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل و المستقرّ، و المفروض انتفاء الفرد الأوّل بعد الرجوع و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أوّل الأمر، فلاينفع الاستصحاب بل ربّما يزاد استصحاب بقاء علقة(١٣٨١) المالك الأوّل، مدفوعة مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك في الاستصحاب،فتأمّل(١٣٨٢): بأنّ انقسام الملك إلى المتزلزل و المستقرّ ليس باعتبار اختلافٍ في حقيقته، و إنّما هو باعتبار حكم الشارع

.....

اللازم في مورده أن يقال: أشدّ إشكالاً، و الأمر كما قال.

١٣٨٠. يريد بها أصالة بقاء الملك بعد الرجوع الملازم للزوم، لاأصالة نفس اللزوم حتّى يرد عليه بأنّه ليس له حالة سابقة في المقام.

١٣٨١. قد تعرّض للجواب عن هذه الزيادة في أوّل الخيارات في ذيل التكلّم في تأسيس أصل اللزوم، و تفصيل الكلام هناك، فانتظر.

١٣٨٢. لعلّه إشارة إلى أنّه من قبيل القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي، و هو محلّ بحث في الأُصول، و أنّ الحقّ جريان الاستصحاب في مثله، فمن أراد الاطّلاع على حقيقة الحال فليراجع إليها. أو إشارة إلى دفع توهّم كون الشكّ في المقتضي، بأنّ الشكّ فيه في الرافع – أي: في رافعيّة الموجود– و هو الرجوع، ضرورة أنّ الملك بعد وجوده لايزول إلاّ برافع. أو إشارة إلى دفع توهّم آخر، و هو أنّ الأثر المقصود ترتّبه على الاستصحاب إنّما هو عدم تأثير الرجوع في زوال الملكيّة، و ليس هو من آثار القدر المشترك بين الملك اللازم و الجائز، بل من آثار خصوص الأوّل، إذ لوكان من آثار مطلق الملك لما أمكن تحقّقه في ضمن الملك الجائز، فكيف يصحّ دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك؟! و حاصل الدفع: منع كون المقصود من الأصل ذلك، بل المقصود منه إثبات نفس المستصحب، و هو صرف الملك، و عدم تأثير الرجوع

عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي. و منشأ هذا الاختلاف(١٣٨٣) اختلاف حقيقة السبب(١٣٨٤) المملّك، لااختلاف حقيقة الملك، فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعيّة للسبب، لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبّب.

و يدلّ عليه – مع أنّه يكفي في الاستصحاب(١٣٨٥)

.....

في زواله لازم عقلي له، و لابأس بترتيبه في مثل العامّ* ممّا كان المستصحب من الأُمور الشرعيّة.

و إن شئت قلت: إنّ المقصود هنا ترتّب أثر عدم التأثير المذكور على بقاء القدر المشترك – أعني: الملك المطلق – و الحكم بلزومه فعلاً، و هو و إن كان من الأُمور المترتّبة على بقائه في ظرف الشكّ عقلاً و لكن لاضير فيه، بل لامحيص له عنه فيما كان المستصحب الذي هو ملزوم لذاك اللازم من الأُمور الشرعيّة، كترتّب وجوب الامتثال على استصحاب الوجوب أو الحرمة، فتأمّل جيّداً.

١٣٨٣. يعني: اختلاف حكم الشارع من جواز الرجوع و عدمه.

١٣٨٤. يعني: اختلافه من حيث شدّته في التأثير و ضعفه، فتأمّل، فإنّه إنّما يتمّ فيما إذا كان الجواز و اللزوم بمعنى جواز فسخ العقد و عدم جوازه...، و أمّا إذا كانا بمعنى جواز ترادّ العينين –كما في المقام و في الهبة – فلا. و الفرق بين المعنيين أنّهما بالمعنى الأوّل من الصفات القائمة بالعقد، فلو جعلا من أوصاف الملك فهو من قبيل الصفة بحال متعلّق الموصوف، و بالمعنى الثاني بالعكس، و لذا يجري الجواز بالمعنى الأوّل في صورة تلف العين، بخلافه بالمعنى الثاني، فإنّه لايجري إلاّ مع بقاء العين، فالجواز و اللزوم في المقام من خصوصيّات الملك، فلابدّ من اختلاف الملك المسبّب، فافهم.

١٣٨٥. فيه ما لايخفى، إذ مرجعه إلى أنّ الاستصحاب يجري مع الشكّ في أنّ المورد مورد الاستصحاب، بأن يكون اللزوم و الجواز من خصوصيّات سبب الملك، أم لا بأن يكونا من خصوصيّات الملك المسبّب، لأنّ هذا الجواب إنّما هو بعد البناء على عدم جريان الاستصحاب على التقدير الثاني، و هو كما ترى.

و يمكن أن يقال: إنّ غرضه من ذلك أنّ الإشكال على استصحاب الملك – بما ذكره من

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و الظاهر أنّه تصحيف: المقام.

الشكّ في أنّ اللزوم من خصوصيّات الملك أو من لوازم السبب المملّك، و مع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك في الهبة اللازمة(١٣٨٦) و غيرها على نهجٍ واحد -:

.....

دوران الأمر بين الفرد المتيقّن الارتفاع بالرجوع و بين مشكوك الحدوث - موقوف على إحراز كون اللزوم و الجواز من خصوصيّات المسبّب، و مع عدم إحرازه و احتمال كونه من خصوصيّات السبب لايجري الإشكال المذكور، لإمكان إحراز عدم كونه من خصوصيّات المسبّب بأصالة عدم التقييد فيه، و لايعارضه أصالة عدم التقييد في السبب، لأنّها أصل مثبت، فلا مانع من إجراء الاستصحاب، فتأمّل.

ثمّ لايخفى أنّه فرق بين هذا و بين قوله: «مع أنّ المحسوس» في أنّ هذا على تقدير صحّته لايكون دليلاً على ما ذكره من عدم الاختلاف في حقيقة الملك، بخلاف الثاني.

١٣٨٦. في العبارة تسامح، يعني: الملك المنشأ.

فإن قلت: كما أنّ الملك المسبّب فيهما شيء واحد كذلك سبب الملك - و هو عقد الهبة أيضاً- واحد، فمن أين ينشأ الاختلاف بينهما في الجواز و اللزوم؟

قلت: لانسلّم الاتّحاد في السبب، فإنّ خصوصيّة الموهوب له من خصوصيّات السبب، و هما مختلفان من تلك الجهة، فإنّ الموهوب له في أحدهما ذو الرحم و في الأُخرى غيره.

فإن قلت: الأمران المختلفان لايمكن أن يكون المسبّب منهما أمراً واحداً، فمع وحدته لابدّ و أن يكون السبب هو الجامع، و يكون الخصوصيّة من قبيل ضمّ الحجر، فمن أين يجيء الاختلاف في الجواز و اللزوم؟

قلت: نعم و لكن المسبّب ليس أمراً واحداً، بل هو متعدّد، بعضه - و هو الملك - مستند إلى القدر الجامع، و بعضه الآخر - و هو اللزوم و الجواز- من آثار الخصوصيّة، مثلاً الهبة لذي الرحم لها أثران، أحدهما: الملك، و الآخر: عدم جواز الرجوع، و الأوّل منهما من أحكام طبيعة الهبة، و الثاني من أحكام خصوصيّة كونها لذي الرحم. هذا، و لكنّه كما ترى، فلا محيص عن الالتزام بكون اللزوم من خصوصيّات المسبّب، تارة بتخصيص من المتعاملين، و أُخرى بتخصيص من الشارع على اختلاف الموارد، كما قرّره السيّد الأستاذ ﷺ في التعليقة، و أجاب عن لزوم تخلّف العقد على الثاني بمدم الضمير في هذا المقدار من التخلّف، و إنّما الممنوع عنه هو التخلّف بالمرّة جنساً و فصلاً. هذا، و المقام محتاج إلى مزيد تأمّل.

أنّ اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيّات الملك، فإمّا أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك أو بحكم الشارع. فإن كان الأوّل، كان اللازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع(١٣٨٧)، و قصد عدمه أو عدم قصده، و هو بديهي البطلان؛ إذ لاتأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه. و إن كان الثاني، لزم إمضاء الشارع(١٣٨٨) العقد على غير ما قصده المنشئ؛ و هو باطل في العقود، لما تقدّم من أنّ العقود المصحّحة* عند الشارع تتبع القصود، و إن أمكن القول بالتخلّف هنا في مسألة المعاطاة(١٣٨٩) بناءً على ما ذكرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك: من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين لكنّ الكلام في قاعدة اللزوم في

.....

١٣٨٧. الجارّ متعلّق بالتفصيل.

١٣٨٨. يعني: لزوم ذلك في بعض الموارد، و هو ما إذا حكم الشارع باللزوم مع قصد المالك عدمه، كما إذا كان المقصود في هبة ذي الرحم عدم اللزوم و حكم الشارع باللزوم.

١٣٨٩. في هذا الكلام إشارة إلى سؤال، و هو أنّ بطلان تخلّف العقد عن القصد لايوجب بطلان الشقّ الثاني، و هو كون اللزوم و الجواز من فصول الملك بحكم الشارع في المعاطاة، حتّى يثبت المطلوب – أعني: كونهما من فصول السبب – بضميمة بطلان معادله، و هو كونهما من فصول الملك بحكم المالك، و ذلك لإمكان تخلّف المعاطاة عن القصد كما مرّ سابقاً، فيمكن اختيار الشقّ الثاني فيها، فلايتمّ الاستدلال حينئذٍ على ما رامه، و لايثبت المطلوب.

كما أنّ قوله: «و لكنّ الكلام في قاعدة اللزوم...» إلى آخره، إشارة إلى الجواب عن هذا السؤال. و حاصله: أنّ الأمر كما ذكرت من عدم بطلان الشقّ الثاني في المعاطاة الموجب لعدم ثبوت المطلوب، إلاّ أنّ البحث في قاعدة اللزوم – بمعنى استصحابه – لاينحصر بالمعاطاة، بل يشمل العقود اللفظيّة المفيدة للملك، فحينئذٍ يجري الاستدلال المذكور، لاتّحاد حقيقة الملك في خصوص العقود اللفظيّة، لبطلان الشقّ الثاني فيها كالشقّ الأوّل من شقّي الترديد، و نتمّم المطلوب في المعاطاة – التي هي محلّ الكلام هنا– بعدم القول بالفصل بين موارد حصول الملك، بكون اللزوم و الجواز من خصوصيّات السبب في العقود القوليّة، و من خصوصيّات الملك

---

* في بعض النسخ: الصحيحة.

الملك يشمل العقود أيضاً. و بالجملة، فلا إشكال في أصالة اللزوم في كلّ عقدٍ شكّ في لزومه شرعاً، وكذا لو شكّ في أنّ الواقع(١٣٩٠) في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من دون عوض و الهبه(١٣٩١). نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة(١٣٩٢).

.....

المسبّب في العقود الفعليّة.

١٣٩٠. الفرق بين هذا و بين الجملة المعطوف عليها أنّ الشبهة هنا موضوعيّة و هناك حكميّة. و المراد من أصالة اللزوم الأصل العملي، أي: الاستصحاب، لا اللفظي، أي: العموم أو الإطلاق المستفاد من قاعدة السلطنة و آية التجارة و حديث الطيب و غيرها ممّا يأتي ذكره في المتن، و ذلك -مع أنّ المناسب على الثاني ذكر هذه الجملة بعد التعرّض للأدلّة الاجتهاديّة- لعدم صحّة الجملة المعطوفة حينئذٍ، لرجوع الأمر إلى التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة، و هو خلاف التحقيق عندهﷺ و عندنا.

١٣٩١. الأوّل مثال للعقد اللازم و الثاني للجائز.

١٣٩٢. مفروض الكلام فيما قبل هذا إنّما هو ما إذا كان كلّ من المتعاملين شاكّاً في كون الواقع هو العقد اللازم أو الجائز، و مفروض الكلام هنا ما إذا كان أحدهما يدّعي العلم بلزوم العقد و أنّه صلح بلا عوض و الآخر يدّعي العلم بجوازه و أنّه هبة.

ثمّ قد يستشكل على هذه الجملة أوّلاً: بأنّ النزاع في كون العقد الصادر منهما لازماً أو جائزاً من موارد الدعوى و الإنكار لا التداعي، فلا وجه لاحتمال التحالف.

و ثانياً: بأنّه على تقدير كونه من موارد التداعي لاوجه بالنسبة إلى التحالف للتعبير بالاحتمال، بل لابدّ من الجزم به.

و ثالثاً: بأنّه على تقدير صحّة التعبير بالاحتمال لاوجه لقوله: «في الجملة» لعدم الفرق بين موارد التخاصم في لزوم العقد و جوازه.

و في الكلّ نظر، لأنّ الميزان في تمييز المدّعي عن المنكر على التحقيق مخالفة القول لحجّة معتبرة في المورد لولا التخاصم - من الأصل أو الظاهر- و موافقته لها، فمخالفهما مدّعٍ و موافقها منكر.

و أمّا التحالف فقد قال بعضهم في ضابطه: إنّه عبارة عن ادّعاء كلّ من المتداعيين على الآخر ما ينفيه الآخر بدون الاتّفاق على أمر واحد. و قد صرّح بذلك صاحب الحدائق في

و يدلّ على اللزوم مضافاً إلى ما ذكر عموم قولهﷺ: "الناس مسلّطون على أموالهم" فإنّ مقتضى السلطنة أن لايخرج عن ملكيّته بغير اختياره، فجواز تملّكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافٍ للسلطنة(١٣٩٣) المطلقة. فاندفع ما ربّما يتوهّم: من أنّ غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه و لانسلّم ملكيّته له بعد رجوع المالك الأصلي.

و لِما ذكرنا تمسّك المحقّقﷺ في الشرايع على لزوم القرض بعد القبض: بأنّ فائدة الملك السلطنة[٦٠]، و نحوه العلاّمةﷺ في موضعٍ آخر. و منه يظهر جواز التمسّك بقولهﷺ: "لايحلّ مال امرئٍ إلاّ عن طيب نفسه"؛ حيث دلّ على انحصار سبب حِلّ مال الغير أو جزء سببه(١٣٩٤) في رضا المالك، فلايحلّ بغير رضاه. و توهّم: تعلّق الحِلّ بمال الغير و كونه

.....

المطلب الرابع في اختلاف المتبايعين من الفصل الرابع من أحكام العقود. و قال بعضهم: إنّه عبارة عن كون الخصومة على نحو لايرتفع النزاع بالحلف الواحد. و يظهر هذا من المحقّق الأردبيليﷺ في شرح الإرشاد.

و حينئذٍ نقول: لو تنازعا و ادّعى أحدهما وقوع العقد اللازم مثل الصلح بلاعوض، و ادّعى الآخر وقوع الجائز كالهبة مثلاً، احتمل التحالف بناءً على الضابط الأوّل، لعدم الجامع بينهما، و احتمل عدم التحالف و الرجوع إلى قاعدة المدّعي و المنكر بناءً على الضابط الثاني، ضرورة ارتفاع النزاع في الفرض بالحلف الواحد، أعني: حلف مدّعي اللزوم.

ثمّ إنّ الاحتمالين إنّما هو في الجملة و في بعض الموارد، لا بالجملة و في جميع موارد النزاع في لزوم العقد و جوازه، إذ منها ما لامجال فيه، لاحتمال التحالف على كلا الضابطين، كما لو ادّعى أحدهما أنّ العقد الواقع بينهما هو البيع الخياري، و ادّعى الآخر أنّه غير الخياري، إذ لامجال فيه للتحالف، أمّا على الضابط الثاني للتحالف فواضح، و أمّا على الأوّل فلاتّفاقهما على وقوع أمر واحد و هو البيع، و إنّما النزاع في وصفه الزائد عليه و هو الخيار و عدمه، فلا إشكال في العبارة.

١٣٩٣. فيدلّ الحديث بالدلالة الالتزاميّة على عدم جواز الرجوع له و تملّكه له بدون اختياره، إذ لازم جوازه كذلك عدم السلطنة للمالك.

١٣٩٤. الأوّل كما في موارد الإباحة، و الثاني كما في موارد التمليك، حيث إنّ الرضا جزء السبب، و الجزء الآخر هو العقد قولاً كان أو فعلاً.

مال الغير بعد الرجوع أوّل الكلام، مدفوع: بما تقدّم، مع أنّ تعلّق الحلّ(١٣٩٥) بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملّك أيضاً، فلايحلّ التصرّف فيه و لاتملكه إلاّ بطيب نفس المالك.

و يمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: ﴿و لاتأكُلُوا أمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطِلِ إلاّ أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾[٦١]، و لاريب أنّ الرجوع ليست تجارة و لا عن تراضٍ، فلايجوز أكل المال. و التوهّم المتقدّم في السابق غير جارٍ هنا؛(١٣٩٦) لأنّ حصر مجوّز أكل المال في التجارة إنّما يراد به أكله(١٣٩٧) على أن يكون ملكاً للآكل لا لغيره. و يمكن التمسّك

.....

١٣٩٥. في النسخة المصحّحة «من» بدل «مع» و هو الصواب، كما لايخفى وجهه.

١٣٩٦. الظاهر سقوط لفظة «غير» من العبارة قبل لفظة «جارٍ» لأنّ ما ذكر من التعليل بقوله: «لأنّ حصر...» يناسب أن يكون علّةً لعدم الجريان لا للجريان. بيان ذلك: أنّ إجراء التوهّم السابق في الاستدلال بحديث السلطنة عبارة عن أن يقال: إنّ الآية الشريفة تدلّ على عدم جواز أكل مال الغير و ملكه لامال نفس الآكل - بصيغة الفاعل - و ملكه، و كونه مال الغير بعد الرجوع أوّل الكلام، لاحتمال تأثيره، فيكون مال نفس الآكل لامال غيره، فيكون الاستدلال بالآية بعد الرجوع على عدم تأثيره من قبيل التمسّك بالعامّ في الشبهة الموضوعيّة. فظهر أنّ مبنى جريان التوهّم المذكور في هذه الآية هو كون المراد من موضوع الحرمة فيها هو مال الغير، و ما ذكره من التعليل في طرف النقيض من ذلك، لأنّ قضيّة كون موضوع الحرمة فيها هو الأموال بعنوان كونها للآكل و بنائه* على كونها له عند الأكل، فيكون المعنى بناءً عليه -و اللّه أعلم -: أنّه لايجوز لأحد أكل مال على أنّه له و ملكه إلاّ بالتجارة عن تراضٍ، فيكون هذا التعليل هادماً لأساس الجريان، فكيف يصحّ أن يعلّل به؟

١٣٩٧. الوجه في ذلك -على ما قيل- إنّ الأكل في المستثنى إنّما هو من هذا القبيل، فيكون شاهداً على أنّ المراد منه في المستثنى منه أيضاً هو الأكل بذاك القبيل، فتسلم الآية عن ورود التخصيص عليها بمثل الضيافة و نحوها ممّا يجوز الأكل فيها بلا تجارة عن تراضٍ، لأنّ خروجها بناءً على هذا المعنى موضوعيّ. و لكن يرد عليها لزوم التخصيص بمثل الإرث ممّا كان

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّ الصحيح: بنائه بدون واو العطف، ليكون خبراً لقوله: لأنّ قضيّه... .

أيضاً بالجملة المستثنى منها؛ حيث إنّ أكل المال و نقله عن مالكه بغير رضا المالك، أكل و تصرّفٌ بالباطل عرفاً. نعم، بعد إذن المالك الحقيقي(١٣٩٨) و هو الشارع و حكمه بالتسلّط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن البطلان؛ و لذا كان أكل المارة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي، و كذا الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار و غير ذلك من الأسباب* القهريّة. هذا كلّه، مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع، مثل قولهﷺ: "البيّعان بالخيار ما لم يفترقا".

و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أوْفُوا بِالعُقُود﴾[٦٢](١٣٩٩)؛ بناءً على أنّ العقد هو مطلق العهد، كما في صحيحة عبدالله بن سنان[٦٣]، أو العهد المشدّد كما عن بعض أهل اللغة[٦٤]، وكيف كان، فلايختصّ باللفظ فيشمل المعاطاة. وكذلك قولهﷺ: "المؤمنون عند شروطهم"[٦٥]؛ فإنّ الشرط لغة مطلق الإلتزام[٦٦](١٤٠٠)، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

و الحاصل: أنّ الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع ممّا لاينكر، إلاّ أنّ الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع(١٤٠١) على عدم لزوم المعاطاة بل ادّعاه صريحاً بعض

.....

الأكل معه من ذاك القبيل مع عدم كونه تجارة عن تراضٍ. و يأتي تتمّة الكلام في الآية الشريفة بعد هذا إن شاء اللهﷻ.

١٣٩٨. فبإذنه ينقلب الموضوع عن كونه أكلاً بالباطل إلى كونه أكلاً بالحقّ، كأكل مال الصبيّ بإذن وليّه مع المصلحة فيه.

١٣٩٩. هذا هو المعروف، إلاّ أنّ في دلالته على الملزوم إشكالاً، لابتنائها على اقتضاء الأمر بالشيء - كالوفاء في الآية- النهي عن ضدّه، و هو النقض و الفسخ في مورد الآية، و على دلالة النهي عن المعاملة بالمعنى الأعمّ - و منه الفسخ، سيّما مثل هذا النهي- على الفساد، و كلاهما في حيّز المنع، على ما حقّقناه في الأُصول.

١٤٠٠. فيه نظر يأتي وجهه في أوائل الخيارات، و أبسط منه في باب الشروط.

١٤٠١. هذا شروع في إقامة الدليل على تخصيص قاعدة اللزوم في الملك بالمعاطاة تارة بالإجماع البسيط كما هنا، و أُخرى بالإجماع المركّب، كما يأتي بعد ذلك الإشارة إليه بقوله:

---

* في بعض النسخ: النواقل.

الأساطين في شرحه على القواعد، و يعضده الشهرة المحقّقة، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخّري المتأخّرين[٦٧](١٤٠٢)، فإنّ العبارة المحكيّة عن المفيدﷺ في المقنعة لاتدلّ على هذا القول، كما عن المختلف الاعتراف به، فإنّه قال: ينعقد البيع على تراضٍ بين الاثنين(١٤٠٣) فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعاً و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا

.....

«نعم يمكن أن يقال - بعد ثبوت الاتّفاق المذكور- إنّ أصحابنا...». و سيأتي الخدشة فيما جعله مخصّصاً لقاعدة اللزوم. فالعمدة في ذلك هو حديث: «إنّما يحرّم الكلام...» بالتقريب الذي يأتي عند التكلّم فيه.

١٤٠٢. يعني به الأردبيلي و الكاشاني و الجزائري في الثالث من مجلّدات شرحه على التهذيب، حيث قال في ذيل الكلام في آية التجارة عن تراضٍ ما لفظه: «و اعلم أنّه يمكن أن يستفاد من ظاهر الآية حكمان، أحدهما: عدم توقّف المبايعة و لزومها على العقد المصطلح بين فقهائنا من الإيجاب و القبول كميّةً و كيفيّةً، لأنّه جعل مناط الصحّة هو التراضي. و هذا عن شيخنا المفيدﷺ في تجويز بيع المعاطاة. و ثانيهما: فساد بيع الفضولي، لأنّه لم يقع عن تراضٍ من أهل المال، و إليه ذهب الشيخﷺ في المبسوط. و المشهور بين علمائنا الجواز تعويلاً على رواية عروة». و ذكر مضمون الرواية ثمّ قال: «و فيه - بعد تسليم الرواية - جاز أن يكون ذلك لكون النبيّﷺ وكّله وكالة مطلقة» انتهى كلامهﷺ.

١٤٠٣. يمكن أن يقال: إنّ مراده من التراضي هنا هو ما كان حال الإنشاء، أعني منه: طيب النفس بالبيع قبال الإكراه عليه. و في قوله: «و تراضيا بالبيع» هو إنشاء التراضي بالبيع و طيب النفس به و إظهار ذلك إنشاءً، يعني: و إنشاء ما* تراضيهما و طيب نفسهما بالبيع و كشفا عنه بقول أو فعل، لا التراضي بعد الإنشاء و وجود البيع، أعني: التراضي بالبقاء و اللزوم المعبّر عنه بالإمضاء و التخاير كما حكي عن المجمع، قال: «إنّ مذهب الإماميّة و الشافعيّة و غيرهم أنّ معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتصرّف أو التخاير بعد العقد» انتهى. و مراده بالتخاير اختيار العقد و إمضائه. و ذلك لأنّه لو كان المراد من التراضي في قوله: «و تراضيا»

---

* كذا في الطبعة الحجريّه. و لعلّها من زيادات النسّاخ، و الصحيح: و إنشاء تراضيهما... وكذا الأصحّ فيما بعد: و الكشف عنه... أو: و كشفهما عنه... .

بالأبدان[٦٨]، انتهى. و يقوى إرادة بيان شروط صحّة العقد(١٤٠٤)

.....

هو الإمضاء و التخاير لما كان وجه لعطف الافتراق بالأبدان بالواو، لعدم الحاجة إليه في اللزوم. و جعل الواو بمعنى «أو» كما ترى.

و مراد المفيدﷺ ممّا يملكان التبايع له ما كان لهما تسلّط على بيعه و شرائه، فيخرج بيع الخمر و الخنزير و أُمّ الولد و الوقف و الرهن و نحوهما ممّا لاتسلّط لهما على بيعه و شرائه، إمّا لعدم المقتضي له، أو لوجود المانع. و بإدراج كلمة التبايع يدخل بيع مال المولّى عليه و الموكّل، إذ للوليّ و الوكيل تسلّط على بيع مالهما.

فالظاهر أنّهﷺ إلى قوله: «و تقابضا» كان في مقام بيان شرائط الصحّة. و منه إلى آخر العبارة بصدد بيان شرائط اللزوم، فإنّ التقابض أيضاً شرط اللزوم. و بقاء العقد إمّا من قِبَل خيار التأخير، كما لعلّه يساعد عليه ذيل كلامه، أو من قِبَل التلف قبل القبض الموجب لانفساخ العقد و عدم بقائه على حاله، أو من قبلهما معاً، و لعلّ الوسط أوسط.

فيكون معنى عبارتهﷺ بناءً على ما ذكرناه في بيان المراد من بعض كلماته هكذا: ينعقد و يوجد البيع و التمليك و التملّك على تراضٍ بين الاثنين، و مع طيب نفسهما بالبيع باطناً و عدم كونهما مكرهين عليه فيهما – أي: في عين و مال – يملكان التبايع له، و يتسلّطان –ذاك الاثنين– أحدهما على بيع ذاك المال و الآخر على شرائه، إذا عرفاه جميعاً، و لم يكن مجهولاً عندهما، و تراضيا بالبيع و أنشآ رضاهما بالبيع، و أظهرا رضاهما باطناً به، و تقابضا بعد إيجاب البيع و إنشائهما التراضي به، و لو فيما إذا كان الإيجاب و الإنشاء باللفظ لا بالتقابض، و افترقا بالأبدان. فهوﷺ مع كونه في مقام بيان شرائط الصحّة و اللزوم للبيع – المراد منه في قوله: «و ينعقد البيع» جنسه – لم يتعرّض لاشتراط اللفظ، فيستظهر منه أنّه ليس شرطاً في اللزوم أيضاً. و سيأتي ما يتعلّق بهذه العبارة من النقض و الإبرام.

١٤٠٤. الظاهر أنّه في مقام العلّة لقوله: «لاتدلّ». و مراده من العقد الذي عبّر به عن البيع في عبارة المفيد خصوص العقد القولي، و إلاّ فلو كان أعمّ منه و من الفعلي لما كان وافياً بمرامه، بل كان مخلاً به. و فيه: أنّه ممّا لاشاهد له عليه، بل إطلاق البيع في كلامه شاهد على خلافه. اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ نظر المصنّفﷺ في ذلك إلى قوله: «و تقابضا» في ذيل العبارة، لأنّه لو كان المراد من البيع في قوله: «و ينعقد البيع» أعمّ من القولي و غيره – كالمعاطاة –

.....

لم يكن وجه لذكر التقابض بعد ذلك، حيث إنّه لايتصوّر كونه شرطاً إلاّ بالنسبة إلى العقد القولي، لأنّ العقد الفعلي حقيقته التقابض،و لايمكن كون شيء شرطاً لنفسه، فيكون هذا قرينةً على كون المراد من البيع في صدر العبارة هو خصوص القولي. و يمكن الخدشة فيه بإمكان أن يكون نظره في ذكره إلى الإشارة إلى شرط من شرائط اللزوم بالنسبة إلى أحد قسمي البيع، و هو البيع القولي، فإنّه المحتاج إلى ذكر التقابض. يعني: و تقابضا في مورد يحتاج إليه بعد أصل الإنشاء، تحفّظاً عن طروّ الانفساخ على العقد بالتلف قبل القبض، أو طروّ الجواز على العقد لأجل التأخير. و أمّا المعاطاة فأصل الإنشاء و هذا الشرط من شرائط اللزوم يحصل فيها دفعة واحدة.

و يمكن أن يكون نظره فيما فهمه من عبارة المفيد إلى قوله: «و تراضيا...»، بدعوى أنّ مراده من هذا التراضي و إن كان هو التراضي في مقام الإنشاء البيعي لما مرّ، إلاّ أنّ المراد منه -بقرينة ذكر التقابض بعده - هو خصوص إنشاء التراضي بالقول، إذ ظاهره اعتبار التقابض مضافاً إلى الإنشاء في جميع أفراد البيع، و لايكون ذلك إلاّ مع اختصاص البيع الصحيح اللازم بالبيع العقدي القولي. فحينئذٍ يكون معنى العبارة: أنّه يعتبر في البيع الصحيح اللازم التراضي، و الملك، و معلوميّة العوضين، و الإنشاء القولي، و التقابض بعده، و الافتراق. و بدون اجتماع هذه الأُمور لايكون صحيحاً لازماً، إمّا لأجل انتفاء وصف الصحّة فيه كما لو انتفى أحد الثلاثة الأُولى، و إمّا لأجل انتفاء وصف اللزوم خاصّةً كما في صورة انتفاء أحد الأخيرين، و إمّا لدوران الأمر بينهما كما إذا انتفى الرابع، أعني: التراضي المراد به العقد القولي بما مرّ من التقريب، لدوران الأمر فيه عنده بين كونه شرطاً للصحّة - مثل المشهور- أو شرطاً للزوم، مثل المحقّق الثاني و من تأخّر عنه. فلايستفاد من كلامه صحّة المعاطاة و تأثيرها في أصل الملك فضلاً عن اللزوم.

و من هنا يظهر أنّ مجرّد كون مراد المفيد ما ذكره المصنّف لايصحّح إسناد كاشف الرموز اعتبار اللفظ في البيع مطلقاً حتّى في غير اللازم منه إلى المفيد. اللّهمّ إلاّ أن يريد كاشف الرموز من البيع خصوص الصحيح اللازم. و كيف كان، فلا دلالة فيه على اعتبار اللفظ المخصوص. فلو فرض أنّه يدلّ على اعتبار اللفظ فإنّما يدلّ على اعتبار مطلق اللفظ. و لو سلّم ذلك في تصحيح إسناد اعتباره إلى المفيد فلانسلّم في إسناده إلى الشيخ.

و على أيّ حال فقد تبيّن ممّا ذكرنا في الحاشية السابقة أنّ دلالة عبارة المفيد على لزوم

الواقع بين اثنين و تأثيره في اللزوم؛ و كأنّه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ: أنّه لابدّ في البيع عندهما من لفظٍ مخصوص[٦٩].

و قد تقدّم دعوى الإجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً و هو نصّ في عدم اللزوم، و لايقدح كونه ظاهراً في عدم الملكيّة الذي لانقول به. و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالإجماع[٧٠]. نعم، قول العلاّمة في التذكرة(١٤٠٥): "إنّ الأشهر عندنا أنّه

المعاطاة مبنيّة على إطلاق البيع في قوله: «و ينعقد البيع» و إطلاق «تراضيا» بمعنى: أوجبا التراضي بالبيع أو أوجبا البيع الناشي عن التراضي الباطني، و عمومهما للمعاطاة، و إنشائهما البيع بها مجرّداً عن اللفظ الموجب لتقييد قوله: «و تقابضا» و حمله على خصوص البيع القولي. كما أنّه تبيّن ممّا ذكرناه في هذه الحاشية عدم دلالتها عليه، و اختصاص موردها بخصوص البيع القولي على العكس، و تقيّد البيع في أوّل العبارة و قوله: «تراضيا» بالبيع القولي و حملها عليه الموجب لبقاء «تقابضا» على إطلاقه، بمعنى عدم ورود قيد عليه، لاختصاصه من الأوّل بخصوص القولي، فيدور الأمر بين حفظ الإطلاق في البيع و في قوله: «تراضيا» و بقيد قوله: «تقابضا» بحمله على ما إذا كان البيع بالقول، و قضيّة ذلك دلالة عبارة المفيد على لزوم المعاطاة، و بين تقييد إطلاق البيع بحمله على خصوص القولي الموجب لانحفاظ «تراضيا و تقابضا» عن ورود التقييد عليهما، لاختصاصهما من أوّل الأمر بصورة وقوع البيع بالقول، و قضيّة ذلك عدم دلالتها على لزوم المعاطاة، و لعلّ الأوّل منهما هو الراجح، فتأمّل جيّداً.

١٤٠٥. هذا توهين للإجماع البسيط، لوجود الخلاف فيه. و لايخفى أنّ دلالة هذا الكلام على وجود الخلاف في توقّف اللزوم على اللفظ مبنيّة على كون محلّ كلام العلاّمة هو هذا، و ليس كذلك، إذ قد تقدّم من المصنّف في تشخيص محلّ النزاع في المعاطاة أنّ مورد كلامه توقّف أصل الملك على اللفظ، و من الواضح أنّ وجود الخلاف في هذا المقام لايستلزم وجوده في مرحلة اللزوم بعد الفراغ عن عدم توقّف الملك على اللفظ. و من هذا يظهر عدم الدلالة في عبارة المختلف أيضاً. نعم، عبارة التحرير تدلّ على وجود الخلاف في المسألة. و لكن قد سبق من المصنّف عند تعداد الأقوال في المعاطاة أنّ مراد العلاّمة من هذه العبارة إفادة المعاطاة للإباحة المجرّدة، و عليه لايبقى لها دلالة على وجود الخلاف في اللزوم بعد حصول الملك. و بالجملة، لايصحّ للمصنّف أن يتمسّك بهذه العبارات الثلاثة في إثبات وجود الخلاف هنا.

لابدّ من الصيغة"[٧١] يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به في المسألة، و لو كان المخالف شاذّاً لَعبَّر بالمشهور، و كذلك نسبته في المختلف إلى الأكثر، و في التحرير: أنّ الأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة[٧٢].

ثمّ لو فرضنا الاتّفاق(١٤٠٦) من العلماء على عدم لزومها – مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنّها ليست مملّكة، و إنّما تفيد الإباحة – لم يكن هذا الاتّفاق كاشفاً؛ إذ القول باللزوم فرع الملكيّة و لم يقل بها إلاّ بعض من تأخّر عن المحقّق الثاني تبعاً له، و هذا ممّا يوهن حصول القطع بل الظنّ من الاتّفاق المذكور؛ لأنّ قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع. نعم، يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتّفاق المذكور: إنّ أصحابنا(١٤٠٧) بين قائلٍ بالملك الجائز، و بين قائلٍ بعدم الملك رأساً، فالقول بالملك اللازم قولٌ ثالث، فتأمّل. و كيف كان، فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام عن قول غيره من العلماء – كما هو طريق المتأخّرين – مشكل؛ لما ذكرنا، و إن كان هذا لايقدح في الإجماع على طريق القدماء كما تبيّن في الأُصول.

و بالجملة، فما ذكره في المسالك(١٤٠٨) من قوله – بعد ذكر قول من اعتبر مطلق

١٤٠٦. هذا توهين آخر للإجماع بأنّ الإجماع الموجود على فرض تسليمه و الإغماض عن وجود الخلاف لايفيد، و الذي يفيد إنّما هو إجماعهم على عدم اللزوم على تقدير إفادتها للملك، و هو غير معلوم، إذ يمكن أن يختار اللزوم بعض الأكثر القائلين بعدم الملك أو كلّهم على تقدير إفادتها الملك. هذا، مع أنّ تتبّع الأقوال طرّاً و تحصيل الإجماع على هذا المعنى مشكل جدّاً.

١٤٠٧. لايخفى ما في الاستدلال، لأنّ الاتفاق المذكور بعد ثبوته – كما هو الفرض– إن كان كاشفاً عن رأي الإمام عليه السلام بنحو من الأنحاء فهو في نفسه حجّة في المسألة، و لاحاجة إلى إرجاعه إلى الإجماع المركّب الذي لايصلح الاستناد إليه لو لم يرجع إلى الإجماع البسيط، و إلاّ –كما هو الظاهر من الإشكال عليه قبل هذا – فلايكشف عنه الإجماع المركّب بطريق أولى، و لعلّه لأجل هذا أمر بالتأمّل.

١٤٠٨. هذا إجمال ما ذكره سابقاً بقوله: «و الأوّل أوفق بالقواعد» إلى هنا من

اللفظ(١٤٠٩) في اللزوم -: "ما أحسنه و أمتن دليله إن لم يكن إجماع على خلافه"[٧٣] في

.....

الاستدلال على اللزوم بالوجوه الثمانية، و الإشكال عليه، و استظهار الإجماع على عدم اللزوم، فلاتذهل.

١٤٠٩. يعني: مطلق اللفظ و لو لم ينشأ به التمليك. ثمّ إنّ الظاهر أنّ الصواب «من لم‌يعتبر» بدل «من اعتبر» و إلاّ لايكون له ربط بالمقام، بل يكون منافياً للمرام، و هو عدم وجود دليل على اعتبار اللفظ في اللزوم، فإنّه حينئذٍ يدلّ على وجود دليل حسن متين على اعتباره فيه، مع أنّه يلزم بناءً عليه تحقّق الإجماع عند الشهيد الثاني‌ﷺ على عدم اعتبار اللفظ مطلقاً فيه، و ليس الأمر كذلك جزماً، إذ لو لم يكن إجماع على الاعتبار فليس إجماع على عدم الاعتبار قطعاً، إلى غير ذلك ممّا يدلّ على غلطيّة هذه النسخة.

و كيف كان، يمكن أن يقال على المصنّف‌ﷺ إنّ كلام الشهيد الثاني الذي ذكره هنا غير مربوط بمسألة لزوم المعاطاة، و إنّما هو في مقام إفادتها للملك، و ذلك لأنّ المحقّق‌ﷺ قال أوّلاً: «و لايكفي التقابض من غير لفظ و إن حصل من الأمارات ما يدلّ على إرادة البيع». و قال في المسالك في شرح العبارة ما لفظه: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً، غير أنّ ظاهر كلام المفيد‌ﷺ يدلّ على الاكتفاء في تحقّق البيع بما يدلّ على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه و تقابضاه، و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً، لكن يشترط في الدالّ كونه لفظاً، و إطلاق كلام المفيد أعمّ منه. و النصوص المطلقة من الكتاب و السنّة الدالّة على حلّ البيع و انعقاده من غير تقييد بصيغة خاصّة تدلّ على ذلك، فإنّا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معيّن، غير أنّ الوقوف على المشهور أجود، مع اعتضاده بأصالة بقاء ملك كلّ واحد بعوضه إلى أن يعلم الناقل، فلو وقع الاتّفاق بينهما على البيع، و عرف كلّ منهما رضا الآخر بما يصير إليه من العوض المعيّن الجامع شرائط البيع غير اللفظ المخصوص، لم‌يفد اللزوم، لكن هل يفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض، نظراً إلى إذن كلّ منهما للآخر في التصرّف، أم يكون بيعاً فاسداً من حيث اختلال شرطه و هو الصيغة الخاصّة؟ المشهور الأوّل».

ثمّ بعد مقدار من ذلك عقد لتنقيح المحلّ مباحث عشرة إلى أن ختم الكلام في شرح العبارة المذكورة للمحقّق، ثمّ شرع في شرح قول المحقّق‌ﷺ متّصلاً بالعبارة المذكورة: «سواء في

غاية الحسن و المتانة. و الإجماع و إن لم يكن محقّقاً على وجهٍ يوجب القطع إلاّ أنّ المظنون قويّاً تحقّقه(١٤١٠) على عدم اللزوم، مع عدم لفظٍ دالٍّ على إنشاء التمليك، سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد و لكن لم ينشأ التمليك به، بل كان من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض.

و قد يظهر ذلك من غير واحدٍ من الأخبار[٧٤](١٤١١)

.....

ذلك الحقير و الخطير». و قال ما لفظه: «ردّ به على بعض العامّة حيث اكتفى بالمعاطاة في المحقّرات و أقامها فيه مقام البيع. و اختلفوا في تحديدها، فقال بعضهم ما لم يبلغ نصاب السرقة. و أحالها آخرون على العرف، كرطل خبز و غيره ممّا يعتاد فيه المعاطاة. و هو تحكّم. و الذي اختاره متأخّروا الشافعيّة و جميع المالكيّة انعقاد البيع بكلّ ما دلّ على التراضي و عدّه الناس بيعاً. و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدّم. و ما أحسنه و أمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه» انتهى كلامه زيد في علوّ مقامه. حيث إنّ الظاهر منه‌ﷺ أنّه في مقام نقل القول بكفاية المعاطاة في إفادة الملك في المحقّرات في قبال القول بعدم كفايتها فيها في المحقّرات أيضاً، و أنّ مراده من الإجماع على الخلاف هو الإجماع على عدم كفايتها في إفادة الملك الذي ذكره في شرح العبارة الأُولى بقوله: «هذا هو المشهور، بل كاد يكون إجماعاً». و من هنا يمكن أن يقال: إنّ نظره‌ﷺ من نقل قول المفيد و بعض معاصريه هو نقل القول بإفادتها للملك قبال الإجماع المذكور.

١٤١٠. لكن لااعتبار به، لعدم دليل خاصّ يدلّ عليه، و عدم تماميّة دليل الانسداد.

١٤١١. أي: كفاية مطلق اللفظ في اللزوم. و لعلّ نظره في ذلك إلى الأخبار الواردة في شراء المصحف و بيعه، و في بيع أطنان القصب و نحوهما، ممّا اشتمل على ذكر الإيجاب و القبول كما في الثاني، أو خصوص لفظ القبول مع الاختلاف من حيث المضيّ و المضارع كما في الطائفة الأُولى. و يمكن أن يكون نظره إلى قوله‌ﷺ: «إنّما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام» و لكن يأبى عنه التعبير عنه بقوله: «من غير واحد من الأخبار». و لايخفى أنّها كما تدلّ على اعتبار اللفظ في اللزوم كذلك تدلّ على اعتباره في حصول الملك. فما هو الجواب عنها بالنسبة إلى مرحلة الملكيّة - و هو دعوى عدم دلالتها على اعتبار اللفظ في الملك، و حصر سبب البيع فيه، بل الوجه في ذكره صرف المثاليّة - فهو الجواب عنها بالنسبة إلى مرحلة اللزوم، و جهتا

بل يظهر منها أنّ إيجاب البيع(١٤١٢) باللفظ دون مجرّد التعاطي كان متعارفاً بين أهل السوق و التجّار، بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة(١٤١٣) التي يراد بها عدم الرجوع بمجرّد التراضي، نعم، ربّما يكتفون بالمصافقة فيقول البايع: بارك الله لك أو ما أدّى هذا المعنى بالفارسيّة. نعم، يكتفون بالتعاطي في المحقّرات و لايلتزمون

.....

الملك و اللزوم مشتركتان من حيث وجود المقتضي لهما و هو العمومات، و عدم المانع عن الأخذ به، و هو المخصّص لها لفظيّاً كان أو لبيّاً، فلا وجه للتفرقة بينهما. هذا، و لكنّ التحقيق أنّه لايدلّ على اعتبار اللفظ في الصحّة، و لكنّه يدلّ على اعتباره في اللزوم، كما سيأتي وجه ذلك عند الكلام في الخبر المزبور، فانتظر.

١٤١٢. قد ذكر الفاضل المامقاني في شرح هذه العبارة جملة من الأخبار بزعم ظهورها في المرام. فلايخفى على من لاحظها عدم دلالتها على تعارف الإيجاب باللفظ، و عدم تعارف الإيجاب بالتعاطي بين التجّار و أهل السوق. و لو سلّم فالظاهر أنّ غرض المصنّفﷺ من دعوى تعارف ذلك هو انصراف أدلّة اللزوم إلى غير المعاطاة. و فيه: أنّه إنّما يتمّ لو كان الإيجاب بالتعاطي غير متعارف، و هو ممنوع، ضرورة عدم الملازمة بين تعارف الإيجاب باللفظ و عدم تعارف الإيجاب بالتعاطي كما هو واضح. بل مقتضى ما تقدّم منه في أواخر تحرير محلّ النزاع في المعاطاة في مقام تخطئة من جعله في المقصود بها الإباحة، و ما يأتي في التنبيه الأوّل من أنّ الغالب المتعارف هو المعاطاة، و لو سلّم فهو إنّما يجدي بالنسبة إلى ما عدا أصالة اللزوم، بمعنى استصحاب الملك، و هي كافية في المسألة. بل الدعوى المذكورة في محلّ المنع بالنسبة إلى ما عدا الثلاثة الأخيرة من الأدلّة اللفظيّة، فلاحظ و تأمّل، إلاّ أن يكون غرضه من ذلك شيء آخر وراء دعوى الانصراف، و عليه لابدّ من البيان كي ينظر فيه.

١٤١٣. إن أراد من البيوع الخطيرة مثل الدار و الدكان و الضيعة و العقار فما ذكره من الدعوى مسلّم، و لكن يحتمل أن يكون الوجه فيه عدم إمكان التعاطي فيها مع البناء على لزوم العطاء من الطرفين. و إن أراد ما يعمّ لسائر نفائس الأموال، كسلك اللؤلؤ و المرجان و غيرهما من الجواهر، ففيها منع واضح، إذ المشاهد من الناس أنّهم يكتفون فيها بالمعاطاة كما في غيرها، و لايلتزمون بلزوم الإنشاء القولي.

بعدم جواز الرجوع فيها(١٤١٤)، بل ينكرون على الممتنع(١٤١٥) عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم، الاكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد؛ للسيرة و لغير واحدٍ من الأخبار كما سيجئ إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة.

بقي الكلام في الخبر الذي يتمسّك به في باب المعاطاة، تارةً على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرّف(١٤١٦)، و أُخرى على عدم إفادتها اللزوم؛ جمعاً بينه وبين ما دلّ على صحّة مطلق البيع(١٤١٧) كما صنعه في الرياض[٧٥] و هو قوله عليه السلام: "إنّما يحلّل الكلام و

.....

١٤١٤. غرضه من ذلك دعوى السيرة على عدم اللزوم في معاطاة المحقّرات مع تعارفها فيها و دخولها في أدلّة اللزوم. و يمكن أن يقال عليه ما قاله سابقاً من ابتنائها على قلّة المبالات، فلا مخرج عن قاعدة اللزوم، فافهم.

١٤١٥. قال بعض الأفاضل رحمه الله: إنّ الغالب بل كلّ مورد من موارد إنكارهم ليس الإنكار فيه لأجل أنّهم لايرون المعاطاة لازمة، و إنّما ذلك لأنّهم يرون ترك الإقالة لمن لم يوافق المال المنتقل إليه غرضه مستهجناً، و لذا قد ينكرون في صورة إيقاع العقد اللفظي أيضاً، كما أنّهم ينكرون على من يردّ السلعة التي اشتراها و لو بالمعاطاة لالأجل عدم موافقتها لغرضه، بل لمجرّد التشهّي و عدم الالتزام بالبيع، فتأمّل، فإنّ الأمر غير خالٍ عن الخفاء.

١٤١٦. و النظر في ذلك إلى الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة الآتية في المتن في معنى قوله: «إنّما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام». و على هذا الوجه كما يدلّ على عدم إفادتها للإباحة المجرّدة عن الملك، كذلك يدلّ على عدم إفادتها للملك أيضاً. و بعبارة أُخرى: يدلّ على إفادتها - المقصود منها الملك - للإباحة بلا واسطة الملك كما هو ظاهر المشهور، و بواسطته كما قوّاه المصنّف رحمه الله تبعاً للمحقّق الثاني رحمه الله. و يدلّ على عدم إفادتها لها مع قصد الإباحة منها أيضاً. و ليس النظر فيه إلى ما ذكره المصنّف بقوله في أواخر البحث عن معنى الخبر: «نعم، يمكن استظهار...»، إذ بناءً عليه لايدلّ على عدم إفادتها الإباحة المجرّدة كما ستعرفه فيما بعد. نعم، يدلّ على عدم إفادتها للملك. و عليه، يكون هذا حاكماً على أدلّة صحّة مطلق البيع و إفادته للملك، لأنّ مفادها أنّ البيع صحيح مؤثّر في الملك، و مفاده أنّه لابيع بدون الكلام.

١٤١٧. إن كان النظر في ذلك إلى الوجه الأوّل المقتضي لعدم حصول الملك بالمعاطاة،

يحرّم الكلام". و توضيح المراد منه يتوقّف على بيان تمام الخبر و هو ما رواه ثقة الإسلام في

.....

كما يرشد إليه التعبير بالجمع المحتاج إلى التنافي لو لاالجمع، ففيه أنّه تبرّع صرف لاشاهد عليه. و إن كان النظر إلى أنّ مفادها اعتبار اللفظ في اللزوم لا في أصل الصحّة، و لو بلحاظ نظير ما ذكره بقوله: «نعم، يمكن استظهار...»، و بقرينة قوله: «أليس إن شاء أخذ...»، حيث إنّه عبارة اُخرى عن أنّه أليس مختاراً في الأخذ و الترك، بل كان ملزماً بالأخذ؟ فيكون معنى الجواب أنّه لابأس، لأنّه غير ملزم، لأنّ المحرّم في المورد منحصر بالملزم و الملزم مطلقاً، و في جميع الموارد منحصر بالكلام، و إذ لاكلام فلا ملزم فلا حرمة. ففيه: أنّه بناءً على هذا لامنافاة بينه و بين أدلّة صحّة مطلق البيع حتّى يحتاج إلى الجمع.

هذا إذا لوحظ الخبر المذكور بالنسبة إلى أدلّة الصحّة. و أمّا إذا لوحظ بالنسبة إلى أدلّة اللزوم، فالحال بينهما كما هو الحال بين أدلّة نفي الضرر و الحرج و بين أدلّة الأحكام من تقديمها عليها لأجل الحكومة، إذ لولا أدلّة لزوم المعاملات لزم لغويّة اعتبار الكلام في لزوم المعاملة كلغويّة أدلّة نفي الضرر والحرج لولا أدلّة الأحكام.

هذا بناءً على أن يكون طرف النسبة و الملاحظة جميع أدلّة لزوم المعاملات هنا و جميع أدلّة جميع الأحكام هناك، أي: في دليلي نفي الحرج و الضرر، كما هو الظاهر من المصنّف‌ﷺ في الاُصول، و لعلّه الحقّ، لما حقّقناه في محلّه. و أمّا بناءً على كون طرفي النسبة كلّ واحد من أدلّة لزوم كلّ معاملة، كما إليه ينظر العلاّمة الأستاذ المولى المحقّق الخراساني‌ﷺ في نفي حكومة دليلي نفي الحرج و الضرر على أدلّة الأحكام، و إثبات أنّ وجه تقديم هذا على ذاك - مع كون النسبة بينهما عموماً من وجه - هو التوفيق العرفي بالتقريب الذي ذكره في محلّه، فيقع التعارض بين هذا الخبر و بين أدلّة لزوم البيع بتعميمهم من وجه، فبعد التساقط من جهة فقد المرجّح بينهما يرجع إلى الأصل المفيد فائدة اللزوم. لكنّ التحقيق هو الحكومة، لما ذكرناه في حواشينا على الكفاية، فلابأس بالتمسّك بهذا الخبر في إثبات جواز المعاطاة و عدم لزومها، و تخصيص أدلّة اللزوم به، و لكن بناءً على عموم انحصار الملزم بالكلام لجميع المعاملات، و عدم اختصاصه بخصوص المورد من بيع ما ليس عنده. و الأمر كذلك، لأنّ قولهﷺ: «إنّما يحرّم الكلام» على ما بيّناه كبرى لقياس صغراه مطويّة، و هو قوله: الحرام في مورد الرواية منحصر بالملزم، و لابدّ في الشكل الأوّل من كلّية الكبرى، فتأمّل جيّداً.

باب" بيع ما ليس عنده"(١٤١٨) و الشيخ في باب "النقد و النسيئة" عن ابن أبي‌عمير عن يحيى بن الحجّاج عن خالد بن الحجّاج أو ابن‌نجيح(١٤١٩)، قال: "قلت لأبي‌عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئني و يقول: اشتر لي هذا الثوب و أُربحك كذا و كذا. فقال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لابأس، إنما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام".

و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أُخر مجرّدة عن قوله عليه السلام: "إنّما يحلّل..."، كلّها تدلّ على أنه لابأس بهذه المواعدة و المقاولة ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه. و نقول: إنّ هذه الفقرة – مع قطع النظر عن صدر الرواية – تحتمل وجوهاً:

الأوّل: أن يراد من "الكلام"(١٤٢٠) في المقامين اللفظ الدالّ على التحليل و

.....

١٤١٨. ذكره و سائر الأخبار الواردة في هذا المضمون في الوسائل في كتاب التجارة في باب أنه يجوز أن يبيع ما ليس عنده حالاً إذا كان يوجد، و باب أنه يجوز أنه يساوم على ما ليس عنده و يشتريه فيبيعه إيّاه بربح، و غيره. و لايخفى أنّ هذه الأخبار على طائفتين، طائفة تدلّ على المنع، و طائفة أُخرى تدلّ على الجواز، و الكلام في الجمع بينهما يأتي إن شاء الله في الفضولي في مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه.

١٤١٩. منشأ الترديد اختلاف النسخ الصحيحة من الكافي على ما قيل. و عن العلاّمة رحمه الله في إيضاح الاشتباه: خالد بن نجيح بالنون المفتوحة و الجيم و الحاء المهملة أخيراً. و عن المجلسي رحمه الله في حواشي الكافي: أنّ خالد بن نجيح مجهول.

١٤٢٠. يعني: أن يراد منه في الفقرتين إنشاء المقصود من الحلّية و الحرمة باللفظ الدالّ عليهما. و على هذا لابدّ و أن يكون المراد من الكلام في إحداهما غيره في الأُخرى، و إلاّ فإن كان مع وحدة المراد من حيث الوجود و العدم و من حيث المورد و المحلّ أيضاً يلزم كون الشيء الواحد مقتضياً للمتضادّين و المتناقضين. و إن كان مع الاختلاف في المورد أو من حيث الوجود و العدم فيرجع هذا إلى الوجه الثالث، فيلزم تثليث الوجوه لاتربيعها. هذا، مع أنّ المنساق من العبارة أنّ ما هو حرام في حدّ نفسه قبل الكلام يصير حلالاً بالكلام، و ما هو حلال كذلك يصير حراماً، و لازم ذلك أن يكون مورد التحليل غير مورد التحريم، فيصير المعنى: أنّ ما كان حراماً ينحصر سبب حلّيته بسنخ من الكلام، و ما كان حلالاً في نفسه

التحريم، بمعنى أنّ تحريم شيءٍ و تحليله لايكون إلاّ بالنطق بهما، فلايتحقّق بالقصد المجرّد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال. الثاني: أن يراد بـ"الكلام"(١٤٢١)

.....

ينحصر سلب* حرمته بسنخ آخر منه.

١٤٢١. بناءً على هذا الوجه يكون مورد التحليل و التحريم شيئاً واحداً، لكن مع كون المراد من التحريم هنا صرف عدم ترتّب الأثر المقصود، و بقاء الشيء بعد الكلام على ما كان عليه قبله من الحرمة و الحلّية، بمعنى جواز التصرّف و عدم جوازه، كما لايخفى على الناظر في قوله: «فما عدا الأخير موجب لتحريمه...»، حيث إنّ التحريم فيه ليس إلاّ ما كان قبل الكلام، لاترتّب أثر الحرمة - بمعنى طروّ الحرمة - بسبب الكلام و حدوثه كما في الوجه الأوّل، فلايلزم ما مرّ في الوجه الأوّل - بناءً على وحدة المورد - من محذور الاستحالة كما لايخفى، لكون المراد من الكلام في الجملتين مختلفاً هنا كما في الوجه الأوّل على ما هو صريح المتن. مع أنّه على تقدير وحدة المراد منه فيهما يلزم التناقض، و لكن لا من الجهة المتقدّمة في الأوّل، بل من جهة لزوم كون الشيء الواحد مقتضياً لحكم و غير مقتضٍ له.

ثمّ إنّه قد يتوهّم أنّ مقتضى المقابلة بين هذا الوجه و الوجه الأوّل أن يكون مقصود المصنّف من اللفظ في الوجه الأوّل مجرّد الصوت و النطق، و هذا ممّا لاينبغي صدوره عن الجاهل فضلاً عمّن هو إمام التحقيق و علم التدقيق، لكنّه توهّم فاسد نشأ من قلّة التدبّر من كلامه، حيث إنّ مراده في الوجه الثاني أن يراد من الكلام هو بلحاظ مضمونه الخاصّ في مقابل الكلام الخاصّ الآخر المغاير له في المضمون مع اتّحادهما في إفادة المطلب، و في الأوّل أن يراد به صرف الكلام المفيد للمطلب بأيّ مضمون كان، فالفرق بين الكلامين في الوجه الأوّل بمجرّد إفادة التحريم في أحدهما و التحليل في الآخر. و إن شئت قلت: إنّ ما به الامتياز بين الكلامين في الوجه الأوّل صرف جهة إفادة التحريم في أحدهما و إفادة التحليل في الآخر مطلقاً بأيّ مضمون حصلت تلك الإفادة، و ما به الاشتراك هو جهة الكلاميّة. و أمّا الوجه الثاني فما به الامتياز بينهما هو جهة اختلاف المضامين، و ما به الاشتراك هو جهة إفادة المطلب الواحد من الحلّ و الحرمة بعد اشتراكهما في جهة الكلاميّة أيضاً. و بالجملة، المراد من الكلام في الأوّل النوع

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّ الصحيح: سبب حرمته، بقرينة السياق.

اللفظ مع مضمونه، كما في قولك: "هذا الكلام صحيح" أو "فاسد"، لامجرّد اللفظ – أعني الصوت – و يكون المراد: أنّ المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعيّ حِلاًّ و حرمةً* باختلاف المضامين المؤدّاة بالكلام، مثلاً: المقصود الواحد، و هو: التسليط على البضع مدّة معيّنة، يتأتّى بقولها: "ملّكتك بضعي" أو "سلّطتك عليه" أو "آجرتك نفسي" أو "أحللتها لك"، و بقولها: "متّعتك نفسي بكذا"، فما عدا الأخير موجب لتحريمه، و الأخير محلّل، و بهذا المعنى ورد قوله عليه السلام: "إنّما يحرّم الكلام" في عدّة من روايات المزارعة[٧٦](١٤٢٢)، منها: ما في التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام: أنّه سُئل عن الرجل يزرع أرض رجلٍ آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر و ثلثاً للبقر، فقال: "لاينبغي له أن يسمّي بذراً و لابقراً، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا: نصف، أو ثلث، أو ما كان من شرط، و لايسمّي بذراً و لابقراً؛ فإنّما يحرّم الكلام"[٧٧].

الثالث: أن يراد بـ "الكلام"(١٤٢٣)

.....

العالي من جنس الكلام، و في الثاني نوع ذاك النوع. فالفرق فيهما كالفرق بين الجسم المطلق و الجسم النامي بالقياس إلى الجوهر، فلاحظ و تأمّل.

١٤٢٢. بأن يكون تملّك العامل المزارع الثلثين من حاصل الأرض مقصوداً واحداً يؤدّى بمضمونين، أحدهما: قول المزارع لصاحب الأرض، لك ثلث، و الآخر: قول صاحب الأرض للزارع: للبذر ثلث و للبقر ثلث، فإنّ المقصود منهما كون الثلثين للزارع و الثلث لصاحب الأرض، و يؤدّى بهما لكن مفهومهما مختلف، فتدبّر.

١٤٢٣. هذا مع كون موردي التحليل و التحريم متّحدين و كون التحريم وضعيّاً، بمعنى عدم ترتّب الأثر و بقاء المحلّ على ما كان عليه قبل الكلام من الحرمة مثل الوجه السابق، لا بمعنى ترتّب الحرمة على الكلام كما في الوجه الأوّل لو كان الاختلاف بين الفقرتين، بكون المراد من الكلام في إحداهما وجوده و في الأُخرى عدمه، و كذا مع اختلاف المورد و المحلّ لو كان المراد منه فيهما هو من حيث الوجود.

---

* في بعض النسخ: أو حرمة.

.....

فإن قلت: التفكيك بين الكلامين في مورد الرواية - و هو البيع - بالوجود و العدم مع وحدة المراد من الكلام في الفقرتين لايستقيم إلاّ بالإرجاع إلى الفرق بحسب المحلّ، و عليه لامجال لعطفه عليه بـ «أو» ضرورة لزوم كون اللفظ الواحد - و هو الإيجاب بلفظ «بعت» مثلاً - مؤثّراً و غير مؤثّر محلّلاً و غير محلّل، و هو تناقض صرف.

قلت: المراد من الكلام المتوارد عليه الوجود تارة و العدم اُخرى هو الإيجاب المقيّد بكونه قبل الشراء أو المقيّد بخصوص كونه بعده لامطلقاً. و على الأوّل يكون الوجود محرّماً و العدم محلّلاً، و على الثاني بالعكس. و أمّا بناءً على التفكيك بحسب المحلّ فالمراد من الكلام في الفقرتين هو وجود صرف الإيجاب، و الاختلاف إنّما هو باختلاف المحلّ. و إن شئت قلت: إنّ المراد من الكلام في الفقرة الأُولى هو الإيجاب المقيّد بكونه بعد الشراء، و في الثانية هو الإيجاب المقيّد بكونه قبله، فكم فرق بين الأمرين؟

فإن قلت: بناءً على الفرق بالوجود و العدم يشكل بأنّه إن اُريد من الكلام الإيجاب المقيّد بكونه قبل الشراء فلابدّ أن يراد منه في الأوّل عدمه و في الثاني وجوده، و لايمكن إرادة العكس، لأنّ وجود هذا النحو من الكلام محرّم لامحلّل، فلزم أن يكون عدم الكلام المذكور محلّلاً و موجباً للنقل و الانتقال، و ليس كذلك، ضرورة أنّ الحلّية بالمعنى المذكور مستندة إلى وجود الكلام الخاصّ الآخر، و هو الإيجاب المقيّد بكونه بعد الشراء، لا إلى عدم الكلام المذكور، بل هو محرّم، بمعنى عدم ترتّب الأثر و بقاء الشيء على ما كان عليه قبله و هو الحرمة، فيكون كلّ من الوجود و العدم محرّماً.

قلت: نسبة المحلّلية إلى العدم و المحرّمية إلى الوجود - بناءً على إرادة هذا الشقّ - إنّما هو باعتبار لازمه بحسب بناء المتعاملين، و هو وجود الكلام الآخر - أعني: البيع بعد الشراء - و عدمه، إذ على فرض عدم الإيجاب قبل الشراء يلزم الإيجاب بعده، لبنائهما على المبايعة، و هو محلّل، و على فرض وجوده قبله يلزم عدم الإيجاب بعده بحسب بنائهما على تحقّق البيع بذلك فلايوقعونه ثانياً، و عدمه محرّم بمعنى عدم ترتّب الأثر. و بالجملة، نسبة التحليل إلى العدم و التحريم إلى الوجود - بناءً على هذا الشقّ - إنّما هو من قبيل إسناد ما ينبغي أن يسند إلى اللازم إلى الملزوم. و من هنا علم كيفيّة إرادة الوجود و العدم بالنسبة إلى كلام واحد في روايات المزارعة، فإنّ تسمية البذر و البقر محرّم من جهة ملازمتها لعدم شرط آخر من قوله: و

في الفقرتين الكلام الواحد، و يكون تحليله و تحريمه باعتبار وجوده و عدمه، فيكون وجوده محلّلاً و عدمه محرّماً أو بالعكس، أو باعتبار محلّه و غير محلّه، فيُحِلّ في محلّه و يُحرِّم في غيره؛ و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

الرابع: أن يراد من الكلام(١٤٢٤) المحلّل خصوص المقاولة و المواعدة، و من الكلام المحرِّم إيجاب البيع و إيقاعه.

.....

الثلثان لي، و عدمها محلّل، فكأنّه هو المحلّل. و كذلك الكلام في الوجه الرابع، فإنّ المقاولة تحلّل من جهة سببيّتها لمجيء المحلّل، و هو الإيجاب بعد الشراء، و الإيجاب قبله يحرّم من جهة سببيّتها لعدمه بعده.

ثمّ إنّه قد يزاد على شقّي هذا الوجه الثالث شقّ آخر، و هو أن يكون اختلاف تحليل الكلام الواحد المعيّن و تحريمه باعتبار المتعلّق من الأموال و الأشخاص، كالعقد البيعي المركّب من الإيجاب و القبول مثلاً، فإنّه يحلّل الثمن على البايع، لإدخاله في ملكه، و يحرّمه على المشتري، لإخراجه عن ملكه، و في المثمن بالعكس. و على هذا، يكون التحريم بمعنى ترتّب الأثر، و يكون كلّ من الفقرتين ملازمة للأُخرى. و لعلّه بملاحظة ذلك اقتصر في روايات المزارعة بخصوص قوله: «إنّما يحرّم الكلام» إذ بناءً على الملازمة المذكورة يجوز الاكتفاء بذكر أحد طرفي الملازمة عن ذكر الآخر، فتفطّن.

١٤٢٤. يعني: مع اتّحاد الموردين، كما صرّح به بعد ذلك بقوله: «أو المعنى الرابع و هو...»، فيكون الفرق بينه و بين الثاني من شقّي الاحتمال الثالث بالتعاكس، إذ المراد من الكلام هنا في إحدى الفقرتين غيره في الأُخرى، و لكن المورد فيهما متّحد، و أمّا هناك فالمراد منه فيهما شيء واحد لكن مع تعدّد المورد و المحلّ. هذا، مع أنّ اللام في الكلام على هذا للعهد الخارجي، بخلاف باقي الوجوه، فإنّها فيه عليها للجنس.

و قد اقتصر المحقّق القمّيﷺ في بيان محتملات الرواية على الوجه الثالث و هذا الوجه، قالﷺ في أجوبة مسائله في كتاب التجارة في مسألة الفضولي - بعد ستّة أوراق أو أزيد، في ذيل التكلّم في مسألة من باع ثمّ ملك بالشراء - بعد نقل الرواية: «و المراد من الكلام عقد البيع، فإنّه يحلّل نفياً و يحرّم إثباتاً، أو يحلّل ثانياً و يحرّم أوّلاً، أو المراد أنّ الكلام الذي جرى بينهما قد يحلّل و قد يحرّم بحسب اختلافه، فإن كان بطريق الالتزام حرمت المعاملة بذلك، و إن

ثمّ إنّ الظاهر عدم إرادة المعنى الأوّل؛ لأنّه مع لزوم تخصيص الأكثر(١٤٢٥) – حيث إنّ ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في اللفظ – يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال مع كونه كالتعليل له؛ لأنّ ظاهر الحكم كما يستفاد من عدّة روايات أُخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكه، و لادخل لاشتراط(١٤٢٦)

.....

كان بطريق المراضاة من دون إلزام – و إنّما يحصل الإلزام بعد شراء البايع بعقد مستأنف – كانت حلالاً» انتهى، فإنّه﵀ أراد بالأوّل الإشارة إلى الوجه الثالث بكلا تقريبيه من الاختلاف بين الكلامين بالوجود و العدم مع اتّحاد المحلّ أو بالعكس.

وكيف كان، فهذا الوجه و إن كان يحتمل أيضاً في الفقرة المذكورة مع قطع النظر عن صدر الرواية على ما هو محطّ الكلام فعلاً، و لكنّه بعيد جدّاً. نعم، لابأس به مع ملاحظة صدرها، لكنّه منافٍ لكونه بمنزلة التعليل و الكبرى المعتبر فيها الكلّية المنافية لكون اللام للعهد.

١٤٢٥. لكثرة أسباب صيرورة الحلال حراماً و الحرام حلالاً، مثل غليان العصير العنبي، و انقلاب الخمر إلى الخلّ، و الجلل و الوطي في الحيوان المأكول اللحم، و استبراء الحيوان الجلاّل بالمقدار المعيّن المختلف باختلاف الحيوانات، و الدخول في الأُمّ بالقياس إلى تزويج البنت، و إيقاب الغلام بالقياس إلى تزويج بنته و أُخته، و خلط الحرام و تخميس المختلط، و تنجيس الطاهر، و تطهير المتنجّس، و إهداء الهديّة و التحف، و تقديم الطعام للضيف، إلى غير ذلك ممّا لايحيطه نطاق الحصر.

١٤٢٦. قد يقال بأنّ مدخليّته فيه بلحاظ مدخليّة الكلام في تحقّق البيع، المحقّق لعنوان بيع ما ليس عنده، المحرّم هو بلحاظ حصر المحرّم في الكلام، المقتضي لعدم محرّميّة غيره كالأفعال، الموجب لعدم تحقّق هذا العنوان. فكأنّ الإمام﵇ أراد بقوله: «أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك» أنّه ألم توجب البيع و لم توجد الصيغة المحقّقة للبيع؟ قال السائل: بلى لم أقرأ الصيغة حين المجيء، و لم يحصل البيع حتّى يكون بيع ما ليس عنده. قال﵇: لابأس بذلك، لأنّ المحرّم في المقام منحصر في تحقّق العنوان المذكور، و موجده منحصر في الكلام و صيغة البيع، و هو منتفٍ بالفرض، فينتفي العنوان، فينتفي المحرّم. و لايخفى أنّ هذا التقريب راجع إلى الوجه

النطق في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلّل به؟ وكذا المعنى الثاني؛ إذ ليس هنا مطلب واحد حتّى يكون(١٤٢٧) تأديته بمضمونٍ محلّلاً، و بآخرٍ محرّماً.

.....

الثالث من حيث لايشعر، لوضوح أنّ المراد من الكلام في الفقرتين حينئذٍ هو الشيء الواحد - أعني: الصيغة القوليّة - و الاختلاف إنّما هو بلحاظ المحلّ و الزمان، يعني: أنّ الصيغة البيعيّة إن وقعت قبل الشراء فتحرّم، و إن وقعت بعده فتحلّل. و بالجملة، لامدخليّة لاشتراط النطق في التحريم في الحكم المذكور إلاّ بعد إرجاع الوجه الأوّل إلى الثالث أو الرابع، بضميمة ما ذكره فيما بعد بقوله: «نعم يمكن استظهار...»، و هو خلف، إذ فرض الكلام هنا في الوجه الأوّل. و أمّا عدم مدخليّة اشتراط النطق في التحليل فيه فواضح، حيث إنّ الجواز ليس ممّا ينشأ من النطق بالكلام.

١٤٢٧. في العبارة مسامحة، و المراد أنّه ليس هنا مطلب واحد يؤدّى بأكثر من مضمون واحد حتّى يكون... . و كيف كان، لافرق في ذلك بين تنزيل مورد السؤال في الرواية على ما نزّلوه عليه من بيع ما يريده الغير و يستدعيه فيجوز بعد الشراء و لايجوز قبله، و بين ما قيل من تنزيله على السؤال عن صحّة العمل على طبق استدعاء الرجل و حلّية أخذ الربح منه، لاحتمال السائل عدم حلّية الربح بعد أن كان الشراء باستدعاء الرجل، بل يجب تسليمه إلى المستدعي بدون أن يأخذ منه الربح. فأجابعليه السلام بقوله: «أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟». و كأنّه استفهام تقريريّ، يعني: أنّ قول الرجل المستدعي «اشتر لي هذا الثوب و أربحك كذا» على ما ذكرته في السؤال ظاهر في عدم التوكيل بحيث يكون الشراء من صاحب الثوب واقعاً لذاك الرجل، فإنّه لو كان توكيلاً لم يكن معنى لقوله: «أربحك». فمقتضى كلامه أنّ الشّراء واقع لنفس المخاطب، أي: الواسطة بين مالك الثوب و الرجل المستدعي منه، و أنّ المستدعي ليس ملتزماً بالمقاولة الواقعة بينهما، حيث إنّ قوله المذكور ليس توكيلاً، فله الخيار في أخذه ببيع مستقلّ و تركه على ملك الواسطة. فحاصل كلام الإمامعليه السلام أنّه بعد ما كانت المعاملة بين الواسطة و المالك لنفس الواسطة لا للمستدعي صحّ بيعه من المستدعي و أخذ الرّبح. هذا بخلاف ما إذا أتى بعبارة الوكالة و قال لك: اشتر وكالة عنّي هذا الثوب، إذ حينئذٍ لم يكن له الخيار في الأخذ و التّرك بمقتضى توكيله و لزوم فعل الوكيل على الموكّل، فلايجوز للواسطة أخذ الربح من المستدعي، لوقوع المعاملة له من أوّل الأمر. فيكون المراد من الجواب أنّ المناط

فتعيّن المعنى الثالث، و هو: أنّ الكلام الدالّ على الالتزام بالبيع لايحرّم هـذه المعاملـة إلاّ وجوده قبل(١٤٢٨) شراء العين التي يريدها الرجل؛ لأنه بيع ما ليس عنده، و لا يحلّل إلاّ عدمه؛ إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعة، و هـو غـير مؤثّر. فحاصل الرواية أنّ سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدماً و وجوداً، أو المعنى الرابع، و هو: أنّ المقاولة و المراضاة مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلّل للمعاملة، و إيجاب البيع معه محرّم لها. و على كـلا المعنـيين يـسقط الخـبر عـن الدلالة(١٤٢٩) على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسألة المعاطاة.

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجهٍ آخر(١٤٣٠) بعد ما عرفت

.....

في حلّ الاسترباح و حرمته هو الكلام، فإن تكلّم بمثل الكلام الأوّل المفروض في السؤال كان ذلك محلّلاً للربح، بمعنى عدم وجود المحرّم له، لاقتضائه وقـوع المعاملـة للواسـطة، فيكـون الاسترباح بماله، و لابأس به. و إن كان بمثل الكلام الثاني كان محرّماً له، لأنّه استرباح من الغير بمال ذاك الغير، و هو غير جائز. و الوجه في عدم إرادة المعنى الثاني، أمّا على التنزيل على الأوّل فواضح. و أمّا على التنزيل على الثاني فلأنّ التوكيل مطلب واحد يؤدّى بإحدى العبارتين دون الأُخرى، لا أنّه يؤدّى بهما معاً و لكن مفادهما مختلف، فيكون الحال على هذا كما في الوجـه الرابع، بل في الوجه الثالث على التنزيل الثاني.

١٤٢٨. بالتقريب الذي ذكرناه من ملازمته لعدم الإيجاب بعد الشراء، و كذا لايحرّم إلاّ عدمه من جهة ملازمته لوجوده بعده .

١٤٢٩. أمّا على الأوّل منهما فلأنّ مفاده - بناءً عليه - أنّ المحلّل في هـذه المعاملـة الخاصّة منحصر بعدم الكلام البيعي الإنشائي، و المحرّم فيها منحصر بوجوده، و أين هذا مـن اعتبار الكلام و عدم كفاية غيره؟ و منه المعاطاة في جميع الموارد حتّى في بيع الإنسان ماله و ما عنده. و أمّا على الثاني فلأنّ مفاده - بناءً عليه - أنّ المحلّل في هذه المفروضة في السؤال منحصر في المقاولة و المراوضة، و المحرّم منحصر بالكلام الإنشائي، و هذا أيضاً أجنبيّ عن عدم كفايـة المعاطاة في البيع و عدم تأثيرها فيه.

١٤٣٠. يعني: بوجه آخر غير الوجه الأوّل، مرّ استلزامه لكثرة التخـصيص و عـدم ارتباط الجواب بالسؤال. و حاصل هذا الوجه الآخر: أنّا إمّا نختار المعنى الثـالث و كون المراد

من أنّ المراد بـ " الكلام " هو إيجاب البيع، بأن يقال: إنّ حصر المُحلّل و المُحرِّم في الكلام لايتأتّىّ إلاّ مع انحصار إيجاب البيع في الكلام؛ إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المُحلّل و المُحرِّم في الكلام، إلا أن يقال(١٤٣١): إنّ وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد؛

.....

من الكلام في الفقرتين هو إيجاب البيع و إنشاؤه، و يكون المراد تحريمه باعتبار وجوده و تحليله باعتبار عدمه. فيكون محصّل المعنى بناءً عليه: إنّما يحرّم وجود الإيجاب و يحلّل عدمه. هذا بناءً على كون مرادهﷺ من الكلام في قوله: «بعد ما عرفت أنّ المراد من الكلام...»، هو الكلام في كلتا فقرتي الحديث، كما يمكن دعوى ظهوره فيه. و إمّا نختار المعنى الرابع بناءً على كون المراد منه فيه هو الكلام في خصوص الفقرة الثانية، و نقول: إنّ الإيجاب المحرّم لايخلو إمّا أن يعتبر في تحقّقه اللفظ و الكلام، و إمّا لا، بل يكفي فيه الفعل و التعاطي. و لاسبيل إلى الثاني، لعدم صحّة حصر المحرّم في الكلام حينئذ، ضرورة تحقّقه - و هو إيجاب البيع - المحقّق لعنوان بيع ما ليس عنده بدون الكلام أيضاً حسب الفرض، فتعيّن الأوّل، و لازمه عدم كفاية التعاطي في مقام إيجاب البيع، و هو المطلوب.

١٤٣١. أو يقال: إنّ الحصر غالبي، لغلبة وقوع الإيجاب بالكلام في فرض السؤال من عدم كون المتاع للواسطة، فتأمّل. أو يقال: إنّ الحصر إضافي، و إنّما الغرض حصر المحرّم في الإيجاب الكلامي في مقابل عدمه على الوجه الثالث، و في مقابل المقاولة و المراوضة على الوجه الرابع، لا في مقابل الإيجاب الفعلي. أو يقال: إنّ الحصر حقيقي، و لكنّه لايدلّ على بطلان المعاطاة إلاّ بعد إثبات كون المعاطاة لازماً عند العرف، إذ الظاهر من قولهﷺ: «أ ليس إن شاء أخذ...» أنّه ليس ملزماً بالأخذ و غيرَ قادر على ترك الثوب و رفع اليد عنه بحسب أنظار أهل العرف. و الظاهر من قوله «بلى» أنّه ليس بملزم به، بل قادر على الترك. و مقتضى ذلك أن يكون المراد من قولهﷺ: «لابأس إنّما يحرّم الكلام...» أنّه لامانع من تلك المعاملة، لأنّ المحرّم منحصر بالملزم، و هو منحصر بالكلام. و من المعلوم أنّ هذا المقدار لايدلّ على بطلان المعاطاة و محرّميتها إلاّ بعد إثبات اللزوم فيها عرفاً، و هو ممنوع، إذ لعلّها عندهم غير لازمة، و لابعد فيه، فتدبّر. نعم، يدلّ به على عدم لزوم المعاطاة كما أشرنا إليه آنفاً.

إذ المفروض أنّ المبيع عند مالكه الأوّل، فتأمّل(١٤٣٢).

وكيف كان، فلاتخلو الرواية عن إشعار أو ظهور(١٤٣٣) كما يشعر به قوله عليه السلام في رواية أُخرى واردة في هذا الحكم أيضاً، و هي رواية يحيى بن الحجّاج عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: سألت أباعبدالله عليه السلام "عن رجلٍ قال لي: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابّة، و بعنيها أُربحك فيها كذا و كذا؟ قال: لابأس بذلك، اشترها، و لاتواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها؛ (١٤٣٤)، فإنّ الظاهر أنّ المراد من مواجبة البيع ليس مجرّد(١٤٣٥) إعطاء العين

.....

١٤٣٢. لعلّه إشارة إلى الوجه الأخير ممّا ذكرناه في إبطال الاستظهار، أو إلى ما ذكره بعض المحشّين من إمكان المعاطاة في مورد الرواية أيضاً، إلاّ لكون* المبيع عند البايع في المورد، كما يرشد إليه قوله «هذا الثوب» و ربّما يتّفق ذلك عند الدلاّل، و إمّا لكفاية الإعطاء و القبض من طرف واحد في تحقّق المعاطاة مع تعميمه لطرف الثمن أيضاً، على إشكال في هذا التعميم كما يأتي وجهه في التنبيه الثاني.

١٤٣٣. يعني: إشعارها أو ظهورها في اعتبار الكلام أو اللفظ في تحقّق البيع بملاحظة الاستظهار المذكور. و قد مرّ الكلام في إبطاله في ذيل التكلّم في شرح قوله: «إلاّ أن يقال...»، فلا دلالة على المطلوب.

١٤٣٤. لعلّ الفرق بينهما - بناءً على كون الترديد من الإمام عليه السلام لا من الراوي - أنّ المراد من الأوّل هو مطلق التملّك و لو بغير الشراء، و من الثاني خصوص التملّك بالشراء، فيكون من عطف الخاصّ على العامّ.

١٤٣٥. في العبارة مسامحة، و الصواب أن يقول: ليس ما يعمّ بمجرّد إعطاء العين للمشتري. و على أيّ تقدير، إن كان منشأ ما ادّعاه من الظهور ما ذكره سابقاً من عدم إمكان الإيجاب بالمعاطاة في خصوص المورد، بتوهّم أنّ المبيع فيه كان عند مالكه الأوّل، فقد مرّ الجواب عنه في بيان وجه التأمّل في السابق. و إن كان أمراً آخر مثل مادّة الاستيجاب مثلاً، بأن يدّعى ظهورها في الاستيجاب القولي بالوضع أو الغلبة، ففيه تأمّل. و أمّا رواية العلاء فلا إشعار فيها أيضاً بالمطلب، لأنّ المراد أنّ هذه ليست بيعاً، بل مقاولة في تعيين الربح قبل البيع بالنحو

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و الظاهر أنّ الصحيح: إمّا لكون... بقرينة قوله في السطر التالي: و إمّا لكفاية... .

للمشتري. و يشعر به أيضاً رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال: " قلت لأبي‌عبدالله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعاً، فيقول: أبيعك بده دوازده، [أو ده يازده]؟ فقال: لابأس، إنما هذه " المراوضة " فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة"؛ فإنّ ظاهره على ما فهمه بعض الشرّاح[٧٨]: أنه لايكره ذلك في المقاولة التي قبل العقد، و إنّما يكره حين العقد. و في صحيحة ابن‌سنان: " لابأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثمّ تشتري له نحو الذي طلب، ثمّ توجبه على نفسك، ثمّ تبيعه منه بعد"[٧٩].

و ينبغي التنبيه على اُمور: **الأوّل**: الظاهر أنّ المعاطاة قبل اللزوم – على القول بإفادتها الملك – بيعٌ، بل الظاهر من كلام المحقّق الثاني في جامع المقاصد: أنه مما لاكلام فيه حتّى عند القائلين بكونها فاسدة، كالعلاّمة في النهاية. و دلّ على ذلك تمسّكهم له بقوله تعالى: ﴿أحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾. و أمّا على القول بإفادتها الاباحة*، فالظاهر أنها بيع عرفيّ لم يؤثّر شرعاً إلاّ الإباحة، فنفي البيع عنها(١٤٣٦) في كلامهم و معاقد إجماعاتهم هو البيع المفيد شرعاً اللزوم زيادة على الملك.

المذكور فيها. و إنّما يتحقّق البيع إذا جمع البيع، أي: عزم على البيع وأنشأه، و حينئذ يجعله – أي: رأس المال و الربح – جملة واحدة و يسمّيها. و هذا المقدار لإشعار فيه بأنّ إيجاب البيع لايتحقّق بالفعل، بل لابدّ فيه من اللفظ. و ليس في جعله جملة واحدة أيضاً دلالةٌ على ذلك، لإمكان حصوله بالفعل أيضاً، بأن يجمع الثمن مع الربح و يعطي المجموع في مقابل المبيع. و لوكان نظره في مورد الإشعار في هذه الرواية إلى مفهوم قوله: «لابأس به إنّما هذه المراوضة» حيث إنّه يستفاد منه أنّه لو كان بيعاً و لم يكن مراوضةً صرفة ففيه بأس، لأمكن أن يناقش فيه بأنّه لايشعر بعدم حصول البأس فيه لو أمكن تحقّق ذلك النحو من البيع بالتعاطي، غاية الأمر لايمكن إنشاء المعنى المذكور في السؤال و أدائه بغير اللفظ، و هو غير عدم إفادة غير اللفظ فائدة اللفظ، و هذا الثاني هو المقصود بالبحث.

١٤٣٦. هذا من إضافة الصفة إلى الموصوف، يعني: فالبيع المنفيّ عنها في كلماتهم هو البيع المفيد شرعاً للّزوم زيادة على الملك. و أمّا شرح العبارة فقد مرّ في السابق، و مرّ أنّ إيراد

---

* في بعض النسخ زيادة: دون الملك.

هذا على ما اخترناه سابقاً من أنّ مقصود المتعاطين في المعاطاة التملّك* و البيع، و أمّا على ما احتمله بعضهم[٨٠] بل استظهره من أنّ محلّ الكلام هو ما إذا قصدا مجرّد الإباحة، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً و لاشرعاً. و على هذا فلابدّ عند الشكّ في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلّة الدالّة على صحّة هذه الإباحة العوضية من خصوصٍ أو عموم، و حيث إنّ المناسب لهذا القول(١٤٣٧) التمسّك في مشروعيّته بعموم: " الناس مسلّطون على أموالهم " كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطيّة غير ما ثبت شرطيّته، كما أنّه لو تمسّك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس. و الحاصل أنّ المرجع – على هذا – عند الشكّ في شروطها، هي أدلّة هذه المعاملة، سواء اعتبرت في البيع أم لا.

و أمّا على المختار: من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتني** على القول بإفادتها للملك، و القول بعدم إفادتها إلاّ الإباحة؟ وجوه:

يشهد للأوّل: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط فيها(١٤٣٨)

---

* العلاّمة الأستاذ المولى الآخوند الخراساني قدس سره عليها لم يقع في محلّه، فراجع.

١٤٣٧. ما ذكره هنا من الرجوع إلى قاعدة السلطنة في نفي شرطيّة اللفظ – و سائر ما يشكّ في شرطيّته في الإباحة – منافٍ لما ذكره سابقاً من أنّ حديث السلطنة لانظر له إلى التسلّط من حيث الأسباب، لأنّ المعاوضة من الأُمور التسبيّة المحتاجة إلى السبب، فمع التمسّك في مشروعيّتها بقاعدة السلطنة يكون مقتضى قاعدة أصالة عدم تحقّق تلك الإباحة إلاّ في المقدار المتيقّن – مثل التمسّك فيها بالسيرة – هو اعتبار كلّ ما يشكّ في شرطيّته. نعم، لو تمسّك فيها بعموم آية الوفاء بالعقود كان مقتضى القاعدة – أي: أصالة العموم – هو العكس.

١٤٣٨. فيه: أنّه نعم و إن كانت بيعاً عرفاً و كان مورد أدلّة اعتبار الشروط في البيع هو البيع العرفي، إلاّ أنّ مجرّد ذلك لايكفي في اعتبار شروط البيع في المعاطاة على القول بالإباحة، بل لابدّ فيه من كون مفاد تلك الأدلّة اعتبار تلك الشروط في ترتّب مطلق الأثر على البيع المشروط بها و إن كان الأثر المترتّب عليه هو الإباحة، و الأمر ليس كذلك، حيث إنّ

---

* في بعض النسخ: التمليك.

** في بعض النسخ: مبنيّ.

جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع. و يؤيّده: أنّ محلّ النزاع بين العامّة و الخاصّة في المعاطاة هو أنّ الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط أم لا ؟ – كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثيرٍ من الخاصّة و العامّة – فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركاً له في الحكم؛ و لذا ادّعي* في الحدائق أنّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة: صحّة المعاطاة المذكورة إذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، و أنّها تفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض[٨١]. و مقابل المشهور في كلامه، قول العلاّمةﷺ في النهاية بفساد المعاطاة – كما صرّح به بعد ذلك – فلايكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحّة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.

و يشهد للثاني: أنّ البيع في النصّ و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم(١٤٣٩)، و ثبت له الخيار في قولهم: "البيّعان بالخيار ما لم يفترقا"، و نحوه.

أمّا على القول بالإباحة، فواضح؛ (١٤٤٠) لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشارع و المتشرّعة؛ إذ لانقل فيه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه في مقام، فنحمله على الجري على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل في نظرهم، و

.....

مفادها اعتبارها في البيع في مقام ترتّب الأثر المقصود منه عليه و هو الملك. و على هذا تكون تلك الأدلّة ساكتة عن الدلالة على اعتبارها في البيع بالنسبة إلى ترتّب الأثر الغير المقصود عليه. فاعتبار شرائط البيع فيها على هذا القول – كما يظهر منهﷺ في بيان وجه تقوية هذا الوجه بقوله: «و الاحتمال الأوّل لايخلو عن قوّة...» – إنّما هو من جهة لزوم الاقتصار على القدر المتيقّن في مخالفة أصالة عدم ترتّب الإباحة عليها أيضاً، و هو ما يكون واحداً لتمام ما يعتبر في صحّة البيع.

١٤٣٩. يعني: في البيع الصحيح المفيد للملك الذي من جملة أوصافه المعروفة أنّه حكم فيه شرعاً باللزوم و ثبوت الخيار في قولهم: «البيّعان بالخيار...» .

١٤٤٠. في العبارة قصور لابدّ أن يذكر قبل ذلك مثل قوله: و المعاطاة ليست كذلك، أي: ممّا حكم فيه باللزوم بعد الافتراق، لأنّها جائزة مطلقاً إلى زمان التلف.

---

* في بعض النسخ: أفتى.

قد تقدّم سابقاً – في تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً – بيان ذلك(١٤٤١).

و أمّا على القول بالملك، فلأنّ المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم في قولهم: "البيّعان بالخيار"،و قولهم: "إنّ الأصل في البيع اللزوم و الخيار إنّما ثبت لدليلٍ"، و"أنّ البيع بقولٍ مطلقٍ من العقود اللازمة"، و قولهم: "البيع هو العقد الدالّ على كذا"، و نحو ذلك.و بالجملة، فلايبقى للمتأمّل شكّ(١٤٤٢) في أنّ إطلاق البيع في النصّ و الفتوى يراد به ما لايجوز فسخه إلاّ بفسخ عقده بخيار أو بتقايل.

و وجه الثالث: ما تقدّم للثاني على القول بالإباحة من سلب البيع عنه، و للأوّل على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذٍ و إن لم يكن لازماً. و يمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفي و إن لم يفد عند الشارع إلاّ الإباحة، و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع بناءً على انصراف "البيع" في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. و الاحتمال الأوّل لايخلو عن قوّة؛ لكونها بيعاً ظاهراً على القول

١٤٤١. يعني: بيان أنّ المراد من البيع في كلام المتشرّعة و معقد إجماعهم على نفي البيع عن المعاطاة هو البيع الصحيح المحكوم عليه شرعاً باللزوم و الخيار.

١٤٤٢. ما ذكره هنا من الجزم بانصراف النصّ و الفتوى إلى البيع اللازم منافٍ لما سيأتي ذكره بعد سطر في وجه تفصيل آخر في أصل المسألة بين الشرائط بقوله: «و يمكن الفرق...» من تسليم الإطلاق، و عدم الانصراف في النصوص، و دعوى الانصراف في الفتاوى. و منافٍ أيضاً لتقوية الوجه الأوّل فيما بعد بقوله: «و الأقوى اعتبارها...»، لابتنائها على عدم الانصراف في النصّ و الفتوى معاً أو في خصوص الأوّل. و منافٍ أيضاً لما ذكره بعد نقل كلام الشهيد: من أنّ مورد الأدلّة الدالّة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع المعاطاتي العرفي، لندرة البيع العقدي اللفظي، فإنّه – مع دلالته على منع الانصراف – يستفاد منه عدم إمكان دعوى الانصراف، و الأمر كذلك، إذ لامنشأ للانصراف إلى البيع اللازم إلاّ الأكملية، و هي لاتكون سبباً للانصراف، و الموجب له إنّما غلبة الاستعمال أو غلبة الوجود، و كلاهما موجود في المعاطاة، فينبغي الانصراف إليها.

بالملك(١٤٤٣) كما عرفت من جامع المقاصد، و أمّا على القول بالإباحة؛ فلأنّها لم تثبت إلاّ في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلاتشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضاً.

ثمّ إنّه حكي عن الشهيدﷺ(١٤٤٤)

.....

١٤٤٣. المناسب أن يقول: أمّا على القول بالملك فلكونها بيعاً.

١٤٤٤. كان المناسب أن يذكر ذلك في ذيل الوجه الثالث قبل تقوية الوجه الأوّل، لأجل الإشارة إلى استفادة الوجه الثالث من كلام الشهيدﷺ. و كيف كان، فيمكن الخدشة في المنع عمّا ذكره، إذ لاشبهة في جواز أداء الدين بمال الغير إذا كان مأذوناً فيه، بل التبرّع به، و لو مع منع المديون عنه فضلاً عن صورة إذنه فيه و رضاه به. و كذا لاشبهة في جواز أداء المكلّف ما وجب عليه من الخمس و الزكاة بماله الآخر غير ما تعلّقا به. و بعد ذلك لامانع من جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة على القول بالإباحة المجرّدة عن الملك، سواء كانا ديناً في ذمّة المكلّف، لتلف ما تعلّقا به من العين، أم لا لعدم تلفه، إلاّ توهّم فوت قصد القربة، و هو كما ترى، إذ لامانع من قصدها مع عدم اعتبار كونها من مال نفس المكلّف إلاّ حرمة التصرّف في مال الغير، و المفروض هنا عدم حرمته، فبدفعه إلى المستحقّ يقصد القربة.

و بالجملة، لايعتبر في قصد القربة في إتيان المأمور إلاّ صدور فعلٍ جائزٍ مباحٍ في الشرع من المكلّف لأجل الامتثال و إسقاط أمر المولى لا لأجل التشهّي النفسي، و هو موجود في الفرض. و من هنا يصحّ القول بالاجتزاء فيما لو تبرّع متبرّع بهما لو كان المكلّف يطلب منه ذلك و يستدعيه، مع كون الداعي إلى طلبه إطاعة أمر الخمس و الزكاة و قصد القربة من طلبه. نعم، لايجتزى به فيما إذا كان بلا طلب منه و لو مع إجازته له بعد الدفع، لعدم جريان الفضوليّة في العبادات. و أمّا مع الرضا به حين الدفع مقارناً له و قصد القربة فيه ففي الاجتزاء به إشكال أحوطه العدم. و ممّا ذكرنا يعلم الحال في جعله ثمناً للهدي.

و أمّا وطي الجارية، فإن قلنا بالإباحة الشرعيّة العامّة للوطي أيضاً في المعاطاة، لآية حلّ البيع بما مرّ في تقريب دلالتها عليها، فلاريب في الجواز. و لاينافيه اعتبار الصيغة الخاصّة، لأنّه مختصّ بما إذا كان التحليل من المالك، إلاّ أنّه مبنيّ على كونها في مقام البيان، و فيه تأمّل. و إن قلنا بالإباحة المالكيّة المطلقة، فإن قلنا بكفاية ذلك في حصول التحليل المجوّز لوطي أمة الغير نصّاً

في حواشيه على القواعد أنّه – بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدي إلاّ بعد تلف العين يعني العين الأُخرى – ذكر: أنّه يجوز أن يكون الثمن و المثمن في المعاطاة مجهولين؛ لأنّها ليست عقداً، و كذا جهالة الأجل، و أنّه لو اشترى أمةً بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن، انتهى. و حكي عنه في باب الصرف أيضاً: أنّه لايعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقدين. أقول: حكمهﷺ بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها، صريحٌ في عدم إفادتها للملك، إلاّ أنّ حكمهﷺ بعدم اعتبار الشروط المذكورة* للبيع و الصرف معلّلاً بأنّ المعاطاة ليست عقداً،

.....

و فتوىً فكذلك. و إن قلنا بأنّه لايكفي فيه القصد إلى تحقّق الإباحة تبعاً لقصد البيع – و لعلّه الأظهر – بل و لا إنشائه بالخصوص بلفظ الإباحة بالأصالة، على إشكال – بل خلاف فيه – أحوطه بل و أشهره ذلك، فلايجوز، فتدبّر.

ثمّ لايخفى عليك أنّه بعد ثبوت التحليل و مشروعيّته لايهمّنا البحث عمّا تعرّض به الأصحاب(رضوان اللّه تعالى عليهم) من أنّه عقد كي يندرج في الأزواج، أو ملك منفعة كي يندرج تحت ﴿ما مَلَكَتْ أيْمانُهُم﴾ بتعميم ملك اليمين لملك المنفعة و ملك الرقبة، أو أنّه أمر ثالث في عرضهما، إذ لافائدة في ذلك مهمّة. مع أنّه لاوجه لإدراجه تحت أحدهما إلاّ رعاية أصالةالعموم في طرف المستثنى منه المحذوف في قولهﷺ: ﴿وَ الَّذينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ إلاّ عَلى أزْواجِهِمْ أوْ ما مَلَكَتْ أيْمانُهُمْO فَإنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومينَO فَمَنِ ابْتَغى وَراءَ ذلِكَ فَأُولئِكَ هُمُ العادُونَ﴾ و التحفّظ عن ورود التخصيص عليه به كما هو قضيّة إدراجه في أحدهما. و هو ليس بوجيه، لما تقرّر في الأُصول من عدم مساعدة الدليل على حجّية أصالة العموم في المقام كما مرّ و يأتي، فبالنسبة إلى غير جواز الوطي – الثابت شرعاً في التحليل – من الآثار الخاصّة للزوجة و ملك اليمين يرجع إلى الأصل.

هذا، مع الخدشة في تعميم ملك اليمين لملك المنفعة أوّلاً، لأنّه خلاف الظاهر. و الخدشة في كون التحليل من ملك المنفعة ثانياً، لاحتمال كونه من ملك الانتفاع، بل هو منه، و لاينافيه

---

* في بعض النسخ: باعتبار الشرط المذكور.

يحتمل أن يكون باعتبار(١٤٤٥) عدم الملك حيث إنّ المفيد للملك منحصرٌ في العقد، و أن يكون باعتبار عدم اللزوم؛ حيث إنّ الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم.

و الأقوى اعتبارها و إن قلنا بالإباحة، لأنّها بيع عرفي و إن لم يفد شرعاً إلاّ الإباحة، و مورد الأدلّة الدالّة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لاخصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييدٌ بغير الغالب؛ و لما عرفت من أنّ الأصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك، الفساد و عدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم(١٤٤٦)، و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة، و بقي الباقي.

و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا(١٤٤٧) فيها أيضاً و إن خصّصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر

.....

نفي جواز العارية في الأمة لأجل الوطي في بعض الأخبار، لأنّه- مضافاً إلى معارضته بما هو نصّ في الجواز - يمكن أن يكون ملك الانتفاع الحاصل بالتحليل من غير سنخ ما يحصل بالعارية، و لكنّه كما ترى. فالعمدة مسألة المعاوضة، إذ احتمال* كونه من قبيل صرف رفع المنع، و ليس فيه لاملك منفعة و لاملك انتفاع، فيكون المراد من العارية في خبر الجواز هو ما أُريد منه التحليل بطور الكناية من قبيل ذكر الملزوم و إرادة اللازم، لا ما أُريد منه معناه المصطلح، و لتمام الكلام محلّ آخر.

١٤٤٥. لايخفى أنّ احتمال كون عدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف باعتبار عدم اللزوم - أي: عدم لزوم المعاطاة بعد إفادتها الملك - لايجامع صراحة كلامه في عدم إفادتها للملك.

١٤٤٦. أي: من حيث اعتبار الصيغة و عدم اعتبارها، فلاتغفل.

١٤٤٧. يعني بما ذكرنا في وجه اعتبار شرائط البيع في المعاطاة مطلقاً - من أنّ موردها البيع العرفي و المعاطاة بيع عرفاً - يظهر وجه تحريم الرّبا أيضاً مطلقاً حتّى على القول بالإباحة، و إن خصّصنا حكم حرمة الربا بالبيع فضلاً عن تعميمه لمطلق المعاوضة الشاملة للإباحة المعوّضة أيضاً.

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّ الصحيح: إذ يحتمل... لأنه على نسخة«احتمال» يبقى المبتدأ بلا خبر.

التحريم(١٤٤٨) حتّى عند من لايراها* مفيدة للملك؛ لأنّها معاوضة عرفيّة و إن لم تفسد الملك، بل معاوضة شرعيّة كما اعترف بها الشهيدﷺ في موضع من الحواشي حيث قال: إنّ

.....

١٤٤٨. هذا إعراض عمّا يوهمه الكلام السابق، حيث إنّه يوهم أنّ في جريان الربا في المعاطاة مطلقاً و عدمه كذلك، و التفصيل بين القول بالملك فيجري و عدمه فلايجري، كاعتبار شرائط البيع فيها و عدمه، وجوهاً ثلاثةً، و أنّه كما يظهر بما ذكرنا في شروط البيع وجه تحريم الربا في المعاطاة مطلقاً، كذلك يظهر به وجه عدم التحريم و وجه التفصيل.

و بالجملة، لمّا كان الكلام السابق يوهم أنّ الكلام في جريان الربا في المعاطاة مثل الكلام في اعتبار شروط البيع فيها في كونه ذات وجوه بما لها من المدرك، و الحال أنّه ليس الأمر كذلك، و ليس فيه إلاّ احتمال الجريان مطلقاً، و ذلك لأنّه لامجال في الربا من بين الوجوه إلاّ لما ذكره وجهاً و دليلاً لاعتبار الشروط فيها، نظراً إلى بطلان المعاملة الربويّة، و معه لايمكن أن يقال بأنّ موضوع حرمة الربا هو البيع اللازم أو البيع الصحيح اللذان كانا هما الوجهان للاحتمال الثاني و الأخير في مسألة اعتبار الشروط، أعرض** عن الكلام السابق و قال: بل الظاهر – يعني: بل الظاهر الذي لامحيص عن القول به – هو تحريم الربا في المعاطاة مطلقاً حتّى عند من يراها مفيدة للإباحة، إذ لاشبهة في أنّ موضوع حرمة الربا هو البيع العرفي و ما يقصد المتبايعان منه النقل و الانتقال، و لاإشكال في أنّ المعاطاة معاوضة عرفيّة. و مراده من المعاوضة في كلا الموضعين بقرينة قوله في السابق: «و إن خصّصنا الحكم – أي: حكم حرمة الربا – بالبيع» الظاهر في كون محلّ كلامه هو خصوص هذه الصورة، إنّما هو المعاوضة البيعيّة، و إنّما عبّر بلفظ المعاوضة دون البيع توطئة لتطبيق كلام الشهيدﷺ المعبّر عنه بها فيه على مرامه من كون المعاطاة بيعاً، و إشارة إلى أنّ مراد الشهيد من المعاوضة هو البيع، و مراده من الاستقلال كونها بيعاً في قبال سائر البيوع و ممتازاً عنها في إفادتها للملك دون المعاطاة، فإنّها تفيد الإباحة لا الملك، لاكونها معاملةً في قبال سائر المعاملات.

فعلى ما شرحنا يكون معنى قوله: «لأنّها معاوضة عرفيّة...» هكذا: لأنّ المعاطاة بحسب قصد المتعاطين بيع عند العرف و إن لم تفد الملك المقصود منها عند المشهور، بل هي بلحاظ

---

* في بعض النسخ: عند من يراها.

** جواب لقوله: «لمّا كان الكلام السابق...» في بداية هذه الفقرة.

المعاطاة معاوضة مستقلّة جائزة أو لازمة، انتهى. و لو قلنا بأنّ المقصود للمتعاطيين* الإباحة لا الملك، فلايبعد أيضاً جريان الربا؛ لكونها معاوضة عرفاً، فتأمّل.

و أمّا حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم(١٤٤٩) فيمكن نفيه على المشهور(١٤٥٠) لأنّها إباحة عندهم، فلا معنى للخيار.**

.....

تأثيرها في الإباحة شرعاً بيع مستقلّ شرعيّ أثره الإباحة قبال سائر البيوع الشرعيّة التي أثرها الملك، كما اعترف به الشهيدﷺ القائل بمقالة المشهور في المعاطاة حيث قال: «إنّ المعاطاة في الشرع بيع مستقلّ قبال سائر البيوع، جائز إن لم يطرأ عليه ملزم كالتلف، أو لازم إن طرأ عليه ذلك».

فإن قلت: بناءً على ما ذكرت كان المناسب تبديل البيع بالمعاوضة في قوله: «و إن خصّصنا الحكم بالبيع» فما الوجه في ترك التبديل؟

قلنا: إنّ الوجه فيه أنّ التبديل مخلّ بالمطلب، كما لايخفى. و على ما شرحنا العبارة لايرد عليها ما ذكره المحشّون. و كيف كان، فقد ظهر من بياننا أنّ كلمة «أو» في كلام الشهيد للتنويع لا الترديد.

١٤٤٩. التقييد بما قبل اللزوم المراد منه ما قبل التلف إنّما هو لأجل تعرّضه لحكمه فيما بعد اللزوم في التنبيه السابع، و لكن لاأرى وجهاً لعنوان كلّ منهما على حدة.

١٤٥٠. و إن كان الذي يقوّى في النظر هو الثبوت، لأنّ موضوع الخيارات إمّا خصوص البيع كما في خياري المجلس و الحيوان، أو مطلق المعاوضة كما في غيرهما، و المعاطاة على المشهور بيع عرفي و معاوضة فيعمّها أدلّة الخيارات.

و دعوى أنّ هنا مانعاً آخر من العموم، و هو خلوّ الخيار عن الفائدة حينئذ، فيلغو جعلها، ضرورة جواز الرجوع بدونه أيضاً في الفرض، و لعلّ إلى هذا ينظر المصنّف في قوله: «فلا معنى للخيار» أي: لافائدة فيه، مدفوعة أوّلاً بالنقض بثبوته في المعاطاة على القول بالملك، و في البيع العقدي المجتمع فيه أكثر من خيار واحد، كأن علم بالعيب أو الغبن قبل التفرّق. و ثانياً بالحلّ، بأنّه يكفي في الفائدة انقلاب الجواز إلى اللزوم في بعض الأحيان. و من هنا ظهر أنّ

---

* في بعض النسخ زيادة: إنشاء.

** في بعض النسخ: مطلقاً.

و إن قلنا بإفادة الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً(١٤٥١) بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم(١٤٥٢)

.....

المصنّف مع تقويته سابقاً اشتراط المعاطاة بشرائط البيع و إجراء أحكامه فيها من الربا و غيره لاوجه لاختياره هنا نفي الخيار، لاتّحاد الحكمين في المناط، و هو كون المعاطاة بيعاً عرفاً، إلاّ أن يقال: إنّ المختار عنده أيضاً ثبوت الخيار بقرينة ما ذكرته، و إنّما الغرض هنا بيان مجرّد الاحتمال و الإمكان لابيان المختار، لكنّه بعيد غايته.

١٤٥١. يعني: من غير فرق بين أقسام الخيار المخصوص بالبيع، كخياري المجلس و الحيوان و غيره.

١٤٥٢. يعني: بيعاً لامعاوضة مستقلّة قباله كما سيأتي في التنبيه السابع. و لكنّه بناءً على ما استظهره هناك من ابتناء جريان الوجهين في المعاطاة بعد وجود الملزم على القول بالإباحة، و أنّ الترديد بينهما على القول بالملك لغو فإنّه بيع قطعاً، يتّجه عليه عدم صحّة ذكر تلك الفقرة هنا بعد البناء على القول بالملك بمقتضى قوله: «و إن قلنا بإفادة الملك» لأنّ ظاهره أنّه يمكن البناء على عدم كونه بيعاً حينئذ، فيقع التنافي بين الكلامين. و مثل ذلك لو كان المراد من البيع ما لايمكن إعمال الخيار فيه، و هو البيع اللازم، فإنّ ظاهره أيضاً أنّه يمكن البناء على عدم صيرورتها بيعاً لازماً بعد اللزوم، و هو خلف.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنّ المراد من البناء على صيرورتها بيعاً لازماً صرف اللحاظ و الاعتبار، يعني: يمكن القول بثبوت الخيار فيها بلحاظ أنّها تصير لازمة بالأخرة، فيمكن الانتفاع به. و لعلّه يساعد على ذلك قوله: «فالخيار موجود...» ، فتأمّل، فإنّ فيه ما لايخفى.

و بالجملة، لايمكن الجمع بين هذه العبارة و استظهار عدم الترديد في بيعيّة المعاطاة بعد اللزوم، بل قبله على القول بالملك، فلابدّ في تصحيح العبارة من غمض العين عن الاستظهار المذكور، و البناء على جريان احتمالي البيعيّة و غيرها في المعاطاة بعد اللزوم على القول بالملك أيضاً. و حينئذٍ يشكل القول بثبوت الخيار مطلقاً حتّى الخيار المختصّ بالبيع من أوّل الأمر، كما هو قضيّة قوله: «فالخيار موجود من زمان المعاطاة، إلاّ أنّ أثره يظهر بعد اللزوم» إذ مقتضى هذه العبارة عدم كونها بيعاً قبل اللزوم، و مع ذلك كيف يجري فيه الخيار الذي موضوعه

– كما سيأتي عند تعرّض الملزمات – فالخيار موجود من زمان المعاطاة إلاّ أنّ أثره يظهر بعد اللزوم، و على هذا فيصحّ إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم. و يحتمل أن يفصّل بين الخيارات المختصّة بالبيع، فلاتجري؛ لاختصاص أدلّتها(١٤٥٣) بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار و بين غيرها كخيار الغبن و العيب بالنسبة إلى الردّ دون الأرش(١٤٥٤)، فتجري؛ لعموم أدلّتها. و أمّا حكم الخيار بعد اللزوم(١٤٥٥) فسيأتي بعد ذكر الملزمات إن شاء الله.

الأمر الثاني: إنّ المتيقّن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحة في كلٍّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانبٍ واحدٍ لم يحصل ما

.....

خصوص البيع المفروض انتفاؤه في المقام؟ اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ البيع الذي هو موضوع الخيار أعمّ من البيع الفعلي و البيع الاقتضائي. و الأوّل و إن كان منتفياً قبل وجود الملزم، إلاّ أنّ الثاني موجود. يعني: على القول بالملك يمكن القول بثبوت جميع الخيارات في المعاطاة من حين وقوعها، حتّى الخيارات المختصّة بالبيع من بين المعاوضات. و لكن هذا التعميم بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم، إذ يكفي في البيع – الذي هو موضوع الخيار المختصّ به مثل خيار المجلس– البيع الاقتضائي القابل لأن يبلغ مرتبة الفعليّة و يصير بيعاً فعليّاً و لو بعد حين، و هو حاصل فيها قبل اللزوم، فالخيار موجود من زمان المعاطاة...، إلاّ أنّ الشأن في كفاية ذلك، فإنّه مشكل بل ممنوع.

١٤٥٣. قضيّة ذلك جريانها فيما لو عمّت أدلّتها لما يوضع على اللزوم، و ليس كذلك، لأنّ موضوع هذه الخيارات هو البيع على كلّ تقدير، و لابيع هنا قبل اللزوم الذي هو محلّ الكلام، كما هو قضيّة قوله قبل ذلك: «بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم». فالصواب أن يقول: لاختصاص أدلّتها بما كان بيعاً حين الوقوع، فتأمّل غاية التأمّل، فإنّ فقرات عبارة هذا التنبيه في غاية الإشكال.

١٤٥٤. بناءً على أنّه خلاف الأصل، فيقتصر على مورد اليقين و هو البيع. و أمّا بناءً على أنّه وفاق الأصل فلافرق بينه و بين الردّ.

١٤٥٥. يعني: حكمه بعده على كلا القولين.

يوجب إباحة الآخر أو ملكيّته، فلايتحقّق المعاوضة و لا الإباحة رأساً؛ لأنّ كلاً منهما(١٤٥٦)ملكٌ أو مباح في مقابل ملكيّة الآخر أو إباحته(١٤٥٧) إلاّ أنّ الظاهر من جماعة من متأخّري المتأخّرين[٨٢] تبعاً للشهيد في الدروس[٨٣]، جعلُه* من المعاطاة، و لاريب أنّه لايصدق معنى المعاطاة، لكنّ هذا لايقدح في جريان حكمها عليه؛ بناءً على عموم الحكم لكلّ بيعٍ فعلي، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكه تمليكاً له بعوض أو مبيحاً له به، و أخذ الآخر له تملكاً له بالعوض أو إباحة له(١٤٥٨) بإزائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه(١٤٥٩) على القول بالملك و البيع اشتراءً، و أخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب

.....

١٤٥٦. يعني: أنّ المعاوضة البيعيّة و كذا الإباحة المعوّضة لابدّ في تحقّقهما من قيام كلّ من المالين مقام الآخر في وصف الملكيّة أو الإباحة، فإذا لم يحصل ما يوجب ذلك - و هو إعطاء مالكه في أحد الطرفين- يبقى الطرف الآخر ملكاً لصاحب مالكه أو مباحاً له بلا عوض، فلايحصل القيام المذكور، فلاتتحقّق المعاوضة، فالقول بعلّة هذه العلّة ناشٍ من العلّة.

١٤٥٧. أي: ملكيّة المال الآخر للآخر أو إباحته له. و الإباحة هنا و في قوله قبل ذلك: «ما يوجب إباحة الآخر» من المصدر المبنيّ للمفعول بمعنى المباحيّة.

١٤٥٨. يعني: قبول إباحة له، فالمضاف محذوف.

١٤٥٩. لايصحّ تفريع هذا على ما قبله، لأنّ مقتضى ما قبله أن يكون دفع الثمن و إقباضه تمليكاً له بإزاء المثمن لاتملّكاً و اشتراءً للمثمن بإزاء الثمن المدفوع. وكيف كان، فهل يعقل تحقّق البيع و الشراء بدفع الثمن و إقباضه لمالك المثمن و أخذه أم لا؟ الظاهر لا، لأنّ عنوان الدفع و الإقباض و الإعطاء هو التسليط و التمليك، و ما هو وظيفة صاحب الثمن هو التملّك و التسلّط، و لايمكن انطباق ما عنوانه التسليط على التسلّط. و بعبارة أُخرى: أنّ الإعطاء الخارجي مصداق خارجيّ لمفهوم التسليط، فلايعقل كونه مصداقاً خارجيّاً للتسلّط المباين له، فلايمكن أن يكون هو تملّكاً للثمن و اشتراءً له. و كذلك عنوان الأخذ مصداقه الخارجي هو التسلّط، فلايعقل أن يكون التسليط الذي هو وظيفة صاحب المثمن مصداقاً له، فلايمكن أن يكون أخذ الثمن تمليكاً للمثمن من جانب الآخذ. نعم، الدفع و الأخذ في طرف

---

* في بعض النسخ: جعلوه.

و القبول الفعليّان بفعلٍ واحدٍ(١٤٦٠) في زمانٍ واحد.

ثمّ صحّة هذا على القول بكون المعاطاة بيعاً مملّكاً واضحة؛ إذ يدلّ عليها ما دلّ على صحّة المعاطاة من الطرفين، و أمّا على القول بالإباحة فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها

.....

الثمن مقدّمة لتحقّق الإعطاء و الأخذ في طرف المثمن، فإن ترتّب عليها ذلك و وجد بعدها فقد حصل البيع بذلك و إلاّ فلايكون بيع هناك.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّ قوام المعاملة بكلا طرفيها - من التمليك بعوض و التملّك به - في مورد حصول التعاطي من الطرفين إنّما هو بإعطاء المثمن و أخذه، و أمّا إعطاء الثمن و أخذه فهو خارج عنها بالمرّة، و إنّما هو من باب الوفاء بالمعاملة. بل دخله في المعاملة مخلّ بها، لأنّها حينئذٍ تكون تمليكين بعوض، أحدهما من صاحب المثمن و الآخر من صاحب الثمن، و إيجابين كذلك خالياً عن التملّك و القبول، فيفسدان معاً. و مع ذلك لايصحّ جعله مورد حصول التعاطي من الطرفين هو المتيقّن من مورد المعاطاة، لما عرفت من أنّه إن كان دفع الثمن و أخذه من باب الوفاء بالمعاملة الحاصلة بإعطاء المثمن و أخذه فهو أجنبيّ عن المعاملة كالحجر الموضوع في جنب الإنسان. و إن كان من باب التمليك - كما في جانب المثمن - فيكون فيه وكذلك في جانب المثمن خالياً عن القبول و التملّك، فيفسد كلاهما. فكيف يكون المتيقّن من مورد المعاطاة من حيث ترتّب الملك أو الإباحة عليها؟ و إن كان من باب التملّك للثمن و التسلّط عليه حتّى يكون قبولاً للتمليك في جانب المثمن و جزءاً للمعاملة، ففيه: أنّه لايعقل كون التملّك و التسلّط مصداقاً للإعطاء الذي هو من قبيل التمليك و التسليط، فتدبّر جيّداً. و يتفرّع على ما ذكرنا عدم جريان المعاطاة في السلم و عدم حصوله بها.

١٤٦٠. يعني به الإعطاء، فإنّه لمّا كان - من جهة أنّه أخذ في مفهومه الأخذ بحيث لاإعطاء بدون الأخذ - منحلاً إلى أمرين: أحدهما الدفع و الآخر الأخذ، فيصحّ نسبة الإيجاب و القبول إليه. أمّا الأوّل فبلحاظ جزئه الأوّل، و أمّا الثاني فبلحاظ جزئه الثاني. فالإيراد عليه بأنّه ليس هنا فعل واحد يتحقّق به الإيجاب و القبول معاً، لأنّ المراد منه إمّا الأخذ فقد حصل به الإيجاب دون القبول، كما هو قضيّة قول المصنّف بأنّ الاشتراء - يعني: القبول - إنّما يحصل

لادليل على تأثيرها(١٤٦١) في الإباحة، اللّهمّ إلاّ أن يدّعى قيام السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقية. و ربّما يدّعى انعقاد المعاطاة بمجرّد إيصال الثمن و أخذ المثمن من غير صدق إعطاء أصلاً، فضلاً عن التعاطي، كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقّاء و وضع الفلس في المكان المعدّ له إذا علم من حال السقّاء الرضا بذلك، وكذا غير الماء من المحقّرات كالخضروات و نحوها و من هذا القبيل الدخول في الحمّام و وضع الأُجرة في كوز صاحب الحمّام مع غيبته.

فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما* مع الرضا بالتصرّف، و يظهر ذلك من المحقّق الأردبيلي﵀ أيضاً في مسألة المعاطاة[٨٤]، و سيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله.

ثمّ إنّه لو قلنا بأنّ اللفظ(١٤٦٢) الغير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة، أمكن خلوّ المعاطاة(١٤٦٣) من الإعطاء و الإيصال رأساً، فيتقاولان على مبادلة شيءٍ بشيءٍ(١٤٦٤) من غير إيصالٍ، و لايبعد صحّته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك، و أمّا

بالدفع، و إمّا الدفع فكان الأمر بالعكس، ناشٍ من عدم الوصول إلى حقيقة الإعطاء، و توهّم أنّ الأخذ عن مفهومه** بالمرّة، فتدبّر.

١٤٦١. يكفي دليلاً عليه آية حلّ البيع بتقريب أنّها بيع عرفي، و الآية تدلّ على حلّية الآثار المترتّبة على البيع و جوازها. و لايرد عليه الإشكال الذي على تقريب الاستدلال بها على إفادتها للملك، لتوقّفه على ثبوت الملازمة بينه و بين حلّية جميع التصرّفات، بخلاف المقام، إذ ليس المدّعى فيه أزيد من الحلّية المجرّدة عن الملك.

١٤٦٢. يعني: لو قلنا بأنّ إنشاء التمليك باللفظ - الذي لايعتبره المشهور - في ترتّب أثر العقد من الملكيّة اللازمة مثل إنشائه بالفعل في انعقاد المعاطاة و تأثيره أثرها، كما يأتي الكلام فيه تفصيلاً في التنبيه الثامن.

١٤٦٣. في التعبير بالمعاطاة تسامح، و الحقّ أن يعبّر بالمبادلة.

١٤٦٤. يعني: فينشآن مبادلة شيء بشيء بالقول الغير المعتبر - أي: غير الجامع

---

* في بعض النسخ زيادة: مقامه.

** كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّ هنا سقطاً هكذا: و توهّم أنّ الأخذ مسلوب عن مفهومه... أو ما شابه ذلك.

على القول بالإباحة فالإشكال المتقدّم هنا آكد(١٤٦٥).

الأمر الثالث: تميّز البايع من المشتري في المعاطاة(١٤٦٦) الفعليّة مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً كالدراهم و الدنانير و الفلوس المسكوكة، واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف. و أمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن* في العوضيّة، فإذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً إنّ هذا المقدار من الحنطة يسوي درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنّه اشترى اللحم بالحنطة، و إذا انعكس انعكس الصدق، فيكون المدفوع بنيّة البدليّة عن الدرهم و الدينار هو الثمن و صاحبه هو المشتري.

و لو لم يلاحظ إلاّ كون أحدهما بدلاً عن الآخر(١٤٦٧) من دون نيّة قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة أو لوحظ القيمة في كليهما، بأن لوحظ كون المقدار من اللحم

.....

الاعتبار و التأثير في الملك اللازم - من غير إيصال... .

١٤٦٥. لإمكان دعوى قيام السيرة هناك و عدمه هنا، لإمكان اختصاصها بما إذا كان هناك فعل.

١٤٦٦. تخصيص هذا التنبيه بالمعاطاة لوضوح التمييز بينهما في البيع اللفظي، حيث إنّ قائل «بعت» بايع و إن تأخّر، و قائل «اشتريت» مثلاً مشترٍ و إن تقدّم.

١٤٦٧. إن كان محلّ الكلام هنا مثل السابق تشخيص البايع عن المشتري مع العلم بتحقّق عنوان البيع تفصيلاً، و تحقّق عنوان البايع و المشتري إجمالاً مردّداً بين احتمالات ثالثها كون كلّ منهما بايعاً و مشترياً، كما يساعد عليه سياق العنوان و جعل هذا من التنبيهات، فلا مجال لذكر الوجهين الأخيرين، ضرورة أنّ احتمالها منافٍ لفرض العلم بقصد عنوان البيع و العلم بتحقّقه. و إن كان محلّ الكلام تشخيص عنوان المعاملة، و أنّه بيع أو صلح أو معاملة مستقلّة، للشكّ في أنّ قصدهما هذا أو هذا أو ذاك، و أنّ ما هنا فهو عنوان لمسألة اُخرى إنّما ذكره في ذيل العنوان المذكور لمناسبة ما، فلا مجال لجعل الوجه الثاني - بل الأوّل أيضاً - في عرض الوجهين الأخيرين، لأنّ ما كان في عرضهما احتمال البيعيّة لاحتمال خصوصيّة طرفيه

---

* في بعض النسخ: المثمن.

بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاولة، تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بايعاً، ففي كونه بيعاً و شراءً بالنسبة إلى كلٍّ منهما؛ بناءً على أنّ البيع لغةً كما عرفت مبادلة مالٍ بمال، و الاشتراء: ترك شيٍ و الأخذ بغيره كما عن بعض أهل اللغة[٨٥] فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطة و أنّه اشترى الحنطة، فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة.

نعم، لايترتّب عليهما أحكام البايع و لا المشتري؛ لانصرافهما في أدلّة تلك الأحكام إلى من اختصّ بصفة* البيع أو الشراء، فلايعمّ من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين. أو كونه بيعاً بالنسبة(١٤٦٨) إلى من يعطي أوّلاً؛ لصدق الموجب عليه، و شراءً بالنسبة إلى الآخذ؛ لكونه قابلاً عرفاً. أوكونها معاطاة مصالحةً؛(١٤٦٩)، لأنّها بمعنى التسالم على شئ؛ و لذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: "لك ما عندك، و لي ما عندي" على الصلح. أو كونها معاوضةً مستقلّة لايدخل تحت العناوين المتعارفة، وجوه. لايخلو ثانيها عن قوّة؛ لصدق تعريف "البايع" لغةً و عرفاً على الدافع أوّلاً دون الآخر، و صدق "المشتري" على الآخذ أولاً دون الآخر،

بعد الفراغ عن أصل تحقّق البيع، كما هو ظاهر الوجه الأوّل و الثاني. وكيف كان، فالأقوى على الفرض الأوّل هو الاحتمال الثاني، و على الفرض الثاني هو المشي على قواعد العلم الإجمالي، فافهم.

١٤٦٨. لايتمّ هذا إلاّ بناءً على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب، و يأتي أنّه خلاف التحقيق.

١٤٦٩. تأنيث الضمير هنا و في الوجه الأخير - على تقدير صحّة النسخة - إنّما هو باعتبار الخبر. ثمّ إنّه قد مرّ الإشكال في هذا الاحتمال بناءً على كون الكلام في تمييز البايع عن المشتري بعد الفراغ عن تحقّق عنوان البيع، و أنّ مرجعه إلى الخلف. و أمّا بناءً على كونه في تمييز عنوان المعاملة فيرد على هذا الاحتمال أنّ مجرّد التسالم على شيء لايوجب كونها مصالحة، و إلاّ فتمام المعاملات مصالحة.

---

* في بعض النسخ: بصيغته.

فتدبّر(١٤٧٠).

الأمر الرابع: أنّ أصل المعاطاة و هي إعطاء كلٌّ منهما الآخر* ماله، يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه: أحدها: أن يقصد كلٌّ منهما(١٤٧١) تمليك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً و متملّكاً** بإزاء ما يدفعه، فلايكون في دفعه العوض إنشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملّكه، فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأُولى و قبضها، فدفع العين الثاني خارج عن حقيقة المعاطاة، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة؛ و بهذا الوجه صحّحنا سابقاً عدم توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول لا من حيث كونها متقوّمة بالعطاء من الطرفين. و مثله في هذا الإطلاق لفظ "المصالحة" و "المساقاة" و "المزارعة" و "المؤاجرة" و غيرها، و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن و القرض و الهبة، و ربّما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل(١٤٧٢) و لو لم يكن إعطاء، و في صحّته تأمّل.

ثانيها: أن يقصد كلّ منهما تمليك الآخر ماله بإزاء تمليك ماله إيّاه، فيكون تمليكاً بإزاء تمليك، فالمقاولة*** بين التمليكين لا الملكين، و المعاملة متقوّمة بالعطاء من الطرفين،

.....

١٤٧٠. لعلّه - بعد تسليم عدم جواز تقديم القبول - إشارة إلى أنّه مختصّ بصورة تقدّم إعطاء أحدهما على إعطاء الآخر، فلايجري في صورة التقارن. أو إشارة إلى منع اطّراد الصدق المذكور حتّى في غير صورة التقارن، و إمكان العكس.

١٤٧١. غاية الأمر أنّ قصد البايع أصلي و قصد المشتري تبعي.

١٤٧٢. و ذلك كما إذا أخذ كلّ واحد منهما ملك الآخر ابتداءً بناءً منهما على عوضيّة كلّ من المأخوذين عن الآخر. و لعلّ وجه التأمّل في صحّتها انتفاء الإنشاء رأساً، إذ ليس فيها إنشاء تمليك قولاً و فعلاً، و لم يوجد منهما إلاّ التباني من دون أن يكون هناك أخذ و إعطاء الذي هو أدنى مراتب التجارة.

---

* في بعض النسخ: لآخر.

** في بعض النسخ: مملّكاً.

*** في بعض النسخ: فالمقابلة

فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقّق المعاطاة، و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبة المعوضة؛ لكون كلٍّ من المالين خالياً عن العوض، لكن إجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقّق(١٤٧٣)التمليك من الأوّل؛ لأنّه إنّما ملكه بإزاء تمليكه، فما لم يتحقّق تمليك الثاني لم يتحقّق تمليكه إلاّ أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً عند تمليك الأوّل على نحو الداعي لا العوض، فلايقدح تخلّفه. فالأولى أن يقال: إنّها مصالحة و تسالم على أمرٍ معيّن أو معاوضة مستقلّة.

ثالثها: أن يقصد الأوّل إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إيّاه، فيكون الصادر من الأوّل الإباحة بالعوض،

.....

١٤٧٣. لمّا جعل المعاوضة بين التمليكين، و لامعنى للعوضيّة إلاّ قيام شيء مقام شيء آخر، لم يعقل تحقّق العوّضيّة و المعوضيّة قبل تحقّق التمليك من الجانب الآخر. و مجرّد أخذالعين الأُولى من حيث دلالته على قبول هذه المعاوضة لايجدي بعد عدم تحقّق العوض فضلاً عن وصف العوضيّة.

و هذا بخلاف الوجه الأوّل، إذ الآخذ فيه يأخذه قبل المعاوضة بين المالين، و العوض متحقّق بحسب الذات، و بقبوله يثبت له وصف العوضيّة. و هذا معنى التمليك الضمنيّ الذي يدلّ عليه القبول.

و بخلاف الهبة المعوّضة، لأنّ العوض فيها ليس عوضاً عن الموهوب و عن الهبة، لأنّه لايذكر فيها إلاّ على سبيل الالتزام و الإلزام بشيء آخر، كقوله: وهبتك هذا على أن تعطيني ذلك، فهذا إلزام بالمكافاة التي قد تتحقّق في الهبة الغير المشروطة فيها العوض، كما أشار إليه المصنّفﷺ فيما سبق، فلاتقتضي العبارة المذكورة كون المال عوضاً عن الموهوب و لا عن الهبة. مضافاً إلى عدم إمكان ذلك، أمّا الأوّل فلأنّ حقيقة الهبة مغايرة لحقيقة التعويض. و أمّا الثاني فلأنّ الهبة لاتصلح للوقوع بإزاء المال و عوضاً عنه، إذ لابدّ في العوضين من قيام كلّ منهما مقام الآخر، و الهبة لاتقوم مقام المال بضرورة العرف. و أمّا جعل العطاء بإزاء الهبة فالظاهر أنّه أيضاً منافٍ لحقيقة الهبة و مفهومها. و هذه المنافاة تجري بالأولويّة في جعل المال عوضاً عن الهبة. كذا ذكره بعض الأفاضلﷺ.

و من الثاني – بقبوله لها – التمليك(١٤٧٤)، كما لو صرّح بقوله: أبحت لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر، فيكون إباحة بإزاء إباحة أو إباحة بداعي* إباحة، على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوّره على نحو الداعي و على نحو العوضية.

وكيف كان، فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين(١٤٧٥)على فرض قصد المتعاطيين لهما، و منشأ الإشكال أوّلاً: الإشكال في صحّة(١٤٧٦) إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على ملكيّة المتصرّف، بأن يقول: أبحتُ لك كلّ تصرّف من دون أن يملّكه العين. و ثانياً: الإشكال في صحّة الإباحة بانعوض الراجعة إلى عقدٍ مركّب من إباحةٍ و تمليكٍ(١٤٧٧). فنقول: أمّا إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، فالظاهر أنّها لاتجوز؛ إذ التصرّف الموقوف على الملك لايسوغ لغير المالك بمجرّد إذن المالك؛ فإنّ إذن المالك ليس مشرّعاً و إنّما يمضي فيما يجوز شرعاً، فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره، غير معقول، – كما صرّح به العلاّمة في القواعد، فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟

نعم، يصحّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود**: أحدهما: أن يقصد المبيح بقوله: "أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك" أن ينشأ توكيلاً له

.....

١٤٧٤. أي: تمليك العوض في قبال الإباحة تمليكاً ضمنيّاً.

١٤٧٥. ما ذكره من الإشكال فيهما لايختصّ بما إذا وقعا بالمعاطاة، بل يجري فيما إذا وقعا باللفظ.

١٤٧٦. هذا الإشكال جارٍ في كلا القسمين الأخيرين، بخلاف الثاني، فإنّه مختصّ بأوّلهما.

١٤٧٧. يعني: إباحة من المبيح و تمليكاً من المباح له.

---

* في بعض النسخ: لداعي.

** في بعض النسخ: مفقودان.

في بيع ماله له(١٤٧٨)، ثمّ نقل الثمن إلى نفسه بالهبة أو في نقله أوّلاً إلى نفسه(١٤٧٩) ثمّ بيعه، أو تمليكاً له بنفس(١٤٨٠) هذه الإباحة، فيكون إنشاء تمليك له، و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله(١٤٨١)كما صرّح في التذكرة(١٤٨٢): بأنّ قول الرجل لمالك العبد: "أعتق عبدك عنّي بكذا" استدعاءٌ لتمليكه و إعتاق المولى عنه جوابٌ لذلك الاستدعاء[٨٦]، فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب، و يقدّر وقوعه قبل العتق(١٤٨٣) آناًما، فيكون هذا بيعاً ضمنيّاً لايحتاج إلى الشروط المقررّة لعقد البيع، و لاشكّ أنّ المقصود(١٤٨٤) فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أوّلاً و لا في نقل الثمن إليه ثانياً، و لاقصد التمليك بالإباحة المذكورة، و لاقصد المخاطب التملّك عند البيع حتّى يتحقّق تمليك ضمنيّ مقصود للمتكلّم و المخاطب، كما كان مقصوداً و لو إجمالاً

.....

١٤٧٨. في بعض النسخ المصحّحة: إنشاء توكيل له. و مؤدّى التعبيرين واحد. و ضمير «ماله» و «له» راجع إلى المبيح. و نقل الثمن عطف على البيع. يعني: نقل الثمن من المبيح إلى نفس المباح له.

١٤٧٩. هذا عطف على قوله: «في بيع ماله...». يعني: أو ينشأ توكيلاً للمباح له في نقل مال المبيح أوّلاً إلى المباح له ثمّ بيعه لنفسه.

١٤٨٠. هذا عطف على قوله: «تمليكاً». يعني: أو يقصد من قوله «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك» إنشاء تمليكه له بنفس هذه الصيغة بطور الكناية و ذكر اللازم - و هو إباحة بيع المال لنفس الآخذ - و إرادة الملزوم و هو التمليك.

١٤٨١. بل يكون نفس أخذ المخاطب بمنزلة القبول، و لاينتظر في حصول الملكيّة إلى بيعه.

١٤٨٢. قال فيها بعد تعداد الشروط المعتبرة في صيغة البيع ما لفظه: «فروع: الأوّل: إنّما يفتقر إلى الإيجاب و القبول فيما ليس الضمني من البيوع. و أمّا الضمني - كأعتق عبدك عنّي بكذا - فيكفي فيه الالتماس و الجواب، و لاتعتبر الصيغة المتقدّمة إجماعاً» انتهى.

١٤٨٣. يعني: وقوع النقل و الانتقال.

١٤٨٤. هذا بيان لفقدان الوجه الأوّل في المقام.

في مسألة "اعتق عبدك عنّي"؛ و لذا عدّ* العامّة و الخاصّة من الأُصوليين دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الاقتضاء التي عرّفوها: بأنّها دلالة مقصودة للمتكلّم يتوقّف صحّة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثّلوا للعقليّ بقوله تعالى:﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾٨٧ و للشرعيّ بهذا المثال، و من المعلوم بحكم الفرض أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلاّ مجرّد الإباحة.

الثاني: أن يدلّ دليل شرعيّ على حصول الملكيّة(١٤٨٥) للمباح له بمجرّد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنامّا، فيقع البيع في ملكه، أو يدلّ دليلٌ شرعيّ على انتقال الثمن عن المبيح** (١٤٨٦) بلا فصلٍ بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول(١٤٨٧) العمودين في ملك الشخص آنامّا لايقبل غير العتق؛ فإنّه حينئذٍ يقال بالملك المقدّر آنامّا للجمع بين الأدلّة. و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه؛ إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحّة هذه الإباحة العامّة، و إثبات صحّته بعموم مثل "الناس

١٤٨٥. الصواب بمقتضى قوله: «فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك...»، و قوله في بيان وجه فقدان هذا الوجه فيما نحن فيه: «إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل...»، أن يقول بدل «حصول الملكيّة»: إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك.

وكيف كان، لاوجه في كشف ثبوت الملك له لانتظار إرادة البيع، بل يستكشف هذا بمجرّد الإباحة المطلقة الصحيحة بالدليل بحكم الفرض من باب استكشاف ثبوت الملزوم بثبوت اللازم، إذ من المعلوم أنّ لازم الملكيّة هو جواز البيع لانفس وقوع البيع في الخارج.

١٤٨٦. هذا عطف على «يدلّ» السابق. يعني: أو يدلّ دليل على انتقال الثمن عن المبيح إلى المباح له، و خروجه عن ملك الأوّل، و دخوله في ملك الثاني بعد البيع بلا فصل، فيقع البيع الصادر عن المباح له حينئذٍ في ملك المبيح، بخلافه على المعطوف عليه، فإنّه فيه واقع في ملك المباح له. و لم يتعرّض المصنّف ﷺ لردّه فيما بعد بفقدان ذلك، لوضوح كونه فرضاً محضا.

١٤٨٧. يعني: يكون دخول ثمن المباح في ملك المبيح آنامّا بعد البيع الصادر من المباح له لايقبل إلاّ خروجه عنه بعد ذلك و دخوله في ملك المباح له.

---

* في بعض النسخ: عدّه.

** في بعض النسخ زيادة: الي المباح له.

مسلّطون على أموالهم" يتوقّف(١٤٨٨) على عدم مخالفة مؤدّاها لقواعد أُخر مثل توقّف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثمن مالاً له و توقّف صحّة العتق على الملك و صحّة الوطء على التحليل بصيغة خاصّة، لا بمجرّد الإذن في مطلق التصرّف.

و لأجل ما ذكرنا صرّح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف[٨٨] في أنه لو دفع إلى غيره مالاً و قال: اشتر به لنفسك طعاماً – من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين(١٤٨٩) منه بعد الشراء – لم يصحّ، كما صرّح بـه في مواضع من القواعد، و علّله في بعضها بأنه لايعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير*. و هو كذلك؛ فإنّ مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوّض**

.....

١٤٨٨. إن كان المراد من التوقّف توقّف الحكم على الموضوع فهو مسلّم لوكان موضوع الجواز الثابت بالحديث هو السلطنة الجائزة و التصرّف المرخّص فيه شرعاً بدليل خاصّ غير هذا العموم، لكنّه ممنوع، لاستلزامه لغويّة الحديث و عدم صحّة الاستناد إليه في إثبات جواز تصرّف من التصرّفات أصلاً، و إنّما الموضوع فيه مطلق التصرّف القابل عقلاً لأن يكون مورداً للجواز شرعاً. و على هذا لايتوقّف إثبات صحّة الإباحة المطلقة بعموم الحديث المذكور على عدم مخالفة مؤدّى العموم لقواعد أُخر شرعيّة مستفادة من أدلّة أُخر، بل يتوقّف على صدق التصرّف و السلطنة القابل في حدّ نفسه لورود الجواز عليه، و هو موجود في المقام.

و إن كان المراد منه توقّف ثبوت الحكم على عدم المعارض لدليله و المفروض وجوده، ففيه: أنّ هذا بعينه مورد الجمع بين الأدلّة المتخالفة بالالتزام بالملك التقديري. و الحاصل أنّه لابدّ من التفصيل في إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك بين ما يتوقّف منها عليه عقلاً فتبطل إباحته، و بين غيره فتصحّ، و يلتزم بالملك التقديري آناً مّا قبل التصرّف جمعاً بين الأدلّة. فظهر أنّ ما ذكره في ذيل المقام من قياس قاعدة السلطنة على قاعدة الوفاء بالنذر بالنسبة إلى غير البيع قياس مع الفارق.

١٤٨٩. يعني: وفاء الدين منه بعد شراء الطعام على ذمّته. فالأحسن تبديل «الاستيفاء» بـ«الوفاء».

---

* في بعض النسخ: بمال غيره.

** في بعض النسخ: العوض.

عن ملكه، و إلاّ لم يكن عوضاً و بدلاً؛ و لما ذكرنا حكم الشيخ[٨٩] و غيره بأنّ الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرّف، لكن لايجوز وطء الجارية مع أنّ الإباحة المتحقّقة من الواهب تعمّ جميع التصرّفات. و عرفت أيضاً أنّ الشهيد في الحواشي لم يجوّز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدي و لاوطء الجارية، مع أنّ مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة.

و دعوى: أنّ الملك التقديري(١٤٩٠) هنا أيضاً لايتوقّف على دلالة دليلٍ خاصّ، بل يكفي الدلالة بمجرّد الجمع بين عموم "الناس مسلّطون على أموالهم" الدالّ على جواز هذه الإباحة المطلقة و بين أدلّة توقّف مثل العتق و البيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلّة في الملك التقديري، مدفوعةٌ: بأنّ عموم "الناس مسلّطون على أموالهم" إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كلّ تصرّفٍ جائز شرعاً، فالإباحة و إن كانت مطلقة إلاّ أنّه لايباح بتلك الإباحة المطلقة إلاّ ما هو جائز بذاته في الشريعة. و من المعلوم أنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالّين على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض، فلايشمله العموم في "الناس مسلّطون على أموالهم" حتّى يثبت التنافي بينه و بين الأدلّة الدالّة على توقّف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديري آنآمّا. و بالجملة، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم "الناس(١٤٩١) مسلّطون على أموالهم" الدالّ على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على

.....

١٤٩٠. هذه الدعوى مع ما دفعها به قد علمت من قوله في السابق: «و إثبات صحّته بعموم مثل الناس مسلّطون على أموالهم يتوقّف...» جواباً عن سؤال مقدّر، و هو أنّه لاحاجة إلى قيام الدليل الخاصّ على صحّة الإباحة المذكورة، بل يكفي عموم قاعدة السلطنة، فلا وجه لذكرها ثانياً.

١٤٩١. الحكومة في العتق ممنوعة، بل هو من باب التعارض، إلاّ أن يكون معنى الحديث الشريف أنّ للمالك أن يتصرّف في ماله بكلّ تصرّف يكون في حكم الشارع. و على هذا – مع أنّه خلاف الواقع كما عرفت – يكون تقديم دليل عدم جواز عتق ملك الغير على

إطلاقها، نظير حكومة دليل الدالّ على عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلايتوهّم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر.

نعم، لوكان هناك تعارض(١٤٩٢) و تزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كلّ منهما لأجل الآخر، أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آناًمّا، فتأمّل.

و أمّا حصول الملك في الآن المتعقّب بالبيع و العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكاً تقديريّاً نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميّت، أو شراء العبد المعتق عليه، بل هو ملك حقيقيّ حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل؛ بناءً على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع، و ليس كذلك فيما نحن فيه.

و بالجملة، فما نحن فيه لاينطبق على التمليك الضمني المذكور أوّلاً في "أعتق عبدك عنّي"؛ لتوقّفه على القصد، و لا على الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعتق عليه؛ لتوقّفه

.....

الحديث من باب الورود لا الحكومة، إذ بمجرّد قيامه ينتفي الموضوع حقيقة، كما أنّ تقدّمه على دليل الوفاء بالنذر أيضاً كذلك فيما إذا أخذ في متعلّقه كونه سائغاً شرعاً، إلاّ أن يريد من الحكومة ما يعمّ الورود أيضاً - أعني منه مطلق ارتفاع الموضوع و لو حقيقة - لاخصوص معناها الاصطلاحي، أعني: ارتفاعه تنزيلاً.

١٤٩٢. كما إذا دلّ دليل خاصّ على صحّة هذه الإباحة المطلقة الشاملة لما يتوقّف على الملك، و ترتيب جميع ما قصده المبيح على هذه الإباحة، فإنّه حينئذ يقع التعارض بينه و بين دليل توقّف العتق مثلاً على الملك، فيجمع بينهما بما ذكره. و لعلّ الأمر بالتأمّل في ذيل العبارة إشارة إلى أنّ الجمع بالملك التقديري على تقدير التعارض - كما أنّ الأمر كذلك بالنسبة إلى ما يتوقّف على الملك شرعاً، كوطي الأمة و عتقها، أو عقلاً كالبيع - تبرّع محض و إمكان صرف ليس على مقتضى قواعد علاج التعارض، فإنّ مقتضاها التوقّف و الرجوع إلى القواعد أوّلاً و بالذات، و إلى الترجيح لو كان هناك مرجّح و التخيير لو لم يكن - كما هو المشهور - أو إلى التخيير مطلقاً كما هو الأقوى ثانياً و بالعرض.

على التنافي(١٤٩٣) بين دليل التسلّط و دليل توقّف العتق على الملك و عدم حكومة الثاني على الأوّل، و لا على التمليك الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب و ذي الخيار؛ لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً(١٤٩٤) بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبقَ إلاّ الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرّح بذلك كما لو قال "بع مالي لنفسك"، أو "اشتر بمالي لنفسك" أم أدخله في عموم قوله: "أبحت لك كلّ تصرّف"، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إمّا لازماً؛ بناءً على أنّ قصد* البايع البيع لنفسه غير مؤثّر، أو موقوفاً على الإجازة؛ بناءً على أنّ المالك لم ينوِ تملّك الثمن.

هذا، و لكنّ الذي يظهر من جماعة منهم قطب‌الدين و الشهيد﵏ في باب بيع الغاصب: أنّ تسليط المشتري للبايع الغاصب على الثمن و الإذن في إتلافه يوجب جواز

.....

١٤٩٣. يعني: لتوقّف انطباق ما نحن فيه على الملك المذكور ثانياً – أي: الملك التقديري – على التنافي المذكور، و عدم حكومة دليل توقّف التصرّف الخاصّ على الملك على دليل السلطنة. فذكر العتق إنّما هو من باب المثال لكلّ تصرّف توقّف على الملك، و المراد أنّه لايتحقّق التنافي بينهما كما يتحقّق بين دليل صحّة شراء من ينعتق عليه و دليل عدم ملكيّته، فيحتاج إلى تقدير الملك بمقدار أن يتحقّق الانعتاق على المشتري، إذ قد مرّ حكومة دليل توقّف العتق على الملك على دليل السلطنة، فلا موجب لتقدير الملك كتقديره في شراء من ينعتق عليه.

هذا، و يمكن الخدشة فيما ذكره بإمكان دعوى ظهور دليل عدم ملك الإنسان أُمّه و أباه عدم استقرار ملكه و استيلائه عليهما، و هذا لاينافي صحّة الشراء حتّى يجمع بينهما بالملك التقديري، و إلاّ فلوكان مفاد الدليل أنّه لايملكه أصلاً حتّى حدوثاً أيضاً تحقّق التنافي بينهما، إلاّ** اللازم حينئذٍ هو التعارض و إجراء أحكامه، لا الجمع بالتزام الملك التقديري، حيث إنّه تبرّع صرف لايساعد عليه العرف أصلاً.

١٤٩٤. مراده من سبب الملك المتحقّق سابقاً على البيع إرادة حصول الملك قبل التصرّف بالبيع المستكشف به، الموجودة في بيع الواهب و ذي الخيار على ما يأتي إن شاء اللّه

---

* في بعض النسخ: نيّة.

**كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّ الصحيح: و اللازم حينئذٍ...، أو أنّ في النسخة سقطاً هكذا: إلاّ أنّ اللازم...

شراء الغاصب به شيئاً و أنّه يملك الثمن* بدفعه إليه(١٤٩٥)، فليس للمالك إجازة هذا الشراء. و يظهر أيضاً من محكيّ المختلف(١٤٩٦) حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة: أنّ له وطء الجارية مع علم البايع بغصبية الثمن، فراجع. و مقتضى

.....

ﷺ في أحكام الخيار، المفقودة فيما نحن فيه حسب الفرض، إذ المفروض عدم قصد المالك التمليك، و عدم قصد المباح له التملّك عند التصرّف في البيع و نحوه، فتأمّل.

١٤٩٥. ضمير «أنّه» و «إليه» راجع إلى الغاصب. و ضمير «بدفعه» إمّا راجع إلى المشتري، فيكون إضافة الدفع إلى الضمير من إضافة المصدر إلى الفاعل، و يكون مفعوله - و هو الثمن - محذوفاً، أي: بدفع المشتري الثمن إلى الغاصب. و إمّا راجع إلى الثمن، و الفاعل - و هو المشتري - محذوف. و هذه الجملة عطف على «جواز شراء الغاصب به شيئاً» أي: شراء البايع الغاصب بذاك الثمن شيئاً، من قبيل عطف العلّة على المعلول، فهو بمنزلة قوله: لأنّه - أي الغاصب - يملك الثمن بدفع المشتري إيّاه إليه، فليس لمالك الثمن - و هو المشتري - إجازة شراء الغاصب شيئاً بالثمن، لأنّ الشراء بعد فرض كون الثمن ملكاً للبايع الغاصب و خروجه عن ملك المالك الأوّل - و هو المشتري - لم يرد على مال المالك - أي: المشتري - حتّى يكون له إجازته.

١٤٩٦. نظره في ذلك إلى ما ذكرهﷺ في ذيل التكلّم في المسألة السابعة عشر من مسائل الفصل الرابع عشر الذي عقده في بيع الغرر و المجازفة، في توجيه كلام الشيخ في النهاية: «من غصب غيره مالاً، و اشترى به جاريةً، كان الفرج حلالاً، و عليه وزر المال» انتهى، حيث قالﷺ: «أقول: كلام الشيخ في النهاية يحتمل أمرين، أحدهما: ما ذكره في جواب المسائل الحائريّة - إلى أن قال- و الثاني: أن يكون البايع عالماً بأنّ المال غصب، فإنّ المشتري حينئذٍ يستبيح وطي الجارية، و عليه وزر المال و إن كان الشراء وقع بالعين» انتهى موضع الحاجة. و مقصوده من الاحتمال الأوّل هو الحمل على الشراء بمال كلّي في الذمّة و قد أدّاه من مال الغير، و تركنا نقل عبارته لعدم الغرض فيها هنا.

و على أيّ حال فاستظهار جواز وطي الجارية المشتراة بعين مغصوبة للمشتري في محلّه.

---

* في بعض النسخ: المثمن.

ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و إن لم يكن على وجه الملكيّة يوجب جواز التصرّفات المتوقّفة على الملك، فتأمّل(١٤٩٧). و سيأتي توضيحه في مسألة الفضولي إن شاء الله تعالى.

و أمّا الكلام في صحّة الإباحة بالعوض - سواء صحّحنا إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك أم خصّصنا الإباحة بغيرها - فمحصّله: أنّ هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة ماليّة ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر بل كلاهما ملك للمبيح، إلاّ أنّ المباح له يستحقّ التصرّف؛ فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات(١٤٩٨) المعهودة شرعاً و عرفاً مع التأمّل في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع(١٤٩٩)، إلاّ أن يكون نوعاً من الصلح(١٥٠٠)، لمناسبة* له لغةً؛ لأنه في معنى

.....

و أمّا ظهور جواز شراء البايع الغاصب بعين الثمن الذي أخذه من المشتري شيئاً، و أنّه يملكه فيما إذا كان المشتري الدافع للثمن عالماً بالغصب، من عبارة العلاّمة المذكورة فلعدم الفرق في التوقّف على الملك بين الوطي و بين جعله ثمناً لما ينتقل إليه بالمعاملة.

١٤٩٧. لعلّه إشارة إلى منع اقتضاء الكلمات المذكورة كون تسليط شخص غيره على ماله على وجه الإباحة موجباً لجواز التصرّف المتوقّف على الملك، و ذلك لأنّ التسليط في مواردها على وجه الملكيّة، فلايعمّ التسليط على وجه الإباحة، فلايكون تلك الكلمات نقضاً على ما ذكره من عدم جواز هذا النحو من التصرّف بمجرّد الإباحة. و لعلّ الفرق بين الصورتين أنّ التسليط على وجه الملكيّة يوجب حصول الملك به دون التسليط على وجه الإباحة.

١٤٩٨. هذا وجه لعدم الصحّة. و محصّله الاستناد إلى الأصل مع عدم الدليل على خلافه.

١٤٩٩. بعد فرض خروج المقام عن المعاوضات - التي منها البيع - لامورد لهذه العبارة.

١٥٠٠. هذا إشارة إلى أوّل وجهي صحّة الإباحة بالعوض، و حاصله: منع خروجها عن المعاوضات المعهودة، بدعوى دخولها في الصلح، فإنّها نوع منه فتعمّه أدلّته، و حينئذ يحكم باللزوم أيضاً بلا إشكال فيه بناءً على أنّه لايشترط فيه لفظ الصلح . كما أنّ قوله:«و لو كانت معاملة مستقلّة...» إشارة إلى ثاني وجهي صحّتها، و محصّله: أنّها و إن كانت خارجة عن

---

* في بعض النسخ: لمناسبته.

التسالم على أمرٍ بناءً على أنّه لايشترط فيه لفظ "الصلح"، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالّة على صحّته بقول المتصالحين(١٥٠١): "لكَ ما عندك و لي ما عندي" و نحوه ما ورد في مصالحة الزوجين، و لوكانت معاملة مستقلّة

.....

المعاملات المعهودة حتّى الصلح إلاّ أنّه لايقدح في الصحّة مع وجود عموم آخر متكفّل على صحّتها، و يمنع عن الرجوع إلى الأصل، و هو عموم حديثي السلطنة و الشرط. هذا شرح العبارة.

و الأقوى في حكم المسألة هو الصحّة، لعموم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مع ضرورة كونه عقداً، و لعموم حديث السلطنة، بناءً على كون الموضوع فيه مطلق السلطنة كما اخترناه، لاخصوص السلطنة الجائزة في الشرع كما ذكره المصنّف‌ﷺ إذ بناءً عليه يكون التمسّك به للمقام من قبيل التمسّك بالعامّ في الشبهة الموضوعيّة، و لعموم الوفاء بالشرط بناءً على عمومه للشرط الابتدائي، و لكنّه ممنوع.

١٥٠١. لعلّ نظره في ذلك إلى ما رواه محمّد بن مسلم في الصحيح عن الباقرؑ و منصور بن حازم في الصحيح عن الصادقؑ، أنّهما قالا: «في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه، و لايدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لي ما عندي. فقالؑ: لابأس بذلك إذا تراضيا». و قال منصور في حديثه: «و طابت به أنفسهما». و في شرح الإرشاد للمحقّق الأردبيلي ما لفظه: «و لكن ليس فيهما صراحة بالصلح، فتأمّل» انتهى. و قد تقدّم من المصنّف‌ﷺ في أواخر التنبيه السابق ما يظهر منه ذلك أيضاً، حيث قال هناك: «إنّهم حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين... - المراد بها تلك الرواية المتقدّمة - على الصلح» إذ لوكان لها ظهور في الصلح فضلاً عن الصراحة لما كان ينبغي له التعبير بقوله: «حملوا». و أنا أقول: وكذلك لاصراحة فيهما في كون موردهما من قبيل الشركة كما هو ظاهر المصنّف في التنبيه السابق. و حملهما على المصالحة في مورد تحقّق الشركة ليس بأولى من حملهما على هبة كلّ منهما طعامه عند صاحبه له بدون الشركة. و عن بعض المحدّثين حملهما على الإبراء، فتأمّل.

و بالجملة، ليس في الروايتين ظهور في الصلح و كون الطعام مشتركاً بين الرجلين، فحملهما على الصلح في خصوص مورد الشركة خالٍ عن الشاهد، فلايصحّ الاستناد إليهما في

كفى فيها عموم(١٥٠٢) "الناس مسلّطون على أموالهم"، و "المؤمنون عند شروطهم".

و على تقدير الصحّة ففي لزومها مطلقاً؛ لعموم "المؤمنون عند شروطهم"؛ أو من طرف المباح له؛ حيث إنّه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح؛ حيث إنّ ماله باق على ملكه، فهو مسلّط عليه(١٥٠٣) أو جوازها مطلقاً، وجوه، أقواها أوّلها ثمّ أوسطها. و أمّا حكم الإباحة بالإباحة، فالإشكال فيه أيضاً يظهر ممّا ذكرنا في سابقه، و الأقوى فيها أيضاً الصحّة و اللزوم للعموم أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلّط.

الأمر الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع(١٥٠٤) من العقود و عدمه، إعلم أنّه ذكر المحقّق الثانيﷺ في جامع المقاصد على ما حكي عنه: أنّ في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة؛ و ذلك لأنّه إذا أمره بعملٍ على عوضٍ معيّن فعمله، استحقّ الأُجرة، و لوكانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل، و لم يستحقّ

عدم اعتبار العلم بالعوضين في الصلح المعاوضي بناءً على اعتباره فيه لولاهما، مع أنّ شمولهما لصورة الجهل بهما غير معلوم. وكذا الاستناد إليهما في جواز الصلح بهذه العبارة المذكورة فيهما، بناءً على قصور الإطلاقات في الدلالة على عدم اعتبار صيغة خاصّة في الصلح.

١٥٠٢. نعم، لوكان الغرض إثبات شرعيّتها مع قطع النظر عن سببها المحصّل لها. و أمّا لوكان الغرض إثبات سببيّة المعاطاة، ففيه ما ذكره في آخر الباب من أنّه غير ناظر إلى هذه المرحلة.

١٥٠٣. نعم، و لكن عموم «المؤمنون عند شروطهم» بناءً على عمومه للشروط الابتدائيّة حاكم على قاعدة السلطنة، و من هنا يظهر وجه أقوائيّة الوجه الأوّل. و أمّا بناءً على العدم - كما اختاره المصنّفﷺ في باب الشروط - فالأقوى هو الوجه الأوسط.

١٥٠٤. الأولى ذكر ما يكون ضابطة في المسألة، و هو أنّ المعاملة التي يراد العلم بجريان المعاطاة فيها و حصولها بالفعل مثل حصولها بالقول و عدم جريانها لابدّ أن يلاحظ، فإمّا أن يكون هناك فعل مناسب لعنوان هذه المعاملة بحيث يكون ذاك الفعل مصداقاً لمفهوم هذا العنوان، كإعطاء العين للغير بعنوان تمليك العين بعوض في البيع و بلا عوض في الهبة، و بعنوان تمليك المنفعة في الإجارة، و تمليك الانتفاع في العارية، و بعنوان الوثيقة في الرهن، إلى غير ذلك، فيجري فيه المعاطاة، إلاّ أن يكون هناك مانع عنه كما في الرهن، بناءً على قيام الإجماع على

أُجرة مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك، وكذا لو وهب بغير عقد؛ فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، و لوكانت هبة فاسدة لم يجز بل مُنع من مطلق التصرّف، و هي ملحظ* وجيه[٩٠]، انتهى. و فيه: أنّ معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقّق الثاني: الحكم بملك المأمور الأُجر المعيّن على الآمر و ملك الآمر العمل المعيّن على المأمور به، و لم نجد من صرّح به في المعاطاة(١٥٠٥). و أمّا قوله: "لوكانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل" فموضع نظر؛(١٥٠٦)، لأنّ فساد المعاملة لايوجب منعه عن العمل، سيّما إذا لم يكن العمل تصرّفاً في عينٍ من أموال المستأجر(١٥٠٧).

.....

عدم لزوم المعاطاة مطلقاً، فإنّه مانع عن تحقّق الوثوق المعتبر في الرهن.

و إن لم يكن هناك فعل مناسب لعنوان المعاملة، كما في الوقف بناءً على أنّه تحرير و فكّ مطلقاً، أو في مثل المساجد حيث إنّه ليس لنا فعل يناسب عنوان التحرير في المسجد بحيث يكون مصداقاً خارجيّاً لفكّ الملك، و مثل النذر و العهد و الشرط و نحوها من الالتزامات التي لايكون هناك فعل خارجي يكون مصداقاً لها، فلايجري فيه المعاطاة و إيجاده بالفعل، لعدم وجود فعل مناسب له يصحّ إيجاده به، و الفعل الغير المناسب له لايمكن أن يكون وجوداً خارجيّاً له حتّى يوجد به في الخارج.و من هنا** على تمييز مورد الجريان عن مورد العدم، فاغتنم.

١٥٠٥. أي: بذلك المعنى، فكيف أسنده إليهم، كما هو ظاهر قوله: «إنّ في كلام بعضهم ما يقتضي...»؟

١٥٠٦. نعم، لوكان مراده من العمل مطلق العمل و لو تبرّعاً، و أمّا لوكان مراده منه خصوص العمل في مقابل الأُجرة الخاصّة المعيّنة فلانظر فيه، فتأمّل. و من هنا تظهر الخدشة في منعه – فيما بعد– عدم استحقاق الأُجرة مع علمه بالفساد، و أنّه إنّما يتمّ لوكان مراده من الأُجرة مطلق الأُجرة، و أمّا لو أراد منها الأُجرة المعيّنة – كما هو مقتضى مذهبه في المعاطاة – فلا.

١٥٠٧. و ذلك كما إذا أمره بكنس المسجد أو المدرسة بعوض.

---

* في بعض النسخ: و هو ملخّص.

** كذا في الطبعة الحجريّة. و الظاهر وجود سقط في العبارة هكذا: و من هنا تقدر على تميز... .

و قوله: "لم يستحقّ أُجرة مع علمه بالفساد" ممنوع؛ لأنّ الظاهر ثبوت أُجرة المثل؛ لأنّه لم يقصد التبرّع و إنّما قصد عوضاً لم يسلّم له.

و أمّا مسألة الهبة، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لايدلّ على جريان المعاطاة فيها، إلاّ إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة؛ فإنّ جماعة(١٥٠٨) كالشيخ و الحلّي و العلاّمة صرّحوا بأنّ إعطاء الهديّة من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك، لكنّ المحقّق الثاني﵀ ممّن لايرى كون المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للإباحة المجرّدة. و توقّف الملك في الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متّفقاً عليه كما يظهر من المسالك[٩١].

و ممّا ذكرنا يظهر المنع(١٥٠٩) في قوله: "بل مطلق التصرّف". هذا، و لكنّ الأظهر بناءً على جريان المعاطاة في البيع جريانها في غيره من الإجارة و الهبة(١٥١٠)؛

.....

١٥٠٨. الظاهر أنّ هذا علّة للحكم في طرف المستثنى منه. و قوله: «لكنّ المحقّق الثاني...» استدراك من الحكم في طرف المستثنى، أعني: دلالته على جريان المعاطاة على القول بالإباحة. يعني: أنّ جواز الإتلاف لايدلّ على جريان المعاطاة في الهبة على مذهب المحقّق الثاني فيها من إفادتها للملك، حيث إنّ جواز الإتلاف أعمّ من الملك، فإنّ جماعة - كالشيخ و العلاّمة و الحلّي﵃ صرّحوا بإفادة الإعطاء في الهبة للإباحة الملازمة لجواز الإتلاف و بعدم إفادتها للملك. نعم، يدلّ على جريانها فيها على القول بالإباحة، لكنّ المحقّق الثاني لايرى ذلك و لايرضى به، و إنّما يرى أنّ المعاطاة عند القائلين بها تفيد الملك، و الحال أنّ توقّف الملك...، فكيف يصحّ له إسناد إفادة المعاطاة للملك في الهبة إليهم﵃؟

١٥٠٩. يعني: ممّا ذكرنا في منع عدم جواز الإتلاف لو كانت هبةً فاسدةً - أعني به ما يستفاد من قوله: «و أمّا مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لايدلّ على جريان المعاطاة فيه...»، من إمكان استناد جوازه إلى إفادتها الإباحة لا الملك - يظهر المنع في قوله: «بل منع عن مطلق التصرّف» لجواز التصرّف على القول بإفادتها الإباحة. نعم، يمنع على هذا القول عن التصرّف المتوقّف على الملك.

١٥١٠. في جريانها في إجارة الحرّ نفسه تأمّل.

لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما*.

و ظاهر المحكيّ عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره؛ حيث قال في باب الرهن: إنّ الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكورة في البيع آتٍ هنا[٩٢]، انتهى.

لكن استشكله في محكيّ جامع المقاصد بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع، بخلاف ما هنا[٩٣]. و لعلّ وجه الإشكال(١٥١١): عدم تأتّي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع؛ لأنّها هناك إمّا مفيدة للإباحة أو الملكيّة الجائزة على الخلاف و الأوّل غير متصوّر هنا، و أمّا الجواز فكذلك(١٥١٢)؛

.....

١٥١١. التعبير بـ«لعلّ» من جهة أنّه خلاف ظاهر كلامه، فإنّه ظاهر في أنّ مقتضى الأصل في المعاطاة مطلقاً هو الفساد إلاّ أنّه قام الإجماع على صحّتها في البيع. و على هذا يكون الوجه في الإشكال عدم قيام الدليل على الصحّة في الرهن قبال الأصل لا ما ذكره المصنّف.

و لكن لايخفى أنّ ما يظهر منه هنا - و هو أنّ الوجه في صحّة المعاطاة في البيع إنّما هو الإجماع** - لما حكي عنه سابقاً في تحرير محلّ النزاع من الاستناد في صحّتها إلى العمومات مثل آية التجارة عن تراضٍ، فكان الصواب أن يستشكل بأنّ البيع لايمنع عن ثبوت حكم المعاطاة فيه الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بخلاف ما هنا، فإنّه يمنع عن ثبوتها و الاكتفاء بها في تحقّق الرهن، لأنّ عدم اللزوم منافٍ للوثوق المقوّم لمفهوم الرهن، فمن منع من قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة في غير المعاوضات - و منه الرهن - كما لايبعد فقد أجراها فيه أيضاً، لإطلاق بعض أدلّته كالآية الشريفة.

١٥١٢. يعني: جواز الرهن لاجواز الملكيّة، إذ المعاطاة على القول بها تفيد في كلّ مقام فائدة العقد المعتبر في ذلك المقام.

---

* في بعض النسخ: فيها.

** كذا في الطبعة الحجريّة. والظاهر سقوط كلمة: «منافٍ» بعد «الإجماع» و هو خبر لـ«أنّ» في قوله: و لكن لايخفى أنّ....

لأنّه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، خصوصاً بملاحظة أنّه لايتصوّر هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان. و إن جعلناها مفيدةً للزوم كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمة على اللفظ، وكأنّ هذا هو الذي دعا المحقّق الثاني إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة و الهبة و القرض و الاستشكال في الرهن.

نعم، من لايبالي مخالفة ما هو المشهور بل المتّفق عليه بينهم، من توقّف العقود اللازمة على اللفظ أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين، فلايشمل الرهن و لذا جوّز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر كـ"خذه"، و الجملة الخبرية: أمكن أن يقول بإفادة المعاطاة في الرهن اللزوم؛ لإطلاق بعض أدلّة الرهن، و لم يقم هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات. و لأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض؛ لأنّ القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللفظ، و الجواز غير معروف في الوقف من الشارع، فتأمّل(١٥١٣). نعم، احتمل الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من الذكرى[٩٤] تبعاً للشيخ[٩٥]. ثمّ إنّ الملزم للمعاطاة فيما تجري فيه من العقود الأُخر هو الملزم في باب البيع، كما سننبّه به بعد هذا الأمر.

الأمر السادس: في ملزمات المعاطاة على كلّ من القول بالملك و القول بالإباحة، إعلم أنّ الأصل على القول بالملك اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدّمة، و أمّا على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم(١٥١٤)؛ لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، و أصالة

١٥١٣. قيل: إنّه إشارة إلى أنّه لامانع من الالتزام بجواز الوقف، كما في صورة الرجوع اشتراط في الوقف. اللّهمّ إلاّ أن يريد من الجواز الذي نفى معروفيّته الجواز الذاتي غير الناشي من أمر خارجيّ، و لكن هذا لايقتضي المنع عن الالتزام به لو اقتضته الأدلّة.

١٥١٤. ما ذكره هنا من عدم اللزوم على هذا القول لاينافي ما ذكره في صدر الصفحة من تقوية اللزوم في المعاطاة الإباحيّة، لأنّ الكلام هنا في حكم المعاطاة المقصود بها الملك على تقدير القول بإفادتها للإباحة شرعاً من حيث اللزوم و العدم، فلايجري فيه دليل لزوم الشرط، لأنّ ما التزما عليه - و هو الملك - لم يترتّب عليها، و ما ترتّب عليها - و هو الإباحة - لم يلتزما عليه، بخلافه هناك، لأنّ الكلام فيه في لزوم المعاطاة المقصود بها الإباحة بعوض أو

سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة و هي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها(١٥١٥).

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ تلف العوضين ملزم إجماعاً - على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر - أمّا على القول بالإباحة فواضح؛ لأنّ تلفه من مال مالكه و لم يحصل ما يوجب ضمان كلٍّ منهما مال صاحبه، و توهّم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفعٌ بما سيجئ.

و أمّا على القول بالملك، فلما عرفت من أصالة اللزوم، و المتيقّن من مخالفتها جواز ترادّ العينين*(١٥١٦) و حيث ارتفع مورد الترادّ امتنع، و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة

.....

بالإباحة، فيجري فيه دليل الشرط، فيكون حاكماً على دليل السلطنة فضلاً عن استصحابها، فلاتذهل.

ثمّ لايخفى عليك أنّ محلّ الكلام على هذا القول إنّما هو بناءً على عدم الأوْل إلى الملك بالتلف، إذ على حصوله به يكون الحال عليه مثلها على القول بالملك من أوّل الأمر.

١٥١٥. إن كان نظره في منع جريانها إلى أنّ الإذن و الرخصة من المالك من مقوّمات الإباحة، فمتى حصل الرجوع ارتفع الإذن، فتحتلّ روح الإباحة. ففيه: أنّ هذا إنّما يتمّ لو كانت الإباحة في المقام مالكيّة مقصودة للمالك، و قد تقدّم أنّها شرعيّة ثبتت على خلاف مقصود المالك، و ليس الإذن من المالك من مقوّمات هذه الإباحة، بل يمكن منع كونه مقوّماً للإباحة المالكيّة أيضاً بالنسبة إلى مرحلة البقاء. و من هنا رجّح في السابق لزوم الإباحةبالعوض، إذ لو لم يمكن بقاء الإباحة بدون الإذن لما أمكن اللزوم الراجع إلى بقاء الإباحة بعد الرجوع على حالها قبله.

و إن كان نظره إلى كون الشكّ في المقتضي، بمعنى أنّ الشكّ في صلاحيّة الإباحة للبقاء ذاتاً مع حصول الرجوع، ففيه منع واضح، حيث إنّ الرجوع من قبيل المانع و المزاحم بحيث لولاه لبقيت دائماً، فلابدّ من التأمّل في وجه نظره في المنع.

١٥١٦. الجواز بمعنى الإمكان. و المراد من مورد الترادّ صورة بقاء العينين. و على هذا

---

* في بعض النسخ: العين.

على نحو جواز البيع الخياري حتّى يستصحب بعد التلف؛ لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه بل لادليل على ارتفاعه بعد تلفهما، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة، فلايبقى بعد التلف متعلّق الجواز*، بل الجواز هنا يتعلّق بموضوع الترادّ(١٥١٧)، لامطلق الرجوع(١٥١٨) الثابت في الهبة.

هذا، مع أنّ الشكّ في أنّ متعلّق الجواز هل هو أصل المعاملة أو الرجوع في العين أو ترادّ العينين؟ يمنع من استصحابه؛ فإنّ المتيقّن(١٥١٩) تعلّقه بالترادّ؛ إذ لادليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز ترادّ العينين الذي لايتحقّق إلاّ مع بقائهما. و منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك(١٥٢٠).

.....

يكون ما يزول به الملك في المعاطاة من سنخ ما يحدث الملك به، فكما أنّه يحدث بالتسليط الخارجي كذلك يزول بإزالة التسليط الحاصلة بالردّ الخارجي.

١٥١٧. الإضافة بيانيّة.

١٥١٨. كي يصحّ الرجوع في العين الباقية من العينين الموهوبتين، لأنّ موضوع الجواز في الهبة هو الرجوع في العين الموهوبة مطلقاً، سواء** أمكن الرجوع في العين الأُخرى الموهوبة بالاستقلال عوض العين الأُولى، على ما هو معنى الهبة المعوّضة.

١٥١٩. ينبغي أن يقول: لعدم إحراز الموضوع، فيؤخذ بالقدر المتيقّن، و هو تعلّقه بمورد إمكان الترادّ للعينين، إذ لادليل... . و من هنا يعلم أنّه ليس المقام من قبيل القسم الثاني من استصحاب الكلّي، فتدبّر.

١٥٢٠. قد يناقش فيما ذكره في صورة تلف البعض، بأنّ التسليط على الكلّ متضمّن للتسليط على البعض، فبالقياس إلى التسليط على الكلّ و إن كان يمتنع الترادّ، إلاّ أنّه بالقياس إلى التسليط الضمنيّ المتعلّق بالبعض ممكن، فموضوع الجواز بالقياس إليه باقٍ، كما فيما إذا باع ماله و مال غيره بالمعاطاة، فإنّه يجوز ردّه في ماله مع أنّه بعض متعلّق المعاطاة. و بمجرّد الفرق بين

---

* في بعض النسخ: للجواز.

** كذا في الطبعة الحجريّة. و الظاهر سقوط «أم لا» في العبارة.

و أمّا على القول بالإباحة، فقد استوجه(١٥٢١) بعض مشايخنا – وفاقاً لبعض معاصريه، تبعاً للمسالك[٩٦] – أصالة عدم اللزوم؛ لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها. و فيه: أنّها معارضة بأصالة براءة(١٥٢٢) ذمّته عن مثل التالف أو قيمته، و التمسك(١٥٢٣) بعموم "على اليد" هنا في غير محلّه بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل و لابعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع، إنّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنة حاكمة(١٥٢٤) على أصالة عدم

.....

المقيس و بين المقيس عليه بحصول التبعّض في الملك في الأوّل و عدمه في الثاني، لأنّ الملك فيه تامّ لايتبعّض فيه و إنّما التبعيض فيه في تأثير العقد لا في الأثر الحاصل به، غير فارق، فتأمّل جيّداً.

١٥٢١. يعني: فيما إذا تلف أحدهما أو بعضه.

١٥٢٢. يعني: بضميمة عدم جواز الجمع بين الطرفين – أي: استرداد الموجود – و عدم ضمان بدل التالف، إذ بدون هذه الضميمة لاتنافي بينهما كي يكون هناك تعارض، إلاّ أنّ الشأن في إثبات الضميمة. وكيف كان، فقضيّة هذا الإشكال المتوقّف على إجراء أصالة البراءة أنّ بعض المشايخ يقول بالجواز مع حكمه بضمان العين التالفة بالمثل أو القيمة، و إلاّ فلا معنى لإجراء ذلك الأصل.

١٥٢٣. هذا دفع لما يمكن أن يقال، و هو أنّ الحكم بضمان التالف إنّما هو لعموم«على اليد» و معه لامجرى لأصالة البرائة حتّى يعارض بأصالة بقاء السلطنة. و تقريب الدفع ما ذكره في المتن، و حاصله: أنّ الضمان هنا – لوكان – غير مستند إلى اليد قطعاً، ضرورة عدم ثبوت اليد على المال حين الحكم بالضمان، إذ المفروض تلفه حينه، و اليد السابقة على التلف لم تكن يد ضمان، لكونها بإذن المالك و تسليطه، فلاتصير يد ضمان بعد التلف و إرادة الرجوع، لأنّ الواقع لاينقلب عمّا هو عليه، فلابدّ أن يكون مستنداً إلى نفس الرجوع بما هو هو، و من المعلوم أنّه ليس من أسباب الضمان. فاستيجاه بعض المشايخ لضمان الراجع إلى العين الباقية بدل العين التالفة خالٍ عن الوجه.

١٥٢٤. يعني: يمكن تقوية ما استوجهه بعض المشايخ – و هو الحكم بالجواز مع ضمان البدل إذا رجع– بأنّ أصالة بقاء السلطنة التي استند إليها في الحكم بالجواز لايعارضها أصالة

الضمان بالمثل أو القيمة، مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم إلاّ أنّ الكلام في أنّ البدل هو البدل الحقيقي أعني المثل أو القيمة أو البدل الجعلي أعني العين الموجودة، فلاأصل(١٥٢٥).

.....

البرائة عن ضمان المثل و القيمة حتّى تسقط، بل الأوّل من جهة كون الشكّ في الضمان و عدمه مسبّباً عن الشكّ في بقاء السلطنة - فيضمن إذا أعملها بالرجوع و الردّ - و عدم بقائها - فلايضمن - حاكم على الثاني، فيقدّم عليه، و لازمه الضمان.

هذا، و فيه: أنّه إنّما يتمّ لوكان الضمان من آثار بقاء السلطنة شرعاً، و هو في حيّز المنع، لأنّ إرجاع المال المباح للغير و الرجوع إليه لايوجب الضمان، و إنّما هو من لوازم عدم جواز الجمع بين الأمرين، أي: الرجوع و عدم الضمان من الخارج، و عليه تنتفي الحكومة، و يكون المورد من قبيل المعارضة، لعدم تسبّب الشكّ في أحدهما حينئذٍ عنه في الآخر، و إنّما هو* مسبّبان عن ذاك الأمر الآخر الخارجي.

و بالجملة، لاوجه للحكومة، كما لاوجه لما رامه بقوله: «مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم» من عدم جريان أصالة البراءة عن المثل و القيمة كي تأتي مسألة التعارض أو الحكومة، وذلك لأنّ ضمان التالف بالمثل أو القيمة كما أنّه طرف العلم الإجمالي بالضمان بالبدل في الجملة، كذلك ضمانه بالبدل الجعلي - و هو العين الموجودة - طرف له أيضاً، و العلم كما يمنع عن إجراء الأصل المخالف للعلم في طرفه الأوّل، كذلك يمنع عنه في طرفه الثاني أيضاً، و لازم ذلك رفع اليد عن أصالة بقاء السلطنة بالنسبة إلى العين الموجودة، لمخالفتها للعلم الإجمالي بالضمان. و بالجملة، العلم الإجمالي بأحد الأمرين - بناءً على تنجيزه - يمنع عن إجراء أصالة بقاء السلطنة في العين الموجودة المقتضية لجواز الرجوع إليها و ردّها، فبعد هذا العلم كما لأصل يعارِض - بالكسر - كذلك لاأصل يعارَض - بالفتح -.

هذا، و يمكن توجيه كلام بعض المشايخ بأنّه لعلّ نظره إلى أنّ المقابلة في المعاطاة على القول بالإباحة إنّما هي بين المالين، غاية الأمر في صرف الإباحة دون الملكيّة، فمرجع السلطنة كالعدم، و لازمه إرجاع العوض بنفسه لوكان موجوداً و إلاّ فإرجاع مثله أو قيمته، فتأمّل.

١٥٢٥. يعني: لاأصل في المقام حتّى يعارض أصالة بقاء السلطنة.

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّ الصحيح: هما.

هذا، مضافاً إلى ما قد يقال: من أنّ عموم "الناس مسلّطون على أموالهم" يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه، و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقي و هو المثل أو القيمة، فتدبّر(١٥٢٦).

و لو كان أحد العوضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملك يملكه من في ذمّته فيسقط عنه، و الظاهر أنّه في حكم التلف؛ لأنّ الساقط لايعود، و يحتمل العود و هو ضعيف، و الظاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالإباحة، فافهم(١٥٢٧).

و لو نقلت العينان* أو إحداهما بعقدٍ لازم(١٥٢٨) فهو كالتلف على القول بالملك؛ لامتناع الترادّ، وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرّفات الناقلة. و لو عادت العين بفسخٍ، ففي جواز الترادّ على القول بالملك(١٥٢٩)؛

.....

١٥٢٦. لعلّه إشارة إلى منع شمول الموضوع في قاعدة السلطنة للمال التالف، ولذا لم يتمسّك بها أحد في إثبات الضمان فيما يتمسّك به بقاعدتي اليد و الإتلاف. أو إشارة إلى ما أوردنا به على المصنّف في ما قبل الحاشية السابقة.

١٥٢٧. لعلّه إشارة إلى الإشكال في صحّة إباحة الدين من جهة عدم إمكان الانتفاع به إلاّ بمثل بيعه أو جعله ثمناً في شراء شيء و أمثال ذلك من المعاوضات، و قد تقدّم الإشكال في صحّة إباحة هذا النحو من التصرّفات عند عدم الدليل الخاصّ على صحّتها كما في المقام، فلاتجري المعاطاة في الدين على القول بالإباحة حتّى يتكلّم في الجواز و اللزوم.

١٥٢٨. يعني: اللزوم حتّى من جهة الخيار أيضاً، بمعنى عدم الخيار فيه، و ذلك بقرينة عنوانه مستقلاً النقل بالعقد الجائز، الشامل للجائز من جهة وجود الخيار. و على هذا فمراده من الفسخ في كلامه الآتي – الظاهر أنّه من باب المثال للعود، فيعمّ مثل الإرث و العقد الجديد – هو الفسخ بالإقالة.

١٥٢٩. قد يبنى الجواز و العدم في المسألة على أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد. و لهذه القاعدة فروع و مجاري في الفقه، منها: المقام. و منها: أن يبيع المفلّس ماله المشترى من زيد مثلاً ثمّ فسخ، فإنّه لو لم يبعه أصلاً كان زيد أحقّ من ساير الغرماء، و أمّا

---

* في بعض النسخ: العينين.

لإمكانه فيستصحب، و عدمه؛ لأنّ المتيقّن من الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكه، وجهان: أجودهما ذلك؛ إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز الترادّ بقولٍ مطلق بل المتيقّن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

وكذا على القول بالإباحة؛ لأنّ التصرّف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني(١٥٣٠)، فلادليل على زواله بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك؛ لعدم تحقّق جواز الترادّ(١٥٣١) في السابق هنا حتّى يستصحب بل المحقّق أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل المقطوع بانتفائها.

.....

في هذه الصورة — أعني: صورة البيع ثمّ الفسخ و الإعادة - فهل يشترك فيه الغرماء أم لا؟ بل يختصّ بزيد، بمقتضى قاعدة أنّه من وجد منهم عين ماله أخذه و لايشترك فيه الغرماء، فهو مبنيّ على هذه القاعدة. و فيه: أنّه لم يقم دليل على أحد الطرفين، فلايصحّ بناء فرع من الفروع عليها، بل لابدّ في كلّ مسألة من ملاحظة دليلها، فربّما يقتضي كونه كالذي لم يزل، و ربّما يقتضي كونه لم يعد. و الضابط: أنّ هذا الحكم الخاصّ إن ثبت بدليل لفظي له إطلاق أو عموم يشمل صورة العود فيكون كالذي لم يزل، و إلاّ بل ثبت بدليل لبّي أو بدليل لفظي ليس له إطلاق كذلك فيكون كالذي لم يعد.

١٥٣٠. يعني به المباح له المتصرّف فيه بالنقل، لأنّه ثانٍ بالنسبة إلى المبيح.

١٥٣١. محصّل وجه الأولويّة: أنّ منشأ جواز الترادّ على القول بالملك تسلّط المالك الأوّل على إخراج ما كان ملكاً له عن تحت ملكيّة الغير الثابتة له شرعاً بعد انقطاع ما كان له من السلطنة على التصرّف بالمعاطاة، فبعد فسخ التصرّف الناقل و عود العين إلى المالك الثاني — أي: المالك بالمعاطاة - يتحقّق أركان الاستصحاب، من اليقين بتحقّق السلطنة للمالك الأوّل على إزالة ملك المالك الثاني، و الشكّ في زوالها، لاحتمال مدخليّة عدم طروّ التصرّف الناقل في بقائها، مع قطع النظر عن إشكال الشكّ في الموضوع، و أنّه عبارة عن مطلق إمكان الترادّ أو إمكان الترادّ الغير الملحوق بالتصرّف الناقل، و هذا بخلافه على القول بالإباحة، فإنّ منشأ جواز الترادّ الثابت قبل التصرّف الكذائي بناءً عليه هو السلطنة الأوّلية الثابتة له في ماله قبل المعاطاة، لا السلطنة الجديدة الحادثة بعد ارتفاع الأُولى، و من المعلوم أنّه يرتفع بالتصرّف قطعاً، لارتفاع

نعم، لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد(١٥٣٢) الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأوّل و إن كان مباحاً لغيره(١٥٣٣) ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادّ لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأوّل أو عائداً إليه بفسخٍ. و كذا لو قلنا: بأنّ البيع لايتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرّف و الإتلاف، و يملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع. لكنّ الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البايع.

.....

موضوعها به، أعني: كونه مالاً للمالك الأوّل. فعلم أنّ معنى قوله: «لعدم تحقّق جواز الترادّ في السابق هنا» هو عدم ثبوت جواز الترادّ بمعنى إخراج كلّ منهما عن ملك المتصرّف المباح له بالتصرّف في الزمان السابق على التصرّف، لأنّ الثابت المحقّق فيه جواز الترادّ بمعنى إخراجه عن عنوان جواز التصرّف في مال الغير الحاصل بالمعاطاة على القول بالإباحة، الناشئ من أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل - و هو المبيح - على ملكه المقطوع بانتفائها بالعقد، لانتفاء موضوعها، و هو كون المال للمبيح و زواله بمجرّد النقل، و هذان الجوازان متغايران.

١٥٣٢. لم أفهم الفرق بين كاشفيّة العقد و بين كاشفيّة التصرّف الناقل. و يمكن أن يفرّق بينهما بأنّ المراد من الأوّل كون المنكشف بالتصرّف هو سبق الملك على التصرّف، و من الثاني كون المنكشف بالعقد هو حصول الملك و حدوثه به لاسبقه عليه، بأن يحدث بالعقد الناقل أمران على الترتيب: دخول المال في ملك الناقل ثمّ بلا فصل منه دخوله في ملك المنقول إليه. و عليه، لاإشكال فيما رتّبه عليه بقوله: «كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادّ...». وكذلك لاإشكال في وجه ضعفه الذي أشار إليه بقوله في الذيل: «لكنّ الوجهين ضعيفان» فتأمّل. هذا، و إن كان يساعد عليه ذكر لفظ السبق في السابق دون المقام إلاّ العبارة الثانية لاتساعد عليه، إذ التعبير المناسب له أن يقول: نعم، لو قلنا بأنّ التصرّف و العقد يكشف عن الملك لا عن سبقه فإذا فرضنا...، فافهم.

١٥٣٣. أي: لغير المالك الأوّل قبل المعاطاة. و المراد من الغير هو المباح له، و كلمة «إن» وصليّة.

و لوكان الناقل عقداً جائزاً(١٥٣٤) لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه، و لارجوعه بنفسه إلى عينه، فالترادّ غير متحقّق و تحصيله غير واجب، وكذا على القول بالإباحة؛ لكون المعاوضة كاشفة(١٥٣٥) عن سبق الملك.

نعم، لوكان غير معاوضة(١٥٣٦) كالهبة و قلنا بأنّ التصرّف في مثله لايكشف* عن

.....

١٥٣٤. يعني: العقد المعاوضي الجائز و لو لأجل الخيار. و لاينافي ذلك ما ذكره في فروع النقل بالعقد اللازم من قوله: «و لو عادت العين بفسخ...»، إذ المراد من الفسخ هناك كما مرّ هو الفسخ بالإقالة لا الخيار، لأنّه خلاف فرض لزوم العقد، و إرادة لزومه من غير جهة الخيار يمنع عنها عنوان الفرع المذكور مستقلاً مع أنّه من جملة أفراد ما نحن فيه.

١٥٣٥. يعني بالمعاوضة العقد المعاوضي الجائز.

١٥٣٦. هذا الاستدراك راجع إلى خصوص قوله: «وكذا على القول بالإباحة» لا إليه و لا إلى مقابله معاً. و وجهه واضح، يعني: ما ذكرنا على القول بالإباحة من لزوم المعاطاة بنقل إحدى العينين بالعقد الجائز – لعدم جواز إلزام المالك للناقل على هدم العقد و إرجاع العين، و عدم جواز هدم المالك إيّاه بنفسه – إنّما هو فيما إذا كان الناقل الجائز من المعاوضات. و أمّا لوكان من غيرها، كالهبة الجائزة بناءً على كون القبض فيها شرط اللزوم لاجزء السبب الناقل، و قلنا بأنّ مطلق التصرّف لايوجب ملكيّة المتصرّف و إن أطلقه جماعة، بل الموجب له هو التصرّف المتوقّف جوازه عقلاً أو شرعاً على مالكيّة المتصرّف، و الهبة ليست كذلك، لصحّته من المباح له الغير المالك، لعدم ما يمنع عنها شرعاً، إذ لم يرد فيها مثل قوله: «لاهبة إلاّ في ملك» كما ورد في البيع و العتق و الوطي، و لاعقلاً، إذ لاعوض هنا حتّى لايعقل... إلى آخر ما ذكره المصنّف. فالهبة ناقلة للملك عن المالك لا عن الواهب، فيتحقّق الحكم الذي هو جواز الرجوع في العين الموهوبة بالنسبة إلى المالك، يعني: يجوز الرجوع للمالك، لأنّه بنفسه سلطان المال، و لايكون للواهب أصلاً، أي: يكون جواز الرجوع للمالك خاصّة قبال كونه للواهب كما هو ظاهر المصنّف، لأنّ الواهب إنّما جاز و أبيح له التصرّف في مال الغير شرعاً – على خلاف قصد المتعاطيين – على خلاف الأصل، فيقتصر على القدر المتيقّن، و هو أصل

---

* في بعض النسخ: للكشف

سبق الملك – إذ لاعوض فيه حتّى لايعقل كون العوض مالاً لواحد* و انتقال المعوّض** إلى الآخر، بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتّهب، فيتحقّق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب – اتّجه الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين الأُخرى أو عودها إلى مالكها(١٥٣٧) بهذا النحو من العود؛ إذ لو عادت بوجهٍ آخر كان حكمه حكم التلف.

و لو باع العين ثالثٌ فضولاً، فأجاز المالك الأوّل، على القول بالملك لم يبعد(١٥٣٨) كون إجازته رجوعاً كبيعه و سائر تصرّفاته الناقلة. و لو أجاز المالك الثاني، نفذت بغير إشكال، و ينعكس الحكم(١٥٣٩) إشكالاً و وضوحاً على القول بالإباحة، و لكلٍّ منهما

.....

التصرّف دون الرجوع فيه و إزالته. أو يجوز له ذلك أيضاً قبال كون جوازه لخصوص الواهب بحيث لايكون ذلك للمالك أصلاً، كما قد يحتمل، بدعوى شمول التصرّف في كلمات الأصحاب لمثل ذلك أيضاً. اتّجه*** الحكم بجواز المعاطاة و عدم لزومها بهذا النحو من النقل، لإمكان الترادّ مع بقاء العين الأُخرى عند من أخذها و نقلها إلى الغير بالنقل الجائز الغير المعاوضي، إذ لو نقلها بعقد المعاوضة كان حكمها حكم التلف. و من هنا علم أنّ التعبير بالعود في المواضع الثلاثة غير مناسب لفرض المسألة، بل مضرّ بالمقصود.

١٥٣٧. الظاهر وقوع الغلط في النسخة، و الصواب بدله: أو نقلها إلى الغير بهذا النحو من النقل، و هو الهبة، إذ لو نقلها بوجه آخر – يعني به المعاوضة – كان حكمه حكم التلف، فراجع النسخ المصحّحة.

١٥٣٨. ليس له الإجازة، و هو دور صرف، و ليس هنا دليل على صحّة الإجازة حتّى يلتزم بتحقّق الرجوع و الملك قبل الإجازة، و حال بيعه و سائر تصرّفاته من هذه الجهة كحال إجازته. و بالجملة، الحكم مبنيّ على كون إجازته و كذلك بيعه رجوعاً فله الإجازة، و عدمه فليس له ذلك، و الظاهر هو الثاني، للأصل حيث لادليل على الأوّل من الخارج، فلايمكن إثباته إلاّ على وجه دائر، فتدبّر.

١٥٣٩. ينعكس حكم الإجازة في الفرض إشكالاً و وضوحاً على القول بالإباحة،

---

* في بعض النسخ: لأحد. ** في بعض النسخ: و انتقال العين.

*** في بعض النسخ: جواب لقوله:« و أمّا لو كان من غيرها» في بداية الفقرة السابقة.

ردّه قبل إجازة الآخر(١٥٤٠). و لو رجع الأوّل فأجاز الثاني(١٥٤١)، فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع، و يحتمل عدمه؛(١٥٤٢) لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ* و يلغو الإجازة، و إن جعلناها ناقلةً، لغت الإجازة قطعاً.

و لو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك؛ لامتناع الترادّ، و يحتمل الشركة و هو ضعيف(١٥٤٣). أمّا على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به، نعم لو كان المزج مُلحقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف.

و لو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة كطحن الحنطة و فصل الثوب، فلا لزوم على القول بالإباحة، و على القول بالملك، ففي اللزوم وجهان مبنيّان على جريان استصحاب جواز الترادّ، و منشأ الإشكال: أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيّ أو حقيقي.

ثمّ إنّك قد عرفت ممّا ذكرنا(١٥٤٤)

.....

فينفذ إجازة المالك الأوّل – و هو المبيح – بغير إشكال. و في نفوذ إجازة المالك الثاني – أعني: المباح له – إشكال، من أنّ المنافع له فينفذ، و من أنّ العين للغير فلاينفذ، و لعلّ الثاني أظهر.

١٥٤٠. من دون فرق في ذلك بين القول بالإباحة و القول بالملك، إلاّ أنّه على الثاني يكون رجوعاً في المعاطاة إذا صدر من المعطي مثل إجازته، إذ لاسلطنة له على ذلك إلاّ بذلك. و بالجملة، الردّ من الرادّ مثل الإجازة من المجيز حتّى في الإشكال و الوضوح.

١٥٤١. يعني: لو رجع المالك الأوّل عن المعاطاة و ردّها فأجاز المالك الثاني العقد الفضولي.

١٥٤٢. هذا هو المتعيّن.

١٥٤٣. لأنّ الشركة فرع بطلان المعاطاة بالرجوع، و هو فرع جوازها في صورة الامتزاج، و هو فرع جواز الترادّ و إمكانه، و هو ممتنع، و لاأقلّ من الشكّ في إمكانه و امتناعه، و معه لامجال لاستصحاب الجواز، لعدم إحراز بقاء الموضوع، فيرجع إلى أدلّة اللزوم.

١٥٤٤. يعني بالموصول قوله في السابق: «و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري – إلى قوله – هذا مع أنّ الشكّ...». و لايخفى أنّا عرفنا من هذا أنّ

---

* في بعض النسخ: فيفسد.

أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتّى يورّث بالموت، و يسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، و على القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرّف، فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛ لأنّ مَن له و إليه الرجوع هو المالك الأصلي و لايجري الاستصحاب. و لو جُنّ أحدهما، فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع على القولين.

الأمر السابع: أنّ الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف، أو معاوضة مستقلة(١٥٤٥)،

.....

موضوع هذا الجواز إنّما هو صورة إمكان الترادّ، و أمّا أنّه حقّ فيورث أو حكم فلايورث فلم نعرفه أصلاً، ضرورة أنّه أعمّ من كلّ منهما، و لادلالة للأعمّ على الأخصّ، بل يقيناً* في شكّ من ذلك، فيرجع إلى أصالة عدم ثبوت جواز الرجوع للوارث بعد موت المورّث كما لم يكن له قبله. و هذا هو المراد من الأصل في قوله في ذيل العبارة: «للأصل». و يحتمل أن يراد منه أصالة بقاء الملكيّة الثابتة قبل الرجوع فيما بعده. و قوله: «لأنّ من له الرجوع» علّة للرجوع إلى ذلك الأصل بأيّ معنى كان، لا إلى استصحاب جواز الرجوع. يعني: لأنّ موضوع جواز الرجوع في السابق إنّما كان المالك الأصلي – أي: المورّث – و هو منتفٍ بالفرض. و معه لايجري استصحاب الجواز في حقّ الوارث حتّى يرجع إليه و يقدّم على أصالة بقاء الملك، للقطع بانتفاء ذلك في السابق.

١٥٤٥. قال‌ﷺ – في ضمن المباحث العشرة التي عقدها لتمام تنقيح محلّ الكلام في المعاطاة في شرح قول المحقّقﷺ: «و لايكفي التقابض من غير لفظ...» – ما لفظه: «الثامن: على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكورة فهل تصير بيعاً أو معاوضة برأسها؟ يحتمل...» إلى آخر ما نقله المصنّف في المتن. مراده من الوجوه المذكورة هو: تلف العينين، و تلف إحداهما، و تلف بعض إحداهما، و امتزاجهما، و امتزاج إحداهما، و نقل العينين أو إحداهما بناقل لازم. و حيث إنّ مناط اللزوم بغير التلف إنّما هو من جهة كونه بمنزلة التلف اقتصر المصنّفﷺ بالتلف

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّها تصحيف: بقينا.

قال: يحتمل الأوّل؛ لأنّ المعاوضات محصورة(١٥٤٦) و ليست إحداها، و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. و يحتمل الثاني؛ لإطباقهم على أنها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف؟ و تظهر الفائدة في ترتّب الأحكام المختصّة بالبيع عليها، كخيار

.....

و قال: «بعد التلف».

و على أيّ حال، ظاهر التعبير بالصيرورة أنّ المعاطاة من حين وقوعها إلى زمان لزومها لم تكن مندرجة تحت واحد منهما، لاعتبار الملك في صدق المعاوضة بين المالين أيضاً مثل البيع، و المفروض عدمه، إذ الظاهر - كما سيصرّح به المصنّف- أنّه تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة، و إنّما تنقلب إلى أحدهما بعد التلف و اللزوم بلا إشكال في أصل الانقلاب، و إنّما الإشكال في أنّ المنقلب إليه بيع أو معاوضة مستقلّة. و على هذا، فما ذكره في وجه الاحتمال الثاني - من عدم إمكان انقلابها إلى البيع بعد عدم كونها بيعاً إجماعاً - يشكل بأنّه معارض بالمثل، ضرورة عدم إمكان الانقلاب إلى المعاوضة أيضاً بعد أن لم تكن كذلك حين الوقوع، و احتمال الانقلاب القهري جارٍ فيهما على حدّ سواء.

١٥٤٦. هذا التعليل غير وافٍ بالمعلول، و هو بيعيّة المعاطاة، بل منافٍ له لو أُريد من المعاوضات عند إرجاع ضمير «إحداها» إليها ما يعمّ البيع، إذ لازمه نفي البيعيّة عنها. و لو أُريد منها ما عدا البيع فمن المعلوم أنّ مجرّد عدم الدليل على كونها معاوضة لايكفي في كونها بيعاً، بل لابدّ فيه أيضاً من قيام دليل عليه، و هو منتفٍ. بل قضيّة استصحاب عدم البيعيّة قبل التلف - الثابت بدليل خارجيّ، و هو الإجماع لو ثبت - الموجب للخروج عن تحت أدلّة البيع فيما بعد التلف، هو الحكم بالإباحة بعد التلف كما قبله، فيكون وجهاً ثالثاً في المسألة أقوى منهما، وكفى الاستصحاب دليلاً عليه.

نعم، لوكان المرجع في مثل المقام - ممّا كان هناك عامّ، و خرج فرد منه في زمان مّا، و شكّ في حكم هذا الفرد فيما بعد هذا الزمان - هو العامّ لااستصحاب حكم المخصّص - كما قوّيناه في جميع صور المسألة في شرحنا على الكفاية، و تطّلع عليه في خيار الغبن عند الكلام في أنّه على وجه الفور أو التراخي - لصحّ تعليل البيعيّة بذلك.

الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه(١٥٤٧).

و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاة أو من حين اللزوم؟ كلّ محتمل(١٥٤٨)، و يشكل الأوّل(١٥٤٩)

.....

و بالجملة، إن كان المرجع في مثل المسألة هو الاستصحاب فالأقوى هو الوجه الآخر غيرهما، و هو لزومها على نحو الإباحة. و إن كان هو العامّ فالأقوى صيرورتها بيعاً، لأدلّة البيع مع عدم الدليل على كونها معاوضة برأسها.

١٥٤٧. لعلّ وجه التقييد بذلك هو اختصاص خيار الحيوان - المتوقّف على وجود البيع حين وجوده توقّفَ وجودِ الحكم على وجود موضوعه - بصورة بقائه، إذ مع تلفه ينفسخ البيع، لقاعدة كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لاخيار له. فكون المعاطاة بتلف الحيوان حتّى يثبت فيه خيار الحيوان موقوف على عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، إذ يلزم من ثبوته انفساخه المستلزم لعدم ثبوته، و ما يلزم من وجوده عدمه فهو محال.

١٥٤٨. منشأ الأوّل احتمال كون موضوع الخيار مطلق البيع العرفي الفعلي أعمّ من البيع الشرعيّ الفعلي و البيع الشرعيّ الشأني، أي: البيع بالمال، و هذا الثاني موجود في المقام. و منشأ الثاني احتمال اعتبار البيع الفعلي عرفاً و شرعاً في موضوعه. و الأقوى هو الأوّل. و بالجملة، حال المقام مثل حال بيع الصرف بالنسبة إلى مبدء خيار المجلس، هل هو من حين العقد و لوكان قبل القبض أو من حين القبض؟

١٥٤٩. يحتمل أن يكون المراد من الأوّل و الثاني احتمالي كونها بعد التلف بيعاً أو معاوضة، كما يظهر من صاحب الجواهر﵀ حيث قال في مقام الإشكال عليه بأنّ كلامه﵀ غير منقّح، خصوصاً إشكاله في كونها معاوضة بأنّ التصرّف ليس معاوضة. يعني: يشكل صيرورتها بيعاً بأنّها ليست بيعاً قبل التلف فكيف تصير بيعاً بعده؟! و كذلك صيرورتها معاوضة مستقلّة بعده، بأنّها لم تكن معاوضة قبل التلف، و التصرّف ليس معاوضة، فكيف تصير معاوضة بالتصرّف؟!

و يحتمل أن يكون المراد منهما احتمالي كون مبدإ الثلاثة من حين المعاطاة أو من حين اللزوم، على ما فهمه سيّدنا العلاّمة الأستاذ﵀. يعني: يشكل احتمال كون مبدء الخيار من حين

بقولهم: "إنّها ليست بيعاً"، و الثاني بأنّ التصرّف ليس معاوضة بنفسها اللّهمّ إلاّ أن يجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ بناءً على أنّها ليست لازمة*(١٥٥٠)، و إنّما يتمّ على قول المفيد و من تبعه، و أمّا خيار

.....

المعاطاة، بالتزامهم بأنّها ليست بيعاً قبل التلف، و الخيار من مبدإ الثلاثة إلى تمامها من أحكام البيع، فلايثبت قبله. و احتمال كونه من حين اللزوم بأنّ التصرّف و التلف ليس بيعاً بنفسه، و المفروض أنّ المعاطاة أيضاً ليست بيعاً حين الوقوع، فلابيع بعد التلف حتّى يثبت فيه الخيار.

و الأظهر ما ذكره صاحب الجواهر، و إلاّ يكون الإشكال على الثاني بأنّ التصرّف... خلاف ما فرضه أوّلاً بقوله: «و على تقدير ثبوته» من صيرورتها بيعاً بالتصرّف، لأنّ فرض ثبوت الخيار ملازم لفرض بيعيّتها بعد التلف، مضافاً إلى أنّ المناسب حينئذٍ تبديل المعاوضة بالبيع.

و على ما ذكرنا من أظهريّة ما ذكره صاحب الجواهر لعلّ الوجه في تخصيص ما ذكره من التوجيه بقوله: «اللّهمّ إلاّ أن يقال...» بالإشكال على الاحتمال الثاني هو عدم جريانه بالنسبة إلى الإشكال على الاحتمال الأوّل، بدعوى أنّ التلف ليس جزءاً للبيع قطعاً، وهذا بخلاف المعاوضة المستقلّة، فإنّه يمكن أن يكون جزءاً بالنسبة إليها. و فيه ما لايخفى من المجازفة. فالأولى أن يقال: إنّ التوجيه المذكور راجع إلى كلا الشقّين.

١٥٥٠. ظاهر قوله: «بناءً...» أنّ المختار عنده‌ﷺ على تقدير ثبوت خيار الحيوان أنّ مبدأه من حين المعاطاة، إذ لوكان من حين اللزوم لما كان معنى لهذا البناء و التقييد، ضرورة لزومها حينئذٍ و إلاّ لزم الخلف، إذ المفروض لزومها بالتلف، فالذي يمكن القول فيه بعدم لزومها قبال المفيدﷺ هو زمان ما قبل التلف إلى آنٍ وقوعها، و لازم ذلك التقييد. و صريح قوله: «و إنّما يتمّ على قول المفيد» أنّه لوكانت لازمة قبل التلف لثبت خيار الحيوان، و من المعلوم أنّه من مختصّات البيع، فلابدّ أن يكون كلامه مبنيّاً على كون المعاطاة بيعاً لكن شأناً و باعتبار المآل لافعلاً و باعتبار الحال، لإطباقهم على عدم كونها بيعاً حين الوقوع. فعلى هذا يكون معنى العبارة: أنّ الأقوى عندي - مع فرض كون المعاطاة بيعاً بعد التلف حقيقة، و مع

---

* في بعض النسخ: بلازمة.

العيب و الغبن(١٥٥١) فيثبتان على التقديرين كما أنّ خيار المجلس منتفٍ، انتهى.

و الظاهر أنّ هذا تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة، و أمّا على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل،

.....

فرض كفاية البيع الشأني الاقتضائي في موضوع خيار الحيوان المتحقّق في المعاطاة قبل التلف حسب فرض صيرورتها بيعاً بعده - عدم ثبوت خيار الحيوان في المعاطاة قبل التلف، لأنّها ليست لازمة حينئذٍ على ما اتّفقت عليه كلمة غير المفيد، و يعتبر في ثبوت خيار الحيوان في البيع مطلقاً - و لو الاقتضائي منه - أن يكون لازماً بالفعل من غير جهة الخيار، و المعاطاة ليست كذلك حسب الفرض. هذا ما خطر ببالي في شرح العبارة، إلاّ أنّ مبناه - و هو كفاية البيع الشأني في تحقّق موضوع خيار الحيوان - محلّ نظر بل منع.

١٥٥١. يحتمل أن تكون هذه الفقرة راجعة إلى قوله: «كخيار الحيوان». و يكون المراد من التقديرين في العبارة تقديري صيرورة المعاطاة بيعاً و معاوضة مستقلّة. يعني: و تظهر الثمرة بين الاحتمالين في الأحكام المختصّة بالبيع مثل خيار الحيوان، و أمّا الأحكام الغير المختصّة به - كخياري العيب و الغبن - فلاتظهر الثمرة فيهما، لثبوتهما على كلا الاحتمالين معاً. و يحتمل أن تكون راجعة إلى قوله: «و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان...». و حينئذٍ يكون المراد من التقديرين تقديري اللزوم قبل التلف و عدم اللزوم كذلك. و بعبارة أُخرى: تقديري القول بمقالة المفيد و القول بمقالة غيره.

وعلى كلا الاحتمالين يشكل قوله:«كما أنّ خيار المجلس منتفٍ» بلحاظ ظاهر السياق، و هو انتفاؤه على التقديرين. و الإشكال أمّا على الأوّل فلاستلزامه عدم ثبوت خيار المجلس في البيع، و الحال أنّه من مختصّاته. و أمّا على الثاني فلاستلزامه انتفاء خيار المجلس على تقدير القول باللزوم أيضاً لولا الخيار، و لايمكن الالتزام به، إذ لايبقى حينئذٍ مورد لخيار المجلس، إذ بعد القول باللزوم لافرق بينه و بين البيع العقدي القولي، فإذا لم يجر في الأوّل لايجري في الثاني أيضاً.

هذا و يمكن أن يقال: إنّ هذا الإشكال يرد لوكانت العبارة الأخيرة راجعة إلى قوله: «و أمّا خيار العيب و الغبن...». و أمّا لوكانت راجعة إلى قوله: «و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان...»، كي يكون محصّله التفصيل في ثبوت خيار المجلس و عدمه - مثل خيار الحيوان -

فينبغي* الكلام في كونها معاوضة مستقلّة(١٥٥٢) أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم، حتّى يتبعه حكمها بعد اللزوم؛ إذ الظاهر أنّه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال** في ذلك عندهم على ما تقدّم من المحقّق الثاني، فإذا لزم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم(١٥٥٣) لولا الخيار، و قد تقدّم أنّ الجواز هنا(١٥٥٤) لايراد به ثبوت الخيار.

وكيف كان، فالأقوى أنّها على القول بالإباحة بيع عرفيّ لم يصحّحه الشارع و لم يمضه إلاّ بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه و بعد التلف يترتّب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر(١٥٥٥).

.....

بين القول باللزوم قبل التلف و بين القول بعدمه، و يكون المعنى: أنّ خيار المجلس منتفٍ بناءً على عدم لزوم المعاطاة، و إنّما يتمّ على قول المفيد، فلايرد. فتأمّل، فإنّه و إن كان خلاف الظاهر إلاّ أنّه لابأس به في مقام دفع الإشكال.

١٥٥٢. الظاهر وقوع الغلط في النسخة، و الصحيح «ينبغي» بدل «يلغى». و ذلك بقرينة قوله: «أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم» أي: قبل التلف المسبّب عنه اللزوم، فإنّ أحد المحتملين في كلام الشهيد الثاني‌ﷺ صيرورتها بيعاً بعد التلف، أي: بعد اللزوم الحاصل به، لاكونها بيعاً قبله. و على هذا فالصحيح «الواو» بدل «إذ» في قوله: «إذ الظاهر أنّه عند القائلين...». و غرضه من هذا الكلام بيان اختيار الشقّ الثاني، و هو البيعيّة قبل التلف على القول بإفادة المعاطاة للملك.

١٥٥٣. يعني: اللزوم من أوّل الأمر.

١٥٥٤. هذا دفع لما يتوهّم أن يقال، و حاصل التوهّم: أنّ المعاطاة أيضاً على القول بالملك بيع مبناه على اللزوم لولا الخيار، فيجري فيها أيضاً حكم هذا النحو من البيع. و حاصل الدفع: أنّ هذا يتمّ لو كان الجواز في المعاطاة بمعنى ثبوت الخيار، و قد تقدّم... إلى آخر ما ذكرهﷺ.

١٥٥٥. يشكل هذا الاستثناء بأنّ أدلّة جميع أحكامه كذلك، فلايترتّب عليه شيء من

---

* في بعض النسخ: فيبقي، فيلغو، فيلغى، الظاهر أن يقال: فلاينبغي الكلام، والصحيح: ينبغي بدل يلغي.

** في بعض النسخ: بل لا إشكال.

و المحكيّ عن حواشي الشهيد: أنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جائزة أو لازمة، و الظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كلٍّ من العينين مباحاً عوضاً عن الأُخرى، لكن لزوم* هذه المعاوضة لايقتضي حدوث الملك كما لايخفى، فلابدّ أن يقول بالإباحة اللازمة، فافهم(١٥٥٦).

الأمر الثامن: لاإشكال في تحقّق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصّة و العامّة بما إذا تحقّق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل، و هو قبض العينين. أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع(١٥٥٧) لشرائط اللزوم: فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيءٍ زائد على الإنشاء اللفظي – كما قوّيناه سابقاً، بناءً على التخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمة على اللفظ – فلاإشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً.

.....

أحكامه.

١٥٥٦. لعلّه إشارة إلى دفع توهّم أنّه كيف يحتمل القول باللزوم و الحال أنّ جوازها مجمع عليه؟! و حاصل الدفع: أنه إنّما يرد لو كانت «أو» في كلامه للترديد، و ليس كذلك، و إنّما هو للتنويع، يعني: جائزة تارة كما في صورة بقاء العينين، و لازمة أُخرى كما في مقابلتها.

١٥٥٧. يعني: أمّا إذا حصل إنشاء التمليك أو الإباحة بالقول الغير الجامع لبعض الأُمور التي يشترطها المشهور في اللزوم، مثل الماضويّة و تقدّم الإيجاب على القبول و الموالاة و نحو ذلك، فإن خالفنا المشهور في ذلك، و قلنا بأنّه لايشترط في اللزوم شيء زائد على الإنشاء اللفظي، و إنّما يشترط فيه مطلق الإنشاء القولي و لو تجرّد عن الماضويّة و نحوها ممّا اعتبره المشهور، كما قوّيناه سابقاً بناءً على حصول التخلّص – بمجرّد اعتبار مطلق اللفظ في اللزوم – عن محذور مخالفة اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمة على اللفظ، بأن نعتني بهذا الاتّفاق و نسلّمه منهم، و إلاّ فلانعتبر اللفظ في اللزوم أصلاً، فلاإشكال في صيرورة المعاملة بذلك القول الغير الجامع عقداً لازماً، و أنّه لايحكم عليها بحكم المعاطاة من إفادة الملك الغير اللازم أو الإباحة.

---

* في بعض النسخ: رفع.

و إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار(١٥٥٨) أُمور زائدة على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً أو بشرط تحقّق قبض العين معه أو لايتحقّق به مطلقاً؟ نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقّق بعده تحقّق المعاطاة، فالإنشاء القولي السابق كالعدم، لاعبرة به و لا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقّاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

ظاهر كلام غير واحدٍ من مشايخنا المعاصرين: الأوّل تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقّق و الشهيد الثانيين. قال المحقّق في صيغ عقوده – على ما حكي عنه بعد ذكره

.....

١٥٥٨. قد يورد على هذا التحرير أنّه غلط كيف يقع من الأعلام؟! لأنّ القول الغير الجامع لشرائط اللزوم إمّا أن يكون جامعاً لشرائط الصحّة و إمّا لا. فعلى الأوّل لاريب في كونه صحيحاً، فحينئذٍ يكون مرجع النزاع المذكور إلى أنّ البيع الصحيح الحاصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم هل هو في حكم المعاطاة، و أنّه بيع صحيح مفيد للملك الغير اللازم، أو إباحة؟ و مرجع ذلك إلى النزاع في أنّ البيع بيع أو إباحة، و هو غلط. و على الثاني إمّا ليس ببيع، بأن قيل بوضع البيع للصحيح، أو بيع فاسد، بأن قيل بوضعه للأعمّ. فعلى هذا يكون مرجع النزاع المذكور إلى أنّ البيع الفاسد أو ما ليس ببيع هل هو معاطاة، أي: بيع صحيح مؤثّر في الملك كما هو المشهور بناءً على تأويل المحقّق الثاني لكلماتهم، أو إباحة كما هو المشهور بناءً على ظواهر كلماتهم؟ و هذا أيضاً غلط ظاهر.

و يمكن الذبّ بأنّا نختار الثاني، و أنّ الفاقد لشرائط اللزوم فاقد لشرائط الصحّة، لأنّ شرائط اللزوم شرائط الصحّة أيضاً، فيكون الفاقد لشرائط اللزوم بيعاً فاسداً أو غير بيع بالمرّة. و نقول بأنّ المشروط صحّته بتلك الشروط هو البيع الخاصّ و الفرد المخصوص من كلّي البيع، و هو البيع بالصيغة، لا الكلّي الجامع بينه و مقابله، و هو البيع بلا صيغة. فحينئذٍ يكون مآل النزاع المذكور إلى أنّ الذي لايكون بيعاً صحيحاً خاصّاً – أي: بيعاً بالصيغة – هل هو بيع معاطاة أم لا؟ و هذا مثل أن يقول: هذا الشيء ليس بفرس، و هل هو بغل أم لا بل حمار؟ و منشأ هذا النزاع هو الشكّ في أنّ الصيغة المخصوصة و تلك الشروط معتبرة في خصوص هذا الفرد الخاصّ، أو معتبرة في أصل الكلّي الجامع بينه و بين الفرد الآخر، فتدبّر.

الشروط المعتبرة في الصيغة -: إنّه لو أوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضي منهما، كان معاطاة، انتهى(١٥٥٩). و في الروضة - في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق -: أنّها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح(١٥٦٠)، انتهى. و ظاهر الكلامين: صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره. و ظاهر تصريح جماعة(١٥٦١) منهم المحقّق و العلاّمة[٩٧]: بأنّه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير؛ لأنّ مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساده من جهة مجرّد اختلال شروط الصيغة - كما ربّما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة و قبل شروط العوضين و المتعاقدين - و إمّا* ما يشمل هذا و غيره كما هو الظاهر. وكيف كان، فالصورة الأُولى داخلةٌ قطعاً، و لايخفى أنّ الحكم فيها بالضمان منافٍ لجريان حكم المعاطاة.

و ربّما يجمع بين هذا الكلام و ما تقدّم من المحقّق و الشهيد الثانيين، فيقال: إنّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرّف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلاّ بزعم صحّة المعاملة، فإذا انتفت الصحّة انتفى الإذن؛ لترتّبه على زعم الصحّة، فكان التصرّف تصرّفاً بغير إذن و أكلاً للمال بالباطل؛ لانحصار وجه الحِلّ في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراضٍ أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض، و الأوّلان قد انتفيا بمقتضى الفرض و كذا البواقي؛ للقطع - من جهة زعمهما صحّة المعاملة - بعدم الرضا بالتصرّف(١٥٦٢) مع عدم بذل شئ في المقابل، فالرضا المقدّم كالعدم.

.....

١٥٥٩. قال بعده: «لايلزم إلاّ بذهاب العينين».

١٥٦٠. دلالة هذا الكلام على إجرائه ﷺ حكم المعاطاة على الإنشاء القولي الغير الجامع لشرائط اللزوم - الذي هو محلّ الكلام هنا - إنّما هي من جهة أنّه يستفاد منه أنّ تمام المناط في إجراء حكم المعاطاة على الإشارة هو الإفهام الصريح للمقصود، و معلوم أنّ هذا المناط موجود في موضوع البحث بوجه آكد.

١٥٦١. هذا مبتدأ خبره «هو الوجه الأخير».

١٥٦٢. هذا متعلّق بالقطع.

---

* في بعض النسخ: أو.

فإن تراضيا(١٥٦٣) بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما، فلا كلام في صحّة المعاملة، و رجعت إلى المعاطاة، كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر بإباحتهما التصرّف بأيّ وجهٍ اتّفق، سواء صحّت المعاملة أم فسدت؛ فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء، انتهى.

أقول: المفروض(١٥٦٤) أنّ الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لاتتضمّن إلا إنشاءً واحداً هو التمليك، و من المعلوم أنّ هذا المقدار لايوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك، و الموجود بعده إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض خرج عن محلّ الكلام؛ لأنّ المعاطاة حينئذٍ إنّما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنّك عرفت أنّ ظاهر كلام الشهيد و المحقّق الثانيين حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهمة بقصد البيع و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

و منه يعلم(١٥٦٥): فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بتراضٍ جديد بعد العقد،

.....

١٥٦٣. هذا في مقام المعادل لقوله: «إنّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرّف...» بيان لمورد كلام المحقّق و الشهيد الثانيين و من تبعهما. يعني: ربّما يجمع بين الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد و بين الحكم بجريان حكم المعاطاة، و هو الملازم للحكم بعدم الضمان فيه، و يقال بأنّ مورد الأوّل صورة العلم بعدم الرضا بالتصرّف على تقدير البطلان، و مورد الثاني صورة العلم بتجدّد الرضا به بعد العلم بالفساد.

١٥٦٤. لمّا كان كلام الجامع في بيان مورد كلام المحقّق الثاني قد اشتمل على أمرين، أحدهما: حصول المعاطاة بالتراضي الجديد الحاصل بعد العقد و العلم بالفساد، و قد أفاد هذا الأمر بقوله: «فإن تراضيا - إلى قوله - و رجعت إلى المعاطاة». و ثانيهما: تحقّق المعاطاة بالتراضي الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقيّده بصحّة المعاملة، و قد أفاد هذا الأمر بقوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر...»، تعرّض المصنّف للجواب عن الثاني أوّلاً بقوله: «المفروض...»، و ثانياً بقوله: «مع أنّك عرفت...» إلى آخره، و للجواب عن الأوّل بقوله: «و منه يعلم فساد...»، أي: من أنّ ظاهر كلام الشهيد و المحقّق... . فقوله: «المفروض...» ردّ لقول الجامع: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر...».

١٥٦٥. ردّ لقوله: «فإن تراضيا...».

غير مبنيّ على صحّة العقد.

ثمّ إنّ ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد – مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غيره من الصور، مع أنّ كلام الجميع مطلق – يرد عليه: أنّ هذا التراضي إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد: فإن كان لا على وجه المعاطاة، بل كلّ منهما رضي بتصرّف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرّفه في ماله، فهذا ليس من المعاطاة بل هي إباحة مجّانية من الطرفين تبقى مادام العلم بالرضا، و لايكفي فيه عدم العلم بالرجوع؛ لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال، و لايترتّب عليه أثر المعاطاة: من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرّف إلى حين العلم بالرجوع او مع ثبوت احدهما. و إن كان على وجه المعاطاة فهذا ليس إلاّ التراضي السابق(١٥٦٦) على ملكيّة كلّ منهما لمال الآخر، و ليس تراضياً جديداً؛ بناءً* على أنّ المقصود بالمعاطاة التمليك كما عرفته من كلام المشهور خصوصاً المحقّق الثاني، فلايجوز له أن يريد(١٥٦٧) بقوله المتقدّم عن صيغ العقود:

.....

١٥٦٦. يعني: أنّ هذا التراضي الحادث ليس من حيث المتعلّق. و لكن هذا بناءً على كون المقصود بالمعاطاة هو التمليك، كما عند المشهور سيّما المحقّق الثاني، إذ حينئذٍ يكون معنى التراضي على وجه المعاطاة هو التراضي على وجه التمليك و التملّك، و هو عين التراضي السابق على هذا التراضي الجديد، أعني: التراضي الحاصل في ضمن الإنشاء القولي، حيث إنّ متعلّقه أيضاً كان التمليك و التملّك، فإذا لم يكن هذا النحو من التراضي كافياً في حصول الملكيّة إذا حصل في السابق، فكيف يكون كافياً في حصولها إذا حصل في اللاحق، مع عدم تفاوت بينهما من غير جهة الزمان؟! وكيف كان، قوله: «على ملكيّة كلّ منهما لمالك الآخر» متعلّق بالتراضي لا بالسابق.

١٥٦٧. هذا تفريع على قوله:«خصوصاً المحقّق الثاني». و «التراضي الجديد...» مفعول «يريد». يعني: لايجوز للمحقّق الثاني القائل بإفادة المعاطاة للملك أن يريد من التراضي – في كلامه المتقدّم عن صيغ العقود – التراضي الجديد، المنحصر في التراضي لا على وجه المعاوضة و المعاطاة بقصد التمليك و التملّك، بل على وجه الإباحة و بقصدها، لأنّ التراضي

---

* في بعض النسخ لم ترد بناءً.

"إنّ الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي تدخل في المعاطاة" التراضي الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة. و تفصيل الكلام(١٥٦٨): أنّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط: إمّا أن يقع تقابضهما بغير رضاً من كلٍّ منهما في تصرّف الآخر – بل حصل قهراً عليهما أو على أحدهما و إجباراً على العمل بمقتضى العقد – فلا إشكال في حرمة التصرّف في المقبوض على هذا الوجه. و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلٍّ منهما على ملكيّة الآخر اعتقاداً أو تشريعاً – كما في كلّ قبضٍ 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 لاإشكال فيه في حرمة(١٥٦٩) التصرّف في العوضين، كما أنّه لاإشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التمليك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد.

و أمّا إن وقع الرضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتنائه على استحقاقه بالعقد السابق و لاقصدٍ لإنشاء التمليك**، بل وقع مقارناً لاعتقاد*** الملكيّة الحاصلة، بحيث لولاها(١٥٧٠) لكان

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

.....

على وجه المعاوضة و المعاطاة ليس تراضيا جديداً، بل هو عين التراضي السابق على هذا الآن كما مرّت الإشارة إليه، لمنافاته للقول بالملكيّة، فلابدّ أن يريد به عين التراضي السابق. و عليه، يبطل الجمع المذكور، و يبقى التنافي بين الكلامين على حاله.

١٥٦٨. يعني: تفصيل الكلام في تحقيق أصل المطلب المعنون في هذا التنبيه و بيان المختار فيه، لاتفصيل الكلام في الجمع بين الكلامين و رفع التنافي من البين.

١٥٦٩. الظاهر سقوط**** كلمة «فيه» من بين الإشكال و لفظة «في».

١٥٧٠. الجارّ متعلّق بـ«وقع» و قوله: «وكان المقصود...» عطف على قوله: «لولاها لكان الرضا أيضاً موجوداً» من عطف العلّة على المعلول.

---

* في بعض النسخ: لما يستحقّه. ** في بعض النسخ: تمليك. *** في بعض النسخ: لاعتقاده.

**** كلمة«فيه» موجودة كما تراها في المتن، ولكنّها كانت ساقطة في نسخة المحشّيﷺ، فحاول تصحيحها.

الرضا أيضاً موجوداً، وكان المقصود الأصلي من المعاملة التصرّف و أوقعا العقد الفاسد وسيلةً له و يكشف عنه أنّه لو سئل كلّ منهما عن رضاه بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التمليك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً، فإدخال هذا في المعاطاة يتوقّف على أمرين: الأوّل: كفاية هذا الرضا المركوز في النفس بل الرضا الشأني؛ لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكاً في نظره، و قد صرّح بعض من قارَب عصرنا بكفاية ذلك، و لايبعد رجوع الكلام المتقدّم ذكره إلى هذا؛(١٥٧١)، و لعلّه لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس. الثاني: أنّه لايشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التمليك بالقبض بل و لا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كلّ من العوضين إلى المالك الآخر و الرضا بالتصرّف قبله أو بعده على الوجه المذكور.

و فيه إشكال: من أنّ ظاهر محلّ النزاع بين العامّة و الخاصّة هو العقد الفعلي كما ينبئ عنه قول العلاّمة﵀ – في ردّ كفاية المعاطاة في البيع –: إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد، وكذا استدلال المحقّق الثاني على عدم لزومها: بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة، وكذا ما تقدّم من الشهيد﵀ في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاة لايقوم مقام القول و إنّما يفيد الإباحة إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أنّ محلّ الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، وكذا كلمات العامّة، فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي. و من أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرّد الدلالة على الرضا، و أنّ عمدة الدليل على ذلك هي السيرة؛ و لذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلاّ قبض أحد العوضين، و السيرة موجودة في المقام، فإنّ بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيّات من دكّاكين أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له و على دخول الحمّام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمامي.

فالمعيار في المعاطاة: وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرّف و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة.

.....

١٥٧١. يعني به ما تقدّم ذكره في كلام الجامع من قوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر بإباحتهما التصرّف بأيّ وجه اتّفق...».

المصادر:

١) المصباح المنير: ص٦٩، مادّة : «بيع»

٢) المبسوط ج٦:ص١٧٢.

٣) الوسائل ج١٦:ص٧٤، الباب ٣ من أبواب التدبير، الأحاديث ١، ٣و ٤.

٤) الوسائل ج١٢:ص٢٥٠، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٥.

٥) الوسائل ج١١:ص١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدوّ، الحديث ١ و٦، وج١٢:ص٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٩ و١٠.

٦) القواعد ج١:ص١٣٦ و ٢٢٥.

٧) التذكرة ج١:ص٥٥٦ -٥٥٧ وج ٢: ص٢٩٢.

٨) جامع المقاصد ج٧:ص١٠٣.

٩) الجواهر ج٢٢:ص٢٠٩.

١٠) القواعد و الفوائد ج١:ص٢٩١.

١١) المبسوط ج٢:ص٧٦.

١٢) التذكرة ج١:ص٤٦٢.

١٣) القواعد ج١:ص١٢٣؛ التحرير ج١:ص١٦٤.

١٤) جامع المقاصد ج٤:ص٥٥.

١٥) التذكرة ج١:ص٤٦٢.

١٦) الجواهر ج٢٢:ص٢٤٦.

١٧) مقابس الأنوار: ص١٠٧ (كتاب البيع)، و ص٢٧٥ (كتاب النكاح).

١٨) المبسوط ج٢:ص٧٦.

١٩) السرائر ج٢:ص٢٤٠.

٢٠) مقابس الأنوار: ص٢٧٤.

٢١) المسالك ج٣:ص١٤٤.

٢٢) القواعد و الفوائد ج١:ص١٥٨.

٢٣) البقرة(٢): ٢٧٥.

٢٤) المختلف ج٥:ص٢٤٩؛ الدروس ج٣:ص١٩٧؛ جامع المقاصد ج٤:ص١١٠.

٢٥) المغني لابن قدامة ج٣:ص٥٦١؛ المجموع ج٩:ص١٩١.

٢٦) نهاية الأحكام ج٢:ص٤٤٩.

٢٧) جامع المقاصد ج٤:ص٥٨.

٢٨) الجواهر ج٢٢:ص٢٢٤-٢٢٥.

٢٩) المبسوط ج٢:ص٨٧؛ الخلاف ج٣:ص٤١، كتاب البيوع، المسألة ٥٩.

٣٠) الغنية: ص٢١٤.

٣١) الكافي في الفقه: ص٣٥٢-٣٥٣.

٣٢) التذكرة ج١:ص٤٦٢؛ الإرشاد ج١:ص٣٥٩؛ القواعد ج١:ص١٢٣.

٣٣) الخلاف ج٣:ص٤١، كتاب البيوع، المسألة ٥٩.

٣٤) السرائر ج٢:ص٢٥٠.
٣٥) الكافي في الفقه: ص٣٥٢-٣٥٣.
٣٦) الشرايع ج٢:ص١٣.
٣٧) التذكرة ج١:ص٤٦٢.
٣٨) القواعد و الفوائد ج١:ص١٧٨، القاعدة ٤٧.
٣٩) النساء(٤): ٢٩.
٤٠) جامع المقاصد ج٤:ص٥٨.
٤١) المسالك ج٣:ص١٤٨.
٤٢) مفتاح الكرامة ج٤:ص١٥٨.
٤٣) المبسوط ج٣:ص٣١٥.
٤٤) القواعد ج١:ص٢٧٤.
٤٥) التذكرة ج١:ص٤٦٢.
٤٦) جامع المقاصد ج٤:ص٥٨.
٤٧) نهاية الأحكام ج٢:ص٤٤٩.
٤٨) المسالك ج٣:ص١٤٨.
٤٩) التحرير ج١:ص٢٨٤.
٥٠) مجمع الفائدة ج٨:ص١٣٩-١٤١؛ المفاتيح ج٣:ص٤٨.
٥١) البقرة(٢):٢٧٥.
٥٢) النساء(٤):٢٩.
٥٣) عوالي اللآلي ج١:ص٢٢٢، الحديث ٩٩.
٥٤) المسالك ج٣:ص١٤٩.
٥٥) المبسوط ج٣:ص٣١٥.
٥٦) المسالك ج٣:ص١٥٤.
٥٧) المسالك ج٧:ص١٤٤٧كشف اللثام ج٢:ص٥٥.
٥٨) مستدرك الوسائل ج١٤:ص٨، الباب الأوّل من كتاب الوديعة، الحديث ١٢.
٥٩) المسالك ج٦:ص١٠.
٦٠) الشرايع ج٢:ص٦٨.
٦١) النساء(٤): ٢٩.
٦٢) المائدة(٥):١.
٦٣) تفسير القمّي ج١:ص١٦٠؛ تفسير العياشي ج١:ص٢٨٩، الحديث ٥.
٦٤) لسان العرب ج٩:ص٣٠٩؛ القاموس ج١:ص٣١٥، مادّة: «عقد»؛ مجمع البحرين ج٣:ص١٠٣.
٦٥) الوسائل ج١٥:ص٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.
٦٦) قال الفيروزآبادي في القاموس (ج٢:ص٣٦٨): الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه.
٦٧) كالمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة ج٨:ص١٤٤؛ و المحدّث الكاشاني في مفاتيح الشرايع ج٣:ص٤٨.
٦٨) المقنعة: ص٥٩١.
٦٩) كشف الرموز ج١:ص٤٤٥-٤٤٦.
٧٠) جامع المقاصد ج٥:ص٣٠٩.
٧١) التذكرة ج١:ص٤٦٢.
٧٢) التحرير ج١:ص١٦٤.
٧٣) المسالك ج٣:ص١٥٢.
٧٤) الوسائل ج١٢:ص١١٤، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.
٧٥) الرياض ج١:ص٥١١.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

٧٦) الوسائل ج١٣:ص٢٠٠-٢٠١، الباب ٨ من أبواب المزارعة و المساقاة، الحديث ٤، ٦و١٠.

٧٧) الوسائل ج١٣:ص٢٠١، الباب ٨ من أبواب المزارعة، الحديث ١٠.

٧٨) الوافي ج١٨:ص٦٩٣، الحديث ١٨١٣١.

٧٩) الوسائل ج١٢:ص٣٧٥، الباب ٨ من أبواب العقود، الحديث ١.

٨٠) الجواهر ج٢٢:ص٢٢٤.

٨١) الحدائق ج١٨:ص٣٥٦.

٨٢) الجواهر ج٢٢:ص٢٣٨.

٨٣) الدروس ج٣:ص١٩٢.

٨٤) مجمع الفائدة ج٨:ص١٤١.

٨٥) لسان العرب ج٧:ص١٠٣؛ القاموس ج٤:ص٣٨٤، مادّة: «بشري».

٨٦) التذكرة ج١:ص٤٦٢.

٨٧) يوسف(١٣):٨٢.

٨٨) الجواهر ج٢٣:ص١٧٤.

٨٩) المبسوط ج٣:ص٣١٥.

٩٠) جامع المقاصد ج٤:ص٥٩.

٩١) المسالك ج٦:ص١٠.

٩٢) التذكرة ج٢:ص١٢.

٩٣) جامع المقاصد ج٥:ص٤٥.

٩٤) الذكري: ص١٥٨.

٩٥) المبسوط ج١:ص١٦٢.

٩٦) المسالك ج٣:ص١٤٩.

٩٧) الشرايع ج٢:ص١٣؛ القواعد ج١:ص١٢٣.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مقدّمة في خصوص ألفاظ عقد البيع (١٥٧٢)

قد عرفت أنّ اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود ممّا نقل عليه* الإجماع(١٥٧٣) و تحقّق فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة إليه في بعض النصوص، لكنّ هذا يختصّ بصورة القدرة، أمّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم القدرة على التوكيل لاإشكال و لاخلاف في عدم اعتبار اللفظ و قيام الإشارة مقامه، و كذا مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه(١٥٧٤)

.....

١٥٧٢. يعني: خصوصيّاتها من حيث المادّة و الهيئة.

١٥٧٣. مقتضى إطلاقات أدلّة البيع و سائر العقود الحاكمة على أصالة الفساد عدم اعتباره في الصحّة، و لادليل على التقييد، لعدم الحجّية في الإجماع المنقول و الشهرة، سيّما في مثل المقام المحتمل فيه أن يكون نظر بعض القائلين بالاعتبار إلى توهّم دلالة بعض النصوص عليه، فلايكون دليلاً على حدة. مع أنّه ليس لنا نصّ يدلّ عليه، أمّا حديث «إنّما يحلّل الكلام...» فلما عرفت سابقاً أنّ دلالته عليه مبنيّة على إرادة الوجه الأوّل من الوجوه المحتملة في معناه، و هي ممّا لاسبيل إليه، لاستلزامه تخصيص الأكثر. و أمّا غيره ممّا اشتمل على ذكر اللفظ في البيع و الشراء - كما في أخبار بيع المصحف، و أخبار بيع الأطنان، و أخبار بيع الآبق - فلوروده مورد حكم آخر.

ثمّ إنّ مقتضى الإطلاقات و استصحاب الأثر الحاصل من العقد - المعبّر عنه بأصالة اللزوم - هو عدم اعتبار اللفظ في اللزوم أيضاً، إلاّ أنّه قام الإجماع على اعتباره فيه في البيع و غيره، فتأمّل. و أمّا حديث «إنّما يحلّل الكلام» فقد مرّ الخدشة في دلالته على اعتباره في اللزوم حتّى في مورده. هذا في غير النكاح. و أمّا في النكاح فلاريب في اعتبار اللفظ فيه في الصحّة و إلاّ لايبقى مورد للزنا، إلاّ إذا كانت الامرأة ذات بعل أو مكرهة أو في العدّة، فتدبّر.

١٥٧٤. و لا لقوله: «ما غلب اللّه عليه أولى بالعذر» لظهوره في العذر في الحكم التكليفي، و لاأقلّ من عدم ظهوره في الأعمّ، بل لدليل آخر على خلاف ما يدلّ على اعتبار اللفظ مطلقاً لو كان، و هو فحوى ما ورد... .

---

* في بعض النسخ زيادة: عقد.

– كما قيل[1] –لأنّ الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس، فإنّ حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب(١٥٧٥). ثمّ لو قلنا: بأنّ الأصل في المعاطاة اللزوم(١٥٧٦) بعد القول بإفادتها الملكيّة، فالقدر المخرج صورة(١٥٧٧) قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

و الظاهر أيضاً كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة؛ لفحوى ما ورد من النصّ على جوازها في الطلاق، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه. و أمّا مع القدرة على الإشارة فقد رجّح بعض الإشارة؛ و لعلّه لأنّها أصرح في الإنشاء من الكتابة. و في بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس و إليه ذهب الحلّي‌ﷺ هناك.

ثمّ الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ تارةً يقع في موادّ الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية و من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة. و اُخرى في هيئة كلٍّ من الإيجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعليّة، و كونه بالماضي. و ثالثة في هيئة تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالاة.

أمّا الكلام من حيث المادّة، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات. قال في التذكرة: الرابع من شروط الصيغة التصريح، فلايقع بالكناية بيعٌ البتّة*، مثل قوله: أدخلته في ملكك

١٥٧٥. يعني: عدم وجوب التوكيل.

١٥٧٦. هذا بمنزلة الاستدراك عمّا يستفاد من السابق، يعني: أنّ ما يقتضيه قولنا في السابق: «أمّا مع العجز عنه كالأخرس...»، من اعتبار الإشارة في لزوم المعاملة إنّما هو مبنيّ على أن لايكون الأصل في المعاطاة هو اللزوم، و أمّا بناءً على كون الأصل فيها اللزوم فلا حاجة في اللزوم مع العجز عن اللفظ إلى الإشارة، بل يكفي فيه التعاطي بقصد المعاوضة، لأنّ القدر المخرج عن هذا الأصل هو صورة التعاطي مع قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ، و هي غير المفروض. و من هنا يعلم الحال في الكتابة.

١٥٧٧. وجه حصر الخارج بها بناءً على كون الدليل المخرج مثل الإجماع واضح. و

---

* في بعض النسخ: بالكناية مع النيّة.

أو جعلته لك أو خذه منّي بكذا أو سلّطتك عليه بكذا؛ عملاً بأصالة بقاء الملك، و لأنّ المخاطب لايدري بِمَ خوطب[٢]، انتهى. و زاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قوله: "أعطيتكه بكذا" أو "تسلّط عليه بكذا". و ربّما يبدّل هذا(١٥٧٨) باشتراط الحقيقة في الصيغة، فلاينعقد بالمجازات(١٥٧٩) حتّى صرّح بعضهم: بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد. و المراد بالصريح كما يظهر من جماعة من الخاصّة و العامّة[٣] في باب الطلاق و غيره: ما كان موضوعاً لعنوان* ذلك العقد لغةً أو شرعاً، و من الكناية: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادة نفسه بالقرائن، و هي على قسمين عندهم: جليّة و خفيّة.

و الذي يظهر(١٥٨٠) من النصوص المتفرّقة في أبواب العقود اللازمة و الفتاوي المتعرّضة لصيغها في البيع بقولٍ مطلق و في بعض أنواعه و في غير البيع من العقود اللازمة، هو الاكتفاء بكلّ لفظٍ له ظهور عرفيّ معتدّ به في المعنى المقصود، فلا فرق بين بعت و ملّكت و بين قوله: نقلت إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا، وهذا هو الذي قوّاه جماعة من متأخّري المتأخّرين.

و حكي عن جماعة ممّن تقدّمهم – كالمحقّق على ما حكي عن تلميذه كاشف الرموز

أمّا بناءً على كون الدليل حديث «إنّما يحلّل الكلام» فلاوجه له إلاّ دعوى الانصراف.

١٥٧٨. مآل هذا و ما مرّ من التذكرة إلى أمر واحد، و هو اعتبار كون اللفظ المنشأ به المعاملة موضوعاً لعنوان المعاملة. و أمّا الثاني فواضح. أمّا الأوّل فلأنّ الصريح – كما ذكره المصنّف – هو اللفظ الموضوع لعنوان العقد.

١٥٧٩. هذا تفريع على عدم الوقوع بالمجازات و عدم الوقوع بالكناية هناك، إذ لايلزم ذكر جميع ما يتفرّع على شيءٍ في مقام التفريع، بل يجوز الاكتفاء بذكر البعض، فقد اكتفى كلّ من العلاّمة و المبدّل بذكر أحد اللازمين. و من هنا يظهر فساد توهّم الاختلاف بين التعبيرين في المقتضى – بالفتح – بالمهاكسة، لاقتضاء الأوّل وقوعه بالمجاز دون الكناية، و اقتضاء الثاني وقوعه بالكناية دون المجاز.

١٥٨٠. غرضه بيان ما ينافي نسبة الحكم المذكور إلى المشهور، و أنّ كلماتهم ظاهرة في خلافه.

---

* في بعض النسخ: بعنوان.

أنّه حكى عن شيخه المحقّق -: أنّ عقد البيع لايلزم فيه لفظٌ مخصوص و أنّه اختاره أيضاً[٤]. و حكي عن الشهيدﷺ في حواشيه: أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه، مثل: "أسلّمت إليك" و "عاوضتك". و حكاه في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين بل هو ظاهر العلاّمةﷺ في التحرير، حيث قال: إنّ الإيجاب اللفظ الدالّ على النقل مثل: "بعتك" أو " ملّكتك" أو ما يقوم مقامهما. و نحوه المحكيّ عن التبصرة و الإرشاد و شرحه لفخرالإسلام.

فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النقل، فكيف لاينعقد بمثل "نقلته إلى ملكك" أو "جعلته ملكاً لك بكذا"؟! بل ربّما يدّعى أنّه ظاهر كلّ من أطلق(١٥٨١) اعتبار الإيجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظٍ خاصٍّ كالشيخ و أتباعه، فتأمّل. و قد حكي عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السلم. و صرّح جماعة أيضاً في بيع "التولية" بانعقاده بقوله: "ولّيتك العقد" أو "ولّيتك السلعة"، و التشريك في المبيع بلفظ: "شرّكتك". و عن المسالك في مسألة تقبّل* أحد الشريكين في النخل حصّة صاحبه بشيءٍ معلومٍ من الثمرة: أنّ ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبيل**، مع أنّه لايخرج عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة(١٥٨٢) عند جماعة.

١٥٨١. و فيه: أنّ الإطلاق وارد في مقام اعتبار أصل اللفظ. و في بعض النسخ المصحّحة لفظ «فتأمّل» بعد قوله «و أتباعه». و هو إشارة إلى ما ذكرناه.

١٥٨٢. هذا هو الأقوى. و مفهومها تملّك أحد الشريكين أو الشركاء حصّة الآخر على وجه الضمان ببدلها الذي عيّناه مثل القرض، غاية الأمر أنّ الأصيل في القرض هو المقرض و المقترض تابع له، و فيها بالعكس، فإنّ الأصيل فيها هو المتقبّل، و صاحب الحصّة تابع له، و لذا لايجري فيها الربا، لعدم الدليل على حرمته في مطلق المعاملة، لإجمال الآية بعد القطع بأن ليس المراد منها ظاهرها، أعني: حرمة الزيادة مطلقاً، و اختصاص سائر الأدلّة بالقرض و البيع أو اطلق المعاوضة. و قضيّة عموم آية الوفاء بالعقود لزوم مثل هذه المعاملة، و لزوم مال القبالة على المتقبّل مطلقاً، حتّى في صورة التلف بالآفة السماويّة أو الأرضيّة الإلهيّة كلاً أو بعضاً، و لامخصّص له. فاشتراط الأصحاب لزومها بالسلامة و عدم التلف بها لاوجه له، كما صرّح به

---

* في بعض النسخ: تقبيل.

** في بعض النسخ: التقبّل

هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع، و أمّا في غيره، فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاصّ، فجوّزوه بقوله: "تصرّف فيه أو انتفع به و عليك ردّ عوضه" أو "خُذْه بمثله" و "أسلفتك" و غير ذلك ممّا عدّوا مثله في البيع من الكنايات، مع أنّ القرض من العقود اللازمة(١٥٨٣) على حسب لزوم البيع و الإجارة. و حكي عن جماعة في الرهن: أنّ إيجابه يؤدّى(١٥٨٤) بكلّ لفظ يدلّ عليه، مثل قوله: "هذه وثيقة عندك"، و عن الدروس تجويزه بقوله: "خذه" أو "أمسكه بمالك". و حكي عن غير واحد: تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة بلفظ "تعهّدت المال" و "تقلّدته" و شبه ذلك. و قد ذكر المحقّق و جماعة ممّن تأخّر عنه: جواز الإجارة بلفظ العارية معلّلين بتحقّق القصد. و تردّد جماعة في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة. و قد ذكر جماعة: جواز المزارعة بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعة، و عن مجمع البرهان كما في غيره: أنّه لاخلاف في جوازها بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب مع كونه ماضياً، و عن المشهور: جوازها بلفظ "أزرع". و قد جوّز جماعة الوقف بلفظ: "حرّمت" و "تصدّقت" مع القرينة الدالّة على إرادة الوقف، مثل: "أن لايباع و لايورّث"، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنّهما من الكنايات. و جوّز جماعة: وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتّع مع أنّه ليس صريحاً فيه. و مع

.....

الشهيد الثاني في الروضة و المحقّق الثاني في جامع المقاصد على ما ببالي.

نعم، لو اشترط كون مال القبالة من نفس المال المشترك بنحو الكلّي في المعيّن، فتلف الكلّ أو البعض بمقدار لايمكن أداؤه من الباقي، انفسخت المعاملة فيما تعذّر التسليم فيه. و لايمكن تنزيل كلام الأصحاب على ذلك، لتصريحهم بحساب التالف على المتقبّل و صاحبه في صورة تلف البعض. و بالجملة، عبارات الأصحاب المرتبطة بتلك المسألة في بيع الثمار و المزارعة ليست على طبق القاعدة، مع عدم قيام دليل يوافقها، فراجع و لاحظ و تأمّل.

١٥٨٣. و عن الروضة: «و إنّما لم ينحصر بلفظ خاصّ لأنّه من العقود الجائزة» انتهى. و اللزوم هو الأقوى.

١٥٨٤. مع أنّه لازم من قِبَل الراهن. و عن الروضة: «إنّما لم ينحصر بخاصّ لأنّه جائز من طرف المرتهن الذي هو العمدة في الباب فغلّب» انتهى. و فيه ما ترى.

هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، و أنّه لايجوز بالألفاظ المجازيّة خصوصاً مع تعميمها للقريبة و البعيدة كما تقدّم عن بعض المحقّقين.

و لعلّه لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيّة في العقود اللازمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعة لذلك العقد، جمع المحقّق الثاني – على ما حكي عنه في باب السَلَم و النكاح – بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة و هو جمع حسن(۱۵۸۵).

.....

۱۵۸۵. لوكانت كلماتهم في طرف النفي قابلة للحمل على المجازات البعيدة، و ليس كذلك، حيث إنّ الظاهر من تعليل العلاّمة عدم الوقوع بالكناية بأنّ «المخاطب لايدري بِمَ خوطب» بملاحظة عدم صحّة إرادة ظاهره بإطلاقه لكذبه، مضافاً إلى عدم حصول المعاهدة حينئذٍ، فيخرج عن محطّ كلامهم بملاحظة تعليل بعضهم اعتبار الصراحة بتوقيفيّة الأسباب الشرعيّة، إذ الظاهر منه عدم التشكيك في تحقّق العقد، و أنّه يعتبر فيه مع ذلك كونه متلقّى من الشارع، و من المعلوم أنّه لايكون هذا مع العلم بالمراد.

و بالجملة، لاريب أنّ المراد منه ليس ظاهره، فلابدّ أن يكون مراده منه إمّا نفي العلم المستند إلى ظهور اللفظ المنشأ به المعاملة في المراد و لو بواسطة القرينة، و إمّا نفي العلم المستند إلى ظهوره فيه من جهة وضعه له. فإن أُريد الأوّل فليس لازمه التفصيل المذكور، بل التفصيل في المجازات بين المتّصلة قرائنها و المنفصلة قرائنها، بكفاية الأوّل و لوكان مجازاً بعيداً دون الثاني و لوكان قريباً، و ذلك لظهور اللفظ في المراد في الأوّل، لأنّ القرينة المتّصلة تصير منشأ لظهور اللفظ في المراد، و هذا بخلاف الثاني. هذا، مع بطلان إرادة الأوّل في حدّ نفسه، من جهة دلالته حينئذٍ على أنّ المراد من الصريح المعتبر في الصيغة مطلق ما كان ظاهراً في المعاملة و لو بواسطة القرينة، و هو منافٍ لما يظهر منهم في معنى الصريح من أنّه ما كان ظاهراً فيها من جهة وضعه لها. و إن أُريد الثاني فلازمه الحكم بعدم كفاية المجاز مطلقاً و لو كان قريباً. و بالجملة، لامجال للجمع المذكور إلاّ أن يكون مراده ما ذكرنا من التفصيل، و هو كما ترى.

و لعلّ الأحسن منه*(١٥٨٦): أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظيّة الوضعيّة، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع؛ إذ لايعقل الفرق في الوضوح(١٥٨٧) الذي هو مناط الصراحة بين إفادة لفظٍ للمطلب بحكم الوضع أو إفادته له بضميمة لفظٍ آخر يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ. و هذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد؛ فإنّ الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين – و إن كان من المجازات القريبة جدّاً – رجوع عمّا بني عليه من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد؛ و لذا لم يجوّزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقالٍ أو اقتران حالٍ تدلّ على إرادة البيع جزماً. و ممّا ذكرنا يظهر الإشكال في الاقتصار(١٥٨٨) على المشترك اللفظي اتّكالاً على القرينة الحاليّة المعيّنة وكذا المشترك المعنوي.

.....

١٥٨٦. فيه: أنّ الظاهر من كلماتهم اعتبار الحقيقة في نفس اللفظ المنشأ به المعاملة، و هو منافٍ للتعميم المذكور.

١٥٨٧. هذا تمام لوكان مناط الصراحة مطلق الوضوح في المراد و إن نشأ من القرينة، إلاّ أنّه لاوجه حينئذٍ للفرق بين القرينة اللفظيّة و غيرها، حيث إنّ الظهور في الثاني أيضاً لفظي، لما مرّ أنّ القرينة المتّصلة – و إن كانت حاليّة – منشأ لظهور اللفظ في المراد، فيكون الإنشاء باللفظ الظاهر في المقصود، لا بغيره حتّى يكون رجوعاً عمّا بنى عليه من عدم العبرة بغير الألفاظ في إنشاء المقاصد. و أمّا لوكان مناط الصراحة هو الوضوح المستند إلى خصوص وضع اللفظ للمعنى المنشأ به – كما هو صريح تفسيرهم الصريح بما كان موضوعاً لعنوان العقد المنشأ به – فعدم الفرق غير معقول. و بالجملة، لاحسن فيما ذكره فضلاً عن كونه أحسن.

١٥٨٨. هذا منافٍ لدعواه عدم الخلاف فيما بعد في صحّة الإيجاب بلفظ «بعت» إذ لاإشكال في اشتراكه لفظاً بين البيع و الشراء، و كثرة استعماله في البيع ليست من القرائن اللفظيّة. و هذا دليل آخر على عدم صحّة ما ذكره من الجمع.

---

* في بعض النسخ: و لعلّ الأولى أن يراد.

و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدّم في عبارة التذكرة بقولـه: "لأنّ المخاطب لايدري بِمَ خوطب"؛ إذ ليس المراد أنّ المخاطب لايفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجيّة، بل المراد أنّ الخطاب بالكناية لمّا لم يدلّ على المعنى المنشأ(١٥٨٩) ما لم يقصد الملزوم(١٥٩٠)؛ – لأنّ اللازم الأعمّ كما هو الغالب بل المطرّد في الكنايات لايدلّ على الملزوم ما لم يقصد المتكلّم خصوص الفرد المجامع* مع الملزوم الخاص – فالخطاب في نفسه محتمل(١٥٩١)، لايدري المخاطب بِمَ خوطب و إنّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيّة الكاشفة عن قصد المتكلّم. و المفروض على ما تقرّر في مسألة المعاطاة(١٥٩٢) أنّ النيّة بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال(١٥٩٣) لاتؤثر في النقل و الانتقال، فلم يحصل هنا عقدٌ لفظيّ يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه لايجري في جميع ما ذكروه من

.....

١٥٨٩. يعني بذلك عنوان المعاملة.

١٥٩٠. يعني: ما لم يقصد المنشئ من اللازم – الذي به كنّى عن المعنى المنشأ – الفرد الملازم للملزوم المقصود من الخطاب، و هو المعنى المنشأ و عنوان المعاملة من بين أفراد هذا اللازم. و يرشد إلى هذا التفسير قوله بعد ذلك: «ما لم يقصد المتكلّم خصوص الفرد المجامع مع الملزوم الخاصّ».

١٥٩١. يعني: أنّ الخطاب و العقد من جهة عدم اشتماله على لفظ يدلّ على عنوان المعاملة – و لو بطور القرينة على ما هو المراد منه – محتمل لإرادة غير المعاملة الكذائيّة، لايدري و لايعلم المخاطب بالعقد بأيّ معنى خوطب؟ علماً مستنداً إلى اللفظ، و إنّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيّة الغير اللفظيّة الكاشفة عن قصد المتكلّم من اللازم الملزوم.

١٥٩٢. يعني به الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة في معنى قوله: «إنّما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام». و فيه: أنّه نعم و لكن ما نحن فيه ليس من هذا، إذ قد مرّ أنّ الانكشاف باللفظ المحتفّ بالقرينة الحاليّة انكشاف بالقول أيضاً.

١٥٩٣. و الكناية من الثاني، فإنّ نيّة الملزوم – الذي هو المقصود فيها – انكشفت بغير الأقوال.

---

* في بعض النسخ: الجامع.

أمثلة الكناية(١٥٩٤).

ثمّ إنّه ربّما يدّعى: أنّ العقود(١٥٩٥) المؤثّرة في النقل و الانتقال أسباب شرعيّة توقيفيّة كما حكي عن الإيضاح من أنّ كلّ عقدٍ لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء، فلابدّ من الاقتصار على المتيقّن. و هو كلام لامحصّل له عند مَن لاحظ فتاوى العلماء فضلاً عن الروايات المتكثّرة الآتية بعضها. و أمّا ما ذكره الفخر﵀، فلعلّ المراد فيه من الخصوصيّة المأخوذة في الصيغة شرعاً هي اشتمالها على العنوان المعبّر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع، فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبّراً عنها في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجيّة أو المتعة، فلابدّ من اشتمال عقدها على هذه العناوين، فلايجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك، و هكذا الكلام في العقود المنشأة للمقاصد الأُخر كالبيع و الإجارة و نحوهما. فخصوصيّة اللفظ(١٥٩٦) من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع أو ما يرادفها لغةً أو عرفاً؛ لأنّها بهذه العنوانات موارد للأحكام الشرعيّة التي لاتحصى.

١٥٩٤. إذ القرينة في بعضها مثل «أدخلته في ملكك» لفظيّة، لأنّ القرينة فيه هو قوله: «في ملكك» و هو لفظ. كذا قيل، فتأمّل.

١٥٩٥. لمّا كان هذا المدّعى من جهة حصر الجواز بالقدر المتيقّن - المراد به الحقيقة - منافياً لما ذكره في الجمع بين الكلمات، و هو جواز العقد بمطلق اللفظ المفيد له إفادة الوصفيّة، و لوكان مجازاً محفوفاً بالقرينة اللفظيّة الوصفيّة، تعرّض لذكره و الإشكال عليه بقوله: «و هو كلام لامحصّل له» و نفي شهادة كلام الفخر على مرامه بقوله: «أمّا ما ذكره الفخر لعلّ المراد...». و على كلّ حال فقوله: «فلابدّ من الاقتصار...» من كلام المدّعي لا الفخر﵀.

١٥٩٦. يعني: لفظ الصيغة. و ضمير «اشتمالها» راجع إلى الصيغة. و المراد من اشتمال الصيغة على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع في مقام التعبير عن المعاملات الخاصّة في ضمن الصيغة المقصود بها تحقّقها، سواء أنشئت المعاملة بهذا اللفظ أو أنشئت بلفظ آخر، و جعل هذا اللفظ قرينة على المراد منه، فيوافق حينئذٍ ما ذكره في مقام الجمع بين الكلمات.

وعلى هذا، فالضابط وجوب إيقاع العقد(١٥٩٧) بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع؛ إذ لو وقع بإنشاء غيرها، فإن كان لا مع قصد تلك العناوين - كما لو لم تقصد المرأة إلاّ هبة نفسها أو إجارة نفسها مدّة للاستمتاع - لم يترتّب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجيّة الدائمة أو المنقطعة، و إن كان بقصد هذه العناوين دخلت في الكناية التي عرفت أنّ تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال.

فما ذكره الفخر﵀ مؤيّد(١٥٩٨) لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده﵀. و إليه يشير أيضاً ما عن جامع المقاصد: من أنّ العقود متلقّاة من الشارع، فلاينعقد عقدٌ بلفظٍ آخر ليس من جنسه°(١٥٩٩). و ما عن المسالك: من أنّه يجب الاقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغةً، و مراده من "المنقولة شرعاً" هي: المأثورة في كلام الشارع. و عن كنز العرفان في باب النكاح : أنّه حكمٌ شرعيٌّ حادث فلابدّ له من دليلٍ يدلّ على حصوله و هو العقد اللفظي المتلقى من النصّ.

.....

١٥٩٧. يعني: إيقاع عقد العلاقة بين الرجل و المرأة مثلاً بإنشائها بالألفاظ التي في لسان الشارع يعبّر عنها بها - أو بما يرادفها في لغته أو في سائر اللغات - مثل التزويج و النكاح، إذ لو وقع عقد تلك العلاقة بإنشاء غيرها، أي: ما نشأ بها بغير الألفاظ الدائرة في لسان الشارع عند التعبير عنها، مثل هبة البضع أو إجارته مدّة معلومة، فإن لم يقصد من ذلك تلك العلاقة لابنحو التجوّز و لابنحو الكناية، بل قصد نفس ما وضع له، فلايترتّب عليه آثار تلك العلاقة، لعدم القصد إليها. و إن قصد منه ذلك مجازاً أو كناية فيدخل في المجاز و الكناية، و قد مرّ أنّ تجويزهما رجوع إلى عدم اعتبار القول في إفادة المقصود، و كذلك الكلام في غيرها من سائر العلاقات و المعاملات. هذا، و فيه: أنّا نختار الشقّ الثاني و نجوّزه فيما إذا كانت هناك قرينة متّصلة تدلّ على المطلوب، و نمنع رجوع تجويزه في هذه الصورة إلى عدم اعتبار القول في إفادة المقصود، و قد مرّ سند المنع.

١٥٩٨. يعني: بعد التوجيه المذكور.

١٥٩٩. يعني: ليس من جنس ذاك العقد من حيث الوضع اللغوي و العرفي و الشرعيّ.

ثمّ ذكر لإيجاب النكاح ألفاظاً ثلاثة، و علّلها بورودها في القرآن[٦]. و لايخفى أنّ تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه: من تفسير توقيفيّة العقود و أنّها متلّقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقّن. و من هذا الضابط تقدر على تميز* الصريح المنقول شرعاً المعهود لغةً من الألفاظ المتقدّمة في أبواب العقود المذكورة من غيره(١٦٠٠)، و أنّ الإجارة بلفظ العارية غير جائزة، و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلاً لايبعد جوازه(١٦٠١) و هكذا.

إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول، منها: لفظ "بعت" في الإيجاب، و لاخلاف فيه فتوىً و نصاً، و هو و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء، لكن كثرة استعماله في وقوع البيع تعيّنه**(١٦٠٢).

و منها: لفظ "شريت"*** لوضعه له، كما يظهر من المحكي عن بعض أهل اللغة[٧]، بل قيل: لم يستعمل في القرآن الكريم إلاّ في البيع، و عن القاموس: شراه يشريه: ملكه**** بالبيع و باعه،

١٦٠٠. الجارّ متعلّق بالتمييز، و الضمير راجع إلى الصريح.

١٦٠١. و لعلّه لاشتمال العقد على العنوان المعبّر به عن العلاقة الخاصّة الإجاريّة في لسان الشارع، إذ قد عبّر عنها في بعض الأخبار ببيع السكنى، كما في رواية إسحاق المتقدّمة في الكلام في تعريف البيع، و ببيع المنفعة، كما في أخبار بيع منفعة الأراضي الخراجيّة. و لعلّ وجه عدم جزمه بالجواز احتمال كون التعبير المذكور تبعاً لكلام السائل، لابنحو الأصالة حتّى يدلّ على كونه عنواناً لها في لسان الشارع.

١٦٠٢. في النسخة سقط*****، و الصحيح هكذا: و لكن كثرة استعماله في وقوع البيع به تعيّنه، و منها: لفظ «شريت» لوضعه له... .

---

* في بعض النسخ: تميّز. ** في بعض النسخ: لكن كثرة استعماله في البيع وصلت إلى حدّ تغنيها عن القرينة.

*** في بعض النسخ زيادة: فلا إشكال في وقوع البيع به. **** في بعض النسخ: إذا ملكه.

***** كانت العبارة في نسخة المحشّي‌ﷺ هكذا: لكن كثرة استعماله في وقوع البيع به لوصف له...، فصحّحها بما يوافق المتن هنا.

و اشتراه (١٦٠٣) فيهما* ضدّ. و عنه أيضاً: كلّ من ترك شيئاً(١٦٠٤) و تمسّك بغيره فقد اشتراه[٨]. و ربّما يستشكل فيه: بقلّة استعماله عرفاً في البيع وكونه محتاجاً إلى القرينة المعيّنة و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار و كلام القدماء، و لايخلو عن وجه.

و منها: لفظ "ملّكت" بالتشديد، و الأكثر على وقوع البيع به بل ظاهر نكت الإرشاد الاتّفاق عليه؛ حيث قال: إنّه لايقع البيع بغير اللفظ المتّفق عليه ك"بعت" و "ملّكت". و يدلّ عليه: ما سبق في تعريف البيع من أنّ التمليك بالعوض المنحلّ إلى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً و لغةً كما صرّح به فخرالدين، حيث قال: إنّ معنى "بعت" في لغة العرب: ملّكت غيري. و ما قيل[٩]: من أنّ التمليك يستعمل في الهبة بحيث لايتبادر عند الإطلاق غيرها، فيه: أنّ الهبة إنّما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض لا من مادّة التمليك، فهي مشتركة معنىً بين ما يتضمّن المقابلة و بين المجرّد عنها، فإن اتّصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركّب – بمقتضى الوضع التركيبي – البيع، و إن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيّة المجّانية. و قد عرفت سابقاً: أنّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبة المعوّضة أو قصد المصالحة، بُنيت صحّة العقد به على صحّة عقد بلفظ غيره مع النيّة. و يشهد لما ذكرنا قول فخرالدين في شرح الإرشاد: إنّ معنى "بعت" في لغة العرب ملّكت غيري.

.....

١٦٠٣. يعني: أنّ «شرى» مثل «اشترى» بمعنى ملك بالبيع بالتخفيف. و هذا هو المعنى المصطلح له عرفاً. و بمعنى «باع» بالمعنى المصطلح لـ«باع». و استعماله فيه قليل في العرف. فـ«شرى» و «اشترى» موضوعان لمعنيين متضادّين.

١٦٠٤. و من المعلوم صدق هذا العنوان على كلّ من البائع و المشتري، فيكون الاشتراء من الأضداد. و لعلّ غرضه من ذكر هذا الكلام بعد الكلام السابق إفادة أنّ الشراء مشترك لفظاً بين الضدّين، نظراً إلى قاعدة عدم تغيّر مبدأ الاشتقاق في المشتقّات عمّا كان عليه من حيث الاشتراك و عدمه، لإفادة كون الاشتراء كذلك كي يرد عليه أنّ الكلام هنا في «شريت» لا في «اشتريت».

---

* في بعض النسخ: فهما.

و أمّا الإيجاب بـ"اشتريت"، ففي مفتاح الكرامة: أنّه قد يقال بصحّته -كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، و المنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد[١٠] -.

أقول: و قد يستظهر ذلك من عبارة كلٍّ من عطف على "بعت" و "ملّكت" شبههما أو ما يقوم مقامهما؛ إذ إرادة خصوص لفظ "شريت" من هذا بعيد جدّاً، و حمله على إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأُخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعيّن إرادة ما يرادفهما لغةً أو عرفاً، فيشمل "شريت" و "اشتريت"، لكنّ الإشكال المتقدّم في "شريت" أَوْلى بالجريان هنا؛ لأنّ "شريت" استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلاّ فيه بخلاف "اشتريت" و دفع الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدالّ على كونه إيجاباً - إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول و إمّا لغلبة ذلك - غير صحيح؛ لأنّ الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه إلاّ أن يدّعى أنّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحة مختصّ بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد، و تميّزه عمّا عداه من العقود. و أمّا تميّز إيجاب عقد معيّن عن قبوله الراجع إلى تميّز البائع عن المشتري فلايعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد و لو بقرينة المقام أو غلبته* أو نحوهما، و فيه إشكال.

و أمّا القبول فلاينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ "قبلت" و "رضيت" و "اشتريت" و "شريت" و "ابتعت" و "تملّكت" و "ملكت" مخفّفاً . وأمّا "بعت"، فلم ينقل إلاّ من الجامع، مع أنّ المحكيّ عن جماعة من أهل اللغة اشتراكه بين البيع و الشراء[١١]، و لعلّ الإشكال فيه كإشكال "اشتريت" في الإيجاب. و اعلم أنّ المحكيّ عن نهاية الإحكام و المسالك أنّ الأصل 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 الإيجاب. ثمّ إنّ في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ و شبهها، وجهين.

"فرع": لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول ثمّ اختلفا في تعيين الموجب و القابل - إمّا بناءً على جواز تقديم القبول و إمّا من جهة اختلافهما في المتقدّم -

---

* في بعض النسخ: بغلبته.

فلايبعد الحكم بالتحالف، ثمّ عدم ترتّب الآثار المختصّة بكلٍّ من البيع و الاشتراء على واحدٍ منهما.

مسألة: المحكيّ عن جماعة منهم: السيّد عميد الدين و الفاضل المقداد[١٢] و المحقّق و الشهيد الثانيان: اعتبار العربيّة في العقد؛ للتأسيّ كما في جامع المقاصد و لأنّ عدم صحّته بالعربي الغير الماضي يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريق أوْلى. و في الوجهين ما لايخفى(١٦٠٥). و أضعف منهما : منع صدق العقد على غير العربي مع التمكّن من العربي. فالأقوى صحّته بغير العربي.

و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادّة و الهيئة بناءً على اشتراط العربي؟ الأقوى ذلك؛ بناءً على أنّ دليل اعتبار العربيّة هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من أسباب النقل و كذا اللحن في الإعراب. و حكي عن فخرالدين: الفرق بين ما لو قال: "بَعتك" بفتح الباء – و بين ما لو قال: "جوّزتك" بدل "زوّجتك"، فصحّح الأوّل دون الثاني إلاّ مع العجز عن التعلّم و التوكيل. و لعلّه لعدم معنى صحيح في الأوّل إلاّ البيع، بخلاف التجويز؛ فإنّ له معنىً آخر ، فاستعماله في التزويج غير جائز(١٦٠٦) و منه يظهر أنّ اللغات المحرّفة لابأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

.....

١٦٠٥. أمّا في الأوّل فلأنّ وجوب التأسّي يتوقّف على إحراز أمرين: شرعيّة الفعل، و أنّ الوجه فيه هو الوجوب، و كلاهما مفقود في المقام. أمّا الأوّل فلاحتمال بل القطع بكونه من الأفعال العادية صدر منه صلى الله عليه وآله جرياً على لسانه العادي. و أمّا الثاني فلاحتمال الأولويّة و الاستحباب. و دعوى أصالة الشرعيّة في الأوّل و أصالة الوجوب في الثاني واضحة المنع. و أمّا في الثاني فلمنع الأولويّة، نظراً إلى أنّ العربيّ الغير الماضي ليس صريحاً في الإنشاء على ما قيل، بخلاف الماضي الغير العربي، فإنّه مثل الماضي العربي صريح فيه، فتأمّل. و لو سلّمنا الأولويّة فهي ظنّية لااعتبار بها.

١٦٠٦. يعني: استعماله فيه لأجل إنشائه به غير جائز، لكونه مجازاً فيه بعلاقة الملازمة، حيث إنّ التزويج يلزمه الجواز. و الوجه في استثناء صورة العجز إنّما هو اختصاص ما يتوهّم دلالته على عدم كفاية المجاز و الكناية بصورة القدرة.

ثمّ هل المعتبر عربيّة جميع أجزاء الإيجاب و القبول كالثمن و المثمن، أم يكفي عربيّة الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب و القبول حتّى لو قال: "بعتك اين كتاب را به ده درهم" كفى؟ الأقوى هو الأوّل(١٦٠٧)؛ لأنّ غير العربي كالمعدوم، فكأنّه لم يذكر في الكلام. نعم لو لم يعتبر ذكر متعلّقات الإيجاب كما لايجب في القبول، و اكتفي بانفهامها و لو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثاني(١٦٠٨)، لكنّ الشهيدﷺ في غاية المراد – في مسألة تقديم القبول – نصّ على وجوب ذكر العوضين(١٦٠٩) في الإيجاب.

ثمّ إنّه هل يعتبر كون المتكلّم عالماً(١٦١٠) تفصيلاً بمعنى اللفظ بأن يكون فارقاً بين معنى "بعت" و "أبيع" و "أنا بائع"، أو يكفي مجرّد علمه بأنّ هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأوّل؛ لأنّ عربيّة الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد* المتكلّم منه(١٦١١) المعنى الذي وضع له عند العرب، فلايقال إنّه تكلّم و أدّى المطلب على طبق لسان العرب، إلاّ إذا ميّز(١٦١٢) بين معنى "بعت" و "أبيع" و "أوجدت البيع" و غيرها. بل على هذا لايكفي** معرفة أنّ "بعت" مرادف لقوله: "فروختم" حتّى يعرف أنّ الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميّز بين "بعتك" و "بعتُ" بالضم و "بعتَ" بفتح التاء، فلاينبغي ترك الاحتياط و إن كان في تعيّنه نظر***؛ و لذا نصّ بعضٌ على عدمه.

١٦٠٧. بناءً على لزوم ذكر متعلّقات الإيجاب.

١٦٠٨. الصواب الثاني**** بدل الأوّل كما لايخفى.

١٦٠٩. لعلّ الوجه فيه الاقتصار على القدر المتيقّن .

١٦١٠. يعني: كون الشخص الغير العربي المجري للعقد باللفظ العربي عالماً... .

١٦١١. يعني: باستعمال المتكلّم بذلك الكلام إيّاه في معناه الموضوع له عند العرب.

١٦١٢ حتّى يقصد من كلّ جزء من أجزاء الكلام مادّة و هيئة معناه الموضوع له في لغة العرب و يستعمل فيه.

---

* في بعض النسخ: يقصد. ** في بعض النسخ: يكتفى. *** في بعض النسخ: في تعيينه نظراً.

**** كما في متن المكاسب هنا. فالتصحيح لنسخة المحشّيﷺ المغلوطة.

مسألة: المشهور كما عن غير واحد[١٣]: اشتراط الماضويّة، بل في التذكرة الإجماع على عدم وقوعه بلفظ "أبيعك" أو "اشترِ منّي" و لعلّه لصراحته في الإنشاء؛ إذ المستقبل أشبه بالوعد(١٦١٣)، و الأمر استدعاء لا إيجاب، مع أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف. و عن القاضي في الكامل و المهذّب عدم اعتبارها؛ و لعلّه لإطلاق البيع و التجارة و عموم العقود و ما دلّ في بيع الآبق و اللبن في الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع، و فحوى ما دلّ عليه في النكاح. و لايخلو هذا من قوّةٍ لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء على وجهٍ لايحتاج إلى قرينة المقام، فتأمّل(١٦١٤).

مسألة: الأشهر – كما قيل[١٤]: لزوم تقديم الإيجاب على القبول(١٦١٥)،

.....

١٦١٣. و هو معارض بأنّ الماضي أشبه بالإخبار. و لو فرّق بينهما بشيوع استعمال الماضي في الإنشاء دون المستقبل، فيتّجه عليه أنّ مرجع هذا التعليل حينئذٍ إلى قوله: «مع أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف» فلا وجه لجعله دليلاً برأسه.

١٦١٤. لعلّ الأمر بالتأمّل إشارة إلى أنّ هذا المقدار من الصراحة غير معتبر في العقد، و إلاّ يلزم عدم صحّة العقد بالماضي أيضاً، لأنّ دلالته على الإنشاء أيضاً محتاجة إلى قرينة المقام، فلابدّ أن يكون المراد من صراحة العقد و عدم احتياجه إلى القرينة هو صراحته من حيث الدلالة على عنوان المعاملة لا من حيث الدلالة على الإنشاء، فإذاً لامانع من القول بصحّة إنشاء البيع بصيغة المضارع مع صراحته في عنوان البيع مثل «أبيع».

١٦١٥. لابأس بالتعرّض للاحتمالات – بل الأقوال في المسألة – و أدلّتها صحّةً و سقماً كي يتّضح الحقّ من بينها. فاعلم أنّ في المسألة احتمالات خمسة: الاحتمال الأوّل – و هو الأشهر كما في المختلف – لزوم تقديم الإيجاب على القبول مطلقاً. و الوجه فيه على ما يظهر من المتن اُمور:

أحدها: أصالة عدم ترتّب الأثر بدونه، بدعوى عدم شمول أدلّة الصحّة لغير صورة تقدّمه عليه.

و ثانيها: دليل العقل، و هو أنّ القبول فرع الإيجاب و تابع له، و الفرع و التابع بما هما كذلك لايعقل تقدّمهما على الأصل و المتبوع، و إلاّ لزم الخلف.

.....

و ثالثها: الإجماع المحكيّ عن الخلاف مع الشهرة المحكيّة. و مقتضى هذه الأُمور اختلاف الوجه في لزومه، حيث إنّ مقتضى هذا أنّ اعتباره شرعيّ صرف. و مقتضى الثاني أنّه عقلي. و مقتضى الأوّل أنّه من جهة عدم الدليل على الصحّة بدونه.

و في الكلّ نظر. أمّا الأوّل فلعموم إطلاق الأدلّة لصورة التأخّر أيضاً، و لذا تراهم يتمسّكون بها في دفع ما يشكّ في اعتباره في العقد. و مجرّد غلبة صورة التقدّم و تعارفها لايوجب الانصراف إليها.

و أمّا الثاني فلأنّ الفرعيّة إمّا أن يراد منها فرعيّة المعلول للعلّة من حيث الوجود، و فرعيّته له من حيث التأثير لاأصل الوجود. و إمّا فرعيّة العرض للمعروض و الفعل للمفعول، بمعنى أنّ القبول مثل سائر الأفعال لابدّ في تحقّقه من وجود مفعول قبله يتعلّق به و يعرض عليه، لاستحالة وجود العرض بدون المعروض. و إمّا فرعيّة الانفعال للفعل.

و الأوّل غلط محض لامجال لإرادته، إذ لازمه وجوده بعد الإيجاب قهراً. و كذا الثاني. أمّا أوّلاً: فلأنّه ليس أولى من العكس. و أمّا ثانياً: فلأنّه أجنبيّ عن محلّ الكلام، لأنّه في جواز تقدم القبول من حيث الوجود الإنشائي، و قضيّة ذلك عدم جوازه من حيث التأثير.

و أمّا الثالث فإن أُريد من وجود الإيجاب قبل القبول ليرد عليه القبول وجوده الإنشائي في الخارج فهو عين محلّ النزاع. و إن أُريد منه وجوده الإنشائي و لو في الذهن فهو مسلّم و لكنّه لايجدي. و بالجملة، الأفعال من حيث الاحتياج إلى وجود المفعول على أقسام، إذ بعضها محتاج إلى خصوص وجوده الخارجي كالأكل و الشرب، و بعضها محتاج إلى خصوص وجوده الذهني مثل الطلب، فإنّ متعلّقه لوكان موجوداً في الخارج في ظرف الطلب لزم طلب الحاصل، و بعضها يكفي فيه مطلق الوجود، و القبول من القسم الثالث، فتدبّر.

و أمّا الرابع ففيه: أنّ الفعل و الانفعال تارة حقيقي واقعي، و أُخرى إنشائي استعمالي، و ترتّب الانفعال على الفعل و تأخّره عنه إنّما هو في الأوّل لا في الثاني، ضرورة صحّة الانفعال الإنشائي و إن لم يكن هناك فعل لاواقعاً و لاإنشاءً.

و بالجملة، للقبول و المطاوعة أنحاء من الوجود: ذهني و واقعي، خارجي و إنشائي. و هما إنّما يتوقّفان على وجود الإيجاب بوجودهما الواقعي، و أمّا بوجودهما الإنشائي فلا، لإمكان إنشاء مفهومهما بذكر اللفظ بقصد تحقّقه به. و محلّ البحث هو الثاني.

.....

و لو تنـــزّلنا عن ذلك و قلنا بأنّ الكلام في الأوّل، أو قلنا بأنّ الوجود الإنشائي لهمـــا أيضاً مترتّب على وجود الإيجاب و متوقّف عليه، فلنا أن نقول أيضاً بجواز تقـــدم القبـــول في المسألة، و ذلك لأنّ عدم الجواز على هذا مبنيّ على كون القبول المعتبر في العقـــد مـــن قبيـــل الانفعال و متضمّناً لمعنى المطاوعة، و هو ممنوع، لأنّ الانفعال عبارة عن التأثّر، كما أنّ الفعـــل عبارة عن التأثير و إحداث الأثر، و لاريب أنّ القبول العقدي بأيّ لفظ وقع لاربط له بمـــسألة التأثّر، ضرورة أنّ المراد من التأثّر إمّا تأثّر المال بالبيع و النقل المعبّر عنه بالابتياع و الانتقال، و إمّا تأثّر نفس القابل و انفعاله بنقل الموجب ماله إليه بعوض ماله، فكأنّ الموجب يؤثّر بذلك في القابل و هو يتأثّر به. و من الواضح أنّ التأثّر باللحاظ الأوّل غير قابل لأن يؤخـــذ في مفهـــوم القبول في المقام، و إلاّ لزم أن لاينسب إلى المشتري، بل لابدّ من إضافته إلى المال. و كـــذلك باللحاظ الثاني بحيث يكون المراد من «قبلت» و غيره من ألفاظ القبول: تأثّرت و انفعلت، فإنّه كما ترى فاسد جدّاً.

و بالجملة، ليس المراد من القبول في العقود هو المطاوعة و الانفعال، بل هو مثل الإيجاب من قبيل الفعل مقابل الانفعال. و لذا تراه لايستعمل بجميع ألفاظه إلاّ متعدّياً، و التعدّي منافٍ لمعنى الانفعال. فالقبول فيها و إن كان بلفظه ليس انفعال الإيجاب، و إنّما هو عبارة عن صرف الرضا بالإيجاب و إنشاء الموجب نقل ماله إلى المشتري أصالة و نقل مال المشتري إليه تضمّناً. و إن شئت قلت: إنّ التأثير و التأثّر - أصالة في مال الموجب، و تبعاً في مال القابل- كلّه مستند إلى الموجب و ناشٍ منه، و الذي يصدر من القابل هو صرف الرضا بذاك التأثير و التأثّر. و هذا المعنى و إن كان يحتاج إلى وجود المرضيّ به و لايتحقّق بدونه إلاّ أنّ هذا المقـــدار لايقتـــضي تأخّره عنه، لوضوح كفاية وجوده البعدي و صحّة الرضا بالأمر المستقبل.

بقي الكلام في الدليل الثالث على هذا القول الأشهر، و هو الإجماع على اعتبار التقدّم. و فيه: أنّه كيف يمكن دعواه مع كون المسألة ذات أقوال عديدة. و علـــى فـــرض التـــسليم لايجدي، لقوّة احتمال استناد جماعة منهم إلى الأصل أو مسألة الفرعيّة. و منه يظهر الحـــال في الإجـــماع المنقول على فرض حجّيته لو خلّي و نفسه. مع أنّه لم تصحّ نسبته إلى الخلاف، بل في مفتاح الكرامة: «أنّها وهم قطعاً، لأنّي تتبّعت كتاب البيع منه و غيره حتّى النكاح مـــسألة

.....

مسألة فلم أجده ادّعى ذلك» انتهى. و من هنا قال المصنّف: «و ليس في الخلاف في هذه المسألة إلاّ أنّ البيع مع تقديم الإيجاب متّفق عليه فيؤخذ به». و معلوم أنّ هذا لو لم يدلّ على وجود الخلاف في الصحّة مع التأخير لايدلّ على وجود الاتّفاق على الفساد معه جزماً. و لو سلّم فلا فائدة فيه أيضاً بعد عدوله عنه في نكاح المبسوط. و أمّا الشهرة ففيها ما لايخفى.

الاحتمال الثاني في المسألة: عدم اعتبار التقدّم مطلقاً. و هو مختار الشيخ في المبسوط، و المحقّق في الشرايع، و العلاّمة في التحرير، و الشهيدين في بعض كتبهما، و جماعة ممّن تأخّر عنهما. و المدرك فيه أمران:

الأوّل: الإطلاقات السليمة عن المقيّد، لعدم ما يوجب ذلك إلاّ بعض ما استدلّ به للاحتمال الأوّل، و قد مرّ الكلام في بطلانه.

و الثاني: الروايات الواردة في باب النكاح الدالّة على جواز تقديم القبول تارة بلفظ المضارع، كما في خبر أبان المشتمل على قول الرجل: «أتزوّجك على كتاب اللّه و سنّة رسوله صلى الله عليه و آله». و أُخرى بصيغة الأمر، كما في خبر سهل المشتمل على قوله: «زوّجنيها يا رسول اللّه صلى الله عليه و آله». و هذا النحو من الأخبار و إن اختصّ ببعض المطلوب إلاّ أنّه يتمّم الاستدلال بأولويّة غير النكاح منه، و بدعوى الجزم بعدم الفرق بين الماضي و المضارع و الأمر، بل كلّ من قال بجواز التقديم في الأمر قال به في الماضي، بخلاف العكس، فإنّ بعض من قال بالجواز في الماضي قال بالعدم في الأمر، بل هذا أحد الأقوال في المسألة، و نتعرّض له إن شاء اللّه تعالى، فتأمّل.

و الاحتمال الثالث في المسألة: هو التفصيل بين ألفاظ القبول، بالقول بالجواز إذا كان بغير لفظ «قبلت» و «رضيت» و الأمر على إشكال فيه أخيراً، و القول بالعدم فيما إذا كان بأحدهما أو بالأمر. و هذا مختار المصنّف. و دليله عليه أمّا في أوّل شقّي تفصيله هو إطلاق الأدلّة السالمة عن المعارض. و أمّا بالنسبة إلى ثانيهما - على ما يظهر من المتن - فأُمور ثلاثة: الأوّل: الإجماع المنقول عن ظاهر التذكرة. و الثاني: كون التقديم خلاف المتعارف، فلايشمله الإطلاقات، لانصرافها إلى المتعارف. و فيها ما مرّ في مقام بيان بطلان أدلّة القول الأوّل، فراجع.

و الثالث: ما ذكره بقوله: «إنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلايعقل تقدّمه عليه» انتهى.

.....

و يتّجه عليه أنّه إن أراد من الفرعيّة أحد المعاني المتقدّمة سابقاً، ففيه: أنّه قد مرّ تفصيلاً أنّ ما يقبل منها أن يكون محلّ الكلام غير ممكن الإرادة، و ما يمكن إرادته منها - و هو فرعيّة الانتعال للفعل - خارج عن حريم النزاع، حيث إنّه في جواز تقدم الانفعال و القبول الإنشائي، و هو ليس فرعاً للإيجاب لاواقعاً و لاإنشاءً.

و إن أراد منها ما هو الظاهر - بل المقطوع به بملاحظة كلامه- و هو الفرعيّة من حيث الدلالة على النقل الحالي، بمعنى أنّ «قبلت» و «رضيت» ليس له دلالة على إنشاء نقل الثمن في حال التكلّم إلاّ إذا تأخّر عن الإيجاب الدالّ على نقله عن المشتري تبعاً، ففيه: أنّه نعم و لكنّه لايجديه إلاّ بناءً على اعتبار فعليّة إنشاء نقل الثمن و تمليكه من المشتري حال الإنشاء في مفهوم القبول، و هو ممنوع.

توضيحه: أنّ الإيجاب في البيع و سائر المعاوضات ينحلّ بحسب اللبّ إلى إيجابين، أحدهما: أصليّ، و هو إنشاء البايع تمليك ماله للمشتري، و الآخر: ضمنيّ يستفاد من جعل العوض، و هو إنشاء تمليك مال المشتري لنفسه المستفاد من ذكر العوض. و كلّ واحد من الإيجابين يحتاج إلى القبول .أمّا الأوّل فلئلاّ يلزم محذور مقهوريّة المشتري في انتقال مال الغير إليه. و أمّا الثاني فلحديثي السلطنة و الطيب. فالقبول أيضاً منحلّ إلى قبولين: أصلي و ضمني. و نسبة القبول الثاني إلى الإيجاب الثاني كنسبة الإذن و الإجازة إلى بيع غير المالك، فكما لا يعتبر هناك أزيد من إظهار الرضا بالإيجاب كذلك هنا.

هذا كلّه بناءً على كون قوله: «في الحال» في العبارة قيداً للإنشاء كما هو الظاهر بل المتيقّن. و أمّا بناءً على كونه قيداً للنقل كما يحتمله بعض أهل العصر، ففيه - بعد تسليمه - أنّه فاسد مطلقاً، سواء أُريد من النقل النقل الشرعيّ الواقعي أو الإنشائي. أمّا الأوّل فلأنّ حال القبول من هذه الجهة حال الإيجاب، فكما أنّه لايقتضي إلاّ النقل في ظرف تماميّة السبب فكذلك القبول، غاية الأمر إذا تأخّر عن الإيجاب يكون منشأ للنقل الحالي، لكونه متمّماً للسبب، لا لأنّ هذا المعنى مأخوذ في مفهوم القبول، كيف و قد لايكون كذلك حتّى مع تأخّره عنه، مثل القبول في المعاملات المعتبر في تأثيرها في النقل - مضافاً إلى العقد - شيء آخر، كالقبض في الصرف و مضيّ مدّة الخيار في جميع البيوع على مذهب الشيخ.

و به صرّح في الخلاف و الوسيلة و السرائر[١٥] التذكرة كما عن الإيضاح و جامع‌المقاصد؛ و لعلّه للأصل* بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كإطلاق "البيع" و "التجارة" في الكتاب و السنّة. و زاد بعضهم: أنّ القبول فرع الإيجاب فلايتقدّم عليه، و أنّه تابع له فلايصحّ تقدّمه عليه. و حكي في غاية المراد عن الخلاف:

.....

هذا، مع أنّه بناءً على هذا الوجه لامعنى للتفصيل بين ألفاظ القبول، ضرورة عدم حصول النقل الحالي على النحو المذكور في شيء منها في صورة التقدّم على الإيجاب. و من هنا يعلم أنّ نسبة إرادة اعتبار هذا النحو من النقل في مفهوم القبول إلى المصنّفﷺ افتراء عليه.

و أمّا على الثاني فلما ذكرنا أيضاً من أنّ القبول من هذه الجهة مثل الإيجاب، فكما أنّه لايعتبر فيه إلاّ صرف النقل المجرّد عن قيد كونه في الحال أو في غيره فكذا القبول. و الحاصل: أنّ المعتبر في مفهوم الإيجاب - و كذا القبول بناءً على أنّه غير الرضا بالإيجاب - إنّما هو نفس النقل الحالي عن ملاحظة كونه في زمان من الأزمنة، و تحقّق إنشاء هذا المقدار من النقل بمجرّد لفظ «قبلت» و لو مع التقدّم أيضاً بديهيّ. و لعلّ في هذا المقدار من البيان غنى و كفاية.

و الاحتمال الرابع في المسألة التفصيل بين النكاح و غيره، بالجواز في الأوّل مطلقاً و إن كان بغير الأمر، و العدم في الثاني و إن كان بالأمر. و لعلّ الوجه فيه أمّا بالنسبة إلى تخصيصه بالنكاح فهو منع الإطلاق في الأدلّة العامّة، مع اختصاص دليل الجواز - كروايتي أبان و سهل - بالنكاح، فيرجع في غيره إلى الأصل المقتضي لعدم الجواز. و أمّا بالنسبة إلى جهة تعميمه إلى جميع ألفاظ القبول فلعلّه دعوى القطع بأولويّة الماضي بالجواز من غيره، و لاأقلّ من التساوي.

و فيه: منع عدم الإطلاق في الأدلّة أوّلاً، و دعوى عدم الفرق بين النكاح و غيره لو لم ندّع أولويّة غيره منه، نظير ما ادّعاه في إثبات بعض مقصوده من عدم الفرق بين صيغة الماضي و غيرها مع اختصاص مورد الدليل بالثاني ثانياً.

و أمّا الاحتمال الخامس في المسألة، و هو التفصيل بين أن يكون القبول بصيغة الأمر فيجوز مطلقاً، و بين أن يكون بغيرها فلايجوز مطلقاً، فوجهه مع جوابه يعلم من التأمّل في سابقه، فتأمّل. فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ المختار هو الاحتمال الثاني، و هو الجواز مطلقاً.

---

* في بعض النسخ: الأصل.

الإجماع(١٦١٦) عليه[١٦]، و ليس في الخلاف في هذه المسألة إلاّ أنّ البيع مع تقديم* الإيجاب متّفق عليه فيؤخذ به، فراجع، خلافاً للشيخ في المبسوط في باب النكاح، و إن وافق الخلاف في البيع إلاّ أنّه عدل عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحّته بين الإماميّة؛ حيث إنّه – بعد ما ذكر أنّ تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل: "زوّجني فلانة" جائز بلا خلاف – قال: أمّا البيع، فإنّه إذا قال: "بعنيها" فقال: "بعتكها" صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفين، و قال قومٌ منهم: لايصحّ حتّى يسبق الإيجاب، انتهى.

و كيف كان، فنسبة القول الأوّل إلى المبسوط مستندة إلى كلامه في باب البيع، و أمّا في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم، كالمحقّق في الشرائع و العلاّمة في التحرير[١٧] و الشهيدين في بعض كتبهما و جماعة ممّن تأخّر عنهما؛ للعمومات السليمة عمّا يصلح لتخصيصها، و فحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار مثل خبر أبان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحّة تقديم القبول بقوله للمرأة: "أتزوّجك متعةً على كتاب الله و سنّة رسول الله" – إلى أن قال –: فإذا قالت: "نعم" فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها[١٨]. و رواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين كما قيل المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ "زوّجنيها".

و التحقيق: أنّ القبول إمّا أن يكون بلفظ "قبلت" و "رضيت" و إمّا أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب، نحو "بعني" فيقول المخاطب: "بعتك"، و إمّا أن يكون بلفظ "اشتريت" و "ملكت" مخفّفاً و "ابتعت". فإن كان بلفظ "قبلت" فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقاً لمن عرفته في صدر المسألة، بل المحكّي عن الميسيّة و المسالك و مجمع الفائدة[١٩]: أنّه لاخلاف في عدم جواز تقديم لفظ "قبلت"، و هو المحكيّ عن نهاية الإحكام و كشف اللثام في باب النكاح، و قد اعترف به غير واحدٍ من متأخّري المتأخّرين أيضاً بل المحكيّ هناك عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه.

.....

١٦١٦. هذا شروع في نقل الدليل بعد ما ذكر من الأصل في المسألة.

---

* في بعض النسخ: تقدّم.

و يدلّ عليه – مضافاً إلى ما ذكر و إلى كونه خلاف المتعارف من العقد–: أنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب(١٦١٧) فلايعقل تقدّمه عليه، و ليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرّد الرضا بالإيجاب حتّى يقال: إنّ الرضا بشيءٍ لايستلزم تحقّقه قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل، بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجهٍ يتضمن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة؛ لأنّ المشتري ناقل كالبايع، و هذا لايتحقّق إلاّ مع تأخّر الرضا عن الإيجاب؛ إذ مع تقدّمه لايتحقّق النقل في الحال، فإنّ مَن رضي بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل لم ينقل في الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضي بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقاً، فإنّه يرفع بهذا الرضا يده من ماله و ينقله إلى غيره على وجه العوضيّة.

.....

١٦١٧. إن أراد من ذلك أنّ القبول من قبيل الانفعال و المطاوعة فعدم معقوليّة تقدّمه عليه مسلّم، بناءً على أنّ المراد من القبول في العقد هو الانفعال بوجوده الحقيقي الواقعي، إلاّ أنّ المبنى ممنوع، إذ قد مرّ أنّ جزء العقد هو الانفعال بوجوده الإنشائي أي إنشاء الانفعال و المطاوعة، و تقدّمه على الإيجاب في كمال المعقوليّة، بل قد عرفت فيما مرّ أخيراً منع كون القبول بمعنى الانفعال مطلقاً – و لو الإنشائي منه – جزء العقد، و إنّما الجزء له ليس إلاّ الرضا بالإيجاب، و لايتوقّف وجوده على تقدّم الإيجاب.

هذا، مع أنّه لو أُريد منه ذلك لوقع التنافي بين هذه الفقرة و بين قوله: «بل المراد منه الرضا بالإيجاب...» ، إذ قضيّة الأُولى أنّ المانع من التقدّم فوات الانفعال المعتبر في مفهوم القبول، و قضيّة الثاني أنّ المانع فوات النقل الحالي المعتبر فيه.

و إن أراد منه الفرعيّة من حيث الدلالة على إنشاء النقل الحالي و تضمّنه له، يعني: أنّ القبول المتضمّن له فرع الإيجاب لايوجد متّصفاً بهذا الوصف إلاّ إذا تقدّم عليه الإيجاب، التأم أجزاء الكلام و استقام ما ادّعاه من عدم المعقوليّة، بمعنى عدم معقوليّة تضمّنه للنقل الفعليّ الإنشائي و دلالته عليه مع التقدّم، إلاّ أنّ اعتبار هذا المعنى الخاصّ في القبول ممنوع كما تقدّم، فراجع.

و من هنا يتّضح فساد(١٦١٨) ما حكي عن بعض المحقّقين في ردّ الدليل المذكور – و هو كون القبول فرعاً للإيجاب* و تابعاً له – و هو أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعيّة اللفظ للفظ و لا القصد للقصد حتّى يمتنع تقديمه، و إنّما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يُلقى إليه من الموجب، و الموجب مناولاً كما يقول السائل في مقام الإنشاء: "أنا راضٍ بما تعطيني و قابلٌ لما تمنحني" فهو متناول، قدّم إنشائه أو أخّر، فعلى هذا يصحّ تقديم القبول و لو بلفظ "قبلت" و "رضيت" إن لم يقم إجماع على خلافه، انتهى. و وجه الفساد ما عرفت سابقاً من أنّ الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقلٍ من القابل في الحال بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال، و ليس المراد أنّ أصل الرضا(١٦١٩) بشيءٍ تابعٌ لتحقّقه في الخارج أو لأصل الرضا به حتّى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذي يعدّ قبولاً و ركناً في العقد.

و ممّا ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر(١٦٢٠)،

.....

١٦١٨. قد اتّضح ممّا ذكرنا أنّ الصحيح ما ذكره هذا البعض، و هو صاحب الجواهر، و قد استظهر بعض أنّه صاحب المصابيح.

١٦١٩. حقّ العبارة أن يقول: و ليس المراد من القبول مجرّد الرضا بالإيجاب حتّى يقال إنّ أصل الرضا... . ثمّ إنّ الظاهر أنّ قوله: «أو لأصل الرضا به» من غلط النسخة، و الصحيح: أوّلاً قبل الرضا به. و على تقدير الصحّة فهو عطف على «لتحقّقه» من قبيل عطف الأدنى على الأعلى. يعني: ليس المراد أنّ أصل الرضا بشيء – كالعطاء مثلاً – تابع لتحقّق العطاء في الخارج من المعطي، أو تابع لتحقّق أصل الرضا به، أي: رضا المعطي بإيجاده في الخارج، فتأمّل.

١٦٢٠. هذا كالجملة المعترضة بين بعض أجزاء استدلاله على مدّعاه من عدم جواز تقديم «قبلت» و «رضيت» و هو الذي ذكره بقوله: «و يدلّ عليه مضافاً إلى ما ذكر – إلى قوله – و ممّا ذكرنا يظهر الوجه...»، و بين البعض الآخر، و هو إبطال ما بقي من دليل

---

* في بعض النسخ: فرع الإيجاب.

كما لو قال: "بعني هذا بدرهم" فقال: "بعتك"؛ لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقّق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في الحال للدرهم إلى البايع، كما لايخفى. و أمّا ما يظهر من المبسوط من الاتّفاق هنا على الصحّة به فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه(١٦٢١). و أمّا فحوى جوازه في النكاح، ففيها - بعد الإغماض(١٦٢٢) عن حكم الأصل؛ بناءً على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول؛ لاحتمال تحقّق القبول بعد إيجاب النبيّ ﷺ، و يؤيّده أنّه(١٦٢٣) لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول - منع الفحوى و قصور دلالة رواية أبان؛ من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة: "نعم" في الإيجاب.

ثمّ اعلم: أنّ في صحّة تقدّم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً(١٦٢٤)

.....

الجواز، و هو الذي ذكره بقوله: «و أمّا فحوى جوازه في النكاح...».

وكيف كان، قد ظهر ممّا ذكرنا بطلان مبنى المنع، و هو اعتبار إنشاء النقل الحالي في مفهوم القبول الذي هو رُكن العقد، و أنّه صرف الرضا بالإيجاب، و هو حاصل مطلقاً، فافهم.

١٦٢١. يعني بالمشار إليه بكلمة «هنا» صورة كون القبول المتقدّم أمراً قبال الماضي و المستقبل. و مراده من مورد ظهور الاتّفاق المذكور من كلامه في المبسوط هو قوله ﷺ في العبارة المتقدّم نقلها من المبسوط: «صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين». و سيأتي منع كون هذا بمجرّده سبباً للوهن، فانتظر.

١٦٢٢. و بعد الإغماض عن عدم معقوليّة تقدّم «قبلت» و «رضيت».

١٦٢٣. نعم، لولاه يلزم الفصل الطويل، و لكن لابأس به لنفس تلك الرواية.

١٦٢٤. الأنسب تبديل هذا إلى قوله: خلافاً لأكثر الأصحاب، لأنّ تعبير المتن إنّما يحسن فيما إذا كثرت الأقوال في المسألة أو اختلفت أقوال جماعة منهم في مواضع عديدة من كتبهم، لا في مثل المقام الذي انحصر فيه الخلاف في قولين، سيّما مع حصر القائل بأحدهما بشخصين أو ثلاثة.

ثمّ إنّ ظاهر المصنّف بيان الخلاف في محلّ الكلام، و هو صحّة تقديم القبول - المفروغ عن كونه قبولاً - فيما إذا كان القبول بلفظ الأمر، بأن أمر بالبيع مثلاً و قصد منه القبول المعتبر

بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: إن قال: "بعنيها(١٦٢٥) بألف" فقال: "بعتك"، صحّ، و الأقوى عندي أنّه لايصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك: "اشتريت"، و اختار ذلك في الخلاف[٢٠]. و صرّح به في الغنية، فقال: و اعتبرنا حصول الإيجاب من البايع و القبول من المشتري حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، و هو أن يقول:

.....

في العقد كما يقصده من لفظ الماضي و المضارع. و لايخفى أنّ كون خلافهم في جواز تقديم القبول بالأمر بذاك المعنى موقوف على إحراز أنّ منع المانعين من انعقاد العقد بالأمر بالإيجاب و الإيجاب* إنّما هو بعد تسليمهم كون الأمر قبولاً ذاك القبول المعتبر في عقد المعاوضة، و على عدم اعتبار الماضويّة فيه، و هو غير محرز، لاحتمال أن يكون سند جملة منهم - مثل صاحبي الغنية و السرائر و الجامع و المسالك - في المنع هو منع كون الأمر قبولاً و أنّه استدعاء صرف، أو اعتبار الماضويّة فيه. و من هنا يعلم الوجه فيما ذكرنا من عدم كون مصير الأكثر إلى المنع سبباً لوهن ما ادّعاه الشيخ من الاتّفاق، إذ الموهن له هو الخلاف في عين ما ادّعي عليه الوفاق لامطلقاً، و قد مرّ أنّه غير معلوم إلاّ من البعض، فتأمّل فإنّه كافٍ فيه.

وكيف كان، إن كان مراد المانعين من الأمر هو بمعناه اللغوي فالحقّ معهم، إذ لابدّ في العقد من القبول، و الأمر بذاك المعنى ليس فيه رائحة منه. و إن كان مرادهم منه هو بعد إرادة المعنى الإنشائي منه المعتبر في العقد فلا وجه للمنع عنه، على ما هو التحقيق من عدم اعتبار الماضويّة و جواز تقديم القبول على الإيجاب.

١٦٢٥. قال في الصفحة الثالثة من كتاب البيع ما هذا لفظه: «عقد النكاح ينعقد بالإيجاب و القبول، سواء تقدّم الإيجاب، كقوله: زوّجتك بنتي فقال: قبلت التزويج، أو تأخّر الإيجاب، كقوله: زوّجني بنتك فقال: زوّجتك، بلا خلاف. فأمّا البيع فإن تقدّم الإيجاب، فقال: بعتك، فقال: قبلت، صحّ بلا خلاف. و إن تقدّم القبول، فقال: بعنيه بألف فقال: بعتك، صحّ. و الأقوى عندي أنّه لايصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت» انتهى. و قوله: «صحّ» يعني به صحّ على خلاف فيه أو على قول أو نحو ذلك، لا أنّه صحّ عندي، لأنّه مناقض لقوله: «و الأقوى عندي...» .

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّها تصحيف: و الاستيجاب.

"بعنيه بألف"، فيقول: "بعتك"، فإنّه لاينعقد حتّى يقول المشتري بعد ذلك: "اشتريت" أو "قبلت"[٢١]، و صرّح به أيضاً في السرائر و الوسيلة. و عن جامع المقاصد: أنّ ظاهرهم أنّ هذا الحكم اتّفاقي[٢٢]، و حكي الإجماع أيضاً عن ظاهر الغنية أو صريحها. و عن المسالك: المشهور[٢٣]، بل قيل: إنّ هذا الحكم ظاهر كلّ من اشترط الإيجاب و القبول(١٦٢٦).

و مع ذلك كلّه فقد صرّح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، و نسبته إلينا مشعر* بقرينة السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: إذا تعاقدا، فإن تقدّم الإيجاب على القبول فقال: "زوّجتك" فقال: "قبلت التزويج" صحّ، وكذا إذا تقدّم الإيجاب على القبول في البيع صحّ بلا خلاف.

و أمّا إن تأخّر الإيجاب و سَبَق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج: "زوّجنيها" فقال: "زوّجتكها" صحّ و إن لم يُعِد الزوج القبول، بلاخلاف لخبر الساعدي: "قال: زوّجنيها يا رسول الله، فقال: زوّجتكها بما معك من القرآن"، فتقدّم القبول و تأخّر الإيجاب، و إن كان هذا في البيع فقال: "بعنيها" فقال: "بعتكها"، صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين؛ و قال قومٌ منهم[٢٤]: لايصحّ حتّى يسبق الإيجاب[٢٥]، انتهى.

و حكي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي(١٦٢٧) في الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، و تمسّك له في النكاح برواية سهل(١٦٢٨) الساعدي المعبَّر فيها عن القبول بطلب التزويج، إلاّ أنّ المحقّق﵀ مع

.....

١٦٢٦. لعلّ وجهه دعوى ظهور القبول في غير الأمر.

١٦٢٧. و حكاه في المختلف عن المهذّب أيضاً. و المشار إليه في قوله: «نسبة هذا الحكم» هو جواز التقديم بهذا اللفظ، أي: لفظ «بعنيها».

١٦٢٨. إذ يصير هذا قرينة على أنّ مراده من القبول هنا ما يعمّ الأمر، إذ لو اختصّ بغيره لما صحّ الاستدلال بها، فلابدّ أن يكون كذلك في باب البيع أيضاً، لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة.

---

* في بعض النسخ: مشعراً.

تصريحه(١٦٢٩) في البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب. و ذكر العلاّمةﷺ الاستيجاب و الإيجاب و جعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاة و جزم بعدم كفايته، مع أنّه تردّد في اعتبار تقديم القبول(١٦٣٠). وكيف كان، فقد عرفت أنّ الأقوى المنع في البيع لما عرفت، بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ "قبلت" يمكن المنع هنا؛ بناءً على اعتبار الماضوية فيما دلّ على القبول.

ثمّ إنّ هذا كلّه بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك، و أمّا على ما قوّيناه* سابقاً في مسألة المعاطاة من أنّ البيع العرفي موجب للملك و أنّ الأصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كلّ مورد لم يقم إجماع على عدم اللزوم، و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأساً أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم**، و أمّا في غير ذلك فالأصل اللزوم، و قد عرفت أنّ القبول على وجه طلب البيع قد صرّح في المبسوط بصحّته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكي عن الكامل أيضاً، فتأمّل(١٦٣١).

١٦٢٩. هذا استدراك من قوله: «بل يمكن نسبة هذا الحكم...»، و توهين لاستفادة تجويز تقديم القبول بلفظ الأمر إلى كلّ من أطلق جواز تقديم القبول على الإيجاب، حيث إنّ المحقّق مع تصريحه بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب في البيع أطلق جواز تقديم القبول على الإيجاب. و فيه: بعد تقييد إمكان نسبة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر إلى مجوّز تقديم القبول عليه بقول مطلق، بكون المجوّز لهم تمسّكاً في تجويزه ذلك في باب النكاح برواية سهل، لاوجه لهذا الاستدراك أصلاً.

١٦٣٠. كان اللازم تبديل لفظ «الاعتبار» بلفظ «الجواز» إذ الكلام في جوازه لالزومه، و قد نشأ من تغيير عبارة القواعد، قال العلاّمة فيه: «و في اشتراط تقديم الإيجاب نظر» انتهى.

١٦٣١. لعلّه إشارة إلى ما مرّ، و هو موهونيّة دعوى الشيخ لنفي الخلاف بمصير

---

* في بعض النسخ: اخترناه.

** في بعض النسخ زيادة: و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء.

و إن كان التقديم بلفظ "اشتريت"(١٦٣٢)

.....

الأكثر على خلافه حتّى هو في موضع من المبسوط.

١٦٣٢. لاريب في أنّ محلّ النزاع ما كان عقد البيع مثلاً مركّباً من الإيجاب و القبول، و أمّا إذا كان مركّباً من الإيجابين و قلنا بأنّه مع ذلك بيع أيضاً فهو خارج عن محلّ البحث، لخروجه عن مورد الأدلّة المتقدّمة، مع أنّه لاوجه لترجيح تقديم أحد الإيجابين على الآخر على العكس، كما لاوجه لترجيح اختصاص صحّة إطلاق القبول على أحدهما دون الآخر، بل كلّ منهما موجب و قابل، فتدبّر.

كما أنّ النزاع في جواز تقديم القبول على الإيجاب ليس في صحّة استعمال ما لايستعمل في القبول - في صورة التأخّر - في الإيجاب - في صورة التقدّم - و عدمها، بأن يكون مراد القائل بالجواز صحّة استعماله في الإيجاب و مراد القائل بالعدم العدم، بل تمام النزاع في أنّ ما ينشأ به القبول في صورة التأخّر هل يصحّ تقديمه و إنشاء القبول به كصورة التأخّر أم لا؟ بمعنى أنّ القبول المعتبر في العقد هل يعتبر في تحقّقه عقلاً أو شرعاً تأخّر ما يدلّ عليه عن الإيجاب أم لا، أم يفصّل بين ألفاظ القبول؟

فحينئذٍ نقول: إنّه يتّجه على المصنّف قدس سره أنّه إن كان مراده من قوله: «لأنّه - أي: المشتري - أنشأ ملكيّته للمبيع...» ، الإنشاء المستقلّ الغير الملحوظ فيه صدور التمليك من الغير، كما هو قضيّة قوله: «ففي الحقيقة أنشأ المعاوضة كالبايع...» ، فيتّجه عليه - مضافاً إلى خروجه عن محلّ الكلام، لأنّه كما مرّ في تقديم القبول بما هو قبول على الإيجاب، لا في تقديم إيجاب على آخر - أنّه كيف يصحّ حينئذٍ كونه علّة لجواز تقديم القبول بتلك الألفاظ على الإيجاب و الحال أنّه ليس فيها رائحة القبول؟ لأنّ المراد منه شيء واحد، و الاختلاف في ألفاظه لوكان إنّما هو من حيث الصراحة فيه و عدمها. و ذاك الشيء الواحد إمّا مطاوعة الإيجاب أو الرضا به، إمّا مع تضمّنه إنشاء نقل الثمن في الحال كما اختاره المصنّف أو مطلقاً كما قوّيناه، و كلاهما منتفٍ، لتوقّف حصولهما على لحاظ صدور الإيجاب من الغير، و المفروض عدمه.

و إن كان المراد منه الإنشاء الملحوظ فيه ما ذكر لصحّ التعليل، و لكن يشكل قوله: «و حينئذٍ فليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول» ضرورة وجود الرضا بالإيجاب - و

أو"ابتعت" أو "تملّكت" أو "ملّكت هذا بكذا" فالأقوى جوازه؛ لأنّه أنشأ ملكيّته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة أنشأ المعاوضة كالبايع إلاّ أنّ البايع ينشئ ملكيّة ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشتري ينشئ ملكيّة مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كلٌّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه في ملكه، إلاّ أنّ الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض و في القبول مفهوم من نفس الفعل و الإخراج بالعكس. و حينئذٍ فليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول، لكنّه لمّا كان الغالب(١٦٣٣) وقوعه عقيب الإيجاب، و إنشاء انتقال مال البايع(١٦٣٤)

.....

كذا المطاوعة الإيقاعيّة – في حقيقة الاشتراء الصادر مع اللحاظ المذكور و إن تقدّم على الإيجاب. و توهّم أنّ تحقّق القبول بالمعنى المذكور في الاشتراء مبنيّ على ملاحظة صدور الإيجاب، و إلاّ كما هو قضيّة قوله: «من حيث هو» فلا، مدفوع بأنّ المراد من قوله: «من حيث هو» بقرينة ما بعده تجرّده عن قيد التأخّر و التقدّم لاتجرّده عن ملاحظة صدور الإيجاب عن الغير. نعم، لوكان المراد من القبول المطاوعة الحقيقيّة لا الإيقاعيّة لاندفع الإشكال المذكور، إلاّ أنّه لايصحّ إرادتها لما مرّ تفصيلاً، مضافاً إلى أنّ قضيّة ذلك أنّ المراد من القبول في أبواب العقود هو المطاوعة الحقيقيّة دون الرضا بالإيجاب، و هوخلاف ما صرّح به بقوله: «قلت...» ، مع أنّه ينافي قوله: «فكلّ من رضيت – إلى قوله – متعاكسان» فتأمّل و افهم.

١٦٣٣. قد مرّ أنّ المدار في اتّصاف الاشتراء و نحوه بعنوان القبول الإيقاعي و عدمه – فيما إذا كان المراد منه إنشاء المالكيّة ابتداءً، لاقبول الشراء بمعنى البيع، على ما هو قضيّة باب الافتعال – إنّما هو على ملاحظة صدور الإيجاب عن الغير و عدمها لا التأخّر و التقدّم.

١٦٣٤. هذا عطف على الغالب، فيكون قوله: «يوجب» في محلّ النصب على الخبريّة لـ«كان»، كما أنّ «وقوعه» بالنصب خبره في المعطوف عليه. و قوله: «أطلق» جواب «لمّا». و على أيّ حال، يشكل ما ذكره﵀ من سببيّة تأخّر إنشاء الانتقال لتحقّق عنوان الانتقال، بأنّ المنشأ بقوله: «اشتريت» و «ابتعت» و «تملّكت» إن كان كالمنشأ بقوله: «ملكت» بالتخفيف هو مالكيّة المشتري للمبيع، كما يدلّ عليه قوله﵀ قبل ذلك: «لأنّه أنشأ ملكيّته للمبيع» فلايمكن أن ينطبق عليه عنوان المطاوعة، للمباينة التامّة بينهما، سواء تقدّم عليه أو تأخّر عنه،

إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله* إليه يوجب تحقّق المطاوعة و مفهوم القبول، أُطلق عليه القبول، و هذا المعنى مفقود(١٦٣٥) في الإيجاب المتأخّر؛ لأنّ المشتري إنّما ينقل ماله إلى البايع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، و البايع إنّما ينشئ انتقال الثمن** إليه كذلك لابمدلول الصيغة. و قد صرّح في النهاية و المسالك على ما حكي بأنّ "اشتريت" ليس قبولاً حقيقةً و إنّما هو بدل، و أنّ الأصل في القبول "قبلت"؛ لأنّ القبول في الحقيقة ما لايمكن الابتداء به، و لفظ "اشتريت" يجوز الابتداء به. و مرادهما أنّه بنفسه لايكون قبولاً، فلاينافي ما ذكرنا من تحقّق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تمليك البايع كما أنّ "رضيت بالبيع" ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البايع إلاّ إذا وقع متأخّراً؛ و لذا منعنا عن تقديمه, فكلٌ من "رضيت" و "اشتريت" بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدّم و التأخّر متعاكسان.

فإن قلت: إنّ الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله:*** "اشتريت"حتّى يقع قبولاً؛ لأنّ إنشاء مالكيّته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقّق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر، فيكون "اشتريت" متأخّراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البايع بخلاف ما لو تقدّم؛ فإنّ مجرّد إنشاء المالكيّة لمال لايوجب تحقّق مفهوم القبول،

.....

كما هو ظاهر. و إن كان المنشأ بها هو الانتقال بمعنى قبول النقل - كما هو قضيّة باب الافتعال و التفعّل - كما هو صريح كلامه هنا، فلايمكن انفكاكها عن مفهوم المطاوعة من دون الفرق أيضاً بين صورة التقدّم و التأخّر، إلاّ في خلوّها عن إنشاء نقل ماله في الحال في الأُولى دون الثانية، فلايجوز حينئذٍ تقدّمها أيضاً، مثل ما إذا كان بلفظ «قبلت» على مختاره من اعتبار التضمّن للنقل الحالي في القبول.

١٦٣٥. يعني: تحقّق المطاوعة و مفهوم القبول بواسطة مجرّد التأخّر مفقود في الإيجاب المتأخّر، لفقد ما يوجبه، و هو إنشاء البايع انتقال الثمن إلى نفسه بالمدلول المطابقي للصيغة، لأنّه بالمدلول الالتزامي، كما أنّ نقل المشتري إيّاه إلى البايع و إن تقدّم إنّما هو بالدلالة الالتزاميّة لا المطابقيّة.

---

* في بعض النسخ زيادة: له. ** في بعض النسخ: الثمن. *** في بعض النسخ: قبوله.

كما لو نوى تملّك المباحات أو اللقطة، فإنّه لاقبول فيه رأساً. قلت: المسلّم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، و أمّا وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطاوعة و قبول الأثر، فلا. فقد تبيّن من جميع ذلك: أنّ إنشاء القبول لابدّ أن يكون جامعاً لتضمّن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البايع – تقدّم أو تأخّر – و لايعتبر إنشاء انفعال نقل البايع.

فقد تحصّل ممّا ذكرناه: صحّة تقديم القبول إذا كان بلفظ "اشتريت" وفاقاً لمن عرفت بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف(١٦٣٦)؛ حيث إنّه لم يتعرّض إلاّ للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب، و قد عرفت عدم الملازمة(١٦٣٧) بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل "اشتريت"، وكذا السيّد في الغنية حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الإيجاب، و كذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد[٢٦]. و الحاصل أنّ المصرّح بذلك – فيما وجدت من القدماء – الحلّي و ابن حمزة، فمن التعجّب بعد ذلك(١٦٣٨)

.....

١٦٣٦. يعني: صحّة تقديم القبول بلفظ «اشتريت» ظاهر إطلاق قوله: «لأنّ ما عداه – يعني: ما عدا الاستيجاب و الإيجاب – مجمع على صحّته» حيث إنّ الموصول كما يعمّ جميع أفراد الصيغة الحاصلة من اختلاف الألفاظ في الهيئة من الماضي و المضارع، كذلك يعمّ أفراده الحاصلة من اختلافها من حيث تقدّم الإيجاب على القبول و العكس. هذا، و يمكن منع كونه في مقام الإطلاق من هذه الجهة، بل تمام نظره إلى التعميم من حيث هيئة الإيجاب و القبول، و لانظر له إلى تعميمه من حيث الصيغة المركّبة منهما.

١٦٣٧. لعلّه يشير إلى قوله سابقاً: «بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ قبلت...» ، فتأمّل.

١٦٣٨. أي: بعد انحصار المصرّح بعدم جواز تقدّم القبول على الإيجاب في الحلّي و ابن‌حمزة، و ظهور كلام من عداهما من العلماء و صريح بعض آخر منهم في الجواز، ما تقدّم عن غاية المراد من حكاية الإجماع عن الخلاف على لزوم تقديم الإيجاب. هذا، مع أنّه لادلالة في كلامه على دعواه الإجماع على ذلك، لأنّه لم يزد على الاستدلال.... و مفاده دعوى الإجماع

حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب، مع أنّه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب بأنّ ما عداه مجمعٌ على صحّته و ليس على صحّته دليل. و لَعَمري أنّ مثل هذا ممّا يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول، و قد نبّهنا على أمثال ذلك في مواردها. نعم، يشكل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب، و لافرق بين المتعارف هنا و بينه في المسألة الآتية و هو الوصل بين الإيجاب و القبول، فالحكم لايخلو عن شوب الإشكال.

ثمّ إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ قبولٍ يؤدّى بإنشاءٍ مستقلٍّ كالإجارة التي يؤدّى قبولها بلفظ "تملّكت منك منفعة كذا" أو "ملكت"، و النكاح الذي يؤدّى قبوله* بلفظ "أنكحت"** و "تزوّجت".

و أمّا ما لاإنشاء في قبوله إلاّ "قبلت" أو ما يتضمّنه كـ "ارتهنت" فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه؛ إذ لاالتزام في قبوله بشئ كما كان في قبول البيع التزام*** بنقل ماله إلى البايع، بل لاينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، و قد تقدّم أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمرٍ مترقّب**** كما يجوز تعلّقه بأمرٍ محقّق، فيجوز أن يقول: "رضيت برهنك هذا عندي" فيقول: "رهنت". و التحقيق: عدم الجواز؛ لأنّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقّق عنوان المرتهن، و لايخفى أنّه لايصدق الارتهان على قبول الشخص إلاّ بعد تحقّق الرهن؛ لأنّ الإيجاب إنشاءٌ للفعل(١٦٣٩) و القبول إنشاءٌ للانفعال*****.

.....

على صحّة العقد بغير الاستيجاب و الإيجاب، و أين هذا من دعوى الإجماع على اعتبار تقديم الإيجاب؟!

١٦٣٩. الظاهر أنّه علّة للمستثنى، أعني: صدق الارتهان على قبول الشخص بعد تحقّق الرهن. يعني: أنّه بعد تحقّق إنشاء الرهن يصير قبول الرهن إنشاء لانفعاله، فيصدق عليه عنوان الارتهان الذي هو عبارة عن انفعال فعل الراهن، و هذا بخلاف ما إذا لم يتحقّق إنشاء الرهن، بأن تقدّم القبول على الإيجاب، فإنّه لايصير إنشاء انفعال حينئذٍ، بل يكون مجرّد رضا بفعل

---

* في بعض النسخ: قبولها. ** بعض النسخ: نكحت. *** في بعض النسخ: التزاماً.

**** في بعض النسخ: مستقبل. ***** في بعض النسخ: لأنّ الإيجاب إنشاء للنقل والقبول إنشاء للانتقال.

و كذا القول* في الهبة و القرض، فإنّه لايحصل من إنشاء القبول فيهما التزام بشئ، و إنّما يحصل به الرضا بفعل الموجب، و نحوها قبول المصالحة المتضمّنة للإسقاط أو التمليك بغير عوض.

و أمّا المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلمّا كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين وكان نسبتها إليهما على وجه سواء، و ليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجباً؛ لصدق الموجب عليه لغةً و عرفاً. ثمّ لمّا انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول؛ إذ لو قال أيضاً "صالحتك" كان إيجاباً آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين.

و تحقّق من جميع ذلك: أنّ تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز؛ إذ لاقبول فيه بغير لفظ "قبلت" و "رضيت"(١٦٤٠)، و قد عرفت أنّ "قبلت" و "رضيت" مع التقديم لايدلّ على إنشاءٍ لنقل العوض في الحال.

فتلخّص ممّا ذكرنا: أنّ القبول في العقود على أقسام**: لأنّه إمّا أن يكون التزاماً بشيءٍ من القابل كنقل مالٍ عنه أو زوجيّة، و إمّا أن لايكون فيه سوى الرضا بالإيجاب. و الأوّل على قسمين: لأنّ الالتزام الحاصل من القابل إمّا أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة أو متغايراً كالاشتراء. و الثاني أيضاً على قسمين: لأنّه إمّا أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتّهاب و الاقتراض و إمّا أن لايثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة و العارية و شبههما، فتقديم القبول على الإيجاب لايكون إلاّ في القسم الثاني من كلٍّ من القسمين(١٦٤١).

.....

الراهن، و هو ليس ينطبق عليه عنوان الارتهان. هذا، و فيه منع توقّف صدقه على تقديمه عليه، كما لايخفى على المتأمّل.

١٦٤٠. يمكن قبولها بلفظ «أصلحت» أيضاً.

١٦٤١. يعني: مع قطع النظر عن الإجماع على توقّف العقد على القبول، و أمّا مع ملاحظته فلايكون إلاّ في القسم الثاني من القسم الثاني.

---

* في بعض النسخ: القبول.

** في بعض النسخ: ثلاثة أقسام.

ثمّ إنّ مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفيٌّ، فكلّ من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمالٍ آخر يسمّى مشترياً، وكلّ من نقل مالَه على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمّى بايعاً. و بعبارة اُخرى: كلُّ من ملّك مالَه غيرَه بعوض فهو البايع، وكلّ منَ ملّك مالَ غيرِه بعوضٍ ماله فهو المشتري، و إلاّ فكلٌّ منهما في الحقيقة يملّك مالَه غيرَه بإزاء مالِ غيرِه و يملّك مالَ غيرِه بإزاء ماله.

و من جملة شروط العقد: الموالاة(١٦٤٢) بين إيجابه و قبوله، ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع ثمّ العلاّمة[٢٧] و الشهيدان و المحقّق الثاني و الشيخ المقداد. قال الشهيد في القواعد(١٦٤٣): الموالاة معتبرة في العقد و نحوه(١٦٤٤)، و هي مأخوذة من اعتبار الاتّصال(١٦٤٥)

.....

١٦٤٢. مورد البحث ما إذا كان الموجب باقياً على المعاهدة إلى زمان القبول، إذ البطلان عند عدمه إنّما هو من جهته لا من جهة فوات الموالاة، و لذا يبطل مع الموالاة أيضاً. فحينئذٍ نقول: إنّ قضيّة إطلاق الأدلّة عدم اعتبار الموالاة في الفرض المذكور، لصدق عناوينها من العقد و البيع و التجارة بدون الموالاة أيضاً، إلاّ أن يمنع الإطلاق بدعوى انصرافه إلى المتعارف، و هو صورة عدم الفصل بين الإيجاب و القبول، فتأمّل.

١٦٤٣. قاله في القاعدة الخامسة و السبعين.

١٦٤٤. ممّا يعدّ فيه الشيئان أو الأشياء واحداً، و الجزأين أو أجزاء المركّب واحداً.

١٦٤٥. الأولى في توجيه كلام الشهيدﷺ أن يقال: إنّ اعتبار الاتّصال بين المستثنى و المستثنى منه و عدم اعتباره - بكلا قسميه، من الاستثناء بالمشيئة و من الاستثناء بغيرها - كان محلّ الخلاف من صدر الإسلام و زمن الرسولﷺ، و قد عقدوا له باباً في بعض كتب الاُصول و شرح المختصر و غيرهما على ما حكي، و عقدوا له بالنسبة إلى أحد قسميه - و هو الاستثناء بمشيّة اللّه - باباً في كتب الأخبار كالكافي، و له فروع كثيرة مذكورة في تضاعيف أبواب الفقه.

فذهب جماعة تبعاً لابن عبّاس إلى عدم الاعتبار، مستدلّين عليه بصدور استثناء المشيّة عن سيّد الأنبياء - من قوله لليهود: «أجيبكم غداً» بدون ذكر كلمة «إن شاء اللّه» حين سألوه

.....

عن أشياء – بعد بضع خمسة عشر يوماً كما في بعض الروايات، أو أربعين يوماً كما في رواية الفقيه عن الصادق عليه السلام على ما في الصافي، و باستثنائه صلى الله عليه وآله الإذخر* عن حرمة قطع نبات الحرم و أشجاره بعد سنة، حين قال ابن عبّاس بعد سنة: «الإذخر»، فقال صلى الله عليه وآله: «إلاّ الإذخر».

و ذهب غيرهم إلى خلافه، مستدلّين عليه بأنّ المستثنى من توابع المستثنى منه و لواحقه، و قضيّة التبعيّة عدم انفصاله عن المتبوع بحيث يعدّ تابعاً له، و إلاّ فلو انفصل عنه، فإن كان له تبعيّة اعتباريّة جعليّة فهو أمر مستقلّ آخر، و إلاّ يكون لغواً.

و الحقّ هو الثاني، إذ لاريب في تبعيّة الاستثناء للمستثنى منه. و الظاهر أنّ ابن عبّاس لاينكر ذلك، و إنّما يقول ببقاء التبعيّة مع الفصل الطويل أيضاً. و فيه: مع أنّه خلاف الوجدان أنّه لادليل عليه، إذ ما استند إليه من الرواية ليس فيها قول «إن شاء اللّه» بعد المدّة الطويلة. و لو سلّم فيدلّ على المطلب لو كان له ظهور في الرجوع إلى الكلام السابق عليه بزمان طويل، و هو ممنوع، لاحتمال أن يكون قوله صلى الله عليه وآله: «إن شاء اللّه» بعد نزول قوله: ﴿وَ لا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فاعِلٌ ذلِكَ غَداً ○ إِلاّ أَنْ يَشاءَ اللّهُ﴾ راجعاً إلى الالتزام بامتثال النهي المذكور في إخباره فيما بعد عن الأُمور المستقبلة، نظير أن يقول المولى لعبده: لاتشرب الخمر، فيقول العبد: إن شاء اللّه، يعني: لاأشرب الخمر إن شاء اللّه. بل هذا هو الظاهر، بل المتعيّن، لأنّ مقتضى الآية الشريفة – من وجوه عديدة – استثناء المشيّة في الأُمور المستقبلة. و معلوم أنّ قوله صلى الله عليه وآله لليهود: «أُجيبكم غداً» قد صار من الأُمور الماضية، فالقول المذكور خارج عن الآية موضوعاً، فلايكون النبيّ صلى الله عليه وآله بواسطة الآية مكلّفاً باستثناء المشيّة من هذا القول المخصوص، بل يكون مكلّفاً باستثنائها من الأقوال المستقبلة، فلابدّ من إرجاع قوله صلى الله عليه وآله: «إن شاء اللّه» إلى امتثال التكليف في هذه الآية فيما بعد، فكأنّه قال: لاأقول إنّي فاعل شيء فيما بعد بدون الاستثناء إن شاء اللّه.

نعم، في بعض الروايات الواردة عن الأئمّة عليهم السلام في تفسير قوله تعالى: ﴿وَ اذْكُرْ رَبَّكَ إِذا نَسِيتَ﴾ ما يدلّ على اتّصال كلمة المشيّة بالمستثنى منه السابق الصادر عن المتكلّم و ارتباطه به،

---

* في لسان العرب(٤/٣٠٣): «الإذْخِرُ: حشيش طيّب الريح.... و في حديث الفتح و تحريم مكّة: فقال العبّاس: إلاّ الإذخِرَ فإنّه لبيوتنا و قبورنا.»

.....

إمّا مطلقاً كما في رواية الكافي عن الصادق عليه السلام حين سئل عن قوله تعالى: ﴿وَ اذْكُرْ رَبَّكَ إِذا نَسِيتَ﴾ قال ذلك في اليمين إذا قلت: و اللّه لاأفعل كذا وكذا، فإذا ذكرت أنّك لم تستثن فقل: إن شاء اللّه». و روى العيّاشي هذا المضمون في عدّة روايات. و إمّا إلى أربعين صباحاً، كما في رواية العيّاشي عن الصادق عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: الاستثناء في اليمين متى ما ذكر و إن كان بعد أربعين صباحاً، ثمّ تلا هذه الآية». و إمّا إلى سنة، كما في بعض الروايات.

و يمكن الجواب عنها أمّا عن مطلقاتها فتارة بتقييدها بقوله عليه السلام: «و اذكر ربّك ما لم ينقطع الكلام». و اُخرى بحمل ذكر المشيّة فيها على ذكرها لغرض الانقطاع لا لأجل التقييد بها حقيقة. و بهذا الوجه الأخير يجاب عمّا هو صريح في الدلالة على المطلوب، فتأمّل، فإنّه لايخلو عن إشكال. و أمّا عدم دلالة رواية الإذخر فلاحتمال إعادة الكلام المستثنى منه ثانياً حين استثناء الإذخر.

و كيف كان، فالذي استقرّ عليه المذهب و نجزم به هو القول الثاني، فإن قدرنا على الجواب عن الروايات فهو و إلاّ فنذرها في سبيلها، و نرجي فهم معناها حتّى نلقى إمامنا عليه السلام و جعلنا من أنصاره إن شاء اللّه.

ثمّ إنّهم تعدّوا عن الاستثناء إلى سائر التوابع الكلاميّة، بل مطلق التوابع و لو غير الكلاميّة، فاعتبروا الاتّصال بينها و بين متبوعاتها.

إذا عرفت هذا فاعلم أنّ المستفاد من التأمّل في أغلب موارد القواعد أنّ الشهيد رحمه الله لم يسلك فيها على ما جرى عليه ديدن العلماء خلفاً عن سلف في مقام تأسيس الأصل و القاعدة و تفريع الفروع عليه، من جعلهم الأصل المؤسّس طريقاً إلى استعلام الحكم في الفروع الخالية عن الدليل، و لذا تراه رحمه الله في مقام تفريع الفروع يذكر اُموراً مسلّمة مدلولاً عليها بالدليل الخاصّ واحداً بعد واحد، بحيث كان الأصل الذي أسّسه مستغنى عنه في كلّ واحد من الفروع. و إن شئت فلاحظ ما كتبه رحمه الله في قاعدتي الحرج و الضرر تجده كما ذكرنا. فحينئذ لابدّ أن يكون غرضه من كون ما جعله أصلاً لجملة من الفروع أنّ الفروع التي قد علم فيها حكم الشارع بحكم خاصّ – من دليل عامّ أو خاصّ – إنّما لاحظ الشارع فيها ذاك الذي جعله أصلاً و قاعدة. ففيما نحن فيه مثلاً قد لاحظ الشارع التبعيّة الذي هو ملاك اعتبار الاتّصال بين المستثنى و المستثنى منه – الذي منه تعدّوا إلى سائر التوابع – و راعاها فيما حكم فيه بالموالاة، كما في

بين الاستثناء* و المستثنى منه، و قال بعض العامّة: لايضرّ قول الزوج بعد الإيجاب: "الحمد لله و الصلاة على رسول الله، قبلت نكاحها". و منه: الفوريّة في استتابة المرتدّ(١٦٤٦)، فيعتبر في الحال، و قيل: إلى ثلاثة أيّام. و منه: السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله. و منه: السكوت(١٦٤٧)

.....

العقود على ما توهّمه الشهيدﷺ من قيام الدليل على اعتبارها فيها، بقرينة جريان عادته في هذا الكتاب على تفريع الأمر المعلوم حكمه من غير جهة الأصل الذي أسّسه عليه، بمعنى أنّ منشأ الحكم بالموالاة في العقود – على تقدير تسليمه– هو لحاظ التبعيّة و كون القبول تابعاً للإيجاب. و قد استوفينا الكلام في بطلان ذلك في المسألة المتقدّمة، فراجع.

وكذا منشأ الحكم بفوريّة توبة المرتدّ بعد الاستتابة منه أيضاً لحاظ تبعيّة التوبة للاستتابة على نحو يصحّ أن يقال: استتيب فتاب، بمعنى أنّه لاحظ تبعيّة الثاني للأوّل فحكم بفوريّة التوبة حفظاً للتبعيّة الملحوظة. وكذلك لاحظ أيضاً دخل تبعيّة المأمومين للإمام قبل الركوع في صحّة جمعتهم، فحكم بالبطلان عند عدم تحريمهم قبله، لفوات التبعيّة الخاصّة حينئذٍ التي لها دخل في الصحّة. وكذا قد لاحظ في تعريف اللقطة تبعيّة التعريف اللاحق للسابق بحيث يعدّ الثاني إعادة و تكراراً للأوّل، فحكم بالموالاة حفظاً لهذه التبعيّة. وكذلك الكلام في الفروع الآتية، فتفطّن. ثمّ إنّ وجه أولويّة ما ذكرناه عمّا ذكره المصنّف يعلم ممّا نعلّقه على كلماته الصادرة عنه في مقام التوجيه.

١٦٤٦. يعني: من التوالي فوريّة توبة المرتدّ.

١٦٤٧. يعني: من التوالي اعتبار عدم كثرة السكوت في أثناء فصول الأذان، فإن كان كثيراً أبطله. و قال متّصلاً بذلك: «و كذا الكلام عند طول الفصل – يعني: طول الفصل بين فصول الأذان مطلقاً – و لو كان بغير السكوت، كالتكلّم بكلام آخر» فيكون هذا بعد ذكر السكوت من ذكر العامّ بعد الخاصّ. و قضيّة إطلاق كلامه بطلان الأذان بذكر أوصافهﷺ بعد التكبير و الشهادة بالتوحيد و ذكر أوصاف النبيّ بعد الشهادة بالرسالة فيما إذا زال الفصل بذلك.

---

* في بعض النسخ: للمستثنى.

الطويل في أثناء القرائة أو قرائة غيرها*(١٦٤٨) و كذا التشهّد. و منه: تحريم المأمومين(١٦٤٩) في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمّدوا أو نسوا حتّى ركع فلا جمعة. و اعتبر بعض العامّة تحريمهم معه قبل الفاتحة. و منه: الموالاة في التعريف بحيث لاينسى** أنّه تكرار، و الموالاة في سنة التعريف، فلو رجع في أثناء المدّة استأنفت، ليتوالى[٢٨]، انتهى.

أقول: حاصله أنّ الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتّصالية(١٦٥٠) في العرف، فلابدّ في ترتّب الحكم المعلّق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتّصالية، فالعقد المركّب من الإيجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلامٍ واحدٍ مرتبط بعضه ببعض، فيقدح تخلّل الفصل المخلّ بهيئته الاتّصالية؛ و لذا لايصدق التعاقد***

.....

١٦٤٨. ضمير «منه» يرجع إلى طول الفصل في كلامه**** السابق الساقط من المتن، و هو قوله: «و كذا الكلام عند طول الفصل» و قد مرّ شرحه. و قوله: «أو قرائة غيرها» عطف على السكوت الطويل. يعني: و من طول الفصل قرائة غير القرائة في خلال القرائة. و كذا التشهّد، يعني: مثل القرائة التشهّد، فيبطله طول الفصل في أثنائه بالسكوت أو بقرائة غير التشهد.

١٦٤٩. و من أفراد التوالي الموالاة بين تحريم المأمومين في صلاة الجمعة و بين تحريم الإمام، بحيث لايتأخّر تحريمهم عن تحريمه إلى الركوع. و من التوالي الموالاة في تعريف اللقطة بحيث لاينسى أنّه – أي: التعريف – تكرار للتعريف السابق. و الموالاة في سنة التعريف، أي: إيصال شهور سنة التعريف، فلو رجع عن التعريف في أثناء مدّة السنة – بأن عرّفها ثلاثة شهور من سنة، ثمّ ترك التعريف ستّة أشهر مثلاً، ثمّ عرّفها تسعة أشهر – لم يكف، بل استؤنفت السنة، لتوالي التعريف في السنة. و قال في التذكرة بعد جملة كلام له: «فإذا عرّفها متفرّقاً لم يجب الاستيناف، و كفاه التلفيق» انتهى. و هو مشكل.

١٦٥٠. يعني: الأُمور المتدرّجة إذا كان له صورة اتّصاليّة تتوقّف من حيث الوجود الخارجي على حصول هذه الصورة، و كانت تلك الأُمور موضوعاً لحكم شرعيّ، فلابدّ في

---

* في بعض النسخ: خلالها. ** في بعض النسخ: لايصدق *** في بعض النسخ: المعاقدة.

**** أي: كلام الشهيد﵀: في القواعد، و الذي لم ينقله الشيخ﵀ في متن مكاسبه.

إذا كان الفصل مفرطاً في الطول كسنة أو أزيد، و انضباط ذلك إنّما يكون بالعرف، فهو في كلّ أمرٍ بحسبه، فيجوز الفصل بين كلٍّ من الإيجاب و القبول بما لايجوز بين كلمات كلّ واحدٍ منهما، و يجوز الفصل بين الكلمات بما لايجوز بين الحروف كما في الأذان و القرائة. و ما ذكره حسن لو كان حكم(١٦٥١) الملك و اللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً كما هو مقتضى التمسّك بآية الوفاء بالعقود، و بإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، أمّا لو كان منوطاً بصدق "البيع" أو "التجارة عن تراضٍ" فلايضرّه عدم صدق العقد. و أمّا جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتّصال بين الاستثناء و المستثنى منه، فلأنّه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة؛(١٦٥٢)، فإنّ أكثر الكلّيات إنّما يلتفت إليها من التأمّل في موردٍ خاصّ، و قد صرّح في القواعد مكرّراً بكون الأصل في هذه القاعدة كذا. و يحتمل بعيداً(١٦٥٣) أن يكون الوجه فيه:

.....

ترتّب الحكم عليها من حصول تلك الصورة و إلاّ لزم وجود الحكم في غير موضوعه. هذا، و فيه: أنّ هذه الكبرى لاإشكال فيها، و إنّما الإشكال في جعل ما نحن فيه من صغريّاتها، لأنّ العقد الموضوع لجملة من الأحكام و إن كان أمراً تدريجيّاً له صورة اتّصاليّة إلاّ أنّه لايتوقّف وجوده على وجود تلك الصورة، لما مرّ من كون المدار في صدقه على بقاء الموجب على عهده إلى زمان مجيء القبول لا على الموالاة، فتأمّل.

١٦٥١. لاحسن فيه، لأنّه لو تمّ لزم اعتبار الموالاة في العقد الجائز مثل اللازم، لكونه مثله في الإناطة على صدق العقد، مع أنّه لابأس بالفصل و عدم الموالاة فيه، فتدبّر.

١٦٥٢. كونه منشأ الانتقال إلى قاعدة اعتبار الصورة الاتّصاليّة في مقام ترتيب الحكم على الأمور التي لاتوجد في الخارج إلاّ مع تلك الصورة فرع انطباق القاعدة عليه و كونه فرداً منها، و هو ممنوع، لأنّ الأصل المذكور و إن كان تدريجيّاً له صورة اتّصاليّة لايحصل بدونها إلاّ أنّه لم يجعل موضوعاً لحكم شرعيّ في مورد فضلاً عن اعتبار الاتّصال فيه في ترتيب الحكم، فلايصحّ جعله منشأً للانتقال إليها.

١٦٥٣. وجه البُعد أنّ ثبوت اعتبار الاتّصال فيما كان الربط فيه أشدّ لايلازم ثبوته فيما كان الربط فيه أخفّ.

أنّ الاستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق؛ لخروج المستثنى منه معه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقّف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك أقبح، فصار أصلاً في اعتبار الموالاة بين أجزاء الكلام، ثمّ تُعدّي منه إلى سائر الأُمور المرتبطة بالكلام لفظاً أو معنىً(١٦٥٤)، أو من حيث صدق عنوانٍ خاصّ عليه؛ لكونه عقداً أو قرائةً أو أذاناً و نحو ذلك.

ثمّ في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتدّ؛ فإنّ غاية ما يمكن أن يقال في توجيهها(١٦٥٥): إنّ المطلوب في الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع فلابدّ من إعادته في أقرب الأوقات. و أمّا مسألة الجمعة، فلأنّ هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود مطلوبة، فيقدح الإخلال بها.

.....

١٦٥٤. يعني: و لو لم تكن من أجزاء الكلام. ثم إنّ قوله: «أو من حيث صدق» عطف على قوله: «لفظاً» أي: من حيث اللفظ.

١٦٥٥. لايخفى ما فيه، إذ بناءً على أن يكون غرض الشهيد من جعل الأُمور المذكورة فروعاً له و مصاديق منه ما وجّه به كلامه بقوله:«حاصله...» الذي مرّ شرحه، لاوجه لذكر الشهيدﷺ خصوص مسألة استتابة المرتدّ و وجوب توبته عن الارتداد، لأنّ ما ذكره في وجه الفوريّة هناك و كونه من أفراد ما جعله مرام الشهيد جارٍ في التوبة عن جميع المعاصي، لأنّ المطلوب في الانقياد الذي هو مقتضى العبوديّة هو الاستمرار، فإذا انقطع بالمعصية في زمان فلابدّ من إعادته في أقرب الأوقات. و من ذلك يعلم أولويّة ما ذكرناه في توجيه كلامه، إذ بناءً عليه لامجال لهذا الإيراد، حيث إنّ مسألة توبة المرتدّ بالخصوص هو الذي راعى الشارع تبعيّة التوبة للاستتابة في قبولها بالنسبة إلى سقوط القتل و نحوه عنه، و هذا بخلاف التوبة عن سائر المعاصي، فإنّها و إن كانت فوريّةً أيضاً لكن لا من جهة التبعيّة بين المعصية و بين التوبة عنها في قبولها، بل من جهة أنّ ترك التوبة في كلّ آنٍ بنفسه قبيح، و لهذا يصحّ التوبة عن المعصية و تقبل في جميع الأزمنة غير زمان مشاهدة العذاب بنصّ من الآيات و الأخبار المتواترة، بخلاف توبة المرتدّ، فإنّها لاتصحّ بدون الموالاة، بمعنى عدم كفايتها في المنع عن القتل و بينونة الزوجة و انتقال المال إلى الورثة.

و للتأمّل في هذه الفروع و في صحّة تفريعها(١٦٥٦) على الأصل المذكور مجال.

ثمّ إنّ المعيار في الموالاة موكول إلى العرف كما في الصلاة و القرائة و الأذان و نحوها. و يظهر من رواية سهل الساعدي المتقدّمة في مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الإيجاب و القبول بكلامٍ طويل أجنبيّ؛ بناءً على ما فهمه الجماعة من أنّ القبول فيها قول ذلك الصحابيّ: "زوّجنيها"، و الإيجاب قوله ﷺ بعد فصلٍ طويل: "زوّجتكها بما معك من القرآن"؛ و لعلّ هذا موهنٌ آخر للرواية، فافهم.

و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد بأن لايكون معلّقاً على شئ بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشئ، لا في غيرها. و ممّن صرّح بذلك: الشيخ و الحلّي و العلاّمة[٢٩] و جميع من تأخّر عنه كالشهيدين و المحقّق الثاني و غيرهم. و عن فخرالدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة: أنّ تعليق الوكالة على الشرط لايصحّ عند الإماميّة، و كذا غيره من العقود لازمة كانت أو جائزة. و عن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه[٣٠]، و ظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتّفاق عليه. و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد[٣١]، و إن لم يتعرّض الأكثر في هذا المقام.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

و يدلّ عليه: فحوى فتاويهم و معاقد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتّى أنّ العلاّمة ادّعى الإجماع – على ما حكي عنه –

.....

١٦٥٦. نعم، يمكن منع اعتبار الفوريّة في الفروع المذكورة، إمّا لعدم الدليل عليه، فيرجع إلى أصالة العدم، و إمّا لوجود الدليل على العدم. و لافرق في ذلك بين ما ذكرناه و ما ذكره المصنف توجيهاً لكلام الشهيد. و أمّا تفريع الفروع على الأصل المذكور فالتأمّل في صحّته – بعد تسليم صحّة أصلها– مختصّ بما فسّر به المصنّف الأصل عند التوجيه بقوله: «و أمّا جعل المأخذ في ذلك...». و أمّا بناءً على ما فسّرناه و وجّهناه به فلا مجال للتأمّل فيه، إذ كلّ واحد من الفروع – بعد تسليم اعتبار الفوريّة فيه في الشريعة – قد روعي فيه التبعيّة، و حكم بالفوريّة تحفّظاً على هذه التبعيّة، فتأمّل جيّداً.

على عدم صحّة* أن يقول الموكّل: "أنت وكيلي في يوم الجمعة أن تبيع عبدي"، و على صحّة** قوله: "أنت وكيلي، و لاتبع عبدي إلاّ في يوم الجمعة"، مع كون المقصود واحداً. و فرّق بينهما جماعة[٣٢] – بعد الاعتراف بأنّ هذا في معنى التعليق –: بأنّ العقود لمّا كانت متلقّاةً من الشارع اُنيطت بهذه الضوابط و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها. فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع؟ و بالجملة فلاشبهة في اتّفاقهم على الحكم.

و أمّا الكلام في وجه الاشتراط(١٦٦٧)،

.....

١٦٦٧. تحقيق المطلب أنّ الإنشاء مقابل الإخبار قائم بأمرين: استعمال اللفظ في المعنى، و القصد و البناء على تحقّق المعنى المستعمل فيه به. و أمّا كون الداعي في ذلك هو الجدّ لا الأغراض الاُخر فهو معتبر في تأثير الإنشاء. فنقول: إنّ الصيغة المنشأ بها المقصود إمّا أن تكون جملة اسميّة مثل: هذا لك بإزاء هذا، و أنت حرّ بعد وفاتي، و أنت طالق إن كان كذا، أو فعليّة فعلها ماضٍ مثل: بعت و أعتقت، أو مضارع مثل: أبيع إنشاء. و على التقادير؛ قيد الشرط في الصيغة – و كذلك سائر القيود بجميع أقسامه المذكورة في المتن من حيث الحاليّة و الاستقباليّة و العلم بالحصول و الجهل به – إمّا قيد للإنشاء و راجع إلى أحد مقوّميه: الاستعمال و البناء، أو قيد للمنشأ هيئة أو مادّة.

و الأوّل – و هو صورة رجوع القيد إلى الإنشاء بجميع أقسامه عدا ما يكون القيد فيه أمراً حاليّاً معلوم الحصول – باطل، لفوات الإنشاء الذي هو السبب في وجود الأثر إلاّ في هذه الصورة كما هو ظاهر.

و الثاني و هو ما كان القيد راجعاً إلى مفاد الهيئة – و هو جهة إضافة المادّة إلى الفاعل و ارتباطها به، بمعنى رجوعه إلى نسبة صدور المادّة من الفاعل، بناءً على قابليّة مفاد الهيئة للتقييد كما هو الحقّ – يمكن أن يفصّل فيه بين كون صيغة العقد أو الإيقاع جملة اسميّة و بين كونها جملة فعليّة، بالقول بصحّة التعليق في الأوّل و بطلانه في الثاني، و ذلك لعدم المانع من الصحّة في الأوّل، إذ الجملة الاسميّة لادلالة فيها على الزمان، و إنّما تدلّ على صرف ثبوت المحمول

---

* في بعض النسخ: على صحّة.

** في بعض النسخ: و على عدم صحّة.

للموضوع، و هو قابل لأن يقيّد بالزمان المستقبل و بمقابليه. هذا فيما إذا كان المعلّق عليه معلوم الحصول. و أمّا في مجهوله فقضيّة دليل نفي الغرر بطلانه في البيع أو مطلق المعاوضة، بخلاف الثاني، حيث إنّ التعليق فيه منافٍ لمدلول الفعل ماضياً كان أو مضارعاً. أمّا في الماضي فلأنّ مدلوله صدور الفعل قبل حصول القيد، و قضيّة التعليق صدوره بعده. و كذا الكلام في المضارع فيما إذا قصد به الإنشاء. و لامجال للتصرّف في أحد الطرفين بقرينة الآخر، للزوم محذور فوات الإنشاء على تقدير، و محذور فوات التعليق على آخر. نعم، يصحّ فيه إذا كان المعلّق عليه أمراً حاليّاً معلوم الحصول.

هذا بحسب الثبوت. أمّا بحسب الإثبات فالظاهر رجوع القيود الكلاميّة إلى مفاد هيئتها من النسبة بين المادّة و الفاعل. و دعوى عدم تعقّله مدفوعة بما حرّرناه في مسألة الواجب المشروط من الأُصول. و مرجع التفصيل المذكور إلى الفرق بين كون المنشإ نسبة صدور الفعل عن الفاعل فلايجامع التعليق على غير الأمر الحاليّ المعلوم الحصول، لرجوعه إلى التناقض، و بين كونه مجرّد ثبوته له فيجتمع معه، و ما هو دالّ على الأوّل هو الماضي أو المضارع، و ما هو دالّ على الثاني هو الجملة الاسميّة، و قد عرفت أنّ التعليق ينافي الأوّلين دون الأخير.

و من هنا يظهر الوجه في صحّة التدبير و الظهار بقوله: أنت حرّ بعد وفاتي، و ظهرك كظهر أمّي إن دخلت الدار، و بطلانهما إذا قال: أعتقتك بعد وفاتي، و ظاهرتك إن دخلت الدار، و هو أنّ المنشأ في القسم الأوّل الحرّية و الشباهة، أي: ثبوتهما للعبد و الزوجة، و هما من النتائج الغير المنافية للتعليق، و في الثاني الإعتاق و المظاهرة، يعني: تشبيه الظهر بالظهر، و هما من قبيل الأفعال المنافية للتعليق.

و ظهر أيضاً قوّة القول بصحّة البيع بقوله في مقام الإنشاء: هذا لك أو ملك لك بكذا بعد مجيء رأس الشهر أو إن دخل الشهر، و بطلانه إذا قال إنشاءً: بعت أو أبيع هذا بعد هذا أو إن دخل هذا. و الإيراد على صحّة الأوّل بأنّ البيع قد أخذ في مفهومه عرفاً عدم التقطيع، مدفوع بأنّه مسلّم في طرف الانتهاء، و أمّا في طرف الابتداء فلا، فتأمّل، فإنّه أيضاً ممنوع.

و أمّا الثالث، و هو ما كان التعليق راجعاً إلى مادّة المنشإ، كالبيع و الصلح و العتاق و الطلاق، و غيرها من عناوين المعاملات المقصود إيجادها بإنشاء الصيغة، فالتحقيق في اعتبار التنجيز و عدمه بناءً عليه ملاحظة عنوان المعاملة، فإن أخذ في حقيقة مفهومه التعليق على شيء

.....

خاصّ، بحيث يكون لفظه موضوعاً للماهيّة بشرط ذاك الخاصّ كالوصيّة، فيعتبر فيه التعليق عليه و إلاّ لايكون وصيّة.

و إن أخذ في مفهومه الإطلاق و عدم التقيّد بتقدير، بحيث يكون لفظه موضوعاً للماهيّة المطلقة المقيّدة بقيد الإطلاق، فيعتبر فيه الإطلاق و التنجيز و عدم التعليق على شيء، و إلاّ يكون المنشأ شيئاً آخر غير ذاك العنوان.

و إن لم يؤخذ في مفهومه لا هذا و لا ذاك، بحيث يكون لفظه موضوعاً للماهيّة اللابشرط المقسمي، فإن كان المقصود تحقّقه مطلقاً فلابدّ من الإطلاق و التنجيز و عدم التعليق، و إن كان المقصود تحقّقه على تقدير دون تقدير فلابدّ من التعليق، و يعلم الوجه في ذلك ممّا سبق. و العتق من هذا القبيل، كما يشهد بذلك صحّة التدبير و المكاتبة و العتق المطلق. و الوجه في اعتبار التنجيز في بعض الصور المذكورة و اعتبار التعليق في البعض الآخر إنّما هو منافاة خلافه لحقيقة عنوان المنشإ و مفهومه.

و إن شكّ في أنّه من أيّ قسم من الأقسام الثلاثة المذكورة فيعتبر فيه التنجيز و الإطلاق، لكن لأصالة الفساد بدونه و مع التعليق، لعدم جواز التمسّك في تصحيحه بإطلاق دليل هذه المعاملة، لعدم إحراز موضوعه. أمّا ما أخذ في موضوعه عنوان هذه المعاملة مثل ﴿أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ﴾ و ﴿تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ و «الصلح جائز بين المسلمين» فواضح، للشكّ في صدق البيع و التجارة و الصلح مع التعليق. و أمّا ما لم يؤخذ فيه ذلك - كآية الوفاء بالعقد - فلأنّ المقصود من التمسّك به تصحيح عقد البيع المعلّق مثلاً بعنوان أنّه عقد البيع، لا بعنوان أنّه عقد و لو لم يصدق عليه البيع، و المفروض عدم إحراز كونه عقد بيع.

و على ما ذكرناه من التفصيل لايمكن أن يكون البحث عن اعتبار التنجيز في عقود المعاملات على نحو القاعدة الكلّية كي يرجع إليها في تمام أبواب المعاملات، كما يظهر من الأصحاب، حيث إنّهم في غير واحد من الأبواب يحيلون البحث عن اعتبار التنجيز - كالبحث عن سائر شرائط الصيغة مثل الماضويّة و العربيّة - إلى باب البيع، لأنّ عناوين المعاملات بالنسبة إلى اعتبار التنجيز و عدمه ليست على وزان واحد كما عرفت، بل لابدّ من البحث عنه في كلّ باب. و مرجع البحث عنه فيه إلى البحث عن أنّ حقيقة المعاملة في هذا الباب من أيّ قسم من الأقسام المذكورة حتّى يحكم عليه بحكمه، من اعتبار التنجيز و عدم اعتباره أو اعتبار عدمه. و

.....

الظاهر اعتباره في البيع، لأنّه لو لم نقل بأنّه قد أخذ في حقيقته عرفاً التجاوز و رفع اليد عن العوضين مطلقاً و على كلّ تقدير، المنافي له التعليق و التجاوز عنهما على تقدير خاصّ، فلا أقلّ من الشكّ فيه، فيرجع إلى الأصل على ما مرّ بيانه. و الظاهر أنّ الحال في الإجارة و النكاح و الطلاق على المنوال.

ثمّ إن المورد الذي قلنا بعدم جواز التعليق لافرق بين كون المعلّق عليه مجهول الحصول أو معلومه، في المستقبل أو الحال. و أمّا التعليق في مثل: إن كان لي فقد بعته، و إن كانت زوجتي فهي طالق، فهو خارج عن موضوع البحث، لأنّ المراد من المعلّق عليه في محلّ البحث ما كان عنوان المعاملة قابلاً للتقييد به و الإطلاق بالنسبة إليه و إلى عدمه، و المعلّق عليه في مثل المثالين غير قابل لإطلاق عنوان المعاملة، كالبيع و الطلاق بالنسبة إلى تقديري وجوده و عدمه، بل مقيّد به قهراً. و من هذا القبيل: بعتك إن شئت أو إن اشتريت.

و قد تحصّل أنّ الأقوى اعتبار التنجيز في البيع، إمّا للأصل، و إمّا لمنافاة التعليق لحقيقة البيع عرفاً. و أمّا سائر المعاملات فلابدّ من التأمّل في حقيقتها عند أهل العرف. و الكلام في ذلك يأتي إن شاء اللّه في كلّ باب من أبوابها. هكذا ينبغي تحرير المسألة، فافهم و اغتنم.

فلنرجع إلى شرح العبارة فنقول: إن كان المراد من الجزم في كلام العلاّمة ما لعلّه الظاهر منه في كلام الشهيد، و هو الجزم الفعلي بالإنشاء، بمعنى القصد الفعلي و البناء الجدّي إلى إنشاء المعاملة و إيجادها، فلاريب في اعتباره و منافاته للتعليق، حيث إنّ البيع و أمثاله من الأُمور القصديّة المحتاجة في تحقّقها إلى قصد الإيجاد في إنشاءاتها، و قد مرّ أنّ قوام الإنشاء بالقصد إذا انعدم ينعدم، و مرّ أيضاً أنّ القصد الفعلي لايجامع التعليق. إلاّ أنّ قضيّة اعتباره بذاك المعنى عدم صحّة التعليق إلاّ على أمر معلوم الوقوع حال الإنشاء، لأنّ الذي لاينافي التعليق عليه للجزم ليس إلاّ هذا، و أمّا ما عداه حتّى معلوم الحصول في المستقبل فالتعليق عليه ينافيه جزماً.

و من هنا يتّجه الإشكال على إطلاق قول المصنّف: «و مقتضى ذلك – أي: الوجه المستفاد من كلام العلاّمة و الشهيدﷺ – أنّ المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول» انتهى، إذ قضيّة إطلاق هذه العبارة جواز التعليق على أمر معلوم الحصول و لو في المستقبل، و قد مرّ أنّه أيضاً منافٍ للجزم بالمعنى المذكور، فلابدّ أن لايجوز. و لامجال لأن يراد منه مجهول

فالذي صرّح به العلاّمة في التذكرة أنّه منافٍ للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثمّ فرّع عليه عدم جواز التعليق، قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علّق العقد على شرطٍ لم يصحّ و إن شرط المشيئة؛ للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدّته، و هو أحد قولي الشافعي و أظهرهما عندهم الصحّة؛ لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد؛ لأنّه لو لم يشأ لم يشترِ[٣٣]، انتهى كلامه. و تبعه على ذلك الشهيدﷺ في قواعده، قال: لأنّ الانتقال بحكم الرضا(١٦٥٨)

.....

الحصول في خصوص الحال و إن كان معلوم الحصول في الاستقبال، لأنّه منافٍ لما استدركه بقوله: «و لكنّ الشهيد في قواعده...»، لأنّه صريح في أنّ المراد من مجهول الحصول ما كان كذلك مطلقاً حتّى في الاستقبال، فالإشكال متّجه.

و إن كان المراد منه الجزم بترتّب الأثر، فمعه و إن كان يسلم قوله المذكور عن الإشكال إلاّ أنّه لادليل على اعتباره لاعقلاً و لاشرعاً. و قياسه على الإطاعة حيث يتوقّف صدقها على الجزم بأنّ المأتيّ به مطلوب المولى - بعد الغضّ عن منع اعتباره فيها على ما حقّق في الأُصول - قياس مع الفارق، لأنّ الأسباب الشرعيّة كالأسباب العقليّة لايتوقّف تأثيرها على أزيد من وجودها الواقعي، سواء علم به أحد أم لا. هذا مع إمكان دعوى قيام الدليل على عدم اعتباره، ألا ترى أنّهم يحكمون بصحّة العقد بدون التعليق في القصد و الإنشاء مع تردّد المنشئ في ترتّب الأثر عليه، بل و مع اعتقاده بالعدم، من جهة اعتقاده اعتبار أمر تركه و ليس في الواقع بمعتبر. و سيصرّح المصنّف بالصحّة في ذلك.

١٦٥٨. ذكره في أوائل الكتاب و في القاعدة الثانية و الثلاثين، قالﷺ: «قاعدة: التكاليف الشرعيّة بالنسبة إلى قبول الشرط و التعليق أربعة أقسام. الأوّل: ما لايقبل شرطاً و لاتعليقاً، كالإيمان باللّه و رسوله و حججه، و اعتقاد وجوب الواجبات - إلى أن قال - الثاني: ما يقبل الشرط و التعليق على الشرط، كالعتق - إلى أن قال - الثالث: ما يقبل الشرط دون التعليق على الشرط، كالبيع و الصلح و الإجارة و الرهن، لأنّ الانتقال بحكم الرضا، و لارضا مع التعليق، إذ الرضا يعتمد الجزم، و الجزم ينافي التعليق، لأنّه بعرضة عدم الحصول...» إلى آخر ما ذكره المصنّفﷺ في المتن.

و لارضا إلاّ مع الجزم و الجزم ينافي التعليق، انتهى. و مقتضى ذلك: أنّ المعتبر هو عدم التعليق على أمرٍ مجهول الحصول كما صرّح به المحقّق في باب الطلاق.

.....

لايخفى عليك أنّ الفرق بين الشرط و التعليق أنّ المراد من الأوّل ما يعبّر عنه بمثل قولك: بشرط أن تخيط ثوبي في قولك: بعت هذا بهذا بشرط أن تخيط ثوبي و أمثال ذلك. و المراد من الثاني ما يعبّر عنه بالقضيّة الشرطيّة و ما يفيد مفادها، مثل قولك: بعت هذا بهذا إن خطت ثوبي و أمثال ذلك. و يأتي في باب الشروط إن شاء اللّه أنّ الأوّل راجع إلى التعليق لامحالة، و أنّ قولهم بالصحّة في الصورة الأُولى دليل على أنّ بطلان العقد من جهة التعليق ممّا لاأصل له، فانتظر لتتمّة الكلام هناك.

و على أيّ حال فشرح عبارته أنّه يعني: لأنّ الانتقال و ترتّب الأثر على العقد إنّما هو لأجل الرضا فعلاً بالانتقال، و لارضا بالانتقال بحكم الأصل مع التعليق، إذ إحراز الرضا بالانتقال يعتمد و يناط بالجزم بالنقل و يتوقّف عليه، و الجزم به ينافي التعليق، لأنّ التعليق بحسب اقتضاء ذاته لو خلّي و نفسه – للشكّ و الترديد في حصول الشرط المعلّق عليه و عدمه – يلازم كون المعلّق عليه في معرض احتمال عدم الحصول في المستقبل، و لو قدّر العلم بحصوله في المستقبل من الخارج عن عالم مدلول اللفظ و مقتضاه، كما في موارد التعليق على الوصف الذي هو في الاصطلاح عبارة عن أمر معلوم التحقّق في المستقبل.

هذا ما يرجع إلى شرح عبارة القواعد و بيان المراد منها. و يتّجه عليه أنّ ما ذكره من كون الانتقال بحكم الرضا و متوقّفاً عليه...، ممّا لاشبهة فيه، و لكنّه لايجدي في اعتبار التنجيز و المنع عن التعليق، إذ لازمه ليس إلاّ كون الانتقال الواقعي منوطاً بالرضا الواقعي و مترتّباً عليه، فإن كان الرضا الواقعي منجّزاً غير معلّق على شيء كان المترتّب عليه هو الانتقال المنجّز، و إن كان معلّقاً على شيء كان المترتّب عليه هو الانتقال المعلّق. هذا لو كان المراد من الرضا الواقعي. و أمّا لو كان المراد منه الرضا المحرز بالفعل، كما يدلّ عليه قوله: «و لارضا إلاّ مع الجزم» إذ المراد منه الرضا الفعلي المحرز وجوده كما بيّناه في شرح العبارة، فيتّجه عليه أنّه لادليل على اعتبار الرضا بذاك المعنى في الانتقال الواقعي. و بالجملة، ما ذكرناه من التعليل راجع إلى القياس بنحو الشكل الثاني. و يرد عليه منع الصغرى على تقدير، و منع الكبرى على آخر، فتدبّر.

و ذكر المحقّق و الشهيد الثانيان في الجامع و المسالك – في مسألة "إن كان لي فقد بعته" – أنّ التعليق إنّما ينافي الإنشاء في العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلّق عليه مجهول الحصول. لكنّ الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدّم أنّ الجزم ينافي التعليق؛ لأنّه بعرضة عدم الحصول و لو قدّر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف؛ لأنّ الاعتبار بجنس الشرط(١٦٥٩) دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد. ثمّ قال: فإن قلت: فعلى هذا يبطل(١٦٦٠) قوله في صورة إنكار التوكيل*: "إن كان لي فقد بعته منك بكذا".

.....

١٦٥٩. لم أفهم معلول هذه العلّة على نحو أطمئنّ به. و يحتمل أن تكون علّةً لعليّة كون التعليق بعرضة عدم الحصول، لمنافاته للجزم. يعني: أنّ الوجه في سببيّة كونه في معرض عدم الحصول – لمنافاته للجزم – أنّ الاعتبار بجنس الشرط و ما يقتضيه الاشتراط بحسب الوضع الأوّلي لو خلّي و نفسه، دون ما يقتضيه الشرط بلحاظ ما هو خارج عن حاقّ مدلول اللفظ، من الخصوصيّات الخارجيّة الموجب لاعتبار أنواعه المقتضي للتفصيل في منافاته للجزم بينها وجوداً و عدماً، ففي مرحلة اعتبار عدم التعليق في العقد قد اعتبر جنس الشرط و لوحظ هو بماله من المعنى الاقتضائي العامّ الساري في جميع الأفراد، لا الشرط بما له من الخصوصيّات النوعيّة و الشخصيّة، فافهم.

١٦٦٠. حاصل السؤال: أنّه لو كان المدار على جنس الشرط لزم بطلان العقد حتّى في قوله في صورة إنكار التوكيل: إن كان لي فقد بعته منك، ممّا كان التعليق على أمر معلوم الوجود في ظرف الإنشاء، و الحال أنّه صحيح، فيستكشف من ذلك أنّ المدار و الاعتبار بخصوصيّات الشرط لاجنسه، و أمّا أنّ التعليق في الفرع المذكور في السؤال على أمر محقّق الوقوع في حال الإنشاء فلدلالة قوله في الجواب: «إنّ هذا تعليق على واقع» يعني: على أمر يعلمان أنّه واقع في ظرف الإنشاء، ضرورة أنّ مجرّد وقوعه في ظرف الإنشاء في الواقع بدون العلم به لايمنع عن الترديد، و معه يبقى التنافي بين التعليق عليه و بين الجزم على حاله. هذا، مضافاً إلى كلام له في أواخر القواعد يدلّ عليه، و سيأتي نقله بعين ألفاظه.

---

* في بعض النسخ: الوكيل.

قلت: هذا تعليق على واقع(١٦٦١)، لا على متوقّع الحصول، فهو علّة للوقوع أو مصاحبٌ له،

.....

١٦٦١. حاصل الجواب: أنّ التعليق هنا صوري صرف لاواقعيّة له، إذ يعتبر في حقيقة التعليق عدم العلم بتحقّق المعلّق عليه حين التعليق، و جنس الشرط - الذي قلنا إنّ الاعتبار به لا بخصوصيّة أفراده - إنّما المراد منه هو بمعناه الحقيقي المتوقّف تحقّقه على ترقّب المعلّق عليه و توقّع حصوله الموقوف على عدم العلم بتحقّقه عند التعليق، فهذا التعليق الموجود في الفرع المذكور صوري محض، لأنّه تعليق على أمر واقع يعلمان بوقوعه حين الإنشاء، لاأمر متوقّع الحصول لايعلم كلاهما أو أحدهما وجوده. فهو - أي: المعلّق عليه، أعني: كون المبيع للبايع - من جهة تحقّقه حين التعليق إمّا علّة لوقوع البيع و صدوره عن البايع، أو مصاحب له مجرّداً عن عليّته له. و ذلك لأنّه لايخلو حال البايع عن أن يكون العلّة الداعية له إلى البيع كون المبيع للبائع، بحيث يكون مآل قوله «إن كان لي» إلى قوله «لمّا كان لي» فالأوّل. و إمّا أن يكون العلّة له شيئاً آخر غيره، و يكون كونه له من المقارنات لها من باب الاتّفاق، بحيث يكون مآل قوله المذكور إلى قوله «هو لي» فالثاني. و لايصدق على هذا الأمر المعلوم التحقّق حين الإنشاء بالفرض أنّه أمر معلّق عليه الوقوع، أي: وقوع البيع و صدوره عن البايع، إذ علم ممّا مرّ أنّه يعتبر في صدق عنوان المعلّق و انطباقه على شيء - مثل البيع في المقام - عدم تحقّق المعلّق عليه في ظرف الانطباق، ككون المبيع للبايع، و المفروض في الفرع المذكور تحقّق كونه له فيه، فلايكون التعليق على حقيقته، و إنّما يكون هو صورة تعليق، و أمّا بحسب اللبّ و الواقع فهو - أي: الشرط المعلّق عليه - إمّا علّة للوقوع و الصدور أو مصاحب للوقوع المسبّب عن علّة أُخرى.

ثمّ الوجه في تقييد قوله«واقع» بقولنا: يعلمان بوقوعه...، إنّما هو كلامه في موضوع آخر نذكره فيما علّقناه على قول المصنّف. و يظهر منه ذلك أيضاً في أواخر القواعد.

و كيف كان، فظاهر كلام العلاّمة و الشهيد‌ين بل صريحه هو بطلان مثل قوله «إن كان لي فقد بعته بكذا» أو «إن كانت زوجتي فهي طالق» فيما إذا شكّ المنشئ في كونه له أو كونها زوجة لأجل التعليق. و قد حقّقنا أنّ مثل ذلك - ممّا كان مقيّداً قهراً، و لم‌يكن قابلاً للإطلاق بالنسبة إلى المعلّق عليه و مقابله - خارج عن موضوع البحث في المقام، فتدبّر.

لامعلّق عليه الوقوع، و كذا* لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج و إنكار التزويج حيث تدّعيه المرأة: "إن كانت زوجتي فهي طالق"، انتهى كلامه. و علّل العلاّمة في القواعد صحّة "إن كان لي فقد بعته" بأنه أمر واقع يعلمان وجوده، فلايضرّ جعله شرطاً، و كذا كلّ شرطٍ علم وجوده؛ فإنه لايوجب شكّاً في البيع و لا في وقوفه**[٣٤](١٦٦٢)، انتهى.

و تفصيل الكلام: أنّ المعلّق عليه إمّا أن يكون معلوم التحقّق(١٦٦٣)، و إمّا أن يكون محتمل التحقّق، و على الوجهين فإمّا أن يكون تحقّقه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل(١٦٦٤) و على التقادير، فإمّا أن يكون الشرط ممّا يكون مصحّحاً للعقد ككون الشئ ممّا يصحّ تملّكه شرعاً(١٦٦٥) أو ممّا يصحّ إخراجه عن الملك كغير أُمّ الولد، و غير الموقوف*** و نحوه، و كون المشتري(١٦٦٦) ممّن يصحّ تملّكه شرعاً، كأن لايكون عبداً، و ممّن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً، و إمّا أن لايكون كذلك.

ثمّ التعليق إمّا مصرّح به و إمّا لازم من الكلام، كقوله: "ملّكتك هذا بهذا يوم الجمعة"، و قوله في القرض و الهبة: "خذ هذا بعوضه" أو "خذه بلا عوض يوم الجمعة"، فإنّ التمليك معلّق على تحقّق الجمعة في الحال أو في الاستقبال، و لهذا احتمل العلاّمة في النهاية و ولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورّثه بظنّ حياته معلّلاً بأنّ العقد

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

.....

١٦٦٢. أي: ترديداً في إنشاء التمليك و البيع، و لا في ترتّب الأثر عليه.

١٦٦٣. لم يذكر صورة العلم بعدم التحقّق، لأنّه إمّا أن يكون معلوم العدم في الحال و الاستقبال معاً، أو يكون معلومه في أحدهما. و التعليق في الأوّل لايصدر من مريد البيع، إذ مرجعه إلى عدم قصد البيع. و أمّا الأخير فهو بأقسامه مندرج في التقسيم المذكور في المتن.

١٦٦٤. «أو» هنا لمنع الخلوّ. و عليه تكون الأقسام بعد إسقاط المتداخل و المكرّر منها ثمانية.

١٦٦٥. كأن لايكون خمراً و لاخنزيراً.

١٦٦٦. هذا عطف على الكون الأوّل المجرور بالكاف.

---

* في بعض النسخ: زيادة: نقول.

** في بعض النسخ: في وقوعه.

*** في بعض النسخ زيادة: عليه.

و إن كان منجّزاً في الصورة إلاّ أنّه معلّق، و التقدير: إن مات مورّثي فقد بعتك.

فما كان منها معلوم الحصول حين العقد(١٦٦٧) فالظاهر أنّه غير قادح، وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقّق و العلاّمة و الشهيدين و المحقّق الثاني و الصيمري و حكي أيضاً عن المبسوط(١٦٦٨) و الإيضاح – في مسألة ما لو قال: "إن كان لي فقد بعته" –: بل لم يوجد في ذلك خلافٌ صريح، و لذا ادّعى في الرياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً.

و ما كان معلوم الحصول في المستقبل(١٦٦٩) و هو المعبّر عنه بالصفة فالظاهر أنّه داخل في معقد اتّفاقهم على عدم الجواز – و إن كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لايجري فيه – كما اعترف به الشهيد فيما تقدّم عنه(١٦٧٠)، و نحوه الشهيد الثاني فيما حكي عنه، بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه ممّا لاخلاف(١٦٧١) فيه بيننا، بل بين العامّة؛ فإنّه قال: إذا قال الواقف: "إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته" لم يصح الوقف بلاخلاف؛ لأنّه مثل البيع و الهبة و عندنا مثل العتق أيضاً، انتهى.

.....

١٦٦٧. يعني به معلوم الحصول مطلقاً و لو لم تكن صحّة العقد معلّقة عليه، و سواء صرّح به أم لا، و سواء كان معلوم الحدوث في المستقبل أيضاً أو بجهوله فيه أو معلوم العدم، فالأقسام اثنا عشر.

١٦٦٨. يعني: و حكي عدم القدح في التعليق على معلوم الحصول حين العقد.

١٦٦٩. و معلوم العدم في الحال أو مشكوكه فيه، سواء كان مصحّحاً للعقد أم لا، و سواء صرّح به أم لا.

١٦٧٠. يعني به قوله في السابق: «لأنّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه» بعد قوله: «و لو قدّر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف» إذ لو لم يحصل الجزم حينئذٍ لما كان وجه لهذا التعليل.

ثمّ لايخفى أنّ في المتن* سقطاً بين قوله: «به» و بين «الشهيد الثاني». و العبارة هكذا: كما اعترف به الشهيد فيما تقدّم عنه و نحوه الشهيد الثاني....

١٦٧١. أي: كون عدم جواز التعليق على معلوم الحصول في المستقبل.

---

* هذا تصحيح لنسخته‌ﷺ من المكاسب، فالمتن هنا كامل كما صحّحه.

فإنّ ذيله يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع و الهبة غير مختصّ بالإماميّة، نعم مماثلته للعتق مختصّ بهم. و ما كان منها مشكوك الحصول(١٦٧٢) و ليست صحّة العقد معلّقة عليه في الواقع – كقدوم الحاجّ – فهو المتيقّن من معقد اتّفاقهم.

و ما كان صحّة العقد معلّقة عليه كالأمثلة المتقدّمة فظاهر إطلاق كلامهم يشمله، إلاّ أنّ الشيخ في المبسوط حكى في مسألة "إن كان لي فقد بعته" قولاً من بعض الناس بالصحّة، و أنّ الشرط لايضرّه؛ مستدلاً بأنّه لم يشترط إلاّ ما يقتضيه إطلاق العقد؛ لأنّه إنّما يصحّ البيع لهذه الجارية من الموكّل إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضرّ إظهاره و شرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثمن أو ما أشبه ذلك[٣٥]، انتهى. و هذا الكلام و إن حكاه عن بعض الناس، إلاّ أنّ الظاهر ارتضائه له(١٦٧٣). و حاصله: أنّه كما لايضرّ اشتراط بعض لوازم العقد المترتّبة عليه، كذلك لايضرّ تعليق العقد بما هو معلّق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدّماته كالإلزام ببعض غاياته، فكما لايضرّ الإلزام بما يقتضي العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلّقاً عليه و مقيّداً به.

و هذا الوجه و إن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد – لأنّ المعلّق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتّب الأثر الشرعيّ على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذي(١٦٧٤)

١٦٧٢. يعني: مطلقاً في حال العقد و في المستقبل.

١٦٧٣. لعلّ نظره في وجه الظهور إلى عدم تعرّضه لردّه و الإيراد عليه.

١٦٧٤. إضافة الإنشاء إلى مدلول الكلام بيانيّة. و قوله «الذي» صفة الإنشاء. يعني: دون إنشاء هو مدلول الكلام الإنشائي – الذي هو وظيفة المتكلّم في مقام الإنشاء – و معناه الموضوع له لفظ ما ينشأ به المعاملة – مثل «بعت» مثلاً – و لو بطور الاشتراك اللفظي أو بطور النقل، على ما يظهر من المصنّفﷺ في مسألة اشتراط قصد المتعاقدين مدلول العقد، حيث قال هناك في مقام التفريع على هذا الشرط: «فلايقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغالط، أو إلى المعنى – إلى أن قال – أو قصد معنى يغاير مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام»

هو وظيفة المتكلّم، فالمعلّق في كلام المتكلّم غير معلّق في الواقع على شئ، و المعلّق على شئ ليس معلّقاً في كلام المتكلّم على شئ، بل و لامنجّزاً بل هو شئ خارج عن مدلول الكلام إلاّ أنّ ظهور ارتضاء الشيخ له كافٍ في عدم الظنّ بتحقّق الإجماع عليه(١٦٧٥). مع أنّ ظاهر هذا التوجيه(١٦٧٦) لعدم قدح التعليق يدلّ على أنّ محلّ الكلام فيما لم يعلم(١٦٧٧) وجود المعلّق عليه و عدمه، فلا وجه لتوهّم اختصاصه بصورة العلم. و يؤيّد ذلك: أنّ الشهيد في قواعده جعل الأصحّ صحّة تعليق البيع على ما هو شرطٌ فيه، كقول البايع: "بعتك إن قبلت". و يظهر منه ذلك أيضاً في أواخر القواعد(١٦٧٨).

.....

انتهى موضع الحاجة، فإنّه ظاهر - بل صريح - في كون مدلول العقد هو الإنشاء، فتأمّل، فإنّ الإنشاء و الإخبار خارجان عن مدلول الكلام ينشآن من ناحية الاستعمال. هذا، مضافاً إلى قوله فيما بعد: «لأنّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصوّر» حيث إنّه جعل الإنشاء مدلول الكلام. و لاينافي ذلك قوله فيما بعد: «و الحاصل: أنّه إن أُريد بالمسبّب هو مدلول العقد فعدم تخلّفه عن إنشاء العقد من البديهيّات...»، حيث إنّه يتراءى منه أنّ الإنشاء خارج عن مدلول العقد سبب له و هو مسبّب عنه، و ذلك لأنّ المراد من إنشاء العقد ليس الإنشاء المصطلح مقابل الإخبار، بل المراد منه التلفّظ بالعقد و إيجاد لفظه.

١٦٧٥. أي: على اعتبار التنجيز فيما إذا كان المعلّق عليه ممّا يتوقّف عليه صحّة العقد مع كونه مجهول الحصول.

١٦٧٦. الظاهر أنّ هذا ليس شيئاً مستقلاً، بل من متمّمات سابقه. يعني: أنّ ظهور ارتضاء الشيخ له - بضمّ اقتضاء ما ذكره و ارتضاه من التوجيه لعدم القدح - عموم محلّ الكلام لما هو محلّ البحث فعلاً من كون المعلّق عليه مشكوك الحصول، و عدم اختصاصه بصورة العلم بحصول الشرط المعلّق عليه، كافٍ في عدم الظنّ بتحقّق الإجماع على قدح التعليق على أمر مشكوك الحصول الذي هو المبحوث عنه فعلاً.

١٦٧٧. الصواب بقرينة قوله «فلا وجه لتوهّم اختصاصه بصورة العلم» تبديل هذا بقوله: إنّ محلّ الكلام يعمّ ما لم يعلم وجود المعلّق عليه و عدمه.

١٦٧٨. قال في أواخرها ما هذا لفظه: «قواعد في العقود. لايجوز تعليق انعقادها

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ العمدة في المسألة هو الإجماع، و ربّما يتوهّم أنّ الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابليّة الإنشاء للتعليق(١٦٧٩)، و بطلانه واضح؛ لأنّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام(١٦٨٠)

.....

على شرط، سواء كان مترقّباً قطعاً معلوم الوقت، و هو المعبّر عنه بالصفة، أو غير معلوم الترقّب إذا لم يعلم المتعاقدان وجوده، مثل: إن كان وكيلي قد اشتراه فقد بعتكه بكذا، و إن كان لي أو إن كان أبي مات فقد زوّجتك أمته، أو إن كانت موكّلتي قد انقضت عدّتها فقد زوّجتكها، أو إن كان أحد من نسائك الأربعة مات فقد زوّجتك ابنتي. أمّا لو علما الوجود فإنّ العقد صحيح و لاشرط و إن كان بصورة التعليق. و لانظر* إلى كونهما ينكرانه أو أحدهما إذا كان معلوماً، كإنكار الموكّل الإذن في شراء شيء معيّن أو بثمن معيّن. و لو قال: بعتك بمائة إن شئت، فهذا تعليق بما هو من قضاياه، إذ لو لم يشأ لم يشتر. و وجه المنع: النظر إلى صورة التعليق. و لافرق بين تعليق العقد و بعض أركانه، مثل: بعتك عبدي بمثل ما باعه فلان قرينه، و هما غير عالمين. و حمله على جواز الإهلال كإهلال الغير قياس من غير جامع**. و كذا لو زوّج امرأة يشكّ أنّها محرّمة عليه أو محلّلة فظهر أنّها محلّلة، فإنّه باطل، لعدم الجزم حال العقد و إن ظهر حلّها. وكذا الإيقاعات...» إلى آخر ما نقله المصنّف في أواخر الصفحة. و مورد الظهور قوله: « و لو قال: بعتك إن شئت – الى قوله – و وجه المنع». ثمّ إنّا نقلناه بطوله لاشتماله على ما يدلّ على كون المراد من التعليق في قوله «إن كان لي فقد بعت» هو صورة علم المتعاقدين بكونه له الذي عليه يبتني صحّة الجواب بقوله: «قلت هذا تعليق على واقع...»، كما شرحناه فيما علّقناه عليه في السابق.

١٦٧٩. قد مرّ الكلام في وجهه مفصّلاً.

١٦٨٠. لاتخلو العبارة من المسامحة، إذ مدلول الكلام منشأ لاإنشاء. و المراد أنّ المتوهّم إن أراد ممّا ذكره ظاهره – أعني: تعليق نفس الإنشاء – فعدم القابليّة مسلّم، إلاّ أنّ الكلام ليس

---

* في هامش الطبعة الحجريّة: «يعني: لايضرّ في صحّة العقد إنكارهما أو إنكار أحدهما الإذن في الصورة مع العلم بتحقّق الإذن في الواقع. حاشية».

** في هامش الطبعة الحجريّة: «يعني: بين الفرع و الأصل، مع أنّا نمنع صحّة الإهلال أيضاً إلاّ مع العلم. حاشية».

فالتعليق غير متصوّر فيه، إلاّ أنّ الكلام ليس فيه، و إن كان الكلام في أنّه كما يصحّ إنشاء الملكيّة المتحقّقة على كلّ تقدير، فهل يصحّ إنشاء الملكيّة المتحقّقة على تقديرٍ دون آخر كقوله: "هذا لك إن جاء زيد غداً"، أو "خذ المال قرضاً - أو قراضاً - إذا أخذته من فلان"، و نحو ذلك؟ فلاريب في أنّه أمر متصوّر واقع في العرف و الشرع كثيراً كما في الأوامر(١٦٨١) و المعاملات من العقود و الإيقاعات. و يتلو هذا الوجه في الضعف: ما قيل: من أنّ ظاهر ما دلّ على سببيّة العقد ترتّب مسبّبه عليه حال وقوعه(١٦٨٢)،

.....

فيه. و إن أراد ما هو محلّ الكلام من تعليق المنشأ، بأن يكون مراده من الإنشاء المنشأ بقرينة حاليّة، فعدم القابليّة ممنوع، لما ذكره المصنّف منا و ذكرناه سابقاً.

١٦٨١. مثّل لذلك السيّد الأستاذ بالواجب المشروط و الوصيّة و النذر و التدبير.

١٦٨٢. القائل بذلك صاحب الجواهر، و قد تكرّر منه ذلك سيّما في كتاب الطلاق، حتّى جعل تعليق صيغة الطلاق على الشرط من الشرائط المخالفة للكتاب و السنّة و المحلّلة للحرام، معلّلاً بأنّه بعد ظهور الأدلّة في ترتّب الأثر على السبب - الذي هو الصيغة - يكون اشتراط تأخّره إلى حصول المعلّق عليه شرعاً جديداً، و اشتراطاً لأمر لايرجع مثله إلى المشترط، و إنّما يرجع به إلى الشارع. و فيه كلام يأتي إن شاء الله في مبحث الشروط.

و كيف كان، فلعلّ الوجه فيه في نظر القائل دعوى الانصراف إلى المتعارف، مع دعوى أنّ المتعارف عند أهل العرف ترتّب الأثر على نفس العقد و عدم انفكاكه عنه، نظراً إلى أنّ مفاد آية الوفاء ليس إلاّ الإمضاء و التقرير لما هو المتعارف عند العرف، بضميمة أنّ المتعارف عندهم هو العقود التي تترتّب عليها آثارها من حين وقوعها، لا ما يظهر من كلام المصنّف في مقام الردّ، و هو أنّ الوفاء بالعقد لابدّ في صدقه من مقارنته للعقد، و لايمكن مقارنته له إلاّ مع عدم التعليق، إذ معه لابدّ في العمل بمقتضى العقد من انتظار وجود المعلّق عليه، حتّى يردّ بما ذكره المصنّف من أنّ الوفاء عبارة عن العمل بمقتضى العقد إن منجّزاً فمنجّزاً و إن معلّقاً فمعلّقاً. و على ما ذكرنا من الوجه في مقالته لابدّ في ردّه إمّا من دعوى تعارف التعليق أيضاً، و إمّا من منع كون الموضوع في الآية خصوص العقد المتعارف.

ثمّ بناءً على ما ذكرنا في تقريب الاستدلال يندفع عنه ما أورده عليه المصنّف أوّلاً من

فتعليق أثره بشرطٍ من المتعاقدين مخالف لذلك[٣٦]. و فيه – بعد الغضّ عن عدم انحصار أدلّة الصحّة و اللزوم في مثل قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾؛ لأنّ دليل حلّية البيع(١٦٨٣) و تسلّط الناس(١٦٨٤) على أموالهم(١٦٨٥) كافٍ في إثبات ذلك –: أنّ العقد سبب(١٦٨٦) لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله،

.....

منع حصر الدليل في آية الوفاء، إذ ليس في كلامه ما يدلّ على الحصر إلاّ تعبيره في الاستدلال بقوله: «سببيّة العقد» و لادلالة فيه عليه، إذ المراد منه التعاقد و التعامل. و على تقدير ظهوره فهو من باب المثال قطعا لكلّ ما هو دليل على الصحّة أو اللزوم في كلّ باب من أبواب المعاملات، كما يشهد كلامه في باب الطلاق عند الكلام في اشتراط تجرّد صيغة الطلاق عن الشرط، و باب الخلع و الظهار عند الكلام في شروط صيغهما، فراجع.

١٦٨٣. لافرق بين هذه و بين آية الوفاء بالعقود فيما ادّعاه المستدلّ من الظهور في عدم الانفكاك بناءً على ما ذكرنا في وجه الظهور. نعم، لوكان نظر المستدلّ في الظهور المذكور إلى دلالة الأمر على الفور لكان وجه للفرق، لكنّه غير معلوم.

١٦٨٤. لا وجه لتمسّكه به على مذاقه في مفاده من عدم مشرّعيّته.

١٦٨٥. ليس عنده للحديث تكفّل بحال الأسباب، و منها المقام.

١٦٨٦. يرد هذا لوكان نظر المستدلّ إلى أنّ التعليق يستلزم تأخير العمل بالعقد إلى زمان ما علّق عليه عن زمان العقد، و أنّه ينافي الوفاء، فإنّه حينئذ يصحّ أن يقال: إنّ الوفاء ليس إلاّ العمل بما يقتضيه العقد إن مطلقاً فمطلقاً و إن معلّقاً فمعلّقاً، و ليس الأمر كذلك، بل لعلّ نظره إلى أنّ الأدلّة الشرعيّة الدالّة على الصحّة ظاهرة في إمضاء ما هو المتعارف عند العرف، و هو مختصّ بغير صورة التعليق، و معلوم أنّ الإيراد الذي ذكره أجنبيّ عن ذلك بالمرّة، فاللازم في دفع هذا الاستدلال إثبات كون المتعارف أعمّ منه و من صورة التعليق.

و من هنا ظهر الحال في قوله: «و إن أُريد به الأثر الشرعيّ – و هو ثبوت الملكيّة – فيمنع...»، حيث إنّ مجرّد كون أثر البيع هو الملك المطلق لاخصوص الملكيّة المنجّزة لايجدي بعد عدم شمول أدلّة الصحّة إلاّ لخصوص الإنشاء المنجّز و لو لأجل الانصراف، بل لابدّ من إثبات العموم و الإطلاق، فافهم.

فليس مفاد ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إلاّ مفاد ﴿أَوْفُوا بِالعَهْدِ﴾ في أنّ العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترتّب تحقّق المعلّق عليه في تحقّق المعلّق لايوجب عدم الوفاء بالعهد.

و الحاصل: أنّه إن أُريد بالمسبّب هو مدلول العقد، فعدم تخلّفه عن إنشاء العقد من البديهيّات التي لايعقل خلافها، و إن أُريد به الأثر الشرعيّ و هو ثبوت الملكيّة، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكيّة المنجّزة بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلّق كان أثره الشرعيّ الملك الغير المعلّق، و إن كان معلّقاً فأثره الملكيّة المعلّقة، مع أنّ تخلّف الملك عن العقد كثير جدّاً(١٦٨٧)، مع أنّ ما ذكره لايجري(١٦٨٨) في مثل قوله: "بعتك إن شئت أو إن قبلت"، فإنّه لايلزم هنا تخلّف أثر العقد عنه، مع أنّ هذا لايجري في الشرط المشكوك المتحقّق في الحال، فإنّ العقد حينئذٍ يكون مراعىً لاموقوفاً، مع أنّ ما ذكره لايجري في غيره من العقود التي قد يتأخّر مقتضاها عنها كما لايخفى، و ليس

.....

١٦٨٧. لاوقع لهذا الإشكال، أمّا أوّلاً: فلأنّ دعوى المستدلّ إنّما هو عدم جواز التخلّف المستند إلى جعل المتعاقدين، لامطلقاً و لو بجعل الشارع، كما يرشد إليه قوله في مقام التفريع: «فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك» انتهى.

و أمّا ثانياً: فلأنّ التخلّف المستند إلى جعلهما لو سلّم وجوده في التمليكات - و أغمض عن أنّ أثر العقد في صورة تأخّر الملك عنه بجعلهما ليس هو الملك حتّى يكون من موارد تأخّر الأثر عن العقد، بل هو الإعداد لحصول الملك، و هو ليس منفكّاً عن العقد، فافهم - لَمُنِع كثرته.

١٦٨٨. ورود هذا على المستدلّ مبنيّ على أن يكون مدّعاه بطلان مطلق التعليق و لوكان من قبيل المثالين، و هو غير معلوم، لاحتمال عدم بطلان مثل ذلك عنده، بل قضيّة التساوي بين الدليل و المدعى هو ذلك، و عليه فلا إيراد. و من هنا ظهر الحال في قوله: «مع أنّ هذا لايجري في غيره من العقود». أقول: يعني من العقود التي يتأخّر مقتضاها عنها ما كان بحسب وضعه العرفي مقتضياً لتأخير أثرها عنها، كما في الوصيّة و السبق و الرماية و الجعالة.

و لايخفى أنّه لامجال لهذا الإيراد، لأنّ مثل هذه العقود خارج عن محلّ الكلام، لأنّ البحث فيما كان التأخّر بجعل المتعاقدين لا بحسب الاقتضاء الأوّلي للعقد. فللمستدلّ أن يقول: إنّ الكلام ليس مختصّاً بالبيع بل يجري في غيره، و أنّ الدليل على اعتبار التنجيز في كلّ مورد

الكلام في خصوص البيع، و ليس على هذا الشرط في كلّ عقد دليلٌ على حدة.

ثمّ الأضعف من الوجه المتقدّم: التمسّك في ذلك بتوقيفيّة الأسباب الشرعيّة الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقّن، و ليس إلاّ العقد العاري عن التعليق. إذ فيه أنّ إطلاق الأدلّة مثل حلّية البيع، و تسلّط الناس على أموالهم، و حلّ التجارة عن تراضٍ، و وجوب الوفاء بالعقود، و أدلّة سائر العقود كافٍ في التوقيف(١٦٨٩).

و بالجملة، فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلّتها و وقوع كثيرٍ منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محقّقاً أو منقولاً مشكل(١٦٩٠).

ثمّ إنّ القادح هو تعليق الإنشاء، و أمّا إذا أنشأ من غير تعليقٍ صحّ العقد(١٦٩١) و إن كان المنشئ متردّداً في ترتّب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً كمن ينشئ البيع و هو لايعلم أنّ المال له، أو أنّ المبيع ممّا يتموّل، أو أنّ المشتري راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممّا

.....

شيء واحد، و هو كون أدلّة الصحّة إمضاءً لما هو المتعارف. و الاختلاف في العقود من حيث اعتبار عدم التعليق و عدمه إنّما نشأ من اختلافها من حيث تعارف التعليق في بعضها - بل تقوّم مفهومه به - فتعمّه أدلّة صحّته، و تعارف خلافه في الآخر فلاتعمّه أدلّة صحّته، فافهم.

١٦٨٩. نعم، لو كان لها إطلاق، و الخصم يمنعه.

١٦٩٠. وجود الإجماع المحقّق في المقام بعد تسليم الاتّفاق ممنوع، لقوّة احتمال كون مدرك البعض لولا الكلّ أحد الوجوه المتقدّمة الاعتباريّة التي عرفت ضعفها. و منه يظهر الحال في الإجماع المنقول، مع الإشكال في أصل حجّيته في نفسه. فلابدّ من الرجوع إلى إطلاق الأدلّة المقتضي لعدم اعتبار التنجيز لو كان الكلام في تعليق المنشإ، كما صرّح به صاحب الجواهر في باب الظهار، إلاّ فيما تقدّم في بعض صور المسألة، فيعتبر فيه التنجيز لدليل نفي الغرر. و أمّا لوكان الكلام في صحّة تعليق نفس الإنشاء فلابدّ من الاعتبار، و قد تقدّم وجهه.

١٦٩١. إن كان نظره في قدح التعليق إلى الإجماع فما ذكره من صحّة العقد مع تردّد المنشئ في ترتّب الأثر عليه صحيح، إلاّ أنّ ما استدركه بقوله: «إلاّ أنّ ظاهر الشهيد في القواعد...» ليس في محلّه، لأنّ نظرهﷺ في الجزم بالبطلان - في الفروع التي ذكرها - إلى اعتباره الجزم بترتّب الأثر في قدح التعليق. و إن كان نظره فيه إلى اعتبار الجزم، فما ذكره من الاستدراك و إن كان مربوطاً بالمقام، إلاّ أنّ ما ذكره من صحّة العقد الغير المعلّق مع التردّد ليس في محلّه.

يتوقّف صحّة العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنّه لايقدح اعتقاد عدم ترتّب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التمليك العرفي. و قد صرّح بما ذكرنا بعض المحقّقين؛ حيث قال: لايخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد.

نعم، ربّما يشكل الأمر في فقد الشروط المقوّمة كعدم الزوجيّة أو الشكّ فيها(١٦٩٢) في إنشاء(١٦٩٣) الطلاق، فإنّه لايتحقّق القصد إليه منجّزاً من دون العلم بالزوجيّة، وكذا الرقيّة في العتق، و حينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى شيءٍ من ذلك للاحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلابدّ من إبرازه بصورة التنجيز* و إن كان في الواقع معلّقاً، أو يوكّل غيره(١٦٩٤) الجاهل بالحال بإيقاعه، و لايقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكّل مالكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكالة بالتعليق لايوجب ارتفاع الإذن، إلاّ أنّ ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوّجه** امرأة يشكّ في أنّها محرّمة عليه أو محلّلة، فظهر حلّها، و علّل ذلك بعدم الجزم حال العقد. قال: و كذا الإيقاعات كما لو خالع امرأةً أو طلّقها و هو شاكّ في زوجيّتها، أو ولّى نائب الإمام عليه السلام قاضياً لايعلم أهليّته و إن ظهر أهلاً. ثمّ قال: و يخرج من هذا بيع مال(١٦٩٥) مورّثه لظنّه

.....

١٦٩٢. مع عدم كون الحالة السابقة هو الزوجيّة، و إلاّ فالاستصحاب محرز، لوجود الشرط.

١٦٩٣. إن كان نظره إلى الشكّ في الموضوع فيمكن إحرازه بالاستصحاب. وكذلك إن كان نظره إلى الشكّ في الزوجيّة من حيث الشبهة الحكميّة، مثل الشكّ في أنّ عشر رضعات تنشر الحرمة أم لا، لأنّها إن كانت بعد العقد و تحقّق الزوجيّة يرجع إلى استصحاب الزوجيّة، و إن كانت قبله ثمّ عقد عليها يرجع إلى استصحاب عدمها. فلابدّ أن يكون نظره إلى صورة العلم الإجمالي المانع عن جريان الأُصول.

١٦٩٤. بعد فرض عدم تحقّق القصد إليه فعلاً بطور التنجيز لامحيص في تحصيل الاحتياط من توكيل الغير الجاهل بالحال.

١٦٩٥. لامعنى للتعبير بالخروج مع التعليل بحصول الجزم. و اللازم أن يقول: و ليس

---

* في بعض النسخ: التنجّز.

** في بعض النسخ: زوج.

حياته، فبان ميّتاً؛ لأنّ الجزم هنا حاصل لكنّ خصوصيّة البايع* غير معلومة(١٦٩٦)، و إن قيل بالبطلان أمكن؛ لعدم القصد إلى نقل ملكه. و كذا لو زوّج أمة أبيه فظهر ميّتاً[٣٧]، انتهى. و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه، بإمكان الجزم فيهما(١٦٩٧) دون مثال الطلاق، فافهم. و قال في موضعٍ آخر(١٦٩٨): و لو طلّق بحضور خنثيين فظهرا رجلين، أمكن الصحّة، و كذا بحضور من يظنّه فاسقاً فظهر عدلاً، و يشكلان في العالم بالحكم؛ لعدم قصدهما إلى طلاقٍ صحيح، انتهى.

و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول، فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البايع البيع على وجهٍ خاصّ من حيث خصوص المشتري أو المثمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجهٍ آخر، لم ينعقد. و وجه هذا الاشتراط(١٦٩٩)

.....

من هذا القبيل ما لو باع... .

١٦٩٦. الصواب «المالك» بدل «البايع» لأنّه الذي لم يعلم خصوصيّته هل هو الوارث أو المورّث؟ لاالبايع، لأنّ خصوصيّته معلومة و أنّه الوارث، سواء كان البيع عن المورّث فضولاً أو عن نفسه، إمّا برجاء موت المورّث أو عدواناً أو على الغفلة.

١٦٩٧. يعني من طرفي الطلاق – الذي منه الخلع – مسألة التزويج و مسألة التولية. و لعلّ وجه إمكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق هو عدم اعتبار عدم محرّميّة المرأة في مفهوم التزويج لغةً و عرفاً، و إنّما يعتبر في صحّته شرعاً، و كذلك اعتبار العدالة في القاضي، بخلاف الطلاق، فإنّه من جهة أنّه إزالة علقة الزوجيّة قد اعتبر في تحقّق مفهومه الزوجيّة، و لايعقل تحقّقه بدونها، و لذا لايمكن الجزم فيه و لو تشريعاً، هذا بخلافهما، فإنّه يمكن فيهما الجزم و لو بعنوان التشريع.

١٦٩٨. ذكره في ذيل القاعدة المتمّمة للخمسين، و عنوانها «أنّ وقف الحكم – يعني: توقّفه على شيء– قد يكون وقف انتقال، و قد يكون وقف انكشاف، و عقد الفضولي يحتمل الأمرين» انتهى. يشير بذلك إلى الاختلاف في ناقليّة الإجازة و كاشفيّتها.

١٦٩٩. الوجه فيه عدم صدق المعاهدة بدون التطابق،لاانصراف الأدلّة عن غير صورة

---

* في بعض النسخ: المالك.

واضح، و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالإيجاب، فحينئذٍ لو قال: "بعته من موكّلك بكذا"، فقال: "اشتريته لنفسي" لم ينعقد(١٧٠٠)، و لو قال: "بعت هذا من موكّلك"، فقال الموكّل الغير المخاطب: "قبلت" صحّ، و كذا لو قال: "بعتك" فأمر المخاطب وكيله بالقبول فقبل، و لو قال: "بعتك العبد بكذا"، فقال: "اشتريت نصفه بتمام الثمن - أو نصفه -"، وكذا لو قال: "بعتك العبد بمائة درهم"، فقال: "اشتريته بعشرة دينار". و لو قال للإثنين: "بعتكما العبد بألف"، فقال أحدهما: «اشتريت نصفه بنصف الثمن» لم يقع(١٧٠١)، و لو قال كلٌّ منهما ذلك، لايبعد الجواز(١٧٠٢)، و نحوه لو قال البايع «بعتك العبد بمائة» فقال المشتري «اشتريت كلّ نصفٍ منه بخمسين» و فيه اشكال.

.....

التطابق، لأنّه فرع صدق العهد و نحوه عليه، و هو ممنوع. هذا بحسب الكبرى. و أمّا بحسب الصغرى فالمدار فيها من حيث الصحّة و عدمها على صدقها فيصحّ و عدمه أو الشكّ فيه فيبطل. و عليه، يمكن الحكم بالصحّة في بعض صور عدم التطابق في الخصوصيّات الذي حكم المصنّف فيه بالبطلان، فلاحظ و تأمّل.

ثمّ إنّ من صور الاختلاف ما لم يتعرّض له المصنّف، و هو ما كان الاختلاف بينهما في خصوص العنوان مع الاتّحاد في المعنون و في سائر الخصوصيّات، كما إذا قال البايع: بعت هذا بهذا، و قال المشتري: قبلت نقل هذا بهذا. و منه ما إذا قالت الزوجة: أنكحتك نفسي على كذا، و قال الزوج: قبلت التزويج على كذا. فهل يصحّ كما اختاره السيّد الأستاد في نكاح العروة، لأنّ العنوان الذي اختلفا فيه فانٍ في جنب المعنون، و هو علقة الزوجيّة الذي وقع الإنشاء وصلة إليه، و لاتخالف فيه، أملا، لاختلافهما في مجرّد العنوان و إن كان فانياً في جنب المعنون؟ وجهان، أظهرهما الأوّل، و أحوطهما الثاني. و كيف كان، فإطلاق الشرط عليه لايخلو عن مسامحة.

١٧٠٠. لاختلاف الإيجاب و القبول من حيث المثمن في الأوّل، و من حيث الثمن و المثمن في الثاني.

١٧٠١. لاختلاف الإيجاب و القبول من حيث الثمن و المثمن.

١٧٠٢. نظراً إلى حصول التطابق بين الإيجاب و القبول، لأنّ المنشأ انتقال نصفه إلى أحدهما بنصف الثمن و نصفه الآخر إلى الآخر به، و قد حصل. و لكنّ القريب عدم الجواز، لأنّ الظاهر من الإيجاب قصد الانتقال إليهما من حيث المجموع، بحيث إنّ القصد إلى شراء كلّ

و من جملة الشروط في العقد: أن يقع كلٌّ من إيجابه و قبوله في حالٍ يجوز لكلّ واحدٍ منهما الإنشاء، فلوكان المشتري في حال إيجاب البايع غير قابلٍ للقبول، أو خرج البايع حال القبول عن قابلية الإيجاب، لم ينعقد. ثمّ إنّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحققه معنى المعاقدة و المعاهدة حينئذٍ. و أمّا صحّة القبول من الموصى له بعد موت الموصي، فهو شرط تحققه*، لاركن؛ فإنّ حقيقة الوصية الإيصاء، و لذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، و لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك. و إن كان لعدم الاعتبار برضاهما، فلخروجه أيضاً عن مفهوم التعاهد و التعاقد؛ لأنّ المعتبر فيه عرفاً رضا كلٌّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر بَفلَسٍ أو سَفَهٍ أو رقّ - لو فرض - أو مرض موت(١٧٠٣).**

.....

منهما نصفه ضمني، فلايحصل التطابق، لأنّ الظاهر من القبول في الفرض هو قصد كلّ واحد منهما ذلك على وجه الاستقلال لا على وجه التضمّن. و منه يظهر وجه الإشكال في الفرع الذي ذكره بعد ذلك، فتدبّر.

١٧٠٣. الصواب تقديم هذا على قوله «فلخروجه...»، لأنّ الظاهر أنّه مثال لمن لااعتبار برضاه، كما يدلّ عليه التمثيل لعدم القابليّة في الشرطيّة الأُولى، غاية الأمر أنّ الأوّل مثال للبائع الموجب بناءً على لزوم تقدم الإيجاب على القبول، و الثاني مثال للمشتري. و أمّا بناءً على جواز تقدم القبول فيمكن كون الأوّل مثالاً لهما. و لكن ينافي هذا البناء قوله: «و الأصل في جميع ذلك» من جهة توسيط كلمة الموجب و الإيجاب السابق، اللّهمّ إلاّ أن يحمل على المثال. وكيف كان، فالظاهر أنّ قوله: «و الأصل...» بيان لدليل اعتبار العرف رضا كلّ منهما بما ينشئه الآخر حين إنشائه بطريق الإنّ. و المراد من قوله «قبل القبول» قبل تمامه. يعني: أنّ الأصل في اعتبار العرف ذلك في جميع الأمثلة المذكورة و الكاشف عنه أنّ من المعلوم عند العرف أنّ الموجب لو فسخ قبل تمام القبول لغا الإيجاب السابق، و لاوجه لذلك إلاّ اعتبار تحقّق رضا الموجب ووجوده إلى زمان القبول و إلاّ لما أثّر الفسخ، لأنّ ما يخرّبه الفسخ عين ما يعمّره الرضا. هذا، و لكن يتّجه عليه أنّ الدليل المذكور متين نقول بمقتضاه إلاّ أنّه أخصّ من

---

* في بعض النسخ: شرط حقيقة. ** في بعض النسخ: وكذا.

و الأصل في جميع ذلك: أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول، لغى الإيجاب السابق، وكذا لوكان المشتري في زمان الإيجاب غير راض، أوكان ممن لايعتبر رضاه كالصغير، فصحّة كلّ

.....

المدّعى، إذ قضيّته ليست إلاّ اعتبار صحّة إنشاء المتقدّم منهما - إيجاباً كان أو قبولاً - حال إنشاء المتأخّر في صحّة إنشائه، و المدّعى اعتبار صحّة إنشاء كلّ منهما في حال إنشاء الآخر في صحّة إنشائه مطلقاً من غير فرق بين صورتي التقدّم و التأخّر. فالتحقيق هو التفصيل بين المتقدّم و المتأخّر، بالقول باعتبار صحّة إنشاء المتقدّم مستمرّة إلى حين إنشاء المتأخّر في صحّة إنشاء المتأخّر، فلو اختلّ شرط من شرائط صحّة إنشاء المتقدّم قبل تمام إنشاء المتأخّر بطل العقد، لعدم تحقّق مفهوم العقد حينئذٍ. و القول بعدم اعتبار صحّة إنشاء المتأخّر حال إنشاء المتقدّم في صحّة إنشائه، فلو لم يكن المشتري راضياً بإيجاب الموجب حين إيجابه المتقدّم، أو كان راضياً به و لكن لم يعتبر رضاه شرعاً، ثمّ بعد تمام الإيجاب رضي به أو اعتبر رضاه شرعاً، تمّ العقد، لصدق مفهوم المعاقدة. بل نزيد على ذلك و نقول بمنع اعتبار صحّة إنشاء المتقدّم في صحّة إنشاء المتأخّر، بحيث يحتاج إلى إعادته لو أعاد المتقدّم إنشائه جامعاً لشرائط صحّة الإنشاء، بل نقول: إنّه صحيح في حدّ نفسه، بحيث لو وجد جزءاً آخر، بأن أوجب ثانياً بعد القبول، و قلنا بجواز تقديم القبول على الإيجاب، أو قَبِل مقدّماً على الإيجاب، ثمّ عدل عن القبول قبل الإيجاب، ثمّ أعاد القبول بعد الإيجاب، حصل العقد و أثّر أثره. هذا، إذا كان عدم قابليّتهما من جهة اعتبار رضاهما. و منه يظهر الحال فيما إذا كان عدم قابليّتهما من جهة عدم قابليّتهما للتخاطب، لأنّا نمنع بطلان إنشاء أحدهما بمجرّد اختلال شرائط صحّة إنشاء الآخر في حال إنشائه، بحيث لايكتفى به لوفرض تجدّد الإنشاء من الآخر، بل نقول إنّه باقٍ على صحّته، و إنّما يبطل خصوص إنشائه. فلو قَبِل معاملة ثمّ جنّ، ثمّ أوجب البايع حين جنون المشتري، ثمّ أفاق القابل و علم بتحقّق الإيجاب حال جنونه فقبل ثانياً، أو لم يفق هو و قبل وليّه ذاك الإيجاب الحاصل حال جنونه، انضمّ إلى الإيجاب و التأم العقد المركّب، إلاّ أن يختلّ شرط آخر كالموالاة مثلاً.

هذا، فيما إذا كان الإنشاء من كلّ واحد منهما مجرّداً عن التخاطب و لو بتوجيه الكلام إلى شخص، بأن يقول: بعت هذا بهذا، أو يقول: اشتريت هذا بهذا، في غاية الوضوح. نعم، مع الاشتمال عليه فالأمر كما ذكره لما ذكره، إلاّ أن يجرّد عن خصوصيّة التخاطب، فالحال كما في صورة عدم الاشتمال عليه على إشكال في التجريد.

من الإيجاب و القبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلّم من أوّل العقد إلى أن يتحقّق تمام السبب، و به يتمّ معنى المعاقدة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما أو قام و لم يكن قيامه معتبراً(١٧٠٤)، لم يتحقّق معنى المعاقدة. ثمّ إنّهم صرّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره، و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد بل يكفي حصوله بعده، فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول، اللّهمّ إلاّ أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

"فرع": لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي(١٧٠٥) كلٌّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها:

.....

١٧٠٤. عدم تحقّق المعاهدة في بعض أقسام تلك الصور ممنوع، و هو صورة ما كان عدم اعتبار الرضا لا من جهة الجنون أو عدم التميز بل من جهة تعلّق حقّ الغير بالمعقود عليه، و لذا يصحّ لو تعقّبه الرضا من ذي الحقّ أو كان بإذنه. و من هنا يعلم أنّ الحكم بالصحّة في بيع المكرَه إذا لحقه الرضا على طبق القاعدة. نعم، لو أراد من المعاهدة ما هو مؤثّر شرعاً لصحّ ما ذكره، إلاّ أنّه بناءً عليه لابدّ من ذكر الفضولي أيضاً.

١٧٠٥. بعبارة أُخرى: هل يصحّ العقد الملتئم من إتيان كلّ منهما ما هو وظيفته من جزأي العقد على طبق ما يقتضيه مذهبه، أم لايصحّ إلاّ إذا أتاه كلّ منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما؟ وجوه، ثالثها: اشتراط الصحّة و جواز الاكتفاء بعدم كون العقد المركّب منهما ممّا لاقائل بكونه سبباً للنقل، كما لو فرضنا... . و أمّا مع الشرط المذكور فلا إشكال في الفساد و عدم جواز الاكتفاء به. هذا، و التحقيق أن يقال: إنّه إن كان الكلام في بيان جواز الاكتفاء بذلك العقد و عدمه بحسب اعتقادهما اجتهاداً أو تقليداً، فالحقّ هو التفصيل بين اتّفاقهما على فساد هذا العقد كالمثال المزبور في المتن، و بين اختلافهما فيه، بالقول بتكليفهما بترتيب آثار الفساد عليه في الأوّل، و لزوم ترافعهما إلى مجتهد آخر غيرهما - لوكانا مجتهدين، أو إلى مجتهد أحدهما، أو غيره لوكانا مقلّدين، فيفصل الخصومة بينهما برأيه فيه من الصحّة و الفساد، كسائر موارد التخاصم في الشبهات الحكميّة - في الثاني. و إن كان الكلام في بيان حكم المسألة بحسب رأينا و أنّه فيه ما ذا؟ فنقول: المرجع في ذلك دليل ذاك الذي اختلفا فيه، فنفتي على طبق ما نفهمه، فقد يكون على وفق أحدهما و قد يكون على خلافهما، كما لو

اشتراط عدم كون العقد المركّب منهما ممّا لاقائل بكونه سبباً في النقل كما لو فرضنا أنّه لاقائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسية، أردؤها أخيرها. و الأوّلان مبنيّان على أنّ الأحكام الظاهريّة المجتهَد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية(١٧٠٦)، فالإيجاب بالفارسيّة من المجتهد القائل بصحّته عند مَن يراه باطلاً بمنزلة إشارة الأخرس و إيجاب العاجز عن العربية، وكصلاة المتيمّم بالنسبة إلى واجد الماء، أم هي أحكام عُذريّة لايعذَر فيها إلاّ من اجتهد أو قلّد فيها، و المسألة محرّرة في الأُصول[٣٨].

.....

فرضنا أنّهما عقدا بالفارسي مع تقديم القبول على الإيجاب، و كان رأي أحدهما اعتبار تقدّم الإيجاب دون العربيّة، و رأي الآخر بالعكس، و لكن رأينا عدم اعتبارهما، فيحكم بالصحّة لو فرض الترافع إلينا، لكنّه فرض صرف، إذ لاتخاصم بينهما مع اتّفاقهما على الفساد و لو مع الاختلاف في وجه الفساد. و لعلّ الظاهر أنّ محلّ الكلام هو الثاني، و عليه يكون أردؤها أخيرها كما ذكره، و ذلك لعدم اعتبار وجود القائل بصحّة الصيغة المفروضة في صحّتها واقعاً لو ساعدها الإطلاقات، و إنّما المانع عنها الإجماع على عدم الصحّة، و مجرّد عدم وجود القائل بها لايستلزم الإجماع على العدم. نعم، لو كان الكلام فيما ذكرناه أوّلاً فهو أمتنها، كما يظهر وجهه ممّا ذكرناه. هذا هو التحقيق لما سيأتي من المناقشة فيما ذكره.

١٧٠٦. هذا إشارة إلى الخلاف بين المصوّبة و المخطّئة في اعتبار الظنون الاجتهاديّة في مؤدّيات الأدلّة هل هو من باب السببيّة و الموضوعيّة الموجبة للإجزاء مطلقاً كما يقول به المصوّبة، أم لا كما يقول به المخطّئة؟ المختلفون بين أنفسهم في أنّ اعتبارها من باب الطريقيّة المحضة، بمعنى أنّ مفاد الأدلّة أحكام ظاهريّة جعلها الشارع طريقاً إلى الواقعيّات، أو أنّها أعذار صرفة و ليس هناك حكم أصلاً غير الواقع؟ و التحقيق هو الأخير. وكيف كان، يشكل بناء الوجه الأوّل على كون الأحكام الظاهريّة المجتهد فيها بمنزلة الواقعيّة الاضطراريّة، بأنّه إنّما يتمّ فيما إذا انحصر الصحيح بالفارسي عند القائل بالصحّة، و إلاّ بأن قال بالصحّة بكلّ لغة فارسيّةً كانت أو عربيّةً - كما أنّ الأمر كذلك، لعدم الإشكال في الصحّة بالعربيّة - فلا، لعدم الاضطرار إلى الفارسيّة حينئذٍ حتّى يرتّب عليه القائل بالبطلان آثار الصحيح لأجل الاضطرار. و يشكل بناء الوجه الثاني على كونها أحكاماً عذريّة، بأنّ مجرّد ذلك لايوجب البطلان، بل هو مثل مقابله يوجب التخاصم، فيجب الترافع إلى مجتهد يقضي بينهما برأيه كما ذكرناه.

هذا كلّه إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر كالصراحة و العربيّة و الماضويّة و الترتيب(١٧٠٧)، و أمّا الموالاة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحّة الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أنّ اختلافها يوجب فساد المجموع؛ لأنّ بالإخلال بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحّة الإنشاء يفسد عبارة من يراها شروطاً؛ فإنّ الموجب إذا علّق مثلاً، أو لم يبقَ على صفة صحّة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعيّة ذلك(١٧٠٨)، لم يجز من القائل ببطلان هذا، تعقيب هذا الإيجاب بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل إلاّ بعد فوات الموالاة بزعم صحّة ذلك؛ فإنّه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمّل.

.....

١٧٠٧. لاوجه لإدراج الأمثلة المذكورة تحت كون بطلان العقد عند كلّ من المتعاقدين مستنداً إلى فعل الآخر، إذ القائل بعدم اعتبار هذه الأُمور الأربعة لايقول باعتبار عدمها. فالصواب أن يقول: عند أحد المتعاقدين.

١٧٠٨. الجارّ متعلّق بـ«علّق» و بـ« لم يبق» أي: باعتقاد الموجب مشروعيّة ذاك الإيجاب الذي أوجده.

المصادر:

١) مفتاح الكرامة ج٤: ص ١٦٤
٢) التذكرة ج١: ص ٤٦٢
٣) بداية المجتهد ج٢: ص ٧٤
٤) كشف الرموز ج١: ص ٤٤٦
٥) جامع المقاصد ج٧: ص ٨٣
٦) كنز العرفان ج٢: ص ١٤٦
٧) المصباح المنير ج١: ص ٣١٢
٨) القاموس المحيط ج٤: ص ٤٣٨
٩) الروضة البهية ج٣: ص ٤١٣
١٠) مفتاح الكرامة ج٤: ص ١٥٠
١١) العين ج٢: ص ٢٦٥
١٢) كنز العرفان ج٢: ص ٧٢
١٣) مفتاح الكرامة ج٤: ص ١٦٢
١٤) المختلف ج٥: ص ٥٢
١٥) السرائر ج٢: ص ٢٤٣
١٦) غاية المراد: ص ٨٠
١٧) التحرير ج١: ص ١٦٤
١٨) الكافي ج٥: ص ٤٥٥
١٩) مجمع الفائدة ج٨: ص ١٤٦
٢٠) الخلاف ج٣: ص ٣٩
٢١) الغنية: ص ٢١٤
٢٢) جامع المقاصد ج٤: ص ٥٩
٢٣) المسالك ج٣: ص ١٥٣
٢٤) المجموع ج٩: ص ١٩٨
٢٥) المبسوط ج٤: ص ١٩٤
٢٦) الكافي في الفقه: ص ٣٥٢
٢٧) القواعد ج٢: ص ٤
٢٨) القواعد و الفوائد ج١: ص ٢٣٤
٢٩) التذكرة ج٢: ص ١١٤ و ٤٣٣
٣٠) تمهيد القواعد: ص ٥٣٣
٣١) التحرير ج١ ص ٢٨٤، مفاتيح الشرايع ج٣، ص ٢٠٧
٣٢) المسالك ج٥: ص ٢٤٠-٢٤١
٣٣) التذكرة ج٥: ص ٤٦٢
٣٤) القواعد ج١، ص ٢٦٠-٢٦١
٣٥) المبسوط ج٢: ص ٣٨٥
٣٦) الجواهر ج٢٣: ١٩٨، ج٢٧: ص ٣٥٢.
٣٧) القواعد و الفوائد ج٢: ص٢٢٨.
٣٨) مطارح الأنظار: ص ٢٢

مسألة: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد(١٧٠٩) لم يملكه، و كان مضموناً عليه. أمّا عدم الملك؛ فلأنّه مقتضى فرض الفساد، و أمّا الضمان بمعنى كون تلفه عليه – و هو أحد الأُمور* المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد – فهو المعروف، و ادّعى الشيخ في باب الرهن و في موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً[1]، و تبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد. و في السرائر: أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب في الضمان، و في موضعٍ آخر نسبه إلى أصحابنا، و يدلّ عليه: النبويّ المشهور:

.....

١٧٠٩. يعني: لو قبضه بانياً على العقد و تأثيره في ملكيّة ما ابتاعه، لأنّه الذي يترتّب عليه عدم الملكيّة و الضمان و سائر الأحكام، لا القبض بعد العقد بعنوان المعاطاة أو الأمانة أو نحو ذلك، إذ لاريب في ارتفاع الضمان فيهما، بل لاريب في حصول الملك في الأوّل على المختار. و بالجملة، محلّ الكلام هو القبض بعنوان أنّه من لوازم العقد و آثاره، مع عدم كون القبض كذلك سبباً للملك، كما هو الظاهر المتسالم عليه عندهم، و إلاّ فمع مملّكيّة مثله إذا كان بعنوان المعاطاة لايبقى مجال للضمان. و التكلّم في دليله و خصوصيّاته و فروعه ممّا أطالوا الكلام فيه بما تراه من النقض و الإبرام. و كونه سبباً للملك و إن كان أمراً ممكناً ذاتاً و وقوعاً، لأنّ لزوم خلف فرض فساد العقد إنّما هو فيما لو قيل بحصول الملك و ارتفاع الضمان بسبب العقد و تأثيره فيه، لا فيما إذا قيل بأنّ المؤثّر فيه هو القبض دون العقد الفاسد، إلاّ أنّ الكلام في إقامة الدليل عليه، و غاية ما يمكن أن يقال: إنّ التسلّط و الاستيلاء على مال الغير بقصد أنّه له فعلاً – و إن لم يقصد كونه بسببه، بل قصد كونه بسبب العقد السابق الفاسد – سبب للملك عند العرف، و لامانع من تأثيره فيه إلاّ مزاحمة المالك، و هي منتفية في الفرض من كون التسلّط بإذن منه و تسليطه عليه.

و بالجملة، تسلّط الشخص على مال الغير فيما إذا كان بإذن المالك و رفع يده و إعراضه عنه – و لو بعوض خاصّ و رضاً منه بكونه له – يكفي عند العرف في سببيّته للملك إذا قصد أنّه له فعلاً، و لايعتبر فيها قصد سببيّته له و كونه له بسببه، و لاعدم قصد كونه بسبب العقد قبله، و لم يردع عنه الشارع، فتأمّل، فإنّه مشكل.

---

* في بعض النسخ: اُمور.

"على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي"(١٧١٠).

.....

١٧١٠. بعد اشتهار العمل به، و استناد الفقهاء من الخاصّة و العامّة إليه، الموجب لكمال الوثوق بالصدور، لاوجه للمناقشة في سنده تارة بعدم وجوده في كتب الإماميّة المعتبرة و في صحيحي البخاري و مسلم، و إن كان قد وجد في سائر الصحاح الستّ المذيّل إمّا بقوله: «حتّى تؤدّي» كما في صحيحي الترمذي و أبي‌داود، أو بقوله: «حتّى تؤدّيه» كما في غيرهما. و أُخرى بأنّ راويه سمرة بن جندب الذي هو أحد الثلاثة الذين حكى الأستاد عن أبي‌حنيفة أنّه قال: أعمل برواية كلّ صحابي إلاّ ثلاثة، و عدّه منهم. و حكايته مع الأنصاري مذكورة في بعض أحاديث نفي الضرر و الضرار، و ضربه ناقة النبيّ صلى الله عليه وآله مرويّ. ففي الكافي عن أبي‌بصير قال: «كانت ناقة رسول الله صلى الله عليه وآله القصواء إذا نزل عنها علّق عليها زمامها، فتخرج فتأتي المسلمين فيناولها الرجل الشيء و يناولها هذا الشيء، فلاتلبث أن تشبع، فأدخلت رأسها في خباء سمرة بن جندب، فتناول عنزة فضرب بها على رأسها فشجّها، فخرجت إلى النبيّ فشكته». و قال ابن أبي‌الحديد: إنّه عاش إلى زمن ابن زياد(لعنه الله)، و صار من شرطة خميسه، و كان يحثّ الناس على قتل الحسين عليه السلام، إلى غير ذلك من مطاعنه. و ذلك حيث إنّه بلغ من الاشتهار مرتبة جعله غيره من القطعيّات، مع أنّ مضمونه من المرتكزات و لو في الجملة.

و إنّما الإشكال في دلالته، فقد وقع الخلاف في أنّ المستفاد من لفظة «على» فيه هل هو الحكم التكليفي أو الوضعي؟ على قولين، ثانيهما أشهرهما. و على الأوّل ففي الفعل الذي هو متعلّق الحكم التكليفي احتمالات بل أقوال:

الاحتمال الأوّل: أنّه الحفظ عن الضياع و التلف إلى زمان الأداء، و هو مقدّر في نظم الكلام. و اختاره في العوائد. و محصّل دليله: أنّ الكلام محتاج إلى التقدير، و لايجوز تقدير ما عداه من الردّ و الأداء و الضمان، إذ تقدير الأوّلين يوجب خروج المعنى عن السلاسة. و تقدير الأخير منافٍ لجعل الغاية أداء نفس المأخوذ، على ما هو قضيّة رجوع الضمير المنصوب بـ«تؤدّي» - المحذوف كما في بعض طرقه، أو المذكور كما في الآخر - إلى الموصول، لأنّ الضمان عنده هو الغرامة، و هو مختصّ بصورة التلف، إذ لاغرامة في ردّ المأخوذ. فيرجع المعنى إلى أنّه: إن تلف يكون غرامته و بدله عليه مادام بقاء العين، و هل هو إلاّ ما ذكرنا من التنافي؟

و الاحتمال الثاني: أنّه ردّ المأخوذ و أداؤه، كما عن المبسوط و التذكرة. و لعلّ الوجه

.....

فيه البناء على انتزاعيّة الأحكام الوضعيّة - التي منها جعل المال على الآخذ - من الأحكام التكليفيّة في موردها، بضمّ أنّ الحكم التكليفي الصالح لانتزاع الوضع المذكور منه ليس إلاّ وجوب ردّ المأخوذ بنفسه، إذ وجوب ردّ البدل بالخصوص أو الأعمّ منه و من ردّ نفس العين ينافيه الغاية كما مرّ، و وجوب الحفظ عن التلف لاينتزع عنه الوضع المزبور. فيكون المعنى: يجب على ذي اليد أداء ما أخذه من الغير حتّى يؤدّيه. و لابأس به، لأنّه من قبيل تقييد الحكم بغاية الامتثال، كقوله: تجب عليك الصلاة حتّى تصلّي، يعني: لامسقط لهذا الحكم إلاّ امتثاله، فتأمّل.

و الاحتمال الثالث: ما عن بعضهم، و هو ردّ المثل أو القيمة عند تلف المأخوذ. و لعلّ الوجه فيه دعوى أنّ المتفاهم عند العرف من جعل المال المأخوذ على الآخذ كون ماليّته عليه على تقدير التلف، و بعد إرجاع الوضع المذكور إلى انتزاعه من الحكم التكليفي في مورده - و أنّه عبارة عن وجوب الردّ بالتقريب المتقدّم في الوجه السابق - يتمّ المطلوب. و لاينافي ذلك ظهور الذيل في أداء نفس المأخوذ، حيث إنّ المراد منه بقرينة الصدر أداؤه بلحاظ كونه على اليد و موصوفاً به، و مرجعه إلى أداء الماليّة المختصّة بحال التلف. فيكون التقيّد بالغاية على هذا كما في الثاني من التقيّد للحكم بالامتثال.

و الاحتمال الرابع: أنّه الأعمّ من ردّ العين و البدل بنحو الترتّب و الطوليّة. و لعلّ الوجه فيه دعوى أنّ العرف يفهمون من كون العين المتموّل على الشخص كون الأعمّ من العين و البدل على عهدته، بضميمة إرجاعه إلى الحكم التكليفي، و هو وجوب ردّه عند الإمكان و بدله عند العدم، و حينئذٍ يراد من الذيل ما لاينافي الصدر. و لعلّ هذا هو المراد ممّا حكاه بعض من تأخّر من استفادة المعنيين من الحديث، لا ما في بعض الحواشي من أنّ المراد منه استفادة الحكم التكليفي بالنسبة إلى حال البقاء و الوضعي بالنسبة إلى حال التلف، حتّى يشكل بما ذكر فيه.

وكيف كان، فمفاد الحديث على جميع هذه الاحتمالات هو الحكم التكليفي، إمّا في خصوص صورة البقاء كما في الأوّلين، أو في خصوص صورة التلف كما في الثالث، أو في الأعمّ كما في الرابع. و النتيجة العمليّة بناءً على الأخيرين - بل و على الثاني - متّحدة معها بناءً على الاحتمالات الآتية على تقدير كون مفاده الوضع، حتّى في عموم الحكم للصبيّ المميّز أيضاً، لأنّ الحكم التكليفي المنتزع عنه الوضع عند المنكرين لتأصّله أعمّ من المنجّز و المعلّق.

.....

وكذا لافرق بينهما في جواز مطالبة صاحب المال ماله من الآخذ، لأنّ الحكم الوضعي عند القائل بانتزاعيّته عبارة عن جميع آثار الوضع بناءً على تأصّله، لا البعض دون الآخر، و جواز المطالبة من جملة آثار الوضع بناءً على أصالته.

هذا كلّه على القول الأوّل. و أمّا على القول الثاني، و هو كون مفاد الحديث بيان الحكم الوضعي، ففي تعيين ما يكون على الآخذ و في ذمّته أيضاً احتمالات:

الأوّل: أنّه نفس المال المأخوذ ما دام بقائه، فيختصّ بصورة البقاء. و الوجه: توهّم اختصاص الغاية – أعني: أداء المأخوذ – بأداء نفسه.

و الثاني: – و لعلّه المشهور – أنّه البدل، فيختصّ بصورة التلف. و وجهه: توهّم أنّ العرف لايفهمون من كون الشيء الخارجي على شخص إلاّ كون ما يتدارك به عليه، فيكون هذا قرينة على رجوع الضمير المنصوب إلى الموصول بلحاظ حيث كونه عليه، على ما عرفت في السابق.

و الثالث: أنّه المأخوذ لو بقي و بدله لو تلف، فيعمّ صورتي البقاء و التلف. و وجهه أيضاً: دعوى فهم العرف، فيتصرّف في الحديث بما ينطبق على هذا المعنى من تقدير أو غيره، و طريقه غير خفيّ على المتأمّل. و لابأس به بعد قيام القرينة عليه، و هو فهم العرف.

و الرابع: أنّه نفس المأخوذ مطلقاً و لو تلف، من دون تصرّف في نظم الكلام لاضميراً و لامرجعاً، و لاحذفاً و لاتقديراً. فيكون المعنى: أنّ المأخوذ بعينه كائن على الآخذ و ثابت في عهدته، بمعنى أنّ وزره و ثقله عليه إلى أن يؤدّي نفس ما أخذه، فيعمّ الصورتين أيضاً.

فإن قلت: كيف ذا و الحال أنّ أداء المأخوذ في صورة التلف ممتنع، فلايمكن رفع الضمان مع التلف، و هو باطل بالضرورة.

قلت: نمنع امتناعه، لأنّ أداء الشيء له مراتب طوليّة، يتوقّف صدق الأداء في كلّ مرتبة على عدم إمكان للمرتبة السابقة عليها: أداء نفس الشيء بعينه، و أداء مثله، و أداء قيمته. و بالجملة، لانتصرّف في لفظ الأداء، و لانرفع اليد عن رجوع الضمير المنصوب بـ«تؤدّي» إلى الموصول، بل نقول: إنّ إضافة الأداء بمعناه الحقيقي إلى الشيء كذلك لها أفراد حقيقيّة طوليّة عند العرف، فكأنّه قال: ثابت على اليد نفس ما أخذته حتّى تؤدّي ذاك المأخوذ إلى صاحبه أداءً حقيقيّاً عند العرف، بمعنى أنّ العرف يرونه أداء له حقيقة، و هو يختلف بحسب حالتي البقاء

.....

و التلف، و في الثاني بحسب وجود المثل و عدمه. و من هذا القبيل القيام بالقياس إلى الاستقامة التامّة على نحو يكون قدمه محاذياً لكتفه و ما دون ذلك بما له من المراتب، فإنّ فرديّة كلّ مرتبة أدنى لمفهومه في طول المرتبة العليا و متوقّفة على العجز عنها. و منه العقد بالنسبة إلى الإشارة، فإنّ فرديّتها له مترتّبة على عدم القدرة على المتكلّم لخرس و نحوه، فتأمّل. و منه الصلاة و سائر ألفاظ العبادات بناءً على الوضع للصحيحة بالقياس إلى أفرادها، فإنّ فرديّة الخالية عن القيام مثلاً للصلاة موقوفة على العجز عنه، و بدون العجز عنه ليست فرداً لها حقيقة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

إذا عرفت ما في الحديث من الاحتمالات فاعلم أنّ الأقوى من بينها هذا هو الاحتمال الأخير، لبطلان جميع ما عداه. أمّا الاحتمالات فيه على القول الأوّل في مفاده فلابتناء الثلاثة الأخيرة منها على القول بانتزاعيّة الأحكام الوضعيّة، و ابتناء الأوّل منها على تقدير خصوص الحفظ. و كلاهما ممنوع. أمّا الأوّل فلمّا حقّقناه في محلّه من تأصّلها مثل الأحكام التكليفيّة. و لو سلّمنا عدمه فإنّما نسلّمه في مثل السببيّة لا في مثل الضمان. و إن شئت تحقيق الحال فراجع إلى الاستصحاب من كتابنا الموسوم بهداية العقول في شرح كفاية الأُصول للأُستاد العلاّمة الخراساني‌ﷺ. و أمّا الثاني فلأنّه خلاف الأصل، مع عدم الدليل عليه. و لامجال لأن يستند فيه إلى ظهور الكلام في الحكم التكليفي، لأنّه دوريّ. و لا إلى دعوى عدم معقوليّة ظاهره من جعليّة الوضع، لأنّه - مع فساده في نفسه كما مرّ - لايقتضي التقدير، و على تقدير اقتضائه لايقتضي كون المقدّر خصوص الحفظ.

و أمّا بطلان ما عدا الأخير من الاحتمالات على القول الثاني في مفاد الحديث، فلابتنائها إمّا على حمل الخطابات الشرعيّة على المعاني الحقيقيّة الدقيقة كما في الأوّل منها، و إمّا على دعوى فهم العرف كما في تاليه. و كلاهما ممنوع أيضاً. أمّا الأوّل فلأنّ الخطابات منزّلة على الحقائق العرفيّة، و قد عرفت أنّ لأداء الشيء أفراداً حقيقيّة عرفيّة طوليّة. و أمّا الثاني فلمنع فهم أهل العرف من مثل هذا الخطاب إلاّ كون نفس العين على ذي اليد، لايسقطها عن ذمّته إلاّ ما هو أداء بما حقيقة عند العرف لا بالدقّة العقليّة، فيحكم العقل بتفريغ الذمّة بما هو أداء لها حقيقة عندهم مثل حكمه بوجوب الحفظ عن الضياع. و بالجملة، مدلول الحديث ما ذكرنا، و أمّا وجوب الأداء مثل وجوب الحفظ عن التلف فمن آثاره العقليّة.

و الخدشة في دلالته(١٧١١) بأنّ كلمة "على" ظاهرة في الحكم التكليفي فلايدلّ على الضمان، ضعيفة جدّاً؛ فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا أُسند الظرف إلى فعلٍ من أفعال المكلّفين لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: "عليه دين"، فإنّ لفظة "على" حينئذٍ لمجرّد الاستقرار في العهدة(١٧١٢)، عيناً كان أو ديناً؛ و من هنا كان المتّجه صحّة(١٧١٣)

.....

و أمّا الاستدلال به على الضمان – بمعنى أنّ تلفه عليه، الراجع إلى وجوب ردّ المثل أو القيمة عند التلف – فلا تفاوت في صحّته بين الاحتمالات عدا الأوّلين من الأربعة على القول الأوّل في مفاد الحديث، و الأوّل من الأربعة على القول الثاني فيه، لوضوح دلالته على وجوب ردّ البدل، إمّا بإرجاع ظاهره – من كون المال عليه – إليه، بتوهّم عدم معقوليّة جعل الحكم الوضعي كما في الثالث و الرابع من الأربعة الأول، و إمّا بالملازمة العقليّة بين ظاهره و بين وجوب ما ذكر في البقيّة.

و من هنا ظهر وجه استدلال المصنّف هذا الحديث على الضمان بالمعنى المذكور مع بنائه على انتزاع الأحكام – التي منها الضمان – من الأحكام التكليفيّة، إذ قد مرّ أنّه لافرق بين هذا و بين البناء على تأصّلها في وجوب الردّ و جواز المطالبة. نعم، بينهما فرق من جهة أُخرى. و أمّا بناءً على الاحتمالات الثلاثة التي استثنيناها فلا ربط له بالضمان، و لذا جعل ذلك خدشة في الاستدلال، فتأمّل جيّداً.

١٧١١. هذا إشارة إلى ما قيل من كون مفاد الخبر وجوب الحفظ عن التلف كما اختاره النراقي﵀، أو وجوب الردّ كما عن الشيخ و العلاّمة كما مرّ.

١٧١٢. فحينئذٍ يصحّ الاستدلال به على الضمان. أمّا على المختار من جعليّة الضمان فواضح. و أمّا على مذاق المصنّف من انتزاعيّته فلما مرّ من الاشتراك في النتيجة في المقام، بخلاف ما لوكان ظاهراً في الحكم التكليفي ابتداءً. و من هنا يعلم أنّ مراده من الحكم التكليفي في قوله: «ظاهرة في الحكم التكليفي» هو الابتدائي، لا ما أرجع إليه الوضع و انتزع منه.

١٧١٣. يعني: من جهة أنّ «على» ظاهرة في المعنى المذكور يصحّ الاستدلال به على ضمان الصبيّ و المجنون مثل البالغ و العاقل في صورة اندراجهما في الخبر موضوعاً و هو«اليد»، بأن كان لهما تميّز و شعور، لأنّها بلحاظ إسناد الأخذ إليها الظاهر في الأخذ عن إرادة و اختيار لاتصدق على يد غير المميّز حتّى على مذهب المصنّف في الوضع، لأنّ الحكم التكليفي المنتزع

الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة؛ لعدم التمييز و الشعور.

و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً قوله عليه السلام (١٧١٤) في الأمة المبتاعة إذا وُجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري: إنّه "يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمة"[٢]، فإنّ ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماءً لم يستوفه(١٧١٥) المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريقٍ أولى، و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غيرَ قابلٍ للملك، فهو كالتالف لا المتلف، فافهم. ثمّ إنّ هذه المسألة من جزئيّات القاعدة المعروفة "كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده" (١٧١٦)

.....

عنه الوضع أعمّ عنده من التنجيزي و التعليقي. و ممّا ذكرنا ظهر أنّ إيراد السيّد الأستاد على المصنّف قدس سره ناشٍ عن عدم الوصول بمرامه. نعم، يرد أنّه قد يتّفق خلوّ مورد الضمان عن الحكم التكليفي التعليقي أيضاً، بأن لم يكن للصبيّ الآخذ لمال الغير مال و مات قبل البلوغ. و هذا من جملة الوجوه التي بها نقول بجعليّة الضمان بنفسه.

١٧١٤. يشير بذلك إلى ما رواه جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام: «الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجيء مستحقّ الجارية. فقال: يأخذ الجارية المستحقّ، و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد، و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه».

١٧١٥. يعني: نماء للجارية المقبوضة بالعقد الفاسد، لكون البيع في غير ملك البايع، لأجل كون الجارية مسروقة. و أمّا عدم استيفاء المشتري فلانعقاده حرّاً. وكيف كان، يمكن الخدشة في الاستدلال بذلك على الضمان في جميع موارد القبض بالعقد الفاسد، بأنّ القبض في مورده إنّما كان بتسليط الغاصب، و الحكم بالضمان فيه لايلازم الحكم به فيما إذا كان القبض بتسليط نفس المالك و إذنه و لو بعنوان الوفاء بالعقد، إلاّ أن يدّعى القطع بأنّ مناط الحكم بالضمان فيه إنّما هو جهة الفساد بلا مدخليّة في كونه من جهة الغصب، و هو كما ترى مجازفة صرفة، و لعلّه لذا أمر بالفهم، فافهم.

١٧١٦. لاإشكال في كونها منها، وكذا في أنّ مفادها أصلاً و عكساً ثبوت الملازمة بين صحيح العقد و فاسده في مورده. و إنّما الإشكال في أنّها قاعدة إنشائيّة تعبّديّة سيقت لإنشاء

.....

أنّ مجرّد ثبوت الضمان في العقد الصحيح - بأيّ سبب من أسبابه، من اليد و الإتلاف - علّة تامّة لثبوته في الفاسد و إن لم‌يكن في مورده شيء منها، و انتفائه علّة لانتفائه و إن اجتمع فيه جميع أسبابه، فتكون حاكمةً على الأصل المقتضي لعدم الضمان في أصل القاعدة، و مخصّصة لقاعدتي اليد و الإتلاف المقتضيتين للضمان في عكسها، و يصحّ الاستدلال بها على الضمان مستقلاً مثل اليد، و لايصحّ الإشكال عليها طرداً و عكساً لأنّها على هذا مثل سائر العمومات قابلة للتخصيص.

أو قاعدة إخباريّة اخترعها الفقهاء ضابطة لاستعلام موارد اليد المأذونة بواسطة العقود الغير الممضاة، من حيث الخلوّ عمّا يمنع عن تأثيرها في الضمان و عدم الخلوّ عنه، و أنّ الطريق إليه ملاحظة مواردها بواسطة العقود الممضاة. و مرجع القاعدة حينئذٍ إلى بيان اشتراك الصحيح و الفاسد فيما هو سبب الضمان واقعاً إثباتاً و نفياً، و أنّ ما هو السبب و المناط للضمان أو عدمه في الصحيح فهو عامّ للفاسد أيضاً. و على هذا لايصحّ الاستناد إلى هذه القاعدة مستقلاً في عرض قاعدة اليد، و يتّجه الإشكال عليها طرداً و عكساً.

الظاهر هو الثاني، لعدم الدليل عليها على الأوّل. أمّا غير الإجماع فواضح. و أمّا الإجماع عليها فلأنّه لو سلّم فلا دلالة فيه على كونها من النحو الأوّل، بل يمكن استظهار أن يكون مرادهم النحو الثاني من الخارج، و هو أنّهم لايلاحظون النسبة بينها و بين سائر القواعد، و لايرفعون بها اليد عن الأُصول العمليّة، و أنّهم يبحثون عن مدركها، فلوكانت قاعدةً إنشائيّةً لما كان معنى لذلك، فلابدّ أن تكون قاعدة إخباريّة، مفادها الإخبار عن أنّا معاشر الفقهاء تتبّعنا موارد العقود المستتبعة للقبض و إثبات اليد، و وجدنا أنّ كلّ عقد لايكون في صحيحه مانع عن تأثير اليد في الضمان علمنا أنّ فاسده أيضاً كذلك، و كلّ عقد يكون في صحيحه مانع عنه علمنا أنّ فاسده أيضاً كذلك، لاتّحادهما في ملاك الضمان و سببه من حيث المقتضي و المانع.

نعم، ظاهر كلام المحقّق الثاني - الآتي نقله من المصنّفﷺ عند التعرّض لبيان معنى عكس القاعدة في ضمان العين المستأجرة فاسداً و عدمه- أنّ القاعدة إنشائيّة، حيث ألقى المعارضة بينها و بين قاعدة اليد، و حكم بالتساقط و الرجوع إلى أصالة البراءة عن الضمان. و لعلّه الظاهر من الأردبيليﷺ من نسبة الضمان في تلك المسألة إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، فتدبّر. و من كلامه الذي سننقله في أواخر الصفحة، حيث إنّه استدلّ على الضمان - بتلف

.....

العين المأخوذة لأجل التقاصّ من قيمتها بعد البيع - بقاعدة ما يضمن في عرض الاستدلال بحديث على اليد، و قد مرّ أنّه لايصحّ بناءً على الإخباريّة، لكن مرجع ذلك إلى إخباره عن الإنشائيّة عندهم، و لعلّه مستند إلى الحدس و الاجتهاد منه، بل الظاهر هذا، فلا حجّية في إخباره عنها، لاحتمال - بل ظهور - استناده إلى الحدس و الاجتهاد، فتأمّل.

فإذا عرفت ذلك فنضع الكلام في مواضع ثلاثة. الأوّل: في معنى القاعدة أصلاً و عكساً. و الثاني: في مدركها. و الثالث: في موارد النقض.أمّا الموضع الأوّل، فنقول: العقد في القاعدة بناءً على إخباريّتها أعمّ من اللازم، لأنّه في ألسنة الفقهاء عبارة عن صرف الإيجاب و القبول. و أمّا بناءً على إنشائيّتها فعمومه للجائز و عدمه مبنيّ على كون العقد في اللغة بمعنى مطلق العهد - كما يدلّ عليه تفسير العقود بالعهود في بعض الروايات- فيعمّه، أو العهد الموثّق المؤكّد فلا. و من هنا يعلم الحال في عمومه للإيقاع الصرف فضلاً عمّا فيه شائبة الإيقاع و عدمه، لابتنائه على كون العقد بمعناه المصطلح المبتني على إخباريّة القاعدة فلايعمّه، أو بمعنى مطلق التعهّد المبتني على الإنشائيّة مع كون العقد في اللغة هو العهد فيعمّه.

هذا، بناءً على اشتمال القاعدة على لفظ العقد كما في عبارة التذكرة. و أمّا إذا كان الموجود فيها بدله لفظ «ما» كما في السبق و الرماية من المسالك و شرح الإرشاد للأردبيلي في عبارته الآتية و في بعض كلمات المصنّف، فلاينبغي الإشكال في عموم موضوعها لكلّ ما يتطرّق فيه الضمان و لوكان إيقاعاً، مثل الجعالة على المختار - كما ستعرف الوجه فيه - و التملّك في باب اللقطة، أو كان حكماً كالأخذ بالشفعة، إذ لاوجه لتوهّم العهد في الموصول، بل صريح المحقّق الأردبيلي جريانه في التقاصّ أيضاً. قال في تلك المسألة من كتاب القضاء في شرح قول العلاّمة «فإن تلف العين قبل بيعها قال الشيخ: لاضمان» ما هذا لفظه: «إذا أخذ صاحب الحقّ عيناً من مال من عنده حقّه، و أراد بيعه ليأخذ حقّه و يردّ الباقي، فتلفت العين قبل بيعها فيه وجهان. الأوّل: الضمان، لقوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» و لأنّه كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و لأنّه كالمأخوذ بالسوم» انتهى مورد الحاجة. و هو صريح فيما ذكرنا.

ثمّ الوجه في كون المأخوذ بالمقاصّة مضموناً على الآخذ هو أنّه أخذه في مقابل حقّه على المقاصّ منه لابجّاناً. و المراد من الصحيح هنا أن يكون أخذ العين لأجل استيفاء حقّه منها بإذن

.....

مالكها، و من الفاسد أن يكون أخذها بلا إذن منه. و لايخفى أنّ التعبير بالفاسد في الثاني مع كونه مأذوناً من الشرع مسامحة.

و أمّا الضمان فقد مرّ في بيان معنى الحديث أنّه عبارة عن مجرّد كون المضمون على الضامن و في ذمّته، و له لوازم شرعيّة تكليفيّة و وضعيّة، منها: إعطاء بدله عند التلف. و لمّا لم يكن* إرادة نفس هذا المعنى منه في «يضمن بصحيحه» حيث إنّ الضمان لابدّ فيه - بلحاظ عدم معقوليّة كون المال على عهدة مالكه - أن يكون المضمون به مالاً لغير الضامن، و هو منتفٍ في الصحيح، فلابدّ من أن يتصرّف فيه بإرادة لازم معناه، أعني: لزوم إعطاء ما يقابله و يساويه في الماليّة واقعاً حقيقة أو تنزيلاً بطور التجوّز أو بطور الكناية، فتأمّل. و حينئذٍ فالظاهر بقرينة وحدة السياق أن يكون المراد منه في «يضمن بفاسده» أيضاً هذا المعنى. فتختصّ القاعدة ببيان حال الفاسد بالنسبة إلى خصوص هذا الأثر اللازم، و يكون بالقياس إلى الباقي مسكوتاً عنه، و لذا لم يستند إلى هذه القاعدة أحد في إثبات سائر لوازم الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد. فعمدة نظرهم إلى إعطاء الضابطة في تشخيص موارد اليد المأذونة الموجبة للضمان عن غيرها في العقود الفاسدة بالنسبة إلى خصوص أثر إعطاء البدل عند التلف من بين آثار الضمان، و أنّ المعيار في ذلك إنّما هو العقود الصحيحة، بل حقيقة الضمان عندهم ليس إلاّ هذا المعنى، و إن كان خلاف التحقيق و أنّه أثره و لازمه. فالضمان على مذاقهم في معناه الحقيقي قد استعمل في الموضع الثاني في معناه الحقيقي، و أمّا في الموضع الأوّل فقد استعمل في ذاك المعنى الذي ذكرناه مجازاً باعتبار ما كان، بملاحظة أنّ ما يدفعه المشتري مثلاً في العقد الصحيح – أعني: الثمن - و إن كان مالاً للبايع و المبيع مالاً له بمقتضى العقد، و الضمان قد أخذ في مفهومه كون المعوّض مال المضمون له و العوض مال الضامن، بحيث كان الأداء عند التلف وارداً على مال الضامن و عند البقاء على مال المضمون له، إلاّ أنّه لمّا كان الأمر بالعكس قبل العقد فكأنّه بعده يدفع ماله بدل مال الغير.

وكيف كان، فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ الضمان في كلا الموضعين قد استعمل في معنى واحد، و هو لزوم أداء المقابل، و إنّما الاختلاف في المصداق، لأنّ البدل المسمّى في العقد

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّها تحريف: يمكن.

.....

الصحيح إنّما هو المقابل للمال المأخوذ و المساوي له أيضاً بواسطة إمضاء الشارع بناء المتعاقدين على بدليّته و تنزيله منزلة البدل الواقعي. و إن شئت قلت: إنّ الضمان إنّما استعمل في لزوم أداء البدل الواقعي، و قد وسّع الشارع بأدلّة الصحّة و الإمضاء دائرة البدل الواقعي، فلايلزم التفكيك في معنى الضمان في الموضعين.

ثمّ إنّ المراد من العقد في القضيّة هو الكلّي الذي لايكون من بين الكلّيات الجامعة بين الفرد الخارجي الجامع لشرائط الصحّة و بين الفرد الخارجي غير الجامع لها كلاً أو بعضاً - بعد الفراغ عن تحقّق حقيقته - كلّي آخر أقرب إليهما منه، فيكون العموم إضافيّاً صرفاً. فيكون معنى القاعدة: أنّ كلّ عقد يكون فرده الخارجي المتّصف بوصف الصحّة موجباً للضمان ففرده الخارجي المتّصف بوصف الفساد - مع تحقّق أصل حقيقة العقد المتّحد مع الفرد الصحيح من جميع الجهات إلاّ الجهة الموجبة للفساد - يكون موجباً له أيضاً.

و أمّا الباء في «بصحيحه» و «بفاسده» فقد يقال إنّها بمعنى «في» بل حكي التصريح به عن العلاّمةﷺ في بعض عبائره. و فيه: أنّه و إن كان معه يصحّ المعنى إلاّ أنّه خلاف الظاهر، فالظاهر أنّها للسببيّة، لا بملاحظة أنّ العقد الصحيح سبب تامّ لسبب الضمان - و هو القبض و إثبات اليد - و مقتضٍ له، فكأنّه السبب له، لأنّه خلاف الظاهر أيضاً، إذ الظاهر سببيّته له بلا واسطة، بل بملاحظة تضمّنه لما هو جزء العلّة التامّة للضمان، أعني: عدم المانع من تأثير اليد في الضمان، لأنّ علّة الضمان فيه مركّبة من أمرين، أحدهما: اليد، إذ التحقيق عمومها لليد المأذونة أيضاً، و الآخر: عدم المانع عن تأثير اليد فيه و هو المجّانيّة، و العقد الصحيح في أصل القاعدة إنّما هو متضمّن لعدم المجّانيّة، و هو قائم به، فتعليل الضمان فيه بالعقد الصحيح إنّما هو من قبيل تعليل الشيء بعدم المانع، و هو أمر شائع. فيكون المعنى: أنّ كلّ عقد يكون صحيحه سبباً لتحقّق عدم المانع عن حدوث الضمان لأجل اليد و تأثير اليد و القبض فيه يكون فاسده أيضاً سبباً له.

و من هنا يعلم أنّ مورد القاعدة هو صورة القبض، و هو قضيّة تعليل الشيخ إيّاها بالإقدام على الضمان على ما نبيّنه إن شاء اللّه. و حينئذٍ لايبقى مجال لنقض القاعدة بمثل البيع قبل القبض، حيث إنّ البيع الصحيح سبب لضمان البايع للمبيع قبل قبضه للمشتري، بخلاف البيع الفاسد، و ذلك لأنّه خارج عن القاعدة، لاختصاص موردها بصورة القبض. و من الكلام

.....

في مفردات أصل القاعدة يعلم الحال في عكس القاعدة، بل الأمر فيه في توجيه سببيّة الباء أوضح.

أمّا الموضع الثاني، فالمدرك في أصل القاعدة أمّا في غير عمل الحرّ المسلم فهو حديث «على اليد». و توهّم عدم شموله للمنفعة مدفوع بما يأتي إن شاء اللّه. و أمّا بالنسبة إليه فهو احترام عمله، و الاستيفاء فيما إذا استوفاه المستأجر بالإجارة الفاسدة. و أمّا إذا لم يستوفه فلا ضمان فيه، و إن كان يضمن له في الإجارة الصحيحة. فيكون هذا من موارد النقض لأصل القاعدة. و سيأتي الكلام فيه في الموضع الثالث إن شاء اللّه.

و أمّا مدرك العكس فقد يتوهّم أنّه أدلّة الأمانات، بل هو صريح المصنّف. و لكنّها لاتصلح له، لأنّ الأمانة إمّا مالكيّة و إمّا شرعيّة. و يعتبر في الأُولى أُمور ثلاثة، الأوّل: رضا المالك بكون ماله تحت يد الغير رضاً واقعيّاً، لاظاهريّاً ناشئاً من البناء على حصول أمر غير واقع جهلاً أو تشريعاً. و الثاني: أن يكون الرضا به مجّاناً غير ملحوظ فيه العوض. و الثالث: أن يكون الرضا به ناشئاً عن اختياره، لا عن حقّ لازم للمأذون على الآذن كما في العين المستأجرة، حيث إنّ رضا المؤجر بكونها في يد المستأجر إنّما هو لتوقّف استيفاء حقّه عليه. و يعتبر في الثانية أن لايلاحظ في قبض مال الغير إلاّ جهة ذاك الغير. و لاريب في عدم اجتماع الأُمور المذكورة في محلّ الكلام بالنسبة إلى العقود الفاسدة المتضمّنة للتمليك المجّاني، حيث إنّ القبض فيه ليس بلحاظ صرف حفظ مال المالك، بل من جهة أنّه صار بالعقد مال القابض، و لذا لم يدّع أحد كونه أمانة شرعيّة. و رضا المالك بكونه في يد القابض ليس واقعيّاً، بل ظاهريّ نشأ من بنائه على حصول الملكيّة له بذاك العقد الفاسد إمّا جهلاً أو تشريعاً، مضافاً إلى عدم المجّانيّة هنا، فتأمّل. فالمقام خارج عن أدلّة الأمانة الشرعيّة و المالكيّة. و حينئذٍ لامدرك للقضيّة السالبة، فلابدّ من الرجوع إلى قاعدة اليد و سائر أدلّة الضمان في مواردها من العقود الفاسدة المجّانيّة.

هذا بناءً على كون المراد من عكس القاعدة اقتضاء الصحيح و الفاسد العدم، و لو بمعنى المنع عن تأثير سبب الضمان - كاليد - فيه. و أمّا بناءً على أن يكون مفادها صرف نفي الاقتضاء بالنسبة إلى ثبوت الضمان فلا حاجة له إلى المدرك، و لايبقى مجال للنقض عليه. لكنّ الظاهر عند الأصحاب هو الأوّل، بل صرّح بذلك المصنّف في كتاب الغصب في عبارته التي

و هذه القاعدة أصلاً و عكساً و إن لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلاّمة إلاّ أنّها تظهر من كلمات الشيخ﵀(١٧١٧)

.....

تقدّم نقلها في بحث الرشوة على الحكم، حيث إنّه﵀ - في ذيل الكلام في ضمان الهديّة الملحقة بالرشوة — قال: «نعم، قد يتحقّق عدم الضمان في بعض المعاوضات بالنسبة إلى غير العوض، كما أنّ العين المستأجرة غير مضمونة في يد المستأجر بالإجارة، فربّما يدّعى أنّها غير مضمونة إذا قبضت بالإجارة الفاسدة، لكن هذا كلام آخر».

ثمّ قال متّصلاً به - كما في بعض النسخ المصحّحة- ما هذا لفظه: «قد ثبت فساده بما ذكرناه في باب الغصب من أنّ المراد بما لايضمن بصحيحه أن يكون عدم الضمان مستنداً إلى نفس العقد الصحيح، لمكان الباء، و عدم ضمان العين المستأجرة ليس مستنداً إلى الإجارة الصحيحة، بل إلى قاعدة الأمانة المالكيّة و الشرعيّة، لكون التصرّف في العين - مقدّمة لاستيفاء المنفعة - مأذوناً فيه شرعاً، فلايترتّب عليه الضمان، بخلاف الإجارة الفاسدة، فإنّ الإذن الشرعيّ فيها مفقود، و الإذن المالكي غير مثمر، لكونه تبعيّاً، و لكونه لمصلحة القابض، فتأمّل» انتهى كلامه علا مقامه. و أمّا الاستناد إلى الأولويّة في العكس فسيأتي الكلام فيه إن شاء اللّه﵎، فتدبّر.

و أمّا الموضع الثالث، و هو موارد النقض على القاعدة أصلاً و عكساً، فنشرح الكلام فيه تفصيلاً في ضمن الحواشي التي نعلّقها على تلك الموارد بعد ذلك واحداً بعد واحد إن شاء اللّه، فانتظر.

١٧١٧. في استظهار القاعدة من تعليل الشيخ﵀ نظر. أمّا بناءً على إنشائيّة القاعدة، و أنّ العقد بنفسه سبب الضمان و مقتضٍ له مثل الإتلاف، فلأنّ قضيّة تعليل الشيخ﵀ سببيّة الإقدام له، و أين هذا من سببيّة نفس فساد العقد له في مورد ثبوته في الصحيح؟ و ليس هذا إلاّ من باب استظهار أحد المتقابلين من الآخر. و أمّا بناءً على إخباريّتها، و أنّ مفادها الإخبار عن أنّ ما هو سبب الضمان في الصحيح فهو بعينه موجود في الفاسد المماثل له من جميع الجهات إلاّ جهة الصحّة و الفساد، فلمثل ما مرّ، فتأمّل.

ثمّ إنّه قد يستشكل على الشيخ بأنّ الإقدام على الضمان ليس بنفسه علّة للضمان، كما سيصرّح به المصنّف عند تكلّمه في مدرك القاعدة.

في المبسوط، فإنّه علّل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنّه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه. و حاصله: أنّ قبض المال مُقَدّماً على ضمانه بعوضٍ واقعي أو جعلي موجب للضمان، و هذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة(١٧١٨) التي تضمن بصحيحها. و ذكر أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: أنّ صحيحه لايوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده؟ و هذا يدلّ على العكس المذكور. و لم أجد من تأمّل فيها عدا الشهيد في المسالك(١٧١٩) فيما لو فسد عقد السبق في أنّه يستحقّ السابق أُجرة المثل أم لا؟ وكيف كان فالمهمّ بيان معنى القاعدة أصلاً و عكساً ثمّ بيان المدرك فيها.

فنقول و من الله الاستعانة: إنّ المراد بـ "العقد" أعمّ من الجائز و اللازم، بل ممّا كان فيه شائبة الإيقاع أوكان أقرب إليه، فيشمل الجعالة و الخلع(١٧٢٠).

.....

و يندفع بأنّ استدلاله به ليس لأجل أنّه علّة له، بل لأجل أنّه ليس بمانع عن تأثير المقتضي و هو القبض، كما هو مورد كلامه في جميع الموارد التي استدلّ فيها على ثبوت الضمان مع فساد العقد. و لذا أضاف المصنّف إليه لفظ القبض في شرح كلامه و قال: «و حاصله: أنّ القبض مقدماً على ضمانه...». فتعليله الضمان بالإقدام عليه من قبيل تعليل الشيء بعدم المانع عن تأثير مقتضيه، و هو أكثر من أن يحصى. فمن ذلك يعلم أنّ غرضه في عدم ضمان الرهن الفاسد من قوله: «إنّ صحيحه لايضمن فكيف بفاسده» بيان وجود المانع عن تأثير القبض، و هو الإذن بنحو المجّانيّة فيه كما في صحيحه.

١٧١٨. الإثبات في الكلام متوجّه إلى قيد العموم المستفاد من الجمع المحلّى باللام، و هو العقود. يعني: و هذا المعنى الذي علّل به الضمان يجري في المقبوض بجميع العقود التي تضمن بصحيحها، و إن كان مورد كلامه مختصّاً ببعضها.

١٧١٩. و تأمّل فيها المحقّق الأردبيلي في غير موضع، و منه قوله في مسألة التقاصّ في ذيل عبارته الآتي نقلها: «و قد يمنع صحّة الأوّلين - يعني: حديث اليد و قاعدة ما يضمن... - و عمومهما» انتهى.

١٧٢٠. قد وقع الخلاف في كون الجعالة عقداً أو إيقاعاً. و الظاهر هو الثاني، و أنّها عبارة عن الوعد و الالتزام بعوض على عمل. و هو السرّ في عدم احتياجها إلى القبول مطلقاً

.....

و لو القبول الفعلي. و عمل العامل إنّما هو لإحراز العنوان المأخوذ في موضوع الالتزام كعنوان ردّ العبد مثلاً، لا لأجل تحصيل القبول و الرضا بالإيجاب، نظير سعي العبيد في كسب العلم فيما إذا قال مولاهم: من حصّل منكم العلم فهو حرّ بعد وفاتي، و نظير تحصيل العلم لأجل الأخذ من حاصل ما هو وقف على عنوان العالم.

هذا، مع أنّه ليس في إيجاب الجعالة ما يوجب الحاجة إلى القبول إلاّ دخول مال الجعالة في ملك العامل، بملاحظة أنّه تصرّف في نفس العامل، فلابدّ من رضاه به. و فيه: - بعد النقض بنذر ملكيّة شيء للغير بطور نذر النتيجة بناءً على صحّته - أنّه لايتمّ فيما إذا كان مفاد الإيجاب تمليك مال الجعالة بعد العمل لاكونه له بعده، لأنّ التصرّف في نفسه بإدخاله في ملكه فيه إنّما هو بإنشاء مستقلّ بعد تحقّق العمل من العامل لا بالجعالة، و حينئذٍ و إن كان لابدّ من القبول إلاّ أنّه قبول لذاك الإنشاء الآخر لا لإيجاب الجعالة.

و بالجملة، الحقّ أنّ الجعالة إيقاع صرف ليس فيه شائبة العقد، فضلاً عن كونه عقداً محتاجاً إلى القبول اللفظي أو الفعلي. و تظهر الثمرة فيما إذا عمل العامل خالياً عن قصد العوض و التبرّع مطلقاً، سواء اطّلع على الإيجاب أم لا، بل فيما إذا قصد التبرّع و الإحسان كذلك، فإنّه يستحقّ مال الجعالة على الإيقاعيّة دون العقديّة. و تظهر أيضاً فيما إذا كان منافع العامل للجاعل بطور العموم، بحيث يندرج فيه متعلّق الجعالة إمّا بالإجارة أو ملك اليمين، فإنّه يستحقّه على الأوّل دون الثاني.

و أمّا الخلع فالظاهر أنّه عقد معاوضيّ، لأنّه طلاق بعوض من مال الزوجة مع كراهيتها له، فمن جهة استلزامه انتقال مالها إلى الزوج لابدّ من قبولها و رضاها به. و لاينافيه الحكم نصّاً و فتوىً ببقاء البينونة الحاصلة بالخلع بعد رجوع المرأة إلى الفدية و العوض، و لكن مع جواز رجوع الزوج إلى النكاح و العود إليه، لأنّه إنّما ينافيه لوكان المعوّض للفدية هو زوال علقة الزوجيّة، إذ قضيّة الرجوع إلى العوض عود الزوجيّة إلى ما كان قبل الخلع، و مقتضى النصّ و الفتوى عدم عودها إليه بل جواز إعادتها إليه، و لكنّه ممنوع، بل المعوّض لها أملكيّة الزوج بها، فالفدية في قبال أن تكون الزوجة أملك بنفسها بعوض، لا في قبال أصل إزالة علقة الزوجيّة، بل إنّما هي مقدّمة صرفة للتوصّل إلى ما هو مقابل العوض، أعني: الأملكيّة بنفسها، لتوقّفها عليه توقّف الحكم على الموضوع و اللازم على الملزوم. و نتيجة ذلك أنّه بردّها الفدية ترجع الأملكيّة

.....

عليها إلى الزوج، لأنّها المعوّض للفدية، أمّا أصل الزوجيّة فلاعوض لها، و إنّما أوجد إزالتها بلا عوض مقدّمة لإزالة الأملكيّة عن نفسه بعوض، و بعد تحقّق إنشائها كذلك – أي: بلا عوض – لادليل لعود الزوجيّة بردّ الفدية التي ليست عوضاً عنها إلاّ عود عوضها – و هو الأملكيّة على الزوجة – إليه، و لادلالة فيه على ذلك، لأنّها أعمّ من الزوجيّة، لوجودها في المطلّقة الرجعيّة أيضاً، و لادلالة للأعمّ على الأخصّ، فيبقى زوال الزوجيّة و البينونة بعد الردّ للفدية كما قبل الردّ، غاية الأمر مع كون الزوج أملك بها من نفسها. و بهذا يظهر وجه قولهم بأنّ المختلعة بعد الرجوع إلى الفدية تصير رجعيّة بعد أن كانت بائنةً، إذ لانعني من الرجعيّة إلاّ من زالت عنه علقة الزوجيّة و جاز لزوجها الرجوع إليها.

و لاينبغي الإشكال في ذلك فيما إذا كانت المختلعة ذات عدّة رجعيّة لو طلّقت بغير الخلع. و أمّا إذا لم تكن ذات عدّة أصلاً، مثل غير المدخول بها و اليائسة و الصغيرة، أو كانت ذات عدّة و لكن لارجعة للزوج فيها كما في الطلاق الثالث، فهل لايصحّ فيه الخلع أصلاً، أو يصحّ فيه أيضاً و لكن مع جواز الرجوع للزوج إذا رجعت في البذل، أو يصحّ و لكن لايجوز لها الرجوع في البذل؟ فيه وجوه أوسطها الأوسط، لأنّه قضيّة الجمع بين أمرين، أحدهما: إطلاق أدلّة الخلع من جهتين، جهة كون الزوجة في مورد الخلع ذات عدّة يجوز للزوجة* الرجوع فيها لو طلّقت بلا فدية و عدمه، و جهة جواز الرجوع للمختلعة إلى البذل مطلقاً و لو لم تكن ذات عدّة كذلك، إذ ليس في الأدلّة إشعار بكون مورد الخلع ذات عدّة كذلك. و ثانيهما: كون الخلع معاوضةً، بمعنى وقوع المعاوضة بين الفدية و أملكيّة النفس المقتضي لعود الأملكيّة إلى الزوج بعود عوضها – و هو الفدية – إلى الزوجة بعودها إليها، الثابت جوازه بمقتضى الإطلاقين المزبورين. و لكن لم أر أحداً يقول بذلك أو يحتمله، بل الأمر عندهم دائر بين الوجه الأوّل و الأخير. فاللازم في غير ذات العدّة الرجعيّة لو طلّقت بلا فدية هو الاحتياط بترك الخلع، و بترك الزوجة للرجوع إلى الفدية على تقدير إيقاعه، و بعدم رجوع الزوج إليها لو رجعت إلى الفدية، و بترتيب الزوج ما يكون عليه آثار الزوجيّة لو رجع.

هذا، و لكن في الإطلاق من الجهة الأُولى بحيث يعمّ طلاق الصغيرة و اليائسة إشكال.

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّها من غلط النسّاخ. و الصحيح: للزوج.

و المراد بالضمان في الجملتين هو كون دَرَك المضمون، عليه(١٧٢١)

.....

و المسألة محتاجة إلى تأمّل، فتأمّل. نعم، لايعتبر فيه لفظ خاصّ مادّة و هيئة، بل يكفي فيه كلّ لفظ يدلّ على الرضا به و لوكان بلفظ الأمر، للعمومات مع عدم الإجماع على خلافها بالنسبة إلى وظيفة من يكون العقد جائزاً في حقّه من المتعاقدين، و إن كان الأحوط الاقتصار على الصيغة المخصوصة. و تفصيل الكلام في محلّه.

١٧٢١. قد مرّ غير مرّة أنّ الضمان كون نفس المضمون عليه، و أمّا كون دركه - بمعنى ما يتدارك به- عليه فليس من معنى الضمان في شيء، و إلاّ لزم أن يكون سقوط الضمان و ارتفاعه بأداء نفس المضمون و ردّه من باب سقوط الشيء بغير ما هو في الذمّة، و هو كما ترى، بل ليس من لوازمه أيضاً، فإنّ لازمه كون التدارك عليه، لاكون الدرك - بمعنى ما يتدارك به – عليه، و بين المعنيين فرق بيّن.

بقي الكلام في الضامن و المضمون المستفادين من لفظ الضمان في القاعدة هل هما خصوص المتعاقدين حقيقة، أي: صاحبي الثمن و المثمن، أو الأعمّ منهما و من الأجنبيّ؟ ظاهر المصنّف﵀ - بل صريحه في مسألة عدم رجوع المشتري بالثمن إلى البايع الفضولي الغاصب مع علمه به - هو الثاني، فإنّه﵀ - بعد أن أصرّ على أنّ المعاوضة الحقيقيّة في بيع الغاصب بين المالكين لا بين المشتري الأصيل و الفضوليّ الغاصب، و التضمين الحقيقي و الضمان كذلك يتبع المعاوضة الحقيقيّة، فكلّ من هو طرف المعاوضة فهو يضمن مال طرفها الآخر، فيكون التضمين الحقيقي بالنسبة إلى المالكين لا بالنسبة إلى المباشر للعقد و لو لم يكن مالكاً – قال: «و لكن إطلاق قولهم «إنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» يقتضي ضمان – يعني: ضمان البايع الفضولي - الغاصب للمشتري بالثمن الذي قبضه منه فيما نحن فيه – أي: في بيع الغاصب مع علم المشتري به - و شبهه، نظراً إلى أنّ البيع الصحيح يقتضي الضمان ففاسده كذلك» انتهى.

وجه الظهور: أنّ إطلاقه لايقتضي ضمان البايع الغاصب إلاّ أن يكون المراد من الضامن المطويّ في القاعدة أعمّ من العاقد، و لكنّه كما ترى، بل الظاهر أنّ المراد منه خصوص المتعاقدين و صاحبي الثمن و المثمن. فلو تمّ ما ذكره وجهاً لعدم ضمان الغاصب - أعني: انتفاء تضمين المشتري له - من جهة أنّ التضمين الحقيقي إنّما هو بين طرفي المعاوضة و هما المالكان،

بمعنى كون خسارته و دَرَكه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصانٌ فيه؛ لوجوب تداركه منه، و أمّا مجرّد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له - كما يتوهّم(١٧٢٢)- فليس هذا معنىً للضمان أصلاً، فلايقال: إنّ الإنسان ضامنٌ لأمواله. ثمّ تداركه من ماله(١٧٢٣)، تارة يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى هو و المالك على كونه عوضاً و أمضاه الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح. وأُخرى بأداء عوضه الواقعي و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه.

.....

و أمّا الفضولي الغاصب فلا تضمين من المشتري بالنسبة إليه، لما قدح فيه إطلاق القاعدة، لأنّ ضمان الفضولي الأجنبيّ عن العوضين ليس من مقتضيات القاعدة، إلاّ أنّ الشأن في تماميّته، لما يأتي هناك إن شاء اللّه تعالى.

١٧٢٢. قيل: إنّه الشيخ عليﷺ في حاشية الروضة. و قد يظهر من بعض الحواشي أنّه صاحب الرياضﷺ في النقد و النسيئة في مسألة تقدير الثمن، فلابدّ من المراجعة.

١٧٢٣. قد توهّم أنّ الضمان عند المصنّف مشترك لفظيّ بين الأقسام الثلاثة، فأورد عليه أنّه ليس له إلاّ معنى واحد، و هو كون الشيء في عهدة الضامن، و الاختلاف إنّما هو في مزيله. و فيه: أنّه اشتباه صرف نشأ من عدم الفرق بين تقسيم التدارك - الذي مرجعه إلى تقسيم الدرك بمعنى ما يتدارك به - و بين تقسيم كون الدرك عليه الذي فسّر به الضمان. فحاصل كلامه: أنّ الضمان كون ما يتدارك به - أعني: أحد الأُمور الثلاثة - على الضمّامن، فالاختلاف بنحو الاشتراك المعنوي في المضمون لا في الضمان.

فإن قلت: بناءً على هذا يكون الضامن في مقام التدارك مخيّراً بين تلك الأُمور الثلاثة كما هو قضيّة الاشتراك المعنوي، و ليس كذلك، فلابدّ من الالتزام بالاشتراك اللفظي بينها، و يحتاج تعيين كلّ منها إلى قرينة معيّنة.

قلت: نعم، لو لم يختلف الأفراد في احتياج بعضها إلى مؤنة زائدة على أصل وجوده دون الآخر و إلاّ فلا، نظير الواجب المطلق و المشروط، بملاحظة أنّ فرديّة الثاني للواجب تحتاج إلى قيد زائد دون الأوّل، إذ يكفي فيه مجرّد انتفاء القيد، و المقام من هذا، حيث إنّ فرديّة المسمّى في العقد للدرك محتاج إلى تواطؤ المتعاقدين على دركيّته مع إمضاء الشارع له. و منه يعلم الحال في أقلّ الأمرين، فتفطّن.

و ثالثة بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي، كما ذكره بعضهم في بعض المقامات[٤](١٧٢٤)

.....

١٧٢٤. يعني به الشهيد الثاني في المسالك في الهبة في ذيل قول المحقّق: «و لو تلفت و الحال هذه أو عابت لم يضمن الموهوب له، لأنّ ذلك حدث في ملكه. و فيه تردّد» انتهى، فإنّه قال: «و حاصل الأمر أنّ العين الموهوبة المشروط فيها الثواب لو تلفت في يد المتّهب أو عابت قبل دفع العوض المشروط و قبل الرجوع، سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا، فهل يضمن المتّهب الأرش أو الأصل؟ قولان.

أحدهما: عدم الضمان. و هو الذي اختاره المصنّف ثمّ تردّد فيه، و جزم به العلاّمة في التذكرة و ولده في الشرح، لما ذكره من العلّة، و هو أنّ ذلك النقص حدث في ملك المتّهب فلم يلزمه ضمانه، و لأنّ المتّهب لايجب عليه دفع العوض كما مرّ، بل للواهب الرجوع في العين، و التفريط منه حيث تركها في يد من سلّطه على التصرّف فيها مجّاناً. و الثاني: الضمان. جزم به ابن الجنيد من المتقدّمين و بعض المتأخّرين، لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» ولأنّه لم يقبضها مجّاناً بل ليؤدّي عوضها و لم يفعل، و لأنّ الواجب أحد الأمرين: ردّها أو دفع العوض، فإذا تعذّر الأوّل وجب الثاني.

و أجيب عن دليل الأوّلين بأنّه لم يدخل في ملكه مجّاناً بل بشرط العوض، و ذلك معنى الضمان. و عدم وجوب دفع العوض إن أُريد به عدم وجوبه عيناً لم يلزم منه نفي الوجوب على البدل الذي هو المدّعى، و حينئذٍ فإذا تعذّر أحد الأمرين المخيّر فيهما وجب الآخر عيناً. و إن أُريد به عدم الوجوب أصلاً فهو ممنوع. و هذا هو الوجه.

إذا تقرّر هذا و قلنا بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته، أو أقلّ الأمرين من ذلك و من العوض؟ وجهان أجودهما الثاني، لما عرفت من أنّ المتّهب مخيّر بين الأمرين و المحقّق لزومه هو الأقلّ، لأنّه إن كان العوض الأقلّ فقد رضي به الواهب في مقابلة العين، و إن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتّهب لايتعيّن عليه العوض، بل يتخيّر بينه و بين بذل العين، فلايجب مع تلفها أكثر من قيمتها. و هذا هو الأقوى. و وجه اعتبار القيمة مطلقاً أنّ العين مضمونة حينئذٍ على القابض، فوجب ضمانها بالقيمة. و فيه: أنّه مسلّط على إتلافها بالعوض، فلايلزمه أزيد منه لو كان أنقص» انتهى موضع الحاجة.

مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض. فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأنّ هذا هو التدارك حقيقة، و لذا لو اشترط ضمان العارية لزمت غرامة مثلها أو قيمتها. و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات- من المغصوبات و غيرها - عدا لفظ "الضمان" بقولٍ مطلق. و أمّا تداركه بغيره فلابدّ من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه بعقدٍ صحيحٍ يمضيه الشارع.

فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم: "يضمن بفاسده" هو وجوب أداء العوض المسمّى - نظير الضمان في العقد الصحيح -، ضعيف في الغاية، لا لأنّ ضمانه بالمسمّى يخرجه من فرض الفساد؛ إذ يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلٍّ من العوضين على ملك مالكه و إن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيّة - نظير المعاطاة على القول بالإباحة - بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان و أنّ التدارك بالمسمّى* في الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيّته، لا لأنّ معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتّى يوجب ذلك تفكيكاً في العبارة، فافهم.

ثمّ العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفراده مثل البيع و الصلح و الإجارة و نحوها؛

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الظاهر أنّه تمسّك باستصحاب التخيير بين الأمرين إلى ما بعد التلف المنتج لعدم وجوب دفع العوض المشروط معيّناً، لوضوح أنّ التخيير قبل التلف مجرّداً عن الاستصحاب لايقتضي جواز دفع الأقلّ بقيمته حال التلف لوكان هو الموهوب، و لامجال هنا للاستصحاب، لتبدّل الموضوع. فلابدّ إمّا من الالتزام بوجوب دفع خصوص العوض و لو كان أكثر كما قال به جماعة، نظراً إلى أنّه إذا تعذّر أحد فردي الواجب المخيّر تعيّن الآخر بضميمة وجوب الوفاء بعقد الهبة بعد التلف، فتأمّل. أو عدم وجوب شيء عليه أصلاً كما ذهب إليه جماعة. و لعلّ الأقوى هو الأوّل، إذ لامانع من تأثير اليد فيه في الضمان، إذ يكفي في رفع المجّانيّة المانعة عنه اشتراط التعويض، و لايعتبر فيه كون العوض في مقابل نفس المال، فتأمّل، فإنّ لتحقيق المسألة محلاً آخر.

---

* في بعض النسخ: المسمّى.

لجواز كون نوع(١٧٢٥) لايقتضي بنوعه الضمان، وإنّما المقتضي له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلاً الصلح بنفسه لايوجب الضمان؛ لأنّه قد لايفيد إلاّ فائدة الهبة الغير المعوضة أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضاً، و لايلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لايوجب ضماناً، فلايضمن بفاسده، وكذا الكلام في الهبة المعوّضة(١٧٢٦) وكذا عارية الذهب و الفضّة. نعم، ذكروا في وجه(١٧٢٧) عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم: أنّ صحيح العارية لايوجب الضمان فينبغي أن لايضمن بفاسدها، و لعلّ المراد عارية غير الذهب و الفضّة وغير المشروط ضمانها.

ثمّ المتبادر من اقتضاء الصحيح(١٧٢٨)

.....

١٧٢٥. التعليل بظاهره عليل، إذ إمكان ذلك لايمنع عن إرادة العموم الأنواعي، و قد أشرنا إلى توجيهه بما حاصله استلزام إرادة العموم على النحو المذكور تفكيك علّة الضمان في الأمثلة التي ذكرها عن الضمان، لأنّها توجب دخولها في عكس القاعدة، و لازمه عدم الضمان، مع أنّها مشتركة في علّة الضمان في صحيحها، يعني: أنّ القاعدة إخبار عن أنّ ما هو سبب الضمان في العقود الصحيحة فهو سبب له في فاسدها أيضاً، فإذا كان الإقدام أو اليد في الصنف الصحيح من نوع الصلح - كالصلح المعاوضي - سبباً له لكان سبباً له في فاسد هذا الصنف أيضاً.

١٧٢٦. أي: لايلتفت إلى أنّ نوع الهبة من حيث هي لاتوجب الضمان. ثمّ إنّ هذا بناءً على أنّ الهبة المعوّضة معاوضة لاهبة مشروط فيها التعويض، فلا منافاة بين هذا و بين ما يأتي بعد ذلك.

١٧٢٧. لمّا كان ظاهر هذا أنّ المدار على نوع العقد استدركه ثمّ وجّهه بما ينطبق على أنّ المدار على الصنف.

١٧٢٨. كان الاولى ذكر هذا بعد التكلّم في معنى الباء و البناء على كونها للسببيّة، إذ على الظرفيّة لامعنى للاقتضاء كي يتكلّم في أنّه بنفسه أو أعمّ منه و من كونه بالشرط.

للضمان اقتضائه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقّق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسّكاً بهذه القاعدة إشكالٌ، كما لو استأجر إجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين و قلنا بصحّة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأنّ صحيحه يضمن به و لو لأجل الشرط، أم لا؟ وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة(١٧٢٩).

.....

و كيف كان، فقد عمّم السيّد الأستاذ(طاب ثراه) الاقتضاء، و علّله «بأنّ العقد مع الشرط و مجرّداً عنه صنفان متغايران و بعد إرادة الصنف من مدخول «كلّ» لايبقى الإشكال» انتهى.

و فيه نظر، لأنّ كونهما صنفين لايقتضي دخولهما في الموضوع حتّى يكون المراد من الاقتضاء أعمّ منهما، بل هو فرع كون المراد منه الأعمّ، لوضوح أنّه لايجتمع مع اختصاصه بالاقتضاء النفسي، فلوكان عمومه لهما فرع دخولهما في الموضوع لدار. و السرّ في ذلك أنّ مقدار عموم الموضوع من حيث الشمول لهذين الصنفين و عدمه موقوف على عموم الاقتضاء المستفاد من الباء للاقتضاء النفسي و الغيري، إذ لاينعقد للموضوع ظهور إلاّ بعد تماميّة قيوده، و لوكان له ظهور فهو محكوم بظهور القيد، و هو ظاهر. فالحقّ ما ذكره المصنّف، إذ بناءً عليه لايعمّ الموضوع لهذين الصنفين ابتداءً. و حينئذٍ لاوجه للدغدغة في عدم صحّة الاستناد إلى هذه القاعدة لإثبات الضمان في مسألة الإجارة المشروط فيها ضمان العين المستأجرة.

هذا كلّه بناءً على إنشائيّة القاعدة. و أمّا بناءً على إخباريّتها فلاريب في الضمان في المسألة بناءً على أنّ الشرط لأجل التصرّف في كيفيّة اليد، و أنّها يد ضمان لايد ايتمان، بمعنى أنّ الشرط يدفع الايتمان المانع من تأثير اليد، فالمؤثّر هو اليد لا الشرط حتّى يدور الأثر مدار الصحّة و الفساد. و كذلك الكلام في العارية المضمونة.

١٧٢٩. يعني: المضمونة لأجل شرط الضمان كما في عارية غير الدرهم و الدرهم* أو غير مطلق الذهب و الفضّة، لا العارية المضمونة باقتضاء نفس العقد كما في عاريتهما، لأنّ هذا القسم الثاني لاإشكال في الضمان بفاسده مثل صحيحه استناداً إلى هذه القاعدة، لوضوح

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. ولعلّ الصحيح: غير الدرهم والدينار.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقاً(١٧٣٠) تبعاً لظاهر المسالك. و يمكن جعل الهبة المعوّضة من هذا القبيل؛ بناءً على أنّها هبة مشروطة(١٧٣١) لامعاوضة. و ربّما يحتمل في العبارة أن يكون معناه: أنّ كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً، يضمن به مع الفساد. و يترتّب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لاأُجرة(١٧٣٢) كما اختاره الشهيدان،

.....

اندراجه فيها.

١٧٣٠. يعني: بكلا قسمي العارية المضمونة حتّى فيما إذا كان الضمان فيه باقتضاء الشرط الذي هو محلّ البحث من حيث الاندراج تحت القاعدة. فيعلم من هذا أنّ صاحب الرياض عمّم الاقتضاء للاقتضاء الشرطي أيضاً، إذ لامدرك فيه للضمان عدا هذه القاعدة.

١٧٣١. إذ حينئذٍ يكون الضمان باقتضاء الشرط. و أمّا بناءً على أنّها معاوضة فهو باقتضاء نفس العقد.

١٧٣٢. ما ذكره من الفرعين على كلّ حال خارج عن أصل القاعدة قطعاً و داخل تحت العكس في الجملة، ضرورة أنّ المراد من العقد فيها في الموضعين ما صدق عليه عنوانه عرفاً، بمعنى أن يكون جامعاً لجميع ما يعتبر في وجود عنوانه الكلّي عند العرف و إن كان فاقداً لبعض ما يعتبر فيه عند الشرع، و معلوم أنّ الأُجرة و الثمن من أركان الإجارة و البيع و مقوّماتهما حتّى مع قطع النظر عن الشرع، فبدونهما لاإجارة و لابيع. و حينئذٍ إن كان قصد منهما حقيقة البيع و الإجارة فلايكون هناك عقد أصلاً، لأجل التناقض في القصد، فيخرجان عن القاعدة أصلاً و عكساً، إذ الموضوع فيها العقد و لاعقد في الفرض. و إن كان قصد منهما التمليك بلا عوض غاية الأمر عبّر بلفظ الإجارة و البيع، فيكون عارية و هبة غير معوّضة، مع الصحّة إن قلنا بكفاية المجاز و الكناية، و مع الفساد إن لم نقل بها، و على التقديرين فهما من أفراد عكس القاعدة، و مقتضاه عدم الضمان فيهما. و من هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنّف بقوله: «فالمتعيّن بمقتضى هذه القاعدة...»، من الحكم بالضمان في مسألة البيع بلا ثمن، معلّلاً بأنّ صحيح البيع – و هو البيع بثمن – يضمن به، إذ قد مرّ أنّه إمّا ليس ببيع و لاهبة فهو ليس بعقد فلا ربط بموضوع القاعدة، أو هبة صحيحة أو فاسدة فيكون من مصاديق العكس، و مقتضاه عدم الضمان.

أو باعٍ بلا ثمن، كما هو أحد وجهي العلاّمة في القواعد[٥]. و يضعّف: بأنّ الموضوع(١٧٣٣) هو العقد الذي يوجد* له بالفعل صحيح و فاسد، لا ما يفرض تارةً صحيحاً و اُخرى فاسداً، فالمتعينّ بمقتضى هذه القاعدة: الضمان في مسألة البيع (١٧٣٤) لأنّ البيع الصحيح يضمن به. نعم، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة بأنّه أقدم على العين مضمونة عليه، لايجري في هذا الفرع، لكنّ الكلام في معنى القاعدة لا في مدركها.

ثمّ إنّ لفظة "الباء" في "بصحيحه" و "بفاسده"، إمّا بمعنى "في"، بأن يراد: كلّ ما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده، و إمّا لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلّة التامّة؛ فإنّ العقد الصحيح قد لايوجب الضمان إلاّ بعد القبض(١٧٣٥)،

.....

١٧٣٣. يعني: بأنّ الموضوع هو العقد الذي وجد له في الشرع قسم صحيح - و هو ما كان جامعاً لشرائط الصحّة - و قسم آخر فاسد، و هو ما لايكون كذلك، لا ما يفرض صحيحاً تارةً... .

لايقال: الفرض و التقدير لابدّ منه على كلّ من تقديري كون العموم أفراديّاً أو أصنافيّاً، غاية الأمر المفروض في الأوّل صحّة الموجود تارةً و فساده اُخرى، و في الثاني وجود الصحيح تارةً و وجود الفاسد اُخرى.

لأنّا نقول: تقدير الوجود لابدّ منه على كلّ من التقديرين، و أمّا تقدير الصحّة و الفساد في الوجود إنّما يحتاج إليه على تقدير العموم الأفرادي دون الأصنافي، إذ معنى القاعدة على الثاني: أنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه في الشرع إذا وجد في الخارج يضمن بفاسده كذلك، و على الأوّل: أنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه إذا وجد و فرض صحيحاً يضمن بفاسده إذا وجد. ففي الأوّل يحتاج إلى فرضين: فرض الوجود و فرض الصحّة، و في الثاني يحتاج إلى فرض الوجود خاصّة، فإنّ الصحّة فيه واقعيّة لافرضيّة، و ظهور الوصف في وجود قسمي الصحيح و الفاسد للعقد في الشرع بالفعل لابالفرض يقتضي أن يكون العموم أصنافيّاً لاأفراديّاً.

١٧٣٤. ينبغي ذكر مسألة الإجارة أيضاً.

١٧٣٥. لايخفى ما في التمثيل بالصـــرف و السلم، حيث إنّ القبض فيهما من شرائط

---

* في بعض النسخ: وجد.

كما في السلم و الصرف بل مطلق البيع، حيث إنّ المبيع قبل القبض مضمون على البايع بمعنى أنّ دركه عليه، و يتداركه بردّ الثمن، فتأمّل(۱۷۳٦)،

.....

الصحّة، فعدم الضمان قبله لعدم صحّة العقد. و بالجملة، مرجع التعليل بالنسبة إليهما إلى أنّ العقد الصحيح بعد الفراغ عن صحّته قد لايوجب الضمان إلاّ بعد الصحّة، و هو كما ترى.

۱۷۳٦. لعلّه إشارة إلى أنّ توقّف الضمان على القبض في صحيح الصرف و السلم لايمنع عن كون الباء في «بصحيحه» للعلّة التامّة بل يؤكّده، لتوقّف صحّة العقد فيهما عليه. و قد أشرنا إلى ذلك في الحاشية السابقة.

و يمكن أن يكون إشارةً إلى وهم و دفع. أمّا الوهم فهو أنّ كون المبيع مضموناً على البايع قبل القبض لاينافي كون العقد الصحيح علّة تامّة لضمان المشتري له بعوضه المسمّى بل يؤكّده، نظراً إلى أنّ العقد لو لم يوجب ضمانه له - بمعنى كونه له مقابل العوض - لما كان وجه لضمان البايع له قبل القبض، إذ بناءً عليه يكون هو للبايع، و قد مرّ أنّه لامعنى لضمان الشخص لأمواله، فكون ضمانه على البايع يتوقّف على تأثير العقد في ضمان المشتري له و كونه علّة له حتّى يكون يد البايع بالنسبة إليه يد الغير، و هو المطلوب.

و أمّا الدفع فهو أنّه لوكان الوجه في ضمان البايع للمبيع هو اليد الناشئة من صحّة العقد لكان اللازم ضمانه له ببدله الواقعي لا الجعلي، و ليس كذلك إجماعاً، فيعلم منه أنّ الموجب لضمان البايع ليس اليد الناشئة من صحّة العقد و تأثيره في ضمان المشتري و انتقال المبيع إليه، بل الموجب له عدم تماميّة ما هو الموجب لانقلاب الضمان من البايع إلى المشتري، لانتفاء القبض، فيبقى على ما كان عليه قبل العقد من كون تلفه من مال البايع، و نتيجته ردّ المسمّى.

و يمكن الخدشة على هذا الدفع بأنّا نختار أنّ منشأ أصل ضمان البايع هو اليد، و أمّا خصوصيّته - و هو كون التدارك بالمسمّى لا بالبدل الواقعي -فإنّما جاءت من قبل الدليل الخارجي، و هو حديث «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» بتقريب أنّ الضمير المرفوع على الابتداء راجع إلى المبيع، و توصيفه بقوله «تلف قبل قبضه» للإشارة إلى أنّه منشأ الحكم، و «من» على الظاهر تبعيضيّة. فالمعنى: أنّ كلّ ما خرج عن ملك البايع و عداد أمواله بواسطة بيعه الموجب لذلك إذا تلف قبل قبضه فهو من جملة أمواله و أملاكه. و هو على

.....

حقيقته غير معقول، فلابدّ من الالتزام بتجريد المبيع عن وصف المبيعيّة و لحاظ ذاته في الإخبار[أمّا]* عنه بكونه من مال البايع، و مرجعه إلى الانفساخ الدائر في الألسنة خلفاً عن سلف، و إمّا من الالتزام بكون الحمل فيه تنزيليّاً، و أنّ المبيع بما هو ملك المشتري منزّل منزلة مال البايع في الحكم و الأثر، و هو تضرّره به و كون تلفه منه بتمامه و عدم مطالبته من أحد، و لازم ذلك عدم أخذه للمسمّى من المشتري إن كان عنده و ردّه فقط إليه إن كان قد أخذه، إذ لو وجب عليه ردّ البدل الواقعي لزم تضرّره بأزيد من ضرر تلف نفس المبيع لوكان ماله و لم يبعه، كما لوكان البدل الواقعي أزيد من المسمّى، أو بأنقص منه كما فيما إذا كان أقلّ منه، و كلاهما خلاف كونه [منزّلاً]** منزلة مال البايع. و على التقديرين لامانع من كون الباء في «بصحيحه» للعلّة التامّة بالنسبة إلى مطلق البيع، و القول بأنّه علّة تامّة للضمان، و التلف قبل القبض رافع له بعد حدوثه - برفع سببه، و هو العقد - حقيقة على التقدير الأوّل و تنزيلاً على الثاني. و بالجملة، العقد الصحيح تمام العلّة في حدوث الضمان، و لادخل للقبض فيه أصلاً، و إنّما هو دخيل و شرط في بقاء الضمان و استمراره، و الكلام في الأوّل.

و يمكن أن يكون الأمر بالتأمّل إشارة إلى الخدشة فيما علّل به كون الباء لمطلق السببيّة بأنّه إنّما يتمّ فيما لوكان السبب متّحداً مع العلّة من حيث المعنى، و ليس كذلك، لأنّ السبب في الاصطلاح عبارة عن خصوص المقتضي من بين أجزاء العلّة التامّة، فتمامه و نقصانه دائر مدار تمام نفس المقتضي و نقصانه بحيث لامدخليّة للشرط في ذلك أصلاً، بخلاف العلّة، فإنّ التامّة منها هي السبب مع زيادة، و الناقصة منها أعمّ مطلقاً من السبب، فحينئذٍ يمكن أن يقال: إنّ السبب هو العقد، و القبض شرط، فيصحّ جعلها للسببيّة التامّة، بمعنى أنّ مدخول الباء تمام المقتضي للضمان. و لاينافي ذلك عدم ترتّب الضمان على بعض العقود إلاّ بعد القبض، إذ ليس المراد من المقتضي إلاّ ما يتوقّف تأثيره على شيء آخر.

و لكن يردّ هذا ما أشرنا إليه من دوران الضمان مدار القبض وجوداً و عدماً، و معه كيف يصحّ أن يقال بأنّ للعقد دخلاً في أصل الضمان؟ إلاّ بما وجّهنا به سابقاً كون الباء للسببيّة من دخالته فيه بنحو المنع عن وجود المانع عن تأثير اليد في الضمان، أعني: المجّانيّة.

---

* كذا في الطبعةالحجريّة. و هي زائدة مخلّة بالمعنى، ولعلّها من إضافات النسّاخ.

** سقط ما بين المعقوفتين من الطبعة الحجريّة، و إنّما أضفناه ليستقيم المعنى.

وكذا الإجارة و النكاح و الخلع؛ فإنّ المال في ذلك كلّه مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلّمه من انتقل إليه. و أمّا العقد الفاسد فلايكون علّة تامّة أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان به إلى القبض فقبله لاضمان، فجعل الفاسد سبباً إمّا لأنّه المنشأ(١٧٣٧) للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، و إمّا لأنّه سبب الحكم(١٧٣٨) بالضمان بشرط القبض؛ و لذا علّل الضمان الشيخ و غيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، و لاريب أنّ دخوله على الضمان إنّما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه. و الغرض من ذلك كلّه: دفع ما يتوهّم(١٧٣٩)

.....

١٧٣٧. هذا التوجيه جارٍ في الصحيح أيضاً، فلا وجه لتخصيصه بالفاسد.

١٧٣٨. يعني: و إمّا لأنّ العقد مقتضٍ للحكم بالضمان، و القبض على وجه الضمان شرط له، فيكون من أفراد مطلق السببيّة.

١٧٣٩. الذي يصلح لدفعه هو التوجيه الثاني الذي ذكره بقوله: «و إمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان...». و قد مرّ عدم صحّة إرادته، و أنّ المتعيّن إرادة التوجيه الأوّل، و لكن من دون اختصاص بخصوص الفاسد، و عدم الحاجة إلى هذا التوجيه في الصحيح كما هو ظاهر المتوهّم، حيث إنّ الظاهر من قوله: «فكيف يقاس على الصحيح...» سببيّة نفس العقد الصحيح لأصل الضمان.

نعم، العقد الصحيح علّة تامّة لخصوصيّة الضمان فيه، و كون ما يتدارك به المضمون على تقدير التلف هو المسمّى و إن لم ينطبق على البدل الواقعي، بخلاف الفاسد، فإنّه لغو صرف لاأثر له أصلاً، لكنّ القاعدة واردة في مقام بيان اشتراكهما في سبب أصل الضمان لا في خصوصيّته بعد الفراغ عن أصله. و من هنا ظهر عدم صحّة توجيه تفرقة المتوهّم بينهما بتسليم مدخليّة العقد في الضمان في الصحيح دون الفاسد، بحمل القاعدة على بيان اتّحادهما في مدخليّة العقد في خصوصيّة الضمان، و أمّا أصله فهو مستند إلى نفس القبض خاصّة. فالتوهّم و الدفع فاسدان. أمّا الأوّل فلأنّ مقتضاه دخالة العقد الصحيح في الضمان، بل كونه علّة تامّة له، و قد مرّ بطلانه. و أمّا الثاني فلأنّ الدافع له بالنسبة إلى دخالة العقد الفاسد في الضمان إنّما هو التوجيه الأوّل لا الثاني، لعدم صحّة إرادته كما مرّ.

أنّ سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببيّة الضمان و يقال: كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ و قد ظهر من ذلك أيضاً: فساد(١٧٤٠) توهّم أنّ ظاهر القاعدة عدم توقّف الضمان في الفاسد على* القبض، فلابدّ من تخصيص القاعدة(١٧٤١) بإجماعٍ و نحوه.

ثمّ إنّ المدرك لهذه الكلّية(١٧٤٢) - على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل- هو إقدام الآخذ على الضمان، ثمّ أضاف إلى ذلك قوله ﷺ "على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي ". و الظاهر أنّه تبع(١٧٤٣) في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط،

.....

١٧٤٠. يعني بالمشار إليه ما ذكره بقوله: « و إمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض». فحينئذٍ نقول: إن كان غرضه أنّه ظهر منه عدم ظهور القاعدة في سببيّة العقد الفاسد للضمان و عدم توقّفه فيه على القبض، ففيه ما لايخفى، ضرورة ظهور الباء في العلّية التامّة، و أنّ ما تقدّم في السابق من التوجيه تصرّف في الظهور و حمل له على مطلق العلّية - و لو الناقصة - كما في الفاسد مطلقاً. و إن كان غرضه أنّه ظهر منه عدم صحّة ظاهره، فهو - مع أنّه خلاف ظاهر العبارة - ليس إلاّ ما ذكره المتوهّم.

١٧٤١. يعني: من تخصيصها بالقياس إلى العقود الفاسدة بصورة القبض، بإجماع و نحوه على اشتراط الضمان فيها بالقبض.

١٧٤٢. هذا لايلائم لإنشائيّة القاعدة، إذ لامعنى لجعل أحد الدليلين مدركاً للآخر و لوكان بينهما عموم و خصوص. و أمّا بناءً على إخباريّتها لابدّ لها من المدرك و هو اليد، كما مرّ و يأتي.

١٧٤٣. نعم و لكنّه ﷺ غفل عن أنّ غرض الشيخ ﷺ ليس أنّ الإقدام على وجه الضمان علّة تامّة أو مقتضٍ أو شرط للضمان، بل مراده - كما نفى المصنّف عنه البعد فيما بعد - بيان أنّ المانع من تأثير اليد و القبض - و هو الإقدام على وجه المجّانيّة - منتفٍ في صورة الإقدام على وجه الضمان على ما تقدّم.

---

* في بعض النسخ: إلى.

حيث علّل الضمان في موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى، فإذا لم يسلم له المسمّى رجع إلى المثل أو القيمة.

و هذا الوجه لايخلو عن تأمّلٍ (١٧٤٤)؛ لأنّهما إنّما أقدما و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمانٍ خاصّ لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاصّ، و مطلق الضمان لايبقى بعد انتفاء الخصوصيّة حتّى يتقوّم بخصوصيّةٍ أُخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت، فحكمٌ شرعيّ تابع لدليله و ليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

هذا كلّه، مع أنّ مورد هذا التعليل أعمّ من وجهٍ من المطلب؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً(١٧٤٥) ولاضمان كما قبل القبض، وقد لايكون إقدام في العقد الفاسد(١٧٤٦) مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البايع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: "بعتك بلا ثمن" أو "آجرتك بلا أُجرةٍ". نعم، قوّى الشهيدان في الأخير عدم الضمان، و استشكل العلاّمة في مثال البيع في باب السلم.

و بالجملة فدليل الإقدام – مع أنّه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله – منقوض طرداً و عكساً.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

.....

١٧٤٤. لوكان مراد الشيخ‌ﷺ من التعليل ما فهمه صاحب المسالك و المصنّف، و أمّا بناءً على ما وجّهناه فلا وجه للتأمّل فيه، لوضوح عدم انفكاك إرادة المجّانيّة عن إرادة الضمان الخاصّ، و لادخل في هذا المقام للإمضاء و عدمه.

١٧٤٥. هذا أيضاً مبنيّ على ما فهماه من كلام الشيخ، و أمّا بناءً على ما وجّهناه فلا، لأنّ انتفاء الضمان قبل القبض حينئذٍ مستند إلى انتفاء المقتضي و هو القبض.

١٧٤٦. لاينفكّ انتفاء الضمان عن عدم الإقدام على الضمان – أي: الإقدام على المجّانيّة و عدم الضمان – لمنع المجّانيّة عن تأثير اليد و القبض في الضمان. و ما ذكره من الفروع أجنبيّ عن المقام. أمّا الأوّل فلوجود الإقدام على الضمان فيه على تقدير قصد البيع حقيقة، لأنّ قصده كذلك عين الإقدام على الضمان و عدم المجّانيّة. و أمّا على تقدير عدم قصده كذلك – كما هو قضيّة اشتراط ضمان المبيع على البايع – فلا عقد و لاضمان

و أمّا خبر اليد فدلالته و إن كانت ظاهرة و سنده منجبراً، إلاّ أن مورده مختصّ بالأعيان(١٧٤٧)، فلايشمل المنافع و الأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة، اللّهمّ إلاّ أن يستدلّ على الضمان فيها(١٧٤٨) بما دلّ على احترام مال المسلم، و أنّه لايحلّ مال امرئ إلاّ عن طيب نفسه، وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه، و أنّه لايصلح* ذهاب حقّ أحد،

.....

أيضاً، لوجود ما يمنع عن تأثير اليد من قصد المجّانيّة و عدم الضمان. و أمّا الفرعان الآخران فيعلم الآخر** فيهما من التأمّل فيما ذكرناه في الفرع الأوّل.

١٧٤٧. سيأتي إن شاء اللّه في ثالث الأُمور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد أنّه لايمنع ذلك من الاستدلال بالحديث على ضمان المنافع في صورة قبض العين ذات المنفعة.

١٧٤٨. الغرض من ذلك بيان المدرك لأصل القاعدة بالنسبة إلى مورد الإجارة من المنافع و الأعمال، بالثلاثة الأول للمنافع، و بالرابع و الخامس لها و للأعمال، فتدبّر. ثمّ إنّه لم أعثر على خبر مضمونه احترام مال المسلم غير الخبر المتضمّن لقوله عليه السلام: «و حرمة ماله كحرمة دمه». و هو خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام المتقدّم ذكره في مسألة حرمة سبّ المؤمن من المكاسب المحرّمة.

و أمّا قوله: « لايصلح ذهاب حقّ أحد» فنظره قدس سره في ذلك إلى رواية الحلبي عن أبي عبداللّه عليه السلام قال: «سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة على غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إذا لم يجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنّه لايصلح ذهاب حقّ أحد». و إلى رواية سماعة عن أبي عبداللّه عليه السلام: «عن شهادة أهل الملّة. قال: فقال: لاتجوز إلاّ على ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيّة، لأنّه لايصلح ذهاب حقّ أحد». و أمّا رواية ضريس فهو مخصوص بالمسلم، قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن شهادة أهل ملّة هل تجوز عن رجل من غير أهل ملّتهم؟ فقال: لا إلاّ أن لايوجد في ملك الحال غيرهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصيّة، لأنّه لايصلح ذهاب حقّ امرئ مسلم».

و كيف كان، فالاستدلال بها عليه لايخلو عن الإشكال، إذ بعد تسليم صدق المال على

---

* في بعض النسخ: لا يصحّ.

** كذا في الطبعة الحجريّة. والظاهر أنّها تصحيف: الأمر.

.....

المنفعة، و تسليم أنّ قضيّة الاحترام و الحرمة هو الضمان أيضاً لاخصوص عدم جواز التصرّف - كما هو القدر المتيقّن لو لم نقل بأنّه الظاهر، فتأمّل - و الإغماض عن اختصاص بعضها بمال المسلم فيكون أخصّ من المدّعى، و الغضّ عن عدم العمل بعموم التعليل في الأخير في غير مورده - و هو الوصيّة مع اجتماع الشروط المذكورة في كتابي الوصيّة و الشهادة - و منه المقام، فلايصحّ الاستدلال به عليه فتدبّر، يمكن دعوى انصرافها عن عمل المسلم، فينحصر المدرك للقاعدة حينئذٍ بالنسبة إلى الإجارة الفاسدة المتعلّقة بعمل الحرّ بقاعدة نفي الضرر، بناءً على أنّ مفادها نفي الأحكام الشرعيّة الناشئ عنها الضرر أعمّ من الوجوديّة و العدميّة، بمعنى أنّ ما يجيء منه الضرر لوكان عدم الحكم بشيء يرفعه لابدّ من جعله و إثباته بمقتضى الحديث، كما لابدّ من نفيه لوكان هو وجود الحكم و ثبوته. و المقام من الأوّل، لأنّ الذي يجيء منه الضرر هنا على العامل و مالك المنفعة هو عدم جعل الضمان، و لا يعارضه مجيء الضرر على الضامن من جعل الضمان عليه، لأنّه من جهة إقدامه عليه لامنّة في نفيه عنه فلاينفى. و أمّا بناءً على أنّ مفادها حرمة الإضرار على الغير - كما هو الحقّ الذي حقّقناه في الهداية في شرح الكفاية - أو نفي خصوص الأحكام الوجوديّة - و إن كان التحقيق على تقدير تعرّضها للأحكام هو الأوّل، كما يدلّ عليه رواية سمرة و رواية عقبة بن خالد في الشفعة بملاحظة موردهما - لادلالة لها على الضمان في المقام.

و أمّا بالنسبة إلى المسابقة الفاسدة بناءً على استحقاق السابق لأُجرة المثل - كما ذهب إليه جماعة - فهي خالية عن المدرك، لعدم الضرر في عدم استحقاقه لها في مقابله. هذا بناءً على اجتماع أمرين، أحدهما: إنشائيّة القاعدة و أنّ السبب للضمان نفس العقد، و الآخر: احتياجها إلى المدرك مع ذلك أيضاً. و أمّا بناءً على أنّها إخبار عن أنّ العقد سبب السبب للضمان و هو القبض، أو سبب لعدم وجود المجّانيّة المانعة عن تأثير اليد و القبض، كي يكون إسناد السببيّة للضمان إلى العقد من قبيل إسنادها إلى أحد أجزاء العلّة التامّة و هو عدم المجّانيّة، و إن كانت محتاجة إلى المدرك بالنسبة إليها لو عمّتها، و لكنّها لاتعمّها من أوّل الأمر، لاختصاص موردها على هذا المبنى بما كان قابلاً للقبض، و هو منتفٍ في السبق، و لعلّه واضح. و من هنا يعلم عدم ورود النقض بالسبق الفاسد على أصل القاعدة على القول بعدم استحقاق السابق لأُجرة المثل بناءً على إخباريّتها، بخلافه بناءً على إنشائيّتها، و ذلك لأنّ السبق من أفراد القاعدة على الثاني

مضافاً إلى أدلّة نفي الضرر، فكلّ عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع(١٧٤٩) بأمره و تحصيلاً لغرضه، فلابدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتيّ الاحترام و نفي الضرار.

ثمّ إنّه لايبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام و الدخول عليه بيان أنّ العين و المنفعة اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجّاناً و تبرّعاً حتّى لايقضي احترامهما بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرّع به و العين المدفوعة مجّاناً أو أمانةً، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال و احترام الأعمال(١٧٥٠). نعم في المسالك ذكر كلاً من الإقدام و اليد دليلاً مستقلاً، فيبقى عليه ما ذكر سابقا من النقض و الاعتراض(١٧٥١).

و يبقى الكلام حينئذٍ(١٧٥٢)

.....

دون الأوّل.

ثمّ إنّ مورد كلام المصنّف في الاستدلال بهذه الأدلّة هو المنافع المستوفاة بقرينة قوله: «فكلّ عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره...»، و قوله: «و يبقى الكلام حينئذٍ في بعض الأعمال التي لايرجع نفعها إلى الضامن».

١٧٤٩. الظاهر زيادتهما، لعدم الحاجة إليهما.

١٧٥٠. هذا عطف على اليد. و لايخفى أنّ الأولى أن يقول: عن مقتضى اليد في الأعيان و الاحترام في المنافع و الأعمال.

١٧٥١. يعني: النقض من حيث الطرد و العكس، و الاعتراض بعدم الدليل على المطلب، و هو سببيّة الإقدام للضمان.

١٧٥٢. يعني: يبقى الكلام و البحث في مدرك الضمان حين إذ لم يكن الإقدام دليلاً مستقلاً على الضمان في بعض الأعمال المضمونة... . يعني: المضمونة عند جماعة، حيث وقع الخلاف فيه، فحكم جماعة بالضمان خلافاً للشيخ و المحقّق و من تبعهما، و لادلالة في شيء من الأدلّة المتقدّمة على الضمان فيها... إلى آخر ما ذكره في المتن. و لايذهب عليك أنّ الإشكال في مدرك الضمان في العقد في هذا النحو من الأعمال - أعني: السبق و الرماية - قد نشأ من توهّم عدم كونه من باب الإجارة، و هو ناشٍ من توهّم اعتبار انتفاع المستأجر بمتعلّق الإجارة

في بعض الأعمال المضمونة التي لايرجع نفعها إلى الضامن و لم يقع بأمره كالسبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ و المحقّق و غيرهما[٦] بعدم استحقاق السابق أُجرة المثل، خلافاً لآخرين، و وجهه: أنّ عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر و لم يقع بأمره أيضاً(١٧٥٣)، فاحترام الأموال التي منها الأعمال لايقضي بضمان الشخص له و وجوب عوضه عليه؛ لأنه ليس كالمستوفي له؛ و لذا كانت شرعيّته على خلاف القاعدة، حيث إنّه بذل مال في مقابل عمل لاينفع الباذل، و تمام الكلام في بابه.

.....

فيها. و يمكن أن يقال: إنّه غير معتبر، و إنّما اللازم فيها - على ما حقّقناه في مسألة الأُجرة على الواجبات - أن يكون للمستأجر غرض عقلائي في متعلّقها يرغب إليه لأن يتحقّق في الخارج و لوكان ذاك الغرض أمراً راجعاً إلى شخص آخر. و إن أبيت إلاّ عن اعتبار انتفاع المستأجر فيها، فيكفي فيه انتفاعه بمدح العقلاء له في سببيّته لاستعداد السابق على الحرب عند الجهاد. فالسبق حينئذٍ يندرج في باب الإجارة، و يكون مشروعيّتها على طبق القاعدة، و إنّما يكون عدم الجواز في غير الثلاثة المعروفة على خلافها لأجل النصّ، فتأمّل. فتندرج المسابقة الفاسدة مثل سائر أفراد الإجارة الفاسدة تحت قاعدة ما يضمن بصحيحه بناءً على الإنشائيّة، فيصحّ الاستدلال على الضمان فيها بمثل «لايصلح ذهاب حقّ أحد» بناءً على الاحتياج إلى المدرك على الإنشائيّة، و أمّا بناءً على عدم الاحتياج إليها فنفس القاعدة تكون دليلاً على الضمان، كما أنّها بناءً على الإخباريّة تخرج عن القاعدة كما أشرنا إليه، و يكون القول بالضمان خالياً عن الدليل الحاكم على أصالة البراءة إلاّ وقوع السبق بأمره بما يأتي من التقريب، فتأمّل، فإنّه لايخلو عن إشكال.

١٧٥٣. حيث إنّ سبق كلّ منهما خلاف مقصود الآخر فكيف يأمر به ذاك الآخر؟ و يمكن أن يقال: إنّ المنتفي هنا هو الأمر بداعي الجدّ و بغرض تحقّق متعلّقه في الخارج، و أمّا الأمر بداعي استكشاف قدرة المأمور على إيجاد المأمور به و هو السبق و عجزه عنه فلا، و لايعتبر في استناد وقوع الفعل من المأمور إلى الأمر الموجب لاستحقاق الأُجرة عليه أن يكون أمره به من القسم الأوّل، بل يكفي كونه من الثاني. ألا ترى أنّه لو أمر شخص شخصاً بالصعود على سطح خاصّ بالطفرة عليه المبغوض عنده بداعي اختبار قدرته عليه فصعده يصحّ أن يقال: إنّه وقع الصعود بأمره و استند إليه.

ثمّ إنّه لافرق فيما ذكرنا(١٧٥٤) من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض. و توهّم أنّ الدافع في هذه الصورة هو الذي سلّطه عليه و المفروض أنّ القابض جاهلٌ، مدفوع بإطلاق النصّ و الفتوي، و ليس الجاهل مغروراً؛ لأنّه أقدم علي الضمان قاصداً، و تسليط الدافع العالم لايجعلها أمانة مالكيّة؛ لأنّه دفعه علي أنّه ملك المدفوع إليه، لا أنّه أمانة عنده أو عارية؛

.....

١٧٥٤. هذا ناظر إلى أصل المسألة، أعني: ضمان المبيع المقبوض بالعقد الفاسد. و الحكم في جميع صورها الأربعة - الحاصلة من ضرب البايع و المشتري في العلم بالفساد و الجهل به - هو الضمان حتّى في صورة علم الدافع بالفساد و جهل القابض به كما حكي عن المشهور - و ذلك لإطلاق حديث «على اليد» مع فساد ما ذكر. أو يمكن أن يذكر وجهاً للتفصيل بالقول بعدم الضمان في الصورة المذكورة و وجوده فيما عداها. و هو اُمور:

الأوّل: الأصل. و فيه: أنّ الإطلاق حاكم عليه إن اُريد منه الأصل الحكمي. و أمّا إن اُريد منه أصالة عدم تحقّق الضمان ففيه أنّ اليد تقتضيه، فلابدّ من العمل على طبقها حتّى يعلم المانع و هو عنوان الأمانة، و هو معلوم العدم. الثاني: التسليط المجّاني الملازم للعلم بالفساد، و هو مانع من تأثير اليد في الضمان. وجه الملازمة أنّ العلم بالفساد موجب للعلم بعدم استحقاق العوض، و هو موجب للإقدام على دفع المال مجّاناً. و فيه: - مضافاً إلى عدم اختصاص هذا الوجه بصورة جهل القابض، بل يجري في صورة علمه أيضاً - أنّه إن اُريد أنّه مع العلم بعدم الاستحقاق لايمكن قصد حقيقة البيع و لازمه قصد المجّانيّة فينتفي الضمان، ففيه أوّلاً: منع الملازمة بين العلم بعدم الاستحقاق و استحالة القصد المذكور. و يعلم هذا من ملاحظة التشريع، إذ لافرق بينه و بين المقام. و ثانياً: منع الملازمة بين عدم قصد حقيقة البيع و بين مجّانية التسليم الخارجي، لجواز كونه بعوض، بل الأمر كذلك في مقامنا هذا، ضرورة أنّ تسليط المشتري على المثمن إنّما هو في مقابل تسليطه البايع على الثمن، فلا مجّانية تمنع عن تأثير اليد. هذا، مع أنّه خروج عن محلّ الكلام من كون القبض الخارجي من متفرّعات البيع الموجود الفاسد لاانتفاء البيع، و كون القبض عنواناً مستقلاً قصد به المجّانية. و مع ذلك كلّه لاوجه للفرق بين جهل القابض و علمه في صورة علم الدافع، لوضوح أنّ التسليط المجّاني الناشئ من العلم بالفساد لايختلف الحال فيه بعلم القابض و جهله، و إنّما الفرق بينهما بوجود الحرمة

و لذا لايجوز له التصرّف فيه(١٧٥٥) و الانتفاع به، و سيأتي تتمّة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري.

هذا كلّه في أصل الكلّية المذكورة(١٧٥٦)، و أما عكسها، و هو: أنّ ما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده، فمعناه(١٧٥٧): أنّ كلّ عقدٍ لايفيد صحيحه ضمان

.....

التكليفيّة في الأوّل دون الثاني. بل لاوجه له أيضاً، حيث إنّ الحرمة فرع عدم التسليط المجّاني، و الفرض وجوده، و إن أُريد غيره فعليه البيان كي ينظر فيه. الثالث: قاعدة رجوع المغرور إلى الغارّ في صورة علم الدافع و جهل القابض، و الجاهل و إن كان ضامناً للغارّ لأجل اليد و للإتلاف أيضاً - لو أتلفه - إلاّ أنّه مغرور قد غرّه الدافع بدفعه إليه فيرجع إليه، و نتيجته بملاحظة التهاتر عدم الضمان، بمعنى عدم لزوم أداء بدله في الخارج. و فيه: منع غرور الجاهل بالتقريب في المتن. و قد ظهر من تقريب الاستدلال بقاعدة الغرر و فساد الجواب عنه بأنّ المقام ليس من أفرادها، نظراً إلى أنّ مقتضاها عدم استقرار الضمان على المغرور لاعدم الضمان بالمرّة بحيث لايصلح رجوع صاحب المال إليه، و محلّ الكلام هو الثاني لا الأوّل. وجه الفساد واضح بأدنى تأمّل فيما قرّبناه.

١٧٥٥. هذا من استكشاف العلّة عن المعلول. و فيه: أنّه يمكن استكشاف كونه أمانة من عدم جواز التصرّف أيضاً الذي هو من لوازم الأمانة المالكيّة، فالمتعيّن تركه بالمرّة أو تبديله بقوله: حتّى يترتّب عليه عدم الضمان، أو تبديل قوله: «لايجعلها أمانة مالكيّة - إلى قوله - و لذا لايجوز» بقوله: لايجعلها عارية كي يرتفع الضمان، لأنّه إنّما دفعه على أنّه ملك المدفوع إليه لا أنّه عارية عنده، و لذا لايجوز... . هذا كلّه مع أنّه يصحّ لوكان عدم جواز التصرّف مسلّماً عند المفصّل، و هو ممنوع، إذ لامانع منه إلاّ حرمة التصرّف في مال الغير بدون إذنه. و فيه: أنّ لازم التسليط على ما تخيّله هو الإذن، و معه كيف يقول بعدم جواز التصرّف؟

١٧٥٦. يعني: في بيان معنى أصل الكلّية المذكورة، و هو «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و بيان مدركه. تعرّض للأوّل بقوله: «فنقول و من اللّه الاستعانة: إنّ المراد من العقد - إلى قوله - ثمّ إنّ المدرك» و تعرّض للثاني بقوله: «ثمّ إنّ المدرك» إلى هنا.

١٧٥٧. هذا بيان لمعنى عكس الكلّية، و قوله في آخر الصفحة: «ثمّ إنّ مبنى هذه القضيّة السالبة...» بيان لمدركها.

مورده(١٧٥٨) ففاسده لايفيد ضماناً، كما في عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية الغير المضمونة بل المضمونة، بناءً على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لا بأمرٍ خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه، و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة.

ثمّ إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً؛ لأنّ صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرّح به في القواعد و التحرير و حكي عن التذكرة و إطلاق الباقي، إلاّ أنّ صريح الرياض الحكم بالضمان، و حكى فيها عن بعضٍ نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب[٧]، و الظاهر أنّ المحكيّ عنه هو المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة.

وما أبعد ما بينه و بين ما عن جامع‌المقاصد(١٧٥٩) حيث قال في باب الغصب:

.....

١٧٥٨. مراده من مورد العقد أعمّ من نفس ما تعلّق العقد و من متعلّقه، فيعمّ العين المستأجرة التي هي متعلّق و مورد لما تعلّق به عقد الإجارة – و هو المنفعة لاخصوص نفس متعلّقه – و مورده. و الدليل على هذا – مع أنّه خلاف الظاهر– قوله: «ثمّ إنّ مقتضى ذلك» أي: المعنى المذكور للعكس عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً...، ضرورة أنّه بدون تعميم المورد لما ذكرنا لايكون مقتضاه عدم ضمانها، إذ بناءً على اختصاصه بخصوص متعلّق العقد تخرج العين المستأجرة عن القاعدة موضوعاً فيرجع إلى قاعدة اليد المقتضية للضمان.

١٧٥٩. لعلّ اختلافهما في النسبة إنّما نشأ من الاختلاف في فهم معنى قولهم «ما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده» فإنّ المحقّق الأردبيلي‌ﷺ تخيّل أنّ مورد النفي الضمان هنا، و إثباته في الأصل عند الأصحاب خصوص مورد العقد و متعلّقه، فلايعمّ العين المستأجرة كي يمنع عن الحكم بالضمان لأجل قاعدة اليد، لأنّ متعلّق عقد الإجارة و مورده هو المنفعة و العين مورد لها. و المحقّق الثانيﷺ تخيّل أنّ مورد النفي و الإثبات عندهم أعمّ من مورد العقد، فيعمّ العين المستأجرة، و لازمه التعارض و التساقط و الرجوع إلى البراءة.

و بالجملة، عند الأصحاب قاعدتان: قاعدة اليد و قاعدة ما لايضمن، فإن كان مفاد الثانية عند الأصحاب نفي الضمان عن خصوص مورد العقد المستلزم لعدم شمولها للعين المستأجرة فاسداً كما تخيّله الأردبيلي، يكون الحكم في العين المستأجرة فاسداً هو الضمان، لقاعدة اليد السليمة عن المعارض. و إن كان مفادها عندهم نفيه عن الأعمّ منه المستلزم

إنّ الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة(١٧٦٠)، و الذي ينساق إليه النظر هو الضمان، لأنّ التصرّف فيه حرام(١٧٦١)؛ لأنّه غصب فيضمنه، ثمّ قال: إلاّ أنّ كون الإجارة الفاسدة لايضمن بها كما لايضمن بصحيحها منافٍ لذلك، فيقال: إنّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقّاً و الأصل برائة الذمّة من الضمان(١٧٦٢) فلاتكون العين بذلك مضمونة، و لولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأنّ استيلائه بغير حقّ و هو باطل، انتهى.

.....

لعمومها لها كما توهّمه المحقّق الثاني، يكون الحكم فيها عندهم عدم الضمان، لأصالة البرائة، لسقوط القاعدتين فيها لأجل التعارض. و الاختلاف في فهم معنى قاعدة مسلّمة عند الأصحاب من حيث عمومها للمورد الكذائي و عدمه ليس بأمر عجيب.

١٧٦٠. الجارّ متعلّق بالتلف المستفاد من الضمان. يعني: عدم ضمان العين المستأجرة إذا تلفت باستيفاء المنفعة التي استوجرت لأجلها. و التقييد بذلك للاحتراز عن تلفها باستيفاء غير تلك المنفعة، فإنّه لاإشكال في ضمانها حينئذٍ، لكونه غصباً قطعاً.

١٧٦١. عبارة جامع المقاصد هكذا: «لأنّ التصرّف في العين غير جائز، فهو بغير حقّ، فيكون في حال التصرّف استيلائه عليها بغير حقّ، و ذلك معنى الغصب» انتهى. يعني من عدم جواز التصرّف عدم جوازه واقعاً و إن لم يتنجّز، فيعمّ صورة الجهل بالفساد أيضاً. و تفريع كونه بغير حقّ على عدم جواز التصرّف من باب تفريع العلّة — يعني: العلم بها – على المعلول الكاشف عنها.

١٧٦٢. هذا مبنيّ على إنشائيّة القاعدة و كونها دليلاً مستقلاً في عرض حديث على اليد، كما هو الظاهر من قوله: «إلاّ أنّ كون الإجارة – إلى قوله – منافٍ لذلك» فتأمّل، إذ بناءً عليه يكون مورد الكلام – و هو صورة القبض – من موارد اجتماع قاعدة اليد و قاعدة ما لايضمن...، فالمرجع بعد التساقط و عدم جواز الرجوع إلى دليل الإقدام على الضمان – لكون الإقدام هنا على عدم الضمان – هو أصالة البرائة. لكنّ المبنى ممنوع، إذ قد مرّ أنّها قاعدة إخباريّة، فلابدّ من الرجوع إلى أدلّة الضمانات و الأمانات، و المورد من موارد الأوّل، إذ المفروض ثبوت اليد عليه، و ليس هناك أمانة من جانب المالك، لأنّ إذنه في التصرّف ليس باختياري، بل من جهة بنائه على وجود حقّ للقابض فيه، و لا من جانب الشارع، لفرض

و لعلّ الحكم بالضمان في المسألة(١٧٦٣) إمّا لخروجها عن قاعدة "ما لايضمن"؛ لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد، و حيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً و من طرف المالك لم يكن فيه ضمان، و أمّا في فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها؛ لحقّ الانتفاع فيه، و المفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان(١٧٦٤). و إمّا لأنّ قاعدة "ما لايضمن" معارضة هنا بقاعدة اليد(١٧٦٥).

.....

الفساد و عدم الإمضاء، فلا شكّ في الضمان هنا و في مسألة الرهن حتّى يرجع إلى البرائة أو إلى قاعدة المقتضي و المانع كما صدر عن بعض الأجلّة.

فممّا ذكرنا في وجه الرجوع إلى أصالة البرائة ظهر أنّ الوجه في ذكر قوله: «فيقال: إنّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقّاً» إنّما هو بيان عدم دليل آخر يدلّ على وجود الضمان، فيمنع عن الرجوع إلى أصالة البرائة عن الضمان، فلاتغفل. و من هنا ظهر فساد ما أورده البعض المتقدّم ذكره على جامع المقاصد، و هو أنّ دخول ذي اليد على عدم الضمان من حيث هو لايمنع عمّا تقتضيه اليد، و إنّما المانع إقدام ربّ المال. وجه الفساد: هو الغفلة عن أنّ غرضه بيان عدم دليل آخر يدلّ على الضمان، لابيان المانع عمّا تقتضيه اليد.

١٧٦٣. يعني: لعلّ حكم الأصحاب بالضمان في المسألة و عدم عملهم فيها بقاعدة ما لايضمن...، المقتضية لعدمه على ما نسبه إليهم المحقّق الأردبيلي، إمّا لأجل خروجها عنها موضوعاً بما قرّبه المصنّف، فتكون القاعدة متخصّصة بالمسألة، و إمّا لأجل خروجها عنها حكماً مع كونها مندرجة فيها موضوعاً، لما ذكره المصنّف على ما نشرحه، فتكون القاعدة مخصّصة بها.

١٧٦٤. ينبغي تبديل هذا بقوله: فلاتكون يده يد أمانة حتّى يرتفع الضمان، إذ ليس كلّ يد ليست بيد أمانة تكون يد عدوان، لوجود الواسطة بينهما.

١٧٦٥. نعم، و لكن بطور العموم من وجه، كما صرّح به صاحب الجواهر في كتاب الإجارة، فالمرجع بعد التساقط في مورد التعارض - مثل ما نحن فيه - هو البرائة، لا بطور العموم المطلق، بأن تكون قاعدة اليد أخصّ منها فتقدّم عليها، فيحكم بالضمان، كما هو الظاهر من المصنّف، إذ لو لم يكن كذلك لما كان ما ذكره وجهاً للحكم بالضمان، بل يكون

و الأقوى: عدم الضمان(١٧٦٦)،

.....

وجهاً لعدمه و العموم من وجه، لصدق قاعدة اليد بدون قاعدة ما لايضمن، كما في غير موارد العقد، و صدق الثانية بدون الأُولى، كما في مورد العارية المضمونة بالنسبة إلى المنافع، حيث إنّ المنفعة لاترد عليها اليد فافهم. إلاّ أن يقال: إنّ نظره في كون ذلك وجهاً للضمان - مع كون النسبة بينهما عنده أيضاً - عموماً من وجه - إلى ترجيح قاعدة اليد على قاعدة ما لايضمن في مادّة التعارض، و هو العين المستأجرة. و لعلّ نظره في وجه الترجيح إلى ضعف قاعدة ما لايضمن في نفسها مع عدم عمل الأصحاب بها في المسألة، على ما مرّ حكايته عن الأردبيلي لايقال: إنّه معارض بما تقدّم حكايته عن جامع المقاصد. لأنّا نقول: نعم، و لكنّ الشكّ في العمل بها مع ضعفها في نفسها كافٍ في عدم مقاومتها لقاعدة اليد. هذا، و لكنّ الإنصاف - بملاحظة قوله بعد ذلك تفريعاً على عدم الضمان: «فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة...» - أنّ نظره في جعل التعارض وجهاً للضمان هنا إلى تخصيص القاعدة بقاعدة اليد المتوقّف على أخصيّتها، منها و قد عرفت منعها، فتأمّل.

١٧٦٦. قال السيّد الأستاذ: «و ذلك لعدم تماميّة شيء من الوجهين. أمّا الأوّل فلأنّ الإذن الرافع للضمان في الصحيح حاصل. و كونه مبنيّاً على استحقاق المستأجر لايضرّ. أمّا أوّلاً: فلأنّه لايتمّ في صورة علم الدافع بالفساد. و أمّا ثانياً: فلأنّه لو كان مضرّاً لزم عدم العمل بالقاعدة عكساً في مورد من الموارد، إذ في جميعها الأمر كذلك. و إمّا الثاني فلأنّ المعارضة بقاعدة اليد ثابتة في جميع موارد القاعدة، فالإشكال غير خاصّ بالمقام، و الرافع مشترك أيضاً» انتهى كلامه. و فيه نظر، لمنع كون المدار في رفع الضمان على صرف الإذن في القبض و إلاّ لما كان ضمان في المقبوض بالسوم، لوجود الإذن فيه، بل المدار على عنوان الأمانة مالكيّة أو شرعيّة، و لاأمانة في المقام. أمّا المالكيّة فلأنّ المعتبر فيها كما مرّ عدم كون الداعي إلى الإذن استحقاق القابض، و الفرض أنّه مبنيّ على استحقاق المستأجر حتّى في صورة علم الدافع بالفساد، و دعوى عدم تعقّله يدفعها ملاحظة البدعة و التشريع، و المفروض انتفاء المبنى و هو الاستحقاق، لفرض الفساد، فينتفي الإذن. و لايلزم من ذلك طرح القاعدة بالمرّة، لتحقّق العنوان المذكور في فاسد الوديعة و الوكالة و نحوهما. و أمّا الشرعيّة فلفرض الفساد و عدم الإمضاء. و هذا بخلاف الصحيح، إذ قد تتحقّق فيه الأمانة الشرعيّة قهراً و بلا اختيار من المالك

بالإمضاء. و أمّا ما ذكره في وجه عدم تماميّة الوجه الثاني للضمان، و هو معارضة قاعدة اليد مع قاعدة «ما لايضمن...» من ثبوت المعارضة بينهما في جميع موارد القاعدة، ففيه منع، لابتناء المعارضة كذلك على كون النسبة التساوي أو كون قاعدة ما لايضمن أخصّ من قاعدة اليد، و ليس الأمر كذلك، بل النسبة بينهما عموم من وجه على ما بيّناه في الحاشية السابقة، أو قاعدة اليد أخصّ مطلقاً منها، كما هو الظاهر من المصنّف على ما مرّ بيانه. و على كلّ حال لاتجري قاعدة اليد في جميع موارد القاعدة حتّى يلزم من العمل بقاعدة اليد طرح القاعدة بالمرّة.

فتبيّن أنّ الأقوى هو الضمان، لوجود المقتضي و هو اليد، و عدم المانع و هو الأمانة. فالقاعدة المذكورة مخصّصة، لا لكون قاعدة اليد أخصّ منها حتّى يمنع ذلك، بل لأنّ هذه القاعدة كما مرّ غير مرّة ليست إلاّ الإخبار عن أنّ كلّما كان الصحيح منطبقاً على ما يمنع عن تأثير اليد – و هو عنوان الأمانة – ففاسده أيضاً كذلك، و نحن نرى بالوجدان أنّ هذا الإخبار خلاف الواقع فيما نحن فيه و في العارية الفاسدة، لعدم انطباق فاسدهما على عنوان الأمانة كانطباق صحيحهما عليه، فلا مانع من العمل باليد فيهما، و من هنا نقول: إنّ هذه القاعدة غالبيّة لاكلّية.

نعم، بناءً على تعبّد بينها يكون الأقوى عدم الضّمان، لأصالة البرائة، كما عرفت وجهه في شرح كلام المحقّق الثاني، و هو أنّ قاعدة ما لايضمن غير مخصّصة بالعين المستأجرة، كما هو القضيّة الوجه الثاني للضمان الذي ذكره بقوله: «و إمّا لأنّ قاعدة...» و لامتخصّصة، كما هو قضيّة الوجه الأوّل الذي ذكره بقوله: «إمّا لخروجها...»، بل هي عامّة لها موضوعاً، لأنّه شامل لما هو مورد العقد كالمنفعة في الفرض و ما هو متعلّقه كالعين المستأجرة فيه. وكذلك عامّة لها حكماً، لعدم ما يوجب خروج ما نحن فيه عن حكم القاعدة – و هو عدم الضمان – إلاّ قاعدة اليد، و هي لاتصلح لذلك إلاّ إذا كانت أخصّ منها، و قد عرفت أنّها أعمّ منها من وجه، فتسقطان بالمعارضة، فيرجع إلى أصالة البرائة.

و من هذا البيان يعلم أنّ المدرك في عدم الضمان عند المصنّف مثل المحقّق الثاني هو الأصل، و أنّ التفريع في قوله: «فالقاعدة...» من قبيل تفريع بعض أجزاء العلّة على المعلول، بأن يراد العلم بها و انكشافها لو كانت الفاء تفريعيّة لاتعليليّة، لا من قبيل تفريع المعلول على العلّة حتّى يسأل عن وجه عدم الضمان و رفع اليد عن قاعدة اليد في المسألة و تقديم قاعدة ما

فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة، و لامتخصّصة.

ثمّ إنّه يشكل إطّراد القاعدة في موارد، منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ(١٧٦٧)؛

.....

لايضمن عليها. وكيف كان، فعلى ما ذكره﵀ من شمول القاعدة لغير مورد العقد موضوعاً و حكماً - كالعين المستأجرة في الإجارة و منافع المبيع في البيع - يكون الحكم بالضمان في المنافع المستوفاة من المبيع بالبيع الفاسد - كما هو المشهور المنصور عند المصنّف - نقضاً على أصل القاعدة لو كان الثمن في مقابل عين المثمن فقط و المنفعة للمشتري مجّاناً كما اختاره﵀، و يكون الحكم بعدمه في غير المستوفاة نقضاً على الأصل لوكان بإزائهما معاً، بخلاف ما لوكان مختصّاً بخصوص ما يرد عليه العقد، كما يظهر من صاحب الجواهر﵀ في باب الإجارة، فإنّه لانقض على القاعدة بالمنافع حينئذٍ كما لايخفى.

١٧٦٧. لاريب في أنّ المحرم لايملك الصيد، بل يزول ملكه عنه لو ملكه قبل الإحرام على تأمّل فيه. فإذا استعاره المحلّ من المحرم يملكه بالاستعارة و الأخذ إن قصد التملّك، و إلاّ فهو من المباحات في يده، و يلزم على المعير الفداء و الكفّارة. و إن استعار المحرم من المحرم وجب عليه إرساله، و يحرم إمساكه، لأنّ حرمة الصيد - بمعنى الاصطياد - أعمّ من الإحداث و الإبقاء الذي منه الإعارة و الاستعارة، فتأمّل. و تفسد الاستعارة، و لاضمان للمعير على المستعير أصلاً، لأنّ نسبته إليهما بالقياس إلى عدم الملكيّة و حرمة التصرّف الانتفاع به على حدٍّ سواء، و لزم على كلّ منهما كفّارة على حدة. و إن استعاره المحرم من المحلّ - كما هو فرض المتن - فلا إشكال عندهم على الظاهر في حرمة الاستعارة، لصدق الاصطياد عليها كما مرّ على تأمّل فيه. و هل تصحّ العارية أم لا؟ الظاهر لا، لا لأنّ النهي عن المعاملة التي منها العارية في الفرض يوجب الفساد حتّى يمنع، بل لأنّ جواز الانتفاع بالمعار شرعاً - المعتبر في صحّة العارية - منتفٍ هنا، لحرمة الإمساك المتوقّف عليه الانتفاع، إمّا لوجوب إرساله شرعاً كما هو صريح التذكرة، و إمّا لوجوب ردّه إلى المالك المحلّ تقديماً لحقّ الآدمي على حقّ اللّه عند التعارض كما اختاره في الحدائق.

و على الفساد - كما هو الحقّ، لما عرفت - فإن أرسله - و لو لم نقل بوجوبه، بل قلنا بحرمته و وجوب الردّ إلى المالك - فالضمان حينئذٍ و إن كان مما لاإشكال فيه إلاّ أنّه للإتلاف

بناءً على فساد العارية(١٧٦٨)، فإنّهم حكموا بضمان المحرّم له بالقيمة مع أنّ صحيح العارية لايضمن به، و لذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصحّة و الفساد٨، إلاّ أن يقال: إنّ وجه ضمانه(١٧٦٩)

.....

الحاصل بالإرسال، فلانقض به حينئذٍ على القاعدة التي موردها التلف لا الإتلاف. و إن لم يرسله، فإن ردّه إلى المالك - و لو لم نقل بجوازه - فلا شيء عليه كما صرّح به في التذكرة، فلا نقض أيضاً. و إن أمسكه و لم يتلف في يده، فإن قلنا بعدم الضمان - بمعنى عدم اشتغال ذمّته بالقيمة قبل التلف - فلا نقض أيضاً. و إن قلنا باشتغالها بها قبله، بحيث لايجوز للمعير مطالبة عين الصيد بل يطالبه القيمة، فيرد النقض به على القاعدة. و كذا لو تلف عنده و قلنا بالضمان بعد التلف و معلّقاً عليه كما هو الأقوى، لما مرّ في ضمان العين المستأجرة. فعلم أنّ النقض به على القاعدة إنّما هو على هذين الأخيرين. و مراد المصنّفﷺ - بقرينة دفعه النقض بإرجاعه إلى الضمان بالإتلاف التنزيلي على ما نبيّنه فيما بعد - هو إرادة النقض بالأوّل منهما كما هو واضح، لأنّه على فرض صحّته في نفسه لايجري في الثاني، فهو أولى بالنقض به من الأوّل. و لايخفى أنّ غاية ذلك لزوم التخصيص على القاعدة، و ليس هو بأمر جديد بعد مساعدة الدليل كما هو الحقّ لما أشرنا إليه، فتدبّر.

١٧٦٨. و هو الأقوى، لانتفاء شرط الصحّة، أعني: جواز الانتفاع بالعارية، لما تقدّم في الحاشية السابقة، كما أنّ حكمهم بالضمان هو الأقوى، لقاعدة اليد مع عدم تحقّق عنوان الأمانة المانعة عن تأثيرها لما مرّ مراراً، فتخصّص به القاعدة مثل سائر القواعد.

١٧٦٩. حاصل التوجيه: أنّ مورد النقض خارج عن مورد القاعدة، لأنّ موردها صورة التلف لا الإتلاف، و إلاّ لما كان معنى للتفصيل بين العقود الفاسدة بإثبات الضمان في بعضها كما هو قضيّة الأصل و نفيه في الآخر كما هو قضية العكس، إذ لافرق في سببيّة الإتلاف للضمان بين أفراد العقود الفاسدة. و مورد النقض صورة الإتلاف، غاية الأمر بطور التنزيل، بلحاظ وجوب الإرسال المقتضي له، أي: تنزيل استعارته - التي هو سبب وجوب الإرسال المقتضي له - منزلة نفس الإرسال و الإتلاف. فتأمّل، فإنّه مشكل بل ممنوع، و ذلك ضرورة عدم شمول الإتلاف بحسب الوضع في قاعدة الإتلاف لذلك، و عدم دليل على كون سبب وجوب الإتلاف - و هو الاستعارة - منزّلاً منزلته حتّى يكون حاكماً على

– بعد البناء على أنّه يجب على المحرّم إرساله و أداء قيمته –: أنّ المستقرّ عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد، لا بسبب التلف.

و يشكل اطّراد القاعدة أيضاً في المبيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها؛ فإنّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنّها مضمونة في العقد الفاسد، إلاّ أن يقال: إنّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد، و فيه نظر؛ لأنّ نفس المنفعة غير مضمونة بشئ في العقد الصحيح؛ لأنّ الثمن إنّما هو بإزاء العين دون المنافع، و يمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً على ما صرّح به في المبسوط(١٧٧٠) و الشرائع و التذكرة[٩] و التحرير من كونه مضموناً على المشتري خلافاً للشهيدين[١٠] و المحقّق الثاني و بعض آخر تبعاً للعلاّمة في القواعد، مع أنّ الحمل غير مضمون في البيع الصحيح؛ بناءً على أنّه للبايع. و عن الدروس توجيه كلام العلاّمة(١٧٧١) بما إذا اشترط الدخول في البيع و حينئذٍ لانقض على القاعدة(١٧٧٢). و يمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة؛ بناءً على أنّه لايجوز التصرّف بها(١٧٧٣).

القاعدة، موجباً لتوسعة الإتلاف المأخوذ في موضوعها و تعميمه لما يعمّ ذلك. و لو سلّم فهو يتمّ بناءً على وجوب إرساله على المحرم، كما صرّح به بقوله: «بعد البناء» و أمّا بناءً على وجوب ردّه إلى مالكه – كما اختاره في الحدائق – فلا كما هو واضح.

١٧٧٠. يعني: بناءً على ضمان حمل المبيع بالبيع الفاسد الذي صرّح به في المبسوط... .

١٧٧١. يعني: كلامه في التذكرة الحاكم فيه بضمان الحمل في البيع الفاسد، لاكلامه في القواعد الحاكم فيه بالعدم.

١٧٧٢. لأنّه إذا كان الحكم مختصّاً بصورة الاشتراط يخرج بيع الحامل بالقياس إلى الحمل عن القاعدة عكساً كما يخرج عنها أصلاً، لأنّ موضوعها ما كان اقتضاء الصحيح للضمان أو عدمه ناشئاً من نفس ذاته، و من المعلوم أنّ ما هو كذلك في المسألة فهو داخل في العكس، و حكمه عدم الضمان في الصحيح و الفاسد، فأين النقض؟

١٧٧٣. الوجه في هذا انتفاء الإذن في التصرّف مع فساد الشركة، كما أنّ الوجه في

فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجب للضمان.

ثمّ إنّ مبنى هذه القضيّة السالبة على ما تقدّم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولويّة، و حاصلها: أنّ الرهن لايضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟ و توضيحه: أنّ الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لايؤثّر في الضمان؛ لأنّ أثر الضمان إمّا من الإقدام على الضمان و المفروض عدمه، و إلاّ لضمن بصحيحه، و إمّا من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض أنّها لاتؤثّر شيئاً. و وجه الأولويّة(١٧٧٤):

.....

مقابله بقاء الإذن فيه معه. و منشأ الوجهين: أنّ تقييد الإذن بخصوص الشركة هل هو بنحو وحدة المطلوب فالأوّل أو تعدّده فالثاني؟ فلا نقض عليه.

١٧٧٤. قد يقال في شرح العبارة: إنّ مقابل الأولى الذي هو الفاسد ممّا لايضمن بصحيحه عبارة عن الفاسد ممّا يضمن بصحيحه. فيكون حاصل ما ذكره: إمكان دعوى كون صحّة ما أقدما عليه من الضمان الخاصّ شرعاً هو السبب للضمان في العقد الصحيح فيما إذا كان ممّا يضمن به كعقد البيع و الإجارة، فينتفي الضمان حينئذٍ في فاسده بعينه مع اشتراكه مع هذا الصحيح في تمام الجهات عدا جهة الصحّة و الفساد، لانتفاء سبب الضمان فيه و هو الصحّة، لفرض عدم الإمضاء الشرعيّ لما أقدما عليه و عدم الإقدام على غيره، فإذا كان الفاسد ممّا يضمن بصحيحه غير مضمون به، فالفاسد ممّا لايضمن بصحيحه - مع التفاوت بين هذا الفاسد و بين الصحيح الذي كان صحّته سبباً للضمان، و هو الصحيح من العقد المعاوضي في غير جهة الصحّة و الفساد أيضاً مثل الرهن - لايكون مضموناً به بطريق أولى.

و هذا التوجيه و إن كان يساعد عليه ظاهر قوله: «إذا كان مفيداً للضمان» و قوله: «من أنّه أقدم على ضمان خاصّ، و الشارع لم يمضه» كما لعلّه غير خفيّ على العارف، إلاّ أنّه لايساعد عليه كلام الشيخ، فإنّه ظاهر أو صريح في كون الطرف المقابل للفاسد ممّا لايضمن هو الصحيح منه. و لكن لايساعد عبارة المصنّف حمل الصحيح على الصحيح ممّا لايضمن الذي هو ظاهر كلام الشيخ، إذ عليه كان حقّ العبارة أن يقول: إنّ الصحيح منه يمكن أن يقال بكونه مفيداً للضمان، لإمكان أن يقال: إنّ الضمان من آثار صحّة العقد، و هذا بخلاف الفاسد منه، فإنّه لايمكن فيه القول بإفادته للضمان، لعدم إمكان القول بكونه من آثار فساد العقد، لأنّه

أنّ الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إنّ الضمان من مقتضيات الصحيح فلايجري في الفاسد؛ لكونه لغواً غير مؤثّر على ما سبق تقريبه: من أنّه أقدم على ضمان خاصّ، و الشارع لم يمضه فيرتفع أصل الضمان. لكن يخدشها(١٧٧٥):

.....

خلاف فرض فساده و عدم تأثيره في شيء. فيرد عليه حينئذٍ أنّ الضمان في صحيح ما لايضمن لايمكن أن يكون من آثار صحّته، لأنّها لاتقتضي إلاّ ترتّب الأثر المقصود، و ضمان العين المرهونة ليس مقصوداً من الرهن. فالعبارة غير صافية عن الإشكال، فلابدّ من مزيد التأمّل في فهم المراد منها.

١٧٧٥. حاصل الخدشة: أنّ مبنى الأولويّة - و هو إمكان كون علّة الضمان في الصحيح المفيد للضمان هو الصحّة و إمضاء الشارع لما أقدما عليه - معارض بإمكان دعوى أنّ الصحّة في الصحيح الغير المفيد للضمان - كالرهن و الإجارة بالنسبة إلى العين المستأجرة و إمضاء الشارع لما أقدما عليه من التسليط المجّاني - هو السبب في ارتفاع الضمان و عدم تأثير القبض فيه، فلايجري في الفاسد، لعدم إمضاء الشارع للتسليط المجّاني على ما هو معنى الفساد، فلا أولويّة. هذا كلّه بناءً على كون مراد الشيخ﵀ من كلمة «كيف» في قوله: «فكيف يضمن بفاسده» هو الإشارة إلى الأولويّة كما فهمه المصنّف، و لكن يمكن أن يريد منها التعجّب لا الأولويّة. و منشأ التعجّب توهّم الفرق بين صحيح ما لايضمن و فاسده في الضمان في الثاني دون الأوّل، مع اشتراكهما في عدم العلّة للضمان أو العلّة لعدمه، لأنّ علّة الضمان إمّا إقدام المالك عليه أو حكم الشارع به أو المركّب منهما، و الكلّ منتفٍ في صحيح ما لايضمن فكذا في فاسده بعد أن كان وجوده كعدمه. و الاشتراك في العلّة يستلزم الاتّحاد في الحكم، فبعد أن كان صحيح الرهن مثلاً لايضمن به فكيف يتوهّم أنّ فاسده يضمن به؟ فالفرق بين الصحيح و الفاسد في الرهن بما ذكرناه مورد التعجّب. و على هذا لايكون هنا أولويّة حتّى توجّه أوّلاً و يخدش فيها ثانياً، إلاّ أنّ الخدشة المذكورة كما ترفع الأولويّة كذلك ترفع التعجّب أيضاً.

و يمكن أن يقال: إنّ مراده الأولويّة لكن لا على وجه الإطلاق في عكس القاعدة كما فهمه المصنّف﵀ حتّى يخدش فيها بما ذكره المصنّف، بل في الرهن بالخصوص. و وجه الأولويّة فيه: أنّ الحنفيّة كلّهم حكموا بالضمان في الرهن، و لم يخالفهم فيه من العامّة إلاّ الشافعيّة. و دليلهم في ذلك أخبار نقلوها عن النبيّ، و نقلت عن أئمّتنا أيضاً. و حاصل تلك الأخبار: أنّ الراهن و

أنّه يجوز أن يكون صحّة الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلّط المرتهن و المستأجر على العين شرعاً مؤثّرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لايوجب تسلّطاً لهما على العين، فلا أولويّة.

فإن قلت(١٧٧٦): إنّ الفاسد و إن لم يكن له دخل في الضمان إلاّ أنّ مقتضى عموم "على اليد" هو الضمان خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض و بقي الباقي. قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، و هي عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمنه المالك(١٧٧٧) – سواء ملكه إيّاه بغير عوض، أو سلّطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقّه، أو العمل فيه بلا أُجرة أو معها أو غير ذلك – فهو غير ضامن.

.....

المرتهن يترادّان الفضل حيث إذا تلف المال المرهون، و بيّن الإمام عليه السلام كيفيّة ترادّ الفضل، حيث قال عليه السلام: إذا تلف فإن كانت قيمته مساوية للدين فليس على الراهن، و إن كانت ناقصة فعليه ردّ فضل الدين على الرهن، و إن كانت زائدة فعلى المرتهن ردّ فضل الرهن على الدين إلى الراهن. و لم يعمل بهذه الأخبار علمائنا رضي الله عنهم، و أوّلوها بصورة اشتراط الضمان. فمراد الشيخ رحمه الله في المبسوط أنّ الرهن الصحيح مع وجود القول بالضمان فيه و مع وجود هذه الأخبار لانقول بالضمان فيه، ففي فاسده بطريق أولى. و على هذا لاإشكال فيما ذكره من الأولويّة، فتدبّر جيّداً.

١٧٧٦. لاملائمة بين هذا و بين العبارة السابقة المتّصلة به كما لايخفى، فلابدّ أن يكون ناظراً إلى ما ذكره في توضيح مبنى تلك القضيّة السالبة من أنّ الفاسد لايؤثّر في الضمان و لايقتضيه. و حاصل السؤال: أنّ مجرّد ذلك لايوجب عدم الضمان في فاسد ما لايضمن بصحيحه كما هو قضيّة السالبة، مع أنّ عموم على اليد يقتضيه.

١٧٧٧. لم نعثر بهذا الدليل، بل الظاهر من عبارة المصنّف فيما بعد عدم عثوره عليه أيضاً، و إلاّ لما كان وجه للتفصيل بقوله: «أمّا في غير التمليك...»، و بقوله: «و أمّا في الهبة الفاسدة». يعني: و أمّا في التمليك بغير عوض كالهبة الفاسدة فيمكن...، ضرورة أنّه مع وجود الدليل المذكور أوّلاً لاحاجة إلى فحوى أدلّة الأمانة، بل قوله: «فحاصل أدلّة عدم ضمان...» ظاهر – بل صريح – في أنّ ما ذكره أوّلاً إنّما هو شيء استنبطه من أدلّة عدم ضمان الأمين.

أمّا في غير التمليك بلا عوضٍ أعني الهبة، فالدليل المخصّص لقاعدة الضمان عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك(١٧٧٨) على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتّهمه.

و أما في الهبة الفاسدة، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم "اليد" بفحوى ما دلّ على خروج مورد* الاستئمان؛ فإنّ استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجّاناً عدم ضمانه بطريقٍ أولى. و التقييد بالمجّانيّة لخروج التسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات؛ فإنّه عين التضمين. فحاصل أدلّة عدم ضمان المستأمَن: أنّ من دفع المالك إليه ملكه على وجهٍ لايضمنه بعوضٍ واقعي أعني المثل أو القيمة، و لاجعلي، فليس عليه ضمان.

الثاني من الأمور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب ردّه فوراً إلى المالك. و الظاهر أنّه ممّا لاخلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرّف فيه(١٧٧٩) كما يلوح من مجمع الفائدة، بل صرّح في التذكرة كما عن جامع المقاصد: أنّ مؤونة الردّ على المشتري لوجوب ما لايتمّ الردّ إلاّ به[١١]، و إطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة،

.....

١٧٧٨. تعميمه لصورة دفعه إلى الغير لاستيفاء حقّه و ما بعده منافٍ لما سبق من فيه** توجيه الضمان في العين المستأجرة فاسداً، فراجع إليه.

١٧٧٩. لاإشكال في عدم جوازه، لانتفاء المجوّز، و هوكونه مالكاً أو مأذوناً منه. أمّا انتفاء الأوّل فلأنّه قضيّة الفساد. و أمّا الثاني فلأنّ الموجود هو الإذن في تصرّف القابض في مال نفسه اعتقاداً، إمّا واقعاً كما في صورة جهل الدافع بالفساد، أو في اعتبار نفس الدافع فقط كما في صورة علمه به. و من الواضح أنّ هذا النحو من الإذن وجوده كعدمه لايترتّب عليه أثر أصلاً، بل الإذن فيه ليس من وظيفة الدافع، لأنّه أجنبيّ عن المال في اعتقاده جهلاً أو تشريعاً، فإذنه فيه من إذن الأجنبيّ للمالك في التصرّف في ماله، فيخرج عن أدلّة اعتبار الإذن في جواز التصرّف، لأنّ مفادها ورود الإذن على مال الآذن - بصيغة الفاعل- قبل ورود الإذن عليه، فإمّا أن يخرج منه به عن كونه مالاً له فيما إذا وجد سببه كما في البيع و نحوه أم لا كما في الإباحة و نحوها، و ما نحن فيه ليس كذلك، لأنّ الإذن الذي في ضمن التمليك هو الإذن الوارد

---

* في بعض النسخ: صور. ** كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّها تصحيف: منه في توجيه... .

إلاّ أن يقيّد بغيرها بأدلّة نفي الضرر.

.....

على المال بما هو ملك القابض لا بما هو ملك الدافع.

و من هنا ظهر فساد ما صدر عن السيّد الأستاذ﴿ من الفرق بين صورتي العلم و الجهل بالجواز في الأوّل و عدمه في الثاني، استناداً إلى وجود الإذن الضمني في الأوّل. وجه الفساد: أنّ الإذن الضمنيّ الموجود هنا إنّما هو بعنوان أنّ المقبوض مال القابض بمجرّد العقد الفاسد تشريعاً، و قد مرّ أنّ هذا المقدار من الإذن لايجدي. نعم، يجوز التصرّف لو علم من حال الدافع رضاه بالتصرّف فيه مع بقائه في ملكه أيضاً و لم يصرّح به، لبنائه على خروجه عن ملكه جهلاً أو تشريعاً بلافرق بين الصورتين.

و بالجملة، عدم جواز التصرّف بمجرّد الاستناد إلى العقد الفاسد – مع قطع النظر عن حصول أمر آخر يجوز معه التصرّف، كالمعاطاة و الإباحة و الهبة و نحوها – ممّا لاإشكال فيه. و إنّما الإشكال في ابتناء وجوب الردّ عليه، لأنّه يتمّ بناءً على اقتضاء النهي عن الشيء الأمر بضدّه، و هو ممنوع. و لو سلّم فإنّما يثمر لو كان الضدّ منحصراً بالردّ، و ليس كذلك، لإمكان خلوّه عنهما، بأن خلّي بين المال و صاحبه، و حينئذٍ يكون الردّ أحد فردي الواجب التخييري لاواجباً معيّناً. نعم، لو كان المراد من الردّ التخلية فلاإشكال في وجوبه، لأنّ عدمه ظلم فيجب تركه، إلاّ أنّه ممنوع. فالأولى ابتنائه على كون عدمه ظلماً و إضراراً من القابض على الدافع. و لازمه التفصيل بين كون بعد المال عن صاحبه مستنداً إلى القابض – مع علمه بالفساد و جهل الدافع – و بين مقابله، بكون الردّ و كذا مؤنته مطلقاً عليه في الأوّل، و إلاّ يلزم الضرر على الدافع، و هو منفيّ، و لايعارضه تضرّر القابض، لإقدامه عليه بنفسه، و بعدمهما عليه في الثاني. أمّا في صورة جهل القابض بالفساد و علم الدافع به فلأدلّة نفي الضرر الشامل له، دون الدافع، لإقدامه عليه عن علم. و أمّا في صورة* فلأصالة البراءة ابتداءً، لعدم شمول حديث نفي الضرر لها. و أمّا في صورة جهلهما معاً فلأصالة البراءة أيضاً، و لكنّه بعد تعارض الضررين. و أمّا في صورة عدم استناد البعد إليه فالأمر واضح.

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و في الكلام سقط لعلّه هكذا: أمّا في صورة العكس فلأصالة...، أي: علم القابض وجهل الدافع بالفساد.

و يدلّ عليه: أنّ الإمساك(١٧٨٠) آناً مّا تصرّف في مال الغير بغير إذنه فلايجوز؛ لقوله ﷺ: "لايجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلاّ بإذنه". و لو نوقش في كون الإمساك تصرّفاً كفى عموم قوله ﷺ*: "لايحل مال امرئ مسلم لأخيه إلاّ عن طيب نفسه" حيث يدلّ على تحريم(١٧٨١) جميع الأفعال المتعلّقة به التي منها كونه في يده.

و أمّا توهّم أنّ هذا بإذنه حيث إنّه دفعه باختياره، فمندفع: بأنّه إنّما ملّكه إيّاه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضيّة باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً انتفى الأذن، و المفروض أنّ كونه على وجه المالكيّة المجانيّة ممّا لم ينشئها المالك، وكونه مالاً للمالك و أمانة في يده أيضاً ممّا لم يؤذن فيه، و لو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنّه لو ملكه مجّاناً كانت هبة جديدة.

.....

١٧٨٠. يمكن أن يقال: إنّ المستفاد من الطيب و حرمة التصرّف في مال الغير بدون إذنه ليس إلاّ حرمة التظلّم، و لذا لاريب في جواز النظر إلى مال الغير و الاستظلال به. و توهّم أنّ مثل ذلك إنّما خرج بدليل خارجيّ باطل، لعدم دليل يتكفّل به. و حينئذ فالمدار في الحرمة على كون الفعل المتعلّق بمال الغير ظلماً، و إلاّ فلا حرمة فيه و إن عدّ تصرّفاً فضلاً عن كونه فعلاً لايصدق عليه التصرّف، و إلاّ يلزم حرمة الردّ أيضاً، إذ لاريب في أنّه تصرّف و هو كما ترى. وكون الإمساك كذلك – أي: معدوداً من الظلم- موقوف على أن يكون الغرض منه الامتناع عن الدفع، و أمّا لوكان الغرض منه حفظه عن الضياع و التلف إلى زمان الإيصال فهو إحسان محض، فالمتعيّن في مثل الإمساك أن يفصّل بين الصورتين.

١٧٨١. لاينبغي الإشكال في عدم دلالته على هذا المقدار من العموم، و لذا لاشبهة في عدم حرمة النظر إلى مال الغير، و القدر المسلّم استفادته منه هو عمومه لكلّ فعل يعدّ تصرّفاً، فلايعمّ كونه بيده. هذا فيما إذا أُريد من الإمساك ذلك، و أمّا لو أُريد منه منع المالك عن ماله و حبسه عنه فلاريب في حرمته عليه واقعاً، فإن علم بالفساد يتنجّز و إلاّ فلا، و لكن حرمته لاتدلّ على وجوب ردّه إلاّ على مسألة الضدّ، و لانقول بها، و إن قلنا بمقدّميّة أحد الضدّين لترك الآخر. نعم، لابأس بوجوبه الإرشادي.

---

* في بعض النسخ: عليه السلام.

هذا، و لكنّ الذي يظهر من المبسوط(١٧٨٢): عدم الإثم في إمساكه محلّلاً بأنّه قبضه باذن مالكه، وكذا السرائر ناسباً له(١٧٨٣) إلى الأصحاب، و هو ضعيف، و النسبة غير ثابتة، و لايبعد إرادة صورة الجهل؛(١٧٨٤)، لأنّه لايعاقب.

الثالث: أنّه لوكان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشتري قبل الردّ، كان عليه عوضها على المشهور(١٧٨٥)،

.....

١٧٨٢. و صرّح بذلك في ثاني مباحث البيع الفاسد من التحرير.

١٧٨٣. و عبارته التي يأتي نقلها «أنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلاّ في ارتفاع الإثم عن إمساكه» انتهى. و يمكن منع دلالتها على نسبة ارتفاع الإثم في إمساكه إلى الأصحاب و كونه متّفقاً عليه عندهم، لاحتمال رجوع الاتّفاق إلى المستثنى منه خاصّة، بأن يراد أنّ كون البيع الفاسد بمنزلة المغصوب متّفق عليه من جميع الجهات إلاّ جهة الإثم في إمساكه، فإنّه مختلف فيه، فتدبّر.

١٧٨٤. يعني: جهل القابض.

١٧٨٥. لاإشكال في أصل الحكم. و عمدة الدليل عليه حديث «على اليد» مع الالتزام بأنّ المراد من الموصول فيه خصوص الأعيان بقرينة الأخذ و الأداء. و توهّم عدم دلالته حينئذٍ – كما صدر عن المصنّف – يندفع ببسط الكلام إجمالاً في معنى الحديث زيادة على ما مرّ في السابق، فنقول: لاينبغي الريب في اختصاص الموصول بالعين الشخصيّة الخارجيّة التي لها إضافة إلى غير الآخذ، موجودة في زمان الأخذ و ما بعده، غير منقطعة عنه بالأخذ، و تعلّق لها به كذلك بنحو من الأنحاء، إمّا بنحو التمام و الكمال و من جميع الجهات، أو بنحو دون ذلك، كاختصاصه بالانتفاع بها في زمان خاصّ، أو دون ذلك أيضاً كما في الموقوفات العامّة، كالمدرسة و المسجد و الخان و نحو ذلك. أمّا كونه عيناً فبقرينة الصلة و هو الأخذ، إذ الظاهر أنّه يعتبر في الحقيقة وجود المأخوذ في الخارج حقيقة. و أمّا ارتباطه بالغير بنحو من الأنحاء المذكورة فلأجل الإخبار عنه بكونه «على اليد» إذ كون الشيء على اليد المعبّر عنه بالضمان لابدّ في تحقّقه – مضافاً إلى الضامن و المضمون – من المضمون له، و من المعلوم أنّ كون شخص مضموناً له و الآخر ضامناً – أي: مضموناً عليه – موقوف على أن يكون للمضمون به نحو ربط بالمضمون له منتفٍ في الضامن، إذ لوكان له ربط بكلّ منهما على حدٍّ سواء لكان

.....

جعل أحدهما بالخصوص مضموناً له و الآخر كذلك ضامناً ترجيحاً بلامرجّح. و من هنا لايصحّ نسبة الضمان إلى الإنسان بالنسبة إلى ما لاإضافة له إلى أحد كالمباحات أو له إضافة إلى نفسه. أمّا المضمون عنه فلايتوقّف عليه حقيقة مفهوم الضمان، بل هو يتوقّف على تحقّق الضمان، كما هو قضيّة كلمة «عن» فلابدّ في تحقّقه ممّا يحصل به تجاوز الضمان عنه إلى الآخر، و هو العقد في الضمان العقدي. و التفصيل موكول إلى محلّه.

وكيف كان، فالعين المفروض ارتباطه بالغير تارةً تكون مالاً، و أُخرى غيره مثل حبّة حنطة. و أثر الضمان يختلف فيهما، إذ لاأثر له في الثاني إلاّ وجوب حفظه عن التلف و ردّه إلى مالكه مع البقاء، فلو تلف فليس عليه إعطاء بدله حتّى يتيسّر المثل. نعم، عليه الاستحلال و إن توقّف على بذل المال، مثل حقّ الغيبة، فتأمّل. و أمّا الأوّل فيجب عليه فيه - مضافاً إلى ما ذكر - أداء بدله من المثل و القيمة عند التلف.

و المهمّ في المقام هذا القسم الأوّل، إذ الاستدلال بالحديث عليه يتوقّف على التكلّف في هذا القسم، فنقول: المال - كما مرّ في تعريف البيع - عبارة عن العين المشتملة على الماليّة، و ما ليس كذلك ليس بمال. و الماليّة - كما ذكره بعض المحقّقين﵀ و نعم ما ذكره- إنّما هي باعتبار كون العين منشأ للانتفاع بها بما يعتدّ به نوعاً، مع عدم كونها مبذولة تصل إليها الأيدي على حدّ سواء كالماء عند الشطوط، أو باعتبار ما فيها من الكمال مع القيد المذكور، كما هو الحال في الذهب و الفضّة و الجواهر، فإنّ الياقوت و إن لم ينتفع به و لكن فيه ماليّة باعتبار ما في ذاته الذي لايميّزه إلاّ الأوحدي، و التزيّن به و إن كان انتفاعاً إلاّ أنّه أيضاً باعتبار ما فيه في نفسه. نعم، لايتعلّق الغرض بتحصيله و بذل المال بإزائه إلاّ باعتبار ما يرجع إلى الشخص، أو باعتبار جعل من السلطان، كما هو الحال في النقود، فإنّ السكّة توجب حدوث الماليّة فيها على حسب ما اعتبره السلطان. فالمال بلحاظ منشإ الماليّة على ثلاثة أقسام، و العمدة فيه جهة الانتفاع، فنسبته إلى المال كنسبة الروح إلى الحيوان، فكما أنّ الروح ليست بحيوان و لكن قوام حيوانيّة الجسم المخصوص بها، فكذلك جهة الانتفاع ليست بمال لكن ماليّة العين الخارجيّة بها.

و إذ قد تبيّن ذلك فنقول: معنى الحديث فيما إذا كان المأخوذ من قبيل المال كونه على الآخذ بما هو مال و مشتمل على الجهات المنتفع بها، و قضيّة الغاية أدائه كذلك، و لايحصل ذلك إلاّ بإعادة المأخوذ مع ما يتدارك به ما فات تحت يده من جهة الانتفاعات في جميع

.....

الأزمنة، مثل أن يجعل الفرس مثلاً على نحو لايقبل الركوب عليه إلى أن مات، أو حبسه كذلك أو في بعض الأزمنة، إذ لو ردّ نفس المأخوذ بدون تدارك الانتفاع فقد ردّه لا بما هو مشتمل على جهة الانتفاع، أو بالنسبة إلى مقدار من الزمان الذي منعه من الوصول إلى ماله، و لا على بدلها.

و بالجملة، قضيّة الحديث جعل المال المأخوذ كأن لم يرد عليه يد الآخذ أصلاً، و كما كان قبل الأخذ، و كأنّه لم ينقطع عنه سلطنة المأخوذ عنه في جهة من جهات الانتفاع في زمان من الأزمنة، و معلوم أنّه لايحصل ذلك إلاّ بإعادة سلطنة الانتفاع به في زمان الانتفاع به، و هو غير ممكن، فلابدّ من دفع بدله الذي هو مرتبة من مراتب دفع جهة الانتفاع. فظهر دلالة الحديث على ضمان المنافع من دون توقّف على صدق المال عليها، و ظهر أيضاً عدم الفرق بين المستوفاة و غيرها. و ظهر أيضاً صحّة الاستدلال على المطلب بدليل الإتلاف في صورة إتلاف المقبوض، إذ الموضوع فيه هو المال صريحاً.

و أمّا الاستدلال بحديث الطيب فلايكفي فيه مجرّد البناء على ماليّة المنفعة، بل لابدّ فيه من كون المراد من الحلّ أعمّ من التكليفي و الوضعي؛ إذ لاملازمة بين الحرمة التكليفيّة و الضمان. و عليه، لاحاجة إلى البناء على ماليّة المنفعة، إذ بدونه يتمّ الاستدلال أيضاً. و تقريبه: أنّ الحلّ و إن أسند إلى المال إلاّ أنّ المراد منه الأفعال المتعلّقة به، إذ لايعقل تعلّق الطيب بالأعيان بدون لحاظ تعلّق فعل بها. فيكون المعنى: أنّه لايحلّ الفعل و التصرّف المضاف إلى مال الغير تكليفاً و وضعاً – أي: لايكون هدراً – لابطيب نفس ذاك الغير بذاك الفعل و التصرّف، بل يعاقب عليه و يكون بدله عليه.

و من ذلك يظهر صحّة الاستدلال على المطلب بقوله: «و حرمة مال المسلم كحرمة دمه» إن أُريد من الحرمة فيه الحرمة المصطلحة. و أمّا إن أُريد منها ما لعلّه الظاهر – أعني: العزّة و الشأن، أي: الاحترام – فصحّة الاستدلال به أظهر، إذ مقتضاه الضمان، لوضوح أنّه لو كان دم المسلم و ماله مثل الخمر فلا عزّة فيه و لاشأن له، فمرجعه إلى قاعدة الإتلاف.

فالأقوى في المنافع هو الضمان. أمّا في المستوفاة فللأدلّة المذكورة كلّها، مضافاً إلى الاستيفاء الذي هو بنفسه مقتضٍ للضمان، و هو باب واسع مستقلّ، إلاّ أن يقال: إنّه ما لم يرجع إلى الإتلاف لادليل عليه، إلاّ أن يدّعى أنّ اقتضائه للضمان أمر عرفي ارتكازي، و

بل ظاهر ما تقدّم من السرائر من كونه بمنزلة المغصوب: الاتفاق على الحكم.

و يدلّ عليه عموم قوله ﷺ: "لايحل مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه"، بناءً على صدق المال على المنفعة، و لذا يجعل ثمناً في البيع(١٧٨٦) و صداقاً في النكاح خلافاً للوسيلة(١٧٨٧)، فنفى الضمان؛

.....

لم يردع عنه الشارع. و أمّا في غيرها فلما عدا حديث الطيب من الأدلّة المذكورة، لاختصاصه بصورة الاستيفاء، فتأمّل.

هذا في منافع مال الغير. و أمّا عمل المسلم الحرّ فالأقوى فيه التفصيل بين صورة الاستيفاء و غيرها بالضمان في الأُولى دون الثانية، لعدم الدليل عليه في الثانية، إذ قد مرّ أنّ موضوع الأدلّة هو المال، و هو مختصّ بالأعيان مع قيد كونها للغير، و أعمال الحرّ المسلم ليست بأموال أوّلاً، و ليست بمملوكة للغير ثانياً، لأنّ الإنسان لايملك عمل نفسه، فافهم.

هذا بناءً على عدم كون المنفعة مالاً كما هو المختار. و أمّا بناءً على ماليّتها - كما هو المعروف - فيشكل الفرق بين القسمين، بل لابدّ من القول بالضمان مطلقاً، لقاعدتي اليد و الإتلاف. و ما قيل في وجه عدم الضمان في الثاني من أنّ الحرّ لايدخل تحت اليد فيه ما لايخفى، لأنّه إن أُريد منها اليد الشرعيّة، بمعنى أن يكون متعلّقها مالاً لذي اليد، ففيه: أنّ ما ذكره مسلّم إلاّ أنّ هذا النحو من اليد منتفٍ في جميع موارد الضمان. و إن أُريد منها اليد العرفيّة، أعني: الاستيلاء على الشيء، ففيه: أنّه مقطوع العدم، لعدم الفرق بينه و بين العبد من هذه الجهة.

١٧٨٦. اعتبار الماليّة في الأوّل لاريب فيه، إلاّ أنّ صحّة جعلها ثمناً في البيع ممكن المنع كما مرّ في أوّل البيع، كما أنّ صحّة جعلها صداقاً لاريب فيه إلاّ أنّ اعتبار الماليّة فيه ممنوع.

١٧٨٧. قال في الوسيلة في ذيل فصل عقده لبيان البيع الفاسد ما هذا لفظه: «فإذا باع أحد بيعاً فاسداً و انتفع به المبتاع، و لم يعلما بفساده ثمّ عرفا، و استردّ البايع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إن حملت الأمّ عنده و ولدت، لأنّه لو تلف لكان من ماله، و الخراج بالضمان، فإن غصب إنسان أو سرق مال غيره أو أمة غيره أو حيوان غيره و باع من آخر، ثمّ استخرج مالكه من يده شرعاً، وكان المبتاع عارفاً بالحال، لم يكن له الرجوع على البايع، و إن لم يكن عارفاً كان له الرجوع عليه بالثمن و بما غرم للمالك» انتهى.

محتجّاً بأنّ الخراج بالضمان كما في النبويّ المرسل(١٧٨٨) و تفسيره: أنّ من ضمن(١٧٨٩)

.....

١٧٨٨. قال في غوالي اللئالي: «و روي عنه ﷺ أنّه قضى بأنّ الخراج بالضمان. ثمّ قال: و معناه: أنّ العبد مثلاً يشتريه المشتري فيغتلّه حيناً ثمّ يظهر على عيب به فيردّه بالعيب، أنّه لايردّ ما صار إليه من غلّته و هو الخراج، لأنّه كان ضامناً له و لو مات» انتهى. و حاصله: أنّ الخراج غلّة العين المبتاعة عبداً كان أو أمةً أو أرضاً أو داراً. و قوله: «فيغتلّه» أي: يحصل منه غلّة، أي: انتفاع. و لعلّ ما ذكره من المعنى قد استفاده من وروده في مورد شراء العبد المعيب المطّلع على عيبه و ردّه بالعيب بعد استعماله مدّة، كما ستطّلع عليه فيما بعد إن شاء اللّه مع فهم المثاليّة من العبد لكلّ مبيع.

١٧٨٩. في معنى حديث «الخراج بالضمان» احتمالات أربعة:

الأوّل: أن يراد من الضمان مطلق الضمان، سواء كان بإقدام و اختيار منه و من مالك المال على هذا الضمان أم لا، و سواء حصل نفس ما أقدما عليه أم حصل ضمان آخر. ذهب إليه أبوحنيفة، فحكم بعدم ضمان منافع المغصوب.

الثاني: أن يراد من الضمان الضمان الخاصّ المقيّد بقيد أنّه أقدم عليه الضامن بتضمين المالك، سواء أمضاه الشارع كما في البيع الصحيح، أم لا كما في البيع الفاسد. و هذا المعنى ذهب إليه ابن‌حمزة. و إليه أشار المصنّف ﷺ بقوله: «و تفسيره...». يعني: و معناه عند ابن حمزة أنّ من أقدم على ضمان شيء و تقبّله لنفسه بتضمين المالك فالخراج و المنافع له مطلقاً، سواء أمضى الشارع هذا الضمان أم لا. و معلوم أنّ المشتري في المقام أقدم على ضمان البيع بتضمين البايع إيّاه على أن يكون خراجه له مجّاناً. و نتيجة هذه الكبرى و الصغرى و لازمهما أنّ خراجه له مطلقاً حتّى على تقدير الفساد، كما أنّ ضمانه عليه كذلك.

الثالث: أن يراد به الضمان المقيّد بقيدين، أحدهما: الإقدام عليه، و الآخر: إمضاء الشارع له. و إلى هذا المعنى ذهب المشهور. و إليه أشار المصنّف في مقام الإيراد على‌ابن‌حمزة بقوله: «و فيه - إلى أن قال- فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج التزام الشيء على نفسه و تقبّله له مع إمضاء الشارع له».

شيئاً و تقبّله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببيّة أو المقابلة، فالمشتري لمّا أقدم على ضمان المبيع و تقبّله من نفسه بتقبيل البايع و تضمينه إيّاه على أن يكون الخراج له مجّاناً، كان اللازم من ذلك أنّ خراجه له على تقدير الفساد، كما أنّ الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً.

.....

الرابع: أن يراد بالضمان ضمان خصوص الأرض المفتوحة عنوة، فيكون الخبر من أخبار الخراج و المقاسمة سيق لبيان مقدار الخراج. و حاصل مضمونه على هذا: أنّ الخراج – أي: منافع الأرض التي يجب على العامل أدائها إلى الوالي من حيث المقدار كثرة و قلّة – إنّما هو بالضمان، أي: بحسب تقبّله و تضمّنه من الوالي. فلا ربط له حينئذٍ بهذا المسألة التي نحن فيها.

و لايخفى أنّ الظاهر هو الأوّل، لظهور اللام في الجنس أو الاستغراق، و لادليل على رفع اليد عنه و التصرّف فيه بأحد الوجوه الثلاثة الأخيرة إلاّ الأوّل منها، للإجماع على ضمان المنافع في المغصوب، و لصحيحة أبي‌ولاّد الآتية حيث قال عليه السلام فيها في ردّ فتوى أبي‌حنيفة بعدم ضمانها فيه: «و مثل هذه الفتاوى ممّا يحبس السماء ماءها و الأرض نباتها».

إن قلت: يمكن أن يكون نظر المشهور في تقييد الضمان في الخبر بقيدي الإقدام و الإمضاء إلى وروده في ذيل حديث تعليلاً للحكم المستفاد منه، روى الشافعي في مختلف الحديث و ابن‌ماجة في صحيحه و أبوداود في سننه، جميعاً من طريق مسلم بن خالد، مسنداً عن عائشة: «أنّ رجلاً ابتاع عبداً فاستعمله ثمّ ظهر منه على عيب، فقضى رسول الله صلى الله عليه و آله بردّه بالعيب. فقال المقضيّ عليه: قد استعمله. فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: الخراج بالضمان» حيث إنّه قد سيق فيه ما يصلح كون اللام للعهد إليه، و هو الضمان بالبيع الصحيح، و معه لايبقى للاّم ظهور في الجنس، لقوّة احتمال العهد، فيؤخذ بالقدر المتيقّن، و هو الضمان الجامع للقيدين.

قلت: الظاهر أنّه صلى الله عليه و آله ذكره كبرى كلّية منطبقة على المورد، و لايكون كذلك إلاّ برفع اليد عن العهد و إرادة الجنس أو الاستغراق، و معه يعمّ جميع أفراد الضمان و لو لم يكن هناك إقدام أو إمضاء. و تعميمه الضمان لخصوص ما كان مثل المورد – في كونه مورد إقدام على الضمان و إمضاء الشارع – و إن كان يكفي في كلّية الكبرى، إلاّ أنّه ممّا لاوجه له أصلاً كما لايخفى. فتحصّل أنّ إيراد المصنّف غير وارد على صاحب الوسيلة.

و الحاصل أن ضمان العين لايجتمع مع ضمان الخراج، و مرجعه إلى أنّ الغنيمة و الفائدة بإزاء الغرامة، و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرّقة، مثل قوله عليه السلام في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري: "ألا ترى أنّها لو احرقت كانت من مال المشتري؟" و نحوه في الرهن و غيره. و فيه: أنّ هذا الضمان(١٧٩٠) ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتّى يكون الخراج بإزائه، و إنّما هو أمر قهريّ حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم و المغصوب. فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج: التزام الشئ على نفسه و تقبّله له مع إمضاء الشارع له. و ربّما ينتقض ما ذكرنا(١٧٩١) في معنى الرواية بالعارية المضمونة؛ حيث إنّه أقدم على ضمانها، مع أنّ خراجها ليس له؛ لعدم تملّكه للمنفعة و إنّما تملك الانتفاع الذي عينه المالك، فتأمّل(١٧٩٢).

.....

١٧٩٠. أي: في استدلال الوسيلة أنّ الضمان بالمثل و القيمة ليس... .

١٧٩١. يعني به ما ذكره في ذيل ردّ ابن أبي حمزة بقوله: «فالمراد بالضمان...» الذي هو المعنى الثالث من المعاني الأربعة المحتملة في الرواية. و كذلك ينتقض به المعنى الأوّل و الثاني أيضاً كما لايخفى.

١٧٩٢. المعروف في العارية أنّها إباحة الانتفاع بمنافع ملك الغير مجّاناً مع بقاء المنفعة في ملك الغير، نظير إباحة أعيان الطعام للضيف. قال في التذكرة: «ليس للمستعير أن يعير». و قال في وجهه: «إنّه غير مالك للمنفعة، و لهذا لايجوز له أن يوجر».

و الذي يختلج في ذهني و يترجّح في نظري عاجلاً أنّ العارية في المنافع كالهبة في الأعيان، فهي تمليك منفعة مجّاناً، و الهبة تمليك عين كذلك، كما أنّ الإجارة في المنافع مثل البيع في الأعيان تمليك بعوض. ففي محكيّ التذكرة في مقام الاستدلال على مشروعيّة العارية ما لفظه المحكيّ: «لاخلاف بين علماء الأمصار في جميع الأعصار في جوازها و الترغيب فيها، و لأنّه لمّا جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، و لذلك صحّت الوصيّة بالمنافع و الأعيان جميعاً» انتهى. و هو كما ترى صريح في كون العارية من باب هبة المنافع. و عدم جواز إجارة المستعير للعين المعارة و إعارته إنّما هو لأجل اشتراط المستعير الانتفاع بنفسه و لو بحسب بناء المتعاملين عليه، كما هو قضيّة العرف و العادة، و لذا لايصرّحون باشتراط ذلك.

و الحاصل: أنّ دلالة الرواية لاتقصر عن سندها(١٧٩٣) في الوهن،

.....

و الشاهد على ما قلناه من تملّك المنفعة في العارية ما ذكره العلاّمة في أوائل إجارة التذكرة بما هذا لفظه: «آخر - يعني: تذنيب آخر - لو استعار شيئاً لم يجز أن يوجره. و لو استعاره ليؤجره جاز، كما لواستعاره ليرهنه» انتهى. وجه الشهادة واضح.

و أوضح من ذلك كلام صاحب الرياض في شرح قول ماتنه: «كلّما يصحّ إعارته يصحّ إجارته من الأعيان التي ينتفع بها مع بقائها» إلى أن قال: «دون ما ليس كذلك مطلقاً، و لو في المنحة* إجماعاً كما عن التذكرة، و هو الحجّة مضافاً إلى مخالفة الأصل، إذ ليس الإجارة في العرف و اللغة عبارة إلاّ عمّا كانت العارية فيه حقيقة لكن مع العوض، و يفترقان بلزومه خاصّة. و ثبوت المخالفة في العارية في نحو المنحة - بعد قيام الدليل عليه من الإجماع و الرواية - غير موجب لإلحاق الإجارة بها فيها» انتهى موضع الحاجة. فإنّ قوله: «إذ ليس - إلى قوله - و ثبوت المخالفة» صريح فيما ذكرناه كما لايخفى. و عليه، فلانقض. و لعلّه إلى هذا أشار بالأمر بالتأمّل. و يمكن أن يشير به إلى عدم الفرق بين تملّك المنفعة و تملّك الانتفاع، لأنّ المراد من كون الخراج للضامن عدم ضمانه له و عدم خسارته في مقابله لاكونه ملكاً له، و هو موجود للعارية أيضاً مثل الإجارة. و يمكن أن يكون إشارة إلى أنّ المراد بالضمان فيما ذكرنا إنّما هو الضمان بالمعاوضة الممضاة عند الشارع، و ليس في العارية معاوضة فلانقض، فتأمّل.

١٧٩٣. أمّا القصور في سندها فلما حكي عن الأستاد المولى الشريعة الأصفهاني‌ﷺ من أنّا تتبّعنا غاية التتبّع فلم نجدها في كتب الإماميّةﷺ، صحاحها و غير صحاحها، بل وجدناه في كتب العامّة بطرق متعدّدة في موارد عديدة. و فيه: أنّه لايضرّ بعد شيوعها بين الأصحاب حتّى جعلوها قاعدة و قالوا: قاعدة الخراج بالضمان. و روى في غوالي اللئالي مرسلاً عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه «قضى بأنّ الخراج بالضمان».

و أمّا القصور في دلالتها فنعم، و لكن لا لكون المراد منها ما ذكره المصنّف من أنّ المراد من الضمان فيها هو الضمان المقيّد بقيدي الإقدام و الإمضاء، إذ قد مرّ أنّه خلاف الظاهر بلا قرينة عليه، بل من جهة أنّ دلالتها على المطلب مبنيّة على كون المراد من الخراج منفعة العين و

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. والظاهر أنّ الصحيح: إلاّ في المنحة... .

فلايترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حلّه إلاّ عن طيب النفس. و ربّما يرد هذا القول(١٧٩٤) بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن، بل عوض كلّ ما انتفع.

و فيه: أنّ الكلام في البيع الفاسد(١٧٩٥) الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أنّ مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرّف في مال الغير.

.....

من الضمان ضمان العين، و هو ممنوع، لاحتمال أن يكون المراد منه خسارة الشخص الضامن، يعني: خسارة شخص مالاً بإعطاء بدله إنّما هو بسبب ضمانه لهذا المال و كونه عليه، فمعنى الخبر: أنّ الضامن يخسر لا أنّه ينتفع. و حينئذٍ لاإشكال في الرواية، و لايكون مفادها على خلاف القاعدة، و يصحّ التعليل بها على عدم وجوب غرامة المشتري عوض الاستعمال و الاستخدام في مورد الرواية، فكأنّه عليه السلام قال: الغرامة لشيء - و منه منفعة خدمة العبد - إنّما تثبت بسبب ضمانه و تنشأ منه، و حيث لاضمان بالمنفعة - لفرض كون العبد ملك المشتري وقت الاستخدام بإزاء الثمن، الموجب لكون الاستخدام و سائر منافعه له بالبيع مجّاناً بلا ضمان فيها أصلاً - فلا غرامة. و حينئذٍ لادلالة للرواية على مطلب المستدلّ بوجه من الوجوه لو لم نقل بدلالتها على خلافها. و بعد ما تفطّنت لما ذكرنا في معنى الخراج عثرت على كلام للفخر الرازي يشهد له، فإنّه حكى في تفسير قوله تعالى: ﴿أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجاً فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ﴾ عن أبي‌عمرو بن علا: «أنّ الخرج ما تبرّعت به، و الخراج ما لزمك أدائه» انتهى، فتدبّر جيّداً.

١٧٩٤. يعني: قول صاحب الوسيلة.

١٧٩٥. هذا منافٍ لما تقدّم في صدر المسألة من الاستدلال بمثل هذه الرواية على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، و لكن لابأس به في الانتصار لصاحب الوسيلة و دفع الرد عنه، حيث إنّ الكلام بينه و بين المشهور إنّما هو في المقبوض بالعقد الفاسد من غير جهة الغصب. و يدلّ عليه قوله في ذيل العبارة المتقدّمة عن الوسيلة: «فإن غصب إنسان أو سرق مال غيره - إلى قوله - و إن لم يكن عارفاً كان له الرجوع عليه بالثمن و بما غرم للمالك»

و أضعف من ذلك ردّه بصحيحة(١٧٩٦) أبي‌ولاّد المتضمّنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة؛ ردّاً على أبي‌حنيفة القائل بأنّه إذا تحقق ضمان العين و لو بالغصب سقط كراهاً[١٢]، كما يظهر من تلك الصحيحة(١٧٩٧). نعم، لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي‌حنيفة في إطلاق القول بأنّ الخراج بالضمان(١٧٩٨)، انتهضت الصحيحة و ما قبلها ردّاً عليه.

هذا كلّه في المنفعة المستوفاة، و أمّا المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان(١٧٩٩) و قد عرفت عبارة السرائر المتقدّمة،

.....

انتهى. حيث إنّه يدلّ على غرامته للمالك غير الثمن، و من جملته عوض المنافع، و لاوجه له إلاّ ضمانها للمالك.

١٧٩٦. حيث إنّ موردها الغصب بحرّداً عن عنوان البيع، فلا ربط لها بالمقبوض بالبيع الفاسد الذي هو مورد كلام ابن‌حمزة في الوسيلة.

١٧٩٧. يعني: يظهر قول أبي‌حنيفة بالسقوط.

١٧٩٨. يعني: إطلاقه على نحو يعمّ المغصوب لامطلقاً حتّى في المقبوض بالعقد الفاسد، سيّما إذا كان الفاسد ناشئاً من غير جهة الغصب في الثمن و المثمن، فلاتذهل.

١٧٩٩. و هو الأقوى، لحديث«على اليد» بما مرّ من التقريب، لا لما احتمله المصنّف، أمّا أوّلاً: فلعدم صدق المال على المنفعة كما مرّ غير مرّة. و أمّا ثانياً: فلعدم قابليّة المنفعة للقبض، إذ لامعنى لقبضها إلاّ استيفائها، و المفروض في المقام عدمه، فإسناده إليها في الفرض تناقض. و لوكان قبض المنفعة عبارة عن قبض العين لخرج الموجر بقبض المستأجر للعين عن عهدة المنفعة، و استقرّ استحقاقه للأُجرة، و لو تلفت أو خرجت عن قابليّة الانتفاع مدّة الإجارة. و من ذلك يظهر الإشكال فيما استشهد به للمقام بقوله: «و لذا يجري...».

فإن قلت: لوكان قبض المنفعة استيفائها بحيث لاقبض بدونه، فما المخرج للموجر عن عهدة المنفعة و ضمانه لها مع أنّ المنفعة قبله في ضمان المؤجر، كالمبيع قبل القبض في البيع؟

قلت: المخرج له إتلاف المستأجر المنفعة بحبسه للعين مع عدم استيفاء منفعتها، و الإتلاف - كما صرّح به مراراً - بمنزلة القبض، فتدبّر.

و لعلّه لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضة في يده؛ و لذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر، و يتحقّق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجعول سكناها ثمناً، مضافاً إلى أنّه مقتضى احترام مال المسلم؛ إذ كونه في يد غير مالكه مدّة طويلة من غير أُجرة منافٍ للاحترام. لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة: بأنّ مجرّد ذلك لايكفي في تحقق الضمان إلاّ أن يندرج في عموم "على اليد ما أخذت"، و لاإشكال في عدم شمول صلة الموصول(١٨٠٠) للمنافع، و حصولها في اليد بقبض العين لايوجب(١٨٠١) صدق الأخذ.

.....

١٨٠٠. يعني: بلحاظ صلته و هو الأخذ، لعدم كون المنفعة قابلة للأخذ.

١٨٠١. يعني: و حصول المنافع تحت السلطنة و التصرّف لايوجب صدق أخذ المنافع عليه، إلاّ أن يراد من الأخذ مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان، و هو مشكل، لأنّه خلاف الظاهر من مادّة الأخذ بلا قرينة عليه.

و فيه: أنّ لازم ذلك هو الإشكال في شمول الحديث للأعيان التي لاتقبل الأخذ باليد، و الأعيان القابلة له و لكن استولى عليها بدون الأخذ باليد، كما في الركوب على الدابّة و القعود على البساط و لبس اللباس و الخفّ و هكذا، و هو كما ترى ممّا لايقولون به، فالمراد من الأخذ هو الاستيلاء على إشكال في ذلك.

و للمحقّق القمّي كلام في مفهوم مادّة الأخذ لابأس بنقله، قالﷺ - في أجوبة مسائله في كتاب الطلاق في أواخر رسالة صنّفها في صحّة الطلاق بعوض بلا كراهة من الزوجة، في ردّ من استدل بالآية الشريفة على تحريم أخذ العوض عن الطلاق - ما هذا عين ألفاظه: «و أمّا الاستدلال بعموم الآية على تحريم أخذ العوض عن الطلاق إلاّ في الخلع - كما صدر عن بعض أفاضل العصر و من تقدّم عليه - فظنيّ أنّه لايتمّ. بيان ذلك: أنّ هنا دقيقة لم يسبقني إليها أحد فيما أعلم، و هي أنّ أغلب استعمالات كلمة الأخذ مبنيّة على التناول الابتدائي الناشئ سبب دواعيه من الآخذ، كالغاصب و أهل السؤال و أهل الشرع في أخذ حقوق اللّه، أو على سبيل الغلبة و التسلّط، مثل ﴿خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً﴾ و مثل قولهﷺ: ﴿وَ إِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدالَ زَوْجٍ

و دعوى: أنّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض* الأعيان، مشكلة.

و أمّا احترام مال المسلم فإنّما يقتضي عدم حلّ التصرف فيه و إتلافه بلا عوض، و إنّما يتحقّق ذلك في الاستيفاء(١٨٠٢). فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح أو مع علم البايع بالفساد كما عن بعضٍ آخر، موافق للأصل السليم.

.....

مَكانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِحْداهُنَّ قِنْطاراً فَلاتَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتاناً وَ إِثْماً مُبِيناً ٥ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَ قَدْ أَفْضى بَعْضُكُمْ إِلى بَعْضٍ﴾. و المأخوذ في المعاملات على وجه التراضي و طيب النفس لايسمّى أخذاً بهذا المعنى، و لذلك يقال للأسير: الأخيذ، و كذلك للمرأة. و ممّا يناسب هذا الاستعمال ﴿خُذُوهُ فَغُلُّوهُ﴾ و ﴿أُخِذُوا وَ قُتِّلُوا تَقْتِيلاً﴾ و ﴿لاتَأْخُذُهُ فِي اللّهِ لَوْمَةُ لائِمٍ﴾ و ﴿لاتَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَ لانَوْمٌ﴾ إذ لو لم تعتبر الغلبة في مفهوم الأخذ لكان المناسب تقدّم النوم على السنة، لأنّ الترقّي في بيان عموم الغفلة إنّما يحصل بذلك. و قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» أيضاً سرّ غريب، إذ فيه إشارة إلى أنّ المراد ما أخذته ممّا لاتستحقّه نفس الأمر و إن لم تكن عادية في ظاهر الحال في ضمن المعاملة الصحيحة ظاهراً. و لوكان المراد من الأخذ في الآية التي نحن فيها مطلق التناول و التعاطي لما جاز أخذ المهر من الزوجة لو وهبته أو أباحته لزوجها، و قد قال اللّه: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾. و لاريب أنّ كلامنا فيما لو طلّقها بعوض المهر بطيب أنفسهما بدون كراهة من المرأة لزوجها، بل لغرض آخر أشرنا إليه سابقاً، سيّما لوكان العوض من مال الوليّ». إلى أن قال: «و الحاصل: أنّ الظاهر من الآية هو الأخذ الابتدائي من دون طيب لنفس الزوجة» انتهى المقدار المهمّ من كلامه(زيد في علوّ مقامه).

و يردّه قوله ﷻ في سورة القمر: ﴿كَذَّبُوا بِآياتِنا كُلِّها فَأَخَذْناهُمْ أَخْذَ عَزِيزٍ مُقْتَدِرٍ﴾ إذ لوكان معنى الأخذ ما ذكره للزم الالتزام بالتجريد عن معنى الغلبة و القهر في الآية كما هو ظاهر، و هو كما ترى، إذ الظاهر عدم لحاظ العناية في استعماله في الآية، فلابدّ من كون الخصوصيّة التي ذكرها مستفادة من الخارج من القرينة الحاليّة أو المقاميّة لا من حاقّ اللفظ.

١٨٠٢. الإتلاف أعمّ من الاستيفاء، فيتحقّق بدونه أيضاً، و لذا قلنا بتماميّة الاستدلال

---

* في بعض النسخ: لقبض.

مضافاً إلى أنه قد يدّعى(١٨٠٣) شمول قاعدة "ما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده" له، و من المعلوم أنّ صحيح البيع لايوجب ضماناً للمشتري للمنفعة؛ لأنّها له مجّاناً و لايتقسّط الثمن عليها، و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف، فلاينافي القاعدة المذكورة لأنّها بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف(١٨٠٤). مضافاً إلى الأخبار الواردة(١٨٠٥) في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة، الساكتة عن ضمان غيرها في مقام البيان. و كذا صحيحة محمّد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: "الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها" و سكت عن المنافع الفائتة، فإنّ عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البايع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى. و الإنصاف: أنّ للتوقّف في المسألة كما في المسالك تبعاً للدروس و التنقيح مجالاً.

و ربما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرّض لأحكام البيع الفاسد: اختصاص الإشكال و التوقّف بصورة علم البايع على ما استظهره السيّد العميد و المحقّق الثاني من عبارة الكتاب، و عن الفخر: حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء[١٣].

بحديث احترام مال المسلم و حديث الإتلاف.

١٨٠٣. قد تقدّم أنّ منافع المبيع بالبيع الفاسد داخل في أصل القاعدة لا في عكسها، لأنّ المنافع مضمونة بضمان العين، إذ بذل الثمن بإزاء المبيع إنّما هو بلحاظ منافعه و هو غير المجّانيّة. و عدم تقسيط الثمن على المنفعة لايلازم المجّانيّة، ألا ترى أنّ الشرط في البيع - كصياغة الخاتم مثلاً - لايقسّط عليه الثمن مع أنه ليس بمجّاني للمشروط له. و لو أغمضنا عمّا ذكرناه لقلنا إنّ منافع المقبوض بالبيع الفاسد خارج عن مورد القاعدة أصلاً و عكساً، لأنّ موردها ما ورد عليه العقد، و معلوم أنّ المنافع في عقد البيع ليس ممّا ورد عليه عقد البيع، فلايصحّ الاستدلال بالقاعدة.

١٨٠٤. لاأرى وجهاً لذلك.

١٨٠٥. فيه أوّلاً: أنّها ليست في مقام البيان بالنسبة إلى ضمان المنافع. و التعرّض لحكم الولد إنّما هو من جهة دفع توهّم كونه رقّاً لمالك الجارية. ألا ترى أنه لم يتعرّض لحكم المنافع المستوفاة المضمونة بلا إشكال، من الاستخدام و نحوه ممّا لايخلو عنه الجارية في تلك المدّة المديدة.

فتحصّل من ذلك كلّه: أنّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة: الأوّل: الضمان، وكأنّه للأكثر. الثاني: عدم الضمان، كما عن الإيضاح. الثالث: الضمان إلاّ مع علم البايع، كما عن بعض مَن كتب على الشرايع. الرابع: التوقّف في هذه الصورة، كما استظهره جامع‌المقاصد و السيّد العميد من عبارة القواعد. الخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد، كما يظهر من فخرالدين. و قد عرفت أنّ التوقّف أقرب إلى الإنصاف، إلاّ أنّ المحكيّ عن التذكرة ما لفظه: إنّ منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريةً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه – سواء أتلفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّةً في يده لايستعملها – عند علمائنا أجمع. و لايبعد أن يراد بـ"اليد العادية" مقابل اليد الحقّة، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه، خصوصاً مع علمه* سيّما مع جهل البايع به. و أظهر منه ما في السرائر في آخر باب الإجارة من الاتّفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائتة، مع قوله في باب البيع: إنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشئ المغصوب إلاّ في ارتفاع الإثم عن إمساكه[1]، انتهى. و على هذا، فالقول بالضمان لايخلو عن قوّة(١٨٠٦)، و إن كان المتراءى(١٨٠٧) من ظاهر

١٨٠٦. يعني بالمشار إليه الإجماع الذي نقله في التذكرة و السرائر. و في الاستناد إليه بعد كون المسألة ذات أقوال خمسة منع واضح.

١٨٠٧. ليس الوجه في ذلك عدم تعرّضه إلاّ للمستوفى من منافع البغل مع كونه في مقام بيان ضمان المنافع، إذ فيه أنّ منافع البغل على نحو التبادل لا على نحو الاجتماع، بمعنى عدم قابليّة استيفاء تمام منافعه في زمان واحد، و هذا النحو من المنافع لايضمن جميعها، بل يضمن الأعلى من بينها حتّى مع الاستيفاء أيضاً و لوكان المستوفى أدناها، و الظاهر أنّ أعلى منافع البغل هو الركوب، و لأجل هذا الوجه خصّ الضمان به لا لأجل ورود الاستيفاء عليه.

و بالجملة، ليس الوجه فيه ما ذكر، بل الوجه فيه أنّه مع فرض حبس البغل خمسة عشر يوماً قد حكم عليه بخصوص اُجرة مثل البغل من الكوفة إلى بغداد ذهاباً و إياباً، و الحال أنّ

---

* في بعض النسخ: غلبته.

صحيحة أبي‌ولاّد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به

.....

طيّ هذا المقدار من المسافة يتحقّق بأقلّ من خمسة عشر يوماً، فيتراءى من ذلك أنّ اللازم عليه أُجرة المنفعة المستوفاة خاصّة، و إلاّ لحكم بأُجرة تمام الخمسة عشر يوماً التي استوفى المنفعة من البغل في بعضها – كالعشرة أيّام – دون بعض، مثل الخمسة الزائدة عليها التي حبسه فيها بلا استعماله.

ثمّ إنّ المتراءى من التعبير بالمتراءى أنّه غير جازم بذلك، و لعلّ الوجه فيه احتمال أنّ سيره إنّما كان على خلاف الطريق المتعارف فعلاً من الكوفة إلى بغداد التي تطوى في ضمن عشرة أيّام ذهاباً و إياباً، فإنّه قد ركب من الكوفة إلى النيل* الواقع في الواسط – و يسمّى فعلاً بالحيّ – و من النيل إلى بغداد، و السير بهذا الطريق يحتاج – على ما ينقل – إلى أزيد ممّا يحتاج إليه السير بالطريق المتعارف، فيحتمل أن تكون مدّة سيره من هذا الطريق ذهاباً و إياباً،

---

* في هامش الطبعة الحجريّة: «حكى ابن خلّكان في ترجمة ابن أبي‌الحجّاج الشاعر: «أنّه في الأصل اسم نهر حفره الحجّاج بن يوسف، وسمّاه بنيل مصر» انتهى.

و من أهل هذا البلد أبوسعيد النيلي الشاعر، و هو من الإماميّة. و روي أنّه لمّا أنشأ يوسف الواسطي المعاند عليه اللعنة في ردّ تخلّف أميرالمؤمنين عليه السلام عن بيعة أبي بكر هذين البيتين:

إذا اجتمع الناس في واحد ... و خالفهم في الرضا واحد

فقد دلّ إجماعهم كلّهم ... على أنّه عقله فاسد

أجابه أبوسعيد المذكور بأبيات فقال:

ألا قل لمن قال في كفره ... و ربّي على كفره شاهد

إذا اجتمع الناس في واحد ... و خالفهم في الرضا واحد

فقد دلّ إجماعهم كلّهم ... على أنّه عقله فاسد

كذبت و قولك غير الصحيح ... و زعمك ينقده الناقد

فقد اجتمعت قوم موسى جميعاً ... على الرجس ما عجل ما مارد**

و راموا عكوفاً على عجلهم ... و هارون منفرد فارد

فكان الكثير هم المخطئون ... و كان المصيب هو الواحد

انتهى. ولعمري إنّه قد أجاد بما لانهاية له. منه عفي عنه و عن والديه و عن أساتيذه». راجع وفيات الأعيان لابن‌خلّكان... .

** كذا رأيته في النسخة.

إلى غير محلّ الرخصة إلاّ أنّا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب(١٨٠٨) الذي هو موردها.

الرابع: إذا تلف المبيع، فإن كان مثليّاً وجب مثله(١٨٠٩)

.....

خمسة عشر يوماً، فلايبقى لها حينئذٍ دلالة على اختصاص الضمان بالمنفعة المستوفاة إلاّ بعدم التعرّض لغيرها من منافع البغل الذي قد عرفت منع دلالته عليه، فلا مانع من الأخذ بمقتضى الأدلّة الدالّة على الضمان مطلقاً، فتدبّر جيّداً.

١٨٠٨. يعني: فكيف يؤخذ بمدلولها - و هو اختصاص الضمان بالمنفعة المستوفاة - في غير موردها، و هو المقبوض بالعقد الفاسد، و الرواية لايتعدّى عن موردها إلى غيره إلاّ إذا كانت معمولة بها في موردها؟

١٨٠٩. لاريب في أنّ لفظ المثلي و كذا القيمي ليس لفظاً شرعيّاً أو لغويّاً وقع النزاع في معناه الشرعيّ أو اللغوي، بمعنى أنّه ليس عنواناً مستقلاً متأصّلاً ورد في آية أو رواية حتّى يتكلّم في بيان المراد منه، بل هو عنوان منتزع من حكم العرف الممضى شرعاً بواسطة إحالة كيفيّة الضمان إليهم بوجوب أداء المثل في بعض المضمونات، لعدم تحقّق الأداء المتوقّف عليه ارتفاع الضمان بمقتضى الحديث في نظرهم إلاّ به، كما أنّ القيمي قد انتزع من الحكم بوجوب أداء القيمة في البعض الآخر، نظير الركن بالنسبة إلى الصلاة، فإنّه ليس بلفظ شرعيّ ورد في لسان دليل، و إنّما هو عنوان انتزعه الفقهاء من حكم الشارع في بعض الأجزاء و الشرائط ببطلان الصلاة بنقصانها عمداً و سهواً. فالمراد من المثلي ما يجب فيه المثل، أي: ما لايكون أدائه من حيث هو حين التلف إلاّ بردّ المثل، و كذا القيمي، كما أنّ المراد من الركن ما يبطل الصلاة بتركه عمداً أو سهواً. فالمثليّة و القيميّة مثل الركنيّة متأخّرة عن الحكم بوجوب المثل أو القيمة ناشئة من الحكم المذكور، فلايعقل جعلهما موضوعاً له، فلابدّ أن يكون موضوع كلّ من الحكمين جملة من الأموال المضمونة. و لمّا كان كلّ من الموضوعين غير متميّز عن الآخر جعلوا لكلّ منهما ضابطاً يميّزه عن الآخر، و عرّفوه بما تراه من التعاريف. فالتعاريف تعريف و تحديد لموضوع حكم العرف فيه بوجوب المثل أو وجوب القيمة، و إلاّ فالمثلي و القيمي بأنفسهما ليسا بشيء حتّى يعرّف بتعريف، فالشبهة في موضوع الحكم و الغرض إعطاء الضابط فيه.

فنقول: التحقيق أن يقال: إنّ الضمان بلحاظ بعض آثاره - و هو كون البدل على الضامن على تقدير التلف - إنّما هو في خصوص الأموال، و ماليّة الأموال مختلفة، إذ قد تكون

.....

باعتبار الجامع بحيث لاتكون للخصوصيّات المشخّصة دخل في ذلك، و قد تكون باعتبار الخصوصيّات المشخّصة، فالحنطة مثلاً ماليّتها باعتبار الجامع و الجهات الكلّية، و لاتلاحظ المشخّصات الفرديّة في مرحلة التقويم أصلاً، بل الميزان في معرفة الأشخاص و الجزئيّات منها هو الجهات الكلّية من الحنطيّة و الصفرة و الحمرة و نحوها من الأمور الكلّية، و لاينافي ذلك بذل المال بإزاء الشخص كما هو ظاهر، بخلاف الفرس مثلاً، فإنّ المناط في ماليّته الجهات الشخصيّة و الخصوصيّات الفرديّة.

إن قلت: لايعقل دخل الشخص من حيث هو في شيء، حيث إنّه يترتّب على ما يماثله لو اتّفق ما يترتّب على ذلك الشيء، و انحصار الكلّي في الفرد لاينافي كون المناط هو الجامع.

قلت: نعم، لكن ندرة الوجود يوجب قصر النظر على الفرد و قطع النظر عن الكلّي، فلايلاحظ الجامع لو اتّفق وجوده في ضمن فرد أو أفراد قليلة. فماليّة المال لو شاع وجود الجامع محدودة بالحدود الكلّية، و مع الندرة بالحدود الشخصيّة. و لأجل هذا الاختلاف تختلف كيفيّة الضمان، فكلّ ما كان من الأوّل يضمن فيه بالمثل و يعبّر عنه بالمثلي، وكلّ ما كان من الثاني يضمن فيه بالقيمة ابتداءً و يعبّر عنه بالقيمي. فالمثلي هو الأعيان الخارجيّة التي يكون مدار ماليّتها الجهات المشتركة بينها.

و إن شئت قلت: إنّ المثلي هو الكلّي الذي يكون المدار في ماليّته أفراده الخارجيّة على هذا و ذلك، كالحنطة مثلاً، لأنّ ماليّة جميع أفرادها إنّما هي بلحاظ الجهات الكلّية الجنسيّة أو النوعيّة أو الصنفيّة بمراتبها المتنازلة، بحيث لادخل في ذلك للخصوصيّات الشخصيّة الفرديّة أصلاً، و القيمي بعكس ذلك. هذا هو الضابط المحكم المستحكم.

فحينئذ نقول: إنّ الحكم في النحو الأوّل من الأموال هو الضمان بالمثل المراد منه مثل التالف بالكلّية. و لاشبهة في عدم تحقّق مماثلة شيء للتالف إلاّ بمشاركته له في جميع ماله دخل في ماليّته من الجهات الكلّية، فلايكفي مطلق ما كان المناط في ماليّته الجهات الكلّية من الأفراد و إن لم ينطبق عليه تمام مناط الماليّة الكائنة في التالف.

و بالجملة، الحكم في الأوّل لزوم إعطاء فرد آخر من كلّي التالف مماثل له، لامطلق الفرد حتّى يتوهّم كفاية فرد من صنف عن فرد من آخر، كما أنّ الحكم في الثاني — أي: القيمي — لزوم إعطاء قيمة التالف لامطلق القيمة.

بلاخلاف إلاّ ما يحكى عن ظاهر الإسكافي(١٨١٠). و قد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي، فالشيخ و ابن‌زهرة و ابن‌إدريس[١٥] و المحقّق و تلميذه و العلاّمة و غيرهم‌ﷺ بل المشهور على ما حكي أنّه: ما يتساوى أجزائه من حيث القيمة(١٨١١).

.....

١٨١٠. فإنّه قال - على ما في شرح الإرشاد للأردبيليﷺ -: «إن تلف المغصوب دفع قيمته أو مثله إن رضي به صاحبه» انتهى. إطلاق المغصوب في كلامه يعمّ المثلي، فيدلّ على وجوب دفع القيمة في تلفه، إمّا معيّناً لوكان قوله: «إن رضي...» راجعاً إلى خصوص المعطوف، أو مخيّراً بينه و بين دفع المثل لوكان راجعاً إليه و إلى المعطوف عليه. و على كلّ تقدير يكون مخالفاً للقول بوجوب دفع المثل معيّناً في المثلي. نعم، لوكان مراده من المغصوب خصوص القيمي - كما احتمله الأردبيليﷺ - لما كان مخالفاً له. قالﷺ بعد نقل العبارة: «و لعلّه يريد القيمي، فإنّ في ضمانه بالمثل خلافاً» انتهى.

وكيف كان، فعدّه مخالفاً للقول بضمان المثل في المثلي هنا ينافي عدّه مخالفاً للقول بضمان القيمي بالقيمة فيما يأتي في الأمر السابع و أنّه يضمن بالمثل أيضاً، لأنّ الأوّل مبنيّ على أن تكون عبارته كما نقلناها، و الثاني مبنيّ على كونها عكس ما نقلناها، بكون المثل مكان القيمة و القيمة مكان المثل، ضرورة أنّها لوكانت كما نقلناها لدلّت على ضمان المغصوب بالقيمة إمّا مطلقاً أو في خصوص القيمي.

١٨١١. يمكن إرجاع هذا التعريف إلى ما ذكرناه في مقام إعطاء الضابطة، بأن يقال: إنّ الأجزاء - مع أنّه اُريد منها الأفراد، كما يقتضيه تفسير المصنّف لها بما يصدق عليه اسم الحقيقة، لأنّه ليس إلاّ الفرد كما هو واضح، و يقتضيه أيضاً كما حكاه عن المورد على هذا التعريف فيما بعد من قوله: «إذ ما من مثلي إلاّ و أجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإن قفيزاً...» إلى آخر العبارة، فإنّ مراده من الأجزاء هو الأفراد، و هو أيضاً واضح - إنّما اُريد منها خصوص الأفراد التي لكلّ منها قيمة، لامطلق الأفراد و لو لم يكن لكلّ منها قيمة، و ذلك بقرينة قوله: «من حيث القيمة» فإنّه يدلّ على أنّه ذو قيمة.

فإن قلت: فما السرّ في اختيار التعبير بـ«الأجزاء».

قلت: السرّ فيه - كما قيل - هو الإشارة إلى كون الفرد جزءاً أيضاً. توضيح ذلك: أنّ

.....

غالب المثليّات – مثل الحبوبات – ليس كلّ فرد منها بانفراده مالاً، و إنّما يكون كذلك إذا صار جزءاً لمقدار يتعلّق الغرض به لا بما دونه، بأن اجتمع هو مع جملة من سائر الأفراد حتّى يتعلّق به غرض فيصير مالاً. مثلاً الحنطة لايصير كلّ واحد من أفرادها – و هي الحبّات – مالاً إلاّ بعد ملاحظة اجتماعه مع جملة من الأفراد و الحبّات الأُخر الملازم لجزئيّته للأفراد المجتمعة في مرحلة عروض الماليّة عليه و على جامعها، أعني: الحنطيّة. فكأنّه قال: ما تساوى كلّ فرد يلازم فرديّته من حيث طروّ الماليّة عليه جزئيّته لجملة من الأفراد المجتمعة و انضمامه إليها مع الفرد الآخر كذلك في القيمة. فالنظر في هذا التعريف إلى الغالب، و العبارة الوافية بحيث تشمل جميع المثليّات أن يقال: ما تساوت أجزاؤه أو أفراده في القيمة، فيعمّ مثل الدراهم و الدنانير. و المراد من التساوي في القيمة هو التساوي من حيث الخصوصيّات الشخصيّة، بمعنى عدم الاختلاف من تلك الجهة، سواء لم‌يكن اختلاف أصلاً كما في أفراد الصنف الواحد، أو كان و لكن لم يستند إلى الجهات الشخصيّة بل إلى الجهات الكلّية كما في أفراد الصنفين.

و بالجملة، المراد من التساوي عدم الاختلاف في القيمة من قبل الجهات الشخصيّة. و هذا المعنى كما يصحّ إسناده إلى الصنف، كذلك يصحّ إسناده إلى الجنس و إن كانت له أنواع مختلفة في القيمة، و إلى النوع و إن كانت له أصناف كذلك، إذ يصدق في كلّ واحد منها أنّه شيء لايختلف أفراده الخارجيّة في القيمة اختلافاً استند إلى الجهات الفرديّة، بل كلّها من هذه الجهة متساوية و إن كانت بالنسبة إلى الجهات الكلّية متفاوتة، بل تساوي أفراد الصنف في تلك الجهة عين تساوي أفراد النوع و الجنس من تلك الجهة، إذ الفرد له فرد لهما أيضاً.

و من هنا ظهر أنّ الموصول في هذا التعريف أعمّ من الجنس و النوع و الصنف، فلايرد عليه ما ذكره المصنّف بقوله: «و لكنّ الإنصاف أنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم...»، لابتنائه على أن يراد من الموصول خصوص الأصناف أو خصوص الأنواع، و هو مبنيّ على أن يراد من التساوي هو من حيث الاشتمال على الجهات الكلّية التي لها دخل في القيمة، إذ التساوي حينئذٍ يختصّ بأفراد الصنف الواحد، و قد منعنا المبنى و قلنا: إنّ المراد من التساوي عدم الاختلاف في القيمة من قبل الجهات الشخصيّة، فلا مانع حينئذٍ من عموم الموصول للجنس و النوع، بل ليس بينهما و بين الصنف تفكيك في هذا النحو من التساوي.

و المراد بأجزائه ما يصدق(١٨١٢) عليه اسم الحقيقة. و المراد بتساويها من حيث القيمة(١٨١٣): تساويها بالنسبة، بمعنى كون قيمة كلّ بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار؛ و لذا قيل في توضيحه: إنّ المقدار منه إذا كان يستوي قيمة، فنصفه يستوي نصف تلك القيمة، و من هنا رجّح الشهيد الثاني(١٨١٤) كون المصوّغ من النقدين قيميّاً، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها. قلت: و هذا يوجب(١٨١٥) أن لايكون الدرهم الواحد مثليّاً؛ إذ لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه

.....

١٨١٢. فلايرد عليه النقض بكسر الدرهم، إذ نصف الدرهم لايصدق عليه الدرهم.

١٨١٣. هذا منافٍ لكون المراد من الأجزاء ما يصدق عليه الحقيقة، إذ مرجعه إلى كون المراد من الجزء هو الفرد، و قضيّة هذا كون المراد منه معناه المتعارف. و بعبارة أُخرى: أنّ مقتضى هذا كون المراد من الموصول في التعريف هو الشخص، و مقتضى الأوّل كون المراد منه الكلّي، إلاّ أن يقال: إنّ المراد من البعض هنا الفرد و ما يصدق عليه الحقيقة. و الحاصل: أن يراد منه البعض مع حفظ عنوان الفرديّة للحقيقة الكلّية.

وكيف كان، فمقتضى ذلك اعتبار التساوي بين نسبة قيمة كلّ بعض إلى قيمة الآخر و بين نسبة نفس البعض إلى البعض الآخر و هذا المعنى يصدق في صورتي نقصان قيمة البعض عمّا كان له حال انضمامه بالبعض الآخر و اجتماعه معه و عدم نقصانه عنه. فحينئذٍ لايصحّ الاستشهاد على هذا المعنى الأعمّ بما ذكره بقوله: «و لذا قيل في توضيحه». يعني: قيل في توضيح التساوي المأخوذ في تعريف المثلي: إنّ المقدار منه - أي: من المثلي - إذا كان يستوي قيمة...، إذ قد اعتبر هنا عدم نقصان القيمة للبعض عن الحصّة التي كانت له قبل التبعيض، إلاّ أن يراد الاستشهاد على إرادة خصوص التساوي النسبي لا على كيفيّته، فتأمّل.

١٨١٤. يعني: ممّا قيل في توضيح التساوي المأخوذ في تعريف المثلي.

١٨١٥. هذا إنّما يوجبه بناءً على أن يراد من التساوي ما يستفاد من توضيح التعريف، و هو اعتبار عدم النقصان عمّا كان قبل التبعيض. و عليه، لايصحّ توجيهه بما ذكره بقوله: «إلاّ أن يقال إنّ الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه...»، إذ قضيّة ما ذكره في التوجيه أن يكون المراد من الموصول في التعريف المذكور للمثلي هو الكلّي و من الأجزاء الأفراد، و قضيّة ما قيل في

عن نصف قيمة المجموع، إلاّ أن يقال: إنّ الدرهم مثليّ بالنسبة إلى نوعه(١٨١٦). و هو الصحيح؛(١٨١٧)، و لذا لايعدّ الجريش مثلاً للحنطة و لا الدقاقة مثلاً للأرزّ.

و من هنا يظهر(١٨١٨) أنّ كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد(١٨١٩)، بل كلّ صنف من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف. فلايرد ما قيل(١٨٢٠) من أنه إن أُريد التساوي بالكلّية فالظاهر عدم صدقه على شئ من المعرّف؛ إذ ما من مثلي إلاّ و أجزائه مختلفة في القيمة كالحنطة؛ فإنّ قفيزاً من حنطةٍ يساوي عشرة و من أُخرى يساوي عشرين. و إن أُريد التساوي في الجملة، فهو في القيمي موجود كالثوب و الأرض، انتهى.

و قد لوّح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا: من أنّ كون الحنطة مثليّةً، معناه: أنّ كلّ صنف منها متماثل الأجزاء و متساوٍ في القيمة، لا بمعنى أنّ جميع أبعاض هذا النوع متساوية في القيمة، فإذا كان المضمون بعضاً من صنف، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف لا القيمة و لا بعض من صنف آخر١٦.

.....

التوضيح - كما عرفت - أن يكون المراد منه الشخص و من الأجزاء معناه المصطلح و هو الأبعاض، فكم فرق بين المعنيين؟ فكيف يكون أحدهما توجيهاً للآخر؟ و أمّا بناءً على ما ذكره المصنّف في بيان المراد من التساوي فلا، إذ قد عرفت أنّه أعمّ من صورة النقصان و عدمه.

١٨١٦. لا بالنسبة إلى جنسه الأعمّ من الصحيح و المكسور.

١٨١٧. لأنّه شيء يتساوى أفراده، و هي الدراهم الصحاح في القيمة.

١٨١٨. أي: من قوله: «إلاّ أن يقال...». و لكن قد ظهر ممّا ذكرنا عدم التفاوت في المثليّة بين النوع و الصنف و الجنس، و أنّ مثليّة الصنف عين مثليّة الطرفين.

١٨١٩. يعني: الجنس الواحد المثلي، لامطلقاً حتّى يشكل هذه الكلّية بالقيميّات.

١٨٢٠. لامورد لهذه الكلمات بناءً على ما ذكرنا في بيان المراد من التساوي. نعم، لها مورد بناءً على خلاف التحقيق الذي مرّ ذكره. ثمّ إنّ القائل هو الأردبيلي﵀ في مجمع البرهان على ما قيل.

لكنّ الإنصاف(١٨٢١): أنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم؛ فإنّهم يطلقون المثلي على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما مع عدم صدق التعريف عليه، و إطلاق المثلي على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيداً، إلاّ أنّ انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً(١٨٢٢)، إلاّ أن يهملوا(١٨٢٣)

.....

١٨٢١. لاريب في أنّ فساد المقدّمة يوجب فساد النتيجة، إذ قد مرّ أنّ المراد من التساوي عدم اختلاف الأفراد في القيمة من جهة التشخّصات الفرديّة، و عليه لايرد إشكال أصلاً، فلا حاجة إلى ما ذكره من التوجيه، أعني: إهمال خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها، لعدم التنافي بين عدم الإهمال و بين التساوي بالمعنى الذي ذكرناه.

١٨٢٢. يعني: باعتبار مثليّة الأنواع أو الأصناف. وجه البعد: لزوم المسامحة في التعريف، لاحتياجه إلى إضمار في نظم الكلام، فإنّه يكون في تقدير ما يتساوى أجزاء أنواعه أو أصنافه، و البناء في التعريف على عدم المسامحة فيه مهما أمكن.

١٨٢٣. ظاهر سوق العبارة أنّ هذا راجع إلى قوله: «بعيد جدّاً». و الغرض منه توجيه انطباق التعريف المذكور على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه على نحو يسلم عن هذا البعد، و لكنّه ليس كذلك جزماً، حيث إنّه بناءً على الإهمال لايكون الإطلاق بلحاظ الأنواع و الأصناف، بل بلحاظ نفس الجنس، بل هو معادل لقوله: «باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه».

فالأولى أن يأتي العبارة على نحو يؤدّي هذا المعنى. و حاصل معنى العبارة حينئذٍ: أنّ إطلاقهم المثلي على الجنس إن كان باعتبار مثليّة الأنواع أو الأصناف من باب توصيف الشيء بحال متعلّقه، فهو و إن لم يكن بعيداً إلاّ أنّ انطباق التعريف المذكور عليه بهذا الاعتبار بعيد جدّاً. و إن كان باعتبار إهمال الخصوصيّات النوعيّة و الصنفيّة الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها و لحاظ جنس الشيء من حيث هو، فهو و إن كان يقرب معه انطباق التعريف على الجنس بلامسامحة و احتياج إلى الإضمار، بأن يكون المعنى ما يتساوى أجزائه في القيمة من حيث هو مع قطع النظر عن الأوصاف النوعيّة و الصنفيّة، و إن كانت تتفاوت فيها مع ملاحظتها، لكن هذا الإهمال بنفسه أبعد، لأنّ قضيّة التعريف للمثلي حينئذٍ أنّه لايجب على الضامن إلاّ ما صدق عليه التعريف، فلا معنى لوجوب رعاية الخصوصيّات عند الأداء، و إلاّ فلا فائدة في التعريف.

خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها، كما التزمه بعضهم. غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف أو القرض، و هذا أبعد.

هذا، مضافاً إلى أنه يشكل(١٨٢٤) اطّراد التعريف بناءً على هذا، بأنه: إن أُريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوياً حقيقيّاً، فقلّما يتّفق ذلك في الصنف الواحد من النوع؛ لأن أشخاص ذلك الصنف لاتكاد تتساوى في القيمة؛ لتفاوتها بالخصوصيّات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها، كما لايخفى. و إن أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و إن لم يتساو حقيقةً، تحقّق ذلك في أكثر القيميّات؛ فإنّ لنوع

.....

١٨٢٤. يعني: لزوم مخالفة ظاهر كلماتهم على تقدير كون المراد من الموصول في التعريف هو الصنف، مضافاً إلى أنّه يشكل اطّراد التعريف، إذ لايصحّ أن يراد من التساوي التساوي الحقيقي، لاستلزامه خروج أكثر المثليّات، فلابدّ أن يراد منه التساوي العرفيّ المسامحيّ، أي: تقارب الصفات، و عليه يلزم دخول أكثر القيميّات في التعريف، لتحقّق التساوي بالمعنى المذكور فيه.

هذا، و لايخفى أنّ الإشكال على اطّراد التعريف بالتقريب المذكور ليس بأولى من الإشكال على انعكاسه، بتقريب: أنّه لايصحّ إرادة التساوي العرفي، أي: التقارب في الصفات، لاستلزامه دخول أكثر القيميّات، فلابدّ أن يراد التساوي الحقيقي، و عليه يلزم خروج أكثر المثليّات. فالأحسن هو الترديد في الإشكال بين الاطّراد و الانعكاس على ما هو قضيّة الترديد في التعليل. و لو لم تكن كلمة الاطّراد في العبارة لسلمت عن هذا الإشكال كما لايخفى.

وكيف كان، يمكن دفع الإشكال عليه بعدم الاطّراد أو عدم الانعكاس بأنّا نختار الأوّل من شقيّ التعليل، و هو إرادة التساوي الحقيقي بين أجزاء صنف واحد في القيمة، و نقول: إنّ منع حصوله في المثليّات إلاّ ما قلّ من قبيل التناقض، إذ قضيّة اتّحاد الصنف - كما هو الفرض - انتفاء ما يوجب اختلاف الأفراد في القيمة، و فرض الاختلاف فيها مناقض له، إذ لامنشأ لاختلافها إلاّ وجود خصوصيّة في أحد الأفراد دون الآخر، و معه يكون الصنف مختلفاً قهراً.

و بالجملة، إن أراد من الخصوصيّة في قوله: «لتفاوتها في الخصوصيّات...»، الخصوصيّة الكلّية فهو خلف، و إن أراد الخصوصيّة الفرديّة فهو حينئذٍ لايكون مثليّاً حتّى يرد النقض.

الجارية أصنافاً(١٨٢٥) متقاربةً في الصفات الموجبة لتساوي القيمة، و بهذا الاعتبار(١٨٢٦) يصحّ السلم فيها و لذا اختار العلاّمة(١٨٢٧) في باب القرض من التذكرة على ما حكي عنه أنّ ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله. و قد عدّ الشيخ(١٨٢٨) في المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات، مع أنّ كلّ نوع منها مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة بل متساوية عرفاً.

ثمّ لو فرض أنّ الصنف(١٨٢٩) المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمية عزيز

.....

١٨٢٥. الصواب أن يقول: فإنّ لصنف الجارية أجزاءً، أي: أفراداً متقاربة في الصفات الموجبة لتقاربها في القيمة. فالمراد من التساوي في ذيل العبارة هو العرفي المسامحي لا الحقيقي، و إلاّ فاللازم بمقتضى قوله: «و إن أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة» أن يقول: الموجبة للتقارب من حيث القيمة.

١٨٢٦. يعني: باعتبار تحقّق تقارب صفات أصناف الجارية الموجبة لتساوي القيمة بالمعنى المتقدّم ذكره، و الاكتفاء بذلك المقدار في رفع الجهالة و الغرر المعتبر في صحّة البيع، يصحّ السلم فيها. فلو كانت متباعدة الصفات بحيث لايصدق التساوي العرفي أيضاً كما لايصدق التساوي الحقيقي، أو كانت متقاربة و لكن لم يكتف بذلك في رفع الغرر، لم يصحّ السلم فيها من جهة الغرر، إمّا من حيث احتمال عدم الوجود أو من حيث احتمال اختلاف القيمة.

١٨٢٧. يعني: لأجل تحقّق التقارب الموجب للتساوي العرفي في القيميّات اختار العلاّمة أنّ القيميّات التي يصحّ فيها السلم مضمون في القرض بمثله، فلو لم يتحقّق التقارب فيها كيف يحكم بضمان بعضها بالمثل، المراد منه الفرد الآخر المماثل للعين المقترضة المتقارب لها في الصفات؟ بل لابدّ من الحكم بضمان القيمة فيها مطلقاً، لعدم وجود المثل حينئذٍ.

١٨٢٨. هذا استشهاد أيضاً على تحقّق التقارب في القيمي.

١٨٢٩. هذا مربوط بقوله قبله: «تحقّق ذلك في أكثر القيميّات». يعني: أنّه إن أُريد من التساوي التقارب بشكل اطّراد التعريف بأكثر القيميّات، لتحقّق التقارب فيه. و لو تنزّلنا عن

الوجود بخلاف الأنواع المثليّة، لم يوجب ذلك إصلاح طـرد التعريـف. نعـم، يوجـب ذلك(١٨٣٠) الفرق بين النوعين في حكمة الحكم بضمان المثلي بالمثل، و القيمي بالقيمة.

ثمّ إنّه قد عرّف المثلي بتعاريف أُخر أعمّ من التعريف المتقدّم أو أخصّ، فعن التحرير أنّه ما تماثلت أجزاؤه و تقاربت صفاته. و عن الدروس و الروضة: أنّه المتساوي الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات[١٧](١٨٣١)، و عن المسالك و الكفاية: أنّه أقرب التعريفات إلى السلامة. و عن غاية المراد: ما تساوى أجزائه في الحقيقة النوعيّة. و عن بعض العامّة: أنّه ما قدر بالكيل أو الوزن. و عن آخرٍ منهم زيادة جواز بيعه سلماً. و عن ثالث منـهم زيـادة جواز بيع بعضه ببعض، إلى غير ذلك مما حكاه في التذكرة عن العامّة.

ثمّ لايخفى أنّه ليس للفظ "المثلي" حقيقة شرعيّة و لامتشرعّة، و ليس المـراد معنـاه اللغوي؛ إذ المراد بالمثل لغة:

.....

ذلك و فرضنا أنّ الصنف المتقارب الأفراد من حيث القيمة قليل الوجود لاكـثيره، لم يـصلح إشكال اطّراد التعريف بعزّة وجود الصنف الكذائي، بل يبقى على حاله، لدخول هذا الصنف العزيز الوجود من القيميّات في التعريف، و هو كاف في الإشكال عليه، لبناء التعريف علـى شرح الحقيقة لا على الغالب، فعلم أن المراد من التساوي في قوله: «إنّ الصنف المتساوي» هو التقارب لامعناه الحقيقي.

١٨٣٠. يعني: نعم، يوجب عزّة الوجود و قلّته الفرق بين المثلي و القيمي في حكمـة الحكم بضمان المثل في الأوّل و ضمان القيمة في الثاني، لا في تشخيص مصاديق أحدهما عـن مصاديق الآخر الذي هو المطلوب هنا.

١٨٣١. قال المحقّق القمّي في مسألة الفضولي من أجوبة مسائله بعد ذكر هذا التعريف ما هذا لفظه: «و لعلّ المنفعة في كلامه عطف على القيمة المقدّرة، يعني: المتساوي الأجـزاء في القيمة و المنفعة. و يمكن أن يكون نظره في زيادة المنفعة إلى إخراج مثل الحنطة و الحمّص معـاً إذا تساويا في القيمة – و قيل: النوع الواحد في تعريف المشهور يكفي عن ذلك – و في زيادة تقارب الصفات إلى ملاحظة الأصناف كما ذكرنا» انتهى.

المماثل(١٨٣٢)، فإن أُريد من جميع الجهات ففير منعكس، و إن أُريد من بعضها ففير مطرّد. و ليس في النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان(١٨٣٣) حتّى يبحث عنه. نعم، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم[١٨](١٨٣٤)

.....

١٨٣٢. هذا خلط بين المثل الذي هو مباين للمال التالف و بين المثلي الذي هو كلّي ينطبق عليه و يصحّ حمله عليه بالحمل الشايع، و الكلام هنا في هذا الثاني، و هو الذي عرّفوه بما تراه من التعاريف، و قد عرفت أنّ المراد منه ما يكون مناط ماليّته الجامع، و لم يلاحظ فيها الجهات الشخصيّة، و لاإشكال فيه طرداً و عكساً. و أمّا الأوّل – أعني: المثل – فهو موضوع لإعطائه بدلاً عن التالف، و هو من أحكام هذا النحو من المال، و المراد منه – أي: المثل – هو الفرد المماثل للتالف من جميع الجهات الكلّية الدخيلة في ماليّة التالف كي يصدق الأداء الرافع للضمان، و لم يصرّح أحد بصدد تعريفه كي يورد عليه بعدم الانعكاس تارةً و عدم الاطّراد أُخرى.

١٨٣٣. مع هذا لابدّ أن يبحث عنه لتميّز ما يحكم العرف فيه بوجوب المثل عمّا يحكم فيه بوجوب القيمة.

١٨٣٤. لايقال: هذا كافٍ في لزوم البحث عنه. لأنّا نقول: إنّما يكفي هذا لوكان كلّ من المجمعين قد أراد من المثل في قوله «المثلي يضمن بالمثل» ماله من المعنى الواقعي الواحد، إذ حينئذٍ يكون إجماع منهم على ترتّب الحكم على هذا اللفظ بما له من المعنى الواحد أيّ معنى كان هو، سواء كان هذا المعنى الذي يقول به بعض المجمعين أو ذاك المعنى الآخر الذي يقول به البعض الآخر، بحيث يكون الاختلاف بينهم من باب الخطأ في التطبيق، فيجب البحث عن معنى هذا اللفظ و تعيينه بالقواعد المقرّرة له من الرجوع إلى العرف مثلاً. و لكنّه غير معلوم، لاحتمال أن يريد منه كلّ منهم في قوله المذكور ما يراه معنى له بحيث لو فرض أنّ معناه غير ما تخيّله لم يقل به. و على هذا لاثمرة تترتّب على البحث عن معناه، لانحصارها في تطبيق هذا المعنى المبحوث عنه على الأموال الخارجيّة كي يحكم بوجوب المثل فيها. فما كان منها بعنوانه مجمعاً على مثليّته – كالصنف الخاصّ من الحنطة مثلاً – فنفس الإجماع المذكور مغنٍ عن البحث عنه، و ما

على أنّ المثلي يضمن بالمثل و غيره بالقيمة، و من المعلوم أنه لايجوز الاتّكـال(١٨٣٥) في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقين. و حينئذٍ فينبغي أن يقال: كل ما كان مثلياً باتّفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل؛ للإجماع، و يبقى ما كان مختلفـاً فيه(١٨٣٦) بينهم كالذهب و الفضّة الغير المسكوكين، فإنّ صريح الـشيخ في المبـسوط كونهما من القيميّات، و ظاهر غيره[١٩] كونهما مثليين، و كذا الحديد و النحاس و الرصاص؛ فإنّ ظواهر عبائر المبسوط و الغنية و السرائر كونها قيميّة. و عبارة التحرير صريحة في كون اصولها مثليّة و إن كان المصوّغ منها قيمياً. و قد صرّح الشيخ في المبسوط: بكون الرطب و العنب قيمياً، و التمر و الزبيب مثليّاً.

.....

كان منها مختلفاً في مثليّته و قيميّته – كالرطب مثلاً – فلايفيد فيه انطباق المعنى المبحوث عنـه عليه و عدمه في مقام الحكم بوجوب المثل و عدمه، إلاّ بعد كون اللفظ بذاك المعنى موضـوعاً للحكم في معقد الإجماع، و المفروض عدمه، و إنّما هو موضوع له في خصوص قول بعـض المجمعين، فيكون هذا اتّكالاً على قول بعض المجمعين في بيان المراد و المعنى من اللفظ الواقع في معقد اتّفاقهم مع مخالفة الباقين، و أنّ مراد الكلّ من لفظ المثلي هو هذا الذي فهمـه بعـض المجمعين و طبّقه على الرطب مثلاً، لا الذي فهمه غيره و لم يطبّقه عليه، و هو غير جائز. هذا ولكنّ الظاهر أنّ إجماعهم هنا من النحو الأوّل، و إنّما الاختلاف في تطبيق ذاك المعنى، فافهم. فلابدّ من البحث عن التعيين.

١٨٣٥. ظاهر هذه العبارة و قوله: «وحينئذٍ فينبغي أن يقال: كلّ ما كان مثليّاً باتّفاق المجمعين...»، أنّ مثليّة بعض الأموال ر قيميّة الآخر أمر تعبّديّ لابدّ أن يرجع في تعيين ذلك إلى الدليل الشرعيّ الموجود في المسألة، و هو الإجماع في الجملة، أي: في بعض الأموال، و لـيس الأمر كذلك، بل هو أمر عرفي يرجع فيه إلى العرف. و اتّفاق المجمعين في بعض الأموال علـى المثليّة أو القيميّة و اختلافهم في الآخر إنّما هو من حيث إنّهم من أهل العرف لا من حيث إنّهم من أهل الشرع.

١٨٣٦. ظهر ممّا ذكرنا في ضابط المثلي و القيمي حال الموارد التي وقع الخلاف فيها، و أنّ أيّها مثلي و أيّها قيمي.

و قال في محكيّ المختلف: إنّ في الفرق إشكالاً، بل صرّح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين. و قد حكي عن موضع من جامع المقاصد: أنّ الثوب مثليّ و المشهور خلافه. و أيضاً فقد مثّلوا للمثلي بالحنطة و الشعير، و لم يعلم أنّ المراد(١٨٣٧) نوعهما أو كلّ صنف، و ما المعيار في الصنف، وكذا التمر.

و الحاصل: أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّة فيها كثيرة، فلابدّ من ملاحظة أنّ الأصل الذي يرجع إليه عند الشكّ هو الضمان بالمثل(١٨٣٨) أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة؟

.....

١٨٣٧. قد علم ممّا قدّمناه أنّ[المراد]* كلّ واحد من جنسهما و نوعهما، و أنّ المعيار في الصنف هو انتفاء ما يوجب اختلاف الأفراد في القيمة.

١٨٣٨. أمّا بحسب اللفظ فليس في المسألة أصل لفظي من عموم أو إطلاق يرجع إليه، لعدم دلالة أدلّة الضمان - التي عمدتها حديث «على اليد» - على أزيد من الضمان و ارتفاعه بالأداء، و أمّا أنّ الأداء بما يحصل فليس فيها دلالة عليه، و إنّما يرجع فيه إلى العرف. و قد مرّ أنّه يختلف عندهم باختلاف الأموال، ففي بعضها يحصل بأداء المثل، و في الآخر بأداء القيمة، و المفروض هنا الشكّ في كون المال المضمون من الأوّل أو الثاني. و أمّا آية الاعتداء فسيأتي الكلام فيها. و أمّا بحسب العمل ففيه احتمالات: الأوّل: الضمان بالمثل. و لعلّ وجهه توهّم كون المقام من قبيل الأقلّ و الأكثر مع القول بالاحتياط فيه. و الثاني: الضمان بالقيمة. و الوجه ما ذكر مع القول بالبرائة فيه. و يردّهما معاً أنّ المقام من قبيل المتباينين كما لايخفى على المتدبّر. و الثالث: تخيير الضامن. و وجهه: عدم وجوب الموافقة القطعيّة في المتباينين، بدعوى عدم تأثير العلم الإجمالي إلاّ في حرمة مخالفته القطعيّة دون وجوب موافقته القطعيّة، إمّا مطلقاً كما عليه بعض متأخّري المتأخّرين، أو في خصوص مثل المقام ممّا كان المعلوم بالإجمال من الماليّات، بدعوى قيام الإجماع على عدم وجوبها فيه. و لعلّ المصنّفﷺ في حكمه بالتخيير ناظر إلى هذا الوجه، لأنّ الأوّل خلاف مختاره أُصولاً و فقهاً، إلاّ أن يكون غرضهﷺ صرف بيان الاحتمال و لو على مذاق الغير. و كيف كان، فعلى هذا المبنى لامانع من إجراء البرائة من أحد الطرفين:

---

* سقط مابين المعقوفتين من الطبعة الحجريّة، و إنّما أضفناه ليستقيم المعنى.

المثل و القيمة. ففي بادي النظر و إن كان الأمر يدور بين أن يجعل مجرى البرائة هو غير ما اختاره الضامن حتّى يكون التخيير للضامن، أو غير ما اختاره المالك و رضي به حتّى يكون التخيير للمالك، و لكن بعد دقّة النظر يعلم أنّ مقتضى القاعدة هو الأوّل، و أنّ الثاني في طوله لا في عرضه، و ذلك لأنّ إجراء الأصل المذكور على كلّ تقدير وظيفة الضامن، لأنّه المكلّف بتفريغ ذمّته عمّا اشتغلت به، فكلّ مورد وجد فيه المقتضي له مع عدم المانع عنه أجراه فيه. و من المعلوم أنّ الطرف الذي لايريد دفعه لاقصور في موردّيته له. أمّا من جهة وجود المقتضي - و هو الشكّ - فواضح. و أمّا من جهة عدم المانع فلأنّه لو كان إنّما هو اعتبار رضا المالك.في ارتفاع الضمان بما يدفعه الضامن، و هو إمّا غير معتبر، إذ ليس له إلاّ قبول ما يجب دفعه على الضامن شرعاً و لو بالأصل، و إن كان غير ما يرضى به المالك. فالشكّ في وجوب ما يدفعه الضامن سبب* عن كونه هو الواجب عليه أو مشكوك الاعتبار، فيعمل بالمقتضي أيضاً، فافهم. و معه يتعيّن الواجب، فلايبقى مورد للتخيير للمالك، لأنّ التخيير في صورة التردّد، و لاتردّد مع إجراء أصل البرائة عمّا لايختاره الضامن. و لو فرض إجماع على عدم جواز إجرائه انقلب الأصل إلى الطرف الآخر، و هو ما يختاره الضامن للدفع و لايرضى به المالك، و مرجعه إلى أصالة عدم برائة ذمّته بدفع ما لايرضى به المالك، و هو عبارة اُخرى عن أصل الاشتغال. و بالجملة، بعد قيام الدليل على عدم جواز إجراء الضامن لأصل البرائة عن خصوص غير ما اختاره لايتعيّن الواجب عليه، فيقع الشكّ في ارتفاع الضمان بما لايرضى به المالك، فيرجع إلى قاعدة الاشتغال، و مقتضاها - بضميمة عدم وجوب الاحتياط، و جواز إجراء أصل البرائة عن أحد طرفي العلم في المالّيات، للإجمال أو لحديث نفي الضرر - تعيّن ما يرضى به المالك، و هذا هو التخيير للمالك. و الحاصل: أنّ كون التخيير للمالك بعد عدم وجوب الاحتياط على الضامن - لأحد الوجهين المتقدّمين - موقوف على جريان قاعدة الاشتغال، المتوقّف على الشكّ في ارتفاع الضمان بغير ما لايرضى به، المتوقّف على عدم تعيّن الواجب على الضامن، و هو موقوف على عدم جريان البرائة عمّا لايريده الضامن، إذ مع جريانها يتعيّن الواجب، فيرتفع الاشتغال. فقد تبيّن ممّا ذكرناه وجه تفريع المصنّف﵀ تخيير المالك على فرض الإجماع على عدم تخيير الضامن. فلايرد عليه ما أورده بعض المحقّقين بقوله: «و أمّا تخيير المالك فلا وجه لتفريعه

---

* كذا في الطبعة الحجريّة، و لعلّه تصحيف: مسبّب.

على فرض الإجماع على الخروج عن الأصل الأوّل، فإنّ تخيير المالك بعد أن كان مخالفاً للأصل لايصير موافقاً له بقيام الدليل على الخروج [عن الخروج] * عن الأصل» انتهى، إذ غرضه تفريعه من حيث المدرك و المبنى، بمعنى أنّ وجود أصالة الاشتغال و أصالة عدم البرائة عن الضمان بدفع ما لايرضى به المالك - المقتضي لتخييره - موقوف على قيام الدليل على عدم جواز إجراء الأصل الحاكم عليها، و هو أصل البرائة عمّا لايختاره الضامن، لاتفريعه عليه من حيث هو. و بما ذكرنا في وجه التخيير للضامن ظهر سقوط ما أورده أيضاً على التمسّك بأصالة البرائة عمّا زاد على ما يختاره الضامن لإثبات تخييره بما هذا لفظه: «و أصالة البرائة إن كانت بالنسبة إلى الزيادة الماليّة بحيث يختار الأقلّ، فمع فساده في نفسه غير مطّرد، لأنّه قد يتعلّق غرضه باختيار الأكثر، و يتعلّق غرض المالك بالأقلّ، فأصالة البرائة لاتوجب سلطنة الضامن على إلزام المالك بأخذ الأكثر. و إن كانت بالنسبة إلى التعيين مع دوران الأمر بينه و بين التخيير ففساده غنيّ عن البيان» انتهى. أقول: لعلّ نظره في وجه الفساد إلى عدم احتمال التخيير، و إنّما الأمر مردّد بين تعيين[هذا] ** و تعيين ذاك. وكيف كان، فوجه ظهور السقوط أنّ بناء الإيراد على تخيّل ابتناء ما ذكره المصنّف على كون المقام من دوران الأمر بين الأقلّ و الأكثر أو بين التعيين و التخيير، و هو تخيّل فاسد، و إنّما هو مبنيّ على عدم وجوب الاحتياط في المتباينين. نعم، يرد عليه منع المبنى. أمّا عدم اقتضاء العلم الإجمالي لوجوب الموافقة القطعيّة مع اقتضائه حرمة المخالفة القطعيّة، فلما أثبتناه في الأُصول من ثبوت الملازمة بين المرحلتين في الاقتضاء و عدمه. و أمّا الإجماع على عدم وجوب الاحتياط في مثل المقام فهو غير معلوم. و لو سلّم فغير مفيد، لاحتمال استناد بعض المجمعين إلى القول بعدم تأثير العلم الإجمالي في وجوب الموافقة القطعيّة. و لو سلّم فأصالة البرائة عن غير ما يختاره الضامن لاتثبت كون الواجب عليه ما يختاره حتّى ترفع اليد عن قاعدة الاشتغال المقتضية - بضميمة عدم وجوب الاحتياط - تخيير المالك إلاّ على الأصل المثبت، فالمرجع بعد تسليم عدم وجوب الاحتياط قاعدة الاشتغال ابتداءً.

و لأجل هذا قال المصنّف : «و الأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر- يعني: قبل فرض قيام

---

* كذا في الطبعة الحجريّة، و الظاهر أنّه من زيادة النساخ.

** سقط ما بين المعقوفتين من الطبعة الحجريّة، و إنّما أضفناه ليستقيم المعنى.

و لايبعد أن يقال: إنّ الأصل هو تخيير الضامن؛ لأصالة براءة ذمّته عما زاد على ما يختاره، فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك؛ لأصالة عدم برائة ذمّته بدفع ما لايرضى به المالك، مضافاً إلى عموم "على اليد ما أخذت حتّى تؤدي" فإنّ مقتضاه(١٨٣٩) عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضي المالك بشئ آخر. و الأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر؛(١٨٤٠)، لأصالة الاشتغال(١٨٤١)،

.....

الإجماع على عدم إجراء أصل البرائة - لأصالة الاشتغال، و التمسّك بأصالة البرائة لايخلو عن منع» انتهى. و الرابع: تخيير المالك. و الوجه فيه - مضافاً إلى ما علم ممّا تقدّم من أصالة الاشتغال - ما ذكره المصنفﷺ، و هو عموم «على اليد» بتقريب أنّ مقتضاه بلحاظ الغاية عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر. و فيه: أنّ أصالة الاشتغال لايقتضي إلاّ بعد البناء على عدم وجوب الاحتياط اعتماداً على أحد الوجهين المذكورين، و قد مرّ منعهما معاً. و أمّا عموم «على اليد» ففيه: أنّه إنّما يدلّ على عدم ارتفاع الضمان إلاّ بأداء العين، و أمّا أنّ أداءها عند التلف بماذا يتحقّق فلا دلالة عليه.

فالمرجع فيه العرف، و قد مرّ أنّ الأداء الحقيقي عندهم مختلف بحسب الأموال و الحالات، فالبدل عين المبدل منه عندهم، و إنّما الشكّ في أنّ البدل هذا أو ذاك. و الخامس: الاحتياط بالنسبة إلى الضامن. و هو الأقوى، لدوران الأمر بين المتباينين، و عدم القدر المتيقّن في البين. و كذا بالنسبة إلى المالك أيضاً. فلايجوز للأوّل إلزام الثاني بأخذ أحدهما معيّناً، كما أنّه لايجوز للثاني إلزام الأوّل بدفعه فضلاً عن الإلزام على الجمع بينهما، فيجب على كلّ منهما أن يعمل على طبق رضا صاحبه، فلو تشاحّا فيرجع إلى الصلح القهري أو القرعة، لأنّ الشبهة موضوعيّة. نعم، لوصحّ الإجماع على عدم وجوب الاحتياط فالأقوى كما ذكره المصنّف تخيير المالك. ثمّ إنّ المختار في المسألة لافرق فيه بين أن يكون ما على الضامن هو نفس العين حتّى مع التلف كما قوّيناه، و بين أن يكون هو البدل في الفرض المذكور كما هو المشهور، فتدبّر جيّداً.

١٨٣٩. قد تقدّم عدم صحّة الاستدلال بالحديث.

١٨٤٠. نعم، لوقام الإجماع على عدم وجوب الاحتياط في أمثال المقام، و لكن فيه نظر كما مرّ، فالأقوى الاحتياط بالنحو الذي ذكرناه.

١٨٤١. يعني بها أصالة الاشتغال بالنسبة إلى تعيين المدفوع، لا بالنسبة إلى الطرف

و التمسك بأصالة البرائة لايخلو من منع(١٨٤٢). نعم، يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال و الإجماع على عدم تخيير المالك: التخيير في الأداء(١٨٤٣) من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعني: تعيّن المثل بحيث لايكون للمالك مطالبة القيمة و لا للضامن الامتناع، وستعيين القيمة كذلك، فلا متيقّن في البين، و لايمكن البرائة اليقينيّة عند التشاحّ، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى، فتأمّل(١٨٤٤)

.....

الآخر حتّى يقال: إنّ مقتضاها الاحتياط بدفع كليهما لاتخيير المالك.

١٨٤٢. لكونها مثبتة بالنسبة إلى تعيين ما يجب على الضامن دفعه، و بعد عدم حجّيته يرجع من أوّل الأمر إلى قاعدة الاشتغال، و نتيجتها بضميمة عدم وجوب الاحتياط تخيير المالك.

١٨٤٣. هذا متعلّق بـ«يقال» يعني به تخيير الضامن. و توهّم أنّه إعادة للأمر السابق مدفوع بأنّه فرق بينهما من حيث المدرك، إذ المدرك فيه هنا الاضطرار و في السابق أصل البرائة، و أيضاً التخيير هنا عقلي و هناك شرعيّ. ثمّ إنّ الوجه في ابتناء هذا الاحتمال على عدم الدليل – لترجيح الأقوال الأربعة المذكورة عدا الثالث منها، و فرض الإجماع على بطلان القول الثالث الذي اقتضى الدليل ترجيحه، و لذا رجّحه بقوله: «و الأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر» – إنّما هو توقّف مبناه عليه، و هو – أي: المبنى – كون المقام من دوران الأمر بين المحذورين مع عدم إمكان البرائة اليقينيّة عند التشاحّ، لعدم إمكان الاحتياط معه. وجه التوقّف: أنّه بناءً على ترجيح القول الأوّل أو الثاني لادوران بين الشيئين فضلاً عن المحذورين، و بناءً على ترجيح الرابع أو عدم قيام الإجماع على بطلان الثالث – الذي اقتضى الدليل ترجيحه – يمكن البرائة اليقينيّة الظاهريّة حتّى مع التشاحّ أيضاً.

١٨٤٤. لعلّه إشارة إلى أنّ هذا مبنيّ على أمرين، أحدهما: عدم ثبوت الترجيح لأحد هذه الأقوال، و الآخر: قيام الإجماع على عدم تخيير المالك. و كلاهما ممنوع. أمّا الأوّل فلوجود الترجيح عنده للقول الثالث، و لذا قال: «و الأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر». و أمّا الثاني فلأنّ تخيير المالك من جملة الأقوال في المسألة، و قد قوّاه أيضاً، و مع الإجماع لايبقى مجال لذلك. أو إشارة إلى دفع توهّم كونه إعادة للسابق.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنّ القاعدة(١٨٤٥) المستفادة من إطلاقات الضمان في المغصوبات و الأمانات المفرّط فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل؛(١٨٤٦)، لأنه أقرب إلى التالف من حيث الماليّة و الصفات، ثمّ بعده قيمة التالف من النقدين و شبههما؛ لأنهما أقرب من حيث المالية؛ لأنّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما. و لأجل الاتّكال على هذا الظهور لاتكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد(١٨٤٧) على

.....

١٨٤٥. يعني: أنّ الاحتمالات المتقدّمة إنّما هي فيما إذا لم يكن هناك أصل لفظي من إطلاق أو عموم يزيل الشكّ، و لكن يمكن القول بوجوده بما قرّبه في المتن، فلا مجال لها. و فيه: منع وجود الإطلاق في أدلّة الضمان من هذه الجهة كما مرّ غير مرّة.

ثمّ إنّ هذا دليل ثانٍ لأصل المسألة، كما أنّ الإجماع دليل أوّل لها أشار إليه في السابق بقوله: «نعم وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم» و إلى الخدشة فيه بقوله: «و من المعلوم...». و ما استدلّ به الشيخ﵀ – و هو آية الاعتداء – دليل ثالث لها قد ناقش فيهما معاً بقوله فيما بعد: «نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق...». و مراده من الدليل السابق هو ما ادّعاه سابقاً من كون قضيّة الإطلاقات هو الضمان بالمثل.

١٨٤٦. مراده بقرينة ذيل عبارته حكم العرف بضمان المثل. و فيه: أنه على إطلاقه ممنوع، بل العرف يحكمون بضمان القيمة في بعض الأموال و إن وجد له مثل. فما في بعض الموارد من حكم الشارع بضمان القيمة فهو من باب التصريح بمتفاهم أهل العرف من الضمان بالقيمة في القيميّات، لأنّ مورد الأخبار إمّا من قبيل القيمي بالمعنى الذي حقّقناه، مثل البغل في صحيحة أبي‌ولّاد، و ولد الأمة المسروقة المبتاعة في رواية أُخرى، و ما في سفرة مطروحة في الطريق من اللحم و الخبز و البيض و الجبن و السكّين كما في رواية السكوني و غير ذلك، أو محمول على القيمي لأجل الغلبة، كالأخبار الواردة في ضمان المرتهن للرهن إذا فرّط فيه، إذ الغالب في الرهن كونه من القيميّات، لا أنّه حكم تعبّدي خاصّ.

١٨٤٧. يعني: الموارد التي حكم الشارع فيها بالضمان، من الغصب و الأمانة المفرّط فيها و غيرهما ممّا أشرنا إلى بعضه.

كثرتها قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها إلاّ ما شذّ و ندر قد اطلق فيها الضمان، فلولا الإعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان.

و قد استدلّ في المبسوط و الخلاف[٢٠] على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ ما اعْتَدىٰ عَلَيْكُم﴾[٢١] بتقريب: أنّ مماثل "ما اعتدى" هو المثل في المثلي و القيمة في غيره، و اختصاص الحكم بالمتلف عدواناً لايقدح بعد عدم القول بالفصل(١٨٤٨). و ربّما يناقش في الآية(١٨٤٩) بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الإعتداء لا المعتدى به، و فيه نظرٌ(١٨٥٠).

.....

١٨٤٨. يعني: الفصل بين المتلف عدواناً و بين التلف فيما يضمن به في الأموال بعد الفراغ عن ثبوت الضمان في صورة التلف بدليل يدلّ عليه فيها، و إنّما اتّفقوا على الاتّحاد في المضمون به من حيث المثليّة أو القيميّة في البابين.

١٨٤٩. قد أورد هذه المناقشة في الرياض. و منشؤها دعوى أنّ «ما» فيها إمّا مصدريّة أو موصولة اُريد منها المصدر - أعني: الاعتداء - أي: بمثل اعتدائه. و المراد منه جنس الظلم و التعدّي الشامل لتمام أنواعه من الضرب و الشتم و اللعن و الغيبة و القذف و غير ذلك من أنواع الظلم. و المثل صفة لمصدر محذوف، فيكون تقدير الآية و اللّه أعلم: من ظلم و تعدّى عليكم بنوع من أنواع الظلم فاظلموه و اعتدوا عليه بظلم هو مثل ظلمه عليكم، إن ضربكم فاضربوه، و إن شتمكم فاشتموه، و هكذا. فيكون مفاد الآية حينئذ مفاد المفعول المطلق النوعي، فلاتدلّ على أزيد من المماثلة في الظلم، بمعنى اندراجهما معاً تحت نوع واحد من الظلم. فلايبقى لها تعرّض لمقدار ذاك الظلم من حيث الكمّ و العدد و سائر الخصوصيّات، كما لايخفى على من لاحظ قول القائل: اضرب مثل ضرب الأمير.

١٨٥٠. وجه النظر إلى ما ذكره في الحاشية من أنّ ظاهرها اعتبار المماثلة في الاعتداء و المعتدى به، و أنّ ما ذكره من المناقشة إنّما يتمّ لو ترك المناقش ذكر لفظ المقدار و قال بدل «في مقدار الاعتداء»: في الاعتداء، و أمّا معه فلايتمّ، لأنّ المماثلة في مقدار الاعتداء لاينفكّ عنها في مقدار المعتدى به.

هذا، و لقد عثرت بعد أن كتبت هذا على كلام للمحقّق القمّي‌ﷺ في المقام ذكره في

.....

خلال الجواب عن السؤال عن صحّة بيع الفضولي - في ذيل الكلام في تعريف المثلي و القيمي من كتاب التجارة - لابأس بذكره، قال﵀: «و قد يستدلّ في المقام بقوله﵎: ﴿فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ﴾ ﴿وَ جَزاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُها﴾. و لايخلو عن إشكال، لأنّ المراد من الآية إمّا بيان التشبيه الخاصّ، يعني: لاتتجاوزوا في مقدار الاعتداء عمّا اعتديتم به، بأن يكون المراد المشابهة في المقدار، فلايمكن التعميم، و لاتفيد تعيين المماثل بمعنى المماثلة الاصطلاحيّة، بل المراد التساوي في مقدار الاعتداء من القتل و الجرح و أخذ المال، فلا التفات حينئذٍ في الآية إلى كون الاعتداء و المعتدى به بعنوان المثل أو القيمة فيتخيّر بينهما، فيكون الأمر للتخيير بين الأخذ و العفو بأيّ نحو كان. ففي الآية حكم واحد، و هو الرخصة في الاعتداء بمقدار اعتداء المعتدي و أن لايتجاوز عنه. و المراد بالمقدار هو المنزلة و المقبوليّة، بمعنى أن يحكم أهل العرف بأنّهما سيّان في المنفعة و الفائدة، و يرضى العقلاء بتملّك كلّ منهما مقام الآخر، لا المساواة في الكمّ و الكيف و الوزن و الكيل. و حينئذٍ فالحكم بكونه مثلاً مصطلحاً أو قيمة مسكوت عنه، سواء كان المعتدى به مثليّاً أو قيميّاً.

و إن كان المراد التشبيه المطلق، يعني: يجوز لكم الاعتداء على نحو يماثل اعتداء المعتدي في الاعتداء و المعتدى به، فهذا الإطلاق ينصرف إلى العموم في كلام الحكيم. و حينئذٍ يشتمل على حكمين، الأوّل: الرخصة في الاعتداء، و الثاني: أن يكون ذلك على سبيل المثليّة في كلّ شيء. و هذا أيضاً يشمل المثلي و القيمي، فلاتدلّ الآية على التفصيل المشهور. فالمناص بأن يبنى تفسير الآية على الوجه الثاني، و يخصّص عمومه بدليل خارجي مثل صحيحة أبي‌ولّاد، و يقال: إنّ حكم القيمي ليس داخلاً في الآية، أو يعترف بمذهب ابن‌الجنيد، فيندرج مسألة الرجوع في المثلي إلى المثلي تحت عموم الآية، لأنّ لفظ* المثل فيها بمعنى المثلي المصطلح، بل لأنّ المماثل المصطلح من أفراد المماثلة المعتبرة في الآية، و يخرج القيمي بالصحيحة المزبورة.

و بالجملة، الظاهر عدم الخلاف في الرجوع إلى المثل في المثلي، كما لاخلاف في الرجوع إلى القيمة في القيمي، إلاّ من ابن‌جنيد و المحقّق في بعض أقواله ظاهراً. فالدليل في المثلي عموم الآية على التفسير الثاني و عدم ظهور الخلاف، و في القيمي - على المشهور - هو الصحيحة

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. والظاهر أنّ الصحيح: لا لأنّ لفظ... بقرينة قوله بعد ذلك: بل لأنّ المماثل.

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية – كالدليل السابق(١٨٥١) عليها– بالقول المشهور؛ لأنّ مقتضاهما وجوب المماثلة العرفيّة في الحقيقة و الماليّة، و هذا يقتضي اعتبار المثل حتّى في القيميّات، سواء وجد المثل فيها أم لا.

أمّا مع وجود المثل فيها كما لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف و الآية: إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك و لو بأضعاف قيمته و دفعه إلى مالك الذراع المتلف مع أنّ القائل بقيمية الثوب لايقول به(١٨٥٢)، وكذا لو أتلف عليه عبداً و له في ذمّة المالك – بسبب القرض أو السلم – عبد موصوف بصفات التالف، فإنّهم لايحكمون بالتهاتر(١٨٥٣) القهري،

.....

مؤيّداً بندرة المماثلة التامّة في القيميّات المخالفة للاطّراد المطلوب في الأحكام الشرعيّة المربوطة بالقواعد الكلّية. نعم، لمّا كان في تحقيق المثلي و القيمي خفاء، و لايظهر تفسيرهما من الآيات و الأخبار، و قد وقع الاختلاف في تفسيرهما، فما وقع الاتّفاق على كونه مثليّاً – كالحبوب و الأدهان – يثبت حكمه بلا إشكال، و ما اختلف فيه فيرجع في حكمه إلى عموم الآية».

ثمّ قال بعد جملة كلام له: «ثمّ إنّ هاهنا احتمالاً آخر في تفسير الآية، و هو أن يكون وجهالشبه نفس الاعتداء و إيجاد ماهيّته من دون التفات إلى المقدار و لا المماثلة، نظير الصلاة في قولنا: «اللّهمّ صَلّ على محمّدٍ و آل محمّدٍ كما صَلّيتَ على إبراهيمَ و آل إبراهيمَ» على أحد الوجوه فيه. و هو بعيد، سيّما بملاحظة الحكمة و ظهور كلمة «ما» في الموصولة لا المصدريّة. و من جميع ما ذكرنا يظهر الكلام في قوله ﷻ: ﴿جَزاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُها﴾. و لعلّه أظهر في إرادة العموم انتهى كلامه رفع مقامه.

١٨٥١. يعني به الاعتماد على المتعارف.

١٨٥٢. لايخفى أنّه لايتفاوت الحال بين القول بقيميّة الثوب و مثليّته في الفرض من حيث مقدار الماليّة بناءً على اعتبار قيمة يوم الدفع و الأداء في القيمي، إذ لافرق بين دفع القيمة السوقيّة يوم الأداء و بين شراء المثل و دفعه. نعم، يتفاوت الحال بناءً على اعتبار قيمة يوم التلف أو أعلى القيم إلى يوم الدفع.

١٨٥٣. يعني: و الحال أنّ قضيّة الآية و الدليل المتقدّم هو التهاتر.

كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبدين[٢٢](١٨٥٤).

نعم، ذهب جماعة منهم الشهيدان في الدروس و المسالك إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيميّة(١٨٥٥)،

.....

١٨٥٤. يعني به كلماتهم في مسألة ما لو اشترى عبداً في الذمّة و دفع البايع إلى المشتري عبدين و قال: اختر أحدهما، فأبق واحد منهما، التي عنونوها مع تلك المسألة، أي: مسألة بيع عبد من عبدين في موضع واحد، لاعين تلك المسألة، فإنّ كلماتهم فيها دائرة بين القول بالصحّة كما عن الخلاف و القول بالبطلان كما هو المشهور، و ليس فيها ما يشهد على عدم التهاتر في مسألتنا، بخلاف المسألة التي ذكرناها، فإنّ منهم من يقول بأنّه يكون التالف بينهما و يرجع بنصف الثمن، فإن وجده اختاره و إلاّ كان الموجود لهما، ذهب إليه الشيخ﵀ و تبعه بعض أصحابنا كما في المسالك، و منهم من يقول بأنّ التالف مضمون بقيمته، و له المطالبة بالعبد الثابت في الذمّة لأجل الإباق عنده الموجب للضمان لأجل اليد كالمقبوض بالسوم، كما اختاره في بيع الحيوان من الشرايع. و لايخفى أنّ كلاً من القولين على طرف النقيض من التهاتر.

١٨٥٥. هذا استدراك ممّا ذكره قبل هذا من عدم التزام المشهور بضمان المثل في القيميّات الذي هو مقتضى الآية و العرف، فإنّ المستفاد من ذهاب هؤلاء الجماعة إلى جواز ردّ العين المقترضة في القيميّات هو ضمان القيمي بالمثل، إذ لوكان ضمانه بالقيمة لما جاز ذلك، فتأمّل، فإنّ فيه كلاماً يأتي فيما بعد.

وكيف كان، فقد وقع الخلاف في جواز ارتجاع العين المقترضة و عدم جوازه، ذهب الشيخ﵀ إلى الأوّل على ما حكي عنه، و المحقّق و العلاّمة و من تبعهما إلى الثاني.

و التحقيق أن يقال: إنّه إن كان النزاع في جواز إلزام المقرض للمقترض على إرجاع العين المقترضة مع وجودها و عدمه، فإن كان نظرهم في ذلك إلى أنّه هل له فسخ عقد القرض كي يجوز له ذلك أم لا كي لايجوز؟ فهو مبنيّ على جواز عقد القرض و لزومه، فإن قلنا بالأوّل - كما هو المعروف - فنعم، و إن قلنا بالثاني - كما هو قضيّة الأصل اللفظي و العملي، مع عدم الدليل على خلافه - فلا.

و إن كان نظرهم فيه إلى أنّ له* في مقام استيفاء دينه مع بقاء العقد على حاله و عدم انفساخه، إمّا للزومه و إمّا لعدم فسخه، فلاينبغي الإشكال في عدم جوازه، لأنّه خلاف السلطنة على الملك المتحقّق للمقترض بالقرض، من دون فرق في ذلك بين المثلي و القيمي.

و على هذا، فإن اختار المقترض في مقام إيفاء الدين ردّ العين المقترضة، فهل يجب على المقرض قبوله و يحرم عليه الامتناع عنه و مطالبة شيء آخر أم لا؟ الظاهر هو الأوّل في المثلي، لأنّ كلّ واحد من العين و ما يماثلها فرد لما على عهدة المقترض، و هو المثل المراد منه هنا الكلّي الجامع لصفات العين، إذ بالقرض يكون العين للمقترض، و يملك المقرض عوضها على عهدته كلّياً منتزعاً عنها جامعاً بينها و بين فرد آخر منه، و إنّما عبّر بالمثل الظاهر في فرد مغاير للعين في الوجود بلحاظ حال التلف، فليس له حقّ زائد على الكلّي الصادق عليها أيضاً كي يمتنع عن قبولها لأجل استيفاء تمام حقّه.

و أمّا القيمي ففيه إشكال، من انتقال حقّه إلى القيمة المغايرة للعين، للإجماع على الضمان بالقيمة فيه، و لذا اتّفقوا على عدم وجوب قبول عين أُخرى مماثلة للعين المقترضة من جميع الجهات، فيكشف ذلك عن انتقال حقّه إلى القيمة لا إلى المثل الصادق على العين مع وجودها، فلايجب قبولها أيضاً كما لايجب قبول العين الأُخرى المماثلة لها من جميع الجهات، بل يجوز له مطالبة القيمة. و من دعوى اختصاص الإجماع بصورة عدم بذل الضامن للمثل مع وجوده، و أمّا مع وجوده و اختيار بذله فلا إجماع، و لاأقلّ من الشكّ فيجب القبول.

هذا، و لكنّ الظاهر من اتّفاقهم على عدم وجوب قبول عين أُخرى مماثلة لها من جميع الجهات هو الانتقال إلى القيمة مطلقاً حتّى مع وجود المثل و بذله، فله عدم قبولها و مطالبة القيمة. و من هنا ظهر أن ليس له الامتناع عن قبول القيمة لو اختارها الضامن و مطالبة العين المقترضة.

هذا كلّه فيما إذا كان القرض هو التمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة، و كون أحدهما على عهدة المقترض. و أمّا بناءً على أنّه التمليك على وجه ضمان نفس العين و كونها بنفسه على عهدته يردّها بما يصدق عليه الردّ و الأداء حقيقة، كما أشرنا إليه في أوائل البيع في

---

* كذا في الطبعة الحجريّه. و لعلّ في الكلام سقطاً مثل«ذلك» ليكون اسم«أنّ»، أي: أنّ ذلك - يعني: جواز إلزام المقرض - له... .

لكن لعلّه من جهة صدق(١٨٥٦) أداء القرض بأداء العين، لا من جهة ضمان القيمي بالمثل؛ و لذا اتّفقوا(١٨٥٧) على عدم وجوب قبول غيرها و إن كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

.....

مقام الفرق بين البيع و القرض، فيجوز له الإلزام بإرجاع نفس العين حال وجودها، و يجب على المقترض إرجاعها مطلقاً حتّى في القيمي، و لابدّ في ردّ غيرها - مثلاً كان أو قيمة - من التراضي، فتأمّل.

١٨٥٦. هذا خدشة على الاستدراك السابق، يعني: أنّ مجرّد ذهاب هؤلاء الجماعة من المشهور إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيميّة لايكفي في استفادة أنّهم يقولون بضمان القيمي بالمثل، و اشتغال الذمّة فيه بالكلّي الجامع بين العين و بين فرد آخر مماثل لها من جميع جهات الماليّة على ما عرفت آنفاً، بل لابدّ فيها - مع ذلك - من إحراز أنّ جواز ذلك عندهم إنّما هو من جهة كون العين المقترضة عندهم - كأمثالها - فرداً من الكلّي الذي هو صار على عهدة المقترض، و هو غير معلوم، إذ لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة كون العين فرداً من كلّي المثل بالمعنى الذي عرفته حتّى يدلّ على ذهابهم إلى ضمان القيمي بالمثل. و سيأتي ما فيه.

١٨٥٧. يعني: و لأجل أنّ جواز ردّ العين المقترضة القيميّة من جهة صدق الأداء على ردّها - لا من جهة ضمان القيمي بالمثل و اشتغال الذمة بكلّي المثل، و العين المقترضة فرد من أفراد هذا الكلّي، حتّى يكون جواز ردّ العين من باب جواز ردّ المثل الكلّي و أدائه ببعض أفراده قبال ردّها ببعضها الآخر، كما في المثليّات - اتّفقوا على أنّه لايجب على المقرض قبول غير العين من أفراد ما هو كلّي العين المأخوذة الجامع بينهما كالعبد مثلاً، و إن كان هذا الغير فرداً منه مماثلاً للعين المقترضة من جميع الجهات، بل يجوز له الامتناع عن قبوله و مطالبة قيمته من النقدين، و إلاّ فلوكان هذا من جهة ضمان القيميّ بالمثل لوجب عليه قبول ذاك الفرد المماثل، و لم يجز له مطالبة القيمة. فظهر أنّ مقابل عدم وجوب قبول غير العين جواز مطالبة القيمة لاجواز مطالبة العين، إذ ليس له ذلك و لو قلنا بضمان المثلي بالمثل، إذ ليس للمقرض في مقام استيفاء القرض إلزام المقترض بردّ العين المقترضة عند وجودها كما عرفت في الحاشية السابقة، فلابدّ أن يكون جواز ردّها من جهة صدق الأداء عليه.

و أمّا مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين(١٨٥٨) عدم سقوط المثل من الذمّة بالتعذّر، كما لو تعذّر المثل في المثلي، فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي و لايقولون به. و أيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك(١٨٥٩) عدم وجوب إلزام المالك بالمثل؛(١٨٦٠)، لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و الماليّة، مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض إلزامه به و إن قوىّ خلافه بعض(١٨٦١) بل ربّما احتمل جواز دفع المثل و لو سقط من القيمة بالكليّة و إن كان الحقّ خلافه. فتبيّن: أنّ النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآية عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين و لايضمن به عند المشهور كما في المثالين المتقدّمين(١٨٦٢)، و قد ينعكس الحكم(١٨٦٣) كما في المثال الثالث، و قد يجتمعان في المضمون به كما في أكثر الأمثلة.

ثمّ إنّ الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحقّقه لايجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففي موارد الشكّ يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق و

.....

و فيه: أنّه لوكان من تلك الجهة لوجب عليه القبول و لم يجز له الامتناع و مطالبة القيمة، و قد مرّ منع ذلك. و بالجملة، لايصحّ الجمع بين صدق الأداء على ردّ العين الملازم بوجوب القبول و بين عدم وجوب قبول فرد آخر مماثل للعين، فتأمّل جدّاً.

١٨٥٨. يعني بهما الآية و العرف.

١٨٥٩. أي: الدليلين، أعني: الآية و العرف.

١٨٦٠. هكذا وجدناه فيما رأيته من النسخ، و الظاهر وقوع الغلط، و الصواب «الجواز» بدل «الوجوب» كما لايخفى.

١٨٦١. سيعلم أنّه الأقوى.

١٨٦٢. يعني بهما مثال العبد و الثوب. و يعني بالمثال الثالث مثال نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف أو سقوطه عن القيمة بالمرّة.

١٨٦٣. يعني: يضمن بالقيمة في المثلي بمقتضى الدليلين، و لايضمن بها عند المشهور بل يضمن بالمثل.

عموم الآية؛ بناءً على ما هو الحقّ المحقّق من أنّ العامّ المخصّص بالمجمل(١٨٦٤) مفهوماً المتردّد بين الأقلّ و الأكثر لايخرج عن الحجّية بالنسبة إلى موارد الشك.

فحاصل الكلام(١٨٦٥): أنّ ما اجمع على كونه مثليّاً يضمن بالمثل، مع مراعاة الصفات التي تختلف بها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف؛ بناءً على تحقّق الإجماع على إهمال هذا التفاوت

.....

١٨٦٤. يعني بالعامّ الآية، فإنّها دلّت على لزوم المثل مطلقاً في المثلي و القيمي، و بالمجمل في المقام القيمي، فإنّ مفهومه مجمل مردّد بين الأقلّ - و هو مورد الإجماع المحقّق - و بين الأكثر، و هو مطلق ما قيل بكونه قيميّاً و إن كان محلّ الخلاف. و فيه: أنّ الإجمال هنا مصداقي، إذ لاإشكال في مفهوم القيمي و أنّه المال المعتبر فيه ماليّته فقط، فيكون الرجوع إلى العامّ في مورد الشكّ من التمسّك به في الشبهة المصداقيّة فلايجوز، فيرجع إلى الأصل العملي، و قد مرّ الكلام فيه.

١٨٦٥. يعني: حاصل ما تكلّمنا في مفاد الآية و دليل العرف أنّ مقتضاهما الضمان بالمثل من حيث الحقيقة و الماليّة التامّة، إلاّ أنّ كلّ مال أجمع على أنّه مثلي فالضمان فيه بالمثل من حيث الحقيقة، و كذا من حيث الماليّة أيضاً لكن في الجملة، و لو اتّفق نقصانها وقت الدفع أو مكانه عمّا كان عليها حين القبض، للإجماع على إهمال هذا التفاوت في الماليّة، بناءً على تحقّق هذا النحو من الإجماع، و لخبر الدراهم، فيخصّص بهما الدليلان المذكوران. و أنّ كلّ ما أجمع على أنّه قيمي فالضمان فيه بالمثل من حيث الماليّة فقط المعبّر عنه بالقيمة مطلقاً و إن وجد له مثل، كما في مثال الثوب من كرباس، أو كان مثله في ذمّة المالك كما في مثال العبد، و لايلاحظ فيه المماثلة من حيث الحقيقة، و ذلك أيضاً للإجماع على أنّ القيمي مطلقاً يضمن بالقيمة، فيخصّص به الدليلان أيضاً.

و أمّا ما لم يعلم فيه لا هذا و لا ذاك، لاختلاف العلماء فيه، فيضمن فيه بالمثل من حيث الحقيقة و الماليّة التامّة معاً، من دون فرق فيه بين عدم اختلاف قيمة المدفوع و قيمة التالف و اختلافهما، لما صرّح به‌ﷺ سابقاً من أنّ العامّ المخصّص بالمجمل مفهوماً لايخرج عن الحجّية بالنسبة إلى موارد الشكّ، و على تقدير خروجه عن الحجّية فلا فرق بين الصورتين. فعلى كلّ تقدير لاوجه للتفصيل المذكور، و لعلّه لما ذكرنا أمر بالتأمّل.

مضافاً إلى الخبر الوارد في أنّ الثابت في ذمّة من اقترض دراهم(١٨٦٦) و أسقطها السلطان و روّج غيرها هي الدراهم الأُولى(١٨٦٧).

.....

١٨٦٦. هكذا في النسخ* المصحّحة، و في أغلب ما رأيته من النسخ بدله «في أنّ الثابت في ذمّة من اقترض دراهم». و كلّ منهما و إن كان له وجه، بأن يقال: إنّ النظر على الأوّل إلى رواية يونس، لكونه على وفق مضمونها، و على الثاني إلى رواية صفوان لمطابقتها لها، إلاّ أنّ الصحيح هو الأوّل، لأنّ شمول الثاني للمقام يحتاج إلى عدم الفصل بين القرض و بين المقام، بخلاف الأوّل، فإنّه يعمّه بنفسه.

١٨٦٧. قيل**: إشارة إلى دفع المناقشة في الاستدلال بها بمعارضتها بمكاتبة يونس الدالّة على اشتغال ذمّته بالدراهم الأُخرى التي روّجها السلطان بعد إسقاط الأُولى، بعدم مقاومتها لها، لمرجوحيّتها بالقياس إليها.

و يمكن أن يكون إشارة إلى أنّ هذه الرواية إنّما تدلّ على إسقاط السلطان لها عن عنوان الدراهم بالمرّة، بحيث لايلاحظ فيها وجود السكّة أصلاً، و إنّما يعامل معها معاملة الفضّة الخالية عن السكّة. فالمراد من الوضيعة في قوله في رواية يونس: «و لها اليوم وضيعة» هو نقصان ما زاد على قيمة الفضّة لأجل السكّة، و مع ذلك لايرغب إليها بعنوان الدراهم. فحينئذٍ لاتبقى للرواية دلالة على المدّعى من إهمال تفاوت نقصان الماليّة مع بقاء أصل الماليّة، إذ لم تبق ماليّة للدراهم في مورد الرواية بما هي دراهم فتكون كالماء على الشاطئ.

و يمكن الجمع بين الروايتين بحمل ما يدلّ على أنّ اللازم هو الدراهم الأُولى على صورة اقتراض الدراهم بما هي معنونة بعنوان خاصّ لايتعدّى إلى ما يروّجه السلطان بعد إسقاطها، مثل عنوان المسكوك بسكّة فلان أو في وقت كذا و هكذا، و حمل ما يدلّ على أنّ اللازم هو الدراهم الثانية الرائجة على صورة اقتراض الدراهم الرائجة بما هي معنونة بعنوان الرواج، بحيث لاينظر إلى غير الرواج من الخصوصيّات الموجودة في الدراهم الرائجة حين الاقتراض، و الدراهم الموجودة حين القرض إنّما تعطى في مقام القبض و الإقباض من جهة انطباق عنوان ما اقترضه

---

* عبارة المتن في نسخة المحشّي‌ﷺ هكذا: إلى الخبر الوارد في أنّ اللازم على من عليه دراهم... .

** عبارة المتن في نسخة المحشّي‌ﷺ هكذا: هي الدراهم الأولى فتأمّل. فعلّقﷺ على كلمة«فتأمّل» ولكنّها لم ترد في المتن الموجود هنا كما ترى.

و ما اجمع على كونه قيمياً، يضمن بالقيمة – بناءً على ما سيجئ من الاتّفاق على ذلك(١٨٦٨)– و إن وجد مثله أو كان مثله في ذمّة الضامن. و ما شكّ في كونه قيميّاً أو مثليّاً يلحق بالمثلي مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع و التالف، و مع الاختلاف أُلحق بالقيمي، فتأمّل(١٨٦٩).

الخامس: ذكر في القواعد(١٨٧٠) أنّه لو لم يوجد المثل إلاّ بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد[٢٣]، انتهى. أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقيّة للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنّه لاإشكال في وجوب الشراء و

.....

عليها و كونها فرداً لها. و لعلّ هذا الثاني هو الغالب. و ما ذكرنا من الفرق في غاية الوضوح لو كان القرض بالعقد، و أمّا لو كان بنحو المعاطاة فالأمر كذلك، لكن لابذاك الوضوح، فتأمّل.

ثمّ على ما ذكرنا من كون ما في الذمّة هو الدرهم الرايج على فرض وقوع العقد عليه، هل اللازم عدم الاختلاف في المقدار أيضاً مع عدم الاختلاف في القيمة و الماليّة أم لا، بل يجب عليه الرائج مطلقاً و لو زاد عن مقدار الأُولى؟ فيه وجهان. ظاهر المنقول عن الصدوق هو الأوّل، و قضيّة الإطلاق هو الثاني. و لامانع من الأخذ به إلاّ لزوم الربا، و هو لايحرم إلاّ بشرط من المتعاقدين، و هو منتف، لأنّ لزوم دفع الزائد إنّما هو بحكم من الشارع. و لعلّ ما ذكرنا من الجمع ممّا يساعد عليه العرف بعد العرض عليه، فلايحتاج إلى الشاهد، فتدبّر.

١٨٦٨. أي: ضمان القيمي بالقيمة. و يجيء هذا في الأمر السابع.

١٨٦٩. إشارة إلى عدم الوجه له، و أنّ اللازم هو الضمان بالمثل. و يمكن أن يكون إلى ما ذكرنا من عدم الوجه للفرق بين صورتي التفاوت بين قيمتي المدفوع و التالف و عدمه في الإلحاق بالقيمي أو المثلي.

١٨٧٠. و كذلك في التذكرة مع بيانه لمنشإ التردّد و الإشكال. قال﵀ في الغصب: «مسألة: إذا تلف المثلي وجب عليه تحصيل المثل، فإن وجده بثمن المثل وجب عليه شرائه بلا خلاف. و إن لم يجده إلاّ بأزيد من ثمن المثل ففي إلزامه بتحصيله إشكال، من أنّ المأخوذ بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفّارة و الهدي، و من أنّ المثل كالعين، و ردّ العين واجب

لاخلاف كما صرّح به في الخلاف، حيث قال: إذا غصب ما له مثل كالحبوب والأدهان، فعليه مثل ما تلف في يده، يشتريه بأيّ ثمن كان، بلا خلاف٢٤، انتهى. و في المبسوط: يشتريه بأيّ ثمن كان إجماعاً، انتهى. و وجهه عموم النصّ و الفتوى(١٨٧١) بوجوب المثل في المثلي، و يؤيّده فحوى حكمهم(١٨٧٢) بأنّ تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لايوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربّما احتمل بعضهم ذلك(١٨٧٣) مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية؛ كالماء على الشاطئ و الثلج في الشتاء.

و أمّا إن كانت لأجل تعذّر(١٨٧٤)المثل و عدم وجدانه إلاّ عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز، بحيث يعدّ بذل ما يريد* مالكه بإزائه ضرراً عرفاً، و

.....

و إن لزم في مؤنته أضعاف قيمته. و للشافعيّة وجهان أظهرهما الأخير. و ربّما يمكن الفرق بين المثل و العين، بأنّه تعدّى في العين دون المثل، فلايأخذ المثل حكم العين» انتهى.

١٨٧١. و لامانع من العمل به إلاّ قاعدة نفي الضرر، و هي من جهة دوران الأمر بين ضرر المالك و ضرر الضامن غير جارية، لعدم إمكان نفي كليهما، و كون نفي** ضرر أحدهما بالخصوص ترجيحاً، و مع عدم جريانها لامانع من العمل، فتدبّر.

١٨٧٢. لعلّ وجه الفحوى أنّ حكمهم بعدم الانتقال إلى القيمة في صورة التنزّل يقتضي عدم مراعاة قاعدة نفي الضرر بالنسبة إلى الضرر الوارد على المالك به في تلك الصورة، فهي أولى بعدم المراعاة بالنسبة إلى الضرر الوارد على الضامن من الحكم بعدم الانتقال كما في صورة الترقّي، لأنّ الضامن من جهة أنّه أقدم على تضرّره قابل لأن لايعمل فيه بقاعدة نفي الضرر، بخلاف المالك، فإنّه لم يقدم على ضرره، فإذا لم يعمل بها بالنسبة إلى المالك - كما في صورة التنزّل - فعدم العمل بها بالنسبة إلى الضامن - كما في صورة الترقّي - أولى.

١٨٧٣. أي: عدم الانتقال إلى القيمة.

١٨٧٤. جواب هذا غير مذكور في العبارة حسب ما عندي من النسخة، و الذي أظنّه أنّ الواو في قوله: «و الظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة القواعد» غلط، و الصواب «الفاء» بدلها، و هو الجواب لـ«أمّا»، فتدبّر.

---

* في بعض النسخ: يزيد.

** كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّ الصحيح: المنفي.

الظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة القواعد؛ لأنّ الثمن في الصورة الأُولى ليس بأزيد من ثمن المثل بل هو ثمن المثل، و إنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف، و حينئذٍ فيمكن التردّد في الصورة الثانية(١٨٧٥) كما قيل: من أنّ الموجود بأكثر(١٨٧٦) من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفّارة و الهدي، و أنّه يمكن معاندة البايع(١٨٧٧) و طلب أضعاف القيمة و هو ضرر. و لكنّ الأقوى مع ذلك: وجوب الشراء(١٨٧٨)؛ وفاقاً للتحرير كما عن الإيضاح و الدروس[٢٥] و جامع المقاصد بل إطلاق السرائر، و نفي الخلاف المتقدّم عن الخلاف؛ لعين ما ذكر في الصورة الأُولى(١٨٧٩).

ثمّ إنّه لافرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف(١٨٨٠) أو غيره، و لابين كون قيمته(١٨٨١) في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا؛

.....

١٨٧٥. لايخفى ما في الجمع بين «حينئذٍ» و بين الصورة الثانية من التكرار، فالأولى أن يقول: فيمكن التردّد حينئذٍ... . و عليه، يمكن جعله جواباً لـ«أمّا» الشرطيّة.

١٨٧٦. هذا إلى آخره وجه لأحد طرفي التردّد، و هو عدم وجوب شراء المثل. و أمّا وجه الطرف الآخر – أعني: وجوبه – فهو عموم النصّ و الفتوى الذي أشار إليه – بقوله في وجه اختياره وجوب الشراء فيما بعد – بقوله: «لعين ما ذكر في الصورة الأُولى».

١٨٧٧. يعني: بايع المثل.

١٨٧٨. هذا الذي ذكره في هذه الصورة منافٍ لما سيذكره في المسألة السادسة من وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك في صورة تعذّر المثلي، لأنّها عين صورة تعذّر المثل، كما يشهد له قوله في عنوان الصورة: «و أمّا إن كان لأجل تعذّر المثل...»، مع تصريحه في أواخر المسألة السادسة عند الكلام في معرفة قيمة المثل المتعذّر باندراجها في صورة التعذّر، حيث قال بأنّ وجود الفرد عند من يستغني عن بيعه و لايبيعه إلاّ بأزيد ممّا يبذله الراغبون لايقدح في صدق التعذّر كما ذكرنا في المسألة الخامسة.

١٨٧٩. من عموم النصّ و الفتوى السالم عن معارضة قاعدة نفي الضرر لما مرّ.

١٨٨٠. يعني: كون المثل.

١٨٨١. و لابين أن يكون لنقله مؤنة أم لا، لوجود المثل في محلّ الوفاء.

وفاقاً لظاهر المحكيّ عن السرائر و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد[٢٦]. و في السرائر: أنّه الذي يقتضيه عدل الإسلام و الأدلّة و اُصول المذهب و هو كذلك؛ لعموم "الناس مسلّطون على أموالهم". هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة و أمّا مع تعذّره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة.

السادس: لو تعذّر المثل في المثلي(١٨٨٢)،فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك؛ لأنّ منع المالك ظلم، و إلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذّر، فوجب القيمة؛ جمعاً بين الحقّين. مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿فاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُم﴾[٢٧] فإنّ الضامن إذا الزم بالقيمة مع تعذّر المثل لم يعتدّ عليه أزيد ممّا اعتدى، و أمّا مع عدم مطالبة المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة؛ لأنّ المتيقّن أنّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، و جمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة و حقّ الضامن بعدم تكليفه بالمتعذّر أو المعسور، أمّا

١٨٨٢. الأمر كما ذكره المصنّف بناءً على المشهور المنصور عنده من اشتغال الذمّة بالمثل في المثلي، معلّقاً على التلف في صورة البقاء، و منجّزاً في صورة التلف. و أمّا بناءً على ما فهمناه من حديث «على اليد» من اشتغالها بنفس العين مطلقاً، و أنّ الواجب على الضامن أدائها مطلقاً، فمقتضى القاعدة عند تعذّر المثل جواز دفع القيمة حتّى في صورة عدم مطالبة المالك، و ليس له الامتناع عن قبولها، لأنّ الضامن على كلّ حال مستحقٌّ لأداء العين، و هو حينئذٍ منحصر بدفع القيمة.

و بالجملة، دفع القيمة في تلك الحال كدفع المثل في حال التمكّن منه، فكما أنّ المالك ليس له أن يمتنع من قبول المثل و يقول: إنّي أصبر إلى أن يوجد العين و لو بخرق العادة، كذلك ليس له أن يمتنع من قبول القيمة عند تعذّر المثل. و السرّ فيه: أنّ دفع القيمة هنا و دفع المثل هناك دفع للعين حقيقة عند العرف في هذا الحال مثل دفع العين عند التمكّن من ردّها، و معلوم أن ليس للمالك الامتناع عن أخذ العين، و لايحتاج هذا إلى إقامة البرهان. و لاينافي ما ذكرنا – من كون نفس العين على العهدة مطلقاً – ما أفاده العلاّمة من أنّ المثل لايسقط بالإعواز، إذ ليس المراد عدم سقوطه عن الذمّة حتّى يلزم منه أنّ الثابت في الذمّة هو المثل، و لازمه جواز الامتناع عن قبول القيمة مع عدم المطالبة، بل المراد منه عدم سقوطه عن البدليّة بالإعواز، فتأمّل. وكيف كان، فالحقّ ما ذكرناه.

مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل.

و ما ذكرناه يظهر(١٨٨٣) من المحكيّ عن التذكرة و الإيضاح حيث ذكرا في ردّ بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذّر المثل ما لفظه: إنّ المثل لايسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به؟ و إنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمها[٢٨]، انتهى.

لكن أطلق كثير(١٨٨٤) منهم الحكم بالقيمة عند تعذّر المثل، و لعلّهم يريدون صورة المطالبة، و إلاّ فلا دليل على الإطلاق. و يؤيّد ما ذكرنا: أن المحكيّ عن الأكثر في باب القرض: أنّ المعتبر(١٨٨٥)في المثل* المتعذّر قيمته يوم المطالبة، نعم عبّر بعضهم بيوم

.....

١٨٨٣. المراد من الموصول هنا و في قوله فيما بعد: «و يؤيّد ما ذكرنا أنّ المحكيّ...» هو عدم سقوط المثل عن الذمّة بالإعواز و التعذّر مجرّداً عن المطالبة.

١٨٨٤. قد مرّ أنّ هذا الإطلاق هو مقتضى التحقيق من دون حاجة إلى دليل عليه، عدا دليل الضمان الدالّ على وجوب الخروج عن عهدة المضمون المتوقّف على الأداء الحاصل بدفع القيمة مطلقاً.

١٨٨٥. من الأكثر ابن إدريس و الشهيد الثاني في قرض السرائر و المسالك. وجه التأييد: أنّ معنى العبارة أنّ المعتبر و الملحوظ في المثل المتعذّر هو قيمته لانفسه، و هذا الاعتبار و الملاحظة إنّما هو في يوم المطالبة لايوم التعذّر، و من المعلوم أنّه لوكان بمجرّد تعذّر المثل ينتقل إلى القيمة لما كان وجه للتعبير بيوم المطالبة.

و أمّا التعبير بالتأييد فلعلّه لإمكان أن يكون الانتقال إلى القيمة في يوم التعذّر. و أمّا التعبير بيوم المطالبة فإنّما هو لأنّه وقت الحاجة إلى ملاحظة القيمة.

وكيف كان، فيوم المطالبة في العبارة و إن كان الظاهر رجوعه إلى القيمة و أنّه قيد لها، إلاّ أنّه بقرينة أنّ المشهور في قيمة المثل المتعذّر هو قيمة يوم الدفع لايوم المطالبة – كما سيصرّح به و باختياره – لابدّ من جعله قيداً للاعتبار ر ظرفاً له. يعني: يعتبر في يوم المطالبة للمثلِ المتعذّرِ قيمتُه، يعني: قيمة يوم الدفع.

---

* في بعض النسخ: المثلي.

الدفع، فليتأمّل(١٨٨٦).

وكيف كان، فلنرجع إلى حكم المسألة(١٨٨٧)

.....

١٨٨٦. لعلّ الأمر بالتأمّل إشارة إلى أنّه يمكن أن يكون مراد هذا البعض من يوم الدفع يوم وجوب الدفع، وهو يوم المطالبة، فلاينافي التعبير بيوم المطالبة، فتأمّل. و يمكن أن يكون يوم الدفع في عبارة هذا البعض قيداً للقيمة، و يوم المطالبة في عبارة الأكثر قيداً للاعتبار و الملاحظة لا القيمة، فلاتنافي بين التعبيرين. وكيف كان، فقد عبّر في التذكرة تارةً بوقت المطالبة حيث قال في أوائل باب القرض: «مسألة: مال القرض إن كان مثليّاً وجب ردّ مثله إجماعاً، فإن تعذّر المثل وجب ردّ قيمته عند المطالبة». و أُخرى بوقت التعذّر، قال بعد ما ذكر بورقة و نصف صفحة: «مسألة: لواقترض الدراهم ثمّ أسقطها السلطان و جاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلاّ الدراهم الأُولى، لأنّها من ذوات الأمثال، فكانت مضمونة بالمثل، فإن تعذّر المثل كان عليه قيمتها وقت التعذّر» انتهى. و عبّر الشيخ﵀ بوقت القرض، فإنّه قال على ما حكاه عنه في التذكرة بعد ما تقدّم ذكره: «من أقرض على غيره دراهم، ثمّ سقطت تلك الدراهم و جاءت غيرها، لم يكن عليه إلاّ الدراهم التي أقرضها أو سعّرها بقيمة الوقت الذي أقرضها فيه» انتهى، إذ الظاهر من قوله: «أو سعّرها» صورة تعذّر الدراهم المسقطة، و من المعطوف عليه صورة عدم التعذّر.

وكيف كان، فالتحقيق لزوم القيمة عليه من يوم التعذر مطلقاً و لو لم يطالب قبال المثل. و يأتي إن شاء الله أنّ التحقيق في مقدار القيمة هو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الدفع.

١٨٨٧. قد علم ممّا ذكرناه في الحواشي السابقة أنّ قضيّة الأصل و حديث «على اليد» - بناءً على كون العين بنفسها على العهدة مطلقاً حتّى حال التلف - هو أعلى القيم من زمان الغصب إلى حين الأداء. أمّا الأصل فلرجوع الشكّ حينئذٍ إلى الشكّ في المحصّل بعد العلم باشتغال الذمّة بالعين، فاليقين بالبراءة لايحصل إلاّ بالأعلى.

و توهّم أنّ المقام حينئذٍ من الأقلّ و الأكثر، بملاحظة أنّ الثابت في الذمّة و إن كان هو العين إلاّ أنّها منحلّة إلى أُمور ثلاثة: الحقيقة النوعيّة و الماليّة و التشخّص، و العلم بالاشتغال بالنسبة إلى الحاشيتين تفصيليّ، و أمّا بالنسبة إلى الوسط إجمالي مردّد بين الأقلّ و الأكثر، فيرجع إلى البراءة عن الزائد.

فنقول: المشهور أنّ العبرة في قيمة المثل المتعذّر بقيمته هو يوم الدفع؛ لأنّ المثل ثابت في الذمّة إلى ذلك الزمان و لادليل على سقوطه بتعذره كما لايسقط الدين بتعذّر أدائه. و قد صرّح بما ذكرنا المحقّق الثاني، و قد عرفت من التذكرة و الإيضاح ما يدلّ عليه(١٨٨٨) و يحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل، و هو للحلّي في البيع الفاسد و للتحرير في باب القرض، و محكيّ عن المسالك[٢٩](١٨٨٩)؛ لأنه وقت الانتقال إلى القيمة.

و يضعّفه: أنه إن أُريد

.....

مدفوع بأنّ العلم فيه أيضاً تفصيلي، إذ الملاك في الماليّة هو جهات الشيء التي ينتفع بها و يرغب إليها العقلاء، لا الدرهم و الدينار المعبّر عنهما بالقيمة، و لاإجمال في هذا، إنّما الإجمال و الترديد في أنّ أداء هذه الجهات إلى مالكها بعد تعذّر أداء ما يشتمل عليها – و هو العين – بما ذا يحصل من بين القيم المتعدّدة؟ فلابدّ من الاحتياط بأداء الأعلى لتحصيل اليقين بالفراغ.

و أمّا الثاني فلأنّ مفاده وجوب أداء العين إلى صاحبها على ما كانت عليه حتّى بحسب الزمان، لأنّه مثل المكان الّذي مرّ وجوب ردّها إلى مكان الأخذ، لعدم صدق الأداء بدونه، فكذلك الزمان، و لايحصل إلاّ بأداء الأعلى، إذ في غيره لايحصل الأداء بالقياس إلى زمان ارتفاع القيمة، و لذا قلنا بضمان المنافع حتّى غير المستوفاة منها.

هذا فيما إذا نشأ اختلاف القيمة من اختلاف الزمان. و أمّا إذا نشأ من المكان، فإن تلفت العين في بلد الضمان فعليه قيمة البلد. و إن تلفت في بلد آخر نقلها إليه فعليه الأعلى من بين قيمة بلد الضمان و قيم البلدان التي نقلها إليها إلى أن تلفت، فإنّ زيادة القيمة مضمونة و لو استندت إلى فعل الضامن. و مدركه الحديث الشريف أيضاً، بل الأمر هنا أوضح من كون الاختلاف في القيمة من جهة الزمان، فتأمّل و افهم.

١٨٨٨. يعني به ما حكاه عنهما في السابق من قولهما بأنّ المثل لايسقط بالإعواز.

١٨٨٩. قال﵀ في ذيل شرح قول المحقّق في مسألة البيع بوصف أحد المتعاقدين – : «و لو تسلّمه المشتري فتلف كان مضموناً عليه بقيمته يوم قبضه. و قيل: أعلى القيم من يوم قبضه إلى يوم تلفه» – ما لفظه: «هذا كلّه في القيمي. أمّا في المثلي فيضمن بمثله فإن تعذّر فبقيمته يوم الإعواز على الأقوى» انتهى. و في جامع المقاصد في هذه المسألة ما لفظه: «و لو تعذّر المثل في المثلي فيضمن القيمة يوم التعذّر».

بالانتقال انقلاب ما في الذمّة إلى القيمة في ذلك الوقت، فلا دليل عليه، و إن أُريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمّة إلاّ بالقيمة، فوجوب الإسقاط(١٨٩٠) بها و إن حدث يوم التعذّر مع المطالبة، إلاّ أنّه لو أخّر الإسقاط بقي المثل في الذمّة إلى تحقّق الإسقاط، و إسقاطه في كلّ زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، و ليس في الزمان الثاني مكلّفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأوّل.

هذا، و لكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً(١٨٩١) من الآية، و من أنّ المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذّر المثل، توجّه القول بصيرورة التالف قيميّاً(١٨٩٢) بمجرّد تعذّر المثل؛ إذ لافرق في تعذّر المثل بين تحقّقه ابتدا كما في القيميات و بين طروّه بعد التمكّن كما فيما نحن فيه. و دعوى اختصاص الآية و إطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذّر المثل ابتداءً، لايخلو عن تحكّم(١٨٩٣).

ثمّ إنّ في المسألة احتمالات اُخر، ذكر أكثرها في القواعد، و قوىّ بعضها في الإيضاح و بعضها بعض الشافعيّة. و حاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها*، أنّه: إمّا أن نقول باستقرار المثل في الذمّة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة و هو الذي اخترناه – تبعاً للأكثر – من اعتبار القيمة عند الإقباض، و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات. و إمّا أن

.....

١٨٩٠. يعني: ففيه أنّ وجوب الإسقاط بها... .

١٨٩١. لا إلى مسألة الجمع بين الحقّين مع المطالبة، و الإجماع على أنّ المثلي يضمن بالمثل الشامل بإطلاقه صورة تعذّر المثل أيضاً، إذ بناءً على هذا لامحيص عن المشهور.

١٨٩٢. و عدم بقائه على المثليّة حتّى بعد التعذّر إلى زمان دفع القيمة الملازم لثبوت المثل إلى ذلك الزمان.

١٨٩٣. لايخفى ما فيه، لما يصرّح في أواخر الصفحة بقوله: «إلاّ أن يقول: إنّ أدلّة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكّن و إن لم يكن مشروطاً به عقلاً...»، فانحصر مدرك لزوم القيمة بمسألة الجمع بين الحقّين.

---

* في بعض النسخ: بيانها.

نقول بصيرورته قيميّاً عند الإعواز(١٨٩٤)، فإذا صار كذلك، فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقر في الذمّة قيمي(١٨٩٥)، فتكون القيميّة صفةً للمثل بمعنى أنّه لو تلف وجب قيمته(١٨٩٦)، و إمّا أن نقول إنّ المغصوب انقلب قيميّاً بعد أن كان مثليّاً. فإن قلنا بالأوّل، فإن جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف – كما هو أحد الأقوال – كان المتعيّن قيمة المثل يوم الإعواز، كما صرّح به في السرائر في البيع الفاسد و التحرير في باب القرض؛ لأنّه يوم تلف القيمي(١٨٩٧). و إن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان – كما هو القول الآخر في القيمي – كان المتّجه اعتبار زمان تلف العين؛ لأنّه أوّل أزمنة وجوب المثل في الذمّة(١٨٩٨) المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه، و هذا مبنيّ على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

و إن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف – كما حكي

.....

١٨٩٤. مقتضى تشقيق هذا بقوله: «فإذا صار كذلك – أي: قيميّاً عند الإعواز – فإمّا أن نقول...»، أن يكون مرجع الضمير المجرور بإضافة الصيرورة و المرفوع بـ«صار» أحد الأمرين من العين و المثل على الإجمال.

١٨٩٥. كما فهمه جامع المقاصد من قول العلاّمة: «الأوّل: أقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم التلف» حيث إنّه أرجع ضمير «قيمته» إلى المثل، و لازمه صيرورة المثل قيميّاً، كما أنّ مقابله قد فهمه الشارحان للقواعد من العبارة المذكورة على ما في جامع المقاصد، لأنّهما أرجعا الضمير المذكور إلى المغصوب، و لازمه صيرورة المغصوب قيميّاً.

١٨٩٦. لا بمعنى ما لايتساوى أفراده في القيمة. و المراد من تلف المثل تعذّره.

١٨٩٧. يعني: تلف المثل المنقلب إلى القيمي للإعواز.

١٨٩٨. الوجوب بمعنى الثبوت. و «المستلزم» صفة له. و «عند تلفه» متعلّق بالضمان لا بالقيمة. و ظرف القيمة – و هو زمان تلف العين و اشتغال الذمّة بالمثل – محذوف. و الضمير المنصوب بـ«أنّ» راجع إلى زمان تلف العين. و الضمائر الثلاثة المجرورة كلّها راجع إلى المثل.

عن جماعة من القدماء في الغصب – كان المتّجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين(١٨٩٩) إلى زمان الإعواز، و ذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات. و إن قلنا: إنّ التالف انقلب قيميّاً، احتمل الاعتبار بيوم الغصب كما في القيمي(١٩٠٠) المغصوب، و الاعتبار بالأعلى منه إلى* يوم التلف(١٩٠١)، و ذكر هذا أوّل الاحتمالات في القواعد٣٠. و إن قلنا: إنّ المشترك(١٩٠٢) بين العين و المثل صار قيميّاً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذّر المثل؛ لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان إمّا للعين و إمّا للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف، و هذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات(١٩٠٣). و احتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب(١٩٠٤) إلى دفع المثل، و وجهه في محكيّ التذكرة و الإيضاح:

.....

١٨٩٩. لأنّه أوّل زمان ضمان المثل بقيمته عند التلف، و آخر زمانه زمان تلف المثل المفروض، و هو زمان إعوازه.

١٩٠٠. يعني بيوم الغصب يوم القبض، و من القيمي القيمي بالأصالة.

١٩٠١. أي: من يوم غصب العين إلى يوم تلفها بوصف كونها قيميّة، و هو يوم إعواز المثل.

١٩٠٢. يعني: أنّ المشترك بينهما صار قيميّاً عند تعذّر هذا المشترك المتوقّف على تلف العين و تعذّر المثل، لأنّ تعذّر الكلّي و تلفه لايكون إلاّ بتلف جميع أفراده. و المراد من القدر المشترك بينهما هو الصفات الكلّية و الجهات النوعيّة و الصنفيّة الموجبة لماليّة الشيء، لأنّها الأمر المشترك الموجود في العين المثلي و مثلها.

١٩٠٣. فإنّه قال: «الثالث: أقصى القيم من الغصب إلى الإعواز».

١٩٠٤. و جعله في القواعد رابع الاحتمالات، فإنّه قال: «الرابع: أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة» انتهى. و منه يعلم أنّ الصواب في عبارة المصنّف أن يقول: إلى دفع القيمة بدل «إلى دفع المثل». و على تقدير صحّة النسخة فلابدّ من الالتزام بتقدير القيمة مضافة إلى المثل، يعني: دفع قيمة المثل المفروض تعذّره.

---

* في بعض النسخ: لا.

بأنّ المثل لايسقط بالإعواز، قالا: ألا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، استحقّه، فالمصير إلى القيمة عند تغريمها و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم. و حاصله(١٩٠٥): أنّ وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه الى* وجوب مبدله أعني العين، فيجب أعلى القيم منها، فافهم. إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلي هو أنه مع تعذّر المثل لايسقط المثل عن الذمّة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل(١٩٠٦)، فلا عبرة بالقيمة إلاّ يوم الإسقاط و تفريغ الذمّة.

و أمّا بناءً على ما ذكرنا** – من أنّ المتبادر من أدلّة الضمان التغريم بالأقرب إلى

.....

١٩٠٥. يعني: و حاصل التوجيه المذكور: أنّ وجوب دفع قيمة المثلي – الباقي مثله في الذمّة إلى يوم غرامة القيمة، الساقط بغرامتها الخارجيّة – إنّما يعتبر و يلاحظ و يبتدأ بطور القهقرى من أوّل زمان وجوب قيمة المثلي و ثبوته – و هو زمان الدفع – و ينتهي إلى زمان ثبوت مبدل القيمة – أعني: نفس المال المثلي المغصوب – و هو زمان غصب العين، فتحصل وجوبات عديدة بعدد القيم على تقدير اختلافها في قطعات هذا الزمان المتوسّط بين المبدإ و المنتهى، فيجب الأعلى من هذه القيم، فيجب دفعه، لأنّ المفروض أنّ القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم. فقوله: «يعتبر» بمعنى يلاحظ. و الوجوب في قوله: «من زمن وجوبه أو وجوب مبدله» بمعنى الثبوت. و الضمير في الموضعين راجع إلى القيمة. و التذكير على صحّة النسخة إنّما هو باعتبار البدل. و الأحسن في التعبير إسقاط وجوب الدفع، و هو واضح.

وكيف كان، فاللازم إمّا إسقاط كلمة «منها» أو إسقاط كلمة «القيم» مع إتيان كلمة «أعلى» معرّفاً باللام، يعني: اللازم أن يقول: فيجب أعلى القيم، أو يقول: فيجب الأعلى منها. و لعلّ الأمر بالفهم في آخر العبارة إشارة إلى ضعف أحد جزأي مبنى هذا الاحتمال، و هو القول بصيرورة القدر المشترك قيميّاً، و لذا ذكره في ذيل هذا القول. و أمّا الجزء الآخر، و هو ثبوت المثل إلى زمان دفع القيمة، فقد قوّاه سابقاً.

١٩٠٦. يعني: حين الإسقاط.

---

* في بعض النسخ: أو.

** في بعض النسخ: من حيث.

التالف فالأقرب – كان المثل مقدّماً مع تيسّره، و مع تعذّره ابتداءً كما في القيمي أو بعد التمكّن كما فيما نحن فيه، كان المتعيّن هو القيمة، فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيميّاً، و هو حال الإعواز، فحال الإعواز معتبر من حيث أنّه أوّل أزمنة صيرورة التالف قيميّاً، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجّه ما اختاره الحلّي﵀(١٩٠٧).

و لو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كما عليه جماعة من القدماء، توجّه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز؛(١٩٠٨) إذ كما أنّ ارتفاع القيمة(١٩٠٩) مع بقاء العين(١٩١٠) مضمون بشرط تعذّر أدائها المتدارك لارتفاع القيم، كذلك يشترط*(١٩١١) تعذّر المثل في المثلي؛ إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقيّة، و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثليّة كان أداء مثلها عند تلفها كردّ عينها** في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنّما يحصل بتلف العين و المثل.

.....

١٩٠٧. و هو الاعتبار بقيمة يوم تعذّر المثل و إعوازه، لأنّه يوم تلف العين بوصف كونه قيميّاً، إذ قبل هذا الزمان كان التالف مثليّاً، و إنّما صار قيميّاً بالإعواز.

١٩٠٨. لأنّه زمان تلف العين بوصف القيميّة كما مرّ.

١٩٠٩. هذا علّة لما يستفاد من تحديد الأعلائيّة – أي: الارتفاع المحكوم بضمانه – بكون نهايتها زمان إعواز المثل في المثلي، من عدم ضمان الارتفاع و الأعلى الذي ليس نهايته تعذّر المثل، بل نهايته تيسّر المثل و أدائه. و لك أن تقول: إنّه علّة لاعتبار تعذّر المثل في ضمان ارتفاع القيمة المستفاد من تقييد الأعلى بغاية الإعواز.

١٩١٠. الظرف متعلّق بمحذوف هو صفة للارتفاع. و المتدارك بصيغة الفاعل صفة للأداء. و اللام في «لارتفاع القيم» للتعدية.

١٩١١. يعني: كذلك ارتفاع القيمة مع وجود المثل و تيسّره مضمون بشرط تعذّر أداء المثل في المثلي.

---

* في بعض النسخ: بشرط.

** في بعض النسخ: أداء مثله عند تلفه كردّ عينه.

فإن قلنا: إن تعذّر المثل(١٩١٢) يسقط المثل كما أنّ تلف العين يسقط العين، توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز، و هو أصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشافعيّة على ما قيل[٣١]. و إن قلنا: إنّ تعذّر المثل لايسقط المثل و ليس كتلف العين، كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذّر المثل أيضاً مضموناً، فيتوجّه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة، و هو المحكيّ عن الإيضاح، و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعىً بعدم ردّ العين أو المثل.

ثمّ اعلم أنّ العلاّمة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنّه لو تلف المثلي و المثل موجود ثمّ أعوز، ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذّر المثل بعد تيسّره* في بعض أزمنة التلف(١٩١٣)، لا ما تعذّر فيه المثل ابتداءً.

و عن جامع المقاصد أنّه يتعيّن حينئذٍ(١٩١٤) قيمته يوم التلف، و لعلّه لعدم تنجّز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات. و يمكن أن يخدش فيه: بأنّ التمكّن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمّة ابتداءً، كما لايشترط في استقراره استدامةً** على ما اعترف به، مع طروّ التعذّر بعد التلف؛ و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض.

و بالجملة، فاشتغال الذمّة بالمثل إن قيّد بالتمكّن لزم الحكم بارتفاعه بطرو التعذّر و إلاّ لزم الحكم بحدوثه مع التعذّر من أوّل الأمر، إلاّ أن يقول إنّ أدلّة وجوب المثل(١٩١٥) ظاهرة في صورة التمكّن و إن لم يكن مشروطاً به عقلاً، فلاتعمّ صورة العجز.

نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيميّاً. و قد يقال على المحقّق المذكور: إنّ اللازم ممّا ذكره أنّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة،

.....

١٩١٢. هذا تفصيل لقوله: «فاستقرار ارتفاع القيم...».

١٩١٣. يعني: تلف العين. و الظرف متعلّق بالتيسّر.

١٩١٤. أي: حين تعذّر المثل ابتداءً.

١٩١٥. يعني: ثبوته في الذمة.

---

* في بعض النسخ: بعد وجود المثل.

** في بعض النسخ: استدامته.

و لاأظن أحداً يلتزمه، و فيه تأمّل(١٩١٦). ثمّ إنّ المحكيّ عن التذكرة: أنّ المراد بإعواز المثل أن لايوجد في البلد و ما* حوله[٣٢](١٩١٧). و زاد في المسالك قوله: ممّا ينقل عادة منه إليه، كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه. و عن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف[٣٣].

و يمكن أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس و تسليطهم على أموالهم أعياناً كانت أم في الذمّة: وجوب تحصيل المثل - كما كان يجب ردّ العين أينما كانت - و لوكانت في تحصيلها مؤونة كثيرة، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان، و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة. نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد(١٩١٨)، كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معبّر بالإعواز و معبّر بالتعذّر كان المتيقّن الرجوع(١٩١٩) إلى الأخصّ و هو التعذّر**؛ لأنّه المجمع عليه. نعم، ورد في بعض أخبار السلم: أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخيّر المشتري، و من المعلوم أنّ المراد بعدم القدرة ليس التعذّر العقلي المتوقّف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

ثمّ إنّ في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالاً من حيث إنّ العبرة(١٩٢٠)

١٩١٦. وجه التأمّل أنّ عدم تنجّز التكليف بالمثل عليه لاينافي وجود التكليف به مشروطاً بوجوده، و معلوم أنّ لازم هذا أنّه متى وجد المثل لزمه أدائه.

١٩١٧. فعلى هذا التحديد لايعتبر التعذّر و التعسّر في تحصيل المثل في الانتقال إلى القيمة.

١٩١٨. نعم، و لكن مع إحراز استناد المجمعين إلى ما عدا حكم العقل بسقوط التكليف بأداء المثل عند التعذّر العقلي بالمقدار الذي تعذّر فيه الامتثال، و هو القدر الجامع بين التالف و بين ما عداه من الأفراد، و بقائه بالنسبة إلى جهة الماليّة، و أنّى له بإحرازه؟

١٩١٩. يعني: كان المتيقّن في رفع اليد عن عموم دليل السلطنة الرجوع إلى الأخصّ... .

١٩٢٠. يعني: أنّ العبرة في تقويم المثل. لايخفى عليك أنّه بعد البناء على قيمة معيّنة في المسألة - قيمة يوم التعذّر، أو يوم المطالبة، أو يوم الدفع، أو غير ذلك - لايبقى مجال لهذا

---

* في بعض النسخ: و لا ما.

** في بعض النسخ: المتعذّر.

بفرض وجوده و لو في غاية العزّة – كالفاكهة في أوّل زمانها أو آخره – أو وجود المتوسّط؟ الظاهر هو الأوّل، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه، فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغني عن بيعه بحيث لايبيعه إلاّ إذا بذل له عوض لايبذله* الراغبون في هذا الجنس بمقتضى** رغبتهم. نعم***، لو لجأ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك، كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق بحيث لايعطيه إلاّ أن يبذله بإزاء عتاق الخيل و شبهها، فإنّ الراغب في الجمد في العراق من حيث إنّه راغب لايبذل هذا العوض بإزائه، و إنّما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً أو معالجة مشرف على الهلاك به و نحو ذلك من الأغراض؛ و لذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعذّر كما ذكرنا في المسألة الخامسة. فكلّ موجود لايقدح وجوده في صدق التعذّر فلا عبرة بفرض وجوده في التقويم عند عدمه.

ثمّ إنّك قد عرفت(١٩٢١) أنّ للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكّنه و لو كان في غير بلد الضمان وكان قيمة المثل هناك أزيد، و أمّا مع تعذّره وكون قيمة المثل(١٩٢٢) في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة، فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعيّن قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف؟ وجوه. و فصّل الشيخ(١٩٢٣)

الإشكال و الترديد، بل يتعيّن أنّ العبرة بفرض وجوده في ذلك اليوم الذي بني على اعتبار قيمة ذلك اليوم، و هو يوم معيّن لاترديد فيه، فتدبّر.

١٩٢١. يعني: في آخر المسألة الخامسة.

١٩٢٢. ما ذكره من الوجوه في الصورة المفروضة مختصّ بصورة نقل العين من مكان القبض، و أمّا مع عدمه فقيمة مكان الأخذ متعيّنة، و لاأثر من هذه الوجوه في كلمات الأصحاب. هذا، مع أنّ قيمة بلد المطالبة ليست طرفاً لملاحظة الأعلائيّة، و إنّما طرفه قيمة بلد النقل، فلابدّ من تقييده الصورة المفروضة بصورة النقل، و تبديل قيمة المطالبة بقيمة بلد النقل.

١٩٢٣. كلامه‌ﷺ من جهة اختصاصه بصورة وجود المثل في بلد التلف و بلد المطالبة لاربط له بمسألة تعذّر العين و تعذّر المثل، فكان الأنسب نقل ذلك في ذيل الفرع المتقدّم في

---

* في بعض النسخ: لايبذل. ** في بعض النسخ: بمقدار. *** في بعض النسخ: ثمّ.

في المبسوط في باب الغصب: بأنّه إن لم يكن في نقله مؤونة كالنقدين، فله المطالبة بالمثل، سواء كانت القيمتان مختلفتين أم لا. و إن كان في نقله مؤونة، فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً؛ لأنّه لاضرر عليه في ذلك، و إلاّ فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتّى يوفّيه بذلك البلد، ثمّ قال: إنّ الكلام في القرض كالكلام في الغصب. و حكي نحو هذا عن القاضي أيضاً، فتدبّر. و يمكن أن يقال: إنّ الحكم(١٩٢٤) باعتبار بلد القرض أو السلم – على القول به – مع الإطلاق لانصراف العقد إليه، و ليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف.

بقي الكلام في أنّه هل يعدّ من تعذّر المثل خروجه عن القيمة – كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازة، و الجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف – أم لا؟ الأقوى بل المتعيّن هو الأوّل(١٩٢٥) بل حكي عن بعض نسبته إلى الأصحاب و غيرهم. و المصرّح به في محكيّ التذكرة و الإيضاح و الدروس قيمةُ المثل في تلك المفازة، و يحتمل آخر مكان أو زمان(١٩٢٦) سقط المثل فيه عن الماليّة.

فرع: لو دفع القيمة في المثلي المتعذّر مثله ثمّ تمكّن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل في ذمّته؛(١٩٢٧)

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

.....

الأمر الخامس قبال قول الحلّي و العلاّمة و الفخر و الشهيد القائلين بجواز مطالبة المثل عند التمكّن منه مطلقاً، كما صنعه في الجواهر على ما يظهر منه.

١٩٢٤. خبر «أنّ» قوله: «لانصراف العقد».

١٩٢٥. الأمر كما ذكره. و قد مرّ غير مرّة أنّ مقتضى القاعدة أعلى القيم زماناً و مكاناً أيضاً على تقدير النقل، فلايصغى إلى غيره ممّا قيل أو احتمل.

١٩٢٦. في العبارة استخدام، يعني: سقط المثل فيما بعده من الماليّة.

١٩٢٧. يمكن أن يقال بالعود على المختار من كون نفس المقبوض على العهدة حتّى في حال التلف، و أنّ المثل و القيمة كلاهما أداء له غاية الأمر بطور الترتّب، بأن يقال: إنّ كون إعطاء القيمة أداءً كما يتوقّف على عدم المثل ابتداءً و حدوثاً كذلك يتوقّف عليه استدامةً و بقاءً.

وفاقاً للعلامة﵀ و من تأخّر عنه ممّن تعرّض للمسألة؛ لأنّ المثل كان ديناً في الذمّة سقط بأداء عوضه مع التراضي فلايعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده. هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمّة بالإعواز، و أمّا على القول بسقوطه و انقلابه قيميّاً، فإنّ قلنا: بأنّ المغصوب انقلب قيميّاً عند تعذّر مثله، فأولى بالسقوط؛ لأنّ المدفوع نفس ما في الذمّة. و إن قلنا: بأنّ المثل بتعذّره – النازل منزلة التلف – صار قيميّاً، احتمل وجوب المثل عند وجوده؛ لأنّ القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتي أنّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

السابع: لوكان التالف المبيع فاسداً قيميّاً(١٩٢٨)،

.....

و بالجملة، حال المثل حال الأصل، فكما لابدّ من دفع الأصل مع التمكّن منه كذلك المثل، لاشتراكهما في العلّة، وهو أنّ اللازم على الضامن إعطاء اُمور ثلاثة: الحقيقة النوعيّة و الماليّة و التشخّص. فكما أنّ كفاية إعطاء الأوّلين و كونه أداءً إنّما هو مادام لم يتمكّن من إعطاء الثالث أيضاً بإعطاء نفس المال المضمون، فكذلك كفاية الثاني فقط مادام لم يتمكّن من إعطاء الأوّل أيضاً بإعطاء المثل، فكلّما يمكن جمعها أو جمع الأوّلين منها فلابدّ منه، و لايكفي غيره حدوثاً و بقاءً. و من هنا ظهر أنّ القول بعود المثل لايتوقّف على جعل المثل أصلاً بعد تلف الأصل كما زعمه بعض المحقّقين.

نعم، لو شكّ في كون دفع القيمة أداءً ما لم يتمكّن من دفع المثل فالمرجع استصحاب ارتفاع الاشتغال الحاصل بدفع القيمة حين تعذّر المثل، بناءً على حجّيته في الشكّ في المقتضي. و أمّا على العدم فالمرجع استصحاب الاشتغال، لأنّ الشكّ بالأخرة في ارتفاع الاشتغال الحاصل بدفع القيمة، فيجب دفع المثل أيضاً لتحصيل اليقين بالبراءة عمّا ثبت الاشتغال به، و هو الأصل.

١٩٢٨. أمّا الموضوع – و هو القيمي – فقد سرّ أنّه عبارة عمّا يكون مدار ماليّته على الجهات الشخصيّة. و أمّا الحكم – و هو وجوب دفع القيمة عند التلف – فلاإشكال فيه، إذ قد مرّ أنّ الضمان حقيقة عرفيّة، فيرجع في كيفيّته إلى العرف، و قد تقدّم أنّ كيفيّته عندهم في القيمي دفع القيمة، بمعنى تحقّق الأداء الرافع للضمان به عندهم. و هذا هو السرّ في الإجماع، بل في الأخبار أيضاً، حيث إنّها إمضاء لحكم العرف.

فقد حكي الاتّفاق على كونه مضموناً بالقيمة، و يدلّ عليه الأخبار المتفرّقة في كثير من القيميّات، فلا حاجة إلى التمسّك بصحيحة أبي‌ولّاد(١٩٢٩) الآتية في ضمان البغل، و لا بقوله‌ﷺ: "من أعتق شقصاً(١٩٣٠) من عبدٍ قُوّم عليه" بل الأخبار كثيرة، بل قد عرفت(١٩٣١) أنّ مقتضى إطلاق أدلّة الضمان في القيميّات هو ذلك بحسب المتعارف، إلاّ أنّ المتيقّن من هذا المتعارف ما كان 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 إن فرض تيسّر المثل له - كما فيمن أتلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، وكما لو أتلف عليه ذراعاً من مأة ذراع كرباس منسوجٍ على طريقة واحدة لاتفاوت في أجزائه أصلاً - هو الإجماع(١٩٣٢) كما يستظهر. و على تقديره(١٩٣٣)، ففي شموله لصورة تيسّر المثل من جميع الجهات تأمّل، خصوصاً مع الاستدلال عليه كما في الخلاف و غيره بقوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُم﴾[٣٤]؛ بناءً على أنّ القيمة مماثلة* للتالف في الماليّة،

١٩٢٩. حتّى تستشكل عليه بأنّها ظاهرة في ضمان القيمي بالمثل، بالتقريب الذي يأتي إليه الإشارة في كلام المصنّفﷺ عند تكلّمه في الفقرة الأُولى من محلّ الاستشهاد منها بقوله: «لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن حتّى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، و القيمة إنّما هي قيمة المثل».

١٩٣٠. كي يستشكل عليه بأنّه لعلّه تعبّد صرف، لتغليب جانب الحريّة، فتأمّل.

١٩٣١. هذا هو الوجه في المسألة كما ذكر، إذ ما ذكره بقوله: «إلاّ أنّ المتيقّن...» ممنوع، لعدم تفرقة العرف في القيمي - بالمعنى المذكور - بين تيسّر المثل و تعذّره.

١٩٣٢. بل المرجع هو العرف، و هو المدرك في الإجماع.

١٩٣٣. يعني: على تقدير كون المرجع في صورة تيسّر المثل هو الإجماع، ففي شمول الإجماع لصورة التيسّر من جميع الجهات تأمّل.

---

* في بعض النسخ: مماثل.

فإنّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذّر المثل. وكيف كان، فقد حكي الخلاف في ذلك عن الإسكافي(١٩٣٤) و عن الشيخ و المحقّق في الخلاف و الشرائع في باب القرض[٣٥](١٩٣٥).

فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتّى مع تعذّر المثل فيكون القيمة عندهم بدلاً عن المثل حتّى يترتّب عليه وجوب قيمة يوم دفعها – كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسألة تعيّن القيمة متفرّعاً على هذا القول – فيردّه إطلاقات* الروايات الكثيرة في موارد كثيرة(١٩٣٦)، منها: صحيحة أبي‌ولاّد الآتية. و منها: رواية تقويم العبد. و منها: ما دلّ على أنّه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمّته** بحساب ذلك، فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرّد ضمان التالف. و منها: غير ذلك من الأخبار الكثيرة.

و إن أرادوا أنّه مع تيسّر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً نظراً إلى ظاهر آية الاعتداء و نفي الضرر؛ لأنّ خصوصيات الحقائق قد تقصد(١٩٣٧)، اللّهمّ إلاّ أن يحقّق إجماع على خلافه و لو من جهة أنّ

.....

١٩٣٤. نسبة الخلاف – أي: القول بضمان المثل في القيمي أيضاً – إلى الإسكافي في غير محلّها، لأنّ عبارته المحكيّة عنها على ما مرّ نقلها هكذا: «إن تلف المغصوب دفع قيمته أو مثله إن رضي صاحبه» و لادلالة فيه إلاّ على أنّ المغصوب مطلقاً – و لو المثلي، أو خصوص القيمي، بأن يريد من المغصوب خصوص هذا – مضمون بالقيمة ابتداءً، و دفع المثل يحتاج إلى رضا المالك، و أين هذا من القول بضمان القيمي بالمثل الذي هو محلّ الكلام؟

١٩٣٥. لكنّه في الغصب صرّح بضمان القيمة في القيمي.

١٩٣٦. الدالّة على وجوب القيمة في القيمي الواردة هل فيه*** وجه ردّ إطلاقها ما ذكره من الفرض واضح، لأنّ صورة التعذّر للمثل هو القدر المتيقّن من إطلاقها و لو لأجل الغلبة، و مع ذلك حكم فيها بضمان القيمة في القيمي.

١٩٣٧. هذا علّة للضرر.

---

* في بعض النسخ: إطلاق. ** في بعض النسخ: دينه. *** كذا في الطبعة الحجريّة والعبارة مشوّشة جدّاً، ولعلّها كانت في الأصل هكذا: «الواردة هي فيه، و وجه ردّ...».

ظاهر كلمات هؤلاء إطلاق القول(١٩٣٨) بضمان المثل، فيكون الفصل بين التيسّر و عدمه قولاً ثالثاً في المسألة.

ثمّ إنّهم اختلفوا في تعيين القيمة(١٩٣٩) في المقبوض بالبيع الفاسد، فالمحكيّ في غاية المراد[٣٦] عن الشيخين و أتباعهما: تعيّن قيمة يوم التلف، و عن الدروس[٣٧] و الروضة نسبته إلى الأكثر. و الوجه فيه – على ما نبّه عليه جماعة، منهم العلاّمة في التحرير –: أنّ الانتقال إلى البدل إنّما هو يوم التلف؛ إذ الواجب قبله هو ردّ العين.

و ربّما يورد عليه: أنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، أمّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا. و يدفع: بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه كونه في عهدته، و معنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التلف حتّى يكون عند التلف كأنّه لم يتلف(١٩٤٠)، و تداركه على هذا النحو بالتزام مالٍ معادلٍ له، قائم* مقامه.

.....

١٩٣٨. يعني بالمشار إليه الإسكافي و الشيخ و المحقّق. و المراد من إطلاق قولهم بضمان المثل هو الإطلاق الشامل لصورة تعذّر المثل و تيسّره. هذا، و لايخفى أنّه لاوجه لظهور كلماتهم في الإطلاق المذكور بعد كون مرادهم خصوص تيسّر المثل كما هو المفروض، فمرجع ما ذكره إلى الخلف و التناقض.

١٩٣٩. قد تقدّم أنّ الأقوى هو الأعلى من زمان الأخذ إلى زمان الأداء.

١٩٤٠. لايكفي هذا المقدار، بل لابدّ من تداركه على نحو كأنّه لم ينقطع عنه سلطنة المالك في زمان من الأزمنة، و لايكون هذا إلاّ بالتزام مال معادل له في جميع الأزمنة يقوم مقامه، و هو أعلى القيم، إذ بدفع غيره لايكون بالنسبة إلى زمان الارتفاع كأن لم يؤخذ منه و لم ينقطع عنه سلطنته، فالأصل في ضمان التالف القيمي و المثلي المتعذّر مثله ضمانه بالأعلى، فإن خرج شيء منه – كالمغصوب لو قلنا به– فبدليل خارج.

هذا، بناءً على كون نفس العين على العهدة في كلتا حالتي البقاء و التلف كما قوّيناه. و أمّا بناءً على مختار المصنّف من كون القيمة على العهدة عند التلف في القيمي فالحقّ ما ذكره، فتأمّل.

---

* في بعض النسخ: فقط.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل في ضمان(١٩٤١) التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج المغصوب(١٩٤٢) من ذلك مثلاً، فبدليلٍ من خارج. نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام من دعوى الاتّفاق على كون البيع* فاسداً بمنزلة المغصوب إلاّ في ارتفاع الإثم، ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه(١٩٤٣) حكمٌ مخالفٌ لهذا الأصل، بل يمكن أن يقال(١٩٤٤):

.....

١٩٤١. يعني: من كون معنى الضمان ما ذكره ظهر أنّ الأصل** في ضمان التالف مطلقاً - في البيع الفاسد و الغصب و المقبوض بالسوم و غيرها - يعني: التالف القيمي، إذ مختارهﷺ في المثلي المتعذّر مثله قيمة يوم الدفع.

١٩٤٢. بأن حكم فيه بضمان قيمة يوم الغصب مثلاً.

١٩٤٣. فيكون المقبوض بالعقد الفاسد مثل المغصوب خارجاً عن الأصل المذكور، لو كان الحكم في المغصوب على خلاف هذا الأصل كما ذكرناه.

١٩٤٤. غرضه من ذلك إلحاق المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب مع قطع النظر عن الاتّفاق الذي ادّعاه الحلّي على كون الأوّل بمنزلة الثاني، فيكون هذا حينئذٍ ترقّياً عن قوله: «نعم لو تمّ...»، فيكون استدراكاً عمّا قبل قوله «نعم» من ضمان المبيع فاسداً بقيمته يوم التلف. و الفرق بين ما بعد كلمة «بل» و بين ما قبلها - مضافاً إلى ما ذكر - أنّ مفاد ما قبلها إلحاق خصوص المقبوض بالعقد الفاسد من بين موارد الضمان بالمغصوب بواسطة الإجماع المذكور، فيبقى ما عداه منها تحت الأصل المزبور، و مفاد ما بعدها إلحاق تمام موارد الضمان بالمغصوب. و مرجع هذا إلى دعوى انقلاب الأصل المذكور إلى أصل ثانوي آخر، و هو الضمان بقيمة يوم الضمان و القبض في جميع موارد الضمان، لو ثبت أنّ الضمان بقيمة يوم الغصب في الغصب، و إلاّ فلو اختصّ هذا الحكم بالغصب، و كان الحكم في غيره - و منه المقبوض بالعقد الفاسد - هو ما ذكره أوّلاً من الضمان بقيمة يوم التلف، للزم أن يكون الغاصب أحسن حالاً من غير الغاصب في فرض المتن، من كون قيمة التالف يوم التلف أضعاف قيمته يوم القبض و الأخذ، لكون خسارة الغاصب أقلّ من غير الغاصب، و هو باطل

---

* في بعض النسخ: المبيع. ** كذا في الطبعة الحجريّة. و لم يذكر في العبارة خبر«أنّ»، و هو «ضمانه بقيمته يوم التلف». و لعلّهﷺ حذفه للاختصار، و لكن كان عليه ذكر « إلى آخره» في نهاية الكلام.

إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب – كما هو ظاهر صحيحة أبي‌ولاّد الآتية – كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ يلزم حينئذ(١٩٤٥) أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف؛ لما ذكرنا من أنّ(١٩٤٦) معنى التدارك الالتزام بقيمته يوم وجوب التدارك.

نعم، لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم، أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك(١٩٤٧) مؤاخذة له بأشقّ الأحوال.

فالمهم حينئذٍ(١٩٤٨) صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد، إمّا لما ادعاه الحلّي، و إمّا لكشف الصحيحة عن معنى التدارك و الغرامة في المضمونات وكون العبرة في جميعها بيوم الضمان،

.....

بالضرورة.

١٩٤٥. هذا علّة للكشف. و «حينئذ» أي: حين إذ ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب. يعني: إذ لو لم يكشف عن عدم الاقتضاء المذكور يلزم في فرض ثبوت اعتبار قيمة يوم الغصب في المغصوب أن يكون... إلى آخر ما ذكره الذي مرّ شرحه.

١٩٤٦. هذا علّة لـ«يلزم» و بيان لوجه اللزوم.

١٩٤٧. الجارّ متعلّق بالزائد.

١٩٤٨. أي: حين إذ يتفاوت مقتضى الأصل في باب الضمانات بتفاوت معنى الصحيحة، حيث إنّ مفادها لو كان الضمان بقيمة يوم الضمان في موردها – و هو المغصوب – لكان كذلك في جميع موارد الضمان التي منها المقبوض بالعقد الفاسد، بالتقريب الذي ذكره بقوله: «بل يمكن أن يقال...» إلى آخره على ما شرحناه.

و لو كان مفادها الضمان بأعلى القيم في موردها لكان الأصل في ضمان التالف القيمي هو الضمان بقيمة يوم التلف، كما ذكره بقوله: «و ممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل...». و إنّما خرج عن ذلك الغصب للصحيحة الدالّة على ضمان المغصوب بأعلى القيم على الفرض، فيبقى الباقي – و منه مورد العقد الفاسد– تحته، إلاّ إذا تمّ إجماع الحلّي على التنزيل فيلحق به.

كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد، و حيث أنّ الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة و فوائد خطيرة، فلابأس بذكرها جميعاً و إن كان الغرض متعلّقاً ببعضها: فروى الشيخ في الصحيح عن أبي‌ولاّد، قال: اكتريت بغلاً إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، و خرجت في طلب غريم لي، فلمّا صرت إلى قرب قنطرة الكوفة خبّرت أنّ صاحبي توجّه إلى النيل(١٩٤٩)، فتوجّهت نحو النيل، فلمّا أتيت النيل خبّرت أنّه توجّه إلى بغداد، فأتبعته فظفرت به و فرغت فيما بيني و بينه و رجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت أن أتحلل منه فيما صنعت و ارضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي‌حنيفة(١٩٥٠) و أخبرته بالقصّة و أخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد رجعته سليماً. قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أُريد كرى بغلي، فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً. فقال: إنّي ما أرى لك حقّاً؛ لأنّه اكتراه إلى قصر بني هبيرة(١٩٥١)

١٩٤٩. مراده من الصاحب هو الغريم. و قد تقدّم في السابق بيان المراد من النيل.

١٩٥٠. يعني: بقضائه في القضيّة، كما يرشد إليه قوله عليه السلام في الذيل: «في مثل هذا القضاء...». فلا معنى لاحتمال إرادة التراضي بالاستفتاء منه و العمل بفتواه. و لاينافيه قوله: «فرحمته ممّا أفتى به أبوحنيفة» لأنّ القضاء و فصل الخصومة في الشبهات الحكميّة - كما في مورد الرواية - إنّما يكون بالفتوى.

١٩٥١. هبيرة من عمّال بني أميّة في آخر دولتهم. في مرآة العقول للمجلسي رحمه الله ما لفظه: «و قال في المغرب: قصر ابن‌هبيرة على ليلتين من الكوفة، و بغداد منه على ليلتين» انتهى. و قال بعض: إنّ ذاك القصر واقع في غربي الحلّة في مكان كانت تسمّى بالجربوعيّة و تسمّى فعلاً بالهاشميّة، و لم يبق بالفعل منه شيء، بل صار تلاًّ هناك. و قال ذاك البعض: إنّه بعيد عن الكوفة بما يقرب بأحد عشر فرسخاً. و في رواية أُخرى لأبي‌ولاّد - الواردة في حدّ المسير الذي يجب فيه القصر - أنّه من الكوفة على نحو عشرين فرسخاً. و لاينافي هذا ما نقله البعض المذكور و ما عن المغرب، لأنّه تحديد له بغير طريق الماء، و هذا تحديد له بطريق الماء، و يمكن الاختلاف بين الطريقين. فعن أبي ولاّد قال: «قلت لأبي‌عبدالله عليه السلام: إنّي كنت خرجت من

فخالف فركبه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكرى(١٩٥٢)، فلمّا ردّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكراء. قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبوحنيفة و أعطيته شيئاً و تحلّلت منه و حججت تلك السنة، فأخبرت أباعبدالله عليه السلام بما أفتى به أبوحنيفة، فقال: في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء مائها و تمنع الأرض بركتها. قال: فقلت لأبي‌عبدالله عليه السلام: فما ترى أنت؟ قال: أرى له عليك مثل كرى البغل(١٩٥٣)

.....

الكوفة في سفينة إلى قصر بني هبيرة، و هو من الكوفة على نحو من عشرين فرسخاً في المساء». انتهى موضع الحاجة من الرواية، و هي طويلة مذكورة في الوافي قبل باب متى يشرع المسافر في التقصير أو يعود إلى التمام بأقلّ من صفحة. و العلم عند الله تعالى.

١٩٥٢. في مرآة العقول: «ذهب أبوحنيفة إلى أنّه إذا تعدّى في شيء ذهب الضمان بالأجر، لأنّه يقول بملكها - أي العين - بالضمان. و خالفه الشافعي في ذلك. و هذا الحكم منه مبنيّ على هذا الأصل» انتهى. و يمكن أن يكون نظره فيما ذهب إليه النبويّ: «الخراج بالضمان».

١٩٥٣. في الإضافة قلب، يعني: كري مثل البغل، إذ لايتصوّر للكري الكلّي مثل، بخلاف البغل المعهود الخارجي، فإنّ له مثلاً فحينئذٍ يكون الثابت على الغاصب أُجرة المثل. و في نسخة خطّية من الكافي عليها آثار التصحيح «كري بغل» بدون اللام، و يأتي فيما بعد أنّ المراد منه أيضاً هو البغل المعهود المتعلّق للإجارة، بدعوى أنّ تنوينه ليس للتنكير، بل عوض عن الضمير المضاف إليه البغل الراجع إلى صاحب البغل.

ثمّ إنّ الإمام عليه السلام فرّق في الذهاب و الإياب، بأن أثبت أُجرة المثل في الإياب من بغداد إلى الكوفة، و أمّا في الذهاب فقد أثبت أُجرة المثل من الكوفة إلى النيل، و أُجرة المثل من النيل إلى بغداد. و لعلّ الوجه فيه هو تعدّد المقصد في الذهاب دون الإياب. و لايخفى أنّ تعدّد المقصد الموجب لتعدّد الإجارة له دخل في زيادة الإجارة، لوضوح أنّ الكراء من النجف إلى كربلاء ثمّ الكراء من كربلاء إلى بغداد بإجارة أُخرى يكون أزيد من الكراء من النجف إلى بغداد وصلة واحدة بإجارة واحدة. فهو عليه السلام تحفّظاً على ملاحظة هذه الزيادة في طرف الذهاب قسّم المسافة إلى قطعتين بحسب قصد المسافر، حيث إنّه قصد أوّلاً قطع القطعة الأُولى ثمّ بعد قطعها حدث له

ذاهباً من الكوفة إلى النيل و مثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة و توفّيه إيّاه، قال: قلت: جعلت فداك، قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟ قال: لا؛ لأنّك غاصب. فقلت: أرأيت لو عطب البغل أو أنفق(١٩٥٤)، أليس كان يلزمني؟ قال: نعم، قيمة بغل(١٩٥٥) يوم خالفته، قلت: فإنّ أصاب البغل كسر أو دبر(١٩٥٦) أو عقر؟

.....

القصد إلى قطع القطعة الأُخرى، و أثبت لكلّ منهما كرىً على حدة.

١٩٥٤. عطب - كفرح - :هلك. و عطب البعير و الفرس: انكسر. و نفق الرجل و الدابة نفوقاً ماتا. و الظاهر أنّ المراد من العطب هنا هو الهلاك لا الكسر المجرّد عن الهلاك، لأنّه سأل عنه ثانياً بقوله: «فإن أصاب البغل عقر أو كسر...». و حينئذٍ لعلّ الفرق بينه و بين النفوق أنّ المراد من العطب الموت بسبب الكسر و نحوه، و من النفوق هو الموت بحتف الأنف.

١٩٥٥. في النسخة المصحّحة الخطّية من الوافي، و كذلك في النسخة المطبوعة منه، و في نسخة خطّية من الكافي، و في إجارة الحدائق و بيعه: «قيمة البغل» بلام التعريف. و عليه، لامجال لما أتعب المصنّف فيه نفسه الزكيّة. و على تقدير عدم اللام فيمكن أن يقال: إنّ التنوين فيه عوض عن المضاف إليه المحذوف، أي: بغله، فيكون حينئذٍ إسقاط اللام لأجل إضافته إلى الضمير المحذوف لا إلى اليوم كما يدلّ عليه بعض فقرات عبارة المصنّف. و يحتمل أن يكون سقوطها مع عدم إضافته إلى اليوم لأجل الاستغناء عن اللام، بجعل اليوم من قيود البغل، إمّا بجعله صفة له، أي: البغل الكائن في يوم خالفته، أو حالاً منه، أي: بغل حال كونه في يوم خالفته، و هو منحصر في ذلك البغل الخاصّ الذي اكتراه. و الحال من المضاف إليه لابأس به فيما إذا كان المضاف مثل الجزء من المضاف إليه، فإنّ القيمة مثل الجزء من البغل، كما في قوله ﷻ: ﴿بَلْ نَتَّبِعُ مِلَّةَ إِبْراهِيمَ حَنِيفاً﴾ كما لابأس به فيما إذا كان جزءاً منه، أو كان المضاف عاملاً في الحال. قال ابن مالك:

و لاتجز حالاً من المضاف له ... إلاّ إذا اقتضى المضاف عمله

أو كان جزء ماله أضيفا ... أو كان مثل جزئه فلاتحيفا

١٩٥٦. في الوافي: «فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمر، بالغين المعجمة و الراء المهملة». و قال في بيانه: «الدَّبَر بالتحريك قرحة الدابّة. و الغمر العطش. و في حاشيته - و

فقال: عليك قيمة ما بين الصحّة و العيب يوم تردّه عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهودٍ يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك. قلت: إنّي أعطيته دراهم ورضي بها و حلّلني، قال: إنّما رضي فأحلّك حين قضى عليه أبوحنيفة بالجور و الظلم، و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شئ عليك بعد ذلك .. . الخبر"[٣٨](١٩٥٧).

و محلّ الاستشهاد فيه(١٩٥٨)فقرتان: الأُولى، قوله: "نعم، قيمة بغل يوم خالفته" إلى ما بعد، فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمة، إمّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً، يعني قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة(١٩٥٩)،

.....

الظاهر أنّها من المصحّح -: غمز في نسخ الكافي التي رأيتها بالمعجمة و الزاء، و لعلّه الصواب. و فيها أيضاً: عن غمزت الدابّة من رجلها، و هو عرجٌ ضعيف» انتهى. و عليه، يكون معنى الغمز العرج الضعيف. و هو أنسب من الغمز بمعنى العطش. و كذلك العقر بمعنى الجرح أنسب منه أيضاً.

١٩٥٧. ذيل الخبر إنّه «قال أبوولّاد: فلمّا انصرفت من حجّتي ذلك لقيت المكاري فأخبرته بما أفتى به أبوعبدالله عليه السلام و قلت له: قل ما شئت حتّى أعطيكه. فقال: قد حبّبت إليّ جعفر بن محمّد عليهما السلام، و وقع له في قلبي التفضيل، و أنت في حلٍّ، و إن أحببت أن أردّ عليك الذي أخذته منك. فقلت: لا» انتهى الخبر. و فيه إشعار باستبصار المكاري.

١٩٥٨. يعني: محلّ الاستشهاد في الخبر على كون العبرة بقيمة يوم الغصب. و محلّ استظهار ذلك منه - الذي ادّعاه سابقاً بقوله: «كما هو - أي: اعتبار يوم الغصب - ظاهر صحيحة أبي‌ولّاد الآتية» انتهى- فقرتان.

١٩٥٩. ظاهر هذا التعبير أنّ البغل مضاف إلى اليوم، فيكون اليوم قد أضيف إليه أمران: البغل و القيمة. لكن ينافيه تفريع هذا على سابقه، إذ ليس في العبارة السابقة من إضافة البغل إلى اليوم أثر، إذ الظاهر منها إضافة القيمة مرّتين: مرّة أُولى إلى البغل، و مرّة ثانية إلى اليوم. و الالتزام بحذف وصف البغل فيها - بحيث يكون التقدير البغل المضاف إليه أوّلاً إليه

لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن حتّى توهّم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، و القيمة إنّما هي قيمة المثل. و إمّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص(١٩٦٠)

.....

ثانياً – كما ترى ممّا لاشاهد عليه. فلابدّ أن يكون المراد من الإضافة في التفريع إضافة القيمة إلى اليوم.

و الوجه حينئذٍ في صحّة تعليل إسقاط حرف التعريف بتلك الإضافة خلوّها عن الفائدة معها، لأنّ فائدتها هنا الإشارة إلى البغل الخارجي الواقع عليه الإجارة، و هي حاصلة بالإضافة، ضرورة انحصار بغل مقوّم بقيمة يوم تحقّق فيه مخالفة المخاطب إيّاه في البغل الخاصّ الخارجي، فمع إضافة القيمة إلى اليوم يكون إدخال اللام على البغل لغواً بلا فائدة. و حينئذٍ يصحّ التفريع و تسلم العبارة عمّا يرد عليها – بناءً على الالتزام بحذف وصف البغل – من كون الشيء الواحد مضافاً إليه الأمران و قيداً لهما، و هو على فرض إمكانه بعيد جدّاً.

لكنّه توجيه ركيك، بحيث إنّ الالتزام بالإيراد أولى منه. فيجعل ظاهر التفريع قرينة على المراد من العبارة السابقة، و أنّ قوله: «ثانياً» فيها قيد لقوله: «إليه» لا لـ«إضافة القيمة» بمعنى المضافيّة، فيكون التعدّد في كون اليوم مضافاً إليه، و لايكون ذلك إلاّ بإضافة البغل إليه أوّلاً لا في مضافيّة القيمة، و لاحاجة حينئذٍ إلى تقدير وصف للبغل. لكنّ التصرّف في العبارة السابقة بهذا التصرّف ركيك أيضاً غاية الركاكة. و لايخفى أنّ هذا الابتلاء –كما أشرنا إليه – إنّما نشأ من كون البغل في الرواية خالياً عن لام التعريف. و أمّا إذا كان معها – كما في الوافي و الحدائق – فلا حاجة إلى هذه المتعبة العظيمة. و مرّ أيضاً احتمال أن يكون ترك اللام لأجل إضافة البغل إلى الضمير المحذوف المعوّض عنه بالتنوين، أو لأجل الاستغناء عنها بجعل «يوم مخالفته» صفة له أو حالاً عنه.

١٩٦٠. يشكل هذا بأنّه معنى حرفي غير قابل للتقييد، لأنّ التقييد لابدّ فيه من ملاحظة المقيّد بالاستقلال، و هو منافٍ لحرفيّة المعنى، فتأمّل. وكيف كان، فعلى هذا الوجه لايكون البغل مضافاً إلى اليوم حتّى يقال: إنّه كان معرّفاً بلام العهد الخارجي، و إنّما سقط اللام لأجل الإضافة، فلابدّ أن يكون منكّراً، و عليه توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل و جعل القيمة قيمة المثل، فتدبّر، إذ مرّ منع كونه نكرة أيضاً.

الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل. و أمّا ما احتمله جماعة من تعلّق الظرف بقوله عليه السلام: "نعم" القائم مقام قوله عليه السلام: "يلزمك" يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل، فبعيد جدّاً(١٩٦١) بل غير ممكن؛ لأنّ السائل إنّما سأل عما يلزمه(١٩٦٢) بعد التلف بسبب

.....

١٩٦١. لابعد فيه فضلاً عن عدم إمكانه، كما يأتي فيما بعد.

١٩٦٢. التعليل عليل، إذ لادلالة لقوله: «أرأيت لو عطب...» على كون السؤال عمّا يلزمه بعد العلم بأصل اللزوم، ألا ترى أنّ قولك: أرأيت لومات زيد ليس يقسّم أمواله بين ورثته، لادلالة فيه على كون السؤال عن كيفيّة القسمة و مقدار ما يصل إلى كلّ منهم بعد العلم بأصل القسمة، بل السؤال فيه عن أصل القسمة، و في المقام عن أصل الضمان، و لاأقلّ عن احتماله، بل الظاهر ذلك، و يظهر وجهه من شرح هذه الجملة، فلايكون تعلّق الظرف بـ«نعم» من قبيل غير الممكن، و لا ممّا لايساعد عليه التركيب اللغوي و المتفاهم العرفي.

نعم، يرد عليه أنّ «نعم» بعد السلب يقوم مقام السلب لا الإيجاب عكس «بلى» و ما قبله هنا سلب، فيلزم أن يكون قائماً مقام قوله: لايلزمك، لا في مقام قوله: يلزمك. و لذا ورد أنّه لو قالوا «نعم» بعد قوله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ﴾ لكفروا.

و على هذا الذي هو الحقّ فالذي ينبغي أن يقال في شرح هذه الفقرة: إنّه لمّا كان السائل قد فهم من حكم أبي‌حنيفة بسقوط الكراء في الواقعة - المستند فيه على الظاهر إلى قوله صلى الله عليه وآله: «الخراج بالضمان» بناءً على كون المراد من الخراج هو المنفعة كما فهموه، و إن كان قابلاً للمناقشة فيه بما مرّ الكلام فيه في السابق - تحقّق الملازمة بين الضمان بقيمة البغل و بين سقوط كراه بعد زمان المخالفة و الغصب، حصل له بواسطة فهمه ذلك وسوسة و شكّ - بعد حكم الإمام عليه السلام بلزوم الكري في ذلك - في أنّ الملازمة باقية غاية الأمر بعكس ما فهمه من فتوى أبي‌حنيفة، فيثبت الكرى و ينتفي الضمان، أو لاملازمة بينهما أصلاً و لو بطور العكس، بأن يكون الخراج للمالك و التلف عليه، عكس ما أفتى به أبوحنيفة من أنّ الخراج للغاصب و التلف عليه، فلأجل رفع هذا الشكّ و الوسوسة سأل الإمام عليه السلام بأنّه: أرأيت لو عطب أو نفق أليس كان يلزمني - يعني: البغل - بقيمته بعد موته؟ فأجابه عليه السلام و رفع شكّه بأنّ الملازمة على تقدير ثبوتها إنّما هي بين سقوط الكراء بعد المخالفة و بين ثبوت ضمان القيمة بطور التنجيز في ذلك الوقت، لابينه و بين ثبوته فيه بطور التعليق على التلف الموجب لعدم اشتغال ذمّة الضامن

.....

بها قبل التلف اشتغالاً فعليّاً، كما فهم السائل ذلك – أي: الضمان بطور التعليق على التلف – من قول أبي‌حنيفة: «فخالف: فضمن القيمة بقرينة» قوله في السؤال: «أرأيت لو عطب...»، حيث علّق اللزوم على التلف لاعلى مجرّد المخالفة، فيدلّ على أنّه فهم من قول أبي‌حنيفة: «فخالف فضمن قيمة البغل و سقط الكرى» سقوط الكرى فعلاً و ثبوت القيمة و اشتغال الذمّة بها تعليقاً، فتأمّل. و لابينه و بين كون نفس العين على العهدة إلى زمان الأداء مطلقاً كما اخترناه و بنينا عليه، يعني: لايلزمك قيمة البغل يوم المخالفة منجّزاً حتّى يوجب سقوط الكراء، بل يلزمك و يثبت في ذمّتك تلك القيمة يوم التلف، أو يلزمك نفس البغل مطلقاً حتّى بعد التلف إلى زمان الأداء و لو بالقيمة، و لزوم هذا أو ذاك لايوجب سقوط الكراء قبل التلف.

فعلى ما ذكرنا تخرج الفقرة عن قابليّة الاستشهاد بها، لعدم التعرّض فيها حينئذ على القيمة و تعيينها، فيرجع إلى القواعد، ومقتضاها – كما مرّ غير مرّة – هو الضمان بأعلى القيم من يوم المخالفة إلى يوم التلف، مع قيمة أعظم منافعه لو كان التلف سماويّاً أو غير مستند إلى الغاصب، و هو الركوب في مورد الرواية.

ثمّ إنّ الرواية متضمّنة لجملة من الفوائد: منها: الضمان بالمنفعة المستوفاة. و منها: ضمان التفاوت بين الصحّة و الفساد. و منها: إذا خالف المستأجر بترك الاستيفاء للمنفعة المستأجرة و استيفاء منفعة أُخرى مضادّة لها من أوّل الأمر، سقطت الأُجرة المسمّاة، و استحقّ مالك العين المستأجرة أُجرة مثل المنفعة المستوفاة، حيث إنّ الظاهر من الرواية – سؤالاً و جواباً – أنّ ما أفتى به عليه السلام بقوله عليه السلام: «أرى له عليك مثل كرى البغل...» أنّه تمام ماله عليه، لا أنّه بعض ماله عليه و بعضه الآخر الأُجرة المسمّاة.

و الظاهر من قوله: «فلمّا صرت قرب قنطرة الكوفة» و قوله «فتوجّهت نحو النيل» – أي: صرفت وجهي من طرف قصر ابن هبيرة إلى طرف النيل الغير المسامت للقصر، بانضمام ملاحظة كون قنطرة الكوفة قريبة من الكوفة جدّاً – أنّه لم يقطع من الطريق المشترط شيئاً و لم يستوفِ ممّا استوجر البغل له شطراً أصلاً.

و من هنا ظهر شرح ما قال المجلسي رحمه الله من «أنّ الظاهر أنّه لمّا خالف و لم يقطع من الطريق المشترط شيئاً – كما ظهر من أوّل الخبر – لم يستحقّ من المسمّى شيئاً و انتقل إلى أُجرة المثل» انتهى. و لازم ذلك بطلان الإجارة. و السرّ في ذلك أنّ مورد الإجارة هو المنفعة

المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، كما يدلّ عليه: "أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟"، فقوله: "نعم" يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. و قد أطنب بعض في* جعل الفقرة ظاهرة في تعلّق الظرف بلزوم القيمة عليه، و لم يأت بشئ يساعده التركيب اللغوي و لا المتفاهم العرفي.

الثانية قوله: "أو يأتي صاحب البغل بشهودٍ يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا" فإنّ إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى فيه؛ لعدم الاعتبار به**، فلابد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة؛ بناءً على أنه يوم الاكتراء؛ لأنّ الظاهر من صدر الرواية أنه خالف المالك بمجرّد خروجه من*** الكوفة، و من المعلوم أنّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنّما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق، و معلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة.

و أمّا قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابة العيب: "عليك قيمة ما بين الصحّة و العيب يوم تردّه" فالظرف متعلّق بـ"عليك"(١٩٦٣)

.....

الخاصّة بشرط، و يعتبر في صحّة الإجارة حدوثاً و بقاءً إمكان الانتفاع بمتعلّق الإجارة في ملك المنفعة التي صارت مورد الإجارة، فلا تصحّ بدونه. و لافرق في عدم إمكانه بين كونه من غير جهة المستأجر أو من جهته، كما إذا صار سبباً لغور ماء الأرض التي استأجرها للزراعة. و من المعلوم أنّه لايمكن الانتفاع بالعين بمنفعة خاصّة مع فرض الانتفاع بها بمنفعة مضادّة لها. فما أفتى به سيّدنا الأستاذ دام ظله في إجارة العروة و مزارعته من استحقاق صاحب العين المستأجرة أُجرتين: الأُجرة المسمّاة بسبب العقد، و أُجرة المثل بسبب التعدّي، اشتباه منه دام ظله، فافهم.

و منها: سقوط ما صرفه الغاصب للعين المغصوبة، و عدم رجوعه بعوضه إلى المالك. و منها: أنّ المعتبر في ترتّب أثر الخروج عن العهدة على إحلال صاحب الحقّ أن يكون الداعي له إليه أمراً واقعيّاً، لا الأعمّ منه و من الأمر الاعتقاديّ و إن خالف الواقع. و هذا الأخير ينفتح منه أبواب في الفقه، فتدبّر.

١٩٦٣. هذا كلّه على تقدير وجود الظرف في الرواية و صحّة النسخة، و أمّا بناءً على

---

* في بعض النسخ: من. ** في بعض النسخ: قطعاً. *** في بعض النسخ: إلى.

لاقيد للقيمة؛ إذ لاعبرة في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً؛ لأنّ النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين(١٩٦٤)، فالمعنى: عليك أداء الأرش(١٩٦٥) يوم ردّ البغلة. و يحتمل أن يكون قيداً لـ "العيب"، و المراد العيب الموجود في يوم الردّ؛ لاحتمال ازدياد العيب(١٩٦٦) إلى يوم الردّ، فهو المضمون دون العيب القليل الحادث أولاً، لكن يحتمل(١٩٦٧) أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الردّ، والعبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه؛ لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصحّة أو نقص(١٩٦٨) لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال(١٩٦٩) من هذه الجهة ضعيف أيضاً، فتعين تعلّقه بقوله عليه السلام: "عليك".

.....

ما في الجواهر من «أنّ الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشّاة: تردّه عليه. و معناه: أنّك تردّ الأرش عليه مع البغل» انتهى. فليس في هذه ما ينافي ما ادّعاه من دلالة الفقرتين على كون العبرة بقيمة يوم المخالفة.

١٩٦٤. الجار متعلّق بقوله «تابع».

١٩٦٥. هذا بالتزام تقدير لفظ الأداء أو الردّ قبل «القيمة» بعد «عليك». أو بالتزام أنّ المستفاد من الظرف حكم تكليفي صرف، و إلاّ يكون المعنى: يلزمك و يجب عليك و يكون على عهدتك قيمة ما بين الصحّة و العيب يوم تردّ عليه، و هو معنى فاسد، لأنّ اللزوم حاصل قبل يوم الردّ قطعاً و إجماعاً، إمّا يوم المخالفة، أو يوم تلف وصف الصحّة، و هو يوم حدوث العيب.

١٩٦٦. يعني: احتماله في مورد الرواية.

١٩٦٧. يعني: يحتمل نقصان العيب إلى يوم الردّ في مورد الرواية، فيعارض احتمال الازدياد.

١٩٦٨. ضميره المستتر راجع إلى المعيب بلحاظ وصفه، أي: نقص عليه.

١٩٦٩. يعني: أنّ احتمال كونه قيداً للعيب - من جهة احتمال النقصان الذي تدلّ الرواية على ضمان هذا الناقص فقط، و قد مرّ أنّه ضامن للتامّ الغير الناقص - ضعيف أيضاً، مضافاً إلى ضعفه من جهة أُخرى تقدّمت، و هي كون العبرة في الأرش بيوم الردّ مخالفاً للإجماع.

و المراد بـ "قيمة ما بين الصحّة* و العيب"(١٩٧٠) قيمة التفاوت بين الصحّة و العيب، و لاتعرّض في الرواية ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغصب و يحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصحّة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات و المعاوضات، و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له في اعتبار يوم الغصب، تعيّن حمل هذا أيضاً على ذلك.

نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه(١٩٧١) من الصحيحة بأنه لايبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً، و يكون السرّ في التعبير بـ"يوم المخالفة" دفع ما ربّما يتوهّمه أمثال صاحب البغل من العوام:

.....

١٩٧٠. يعني: من دون ملاحظة النسبة من الثمن، لعدم المعاوضة في مورد الرواية.

١٩٧١. يعني: بالموصول كون العبرة بيوم الغصب. و حاصل التوهين: دعوى إمكان كون الحكم بضمان قيمة خصوص يوم المخالفة لأجل البناء على ما هو الغالب في مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً لا لأجل خصوصيّة فيه، و مع إمكان هذا لايبقى لها ظهور في المدّعى.

فإن قلت: على هذا فما الوجه في العدول عن التعبير بيوم التلف إلى التعبير بيوم المخالفة، مع إخلاله بالمقصود، من جهة احتمال كون المدار عليه؟

قلت: الوجه فيه دفع توهّم أمثال صاحب البغل من العوام أنّ العبرة بالقيمة التي اشترى بها البغل. هذا، و يشكل ذلك - مضافاً إلى أنّ دفع التوهّم المذكور إنّما يحسن لوكان السائل هو صاحب البغل لاخصمه، و هو ممنوع، و معه لايكون السائل هناك متوهّماً لذلك حتّى يدفع به - بأنّ دفعه يحصل بالتعبير بيوم التلف أيضاً، فلوكان المدار على يوم التلف لكان العدول عنه إلى يوم المخالفة خالياً عن الوجه، بخلافه لوكان المدار على يوم المخالفة. هذا، مع أنّ أصل هذا الاحتمال على تقدير صحّته خلاف الظاهر، إذ الظاهر في القيود هو الاحترازيّة، فلايوهن ما استظهره من الرواية لو تمّ استظهاره، إلاّ أنّ الشأن في تماميّته كما تقدّم.

---

* في بعض النسخ: قيمة يوم الصحّة.

أنّ العبرة بقيمة ما اشتري(١٩٧٢) به البغل و إن نقص بعد ذلك؛ لأنه خسّره(١٩٧٣) المبلغ الذي اشترى به البغلة، و يؤيّده التعبير عن يوم المخالفة(١٩٧٤) في ذيل الرواية بـ"يوم الاكتراء" فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث إنّه يوم المخالفة(١٩٧٥)، إلاّ أن يقال: إنّ الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء؛ لكون البغل فيه غالباً بمشهدٍ من الناس و جماعة من المكارين، بخلاف زمان المخالفة من حيث إنّه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينة كاليمين

.....

١٩٧٢. هذا الكلام في مقام البيان لما في قوله: «دفع ما...»، إمّا بتقدير كلمة «من» أو تقدير لفظة «هو» مرفوعاً على الابتداء راجعاً إليه. و الظاهر أنّ المراد من الموصول في«ما اشتري به» هو اليوم. و الباء في «به» بمعنى «في». و قيمة ذلك اليوم هو المبلغ الذي دفعه إلى البايع.

١٩٧٣. هذا علّة للتوهّم المذكور. و الضمير المنصوب بـ«أنّ» راجع إلى الغاصب المدلول عليه بالكلام، كما أنّ المنصوب على المفعوليّة الأوّليّة بـ«خسّره» - بالتشديد، بمعنى: أهلكه، أي: أهلك عليه- راجع إلى المشتري المدلول عليه به أيضاً. هذا بناءً على «خسّره» بالضمير. و أمّا بناءً على عدمه - كما في بعض النسخ المصحّحة من جهة حكّ الضمير فيه - فالمعنى واضح.

١٩٧٤. يعني: كون الحكم في الرواية مبنيّاً على الغالب. و فيه: أنّ قضيّة تقريب تأييد ذلك لما ذكره أنّ التعبير بيوم المخالفة مؤيّد لعدم العبرة بغيره، فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بغيره.

١٩٧٥. بل من حيث إنّ القيمة فيه مساوية لها في يوم الاكتراء إلى يوم الردّ، بل في كلّ يوم من خمسة عشر يوماً من الاكتراء إلى يوم الردّ. و من هنا يصحّ أن يعبّر عن قيمته تارةً بقيمة يوم الاكتراء، و أُخرى بقيمة يوم المخالفة، و ثالثة بقيمة يوم الردّ، كما في ذيل الرواية بناءً على اشتمالها على قوله: «يوم تردّه» مع كون الظرف قيداً للقيمة لاظرفاً لـ«عليك».

في مقابل قول السائل: "و من يعرف ذلك؟"، فتأمّل(١٩٧٦).

و يؤيّده أيضاً قولهعليه السلام فيما بعد في جواب قول السائل: "و من يعرف ذلك؟" قال: "أنت و هو(١٩٧٧)، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أنّ قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا، فيلزمك...الخبر"، فإنّ العبرة لوكانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل(١٩٧٨)،

.....

١٩٧٦. لعلّه إشارة إلى ما ذكره سابقاً من أنّ يوم الاكتراء متّحد مع يوم المخالفة أو قبله بيسير، فلا فرق بين التعبيرين في التنبيه على سهولة إقامة البيّنة مع كون المناط يوم المخالفة، فيكون التعبير بيوم الاكتراء خالياً عن الوجه، فلا محيص عن الالتزام بعدم كون المناط بيوم المخالفة، و عدم العناية به من حيث هو يوم المخالفة، بل من حيث عدم التفاوت في القيمة بين اليومين. و عليه، يصحّ التعبير بكلّ منهما كما عرفت. و يمكن أن يكون إشارة إلى أنّ الخدشة في المؤيّد لايوجب ارتفاع التوهين في أصل المطلب.

١٩٧٧. قد أسقطعليه السلام بعد ذلك صورة التوافق، يعني: فإن اتّفقتم على التفاوت فاللازم عليك هذا، و إن تنازعتم فيه - لأجل التنازع في قيمته حال الصّحة - فإمّا أن يحلف هو على إثبات ما يدّعيه من قيمة الصحيح، فيلزمك التفاوت بينها و بين قيمة المعيب، و إن ردّ عليك اليمين فحلفت على إثبات القيمة للصحيح التي أنت تدّعيها لزمك التفاوت بينها و بين قيمة المعيب، و إمّا أن يأتي صاحب البغل... .

١٩٧٨. يعني: بناءً على الغالب في مورد الرواية من معلوميّة القيمة يوم المخالفة الذي هو فيها يوم الاكتراء، و عدم معلوميّتها قبله، إذ الغالب عدم علم المستأجر بحال البغل قبل الاكتراء، لغلبة عدم الرؤية له من نوع المستأجرين، و غلبة عدم التفاتهم إلى القيمة مع الرؤية قبل الإجارة. و حينئذٍ لو اختلفا في القيمة، و ادّعى المالك زيادتها على ما يدّعيه القابض، كان قول المالك مخالفاً للأصل، لعدم أصل في المفروض إلاّ أصالة البراءة عن الزائد، و هي على خلاف قول المالك، بخلاف ما إذا كان المدار على يوم التلف، إذ الغالب فيه معلوميّة القيمة فيه و فيما قبله. فالاختلاف على هذا راجع إلى الاختلاف في تغيّر الحالة السابقة، إمّا بنقصان و عدمه كما في صورة، و إمّا بزيادة و عدمها كما في أُخرى، فالمرجع هو الاستصحاب لا أصالة البراءة

ثمّ لاوجه لقبول بيّنته؛(١٩٧٩)،

.....

عن الزيادة، و هو يوافق قول المالك تارةً كما في الصورة الأُولى، و قول الضامن أُخرى كما في الثانية.

و بالجملة، لو لم نحمل الرواية على الفرد النادر، بل حملناها على الغالب، فإن جعلنا المدار على يوم المخالفة لم يمكن توجيه الرواية الصريحة في إحلاف المالك على نحو تنطبق على القاعدة، و هو كون اليمين على المنكر، لأنّ الغالب هو الجهل بحال ما قبل يوم المخالفة، فلايكون هناك أصل يرجع إليه عدا البرائة، و هو على خلاف قول المالك، فيكون مدّعياً، و يكون إحلافه على خلاف القاعدة. اللّهمّ إلاّ أن تحمل على صورة العلم بالحالة السابقة مع كون الاختلاف في تغيّرها بالنقصان و عدمه، فادّعاه الضامن و نفاه المالك، و حينئذٍ تكون على طبق القاعدة، إلاّ أنّه يوجب حملها على الصورة النادرة، و هو خلاف الفرض.

و إن كان المدار على يوم التلف يمكن حملها على ما ذكرناه لتكون على القاعدة، إذ الغالب حينئذٍ هو العلم بقيمة اليوم السابق على يوم التلف، و إنّما النادر هو الجهل بها، فيوافق الاستصحاب للمالك لوكان الاختلاف في التغيّر بالنقصان، فيكون منكراً، وإحلافه على القاعدة.

فلايرد على المصنّفﷺ أنّه: إن أراد من الأصل أصل البرائة، بأن لم يكن مسبوقاً بالحالة السابقة، فلافرق فيه بين كون المدار على يوم المخالفة أو يوم التّلف. و إن أراد أصالة عدم الزيادة عمّا كان سابقاً فكذلك أيضاً. و إن أراد أصالة عدم النقصان عنه فلاريب أنّ قوله موافق للأصل.

وجه عدم الورود: أنّ المراد من الأصل هو الأصل في الغالب من صورتي العلم بالحالة السابقة على قيمة اليوم المختلف فيه – أي: الأصل المتوقّف وجوده على كون المورد من أفراد الصورة الغالبة – لا الأصل المتوقّف على كون المورد من أفراد الصورة النادرة، و هو مختلف بحسب كون العبرة على يوم المخالفة أو يوم التلف، لأنّه على الأوّل أصل البرائة المخالف لقول المالك لا الاستصحاب، و على الثاني بالعكس، فتأمّل جيّداً.

١٩٧٩. هذا مبنيّ على عدم سماع بيّنة من يقبل قوله مع اليمين، بدعوى أنّ التفصيل في قولهﷺ: «البيّنة للمدّعي، و اليمين على من أنكر» قاطع لشركة المنكر مع المدّعي في سماع

لأنّ من كان القول قوله فالبيّنة بيّنة صاحبه.

و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له و يصدقه فيه من دون محاكمة – و التعبير بردّه اليمين على الغاصب من جهة أنّ المالك أعرف بقيمة بغلـه، فكأنّ الحلف حقّ* له ابتداءً – خلاف الظاهر(١٩٨٠).

و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف؛ فإنّه يمكن أن يحمل توجّه اليمين على المالـك على ما إذا اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتّفاقهما أو الاطّلاع من الخارج على قيمته سابقاً، و لاشكّ حينئذٍ أنّ القول قول المالك، و يكون سماع البينة في صورة اختلافهمـا في قيمة البغل سابقاً مع اتّفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف، فتكون الرواية قد تكفّلـت لحكم صورتين من صور تنازعهما، و يبقى بعض الصور مثل دعوى المالك زيادة قيمة يـوم التلف عن يوم المخالفة(١٩٨١)، و لعلّ حكمها أعني حلف الغاصب يعلـم مـن حكـم عكسها(١٩٨٢) المذكور في الرواية.

و أمّا على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة، فلابدّ من حمل الرواية على مـا إذا اتفّقا(١٩٨٣)

.....

البيّنة، و إلاّ لم يكن وجه للتفصيل. إلاّ أنّ في المبنى كلاماً، بل المصنّفﷺ في خيار العيب قوّى سماعها من المنكر في ذيل الثالثة من مسائل اختلاف المتبايعين في سبب الخيار، فراجع. و أمّـا النبويّ فللكلام فيه و الجواب عنه محلّ آخر، و محصّله: أنّ مفاده أنّ الذي يُلزَم المدّعي عليـه و يطلب منه ابتداءً هو البيّنة، و الذي يطلب من المنكر كذلك هو اليمين، و لاينافي ذلك سمـاع البيّنة من المنكر لو أتى بها و سماع اليمين من المدّعي لو ردّت إليه، فتأمّل.

١٩٨٠. لأنّ شأن الإمامعليه السلام بيان الحكم الشرعيّ.

١٩٨١. يعني: عن قيمة يوم المخالفة المتّفق عليها بينهما.

١٩٨٢. يعني: به الصورة الأُولى، و هي صورة اختلافهما في تنـزّل القيمة يوم التلف عنها في اليوم السابق عليه المتّفق عليها.

١٩٨٣. يعني: لابدّ في تطبيق الرواية على قاعـدة «كون الحلف وظيفة المدّعى عليه،

---

* في بعض النسخ: فكان الحلف حقّاً.

على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، أو اللاحق له و ادّعى الغاصب نقصانه عن تلك* يوم المخالفة، و لايخفى بعده(١٩٨٤). و أبعد منه حمل النصّ(١٩٨٥) على التعبّد،

.....

والبيّنة وظيفة المدّعي» من حمل توجيه اليمين فيها على المالك بقوله: «إمّا أن يحلف هو فيلزمك» على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، و اختلفا في قيمة يوم المخالفة، بأن ادّعى الغاصب نقصانها يوم المخالفة عمّا اتّفقا عليه، و ادّعى المالك بقاءها عليه فيه، إذ حينئذٍ يكون المالك منكراً، لموافقته لأصالة عدم النقصان. و حمل سماع البيّنة من المالك المدلول عليه بقوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود...» على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم اللاحق ليوم المخالفة، فادّعى الغاصب نقصانها يوم المخالفة عن قيمة اليوم المتّفق عليها، و ادّعى المالك مساواتهما، إذ حينئذٍ يكون المالك مدّعياً، لمخالفته للأصل الجاري في الفرض المذكور، أعني: أصالة براءة ذمّة الغاصب عن الزائد عمّا يقرّبه، لعدم جريان الاستصحاب فيه إلاّ بطور القهقرى، و لاعبرة به، فيكون وظيفته إقامة البيّنة.

فعلم من هذا البيان أنّ قوله: «و ادّعى الغاصب...» عطف على كلّ من الجملتين المتعاطفتين. و المراد من النقصان في الجملة المعطوفة – بالقياس إلى الأُولى من الجملتين المعطوفة عليهما – هو حدوث النقصان في يوم المخالفة، و بالقياس إلى الثانية منهما هو صرف وجوده و تحقّقه فيه مع الجهل بعنوانه من الحدوث و البقاء. يعني: أنّ الغاصب ادّعى في الفرض الأوّل أنّه حدث يوم المخالفة نقصان في قيمته عن تلك القيمة المتّفق عليها في اليوم السابق عليه، و ادّعى في الفرض الثاني أنّه كان يوم المخالفة في قيمته نقصان عن تلك القيمة المتّفق عليها في اليوم اللاحق ليوم المخالفة، بمعنى أنّه ادّعى أنّه كان يوم المخالفة قيمته عشرين، الذي هو ناقص عن قيمة اليوم اللاحق له – كيوم التلف – و هو ثلاثون مثلاً الذي اتّفقا عليه، قبال ادّعاء المالك أنّه كان يوم المخالفة مثله فيما بعده في القيمة.

١٩٨٤ لعلّ وجهه لزوم حمل الرواية على الفرد النادر، كما أشرنا إليه سابقاً.

١٩٨٥. يعني: حمل الحكم فيه، و هو حلف المالك المدّعي للزيادة، و قبول بيّنة الغاصب المنكر لها. و هذا هو المراد من الحكم في قوله: «و جعل الحكم...».

---

* في بعض النسخ: الملك.

و جعل الحكم في خصوص الدابّة المغصوبة أو مطلقاً(١٩٨٦) مخالفاً للقاعدة المتفق عليها نصّاً و فتوىً من كون البيّنة على المدّعي و اليمين على من أنكر* كما حكي عن الشيخ في بابي الإجارة و الغصب. و أضعف من ذلك(١٩٨٧) الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف – كما حكي عن الشهيد الثاني – إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب(١٩٨٨).

نعم، استدلّوا على هذا القول(١٩٨٩)

.....

١٩٨٦. يعني: أو مطلق المغصوب و لو كان غير الدابّة.

١٩٨٧. يعني: من الاستشهاد بالرواية على كون العبرة بقيمة يوم الغصب.

١٩٨٨. يمكن التوجيه بأنّ المراد من المخالفة هي بمعناها الاسم المصدري، أعني: صرف وجود المخالفة المجرّدة عن حيث حدوثها و مسبوقيّتها بالعدم، لا بمعناها المصدري، أعني: إيجاد المخالفة و إحداثها، و أنّ إضافة اليوم إليها في الرواية للاستغراق أو الجنس، فيعمّ جميع أيّام المخالفة التي منها يوم أعلى القيم. فتدلّ حينئذٍ على لزوم قيمة كلّ يوم فيه المخالفة موجودة حتّى يوم الأعلى و نهاية الترقّي، و لازمه لزوم أعلى القيم الجامع لقيم تمام أيّام المخالفة. هذا، و لكن يردّه أنّ الظاهر المتبادر من المخالفة حدوثها، و هو منحصر بوقت واحد.

١٩٨٩. و اختاره المحقّق في غصب الشرايع في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، و نسبه في المختلف إلى الأشهر. و هو الأقوى في النظر، لاقاعدة نفي الضرر – لاختصاصها بما لايلزم من إجرائها خلاف الامتنان في حقّ الغير مثل المالك في المقام – حتّى يتنظّر في الاستدلال بها على المقام، نظراً إلى اختصاصها أيضاً بما لايلزم من إجرائها ضرر على الغير، و في المقام يلزم من إجرائها في حقّ المالك – لإثبات ضمان الغاصب له بأعلى القيم – ضرر على الغاصب، فلاتجري هي، فتجري أصالة البراءة.

هذا، مع إمكان الخدشة فيما ذكرناه وجهاً للنّظر، بأنّ عدم جريانها فيما إذا لزم منه الضرر في حقّ الغير إنّما هو من جهة الورود مورد الامتنان، و الغاصب – كما في مورد الاستدلال – ليس أهلاً له، فتضرّره لايمنع من إجرائها المانع عن جريان أصالة البراءة. هذا كلّه

---

* في بعض النسخ: عن المنكر.

بأنّ العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته[٣٩]. و فيه: إنّ ضمانها في تلك الحال إن أُريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلّم؛ إذ تداركه لايكون إلاّ بذلك، لكنّ المفروض أنّها لم تتلف فيه.

و إن أُريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلاً و إن تنزّلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين.

و إن أُريد استقرارها عليه بمجرّد الارتفاع مراعىً بالتلف، فهو و إن لم يخالف الاتّفاق إلاّ أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل(١٩٩٠)، عدا ما حكاه في الرياض عن خاله العلاّمة[قدس سره] من قاعدة نفي الضرر الحاصل على المالك. و فيه: نظر، كما اعترف به بعضٍ من تأخّر[٤٠]. نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدّم(١٩٩١) – من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة –: بأنّ العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار ماليّتها مقوّمة بتلك القيمة، فكما أنّه إذا تلفت حينئذٍ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتّى تلفت؛ إذ لافرق مع عدم التمكّن منها بين أن تتلف أو تبقى. نعم، لو ردّت، تدارك تلك الماليّة بنفس العين(١٩٩٢)،

مضافاً إلى أنّ المقام مورد لاستصحاب الضمان، بناءً على التحقيق من أنّ الضمان في المقام كون نفس العين على عهدة الآخذ في صورتي البقاء و التلف، لااشتغال الذمّة بالمثل و القيمة معلّقاً على التلف في الصورة الأُولى و منجّزاً في الثانية، و مع الاستصحاب لامجال للبراءة عن الزائد، و قضيّته ثبوت الأعلى. و لو سلّمنا أنّ المقام مورد البراءة فقضيّتها نفي الزائد على أقلّ القيم و أدناها لانفي الزائد على قيمة يوم التلف، و هو لايقول به، فتأمّل.

١٩٩٠. قد مرّ أنّه مقتضى قاعدة اليد، و هو الدليل الشاغل عن أصالة البراءة.

١٩٩١. الاستدلال المذكور ليس أمراً آخر وراء مفاد حديث «على اليد» حتّى يحتاج إلى التوجيه بما ذكره، و قد مرّ تقريبه سابقاً.

١٩٩٢. فيه منع، بل لابدّ مع ردّها من ردّ تفاوت القيمة بمقتضى الحديث، حيث دلّ على أنّ الضمان لايرتفع إلاّ بالأداء، و قد مرّ أنّه لايصدق بمجرّد ردّ العين في الصورة المفروضة. و الإجماع على كفاية ردّها فقط – لوكان – إنّما نشأ من توهّم صدق الأداء عليه.

و ارتفاع القيمة السوقيّة أمر اعتباري(١٩٩٣) لايضمن بنفسه؛ لعدم كونه مالاً، و إنّما هو مقوّم لماليّة المال، و به تمايز الأموال كثرةً و قلّةً.

و الحاصل(١٩٩٤) أنّ للعين في كلّ زمان من أزمنة تفاوت قيمته مرتبةً من الماليّة ازيلت يد المالك منها و انقطعت سلطنته عنها، فإنّ ردّت العين فلامال سواها يضمن، و إن تلفت استقرت علياً* تلك المراتب؛ لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادّة حيث إنّه يضمن الأعلى منها. و لأجل ذلك استدلّ العلاّمة(١٩٩٥) في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنّه زمان إزالة يد المالك.

.....

١٩٩٣. نعم، و لكنّه بعد كونه مقوّماً لماليّة المال لاينافي ضمانه، و إلاّ يلزم عدم ضمان القيمة أصلاً، لأنّ أصلها مثل ارتفاعها أمر اعتباريّ أيضاً انتزع من الجهات المشتملة عليها العين بملاحظة رغبة الناس. و بعبارة اُخرى: مدار الضمان على نحو يوجب الغرامة بعد التلف كون المضمون ذا قيمة، و المدار فيه اشتماله على جهات يرغب فيها العقلاء، فإن لم يكن له راغب فلا قيمة له فلا ضمان له و إن قلّ راغبه قلّت القيمة و إن كثر كثرت، سواء كان كذلك في جميع الأزمنة أو بعضها: أوّلها أو أوسطها أو آخرها. فلو كان صرف استناد الارتفاع إلى كثرة الراغب منشأً لعدم ضمانه، لكان استناد أصل القيمة إلى أصل وجود الراغب منشأً لعدمه أيضاً. و بالجملة، مرجع ما ذكره إلى نفي الضمان بالمرّة في القيمي.

ثمّ إنّ قضيّة ما ذكرنا في وجه ضمان ارتفاع القيمة ضمان أصل القيمة لو حدثت بعد الغصب، كما لو غصب الماء في ساحل النهر و نقله إلى مفازة خالية عن الماء.

١٩٩٤. يعني: حاصل التوجيه للاستدلال المتقدّم.

١٩٩٥. يعني: لأجل كون الحيلولة سبباً للضمان استدلّ...، حيث إنّ إزالة اليد عبارة اُخرى عن الحيلولة. ثمّ لاأرى لهذا الكلام ربطاً لسابقه و كذا بلاحقه، أعني قوله: «و نقول في توضيحه...»، بناءً على رجوع الضمير إلى استدلال العلاّمة في التحرير لا إلى الاستدلال المتقدّم، بل هو في طرف النقيض لهما كما لايخفى، فلابدّ من التأمّل، فتأمّل. و كيف كان، فلعلّ الأمر بالتأمّل في ذيل الكلام إشارة إلى منع كون الحيلولة عن القيمة كالحيلولة عن العين.

---

* في بعض النسخ: عليه.

و نقول في توضيحه: إنّ كلّ زمان من أزمنة الغصب قد ازيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليّته، ففي زمان ازيلت من مقدار درهم و في آخر عن درهمين و في ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامة أكثرها، فتأمّل. و استدلّ في السرائر و غيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال؛ لاشتغال ذمّته بحق المالك، و لايحصل البرائة إلاّ بالأعلى. و قد يجاب بأنّ الأصل في المقام البرائة؛ حيث إنّ الشكّ في التكليف بالزائده. نعم، لابأس بالتمسّك باستصحاب الضمان(١٩٩٦) المستفاد من حديث اليد.

ثمّ إنّه حكي عن المفيد و القاضي و الحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري(١٩٩٧) و لم يعلم له وجه(١٩٩٨)،

.....

١٩٩٦. يتمّ التمسّك به على المختار من كون الضمان عبارة عن كون نفس العين على الضامن مطلقاً حتّى بعد التلف، و أمّا بناءً على أنّه اشتغال الذمّة بالمثل و القيمة معلّقاً على التلف فمرجعه إلى أصالة الاشتغال، و قد أجبنا عنها بأنّ المقام مورد البرائة لكون الشكّ في أصل الاشتغال بالنسبة إلى الزائد. و على فرض تماميّة الاستصحاب المذكور يتّجه عليه‌ﷺ أنّه كيف أسّس في السابق أنّ الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف؟ إذ مقتضى الاستصحاب ضمانه بأعلى القيم. و بالجملة، جريان الاستصحاب لايجامع الأصل الذي أسّسه في السابق، لأنّ الاستصحاب مبنيّ على عدم تعيّن قيمة يوم التلف، و تعيّنها مبنيّ على عدم جريان الاستصحاب. و أيضاً لايجامع ما يقتضيه قوله في ردّ الشقّ الأوّل من شقوق الدليل الأوّل على ضمان الأعلى: «إلاّ أنّه مخالف لأصالة البرائة...»، من كون المورد مجرى للبرائة، ضرورة حكومة الاستصحاب على البرائة.

١٩٩٧. يعني: تفويض تعيين الثمن إلى حكم المشتري.

١٩٩٨. لعلّ نظرهم فيه إلى صحيحة النخّاس في مسألة اشتراط العلم بمقدار الثمن، قال: «سألت أباعبدالله‌ﷺ فقلت ساومت رجلاً بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه، ثمّ بعثت إليه ألف درهم، فقلت له: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها منّي، و قد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بألف درهم. فقالﷺ: أرى أن تقوّم الجارية بقيمة عادلة، فإن كانت أكثر ممّا بعثتها إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، و إن كان قيمتها أقلّ ممّا بعثتها إليه فهو له» الخبر. بناءً على فساد البيع بحكم المشتري - الذي هو مورد الرواية - على

و لعلّهم يريدون به يوم القبض؛ لغلبة اتّحاد زمان البيع و القبض، فافهم. ثمّ إنّه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال إلاّ أنّه تردّد فيه في الشرايع، و لعلّه كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله، و دفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل. و قد تقدّم أنّه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة، و أمّا إذا كان بسبب الأمكنة كما إذا كان في محلّ الضمان بعشرة و في مكان التلف بعشرين و في مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف؛ لأنّ مالية الشئ تختلف بحسب الأماكن و تداركه بحسب ماليّته.

ثمّ إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة السوقيّة الناشئة من تفاوت رغبة الناس، و أمّا إذا كان حاصلاً من زيادة في العين، فالظاهر كما قيل عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم، و في الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة، و إنّما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت. نعم، يجري الخلاف المتقدّم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، و أنّ العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم.

ثمّ إنّ في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذّر الوصول إليه و إن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق؛ لما دلّ على الضمان بهذه الأُمور في باب الأمانات المضمونة.

و هل يقيّد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه أو بعدم رجاء وجدانه(١٩٩٩)

.....

ما هو المفروض المشهور، بل لاخلاف فيه إلاّ من صاحب الحدائق، إذ بناءً على صحّته تخرج المسألة عن مسألة المقبوض بالعقد الفاسد. و بناءً أيضاً على كون الجارية أمّ ولد بعد المسّ الذي هو بمنزلة التلف. و بناءً أيضاً على كون المراد من القيمة العادلة هي يوم البيع، فإنّ قوله عليه السلام: «أرى أن تقوّم...» حينئذٍ يكون دليلاً تعبّدياً على لزوم قيمة يوم البيع في البيع الفاسد لأجل التفويض إلى حكم المشتري، فيختصّ بمورده. وكيف كان، فلعلّ الأمر بالفهم في ذيل الكلام إشارة إلى بعد إرادتهم القبض من البيع.

١٩٩٩. الفرق بينه و بين سابقه أنّه أخصّ من الأوّل، لعدم انفكاكه عن الأوّل، بخلاف

أو يشمل ما لو علم وجدانه(٢٠٠٠) في مدّة طويلة يتضرّر المالك من انتظارها أو و لو كانت قصيرة؟ وجوهٌ. ظاهر أدلّة ما ذكر من الأُمور(٢٠٠١) الاختصاص بأحد الأوّلين، لكن ظاهر إطلاق الفتاوى: الأخير(٢٠٠٢) كما يظهر من إطلاقهم(٢٠٠٣)

.....

العكس، إذ قد يصدق عدم رجاء الوصول مع رجاء الوجدان بل مع العلم بالوجدان، لأنّ نقيض الثاني أعمّ من نقيض الأوّل، فلابدّ أن يكون العينان بالعكس.

٢٠٠٠. غرضه بيان احتمال عدم اختصاص التعذّر بصورة اليأس عن الوصول أو اليأس عن الوجدان، بل تعذّر الوصول أعمّ منهما و من الصورة الخارجة عنه على تقدير اختصاصه بإحداهما، و هي صورة رجاء الوصول إليه بعد مدّة، و العلم بالوصول، و رجاء الوجدان، و العلم بالوجدان و لو مع اليأس عن الوصول إليه بعد الوجدان. و العبارة المذكورة غير وافية بأداء هذا المطلب، ضرورة شمول تعذّر الوصول صورة العلم بالوجدان بناءً على تقييد التعذّر باليأس عن الوصول، لما مرّ من صدقه مع العلم بالوجدان. و العبارة الوافية له أن يقول: أو يشمل ما لو علم الوصول، فافهم جيّداً.

– قيل*: لعلّه إشارة إلى أنّ المستفاد منها اشتغال الذمّة لو تلف، و لادليل على إلحاق التعذّر به، و فيه تأمّل.

٢٠٠١. لاظهور لها في الاختصاص، إذ الموجود فيها من الألفاظ هو الضياع أو السرقة أو الغرق أو الإباق، و من المعلوم صدق مفاهيمها مع العلم بالوجدان و الوصول فضلاً عن رجائهما مع الجهل بهما. اللّهمّ إلاّ أن يكون نظره إلى الغلبة، لأنّ الغالب في مواردها عدم رجاء الوجدان فيختصّ بالثاني، أو عدم رجاء الوصول إليه فيعمّه، و ما كان مرجوّ الوجدان بل معلومه مع اليأس عن الوصول إليه. و لكن فيه – بعد تسليم الغلبة، فتأمّل – أنّها ليست في الاستعمال، فلاتوجب ظهور اللفظ في غير العموم.

٢٠٠٢. يعني به ما أفاده بقوله: «أو و لو كانت قصيرة».

٢٠٠٣. حيث إنّهم أطلقوا الحكم بالانتقال إلى قيمة اللوح المتعذّر أخذه فعلاً، من جهة الخوف من إيجابه لغرق مال غير الغاصب، مع كونه معلوم الوصول و الوجدان، و لم يفرّقوا بين أن يكون مدّة الوصول إلى الساحل طويلة أو قصيرة.

---

* هذه التعليقة ذكرها المحشّي‌ﷺ على هذا الكلام: «بدفع القيمة فافهم» ولكن لم نجده في المتن سابقاً ولاحقاً.

أنّ اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غَرْقُ مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل. و يؤيّده: أنّ فيه جمعاً بين الحقّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكّن من العين؛ فإنّ تسلّط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهدته يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهدته عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم في تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذّر في المثلي. نعم، لوكان زمان التعذّر قصيراً جدّاً بحيث لايحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم(٢٠٠٤).

ثمّ الظاهر عدم اعتبار التعذّر المسقط للتكليف(٢٠٠٥)، بل لوكان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السعي، لكن ظاهر كلمات بعضهم: التعبير بالتعذّر، و هو الأوفق بأصالة عدم تسلّط المالك على أزيد من إلزامه بردّ العين، فتأمّل(٢٠٠٦)، و لعلّ المراد به التعذّر في الحال و إن كان لتوقّفه على مقدّمات زمانيّة يتأخّر لأجلها ذو المقدّمة.

ثمّ إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين ليس(٢٠٠٧)

٢٠٠٤. الإشكال ناشٍ من تسلّط الناس على أموالهم المقتضي لجواز المطالبة حين التعذّر المقتضي للانتقال إلى القيمة، و من صدق التمكّن من العين عرفاً المقتضي لعدم الانتقال إليها. و لكن يمكن أن يقال بأنّ مجرّد جواز المطالبة لايوجب الانتقال إلى القيمة مطلقاً، بل لابدّ فيه من عدم صدق التمكّن عرفاً، و أمّا معه فالذي يقتضيه المطالبة إنّما هو ردّ العين. فالأظهر في الفرض عدم الانتقال إلى القيمة، و جواز المطالبة بالخروج عن عهدة العين.

٢٠٠٥. يعني: عدم اعتباره في الضمان. و الوجه فيه إطلاق حديث «على اليد» وفتاواهم بالانتقال إلى القيمة في اللوح المغصوب، مع كونه ممكن الوصول و لو بواسطة السعي في مقدّمات الإيصال إلى الساحل.

٢٠٠٦. لعلّه إشارة إلى أنّ التسليط بإلزام ردّ العين كافٍ في لزوم بدل الحيلولة، لأنّه من شؤنها. أو إلى أنّ الأصل المذكور قد يفضي إلى تضرّر المالك، فافهم.

٢٠٠٧. لافرق بينهما أصلاً، لاتّحادهما في مناط عدم جواز امتناع المالك من القبول، و هو استحقاق الضامن لأن يخرج نفسه عن عهدة العين. و قاعدة السلطنة لاتقتضي إلزام الناس ببقائهم تحت العهدة و إلاّ لجاز الامتناع مع التلف، و التالي باطل، و المقدّم مثله.

كتبوها مع تلفها في كون دفعها حقّاً للضامن، فلايجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها و يصبر إلى زوال العذر كما صرّح به الشيخ في المبسوط، و يدلّ عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم، وكما أنّ تعذّر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.

ثمّ إنّ المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر[٤١]، و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين، و لعلّ الوجه فيه: أنّ التدارك لايتحقّق إلاّ بذلك(٢٠٠٨). و لولا ظهور الإجماع و أدلّة الغرامة في الملكيّة لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحة مطلقة و إن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، و يكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، و حكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمّي في أجوبة مسائله، و على أيّ حال، فلاينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة(٢٠٠٩) لاتلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه و دخول العين في ملكه، و ليست معاوضةً ليلزم الجمع بين العوض و المعوّض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له.

و قد استشكل في ذلك المحقّق و الشهيد الثانيان، قال الأوّل في محكي جامعه: إنّ هنا إشكالاً، فإنّه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه؟ و جعلها في مقابلة الحيلولة لايكاد يتّضح معناه، انتهى. و قال الثاني: إنّ هذا لايخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح(٢٠١٠)،

.....

٢٠٠٨. بل الوجه فيه أنّه قضيّة صدق أداء العين من حيث الماليّة على هذا المبذول، حيث إنّ ماليّة العين كسائر جهاتها ملك لمالكها، فردّ ماليّتها و أدائها في ضمن مال لايكون إلاّ بردّها بوصف كونها له، و لايكون هذا إلاّ بكون المردود ملكاً للمردود إليه، فلولا ظهور الإجماع و أدلّة الغرامة في الملكيّة أيضاً لم يكن بمجال لاحتمال الإباحة المطلقة مجرّداً عن الملكيّة، فتدبّر جدّاً.

٢٠٠٩. بل أداء للعين من حيث الماليّة كما مرّ.

٢٠١٠. إن كان محذور اجتماع العوض و المعوّض محذوراً عقليّاً - كما هو كذلك - فلايجدي فيه دليل واضح، و إلاّ - كما هو ظاهر المستند في باب المقاصّة من كتاب القضاء -

و لو قيل بحصول الملك لكلٍّ منهما متزلزلاً*(٢٠١١)، و توقّف تملّك المغصوب منه للبدل(٢٠١٢) على اليأس من العين و إن جاز له التصرّف، كان وجهاً في المسألة، انتهى. و استحسنه في محكي الكفاية[٤٢]. أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا(٢٠١٣):

.....

فيكفي في جوازه و الالتزام به في المقام ظهور الإجماع و أدلّة الغرامة في ملكيّة المبذول لمالك العين كما اعترف به، و استصحاب ملكيّته للعين.

٢٠١١. يعني: التزلزل إلى تلف إحدى العينين أو التمكّن من ردّ العين، فيستقرّ ملكهما في الأوّل، و يزول في الثاني.

٢٠١٢. يعني: أو قيل بجواز التصرّف في المبدل المبذول للمبذول له و المغصوب منه و كونه مباحاً، و يكون دخوله في ملكه موقوفاً على اليأس من العين المغصوبة و مشروطاً به. فهذا عين ما ذكره المصنّف قبل ذلك بقوله: «و لولا ظهور الإجماع و أدلّة الغرامة في الملكيّة لاحتملنا أن يكون مباحاً...». هذا، و لكنّ المناسب تبديل «اليأس» بـ«التلف»، فتدبّر.

٢٠١٣. بل الذي ينبغي أن يقال: إنّ الضمان عبارة عن كون المال على عهدة الشخص بخصوصيّته و ماليّته و حقيقته، و لازم ذلك أداء نفس العين. و حيث تعذّر استيفاء هذه الأُمور بأخذ العين، لتلف إمّا حقيقةً و مثاله معلوم، أو عرفاً كالماء على الشاطئ، أو شرعاً كما في وطي البهيمة التي يقصد لحمها و لبنها، فإنّها لايجوز الانتفاع بها، بل تذبح و تحرق لجملة من الأخبار، من دون فرق في ذلك بين كون الوطي من المالك أو من غيره. نعم، يؤخذ من الواطي في الثاني قيمة الموطوءة و تدفع إلى المالك. أو لحيلولة تعيّن استيفاء الماليّة في ضمن شيء آخر، إمّا مع استيفاء الحقيقة أيضاً كما في المثليّات، و إمّا بدونها كما في القيميّات. فالذي يصل إلى المالك فهو عين ماليّة ماله غاية الأمر في ضمن شيء آخر، فيملك البدل بنفس السبب الذي به كان مالكاً للمبدل، لا أنّه شيء آخر مغاير للمبدل إنّما يملكه بسبب جديد غير ما كان يملك به المبدل. فالبدل بما هو بدل عين المبدل منه و متّحد معه في مرتبة الماليّة، فالملك به عين الملك به، كما أنّ المملوك عين ما كان أوّلاً بحسب الاعتبار، فلا اثنينيّة حتّى يلزم الجمع بينهما في الملكيّة.

---

* في بعض النسخ: أو.

.....

و إن شئت توضيح ذلك فقس الاعتبار و التنـــزيل على التكوين، فافرض أنّ الماليّة لـــو خرجت عن عين حقيقة و بقيت خاليةً عن الماليّة و وردت على شيء آخر، فهذا الشيء الآخر عين ذاك الشيء الأوّل من جهة الماليّة و إن كان غيره من جهة الخصوصيّة الشخصيّة و الحدود الفرديّة، فالسلطنة على الماليّة في الشيء الآخر عين السلطنة عليها في الأوّل، إذ الاختلاف لابدّ أن يكون ناشئاً من اختلاف المتعلّق و مغايرته، و المفروض اتّحاده، فكذلك الملكيّـــة فلاتعـــدّد لمتعلّق السلطنة حينئذٍ، بل هو أمر واحد يكون في مورد تارةً و في آخر اُخرى، فحين وجـــود السلطنة على الأوّل لاسلطنة له على الثاني كما هو واضح، و بالعكس، لعدم المتعلّق، و هـــو الماليّة في الأوّل. نعم، له حقّ اختصاص به ليس لغيره، بل هو ملك له مجرّداً عن الماليّة، و البدل ليس بدلاً عنه حتّى يلزم الجمع بين العوض و المعوّض. و من ذلك يعلم الحال في التنـــــزيل و الاعتبار، إذ لافرق بينه و بين التنـــزيل إلاّ من وجه واحد، و هو واضح. فالماليّة كأنّها خرجت عن المال المضمون، و بقي بدون الماليّة له، و وجدت في ضمن البدل تنـــــزيلاً، فهـــو بهـــذه الملاحظة عين المبدل منه، و السلطنة عليه عين السلطنة عليه، تدور مدار متعلّقها و هو الماليّـــة، أينما وجد وجدت و أينما زال زالت، فلاتعدّد للماليّة حتّى يلزم الجمع.

و بالجملة، المبدل منه ماليّة العين المضمونة، و البدل بدل عنها. و إن شئت قلت: بـــدل عن العين في مرحلة الماليّة، و الماليّة أمر واحد قائم بالبدل بعد أن كان قائماً بالعين، فلايعقـــل الجمع، إذ لابدّ فيه من التعدّد، و المفروض هو الواحدة. و أمّا نفس العين مجرّدة عـــن الماليّـــة فليست بمبدل منه أصلاً حتّى يقال بلزوم الجمع في مرحلة الاختصاص، و إنّما هي باقية في ملك مالكها بلا بدل عنها. فالذي أخذ بدله و ملكه – و هو ماليّة العين – ليس له مبدل يملكه آخذ البدل و يبقى في ملكه، و الذي يبقى في ملكه بعد أخذ البدل – و هو نفس العين مجرّدة عـــن الماليّة بحسب الاعتبار – ليس البدل بدلاً عنه، فأين الجمع بين العوض و المعوّض؟

فإن قلت: انتفاء الماليّة في المال المضمون صحيح في صورة التلـــف، و أمّـــا في صـــورة الحيلولة فلا، لبقاء المال على ما هو عليه من الجهات التي لها دخل في ماليّته، فيلزم فيها محـــذور الجمع بين العوض و المعوّض لوكان المبدل منه باقياً على ملك المضمون له.

قلت: نمنع في ذلك، و نقول في وجه المنع: إنّ المدار في ماليّة الشيء اشتماله على جهـــة يرغب فيها، فإذا انتفت الرغبة – إمّا لعـــدم وجود جهة مرغوب فيها كحبّة حنطة، أو لكونه

.....

مبذولاً تصل إليه الأيادي على حدّ سواء كالماء عند الشطوط، أو لعدم إمكان الانتفاع به من جهة عدم السلطنة عليه على ما هو عليه من الأوصاف، كالمرجان في قعر البحر، بل السمك في البحر و الطير في الهواء - انتفت الماليّة بالنسبة إلى من لاسلطنة له عليه. فالمال الذي أزيل عنه يد المالك بواسطة الحيلولة لايرغب فيه المالك، و لاغيره مع هذا الوصف، فتزول عنه الماليّة قطعاً.

و بالجملة، مناط الماليّة - و هو المرغوبيّة - كما يختلف وجوداً و عدماً بالنسبة إلى الأعيان و في عين واحدة بالنسبة إلى الأزمنة و الأمكنة، كذلك في عين واحدة مع وحدة الزمان و المكان بالنسبة إلى الحالات، ففي بعضها يرغب فيه لأجل التمكّن من الانتفاع و لو بوجه من الوجوه دون الآخر، لعدم التمكّن منه. و لذا لو لم يتمكّن المالك من التصرّف في ماله بواسطة الحيلولة - بغصب أو سرقة - يعرض عليه صفة الفقر بعد الغنى مع بقاء أعيان أمواله في ملكه في الحالين، فالموجب للفقر ليس إلاّ انتفاء الماليّة عنها لها، إذ لو بقيت على ماليّتها كما قبل الحيلولة لم يكن وجه لطرق الفقر. فظهر أنّ المبدل منه هو الماليّة المنتفية بلا فرق بين التلف و الحيلولة. نعم، بينهما فرق من جهة أُخرى لاتضرّ بما نحن فيه، وهي أنّ انتفاء الماليّة في التلف بالنسبة إلى الكلّ من دون فرق بين المالك و غيره، بخلاف الثاني، فإنّه أعمّ، إذ قد تنتفي الماليّة بالنسبة إلى المالك فقط، كما في صورة الغصب، و هو الملاك في وجوب البدل في صورة التلف أيضاً. فإن قلت: إذا كان المبدل منه هو الماليّة المنتفية بالنسبة إلى المالك فلم لايحكم بوجوب بدل الحيلولة بمجرّد الغصب مع زوال الماليّة بالنسبة إليه، و لذا يعرض عليه الفقر؟ فيكشف هذا عن كون المبدل منه نفس العين لامالّيتها، و عليه يلزم محذور الجمع.

قلت: كون المبدل منه هو الماليّة لايقتضي الحكم المذكور، بل لابدّ فيه من عدم تمكّن الغاصب من ردّ العين، إذ الحكم بوجوب البدل إنّما هو من جهة كونه أداءً للمقبوض، و قد مرّ غير مرّة أنّه موقوف على عدم إمكان ردّ العين و مترتّب عليه.

و الحاصل: أنّا نقول: إنّ كلّ ما يجب إعطائه بعنوان البدليّة فهو بدل عن الماليّة المنتفية، لا أنّ كلّما انتفى الماليّة بالنسبة إلى المالك يجب إعطاء البدل، فافهم و اغتنم. فتبيّن أنّ البدل على كلّ حال ملك لمالك المبدل منه و هو الماليّة، و لكن لمّا كان بعنوان البدليّة و بلحاظ أنّه هو كان ملكه له مادام أنّه معنون بذاك العنوان، فإذا زال ذاك العنوان - بزوال الحيلولة، أو

بعود التالف بقدرته ﷺ - زالت الملكيّة، و يعود البدل إلى ملك الضامن بملك كان يملكه بـه سابقاً، فالبدل بما هو بدل ملك لمالك المبدل منه، و بما هو ليس كذلك ملك للضامن. و ليس هذا من قبيل تعدّد المالك لملك واحد، لعدم إمكان اجتماع هذين العنوانين في وقت واحد، فما دام لم تصل يد المالك إلى ماله فهو ممحّض للبدليّة، فيملكه المالك، و إذا وصلت إليه فيخـرج عن هذا العنوان فيملكه الضامن بالسبب السابق، إذ يكون عين ما كان سابقاً في ملكه، فلايلزم الجمع بين شيئين بما هما اثنان متغايران، لا في حال الحيلولة أو التلف، لعدم الاثنينيّة حينئـذٍ، و لابعد زوالهما، لزوال ملكيّة مالك المبدل عن البدل حينئذٍ.

هذا كلّه في بيان أنّ مالك العين المضمونة مالك للبدل مع ملكه لنفس العين بلا لـزوم محذور جمعه بين العوض و المعوّض، حيث إنّ الذي يكون البدل بدلاً عنه - و هو ماليّة العين - لايكون ملكاً له و لايبقى في ملكه، و الذي يبقى في ملكه - و هو العين خالية عن الماليّـة - فليس البدل بدلاً عنه.

فإن قلت*: إذا لم يكن ماليّة العين المضمونة ملكاً لمالك العين مع أخذه بـدل الماليّـة و استيفائها في ضمن عين أُخرى، فهل هي ملك للضامن، أم لامالك لها؟ و مع ذلك ليس لأحد تملّكها مثل المباحات الأصليّة، لاختصاصه بما لايكون مورد الماليّة - و هو عين المال مطلقاً و لو مجرّدة عن الماليّة- ملكاً لأحد، و المفروض في المقام بقاء العين في ملك مالكها الأوّلي، فلايجوز لأحد تملّكها، فتبقى بلا مالك إلى أن تردّ العين إلى مالكها، فتعود إلى ملك الغارم.

فتحصّل: أنّ أخذ البدل في باب الضمان ليس من باب المعاوضة الاختياريّة و لا القهريّة لادائميّة و لا ماداميّة — أي: مادام تعذّر ردّ العين - بل من باب الوفاء و الاستيفاء من حيـث الماليّة فقط، فيملكه ملكاً ماداميّاً مع بقاء العين في ملكه مجرّدة عن الماليّة. فمن جهة أنّ العـين باقية في ملكه يجب على الضامن ردّها تكليفاً مهما أمكن له ذلك، و يكون نماؤهـا للمالـك الأوّل، و يجوز له ترتيب آثار الملك المجرّد عن الماليّة، فيجوز له عتقها و نحوه.

و ممّا ذكرنا في المقام يظهر الحال في باب التقاصّ فيما إذا كان له عند شخص عين، و امتنع عن ردّها، و لم يتمكّن من أخذها، و لكن تمكّن من أخذ عين من أعيان أموال الممتنع، أو

---

* لم يرد جواب «فإن قلت» في العبارة، ولعلّه سقط من قلم المحشّي؛ أو أنّه اكتفى بما ذكره من التوضيح في خلال ذلك.

.....

كان له عليه مال، و لم يتمكّن من أخذ فرد من جنس ماله عليه، و تمكّن من أخذ فرد من جنس آخر، فإنّ الظاهر أن التقاصّ بما ذكر قسم من أخذ بدل الحيلولة، فيكون استيفاءً للماليّة مع بقاء العين المغصوبة في ملك المقاصّ، و بقاء ماليّتها في يد الغاصب بلا مالك لها. فبعد التقاصّ لايجوز للغاصب الممتنع أن يتصرّف في العين المغصوبة، و يجب عليه ردّها، و يجوز للمغصوب منه التصرّف فيها، و يجوز له مطالبتها من الغاصب، و يكون النماء لمالكها الأوّل كما كان الأمر كذلك قبله، و يكون ملكيّة المغصوب منه لمال المقاصّة مغيّاة بعدم الوصول إلى نفس ماله، و إلاّ فيزول ملكه عنه، فيكون للمقاصّ منه، فيردّه إليه إن كان موجوداً و إلاّ فبدله.

و قد خالف في جميع ذلك في الجواهر في فصل التقاصّ من كتاب القضاء، و قال بأنّه من باب المعاوضة، و أنّها لازمة، و ليس للمقاصّ استحقاق على عين ماله لو بذل له الغاصب.

ثمّ إنّه تعدّى من التقاصّ إلى بدل الحيلولة مطلقاً، فإنّه قال في ذاك الباب ما لفظه: «بل ظاهرها — يعني: النصوص – ملك المقاصّ العوض الذي يأخذه، و ينبغي أن يلزمه انتقال مقابله إلى ملك الغاصب، لقاعدة عدم الجمع بين العوض و المعوّض عنه. بل قد يشكل استحقاق الردّ عليه لو بذله له بعد ذلك. بل لعلّه كذلك لو كان البذل من المالك استصحاباً لملك العوض. و احتمال كون الملك متزلزلاً – نحو ما ذكروه في القيمة التي يدفعها الغاصب للحيلولة – مناف لقاعدة اللزوم بعد ظهور النصوص في الملك، بل يمكن دعواه أيضاً هناك، و يجعل ما هنا دليلاً عليه، فتأمّل جيّداً» انتهى كلامه رفع مقامه.

و فيه: ما ذكرنا من أنّه ليس من باب المعاوضة بين المالين، بل من باب استيفاء ماليّة ماله في ضمن شيء آخر، فيملكه و تبقى ذات العين مسلوبة الماليّة بالاعتبار في ملكه بلا عوض عنها يصل إليه، فيستحقّ عليه مطالبة عينه من جهة أنّها ملكه، فيأخذها لو بذلها الغاصب، فيخرج البدل الذي ملكه عوضاً عن ماليّة ماله عن ملكه و يدخل في ملكه، لأنّ ملكيّته له إنّما كانت بعنوان البدليّة و مغيّاة بعدم وصوله إلى عين ماله، فينقطع أمدها بالوصول إليه، و مع ذلك لايبقى شكّ في زوال ملك البدل حتّى يرجع إلى الاستصحاب.

و خالف فيما ذكرنا أيضاً صاحب المستند، قال في المسألة الأُولى من مسائل التقاصّ: «ثمّ لو اقتصّ المالك من مال الغاصب، ثمّ ردّ الغاصب العين، فللمالك الأخذ للاستصحاب، و عليه ردّ المال المقاصّ، للعلم بعدم ثبوت جواز التصرّف فيه حينئذٍ أيضاً. و كذا لو ظفر المالك

إنّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه؛ ليصدق ذهابها من كيسه.

ثمّ إنّ الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي أو العرفيّ المخرج للعين عن قابليّة

.....

بعينه. هذا إذا كان العين المقاصّة باقية. و لو تلفت فلايجب على المالك العوض من ماله، للأصل. و هل يجوز له أخذ عين ماله من ماله من الغاصب للاستصحاب، أو لايجوز، لاستلزامه الجمع بين العوض و المعوّض؟ فيه إشكال، و إن كان الأوّل أقرب، لما مرّ، و منع كون ما أخذه عوضاً عن ماله أوّلاً، بل هو أمر جوّزه الشارع عقوبةً، و منع عدم جواز الجمع بين العوض و المعوّض ثانياً».

و قال في المسألة الخامسة: «لو اقتصّ حقّه، ثمّ أتى الغريم بالمال المجحود أو المماطل فيه، فإن كان عين ما اقتصّه باقية جاز لمن اقتصّ أخذ حقّه و ردّ المقتصّ، لأصالة عدم اللزوم. و كذا لو تمكّن من انتزاع حقّه بعد التقاصّ بالبيّنة و الإثبات و الأخذ، و ردّ المقتصّ مع بقاء عينه لما ذكر. و هل يجب عليه ذلك أم لا؟ الظاهر الثاني، للأصل و الاستصحاب. و يمكن أن يقال: إنّ الثابت من أدلّة التقاصّ ليس أزيد من جواز أخذه و التصرّف فيه مادام غريمه جاحداً أو مماطلاً، و أمّا بعد الإقرار و البذل فيستصحب عدم جواز التصرّف، فإنّه قبل التقاصّ لم يكن جائز التصرّف، و بعده لم يثبت الزائد عن الجواز ما لم يبذل، فيستصحب العدم بعد البذل، إلاّ أنّه يتعارض الاستصحابان حينئذٍ و يرجع إلى التخيير. و كذا الحكم لو كانت العين تالفة، إلاّ أنّ عدم الوجوب حينئذٍ أظهر، لأصالة عدم لزوم التغريم من ماله و الاستصحاب الأوّل. و هل يجوز له مع عدم ردّ المقتصّ به قبول ما بذله الغريم أيضاً؟ الظاهر لا، لسقوط حقّه بعد التقاصّ في نفس الأمر، و إن لم يعلمه الغريم و كان غاصباً بحسب علمه» انتهى كلامه أعلى اللّه مقامه.

و ممّا ذكرنا يظهر مواقع النظر في كلامه، مضافاً إلى باقي* تمسّكه باستصحاب العدم السابق على الوجود عند الشكّ في أمد الوجود و إلقاء التعارض بينه و بين استصحاب الوجود، فإنّه فاسد جدّاً قد برهن عليه في الأُصول، و قد عقد لذلك شيخ مشايخنا المولى المحقّق الأنصاريﷺ تنبيهاً في الاستصحاب، فلاحظه و تأمّل فيما قلناه جيّداً، فإنّه دقيق و به حقيق.

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّها تصحيف: ما في.

الملكيّة عرفاً، وجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكيّة، و إن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكيّة، وجب قيام مقابله مقامه في السلطنة لا في الملكية؛ ليكون مقابلاً و تداركاً للسلطنة الفائتة، فالتدارك لايقتضي ملكيّة المتدارك في هذه الصورة. نعم، لمّا كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقّفة على الملك؛ لتوقّف بعض التصرّفات عليها، وجب ملكيّته للمبذول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة. و على أي تقدير فلاينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكها، إنّما الكلام في البدل المبذول(٢٠١٤)، و لاكلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة و بالسلطنة المطلقة عليها، و بعد ذلك فيرجع محصّل الكلام حينئذٍ إلى أنّ إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة أو يكفي فيه حصوله من حين التصرّف؟ و قد تقدّم في المعاطاة بيان ذلك.

ثمّ إنّه قد تحصّل ممّا ذكرنا أن تحقّق ملكيّة البدل أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكها إنّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامةً و تداركاً(٢٠١٥)، أمّا لو لم يفت إلاّ بعض ما ليس به قوام الملكيّة(٢٠١٦)،

وممّا ذكرنا يظهر ما فيما أفاده المصنّف من النظر من وجوه شتّى، كما لايخفى على المشتغل المتأمّل.

٢٠١٤. قد علم ممّا قدّمناه عدم الإشكال في كونه ملكاً لمالك المبدل منه من حين الدفع ملكاً ماداميّاً، من غير فرق بين التلف و الحيلولة.

٢٠١٥. لم أر وجهاً لذكر الغرامة أصلاً، إذ لامدخليّة لها في تحقّق ملكيّة البدل أو السلطنة المطلقة عليه، و إنّما الموجب له خصوص عنوان التدارك، لأنّه عبارة عن إقامة شيء مقام آخر فيما زال عنه من الأوصاف، و قضيّته تعنون الشيء الثاني بالعنوان الزائل عن الأوّل من الملكيّة في مورد والانتفاع بجميع وجوه المنافع في آخر.

٢٠١٦. الأولى تبديل الملكيّة بالماليّة، لأنّ الذي يدور مدار الانتفاع هو الماليّة لا الملكيّة كما هو واضح. وكيف كان، فهذا مثل الحيوان المقصود منه ظهره - كالخيل و البغال و الحمير - فيما إذا وطئه غير المالك، فإنّه من جهة وجوب نفيه عن البلد و بيعه في بلد آخر لايعرف فيه كي لايعيّر به - كما دلّت عليه حسنة سدير - و إن فات عنه الانتفاع به في البلد، لكن بمجرّد

فالتدارك لايقتضي ملكه و لا السلطنة المطلقة على البدل. و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذٍ لم يبعد انكشاف(٢٠١٧) ذلك عن انتقال العين إلى الغارم؛ و لذا استظهر غير واحد[٤٣] أنّ الغارم لقيمة الحيوان الذي وطأه يملكه؛ لأنّه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلد و بيعه في بلد آخر، لكن هذا لايعدّ فواتاً لما به قوام الماليّة.

.....

ذلك لايصدق فوات ما به قوام الماليّة من المنافع. و حينئذٍ بذل مال في مقابل هذا النحو من المال بلحاظ فوات هذا النحو من المنفعة لايعدّ تداركاً، إذ لابدّ في صدقه من ذهاب شيء و قيام شيء آخر مقامه، و هو منتفٍ هنا حتّى عرفاً، لأنّ الذاهب إمّا الملكيّة و إمّا الانتفاعات – أي: الماليّة – و هما موجودان في الحيوان المفروض، فبذل شيء في مقابله لايقتضي ملك المبذول له للمبذول و لا السلطنة المطلقة عليه، لأنّه فرع صدق عنوان التدارك على المبذول، و هو منتفٍ كما مرّ. فمن هذا البيان علم أنّ مراده من التدارك في قوله: «فالتدارك...» بمجرّد بذل الشيء، و ليس بمعناه الحقيقي المتوقّف على زوال شيء آخر مفقود في المقام.

٢٠١٧. حكم الشارع به ليس فرضاً بل هو ثابت، لقول الباقر عليه السلام في حسنة سدير: «و إن كانت ممّا يركب ظهره أغرم قيمتها، و جلد دون الحدّ، و أخرجت من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخر حيث لاتعرف، فيبيعها فيها كي لايعيّر بها».

و أمّا الغرامة فتدفع إلى مالكها، و ذلك بقرينة قوله فيما إذا كانت ممّا يؤكل لحمه: «و يغرم قيمة البهيمة لصاحبها» و حينئذٍ يملكها المالك. و أمّا العين ففي كونها للغارم فيكون ثمنها له، أو للمالك، وجهان أوجههما بحسب الأُصول الثاني، إلاّ أنّ الأقوى في النظر هو الأوّل، لا لأجل أنّ وجوب الإغرام أو نفس الإغرام يدلّ على كونها* – كما نفى عنه البعد في المتن– كي يورد عليه بمنع الدلالة، بل لأجل أنّ الظاهر أنّ الضمير المستتر في قوله «يبيعها» مثل الضمائر المتقدّمة عليه راجع إلى الرجل الواطي لا إلى صاحب البهيمة، فيدلّ على كونها له، و إلاّ لم يجز له بيعها.

وكيف كان، فقد قيل في المسألة بوجوب تصدّق الثمن، و لادليل عليه أصلاً. ثمّ لايخفى أنّ الصواب تبديل الانكشاف بالكشف.

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و الظاهر سقوط خبر «كونها». و الصحيح هكذا: على كونها للغارم... .

هذا كلّه مع انقطاع السلطنة(٢٠١٨) عن العين مع بقائها على مقدار ملكيّتها السابقة، أمّا لو خرجت عن التقويم مع بقائها على صفة الملكيّة، فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك؛ لأنّ القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم، لاعوض عن العين نفسها، كما في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقائها على ملك مالكها لاينافي معنى الغرامة؛ لفوات معظم الانتفاعات به، فيقوى عدم جواز المسح بها إلاّ بإذن المالك و لو بذل القيمة. قال في شرح القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة: و لو طلب(٢٠١٩) المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف وجب، ثمّ يضمن الغاصب النقص، و لو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، انتهى. و عطف على ذلك في محكيّ جامع المقاصد قوله: و لايوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أنّ جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، و لو استوعبت القيمة أخذها و لم تدفع العين(٢٠٢٠)، انتهى. و عن المسالك في هذه المسألة: أنّه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، و لايخرج بذلك عن ملك مالكه كما سبق، فيجمع بين العين و القيمة، لكن عن مجمع البرهان في هذه المسألة اختيار عدم وجوب النزع، بل قال: يمكن أن لايجوز و يتعيّن القيمة؛ لكونه بمنزلة التلف، و حينئذ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط؛ إذ لاغصب فيه يجب ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل و قبل المسح، انتهى.

.....

٢٠١٨. يعني: الإشكال في أنّ العين بعد تداركها - بدفع الغرامة - ملك الغارم أو باقٍ في ملك المالك الأوّل إنّما هو في صورة انقطاع سلطنة المالك عن العين مع بقائها على مقدار ماليّتها السابقة، لبقاء ما فيها من الجهات للانتفاع على ما هو عليه. ثمّ إنّ الصواب تبديل الملكيّة بالماليّة، و إلاّ لايصحّ التقابل بين هذا و بين قوله: «أمّا لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكيّة».

٢٠١٩. هذا مقول «قال» في قوله: «قال في شرح القواعد». و المراد من التلف تلف الخيوط.

٢٠٢٠. يعني: إلى الغاصب.

و استجوده بعض المعاصرين ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه؛(٢٠٢١)، لصيرورته عوضاً شرعاً. و فيه: أنّه لامنشأ لهذا الاقتضاء، و أدلّة الضمان قد عرفت أنّ محصّلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أوكان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليّتها كغرق المال، أوكان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيّتها. و لايخفى أنّ العين على التقدير الأوّل خارج عن الملكيّة عرفاً، و على الثاني السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين، و هذا معنى بدل الحيلولة، و على الثالث: فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم لا عن نفس العين، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة، لانفس العين الباقية، كيف! و لم تتلف هي، و ليس لها على تقدير التلف أيضاً عهدة ماليّة؟ بل الأمر بردّها مجرّد تكليفٍ لايقابل بالمال، بل لو استلزم ردّه* ضرراً ماليّاً على الغاصب أمكن سقوطه، فتأمّل(٢٠٢٢). و لعلّ ما عن المسالك من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعيّن القيمة فقط محمول على صورة تضرّر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخلة فيه الخشبة(٢٠٢٣)

.....

٢٠٢١. يعني: ترجيحه على استصحاب ملك المالك للمضمون. و قوله: «لصيرورته...» علّة للاقتضاء، و ضميره راجع إلى المضمون. و المراد من المعوّض هو القيمة.

٢٠٢٢. إمكان ذلك لقاعدة نفي الضرر - الوارد على الغاصب من لزوم الردّ - السليمة في المقام عن المعارض، إذ المفروض من جهة خروجه عن القيمة عدم ورود ضرر على المالك على تقدير عدم الردّ كي يعارض القاعدة في فردي الضرر، فتسقط لأجل المعارضة، فيرجع إلى إطلاق ما يدلّ على وجوب الردّ كما في غير المقام ممّا كان المأخوذ مالاً، لسلامته حينئذٍ عن الدليل الحاكم. هذا، و يمكن أن يقال: إنّ دليل نفي الضرر بلحاظ وروده في مقام الامتنان لايعمّ الغاصب، فيبقى الإطلاق على حاله. و لعلّه إلى هذا أشار بالأمر بالتأمّل.

٢٠٢٣. مع فرض خروجها عن الماليّة بالإخراج عن البناء.

---

* في بعض النسخ: ردّها.

كما لايأبى عنه عنوان المسألة(٢٠٢٤) فلاحظ، و حينئذٍ فلاتنافي ما تقدّم عنه سابقاً(٢٠٢٥): من بقاء الخيط على ملك مالكه و إن وجب بذل قيمته.

ثمّ إنّ هنا قسماً رابعاً و هو ما لو خرج المضمون عن الملكيّة(٢٠٢٦) مع بقاء حقّ الأولويّة فيه، كما لو صار الخلّ المغصوب خمراً، فاستشكل في القواعد وجوب ردّها مع القيمة؛ و لعلّه من استصحاب وجوب ردّها، و من أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك؛ إذ لم يجب إلاّ ردّه

.....

٢٠٢٤. يعني: مسألة البناء المستدخل فيه الخشبة المغصوبة.

٢٠٢٥. وجه المنافاة: أنّ مقتضى بقائه على ملك مالكه وجوب ردّه، فيجب إخراجه مقدّمة لردّه، فهو بلحاظ هذا الحكم منافٍ لحكمهم بعدم وجوب الإخراج الكاشف عن عدم وجوب الردّ. و أمّا وجه عدم المنافاة - بعد الحمل على صورة التضرّر - فلأنّ بقائه في ملكه إنّما يقتضي وجوب الردّ لو لم يلزم منه ضرر على الرادّ و إلاّ فلا.

و بالجملة، المنافاة ناشئة من الملازمة بين الملكيّة و وجوب الردّ، و لاملازمة بينهما إلاّ في صورة عدم تضرّر الرادّ بامتثال هذا الوجوب لامطلقاً حتّى في صورة تضرّره به، فيمكن أن يكون ملكاً له و لايجب على الغاصب ردّه لتضرّره به.

هذا، ولكن كلام صاحب المسالك آبٍ عن الحمل على ما ذكر، لأنّه صرّح بأنّ الأكثر صرّح بأنّه ينزع اللوح المغصوب المدرج في السفينة للغاصب و لو خيف من النزع في السفينة: «كما يهدم البناء لردّ الخشبة و لايبالى بما صنع، لأنّ دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور، و لايتمّ إلاّ بهذا، و أنّ الغاصب لايناسبه التخفيف، و هو الذي أدخل الضرر على نفسه» انتهى. فالتحقيق في دفع المنافاة أن يقال: إنّها تلزم لوكان مختار صاحب المسالك أيضاً عدم وجوب الإخراج و الردّ، و هو غير معلوم، بل الظاهر من قوله: «و لو قيل بوجوب إعطائها - أي: العين - المالك إذا طلبها كان حسناً، و إن جمع بين القيمة و العين» هو عدم قوله به. أوكان مختارهم بقاء الخيط و الخشبة في هذا الفرض في ملك المالك، و هو أيضاً غير معلوم، فلعلّهم يقولون بانتقالهما إلى الغاصب عوضاً عن القيمة التي يدفعها إلى المالك.

٢٠٢٦. مضافاً إلى خروجها عن الماليّة.

و لم يكن المالك إلاّ أولى به*، إلاّ أن يقال إنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيّ، و لذا كان الوجوب مذهب جماعة منهم الشهيدان و المحقّق الثاني[٤٤]، و يؤيّده أنّه لو عاد خلاًّ ردّت إلى المالك بلا خلاف ظاهر.

ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع(٢٠٢٧) خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها، فلايضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواء كان للسوق أم للزيادة المتّصلة بل المنفصلة – كالثمرة – و لايضمن منافعها، فلايطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. و عن التذكرة و بعضٍ آخر: ضمان المنافع، و قوّاه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه. و في موضعٍ من جامع المقاصد: أنّه موضع توقّف. و في موضع آخر رجّح الوجوب.

ثمّ إنّ ظاهر عطف التعذّر على التلف في كلام بعضهم[٤٥] – عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة – يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقيّة الحاصل بعد التعذّر و قبل الدفع، كالحاصل بعد التلف، لكن مقتضى القاعدة ضمانه(٢٠٢٨) له؛ لأنّ** مع التلف يتعيّن القيمة؛ و لذا ليس له الامتناع من أخذها بخلاف تعذّر العين؛ فإنّ القيمة غير متعيّنة، فلو صبر المالك حتّى يتمكّن من العين كان له ذلك و يبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف أو أعلى القيم إليه أو يوم الغصب، على الخلاف. و الحاصل: أنّ قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن فلا عبرة بيوم التعذّر، و الحكم بكون يوم التعذّر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان

.....

٢٠٢٧. فرض الكلام صورة وجود العين مع تعذّر ردّه. و أمّا صورة التلف فقد مرّ سابقاً أنّه لاعبرة بارتفاع القيمة بعد التلف على جميع الأقوال. و قضيّة إطلاقه عدم الفرق بين أن يكون قبل دفع القيمة أو بعده.

٢٠٢٨. كذلك الأمر في صورة التلف أيضاً. و ما ذكره في وجه الفرق من تعيّن القيمة مع التلف ممنوع، بل العين في ذمّته إلى زمان دفع القيمة، فيضمن الارتفاع على ما مرّ تقريبه، و مرّ عدم الفرق أيضاً بين الصورتين في عدم جواز امتناع المالك من أخذ القيمة لو دفعها الضامن.

---

* في بعض النسخ: و لم يكن المالك أولى إلاّ به.

** في بعض النسخ: إذ.

الأُجرة و النماء إلى دفع البدل و إن تراخى عن التعذّر ممّا لايجتمعان ظاهراً(٢٠٢٩) فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذّر في المثلي.

ثمّ إنّه لاإشكال في أنّه إذا ارتفع تعذّر ردّ العين(٢٠٣٠) و صار ممكناً، وجب ردّها على مالكها كما صرّح به في جامع المقاصد فوراً، و إن كان في إحضارها مؤونة، كما كان قبل التعذّر؛ لعموم "على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي"، و دفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنّه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، و استلزم ذلك(٢٠٣١) على ما اخترناه عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتّصل بعد دفع الغرامة. و سقوط وجوب الردّ حين التعذّر للعذر العقلي، فلايجوز استصحابه(٢٠٣٢) بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان(٢٠٣٣)

.....

٢٠٢٩. لعلّ قوله «ظاهراً» من جهة الإشارة إلى أنّ عدم الاجتماع بينهما مبنيّ على ظاهر حكمهم بكون يوم التعذّر بمنزلة يوم التلف من كونه منزلته في تمام الأحكام حتّى في عدم ضمان ارتفاع القيمة بعده، و أمّا بناءً على كون المراد منه كونه منزلته في جواز مطالبة القيمة بعده فلاتنافي بين الحكمين.

٢٠٣٠. قد مرّ أنّ الوجه فيه أنّ البدليّة ماداميّة.

٢٠٣١. الظاهر أنّ هذا جملة مستأنفة. و «ذلك» فاعل «استلزم» إشارة إلى الخروج، و«عدم ضمان...» مفعوله. و نظره فيما اخترناه إلى قوله: «ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم...». و قوله: «وسقوط وجوب الردّ» مبتدأ، و «للعذر العقلي» خبره. و لو بدّل قوله «و استلزم ذلك» إلى قوله «و لازم ذلك» لكان أحسن.

٢٠٣٢. يعني: استصحاب السقوط. وجه عدم جوازه عدم جريانه في الأحكام العقليّة.

٢٠٣٣. بعد ارتفاع الضمان بدفع الغرامة بعد التعذّر - على ما اختاره - لامجال للاستصحاب، لكن يمكن أن يقال: إنّ المتيقّن في السابق هو الضمان مطلقاً في حالتي التعذّر و التمكّن، فبدفع الغرامة في حال التعذّر يشكّ في أنّ المرتفع به أصل الضمان أو خصوص الضمان في حال التعذّر و مادام متعذّراً، فأين القطع بارتفاع الضمان بالمرّة؟ بل هو مشكوك، لاحتمال أن يكون المرتفع هو الضمان الخاصّ، فيستصحب أصل الضمان في حال التمكّن، و يترتّب عليه

المدلول عليه بقوله ﷺ: "على اليد ما أخذت" المغيّا بقوله: "حتّى تؤدّي".

و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه إلى الغارم بمجرّد طروّ التمكّن، فيضمن العين من يوم التمكّن ضماناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنّها باقية على ملك مالك العين وكون العين مضمونة بها(٢٠٣٤) لا بشئ آخر في ذمة الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلاّ حكم تكليفي بوجوب ردّه، و أمّا الضمان و عهدة جديدة فلا؟ وجهان: أظهرهما الثاني(٢٠٣٥)؛ لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، و عدم طروّ ما يزيل ملكيّته عن الغرامة أو يحدث ضماناً جديداً(٢٠٣٦)، و مجرّد عود التمكّن لايوجب عود سلطنة المالك حتّى يلزم من بقاء ملكيّته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوّض، غاية ما في الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها عليه(٢٠٣٧).

.....

وجوب الردّ، لوجود المقتضي و هو الضمان، و عدم المانع عنه و هو التعذّر.

٢٠٣٤. قيل: هو بالجرّ عطف على الملك المجرور بـ«على». و جعل الواو بمعنى «مع» أولى.

٢٠٣٥. بل الأوّل، لأنّ خروجه عن ملك الغارم إنّما هو بمقتضى البدليّة، و الظاهر أنّ البدليّة كما هي مشروطة بالعجز عن ردّ العين حدوثاً فكذلك بقاءً. و على فرض الشكّ لامجال له أن يتمسّك بالاستصحاب المذكور في المتن، لأنّ الشكّ فيه في المقتضي، و هو لايقول بجريانه فيه، و إن كان التحقيق هو الجريان.

٢٠٣٦. المناسب لقوله في العنوان «فيضمن العين...» أن يقول هنا: فيحدث ضمان جديد، أو يقول: فيحدث ضماناً جديداً بصيغة الإفعال. و عليه، يكون الضمير المستتر المرفوع بـ«يحدث» راجعاً إلى الزوال المدلول عليه بقوله «يزيل». و الأوّل أنسب، لأنّ الموجب للضمان على تقديره هو اليد السابقة لاالزوال، إلاّ أن يوجّه الثاني بأنّه من إسناد الشيء إلى عدم المانع و ارتفاعه.

٢٠٣٧. عطف على القدرة، و الضمير المؤنّث راجع إلى الإعادة. و قوله: «للغرامة» فيما بعد هذه العبارة متعلّق بالملكيّة. و المراد من المالك فيها مالك العين، فإذا زال ملكه عن الغرامة بأخذ العين فللغارم مطالبة الغرامة.

و حينئذٍ، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيّة المالك للغرامة.

و توهّم أنّ المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذّر فلايعود لعدم عود مبدله، ضعيف في الغاية، بل كان بدلاً عن أصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه(٢٠٣٨) أو دفع بدله مع تلفه أو خروجه عن ملكه بناقل لازمٍ بل جائز، و لايجب ردّ نمائه المنفصل. و لو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة(٢٠٣٩) أوّلاً؛ إذ ما لم يتحقّق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم؛ فإنّ الغرامة عوض السلطنة لاعوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمّل(٢٠٤٠). نعم، للمالك مطالبة عين ماله؛ لعموم "الناس مسلّطون على أموالهم"، و ليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة حتّى سلطنة المطالبة(٢٠٤١) بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك؛ و لذا لايباح لغيره(٢٠٤٢) بمجرّد بذل الغرامة.

.....

٢٠٣٨. يعني: يجب على المالك دفع المدفوع إليه بعنوان البدليّة مع وجوده، أو دفع بدله مع تلفه... .

٢٠٣٩. الصواب «يدفعها»* لأنّ الضمير راجع إلى العين. ثمّ إنّ الظاهر أنّه كان له ذلك بناءً على المختار من عود البدل إلى ملك الغارم بمجرّد التمكّن من ردّ العين.

٢٠٤٠. لعلّه إشارة إلى أنّها و إن لم تكن عوض قدرته عليه إلاّ أنّها لها دخل في كونها عوضاً عن السلطنة بقاءً كدخلها فيه حدوثاً، بمعنى أنّ المعوّض للغرامة هو السلطنة للمالك على العين المقيّدة بعدم قدرة الغاصب على تحصيلها حدوثاً و بقاءً، فمهما حصلت له القدرة عليه خرجت السلطنة عن المعوّضيّة، فتخرج الغرامة عن العوضيّة، فتعود إلى ملك الغارم، فله مطالبتها أوّلاً قبل دفع العين.

٢٠٤١. فما تراه من عدم جواز مطالبة العين حين التعذّر إنّما هو للعذر العقلي لا من جهة أخذه عوض السلطنة على المطالبة.

٢٠٤٢. أي: لأجل عدم كون الغرامة عوضاً عن مطلق السلطنة لايباح العين لغير المالك بمجرّد بذل الغرامة بحيث يجوز تملّكها، و إلاّ فلوكان عوضاً عن مطلق السلطنة حتّى

---

* الظاهر أنّ الكلمة كانت في نسخته‌ﷺ «يدفعه» فصحّحها كالموجود في المتن هنا.

و ممّا ذكرنا يظهر(٢٠٤٣) أنّه ليس للغاصب(٢٠٤٤) حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة، كما اختاره في التذكرة و الإيضاح[٤٦] و جامع المقاصد، و عن التحرير الجزم بأنّ له ذلك؛ و لعلّه لأنّ القيمة عوض إمّا عن العين و إمّا عن السلطنة عليها، و على أيّ تقديرٍ فيتحقّق التراد، و حينئذٍ فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتّى يتسلّم ما بيد الآخر.

و فيه: أنّ العين بنفسها ليست عوضاً و لامعوّضاً؛ و لذا تحقّق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة، فالمالك مسلّط عليها، و المعوّض للغرامة هي السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالترادّ. اللّهمّ إلاّ أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامة و هي السلطنة الفائتة، و الأقوى الأوّل.

ثمّ لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه فتلفت العين محبوساً فالظاهر أنّه لايجري عليه حكم المغصوب؛ لأنّه حبسه بحقٍّ(٢٠٤٥)، نعم يضمنه؛ لأنّه قبضه لمصلحة نفسه، و الظاهر أنّه

.....

سلطنة المطالبة لكانت من المباحات، إذ عدم السلطنة عليها بنحو من الأنحاء يلازم عدم ملكه لها، و لازمه مع فرض عدم ملك غيره لها كونها من المباحات التي يجوز لكلّ أحد تملّكها.

٢٠٤٣. يعني: ومن أنّ للمالك حقّ المطالبة. و الضمير في قوله «كما اختاره» راجع إلى عدم جواز الحبس. و«ذلك» في قوله: «له ذلك» إشارة إلى الحبس. و مراده من الأوّل في قوله: «والأقوى الأوّل» عدم جواز الحبس.

٢٠٤٤. يعني: من عدم عود المدفوع إلى ملك الغارم إلاّ بعد إرجاع السلطنة على العين إلى مالكها يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك للعين القيمة المدفوعة غرامة، إذ ليس للغاصب حينئذٍ مال عند المالك كي يجوز له ذلك كما في المعاوضة.

٢٠٤٥. فتكون اليد حينئذٍ غير اليد الأُولى، لكونها عن حقّ دون الأُولى، فيرتفع عنه حكم الغصب لوكان هناك حكم مختصّ به مثل وجوب الردّ فوراً و الإثم على تركه. نعم، يضمنه، لأنّ اليد و إن كانت عن حقّ إلاّ أنّ كونها على العين لمّا كان لمصلحة نفسه - كما في المستام - يوجب الضمان، لأنّ الخارج عن عموم حديث «على اليد» ما كان إثباتها على مال الغير لمصلحة المالك.

بقيمة يوم التلف(٢٠٤٦) على ما هو الأصل في كلّ مضمون.

و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف، و ذكر العلاّمة في القواعد: أنّه لو حبس فتلف محبوساً، فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة الأُولى*. و الظاهر أنّ مراده بـ "قيمة الآن": مقابل القيمة السابقة؛ بناءً على زوال حكم الغصب عن العين، لكونه محبوساً بغير عدوان لاخصوص حين التلف(٢٠٤٧). وكلمات كثير منهم لايخلو عن اضطراب.

ثمّ إنّ أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب، لكنّ الظاهر أنّ أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً؛ إذ ليس في الغصب خصوصيّة زائدة. نعم، ربّما يفرق من جهة نصٍّ في المغصوب مخالف لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة أبي‌ولاّد أو أعلى القيم على ما تقدّم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحيحة عليه، و أمّا ما اشتهر من أنّ الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً. و لنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد و إن بقي منه أحكام أُخر أكثر ممّا ذكر و لعلّ بعضها يجيء في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

٢٠٤٦. عن المحقّق الرشتيﷺ: «أنّه منافٍ لما اختاره سابقاً من عدم تجدّد الضمان بمجرّد التمكّن، و أنّ العين مضمونة بالغرامة المدفوعة، لا بما في ذمّة الغاصب حتّى يكون المدار بقيمة يوم التلف» انتهى.

٢٠٤٧. فلايناني قوله بوجوب القيمة العليا كما توهّمه السيّد العميديﷺ.

---

* في بعض النسخ: بقيمته.

المصادر:

١) المبسوط ج٢: ص٢٠٤ و ص١٥٠.

٢) الوسائل ج١٤:ص٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

٣) المسالك ج٦:ص١١٠.

٤) جامع المقاصد ج٩:ص١٧٨.

٥) القواعد ج١:ص١٣٤.

٦) المسالك ج٦:ص١٠٩-١١٠.

٧) الرياض ج٢:ص٨.

٨) المسالك ج٥:ص١٣٩.

٩) الشرايع ج٣:ص٢٦٣؛ التذكرة ج١:ص٤٩٦.

١٠) الدروس ج٣:ص١٠٨؛ الروضة البهية ج٧:ص٢٤-٢٥.

١١) التذكرة ج١:ص٤٥٩؛ جامع المقاصد ج٤:ص٤٣٥.

١٢) بداية المجتهد ج٢:ص٢٣١؛ المغني لابن قدامة ج٥:ص٥٠١.

١٣) إيضاح الفوائد ج٢:ص١٩٤.

١٤) السرائر ج٢:ص٣٢٦.

١٥) الغنية: ص٢٧٨؛ السرائر ج٢:ص٤٨٠.

١٦) مجمع الفائدة ج١٠:ص٥٢٥-٥٢٦.

١٧) الدروس ج٣:ص١١٣؛ الروضة البهية ج٧:ص٣٦.

١٨) الرياض ج٢:ص٣٠٣؛ مفتاح الكرامة ج٦:ص٢٤١؛ الجواهر ج٣٧:ص٨٥.

١٩) التحرير ج٢:ص١٣٩؛ المختلف ج٦:ص١٢٢.

٢٠) المبسوط ج٣:ص٦٠؛ الخلاف ج٣:ص٤٠٢ و ٤٠٦.

٢١) البقرة(٢): ١٩٤.

٢٢) الشرايع ج٢:ص١٨؛ الدروس ج٣:ص٢٠١.

٢٣) القواعد ج١:ص٢٠٤.

٢٤) الخلاف ج٣:ص٤١٥.

٢٥) إيضاح الفوائد ج٢:ص١٧٨؛ الدروس ج٣:ص١١٣.

٢٦) الدروس ج٣:ص١١٤؛ جامع المقاصد ج٦:ص٢٥٦.

٢٧) البقرة(٢): ١٩٤.

٢٨) التذكرة: ج٢:ص٣٨٣.

٢٩) المسالك ج٣:ص١٧٤.

٣٠) القواعد ج١:ص٢٠٣-٢٠٤.

٣١) مغني المحتاج ج٢:ص٢٨٣.

٣٢) التذكرة ج٢:ص٣٨٣.

٣٣) جامع المقاصد ج٦:ص٢٤٥.

٣٤) البقرة(٢): ١٩٤.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

٣٥) الشرايع ج٢:ص٦٨.

٣٦) غاية المراد: ص٨٥.

٣٧) الدروس ج٣:ص١١٣.

٣٨) التهذيب ج٧:ص٢١٥، الحديث ٩٤٣.

٣٩) المسالك ج٢:ص٢٠٩؛ مفتاح الكرامة ج٦:ص٢٤٤.

٤٠) الجواهر ج٣٧:ص١٠٥.

٤١) السرائر ج٢:ص٤٨٦.

٤٢) كفاية الأحكام: ص٢٥٩.

٤٣) الروضة البهية ج٩:ص٣١١؛ الرياض ج٢:ص٤٩٩.

٤٤) جامع المقاصد ج٦:ص٢٩٢.

٤٥) التحرير ج٢:ص١٣٩.

٤٦) إيضاح الفوائد ج٢:ص١٧٨.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الكلام في شروط المتعاقدين

مسألة: المشهور كما عن الدروس و الكفاية: بطلان عقد الصبيّ(٢٠٤٨)،

.....

٢٠٤٨. يعلم البلوغ في الذكور بأحد اُمور: خروج المنيّ المعبّر عنه في الأخبار بالإدراك تارةً و بالاحتلام اُخرى. و نبات الشعر الخشن في العانة كما في حسنة يزيد الكناسي. و في رواية حمران: و نبات الشعر في الوجه، كما في رواية الكناسي المتقدّمة. فما عن المسالك من عدم العبرة به لعدم ثبوت كونه دليلاً شرعاً على البلوغ مردود بما، لكفايتها في كونها دليلاً عليه، إلاّ أن يكون في الرواية ما يسقطها عن الحجّية اطّلع عليه هو بل و غيره أيضاً، لأنّهم لم يعدّوه من علائم البلوغ، لبعد غفلتهم عنها فتأمّل، لأنّهم بحسب عادتهم لو لم يغفلوا عنها تعرّضوا لها، غاية الأمر مع الإشارة إلى ما فيها من المناقشة. فالرواية موجودة، والمناقشة غير معلومة، فينبغي العمل بها. و نسبة الغفلة إليهم و إن كانت بعيدة، إلاّ أنّ تركهم التعرّض لها مع الالتفات إليها لعلّة فيها اطّلعوا عليها دوننا أبعد، كما لايخفى على من اطّلع على ديدنهم في الكتب الاستدلاليّة.

وكيف كان، فالأمر الرابع هو السنّ. و لاريب في أنّه في الجملة دليل على البلوغ نصّاً و فتوىً. و إنّما الرّيب و الخلاف في مقداره، هل هو الدخول في أربعة عشر؟ كما نقله - على ما في الحدائق - بعض الأفاضل المتأخّرين عن بعض القدماء و الشيخ في كتابي الأخبار و أكثر محقّقي المتأخّرين. و لعلّ مراده من البعض ابن‌الجنيد القائل بأربعة عشر، لفهمه منه إرادة دخولها. و يدلّ عليه قوله في صحيحة ابن‌سنان: «إذا بلغ الغلام أشدّه ثلاثة عشر سنة و دخل في الأربع عشر وجب عليه ما يجب على المحتلمين، احتلم أو لم يحتلم، كتبت عليه السيّئات، و كتبت له الحسنات، و جاز له كلّ شيء إلاّ أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً». و مثلها رواية اُخرى له. أو بلوغ خمسة عشر؟ كما هو المشهور على ما قيل. و يدلّ عليه غير واحد من الأخبار المتضمّنة لقوله: «بلغ خمسة عشر».

و على هذا، هل المراد من بلوغها - المعبّر به في الأخبار و كلمات المشهور - هو دخولها كما اختاره في الحدائق، أو إكمالها كما عن المسالك؟ وجهان، منشؤهما اختلاف الفهم في صدق البلوغ - إذا تعلّق بمركّب زمانيّ كما في المقام، أو مكانيّ كما في قولك: بلغ خمس فراسخ - بمجرّد الدخول في أوّل جزء من أجزاء العدد الأخير من أعداده، و عدم صدقه إلاّ

.....

بإكمال جميع أجزائه، احتمالان الظاهر هو الثاني. و لذا لايصدق ذلك فيما لو قال: بلغت سنة أو فرسخاً إلاّ مع طيّه تمام الفرسخ و مضي تمام السنة عليه. و لافرق بينه و بين: بلغ خمسة عشر سنة أو خمسة عشر فرسخاً إلاّ بزيادة أجزاء المركّب المفروض شيئاً واحداً و نقصها، و هو غير فارقٍ، لأنّ متعلّق البلوغ في كلّ واحد منهما قطعة واحدة بحسب اللحاظ قليلة الأجزاء تارةً و كثيرها اُخرى، و بلوغ القطعة الواحدة لايكون إلاّ ببلوغ آخرها، و لايتحقّق بلوغها مادام يبقى جزء منها، و إلاّ لصدق فيما إذا كانت قليلة الأجزاء كالسنة و الفرسخ. و ما ترى من صدقه بالدخول في الخامسة عشر إنّما نشأ من توهّم أنّ الخمسة عشر سنة مركّبة من خمسة عشر جزء زمانيّاً، جزئها الأخير السنة الخامسة عشر، فيكون بلوغها ببلوغ ذاك الجزء الأخير، و بلوغه إنّما يتحقّق بوصول أوّل جزء من أجزاء ذاك الجزء الأخير. لكنّه توهّم فاسد، لأنّ أجزائها الآنات لا السنين. فما فهمه الشهيد الثاني من الأخبار و عبارات أصحابنا الأخيار هو الحقّ الموافق للواقع، كما أنّ الحقّ اعتبار إكمال خمسة عشر في تحقّق البلوغ بالسنين، فلايكفي الأقلّ، لكن لا للأخبار، لمعارضتها لما يدلّ على كفاية الشروع في الأربعة عشر، بل للاستصحاب.

هذا في الغلام. و أمّا في الأنثى فبلوغها بحسب السن إتمام التسعة، لجملة من الأخبار. و ما في بعض الأخبار من اعتبار العشر فهو غير معمول به على ظاهره.

إذا عرفت ذلك فنقول: الأقوى - خلافاً للمشهور - عدم اعتبار البلوغ في صحّة العقد مضافاً إلى العقل و القدرة على الإنشاء، و صحّة عقد الصبيّ، بمعنى صحّة إنشائه و قصده مثل البالغ، قبال بطلانه و كون قصده كلا قصد مثل عقد النائم. و كذا صحّة تصرّفه في ماله بإذن الوليّ قبال بطلانه، و ذلك لإطلاق أدلّة العقود في أبواب المعاملات، مع عدم صلاحيّة ما استند إليه في الحكم بالفساد بدونه - من حديث رفع القلم، و حديث لايجوز أمر الصبيّ، و حديث عمد الصبيّ خطأ، و الإجماع و الشهرة- لرفع اليد عنه.

أمّا الشهرة فواضح. و العجب من المصنفﷺ أنّه مع اختياره عدم حجّيتها كيف اعتمد عليها في غير موضع من الفقه مثل المقام، فتأمّل. مع أنّ عبارة الكفاية تدلّ على أنّ الصبيّ المميّز الذي هو محلّ البحث خارج عن محطّ كلام المشهور، و أنّ الذي نسبه إليهم - وهو بطلان عقد الصبيّ- إنّما هو عقد غير المميّز منه، فإنّه قال في مقام التفريع على ما ذكره بقوله: «يشترط أن

.....

يكون المتعاقدان عاقلين بالغين على المشهور» ما لفظه: «فلايصحّ بيع المجنون ولا الصبيّ. و كذا الشراء. و في المميّز إشكال» انتهى. إلاّ أن يقال: إنّ هذا إشكال منه في فتوى المشهور بالنسبة إلى المميّز. و يؤيّده إطلاق الصبيّ في كلماتهم.

و أمّا الإجماع فلوجود الخلاف فيه، مع قوّة احتمال استنادهم -كلاًّ أو بعضاً - إلى الأخبار الثلاثة لا إلى شيء آخر وصل إليهم دوننا. هذا، مضافاً إلى أنّ شمول معقد إجماع الغنية لمحلّ الكلام مشكل، لأنّه قال فيها ما هذا محكيّ ألفاظه: «لاينفذ بيع من ليس بكامل العقل و شرائه، فإنّه لاينعقد و إن أجازه الوليّ، بدليل ما قدّمناه من الإجماع، و نفي الدليل الشرعيّ» انتهى. و لايخفى أنّ الظاهر ممّن ليس بكامل العقل غير المميّز لامطلق غير البالغ، فإنّ بعض أفراده كامل العقل بالوجدان، فلايشمله العنوان، و قد مرّ أنّ موضوع البحث هو الثاني لا الأوّل.

و أمّا حديث «عمد الصبيّ و خطائه واحد» فلاختصاصه بما كان لعمده حكم و لخطئه بما هو خطأ حكم آخر، و إلاّ لما صحّ التنزيل. و يشهد له قوله عليه السلام «تحمله العاقلة» في ذيل هذا التنزيل في بعض الروايات، فلايشمل المعاملات و أمثالها من الأفعال المتقوّمة بالقصد و العمد بحيث لاحكم لخطئها أصلاً.

و أمّا حديث عدم جواز أمر الصبيّ فلأنّ غاية ما يدلّ عليه إنّما هو عدم نفوذ أمره بالاستقلال، فلايعمّ ما إذا كان بإذن الوليّ أو إجازته، حيث إنّ الظاهر من الرواية عدم نفوذ أمره بما هو أمر له و مضاف إليه، فلاينافي نفوذه بما هو أمر للوليّ و مضاف إليه بواسطة الإذن أو الإجازة، و لاملازمة بين عدم نفوذه بالعنوان الأوّل و عدم نفوذه بالعنوان الثاني، و كذا لامنافاة بينهما، ضرورة أنّ الأوّل لا اقتضاء صرف، و لاتنافي بين الاقتضاء و اللااقتضاء. و ذلك الظهور إنّما هو من جهة ظهور إضافة الأمر إلى ضمير الصبيّ في الاستقلال لا من جهة مرادفة الجواز للنفوذ، لأنّ مجرّد ذلك مع قطع النظر عن اقتضاء الإضافة للاستقلال و فرض كونها لمطلق الدخالة في المعاملة لادلالة له على المطلب.

و بالجملة، لادلالة لمثل هذا الحديث على سلب عبارة الصبيّ كما هو محلّ البحث، و لادلالة له أيضاً على بطلان أفعاله و عدم ترتّب الأثر عليها - من قبضه و إقباضه - إذا كان بإذن الوليّ أو إجازته. بل الذي يقتضيه التأمّل في هذه الأخبار أنّ المراد من أمره المحكوم عليه

.....

بعدم الجواز هو التصرّف في ماله المحتمل فيه الضرر، كالمعاوضات و منها النكاح من جهة الصداق، فضلاً عن الضرر المقطوع به كما في الهبة، فلايعمّ مثل التصرّفات التي توجب زيادة ماله، كما في حيازة المباحات و أخذ الوجوه المنطبقة عليه من الخمس و الزكاة و المظالم و الكفّارات و أمثال ذلك، كما يشهد بذلك الاستثناء منه في روايتي ابن‌سنان بقوله عليه السلام: «إلاّ أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» حيث إنّ الأمر الذي لايجوز منهما هو خصوص تصرّفاتهما الماليّة، و لايعمّ مثل الحيازات و قبول الهبات فضلاً عن سلب عبارتهما.

و أمّا حديث الرفع فلأنّ دلالته عليه مبتنية على كون المراد من القلم فيه قلم مطلق الأحكام و إن كانت وضعيّة حتّى يعمّ المقام، و هو ممنوع، مثل كون المراد منه قلم الكرام الكاتبين فيختصّ بالأحكام، لأنّ الذي يكتبه الحفظة الكرام إنّما هو أفعال العباد من حيث تعلّقها بها، كما استظهره المستدلّ به على عدم شرعيّة عبادات الصبيّ مع قوله بثبوت الأحكام الوضعيّة في حقّه، بل المراد منه قلم الحمل و الثقل، لأنّ الظاهر من الرفع المتعدّي بـ«عن» - كما يشهد به ملاحظة موارد استعمالاته - أن يكون المرفوع ثقلاً على المرفوع عنه و لو تنزيلاً، و لاثقل في غير الإيجاب و التحريم. أمّا في سائر الأحكام التكليفيّة فواضح.

و أمّا في الأحكام الوضعيّة فلأنّ ثقلتها إنّما هي بلحاظ ما تستبعه من الأحكام الإلزاميّة التكليفيّة، لا بما هي هي و إن تجرّدت عنها، كما في الصبيّ و المجنون و النائم إلى زمان البلوغ و الإفاقة و اليقظة، لارتفاع الآثار الإلزاميّة عنهم بحديث رفع القلم، مثلاً سلبيّة شيء لشيء غير التكليف - و كذا الشرطيّة و المانعيّة و الرافعيّة و القاطعيّة - لاثقل فيها إلاّ بلحاظ ما يترتّب عليها من الأحكام الإلزاميّة، فالحديث يرفعها بهذا اللحاظ، و مرجعه إلى رفع الأحكام الإلزاميّة إلى وقت كذا، و أمّا بلحاظ أنفسها و ذواتها فلا، بل تبقى غير مرفوعة عنهم، فلوازمها المرفوعة بالحديث قبل انقضاء مدّة الرفع تترتّب عليها بعده.

و بالجملة، المرفوع بالحديث قلم الثقل، و هو قلم المشقّة و التكليف، فلاينافي ثبوت الأحكام الغير الإلزاميّة بمقتضى الأدلّة المثبتة لها بالعموم أو الإطلاق.

فإن قلت: اختصاص المرفوع بالتكليف و الإلزام كافٍ في الحكم ببطلان عقد الصبيّ، حيث إنّ دليل الصحّة آية وجوب الوفاء بالعقد، و لايجب عليه الوفاء بعقده، فلا دليل على الصحّة.

.....

قلت: فيه أوّلاً: أنّ دليل الصحّة غير منحصر بتلك الآية الشريفة، لدلالة آيتي حلّ البيع و التجارة عن تراض عليها.

و ثانياً: لو سلّمنا الانحصار فيها لقلنا إنّ لازم ذلك عدم الصحّة مادام صبيّاً لايجب عليه الوفاء، لامطلقاً حتّى بعد البلوغ و وجوب الوفاء عليه، فتدلّ على الصحّة بعد البلوغ، و هذا لايجتمع مع سلب عبارته و كونها لغواً بالمرّة.

و هذا الذي ذكرناه في معنى الحديث هو السرّ فيما اشتهر في الألسنة من أنّ الأحكام الوضعيّة غير مختصّة بالبالغين. نعم، في الأحكام الوضعيّة ما يرتفع عن الصبيّ بالحديث لخصوصيّة فيه، و هو ما كان لفعليّة حرمة الفعل دخل بطور الشرطيّة، لثبوته في حقّ فاعل ذاك الفعل، كما في محظورات الصوم و الإحرام عدا الصيد، فإنّ سببيّتها للكفّارة مختصّة بصورة حرمتها على الفاعل بالفعل، فإذا ارتفعت الحرمة ارتفعت السببيّة، لانتفاء الشرط، و إلاّ يلزم الخلف، بل ليس هذا عند التأمّل من رفع الحكم الوضعيّ في شيء، و إنّما المرفوع موضوعه. و من هذا القبيل أيضاً القتل بغير حقّ، إذ المعتبر في سببيّته للقصاص حرمته بالحرمة الفعليّة، فلا قصاص بدونها، بل فيه الدية. و لافرق في عدم حرمة القتل بين أن يكون لأجل الخطإ و عدم العمد، و بين أن يكون لأجل صباوة القاتل و نومه و جنونه.

و من هنا يعلم أنّ الوجه في ارتباط قوله عليه السلام: «وقد رفع القلم» بما قبله في رواية ابن‌سنان - المذكورة في الوسائل في باب حكم غير البالغ و غير العاقل و حكم القاتل بالسحر - إنّما هو عليّته لقوله عليه السلام: «عمد الصبيّ خطأ». لا ما ذكره المصنّف رحمه الله من عليّته لقوله عليه السلام: «تحمله العاقلة» أو معلوليّته لقوله عليه السلام: «عمد الصبيّ خطأ». و تقريب ذلك: أنّ اختلاف القتل العمدي و الخطائي - بثبوت القصاص في الأوّل و الدية في الثاني - إنّما هو من جهة فعليّة الحرمة في الأوّل دون الثاني، فلو اتّفق أنّه لم يحرم في الأوّل لحديث رفع القلم وجب فيه الدية مثل الثاني. فيكون المعنى: أنّ عمد الصبيّ بلحاظ أنّ القتل منه معه لايحرم عليه - لرفع القلم عنه - يكون خطأً - و بمنزلته - تحمله العاقلة. و الحاصل: أنّ المدار في القصاص في القتل وقوعه على الوجه المحرّم، و في الدية وقوعه لا على هذا الوجه. و ليس التعبير بالعمد و الخطاء لمدخليّتهما في ذلك، بل لملازمة الأوّل للحرمة و الثاني لعدمها. فالمراد من الخطاء في الحديث القتل الغير المحرّم الموجب لأمرين: الدية و كونها على العاقلة إذا صدر عن الصبيّ. فكأنّه عليه السلام

.....

قال: عمده – أي: ما فعله عن عمد – ليس بحرام عليه، لأنّه رفع عنه القلم – أي: قلم التكليف الإلزامي و منه التحريم – فيترتّب عليه أثر القتل الغير المحرّم، و هو الدية و كونها على العاقلة.

و أمّا ما ذكره المصنّف في وجه الارتباط من كونه معلولاً لتنزيل العمد منزلة الخطاء، أو علّة للحكم بكون الدية على العاقلة، ففيه نظر. أمّا في الأوّل فلأنّ اللازم عليه أن يقول: فرفع بالفاء بدل: و رفع بالواو، فتأمّل. و أمّا في الثاني فلأنّ رفع القلم أعمّ من كون الدية على العاقلة، فلايصحّ تعليله به، لأنّ ثبوت الأعمّ لايدلّ على ثبوت الأخصّ، إلاّ أن يريد من كونها على العاقلة لازمه – أعني: سقوطه عن الصبيّ– كما يدلّ عليه تفسيره به بقوله بعد ذلك: «أعني: عدم مؤاخذة الصبيّ و المجنون بمقتضى جناية العمد، و هو القصاص».

هذا، مضافاً إلى أنّ ما ذكرناه في وجه الارتباط سالم عمّا يرد على ما ذكره المصنّف، و هو أمران، أحدهما: الالتزام بخروج مثل إتلافاته بناءً على العلّية. و الآخر: خروج مثل حيازته للمباحات وإحيائه للموات ممّا يعتبر القصد في سببيّته للملك بناءً على المعلوليّة، لأنّها صحيحة مؤثّرة في الملك من الصبيّ أيضاً. و هو بعيد، لإباء سياقها عن التخصيص. و وجه السلامة بناءً على ما ذكرنا يظهر بالتأمّل فيما مرّ في تقريب وجه الارتباط. و معه لايبقى مجال لاستظهار المطلب – يعني: سلب عبارة الصبيّ – من حديث رفع القلم، فافهم و اغتنم.

و أمّا ما ورد في الأخبار المستفيضة من أنّ عمد الصبيّ و خطأه واحد، ففيه أنّه و إن كان فيه إشعار بالاختصاص بالجنايات إلاّ أنّه لايكفي مجرّد ذلك في إثبات المطلب، بل لابدّ فيه من إثبات الإطلاق له للمقام، و هو غير معلوم، فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقّن، و هو إمّا خصوص الجناية، كما هو ظاهر الأصحاب من جهة ذكرهم له في باب الجنايات، أو مطلق الفعل الذي للعمد دخل في حرمته من البالغ، كما هو الظاهر من استدلال الشيخ و الحلّي في محظورات الإحرام. بل لنا دعوى الجزم بعدم الإطلاق له على نحو يفيد سلب عبارة الصبيّ، إذ لاينبغي الإشكال في أنّ الكلام مسوق لا لبيان أنّ عمد الصبيّ خالٍ عن الحكم بالمرّة و أنّه لاأثر له أصلاً، بحيث يكون المعنى: أنّ فعله العمدي و فعله الخطائي واحد في عدم الحكم، فكما أنّ فعله الخطائي لغو صرف لاأثر له أصلاً كذلك فعله العمدي، لوضوح بطلانه من جهة أنّ فعله الخطائي له حكم و أثر شرعاً، بل مسوق لبيان إثبات حكم الخطإ على عمد الصبيّ، و أنّ

.....

عمده متّحد مع خطئه في الحكم، فلابدّ أن يكون لخطئه حكم، فيختصّ بباب الجنايات كما فهمه الأصحاب بمقتضى ذكرهم إيّاه في ذاك الباب.

وكيف كان، فقد ظهر ممّا قدّمناه صحّة معاملات الصبيّ، بمعنى عدم سلب عبارته. هذا، مضافاً إلى رواية الحلبي الآتي ذكرها في مبحث الفضولي في جريان الفضولي في الإيقاع و عدمه، الوارد في حكم طلاق زوجة الصبيّ البالغ عشر سنين، و أنّه يصحّ إذا أدرك الغلام و أمضى الطلاق الواقع في حال صغره، بناءً على كون المسؤل عنه فيها طلاق الغلام لاطلاق أبيه، حيث إنّها بناءً عليه تدلّ على عدم سلب عبارة الصبيّ و هو ابن عشر سنين، و إلاّ فلايكون موضوعاً للإمضاء و الإقرار. و لافرق قطعاً في مسألة سلب عبارته و عدمه بين الطلاق و البيع و بين الإيقاع و العقد، إلاّ أن يقال بأنّ الرواية من جهة مخالفتها للإجماع على عدم جريان الفضوليّة في الإيقاع – و منه الطلاق الذي هو موردها – لايصحّ الاستناد إليها. و لكن فيه ما يأتي في الفضولي من الخدشة في الإجماع.

و يدلّ على عدم سلب عبارته أيضاً ما رواه الكليني‌ﷺ عن محمّد بن يحيى، عن سلمة بن الخطّاب، عن الحسن بن عليّ بن يقطين، عن عاصم بن حميد، عن إبراهيم بن أبي‌يحيى، عن أبي‌عبدالله‌عليه‌السلام قال: «تزوّج رسول الله‌صلى‌الله‌عليه‌وآله أمّ سلمة، زوّجها إيّاه عمر بن أبي‌سلمة و هو صغير لم يبلغ الحلم» إذ الظاهر منها وكالته عنها في التزويج و العقد عليها، كما فهمه صاحب الوسائل، حيث ذكره في باب حكم كون الصبيّ المميّز وكيلاً في العقد قبل البلوغ. و لم يثبت كون ذلك من خواصّه‌صلى‌الله‌عليه‌وآله. و دعوى أنّه من أحكام الشرايع السابقة كما ترى كدعوى مخالفته للإجماع، لما مرّ فيه من المناقشة. و بالجملة، لاشبهة في دلالة الرواية، فتدبّر.

و أمّا صحّة معاملاته و سائر تصرّفاته الناقلة – بمعنى نفوذها – فهي مبنيّة على كونها مسبوقة بإذن الوليّ أو ملحوقة بإجازته فتصحّ و إلاّ فلا. فإن علم ذلك وجوداً أو عدماً فهو. و إن شكّ، فإن كان بعد وقوع المعاملة فالمرجع في جميع الصور الآتية أصالة الصحّة، على ما هو التحقيق من عدم الفرق بين أن يكون منشأ الشكّ في الصحّة هو الشكّ في ركن المعاملة أو غيره، لجريان دليل الصحّة في كلا المقامين. و لافرق في ذلك بين كون الشاكّ هو نفس الصبيّ، أو طرفه في المعاملة، أو شخص ثالث.

و إن كان الشكّ فيه حين إيقاع المعاملة، فلاتخلو الحال: إمّا أن يعلم أنّ المبيع مثلاً له أو

.....

لغيره. و على الأوّل؛ هل له وليّ أم لا؟ و على الأوّل؛ أذن له الوليّ أم لا. و على الثاني – أي: صورة كونه للغير – أذن له ذلك الغير أم لا. و على جميع التقادير؛ إمّا أن يكون لـه سـلطنة خارجيّة على المال – بأن يكون تحت يده – أم لا.

أمّا صور سلطنته الخارجيّة فالظاهر فيها هو الصحّة مثل صور العلم بسبق الإذن ممّن لـه الإذن، و ذلك لإجراء قاعدتين فيها، أعني منهما: قاعدة اليد، و قاعدة الـصحّة في الأفعـال. الأُولى في السلطنة الخارجيّة لإثبات كونها عن حقّ، بتقريب أنّ التحقيق أنّ اليد أمـارة علـى ثبوت غاية ما يمكن ثبوته في كلّ مورد من مراتب الحقّ لذي اليد علـى متعلّقهـا، المختلفـة باختلاف موارد اليد حسب اختلاف المقدار الممكن ثبوته فيه من مراتب الحقّ. فتارةً يكـون مرتبة الحقّ المستكشفة باليد ملك رقبة العين، كما في موارد دوران الأمر بينه و بين العـدوان عليها. و أُخرى تكون ملك المنفعة، كما في موارد دورانه بين الإجارة و بين غصب المنفعة مع العلم بكون العين للغير. و ثالثة تكون ملك الانتفاع، كما في موارد دوران الأمر بين العارية و بين العدوان مع العلم بأنّ العين للغير عيناً و منفعةً. و رابعة تكون بمجرّد الولاية على الحفـظ، كما في دوران الأمر بين الوديعة و غيرها، و هكذا.

و بالجملة، اليد مطلقاً – و لو من الصبيّ – أمارة على كون ذي اليد ذا حقّ على ما في يده. و أمّا أنّ هذا الحقّ الثابت باليد هل هو ملك العين أو شيء آخر؟ فتعيّنـه علـى عهـدة الخصوصيّات في مواردها كما عرفت.

هذا في الأُولى، أعني: قاعدة اليد. و أمّا الثانية – أعني: أصالة الصحّة – فمورد إجرائها جعل الصبيّ ما بيده من المال في معرض البيع، لأنّه فعل من الأفعال، فيعمّه دليل أصالة الصحّة من السيرة و بناء العقلاء. و الشاهد على ذلك هو الشراء من البايع البالغ مال الغـير بمجـرّد احتمال الوكالة عن مالكه، و عدم عملهم بأصالة عدم الإذن له، و عدم تفحّصهم عن ذلك، و لاوجه له إلاّ حمل ذاك الفعل منه على الصحيح. و لافرق في ذلك بين البالغ و بين الصبيّ.

و أمّا صور عدم سلطنته الخارجيّة على المال و عدم كونه في يده و تحت سيطرته، فـإن ادّعى أنّه مأذون في بيعه فيحكم بالصحّة بناءً على ثبوت الدعوى بلا معارض، لكنّه مشكل – بل ممنوع – قرّرناه في كتاب القضاء، و إلاّ فلا وجه للحكم بالصحّة.

هذا كلّه فيما إذا لم يكن هناك ما يـدلّ على حصول الإذن، كما إذا كان تصدّيه للبيع

.....

بمحضر من المالك أو الوليّ، و كان قاعداً في الدكّان مشغولاً بالكسب على رؤوس الأشهاد مثل البالغين، و غير ذلك ممّا يظنّ بل يطمأنّ لأجله بحصول الإذن له، و إلاّ كما في كثير من معاملات الصبيان فلا إشكال في الصحّة.

هذا فيما إذا علم أنّ له وليّاً. و أمّا إذا شكّ في ذلك أو علم عدمه فمقتضى القاعدة عدم صحّة معاملته إلاّ إذا كان طرفه في المعاملة من له ولاية عليه - لولا الوليّ الإجباري - من الحاكم أو المؤمن العادل أو مطلق المؤمن، إمّا بنحو الترتيب كما هو المشهور و الأحوط، أو بدونه كما لايبعد، فيمكن تصحيح معاملته بالإذن و لو من طرف معاملته على تأمّل في ذلك.

و للمولى المحقّق الحاج سيّد باقر الرشتي الأصفهاني المعروف المشهور بحجّة الإسلام﵀ كلام في أجوبة مسائله يناسب المقام لابأس بذكره، قال باللغة الفارسيّة ما هذا ترجمته بالعربيّة: «السؤال: إذا اشترى صبيّ من قبل الوليّ أو غيره من السوق لحماً أو خبزاً أو غيرهما ممّا له قيمة معيّنة وأعطى ثمنه، فهل هذه المعاملة منه يوجب الإباحة أم لا؟ و هذا البيع و الشراء بلحاظ أنّه من قبيل الآلة داخل في المعاطاة أم لا؟ و أيضاً يعطي الصبيّ للعطّار فلساً أو فلسين و يشتري منه شيئاً بلا وزن، مع عدم كونه قابلاً للوزن في الأغلب و مدار الخلق على هذا، هل يوجب ذلك الإباحة أم لا؟

الجواب: أنّ للمسألة أقساماً عديدةً:

الأوّل: أنّ المشتري من الصبيّ يعلم أنّ المال المبيع لنفس الصبيّ، و أنّ الوليّ لم يأذن له في بيعه، و لاوجه و لاطريق للصحّة في هذا القسم.

و الثاني: أنّ المشتري يعلم أنّ المبيع له، و لم يعلم بإذن الوليّ فيه و عدمه، فإن كان البيع بأقلّ من ثمن المثل فلا طريق لصحّته أيضاً. و إن لم يكن بأقلّ منه فالظاهر أنّ تصرّف المشتري فيما اشتراه منه صحيح و لابأس به. و أمّا الحديث المعتبر: «والغلام لايجوز أمره في الشراء و البيع...» فالظاهر أنّه غير منافٍ لما ذكر.

الثالث: أنّ المشتري يعلم أنّ الذي يبيعه مال الوليّ، فإن لم يعلم بإذنه فيه فلايصحّ. و إن علم بإذنه فيه جاز له أن يتصرّف فيه و إن كان بأقلّ من ثمن المثل أيضاً.

و الرابع: أن يعلم المشتري أنّ ما يريد بيعه لشخص آخر غير الصبيّ و الوليّ، فإن لم يعلم أنّ بيعه بإذن المالك فلايجوز. و إن علم بإذنه فيه، فإن لم يكن بأقلّ من ثمن المثل فالظاهر أنّه

.....

لابأس بالتصرّف. و ما ذكرناه في مال يجعله مبيعاً و يبيعه من الأقسام و مالها من الأحكام جارٍ في مال يجعله ثمناً. و بالجملة، نظراً إلى مضمون الحديث المذكور: «الغلام لايجوز أمره في البيع و الشراء» ليس لبيع الصبيّ و شرائه لزوم. و لكنّ الحكم فيه من حيث جواز التصرّف و عدمه إنّما هو على نحو ما ذكرنا» انتهى كلامه رفع مقامه.

هذا كلّه في معاملات الصبيّ. أمّا عباداته فالأقوى وفاقاً للمشهور صحّة العبادات المستحبّة على البالغين منه، و ذلك لإطلاق الأدلّة السالمة عن المقيّد المعتبر في كلا المقامين.

و أمّا العبادات الواجبة على البالغين فلنا أن نقول بصحّتها من الصبيّ المميّز أيضاً، لا لإطلاق أدلّتها مثل ﴿أَقِيمُوا الصَّلاةَ﴾، ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ و ﴿وَ لِلّهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ الآية و أمثال ذلك من الإطلاقات، حتّى يورد عليه باستلزامه استعمال اللفظ في المعنى الحقيقي و المجازي، أعني: الوجوب و الندب، و إن كان فيه ما فيه كما يأتي، بل لما رواه في الكافي بسنده عن طلحة بن زيد عن أبي‌عبدالله عليه السلام: «قال إنّ أولاد المسلمين موسومون عندالله شافع مشفّع، فإذا بلغوا اثنتي عشرة سنة كتبت لهم الحسنات، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيّئات». وجه الدلالة: أنّ الحسنات تعمّ كلّ عمل فيه ثواب فتعمّ الواجب مثل المندوب. و دعوى الاختصاص بالثاني مجازفة. لايقال: إنّه أخصّ من المدّعى، لعمومه جميع أفراد المميّز و إن لم يبلغ الاثني عشر. لأنّا نقول: إنّ الشرط فيه للإشارة إلى آخر أزمنة إمكان حصول التمييز عادة، بمعنى أنّ التمييز لايتأخّر عن ذاك الزمان عادة، كما أنّ التعبير بالستّ – في بعض أخبار أمر الصبيّ بالعبادة– للإشارة إلى أوّل أزمنة إمكانه عادة، و التعبير بالسبع و الثمان و التسع – في بعض أخباره الأخر – للإشارة إلى أوسط أزمنة إمكانه، لاختلاف أشخاص الصبيان، فلاتنافي بين هذه الأخبار.

و يدلّ على الصحّة أيضاً بعض الأخبار الظاهرة في وجوب الصوم على الصبيّ عند السبع أو الأزيد أو الأنقص التي عرفت عدم الاختلاف بينها، و أنّ المراد من جميعها التمييز، و الاختلاف في التعبير ناظر إلى اختلاف الصبيان في زمان التمييز. وجه الدلالة: أنّ المراد منها بملاحظة حديث رفع القلم هو الندب، و بعد ضمّ عدم الفصل بينها و بين سائر العبادات الواجبة يتمّ المطلوب. و يمكن الاستدلال على الصحّة بالإطلاقات أيضاً، لمنع لزوم استعمال اللفظ في المعنى الحقيقي و المجازي، لابتنائه على كون ظهور الأمر في الوجوب وضعيّاً لا

بل عن الغنية الإجماع عليه و إن أجاز الولّي[1]. و في كنز العرفان: نسبة عدم صحّة عقد الصبيّ إلى أصحابنا، و ظاهره إرادة التعميم لصورة إذن الولي. و عن التذكرة: أنّ الصغير محجور عليه بالنصّ و الإجماع – سواء كان مميّزاً أو لا – في جميع التصرفات إلاّ ما استثنى كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيّته و إيصال الهدية و إذنه في الدخول، على خلاف في ذلك[2]، انتهى. و استثناء إيصال الهدية و إذنه في دخول الدار يكشف(٢٠٤٩) بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله؛ لأنّ الإيصال و الإذن ليسا من التصرفات القوليّة و الفعليّة، و إنّما الأوّل آلة في إيصال الملك كما لو حملها على حيوان و أرسلها، و الثاني كاشف عن موضوعٍ تعلّق عليه إباحة الدخول، و هو رضا المالك.

.....

إطلاقيّاً، و هو خلاف التحقيق، لما قرّر في محلّه.

٢٠٤٩. هذا دفع لما يمكن أن يقال، و هو أنّ عبارة العلاّمة لاتدلّ على بطلان عقد الصبيّ – بمعنى سلب عبارته – بل غاية ما تدلّ عليه بطلان تصرّفه و عدم ترتّب الأثر على فعله الذي يصدق عليه التصرّف، فلاتدلّ على عدم ترتّب الأثر على عبارته و إنشائه فيما لايصدق عليه التصرّف، كما إذا ساوم وليّه متاعه و عيّن قيمته وأمر الصبيّ بإجراء العقد مع الطرف الآخر، أو كان وكيلاً عن الغير في إجراء العقد، إذ لايصدق التصرّف على العقد في المثالين.

و حاصل الدفع: أنّ المراد من التصرّفات في عبارته مطلق الأفعال وإن لم يصدق عليها التصرّف، و ذلك بقرينة استثناء الإيصال و الإذن اللذين ليسا من التصرّفات القوليّة و الفعليّة، فإنّ هذا بضميمة أنّ الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل يكشف عن دخولهما في التصرّف المستثنى منه، و لايكون هذا إلاّ بإرادة مطلق الفعل منه، فحينئذٍ يشمل صرف أجزاء العقد أيضاً. هذا، و لاوجه لتخصيص ذلك باستثنائهما، لجريانه فيما عدا الوصيّة و التدبير من الأُمور المستثناة.

وكيف كان، يمكن أن يقال عليه بأنّ ظهور الاستثناء في الاتّصال معارض بظهور التصرّف فيما لايعمّ مجرّد العقد، فكما يجعل الأوّل قرينة على التصرّف في الثاني بما ذكره، كذلك يمكن جعل الثاني قرينة على التصرّف في الأوّل بحمله على الانقطاع، و لاترجيح لأحدهما على الآخر، فتأمّل، فيعرض عليه الإجمال.

و من هنا تظهر الخدشة فيما يأتي من استناده في شمول معقد إجماع التذكرة للعقد إلى أنّ استثناء الإحرام الذي لايجوز إلاّ بإذن الوليّ شاهد على أنّ المراد من الحجر في عبارته يعمّ سلب

و احتجّ على الحكم في الغنية بقولهﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتّى يحتلم و عن المجنون حتّى يفيق و عن النائم حتّى يستيقظ"، و قد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسألة الإقرار و قال: إنّ مقتضى رفع القلم أن لايكون لكلامه حكم. و نحوه الحلّي في السرائر في مسألة عدم جواز وصيّة البالغ عشراً، و تبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلاّمة و غيره. و استدلّوا[٣] أيضاً بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقرؑ: "إنّ الجارية إذا زوّجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع إليها مالها و جاز أمرها في الشراء، و الغلام لايجوز أمره في البيع و الشراء و لايخرج عن اليتم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة... الحديث"[٤](٢٠٥٠). و في رواية ابن‌سنان: "متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتّى يبلغ أشدّه. قال: ما أشدّه؟ قال: احتلامه"[٥] و في معناها روايات أُخر.

.....

العبارة، حيث إنّ استثناء مثل ذلك يدلّ على عموم المستثنى منه لما وقع منه بإذن الوليّ أيضاً، فيعمّ عقده بإذن منه أيضاً، فقد حكم في المستثنى منه بعدم صحّته بمقتضى العموم، و لانعني من سلب العبارة إلاّ هذا.

وجه الخدشة: أنّه مبنيّ على اتّصال الاستثناء، و قد عرفت الإشكال فيه. و لعلّه لأجل هذا عبّر بقوله: «بناءً على أنّ استثناء الإحرام...»، و لم يعبّر بقوله: «فإنّ استثناء الإحرام...»، فإنّه يشعر بعدم جزمه به، و لاوجه له إلاّ احتمال الانقطاع.

ثمّ إنّه لم أفهم الوجه في جعل كشف استثناء الإيصال و الدخول كشفاً بالفحوى، و ما ذكره من التعليل غير مقتضٍ له. نعم، لو علّله بما يدلّ على كونهما من قبيل الفحوى لصحّ التعبير بالفحوى، و لكن كان التعليل غلطاً، ضرورة أنّهما من الأفعال.

٢٠٥٠. آخر الحديث: «أو يحتلم، أو يشعر، أو ينبت قبل ذلك». و المراد من قوله «يشعر» خروج الشعر في وجهه. و المراد من الإنبات إنبات الشعر في عانته، و ذلك لقول الباقرؑ في حسنة يزيد الكناسي و هي طويلة: «إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه كان له الخيار إذا أدرك، أو بلغ خمسة عشر سنة، أو أشعر في وجهه، أو أنبت في عانته». و فيها دلالة على كون الإشعار في الوجه دليلاً على البلوغ. فما عن المسالك من عدم ثبوت دليل عليه ليس على ما ينبغي. و قد مرّ الكلام في ذلك.

لكنّ الإنصاف: أنّ جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرّف؛ لأنّ الجواز مرادف للمضي، فلاينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماضٍ، بل موقوف، و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: "إلاّ أن يكون سفيهاً"، فلا دلالة لها حينئذٍ على سلب عبارته، و أنّه إذا ساوم وليّه(٢٠٥١) متاعاً* و عيّن له قيمته و أمر الصبيّ بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليّه.

و أمّا حديث رفع القلم، ففيه أوّلاً: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذة، لاقلم جعل الأحكام؛(٢٠٥٢)، و لذا بنينا كالمشهور على شرعيّة عبادات الصبيّ. و ثانياً: أنّ المشهور(٢٠٥٣)

.....

٢٠٥١. المساومة – كما في المجمع – المجاذبة بين البايع و المشتري على السلعة و فصل ثمنها.

٢٠٥٢. كما صرّح به في المقابيس حيث اختار البطلان، و استند فيه – مضافاً إلى الأصل و الإجماع – إلى حديث رفع القلم و قال: «إنّ مقتضاه رفع الأحكام الشرعيّة بأسرها، و كون عبارته مسلوبة العبرة كالبهائم».

٢٠٥٣. مرجع ذلك إلى جعل شهرة عدم اختصاص الأحكام الوضعيّة بالبالغين قرينة على التصرّف في الحديث على تقدير ظهوره في رفع قلم جعل الأحكام، بحمله على قلم جعل الأحكام التكليفيّة.

فإن قلت: بعد البناء على رفع الحكم التكليفي عن الصبيّ لايبقى هناك وضع في حقّه، بناءً على انتزاعيّته من التكليف كما اختاره المصنّفﷺ مصرّاً عليه.

قلت: نعم، لوكان المنتزع منه الوضع عنده خصوص التكليف المنجّز، و ليس كذلك، بل أعمّ منه و من المعلّق، و المرفوع عنه هو الأوّل فقط. و لاضير في انتزاع الوضع المنجّز عن التكليف المعلّق، إذ الوجود التقديري أيضاً تحقّق في نفسه قبال العدم، كما ذكره في بعض تنبيهات الاستصحاب. فعلى هذا، يكون عقد الصبيّ من حين صدوره سبباً للنقل، لكن يتأخّر التكليف بالوفاء من حيث القبض و الإقباض إلى زمان البلوغ. فلو أتلف المبيع كذلك قبل

---

* في بعض النسخ: متاعه.

على الألسنة أنّ الأحكام الوضعيّة ليست مختصّة بالبالغين، فلامانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء به بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مسّ المصحف. و ثالثاً: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتّى الوضعيّة بالبالغين(٢٠٥٤)، لكن لامانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حقّ البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ. و بالجملة، فالتمسّك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعيّة عبادة الصبيّ،

.....

بلوغه فقد أتلف مال المشتري، فلو مات قبل بلوغه أخرج بدله من تركته، كما لو أتلف سائر أمواله.

هذا، و يتّجه على هذا المسلك أنّه قد يتّفق في بعض الموارد أنّه لايكون هناك تكليف معلّق على البلوغ أيضاً كي ينتزع عنه الوضع، كما إذا أتلف الصبيّ مال الغير و لم يكن له مال بعد بلوغه إلى أن مات، فتأمّل، فإنّ للكلام محلاً آخر.

هذا، و لكن يتّجه على ما ذكره بأنّه إن أراد من الأحكام الوضعيّة التي نسب عدم اختصاصها بالبالغين جميعها، ففيه: أنّه ينافي نسبة فساد عقود الصبيّ و إيقاعاته إلى المشهور في صدر العنوان. و إن أراد منها بعضها قبال اختصاص كلّها بهم فهو حقّ متين، و لكنّه لايجدي فيما هو بصدده من إثبات صحّة بيعه و عقده.

٢٠٥٤. حاصل هذا الوجه على نحو لايرجع إلى الثاني: أمّا على تقدير تسليم اختصاص الأحكام الوضعيّة على وجه الفعليّة بالبالغين، و أنّها بالنسبة إلى غيرهم على وجه التعليق مثل الأحكام التكليفيّة، لا على وجه الفعليّة في حقّهم مثل البالغين على خلاف الأحكام التكليفيّة كما هو مفاد الوجه الثاني، نقول: لايدلّ الحديث أيضاً على سلب عبارته، إذ مفاده حينئذٍ رفع سببيّة عقده للملك مادام صبيّاً، و لاينافي ذلك ثبوت السببيّة في حقّ العاقد الصبيّ معلّقاً على البلوغ فيما إذا عقد على ماله بحيث إذا بلغ يكون المملّك هو عقده قبل بلوغه، و ثبوتها في حقّ البالغين منجّزاً فيما إذا عقد على مال الغير أو زوّجه. و هذا المعنى لايجامع سلب عبارته و كونه مثل البهيمة، إذ عليه لايتفاوت الحال بينه و بين البالغ، و بين كونه قبل البلوغ أو بعده. و بعد التأمّل فيما ذكرناه تعرف عدم توجّه إيراد السيّد الأستاد على المصنّف.

و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعيّة بالبالغين.

فالعمدة في سلب عبارة الصبيّ هو الإجماع المحكيّ(٢٠٥٥) المعتضد بالشهرة العظيمة، و إلاّ فالمسألة محلّ إشكال؛ و لذا تردّد المحقّق في الشرايع في إجارة المميّز بإذن الوليّ[٦] بعد ما جزم بالصحة في العارية، و استشكل فيها في القواعد و التحرير.

و قال في القواعد: و في صحّة بيع المميّز بإذن الولي نظر، بل عن الفخر في شرحه: أنّ الأقوى الصحّة؛ مستدلاً بأنّ العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه — و لكن لم أجده فيه — و قوّاه المحقّق الأردبيلي على ما حكي عنه. و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده(٢٠٥٦) حيث قال: و هل يصح بيع المميّز و شرائه؟ الوجه عندي أنّه لايصح. و اختار في التحرير: صحّة بيع الصبيّ في مقام(٢٠٥٧)

.....

٢٠٥٥. قد أجبنا عنه باحتمال أن يكون الوجه في* تلك الأخبار المتقدّمة التي اعترف المصنّف بعدم تماميّة دلالتها. هذا، مع أنّه منقول لاحجّية فيه، و قضيّة الإطلاقات عدم سلب عبارته.

٢٠٥٦. لعلّ وجه الظهور تعبيره بـ«عندي» لا بـ«عندنا».

٢٠٥٧. لعلّ نظره في ذلك إلى قوله ﷻ: ﴿وَ ابْتَلُوا الْيَتامى حَتَّى إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ﴾ حيث إنّ الظاهر صحّة المعاملة الصادرة من اليتامى. و قد تأمّل فيه بعض، و هو في محلّه، إذ ليس للآية نظر إلى هذه الجهة. هذا، و لكن يمكن أن يقال بدلالة الآية على صحّة معاملات الصبيّ الرشيد بإطلاق قوله ﷻ: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ﴾ حيث إنّ الظاهر من دفع المال إلى اليتيم هو بيان إثبات ولاية له على ماله و سلب ولاية من كان وليّاً عليه عنه، و قد علّق هذا على مجرّد إيناس الرشد و إصلاح المال، و قضيّة إطلاقه وعدم تقييده بكونه بعد البلوغ وجوب دفع المال إليه عند إيناس الرشد منه مطلقاً و لوكان قبل البلوغ.

لايقال: إنّ الإطلاق في الشرط ممنوع، لأنّه مقيّد بالبلوغ، فالشرط مركّب من البلوغ و

---

* كذا في الطبعةالحجريّة. و لعلّ الصحيح: الوجه فيه تلك الأخبار...، لئلاّ يبقي «يكون» بلا خبر. و عليه، فيكون «تلك الأخبار» خبراً لـ«يكون».

اختبار رشده. و ذكر المحقّق الثاني: أنّه لايبعد بناء المسألة على أنّ أفعال الصبيّ و أقواله شرعيّة أم لا، ثمّ حكم بأنّها غير شرعيّة و أنّ الأصحّ بطلان العقد[٧]. و عن المختلف أنّه حكى في باب المزارعة عن القاضي كلاماً يدلّ على صحّة بيع الصبيّ. و بالجملة، فالمسألة لاتخلو عن إشكال، و إن أطنب بعض المعاصرين في توضيحه حتّى ألحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه.

.....

إيناس الرشد.

لأنّا نقول: لاوجه لتقييده إلاّ أن يكون «إذا» في قوله: ﴿حَتَّى إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ﴾ شرطيّة، و قوله: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ﴾ تفريعاً عليه، و بياناً لحكم ما يتصوّر فيه بلحاظ إيناس الرشد و عدمه من القسمين، حكم أحدهما بالمنطوق، و حكم الآخر بالمفهوم، مثل قولك: إذا جاءك زيد فإن قبّل يدك فأكرمه. و هو ممنوع، و إنّما هي ظرف صرف بمعنى الوقت و الزمان، وذلك لوجود «حتّى» ودخولها عليها، حيث إنّها قيد لما قبلها. فإن كانت لتحديد الموضوع - و هو اليتامى - و بيان أنّ حدّ اليتيم و نهايته هو البلوغ، لكان المعنى: ابتلوا الصغار في حال صغرهم فإن آنستم...، فيكون صريحاً في الدلالة على سلب الولاية عنهم و إثبات الولاية لأنفسهم في أموالهم عند إيناس الرشد منهم، و ذلك لاختصاص الموضوع حينئذٍ بالصغار حال صغرهم، و عدم عمومه لحال بلوغهم. و إن كانت لتحديد الابتلاء بلحاظ وقته الواقع هو فيه، أي: لتحديد وقت الابتلاء و بيان حدّه المحتاج فيه إلى الابتلاء و أنّ آخره زمان البلوغ - و ذلك لأنّ الشكّ في تبدّل ضعف عقل الصبيّ إلى ضدّه إنّما هو مادام صبيّاً و لم يبلغ، و أمّا إذا بلغ و لم يكن له ترقٍّ في عقله و لم يحصل فيه قوّة و زيادة حصل الظنّ و الاطمئنان بعدم حصول زيادة في عقله، و مع ذلك لايبقى حاجة إلى الاعتبار - لكان المعنى: ابتلوا الصغار في زمان الصباوة و قبل البلوغ، فإن آنستم منهم رشداً في زمان الابتلاء فادفعوا إليهم... . فيدلّ على ولايتهم على أموالهم في حال صغرهم مع رشدهم و زوال ولاية الغير عنهم.

هذا الذي ذكرناه في معنى الآية الشريفة و وجه دلالتها على صحّة ولاية الصبيّ المميّز الرشيد لم أر من تفطّن له، بل كلّ من تعرّض لشرح الآية و بيان المراد منها من الفقهاء و المفسّرين جعل الشرط لدفع أموال اليتامى إلى أنفسهم مركّباً من البلوغ و الرشد، فتأمّل جيّداً.

فالإنصاف: أنّ الحجّة في المسألة هي الشهرة المحقّقة و الإجماع المحكيّ عن التذكرة، بناءً على أنّ استثناء الإحرام الذي لايجوز إلاّ بإذن الولي شاهد على أنّ مراده بالحَجر ما يشمل سلب العبارة، لانفي الاستقلال في التصرّف؛ وكذا إجماع الغنية؛ بناءً على أنّ استدلاله(٢٠٥٨) بعد الإجماع بحديث "رفع القلم" دليل على شمول معقده للبيع بإذن الوليّ.

و ليس المراد نفي صحّة البيع المتعقّب بالإجازة حتّى يقال: إنّ الإجازة عند السيّد غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل و لو كان غير مسلوب العبارة كالبايع الفضولي. و يؤيّد الإجماعين ما تقدّم عن كنزالعرفان. نعم لقائلٍ أن يقول: إنّ ما عرفت من المحقّق و العلاّمة و ولده و القاضي و غيرهم خصوصاً المحقّق الثاني – الذي بنى المسألة على شرعيّة أفعال الصبيّ – يدلّ على عدم تحقّق الإجماع. وكيف كان، فالعمل على المشهور.

.....

٢٠٥٨. يعني: بناءً على أنّ استدلاله بعد الإجماع بحديث رفع القلم – الذي مفاده على ما فهموه منه أنّ المرفوع به قلم جعل الأحكام مطلقاً – على بطلان بيع الصبيّ حتّى مع إجازة الوليّ الملازم لسلب عبارته دليل على أنّ قوله: «و إن أجازه الوليّ» في معقد إجماعه على البطلان شامل على إذن الوليّ له قبل البيع و إجازته لبيعه بعده، بأن يراد منها الرضا المستكشف بكلّ من الإجازة والإذن، لاخصوص الإجازة المصطلحة حتّى يقال: إنّ معقد إجماعه لايعمّ البيع المقرون بالإذن، فلايدلّ حينئذٍ على سلب العبارة، لاحتمال أن يكون وجه البطلان في صورة لحوق الإجازة بطلان الفضولي عنده، بأن يكون مورد كلامه عقد الصبيّ فضولاً و بلاإذن من الوليّ.

وجه كونه دليلاً عليه: أنّ الظاهر من الاستدلال بدليلين على أمر واحد اتّحاد مؤدّاهما من حيث العموم و الخصوص، و من المعلوم أنّ الاستدلال بحديث رفع القلم على عدم صحّة عقد الصبيّ لايتمّ إلاّ إذا كان المراد منه ما يعمّ قلم الوضع، و معه يعمّ عقده مع إذن الوليّ أيضاً، فيدلّ على بطلانه، إذ مع صحّته يكون قلم الوضع غير مرفوع عنه، و هو خلاف فرض رفع قلم الوضع، فيدلّ هذا الاستدلال – بضمّ ما ذكرنا من الاتّحاد في المؤدّى – على عموم معقد الإجماع له أيضاً. هذا، و قد تقدّم أنّ معقد إجماعه غير عنوان محلّ البحث في المقام.

و يمكن أن يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أنّ "عمد الصبيّ و خطأه واحد" كما في صحيحة ابن‌مسلم* و غيرها، و الأصحاب و إن ذكروها في باب الجنايات إلاّ أنّه لاإشعار في نفس الصحيحة بل و غيرها بالاختصاص بالجنايات؛ و لذا تمسّك بها الشيخ في المبسوط و الحلّي في السرائر على أنّ إخلال الصبيّ المحرّم بمحظورات الإحرام – التي تختصّ الكفّارة فيها بحال التعمّد – لايوجب كفّارةً على الصبيّ و لا على الولي؛ لأنّ عمده خطأ.

و حينئذٍ فكلّ حكم شرعيّ تعلّق بالأفعال التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعيّ عليها القصد – بحيث لاعبرة بها إذا وقعت بغير القصد – فما يصدر منها(٢٠٥٩) عن الصبيّ قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبيّ و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطئ و إيقاعاتهم. بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون و الصبيّ استظهار المطلب من حديث "رفع القلم" و هو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي‌البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام، أنّه كان يقول في المجنون و المعتوه الذي لايفيق و الصبيّ الذي لم يبلغ: "عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم..."؛ فإن ذكر "رفع القلم" في الذيل ليس له وجه ارتباط إلاّ بأن تكون علّة لأصل الحكم و هو ثبوت الدية على العاقلة، أو بأن تكون معلولة لقوله: "عمدهما خطأ"(٢٠٦٠)، يعني أنّه لمّا كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع و في الواقع رفع القلم عنهما.

و لايخفى أنّ ارتباطها بالكلام على وجه العلّية أو المعلوليّة للحكم المذكور في الرواية – أعني عدم مؤاخذة الصبيّ و المجنون – بمقتضى جناية العمد و هو القصاص، و لابمقتضى شبه العمد – و هو الدية في مالهما – لايستقيم إلاّ بأن يراد من "رفع القلم" ارتفاع المؤاخذة

.....

٢٠٥٩. في العبارة ركاكة، الأولى أن يقول: فلايترتّب عليها إذا صدرت من الصبيّ، لأنّ ما يصدر منها عن الصبيّ... .

٢٠٦٠. و هنا وجه آخر أقرب منهما، و هو عكس الوجه الثاني بما قدّمناه من التقريب، فراجع و لاحظ. و عليه، لادلالة له على مرام المصنّف رحمه الله.

---

* في بعض النسخ: محمد بن مسلم.

عنهما شرعاً من حيث العقوبة الأُخرويّة و الدنيويّة المتعلّقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية، و عدم ترتّب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمّد إليها ممّا(٢٠٦١) لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتّبت عليه غرامة أُخرويّة أو دنيويّة.

و على هذا، فإذا التزم على نفسه مالاً بإقرار أو معاوضة و لو بإذن الولي، فلا أثر له(٢٠٦٢) في إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ. فإذا لم يلزمه شئ بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلاّ لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه؛ إذ لوكان ذلك لأجل عدم* استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذة شاملاً لصورة إذن الولي، و قد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدلّ بالالتزام على كون قصده في إنشائاته و إخباراته مسلوب الأثر.

ثمّ إنّ مقتضى عموم هذه الفقرة بناءً على كونها علّة(٢٠٦٣) للحكم عدم مؤاخذهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكيّ عن بعض إلاّ أن يلتزم بخروج ذلك من عموم رفع القلم، و لايخلو عن بُعد(٢٠٦٤).

٢٠٦١. «ما» من غلط النسخة، و الصحيح «ممّا»**.

٢٠٦٢. الصواب «له»*** بدل «لها». و الضمير راجع إلى التزام الصبيّ المدلول عليه بقوله: «فإذا التزم».

٢٠٦٣. هذا بيان لوجه العموم، إذ بناءً على المعلوليّة لايفيد أزيد عمّا يفيده العلّة، فإنّ المعلول يتبع العلّة في العموم و الخصوص، و لاعموم في العلّة لمثل الإتلاف ممّا لايعتبر القصد في سببيّته للضمان و الغرامة.

٢٠٦٤. لعلّه من جهة كونه في مقام الامتنان، فيأبى عن التخصيص. لايقال: عمومه لمثل الإتلاف مبنيّ على كون المرفوع كلّما في رفعه امتنان في حقّهما، و إن كان خلافه بالقياس إلى الغير، و هو غير معلوم، لاحتمال أن يكون المرفوع فيه كما في «رفع عن أمّتي تسعة» مختصّاً بما ليس في رفعه خلاف الامتنان في حقّ الغير، فلايعمّ مثل الإتلاف كي يحتاج إلى التخصيص،

---

* في بعض النسخ: لعدم.

و* هاتان التعليقتان مبتنيتان على ما في نسخة المحشّي، و إلاّ فالموجود في المتن كما صحّحه.

لكن هذا غير وارد على الاستدلال؛ لأنه ليس مبنيّاً على كون "رفع القلم" علّة للحكم؛ لما عرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبيّ و المجنون، فيختصّ رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف، فافهم و اغتنم.

ثمّ إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين(٢٠٦٥)، فلاينافي ثبوت بعض العقوبات للصبيّ كالتعزير(٢٠٦٦). و الحاصل أنّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكي في البيع و غيره من العقود و الأخبار المتقدّمة – بعد انضمام بعضها إلى بعض –: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبيّ من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها كإنشاء العقود أصالةً و وكالةً، و القبض و الإقباض، و كلّ التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار. قال في التذكرة: وكما لايصح تصرّفاته اللفظيّة، كذا لايصح قبضه، و لايفيد حصول الملك في الهبة و إن اتّهب له الولي(٢٠٦٧) و لا لغيره(٢٠٦٨) و إن أذن الموهوب له بالقبض، و لو قال مستحقّ الدين للمديون: سلّم حقّي إلى هذا الصبّي، فسلّم مقدار حقّه إليه، لم يبرأ عن الدين و بقي المقبوض على ملكه، و لا ضمان على الصبيّ؛

فيورد عليه بالإباء عنه، فإنّ رفع الضمان عنهما فيه خلاف امتنان في حقّ صاحب المال.

لأنّا نقول: فرق بين الحديثين، حيث إنّ المرفوع عنه في «رفع عن أمّتي» تمام الأمّة، فلابدّ في رفع شيء من مراعاة لحال الجميع، بمعنى ملاحظة عدم كون المرفوع خلاف امتنان في حقّ البعض، بخلاف رفع القلم، فإنّ المرفوع عنه فيه خصوص الثلاثة، فليس فيه ما يدلّ على هذا التقييد، بل قوله: «تحمله العاقلة» في خبر ابن‌سنان يمكن أن يجعل دليلاً على الإطلاق كما لايخفى.

٢٠٦٥. الوجه في هذا التقييد تقييد الرفع بغاية البلوغ.

٢٠٦٦. يعني به ما هو الثابت في حقّ البالغين.

٢٠٦٧. يعني: و إن قبل له الوليّ.

٢٠٦٨. المعطوف عليه لهذا قوله «له» المقدّر بعد لفظ الهبة أو الساقط من قلم الناسخ. و المراد من الموهوب له هو ذاك الغير. يعني: و لايفيد قبض الصبيّ للعين الموهوبة في الهبة لغيره و إن أذن له الموهوب له في القبض.

لأنّ المالك ضيّعه حيث دفعه إليه، و بقي الدين لأنّه في الذّمة و لايتعيّن إلاّ بقبض صحيح، كما لو قال: إرم حقّي في البحر، فرمى مقدار حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالي إلى الصبيّ أو ألقِه في البحر؛ لأنّه امتثل أمره في حقّه المعيّن، و لوكانت الوديعة للصبيّ فسلّمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولي؛ إذ ليس له تضييعها بإذن الولي. و قال أيضاً: لو عرض الصبيّ ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى مقوّم ليقوّمه فأخذه، لم يجز له ردّه إلى الصبيّ بل على وليّه إن كان. فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولي و إن كان للصبيّ فلا كما لو أمره بإلقاء مال الصبيّ في البحر، فإنّه يلزمه ضمانه. و إذا تبايع الصبيان و تقابضا و أتلف كلّ واحد منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليّين فالضمان عليهما، و إلاّ فلا ضمان عليهما، بل على الصبيّين. و يأتي في باب الحجر تمام الكلام. و لو فتح الصبيّ الباب و أذن في الدخول على أهل الدار أو أدخل* الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي، فالأقرب الاعتماد؛ لتسامح السلف فيه[٨]، انتهى كلامه.

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا: أنه لافرق في معاملة الصبيّ بين أن تكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة؛ لما عرفت من عموم النصّ و الفتوى حتّى أنّ العلاّمة في التذكرة لمّا ذكر حكاية "أنّ أباالدرداء اشترى عصفوراً من صبي فأرسله"، ردّها بعدم الثبوت و عدم الحجّية(٢٠٦٩)، و توجيهه بما يخرجه(٢٠٧٠) عن محلّ الكلام.

و به يظهر ضعف ما عن المحدّث الكاشاني من أنّ الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعاً للحرج[٩]، انتهى. فإنّ الحرج ممنوع، سواء أراد أنّ الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقّرات و التزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنّه يلزم من التجنّب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحقيرة.

ثمّ لو أراد استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون

.....

٢٠٦٩. يعني: في فعل أبي‌الدرداء.

٢٠٧٠. يعني به احتمال كونه وليّاً على الصبيّ أو مأذوناً من وليّه.

---

* في بعض النسخ: أوصل.

حاصله أنّه غير محجورٍ عليه في الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفاً للإجماع. و أمّا ما ورد في رواية السكوني(٢٠٧١) عن أبي‌عبدالله عليه السلام: "قال: و نهى النبيّ صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير الذي لايحسن صناعةً بيده"؛ معلّلاً بأنّه "إن لم يجد سرق"، فمحمولٌ على عوض كسبه(٢٠٧٢) من التقاط أو أُجرة عن إجارة(٢٠٧٣) أوقعها الولي أو الصبيّ بغير إذن الولي(٢٠٧٤) أو عن عملٍ أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الآمر أُجرة المثل،

.....

٢٠٧١. لمّا كانت الرواية دالّة على معاملة الصبيّ و على تأثير قصده مثل البالغ - إمّا مطلقاً حتّى بدون إذن الوليّ كما هو مقتضى إطلاقها، أو في صورة الإذن فقط على ما هو القدر المتيقّن من إطلاقها - تعرّض لها و الجواب عنها.

أمّا وجه دلالتها على الصحّة فهو تعليله النهي بأنّه لو لم يجد سرق، حيث إنّه لو كانت عبارته لاعبرة بها و قصده كلا قصدٍ لكان المناسب تعليله برفع القلم وما يفيد مفاده لا بما ذكر، إذ قضيّته عدم النهي لوعلم بأنّه لايسرق. و أيضاً لما كان وجه للتقييد بعدم إحسانه للصناعة بيده، إذ بناءً على سلب العبارة لافرق بينه و بين مقابله.

و أمّا الجواب عنها فهو أنّها إنّما تدلّ على صحّة معاملته لوكان الكسب بمعناه المصدري و هو الاكتساب، أي: إيجاد ما هو سبب لتحصيل المال من الإجارة و نحوها، و ليس كذلك، بل هو بمعناه الاسم المصدري — أي: المكتسب و عوض الكسب و فائدته - من التقاط - بمعنى الملتقط - و أُجرة عن إجارة أوقعها الوليّ... . و عليه، لادلالة لها عليها. و أمّا وجه الحمل على إرادة المكتسب من الكسب مع المخالفة للظاهر فلعلّه مخالفة ظاهرها - و هو الصحّة - للإجماع و الشهرة، فتدبّر. ثمّ إنّ هذا راجع إلى أصل المسألة، لعدم ارتباطه بكلام الكاشاني، فتأمّل.

٢٠٧٢. المراد من العوض هو الفائدة و النتيجة؛ و من الالتقاط حيازة المباحات بالاحتطاب و الاحتشاش و إحياء الموات. و عطف الأُجرة عليه يقتضي أن يراد منه الملتقط كالحطب و الحشيش، فيكون «من التقاط» بياناً للعوض لا الكسب.

٢٠٧٣. يعني: عن إجارة على عمل الصبيّ... .

٢٠٧٤. أو بإذنه بناءً على مختاره من سلب عبارته.

فإنّ هذه كلّها ممّا يملكه الصبيّ(٢٠٧٥)، لكن يستحبّ للولي و غيره(٢٠٧٦) اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبيّ فيها؛ لاحتمال كونها من الوجوه المحرّمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممّن لايبالي بالمحرّمات. وكيف كان، فالقول المذكور في غاية الضعف.

نعم، ربّما صحّح سيّد مشايخنا(٢٠٧٧) في الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبيّ بمنزلة الآلة لمن له أهليّة التصرّف؛ من جهة استقرار السيرة و استمرارها على ذلك. و فيه إشكال من جهة قوّة احتمال كون السيرة(٢٠٧٨) ناشئة من عدم المبالاة في الدين، كما في كثير من سيرهم الفاسدة.

.....

٢٠٧٥. ينبغي أن يكون فرض المسألة ما إذا كان بيد الصبيّ مال و شكّ في أنّه عوض كسبه أو من الوجوه المحرّمة، و حينئذٍ نقول: إن أُريد من ملك الصبيّ للأُجرة و الملتقط في قوله: «فإنّ هذه كلّها يملكها الصبيّ» ملكه لها بقبض نفس الصبيّ و استيلائه عليها كي يحكم عليها بكونها ملكاً للصبيّ عند الشكّ في ذلك، للشكّ في أنّها عوض كسبه فله، أو من الوجوه المحرّمة فلا، بملاحظة قاعدة اليد، نظراً إلى أنّ أماريّتها على الملك الذي هو من الأحكام الوضعيّة لافرق فيها بين الصبيّ و البالغ فيما ذكره من استحباب الاجتناب بالقياس إلى هذه الأموال، و إن كان صحيحاً إلاّ أنّه منافٍ لما ذكره في السابق من عدم كفاية قبضه في تملّك ما قبضه أو مع هذا العلم بعدم كون ما بيده له.

و إن أُريد منه ملكه بقبض الوليّ عنه و لو حين أخذه من يده أو حين التصرّف فيه، ففيه: و إن كان هذا لاينافي السابق إلاّ أنّه خارج عن فرض المسألة، إذ مع الشكّ في كون ما بيده عوض كسبه أو حراماً لايؤثّر قبض الوليّ في ملك الصبيّ له، لأصالة عدم كونه عوض كسبه الذي يملكه الصبيّ بقبض وليّه، و لايعارضه أصالة عدم كونه من المحرّم، لكونها مثبتة. هذا، و الحقّ هو الشقّ الأوّل، إذ الحقّ - كما عرفت - أنّ قبضه مؤثّر في تملّك ما قبضه.

٢٠٧٦. إذا أذن له الوليّ و إلاّ فيحرم من هذه الجهة. ثمّ إنّه يستحبّ لنفس الصبيّ بعد البلوغ اجتنابها، إلاّ إذا لم يحتمل كونها من الوجه المحرّم.

٢٠٧٧. و مثله صاحب مفتاح الكرامة.

٢٠٧٨. لايخفى أنّ السيرة المدّعاة في مقام الاستدلال على شرعيّة أمر لابدّ أن يراد منها

و يؤيّد ذلك: ما يرى من استمرار سيرهم على عدم الفرق بين المميّزين(٢٠٧٩) و غيرهم، و لابينهم و بين المجانين، و لابين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لايعلم الوليّ أصلاً، و بين معاملتهم لأوليائهم على سبيل الآلية، مع أنّ هذه ممّا لاينبغي الشكّ في فسادها، خصوصاً الأخير(٢٠٨٠). مع أنّ الإحالة على ما جرت العادة(٢٠٨١) به كالإحالة على المجهول؛ فإنّ الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كلّ صبيّ ما هو فطنٌ فيه بحيث لايغلب في المساومة عليه، فَيكِلون إلى من بلغ ستّ سنين*(٢٠٨٢) شراء باقة بقلٍ أو بيع بيضة دجاج بفلس، و إلى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما،

.....

سيرة العلماء و المتديّنين، لأنّ الذي يصحّ الاستناد إليه ليس إلاّ هذا. و حينئذٍ يتّجه الإيراد على دعوى السيرة بأنّه كيف يجتمع تحقّقها - كما اعترف به المصنّف - مع فتوى المعظم على المنع مطلقاً و لو مع إذن الوليّ؟ حتّى إنّ صاحب الجواهر﵀ جعل القول بالمنع من الضروريّات عندهم، إذ كيف يظنّ بمعظم العلماء و حملة الشرع الذين هم من الورع و التقوى بمكان - فضلاً عن أن يقطع به - كون عملهم على خلاف فتوى مجتهديهم؟ و لايمكن دفع ذلك إلاّ بجعل مورد كلّ منهما غير مورد الآخر. و الأحسن في ذلك حمل مورد السيرة على الأشياء اليسيرة، و مورد الفتوى بالمنع على الخطيرة.

٢٠٧٩. هذا خلاف الوجدان و الحسّ و العيان، فإنّهم يفرّقون بين المميّز و غيره و بين الصبيّ و المجنون بالوجدان.

٢٠٨٠. الظاهر أنّ مراده من الأخير ما لو عامل على ماله مستقلاً و لايعلم به الوليّ، فنقول: لم‌يعلم وجه ظاهر لعدم الشكّ في فساده فيما إذا كان هناك أمارة على كونه بمنزلة الآلة — أي: على مأذونيّته- كما هو مورد كلام سيّد الرياض﵀ إلاّ منع كفاية تلك الأمارة و اعتبار العلم بإذن الوليّ أو سلب عبارته، و كلّ منهما قابل للمنع، و مع ذلك كيف يقطع بالفساد؟

٢٠٨١. كما صنعه الكاشاني في عبارته المتقدّمة أيضاً.

٢٠٨٢. الظاهر أنّ العبارة أربع سنين أو خمس سنين. و وجهه واضح.

---

* في بعض النسخ: من بلغ سنتين.

و إلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكلون إليه اُمور التجارة في الأسواق و البلدان، و لايفرقون بينه و بين مَن أكمل خمس عشرة سنة، و لايكلون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها إلاّ بعد أن يحصل له التجارب، و لاأظنّ أنّ القائل بالصحّة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل(٢٠٨٣). و كيف كان، فالظاهر أنّ هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم.

و قد عرفت حكم العلاّمة في التذكرة بعدم جواز ردّ المال إلى الصبيّ إذا دفعه إلى الناقد لينقده أو المتاع الذي دفعه إلى المقوّم ليقوّمه، مع كونه غالباً في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي، و كذا حكمه بالمنع من ردّ مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنّه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً، و قال كاشف الغطاءﷺ بعد المنع عن صحّة عقد الصبيّ أصالةً و وكالةً ما لفظه: نعم، ثبت الإباحة في معاملة المميّزين* إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتّى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء خصوصاً في المحقّرات. ثمّ قال: و لو قيل بتملّك الآخذ منهم لدلالة مأذونيّته في جميع التصرّفات(٢٠٨٤) فيكون موجباً قابلاً، لم يكن بعيداً، انتهى.

أقول: أمّا التصرّف و المعاملة بإذن الأولياء(٢٠٨٥)

.....

٢٠٨٣. فإذا لم يلتزم به فلابدّ أن يريد ممّا جرت العادة و السيرة به ما جرت به في الجملة، و هو الإحالة على المجهول.

٢٠٨٤. حتّى التملّك بعوض.

٢٠٨٥. هذا إيراد على قوله: «نعم، ثبت الإباحة...». و هو معادل لقوله بعد ذلك: «و إن أراد بذلك أنّ إذن الوليّ...». فالمناسب لمقام المقابلة أن يقول هنا: إن أراد بذلك – أي: ثبوت الإباحة في معاملة المميّزين من الصبيان – أنّه ناشٍ من إذن الأولياء، و أنّ المؤثّر في الإباحة إنّما هو تصرّفهم بإذن الأولياء، سواء كان هذا التصرّف على نحو البيع العقدي أو المعاطاة، فهو الذي قد عرفت أنّه خلاف المشهور، لأنّهم يقولون بعدم ترتّب الأثر على أقواله و أفعاله و إن أذن له الوليّ، و يعتبرون البلوغ.

---

* في بعض النسخ: المتميّزين.

– سواء كان على وجه البيع أو المعاطاة – فهو الذي قد عرفت أنّه خلاف المشهور و المعروف حتّى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة؛ لأنّها تصرّف لامحالة و إن لم تكن بيعاً، بل و لامعاوضة. و إن أراد بذلك أنّ إذن الولي و رضاه المنكشف بمعاملة الصبيّ هو المفيد للإباحة لانفس المعاملة – كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعارة الصبيّ – فتوضيحه ما ذكره بعض المحقّقين من تلامذته(٢٠٨٦) و هو: أنّه لمّا كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتّفق، وكانت مفيدةً لإباحة(٢٠٨٧) التصرّف خاصّة – كما هو المشهور – و جرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم في التصرّف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبيّ تعيين* القيمة(٢٠٨٨)، أو الاختلاف الذي يتسامح به في العادة، فلأجل ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبيّ من صورة البيع و الشراء مع الشروط المذكورة(٢٠٨٩)، كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار و في إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق،

٢٠٨٦. هو صاحب المقابس، ذكره في المقابس في ثالث شروط المتعاقدين.

٢٠٨٧. هذا، وكذلك «جرت» و«كان الغالب» عطف على «كان» في قوله: «لمّا كان...». و إلى هذه الأُمور الأربعة أشار بلفظ «ذلك» في قوله في جواب «لمّا» «فلأجل ذلك صحّ القول...». و قوله: «و الرضا باعتماد غيرهم في التصرّف» عطف على التسامح. و الجارّ الأوّل متعلّق بالرضا، و الثاني بالاعتماد، أي: جرت عادة الناس برضاهم بأن يعتمد غيرهم في التصرّف في أموالهم الحقيرة على ما يفيد الظنّ بالرضا بالمعاوضات فيها، و منه معاملة الصبيّ على رؤوس الأشهاد.

٢٠٨٨. يعني: تعيّنها من الخارج من غير حاجة إلى المساومة، فلاينافي ما ذكره كاشف الغطاء.

٢٠٨٩. يعني: المذكورة في عبارة كاشف الغطاء من التمييز و الجلوس مقام الأولياء و حقارة الأشياء.

---

* في بعض النسخ: تعيّن.

بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه(٢٠٩٠)، و قد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف. و بالجملة، فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ و الإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرّف، لا على قول الصبيّ و معاملته من حيث إنّه كذلك، وكثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد من غير وجود ذي يدٍ أصلاً، مع شهادة الحال بذلك كما في دخول الحمّام و وضع الأُجرة و عوض الماء التالف في الصندوق، وكما في أخذ الخُضَر الموضوعة للبيع و شرب ماء السقّائين و وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعدّ لها* و غير ذلك من الأُمور التي جرت العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوضات من أنواع التصرّفات(٢٠٩١). فالتحقيق: أنّ هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب(٢٠٩٢) و لامنافياً له، و لايعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى(٢٠٩٣)

.....

٢٠٩٠. أحدها: تخصيص المال في المقام باليسير، و تعميمه في الهديّة له و للخطير على ما هو ظاهر إطلاقهم. وثانيها: وجود الأمارات المفيدة للظنّ بالإذن – مثل القعود في الدكّان و المعاملة بمرأى و مسمع من الناس – هنا دون الهديّة. وثالثها: أنّ المقام من باب الإباحة و الهديّة من باب التمليك، و يتسامح في الأوّل بما لايتسامح به في الثاني. ورابعها: أنّ المقام فيه العوض، بخلاف الهديّة.

٢٠٩١. كالصلاة في البساتين مثلاً.

٢٠٩٢. يعني: الفرض المذكور – بعد التقريب المزبور – ليس داخلاً في موضوع قول الأصحاب بعدم صحّة معاملة الصبيّ حتّى يكون الحكم بالصحّة فيه منافياً له، فيستثنى منه و يخصّص به، إذ المعاملة فيه بين الكبار، و إنّما الصبيّ آلة صرفة و طريق محض إلى استكشاف رضا المالك و إذنه.

٢٠٩٣. يعني: لايعتمد على ذلك الظهور والظنّ بإذن المالك – الناشي من الجلوس بمجالس الأولياء و التظاهر على رؤوس الأشهاد – في تقديم قول المشتري المدّعي لإذن المالك لموافقته لهذا الظهور، و رفع اليد عن تقديم قول المالك بعدم إذنه الموافق للأصل، لعدم دليل على

---

* في بعض النسخ: لهما.

و لا فيما إذا طالب المالك بحقّه و أظهر عدم الرضا[١٠](٢٠٩٤)، انتهى.

و حاصله: أنّ مناط الإباحة و مدارها في المعاطاة ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين أو بشخصٍ منزّلٍ منزلة شخصين، بل على تحقّق الرضا من كلٍّ منهما بتصرّف صاحبه في ماله، حتّى لو فرضنا أنّه حصل مال كلٍّ منهما عند صاحبه بأتلاف كإطارة الريح و نحوها، فتراضيا على التصرّف بإخبار صبيّ أو بغيره من الأمارات – كالكتابة و نحوها – كان هذه معاطاة أيضاً؛ و لذا يكون وصول الهدية إلى المُهدى إليه على يد الطفل – الكاشف إيصاله عن رضا المُهدي بالتصرّف بل التملّك – كافياً في إباحة الهدية، بل في تملّكها. و فيه: أنّ ذلك حسن، إلاّ أنّه موقوف أوّلاً على ثبوت حكم المعاطاة(٢٠٩٥) من دون إنشاء إباحة و تمليك و الاكتفاء فيها بمجرّد الرضا.

و دعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبيّ، مدفوعة: بأنّه إنشاء إباحةٍ لشخص غير معلوم (٢٠٩٦)، و مثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة(٢٠٩٧)

.....

الاعتماد عليه بهذا المقدار، إذ لم يثبت جريان العادة على حجّيته في المقام أيضاً. و تظهر ثمرة النزاع بعد التلف في الضمان بالبدل الواقعي أو الجعلي. و أمّا قبل التلف فلا ثمرة له، لجواز الترادّ في المعاطاة قبله على المشهور. و قد تظهر الثمرة في غير ذلك.

٢٠٩٤. يعني: عدم الرضا بالمعاملة حينها. والفرق بينه وبين المعطوف عليه هو أنّ المشتري في المعطوف عليه يدّعي الإذن قبال دعوى المالك عدمه، وفي المعطوف يسكت أو يدّعي الجهل بالحال.

٢٠٩٥. سوق العبارة يقتضي أن يكون جملة مطويّة بعد قوله: «بمجرّد الرضا» مثل قوله: و لم يثبت. و فيه: أنّ الموقوف عليه ثابت عند المصنف أيضاً، على ما قرّبه في آخر تنبيهات المعاطاة.

٢٠٩٦. هذا مخصوص ببعض معاملات الصبيّ، و لايجري في جميعها، إذ قد يكون طرف المعاملة شخصاً خاصّاً معلوماً عند الوليّ، كما إذا أذن الولي للصبيّ في البيع و الشراء من شخص معيّن.

٢٠٩٧. يكفي في العلم بدخوله فيه قيام السيرة و جريان العادة على ذلك.

مع العلم بخروجه عن موضوعها. و به يفرّق بين ما نحن فيه و مسألة إيصال الهدية بيد الطفل؛ فإنّه يمكن فيه دعوى كون دفعها إليه للإيصال إباحة أو تمليكاً*، كما ذكر أنّ إذن الولي للصبيّ في الإعارة إذن في انتفاع المستعير، و أمّا دخول الحمام و شرب الماء و وضع الأُجرة و القيمة، فلو حكم بصحّتهما(٢٠٩٨) - بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرّد المراضاة الخالية عن الإنشاء - انحصرت صحّة وساطة الصبيّ فيما يكتفى فيه بمجرّد وصول العوضين دون ما لايكتفى فيه.

و الحاصل: أنّ دفع الصبيّ و قبضه بحكم العدم، فكلّ ما يكتفى فيه بوصول كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأيّ وجه اتّفق، فلايضرّ مباشرة الصبيّ لمقدّمات الوصول.

ثمّ إنّ ما ذكر مختصّ بما إذا علم(٢٠٩٩)

.....

٢٠٩٨. يعني: الحكم بالصحّة فيهما بناءً على حصول المعاطاة بالتراضي الخالي عن الإنشاء - لو قلنا به - إنّما هو لأجل دعوى قيام السيرة عليه فيهما، لا لأجل كون المال يسيراً، فحينئذٍ ينحصر مورد الصحّة مع وساطة الصبيّ في الإيصال و الدفع و القبض بما قامت السيرة على الاكتفاء بمجرّد الوصول و عدم الحاجة إلى الواسطة، فلايصحّ الاستدلال بصحّة المعاطاة في الأمثلة التي ذكرها ممّا قام الدليل - و هو السيرة على عدم الحاجة إلى الإنشاء فيها - على صحّتها في مطلق اليسير و لو لم تقم سيرة على عدم الحاجة إليه.

و فيه: أنّ السيرة فيها قائمة عليه في مطلق اليسير كما اعترف به في السابق. نعم، استشكل عليه - في مقام ردّ صاحب الرياض - بنشوّها من قلّة المبالاة في الدين، و قد عرفت ما فيه.

٢٠٩٩. حاصل هذا الإشكال: أنّ ما ذكره في وجه تصحيح معاملات الصبيّ في صورة الجلوس بمجلس الوليّ و التظاهر على رؤوس الأشهاد - من كون المناط في الإباحة هو التراضي من المالكين - أخصّ من المدّعى، لاختصاصه بصورة علم طرف معاملة الصبيّ بأنّه مأذون من بالغ عاقل له تسلّط على ما بيده من المال في التصرّف فيه وليّاً كان أو غيره، و المدّعى أعمّ من ذلك.

---

* في بعض النسخ: مملّكاً.

إذن شخص بالغ عاقل للصبيّ وليّاً كان أم غيره. و أمّا ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً: من صيرورة الشخص موجباً و قابلاً، ففيه أوّلاً: أنّ تولّي وظيفة الغائب – و هو من أذن للصغير – إن كان بإذن منه، فالمفروض انتفائه، و إن كان بمجرّد العلم برضاه، فالاكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل بل ممنوع. و ثانياً: أنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عمن أذن للصبيّ.

ثمّ إنّه لاوجه(٢١٠٠) لاختصاص ما ذكروه من الآليّة بالصبيّ و لا بالأشياء الحقيرة، بل هو جارٍ في المجنون و السكران بل البهائم و في الأُمور الخطيرة؛ إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار وكان الصغير آلة، فلافرق في الآليّة بينه و بين غيره. نعم، من تمسّك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجشّم لإدخال ذلك تحت القاعدة، فله تخصيص ذلك بالصبيّ، لأنّه المتيقّن من موردها، كما أنّ ذلك مختصّ بالمحقّرات.

مسألة: و من جملة شرائط المتعاقدين، قصدهما لمدلول العقد(٢١٠١) الذي يتلفّظان به. و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحّة العقد بل في تحقّق مفهومه مما لاخلاف فيه و لاإشكال، فلايقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغالط أو إلى المعنى كما في الهازل،

.....

و فيه: منع الاختصاص، و أنّه جارٍ في كلّ ما كان هناك أمارة على التراضي، و أنّ معاملة الصبيّ مع القيد المذكور في كلام كاشف الغطاء أمارة عليه معتبرة، لأجل قيام السيرة الغير المردوعة عنها. نعم، لايجري في مورد فقد الأمارة عليه، و لايعمّه المدّعى أيضاً.

٢١٠٠. نعم، لكن فيما إذا لم تكن السيرة – التي هي دليل لجواز الاعتماد في استكشاف رضا المالك بالتصرّف في ماله، الذي هو تمام المناط في المطلب، على غير العلم ممّا يفيد الظنّ – مختصّة بمعاملة الصبيّ و بالأشياء اليسيرة، و إلاّ – كما هو الحقّ الذي ادّعاه بعض المحقّقين – فلامحيص عن الاختصاص، ولاوجه للتعميم كما لايخفى.

٢١٠١. يعني: القصد الجدّي – أي: قصد تحقّق مضمون العقد بإنشائه، وجعل إنشائه وصلة إلى وجود المنشأ و تحقّقه – مقابل المزاح و الهزل، مضافاً إلى قصدين آخرين المتوقّف هذا عليهما، أحدهما: القصد اللفظي، أي: القصد إلى اللفظ المنشإ به المعاملة مقابل ألفاظ بسبق لسان مثلاً، و الآخر: القصد إلى استعمال اللفظ في مدلوله الحقيقي قبال التجوّز.

لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلّق إرادته*(٢١٠٢) و إن أوجد مدلوله بالإنشاء، كما في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الإخبار – كما في الهازل أو قصد معنى يغاير مدلول العقد، بأنّ قصد الإخبار(٢١٠٣) أو الاستفهام أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلايقع البيع(٢١٠٤) لعدم القصد إليه، و لا المقصود إذا اشترطت فيه عبارة خاصّة.

ثمّ إنّه ربّما يقال بعدم تحقّق القصد في عقد الفضولي و المكره كما صرّح به في المسالك، حيث قال: إنّهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. و فيه: أنّه لادليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقّق في صدق مفهوم العقد؛ (٢١٠٥) مضافاً إلى ما سيجئ في أدلّة الفضولي(٢١٠٦)،

.....

٢١٠٢. يعني: بل بمعنى أنّه لم يقصد من اللفظ حصول مدلوله به وإن استعمله في مدلوله – وهو الإنشاء قبال الإخبار و الاستفهام – وأوجد مدلوله – أعني: الإنشاء باستعماله في الإنشاء – لكن لا بداعي تحقّق المنشإ به في الخارج، بل بداعي المزاح و الهزل.

٢١٠٣. ظاهر ذلك أنّ الإخبار والإنشاء من المعاني المستعمل فيها الألفاظ لا من دواعي الاستعمال، و هو خلاف التحقيق كما قرّر في محلّه.

٢١٠٤. هذا تفريع على خصوص قوله: «أو أنشأ معنى غير البيع».

٢١٠٥. الجارّ متعلّق بالاشتراط، و أمّا المتعلّق بالمتحقّق فهو محذوف، يعني: لادليل على أنّه يشترط في صدق مفهوم العقد أزيد من قصد مدلول العقد بالقصد الجدّي، أي: كون الداعي للإنشاء و الغرض** منه وجوه، و مدلول العقد متحقّق في الفضولي والمكره، وإنّما الذي انتفى في الأوّل هو الجزم بالوقوع، وفي الثاني هو طيب النفس الذي لاربط له وللجزم بالوقوع بعالم القصد، فتدبّر.

٢١٠٦. يعني به قيام الدليل على كفاية هذا المقدار من القصد الموجود في الفضولي، و هو الإجماع على صحّة نكاح الفضولي و بيع المكره بحقّ، بضمّ بطلان دعوى عدم اعتبار القصد فيهما. فالفرق بين الإضافة و ما قبلها: بقيام الدليل على عدم اعتبار الزائد على القصد الموجود في مفهوم العقد في الأوّل، و عدم قيام الدليل على اعتبار الزائد عليه، فينفى بإطلاق

---

* في بعض النسخ زيادة: به.

** كذا في الطبعة الحجريّة، والظاهر أنّه تصحيف: والغرض منه وجوده.

و أمّا معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

و اعلم أنّه ذكر بعض المحقّقين ممّن عاصرناه كلاماً في هذا المقام في أنّه هل يعتبر تعيين المالكين(٢١٠٧) اللذين يتحقّق النقل و الانتقال بالنسبة إليهما، أم لا؟ و ذكر أنّ في المسألة أوجهاً و أقوالاً و أنّ المسألة في غاية الإشكال، و أنّه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب في تضاعيف أبواب الفقه. ثمّ قال: و تحقيق المسألة أنّه إن توقّف تعيّن المالك على التعيين(٢١٠٨) حال العقد؛ لتعدّد(٢١٠٩) وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعيينه في النية، أو مع التلفّظ به أيضاً كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد(٢١١٠)، أو الوكيل عنهما* و الولي عليهما

.....

﴿أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾ في الثاني.

٢١٠٧. يعني: هل يعتبر في صحّة العقد تعيين البايع المباشر للإيجاب للمالك الذي يبيع له و ينقل ماله - أي: صاحب المثمن - و تعيين المشتري المباشر للقبول مالك** الثمن الذي يشتري له؟ و أمّا تعيين البايع للمشتري و صاحب الثمن و المشتري للبائع و صاحب المثمن فهو مسألة اُخرى تعرّض لها فيما بعد بقوله: «و أمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري...».

٢١٠٨. «حال العقد» متعلّق بكلّ من التعيّن و التعيين بطور باب التنازع.

٢١٠٩. علّة للتوقّف، و «الممكن» صفة للوقوع أو الوجه، و ذلك كما إذا كان أحد العوضين أو كلاهما كلّياً، فإنّ مالك الكلّي لايتعيّن حال العقد إلاّ بالتعيين حال العقد بالنيّة أو مع التلفّظ به أيضاً.

٢١١٠. الظرف هنا متعلّق بالعاقد بلحاظ كونه عن اثنين. و المراد منه أن يكون الثمن و المثمن في متعلّق كلّ من الوكالتين متّحداً معه في الاُخرى، بأن وكّل كلّ من زيدٍ و عمرو بكراً في أن يبيع منّاً من حنطة في الذمّة بدينار في عهدة شخص، و يشتري بدينار في الذمّة منّاً من حنطة في ذمّة شخص، فباع الوكيل - و هو بكر - منّاً من حنطة بدينار، و قصد في بيعه هذا كون المثمن - و هو المنّ - على ذمّة أحد الموكّلين لا بعينه، و الثمن - و هو الدينار -

---

* في بعض النسخ: فيهما.

** كذا في الطبعة الحجريّة، والظاهر أنّ الصحيح: للمالك.

في البيوع المتعدّدة (٢١١١)، فيجب أن يعيّن من يقع له البيع أو الشراء، من نفسه أو غيره، و أن يميّز البايع من المشتري إذا أمكن الوصفان(٢١١٢) في كلّ منهما. فإذا عيّن جهة خاصّة تعيّنت، و إن أطلق: فإن كان هناك جهة يصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين، كما لو دار الأمر بين نفسه و غيره إذا لم يقصد الإبهام(٢١١٣) و التعيين بعد العقد و إلاّ وقع لاغياً(٢١١٤)، و هذا جارٍ في سائر العقود من النكاح و غيره. و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعته في هذا القسم: أنه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معيّن في نفس الأمر، و أن لايحصل الجزم بشئ من العقود التي لم يتعيّن فيها العوضان، و لا بشئ من الأحكام و الآثار المترتّبة على ذلك، و فساد ذلك ظاهر. و لادليل على تأثير التعيين المتعقّب و لا على صحّة العقد المبهم؛ لانصراف الأدلّة(٢١١٥)

.....

على ذمّة الآخر كذلك، فيكون عقده هذا عن اثنين، إيجابه عن أحدهما و قبوله عن الآخر.

٢١١١. الظرف هنا أيضاً متعلّق بالعاقد عن اثنين، حذف بقرينة ما سبق. و المراد منه أن يكون وكيلاً عن كلّ واحد من اثنين في أن يبيع منّاً من حنطة في ذمّته، فباع الوكيل من ثالث معيّن منّاً من حنطة على عهدة أحد الموكّلين – لا بعينه – بدينار من مال هذا الثالث أو في ذمّته، ثمّ باع أيضاً منّاً من حنطة على عهدة الآخر منهما كذلك من شخص بدينار كذلك، فصار الوكيل عاقداً عن اثنين، عن أحدهما لابعينه في بيع، و عن الآخر كذلك في بيع آخر. هذا الذي ذكرناه مثال لكونه عاقداً عن اثنين في بيعين في طرف الإيجاب و المثمن، و منه يعلم المثال له في طرف القبول و الثمن. و من بياننا هنا و في الفقرة السابقة يظهر فساد ما ذكره السيّد الأستاذ في شرح الفقرتين، فراجع و تأمّل.

٢١١٢. كما في المثال الذي مثّلناه للعاقد عن اثنين في بيع واحد، فراجع.

٢١١٣. يعني: إذا لم يقصد الإبهام و الترديد بين نفسه و بين غيره حين العقد و حال الإنشاء ثمّ التعيين بعد العقد، فإنّ الإطلاق فيه منصرف إلى نفسه مع الشرط المزبور.

٢١١٤. أي: و إن لم يكن هناك جهة ينصرف إليها الإطلاق، بأن اشترى لغيره في الذمّة و أطلق ذاك الغير.

٢١١٥. محصّل ما ذكره من الدليل ثلاثة: الأوّل: الدليل العقلي. أشار إليه بقوله: «إنّه

إلى ما هو الشايع المعهود من الشريعة و العادة، فوجب الحكم بعدمه.

و على هذا، فلو اشترى* الفضولي لغيره في الذمّة، فإن عيّن ذلك الغير تعيّن و وقف على إجازته، سواء تلفّظ بذلك أم نواه، و إن أبهم مع قصد الغير بطل، و لايوقف إلى أن يوجد له مجيز - إلى أن قال -: و إن لم يتوقّف تعيّن المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معيّنين، و لايقع العقد فيهما على وجه يصحّ إلاّ لمالكهما، ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه(٢١١٦) أو عدمه مطلقاً،

.....

لولاه لزم بقاء الملك بلا مالك في نفس الأمر». و تقريبه: أنّ حقيقة البيع تمليك عين بعوض، و التمليك موقوف على تعيين المالك، إذ لولاه لزم تحقّق الملك - المفروض حصوله بالبيع و التمليك - بلا مالك معيّن في نفس الأمر كما هو قضيّة عدم تعيينه، و هو غير معقول، لأنّ الملكيّة علاقة خاصّة بين المالك و المملوك، فيستحيل قيامها بطرف واحد، و هو المملوك. و بتقرير آخر: أنّ المملوكيّة و المالكيّة بينهما تضايف، فلايعقل اعتبار الأوّل و تحقّقه بدون الثاني.

و الثاني: الدليل الشرعيّ. و أشار إليه بقوله: «و أن لايحصل الجزم...»، إذ المراد من الجزم عدم التردّد في المنشإ من جميع الجهات - لا في أصله و ذاته كالتمليك مثلاً، و لا في خصوصيّة من خصوصيّاته التي منها خصوصيّة المالك - المبطل للعقد بدليل شرعيّ، و هو الإجماع. يعني: و لو سلّم إمكان الملك بلا مالك معيّن نقول: إنّه لولا التعيين لزم التردّد و التعليق من حيث المالك في جميع العقود التي كان العوضان فيها كلّيين مع عدم وجود جهة ينصرف إليها الإطلاق، بأن اشترى لغيره في الذمّة بلا تعيين ذاك الغير، و فساد التردّد من جهة إبطاله للعقد أمر ظاهر.

و الثالث: أصالة الفساد. و أشار إليه بقوله: «و لادليل شرعاً على تأثيره...». يعني: لو أغمضنا عمّا ذكرنا من الدليلين نقول: إنّه لادليل على الصحّة بدون التعيين، لانصراف أدلّتها إلى صورة التعيين لشيوعها، فيرجع في غيرها إلى الأصل المقتضي للفساد. فقوله «و لادليل» عطف على قوله «لولا ذلك» فلاتغفل.

٢١١٦. هذا عطف على التعيين، فيكون أحد طرفي الواجب التخييري، لا على

---

* في بعض النسخ: شرى.

أو التفصيل بين التصريح بالخلاف(٢١١٧) فيبطل، و عدمه فيصح، أوجه، أقواها الأخير و أوسطها الوسط(٢١١٨) و أشبهها للأُصول الأوّل(٢١١٩). و في حكم التعيين ما إذا عيّن المال بكونه في ذمّة زيد مثلاً(٢١٢٠).

.....

الوجوب كما في «أو عدمه» و «او التفصيل...»، كي تكون الوجوه في المسألة أربعة. و ضمير «إليه» راجع إلى المعيّن المستفاد من التعيين. و لو قال: ففي وجوب التعيين بالتصريح به أو الإطلاق المنصرف إليه، لكان أولى. و مثال هذا الإطلاق أن يبيع مال نفسه من دون تقييد بكونه عن نفسه أو غيره، فإنّه ينصرف إلى كونه عن نفسه.

٢١١٧. يعني: خلاف ما تقتضيه المعاوضة من كون البيع لمالك المبيع و الشراء لمالك الثمن. لايخفى أنّ قضيّة عدْليّة هذا لوجوب التعيين التعبير بقوله: فيجب — أي: التعيين - بالتصريح أو الإطلاق المنصرف إليه، بدل «فيبطل» و هو كما ترى. و بالجملة، هذه العبارة على ظاهرها من العطف على وجوب التعيين غير مستقيم. و يحتمل عطفها على لازم وجوب التعيين، و هو البطلان بدونه مطلقاً. يعني: ففي وجوب تعيين المالك بالتصريح به أو بالإطلاق المنصرف إليه، فبدونه يبطل مطلقاً و إن لم يصرّح بالخلاف، أو عدم وجوبه فيصحّ مطلقاً و إن صرّح بالخلاف، أو التفصيل من حيث البطلان بدون التعيين و الصحّة بين صورة التصريح بخلاف ما تقتضيه المعاوضة لو خلّيت و نفسها فيبطل، و بين صورة عدم التصريح به فيصحّ.

٢١١٨. لم أفهم وجه صحّة الجمع بين تقوية الأخير و بين أوسطيّة الوسط، لأنّه من قبيل الجمع بين النقيضين، إذ لازم قوّة الأخير عدم أوسطيّة الوسط، كما أنّ لازم أوسطيّته عدم قوّة الأخير، فتدبّر.

٢١١٩. يعني من الأُصول: أصالة الفساد، و أصالة عدم ترتّب الأثر و حصول النقل و الانتقال.

٢١٢٠. يعني: في حكم تعيين المالك الذي يقع له البيع أو الشراء - بالنيّة أو مع اللفظ الذي قلنا بوجوبه في القسم الأوّل - ما إذا عيّن المال ثمناً أو مثمناً بكونه في ذمّة زيد، فإنّ هذه الإضافة مغنية عن نيّة كون البيع أو الشراء لصاحب الذمّة و التلفّظ به. هذا بناءً على كون النسخة التعيين بصيغة التفعيل، و أمّا بناءً على أنّها «التعيّن» بصيغة المصدر من باب التفعّل، أو «المعيّن» بصيغة المفعول من باب التفعيل كما هو المظنون، فالمعنى: أنّه في حكم تعيّن العوض

و على الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير، وقع عنه(٢١٢١) و لغى قصد كونه عن 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 عن زيد وقع عنه و تعلّق المال بذمّته لا عن زيد؛ ليقف على إجازته، و إن كان وكيلاً فالمقتضي لكلّ من العقدين منفرداً موجود(٢١٢٢)، و الجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما، و لمّا لم يتعيّن(٢١٢٣) احتمل البطلان؛ للتدافع، و صحّته عن نفسه؛ لعدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة، و عن الموكّل؛ لتعيّن العوض في ذمّة الموكّل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعيّن. و لو اشترى عن زيد بشيء في ذمّته فضولاً و لم يجز فأجاز عمرو، لم يصحّ عن أحدهما.

.....

و تشخّصه الخارجي إضافة الكلّي إلى شخص خاصّ، فيأتي فيه الوجوه الثلاثة المذكورة فيما إذا كان العوضان معيّنين.

٢١٢١. أي: عن نفسه. هذا، و لايخفى أنّ بناء هذه الفروع إنّما على الوجه الوسط الذي قضيّته عدم وجوب التعيين، و الأخذ بمقتضى المعاوضة، و المشي على طبقه حتّى مع التصريح بخلافه فضلاً عن قصد خلافه، و عليه، ففي الفرع المزبور وقع عن زيد الذي كان الثمن في ذمّته، لأنّ قضيّة المعاوضة بمالٍ على ذمّة زيد كون عوضه لزيد كما في المعيّن.

٢١٢٢. الصواب أن يقول: فالمقتضي لوقوع العقد عن كلّ واحد منهما منفرداً عن الآخر - و مع قطع النظر عن وقوعه للآخر - موجود. و المراد من المقتضي لوقوعه عن نفسه اشترائه لنفسه، حيث إنّ مقتضاه بلحاظ ما تقتضيه المعاوضة كون الثمن في ذمّة نفسه، فيكون الشراء له بعوض في ذمّته. و المراد من المقتضي لوقوعه عن زيد الموكّل هو جعل المال و الثمن على ذمّته الوكيل فيه بالفرض، و قضيّة ذلك بلحاظ مقتضى المعاوضة كون الشراء لزيد، و هذا معنى وقوعه له. و بالجملة، فالمقتضي لوقوع العقد لكلّ منهما منفرداً عن الآخر موجود، إلاّ أنّ المقتضي لوقوعه لكلّ منهما مانع عن المقتضي لوقوعه للآخر، للتضادّ بينهما، فلايمكن الجمع بينهما، فلابدّ من إلغاء أحد المقتضيين و الأخذ بالآخر، و لمّا لم يتعيّن الأخذ الملغى احتمل البطلان... .

٢١٢٣. يعني: أحدهما الذي لابدّ من إلغائه.

و قس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب، و لافرق على الأوسط - في الأحكام المذكورة - بين النيّة المخالفة و التسمية(٢١٢٤)، و يفرّق بينهما على الأخير و يبطل الجميع على الأوّل، انتهى كلامه.

أقول: مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر، و إلاّ لم يكن كلّ منهما عوضاً و بدلاً. و على هذا، فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك، إلاّ أنّ ملكية العوض و ترتّب آثار الملك عليه قد يتوقّف على تعيين المالك(٢١٢٥)، فإنّ من الأعواض ما يكون متشخّصاً بنفسه في الخارج كالأعيان، و منها ما لايتشخّص إلاّ بإضافته إلى مالك كـ "ما في الذمم"؛ لأنّ ملكيّة الكلّي لايكون إلاّ مضافاً إلى ذمّة، و إجراء أحكام الملك على ما في ذمّة الواحد المردّد بين شخصين فصاعداً غير معهود. فتعيين* الشخص في الكلّي إنّما يحتاج إليه لتوقّف اعتبار ملكيّة ما في الذمم على تعيين صاحب الذمّة.

فصحّ على ما ذكرنا أنّ تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء في العوض المعيّن أم في الكلّي، و أنّ اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشقّ الأوّل(٢١٢٦) من تفصيله إنّما هو لتصحيح ملكيّة العوض بتعيين من يضاف الملك إليه لا لتوقّف المعاملة على تعيين** ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكاً، فإنّ من اشترى لغيره في الذمّة إذا لم يعيّن الغير لم يكن الثمن ملكاً؛

.....

٢١٢٤. أي: التلفّظ بالمخالفة.

٢١٢٥. الصواب أن يقول: على إضافته - أي: العوض إلى شخص معيّن - قبال عدم إضافته إلى أحد، و قبال إضافته إلى شخص غير معيّن، حيث إنّ صاحب الذمّة ليس مالكاً لما في ذمّته و إن كان يصحّ تمليكه إيّاه لغيره.

٢١٢٦. يعني بالشقّ الأوّل ما لو توقّف تعيّن المالك على التعيين، أعني: ما كان العوضان كلّيين. و المراد من الأمثلة ما ذكره بقوله «كبيع الوكيل - إلى قوله - في بيوع متعدّدة» و ما ذكره بقوله أخيراً: «و على هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمّة...».

---

* في بعض النسخ: فتعيّن.

** في بعض النسخ: بدل «علي التعيين»،«على اعتبار».

لأنّ ما في الذمّة ما لم يضف إلى شخص معيّن لم يترتّب عليه أحكام المال من جعله ثمناً أو مثمناً، وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين؛ فإنه إذا جعل العوضين في الذمّة بأن قال: "بعت عبداً بألف"، ثمّ قال: "قبلت" فلايصير العبد قابلاً للبيع، و لا الألف قابلاً للاشتراء به حتّى يسند كلاًّ منهما إلى معيّن، أو إلى نفسه من حيث إنّه نائب عن ذلك المعيّن، فيقول: "بعت عبداً من مال فلان بألف من مال فلان" فيمتاز البايع عن المشتري.

و أمّا ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معيّنين، فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقيّة(٢١٢٧) التي قد عرفت أنّ من لوازمها العقليّة دخول العوض في ملك مالك المعوّض تحقيقاً لمفهوم العوضيّة و البدليّة، فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما و إليهما العوضان، و إذا لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة فالبيع غير منعقد؛ فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملّكه المعوّض*(٢١٢٨)

.....

٢١٢٧. من دون فرق في إحراز هذا النحو من القصد بين أن يكون بالعلم أو بأصالة الظهور، فلاتغفل فإنّه ينفعك فيما بعد.

ثمّ إنّ هذا إيراد على ما ذكره في صورة تعيّن العوضين من الترديد بين الوجوه الثلاثة. و الأحسن في التعبير أن يقول بدل هذه العبارة: ففيه أنّه إن كان المقصود المعاوضة الحقيقيّة... إلى آخر ما ذكره.

و حاصل الإيراد: أنّه لامورد لتثليث الوجوه في الصورة المفروضة، لأنّه إن قصد المعاوضة الحقيقيّة التي لازمها دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر فقد عيّن المالك قهراً، غاية الأمر بالملازمة، و معه لامعنى للترديد بين الوجوه الثلاثة، و إن لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة فالجميع باطل، و معه لامعنى أيضاً للترديد بينها.

٢١٢٨. ليس هذا تفريعاً على قوله: «و إذا لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة فالبيع غير منعقد» كما زعمه سيّدنا الأستاذ، حيث إنّه عند قول المصنّف: «و في وقوعه اشتراءً فضوليّاً لعمرو كلام يأتي» انتهى قال: «مع عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة - كما هو المفروض - لاوجه لكونه شراءً فضوليّاً لعمرو» انتهى، إذ فرض عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة في المثال المذكور

---

* في بعض النسخ: العوض.

.....

لايكون إلاّ على تقدير كون الكلام المذكور تفريعاً على ما ذكرنا، و ليس كذلك، بل هو تفريع على خصوص قوله: «إذا كان هي المعاوضة الحقيقيّة» يعني: إذا عرفت أنّ المباشر للمعاملة البيعيّة إن قصد المعاوضة الحقيقيّة تصحّ، و لاتكون حاجة إلى تعيين من ينقل إليه و عنه العوضان، فاعلم أنّه إن قصد المعاوضة الحقيقيّة، و لكن مع ذلك جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملّكه المعوّض، لم يقع البيع لخصوص المخاطب، لانتفاء مفهوم المعاوضة الحقيقيّة التي فرضنا قصدها مع وقوع البيع للمخاطب، لاستحالة الجمع بينهما. فحكم صاحب المقابيس بوقوع البيع له في قوله: «و لو اشترى لنفسه بمال في ذمّة زيد» - الذي صرّح بكونه في حكم ماله المعيّن - باطل.

و أمّا وقوعه شراءً فضوليّاً لعمرو ففيه كلام يأتي في بيع الغاصب لنفسه مع جوابه. و مراده من الكلام و الإشكال الذي وعد إتيانه في بيع الغاصب خصوص الإشكال الذي تعرّض له في ذيل الإشكال على صحّة بيع الغاصب بأنّ المجاز غير المنشأ و المنشأ غير المجاز - بعد نقل توجيه المحقّق القمّي‌ﷺ و الجواب عنه بما هو مذكور هناك، و بعد توجيهه بوجه آخر بعده - و هو ما ذكره بقوله: «و لكن يشكل ذلك - يعني: مسألة مغايرة المجاز للمنشأ - فيما لو فرضنا الفضوليّ مشترياً لنفسه، فقال للبائع الأصيل: ملّكت منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم، فإنّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملّك الفضولي، و ليس أمراً خارجاً عن مفهومه حتّى يتمّ التوجيه المذكور، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلابدّ من الالتزام بما التزم به المحقّق القمّيﷺ من كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب. و بالجملة، فنسبة المتكلّم الفضولي تملّك المثمن إلى نفسه بقوله: تملّكت أو ملكت، كإيقاع المتكلّم الأصيل التمليك إلى الغاصب الفضولي بقوله: ملّكتك هذا الثوب بهذه الدراهم، مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك» انتهى.

و بالجملة، مراده من الكلام الذي وعد إتيانه هو هذا الإشكال، لاإشكال انتفاء قصد المعاوضة الحقيقيّة من الغاصب الذي تعرّض له المصنّف مع جوابه قبل هذا الإشكال - أعني: إشكال المغايرة بين المنشأ و المجاز - بقوله: «و منها أنّ الفضولي إذا قصد بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة...». و من هنا يظهر عدم توجّه إيراد سيّدنا العلاّمة الأستاد على المصنّفﷺ بعدم الوجه للفرق بين المثال - أعني: قوله: ملّكتك فرسي هذا بحمار

فقال: "ملكتك فرسي هذا بحمار عمرو"، فقال المخاطب: "قبلت"، لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه، و في وقوعه اشتراء فضولياً لعمرو كلام يأتي.

و أمّا ما ذكره من مثال "من باع(٢١٢٩)

.....

عمرو – و بين من باع مال نفسه لغيره، بالحكم بلغويّة قصد كونه لغيره في الثاني، و عدم الحكم بلغويّة قصد تمليك المخاطب و كونه شراءً فضوليّاً لعمرو، فإنّه «إن كان ذلك مع عدمّ قصد المعاوضة فلا إشكال في بطلانهما، و إن كان مع قصدها فلا إشكال في الحكم باللغويّة في كليهما» انتهى.

وجه الظهور: أنّه مبنيّ على أن يكون نظره في الإشكال في المثال الأوّل إلى إشكال عدم تحقّق مفهوم المعاوضة، إذ لافرق فيه بين الفرعين ورود و دفعاً، و هو ممنوع، و إنّما نظره إلى إشكال مغايرة المنشأ مع المجاز، و هذا الإشكال بلحاظ أخذ مالكيّة المخاطب للثمن في مفهوم الإيجاب في المثال الأوّل و عدم أخذ مالكيّة الغير في مفهوم الإيجاب في الثاني يجري في الأوّل دون الثاني. هذا، و لكن لنا كلام مع المصنّف هناك، و بحمله: أنّه لايرد الإشكال أصلاً على تقدير قصد المعاوضة – بل مطلقاً – كي يحتاج إلى الجواب، فانتظر.

٢١٢٩. يعني: أمّا المثال الذي ذكره بقوله: «و على الأوسط لوباع مال نفسه عن الغير...»، فحكمه فيه بعدم وقوعه عن الغير لاإشكال فيه كما ذكره. و أمّا ما يظهر منه من تفصيله في وقوعه عن البايع و عدمه بين الأوجه، بوقوعه عنه على الأوسط، و بعدم وقوعه عنه مثل عدم وقوعه عن الغير على الأوّل، و التفصيل بالوقوع عنه إن لم يصرّح بالخلاف و العدم إن صرّح به على الأخير، ففيه إشكال بل منع، إذ الظاهر وقوعه عنه، و لغويّة قصد كونه عن الغير مطلقاً على جميع الأوجه، لأنّ مناط لغويّة ذاك القصد في الفرض على الأوسط ليس إلاّ عدم تعقّله مع قصد المعاوضة الحقيقيّة، و هو موجود في الجميع.

إلاّ أن يقال: إنّ عدم تعقّله إنّما هو فيما إذا وجد هناك قصدها كي يمنع عن وجود قصد كونه للغير المنافي له، و هو غير معلوم، لإمكان أن لايقصد حقيقة المعاوضة من البيع في «بعت» و يجعل قصد كونه للغير قرينة على هذا العدم.

و فيه: – مع أنّه لايدفع عنه إيراد عدم وجاهة التفصيل في وقوعه عن البايع و عدمه بين الوجوه، إذ لازمه القول بعدم وقوعه عنه مطلقاً حتّى على الأوسط، لعدم قصد المعاوضة

مال نفسه عن غيره "فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره، و الظاهر وقوعه عن البايع(٢١٣٠) و لغويّة قصده عن الغير؛(٢١٣١)، لأنّه أمر غير معقول(٢١٣٢) لايتحقّق القصد إليه حقيقة و هو معنى لغويّته؛ و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجئ و لايقع عن نفسه أبداً.

نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له لكن لا من حيث إيقاعه أوّلاً لنفسه؛ فإنّ القائل به لايفرّق حينئذٍ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه، إلاّ أن يقال: إنّ وقوع بيع(٢١٣٣)

.....

الحقيقيّة مع المالك – أنّ صحّة المعاملة المذكورة... إلى آخر ما في المتن.

٢١٣٠. لأصالة الظهور في قوله «بعت» الظاهر في المعاوضة الحقيقيّة.

٢١٣١. يعني: قصد وقوع البيع عن الغير.

٢١٣٢. يعني: مع قصد المعاوضة الحقيقيّة على ما يقتضيه ظاهر لفظ «بعت». وجه عدم المعقوليّة: أنّ قصد وقوعه عن الغير من قبل الداعي إلى البيع و حقيقة المعاوضة المناقض له، فمع قصده – كما هو ظاهر اللفظ – لايقصد إلى وقوعه عن الغير حقيقة، إذ لايعقل أن يدعو الشيء إلى نقيضه الذي لايترتّب عليه هذا الداعي، فلابدّ أن يقصد إليه مجازاً، بمعنى إعطاء مال و أخذ مال آخر.

٢١٣٣. حاصل ما يقال: إنّ الحكم بوقوع البيع عن البايع مستنداً إلى أصالة الظهور المذكور دوريّ، لأنّها موقوفة على انعقاد ظهور لـ«بعت» في المعاوضة الحقيقيّة، و هو موقوف على لغويّة قصد كونه للغير – بمعنى عدم معقوليّته – و إلاّ يكون قرينة على التصرّف فيه، و هي موقوفة على أصالة الظهور، فيدور الأمر حينئذٍ بين الأخذ بظهور «بعت» في المعاوضة الحقيقيّة، و الحكم بلغويّة القصد المذكور، فيصحّ البيع عن البايع، و بين الأخذ بالقصد المذكور، و جعله قرينة على التصرّف على نحو يرتفع التناقض. و هو أحد الأمرين: الأوّل: التصرّف في مادّة «بعت» بعدم إرادة المعاوضة الحقيقيّة، بلاتصرّف في الغير الذي قصد كون البيع له، بتنزيله منزلة نفسه كما هو الظاهر على تقدير بطلان الشقّ الأوّل، لما يأتي في بيع الغاصب في بيان الفرق بين بيع البايع الغاصب لنفسه و بين شراء المالك بماله للغير الذي هو نظير المقام، حيث إنّهم حكموا بصحّة الأوّل و بطلان الثاني. و الثاني: عكس ذلك، و هو التصرّف في

مال نفسه لغيره إنّما لايعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقيّة، لِمَ لايجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقيّة أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكيّة المبيع، كما سيأتي أنّ المعاوضة الحقيقيّة في بيع الغاصب لنفسه لايتصوّر إلاّ على هذا الوجه، و حينئذٍ يحكم ببطلان المعاملة؛ لعدم قصد المعاوضة الحقيقيّة مع المالك الحقيقي.

و من هنا ذكر العلاّمة[١١] و غيره في عكس المثال المذكور: أنّه لو قال المالك للمرتهن: "بعه لنفسك" بطل، و كذا لو دفع مالاً إلى من يطلبه الطعام و قال: اشتر به لنفسك طعاماً. هذا، و لكنّ الأقوى صحّة المعاملة المذكورة و لغويّة القصد المذكور؛ لأنّه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لاجعله أحد ركني المعاوضة.

و أمّا حكمهم ببطلان البيع في مثال الرهن و اشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب لا أنّ المخاطب إذا قال: "بعته لنفسي"، أو "اشتريته لنفسي" لم يقع لمالكه إذا أجازه. و بالجملة، فحكمهم بصحّة بيع الفضولي و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك، يدلّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك.

ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه حكم وجوب تعيين كلّ من البايع و المشتري من يبيع له و يشتري له. و أمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري(٢١٣٤)

.....

الغير، بتنزيله منزلة نفسه مع إرادة المعاوضة الحقيقيّة من البيع على احتمال بعيد، فحينئذٍ يكون الغير ركن العقد، و تكون المعاوضة الحقيقيّة مع المالك التنزيلي. و على كلا الوجهين تبطل المعاوضة. أمّا على الأوّل فلعدم قصد المعاوضة الحقيقيّة مع المالك الحقيقي.

هذا غاية توضيح لكلام المصنّفﷺ. و يتّجه عليه ما أورده السيّد الأستاذﷺ من أنّ العكس - مضافاً إلى أنّه معلوم العدم في المقام - يكون وجهاً للصحّة لا البطلان، و لذا استند إليه في تصحيح بيع الغاصب كما يأتي، فلا وجه لتفريع البطلان على أحد الوجهين من جعله قرينة على عدم المعاوضة، و جعله قرينة على التنزيل المذكور بقوله «فحينئذٍ يحكم بالبطلان...»، إلاّ أن يقال: إنّه تفريع على الشقّ الأوّل، إلاّ أنّه بعيد.

٢١٣٤. يعني: أمّا علم الموجب بأنّ القابل يقبل لنفسه أو لغيره، و على الثاني يعلم أنّه

المخاطب، و القابل لخصوص البايع، فيحتمل اعتباره، إلاّ فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين كما في غالب البيوع و الإجارات، فحينئذٍ يراد من ضمير المخاطب في قوله: "ملّكتك كذا أو منفعة" كذا بكذا"

.....

زيد أو عمرو، و علم القابل بأنّ الموجب يوجب لنفسه أو لغيره، و أنّ الغير من هو؟ فيحتمل اعتباره مطلقاً، إلاّ فيما إذا علم أنّ خصوصيّة كلّ من صاحب الثمن و المثمن غير مرادة لمباشر الإيجاب كما في غالب البيوع، فإنّ تمام النظر فيها إلى ذات الثمن و المثمن، و لانظر فيهما إلى خصوصيّة مالكهما.

ففي ما عدا المستثنى إن علم كلّ منهما خصوص الآخر، بأن علم الموجب أنّ القابل يقبل لنفسه و أنّه صاحب الثمن، و علم القابل أنّ الموجب يوجب لنفسه و أنّه صاحب المثمن، و كان العقد خالياً عن اللفظ الظاهر في إرادة خصوصيّة المباشر لأحد طرفي العقد مثل كاف الخطاب، كما في قول أحدهما: بعت هذا بهذا، و قول الآخر: قبلت هذا بهذا، أو كان العقد مشتملاً عليه و لكن أُريد منه - فيما لو كان المالك غير المخاطب - معنى ينطبق على المالك مع نصب قرينة عليه، صحّ بلا إشكال. و إن جهلا أو أحدهما بذلك بطل، لفقد الشرط.

و في المستثنى يصحّ مطلقاً حتّى مع الجهل بخصوص المخاطب، و لكن مع التحفّظ على التطابق بين مورد الإيجاب و القبول و لو بالإجمال، بأن قصد الموجب تمليك المثمن لصاحب الثمن المعلوم بالإجمال عنده المردّد بين القابل و غيره، و قصد القابل تمليك الثمن لصاحب المثمن المعلوم عنده كذلك، و لازم ذلك التصرّف في كاف الخطاب على تقدير اشتمال العقد عليها، بإرادة المخاطب بالعنوان العامّ الشامل له بما هو أصيل حقيقة أو تنزيلاً إمّا من الشرع أو من العاقد كما في الغاصب، و هو عنوان المتسلّط على المال مثلاً، مستنداً في ذلك إلى قرينة غلبة إرادة العنوان العامّ من المخاطب، إذ لو لم يقصد منه ذلك - بل قصد خصوص المخاطب - لفات التطابق إلاّ فيما كان المخاطب هو المالك واقعاً. و يحتمل عدم اعتباره إلاّ فيما علم من الخارج إرادة خصوصيّة الطرفين، و اختلاف الأغراض باختلافهما، كما في النكاح، فيكون الحال على هذا الاحتمال في كلّ من طرفي المستثنى منه و المستثنى من حيث الصحّة و الفساد

---

* في بعض النسخ: بعته.

هو المخاطب بالاعتبار الأعمّ من كونه مالكاً حقيقيّاً أو جعليّاً - كالمشتري الغاصب - أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية. و يحتمل عدم اعتباره إلاّ فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح و الوقف الخاصّ و الهبة و الوكالة و الوصيّة. و الأقوى هو الأوّل(٢١٣٥)؛ عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصيّة، و تبعيّة العقود للقصود.

و على فرض القول بالثاني، فلو صرحّ بإرادة خصوص المخاطب اتّبع قصده، فلايجوز للقابل أن يقبل عن غيره. قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر، فإشكال ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد. و هذا الإشكال و إن كان ضعيفاً مخالفاً للإجماع و السيرة إلاّ أنّه مبنيٌّ على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح: إنّ الزوجين في النكاح كالعوضين في ساير العقود، و يختلف الأغراض باختلافهما، فلابدّ من التعيين و توارد الإيجاب و القبول على أمرٍ واحد، و لأنّ معنى قوله: "بعتك كذا بكذا(٢١٣٦)"

.....

عكسها على الاحتمال السابق.

٢١٣٥. بل الثاني، لوجود المقتضي للصحّة و عدم المانع. أمّا الأوّل فهو إطلاقات حلّ البيع و أدلّة سائر المعاملات، إذ العلم بخصوصيّة الطرفين لم يؤخذ في حقيقة البيع و سائر عناوين المعاملات لالغةً و لاعرفاً. و أمّا الثاني فلأنّه إمّا أن يكون شرعيّاً، بأن دلّ دليل شرعيّ على اعتباره، و إمّا أن يكون غيره. و الأوّل منتفٍ، و هو واضح. و أمّا الثاني فهو منحصر في استلزام عدم التعيين عدم قصد المعاوضة. و فيه: أنّه لامنشأ لتوهّم ذلك إلاّ لزوم التناقض بين قصدها و بين قصد الخصوصيّة، و هو منتفٍ فيما إذا قصدها و عقد بلفظ خاصّ عن لفظ له ظهور في إرادة الخصوصيّة، أو مشتمل عليه و لكن مع نصب القرينة على إرادة الأعمّ الشامل للخاصّ و غيره، أو علم أنّه أراد منه خصوص المخاطب و لكن بطور الخطأ في التطبيق لا بطور التقييد.

٢١٣٦. حاصل هذا الوجه: أنّه لاتنافي بين قصد خصوص المخاطب مع كونه وكيلاً في الواقع عن صاحب الثمن، و بين صحّة البيع لمالك الثمن، لأنّ معنى البيع للمخاطب جعله مشترياً، و لاتنافي بينه و بين كونه وكيلاً عنه.

و حاصل جواب المصنّف عن هذا الوجه: منع كون معنى البيع للمخاطب بعنوانه هو ما

رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، و المشتري يطلق على المالك و وكيله، و معنى قولها: "زوجتك نفسي" رضاها بكونه زوجاً و الزوج لايطلق على الوكيل، انتهى.

و يردّ على الوجه الأوّل من وجهي الفرق: أنّ كون الزوجين كالعوضين إنّما يصحّ* وجهاً لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع(٢١٣٧)، مع أنّ الظاهر أنّ ما ذكرنا من الوقف و إخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولي، فلابد من وجهٍ مطّرد في الكلّ. و على الوجه الثاني: أنّ معنى "بعتك" في لغة العرب – كما نصّ عليه فخرالمحقّقين و غيره – هو ملّكتك بعوض و معناه جعل المخاطب مالكاً، و من المعلوم أنّ المالك لايصدق على الولي و الوكيل و الفضولي.

فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب في البيع و الإجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعمّ من كونه أصالةً أو عن الغير، و لاينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيلٍ، فتأمّل(٢١٣٨)، بخلاف النكاح و ما أشبهه

.....

ذكر، بل معناه جعله مالكاً للمبيع، و معلوم أنّه لايصدق على الوكيل، فقصد خصوص المخاطب بعنوانه ينافي صحّة البيع في صورة الوكالة، إذ معه لايمكن قصد المعاوضة الحقيقيّة.

٢١٣٧. حاصل ما ذكره: أنّ كلامه إنّما يدلّ على أنّ الزوجين في النكاح ركن كالعوضين في البيع، و أمّا أنّ البايع و المشتري ليسا بركنين حتّى يرتّب عليه عدم وجوب التعيين فلايستفاد من كلامه.

لكنّه كما ترى، إذ كلامه يدلّ على أنّ المدار في ركنيّة شيء و عدمه على اختلاف الأغراض باختلافه و عدمه، و لاريب أنّ البايع و المشتري لايختلف الأغراض باختلافهما، فليسا بركنين في البيع.

و من هنا ظهر الجواب عن الإيراد الثاني، الذي حاصله: اختصاص الوجه المذكور بالنكاح، و عدم جريانه في غيره ممّا لابدّ من التعيين فيه عند الإطلاق أيضاً، مثل الوصيّة و الوقف و الهبة، فيكون أخصّ من المدّعى، فتأمّل تفهم وجه الظهور.

٢١٣٨. لعلّه يشير به إلى وجه عدم المنافاة، و هو أنّ الغالب في البيع و إن كان قصد

---

* في بعض النسخ: يصلح.

فإنّ الغالب قصد المتكلّم للمخاطب من حيث إنّه ركنٌ للعقد، بل ربّما يستشكل(٢١٣٩) في صحّة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل*، كما لو قال: "زوّجتك" مريداً له باعتبار كونه وكيلاً عن الزوج، وكذا قوله: "وقفت عليك" و "أوصيت لك" و "وكّلتك"، و لعلّ الوجه(٢١٤٠) عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها، فلايقال للوكيل: الزوج و لا الموقوف عليه و لا الموصى له، و لا الوكيل، بخلاف البايع و المستأجر، فتأمّل؛ حتّى لايتوهّم(٢١٤١) رجوعه إلى ما ذكرنا سابقاً و اعترضنا عليه.**

.....

المخاطب بالاعتبار الأعمّ من كونه أصيلاً أو وكيلاً عن الغير، إلاّ أنّ الغالب فيه قصد المتكلّم بعنوانه الخاصّ و كونه أصيلاً، فحينئذٍ تكون دعوى المشتري عدم الأصالة على خلاف الظاهر الناشي من الغلبة فلاتسمع.

٢١٣٩. هذا ترقٍّ عمّا قبله، و منع لما يستفاد منه، أعني: صحّة قصد المتكلّم المخاطب باعتبار عنوان كونه وكيلاً عن الزوج و لو نادراً.

٢١٤٠. يعني: لعلّ وجه الإستشكال في صحّة ما ذكر عدم تعارف صدق عنوان الزوج مثلاً على الوكيل و لو بالتجوّز، و عدم استعمال أهل العرف الزوج في الوكيل و لو مجازاً.

٢١٤١. ضمير «رجوعه» راجع إلى ما ذكره بقوله: «فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب...». و المراد من الموصول في قوله: «إلى ما ذكرنا سابقاً» هو الوجه الثاني من وجهي الفرق بين البيع و النكاح الذي ذكره سابقاً بقوله: «و قد يقال في الفرق...». أعني من هذا الوجه الثاني ما ذكره بقوله: «و إنّ معنى قوله: بعتك كذا بكذا...». و المراد من الاعتراض عليه ما ذكره بقوله: «و على الوجه الثاني أنّ معنى بعتك...».

و وجه عدم الرجوع إليه: أنّ المقصود من المخاطب فيما اعترضنا عليه كان هو بعنوانه الخاصّ، أعني: كونه مخاطباً في هذه المعاملة، و فيما ذكرنا بقولنا: «و الأولى في الفرق...» هو بعنوانه العامّ، لكونه مالكاً و لكونه وكيلاً، أعني منه: عنوان المسلّط على المال في مقام المعاملة.

---

* في بعض النسخ: الأصل.

** في بعض النسخ: الموكّل.

مسألة: و من شرائط المتعاقدين: الاختيار، و المراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس في مقابل الكراهة و عدم طيب النفس، لا الاختيار في مقابل الجبر(٢١٤٢). و يدلّ عليه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿إلاّ أنْ تَكُونَ تجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾. و قولهﷺ: "لايحل مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه". و قولهﷺ في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: "رفع – أو وضع – عن امّتي تسعة أشياء – أو ستّة –... و منها: ما اكرهوا عليه". و ظاهره و إن كان رفع المؤاخذة إلاّ أنّ استشهاد الإمامؑ به في رفع بعض الأحكام الوضعيّة يشهد لعموم* المؤاخذة فيه لمطلق الإلزام عليه بشئ، ففي صحيحة البزنطي عن أبي‌الحسنؑ: "في الرجل يستكره على اليمين" فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقالؑ: لا، قال رسول اللهﷺ: وضع عن امّتي ما اكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا"[١٢]. و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلاّ أنّ مجرد استشهاد الإمامؑ في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه يدلّ على أنّ المراد بالنبويّ ليس رفع خصوص المؤاخذة و العقاب الأُخرويّ. هذا كلّه مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المُكرَه بضميمة عدم الفرق.

ثمّ إنّه يظهر من جماعة – منهم الشهيدان[١٣] – أنّ المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى

.....

٢١٤٢. مراده من الجبر ما يكون مثل حركة المرتعش، لا ما أُريد منه – أي: من الجبر – في رواية ابن‌سنان – الآتية بعد مقدار صفحة – الفارقة فيها بينه و بين الإكراه، و هو الإكراه البالغ حدّ الإلجاء، إذ بناءً عليه لايصحّ الاستدلال بحديث الرفع على اعتبار الاختيار، بناءً على ما سيذكره المصنّفؒ من كون المراد من الإكراه هو خصوص البالغ حدّ الإلجاء، و ذلك لاختصاص المراد من الاختيار المعتبر – بناءً على هذا التقدير الثاني – بما يقابل خصوص الإكراه الغير البالغ إلى ذاك الحدّ، فيكون أجنبيّاً عن الحديث، هذا بخلافه على التقدير الأوّل، فإنّه يصحّ الاستدلال به عليه و لو في الجملة. هذا، مع أنّ الجبر بالمعنى الثاني ليس مغايراً للكراهة، بل هو فرد من أفرادها، فما هو مقابل له أيضاً قوله: عدم القصد إليه عن طيب النفس، وكذلك في قوله: «ليس قصد وقوعه...»، فلاينافي ما سبق في أوّل العنوان.

---

* في بعض النسخ: بعموم.

مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلاّمة. و ليس مرادهم أنّه لاقصد له إلاّ إلى مجرّد التكلّم، كيف! و الهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصداً صوريّاً، و الخالي عن القصد إلى غير التكلّم هو من يتكلّم تقليداً أو تلقيناً، كالطفل الجاهل بالمعاني. فالمراد بعدم قصد المكره: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج، و أنّ الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لا أنّ كلامه الإنشائي مجرّد عن المدلول، كيف! و هو معلول للكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل.

و هذا الذي ذكرنا لايكاد(٢١٤٣)

.....

٢١٤٣. المشار إليه بـ«هذا» هو خصوص عدم كون مرادهم أنّه لاقصد له إلاّ إلى مجرّد التكلّم، و أنّ كلامه خالٍ عن المعنى كمن يتكلّم تقليداً أو تلقيناً، لاخصوص كون مرادهم عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج عن طيب النفس و لاكلاهما، لأنّ استدلالهم بالأخبار الواردة في نفي الطلاق بدون إرادته على عدم صحّة الطلاق من المكره لايدلّ على كون المراد من القصد المنفيّ عن المكره هو القصد إلى الوقوع عن الطيب، حيث إنّ معنى العبارة بعد كون المراد من الطلاق هو الطلاق الصحيح — أي: صحّة الطلاق بعد تحقّق مفهومه اللغوي و العرفي المتوقّف على استعماله في معناه – أنّه يعتبر في صحّة الطلاق بعد استعماله في معناه إرادة وقوعه في الخارج، و معلوم أنّه لايقتضي اعتبار الطيب في الطلاق و انتفائه في المكره مع وجود القصد إلى وقوعه.

و حينئذٍ فمقتضى الاستدلال بتلك الأخبار على عدم صحّة طلاق المكره انتفاء إرادة وقوعه في الخارج فيه بعد تحقّق إرادته من حيث الاستعمال، لاانتفاء الطيب مع وجود إرادة الوقوع. و حينئذٍ يتّجه عليه أنّ هذه الأخبار بضميمة الاستدلال بها على فساد طلاق المكره تدلّ على أنّ القصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد مطلقاً، لا القصد إليه عن الطيب كما اختاره، فإنّه و إن لم يقيّد القصد بكونه عن الطيب في مقام توجيه عبارة المسالك إلاّ أنّه أراده جزماً، كما يدلّ عليه ما ذكره في صدر المبحث في معنى الاختيار، و كذا قوله بعد ذلك: «ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو

يخفى على من له أدنى تأمّل في معنى الإكراه لغةً و عرفاً و أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه – التي لاتستقيم مع ما توهمه من خلوّ المكره(٢١٤٤) عن قصد مفهوم اللفظ و جعله مقابلاً للقصد، و حكمهم بعدم وجوب التورية في التفصي عن الإكراه و صحّة بيعه بعد الرضا، و استدلالهم[١٤] له بالأخبار الواردة في طلاق المكره و أنه لاطلاق إلاّ مع إرادة الطلاق، حيث إنّ المنفي صحّة الطلاق، لاتحقّق مفهومه لغةً و عرفاً(٢١٤٥) و فيما ورد فيمن طلق مداراة بأهله إلى غير ذلك، و في أنّ مخالفة بعض العامّة الطلاق إكراهاً لاينبغي أن تحمل على الكلام المجرّد عن قصد المفهوم الذي لايسمّى خبراً و لاإنشاء و غير ذلك مما يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع

.....

القصد – إلى قوله – و عدم طيب النفس به» حيث إنّ عدم طيب النفس عطف تفسير للقصد إلى وقوع أثر العقد. اللّهمّ إلاّ أن يراد من إرادة الطلاق إرادته الناشئة من قبل نفسه لا من قبل حمل الغير و إيعاده.

و على هذا كما يرتفع الإشكال المذكور، كذلك يصحّ جعله إشارة إلى كلا الأمرين. و يؤيّده – بل يدلّ عليه – قوله في أواخر الصفحة الآتية: «حيث استدلّوا على ذلك – أي: على أنّ العبرة في المعاملات بالقصد الحاصل عن طيب النفس – بقوله ﷺ: ﴿تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ إلى أن قال: و عموم اعتبار الإرادة في صحّة الطلاق» فتأمّل.

٢١٤٤. أي: توهمه العبارة المتقدّم نقلها عن جماعة منهم الشهيدان و العلاّمة في بعض كلماته. و «من خلوّ المكره» بيان للموصول. و «جعله» عطف على معنى الإكراه، و ضميره راجع إلى الإكراه. و قوله: « وحكمهم...» عطف على معنى الإكراه. و قوله: «و صحّة بيعه بعدالرضا» عطف على عدم وجوب التورية. و قوله: «واستدلالهم» عطف على حكمهم. و قوله: «و أنّه لاطلاق إلاّ مع إرادة الطلاق» عطف تفسير للأخبار، و إشارة إلى مضمونها و قوله: « و فيها ورد...» و هكذا « و في أنّ مخالفة بعض العامّة...» أيضاً عطف على معنى الإكراه.

٢١٤٥. لأنّ بيانه ليس وظيفة الإمام ﷺ. ثمّ إنّ الصحّة لغةً و عرفاً قيد المفهوم لا التحقق.

و عدم طيب النفس(٢١٤٦) به، لاعدم إرادة المعنى من الكلام.

و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني(٢١٤٧) من أنّ المكره و الفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله، نعم ذكر في التحرير و المسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك، قال في التحرير: لو اكره على الطلاق فطلّق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق، إذ لاإكراه على القصد[١٥]، انتهى. و بعض المعاصرين[١٦](٢١٤٨)بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهّم كلامهم، فردّ عليهم بفساد المبنى و عدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور، لكنّ المتأمّل يقطع بعدم إرادتهم لذلك، و سيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

ثمّ إنّ حقيقة الإكراه لغةً و عرفاً: حمل الغير على ما يكرهه، و يعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه(٢١٤٩) مظنون الترتّب على ترك ذلك الفعل، مُضرٍّ بحال الفاعل أو متعلّقه نفساً أو عرضاً أو مالاً. فظهر من ذلك: أنّ مجرد الفعل لدفع الضرر المترتّب على تركه لايدخله في "المكره عليه"، كيف! و الأفعال الصادرة من العقلاء كلّها أو

٢١٤٦. اللازم بعد ذكر المفقود قبل ذلك ترك لفظ العدم هنا و في قوله: «لاعدم إرادة المعنى».

٢١٤٧. يعني: يكفي في أنّ المراد من نفي القصد في المكره ليس نفي قصد المعنى من الكلام و عدم استعماله فيه ما ذكره الشهيد الثاني من أنّ المكره... . وجه الكفاية: أنّه جعل المكره و الفضولي على حدّ سواء في قصد المدلول، و من المعلوم أنّ الفضولي قاصد للمدلول و مريد له من اللفظ، بمعنى استعماله فيه قبال إهماله، فلابدّ أن يراد منه ما ذكرنا، فكذلك المكره.

٢١٤٨. يعني به صاحب الجواهر في كتاب الطلاق. و في قوله: «بنى هذا الفرع علي تفسير القصد...» مسامحة. و حقّ العبارة أن يقول: و بنى الفرع المذكور — أي: وقوع الطلاق فيه – على انتفاء القصد للمكره بما ذكرنا من متوهّم كلامهم، أي: بالمعنى الذي يتوهّم من كلامهم، و هو القصد إلى مدلول الكلام و إنشائه. و كيف كان، فالمراد من القصد في تفسير القصد هو القصد المنفي في المكره.

٢١٤٩. يعني: من الحامل. و الظاهر عدم اعتبار الاقتران بالتوعيد، بل يكفي العلم أو الظنّ بترتّب الضرر على مخالفته و إن لم يكن هناك توعيد.

جلّها ناشئة عن دفع الضرر، و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إيعاد شخصٍ يوجب صدق "المكره" عليه، فإنّ من اكره على دفع مالٍ و توقف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله و إن كان لدفع الضرر المتوعد به على عدم دفع ذلك المال – و لذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمته عليه لحلف أو شبهه – إلاّ أنه ليس مكرهاً عليه.

فالمعيار في وقوع الفعل مكرهاً عليه: سقوط الفاعل – من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر – عن الاستقلال في التصرف؛ بحيث لاتطيب نفسه بما يصدر منه و لايتعمّد* إليه عن رضاً و إن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره؛ دفعاً للضرر أو ترجيحاً لأقلّ الضررين، إلاّ أنّ هذا المقدار لايوجب طيب نفسه به؛ فإنّ النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشقّ تحمّله. و الحاصل: أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر لكنّه مستقلّ في فعله و مخلّى و طبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله و إن كان من باب علاج الضرر، و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه، و هذا ممّا لايطيب النفس به و ذلك معلوم بالوجدان.

ثمّ إنّه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه(٢١٥٠) عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما لايوجب ضرراً آخر كما حكي عن جماعة أم لا؟ الذي يظهر من النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية؛(٢١٥١)،

.....

٢١٥٠. يعني: هل يعتبر في أصل تحقّق مفهوم الإكراه العجز عن التفصّي بنحو من الأنحاء، بحيث لوتمكّن منه و معه فعل ما يريده المكره – بالكسر – لما تحقّق مفهوم الإكراه حقيقة، فلوحكم عليه حينئذٍ بحكم الإكراه فقد حكم بحكمه على غير موضوعه، أم لايعتبر فيه ذلك، فيتحقّق فيه الإكراه في الفرض المذكور حقيقة؟ و على الثاني هل يعتبر في حكم الإكراه تعبّداً العجز عن التفصّي، بحيث لاحكم له مع التمكّن منه؟ بمعنى: أنّ الحكم مترتّب على مطلق الإكراه أو على الإكراه المقيّد بالعجز عن التفصّي.

٢١٥١. هذا بضميمة قوله فيما بعد سطرين: «مع أنّ القدرة على التورية لايخرج الكلام عن حيّز الإكراه عرفاً» انتهى، استدلال لمختاره المطويّ في العبارة قبل ذلك، من مثل قوله: الأقوى هو الثاني، أي: عدم الاعتبار مطلقاً لا في موضوعه و لا في حكمه. أمّا في

* في بعض النسخ: يعتمد.

لأنّ حمل عموم رفع الإكراه و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره و عتقه و معاقد الإجماعات و الشهرات المدّعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة، بعيد جداً بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد كما لايخفى على من راجعها، مع أنّ القدرة على التورية لايخرج الكلام عن حيّز الإكراه عرفاً.

هذا، و ربّما يستظهر من بعض الأخبار(٢١٥٢) عدم اعتبار العجز عن التفصي

.....

موضوعه فلأنّ القدرة على التورية لايخرج الكلام عن حيّز الإكراه عرفاً.

و أمّا في حكمه فلأنّ الذي يظهر من إطلاق النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية في حكم الإكراه أيضاً، مع عدم اعتباره في موضوعه لما مرّ كما مرّ، لأنّ حمل إطلاق رفع الإكراه في حديث الرفع و إطلاق النصوص الخاصّة الواردة في طلاق المكره - الشامل كلا هذين الإطلاقين لصورة عدم العجز عن التورية أيضاً مثل صورة العجز عنها في عرض واحد، لاندراجهما تحت الإكراه كذلك، أي: في عرض واحد - على خصوص صورة العجز عن التورية، كي يختصّ حكم الإكراه بهذه الصورة، و تكون صورة عدم العجز عنها خالية عن الدليل المثبت لحكم الإكراه فيها، مع عدم دليل خارجي يوجب ذلك، بعيد جدّاً، بلحاظ كونه من حمل المطلق على الفرد النادر، لأنّ الغالب هو التمكّن من التورية. فعلم ممّا ذكرناه أنّ الأحسن تقديم التعرّض لعدم اعتباره في الموضوع على التعرّض لعدم اعتباره في حكمه.

هذا، و لايخفى أنّ استبعاده حمل الإطلاق على ما ذكر - بأنّه من قبيل الحمل على الفرد النادر - مخدوش بأنّه إن أراد من ندرة العجز عن التورية ندرته مع الالتفات إلى التورية فهو حقّ متين، لكنّه لايجدي مع غلبة الغفلة عنها، و إن أراد ندرته مع الغفلة عنها ففيه منع واضح، و ذلك لغلبة الغفلة، فلايكون حمله على صورة العجز حملاً على النادر.

٢١٥٢. وجه استظهار ما ذكره من رواية ابن‌سنان المذكورة في المتن أنّ السلطان مثال لمن لايمكن التفصّي من حمله على الفعل و توعيده على مخالفته، و الزوجة و الأب و الأمّ أمثلة لمن يمكن التفصّي من حمله على الفعل، لغلبة الإمكان في الثاني و عدمه في الأوّل. فكأنّه عليه السلام قال: الجبر يكون من حامل لايمكن التفصّي منه نوعاً مثل السلطان، و الإكراه يكون من حامل يمكن التفصّي منه نوعاً، كالزوجة و الأب و الأمّ. ففي الثاني قد أطلق الإكراه على الحمل و التوعيد، و جعله من أفراده، مع أنّه يمكن التفصّي فيه.

بوجهٍ آخر غير التورية أيضاً في صدق الإكراه، مثل رواية ابن‌سنان عن أبي‌عبدالله عليه السلام، قال: "لايمين في قطيعة رحم و لا في جبر و لا في إكراه، قلت: أصلحك الله! و ما الفرق بين الجبر و الإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، و يكون الإكراه من الزوجة و الأُم و الأب، و ليس ذلك بشئ"[١٧]. و يؤيّده: أنه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها؛ لأنّ المناط(٢١٥٣) حينئذٍ انحصار التخلّص عن الضرر المتوعّد به في فعل المكره عليه، فلافرق(٢١٥٤) بين أن يتخلّص عنه بكلامٍ آخر أو فعلٍ آخر، أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. و دعوى: أنّ جريان حكم الإكراه مع القدرة على التورية تعبّدي لا من جهة صدق حقيقة الإكراه، كما ترى.

لكنّ الإنصاف: أنّ وقوع الفعل عن الإكراه لايتحقق إلاّ مع العجز عن التفصي بغير التورية؛ لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتّب الضرر المتوعّد به على الترك(٢١٥٥)، و مع القدرة على التفصي لايكون الضرر مترتّباً على ترك المكره عليه بل على تركه و ترك التفصي معاً، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكره عليه و التفصي، فهو مختار في كلّ منهما، و لايصدر كلّ منهما إلاّ باختياره، فلا إكراه، و ليس التفصي من الضرر أحد فردي المكره عليه حتّى لايوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين، حيث يقع كلّ منهما حينئذٍ مكرهاً؛ لأنّ الفعل المتفصّى به مسقطٌ عن المكره عليه لابدل له؛ و لذا لايجري أحكام المكره عليه إجماعاً، فلايفسد إذا كان عقداً.

.....

٢١٥٣. يعني: المناط في صدق الإكراه.

٢١٥٤. يعني: في عدم الانحصار.

٢١٥٥. أي: ترتّب الضرر على ترك خصوص الفعل المكره عليه، و معلوم أنه مع القدرة على الفعل الذي يمكن له التفصّي به عنه - كالفرار مثلاً - لايكون الضرر مترتّباً على خصوص تركه، بل على تركه مع ترك الفرار الذي يمكن أن يتفصّى به عنه، و حينئذٍ ينتفي شرط وقوع الفعل عن الإكراه، و هو كون الداعي إليه خوف ترتّب الضرر على خصوص تركه، لأنّ الداعي حينئذٍ خوف ترتّبه على تركه و ترك الفرار مثلاً معاً.

و ما ذكرناه و إن كان جارياً في التورية(٢١٥٦)،

.....

٢١٥٦. هذا بيان لوجه الفرق بين إمكان التفصّي بالتورية و بين إمكانه بغيرها، باعتبار عدم الثاني دون الأوّل. و حاصل وجهه: أنّه و إن كان ينتفي موضوع الإكراه بإمكان كلّ واحد منهما، إلاّ أنّ الشارع رتّب على غير الإكراه في الصورة الأُولى أثر الإكراه و حكم عليه بحكمه تعبّداً، على ما يقتضيه ظاهر النصوص، بخلاف الصورة الثانية.

و فيه: ما مرّ منه﵀ أنّه كما ترى، و بيّنّا وجهه هناك، و هو أنّ الظاهر من النصوص أنّ ترتيب أثر الإكراه إنّما هو لأجل تحقّق نفس الإكراه لا لأجل التعبّد مع انتفائه، و لذا عدل عن هذا الوجه في الذيل و قال: «لكنّ الأولى أن يفرّق...».

و قد يقال في وجه الفرق: إنّ أصل البيع مع عدم العجز عن التورية و إن كان غير مكره عليه، إذ لابدّ في صدقه عليه عدم الاختيار في مقدّمة من مقدّماته التي منها القصد إلى وقوعه في الإنشائيّات، إلاّ أنّ اللفظ الذي هو جزء السبب مكره عليه، فإذا ارتفع أثره لأجل الإكراه خرج هذا اللفظ عن أن يصلح للتأثير في النقل و الانتقال. و الحاصل: أنّ البيع الذي يترتّب عليه الأثر في نظر الشارع ما يكون بجميع أجزائه و مقدّماته المستندة إلى البايع اختياريّاً غير مكره عليه في واحد منها.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

و يتّجه عليه: لوكان نظرهم إلى هذا لما كان وجه لحكمهم بالصحّة فيما لو أكره على الأعمّ من الصحيح و الفاسد و اختار الأوّل، حيث إنّه ليس مكرهاً على قصد خصوص ذلك، و لكنّه مكره على إيجاد لفظ «بعت» الذي تلفّظ به لإيقاع الصحيح. فيعلم من هذا أنّ المناط في رفع الأثر كون الفعل مكرهاً عليه بجميع أجزاء أسبابه و مقدّماته، عكس ما تقدّم في وجه الفرق، و لازمه عدم ارتفاع الأثر مع التمكّن من التورية، لعدم كون القصد إلى الوقوع - الذي هو من جملة المقدّمات - إكراهيّاً معه.

و قد يقال بوجه آخر في الفرق بينهما، و هو أنّ العرف يحكمون بتحقّق موضوع الإكراه عند القدرة على التفصّي بالتورية، و بعدمه مع القدرة على التفصّي بغيرها، و هذا يكفي في رفع الأثر في الأوّل دون الثاني، لصدور الأخبار بحسب متفاهم العرف.

و أورد عليه - بعد تسليم الفرق - بأنّ العرف يتّبع في مداليل الألفاظ لا في تعيين الصدق، و ليس الإشكال هنا في المفهوم، إذ ليس في مفهوم الإكراه إجمال، لما تقدّم أنّه لغةً و

إلاّ أنّ الشارع رخّص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصي بوجهٍ آخر؛ لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى، و بُعد حملها على صورة العجز عن التورية، مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لاشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف و الإكراه، خصوصاً في قضية عمّار و أبويه حيث أُكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلا و أظهر لهم عمّار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله ﷺ فنزلت الآية: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللهِ مِنْ بَعْدِ إِيمانِه إِلاّ مَنْ أُكرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطمَئِنٌّ بِالإِيمانِ﴾[١٨] فقال له رسول الله ﷺ: "إن عادوا عليك فعد". و لم ينبّهه على التورية،

.....

عرفاً عبارة عن الحمل على الشيء و الإجبار عليه، و بعد تعيين معناه لوكان شيء في نظر العرف مصداقاً له و نحن نعلم بعدم صدق المفهوم عليه لخطّأناهم في فهمهم، و فهمهم لايوجب تنزيل الرواية عليه، لأنّ موضوعها الإكراه، و نعلم بعدم تحقّقه في المقام.

و هنا وجه رابع للفرق بينهما تعرّض له بقوله: «و لكنّ الأولى أن يفرّق...». و حاصله: أنّ الإكراه موضوعاً يتحقّق مع إمكان التفصّي بالتورية، بخلافه مع إمكانه بغيرها. و محصّل ما ذكره وجهاً له: أنّ المدار في تحقّق الإكراه على فعل و وقوعه مكرهاً عليه علم المكرَه - بالفتح - أو ظنّه بترتّب الضرر من المكرِه - بالكسر - فيما إذا لم يفعله لو التفت إليه المكرِه - بالكسر - و اطّلع عليه فضلاً عن صورة عدم التفاته إليه، ضرورة عدم ترتّبه على تركه الواقعي مجرّداً عن التفاته، بأن اعتقد إيجاده و عدم تركه أو غفل عنه. و من المعلوم أنّ هذا المعنى موجود مع التورية، إذ لو علم بأنّه ما أوجد المكره عليه حقيقة بل ورّى و أوجد صورته و التفت إليه لترتّب عليه ضرره حسب ما أوعده، و هذا بخلاف غير التورية، فإنّه مع التمكّن منه لايترتّب على تركه الضرر و إن التفت إليه المكرِه - بالكسر - فمعه لو أوجده لايكون مكرهاً عليه.

و إن شئت قلت: إنّ الإكراه أن يكون إرادة فاعل الفعل مقهورة لإرادة شخص آخر، بحيث لايكون مستقلاً في إيجاده. و المكرَه في موارد التمكّن من التورية مقهور في إرادة واحد من الأمرين: إمّا نفس الفعل الحقيقيّ و إمّا ما يشابهه، فأيّهما وقع فقد وقع عن إرادة مقهورة لإرادة الغير، فيكون مثل الإكراه على أحد الأمرين على نحو الترديد، بأن ألزمه إمّا على بيع داره أو إجارة حماره. و هذا بخلاف موارد القدرة على غير التورية، فتأمّل.

فإنّ التنبيه في المقام و إن لم يكن واجباً(٢١٥٧) إلاّ أنّه لاشكّ في رجحانه خصوصاً من النبيّ صلى الله عليه وآله باعتبار شفقته على عمّار و علمه بكراهة تكلّم عمّار بألفاظ الكفر من دون تورية كما لايخفى.

هذا، و لكنّ الأولى: أن يفرّق بين إمكان التفصي بالتورية و إمكانه بغيرها، بتحقّق الموضوع في الأوّل دون الثاني؛ لأنّ الأصحاب وفاقاً للشيخ في المبسوط[١٩] ذكروا من شروط تحقّق الإكراه: أن يعلم أو يظنّ المكره – بالفتح – أنّه لو امتنع مما اكره عليه وقع فيما توعّد عليه، و معلوم أنّ المراد ليس امتناعه عنه في الواقع و لو مع اعتقاد المكره – بالكسر – عدم الامتناع، بل المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المكرِه لامتناع المكره، و هذا المعنى يصدق مع إمكان التورية، و لايصدق مع التمكّن من التفصّي بغيرها؛ لأنّ المفروض تمكّنه من الامتناع مع اطّلاع المكره عليه و عدم وقوع الضرر عليه، و الحاصل: أنّ التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الإكراه موجود مع التمكّن بالتورية، لا مع التمكّن بغيرها، فافهم.

.....

٢١٥٧. يعني: التنبيه على التورية. و الوجه في عدم وجوبه في المقام: أنّه لايجب إلاّ مع الالتفات إلى التورية و الجهل باعتبار العجز عنها. و على هذا، لمّا لم يكن لمثل عمّار – بل لكلّ عاقل – أن يتكلّم بألفاظ الكفر بدون التورية، لوجوب الاحتياط عقلاً في الشبهة قبل الفحص، لم يكن يتكلّم بها بدون التورية، و لكنّه تكلّم بها بدون التورية، فيعلم من ذلك أنّه لم يكن ملتفتاً إلى التورية، و كان جاهلاً بها، و غافلاً عن كيفيّتها، و إن كان عالماً بحكم التورية، و من المعلوم عدم وجوب إعلام الجاهل بالموضوع و تنبيه الغافل عنه. و بالجملة، من عدم احتياط عمّار في القضيّة بالتورية يعلم أنّه كان غافلاً عن التورية و غير قادر عليها، و هذا النحو من الغافل و إن كان لايجب تنبيهه، إلاّ أنّه لاشكّ في رجحانه و استحباب إزالة جهله بالتورية، و تعليم كيفيّتها لو وجب التفصّي بها على القادر عليها، و كان العجز عنها معتبراً في جواز الفعل المكره عليه، و لم يكن يتركه النبيّ صلى الله عليه وآله كالواجب، و لكنّه تركه، فيعلم أنّه ليس براجح، فلايجب التفصّي بها على القادر عليها، و لايعتبر العجز عنها في جوازه، و هو المطلوب. و الحاصل: أنّ استفادة عدم اعتبار العجز عن التورية في جواز المكره عليه من عدم تنبيهه صلى الله عليه وآله عليهما لاتبتني على وجوبه عليه صلى الله عليه وآله حتّى يمنع، بل يكفي فيها رجحانه عليه صلى الله عليه وآله أيضاً.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنّما هو في الإكراه(٢١٥٨) المسوّغ للمحرّمات و مناطه توقف دفع ضرر المكرَه علي ارتكاب المكرِه عليه و أمّا الاكراه الرافع لأثر المعاملات، فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، و قد يتحقّق مع إمكان التفصي، مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعبادةٍ أو مطالعةٍ، فجاءه من أكرهه على بيع شئ ممّا عنده و هو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره و هو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خَدَمٌ يكفونه شرّ المكرِه، فالظاهر صدق الإكراه حينئذٍ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشئ، بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده و توقّف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه و طرده؛ فإنّ هذا لايتحقّق في حقّه الإكراه و يكذب لو ادّعاه، بخلاف الأوّل إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل. و لو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرّم لم يعذر فيه بمجرد

.....

٢١٥٨. يعني: التفصّي بغير التورية، لما مرّ من عدم اعتبار عدم إمكان التفصّي بالتورية فيه. ثمّ لايخفى أنّ مرجع ما ذكره من الفرق بين المعاملات و المحرّمات هو عدم توقّف سقوط أثر الأوّل على الإكراه، و توقّف ارتفاع الحرمة في الثاني عليه، لاتوقّف كليهما عليه، و لكن بمعنىً له في الأوّل غير ما له من المعنى في الثاني، حتّى يورد عليه بأنّ الإكراه ليس له إلاّ معنى واحد. فإن كان عبارة عن مطلق حمل الغير على ما يكرهه بحيث لولا الحمل لما فعله و لو لم يترتّب ضرر على تركه، كما تدلّ عليه رواية ابن‌سنان المتقدّمة، فاللازم عدم اعتبار العجز عن التفصّي بغير التورية أيضاً في تسويغه للمحرّمات. و إن كان عبارة عن حمله عليه بترتّب ضرر على تركه علماً أو ظناً، فاللازم عدم اعتبار أصل الإكراه في سقوط أثر المعاملات، لدلالة الدليل مثل آية التجارة عن تراضٍ و حديث الطيب، المراد منهما الرضا و الطيب الحاصلان لا لأجل إرادة الغير له على سقوطه بأقلّ من الإكراه. و على الثاني يكون البحث عن حقيقة الإكراه و ما يعتبر فيه و ما يترتّب عليه من الفروع - كالاستدلال بحديث الرفع في المسألة - كلّها أجنبيّاً عن المسألة. و أيضاً تكون التفرقة بين المثالين بتحقّق الإكراه في الأوّل دون الثاني خالية عن الوجه، لصدق الإسكراه في كليهما على التفسير الأوّل، و عدم صدقه كذلك على التفسير الثاني، كما لافرق بينهما في عدم الطيب، فلا فرق بينهما في البطلان لوكان المناط فيه انتفاء الطيب. و دعوى وجوده في الأوّل دون الثاني ممّا لانقدر على تصديقه.

كراهة الخروج عن ذلك المنزل، و قد تقدّم الفرق بين الجبر و الإكراه في رواية ابن‌سنان.

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات(٢١٥٩) هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الرواية، و الرافع لأثر المعاملات هو الإكراه الذي ذكر فيها أنه قد يكون من الأب و الولد و المرأة، فالمعيار فيه: عدم طيب النفس فيها، لا الضرورة و الإلجاء و إن كانت هو المتبادر من لفظ الإكراه؛ و لذا يحمل(٢١٦٠) الإكراه في حديث الرفع عليه، فيكون الفرق بينه و بين الاضطرار(٢١٦١) المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير(٢١٦٢) كالجوع و العطش و المرض،

.....

٢١٥٩. بعد وجود رواية ابن‌سنان، و شمول إطلاق قوله عليه السلام فيها: «ليس ذلك بشيء» بالنسبة إلى الإكراه الذي جعله في مقابل الجبر للمحرّمات مثل المعاملات، لاوجه للتفكيك بينهما بالاقتصار في رفع الحرمة على خصوص الجبر و تعميم رافع أثر المعاملة له و لغيره، إلاّ أن يقال: إنّ الاقتصار به في الأوّل إنّما هو لأجل دليل خارجي مخصّص للرواية. و كذا لاوجه لحمل الإكراه في حديث الرفع على خصوص الإكراه البالغ حدّ الإلجاء، لأنّ رواية ابن‌سنان حاكمة على الحديث و شارحة للمراد منه فيه، موجبة لرفع اليد عن قضيّة التبادر. و على هذا يكون الفرق بينه و بين الاضطرار في الحديث بالعموم من وجه، لكون الأوّل أخصّ من جهة اعتبار حمل الغير على الفعل في تحقّق عنوانه، و أعمّ من جهة عمومه لصورة بلوغه حدّ الضرورة و عدمه، و الثاني بالعكس.

٢١٦٠. يعني: و لأجل تبادر الإلجاء من لفظ الإكراه يحمل...، فلايدلّ الحديث على فساد العقد المكره عليه إلاّ في صورة الإلجاء. فمنه يعلم أنّ مراده من الاستدلال به على اعتبار الاختيار في صدر المسألة إنّما هو في الجملة و بالنسبة إلى بعض مراتب الإكراه لامطلقاً.

٢١٦١. يعني: مع كونه حينئذٍ مثل الاضطرار في اعتبار العجز عن التفصّي في صدقه، لعدم الإلجاء مع التمكّن منه.

٢١٦٢. يعني: و اختصاص الإكراه بالحاصل من فعل الغير، و حمله على الفعل و توعيده على الترك.

لكنّ الدّاعي على اعتبار ما ذكرنا(٢١٦٣) في المعاملات هو أنّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس؛ حيث استدلّوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾، و "لايحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه"، و عموم اعتبار الإرادة في صحّة الطلاق، و خصوص ما ورد في فساد طلاق من طلّق للمداراة مع عياله.

فقد تلخص ممّا ذكرنا: أنّ الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي. و لو لوحظ ما هو المناط في رفع كلّ منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجهٍ؛ لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر(٢١٦٤)، و في رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة و طيب النفس(٢١٦٥).

.....

٢١٦٣. يعني: أنّ السبب الباعث لاعتبار ما ذكرناه في أوّل العنوان في المعاملات من الاختيار في مقابل مطلق الإكراه لا الاختيار المقابل للجبر و الإلجاء – مع أنّ قضيّة حديث الرفع هو خصوص الثاني – إنّما هو شيء آخر غير حديث الرفع، و هو أمران: أحدهما: الإجماع، حيث إنّ العبرة في المعاملات عندهم بالقصد الحاصل عن طيب النفس المنتفي في جميع أقسام الإكراه، و هو غير البالغ إلى حدّ الإلجاء، كما يدلّ عليه استدلالهم على اعتبار الاختيار بآية التراضي و حديث طيب النفس. و ثانيهما: الأخبار الدالّة على عدم صحّة الطلاق بدون طيب النفس و مع الكراهة مطلقاً و لو لم يبلغ حدّ الإلجاء. و هذا على قسمين، إذ منها ما يدلّ على ذلك بالعموم و الإطلاق، كالأخبار الواردة في أنّه لاطلاق لمن لم يرد الطلاق، فإنّ عدم إرادة الطلاق – المراد بها الإرادة عن طيب النفس – يعمّ بإطلاقه لغير البالغ حدّ الإلجاء. و منها ما يدلّ على عدم صحّة طلاق المكره الغير البالغ حدّ الإلجاء بالخصوص، و ذلك كما ورد فيمن طلّق زوجته للمداراة مع عياله، حيث إنّ المنتفي فيه ليس إلاّ صرف طيب النفس، لإمكان التفصّي فيه غالباً، و بضميمة عدم الفرق بين الطلاق و سائر المعاملات في ذلك يتمّ المطلب.

٢١٦٤. يعني: هو توقّف دفع الضرر بمخالفة ذاك الحكم التكليفي أعمّ من كونها بطيب النفس و عدمه. و بعبارة أُخرى: أعمّ من كون الضرر و الضرورة بفعل الغير كما في الإكراه، أو لا بفعله كما في الجوع مثلاً.

٢١٦٥. سواء كان مضطرّاً أم لا.

و من هنا لم يتأمّل(٢١٦٦) أحد في أنّه إذا اكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه، فكلّ منهما وقع في الخارج لايتّصف بالتحريم؛ لأنّ المعيار في رفع الحرمة دفع الضرر المتوقّف على فعل أحدهما، أمّا لوكانا عقدين أو إيقاعين كما لو اكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل غير واحدٍ في أنّ ما يختاره من الخصوصيّتين بطيب نفسه و يرجّحه على الآخر بدواعيه النفسانيّة الخارجة عن الإكراه، مكرَهٌ عليه باعتبار جنسه أم لا؟ بل أفتى في القواعد بوقوع الطلاق و عدم الإكراه[٢٠] و إنّ حمله بعضهم على ما إذا قنع المكرِه بطلاق إحداهما مبهمة، لكنّ المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال من جهة مدخليّة طيب النفس في اختيار الخصوصيّة و إن كان الأقوى وفاقاً لكلّ من تعرّض للمسألة[٢١] تحقّق الإكراه لغةً و عرفاً، مع أنّه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقّق الإكراه أصلاً؛ إذ الموجود في الخارج دائماً إحدى خصوصيّات المكره عليه؛ (٢١٦٧)، إذ لايكاد يتّفق الإكراه بجزئيّ حقيقيّ من جميع الجهات.

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصيّة، و إن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أنّ وجوده الخارجي ناش عن إكراه و اختيار؛ ولذا لايستحقّ المدح أو الذمّ باعتبار أصل الفعل و يستحقّه باعتبار الخصوصيّة.

و تظهر الثمرة فيما لو ترتّب أثر على خصوصيّة المعاملة الموجودة؛ فإنّه لايرتفع بالإكراه على القدر المشترك، مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر؛ لأنّه مختار فيه و إن كان مكرهاً في أصل الشرب، و كذا لو أكرهه على بيعٍ صحيحٍ أو فاسد، فإنّه لايرتفع أثر الصحيح؛ لأنّه مختار فيه و إن كان مكرهاً في جنس البيع، لكنّه لايترتب على الجنس أثرٌ يرتفع بالإكراه.

و من هنا يعلم أنّه لو اكره على بيع مالٍ أو إيفاء مال مستحقٍ لم يكن إكراهاً؛

.....

٢١٦٦. أي: من كون المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر و في رفع الحكم الوضعي هو عدم الطيب لم يتأمّل... .

٢١٦٧. أي: أحد أفراد المكره عليه لا نفسه، لأنّ المكره عليه أمر كلّي و لو من جهة من الجهات.

لأنّ القدر المشترك بين الحقّ و غيره إذا اكره عليه لم يقع باطلاً، و إلاّ لوقع الإيفاء أيضاً باطلاً، فإذا اختار البيع صحّ؛ لأنّ الخصوصيّة غير مكرهٍ عليها، و المكره عليه و هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر.

و لو أكرهه على بيع مال أو أداء مالٍ غير مستحقّ، كان إكراهاً؛ لأنه لايفعل البيع إلاّ فراراً من بدله أو وعيده المُضرّين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر؛ فإنّ ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأُخروي ببدله أو التضرّر الدنيوي بوعيده.

ثمّ إنّ إكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحدٍ بمعنى إلزامه عليهما كفايةً و إيعادهما على تركه كإكراه شخصٍ واحدٍ على أحد الفعلين في كون كلّ منهما مكرهاً.

و اعلم أنّ الإكراه: قد يتعلّق بالمالك و العاقد كما تقدّم، و قد يتعلّق بالمالك دون العاقد، كما لو اكره على التوكيل(٢١٦٨) في بيع ماله؛ فإنّ العاقد قاصد مختار و المالك مجبور، و هو داخل في عقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقّق الوكالة مع الإكراه، و قد ينعكس(٢١٦٩)، كما لو قال: "بع مالي – أو طلّق زوجتي – و إلاّ قتلتك"، و الأقوى هنا الصحّة؛ لأنّ العقد هنا من حيث إنه عقد لايعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكرَه إذا كان عاقداً، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكرَه على العقد إذا رضي لاحقاً. و احتمل في المسالك عدم الصحّة؛ نظراً إلى أنّ الإكراه يسقط حكم اللفظ كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلّقها، ثمّ قال: و الفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوبة، بخلاف المكرَه، فإنّ عبارته مسلوبة لعارض تخلّف القصد، فإذا كان الآمر قاصداً لم يقدح إكراه المأمور[٢٢]، انتهى. و هو حسن. و قال أيضاً: لو اكره الوكيل على الطلاق(٢١٧٠)، دون الموكّل، ففي صحّته وجهان أيضاً: من تحقّق الاختيار في الموكّل المالك، و من سلب عبارة المباشر، انتهى.

.....

٢١٦٨. يعني: إكراه العاقد المالك على أن يوكّله في بيع ماله.

٢١٦٩. فيكون المالك مكرِهاً – بالكسر – للغير على أن يكون وكيلاً عنه.

٢١٧٠. يعني: لو أكره شخص من هو وكيل في الطلاق من قبل الزوج اختياراً على إيقاع الطلاق في وقت لايريد الوكيل إيقاعه فيه، و لو لم يكره الزوج الموكّل عليه.

و ربّما يستدلّ على فساد العقد في هذين الفرعين بما دلّ على رفع حكم الإكراه و فيه: ما سيجئ من أنّه إنّما يرفع حكماً ثابتاً على المكرَه لولا الإكراه، و لاأثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلّم به لولا الإكراه. و ممّا يؤيّد ما ذكرنا(٢١٧١) حكم المشهور بصحّة بيع المكره بعد لحوق الرضا، و من المعلوم أنّه إنّما يتعلّق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمرّ، و هو النقل و الانتقال، و أمّا التلفّظ بالكلام الذي صدر مكرَهاً عليه، فلا معنى للحوق الرضا به؛ لأنّ ما مضى و انقطع لايتغيّر عمّا وقع عليه و لاينقلب. نعم، ربّما يستشكل هنا في الحكم المذكور بأنّ القصد إلى المعنى و لو على وجه الإكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد، و لايعرف إلاّ من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختياريّة، دون المكره عليها. اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ الكلام بعد إحراز القصد و عدم تكلّم العاقد لاغياً أو موريّاً و لو كان مكرهاً، مع أنّه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمّل(٢١٧٢).

"فروع"*: لو أكرهه على بيع واحدٍ غير معيّنٍ من عبدين فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففي التذكرة[٢٣] إشكال. أقول: أمّا بيع العبدين، فإن كان تدريجاً،

ثمّ إنّه قد علم ممّا ذكره المصنّف في وجه الصحّة التي اختارها في الفرع السابق - أعني: ما إذا كان المكره بالطلاق و العقد نفس المالك الذي ذكره بقوله: «و قد ينعكس، كما لو قال: بع مالي و إلاّ قتلتك...» - أنّ الأقوى عنده في هذا الفرع أيضاً هو الصحّة، لوجود العلّة هنا أيضاً. و هذان الفرعان قد أرادهما من الفرعين فيما بعد هذه العبارة.

٢١٧١. يعني: ما ذكره من الصحّة في الفرعين المذكورين. أمّا في الأوّل منهما فبالصراحة. و أمّا في الثاني منهما فلما ذكرناه في الحاشية السابقة. و إلى هذين الفرعين أشار في قوله: «نعم، ربّما يستشكل هنا في الحكم المذكور» أي: الصحّة.

٢١٧٢. يعني: في صورة الإكراه أيضاً. و لعلّ الأمر بالتأمّل إشارة إلى أنّ القصد الذي يجري في إثباته الأصل في المقام هو مطلق القصد مقابل اللغو و عدم القصد بالمرّة، لاخصوص قصد المدلول مقابل عدم القصد بالمرّة، و مقابل قصد معنى آخر غير المدلول بنحو التوريـة، و النافع هو الثاني دون الأوّل.

---

* في بعض النسخ: فرع.

فالظاهر وقوع الأوّل مكرهاً دون الثاني مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادّعى العكس، أم لا. و لو باعهما دفعة، احتملت صحّة الجميع؛ لأنّه خلاف المكره عليه، و الظاهر أنّه لم يقع شئ منهما عن إكراهٍ، و بطلان الجميع؛ لوقوع أحدهما مكرهاً عليه و لاترجيح، و الأوّل أقوى. و لو اكره على بيع معيّنٍ فضمّ إليه غيره و باعهما دفعة، فالأقوى الصحّة في غير ما اكره عليه. و أمّا مسألة النصف، فإن باع النصف بعد الاكراه علي الكلّ بقصد بيع النصف الآخر امتثالاً للمكره – بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين – فلا إشكال في وقوعه مكرَهاً عليه، و إن كان لرجاء أن يقنع المكرِه بالنصف كان أيضاً إكراهاً لكن في سماع دعوى البايع ذلك مع عدم الأمارات نظر(٢١٧٣).

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير، قال في التحرير: لو اكره على الطلاق فطلّق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق، انتهى. و نحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع؛ لأنّ الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرّد النيّة لاحكم لها. و حكي عن سبطه في نهاية المرام: أنّه نقله قولاً، و استدلّ عليه بعموم ما دلّ من النصّ و الإجماع على بطلان عقد المكرَه و الإكراه متحقّق هنا؛ إذ المفروض أنّه لولاه لما فعله، ثمّ قال: و المسألة محلّ إشكال، انتهى. و عن بعض الأجلّة(٢١٧٤):

.....

٢١٧٣. يعني: سماع دعواه قصد بيع النصف بأحد الوجهين المذكورين في المتن، قبال دعوى المشتري بيعه لا كذلك بل بالاختيار. و أمّا النظر في السماع فهو ناشٍ من كونه ممّا لايعلم إلاّ من قبله فتسمع، و من كون الظاهر وقوعه بالاختيار فلاتسمع، و لعلّ الثاني هو الأظهر.

٢١٧٤. يعني به كاشف اللثام. قالﷺ في شرح عبارة التحرير المذكورة ما لفظه: «يعني: و إن ظنّ أنّه يلزمه لامجرّد لفظه بالإجبار و إن كان لايريده، أمّا لو علم أنّه لايلزمه إلاّ اللفظ و له تجريده عن القصد، فلا شبهة في عدم الإكراه» انتهى. غرضهﷺ من ذلك الشرح بيان مورد حكم العلاّمة بكون وقوع الطلاق أقرب، يعني: أنّ صورة قصده للمعنى مع علمه بأنّه لايلزمه إلاّ اللفظ خارجة عن مورد كلامه، لعدم الشبهة فيها في عدم الإكراه و وقوع الطلاق، فلايكون وجه للتعبير بالأقرب، كما أنّ صورة قصده للمعنى مع علمه بلزوم القصد و أنّه ليس

أنّه لو علم أنّه لايلزمه إلاّ اللفظ و له تجريده عن القصد، فلا شبهة في عدم الإكراه و إنّما يحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك، سواء ظنّ لزوم(٢١٧٥) القصد و إن لم يرده المكره أم لا، انتهى.

ثمّ إنّ بعض المعاصرين[٢٤] ذكر الفرع عن المسالك و بناه(٢١٧٦) على أنّ المكرَه لاقصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمكرَه و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرَهاً عليه.

و فيه ما عرفت سابقاً من أنّه لم يقل أحد بخلوّ المكرَه عن قصد معنى اللفظ، و ليس هذا مراداً من قولهم: إنّ المكرَه غير قاصدٍ إلى مدلول اللفظ؛ و لذا شرّك الشهيد الثاني بين المكرَه و الفضولي في ذلك – كما عرفت سابقاً –، فبناء هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر ضعيف جداً. وكذا ما تقدّم عن بعض الأجلّة من أنّه إن علم بكفاية مجرّد اللفظ المجرّد عن النيّة فنوى اختياراً صحّ؛ لأنّ مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفطّن لها؛ إذ لافرق(٢١٧٧)

له تجريد اللفظ عن المعنى خارجة عنه أيضاً، لعدم الشبهة فيها في الإكراه و عدم وقوع الطلاق، فلايصحّ التعبير بما ذكر. و الدليل على خروج الصورة الثانية عن مورد كلامه – على فهم كاشف اللثام – تعبيره بالظنّ بدل العلم بعد «إن» الوصليّة التي فسّرها المصنّف بالتسوية في قوله: «سواء ظنّ...». وجه الدلالة: أنّه لولا خروجها لوجب أن يقول: «و إن علم» بدل «و إن ظنّ» كما لايخفى، فيعلم من ذلك أنّ المراد من قوله «أم لا» خصوص صورة الشكّ.

٢١٧٥. ظنّه ذلك من جهة ظنّه سببيّة اللفظ المجرّد عن قصد المعنى لتحقّق المعنى، و هو الطلاق.

٢١٧٦. أي: وقوع الطلاق.

٢١٧٧. هذا علّة لرجوعه إليه، يعني: أنّه لافرق في الإضرار بالإكراه – موضوعاً أو حكماً – بين الأمرين، فاعتبار العجز عن التجريد فيه يدلّ بالملازمة – و بواسطة عدم الفرق – على اعتبار العجز عن التورية و وجوبها على العارف بها، و قد مرّ أن مقتضى الإطلاقات عدم اعتبار العجز عن التورية، فيدلّ بواسطة عدم الفرق على عدم اعتبار العجز عن التجريد بالجهل

بين التخلّص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلّم به لاغياً، و قد عرفت أنّ ظاهر الأدلّة و الأخبار الواردة في طلاق المكرَه و عتقه: عدم اعتبار العجز عن التورية.

و توضيح الأقسام المتصوّرة في الفرع المذكور: أنّ الإكراه الملحوق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به، إمّا أن لايكون له دخل في الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لايكون الداعي إليه هو الإكراه؛ لبنائه على تحمل الضرر المتوعّد به، و لايخفى بداهة وقوع الطلاق هنا و عدم جواز حمل الفرع المذكور عليه، فلامعنى لجعله في التحرير أقرب، و ذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك و جعله قولاً في نهاية المرام و استشكاله فيه؛ لعموم النصّ و الإجماع. و كذا لاينبغي التأمّل في وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع بل هو بضميمة شئ اختياريّ للفاعل.

و إن كان الداعي هو الإكراه، فإمّا أن يكون الفعل لا من جهة التخلّص عن الضرر المتوعّد به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره – بالكسر – كمن قال له ولده: "طلّق زوجتك و إلاّ قتلتك أو قتلت نفسي" فطلّق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل والده، أو كان الداعي على الفعل(٢١٧٨) شفقة دينيّة على المكره – بالكسر – أو على المطلّقة أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لئلاّ يقع الناس في محرّم، و الحكم في الصورتين لايخلو عن إشكال.

و إن كان الفعل لداعي التخلّص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أنّ الحذر لايتحقّق إلاّ بإيقاع الطلاق حقيقة؛ لغفلته عن أنّ التخلص غير متوقّفٍ على القصد إلى وقوع أثر الطلاق و حصول البينونة، فيوطّن نفسه على رفع اليد عن الزوجة و الإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً، و هذا كثيراً ما يتّفق للعوام.

و قد يكون هذا التوطين و الإعراض من جهة جهله

.....

و عدم وجوبه على العالم بكفاية المجرّد. فصار محصّل الجواب عمّا ذكره بعض الأجلّة دعوى قيام الدليل على خلافه.

٢١٧٨. الظاهر أنّه عطف على رفع الضرر، فكان الأولى أن يقول: أو من جهة شفقة... .

بالحكم الشرعيّ(٢١٧٩) أو كونه رأى مذهب(٢١٨٠) بعض العامّة فزعم أنّ الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا اكره على الطلاق طلّق قاصداً لوقوعه؛ لأنّ القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونة يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضي نفسه بذلك و يوطّنها عليه و هذا أيضاً كثيراً ما يتّفق للعوام.

و الحكم في هاتين الصورتين لايخلو عن إشكال، إلاّ أنّ تحقّق الإكراه أقرب.

ثمّ المشهور بين المتأخرين[٢٥]: أنّه لو رضي المكرَه(٢١٨١) بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أنّ عليه اتّفاقهم؛ لأنّه عقد حقيقي، فيؤثّر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع و هو طيب النفس.

و دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس(٢١٨٢) للعقد خالية عن الشاهد، مدفوعة بالإطلاقات. و أضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد، اللازم منه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقة. و أضعف من الكلّ دعوى اعتبار طيب نفس العاقد(٢١٨٣) في تأثير عقده، اللازم منه عدم صحّة بيع المكره بحقّ، وكون إكراهه(٢١٨٤) على العقد تعبّدياً لا لتأثيرٍ فيه. و يؤيّده فحوى صحّة عقد الفضولي؛ حيث إنّ المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد و غير منشئٍ للنقل بكلامه، و إمضاء إنشاء الغير ليس إلاّ طيب النفس بمضمونه و ليس إنشاءً مستأنفاً، مع أنّه لو كان فهو موجود هنا، فلم يصدر(٢١٨٥)

.....

٢١٧٩. أي: جهله بحكم الشارع برفع حكم الفعل المكره عليه و أثره.

٢١٨٠. «رأى» بصيغة الماضي لا المصدر، فلاتغفل. يعني: أو من جهة أنّ المكره على الطلاق اطّلع على مذهب العامّة – أعني: صحّة طلاق المكره – فزعم من ذلك أنّ الطلاق يقع مع الإكراه في مذهب الشيعة أيضاً.

٢١٨١. يعني: المالك المباشر للعقد المكره، فلاتغفل.

٢١٨٢. يعني: طيب نفس المالك بما هو مالك.

٢١٨٣. يعني: بما هو عاقد مع قطع النظر عن جهة كونه مالكاً.

٢١٨٤. الكون بالرفع عطف على العدم.

٢١٨٥. الفاء تعليليّة.

من المالك هنالك إلاّ طيب النفس بانتقاله متأخّراً عن إنشاء العقد، و هذا موجود فيما نحن فيه مع زائدٍ وهو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد؛ لما عرفت من أنّ عقده إنشاء حقيقي.

و توهّم أنّ عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا و هو طيب نفس العاقد بما ينشئه، مدفوع: بالقطع بأنّ طيب النفس لااثر له، لا في صدق العقديّة؛ إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، و لا في النقل و الانتقال؛ لعدم مدخليّة غير المالك فيه. نعم لو صحّ ما ذكر سابقاً: من توهّم أنّ المكرَه لاقصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً، و أنّه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت كما عقده، اللازم منه عدم صحة بيع المُكرَه بحقٍ، و كون إكراهه علي العقد تعبديّاً، لا لتأثيرٍ فيه- صرّح به بعض - صحّ أنّه لايجدي تعقّب الرضا، إذ لاعقد حينئذٍ، لكن عرفت سابقاً أنّه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى، فراجع.

فظهر ممّا ذكرنا ضعف وجه التأمّل في المسألة كما عن الكفاية و مجمع الفائدة تبعاً للمحقّق الثاني في جامع المقاصد، و إن انتصر لهم بعض من تأخّر عنهم بقوله تعالى: ﴿إلاّ أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ الدالّ على اعتبار كون العقد عن التراضي، مضافاً إلى النبويّ المشهور الدالّ على رفع حكم الإكراه، مؤيّداً بالنقض بالهازل، مع أنّهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرضا.

و الكلّ كما ترى؛ لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إمّا بمفهوم الحصر و إمّا بمفهوم الوصف، و لاحصر كما لايخفى؛ لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ(٢١٨٦)،

.....

٢١٨٦. الظاهر منه‌ﷺ أنّه يعتبر في إفادة الاستثناء للحصر أحد أمرين على نحو منع الخلوّ: اتّصال الاستثناء أو كونه مفرّغاً. و الظاهر منه في بيع الفضولي أنّه يعتبر فيها الاتّصال، فلايفيده مع الانقطاع مطلقاً و لو كان مفرّغاً. و التحقيق أنّه يفيده مطلقاً، بل مع الانقطاع يفيده بنحو أبلغ منه مع الاتّصال، لما يأتي في الفضولي إن شاء اللّه. و لو سلّم أنّه مع الانقطاع لايفيده فلا وجه للقول بإفادته له مع التفريغ فيما إذا كان الاستثناء معه باقياً على الانقطاع، بأن يجعل المستثنى منه المقدّر ما لايكون المستثنى منه من أفراده، و إلاّ لخرج من الانقطاع إلى

و مفهوم الوصف – على القول به – مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في ﴿رَبائِبُكُمْ اللاتي في حُجُورِكُمْ﴾، و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة، و سيجئ زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي.

و أمّا حديث الرفع، ففيه: أوّلاً: أنّ المرفوع فيه هي المؤاخذة و الأحكام المتضمّنة لمؤاخذة المُكرَه(٢١٨٧) و إلزامه بشيء، و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك، و هذا حقّ له لا عليه. نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتّى يرضى المُكرَه أو يفسخ، و هذا إلزام لغيره، و الحديث لايرفع المؤاخذة و الإلزام عن غير المكره كما تقدّم، و أمّا إلزامه بعد طول المدّة(٢١٨٨) باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحقّ الثابت له بالإكراه(٢١٨٩)، لا من أحكام الفعل(٢١٩٠) المتحقّق على وجه الإكراه. ثمّ إنّ ما ذكرنا واضح(٢١٩١) على القول بكون الرضا ناقلاً، و كذلك على القول بالكشف بعد التأمّل.

.....

الاتّصال. هذا كلّه مع منع انقطاع الاستثناء في الآية، لما ستطّلع عليه في الفضولي، و ما هو التحقيق في الجواب عن الاستدلال بها على الفساد هنا و هناك.

٢١٨٧. و منها سببيّة العقد للنقل.

٢١٨٨. يعني: إلزام المكره. و دليل إلزامه بعده بأحد الأمرين حديث نفي الضرر، إذ بعدم إلزامه به يتضرّر الطرف الآخر في فرض طول المدّة فلو أثّر الإلزام فهو و إلاّ يجوز للطرف الآخر فسخه، لسقوط حقّ المكره المتعلّق بالعقد المانع من فسخه، فافهم.

٢١٨٩. يعني من الحقّ وقوف العقد على الرضا، فإنّه ثابت له بسبب الإكراه، فلايرفع الإكراه.

٢١٩٠. يعني: ليس من أحكام ذات العقد المتحقّق على وجه الإكراه حتّى يندرج تحت الحديث فيرفع بالإكراه، كي يقع التعارض في هذا الحكم بين حديث رفع الإكراه و حديث نفي الضرر، الموجب للتساقط و الرجوع إلى الأصل.

٢١٩١. يعني: أنّ ما ذكرناه من ارتفاع إلزام المكره بشيء و مؤاخذته عنه مع الحكم بوقوف عقده على رضاه واضح على القول...، إذ عليه لاملكيّة قبل الرضا، فلا مؤاخذة و لاإلزام على المكره أصلاً. و كذلك على القول بالكشف بعد التأمّل، إذ ما لم يتحقّق منه الرضا

و ثانياً: أنّه يدلّ على أنّ الحكم الثابت للفعل المُكرَه عليه لولا الإكراه يرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه – كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان أيضاً – و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه؛ لأنّ أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه، السببيّة المستقلّة لنقل المال، و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، و هذا الأثر الناقص المترتّب عليه مع الإكراه حيث إنّه جزء العلّة التامّة للملكيّة لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به؛ إذ المفروض أنّ الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه؟

و بعبارة أُخرى: اللزوم* الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث، و المدّعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك و هذا غير مرتفع بالإكراه، لكن يرد على هذا: أنّ مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقيّدها بالمسبوقيّة بطيب النفس، فلايجوز الاستناد إليها لصحّة بيع المكرَه و وقوفه على الرضا اللاحق، فلايبقى دليل على صحّة بيع المُكرَه(٢١٩٢) فيرجع إلى أصالة الفساد.

و بعبارة أُخرى: أدلّة** صحّة البيع تدلّ على سببية مستقلّة، فإذا قيّدت بغير المُكرَه لم يبق لها دلالة على حكم المُكرَه(٢١٩٣) بل لو كان هنا ما يدلّ على صحّة البيع بالمعنى الأعمّ من السببيّة المستقلّة كان دليل الإكراه حاكماً عليه مقيّداً له فلاينفع. اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ الإطلاقات المفيدة للسببيّة المستقلّة مقيّدة بحكم الأدلّة الأربعة – المقتضيّة لحرمة أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس(٢١٩٤)– بالبيع المرضي به، سبقه الرضا أو لحقه، و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها؛ إذ البيع المرضي به سابقاً لايعقل عروض الإكراه له.

.....

به لاكاشف عن تحقّق الملكيّة من حين العقد، و إذ لاكاشف فلا إلزام و لامؤاخذة أيضاً.

٢١٩٢. يعني: مطلقاً و لو لحقه الرضا.

٢١٩٣. لاختصاصها بالمختار.

٢١٩٤. هذا عطف على «بالباطل». و قوله: «بالبيع المرضيّ به» متعلّق بـ«مقيّدة».

* في بعض النسخ بدل «اللزوم»،«أنّ». ** في بعض النسخ زيادة:أنّ

و أمّا المرضي به بالرضا اللاحق، فإنّما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف، و هو أصل البيع، و لانقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلّة(٢١٩٥) الأربعة مدخليّة الرضا في تأثيره و وجوب الوفاء به.

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التامّ لمجموع العقد المكرَه عليه و الرضا به لاحقاً، و لازمه بحكم العقل كون العقد المُكرَه عليه بعض المؤثر التامّ(٢١٩٦)، و هذا أمر عقلي غير مجعول لايرتفع بالإكراه؛ لأنّ الإكراه مأخوذ فيه بالفرض(٢١٩٧)، إلاّ أن يقال: إنّ أدلّة الإكراه كما ترفع السببيّة المستقلّة التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد، ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه؛ لأنّ التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعمّ من اللاحق، و هذا لايفرّق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلاً أوكاشفاً؛ إذ على الأوّل يكون تمام المؤثّر نفسه(٢١٩٨) و على الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقّبه للرضا. وكيف كان فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقّبه له لايترتّب عليه إلاّ كونه جزء المؤثّر التامّ، و هذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثّر التام هو المجموع منه و من الرضا أو وصف تعقّبه له، فتأمّل(٢١٩٩).

بقي الكلام في أنّ الرضا المتأخّر ناقل أو كاشف؟ مقتضى الأصل و عدم حدوث حلّ

٢١٩٥. هذا بمنزلة العلّة لعدم القول بعدم تأثير أصل البيع منفرداً لولا الإكراه كي يرفع بالإكراه، فكان الأحسن أن يقول: إذ مقتضى الأدلّة، أو يقول: بل نقول مقتضى... .

٢١٩٦. و بعضه الآخر الرضا.

٢١٩٧. ضمير «فيه» راجع إلى الكون. و في النسخة المصحّحة بدل هذه العبارة هكذا: لأنّه أمر عقلي غير مجعول، و الظاهر أنّه الصحيح.

٢١٩٨. يعني: يكون متمّم المؤثّر نفس الرضا. و اسم «يكون» فيما بعد ضمير راجع إلى التمام، و «الأمرَ» بالنصب خبره. و ضمير «منه» راجع إلى الرضا. و «العارض» بالنصب صفة «المنتزع».

٢١٩٩. لعلّه إشارة إلى أنّه و إن كان أمراً عقليّاً غير مجعول بالأصالة لكنّه مجعول بتبع جعل الكلّ، و هو قابل للرفع.

مال الغير إلاّ عن طيب نفسه هو الأوّل، إلاّ أنّ الأقوى بحسب الأدلّة النقليّة هو الثاني كما سيجئ في مسألة الفضولي.

و ربّما يدّعى: أنّ مقتضى الأصل هنا و في الفضولي هو الكشف؛ لأنّ مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد و ترتّب الآثار عليه لايكون إلاّ بالحكم بحصول الملك في زمان النقل. و فيه: أنّ مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس النقل إلاّ أنّ إنشائه لمّا كان في زمان التكلّم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثّراً في نظر الشارع في زمان التكلّم حدث الأثر فيه، و إن كان مؤثّراً بعد حصول أمرٍ حدث الأثر بعده. فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم؛ و لذلك كان الحكم بتحقّق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ غير منافٍ لمقتضى الإيجاب، و لم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا إلاّ أنّ حكمه بذلك لمّا كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنّه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله. قلت: المراد هو الملك شرعاً، و لامعنى لتخلّف زمانه عن زمان الحكم الشرعيّ بالملك، و سيأتي توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله. و إن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد؛ فإنّه و إن كان حلاًّ للعقد السابق و جعله كأن لم يكن، إلاّ أنّه لايرتفع به الملكيّة السابقة 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.

مسألة: و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبداً(٢٢٠٠)،

٢٢٠٠. عدّ الحريّة من شرائط المتعاقدين لم نظفر به في كلام أحد من السلف، إلاّ أنّه ذكر المحقّق في الشرائع بعد اشتراط البلوغ و العقل و الاختيار في العاقد - و تفريع بطلان بيع الصبيّ و المجنون و المغمى عليه و السكران و المكره - أنّه لو باع المملوك أو اشترى بغير

.....

إذن سيّده لم يصحّ. و هو كما ترى لايدلّ على اشتراط الحريّة، كيف و لم يعدّها في الشروط، و لم يفرّع بطلانه عليها.

فإن قلت: فما الوجه في بطلان عقده بدون إذن سيّده؟

قلت: أمّا إذا عقد على ما في يده، و قلنا بأنّه لايملك أصلاً، أو يملك و لكنّه محجور عليه كما هو الحقّ، فواضح. و أمّا إذا عقد على ما في ذمّته يتبع به إذا تحرّر، و قلنا بعدم ملكه، فلعدم صحّة مالكيّته للمثمن، فيبقى الثمن بلا عوض يعود إلى دافعه و هو العبد. نعم، لاوجه له إذا عقد على ذمّته و قلنا بملكه محجوراً عليه.

و بالجملة، لاوجه لاعتبار الحريّة مطلقاً حتّى في الصورة الأخيرة، عدا ما يتوهّم من أنّه مال المولى، و له حقّ في تصرّفاته التي منها تحريك لسانه و شفته عند العقد، و سيردّه المصنف﵀ و يعترف بعدم صحّة كونه مستند الحكم.

و أمّا الاستدلال بالآية الشريفة ففيه: أنّها بنفسها غير دالّة على المدّعى، لأنّها بملاحظة ذيلها ليست واردة مورد بيان الحكم الشرعيّ حتّى يؤخذ بعموم الشيء، بل واردة مورداً آخر، فيجب أن يكون ما لايقدر عليه العبد شيئاً معلوماً قبل الشرع، و هو بقرينة مقابلته لـ«من رزقناه رزقاً حسناً» ظاهر في كونه المال و الإنفاق منه سرّاً و جهراً. و إن شئت قلت: إنّ المراد منه المال، و لكن كناية عن كلّ فعل يتوقّف وجوده عليه، كالبيع و الشراء و سائر المعاملات و النكاح، بل و الطلاق أيضاً، لأنّه يتوقّف نوعاً إمّا على رفع اليد عن المال - و هو المهر- بالنسبة إلى ما بعد زمان الطلاق كما في الطلاق الرجعي، و إمّا على أخذ المال كما في الخلع. فحينئذ لادلالة للآية على توقّف تأثير عقده على إذن السيّد أو إجازته، و إنّما تدلّ على توقّف تصرّفه المالي أخذاً أو إعطاءً عليه، و أين هذا ممّا نحن بصدده؟

و ممّا ذكرنا ظهر عدم صحّة الاستدلال على المدّعى باستشهاد الإمام بالآية كما في رواية زرارة المذكورة في المتن و رواية العقرقوفي، حيث إنّه لايدلّ على عموم الشيء في الآية على نحو يعمّ إنشاءاته من العقود و الإيقاعات، إذ ما يستفاد من حمل الطلاق على الشيء في كلامه﵇ أنّ الشيء في الآية قد أُريد منه ما يعمّ الطلاق و النكاح، و ذلك يحصل أيضاً بما استفدناه من سياق الآية مع إبقاء القدرة على ظاهرها - أعني: القدرة الخارجيّة - و هو أنّ المراد من الشيء في الآية هو المال و الرزق و الأفعال المتوقّفة عليه تحصيلاً أو تفويتاً، فتعميمه

فلايجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلاّ بإذن سيّده، سواء كان لنفسه في ذمّته أو بما في يده أم لغيره؛ لعموم أدلّة عدم استقلاله في اُموره، قال الله تعالى:﴿ضَرَبَ اللهُ مثلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لايَقْدِرُ عَلَى شيءٍ﴾[٢٦]. و عن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبي‌جعفر و أبي‌عبدالله عليهما السلام، قالا: "المملوك لايجوز نكاحه و لاطلاقه إلاّ بإذن سيّده". قلت: فإن كان السيد زوّجه، بيد مَن الطلاق؟ قال: بيد السيّد ﴿ضَرَبَ اللهُ مثلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لايَقْدِرُ عَلَى شيءٍ﴾، أفشئ

.....

على أزيد من ذلك - مع كونه بلا دليل عليه - يوجب مخالفة السياق، و التجسوّز في لفظ القدرة بحملها على الشرعيّة، مع لزوم تخصيص الأكثر.

هذا كلّه، مضافاً إلى منع كون استشهاده عليه السلام على حقيقته، فإنّ بعض علل الأحاديث و استشهاداتهم عليهم السلام ممّا لايدركه عقولنا القاصرة، كقوله في حديث بطلان الصلاة بالتكتّف: «فإنّه عمل» و في حديث بطلانها بسجدة التلاوة للعزيمة فيها: «لأنّها زيادة في المكتوبة» فإنّه لايعمّ الحكم لكلّ ما يسمّى عملاً أو زيادةً، فالأولى إحالة أمثال ذلك إليهم عليهم السلام. و في بعض الموارد يمكن الحمل على التقيّة.

ثمّ إنّ طلاق العبد تارةً في ما كانت زوجته أمةً لمولاه، و اُخرى فيما كانت حرّةً أو أمةً لغير مولاه. أمّا الأوّل فلا خلاف فيه في أنّ الطلاق بيد السيّد، فليس له الطلاق إلاّ بإذنه، و قد دلّت عليه روايات عديدة. و أمّا الثاني ففيه خلاف، فالمشهور أنّ الطلاق بيد العبد، و ليس للسيّد إلزامه به، و عن جماعة أنّه ليس ذلك إلاّ بإذن السيّد. و منشأ الخلاف اختلاف الأخبار. و لايخفى أنّ مقتضى صناعة الجمع ما ذهب إليه المشهور، لأنّ دلالة أخبار القول الثاني بالإطلاق، بخلاف أخبار القول المشهور، فإنّها تدلّ عليه بالتقييد، فيحمل إطلاقها على الصورة الأُولى من كون زوجته أمةً لمولاه.

و أمّا ما ذكره صاحب الحدائق من حمل أخبار المشهور على التقيّة، مستشهداً عليه بما رواه العيّاشي في تفسيره عن أميرالمؤمنين عليه السلام المشتمل على جملة أنّه «يقول للعبد لاطلاق و لانكاح، ذلك إلى سيّده، و الناس يرون خلاف ذلك إذن السيّد له، و لايرون له أن يفرّق بينهما». ففيه: أنّها آبٍ عن الحمل على التقيّة، لاشتمالها على التفصيل بين الصورتين: بإثباته

الطلاق؟"[٢٧]. و الظاهر من القدرة(٢٢٠١) خصوصاً بقرينة الرواية(٢٢٠٢) هو الاستقلال؛ إذ المحتاج إلى غيره في فعل غير قادرٍ عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكلّ ما صدر عنه من دون مدخليّة المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم، لايترتّب عليه الأثر المقصود منه(٢٢٠٣)، لا أنه لايترتّب عليه حكم شرعي أصلاً، كيف، و أفعال العبيد موضوعات لأحكامٍ كثيرة كالأحرار.

وكيف كان، فإنشاءات العبد لايترتّب عليها آثارها من دون إذن المولى، أمّا مع الإذن السابق فلا إشكال، و أمّا مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع؛ لأنّ المنع فيه ليس من جهة العوضين اللذين يتعلّق بهما حقّ المجيز، فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرّف في السابق و أن لايرضى،

.....

للسيّد في صورة، و إثباته للعبد في أُخرى. و لاشهادة للرواية على ما رامه، و يظهر وجهه بالتأمّل، فتأمّل.

٢٢٠١. نعم، لكنّ الظاهر منها أيضاً القدرة الواقعيّة الخارجيّة لا القدرة الشرعيّة المنشأة بهذا الكلام، و مع ذلك لايمكن الأخذ بعموم الشيء على نحو يشمل العقد، فلابدّ من حمله على ما يجامع عدم القدرة الواقعيّة، و عليه لايتمّ الاستدلال.

٢٢٠٢. يعني: منها قوله عليه السلام[في]* صدرها: « إلاّ بإذن سيّده» فإنّه قرينة على أنّ المراد من القدرة في ذيلها الاستقلال. و أصرح من ذلك قوله عليه السلام في رواية العقرقوفي بعد الاستشهاد بالآية على عدم جواز طلاق العبد و نكاحه: «لايقدر على نكاح إلاّ بإذن مولاه».

٢٢٠٣. مقتضى توصيف الأثر بالمقصود أنّ المراد من الشيء في الآية هو الأمر القصدي، أي: ما يتوقّف تأثيره على القصد و القدرة و الاختيار. و على هذا يكون خروج إتلافات العبد و جناياته و أحداثه و نحوها - ممّا لايتوقّف تأثيرها على القصد - من باب التخصّص، إلاّ أنّ الشأن في استفادة هذا من الآية، إذ ليس فيها ما يوجب تقييد الشيء بما ذكر. فحينئذٍ لابدّ من توجيه التخصيص من الالتزام بما ذكرنا في بيان المراد من الشيء، و إلاّ فلامحيص من الالتزام بتخصيص الأكثر، مضافاً إلى غيره من المحذورات بناءً على التعميم.

---

* سقط ما بين المعقوفتين من الطبعة الحجريّة، و إنّما أضفناه لبستقيم المعنى.

بل المنع من جهة(٢٢٠٤) راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر على وجه لايتغيّر منه بعده. و بتقرير آخر: إنّ الإجازة إنّما تتعلّق بمضمون العقد و حاصله أعني: انتقال المال بعوض و هذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً؛ إذ المفروض أنّه أجنبي عن العوضين، و إنّما له حقّ في كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده، فإذا وقع على وجه يستقلّ به العبد فلحوق الإجازة لايخرجه عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً إلاّ أنّ الأقوى هو لحوق إجازة المولى؛ لعموم أدلّة الوفاء بالعقود، و المخصّص إنّما دلّ على عدم ترتّب الأثر على عقد العبد من دون مدخليّة المولى أصلاً – سابقاً و لاحقاً – لامدخليّة إذنه السابق، و لو شكّ أيضاً وجب الأخذ بالعموم في مورد الشكّ.

و يؤيّد إرادة الأعم من الإجازة: الصحيحة السابقة؛(٢٢٠٥) فإنّ جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة، فالمراد بالإذن هو الأعمّ إلاّ أنّه خرج الطلاق بالدليل، و لايلزم تأخير البيان؛ لأنّ الكلام المذكور مسوقٌ لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لايحتاج إلى

.....

٢٢٠٤. لادليل على المنع من تلك الجهة، بل المنع فيه – كما في الفضولي و المكره – إنّما هو من جهة مضمون العقد. و بعبارة أخرى: أنّ إنشاء العبد كإلقاء الحشيش في النار له جهتان: جهة نفسه، و جهة كونه نقلاً، و مقتضى الأدلّة هو المنع و عدم الاستقلال من الجهة الثانية لا الأُولى، فلوكان متعلّق العقد غير مربوط بالمولى فلا مانع من الصحّة بدون إجازة المولى، بل و مع نهيه عن الإنشاء أيضاً.

٢٢٠٥. هذا فاعل «يؤيّد». و مفعوله «إرادة الأعمّ من الإجازة». و فيما ذكره في وجه التأييد نظر، لأنّها اشتملت على اعتبار إذن السيّد في النكاح و الطلاق معاً. فكما أنّ النكاح قام الإجماع و النصّ على كفاية الإجازة اللاحقة من السيّد في صحّته، كذلك الطلاق قام الإجماع على اعتبار سبق الإذن و عدم كفاية الإجازة في صحّته. فتعميم الإذن فيها بلحاظ اشتمالها على النكاح للإجازة بقرينة الدليل الخارجيّ على كفايتها فيه، ثمّ تخصيصها بالطلاق بالدليل الخارجيّ على اعتبار الإذن و عدم كفاية الإجازة، ليس بأولى من تخصيص الإذن فيها بلحاظ اشتمالها على الطلاق بالإذن السابق بقرينة الإجماع على عدم كفاية الإجازة، ثمّ تخصيص الرواية بالنكاح و إخراجه عنها بالدليل الخارجي على كفاية الإجازة و عدم اعتبار خصوص الإذن، بل الثاني أولى، لكونه على وفق ظهور الإذن في الإذن السابق.

رضا المولى أصلاً، بل و مع كراهة المولى كما يرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله: "بيد من الطلاق؟". و يؤيّد المختار – بل يدلّ عليه –: ما ورد في صحّة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازه، معلّلاً بـ"أنّه لم يعص الله تعالى و إنّما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز"، بتقريب: أنّ الرواية تشمل ما لوكان العبد هو العاقد على نفسه، و حمله على ما إذا عقد الغير له مناف لترك الاستفصال، مع أنّ تعليل الصحّة بأنّه: لم يعص الله تعالى...، في قوّة أن يقال: "إنّه إذا عصى الله بعقدٍ كالعقد على ما حرم الله تعالى – على ما مثّل به الإمام عليه السلام في روايات أُخر واردة في هذه المسألة – كان العقد باطلاً؛ " لعدم تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته، أمّا إذا لم يعص الله و عصى سيّده أمكن رضا سيّده فيما بعد بما لم يرض به سابقاً، فإذا رضي به و أجاز، صحّ.

فيكون الحاصل: أنّ معيار الصحّة في معاملة العبد – بعد كون المعاملة في نفسها ممّا لم ينهَ عنه الشارع – هو رضا سيّده بوقوعه سابقاً أو لاحقاً، و أنّه إذا عصى سيّده بمعاملة ثمّ رضي السيّد بها صحّ، و أنّ ما قاله المخالف: من أنّ معصية السيّد لايزول حكمها برضاه بعده، و أنّه لاينفع الرضا اللاحق – كما نقله السائل عن طائفةٍ من العامّة – غير صحيح، فافهم واغتنم.

و من ذلك يعرف: أنّ استشهاد بعض[٢٨] بهذه الروايات(٢٢٠٦)

.....

٢٢٠٦. يعني: من كون المعيار في صحّة معاملة العبد رضا السيّد بحيث لايصحّ بدونه لاسابقاً و لالاحقاً. ثمّ إنّ المراد من البعض صاحب الجواهر رحمه الله. و مورد استشهاده من الرواية قوله: «لم يعص اللّه، و إنّما عصى سيّده». و تقريب الاستشهاد ما ذكره المصنّف رحمه الله بقوله: «و دعوى أنّ تعليق الصحّة...». و توضيح هذه الدعوى: أنّ السؤال مسوق لفهم حكم تزوّج العبد الذي هو مضمون العقد، و لانظر فيه إلى جهة تلفّظه بألفاظ العقد و الإنشاء بلسانه، فلايكون تعليق الصحّة في الجواب على الإجازة ناظراً إلى هذه الجهة، فتكون جهة صدور الإنشاء بلسانه مسكوتاً عن حكمها جواباً و سؤالاً، فيرجع إلى ما يقتضيه تعليل الصحّة في مورد السؤال بأنّه «لم يعص اللّه، و إنّما عصى سيّده» من كون المانع عصيان اللّه لاعصيان السيّد، و نتيجته الصحّة بدون إذن السيّد من الجهة الثانية التي كلامنا فيها، لانتفاء المانع و هو

على صحّة عقد العبد و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة، بل و مع سبق النهي أيضاً(٢٢٠٧) – لأنّ غاية الأمر هو عصيان العبد و إثمه في إيقاع العقد و التصرّف

.....

عصيان اللّه أوّلاً و بالذات، مع وجود المقتضي له، و عدم دليل يدلّ على اعتبار أزيد من هذه الجهة، لانحصاره في أمثال هذه الرواية، و لادلالة لها على ذلك إلاّ إذا كان النظر في السؤال إلى تلك الجهة، و قد مرّ منعه.

و حاصل ما ذكره المصنف في دفع هذه الدعوى: أنّه لاتتوقّف دلالة الرواية على حكم توقّف صحّة عقد العبد على رضا السيّد من الجهة الثانية على كون السائل في سؤاله ناظراً إلى تلك الجهة أيضاً، بل يكفي فيه تعليق الصحّة في الجواب على انقلاب عنوان المعصية على السيّد بالإجازة، و أنّه لايصحّ مادام عنوان المعصية باقياً على حاله، فإنّ العقد من هذه الجهة الثانية – أعني: جهة التصرّف في اللسان – بعد فرض كونه معصية على السيّد – كما هو قضيّة قوله: «بل مع النهي أيضاً» – لا محالة يندرج في جواب الإمام عليه السلام من دوران أمر الصحّة و الفساد من هذه الجهة مدار زوال عنوان المعصية بالإجازة و عدمه. فظهر أنّ المبنى في الدفع إنّما هو كون التصرّف اللساني بالعقد أو بغيره معصية، و سيأتي منع ذلك. و على المنع لاتبقى للرواية دلالة على اعتبار رضا السيّد من الجهة الثانية أيضاً. فما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله هو الحقّ، غاية الأمر جعله تصرّف العبد في لسانه عصياناً ليس في محلّه، لما ذكره المصنّف رحمه الله.

٢٢٠٧. كما هو ظاهر لفظ العصيان، لظهوره في المخالفة، فلايتحقّق في المورد إلاّ مع سبق النهي، فيتصرّف به في ظهور «تزوّج بغير إذن المولى» في العموم، و يحمل على صورة النهي، لكونه أقوى منه، لشيوع التعبير عن النهي عن شيء بعدم الإذن فيه، و هذا بخلاف التعبير بالعصيان عن الفعل بلحاظ صرف عدم الإذن و إن لم ينه عنه، فإنّه غير معهود، بل ليس هناك علاقة مصحّحة. و يتفرّع على ذلك صحّة الاستدلال بقوله: «فإنّه لم يعص اللّه» على فساد المعاملة المنهيّ عنها بعنوانها، إذ لامناقشة فيه إلاّ دعوى أنّ المراد من العصيان المنفيّ إتيان ما لم يشرّعه الشارع و لم يأذن فيه، لاإتيان ما نهى عنه و حرّمه تكليفاً.

و فيه: أنّه لاريب في أنّ إرادة ذلك من لفظ العصيان خلاف الظاهر جدّاً، فلابدّ من قرينة، و ليست إلاّ المقابلة بينه و بين العصيان المثبت في قوله: «و إنّما عصى سيّده» بتوهّم أنّ المراد منه فيه بقرينة «تزوّج بغير إذن سيّده» في الصدر هو إتيان ما لم يأذن السيّد، فلو أُريد منه

في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكنّ النهي مطلقاً لايوجب الفساد خصوصاً النهي الناشئ عن معصية السيّد، كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالّة على أنّ معصية السيّد لايقدح بصحّة العقد، في غير محلّه، بل الروايات ناطقة - كما عرفت - بأنّ الصحّة من جهة ارتفاع كراهة المولى و تبدّله بالرضا بما فعله العبد، و ليس ككراهة اللهﷻ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق، فكأنّه قال: "لم يعص الله حتّى يستحيل تعقّبه للإجازة و الرضا و إنّما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز "فقد علّق الجواز صريحاً على الإجازة.

و دعوى: أنّ تعليق الصحّة على الإجازة من جهة مضمون العقد و هو التزويج المحتاج إلى إجازة السيّد إجماعاً، لانفس إنشاء العقد حتّى لو فرضناه للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد، مدفوعة: بأنّ المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلّية بأنّ رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كلّ ما يتوقّف على مراجعة السيّد وكان فعله من دون مراجعة أو مع النهي عنه معصيةً له، و المفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل.

.....

في المنفي إتيان المنهيّ عنه لزم التفكيك بين المتقابلين. و فيه: ما مرّ من فساد هذا التوهّم، بأنّ الأمر بالعكس، و أنّ قوله: «و إنّما عصى سيّده» قرينة على التصرّف في الصدر، فلابأس بالقول بدلالة الرواية على دلالة النهي عن المعاملة بالذات - كما في مورد الرواية من النكاح في العدّة و أشباهه - على الفساد، بل مقتضى ملاحظة قولهﷺ: «فإذا أجاز جاز» أنّ المدار في فساد ما يعصى به على اللهﷻ عدم قابليّته لعروض الرضا و الإجازة عليه، لعدم إمكان رضاه بالمعصية، فيعمّ ما إذا كان منهيّاً عنه بعنوان آخر خارج عن عنوان ذاته غير قابل للزوال و الانقلاب، مثل عنوان الإعانة على الإثم.

و بالجملة، المستفاد من الرواية أنّ المدار في صحّة المعاملة و فسادها فيما إذا كان إيجادها معصية على انقلاب عنوان المعصية عنها و عدمه، فإن كان إيجادها معصية عليه تبارك وﷻ و مخالفة لنهيه عنها، سواء نشأ عن مقام ذات المنهيّ عنه أو عن انطباق أمر خارج عن مقام ذاته منهيّ عنه لا لأجل مراعاة الغير كعنوان الإعانة على الإثم، فلاتصحّ أصلاً، لعدم إمكان زوال عنوان المعصية عنها في وقت من الأوقات، و إن لم يكن كذلك كما في مورد الرواية، فإنّ العبد فيه و إن عصى الله و لكن بواسطة انطباق عنوان خارجيّ عليه قابل للزوال و هو معصية

ثمّ إنّ ما ذكره من عصيان العبد بتصرّفه في لسانه و أنّه لايقتضي الفساد، يشعر بزعم أنّ المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفّظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى، و فيه أوّلاً: منع حرمة هذه التصرّفات الجزئيّة؛ للسيرة المستمرّة على مكالمة العبيد* و نحوذلك من المشاغل الجزئيّة. و ثانياً: بداهة أنّ الحرمة في مثل هذه لاتوجب الفساد(٢٢٠٨)، فلايظنّ استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة. و ثالثاً: أنّ الاستشهاد بالرواية لعدم كون عصية السيّد بالتكلّم بألفاظ العقد و التصرّف في لسانه قادحاً في صحّة العقد، غير صحيح؛ لأنّ مقتضاه أنّ التكلّم إن كان معصيةً لله تعالى يكون مفسداً مع أنّه لايقول به أحد؛ فإنّ حرمة العقد من حيث إنّه تحريك اللسان -- كما في الصلاة و القرائة المضيّقة و نحوهما -- لايوجب فساد العقد إجماعاً، فالتحقيق: أنّ المستند في الفساد هو الآية المتقدّمة، و الروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد و مضيّه مستقلاً، و أنّه ليس له من الأمر شئ.

"فرع": لو أمر العبد آمر(٢٢٠٩) أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ ولزم؛ بناءً على كفاية رضا المولى – الحاصل من تعريضه للبيع – من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمني. و لايقدح عدم قابليّة المشتري للقبول في زمان الإيجاب؛ لأنّ هذا الشرط ليس على حدّ غيره من الشروط المعتبرة في كلّ من المتعاقدين من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول، بل هو نظير إذن مالك الثمن في الاشتراء، حيث يكفي تحقّقه بعد الإيجاب و قبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولاً. و عن القاضي البطلان في المسألة؛ مستدلاً عليه باتّحاد عبارته مع عبارة السيّد فيتّحد الموجب و القابل.

.....

السيّد، فإنّها تزول برضا السيّد بفعله و إجازته له، فلاتصحّ مادامت معنونة بعنوان المعصية على اللّه، و إذا زالت بزوال موضوعها – و هو معصية السيّد – لأجل إجازته لفعله تصحّ، فتأمّل.

٢٢٠٨. ممّا كان متعلّق النهي عنواناً مغايراً لعنوان المعاملة مقارناً له في الوجود.

٢٢٠٩. جهة الكلام في هذا الفرع في أنّ وكالة العبد من قبل الآمر في شراء نفسه و قبوله لها لمّا كانت بغير إذن المولى فتحتاج إلى إجازة المولى لها، فوقع الكلام في أنّ بيع المولى

---

* في بعض النسخ: العبد.

و فيه – مع اقتضائه المنع لو أذن له السيّد سابقاً –: منع الاتّحاد أوّلاً، و منع قدحه ثانياً. هذا إذا أمره الآمر بالاشتراء من مولاه، فإنّ أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعة منهم المحقّق و الشهيد الثانيان: أنّه لايصحّ؛ لعدم الإذن من المولى. و ربّما قيل بالجواز حينئذٍ أيضاً؛ بناءً على ما سبق منه(٢٢١٠) من أنّ المنع لأجل النهي و هو لايستلزم الفساد. و فيه: ما عرفت من أنّ وجه المنع أدلّة عدم استقلال العبد في شئ، لامنعه عن التصرّف في لسانه، فراجع ما تقدّم، و الله أعلم.

مسألة: و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك(٢٢١١) أو الشارع. فعقد الفضولي لايصحّ أي لايترتّب عليه ما يترتّب على عقد غيره من اللزوم(٢٢١٢). و هذا مراد من جعل الملك و ما في حكمه شرطاً، ثمّ فرّع عليه بأنّ بيع الفضولي موقوف على الإجازة كما في القواعد، فاعتراض جامع المقاصد(٢٢١٣)

.....

يكون إجازة و يقوم مقامه أم لا. ثمّ إنّ «من إذنه الصريح» متعلّق بالكفاية.

٢٢١٠. ضمير «منه» راجع إلى القائل المستفاد من «قيل بالجواز». و المراد منه صاحب الجواهر.

٢٢١١. بعضهم عنون المسألة في شرائط العوضين، حيث جعل منها مملوكيّة العوضين أو المأذونيّة فيهما، ففرّع عليه عدم صحّة الفضولي. و الحقّ ما في المتن، إذ القصور في العقد الفضولي إنّما هو في العاقد، و أمّا العوضان بما هما كذلك فلا قصور فيهما كما كان في الخمر و الخنزير.

٢٢١٢. الظاهر ترك هذه الكلمة، أو تبديلها إلى قوله «من الأثر» لأنّه يوهم ترتّب أصل النقل و الانتقال بدون صفة اللزوم على الفضولي قبل الإجازة، و الذي لايترتّب عليه قبلها إنّما خصوص وصف اللزوم، و ليس كذلك. و يمكن توجيهه بأنّ اللزوم كناية عن الصحّة الفعليّة، للملازمة بينهما و بين اللزوم لو خلّي و طبعه، لما قرّر في محلّه أنّ الأصل في البيع هو اللزوم، فالمشروط بهذا الشرط هو الصحّة الفعليّة لاسطلق الصحّة أعمّ منها و الصحّة التأهليّة.

٢٢١٣. قال في شرح قول العلاّمة في مقام التفريع على الشرط المذكور: «فبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأي» ما لفظه: «هذا التفريع غير جيّد، لأنّ المتبادر من

.....

اشتراط ما ذكره بطلان البيع هنا، لانتفاء الشرط إن كان ذلك شرطاً في اللزوم، فكونه موقوفاً على الإجازة لايظهر وجه تفريعه إلاّ إذا حملنا العبارة على أنّ الاشتراط في اللزوم، و أنّ المراد بكونه موقوفاً عدم لزومه، لأنّه في قوّته، لكن قوله «على رأي» لاموقع له حينئذٍ. و كيف كان، فالعبارة لاتخلو عن تكلّف. و الأصحّ أنّ عقد الفضولي موقوف غير باطل» انتهى.

و الوجه في عدم كون اعتراضه في محلّه: أنّ مراد العلاّمة من الشرط المذكور كونه شرطاً في الصحّة الفعليّة، و حينئذٍ يصحّ التفريع المذكور. يعني: أنّ كون عقد الفضوليّ صحيحاً كعقد - المالك بحيث يترتّب عليه فعلاً ما يترتّب على عقد المالك من أصل التأثير و وصف اللزوم - موقوف على الإجازة، فقبلها لايكون صحيحاً كذلك، أي: لايترتّب عليه فعلاً أثر عقد المالك، بل يكون صحيحاً شأناً.

و بعبارة اُخرى: أنّ في عبارة القواعد احتمال ثالث هو مرادهﷺ،و هو أن يكون الشرط المذكور شرطاً في الصحّة الفعليّة الملازمة للزوم بحسب طبع البيع لو خلّي و نفسه، لا في مطلق الصحّة حتّى التأهليّة كي ينتج البطلان و عدم الوقوف على الإجازة، و لا في اللزوم بعد تحقّق الصحّة الفعليّة، حتّى يشكل بأنّ اشتراط اللزوم بالإجازة في الفضولي ليس على رأي دون آخر بل اتّفاقي.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

و على هذا الاحتمال الثالث لاإشكال في التفريع، إذ يكون معنى العبارة أنّه يشترط في صحّة العقد فعلاً ملك العاقد حقيقةً أو حكماً لمتعلّق العقد، فعقد الفضوليّ موقوف صحّته فعلاً على الإجازة على رأي في المشروط بالشرط المذكور، و هو أنّ المشروط به إنّما هو خصوص الصحّة الفعليّة، و أمّا على الرأي الآخر - و هو كون المشروط به أعمّ منها و من الصحّة التأهليّة - فهو غير موقوف على الإجازة، بل باطل صرف.

و من بياننا ظهر فساد الإيراد على المصنّف أوّلاً: بأنّ ما ذكره من التوجيه عين الشقّ الثاني ممّا ذكره في جامع المقاصد، و هو كونه شرطاً في اللزوم، و بناءً عليه و إن كان يصحّ التفريع إلاّ أنّ قولهﷺ: «على رأي» لمنافاته له آبٍ عن إرادته. ثمّ دفعه ثانياً: بأنّ المنافاة فيما لوكان المراد من قوله: «على رأي» على قول، و هو ممنوع، بل المراد منه: على رأيي و اعتقادي. قال في محكيّ التنقيح عند بيان مصطلحات الفقهاء: «أنّ المراد بـ«على رأي» على قول، إلاّ ما وقع في كتب الفاضل ابن مطهّرﷺ،فإنّ مراده بذلك غالباً هو الفتوى، يعني:

عليه بأنّ التفريع في غير محلّه[٢٩]، لعلّه في غير محلّه. وكيف كان، فالمهمّ التعرّض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل، فنقول: اختلف الأصحاب و غيرهم في بيع الفضولي بل مطلق عقده بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه(٢٢١٤) كما في غاية المراد على

.....

على رأيي و اعتقادي». فحينئذٍ يصحّ التفريع، و لاينافي قوله: «على رأي».

وجه الفساد: أنّ هذا مبنيّ على أن يكون مراد المصنّفﷺ من اللزوم معناه المصطلح، و قد مرّ أنّ المراد منه الصحّة الفعليّة بطور الكناية. و عليه، لامنافاة بينه و بين قوله: «على رأي» بمعنى على قول أيضاً. هذا، مع أنّ ما ذكره في وجه الدفع غلط، إذ لافرق في دلالة «على رأي» على وجود الخلاف في المسألة بين أن يراد منه ظاهره أو ما حكي عن التنقيح.

٢٢١٤. يشكل ذلك بأنّ الطلاق و العتق قد ادّعي الإجماع صريحاً فيهما على بطلان الفضولي، و مع ذلك يجرونه فيهما أيضاً، حيث إنّهم ذكروا في عتق الراهن العبد المرهون بلا إذن المرتهن أنّه صحيح يتوقّف على إجازة المرتهن أو الفكّ من الراهن، و كذا في الخلع الذي هو قسم من الطلاق في صورة كون مال الخلع زائداً على المهر، فيحكمون بتوقّفه على الإجازة. هذا حال الإجماع. و ليس هناك دليل خاصّ غيره على البطلان في الإيقاع، بل يمكن أن يقال بقيام دليل على جريانه في الطلاق، و هو رواية الحلبي قال: «قلت لأبي‌عبداللّهعليه‌السلام: الغلام له عشر سنين، فيزوّجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أمّا التزويج فصحيح، و أمّا طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتّى يدرك فيعلم أنّه قد كان قد طلّق، فإن أقرّ بذلك و أمضاه فهي واحدة بائنة، و هو خاطب من الخطّاب، و إن أنكر ذلك و أبى أن يمضيه فهي امرأته» الحديث. و دلالتها عليه واضحة، من دون فرق بين أن يكون ضمير «طلاقه» راجعاً إلى الأب أو إلى الغلام. و على الثاني يكون دليلاً على عدم سلب عبارة صبيّ له عشر سنين، و بضميمة عدم الفرق بين الطلاق و غيره من الإيقاعات يثبت جريان الفضوليّة في مطلق الإيقاع، فتدبّر. نعم، ذكر بعضهم أنّ الوجه عدم جواز التعليق في الإيقاع. و فيه نظر: لعدم جوازه في العقد أيضاً.

فاللازم أن يتكلّم في صحّة إيقاع الفضولي أيضاً، فنقول: إن قلنا إنّ صحّة عقد الفضولي على طبق القاعدة، لشمول الإطلاقات و العمومات العامّة له كآية الوفاء بالعقد، و الإطلاقات الخاصّة بكلّ باب من أبواب العقود، مثل ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و ﴿تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ و «الصلح

أقوال(٢٢١٥). والمراد بالفضولي كما ذكره الشهيدﷺ(٢٢١٦) هو الكامل الغير المالك للتصرّف و لوكان غاصباً. و في كلام بعض العامّة: أنّه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه، وقد يوصف به نفس العقد، و لعلّه تسامح. وكيف كان، فيشمل العقد الصادر من الباكرة

.....

جائز بين المسلمين» فنقول بالصحّة في إيقاعه أيضاً، لعموم العقود في الآية للإيقاعات أيضاً، لأنّ المراد من العقد ليس العقد المصطلح، بل مطلق العهد فيعمّه أيضاً، و لإطلاق دليل كلّ باب من أبواب الإيقاع - كالطلاق - دليل كلّ باب من أبواب العقود. و إن قلنا بأنّ صحّة عقد الفضولي على خلاف القاعدة - أعني: أصالة الفساد - لعدم شمول الإطلاقات له، بدعوى عدم ورودها إلاّ مورد أصل التشريع لامورد تفصيل الأحكام، و إنّما ثبت صحّته لأدلّة خاصّة، فتقتصر في الحكم بصحّة الفضولي على مورده، و هو لايعمّ الإيقاع، بل لايعمّ جميع العقود، لاختصاصها ببعضها مثل البيع و الصلح.

٢٢١٥. قول بالمنع مطلقاً، نسب إلى الشيخ في الخلاف و المبسوط، و إلى الحلّي و ابن‌حمزة، و مال إليه بعض المتأخّرين. و قول بالجواز مطلقاً، نسب إلى المشهور. و قول بالتفصيل بين البيع و الشراء، بالصحّة في الأوّل و البطلان في الثاني. حكي عن نكاح الخلاف. قالﷺ:«لو اشترى لغيره بغير إذنه لم يقف على إجازته، وكان باطلاً» ثمّ قال: «و عندنا أنّ البيع يقف على إجازة مالكه». و قول بالتفصيل بين سبق النهي من المالك فيبطل، و بين عدمه فيصحّ. نسبه فخر الدين فيما حكي عنه إلى بعض المجوّزين، و استظهر من المحقّق الثاني. و قيل: إنّه يلوح من نكاح التذكرة. و قول بالتفصيل بين بيع الفضوليّ لنفسه فيبطل، و بين بيعه للمالك فيصحّ. نسب إلى ظاهر كلمات جماعة.

٢٢١٦. غرضه أنّ الفضولي - كما هو الظاهر من الشهيدﷺ و من عبارة بعض العامّة - صفة العاقد لا العقد. و هذا هو الظاهر من المصباح أيضاً، قال: «فضل فضلاً - من باب قتل أيضاً - زاد. و خذ الفضل أي: الزيادة. و الجمع: فضول، مثل: فلس و فلوس. و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لاخير فيه، و لذا نسب إليه على لفظه، فقيل: فضوليّ لمن يشتغل بما لايعنيه، لأنّه جعل علماً لنوع من الكلام فنزّل منزلة المفرد» انتهى. حيث إنّه يدلّ على أنّ الفضولي مع ياء النسبة من صفات الإنسان و من يشتغل بما لايعنيه، و أنّ الذي هو من صفات الكلام هو الفضول بدون ياء النسبة المنزّل منزلة المفرد و هو الفضل،

الرشيدة بدون إذن الوليّ(٢٢١٧)، ومن المالك(٢٢١٨) إذا لم يملك التصرّف؛ لتعلّق حقّ الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دلّ على المنع من نكاح الباكرة بغير إذن وليّها، و حينئذٍ فيشمل بيع الراهن و السفيه و نحوهما، و بيع العبد بدون إذن السيّد(٢٢١٩).

وكيف كان، فالظاهر شموله لما إذا تحقّق رضا المالك للتصرّف باطناً، و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوىً(٢٢٢٠)؛

.....

فيكون توصيف العقد به تسامحاً من توصيف الشيء بحال متعلّقه.

٢٢١٧. بناءً على عدم ولايتها على تزويج نفسها في عرض ولاية أبيها عليه، و إلاّ - كما هو الأقوى- فلايشمله.

٢٢١٨. عطف على «من الباكرة».

٢٢١٩. يعني به بيع مال نفسه، بأن قلنا بملكه و لكن محجوراً عليه، لأنّ بيعه مال مولاه بدون إذنه من مصاديق بيع غير المالك مال المالك بدون إذن منه، و ليس شيئاً آخر وراء ذلك حتّى يحتاج إلى التنبيه على شمول الفضولي له، بخلافه على ما فسّرناه، فإنّه حينئذٍ يكون مثل السفيه يحتاج إلى التنبيه. و يحتمل أن يراد منه بيع العبد مال غيره بإذن من مالكه و بلا إذن من سيّده في إجراء العقد، بناءً على ما اختاره من توقّف تأثير عقد العبد على رضا السيّد. و لعلّه أولى من الأوّل، و لكن مرّ الكلام فيه.

٢٢٢٠. أو بشاهد الحال، فإنّه قسم من الإذن غاية الأمر بلسان الحال، كما أنّ الأوّل إذن بلسان القال، إمّا مطابقةً كما في الأوّل، و إمّا التزاماً كما في الثاني. و لذا قسّموا الإذن في أقسام ثلاثة، فكما أنّ كلّ واحد من الأوّلين سبب لتسلّط المأذون على التصرّف في مال الآذن بصيغة الإذن، فكذا الثالث. فالعقد المقرون بالرضا الباطني المستكشف بشاهد الحال داخل في المأذون خارج عن الفضولي. و إنّما يدخل فيه المقرون به إذا لم يكن فيه كاشف أصلاً بنحو من الأنحاء الثلاثة، و إن علم تحقّقه بطريق آخر غيرها، لأنّ العاقد لايصير بمجرّد ذلك مالكاً للتصرّف، للأصل، و لمفهوم الحصر في قوله ﷺ: «لايجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلاّ بإذنه» المقيّد لإطلاق المستثنى في قوله: «لايحلّ مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه» لأنّ المراد من الإذن فيه هو الإذن من قبل نفس المالك، فلايشمل المكره. و من المعلوم أنّ الإذن كذلك

لأنّ العاقد لايصير مالكاً للتصرّف و مسلّطاً عليه بمجرّد علمه برضا المالك. و يؤيّده: اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً(٢٢٢١) أو مأذوناً أو وليّاً، و فرّعوا عليه بيع الفضولي و يؤيّده – أيضاً استدلالهم على صحّة الفضولي بحديث عروة البارقي مع أنّ الظاهر علمه برضا النبيّ ﷺ بما يفعله.

و إن كان الذي يقوّى في النفس – لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب – عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد أو انكشف بعد العقد حصوله حينه أو لم ينكشف أصلاً؛ فيجب على المالك فيما بينه و بين الله تعالى إمضاء ما رضي به و ترتيب الآثار عليه، لعموم وجوب

.....

لاينفكّ عن طيب النفس، بخلاف الطيب، فإنّه قد يتحقّق بدون الإذن. إلاّ أن يقال: إنّ الظاهر من الإذن الإذن بلسان القال، و مقتضاه بعد تخصيص دليل الطيب به خروج العقد المقرون بالرضا المعلوم بشاهد الحال عن المأذون فيه و دخوله في الفضولي.

بل التحقيق أنّ الرضا المستكشف بشاهد الحال و قرائن الأحوال ليس من الإذن في شيء، بل الرضا مقدّمة للإذن، و لذا يصحّ أن يقال: فلان رضي بكذا فأذن فيه. و أيضاً قد أخذ في مفهومه الإعلان و الإظهار، كما يشهد به موارد استعمالاته، مثل ﴿وَ أَذانٌ مِنَ اللّهِ وَ رَسُولِهِ﴾ و ﴿أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ﴾. و يقال للأذان أذان لكونه إعلاناً بدخول الوقت. فالرضا الباطني لايصدق عليه الإذن مطلقاً و لو استكشف بقرائن الأحوال، لانتفاء الإعلان و الإظهار فيه، لأنّ الموجود فيه في صورة دلالة الحال عليه إنّما هو الظهور، و هو غير الإظهار، و المأخوذ في مفهوم الإذن هو الثاني لا الأوّل.

فالمراد من الإذن في تقسيمه إلى الأقسام الثلاثة هو الرضا المنكشف، أطلقوا عليه الإذن مسامحة. و السرّ فيه: أنّ الحكم في مورد التقسيم مترتّب على مجرّدالرضا و إن لم يصدق عليه الإذن، كما في أكل مال الغير و الصلاة في لباسه و أمثالهما.

٢٢٢١. وجه التأييد: أنّ قضيّة إطلاق التفريع المذكور على الشرط المزبور أنّ كلّ‌ما انتفى فيه الشرط المسطور فهو مندرج في بيع الفضولي مطلقاً و لوكان مقروناً بالرضا الباطني للمالك. و أمّا التعبير بالتأييد فلأجل احتمال كون الإطلاق المزبور مبنيّاً على الغالب من عدم المقارنة به، فتدبّر.

الوفاء بالعقود(٢٢٢٢)، و قوله تعالى: ﴿إلاّ أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تِراضٍ﴾، و "لايحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه"، و ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه، و رواية عروة البارقي الآتية حيث أقبض المبيع و قبض الدينار؛ لعلمه برضا النبيّ ﷺ، و لوكان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرّف في المعوّض و العوض بالقبض و الإقباض، و تقرير النبيّ ﷺ له على ما فعل دليل على جوازه.

.....

٢٢٢٢. يمكن الخدشة في الاستدلال بما ذكره، أمّا آية وجوب الوفاء فلقوّة احتمال أن يكون الموضوع للوجوب عقود المخاطبين مثل آية وجوب الوفاء بالنذور، لاعقد كلّ أحد و إن كان غير مضاف إلى المخاطب، غاية الأمر قد قيّد إطلاقه برضا المالك بدليل خارجي، يعني: يجب على كلّ واحد منكم أن يفي بعقده المضاف إليه، فمادام لم يكن العقد عقد المالك لايجب عليه الوفاء به، و من المعلوم أنّ مجرّد الرضا الباطني الخالي عن قيام أمارة عليه لايوجب تحقّق هذا العنوان. و أمّا آية التجارة فلعين ما مرّ.

و من هنا تظهر الخدشة في استظهار مدّعاه من قولهم في الاستدلال على صحّة الفضولي: إنّ الشرائط كلّها حاصلة إلاّ رضا المالك، و من قولهم: إنّ الإجازة لايكفي فيها السكوت، لأنّه أعمّ من الرضا، و نحو ذلك، حيث إنّ قولهم بذلك مبنيّ على كون الموضوع في أدلّة الصحّة هو مطلق العقد و التجارة و البيع و لو لم يكن مضافاً إلى المالك، و قد مرّ منعه. هذا، مضافاً إلى ما يأتي منه ﷺ في ثاني تنبيهات الإجازة من شبهة الإجماع على عدم كفاية مجرّد الرضا الباطني في حصول الإجازة. و تفصيل الكلام في ذلك يأتي هناك إن شاء الله ﷺ.

و أمّا حديث الطيب فلما مرّ أيضاً، بتقريب أنّ طيب النفس في مثل التمليك و التملّك - الذي كلامنا فيه - ليس تمام السبب، بل جزء للسبب و الجزء الآخر العقد، و العقد لايؤثّر في النقل و الانتقال إلاّ إذا وجب الوفاء به، و لايكون كذلك إلاّ إذا كان عقداً للمالك، لاختصاص موضوع وجوب الوفاء في الآية بالعقود المضافة إلى الملاّك، و قد عرفت عدم حصول هذا العنوان بمجرّد الطيب. هذا، مع الإشكال في شمول متعلّق الحلّ فيه للتمليك و التملّك.

و أمّا ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه، فلمنع مقارنة علم المولى و سكوته بالعقد، فيحتمل حدوثهما بعده، و ليس في الأخبار ظهور في عدم تأخّرهما

هذا، مع أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر(٢٢٢٣) منها خروج هـذا الفرض عن الفضولي و عدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحّة: إنّ الشرائط كلّها حاصلة إلاّ رضا المالك، و قولهم: إنّ الإجازة لايكفي فيها السكوت؛ لأنّه أعمّ من الرضا و نحو ذلك.

ثمّ لو سلّم كونه فضولياً، لكن ليس كلّ فضولي يتوقّف لزومه على الإجـازة؛ لأنّه لادليل على توقّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة(٢٢٢٤) كما هو أحد الاحتمالات فيمن

.....

عنه، و لو سلّم فلخروجه عن موضوع المسألة، لأنّ الكلام في كفاية الرضا الباطني المجرّد عـن بيانه، و السكوت في مقام البيان بيان. و هذه قاعدة عرفيّة لم يردع عنها الشرع. قال المتنبّي:

و في النفس حاجات و فيك فطانة سكـوتي بيانٌ عندهـا و خطاب

هذا، مضافاً إلى أنّ مثل مورده ممّا كان العقد للعاقد حقيقة و يكون هو الطرف في العقد - كالعبد في الرواية، فإنّه الذي يكون زوجاً حقيقة، و إنّما دلّ دليل على اعتبار رضا شخص كالسيّد - لاربط له بموضوع البحث، فلايصحّ الاستدلال به على عدم الفضوليّة فيما إذا كان العقد صادراً عمّن ليس له ربط بالعقد أصلاً، كغير المالك الغير المأذون، فتدبّر.

و أمّا رواية عروة فلإمكان منع دلالتها على الصحّة، لعدم الملازمة بين جواز الإقباض و القبض و بين الصحّة وجوداً و عدماً، لإمكان عدم جوازهما مع الصحّة، كما في بيع الوكيـل في أصل المعاملة دون القبض و الإقباض، و إمكان جوازهما مع عدم الصحّة و التوقّـف علـى الإجازة، كما إذا كان مأذوناً فيهما دون المعاملة.

٢٢٢٣. قد تقدّم الكلام في هذه الكلمات، و أنّها مبنيّة على أمر، و هو كون موضوع دليل الصحّة - كآية وجوب الوفاء - مطلق العقد الوارد على مال المالك و لو لم يكن عقده و مضافاً إليه، و لانقول به، و إنّما نقول بأنّ الموضوع لذلك هو خصوص عقـد المـضاف إلى المالك.

٢٢٢٤. يكفي دليلاً عليه عدم دخوله تحت أدلّة الصحّة بدون الإجازة، بناءً على ما مرّ من كون الموضوع فيها هو العقد المضاف إلى المالك لامطلقاً و لو لم يضف إليه. و سـيأتي في مسألة «من باع ثمّ ملك» بطلان احتمال عدم الحاجة إلى الإجازة فيها.

باع ملك غيره ثمّ ملّكه مع أنّه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا(٢٢٢٥) الحاصل بعد البيع المذكور آناً مّا؛ إذ وقوعه برضاه لاينفكّ عن ذلك مع الالتفات. ثمّ إنّه لو اشكل في عقود غير المالك(٢٢٢٦)، فلاينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيّد و لو لم يأذن له؛ لعدم تحقّق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرّف. ثمّ اعلم: أنّ الفضولي قد يبيع للمالك و قد يبيع لنفسه، و على الأوّل فقد لايسبقه منع من المالك و قد يسبقه المنع؛ فهنا مسائل ثلاث:

الأُولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، و هذا هو المتيقّن من عقد الفضولي(٢٢٢٧). و المشهور: الصحّة، بل في التذكرة نسبه إلى علمائنا تارةً صريحاً و أُخرى ظاهراً بقوله: "عندنا"، إلاّ أنّه ذكر عقيب ذلك: أنّ لنا فيه قولاً بالبطلان. و في غاية المراد[٣٠] حكى الصحّة عن العُماني و المفيد و المرتضى و الشيخ في النهاية و سلاّر و الحلبي

.....

٢٢٢٥. لكنّه خلاف التحقيق بالنسبة إلى أثر حصول إضافة العقد الفضولي إلى المالك، بل لابدّ في ذلك من صدور شيء من المالك يدلّ عليها لفظاً كان أو فعلاً، كما أشرنا إليه.

٢٢٢٦. يعني بالغير العاقد الذي لوصحّ العقد لايكون له بل يكون لغيره، و مقابله العاقد الذي لوصحّ العقد و لو بإذن من له الإذن يكون العقد لنفس العاقد، كما في بيع العبد و نكاحه، و بيع الراهن للعين المرهونة، و هكذا، فتأمّل.

٢٢٢٧. أورد عليه «بأنّ المتيقّن منه - كما يظهر من ملاحظة كلمات الأصحاب - هو بيع الغاصب، و يقف عليه المتتبّع في الفروع التي فرّعوها على توقّفه على الإجازة، خصوصاً في أحكام الردّ» انتهى. و الحقّ مع المصنّف، إذ مراده أنّه المتيقّن من حيث إمكان الصحّة، لإمكان القول بالصحّة في هذه الصورة و عدمها في غيرها، بخلاف العكس، ضرورة أنّ من يقول بالصحّة في غيرها لابدّ له من القول بالصحّة فيها أيضاً. و يمكن أن يقال: إنّ هذا القسم هو المتيقّن كونه مراداً لهم من إطلاق عقد الفضولي في عباراتهم. و الشاهد على هذا جعل بعضهم بيع الغاصب في مقابله، قال العلاّمة في القواعد: «فبيع الفضولي موقوف على رأي. و كذا الغاصب، و إن كثرت تصرّفاته في الثمن» انتهى. حيث إنّ ظاهر العطف أنّ بيع الغاصب غير مراد من الفضولي، فلعلّ مراد غيره من الفضولي أيضاً غيره.

و القاضي و ابن‌حمزة. و حكي عن الإسكافي و استقرّ عليه رأي من تأخّر عدا فخرالدين(٢٢٢٨) و بعض متأخّري المتأخّرين كالأردبيلي[٣١] و السيّد الداماد(٢٢٢٩) و بعض متأخّري المحدّثين؛ لعموم أدلّة البيع(٢٢٣٠) و العقود؛ لأنّ خلوّه عن إذن المالك لايوجب سلب اسم العقد و البيع عنه، واشتراط ترتّب الأثر بالرضا و توقّفه عليه أيضاً لامجال لإنكاره، فلم يبق الكلام إلاّ في اشتراط سبق الإذن، و حيث لادليل عليه فمقتضى

.....

٢٢٢٨. لابدّ من المراجعة إلى بيع الإيضاح، لأنّ المحكيّ منه في كتاب الوكالة فيما إذا أمره بشراء شاة فاشترى شاتين أنّه قال: «و الأصحّ أنّه يقف على الإجازة». و قال في مسألة المخالفة: «و أمّا مع الإجازة فالحقّ عندي أنّه يقع للموكّل».

٢٢٢٩. و حكي ذلك عن بحر العلوم في المصابيح. و المراد من بعض متأخّري المحدّثين صاحب الحدائق‌ﷺ و السيّد الجزائري في شرح التهذيب.

٢٢٣٠. هذا علّة للصحّة في قوله: «و المشهور الصحّة». و محصّل الاستدلال - على ما يظهر من كلامه هنا و فيما سبق، من الاستدلال بآيتي وجوب الوفاء بالعقود و التجارة عن تراضٍ على خروج عقد الغير المقرون برضا المالك به باطناً - دعوى عموم الآيتين لعقد الفضولي على نحو يكون خروج عقده الخالي عن الإجازة تخصيصاً للعموم، لأدلّة اعتبار الطيب و الرضا. و هي في حيّز المنع، لما عرفت في السابق - و صرّح به المصنّفﷺ في غير موضع من كلماته الآتية فيما بعد - من قوّة احتمال أن يكون الموضوع للحكم هو العقد المضاف إلى المخاطب، بحيث يكون مفاد آية الوفاء أنّ كلّ عاقد يجب عليه الوفاء بعقده، كما أنّ مفاد قولهﷺ: ﴿وَ لا تَنْقُضُوا الأَيْمانَ﴾ نهي كلّ مكلّف عن نقض يمينه، وكذلك آية: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لاتفيد أزيد من حلّية بيع كلّ أحد ماله. و على هذا يكون خروج الخالي عن الإجازة عن الآيتين من باب التخصّص. و أمّا عقد الفضولي المتعقّب للإجازة فاندراجه تحتهما كي يكون صحّته على طبق القاعدة، و عدمه حتّى يكون على خلافها، الموجب للاقتصار على مقدار دلالة الدليل على الصحّة لوكان، إنّما هو مبنيّ على صدق العاقد و البايع على المالك، و كون العقد و البيع عقده و بيعه بمجرّد إجازته عقد الفضولي فالأوّل، و عدمه فالثاني. و الظاهر من مراجعة العرف هو الأوّل. أمّا فيما إذا كان قصد الفضولي هو العقد عن المالك فواضح. و أمّا

الإطلاقات عدمه و مرجع ذلك كلّه إلى عموم "حلّ البيع" و "وجوب الوفاء بالعقد"، خرج منه العاري عن الإذن و الإجازة معاً، و لم يعلم خروج ما فقد الإذن و لحقه الإجارة.

و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنّه عقد صدر عن أهله في محلّه(٢٢٣١)، فما ذكره في غاية المراد: من أنّه من باب المصادرات، لم أتحقّق وجهه(٢٢٣٢)؛لأنّ كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنّه بالغ عاقل لاكلام فيه، و كذا كون المبيع قابلاً للبيع، فليس محلّ الكلام إلاّ خلوّ العقد عن مقارنة إذن المالك و هو مدفوع بالأصل(٢٢٣٣)، و لعلّ مراد الشهيد: أنّ الكلام في أهليّة العاقد(٢٢٣٤)، و يكفي في إثباتها العموم المتقدّم. و قد اشتهر الاستدلال عليه بقضيّة عروة البارقي، حيث دفع إليه النبيّ ﷺ ديناراً و قال له: "اشتر لنا به شاة للاضحيّة" فاشترى به شاتين، ثمّ باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبيّ ﷺ بالشاة و الدينار، فقال له رسول الله ﷺ: "بارك الله لك في صفقة يمينك"، فإنّ بيعه وقع فضولاً و إن وجّهنا شرائه على وجه يخرج عن الفضولي(٢٢٣٥).

.....

فيما كان قصده العقد عن نفسه و لنفسه - كما في بيع الغاصب - فكذلك، لما سيأتي في تصحيحه للمالك إذا أجاز، فتأمّل.

٢٢٣١. يعني: أنّ نظرهم في كبرى الاستدلال المزبور - و هو: أنّ كلّ عقد كذلك يجب العمل به - إلى ما ذكر من العمومات و الإطلاقات النافية لاعتبار مقارنة إذن المالك للعقد.

٢٢٣٢. لعلّ نظره في ذلك إلى التأمّل في صدق الإضافة إلى المالك بالإجازة، مع ذهابه إلى أنّ موضوع الحكم هو العقد المضاف إلى المالك، فيرجع إلى الأصل العملي، و لكن قد عرفت أنّ الظاهر صدقها بها.

٢٢٣٣. أي: اعتبار عدمه - بمعنى اعتبار المقارنة - مدفوع بأصالة الإطلاق و عدم التقييد بها.

٢٢٣٤. يعني: أهليّته من حيث إنّه غير مالك و لامأذون من قبله، لا من حيث إنّه بالغ عاقل، إذ قد مرّ أنّه كلام* في أهليّته من تلك الحيثيّة.

٢٢٣٥. بأن يقال: إنّ المراد من الشاة في قوله: «اشتر لنا به شاة» الجنس، فيعمّ الاثنين

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. والصحيح: لاكلام...، و لعلّه من سقط القلم.

هذا، و لكن لايخفى أنّ الاستدلال بها يتوقّف على دخول المعاملة(٢٢٣٦) المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي، توضيح ذلك(٢٢٣٧): أنّ الظاهر علم عروة برضا النبيّ صلى الله عليه وآله بما يفعل، و قد أقبض المبيع(٢٢٣٨) و قبض الثمن، و لاريب أنّ الإقباض و القبض في بيع الفضولي حرام؛ لكونه تصرّفاً في مال الغير، فلابد إمّا من التزام(٢٢٣٩) أنّ عروة فعل

.....

أيضاً. و هو كما ترى خلاف الظاهر. أو يقال: إنّ المراد منه الشاة الواحدة، و لكنّه بملاحظة غرض الأضحيّة مأذون في شرائها مطلقاً و إن توقّف على شراء شاة أُخرى معها، بأن لم يبع المالك لهما إلاّ معاً، و اتّفق أنّ من اشترى عروة منه الشاة لم يرض ببيع الواحدة إلاّ مع الأُخرى. و أولى من ذلك أن يقال: إنّ الإذن في شراء شاة واحدة بدينار إذن عرفاً في شراء شاتين به، فإنّ من رضي بدينار ثمناً للواحد رضي به ثمناً للاثنين.

و كيف كان، فما ذكره من الجزم بوقوع بيعه فضولاً – أي: بلا إذن من النبيّ صلى الله عليه وآله – يمكن الخدشة فيه بإمكان كون عروة مأذوناً منه صلى الله عليه وآله بالإذن العامّ في بيع ما يملكه إن رأى فيه المصلحة، نظير عامل المضاربة، كما يتّفق ذلك كثيراً في وكلاء الخرج للأغنياء و الملوك، و يعبّر عنهم بالناظر. و لذا نراهم أنّهم يشترون ما يحتاج إليه أربابهم، و يفسخون مع الغبن، و يقبلون المعاملة، و يشترطون في معاملاتهم شروطاً، و يتّفق أنّهم يبيعون ما يشترون مع المصلحة، بل مع عدم المفسدة فيه. و ليس في حكاية قصّته ما يدلّ على عدم كونه مأذوناً من قبله كذلك إلاّ دعائه صلى الله عليه وآله له بالبركة في الصفقة، و لادلالة له عليه كما لايخفى.

٢٢٣٦. يعني: بعد البناء على وقوع بيعه فضولاً و بلا إذن منه صلى الله عليه وآله كما جزم به، و قد مرّ الخدشة فيه، و معه لاشبهة في خروجه عن الفضولي، فلايصحّ الاستدلال به.

٢٢٣٧. المشار إليه بذلك مطويّ في الكلام قبل ذلك و بعد قوله: «في بيع الفضولي» و هو قوله: و هو مشكل، بل الظاهر عدمه.

٢٢٣٨. هذا في مقام العلّة لعلمه بالرضا.

٢٢٣٩. لايخفى أنّ قضيّة عروة دائرة بين أمرين، أحدهما: كونها من الفضولي، فيدور الأمر حينئذٍ بين وجوه ثلاثة: الأوّل و الثاني و الرابع من وجوه المتن. و ثانيهما: عدم كونها منه و خروجها عنه، و هو الوجه الثالث. فما عداه من الوجوه الثلاثة الباقية ليس في عرضه، لأنّ ما يكون في عرضه إنّما هو ما يستلزم أحد هذه الوجوه، و هو كونها من الفضولي. فالأولى أن

الحرام في القبض و الإقباض، و هو منافٍ لتقرير النبيّ الاكرم، و إمّا من القول بأنّ البيع الذي يعلم بتعقّبه للإجازة يجوز التصرّف فيه قبل الإجازة؛ بناءً على كون الإجازة كاشفة و سيجئ ضعفه(٢٢٤٠).

فيدور الأمر بين ثالث و هو جعل هذا الفرد من البيع – و هو المقرون برضا المالك – خارجاً عن الفضولي، كما قلناه، و رابع و هو علم عروة برضا النبيّ صلى الله عليه وآله بإقباض ماله للمشتري حتّى يستأذن، و علم المشتري بكون البيع فضولياً حتّى يكون دفعه للثمن بيد البايع على وجه الأمانة و إلاّ فالفضولي ليس مالكاً و لا وكيلاً، فلايستحقّ قبض المال، فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأمنه على الثمن حتّى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلاً.

و لكنّ الظاهر هو أوّل الوجهين(٢٢٤١) كما لايخفى، خصوصاً بملاحظة أنّ الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة، و قد تقدّم أنّ المناط فيها مجرّد المراضاة و وصول كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر و حصوله عنده بإقباض المالك أو غيره و لوكان صبيّاً أو

.....

يقول: فلابدّ إمّا من جعلها من الفضولي و الالتزام بأنّ عروة... ، أو القول بأنّ البيع...، أو دعوى علم عروة برضا النبيّ صلى الله عليه وآله...، و إمّا من إخراجها من الفضولي، و لكنّ الظاهر هو الثاني، كما لايخفى خصوصاً بملاحظة... إلى آخر ما في المتن.

٢٢٤٠. يعني: ضعفه من جهة أنّه بعد البناء على كاشفيّة الإجازة مبنيّ على شرطيّة وصف التعقّب، و سيأتي أنّه خلاف ظاهر الأدلّة، حيث إنّ ظاهرها شرطيّة نفس الإجازة. و كيف كان، فظاهر المصنّف رحمه الله أنّه بناءً على هذا الوجه يجوز القبض و الإقباض من عروة، و لايكون حراماً. و ليس كذلك، لأنّ قضيّة القول بما ذكر جواز التصرّف من كلّ واحد من المالكين في مال الآخر لاجواز تصرّف الفضولي.

٢٢٤١. يعني: أوّل الوجهين الأخيرين، و هو الثالث، فتخرج قضيّة عروة عن الفضولي، فلايصحّ الاستدلال بها عليها. ثمّ إنّ الوجه في ظهور هذا الوجه لعلّه بعد علم المشتري بكون بيع عروة فضوليّاً المبتني عليه الوجه الرابع. و لعلّ وجه الظهور في وقوع تلك المعاملة على وجه المعاطاة دعوى غلبة وقوع أمثالها في الخارج بنحو المعاطاة.

حيواناً، فإذا حصل التقابض بين فضوليين أو فضولي و غيره مقروناً برضا المالكين، ثمّ وصل كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه، كفى في صحّة التصرّف. و ليس هذا من معاملة الفضولي؛ لأنّ الفضولي صار آلةً في الإيصال، و العبرة برضا المالك المقرون به.

و استدلّ له أيضاً تبعاً للشهيد في الدروس بصحيحة محمّد ابن قيس(٢٢٤٢)عن أبي‌جعفرالباقرعليه‌السلام، قال: "قضى أميرالمؤمنين‌عليه‌السلام في وليدة باعها ابن سيّدها و أبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيّدها فخاصم سيّدها الآخر،

.....

٢٢٤٢. شرح الرواية على نحو تسلم عن الإيراد و يصحّ الاستدلال بها يتوقّف على الإشارة إلى اُمور: الأوّل: أنّ قضيّة إناطة حلّية التصرّفات في مال الغير على نفس الرضا و الإجازة وجوداً و عدماً كما هو ظاهر الأدلّة - إمّا بنحو الشرط المتقدّم، و إمّا بنحو الشرط المتأخّر بناءً على تصويره، قبال إناطتها على مجرّد عدم الكراهة و الردّ - حرمة التصرّفات سيّما المتوقّفة على الملك قبل تحقّقها أو قبل العلم بتحقّقها.

و الثاني: أنّ ولد الأمة الموطوءة بالشبهة ولد صحيح شرعيّ تابع لأبيه في الحرّية، لاولد زنا يتبع الأمّ في الرقّية.

و الثالث: أنّ المغرور يرجع إلى من غرّه، و يأتي الكلام في ذلك إن شاء الله.

و الرابع: استقلال العقل باختيار الضرر الأخفّ فيما إذا دار الأمر بينه و بين الضرر الأشدّ.

إذا عرفت هذا فنقول: الظاهر أنّ المشتري كان جاهلاً بفضوليّة البايع إلى زمان المخاصمة، و لو بلحاظ حمل فعل المسلم على الصحيح، و إلاّ لزم أن يكون زانياً بحسب الظاهر. نعم، لو أجاز و قلنا بالكشف الحقيقي يعلم أنّ وطيه وطي صحيح وقع في ملكه. و الظاهر أيضاً أنّ المخاصمة بين السيّدين في كون الوليدة في يد المشتري. و بعبارة اُخرى: أنّ مورد التخاصم إنّما هو قبض المشتري الأمة قبل المراجعة إلى السيّد الأوّل و استعلام إجازته، لاأصل البيع و الشراء، و ذلك لأنّ الظاهر أنّ قوله: «وليدتي باعها ابني بغير إذني» آخر كلام صدر من السيّد الأوّل، فكأنّه قال: فخاصم سيّدها الآخر و قال: جئني بوليدتي، قال في جوابه: اشتريتها، فقال السيّد الأوّل: ممّن اشتريتها؟ قال: من ابنك، قال: وليدتي باعها ابني بغير إذني.

فغاية ما يدلّ عليه المخاصمة هو عدم إجازة البيع، و هو أعمّ من الردّ و التردّد بينه و

فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني. فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها. فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتّى ينفذ البيع لك. فلمّا رآه أبوه قال له: أرسل إبني، قال: لا والله! لاارسل إبنك حتّى ترسل إبني؛

.....

بين الإجازة، و لازم ذلك - كما عرفت في الأمر الأوّل - بقاء الوليدة في ملك المالك الأوّل، و لذا حكم الإمام عليه السلام بأخذ الوليدة بلا تقييده بصورة اختيار الردّ إذا أخذ المبيع فضولاً عن المشتري، و استرداده منه يدور مدار عدم الإجازة لامدار الردّ.

ثمّ إنّه لمّا كان لازم بقائها في ملك الأوّل وقوع الاستيلاد على أمة الغير، فيكون جعل الولد حرّاً من قبيل إتلاف مال الغير عن جهل، فيكون المتلف المشتري ضامناً لقيمة الولد لقاعدة الإتلاف، و من هنا يعلم أنّ حكمه عليه السلام بأخذ ابن الوليدة إنّما هو للقيمة يوم الولادة.

ثمّ إنّ المشتري لمّا رأى تضرّره بدفع قيمة الولد فناشده عليه السلام في علاج ضرره و دفعه عنه، فقال عليه السلام: خذ ابنه الذي باعك الأمة، بملاحظة ما مرّ في الأمر الثالث من رجوع المغرور إلى الغارّ.

ثمّ إنّ الوجه في تعقيبه عليه السلام ذلك الحكم بقوله بطور البتّ: «حتّى ينفذ لك البيع» هو ما تقدّم في الأمر الرابع من استقلال العقل باختيار أهون الضررين عند الدوران، و هو في المورد إنفاذ البيع و إجازته، إذ على تقدير الردّ و إن كان يأخذ قيمة الولد من المشتري، إلاّ أنّه بمقتضى شفقته على ولده يغرم مقداره للمشتري لتخليص ولده البايع عن ضمانه للمشتري بذاك المقدار، لقاعدة الغرور، فتبقى له عين الوليدة الناقصة من جهة الولادة. و هذا بخلافه على تقدير الإجازة، إذ تبقى له حينئذٍ قيمة الوليدة التي بيعت بها حال عدم النقصان، و ضرره على هذا التقدير أقلّ منه على التقدير الأوّل، بل يمكن القول بعدم الضرر فيه. و هذا هو السرّ في قوله: «فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع الولد».

فظهر بحمد الله أنّه ليس في الصحيحة مخالفة للقواعد، و أنّ ما ذكره وجهاً لظهورها في تأثير الإجازة المسبوقة بالردّ من الوجوه الأربعة ممّا لاأصل له. أمّا ظهور المخاصمة في الردّ فلمنع ظهورها إلاّ في عدم الإجازة المجامع مع الترديد بين الردّ و الإجازة. و أمّا إطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيّن أخذ الجارية و عدم تقييده بصورة اختيار الردّ؛ فلأنّ أخذها يكفي فيه عدم

فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع إبنه... الحديث"[٣٢]. قال في الدروس: و فيها دلالة على صحّة الفضولي و أنّ الإجازة كاشفة[٣٣].

و لايرد عليها شئ ممّا يوهن الاستدلال بها فضلاً عن أن يسقطه، و جميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة، إلاّ ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقة بالردّ من جهة ظهور المخاصمة في ذلك، و إطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ الجارية و أنّها من المالك بناءً على أنه لو لم يرد البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الردّ، و مناشدة المشتري للإمام عليه السلام و إلحاحه عليه في علاج فكاك ولده، و قوله: "حتّى ترسل إبني" الظاهر في أنه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولادة، و حمل إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها – كحبس ولدها على القيمة – ينافيه قوله عليه السلام: "فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع الولد"*.

.....

الإجازة. و أمّا مناشدة المشتري للإمام عليه السلام في علاج فكاك ولده فلمنع كونها في علاجه، و إنّما هي كانت في علاج تضرّره بدفع قيمة الولد. و أمّا قوله: «حتّى ترسل ابني...» فلأنّه يكفي في جواز الحبس عدم الإجازة، و لاحاجة فيه إلى الردّ. نعم إنّها من جهة دلالتها على كاشفيّة الإجازة تكون مخالفة للقاعدة لو كان المستفاد من الأدلّة هو النقل، و ستعرف الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

هذا كلّه، مضافاً إلى إمكان منع اشتراط صحّة الإجازة بعدم سبق الردّ، لعدم الدليل عليه إلاّ الإجماع. و يمكن الخدشة فيه باحتمال أن يكون مستندهم أو مستند بعضهم هو تخيّل أنّ الردّ مثل الفسخ حلّ للعقد، و معه لايبقى موضوع للإجازة. و فيه: إمكان المنع، و أنّه ليس فسخاً للعقد و حلاًّله، و إنّما هو صرف إظهار كراهة مضمون العقد، و لاربط له بحلّ العقد، فلا فائدة له أزيد ممّا يترتّب على عدم الإجازة من عدم حصول إضافة عقد الفضولي إلى المالك. و سيأتي لذلك تتمّة في ثالث تنبيهات الإجازة.

و بعد كتابتي هذا بمدّة طويلة عثرت على كلام في شرح الحديث لبعض شرّاح الفقيه فأحببت ذكره. قال رحمه الله: «أن يأخذ الوليدة و ابنها. أمّا الوليدة فلظهور بطلان البيع. و أمّا ولدها فلأنّه إنّما يعتق بإزاء أبيه قيمته يوم ولد. و لمّا كان للمشتري الرجوع على البايع بثمن الجارية

---

* في بعض النسخ: الوليدة.

و الحاصل: أنّ ظهور الرواية في ردّ البيع أوّلاً ممّا لاينكره المنصف، إلاّ أنّ الإنصاف أنّ ظهور الرواية في أنّ أصل الإجازة مجديّة في الفضولي – مع قطع النظر عن الإجازة الشخصيّة في مورد الرواية – غير قابل للإنكار، فلابدّ من تأويل ذلك الظاهر؛ لقيام القرينة – و هي الإجماع – على اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ.

و الحاصل: أنّ مناط الاستدلال لو كان نفس القضيّة الشخصيّة من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة – بناءً على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتّحدة نوعاً في الحكم الشرعيّ – كان ظهورها في كون الإجازة الشخصيّة في تلك القضية مسبوقة بالردّ

.....

و قيمة الولد قيل لصاحبها الثاني: خذ ولده الذي باعك. و إنّما أتى بالمضارع في «يناشده» و «يقال» و «يقول» ليدلّ على وقوع ذلك مرّة بعد أُخرى، لدلالة المضارع على الاستمرار.

و معنى قوله: «لاأرسل ابنك حتّى ترسل ابني» أنّه لاأرسله حتّى ترسل ابني عوضاً عن إرسال ابنك، أو لآخذ منه ابني لأعطيتك فترسله. و معنى «يناشده» يسائله أو يحلفه أو يرفع صوته. و الظاهر أنّ الضمير المنصوب في «يناشده» لأميرالمؤمنين عليه السلام بالمعنى الأوّل. و في الكلام إيجاز بحذف، كما في قوله تعالى: ﴿فَأَرْسِلُونِ ۝ يُوسُفُ أَيُّهَا الصِّدِّيقُ أَفْتِنَا﴾. فتقديره: فيقال له – أي: للمشتري –: خذ ابنه، و قال: لا و اللّه لاأرسله...، فأخذ ابنه. و يقول: لا و اللّه، فيحتمل أن يكون «تقول» بالخطاب، بمعنى: قل، فيكون المحذوف من كلام المشتري، و أن يكون بالغيبة، فهو من كلام المشتري، و المحذوف من قال له ذلك» انتهى كلامه رفع مقامه. و بعض ما ذكره موافق لبعض ما ذكرناه، فتدبّر.

ثمّ لو أغمضنا عمّا ذكرنا من ظهورها في كون الإجازة بعد الردّ، و أنّ تأثير الإجازة مشروط بعدم سبق الردّ، فلايصحّ الاستدلال بها للمقام، بأن يجعل مناط الاستدلال بها ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله: «خذ ابنه حتّى ينفذ لك البيع...» إلى آخر ما في المتن. و ذلك بداهة أنّ هذا الظهور ناشٍ و متولّد من ظهوره في صحّة الإجازة الشخصيّة، و ليس أمراً مستقلاً في قباله، فإذا رفعنا اليد عن منشئه و متبوعه فلابدّ من رفع اليد عن هذا الظهور التبعي، إذ لاتفكيك بينهما في العرف. إلاّ أن يقال: إنّ الملازمة بينهما إنّما هو في مرحلة الظهور و أصل انعقاده، و لاتفكيك بينهما في هذه المرحلة، و إنّما يفكّك بينهما في مرحلة الحجيّة، و

مانعاً عن الاستدلال بها(٢٢٤٣)، موجباً للاقتصار على موردها؛ لوجه عَلِمه الإمام عليه السلام، مثل: كون مالك الوليدة كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها الحقّ إلى صاحبه. أما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله: "خذ ابنه حتّى ينفذ لك البيع"، و قول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية: "فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه-" في أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه، لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصيّة في وقوعها بعد الرد، فيؤوّل ما يظهر منه الردّ بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الردّ، أوكون حبس الوليدة على الثمن أو نحو ذلك. وكأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال على مَن لم يستدلّ بها في مسألة الفضولي(٢٢٤٤)، أو يكون الوجه في الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنّها لاتزيد على الإشعار؛ و لذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي، بل ذكرها في موضع آخر، لكنّ الفقيه في غنىً عنه بعد العمومات المتقدّمة.

و ربّما يستدلّ أيضاً: بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضولي في الحرّ و العبد الثابتة بالنصّ و الإجماعات المحكيّة؛ فإنّ تمليك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تمليك ماله

.....

لاملازمة بينهما في هذه المرحلة، فلابأس بالاستدلال بالسياق بعد تسليم ظهوره فيما ذكر. إلاّ أنّ الشأن فيه، إذ لوكان لابدّ و أن يستند إلى الملازمة العرفيّة أو العقليّة بين صحّة البيع الشخصي بالإجازة و بين صحّة مطلق البيع بها، و هي محلّ تأمّل، لاحتمال كونها من أحكام ذاك الفرد الخاصّ، و لاقطع بالمناط، فتأمّل.

٢٢٤٣. قد مرّ منع الظهور في كون الإجازة في موردها مسبوقة بالردّ أوّلاً. و المنع عن مانعيّة هذا الظهور - بعد تسليمه - عن الاستدلال بها ثانياً، للمنع عن اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ.

٢٢٤٤. بأن تخيّل أنّ مناط الاستدلال هو نفس القضيّة الشخصيّة من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولي، بناءً على عدم الفرق بينها و بين غيرها ممّا يشترك معها نوعاً، فلم يستدلّ بها، لما مرّ من كون الإجازة فيها مسبوقة بالردّ، و قد قام الإجماع على اشتراطها بعدم سبقها به، فيختصّ بموردها. و غفل أنّ مناط الاستدلال ظهور كلام الأمير عليه السلام في قوله: «خذ ابنه حتّى ينفذ لك البيع...» إلى آخر ما تقدّم ذكره في المتن.

أولى بذلك، مضافاً إلى ما علم من شدّة الاهتمام في عقد النكاح؛ لأنّه يكون منه الولد، كما في بعض الأخبار و قد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد، و استدلّ بها في الرياض بل قال: إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكيّة على المنع. و هو حسن، إلاّ أنّها ربّما توهن بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة(٢٢٤٥)

.....

٢٢٤٥. النصّ رواية العلاء بن سيابة. و الرواية طويلة فراجع إلى كتاب الوكالة من الوسائل. و ليعلم أوّلاً: أنّ الظاهر من قولهم «و الفرج ليس له عوض» كقوله عليه السلام: «لأنّه الفرج، و يكون منه الولد» في علّة أولويّة الاحتياط في النكاح و أجدريّته هو المبالغة في أمر الفرج، و أنّه من جهة كثرة المنفعة فيه – و هو الولد، كما يدلّ عليه التعليل بقولهم: إذ يكون منه الولد – ليس على حدّ يقابل بالمال و يتدارك به. و الاحتياط في الخبر بمعناه اللغوي، و هو التحفّظ عن الضرر و الإضرار.

و ليعلم أيضاً: أنّ الظاهر من استنادهم في التفكيك بين الحكمين إلى قولهم: إذ المال له عوض لصاحبه...، أنّهم كانوا في مقام بيان عدم المانع عن الحكم بالصحّة لأجل الحكم ببقاء الوكالة في البيع دون النكاح، و لازمه أنّ المقتضي للصحّة أمر آخر وراء ذلك، و ليس إلاّ الإطلاقات. و ببيان آخر: أنّ عمدة اعتمادهم في الفرق إنّما هو على جواز التمسّك بالإطلاقات بالنسبة إلى البيع دون النكاح.

و غرضهم من القول المذكور في مقام الفرق مجرّد بيان وجود المانع بالنسبة إلى النكاح دون البيع، بتقريب: أنّ المانع لوكان إنّما هو لزوم الضرر الدنيوي على تقدير الحكم بالصحّة مع البطلان واقعاً، و ذلك لتساوي الحكم بالصحّة مع البطلان واقعاً، و العكس من حيث العقاب، بمعنى أنّه في كلّ منهما يحتمل التصرّف فيما ليس للمتصرّف أن يتصرّف فيه. و لاريب أنّ الضرر الدنيوي منتفٍ في البيع، إذ المال له عوض لصاحبه، و إذ لامانع فيرجع إلى الإطلاقات المقتضية للحكم بالصحّة للحكم ببقاء الوكالة. و هذا بخلاف النكاح، فإنّ فيه ضرراً على الزوجة – المفروض في الرواية توكيلها في التزويج، و عزلها عن الوكالة، و عدم إعلامه للوكيل – لو حكم بالصحّة و كان في الواقع باطلاً، إذ يلزم حينئذٍ تسليط الزوج على فرجها بلا عوض منه لها، و هو ضرر عليها، إذ الفرج بلحاظ عظم منفعته ليس له عوضاً لصاحبه و لوكان كثيراً، و الضرر منفيّ شرعاً، و مع هذا لامجال للرجوع إلى استصحاب بقاء أثر الوكالة

الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه، بالصحّة في الثاني؛ لأنّ المال له عوض، و البطلان في الأوّل؛ لأنّ البضع ليس له عوض حيث قال الإمام عليه السلام في مقام ردّهم و اشتباههم في وجه الفرق: "سبحان الله! ما أجور هذا الحكم و أفسده؛ فإنّ النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه، لأنّه الفرج، و منه يكون الولد... الخبر".

و حاصله: أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحّة من البيع من حيث الاحتياط المتأكّد في النكاح دون غيره، فدلّ على أنّ صحّة البيع تستلزم صحّة النكاح بطريق أولى خلافاً للعامّة حيث عكسوا و حكموا بصحّة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام: أنّ صحّة المعاملة الماليّة الواقعة في كلّ مقام تستلزم صحّة النكاح الواقع بطريق أولى، و حينئذٍ فلايجوز التعدّي من صحّة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحّة البيع؛ لأنّ الحكم في الفرع لايستلزم الحكم في الأصل في باب الأولويّة، و إلاّ لم يتحقّق الأولويّة، كما لايخفى، فالاستدلال بصحّة النكاح على صحّة البيع مطابق لحكم العامّة من كون النكاح أولى بالبطلان؛ من جهة أنّ البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

الموجب للتمسّك بالإطلاقات.

و الحاصل: أنّ وجه الفرق عندهم جريان العمومات و عدم جريانها، لكن لمّا كان منشأ ذلك وجود المانع عنه و عدمه - المشار إليهما بقولهم: إذ المال له عوض... - أسندوا الفرق إليها، فالفارق عندهم ترتّب الضرر على الحكم بالصحّة في النكاح دون البيع.

فأجاب الإمام عن هذه التفرقة بأنّ ترتّب الضرر في النكاح على الحكم بالصحّة و إن كان مسلّماً، إلاّ أنّه معارض بتضرّر الزوج على الحكم بالبطلان مع فرض الصحّة واقعاً، لأنّ النكاح من جهة تعلّقه بما ليس بعد الصحّة نفع أعظم منه أولى و أجدر من البيع بأن يلاحظ فيه الطرفان معاً، و يحتاط و يتحفّظ فيه عن ترتّب الضرر على أحد زوجاً كان أو زوجةً، و قضيّة ذلك مراعاة كليهما، و نتيجة مراعاتهما تعارض الضررين، فيرجع بعد التساقط إلى العمومات، و يحكم بالصحّة.

و حاصل الجواب: أنّ ما جعلوه مانعاً عن التمسّك بالعمومات في الحكم بالصحّة في النكاح - و هو تضرّر الزوجة - فاسد لايصلح لذلك، لابتلائه بمثله. و لكن لمّا كان هذا ناشئاً

بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام(٢٢٤٦) الاحتياط في النكاح هو إبقائه دون إبطاله؛ مستدلاً بأنه يكون منه الولد، مع أنّ الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين، و لااحتياط في البين. و يمكن أن يكون الوجه في ذلك: أنّ إبطال النكاح في مقام الإشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحّة واقعاً، فتتزوّج المرأة و يحصل الزنا بذات البعل، بخلاف إبقائه؛ فإنه على تقدير بطلان النكاح لايلزم منه إلاّ وطئ المرأة الخالية عن المانع، و هذا أهون من وطئ ذات البعل، فالمراد بالأحوط هو الأشدّ احتياطاً.

و كيف كان، فمقتضى هذه الصحيحة أنه إذا حكم بصحّة النكاح الواقع من الفضولي، لم يوجب ذلك التعدّي إلى الحكم بصحّة بيع الفضولي. نعم، لو ورد الحكم بصحّة البيع أمكن الحكم بصحّة النكاح؛ لأنّ النكاح أولى بعدم الإبطال

.....

من ملاحظة الاحتياط و التحفّظ عن تضرّر الغير علّل الفساد و الجور بقوله: «فإنّ النكاح». فتحصل من تلك الرواية بعد البيان المذكور كبرى كلّية، و هي أنها: كلّما حكم بالصحّة في غير النكاح مع دوران الأمر فيه بينها و بين الفساد - و لوكان ناشئاً من جهة أُخرى غير جهة الشكّ في بطلان الوكالة بالعزل الغير الواصل إلى الوكيل، مثل الشكّ في المقام في اعتبار مقارنة الرضا بالعقد و عدمه، إذ الظاهر عدم الفرق من هذه الجهة - فلابدّ من الحكم بها فيه معه بطريق أولى. و لايخفى أنها عكس الفحوى المستدلّ بها على المقام. و دعوى أنّ اللام في النكاح للعهد إشارة إلى النكاح الواقع بعنوان الوكالة المعزول عنها مع عدم العلم به، فلايعمّ غيره حتّى تفيد الكبرى الكلّية، مدفوعة بأنه خلاف الظاهر. و لو سلّم فلاأقلّ من احتمال مساواة غيره معه، و هو كافٍ في منع الفحوى المذكور.

٢٢٤٦. لم يجعل الإمام الاحتياط في النكاح إبقائه، أي: لم يحكم عليه السلام بإبقاء النكاح لكونه على طبق الاحتياط، حتّى يقال: إنّه ليس احتياطاً و إنّما هو أحد المحذورين المردّد الأمر بينهما في البين. و إنّما جعل الاحتياط في النكاح - بمعنى مراعاة الزوج و الزوجة معاً، و النظر إليهما على حدّ سواء، في مقام التحفّظ عن ورود الضرر على كلّ واحد منهما من الحكم بصحّة النكاح من الوكيل المعزول الغير الواصل إليه عزله، أو فساده مع الشكّ في ذلك - سبباً لبطلان تفرقتهم بين البيع و النكاح، بعدم المانع من الرجوع إلى إطلاقات صحّة البيع فيه،

كما هو نصّ الرواية(٢٢٤٧). ثمّ إنّ الرواية و إن لم يكن لها دخل(٢٢٤٨) بمسألة الفضولي، إلاّ أنّ المستفاد منها قاعدة كليّة، هي أنّ إمضاء العقود الماليّة يستلزم إمضاء النكاح من دون العكس الذي هو مبنى الاستدلال في مسألة الفضولي.

هذا، ثمّ إنّه ربّما يؤيّد صحّة الفضولي بل يستدلّ عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّة مثل موثّقة جميل(٢٢٤٩)

.....

لانحصاره في الضرر، و هو منتفٍ فيه، و وجوده في النكاح، لوجود الضرر على الزوجة، و بيّن أنّ هذه التفرقة إنّما نشأت من مراعاة الاحتياط و التحفّظ عن الضرر على كلا طرفي العقد في البيع، و تخصيصه في النكاح لطرف واحد و هو الزوجة، و الحال أنّ النكاح ذلك* بالقياس إلى كلا الطرفين، و قضيّته تعارض الضررين و تساقطهما معاً، و معه لايكون هنا مانع عن الرجوع إلى العمومات الموجبة للصحّة فيه مثل البيع، و مع ذلك يكون حكمهم ببطلان النكاح في فرض الخبر. و غرضه من ذلك هو الإيراد عليهم بإيراد آخر، و هو أنّه سلّمنا صحّة تفرقتهم لكن نقول: إنّها ناشئة من الرأي و الاستحسان، و لايجوز عندهم الرجوع إليه و الاعتماد عليه إلاّ مع الشكّ و عدم الحجّة في البين، و قول الأميرعليه السلام و قضائه حجّة عندهم. و بالجملة، ليس في الرواية دلالة على ما ذكره حتّى نحتاج إلى الوجه الذي ذكره، و إن كان أمراً صحيحاً في نفسه.

٢٢٤٧. وجهه: استشهاد الإمامعليه السلام بحكم الأميرعليه السلام بصحّة النكاح في مفروض الرواية.

٢٢٤٨. يعني: أنّ الرواية من جهة اختصاص موردها بما وقع بعنوان الوكالة باعتقاد العاقد لادخل لها بمسألة الفضوليّ المختصّة بما وقع لابعنوانها، إلاّ أنّ المستفاد من قوله فيها: «إنّ النكاح...» قاعدة كليّة شاملة للفضوليّ و غيره، و هي أنّ إمضاء العقود الواقعة على المال، كالبيع عند الشكّ في صحّتها و فسادها بجهة من الجهات، و لو جهة الشكّ في اعتبار مقارنة الرضا بها و عدمه و نحوه - يستلزم إمضاء النكاح. و أمّا احتمال العقد فقد مرّ مع تضعيفه.

٢٢٤٩. وجه الاستشهاد بالموثّقة أنّ الظاهر من تعيين المتاع و الأمر بشرائه بالخصوص التضييق لدائرة المضاربة، فإذا اشترى العامل بمال المضاربة غير ما عيّنه فلا محالة يكون

---

* كذا في الطبعةالحجريّة. و الظاهر أنّ الصحيح: كذلك.

.....

من الفضولي كما لايخفى.

ثمّ إنّها و إن كانت تدلّ بإطلاقها على صحّة الفضولي مع عدم لحوق الإجازة بل و مع الردّ أيضاً، إلاّ أنّها بعد تقييدها بأدلّة الطيب تنطبق على المقصود من صحّة الفضولي مع لحوق الإجازة. و توهّم أنّ النسبة بينهما عموم من وجه، فلاوجه للتقييد، بل يتعارضان فبعد التساقط يرجع إلى عموم: ﴿أوْفُوا بِالعُقُود﴾ و يحكم بالصحّة. مدفوع بأنّه نعم إلاّ أنّ أدلّة الطيب لموافقتها لحكم العقل و العرف بقبح التصرّف في مال الغير أقوى، فتقدّم على الموثّقة و إن وردت على طبقها عدّة روايات.

هذا، و لكن فيه: أنّه ينافيه قوله: «و الربح بينهما على ما شرطه» إذ على الفضوليّة يكون تمام الربح للمالك و الخسران عليه إذا أجازه و قلنا بالكشف، و لصاحبه و الضمان عليه إذا لم يجزه أو أجازه و قلنا بالنقل، لأنّه مشترك بين الفضوليّ و المالك و الضمان على الفضولي كما هو نصّ الرواية، بل قوله: «على ما شرطه» ظاهر أو صريح في بقاء المضاربة و وقوع المعاملة بعنوان المضاربة. إلاّ أن يقال: إنّ الحكم المذكور تعبّد صرف، لكنّه بعيد إلى الغاية. فتبيّن أنّ الرواية لاربط لها بالفضولي، و إنّما تدلّ على صحّة المضاربة مع المخالفة، و بمضمونها أفتى الأصحاب.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

و حينئذٍ يشكل الرواية و كلمات الأصحاب بالجمع بين الحكم بالضمان على تقدير الخسران و بين الحكم بالشركة في الربح، إذ مقتضى الأوّل فساد المضاربة، و مقتضى الثاني صحّتها، مع أنّ قضيّة حديث: «الخراج بالضمان» على ما هو المعروف في معناه - و إن كان محلّ نظر عندنا، كما نبّهنا عليه في السابق - كون تمام الربح للعامل، كما أنّ الضمان عليه.

و يمكن دفع الإشكال بأنّ وروده مبنيّ على أن يكون ارتفاع الضمان عن العامل - كاشتراكه مع المالك في الربح - من مقتضيات نفس المضاربة، أو على أن يكون عقد المضاربة من العقود التي لاتنتج إلاّ الإباحة و الترخيص في التصرّف. أمّا على الأوّل فواضح. و أمّا على الثاني فلأنّ الترخيص و الإباحة لايجتمع مع منع المالك عن تصرّف خاصّ، فلابدّ في العمل بالرواية من الالتزام بالتعبّد في أحد الحكمين. وكلاهما خلاف التحقيق، إذ التحقيق أنّ ارتفاع الضمان عن العامل من مقتضيات كون يده يد أمانة لا من مقتضيات المضاربة، و أنّ نتيجة عقد المضاربة أوّلاً و بالذات هو الوضع، و هو جعل العامل سلطاناً على التصرّف، فلا مانع من بقاء

عن أبي‌عبدالله عليه السلام: "في رجل دفع إلى رجل مالاً ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فاشترى غير الذي أمره، قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرطه"[٣٤]. و نحوها غيرها الواردة في هذا الباب، فإنّها إن ابقيت على ظاهرها من عدم توقّف ملك الربح على الإجازة – كما نسب إلى ظاهر الأصحاب، و عدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنصّ، كما في المسالك و غيره[٣٥] – كان فيها استئناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره. و إن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب، و مقتضى الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله و النهي عن أكل المال بالباطل، اندرجت المعاملة في الفضولي. و صحّتها في خصوص المورد و إن احتمل كونها للنصّ الخاصّ، إلاّ أنّها لاتخلو عن تأييد للمطلب.

و من هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتّجار غير الولي في مال اليتيم(٢٢٥٠)

.....

السلطنة عليه مع النهي عنه فيما علم من الخارج أنّ مراده مطلق المضاربة كما هو الغالب، و إنّما نهى عن تصرّف خاصّ لالأجل تضييق دائرة المضاربة، بل لاعتقاده عدم الربح فيه، و لعلّه الظاهر من ملاحظة الغرض من المضاربة نوعاً، فيصحّ التصرّف بنحو المضاربة مع وجود الربح حتّى مع المخالفة. و أمّا الضمان في صورة الخسران فهو من آثار ما يستلزمه تعيين المتاع من عدم الإذن أو النهي، من جهة أنّه موجب لصيرورة يد العامل عليه يد عدوان و ضمان. و من هنا ظهر أنّ الرواية – بناءً على اختصاصها بالمضاربة – ليس لها تأييد على المطلب و لااستيناس بها له، لأنّها على ما ذكرنا في شرح الموثّقة و رفع الإشكال عنها داخلة في المأذون فيه، فتأمّل.

٢٢٥٠. ليس في أخبار الاتّجار بمال اليتيم من غير الوليّ عين و لاأثر لاصراحة و لاظهوراً، إذ بعضها نصّ في أنّ المتّجر به هو الوليّ، كرواية أسباط بن سالم قال: «قلت لأبي‌عبدالله عليه السلام: كان لي أخ هلك، فأوصى إلى أخ أكبر منّي و أدخلني معه في الوصيّة، و ترك ابناً صغيراً و له مال، أفيضرب به أخي فما كان من فضل سلّمه لليتيم، و ضمن له ماله؟ فقال عليه السلام: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، و إن لم يكن له مال فلايتعرّض لمال اليتيم» فإنّها نصّ في أنّ المتّجر به هو الوصي.

.....

و بعضها متضمّن لما يدلّ على اختصاصه بالوليّ، كصحيحة الربعي عن الصادق عليه السلام: «في رجل عنده مال اليتيم. فقال عليه السلام: إن كان محتاجاً ليس له مال فلايمسّ ماله، و إن اتّجر به فالربح لليتيم، و هو ضامن». و رواية منصور الصيقل: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به؟ فقال عليه السلام: إذا كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال، و إن كان لامال لك و عملت به فالربح للغلام، و أنت ضامن للمال». و رواية عليّ بن أسباط قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام فقلت: أخي أمرني أن أسألك عن مال اليتيم في حجره يتّجر به؟ فقال عليه السلام: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف أو أصابه شيء غرمه له، و إلاّ فلايتعرّض لمال اليتيم». إذ تقييد الضمان فيهما بما إذا لم يكن للمتّجر مال أقوى شاهد على أنّ المراد من التاجر هو الوليّ، فإنّه الذي لايضمن إذا تلف، على ما يدلّ عليه رواية أبي‌الربيع التي رواها في زكاة الوسائل قال: «سئل أبوعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم و هو وصيّه، أيصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره، و الربح بينهما. قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا إذا كان ناظراً له». حيث إنّها و إن دلّت على نفي الضمان من الوليّ المتّجر لأجل اليتيم مطلقاً و لو لم يكن له مال يفي بماله إن تلف، إلاّ أنّه لابدّ من تقييدها بما دلّ على الضمان مع عدم الملاءة، مثل ما رواه في تجارة الوسائل عن ابن‌مسلم عن أبي‌عبدالله عليه السلام: «في مال اليتيم، قال: العامل به ضامن، و لليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال. و قال: إن عطب أدّاه» فإنّه بمنطوقه يدلّ على الضمان بدون المال، و بمفهومه على عدمه مع المال، كما أنّ إطلاق هذا من حيث كون التاجر وليّاً أو غيره لوكان يقيّد بذاك، فيكون الحكم بعد تقييد إطلاق كلّ منهما بقيد الآخر عدم ضمان الوليّ المليّ، و أمّا غير الوليّ فهو ضامن مطلقاً و لوكان مليّاً، لحديث «على اليد».

نعم، بعضها بإطلاقه يعمّ لغير الوليّ أيضاً، و هو ما تضمّن كون الربح لليتيم و الضمان على التاجر. و لايخفى أنّ فيه جهتين للإطلاق، إحداهما: بالنسبة إلى الوليّ و غيره، و الأُخرى بالنسبة إلى لحوق الإجازة و عدمه على تقدير اتّجار غير الوليّ. و لايمكن العمل بكلا الإطلاقين، لمخالفته للإجماع، فيدور الأمر بين تقييده بصورة اتّجار الوليّ، و بين تقييدها بصورة لحوق الإجازة على تقدير اتّجار غير الوليّ، و الظاهر هو الأوّل، لبعد الثاني، فتكون المعاملة مأذوناً فيها غير مربوطة بباب الفضولي. نعم، لو لم يقم إجماع على خلاف تلك الإطلاقات

و أنّ الربح لليتيم، فإنّها إن حملت على صورة إجازة الوليّ – كما هو صريح جماعة[٣٦] تبعاً للشهيد – كان من أفراد المسألة، و إن عمل بإطلاقها كما عن جماعة ممّن تقدّمهم خرجت عن مسألة الفضولي، لكن يستأنس بها للمسألة بالتقريب المتقدّم. و ربّما احتمل دخولها في المسألة(٢٢٥١) من حيث إنّ الحكم بالمضي إجازة إلهيّة لاحقة للمعاملة، فتأمّل.

و ربّما يؤيّد المطلب أيضاً برواية ابن‌أشيم(٢٢٥٢)

.....

لكان فيها بلحاظ شمولها لاتّجار غير الوليّ مطلقاً استيناس للمسألة، إلاّ أنّ الشأن في إثبات هذا النحو من الإطلاق في الأخبار، و قد مرّ منعه، فتأمّل و افهم.

٢٢٥١. يعني: بعد البناء على إطلاق الأخبار و عدم تقييدها بصورة إجازة الوليّ ربّما احتمل دخولها في المسألة، من حيث إنّ الحكم بالمضيّ من جانب الشارع إجازة إلهيّة لاحقة على المعاملة الصادرة من الفضولي، و هو غير الوليّ، فلا حاجة في كونها من أفراد المسألة إلى إجازة الوليّ أو اليتيم بعد بلوغه.

و لعلّ الأمر بالتأمّل في ذيل العبارة إشارة إلى أنّ المراد بالإجازة ما يقوم مقام الإذن و الرضا المدلول على اعتباره بأدلّة الطيب، و من المعلوم أنّ الرضا من جهة كونه وظيفة المالك – كما هو صريح الأدلّة – لايقوم مقامه إلاّ إجازة المالك، و أمّا الإجازة الإلهيّة فالاكتفاء بها عن رضا المالك عبارة اُخرى من عدم اعتبار رضا المالك، و هذا خلف كما لايخفى. هذا، مضافاً إلى أنّ الصادر من اللّه‌ﷻ هو الحكم الكلّي، أعني: كون غير الوليّ المتّجر بمال اليتيم ضامناً، و كون الربح لليتيم، و هذا موجود قبل تحقّق المصاديق. قال بعض المحشّين: إن اُريد تسمية مثل الحكم بصحّة التجارة بمال اليتيم باسم فليسمّ إذناً إلهيّاً مقروناً بالمعاملة، لاإجازة إلهيّة لاحقة عليها، فحينئذ يكون المورد من مصاديق سبق الإذن، و لاربط له بمسألة الفضولي و الإجازة.

٢٢٥٢. قال السيّد الجزائري في شرح التهذيب: إنّ أشيم بضمّ الهمزة و فتح الشين، و حكاه في محلّ آخر عن المحقّق الثاني. و ببالي ضبطه في الخلاصة بفتح الألف و الياء. ثمّ إنّ متن الرواية – على ما ذكره في الوافي في آخر كتاب القضاء و الشهادات، في باب قضايا غريبة و أحكام دقيقة – هكذا: «التهذيب: الحسين عن السرّاد، عن صالح رزين، عن ابن‌أشيم، عن أبي‌جعفرعليه‌السلام» في عبد لقوم مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل ألف درهم فقال له: اشتر منها نسمة و أعتقها عنّي و حجّ عنّي بالباقي، ثمّ مات صاحب الألف درهم، فانطلق العبد فاشترى

.....

أباه فأعتقه عن الميّت و دفع إليه الباقي في الحجّ عن الميّت فحجّ عنه، فبلغ ذلك موالي أبيه و مواليه و ورثة الميّت، فاختصموا جميعاً في الألف درهم، فقال موالي المعتَق: إنّما اشتريت أباك بمالنا، و قال الورثة: إنّما اشتريت أباك بمالنا، و قال موالي العبد: اشتريت أباك بمالنا. فقال أبوجعفر عليه السلام: أمّا الحجّة فقد مضت بما فيها لاتردّ. و أمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لمولى أبيه. و أيّ الفريقين أقام البيّنة أنّ العبد اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقّاً».

قال قدس سره: «بيان: إنّما يصحّ دعوى موالي المعتق - بالفتح - أنّك اشتريت بمالنا إذا كان لهم أيضاً عنده مال للتجارة، فبناء هذه المسألة على ذلك و إن لم يجر له ذكر. و إنّما حكم عليه السلام بذلك لأنّ الأصل بقاؤه على الرقيّة لهم حتّى يثبت انتقاله عنهم إلى أحد الآخرين. و إنّما صحّت الحجّة لأنّ الرقّية لاتنافي النيابة في الحجّ». انتهى كلامه قدس سره.

ثمّ إنّه قد يتوهّم الإيراد على التأييد بهذه الرواية - مضافاً إلى ضعف سندها بجهالة الراوي أو غلوّه، و مخالفتها للقاعدة، من جهة تقديم قول مدّعي فساد البيع، و هو قول مولى العبد المعتق، لكون الثمن و المثمن لمالك واحد، و معه يفسد البيع حيث حكم برقيّته لمولاه، و لذا لم يعمل بها المشهور - بأنّها لاربط لها بمسألة الفضولي، لأنّها صريحة في كون العبد المشتري مأذوناً من قبل أبي الورثة و مولى نفسه في التجارة و الاكتساب على الإطلاق، الشامل لشراء العبد الخاصّ المفروض شراؤه في الرواية بالمال الموجود لهما في يد العبد، الواصل إليه بإذن منهما. و إنّما يكون موردها من جزئيّات المسألة فيما إذا كان العبد قد أخذ مالهما بدون إذن منهما و اشترى به المملوك، و هو خلاف المتبادر من الرواية، أو قيّد متعلّق الإذن بغير ذاك العبد المشترى، و هو خلاف الإطلاق، فتدبّر.

و فيه: أنّ هذا ناشٍ من عدم ملاحظة الرواية و الاكتفاء بما نقله في المتن، و ذلك لأنّها كما نقلناها صريحة في أنّ الشراء إنّما تحقّق بعد موت أبي الورثة، و عليه يكون الشراء بمال الورثة، لبطلان الوكالة بموت الموكّل. و دعوى كونه من باب الوصيّة لاالوكالة يردّها حكم الإمام عليه السلام بسماع دعوى الورثة، إذ بناءً على الوصيّة لاتسمع دعواهم كون الشراء من مالهم كما هو واضح. و لادلالة في الرواية على اطّلاعهم على ما صدر عن أبيهم، و لا على إذنهم له أيضاً مثل أبيهم في شراء العبد بمالهم الذي دفعه أبوهم إليه ثمّ انتقل إليهم بموته. و لادلالة فيها على أن يكون لهم مال آخر عند العبد للتجارة غير ما دفعه إليه الأب. و على هذا يكون الشراء

الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقها، و يحُجّه عن أبيه فاشترى أباه و أعتقه، ثمّ تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثة الدافع و ادّعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبوجعفر عليه السلام: "يرد المملوك رقّاً لمولاه، و أيّ الفريقين أقاموا البيّنة بعد ذلك على أنّه اشتراه بماله كان رقّاً له... الخبر"[٣٧]؛ بناءً على أنّه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملّك المبيع بعد مطالبته المتضمّنة لإجازة البيع، لم يكن مجرّد دعوى الشراء بالمال و لإقامة البيّنة عليها كافية في تملّك المبيع. و ممّا يؤيّد المطلب أيضاً صحيحة الحلبي(٢٢٥٣)

.....

من ذاك المال الذي دفعه أبوهم من مصاديق الفضولي. و مقتضى حكمه عليه السلام برقيّة العبد المشترى لهم - و كونه ملكاً لهم فيما إذا أقاموا البيّنة على كون الشراء بمالهم، الكاشفة عن الرضا و الإجازة - هو صحّة هذا الشراء الفضولي.

و أمّا الإيراد عليها بمخالفتها للقاعدة، ففيه: أنّها مبنيّة على كون مدّعى مولى الأب المعتق - بالفتح - هو فساد البيع بعد الفراغ عن تحقّق حقيقة البيع، و هو ممنوع. و إنّما يدّعي هو عدم تحقّق البيع، فيكون النزاع بينه و بين مقابله في وقوع البيع و عدمه، فيدّعي هو عدمه، و يدّعي كلّ من الآخرين وقوعه صحيحاً، فيكون النزاع بينهم في أصل الوقوع صحيحاً و أصل عدم الوقوع بالمرّة، و الأصل فيه عدم الوقوع، فيكون تقديم قوله على طبق القاعدة، لا في صحّة الواقع و فساده بعد الفراغ عن وقوعه، حتّى يكون الأصل في المسألة هو الصحّة، فيكون تقديم قوله على خلاف القاعدة، و ذلك لأنّ اختلاف مالك المثمن و الثمن مأخوذ في حقيقةالبيع لغةً و عرفاً، فلا بيع حقيقة مع الاتّحاد.

و من هنا يعلم اندفاع الإيراد على الرواية بعدم عمل المشهور بمضمونها. وجه الاندفاع: أنّ نظرهم في ذلك إلى توهّم كونها على خلاف القاعدة، و قد عرفت أنّها على طبقها، فلم يبق إلاّ ضعف السند.

ثمّ إنّ الوجه في جعل هذه و ما قبلها و ما بعدها من المؤيّدات احتمال كون الحكم في مواردها كذلك لأجل النصّ الخاصّ، فلايكون دليلاً على صحّة عنوان الفضولي على وجه الكلّية.

٢٢٥٣. لاوجه لذلك أصلاً، إذ غاية ما يدلّ عليه قوله: «لايصلح» إنّما هو كراهة الإقالة بوضيعة، بل نفي رجحانها، و أنّ طريق تدارك ذلك على تقدير الإقدام عليها ردّ ما زاد

عن الرجل يشتري ثوباً و لم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه، فأبى أن يقبله* إلاّ بوضيعة، قال: لايصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ** على صاحبه الأوّل ما زاد"؛ فإنّ الحكم بردّ ما زاد لاينطبق بظاهره إلاّ على صحّة بيع الفضولي لنفسه.

و يمكن التأييد له أيضاً بموثّقة عبدالرحمان بن ابي عبدالله، قال: سألت أبيعبدالله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الوَرِق، فيشترط عليه أنّك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثمّ يأتي بالمتاع، فيقول: خُذ ما رضيت و دع ما كرهت. قال: لابأس... الخبر"[٣٨] بناءً على أنّ الاشتراء من السمسار(٢٢٥٤)

.....

على صاحبه الأوّل، فلايرتبط بالفضولي، إذ الإقالة صحيحة إلاّ أنّها مكروهة، و مع الصحّة يكون البايع مالكاً، فيقع المبيع في ملكه.

نعم، لوكان المراد من قوله: «لايصلح له...» هو الحرمة الوضعيّة أو التكليفيّة مع القول بدلالتها على الفساد لاتّجه ما ذكره المصنّف، إلاّ أنّه احتمال لايساعد عليه ظاهر الكلام.

هذا، و يمكن أن يقال: إنّ المراد من عدم الصلاح هنا الحرمة الوضعيّة، بمعنى اشتراط صحّة الإقالة بعدم الوضيعة وكذلك الزيادة، و ذلك لمنافاتها لمقتضى الإقالة من رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه، حيث إنّها فسخ لابيع و لامعاملة مستقلّة، فتدلّ حينئذٍ على فساد الإقالة لأجل فساد الشرط، و بضميمة عدم الفرق بينها و بين غيرها تدلّ على فساد المعاوضة و غيرها من المعاملات بفساد الشرط، فتأمّل، فإنّ التحقيق عدم الفرق فيما إذا كان الشرط مخالفاً لحقيقة ما اشترط فيه الشرط.

ثمّ أنّ تقريب تطبيق الرواية على صورة الإجازة ما تقدّم في موثّقة جميل من الحمل على الغالب من رضا المالك بالبيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له. و كيف كان، فهي تدلّ على مشروعيّة الإقالة بدون الوضيعة و كونها مفروغاً عنها، فتأمّل.

٢٢٥٤. أي: الاشتراء الصادر من السمسار.

---

* في بعض النسخ: يقيله.

** في بعض النسخ: يردّ.

يحتمل أن يكون لنفسه(٢٢٥٥)، ليكون الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة، و يوفّيه دينه. و لاينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممّن يشتري بالأجر؛ لأنّ توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله، لا بملاحظة هذه القضيّة الشخصيّة. و يحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضي و يفسخه فيما كره. و يحتمل أن يكون فضوليّاً عن صاحب الورق، فيتخيّر ما يريد و يردّ ما يكره.

و ليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضوليّاً كما لايخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه و حكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

.....

٢٢٥٥. الظاهر من الموثّقة ليس إلاّ هذا الاحتمال، لأنّ احتمال كونه فضوليّاً خلاف ما يظهر من قوله: «فيشترط عليه...» من أنّ تعليق صاحب الورق أخذه و تركه على مشيّته ليس بحسب جعل الشارع له ذلك كما في الفضولي، بل إنّما هو من جهة الاشتراط، كما أنّ قول السمسار له: «خذ ما رضيت...» إنّما هو من جهة العمل بالشرط و التباني الحاصل بينهما. و مع الغضّ عن ذلك ففي كونه فضوليّاً إشكال، لتوقّفه على أن يكون دفع الورق إليه بعنوان الأمانة، أو بعنوان الإذن في الشراء لصاحبه و لكن مقيّداً باشتراطه الخيار له على بائع الأمتعة، فاشتراها منه بلا شرط الخيار، و كلاهما كما ترى.

و بعد هذا، إمّا أن يراد من قوله: «إنّك تأتي بما تشتري...» جعل خيار الفسخ و الالتزام في أصل المعاملة بحسب الكراهة و المشيّة، بأن تكون المعاملة بينه و بين بايع الأمتعة، و يكون السمسار صرف الواسطة، كما هو قضيّة توصيفه بالاشتراء بالأجر. و إمّا أن يراد منه اشتراط وفاء الدين ممّا يشتريه، بأن يدفع الورق إلى السمسار بنحو القرض ليكون الشراء لنفسه. و لاسبيل إلى الأوّل الذي جعله المصنّف ثاني الاحتمالات، لأنّه مستلزم للتصرّف في مرجع الضمير المجرور بـ«على»، إذ الظاهر - بل المقطوع - رجوعه إلى السمسار، و هو لكونه أجنبيّاً عن المعاملة لاداعي لجعل الخيار عليه نوعاً، فلابدّ من إرجاعه إلى بايع الأمتعة، و هو خلاف الظاهر. فتعيّن الثاني الذي جعله أوّل الاحتمالات. و عليه تكون الرواية ظاهرة في

و ربّما يؤيّد المطلب بالأخبار الدالّة على عدم فساد نكاح العبد(٢٢٥٦) بدون إذن مولاه، معلّلاً بأنّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده، حاصله: أنّ المانع من صحة العقد إذا كان لايرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً و هو عصيان الله تعالى، و أمّا المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيّد، فبزواله يصحّ العقد و رضا المالك من هذا القبيل، فإنّه لايرضى أوّلاً و يرضى ثانياً بخلاف سخط اللهﷻ بفعلٍ، فإنّه يستحيل رضاه. هذا غاية ما يمكن أن يحتجّ و يستشهد به للقول بالصحّة، و بعضها و إن كان ممّا يمكن الخدشة فيه(٢٢٥٧)، إلاّ أنّ في بعضها الآخر غنىً وكفايةً.

و احتج للبطلان بالأدلّة الأربعة: أمّا الكتاب، فقوله تعالى: ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾.

إذن صاحب الورق للسمسار في اقتراض الورق منه، و اشتراط وفائه من الأمتعة التي يشتريها به، فينافي كونه فضوليّاً، فلايبقى مجال للتمسّك بترك الاستفصال.

٢٢٥٦. نظره في التأييد بها إلى عموم العلّة المنصوصة فيها، فيكون مغايراً لما مرّ من الاستدلال بالأولويّة، فلايرد أنّها تكرار للسابق مع ما مرّ من الإشكال على الأولويّة.

هذا، و يمكن الخدشة في الاستدلال بذلك بأنّه يتمّ في خصوص ما إذا كان الفضولي- مثل موردها في كون العقد الصادر من الفضولي - واجداً للإضافة إلى العاقد المعتبرة في موضوع وجوب الوفاء، و هو العقد المضاف إلى المخاطب بالوفاء، بحيث لاقصور فيه من جهة تلك الإضافة، بل القصور فيه إنّما هو من جهة أُخرى، مثل بيع الراهن العين المرهونة، فإنّ إضافة العقد إليه موجودة في حال الصدور، و لاحاجة فيها إلى إجازة المرتهن، و إنّما المحتاج إليها شيء آخر غيرها. فلايتمّ الاستدلال بها فيما إذا كان عقد الفضولي حين الصدور فاقداً لتلك الإضافة، و إنّما توجد بالإجازة، لإمكان اعتبار أن يكون الفرق بين العقد المقارن لتلك الإضافة - كما في مورد هذه الأخبار - و بين الملحوق بها، كما في عقد غير المالك و بيعه مال غيره، فلابدّ في الاستدلال بها من نفي الفرق بينهما بالتمسّك بذيل إطلاق مثل آية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بحسب زمان حصول إضافة العقد إلى المالك المخاطب بالوفاء، و معه لاحاجة إلى تلك الأخبار، فتدبّر.

٢٢٥٧. لعلّ مراده من هذا البعض رواية عروة و ما ذكره بين صحيحة محمّد بن قيس و بين رواية ابن أشيم. و مراده من البعض الثاني العمومات و الصحيحة و رواية ابن أشيم و ما

دلّ بمفهوم الحصر أو سياق التحديد(٢٢٥٨) على أنّ غير التجارة عن تراضٍ(٢٢٥٩) أو التجارة لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير و إن لحقها الرضا، و من المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنى. و فيه: أنّ دلالته على الحصر ممنوعة(٢٢٦٠)؛

.....

بعدها. و قد مرّ الإشكال في المؤيّدات واحداً بعد واحد. و مرّ أيضاً عدم صحّة التمسّك بالعمومات على مبناه أُصولاً و فروعاً، من إرجاع ما ينافيها إلى تخصيص الفرد لا إلى تقييد الحال، و لازمه عدم دخول الفضولي بعد الإجازة فيها بعد خروجها عنها قبلها. و سيأتي تفصيل القول في ذلك في خيار الغبن إن شاء اللّه عند الكلام في كونه على الفور أو التراخي.

نعم، يصحّ أن يتمسّك بها بناءً على كونه من قبيل تقييد الإطلاق الحالي أو كون خروج الفضولي قبل الإجازة عنها من قبيل التخصّص، على ما أشرنا إليه من أنّ مفاد آية الوفاء بالعقود هو الأمر على كلّ عاقد بالوفاء بعقده، و كذا آية التجارة و آية حلّ البيع. و مرّ أيضاً عدم تماميّة دلالة الصحيحة بناءً على ما اختاره في مناط الاستدلال بها. و أمّا بناءً على ما ذكرناه فيه فلا بأس بالاستدلال بها، فتأمّل و افهم.

٢٢٥٨. يعني: تحديد التجارة في الآية بتوصيفها بـ«عن تراضٍ» و تقييدها به.

٢٢٥٩. هذا متعلّق بـ«دلّ» بطور اللفّ و النشر المرتّب، فلاتغفل.

٢٢٦٠. ظاهره أنّ الاستثناء المنقطع لايفيد الحصر، و لاوجه له إلاّ توهّم أنّ «إلّا» في المنقطع بمنزلة «لكن» للاستدراك. و فيه: أنّ استعمالها في معنى «لكن» في أمثال المقام في غاية البعد، بل غلط محض، و لذا لايصحّ استعمالها فيما يصحّ فيه استعمال «لكن» مثل: جاءني زيد لكن عمرو، فهي في كلّ مورد قد استعملت في معناها الحقيقي - غاية الأمر مبنيّاً على ادّعاء دخول ما بعدها فيما قبلها - مبالغة في الحصر. و بالجملة، لاوقع في الخدشة في دلالة الآية من جهة الحصر بانقطاع الاستثناء.

هذا، مع أنّه يمكن أن يقال بأنّ الاستثناء في الآية متّصل مفرّغ، و المستثنى منه هو الأموال بلحاظ عمومها لحال طروّ التجارة عليها و حال عدمه. و الوجه في ذلك: أنّ الظاهر - و لاأقلّ من الاحتمال - أنّ «بالباطل» ظرف مستقرّ متعلّق بما تعلّق به «بينكم» الذي هو صفة الأموال، أعني: الحاصلة، و الضمير في «تكون» مؤنّث راجع إلى الأموال الموصوفة بالوصف

لانقطاع الاستثناء – كما هو ظاهر اللفظ(٢٢٦١) و صريح المحكيّ عن جماعة من

.....

الكذائي، لأنّه مذكّر راجع إلى سبب الأكل المستفاد من قوله «بالباطل» بلحاظ تعلّقه بـ«لاتأكلوا» و إنّما أنّث باعتبار تأنيث الخبر و هو التجارة، لأنّه خلاف الظاهر بلا وجه، إذ ليس في الآية ذكر السبب حتّى يرجع الضمير إليه. و لو بني الأمر على ارتكاب خلاف الظاهر في الآية فالأولى إرجاع الضمير إلى الأكل و تقدير مضاف إلى التجارة، فيكون المعنى: إلاّ أن يكون الأكل أكل تجارة عن تراضٍ.

و بالجملة، الظاهر رجوع الضمير إلى الأموال. و التجارة مصدر بمعنى المفعول كناية عن الأموال، أو صفة لمحذوف و هو الأموال، يعني: أموالاً متجورة وردت عليها التجارة عن تراضٍ. و إضافة الأموال إلى ضمير الجمع للاختصاص، و لكن بلحاظ نظر المخاطبين لا بلحاظ الواقع و نظر الشرع، لعدم معقوليّة أكل المالك الشرعيّ مال نفسه بالسبب الباطل، بناءً على الظاهر من تعلّق الباء بـ«لاتأكلوا» مع كونها للسببيّة، و عدم معقوليّة كون المال له شرعاً بالسبب الباطل شرعاً، بناءً على تعلّقها بالمقدّر كما ذكرنا. و توهّم تعلّقها بالأكل مع كونها بمعنى «في» يعني: لاتصرفوا أموالكم في الأمور الباطلة، فاسد جدّاً، لفساد المعنى حينئذٍ قطعاً. و الباطل و إن فسّر في المرويّ عن الباقر عليه السلام بالقمار و الربا و النجس و الظلم، إلاّ أنّ الظاهر أنّه من باب المثال، فيعمّ غيره، كالغشّ بما يخفى، و المقبوض بالعقد الفاسد، و الفضولي قبل الإجازة، إلى غير ذلك.

فيكون المعنى على ما ذكرنا: لاتأكلوا الأموال الحاصلة عندكم و الصائرة بيدكم بالأسباب الباطلة في حال من الأحوال – أي: سواء طرأ عليها عنوان التجارة و المعاملة عن تراضٍ أم لا – إلاّ أن تكون تلك الأموال المأخوذة بالباطل أموالاً يتّجر عليها عن تراضٍ و يطرأ عليها هذا العنوان، فيحلّ أكلها و ترتفع الحرمة عنها. و يؤيّده موافقته لقراءة رفع التجارة على الفاعليّة، لتكون تامّة بمعنى: تقع، إذ المعنى بناءً عليه: إلاّ أن تقع تجارة عن تراض عليها، أي: على تلك الأموال. و على هذا لاإشكال في إفادتها الحصر، و لكن لاينافي صحّة الفضولي، لأنّ المال الذي تعلّق به عقده إنّما هو يصير بعد الإجازة من مصاديق المستثنى، كما لايخفى على المتدبّر، فتدبّر.

٢٢٦١. قضيّة هذا التعبير احتمال اتّصال الاستثناء في الآية غاية الأمر خلاف الظاهر،

المفسّرين[٣٩] – ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه.

و أمّا سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو – مع تسليمه – مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أُخرى، ككونه وارداً مورد الغالب(٢٢٦٢)، كما فيما نحن فيه و في قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾[٤٠]، مع احتمال أن يكون(٢٢٦٣) "عن تراضٍ" خبراً بعد خبر لـ"تكون" على قرائة نصب "التجارة"(٢٢٦٤) لاقيداً لها – و إن كان غلبة توصيف النكرة تؤيّد التقييد – فيكون المعنى: إلاّ أن يكون سبب الأكل(٢٢٦٥)"تجارة"، و تكون "عن تراض".

.....

و هو منافٍ لما ذكره في تعليله من ضروريّة عدم فرديّة التجارة عن تراضٍ للباطل. و قد يوجّه بأنّ نظره في احتمال الاتّصال إلى احتمال ابتنائه على التناسي و التغافل عن قيد «عن تراضٍ» و ملاحظة نفس المقيّد نظير العطف على التوهّم، فافهم.

٢٢٦٢. ورود القيد بلحاظ الغالب و إن كان أمراً صحيحاً إلاّ أنّه لايعدّ فائدة في عرض الفوائد، فتنزيل القيد عليه في معنى إلغائه، و لذا ربّما يلتمس له فائدة – كما في آية الربائب – و يقال: إنّ فائدة القيد فيها بيان نزول الربائب منزلة الأولاد. و بالجملة، صحّة ملاحظة الغلبة لاتنافي كونه ظاهراً في المفهوم و لو بمعونة سياق التحديد، مضافاً إلى المؤيّدات العقليّة و النقليّة القاضية لمدخليّة الرضا في النقل و الانتقال الاختياريّ، الموجبة لتقييد التجارة به لوكانت غير مقيّدة به. كذا قيل.

٢٢٦٣. هذا إشارة إلى منع التحديد بالقيد. و لايخفى أنّ الاحتمال المذكور إنّما يجدي فيما إذا أوجب تعدّد الاستثناء، و كون كلّ واحد من الخبرين علّة للحلّ في عرض الآخر، بحيث يكون الكلام بتقدير «أو» بين الخبرين كما يقتضيه.

٢٢٦٤. التقييد بهذا من أجل تعيّن التأييديّة على قرائة الرفع على الفاعليّة لـ«تكون» بجعلها تامّة، لبعد كونها ناقصة و التجارة اسمها و «عن تراض» خبرها، إذ المناسب حينئذٍ تعريف التجارة.

٢٢٦٥. يعني: إلاّ أن يكون سبب الأكل تجارتكم أو تجارة الغير، و عقده عن تراضٍ منكم بمضمونه.

و من المعلوم: أنّ السبب الموجب(٢٢٦٦) لحلّ الأكل في الفضولي إنّما نشأ عن التراضي(٢٢٦٧)، مع أنّ الخطاب لُملاّك الأموال(٢٢٦٨) و التجارة في الفضولي إنّما تصير تجارة المالك بعد الإجازة، فتجارته عن تراضٍ.

.....

٢٢٦٦. يعني: أنّ السبب - أي: العقد - الموجب لحلّ الأكل في عقد الفضولي إنّما نشأ إيجابه له و تأثيره فيه عن التراضي من المالكين لانفس السبب و هو العقد، لأنّه فيه لم ينشأ منه. و أنت خبير بأنّ تعدّد الخبر في مثل المقام يوجب اعتبار اجتماعهما في موضوع واحد، كما في قوله: الرمّان حلو حامض، فيفيد فائدة التقييد، و يسلم عن احتمال الورود مورد الغالب. فتكون دلالة الآية مع هذا الاحتمال على مدّعى الخصم أقوى منها مع خلافه، و هو احتمال التوصيف و التقييد.

هذا، مع أنّه يرد على تعدّد الاستثناء أنّ قضيّة الخبر الأوّل كون التجارة مطلقاً - و لو بلا تراضٍ - مجوّزاً للأكل، و هو باطل. و إن قيّدت بالتراضي فلازمه وحدة المستثنى، و هو خلف. و قضيّة الخبر الثاني بقرينة كلمة «عن» اعتبار مقارنة سبب حلّ الأكل للتراضي و مجاوزته عنه في تأثيره، و هي منتفية في الفضولي، لأنّ عقده لم يتجاوز عن تراضي المالكين، و إنّما الذي تجاوز عنه إنّما هو أثره - و هو الحلّ - لانفسه، فجعله خبراً آخر يوجب مخالفة ظهور رجوع ضمير «تكون» إلى نفس السبب و إرجاعه إلى أثره، و بعبارة أُخرى: إلى وصف تأثيره، و هو كما ترى.

٢٢٦٧. قد مرّ بيان المراد منه و ما يتّجه عليه.

٢٢٦٨. يعني: مع أنّا نسلّم كونه قيداً لها، كما يؤيّده غلبة توصيف النكرة، و نقول: إنّ الخطاب... . و عليه، لافرق بين كونه احترازيّاً أو كاشفاً عن المفهوم و مبيّناً له. الأوّل بناءً على عدم أخذه في مفهوم التجارة. و الثاني بناءً على أخذه فيه، كما هو ظاهر مجمع البحرين.

هذا، و لكن يرد عليه أنّه بعد كون المراد من الآية حرمة أكل بعض الناس مال البعض الآخر كما في بعض التفاسير - نظراً إلى عدم صحّة المعنى بدونه، ضرورة جواز أكل المالك ماله - لايكون وجه لتخصيص الخطاب بخصوص الملاّك، بمعنى: دخالة خصوصيّة المالكيّة في الحكم، بل الحكم عامّ لجميع الناس. و يدلّ على التعميم لغير المالك ما في المجمع عن الباقر عليه السلام في تفسير الباطل في الآية بالربا و القمار و البخس و الظلم، إذ من المعلوم أنّ الأكل بالظلم غير معلوم من

و قد حكي عن المجمع(٢٢٦٩) أنّ مذهب الإماميّة و الشافعيّة و غيرهم أنّ معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتفرّق* أو التخاير بعد العقد. و لعلّه يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر(٢٢٧٠).

.....

المالك.

هذا، و يمكن أن يوجّه ذلك بأنّ المراد من الخطاب ليس على ظاهره من كونه مقابل الغيبة كي ينطبق على «لاتأكلوا» و يرد عليه ما ذكر، بل المراد منه الحكم الوضعي، أعني: سبب الأكل، يعني: إلاّ أن يكون سبب الأكل تجارة لصاحب الأموال عن تراضٍ منه إنّما يحصل بالإجازة، و بعدها تكون تجارته عن تراضٍ. و على هذا يرتفع الإشكال الذي ذكرناه عن عبارة المصنّف.

٢٢٦٩. لم يحضرني المجمع حتّى أراجعه، و لكنّ السيّد الجزائري في شرح التهذيب قال: «إنّ في معنى التراضي بالتجارة قولين. أحدهما: أنّه إمضاء البيع بالتفرّق أو التخاير بعد العقد، و إليه ذهب أصحابنا الإماميّة و جماعة من الجمهور. و الثاني: البيع بالعقد فقط. و هو مذهب مالك و أبي‌حنيفة» انتهى. و هو كما ترى مخالف لظاهر ما حكاه عن المجمع، فإنّه ظاهر في موافقة مالك و أبي‌حنيفة للإماميّة أيضاً، فتأمّل.

٢٢٧٠. يعني: أنّ المحكيّ عن المجمع – من كون المراد من التراضي بالتجارة في الآية التراضي ببقاء العقد و لزومه، بمعنى إسقاط الخيار إمّا بالفعل كالتصرّف، و إمّا بالقول كالتخاير، بأن يقول: اخترت العقد، لاالتراضي بأصل انعقاد التجارة و صحّته، لعدم احتياجه إلى البيان، حيث إنّ اعتباره معلوم من الخارج – و إن كان غير مرضيّ منه، لأنّه مع كونه مخالفاً للظاهر مستلزم لعدم حواز الأكل إلاّ بعد إسقاط الخيار، فيكون العقد من المالكين قبله من أفراد الباطل، و الأكل به من الأكل بالباطل، و لاقائل به من الإماميّة إلاّ الشيخ و من تبعه في توقّف الملك على انقضاء الخيار، و لعلّه لذا نسبه إلى الإماميّة، إلاّ أنّه يدلّ على كون الظرف في الآية خبراً بعد خبر، إذ على القيديّة يدلّ على اعتبار مقارنة التجارة للتراضي و تجاوزها عنه، و لازمه عدم إمكان إرادة ما ذكروه في معنى التراضي منه في الآية، لعدم تعقّل

---

* في بعض النسخ: بالتصرّف.

و أمّا السنّة، فهي أخبار، منها: النبويّ المستفيض و هو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: "لاتبع ما ليس عندك" فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه؛ لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنبويّ الآخر: "لابيع إلاّ فيما يملك" بعد قوله ﷺ: "لاطلاق إلاّ فيما يملك، و لاعتق إلاّ فيما يملك"، و لما ورد في توقيع العسكري عليه السلام إلى الصفّار: "لايجوز بيع ما ليس يملك". و ما عن الحميري أنّ مولانا عجل الله فرجه(٢٢٧١) كتب في جواب بعض مسائله: "أنّ الضيعة لايجوز ابتياعها إلاّ عن مالكها أو بأمره أو رضاً منه". و ما في الصحيح عن محمّد بن مسلم الوارد في أرض بفم النيل اشتراها رجل و أهل الأرض يقولون: هي أرضنا، و أهل [الأسياف] يقولون(٢٢٧٢): هي من أرضنا. فقال: "لاتشترها إلاّ برضا

.....

تحقّق الإمضاء بالتصرّف و التخاير بعد العقد مقارناً للعقد، فيلزم بطلان العقد الذي وقع التصرّف و التخاير بعده، و الحال أنّه لاشبهة في صحّته. و كيف كان، فعلى هذا لابدّ من إرجاع ضمير «تكون» إلى الأكل المستفاد من «تأكلوا» لا إلى السبب كما صنعه المصنّف، إذ فيه ما مرّ من منافاته لمقتضى كلمة «عن» إلاّ بنحو من التصرّف و التأويل.

٢٢٧١. متن الرواية أنّه «كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام أنّ بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيها حصّة، و أكرته ربّما زرعوا و تنازعوا في حدودها، و تؤذيهم عمّال السلطان، و تتعرّض في الكلّ من غلاّت ضيعته، و ليس لها قيمة لخرابها، و إنّما هي بائرة منذ عشرين سنة، و هو يتحرّج من شرائها، لأنّه يقال: إنّ هذه الحصّة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان، فإن جاز شرائها من السلطان كان ذلك صوناً و صلاحاً له و عمارة لضيعته، و أنّه يزرع هذه الحصّة من القرية البائرة لفضل ماء ضيعته العامرة، و ينحسم عنه طمع أولياء السلطان، و إن لم يجز ذلك عمل بما تأمره إن شاء اللّه» فأجابه «الضيعة لايجوز...» إلى آخر ما ذكره في المتن.

٢٢٧٢. في الوافي في باب حكم أرض الخراج و أرض أهل الذمّة بعد أن نقل الرواية قال: «بيان: الأستان بالضمّ أربع كور ببغداد» انتهى. و في المجمع: «الكورة: المدينة و الناحية. و الجمع: كور، مثل: غرفة و غرف» انتهى. و في بعض النسخ المصحّحة بدل «الأستان» الأسياف. و كتب عليه المصحّح ما في المجمع «في الخبر: فأتينا سيف البحر. هو بكسر السين:

أهلها". و ما في الصحيح عن محمّد بن القاسم بن الفضل في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها كتاباً أنّها قد(٢٢٧٣) قبضت المال و لم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له: يمنعها أشدّ المنع، فإنّها باعت ما لم تملكه"[٤١].

و الجواب عن النبويّ أوّلاً: أنّ الظاهر من الموصول هي العين الشخصيّة؛ للإجماع و النصّ على جواز بيع الكلّي، و من البيع البيع لنفسه(٢٢٧٤) لا عن مالك العين، و حينئذٍ فإمّا أن يراد بالبيع مجرّد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه(٢٢٧٥)، فلايقع له و لا للمالك بعد إجازته.

.....

ساحل البحر. و الجمع: أسياف» انتهى. و الظاهر أنّه اشتباه.

٢٢٧٣. يعني: كتب ورقة مشتملة على أنّ الامرأة البايعة قد قبضت الثمن و الحال أنّها لم تقبضه، كما هو المرسوم فعلاً أيضاً، حيث يكتب في الكتاب قبض الثمن قبل قبضه. ثمّ في الوافي بعد نقل الخبر قال: «بيان: فلان كناية عن العبّاس. و في الكافي: عن امرأة من العبّاسيّين. و القطائع محالّ ببغداد أقطعها المنصور(لعنه اللّه) لأناس من أعيان دولته ليعمّروها و يسكنوها. و إنّما لم تملكها لأنّها كانت للإمام عليه السلام».

٢٢٧٤. يعني: أنّ الظاهر من البيع المنهيّ عنه بقوله: «لاتبع ما ليس عندك» هو البيع لنفسه لا عن المالك. وجه الظهور: وروده - كما في التذكرة - مقام الجواب عن سؤال الحكيم بن حزام عن أن يبيع الشيء فيمضي و يشتريه و يسلّمه، و من المعلوم أنّ المراد من البيع في السؤال هو البيع لنفسه.

هذا، و فيه: أنّ اختصاص السؤال بشيء لايقتضي اختصاص الجواب به، فيمكن عمومه لغيره بنحو من الإطلاق، فلايبقى منشأ لذاك الظهور، فينحصر الجواب عنه بالوجه الثاني. إلاّ أن يقال: إنّ مجرّد إمكان العموم لايجدي، بل لابدّ من الظهور فيه، و هو منتفٍ، إذ لامنشأ له إلاّ الإطلاق و مقدّمات الحكمة التي فيها انتفاء القدر المتيقّن في مقام التخاطب، و هو منتفٍ مع سبق السؤال عن حكم بعض أفراد المطلق، فيؤخذ بالقدر المتيقّن، فتأمّل، و يرجع في الباقي إلى الإطلاقات.

٢٢٧٥. فيكون أجنبيّاً عمّا نحن بصدده فعلاً، و هو بيع الفضولي عن المالك و لأجله.

و إمّا أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه(٢٢٧٦) ثمّ يمضي ليشتريه من مالكه، قال: لأنّه ﷺ ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشئ فيمضي و يشتريه و يسلّمه، فإنّ هذا البيع غير جائز و لانعلم فيه خلافاً؛ للنهي المذكور و للغرر؛ لأنّ صاحبها قد لايبيعها[٤٢]، انتهى. و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد و يحيى الآتيتين

.....

ثمّ إنّ دلالته على عدم الجواز في بيعه لنفسه من جهة دلالة النهي على الفساد و عدم ترتّب الأثر على الإنشاء المنهيّ عنه.

٢٢٧٦. يعني: أن يبيع لنفسه، و اشترى المشتري على نحو التنجيز غيرَ مترقّبٍ لإجازة المالك الأصلي. و الوجه في أنّ المصنّف أراد كون ما ذكرنا هو مراد العلاّمة ﷺ لاشيء آخر: أنّه قال في المسألة الأُولى من مسائل «من باع شيئاً ثمّ ملكه» بعد تقوية بطلانه عملاً بالروايات الناهية ما لفظه: «ثمّ إنّ الواجب على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، و هو ما لو باع البايع لنفسه، و اشترى المشتري غير مترقّب لإجازة المالك و لا لإجازة البايع إذا صار مالكاً». و هذا هو الذي ذكره العلاّمة في التذكرة نافياً للخلاف في فساده، قال: «لايجوز أن يبيع عيناً...» إلى آخر عبارة العلاّمة التي ذكرها هناك.

ثمّ إنّ وجه إرادة العلاّمة ما ذكره لاشيئاً آخر - كالمعنى الأوّل - هو تعليله بطلان هذا البيع - مضافاً إلى النهي - بالغرر و عدم القدرة على التسليم، معلّلاً بأنّ صاحب العين الأوّل قد لايبيعها، بالتقريب الذي ذكره المصنّف في المسألة المذكورة بقوله: «و استدلاله بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر، بل صرّح في وقوع الاشتراء غير مترقّب لإجازة بمجيز» انتهى. و لكن يأتي أنّه محلّ تأمّل بل منع.

و كيف كان، فقد ظهر الفرق بين المعنيين، و أنّ المراد من البيع الذي نهي عنه في المعطوف عليه صرف الإنشاء لنفسه مطلقاً ترقّب الإجازة أم لا، و في المعطوف هو الإنشاء لنفسه المقيّد بكونه على نحو عدم ترقّب الإجازة من مجيز بعد العقد بما هو مقيّد. و بعبارة أُخرى: أنّ النهي على الأوّل ناظر إلى الإنشاء فيفسد و لو لحق به الإجازة، و على الثاني إلى خصوصيّة كونه على وجه التنجيز و عدم ترقّب الإجازة. فيدلّ حينئذٍ على فساد الخصوصيّة فقط، و أمّا فساد أصل الإنشاء بحيث لايترتّب عليه بعد الإجازة فلادلالة عليه، فيرجع إلى العمومات.

في بيع الفضولي لنفسه(٢٢٧٧)، و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبايع بمجرّد انتقاله إليه بالشراء(٢٢٧٨)، فلاينافي(٢٢٧٩) أهليّته لتعقب الإجازة من المالك.

و بعبارة اُخرى: فهي المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثّراً في حقّه، فلايدلّ على إلغائه بالنسبة إلى المالك حتّى لاتنفعه إجازة* المالك في وقوعه له، و هذا المعنى أظهر من الأوّل(٢٢٨٠) و نحن نقول به، كما سيجئ.

و ثانياً: سلّمنا دلالة النبوي على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه إذا أجاز، و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله: "لابيع إلاّ في ملك"؛ فإنّ الظاهر منه كون المنفي هو البيع لنفسه، و أنّ النفي راجع إلى نفي الصحّة في حقّه لا في حقّ المالك، مع أنّ العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

و أمّا الروايتان(٢٢٨١)، فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح، و ليس فيهما

.....

٢٢٧٧. يعني: مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه و أجاز، التي يجيء التعرّض لها عند التكلّم في شروط المجيز، و قد تقدّم في بيع المعاطاة.

٢٢٧٨. قضيّة ما استظهره في المسألة المذكورة من كون المراد من الروايات خصوص ما لو باع غير مترقّب للإجازة و لاالتملّك باختياره، قال الشهيدﷺ في الدروس القائل بعمومه له و لما باع مترقّباً للتملّك لاالإجازة، أن يبدّل قوله «بمجرّد انتقاله» إلى قوله: بمجرّد البيع و تسليمه، إذ ظاهره كون ما أراده في التذكرة إيقاع البيع لا على وجه اللزوم بالانتقال و التملّك، و أنّ مورد الأخبار البيع مترقّباً للتملّك، و هو منافٍ لما ذكره في تلك المسألة.

٢٢٧٩. هذا صحيح بناءً على ما استظهره في صدر الجواب من كون المراد بالبيع هو البيع لنفسه، و أمّا بناءً على منع ظهوره فيه فلا، فتأمّل.

٢٢٨٠. لم يعلم وجه أظهريّة ما في التذكرة من كون المراد من البيع في الخبر مجرّد الإنشاء، فتدبّر.

٢٢٨١. يعني بهما روايتي خالد و يحيى الآتيتين في بيع الفضولي لنفسه، لا التوقيعين.

---

* في بعض النسخ: بإجازة.

ما يدلّ و لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك لـه إذا أجـاز. و أمّـا الحصـر في صـحيحة ابن‌مسلم و التوقيع(٢٢٨٢)، فإنّما هـو في مقـابلة عـدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأساً(٢٢٨٣) على ما يقتضيه السؤال فيهما. و توضـيحه: أنّ النهي في مثل المقام و إن كان يقتضي الفساد، إلاّ أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود مـن المعاملة عليه. و من المعلوم أنّ عقد الفضولي لايترتّب عليه بنفسه الملك المقصود منه؛ و لذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً، و لذا عدّ في الشرايع و القواعـد[٤٣] مـن شـروط المتعاقدين أعني شروط الصحّة: كون العاقد مالكا أو قائماً مقامه، و إن أبيت إلاّ عن ظهور الروايتين في لغويّة عقد الفضولي رأساً، وجب تخصيصهما بما تقدّم من أدلّة الصحّة. و أمّـا رواية القاسم بن فضل، فلا دلالة فيها إلاّ على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي؛ لأنّه باع ما لايملك، و هذا حقّ لاينافي صحّة الفضولي. و أمّا توقيع الصفّار، فالظاهر منه نفي جـواز البيع فيما لايملك(٢٢٨٤) بمعنى وقوعه للبايع على جهة الوجوب و اللـزوم(٢٢٨٥)، و يؤيّده تصريحه عليه السلام(٢٢٨٦) بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك، فلا دلالة على عدم

.....

٢٢٨٢. يعني: توقيع الحميري.

٢٢٨٣. يعني: أنّه في مقام اعتبار الرضا في مقابل انتفائه مطلقاً سابقاً و لاحقـاً، لا في مقابل انتفا الرضاء السابق.

٢٢٨٤. في العبارة سقط، و الصحيح*: نفي جواز البيع... .

٢٢٨٥. لاأرى وجهاً لذكر ذلك، لعدم دخالته في المطلب، بل مخـلّ بـه، لإشـعاره بوقوعه له على جهة الجواز و عدم اللزوم، و ليس كذلك، فالصواب عدم ذكر ذلك أصلاً.

٢٢٨٦. الرواية هكذا: عن محمّد بن الحسن الصفّار أنّه «كتب إلى أبي‌محمّد بن علـيّ العسكري عليه السلام في رجل له قطاع أرضين، فيحضره الخروج إلى مكّة و القرية على مراحل مـن منـزله، و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، و عرّف حدود القرية الأربعـة فقـال للشهود: اشهدوا أنّي قد بعت فلاناً — يعني: المشتري – جميع القرية التي حدّ منها كذا و الثاني

---

* كانت العبارة في الطبعة الحجريّة من الهداية هكذا: «قوله: فالظاهر منه جواز البيع في مالايملك...»، فصحّحها عليه السلام كما هو عليه في المتن.

وقوعه لمالكه إذا أجاز. و بالجملة، فالإنصاف أنّه لادلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز و لاتعرّض فيها إلاّ لنفي وقوعه للعاقد.

الثالث: الإجماع على البطلان، ادّعاه الشيخ في الخلاف(٢٢٨٧) معترفاً بأنّ الصحّة مذهب قوم من أصحابنا، معتذراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم[٤٤]، و ادّعاه ابن زهرة أيضاً في الغنية، و ادّعى الحلّي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب(٢٢٨٨) إذا اشترى بعين المغصوب. و الجواب: عدم الظنّ بالإجماع بل الظنّ بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين و المفيد و المرتضى و الشيخ بنفسه في النهاية التي هي آخر مصنّفاته على ما قيل و أتباعهم على الصحّة، و إطباق المتأخّرين عليه عدا فخرالدين و بعض متأخّري المتأخّرين.

الرابع: ما دلّ من العقل و النقل على عدم جواز التصرّف في مال الغير إلاّ بإذنه، فإنّ الرضا اللاحق لاينفع في رفع القبح الثابت حال التصرّف، ففي التوقيع المرويّ في

.....

و الثالث و الرابع، و إنّما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك و إنّما له بعض هذه القرية و قد أقرّ له بكلّها؟ فوقّع عليه السلام: لايجوز بيع ما ليس بملك، و قد وجب الشراء من البايع ما يملك».

٢٢٨٧. قال قدس سره في الخلاف: «مسألة: إذا باع إنسان ملك غيره بغير إذنه كان البيع باطلاً، و به قال الشافعي. و قال أبوحنيفة: ينعقد البيع و يقف على إجازة صاحبه، و به قال قوم من أصحابنا. دليلنا: إجماع الفرقة، و من خالف منهم لايعتدّ بقوله، و لأنّه لاخلاف أنّه ممنوع من التصرّف في ملك غيره، و البيع تصرّف» انتهى موضع الحاجة من كلامه قدس سره.

٢٢٨٨. لايصحّ الاستدلال بذلك على بطلان بيع الفضولي في المسألة الأُولى - الذي هو محلّ الكلام- إلاّ بدعوى عدم الفرق بين الشراء و البيع، و دعوى عدم الفرق بين الغاصب و غيره، و كلاهما محلّ نظر، إذ من جملة الأقوال التفصيل بين الشراء و البيع بالبطلان في الأوّل و الصحّة في الثاني، و من جملتها التفصيل بين البيع لنفسه - و منه الغاصب - و البيع للمالك، ببطلان الأوّل و صحّة الثاني.

الاحتجاج: "لايجوز لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره إلاّ بإذنه"، و لاريب أنّ بيع مال الغير تصرّف فيه عرفاً. و الجواب: أنّ العقد على مال الغير متوقّعاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرّفاً فيه. نعم، لو فرض كون العقد علّة تامّة و لو عرفاً لحصول الآثار كما في بيع المالك أو الغاصب المستقلّ، كان حكم العقد جوازاً و منعاً حكم معلوله المترتّب عليه.

ثمّ لو فرض كونه تصرّفاً، فهو ممّا استقلّ(٢٢٨٩) العقل بجوازه مثل الاستضائة و الاصطلاء بنور الغير و ناره، مع أنّه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال(٢٢٩٠)؛ بناءً على أنّ ذلك لايخرجه عن الفضولي مع أنّ تحريمه لايدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع(٢٢٩١) بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك، و لاينكره القائل بالصحّة خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقلة.

.....

٢٢٨٩. في العبارة سقط، و الصحيح*: فهو ممّا استقلّ العقل... . و الوجه في استقلال العقل بجوازه أنّ المناط في قبح التصرّف في مال غيره بدون إذنه إنّما هو كونه ظلماً عليه، و هذا النحو من التصرّف ليس بظلم قطعاً.

٢٢٩٠. يعني من الإذن هنا الرضا الباطني، مع دعوى أنّ المراد من الإذن في الرواية صرف الرضا الباطني، و إنّما عبّر عنه بالإذن من جهة أنّه الغالب في استكشاف الرضا، و لذا يجوز أكل مال الغير مع العلم برضاه به باطناً، إذ لوكان المراد منه نفس معناه - و هو إظهار الرضا - فلا معنى لقوله: «بناءً على أنّ ذلك...»، ضرورة أنّه يخرجه من الفضولي، و الذي مرّ الكلام في إخراجه منه إنّما هو صرف الرضا الباطني المجرّد عن عنوان الإذن. و لوكان المراد الرضا الباطني، و لكن كان المراد منه معناه الحقيقي، فيحرم التصرّف المذكور بمقتضى الرواية، فلايصحّ الجواب بهذا عن الاستدلال بها على البطلان.

٢٢٩١. فيه: أنّ النهي بعد فرض دلالته على الفساد إنّما يدلّ على فساد متعلّقه، بمعنى عدم ترتّب ذاك الأثر الذي كان يترتّب عليه لولا النهي، و هو في العقد الفضولي ليس إلاّ كونه جزء السبب بحيث لو انضمّ إليه الجزء الآخر - و هو الرضا - لأثّر أثره في الخارج، و بعد دلالة

---

* هذا التصحيح في محلّه، لأنّ العبارة في نسخة المحشّي هكذا: ثمّ لو فرض كونه تصرّفاً ممّا استقلّ... .

و ممّا ذكرنا ظهر(٢٢٩٢) الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري(٢٢٩٣)؛ بناءً على أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لانفس القصد المقرون بهذا العقد(٢٢٩٤).

و قد يستدلّ للمنع بوجوه أُخر ضعيفة، أقواها: أنّ القدرة على التسليم معتبرة في صحّة البيع و الفضولي غير قادر، و أنّ الفضولي غير قاصد حقيقةً إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرّح في المسالك. و يضعّف الأوّل مضافاً إلى أنّ الفضولي قد يكون قادراً على إرضاء المالك*، بأنّ هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً بل يكفي تحقّقه في المالك، فحينئذ يشترط في صحّة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه أو قدرة المشتري على تسلّمه على ما سيجئ. و يضعّف الثاني بأنّ المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي و المكره لاأزيد منه، بدليل الإجماع على صحّة نكاح الفضولي و بيع المكره بحق؛ فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع، كما ترى!

المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك، و المشهور أيضاً صحّته، و حكي عن فخرالدين: أنّ بعض المجوّزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهي المالك[٤٥]. و يلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي: "أيّما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر" – بعد تضعيف السند – على أنّه ان نكح بعد منع مولاه و كراهته؛ فإنّه يقع باطلاً. و الظاهر أنّه لايفرّق

.....

النهي على الفساد يكون اللازم عدم صلاحيّته لأن يصير جزء السبب. نعم، لوكان أثر عقد الفضولي لولا النهي هو السببيّة التامّة لتمّ ما ذكره.

٢٢٩٢. يعني به قوله أخيراً: «مع أنّه لو دلّ لدلّ...». و قد عرفت ما فيه.

٢٢٩٣. حقّ العبارة أن يقول: من دون مراجعة المالك.

٢٢٩٤. إذ حينئذٍ لايصير الفعل – أي: العقد – قبيحاً منهيّاً عنه حتّى يفسد، بناءً على دلالة النهي على الفساد، كي يحتاج إلى الجواب عنه بأنّه لو دلّ لدلّ...، و إنّما يحتاج إليه لو بني على حرمة العقد المقرون بالقصد المذكور. فقوله: «بناءً على أنّ العقد...» قيد لقوله: «ظهر الجواب» بلحاظ لازمه، و هو الاحتياج إليه.

---

* في بعض النسخ: رضا المالك.

بين النكاح و غيره، و يظهر من المحقّق الثاني حيث احتمل(٢٢٩٥) فساد بيع الغاصب؛ نظراً إلى القرينة الدالّة على عدم الرضا و هي الغصب. وكيف كان، فهذا القول لاوجه له ظاهراً، عدا تخيّل أنّ المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصّة بغير المقام، و أنّ العقد إذا وقع منهيّاً عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آناً مّا كافٍ في الردّ، فلاينفع الإجازة اللاحقة؛ بناءً على أنّه لايعتبر في الردّ سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم[٤٦] بأنّه إذا حلف الموكّل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل، انفسخ العقد؛ لأنّ الحلف عليه أمارة عدم الرضا.

هذا، و لكنّ الأقوى عدم الفرق؛ لعدم انحصار المستند حينئذٍ في رواية عروة و كفاية العمومات(٢٢٩٦) مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمّد بن قيس، و جريان فحوى أدلّة نكاح العبد(٢٢٩٧) بدون إذن مولاه مع ظهور المنع فيها و لو بشاهد الحال بين الموالي و العبيد، مع أنّ رواية إجازته صريحة في عدم قدح معصية السيّد، مع جريان المؤيّدات المتقدّمة له: من بيع مال اليتيم(٢٢٩٨) و المغصوب(٢٢٩٩)،

٢٢٩٥. قال‌ﷺ: «فبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأي. و كذا الغاصب، أي: حكم الغاصب كالفضولي، و هو أصحّ الوجهين، و إن احتمل الفساد، نظراً إلى القرينة الدالّة على عدم الرضا، و هي الغصب» انتهى.

٢٢٩٦. نعم، و لكن بناءً على مسلكنا لا على مسلكه كما أشرنا إليه.

٢٢٩٧. لامعنى للتمسّك بالفحوى هنا و في المسألة الآتية، بعد ما مرّ أنّ الفحوى بالعكس. و لو سلّمت الفحوى فهي غير جارية فيما نحن فيه، لأنّ الفضولي في النكاح لايعقد لنفسه قبال عقده للمالك، و إنّما يعقد للمالك.

٢٢٩٨. فيه: منع كون بيع مال اليتيم مؤيّداً للمقام، لعدم تحقّق النهي السابق فيه غالباً إن أُريد منه نهي الوليّ، لأنّ الغالب في اتّجار غير الوليّ كون المال بيده مع فقدان الوليّ له من الأب و الجدّ و الوصيّ عنهما. و أمّا النهي الإلهيّ فهو و إن كان موجوداً إلاّ أنّ الكلام ليس فيه.

٢٢٩٩. نظره في ذلك إلى صحيحة ابن‌قيس كما صرّح به في المسألة الثالثة. و عليه

و مخالفة العامل(٢٣٠٠) لما اشترط عليه ربّ المال، الصريح في منعه عمّا عداه. و أمّا ما ذكر من المنع الباقي بعد العقد و لو آناً مّا، فلم يدلّ دليل على كونه فسخاً لاينفع بعده الإجازة. و ما ذكره في حلف الموكّل غير مسلّم، و لو سلّم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع و عدم تسليمه له. و ممّا ذكرنا يظهر وجه صحّة عقد المكره بعد الرضا، و أنّ كراهة المالك حال العقد و بعد العقد لاتقدح في صحّته إذا لحقه الإجازة.

المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، و هذا غالباً يكون في بيع الغاصب، و قد يتّفق من غيره بزعم ملكيّة المبيع كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدّمة في الإقالة بوضيعة. و الأقوى فيه الصحّة وفاقاً للمشهور؛ للعمومات المتقدّمة بالتقريب المتقدّم و فحوى الصحّة في النكاح و أكثر ما تقدّم من المؤيّدات مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدّمة. و لاوجه للفرق بينه و بين ما تقدّم من بيع الفضولي للمالك إلاّ وجوه تظهر من كلمات جماعة، بعضها مختصّ ببيع* الغاصب و بعضها مشترك بين جميع صور المسألة: منها: إطلاق ما تقدّم(٢٣٠١) من النبويّين: "لاتبع ما ليس عندك" و "لابيع إلاّ في ملك" و غيرهما؛ بناءً على اختصاص مورد الجميع(٢٣٠٢) ببيع الفضولي لنفسه. و الجواب عنها يعرف ممّا تقدّم من أنّ مضمونها(٢٣٠٣) عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرّض فيها لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز. و منها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار

.....

يلزم التكرار، بل التهافت بينه و بين الاستدلال بترك الاستفصال فيها.

٢٣٠٠. قد مرّ أنّه لادخل لذلك بمسألة الفضولي.

٢٣٠١. يعني: إطلاقه من حيث عدم وقوع بيع الفضولي للبايع و المالك.

٢٣٠٢. هذا بيان لمبنى كون هذا الوجه وجهاً للفرق بين بيع الفضولي لنفسه و بين بيعه للمالك، و أنّه جارٍ في الثاني دون الأوّل.

٢٣٠٣. قد تقدّم منّا الإيراد على هذا الوجه، و أنّ الجواب منحصر بالوجه الثاني، و هو من جهة استلزامه خروج المورد غير جارٍ هنا، و هو ظاهر. فمقتضى النبويّين و غيرهما هو

---

* في بعض النسخ: على بيع.

عدم سبق منع المالك، و هذا غالباً مفقود في المغصوب، و قد تقدّم عن المحقّق الكركي أنّ الغصب قرينة عدم الرضا.

و فيه: أولاً: أنّ الكلام في الأعم من بيع الغاصب. و ثانياً: أنّ الغصب أمارة عدم الرضا بالبيع للغاصب لامطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقّع الإجازة و تملّك الثمن، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء(٢٣٠٤). و ثالثاً: قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

و منها: أنّ الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه لم يقصد حقيقة المعاوضة؛ إذ لايعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضة الحقيقيّة غير متصورّة، فحقيقته يرجع الى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه، و هذا ليس بيعاً. و الجواب عن ذلك مع اختصاصه(٢٣٠٥) ببيع الغاصب أنّ قصد المعاوضة الحقيقيّة مبنيّ على جعل

.....

البطلان في هذه المسألة. و لايعارضها صحيحة ابن‌قيس، لأنّ دلالتها على الصحّة في المسألة إنّما هو بترك الاستفصال، فلايقاوم إطلاق تلك الأخبار، فتدبّر.

٢٣٠٤. يعني: من جهة رضا المالك ببيعه و عدم رضاه به سواء، إذ قد يرضى المالك ببيع الغاصب و قد لايرضى ببيع غير الغاصب.

٢٣٠٥. قد أجيب عن ذلك بأنّ الوجه المذكور للبطلان مبنيّ على كون حقيقة البيع هي المعاوضة و ما يساوقها من المفاهيم، و هو ممنوع، لأنّ معناه على التحقيق عبارة عن التعويض و التبديل في قبال المجّانيّة، و أمّا دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المثمن فلا ربط له بمعنى البيع.

هذا، و فيه أوّلاً: أنّ ما ذكره خلط بين معنى البيع بلحاظ إضافته إلى المال و بين معناه بلحاظ إضافته إلى الفاعل، و غفلة عن أنّ النظر في تفسير البيع بالمعاوضة إلى الجهة الأُولى دون الثانية، و ما ذكره من المنع إنّما يتوجّه لوكان النظر إلى تفسيره من الجهة الثانية، فافهم.

و ثانياً: سلّمنا ذلك إلاّ أنّه لايجدي فيما هو المهمّ من عدم منافاة قصد دخول الثمن في ملك من لم يخرج عن ملكه المثمن لقصد مفهوم البيع، لأنّ البيع إقامة كلّ من المالين مقام الآخر، و جعله بدلاً عنه فيما له من الإضافة من الملكيّة و الوقفيّة و نحوهما من الإضافات و

الغاصب نفسه مالكاً حقيقيّاً و إن كان هذا الجعل لاحقيقة له(٢٣٠٦)، لكنّ المعاوضة المبنيّة على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقيّة(٢٣٠٧) نظير المجاز الادّعائي في الأُصول. نعم، لو

.....

الأوصاف، و لايعقل اجتماع هذا مع قصد دخول الثمن في ملك الغاصب، إذ معه لايكون الثمن عوضاً عنه، فيكون النقل مجّاناً. فالإشكال في تحقّق مفهوم البيع في بيع الغاصب لنفسه لافرق فيه بين التعويض بمعنى جعل الشيء ذا عوض و بين المعاوضة، إذ العوض قد أخذ في مفهومه قيامه مقام ذي العوض. ألاترى أنّه لايصدق مفهوم التعويض فيمن نزع لباسه و جلس عارياً و لم يلبس لباساً آخر. نعم، يتفاوت الأمر بين التعبير بالتعويض و التعبير بالمعاوضة في طرف المثمن، في لزوم دخوله في ملك من خرج عن ملكه الثمن في الثاني و عدمه في الأوّل، فتأمّل. و ينعكس الأمر لوكان معنى التعويض جعل الشيء عوضاً عن الآخر.

٢٣٠٦. يعني: و إن كان هذا الجعل لايجعله مالكاً حقيقيّاً، و إلاّ فيرد عليه أنّ الجعل المذكور واقعي و له حقيقة كما هو ظاهر.

٢٣٠٧. لايخفى أنّ الغاصب بعد البناء على ملكيّة مال الغير لو باعه بقصد دخول الثمن في ملكه يكون البيع و المعاوضة حقيقيّة و إن كان البناء المذكور ادّعائيّاً، لأنّ الادّعاء و التنزيل في متعلّق المعاوضة لايوجب التجوّز في مادّة المعاوضة، حيث إنّ قصد الغاصب بعد البناء المذكور ليس إلاّ إقامة المثمن مقام الثمن و تلوينه بلونه الاعتباري حقيقة و جدّاً، غاية الأمر بنى على أنّ لونه الاعتباري إنّما هو كونه ملكاً له، و أنّه يرتفع عن المثمن و يطرأ على الثمن، و لأجل هذا البناء قصد دخوله في ملكه. و حقيقة المعاوضة و البيع ليست أزيد من القصد الجدّي الواقعي إلى إقامة أحد المالين مقام الآخر فيما له من الوصف واقعيّاً كان أو ادّعائيّاً، و هو موجود في بيع الغاصب جزماً.

نعم، لو لم يقصد الغاصب حقيقة قيام أحدهما مقام الآخر فيه لاختلّ حقيقة المعاوضة، و يكون بطور الادّعاء. مثلاً لوقال المولى لك: ألْبِس زيداً، و أنت نزّلت عمراً منزلة زيد و ادّعيت أنّه هو و ألبسته فقد أوجدت حقيقة الإلباس بلا قصور فيه أصلاً، و إن لم يقع ذاك الأمر الحقيقي على زيد الحقيقي، بل على عمرو المدّعى أنّه زيد. نعم، لو نزّلت الزوجة منزلة اللباس و زوّجته لما أوجدت الإلباس الحقيقي، بل أوجدت الإلباس الادّعائي المجازي.

.....

و بعبارة أُخرى: أنّ البيع عبارة عن إنشاء إقامة أحد المالين مقام الآخر فيما له من الوصف الاعتباري، و الغاصب إن بنى على ما هو الواقع من مالكيّة المغصوب منه للمبيع و باع لنفسه - بأن قصد دخول الثمن في ملك نفسه - لاختلّ حقيقة البيع و المعاوضة، لأنّ البيع مع القصد المذكور راجع إلى قصد عدم إقامة الثمن مقام المثمن، و هو مناقض لمفهوم المعاوضة. و أمّا لو بنى على مالكيّة نفسه له - المرتكز هو في جميع الغاصبين و إن لم يلتفتوا إليه - و مع هذا البناء الارتكازي قصد قيام الثمن مقام المثمن فقد قصد حقيقة البيع و المعاوضة بنحو الجدّ لا بنحو الادّعاء. و لاينافي قصده قصد دخول الثمن في ملك نفسه بهذا البيع، بل يؤكّده، لأنّ دخول الثمن في ملك الغاصب - كدخوله في ملك المالك الأصلي - إنّما هو من مقتضيات نفس البيع و المعاوضة، بحيث لاحاجة في الأوّل كالثاني إلى أزيد من قصد البيع. فالمال المبيع بعد البناء المذكور يكون له وصفان، أحدهما: واقعي في نظر الشارع، و هو كونه للمالك الأصلي، و الآخر: واقعي أيضاً و لكن في نظر الغاصب، و هو كونه للغاصب، فإذا قصد الغاصب إقامة أحد المالين مقام الآخر بمجرّد البيع و المعاوضة اتّصف الثمن بدل المثمن بهذين الوصفين قهراً. ثمّ إنّه لمّا كان البناء المذكور لغواً، لعدم إمضاء الشارع له، كان قصد الغاصب تملّك الثمن المبنيّ على بناء تملّك المثمن لغواً أيضاً، فحينئذٍ لايبقى وصف للمبيع يطرأ على الثمن بدله إلاّ الأوّل، و هو وصف كونه للمالك الأصلي، فإذا لحقته الإجازة من المالك تمّت المعاملة على وجه اللزوم، و هو المطلوب.

و بالجملة، نقول: إنّ البيع كما يعتبر في تحقّق مفهومه وجود المال و لو بنحو الاعتبار - كما في بيع الكلّي - بحيث لايوجد بدونه، كذلك يعتبر فيه اتّصاف المال الذي تعلّق به البيع بوصف اعتباري مثل الملكيّة و السلطنة و ما أشبههما ممّا يقصد زواله عنه و عروضه على عوضه، بحيث لولا ذلك لما تحقّق البيع، و لذا لايجوز بيع المباحات الأصليّة قبل الحيازة. و من المعلوم أنّ الملكيّة و سائر الأوصاف الثابتة للمال من الأُمور الإضافيّة التي لاقوام لها بدون المالك و السلطان، فالغاصب القاصد لتملّك الثمن ما لم يبن على ملكيّة نفسه للمبيع، و لم يجعل نفسه سلطاناً عليه، لايقدر على قصد البيع و إقامة أحد المالين مقام الآخر فيما له من الوصف، ضرورة أنّه فرع وجود وصف للعوض قابل للسلب عنه و الإثبات على العوض، و هو منتفٍ، إذ الوصف الثابت للمعوّض على هذا التقدير منحصر في كونه ملكاً للمالك الأصلي، و معلوم

باع لنفسه من دون بناء على ملكيّة الثمن و لااعتقاد له(٢٣٠٨)، كانت المعاملة باطلة غير

.....

أنّ قصد سلبه عنه و إثباته للعوض لايجامع قصد تملّكه للثمن، بخلاف ما لو بنى على ما ذكر، فإنّه يكون حينئذٍ للموصوف وصف حقيقي في نظر الغاصب قابل للسلب عنه و الإثبات عليه، إذ مرجع البناء المذكور إلى أنّه المالك له حقيقة في نظره و المالك الأجنبيّ* عنه، و لايخفى أنّ هذا الوصف هو الذي يسلب عن المبيع و يطرأ على الثمن. فاتّضح أنّ الغاصب بعد البناء على كونه مالكاً على المال واقعاً لم يقصد إلاّ سلب ما للمعوّض من الوصف الواقعي الفعلي عنه و إثباته للثمن، غاية الأمر ادّعى أنّه ليس له وصف كذلك إلاّ كونه للغاصب، و هو من جهة خروجه عن مفهوم البيع لاينافي قصد البيع.

و من التأمّل فيما ذكرنا يظهر أنّ الوجه الآتي لبطلان بيع الغاصب لنفسه ممّا لامجال له أصلاً إلاّ مع الغضّ عن الجواب عن هذا الوجه، إذ بناءً على الجواب المذكور يكون المجاز عين المنشأ و بالعكس، حيث إنّ المنشأ إقامة أحد المالين مقام الآخر فيما له من الوصف الواقعي الذي ادّعى الغاصب انحصاره في كونه ملكاً له، و لايخفى أنّ الذي أجازه المالك هو هذا بعينه. و من آثار إجازة البيع المذكور دخول العوض في ملك المجيز، إذ الوصف الواقعي للمعوّض في نظر الشارع - القابل لأن يطرأ على الثمن الذي اريد قيامه مقامه- كونه ملكاً للمجيز لا الغاصب. بل يمكن أن يقال: إنّ الإشكال الآتي لاوقع له على كلّ حال. أمّا بناءً على تسجيل هذا الإشكال و الالتزام باختلال مفهوم البيع و المعاوضة فواضح، لأنّ كون المنشإ غير المجاز و بالعكس فرع تحقّق أصل البيع و الإنشاء، و المفروض عدمه. و أمّا بناءً على دفعه بما ذكره المصنّف فلكون المجاز عين المنشأ و بالعكس كما مرّ بيانه، فلايبقى محلّ للإشكال الآتي، إلاّ أن يقال: إنّ البيع عبارة عن صرف التبديل بعوض يخرج عن ملك المشتري، أعمّ من دخوله في ملك مالك المبيع أو في ملك غيره، فإنّه يرتفع حينئذٍ هذا الإشكال، و يرد عليه الإشكال الآتي، و ينحصر الجواب عنه بما ذكره المحقّق القمّي‌ﷺ كما يأتي بيانه.

٢٣٠٨. الأوّل بالنسبة إلى الغاصب، و الثاني بالنسبة إلى البايع مال الغير لنفسه مع الاعتقاد بأنّه لنفسه و عدم الالتفات إلى أنّه لغيره.

---

* كذا في الطبعة الحجريّة. و لعلّ الصحيح: أجنبيّ.

واقعة له و لا للمالك؛ لعدم تحقّق معنى المعاوضة؛ و لذا ذكروا أنّه لو اشترى(٢٣٠٩) بماله لغيره شيئاً بطل و لم يقع له و لا لغيره، و المراد ما لو قصد تملّك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه. و قد تخيّل بعض المحقّقين أنّ البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه؛ لأنّه عكسه، و قد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد تملّك الثمن من دون بناء و لااعتقاد لتملّك المثمن؛ لأنّ المفروض الكلام في وقوع المعاملة(٢٣١٠) للمالك إذا أجاز.

و منها: أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البايع كان منافياً لصحة العقد؛ لأنّ معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثمن بإجازته، و إن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لاإمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ

.....

٢٣٠٩. الشراء بمال نفسه للغير و إن كان مثل بيع الغاصب لنفسه يتصوّر على وجهين – أحدهما صحيح، و الآخر باطل – إلاّ أنّه لمّا كان المتعارف بين الناس من الشراء للغير – لو اتّفق – عكس ما هو المرتكز في بيع الغاصب من بنائه على مالكيّته لمال الغير، و ذلك القسم لاريب في بطلانه، حكموا بالبطلان فيه مطلقاً، و لم يفصّلوا فيه بين بناء المالك على مالكيّة الغير للثمن و عدمه، بالصحّة في الأوّل و البطلان في الثاني.

٢٣١٠. هذا علّة لنفي كون بيع الغاصب بعد تنزيل نفسه منزلة المالك عكس المثال المذكور المستفاد من الحصر الحاصل من ضمير الفصل في قوله: «و قد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد...». يعني: أنّ مفروض البحث بين الأصحاب إنّما كان في بيع الغاصب الذي لو أجازه المالك كان البيع له، و لايكون كذلك إلاّ في صورة التنزيل المذكور المرتكز في الغاصب، و هو الذي يقع للمالك بعد الإجازة، و معلوم أنّ هذه الصورة ليست عكس ما هو المراد من المثال – أعني: الشراء بماله لغيره من دون تنزيل الغير منزلة نفسه – حتّى يلزم من بطلانه بطلان ما نحن فيه كما تخيّله بعض المحقّقين، و إنّما عكسه بيع الغاصب لنفسه بدون التنزيل المذكور، و لاريب في بطلانه، كما أنّ المقيس عليه لمحلّ الكلام بين الأصحاب هو الشراء بماله لغيره شيئاً مع تنزيله منزلة نفسه، و بطلانه مثل ما نحن فيه غير معلوم، إذ يمكن تصحيحه بلحوق رضا المالك بكون الشراء لنفسه.

غير مجاز و المجاز غير منشأ. و قد أجاب المحقّق القميّ‌ﷺ عن هذا(٢٣١١)

.....

٢٣١١. هذا الجواب مبنيّ على كون البيع مطلق التبديل بالعوض، إذ بناءً على كونه المبادلة المستلزمة لدخول كلّ من العوضين في ملك من خرج عن ملكه الآخر - كما اختاره المصنّفﷺ - لاوقع لهذا الإشكال، كما نبّهنا عليه في السابق قبل صفحة. و حينئذ نقول في توضيح مرام المحقّق المذكور على نحو يسلم عمّا ذكره المصنّف من عدم المعقوليّة: أنّ غرضه من هذا الجواب أنّ البيع من جهة أنّه عبارة عن مطلق التعويض أمر كليّ له فردان، أحدهما: ما قصده الغاصب من تمليك مال الغير على نحو يدخل الثمن في ملك الغاصب، و الآخر: ما يكون التعويض على نحو يدخل الثمن في ملك المالك الأصلي. و كلّ واحد من دخول الثمن في ملك الغاصب و دخوله في ملك المالك الأصلي خصوصيّة خارجة عن مفهوم البيع، مثل خصوصيّة كون العبد المبيع كاتباً مثلاً، و نحوه من الخصوصيّات و القيود التي لاتبطل البيع بتخلّفه، فإذا قصد الغاصب التبديل بالعوض و ضمّ إليه خصوصيّة دخول الثمن في ملكه فقد تحقّق أصل البيع في ضمن هذا الفرد، و حينئذٍ لامانع من أن يردّ المالك هذه الخصوصيّة، و يقيم مقامها خصوصيّة اُخرى، فيحصّل للبيع فرداً آخر. و بعبارة اُخرى: أنّ الإجازة مع كونها رضاً بأصل البيع الكلّي تبدّل خصوصيّة كونه للغاصب إلى خصوصيّة كونه للمجيز، و هذا بمكان من الإمكان في الأُمور الاعتباريّة.

و ما حكاه من كلامهﷺ ظاهر فيما ذكرناه من تبديل إحدى الخصوصيّتين بالأُخرى من دون ورود خلل على أصل البيع، لا فيما ذكره المصنّفﷺ من قلب البيع الواقع إلى البيع الآخر جنساً و فصلاً، لأنّ الظاهر من كلامه المذكور أنّ الإجازة في صورة بيع الغاصب لنفسه ليست على نحوها في الفضوليّ المعهود - من كونها رضا بنفس العقد بجميع خصوصيّاته - حتّى يرد الإشكال، و إنّما هي مصحّحة للبيع و مخرجة له من الفساد إلى الصحّة، من جهة قلبها خصوصيّة قصد الغاصب كونه لنفسه - التي هي منشأ الفساد - إلى خصوصيّة كونه للمالك الملازم للصحّة، بملاحظة أنّ الإجازة هنا عبارة عن الرضا بأصل القدر الجامع بين الصحيح و بين الباطل - أعني: مطلق التبديل - و عن الرضا قصد المجيز كون البيع له لا للغاصب. و ببيان آخر: أنّ الإجازة من جهة انضمامها إلى قصد وقوع البيع الصادر من الغاصب للمجيز، كما أنّها رضا بأصل البيع، كذلك ردّ لقصد كونه لنفسه و إقامة كونه للمجيز مقامه. و حاصل

.....

هذا النحو من الإجازة اللاحقة لهذا النحو من البيع - كما صرّح به في موضع آخر - تبديل خصوصيّة كونه للغاصب - الناشي منها الفساد - إلى خصوصيّة كونه للمجيز المترتّب عليها الصحّة، فيكون البيع الصادر من الغاصب بواسطة تلك الإجازة عقداً جديداً، لتحدّد خصوصيّته إلى خصوصيّة أُخرى يصحّ معها المعاملة.

و بالجملة، الغاصب قد أوجد ببيعه أصل البيع في ضمن خصوصيّة بطور تعدّد المطلوب، و رضي المشتري به كذلك، فإذا أجازه المالك لنفسه فقد جدّد العقد بتجديد قيده الذي هو أحد المطلوبين، و قلّبه إلى قيد آخر وراء ما رضي به المشتري، و إن كان عين ما رضي به بلحاظ ذات المقيّد الذي هو المطلوب الآخر، فيكون الانقلاب حينئذٍ بالنسبة إلى المشتري من تخلّف الشرط الذي لايوجب تخلّفه الخيار فضلاً عن البطلان، لأنّ من ينتقل إليه العوض و المعوّض لايتعلّق الغرض بخصوصيّته و أنّه زيد أو عمرو. نعم، قد يتعلّق به الغرض إلاّ أنّه لااعتبار بتخلّفه، إذ المدار في إيجاب تخلّف غير الأركان للخيار كونه ممّا يختلف الرغبات نوعاً باختلافه، و خصوصيّة من ينتقل إليه العوضان ليست كذلك، و ليست مشروطة في العقد كي يثبت الخيار بتخلّفها. و لأجل ما ذكرنا من كون المجاز عين المنشأ من حيث المطلوب الآخر — أعني: ذات البيع الذي رضي به المشتري - بلا اختلال فيه حتّى من جهة الرضا به من المشتري و إن اختلّ مطلوبه الآخر — أعني: قيد كون البيع للغاصب - لايحتاج إلى رضاه ثانياً حتّى يلتزم بقيام الإجازة مقامه.

فتبيّن أنّ المحقّق القمّي﵀ إنّما اعترف بتأثير قصد البايع لنفسه في مغايرة العقد الواقع للمجاز، و بكون المجاز معاوضة جديدة من طرفي المجيز و المشتري من حيث الخصوصيّة لا من أصله الذي رضي به المشتري، بل هو على حاله، و بهذا اللحاظ التزم بعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً.

و الحاصل أنّه يقول: إنّ الغاصب إنّما أوجب تمليك مال الغير بنحو خاصّ لكن بطور تعدّد المطلوب، و كذلك المشتري إنّما رضي به كذلك، و الإجازة إنّما تبدّل و تقلّب أحد المطلوبين مع بقاء الآخر على حاله إيجاباً و قبولاً. فمن أين ينتج هذا الكلام بعد هذا البيان الالتزام بقيام الإجازة مقام القبول أيضاً؟ حتّى يردّ بأنّه خلاف الإجماع كما هو واضح، و بكونه خلاف العقل، بملاحظة أنّ أمر رضا المشتري ليس بيد المجيز حتّى يعقل حصوله بإجازته.

في بعض أجوبة مسائله بأنّ الإجازة في هذه الصورة مصحّحة للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما في الفضولي المعهود بل بمعنى تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه[٤٧]، و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثمّ ملكه.

و قد صرّح في موضع آخر: بأنّ حاصل الإجازة يرجع إلى أنّ العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعيّن لنفس البايع الغاصب و المشتري العالم قد بدّلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسي، فيكون عقداً جديداً، كما هو أحد الأقوال في الإجازة.

و فيه: أنّ الإجازة على هذا تصير – كما اعترف – معاوضة جديدة من طرف المجيز و المشتري، لأنّ المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور، و لأنّ قصد البايع البيع

.....

فتحصّل: أنّ المحقّق﵀ يسلّم المغايرة بين الواقع و المجاز من حيث الخصوصيّة، و يقول إنّ المنافي للصحّة هو المغايرة التامّة لاالمغايرة الناقصة.

هذا، و لكن يرد عليه﵀: أنّ الإجازة مثل القبول هو الرضا بالموجود الخارجي بتمام الخصوصيّات، و لايصحّ تعلّقها بالجزء التحليلي منه، و لاإشكال أنّ أصل البيع في بيع الغاصب لنفسه ليس له وجود مستقلّ إلاّ في طرف التحليل.

فالأولى في الجواب منع المبنى من كون البيع صرف التعويض، و دعوى أنّ البيع هو المبادلة من الطرفين، إذ عليه لامغايرة بين المجاز و المنشأ، على ما أوضحه المصنّف﵀ من أنّ الغاصب بعد بنائه على المالكيّة قاصد لحقيقة البيع، و هو مبادلة مال بمال، و أمّا كون الثمن ملكاً لشخص فهو خارج عن حقيقة المبادلة، فيرجع فيه إلى مقتضى مفهوم المبادلة... إلى آخر ما في المتن.

و هذا هو الذي أجاب به المحقّق ثانياً بعد ما أجاب بما نقله المصنف عنه﵀ أوّلاً، حيث قال بعد الجواب الأوّل: «على أنّا نقول: يمكن دعوى الاتّحاد أيضاً، و أنّ الإجازة إنّما وقعت على ما أوجبه الغاصب، فإنّ الغاصب إنّما قصد الإيجاب في حال اعتقاده بكون الملك له و أن ينقله إلى المشتري لنفسه لابشرط ذلك، فحيثيّة الاعتقاد تعليليّة لاتقييديّة، فكأنّه قال: نقلت هذا الملك إلى المشتري مطلقاً، و كان هذا القول منه في حال ذاك الاعتقاد، فلايصير قصد النقل إلى نقله فصلاً له بحيث لاينفكّ عنه» انتهى موضع الحاجة.

لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنّما رضي* بذلك الإيجاب المغاير لمؤدّى الإجازة، فإذا التزم، يكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، و بعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشتري، و هذا خلاف الإجماع و العقل.

و أمّا القول بكون الإجازة(٢٣١٢) عقداً مستأنفاً فلم يعهد من أحدٍ من العلماء و غيرهم، و إنّما حكى كاشف الرموز(٢٣١٣) عن شيخه: أنّ الإجازة من مالك المبيع بيع مستقلّ فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البايع، و ينضمّ إليه القبول المتقدّم من المشتري. و هذا لايجري فيما نحن فيه؛ لأنّه إذا قصد البايع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تمليك الثمن للبائع و تملّك المبيع منه، فإذا بني على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فلابدّ له من قبولٍ آخر، فالاكتفاء عنه بمجرّد إجازة البايع الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزامٌ بكفاية رضا البايع و إنشائه عن رضا المشتري و إنشائه، و هذا ما ذكرنا من أنّه خلاف الإجماع و العقل.

فالاولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما اجيز و توضيحه: أنّ البايع الفضولي إنّما قصد تمليك المثمن للمشتري بإزاء الثمن، و أمّا كون الثمن مالاً له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوّض؛ تحقيقاً لمعنى المعاوضة و المبادلة، و حيث إنّ البايع يملك المثمن بانياً على تملّكه له و

.....

٢٣١٢. هذا إيراد على ظاهر قوله: «كما هو أحد الأقوال في الإجازة» من كونها عقداً مستأنفاً جديداً إيجاباً و قبولاً.

٢٣١٣. يعني: أنّ المعهود من بعض العلماء كون الإجازة إيجاباً جديداً، و كونها كذلك لايجري فيما نحن فيه من بيع الغاصب، لأنّه إذا قصد... إلى آخر ما في المتن. و يمكن دفعه بما عرفت في توضيح مرادهﷺ، من أنّ مراده من كون الإجازة عقداً جديداً هو تجدّد العقد بلحاظ تجدّد خصوصيّة من ينتقل إليه الثمن، لاتجدّد إيجابه و قبوله معاً، و لاتجدّد إيجابه فقط، حتّى يرد ما ذكرهﷺ.

---

* في بعض النسخ: في قبوله.

تسلّطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بنائه على تملّك الثمن و التسلّط عليه، و بهذا معنى قصد بيعه لنفسه، و حيث إنّ المثمن ملك لمالكه واقعاً فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أنّ قصد البايع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتّى يتردّد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين(٢٣١٤)، بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثمن بعوض من دون تعرّض فيه لمن يرجع إليه العوض، إلاّ باقتضاء المعاوضة لذلك. و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي(٢٣١٥) مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبايع الأصيل: تملّكت منك أو ملّكت هذا الثوب بهذه الدراهم؛ فإنّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملّك* الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلابدّ من التزام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

و بالجملة، فنسبة المتكلّم الفضولي ملك** المثمن إلى نفسه بقوله ملّكت أو تملّكت، كإيقاع المتكلّم الأصلي(٢٣١٦) التمليك على المخاطب الفضولي بقوله ملّكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك. و بهذا استشكل العلاّمةﷺ في

.....

٢٣١٤. أحدهما: ما ذكره بقوله: «فإن تعلّقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البايع كان منافياً للصحّة...». و الآخر: ما ذكره عدلاً لذلك بقوله: «و إن تعلّقت بغير المقصود - إلى قوله- فيكون المنشأ غير المجاز و المجاز غير المنشأ».

٢٣١٥. يعني: يشكل الجواب بما ذكر عن إشكال مغايرة المجاز للمنشأ فيما إذا فرضنا... . و حاصله: أنّ تملّك المشتري للمثمن بقوله «تملّكت» و نحوه لمّا أخذ في مفهوم الإنشاء، مع كونه من لوازم البناء على ملكيّة الثمن عدواناً، لايجري فيه ما أجيب به عن الإشكال في طرف البيع، من خروج قصد تملّك البايع الغاصب للثمن عن إيجاب البيع، و كونه لازماً صرفاً للبناء على ملكيّة المثمن الذي معه يتأتّى قصد حقيقة المعاوضة، و وجهه واضح. و أمّا إشكال اختلال المعاوضة فلايتفاوت الامر فيه إشكالاً و جواباً في طرفي البايع و المشتري كما لايخفى.

٢٣١٦. يعني: في الأخذ في الإنشاء، بمعنى أنّ إيقاع التمليك على المخاطب الفضولي

---

* في بعض النسخ: تمليك.

** في بعض النسخ: بتملّك أو تملّك.

التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولي(٢٣١٧) مع جهل الآخر، فإشكال من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد، و لاينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد(٢٣١٨)

.....

كما أنّه أخذ في إنشاء الإيجاب لأجل اشتمال الصيغة على كاف الخطاب، كذلك نسبة التملّك إلى الفضولي قد أخذت في إنشاء القبول لأجل اشتمال الصيغة على التملّك و تاء التكلّم، بخلاف «قبلت» لأنّ تملّك الفضولي للثمن لم‌يؤخذ في نفس الإنشاء، و إنّما هو من لوازم قبول إيقاع التمليك على القابل الفضولي.

٢٣١٧. ذكر ذلك في أوائل البيع في فروع اشتراط كون البايع مالكاً، قال: «الثامن: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال، ينشأ من أنّ الآخر قصد تمليك العاقد. أمّا مع العلم فالأقوى ما قدّمناه. و في الغاصب مع علم المشتري أشكل، إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا» انتهى.

٢٣١٨. لافرق بين هذا و بين مورد الإشكال من صورة الجهل بكون البايع فضوليّاً، لأنّ ما ذكره هناك جارٍ فيه أيضاً، لأنّ المشتري حين الجهل بفضوليّة البايع يقصد به المخاطب بعنوانه الأعمّ من كونه مالكاً حقيقيّاً و مالكاً جعليّاً ادّعائيّاً، و هو عنوان المالك الواقعي الشامل لما يكون انطباقه عليه حقيقيّاً و ما يكون انطباقه عليه ادّعائيّاً.

و أمّا ما ذكره بقوله: «أمّا الفضولي فهو أجنبيّ عن المالك لايمكن فيه ذلك الاعتبار» ففيه: أنّه نعم و إن كان لايمكن فيه اعتبار كونه نائباً، إلاّ أنّه يمكن فيه اعتبار كونه مالكاً ادّعائيّاً جعليّاً، أي: كونه واقعيّاً قد طبّق على نفسه بالادّعاء و التنزيل، و هو مثل اعتبار كونه نائباً كافٍ في جواز إسناد الملك إليه.

و قد صرّح بذلك فيما تقدّم في مسألة اعتبار تعيين الموجب لخصوص المشتري و القابل لخصوص البايع، حيث قال: «إنّه يحتمل اعتباره إلاّ فيما علم عدم إرادة خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين، كما في غالب البيوع و الإجارات، فحينئذٍ يراد من ضمير المخاطب في قوله «ملّكتك كذا، أو منفعة كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعمّ من كونه مالكاً حقيقيّاً أو جعليّاً، كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية» انتهى، حيث إنّه صريح في أنّه عنوان عامّ يعمّ الغاصب أيضاً.

أو ولايته؛ لأنّه حينئذٍ إنّما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعمّ من كونه أصليّاً أو نائباً، و لذا يجوز مخاطبته و إسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً و ليس إلاّ بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائباً، فإذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعمّ من كونه نائباً أو أصليّاً، أمّا الفضولي فهو أجنبيّ عن المالك لايمكن فيه ذلك الاعتبار.

و قد تفطّن بعض المعاصرين لهذا الإشكال في بعض كلماته(٢٣١٩)، فالتزم تارةً ببطلان شراء الغاصب لنفسه مع أنّه لايخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدّمة(٢٣٢٠) في المسألة كما اعترف به أخيراً، و أُخرى بأنّ الإجازة إنّما تتعلّق بنفس

.....

هذا، مضافاً إلى أنّ مسألة قصد المخاطب بالعنوان العامّ أجنبيّ عن مورد الإشكال و مورد النقض بالمرّة، لأنّ جهة الإشكال إنّما هي في طرف المشتري من غير المالك الحقيقي، سواء كان البايع فضوليّاً أو نائباً عنه، حيث إنّه قصد تمليك الثمن لشخص البايع الغير المالك للمثمن، و لايمكن جعله ملكاً لمالك المثمن بالإجازة، لأنّ المجاز غير المنشأ و المنشأ غير المجاز، فلابدّ من الالتزام بأنّها عقد مستأنف، و من المعلوم أنّه ليس في كلام المشتري و إنشاء قبوله بالقياس إلى تمليك الثمن للبائع غير المالك ما يشتمل على صيغة الخطاب على البايع حتّى يقع الكلام في أنّ المقصود منه المخاطب بعنوانه العامّ لكذا وكذا، حيث إنّ عبارة القبول ليس أزيد من قوله: «قبلت بيعك منّي هذا بهذا» و «تملّكت منك هذا بهذا» و أمثال ذلك ممّا هو خالٍ عن المخاطبة للبايع بتمليك الثمن، فليس في مورد الإشكال و النقض إلاّ قصد القابل تمليك الثمن للبايع بنفسه مجرّداً عن التلفّظ به في الإنشاء، فهو مثل قصد البايع لتملّك الثمن في عدم أخذه في الإنشاء.

و بهذا البيان تظهر الخدشة في قوله: «و بهذا استشكل العلاّمةﷺ في التذكرة حيث قال...»، بأنّه غير مربوط بمحلّ الكلام فعلاً، و هو ما إذا كان الإنشاء متضمّناً لتملّك الغاصب. هذا كلّه، مضافاً إلى ما تقدّم منهﷺ في تلك العبارة المشار إليها أنّ هذا الإشكال من العلاّمةﷺ مخالف للإجماع و السيرة.

٢٣١٩. يعني بالإشكال ما ذكره بقوله: «و يشكل فيما إذا فرضنا...».

٢٣٢٠. ليس في النصوص المتقدّمة تعرّض لشراء الفضولي لنفسه بمال الغير فضلاً عن التعرّض لصحّته للمالك إذا أجاز.

مبادلة العوضين و إن كانت خصوصيّة ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها. و فيه: أنّ حقيقة العقد(٢٣٢١) في العبارة التي ذكرناها في الإشكال – أعني قول المشتري الغاصب: تملّكت أو ملّكت هذا منك بهذه الدراهم – ليس إلاّ إنشاء تملّكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لايحصل بها تملّك المالك الأصلي له بل يتوقّف على نقل مستأنف.

فالأنسب في التفصّي أن يقال(٢٣٢٢): إنّ نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه في قوله: "تملّكت منك" أو قول غيره له: "ملّكتك" ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكاً للثمن اعتقاداً أو عدواناً؛ و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيّته للثمن التزمنا بلغويّته؛ ضرورة عدم تحقّق مفهوم المبادلة بتملّك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادلة الحقيقيّة من العاقد لنفسه لايكون إلاّ إذا كان مالكاً حقيقيّاً أو ادّعائيّاً؛ فلو لم يكن أحدهما و عقد لنفسه لم يتحقّق المعاوضة و المبادلة حقيقة، فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه: "تملّكت منك كذا

٢٣٢١. يعني: أنّ حقيقة العقد بحسب الوجود الخارجي في قول «تملّكت» ليس مركّباً من إنشاء المبادلة و إنشاء ملكيّة المشتري للثمن حتّى يصحّ إجازة الأوّل منهما، و يكون المثمن للمجيز بطبع المبادلة، و إنّما هو أمر واحد، و هو إنشاء تملّكه للمبيع، و إجازته لاتنتج تملّك المجيز له.

٢٣٢٢. حاصل ما ذكره: أنّه لابدّ في تصحيح المعاوضة من التزام البناء على مالكيّة الثمن كي نستريح من إشكال عدم تحقّق مفهوم البيع، و بعد البناء عليها يرجع معنى «تملّكت» إلى: تملّكت و صرت مالكاً لذاك المبيع بما أنا مالك للثمن و من حيث إنّي مالكه، فالمشتري نسب تملّك المثمن إلى نفسه من جهة أنّه مالك الثمن في بنائه، و الثابت لشيء من حيثيّة تقييديّة إنّما يثبت لنفس الحيثيّة أوّلاً و بالذات، فالمسند إليه التملّك عنوان المالك حقيقة، و هو المجيز.

و فيه – كما ذكره سيّدنا الأستاد – أوّلاً: أنّ جهة المالكيّة تعليليّة لاتقييديّة، ضرورة أنّ الغاصب إنّما أراد بقوله «تملّكت» خصوص نفسه لا المالك الواقعي و أنّه ليس إلاّ الغاصب، و الثابت لشيء من الجهة التعليليّة ثابت لنفس ذلك الشيء.

و ثانياً: منع اقتضاء تلك – على فرض أنّها تقييديّة، و أنّ الحكم وارد عليها – وقوع العقد للمجيز بالإجازة، إذ لابدّ في ذلك من قابليّة المحلّ له، و هي مفقودة، إذ الغاصب بعد

بكذا" فالمنسوب إليه التملّك إنّما هو المتكلّم لا من حيث هو بل من حيث عدّ نفسه مالكاً اعتقاداً أو عدواناً، و حيث إنّ الثابت للشئ من حيثيّة تقييديّة ثابت لنفس تلك الحيثيّة، فالمسند إليه التملّك حقيقة هو المالك للثمن إلاّ أنّ الفضولي لما بنى على أنّه* المالك المسلّط على الثمن أسند ملك المثمن الذي هو بدل الثمن إلى نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلّقة بإنشاء الفضولي و هو التملّك المسند إلى مالك الثمن و هو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال المثمن إليه. هذا، مع أنّه ربّما يلتزم صحّة أن يكون الإجازة(٢٣٢٣)

.....

البناء على مالكيّته لايقصد تملّك مطلق المالك أيّ شخص كان، بل يقصد تملّك المالك الخاصّ عدواناً و هو نفسه.

فالأولى في التفصّي أن يقال: إنّ أخذ نسبة التملّك للثمن إلى الفضولي بما هو هو في مفهوم الإنشاء يشكل في صحّة البيع للمجيز، بلزوم كون المجاز غير المنشأ بناءً على كون البيع عبارة عن نفس التمليك و التملّك، إذ بناءً على هذا ليس في مسألة شراء الغاصب لنفسه - بالعبارة التي ذكرها المصنّف في تقرير الإشكال - وراء التملّك المنسوب إليه أمر آخر تعلّق الإنشاء به و لو بالتوسيط، حتّى تلحقه الإجازة و يصحّ البيع للمجيز من دون حصول المغايرة بين المجاز و المنشأ. و أمّا على ما هو التحقيق من كونه عبارة عن أمر يترتّب عليه التمليك و التملّك في بعض الأحيان كالمبادلة و نحوها، قد أنشئ في العبارة المزبورة بصيغة «تملّكت» بطور الكناية و ذكر الأثر و لو في نظر الغاصب و إرادة ذيه، فلا مجال للإشكال، إذ عليه يصحّ تعلّق الإجازة بأصل الملزوم — أعني: البيع المنشأ بالكناية - من دون تعلّقها بلازمه، و قد مرّ أنّ طبع البيع دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المثمن و هو المجيز، فيدخل المثمن في ملكه. هذا، و في نفسي اضطراب من بطلان ما أجاب به المصنّف عن الإشكال، إذ يمكن تصحيحه و شرح مرامه على نحو يسلم عن الإيرادين، فتأمّل في كيفيّته.

٢٣٢٣. لم أفهم وجه ارتباط ذلك بما قبله. و يمكن أن يقال بأنّه إشارة إلى جواب آخر عن إشكال المغايرة بين المجاز و المنشأ على تقدير اختيار الأُولى من الشرطيّتين المذكورتين في تقريب الإشكال، كما أنّ الأجوبة السابقة جواب عنه على تقدير اختيار الثانية منهما. يعني: أنّ

---

* في بعض النسخ زيادة: هو.

لعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من أجلاّء تلامذته.

و ذكر بعضهم في ذلك وجهين، أحدهما: أنّ قضية بيع مال الغير عن نفسه(٢٣٢٤)و الشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمناً، حتّى أنّه على فرض صحّة ذلك البيع أو الشراء تملّكه قبل آن انتقاله إلى غيره ليكون انتقاله إليه عن ملكه نظير ما إذا قال: "أعتق عبدك عني" أو قال: "بع مالي عنك" أو "اشتر لك بمالي كذا" فهو تمليك

.....

هذا الذي تقدّم في مقام الجواب عن الإشكال المذكور، مضافاً إلى أنّه يلزم لوكان معنى الصحّة صيرورة الثمن لمالك المثمن، و أمّا لوكان معناها كونه لمن قصد كونه له - كما التزم في شرح القواعد - فلايرد الإشكال. فهذه العبارة راجعة إلى أوّل الكلام، و مربوطة بقوله: «و قد أجاب المحقّق القمّي﵀». فكأنّ المصنّف قال: و قد أُجيب عن هذا الإشكال تارةً باختيار أنّ معنى صحّة العقد كون الثمن لمالك المثمن، و هو ما أجاب به المحقّق القمّي، و أُخرى بمنع ذلك، و هو ما التزم به شارح القواعد. فلو قال بدل هذه العبارة: و قد أُجيب عن إشكال المغايرة بالتزام صحّة...، لكان أولى، فتدبّر جيّداً.

٢٣٢٤. يعني من القضيّة القضيّة الإنّية، أعني: استكشاف العلّة من المعلول. و المراد من اقتضاء بيع مال الغير عن نفسه - بمعنى كون الثمن للبايع لا المالك، لجعل مال الغير لنفسه ضمناً - اقتضائه له بلحاظ عدم كون الثمن لشخص إلاّ بعد كون المثمن له، فضمنيّة الجعل المذكورللمعاملة ليست بلحاظ كونه جزءاً لمدلول العقد كما في باب الدلالات، لأنّه بالقياس إليه ملزوم لمدلول البيع لاجزء له، بل كانت بلحاظ القصد، فإنّ المقصود لبايع مال الغير عن نفسه - على نحو يكون الثمن له، بضميمة أنّه لايكون له إلاّ بكون المثمن له - مركّب من قصد الملزوم - أعني: جعل المثمن له - و من قصد اللازم، أعني: بيعه عن نفسه. يعني: أنّ ما يقتضيه بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه - اقتضاء المعلول لعلّته و اللازم لملزومه - جعل البايع ذاك المال المبيع و جعل المشتري ذلك المال الثمن لنفسه في قصده في ضمن قصده للمركّب منه و من المعاملة لنفسه، حتّى إنّه على فرض صحّة ذلك البيع و الشراء و تأثيره في المقصود - من دخول عوض مال الغير في ملك العاقد - يحكم بدخول مال الغير في ملكه قبل انتقاله إلى غيره، ليكون انتقاله إليه عن ملكه، تحفّظاً عن عدم إمكان دخول الثمن في

ضمنيّ(٢٣٢٥) حاصل ببيعه أو الشراء. و نقول في المقام أيضاً: إذا أجاز المالك صحّ البيع أو الشراء، و صحّته تتضمّن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أنّ الإجازة المذكورة تصحّح البيع أو الشراء كذلك تقضي بحصول الانتقال الذي يتضمّنه البيع الصحيح، فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق، قاضية بتمليكه المبيع ليقع البيع في ملكه، و لامانع منه.

الثاني: أنه لادليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقد في انتقال بدله إليه بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: "بع هذا لنفسك" أو "اشتر لك بهذا" ملك الثمن في الصورة الأُولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتري و كذا ملك المثمن في الصورة الثانية، و يتفرّع عليه أنه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك إلى مالكه دون العاقد.

أقول: و في كلا الوجهين نظر: أمّا الأوّل، فلأنّ صحّة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة(٢٣٢٦) كما تقدّم في بعض فروع المعاطاة مع أنّ قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق؛ لأنّ الإذن في البيع يحتمل فيه أن يوجب – من باب الاقتضاء – تقدير الملك آناً مّا قبل البيع بخلاف الإجازة؛ فإنّها لاتتعلّق إلاّ بما وقع* سابقاً، و المفروض أنه لم يقع إلاّ مبادلة مال الغير بمال آخر. نعم، لما بنى هو على ملكيّة ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد بالمعاوضة رجوع البدل إليه، فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة

.....

ملك شخص إلاّ بعد كون المثمن له.

٢٣٢٥. الضمير راجع إلى الجعل. و ضمير «ببيعه» راجع إلى ذلك المال المراد منه مال الغير. يعني: فالجعل المذكور تمليك ضمنيّ لمال الغير لنفسه و تملّك له، يحصل و يوجد ببيع ذاك المال و شرائه.

٢٣٢٦. نعم، لوكان متعلّق الإذن ما ذكر مجرّداً عن الإذن في جعله لنفسه. و أمّا إذا أذن في بيعه على نحو يصحّ معه كون الثمن له فلا مانع منه، لأنّه إذن في أمر معقول، و أمّا المقتضي فيكفي عموم حديث السلطنة، إلاّ أن يقال بعدم كفاية الكناية في صحّة الإذن، و

---

* في بعض النسخ: يقع.

أفادت دخول البدل في ملك المجيز، و إن رجعت إلى المبادلة منضمّة إلى بناء العاقد على تملّك المال، فهي و إن أفادت دخول البدل في ملك العاقد إلاّ أنّ مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملّك و إمضائه له؛ إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملّك البدل، إلاّ أنّ من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير ذلك البناء في تحقّق متعلّقه شرعاً، بل الدليل على عدمه؛ لأنّ هذا ممّا لايؤثّر فيه الإذن؛ لأنّ الإذن في التملّك لايؤثّر التملّك، فكيف إجازته(٢٣٢٧)؟

و أمّا الثاني، فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع(٢٣٢٨) التي هي المبادلة؛ و لذا صرّح العلاّمةﷺ في غير موضع من كتبه تارةً بأنّه لايتصوّر، و اُخرى بأنّه لايعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً بل ادّعى بعضهم في مسألة قبض المبيع: عدم*

.....

هو كما ترى، فتأمّل.

٢٣٢٧. ما من المعلوم عدم الدليل على تأثيره في التملّك أو الدليل على عدمه إنّما هو الإذن في تملّك مال الإذن أو إجازته فيما إذا كان البناء على التملّك بالإذن أو الإجازة مجرّداً عن صدور لفظ من الباني دالّ على بنائه عليه و لو بالدلالة الالتزاميّة، و أمّا إذا كان مقروناً به - كما فيما نحن فيه، إذ المفروض أنّه صدر منه البيع أو الشراء لنفسه، و كلّ منهما يدلّ و لو بالدلالة الالتزاميّة على بنائه على تملّك مال الغير- ففي دعوى العلم بعدم الدليل على التأثير منع فضلاً عن دعوى العلم بالدليل على عدم التأثير، بل ينبغي بناء المسألة على كفاية الكناية و إنشاء المقصود بما يدلّ عليه بالالتزام فيؤثّر، و عدم كفايتها فلايؤثّر، و قد مرّ أنّ الأقوى هو الأوّل. و لو تنزّلنا و قلنا بالثاني فإنّما نقول به في التمليكات الغير الضمنيّة لا في الضمنيّة، كما صرّح به في التذكرة، قالﷺ بعد تعداد الشروط المعتبرة في صيغة البيع ما لفظه: «فروع، الأوّل: أنّ ما يفتقر إلى الإيجاب و القبول فيما ليس الضمنيّ من البيوع، أمّا الضمني - كأعتق عبدك عنّي بكذا - فيكفي فيه الالتماس و الجواب» انتهى موضع الحاجة من كلامهﷺ.

٢٣٢٨. قد علّق على المقام بعض الأفاضل ممّن قارب عصرنا و قال: «مقتضى التأمّل في موارد البيع إمكان خروج الشيء عن ملك مالكه بعوضه من غير اعتبار قيامه مقام العوض

---

* في بعض النسخ: بعدم.

الخلاف في بطلان قول مالك الثمن: "اشتر لنفسك به طعاماً" و قد صرّح به الشيخ[٤٨] و المحقّق و غيرهما. نعم، سيأتي في مسألة جواز تتبّع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب أنّ ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد و غيرهما: أنّ الغاصب مسلّط على الثمن و إن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، و ظاهر هذا إمكان أن لايملك الثمن و يملك المثمن المشترى(٢٣٢٩)، إلاّ أن يحمل ذلك منهم على التزام تملّك البايع الغاصب

.....

المذكور، كشراء العبد من سهم الرقاب، و شراء العبد المملوك إذا لم يكن للميّت وارث سواه ليحوز الإرث، فإنّ الظاهر في مثل ذلك حصول العوضيّة و البدليّة في طرف البايع خاصّة، فيملك الثمن المدفوع إليه بدلاً عن العبد. بل يمكن عكس مسألتي العبد في بعض صور بيع الوقف، فإنّه يقوم مقام الثمن عند المشتري في الملكيّة، و لايقوم ثمنه مقامه في الوقفيّة و لا في الملكيّة حتّى لو قلنا بكون الوقف الخاصّ ملكاً للموقوف عليهم كما لعلّه المشهور، إذ الملكيّة القائمة بالوقف المنتزعة من انحصار فوائده في الموقوف عليه مغايرة للملكيّة القائمة بثمنه بعد بيعه، فإنّها سلطنة مطلقة على العين، بل مغايرة لها بحسب النسبة أيضاً، فإنّ الملكيّة القائمة بالوقف منسوبة إلى الموقوف عليهم بجميع طبقاتهم، و القائمة بثمنه منسوبة إلى خصوص الطبقة المتصدّية لبيعه. و على هذا التحرير و التقرير لامنافاة للوجه الثاني لحقيقة البيع، إذ يكفي فيها – بناءً عليه– البدليّة و لو في أحد الجانبين، و هي حاصلة فيما لو قال: بعه لنفسك فباع، أو اشتر به لنفسك فاشترى، لحصولها في الأوّل في جانب المشتري و في الثاني في جانب البايع. فملك المأمور في المثالين ملك ابتدائي للثمن أو المثمن حصل بتسليط المشتري أو البايع و تخليته بينه و بين المأمور بمقتضى العقد بدلاً عمّا انتقل إليه من المثمن أو الثمن، فإذا صحّ البيع و الشراء في المثالين بالإذن السابق اتّجهت صحّته بالإجازة اللاحقة» انتهى. لابدّ من التأمّل في ذلك.

٢٣٢٩. «المشترى» بصيغة المفعول صفة المثمن، لا بصيغة الفاعل فاعل «يملك». يعني: أنّ ظاهر قولهم «فإذا اشترى به شيئاً يملكه» – أي: يملك الشيء المشترى بذاك الثمن و إن لم يملك الثمن – إمكان أن لايملك المشتري الثمن الذي يدفعه بإزاء المثمن، و مع ذلك يملك المثمن الذي اشتراه بذاك الثمن، و هو منافٍ لما ذكره من عدم معقوليّة شراء الإنسان لنفسه بمال غيره. و من هنا ظهر أنّ قوله قبل ذلك: «نعم سيأتي...»، استدراك من قوله: «و أمّا الثاني فلما عرفت من منافاته...».

للثمن(٢٣٣٠) مطلقاً كما نسبه الفخر﵀ إلى الأصحاب، أو آناً مّا قبل أن يشتري به شيئاً؛ تصحيحاً للشراء. وكيف كان فالأولى في التفصّي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا.

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا – من أنّ نسبة ملك العوض حقيقة إنّما هو إلى مالك المعوّض، لكنّه بحسب بناء الطرفين على مالكيّة الغاصب للعوض منسوب إليه – يظهر اندفاع إشكال آخر(٢٣٣١) في صحّة البيع

.....

٢٣٣٠. الجارّ متعلّق بالتملّك. و المراد من الغاصب غاصب المثمن.

٢٣٣١. يعني: ممّا ذكرنا في التفصّي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه من أنّ نسبة الملك... . ثمّ إنّ قضيّة قوله المحكيّ عن الأصحاب: «فليس للمشتري الرجوع على البايع بالثمن» أنّ المشتري في مفروض الإشكال قد دفع الثمن إلى البايع الغاصب و سلّطه عليه. و لايخفى عليك أنّ قضيّة قوله في بيان مبنى الإشكال: «هذا الإشكال...»، أنّ المراد من الإشكال الآخر هنا إشكال يتوقّف وروده على مقدّمات:

الأُولى: تسليم عدم جواز استرداد الثمن من الغاصب بعد ردّ المالك للمعاملة.

و الثانية: تسليم أنّ الوجه فيه كون التسليط موجباً لتملّك المسلّط للمسلّط عليه، لاكونه عقوبة على المالك، حيث إنّه عاوض ماله بمحرّم، كي يكون الغاصب مخاطباً بالردّ، فإن ردّه أخذه المالك و إلاّ فليس له مطالبته به، مثل المحلوف عليه كذباً، على ما يظهر من المحكيّ عن الشيخ جواد في المشكاة الغرويّة في شرح الروضة البهيّة.

و الثالثة: كون إيجاب التسليط للتملّك مطلقاً غير مقيّد بخصوص تقدير الردّ.

و الرابعة: كون الإجازة ناقلة لاكاشفة. فمن دخالة القول بالنقل في توجّه الإشكال يعلم أنّ المراد من الإشكال هنا لزوم البيع بلا ثمن ينتقل إلى مالك المثمن على تقدير الإجازة، الذي ذكره بقوله: «و حينئذ فإذا أجاز المالك...»، لاإشكال لزوم عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة، لأنّه – مضافاً إلى أنّه ليس إشكالاً آخر غير الإشكال السابق– لايتوقّف وروده على النقل كما هو ظاهر، بخلافه لوكان الإشكال لزوم كون البيع بلا ثمن، فإنّ وروده موقوف على النقل، لأنّه موقوف على كون الثمن للبائع الغاصب بالتسليط عليه، و هو موقوف على كون تسليطه عليه تسليطاً له على مال المشتري حين التسليط، و هو موقوف على النقل، إذ على الكشف

يكون التسليط تسليطاً له على مال مالك المثمن، فلايكون ملكاً له، فلايكون البيع بلا ثمن على تقدير الإجازة. فحينئذٍ يكون قوله: «و هو أنّ المشتري - إلى قوله - و حينئذٍ فإذا أجاز...»مقدّمة لتسجيل الإشكال المذكور، و يكون المراد من عدم تحقّق المعاوضة الحقيقيّة عدمه بقاءً لاحدوثاً. يعني: أنّ الحكم بعدم الرجوع كاشف إنّاً - بوسائط - عن عدم بقاء المعاوضة الحقيقيّة على حالها، حيث إنّه كاشف عن اختصاص الغاصب بالثمن و كونه له، و هو كاشف عن أنّ الدفع و التسليط سبب الاختصاص و الملك، و هو كاشف عن انقلاب المعاوضة الحقيقيّة إلى ضدّها و عدم بقائها على ما حدثت.

و إذا عرفت المراد من الإشكال الآخر فنقول: يرد على المصنّف أنّه يندفع بمنع إحدى هذه المقدّمات الأربعة، لا بما ذكرهﷺ من كون طرف المعاملة في لبّ الواقع هو المالك لا الغاصب، فإنّه غير مربوط به، إلاّ أن يقال: إنّ عمدة نظرهﷺ في الجواب عنه - بعد تسليم المقدّمات المذكورة - إلى أنّ التسليط على شيء يوجب تملّك من انطبق عليه عنوان المتسلّط، لاتملّك من لامساس له بهذا العنوان أصلاً، و المنطبق عليه هذا هو المالك الواقعي لاشخص الغاصب، و من الواضح أنّ الوجه في ذلك ما ذكره المصنّف من أنّ نسبة ملك العوض حقيقة إنّما هي إلى مالك المعوّض.

و بعبارة أُخرى: مراده أنّ توجّه الإشكال - مضافاً إلى الأُمور الأربعة - يتوقّف على أمر آخر هو صغرى للمقدّمة الثانية، و هو كون الغاصب بما هو هو مسلّطاً على الثمن، و هو منتف، و إنّما المسلّط عليه الغاصب بعنوان أنّه مالك للمثمن قد سلّطه المشتري على الثمن، و قد مرّ أنّ الثابت للشيء من حيثيّة تقييديّة ثابت لتلك الحيثيّة، فيكون المسلّط الحقيقي هو المالك، و إنّما نسب التسليط إلى الغاصب من جهة بناء الطرفين على مالكيّته للمثمن.

هذا غاية توجيه اندفاع هذا الإشكال بما ذكرهﷺ. و لكن يردّه أنّه بناءً عليه لابدّ من الالتزام بجواز استرداد الثمن من الغاصب بعد الردّ، نظراً إلى عدم حصول ملك الغاصب، لعدم تحقّق موجبه، و هو تسليطه عليه بما هو كما هو المفروض، و مرجعه إلى عدم تسليم المقدّمة الأُولى.

و بالجملة، إن كان مراده من الإشكال هنا إشكال لزوم كون البيع بلا ثمن فلايندفع بما ذكره المصنّف، بل لابدّ في دفعه من منع بعض المقدّمات، أو من أنّ القول بالصحّة إنّما هو فيما

لنفسه، مختصّ بصورة علم المشتري الأصيل(٢٣٣٢)، و هو: أنّ المشتري الأصيل إذا كان عالماً بكون البايع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب على ما حكي عنهم بأنّ المالك لو ردّ فليس للمشتري الرجوع على البايع بالثمن، و هذا كاشف عن عدم تحقّق المعاوضة الحقيقيّة(٢٣٣٣) و إلاّ لكان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوضٍ إلى مالكه، و حينئذٍ فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن؛ لسبق اختصاص الغاصب به(٢٣٣٤)، فيكون البيع بلا ثمن. و لعلّ هذا هو الوجه(٢٣٣٥) في إشكال العلاّمة في التذكرة، حيث قال بعد الإشكال في صحّة بيع الفضولي مع جهل المشتري: إنّ الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل[٤٩]، انتهى.

أقول: هذا الإشكال – بناءً(٢٣٣٦) على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك و بقائه، و بعد تسليم أنّ الوجه(٢٣٣٧) في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري الردّ و الإجازة، لا التسليط المراعى بعدم إجازة البيع – إنّما يتوجّه على القول بالنقل، حيث إنّ تسليط المشتري للبايع على الثمن

.....

إذا كان هناك بقاء محلّ للإجازة، و حيث إنّ الثمن قد أتلفه المشتري بدفعه إلى الغاصب – كما إذا وهبه له قبل الإجازة على النقل كما هو الفرض – فقد فات محلّ الإجازة. و إن كان مراده منه إشكال عدم قصد المعاوضة من أوّل الأمر، ففيه: أنّه و إن كان يندفع بما ذكره المصنّف إلاّ أنّه يشكل أوّلاً: بأنّه ليس إشكالاً آخر، و إنّما هو عين الإشكال السابق. و ثانياً: بأنّه لافرق في وروده بين النقل و الكشف، فلا وجه لتخصيصه بالأوّل في صريح عبارته الآتية.

٢٣٣٢. مع دفعه الثمن إلى البايع الغاصب.

٢٣٣٣. قد مرّ بيان المراد من هذه العبارة.

٢٣٣٤. يعني: سبقه على اختصاص مالك المثمن به، نظراً إلى سبق سبب الأوّل – و هو دفعه إليه و تسليطه عليه – على سبب الثاني، و هو الإجازة.

٢٣٣٥. يعني: و لعلّ حكم الأصحاب بعدم جواز الرجوع المستلزم لكون البيع بلا ثمن إذا أجاز هو الوجه... .

٢٣٣٦. تقدّم سابقاً أنّ هذا مجرّد تنبيه على مبنى الإشكال، و أنّ القول بالنقل دخيل فيه، لا أنّه بيان لدفع الإشكال كما لعلّه يتوهّم.

٢٣٣٧. أي: بقاء الثمن عند الغاصب. و كلمة «بعد» على صحّة النسخة ظرف

قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة(٢٣٣٨)، فلايبقى مورد للإجازة. و أمّا على القول بالكشف، فلايتوجّه إشكال أصلاً(٢٣٣٩)؛ لأنّ الردّ كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، و الإجازة كاشفة عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض؛ و لذا لو لم يقبضه الثمن حتّى أجاز المالك أو ردّ، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك(٢٣٤٠) و سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك تتمّة لذلك، فانتظر.

ثمّ اعلم أنّ الكلام في صحّة بيع الفضولي لنفسه غاصباً كان أو غيره إنّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، و هو الذي لم يفرق المشهور بينه و بين الفضولي البايع للمالك لا لنفسه. و أمّا الكلام في صحّة بيع الفضولي و وقوعه لنفسه إذا صار مالكاً للمبيع و أجاز – سواء باع لنفسه أو المالك* – فلا دخل له بما نحن فيه؛ لأنّ الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، و هناك في وقوعه للعاقد إذا ملك. و من هنا يعلم أنّ ما ذكره في الرياض(٢٣٤١) من أنّ بيع الفضولي لنفسه باطل و نسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه في غير محلّه، إلاّ أن يريد ما ذكرناه، و هو خلاف ظاهر كلامه.

.....

لتسليم الأوّل. و الظاهر أنّها غلط، و الصواب «الواو» يدلها.

٢٣٣٨. «قبل» خبر «إنّ» و «بالإجازة» متعلّق بالانتقال.

٢٣٣٩. فيما إذا لم يكن عقد الفضولي بنفس إقباض الثمن و تسليطه عليه، بل كان بالقول، و إلاّ لتوجّه على الكشف أيضاً، فافهم.

٢٣٤٠. الأوّل على تقدير الردّ، و الثاني على تقدير الإجازة.

٢٣٤١. يعني: من جهة ذهاب المشهور في بيع الفضولي لنفسه إلى الصحّة بعد الإجازة – بمعنى كون البيع للمالك – يعلم أنّ ما ذكره في الرياض من بطلان بيع الفضولي لنفسه و نسبة نفي الخلاف فيه إلى التذكرة في غير محلّه، إذ مع ذهاب المشهور إلى الصحّة كيف تصحّ نسبة نفي الخلاف في البطلان إلى العلاّمة مع أنّه أب الفقه من جميع الجهات؟ إلاّ أن يريد ما ذكرناه من وقوعه للعاقد الفضولي إذا ملك و أجاز، لكنّه خلاف ظاهر كلامه.

---

* في بعض النسخ: للمالك. ** في بعض النسخ زيادة: كون.

بقي هنا أمران، الأوّل: أنه لافرق(٢٣٤٢) على القول بصحّة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو ديناً في ذمّة الغير، و منه جعل العوض ثمناً(٢٣٤٣) أو مثمناً في ذمّة الغير.

ثمّ إنّ تشخيص* ما في الذمّة الذي يعقد عليه الفضولي، إمّا بإضافة الذمّة إلى الغير، بأن يقول: "بعت كرّاً من طعام في ذمّة فلان بكذا" أو "بعت هذا بكذا في ذمّة فلان" و حكمه: أنه لو أجاز فلان يقع العقد له، و إن ردّ بطل رأساً. و إمّا بقصده العقد(٢٣٤٤) له؛ فإنه إذا قصده في العقد تعيّن كونه صاحب الذمّة؛ لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر(٢٣٤٥)، إلاّ على احتمالٍ ضعيف(٢٣٤٦) تقدّم عن بعض، فكما أنّ تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلّي بإضافته إلى ذمّة شخص خاصّ، و حينئذٍ فإن أجاز من قصد مالكيّته** وقع العقد*** و إن ردّ فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعاً؛ لأنّ مقتضى ردّ العقد بقاء كلّ عوضٍ على ملك صاحبه، إذ المال مردّد(٢٣٤٧) في باب

.....

٢٣٤٢. و لافرق أيضاً في جريان الأقسام الثلاثة المتقدّمة حتّى البيع لنفسه. نعم، لايمكن هذا هنا على نحو الغصب.

٢٣٤٣. يعني: من الفضولي جعل العوض - ثمناً كان أو مثمناً - في ذمّة الغير بلا إذن منه، بأن يشتري ثوباً بدرهم في ذمّة زيد، أو يبيع ثوباً في ذمّة زيد بدرهم.

٢٣٤٤. أي: بقصد الفضولي العقد للغير.

٢٣٤٥. يعني بالغير هنا من قصد العقد له.

٢٣٤٦. يعني به الوجه الثاني من الوجهين اللذين تقدّم ذكرهما عن البعض في توجيه الالتزام بصحّة كون الإجازة موجبة لكون العقد للعاقد الفضولي.

٢٣٤٧. يعني: مال الأصيل، فإنّه مردّد بين أن يكون لمالكه الأصلي و بين أن يكون لمن وقع له العقد، لأنّه إمّا أن يؤثّر العقد في النقل و الانتقال - كما في صورة الإجازة - فيكون للثاني، و إمّا لا - كما في صورة الردّ - فيكون للأوّل، فلا معنى لتأثيره من حيث سببيّته

---

* في بعض النسخ زيادة: كون

** في بعض النسخ: ملكيّته.

*** في بعض النسخ زيادة: له.

الفضولي بين مالكه الأصلي و بين من وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكه و تردّده بين الفضولي و من وقع له العقد؛ إذ لو صحّ وقوعه للفضولي لم يحتجّ إلى إجازة و وقع له إلاّ أنّ الطرف الآخر(٢٣٤٨) لو لم يصدقه على هذا القصد* و حلف على نفي العلم(٢٣٤٩) حكم له على

.....

لإخراجه عن ملك الأصيل دون إدخاله في ملك من له العقد، بل يبقى بالقياس إلى من يدخل في ملكه مردّداً بينه و بين الفضولي، كما هو قضيّة القول بصحّة العقد المفروض للفضولي واقعاً على تقدير لحوق الردّ ممّن وقع له العقد، إذ لو صحّ و أمكن وقوعه للفضولي اللازم - لاحتمال كونه طرف الترديد - لم يحتج إلى الإجازة و وقع له.

هذا، و يمكن الخدشة في التعليل بما ذكر، لأنّه إن أراد من التالي عدم الاحتياج إلى إجازة الفضولي في وقوعه، و أنّه يقع له بدون إجازته على تقدير ردّ من قصد وقوع العقد له، ففيه: منع بطلانه، بل نقول به، و لم يدّع أحد احتياجه إليه.

و إن أُريد منه عدم الاحتياج إلى إجازة من قصد وقوع العقد له في وقوعه له كما قصد، ففيه: أنّه لاإشكال في بطلانه، إلاّ أنّه لايصحّ جعله تالياً لصحّة وقوعه للفضولي، ضرورة أنّه غير مربوط به، و أنّ الذي يرتبط هو به إنّما هو صحّة وقوعه لمن قصد له العقد. و عليه، يكون الجزاء هو الاحتياج إلى الإجازة لاعدمه، فلا مانع من خروج مال الأصيل عن ملك مالكه، و تردّده بين الفضولي و بين من قصد له العقد، لابين المالك الأصلي و بين من قصد له العقد، فلايكون مقتضى الردّ بقاء كلّ عوض - حتّى مال الأصيل - على ملك صاحبه، لإمكان خروجه عن ملك الأصيل مع الردّ أيضاً، فلايكون البطلان واقعاً مع الردّ مقتضى القاعدة. و ليس في مفروض البحث - و هو صورة قصد العقد مجرّداً عن إضافة الخدمة إلى ذاك الغير في الإنشاء - شيء يأبى عن وقوعه للفضولي، بعد إلغاء قصد كونه للغير ورفع اليد عنه بالردّ، مع قابليّة الذمّة المطلقة - المجرّدة عن الإضافة إلى شخص في الإنشاء - للانطباق على ذمّته و ذمّة من قصد له العقد. و على هذا تنزّل عبارة التذكرة الآتية، فتأمّل.

٢٣٤٨. يعني به البايع للفضولي أو المشتري منه، لأنّه الطرف للفضولي في العقد.

٢٣٤٩. يعني: نفي العلم بأنّ الفضولي قصد كون العقد لغيره، أي: نفى العلم بفضوليّته.

---

* في بعض النسخ: العقد.

الفضولي(٢٣٥٠)؛ لوقوع العقد له ظاهراً، كما عن المحقّق و فخرالإسلام و المحقّق الكركي و السيوري و شهيد الثاني.

و قد يظهر من إطلاق بعض الكلمات(٢٣٥١) كالقواعد و المبسوط وقوع العقد له واقعاً، و قد نسب ذلك إلى جماعةٍ في بعض فروع المضاربة. و حيث عرفت أنّ قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلّي إلى ذمّة ذلك الغير، كما أنّ إضافة الكلّي إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه و إن لم يقصده أو لم يضفه إليه، ظهر من ذلك التنافي بين إضافة البيع إلى غيره و إضافة الكلّي إلى نفسه أو قصده من غير إضافة، وكذا بين إضافة البيع إلى نفسه و إضافة الكلّي إلى غيره. فلو جمع بين المتنافيين بأن قال: "اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمّتي" أو "اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان" ففي الأوّل(٢٣٥٢) يحتمل البطلان؛ لأنّه في حكم شراء شئ للغير بعين ماله(٢٣٥٣)،

.....

٢٣٥٠. يعني: الحكم عليه بحسب الظاهر، إذ بعد كون قصد من وقع له العقد مغنياً عن إضافة الكلّي إلى ذمّة شخص، وكونه قائماً مقامها، يكون العقد الواقع من الفضولي على الكلّي بقصد الغير - و كون العقد له - بمنزلة العقد الواقع منه مع التصريح منه بإضافة الكلّي إلى ذمّة ذاك الغير، في أنّه إن أجاز ذاك الغير يصحّ له واقعاً، و إن ردّ يبطل واقعاً، بمقتضى القاعدة عندهم من كون الردّ حلاًّ للعقد، لايمكن وقوعه للفضولي و الحكم به عليه إلاّ في مقام الظاهر فيما فرضه من تصديق الآخر له في ذلك القصد.

٢٣٥١. يأتي التعرّض لتقريبه عند نقل كلام التذكرة.

٢٣٥٢. يعني به قوله: «اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمّتي». يعني بالثاني قوله: «اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان».

٢٣٥٣. يعني: في حكمه في عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة الموجب للبطلان، لابتناء قصدها على البناء على مالكيّة الغير للثمن، و هو منتفٍ نوعاً في الشراء للغير بعين مال العاقد المشتري أو بكلّي في ذمّته، و هذا بخلاف الشراء لنفسه بمال الغير عيناً كان أو في ذمّته، لأنّ الغالب فيه البناء الارتكازي على مالكيّة نفسه للثمن. و هذا هو الوجه فيما مرّ سابقاً — في

و يحتمل إلغاء أحد القيدين(٢٣٥٤) و تصحيح المعاملة لنفسه أو للغير*(٢٣٥٥)، و في الثاني يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضة(٢٣٥٦) بالبناء على التملّك في ذمّة الغير اعتقاداً، و يحتمل الصحّة بإلغاء(٢٣٥٧) قيد "ذمّة الغير"؛ لأنّ تقييد الشراء أوّلاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمّة إلى الغير، و المسألة تحتاج إلى تأمّل.

ثمّ إنّه قال في التذكرة: لو اشترى فضوليّاً، فإن كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان(٢٣٥٨) و الوقف على الإجازة، إلاّ أنّ أباحنيفة قال: يقع للمشتري بكلّ حال، و إن كان في الذمّة لغيره(٢٣٥٩)

.....

ذيل الجواب على الإشكال على صحّة الفضولي البايع لنفسه - من التفرقة بين بيع الغاصب لنفسه و بين شراء المالك بماله شيئاً للغير، بتحقّق قصد المعاوضة الحقيقيّة في الأوّل دون الثاني.

٢٣٥٤. يعني بهما قوله «لفلان» و قوله «في ذمّتي».

٢٣٥٥. الأوّل على تقدير إلغاء القيد الأوّل، و الثاني على تقدير إلغاء الثاني.

٢٣٥٦. يعني: بعد فرض تحقّق قصد المعاوضة بابتناء المذكور. و إنّما اقتصر على البناء الناشي من الاعتقاد نظراً إلى ما أشرنا إليه من عدم إمكان الغصب في الكلّي الموجب لتحقّق البناء العدواني أيضاً.

٢٣٥٧. الصحّة لنفسه.

٢٣٥٨. يعني: الخلاف المعهود في البيع في البطلان و الوقف على الإجازة موجود في الشراء أيضاً، فإمّا يبطل، و إمّا يصحّ للمالك مع الإجازة، إلاّ أنّ أباحنيفة خالف الكلّ و قال بأنّه يصحّ للمشتري الفضولي على كلّ حال من حالي الإجازة و عدمها.

٢٣٥٩. يمكن أن يكون المراد من الذمّة ذمّة نفس المباشر، و يكون «لغيره» متعلّقاً بـ«فاشترى» المستفاد من سوق الكلام، يعني: اشترى للغير و جعل العوض في ذمّة نفسه، و ذلك بقرينة قوله: «لأنّه تصرّف في ذمّته» إذ الظاهر رجوع الضمير إلى المباشر لا الغير، و إلاّ كان اللازم أن يقول: لأنّه تصرّف في ذمّة الغير لا في ماله، عكس العبارة المذكورة في المتن.

---

* في بعض النسخ: لغيره.

.....

و الظاهر من قول المصنّف﵀ في بيان وجه الإشكال على العلاّمة: «لأنّه إن جعل المال في ذمّته بالأصالة...»، أنّه فهم أيضاً أنّ المراد من هذه الفقرة ما ذكرناه، حيث إنّ قوله في ثاني شقّي وجه الإشكال: «و إن جعل المال في ذمّته لا من حيث الأصالة، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً...» صريح في أنّ المراد من الذمّة ذمّة المباشر الفضولي لاذمّة الغير.

و المراد من إطلاق اللفظ عدم تقييد صيغة الشراء بكونه للغير، بأن يقول: اشتريت هذا بمنّ من حنطة، مجرّداً عن تقييده بقوله: في ذمّتي لفلان، يعني: من قصد كون الشراء له. و لعلّ الوجه في هذا التقييد أنّه مع التلفّظ به في متن العقد لاينفذ على المباشر إن ردّ، حيث إنّه حينئذ يكون من مشخّصات الإنشاء، و معه وقوعه للمباشر يوجب اختلال مفهوم المعاوضة و ينافيه.

و يمكن أن يكون المراد من الذمّة ذمّة الغير، فيكون «لغيره» حينئذ ظرفاً مستقرّاً صفة للذمّة، كما هو الظاهر من المقابلة بينه و بين قوله: «فإن كان بعين مال الغير». و المراد من إطلاق اللفظ هو الاكتفاء بنيّة كون الشراء للغير في ذمّة الغير بدون ذكره في متن العقد. و المراد من قوله: «لأنّه تصرّف في ذمّته» أنّه تصرّف في ذمّة نفسه — أي: المباشر - لكن في مرحلة الظاهر، لانصراف الإطلاق إليه. و فيه ما لايخفى، و إن كان يسلم عمّا أورده المصنّف﵀.

و بالجملة، هذه العبارة في غاية الاضطراب. و يمكن أن يقال: إنّ «لغيره» في العبارة متعلّق بالاشتراء. و المراد من الذمّة هو المطلق، أي: الذمّة الغير المضافة إلى الغير حتّى في القصد، أي: الذمّة التي لم يقصد العاقد كونها للغير، و إنّما قصد صرف انتقال المثمن إليه بإزاء ثمن كلّي في الذمّة. و أطلق اللفظ و لم يقيّده بكون الشراء للغير. يعني: لو اشترى شيئاً للغير فضوليّاً و بلا إذن منه في ذلك، و جعل الثمن في الذمّة، و أطلق لفظ الإنشاء و لم يقيّده بكون الشراء للغير، بل اكتفى في ذلك إلى صرف القصد، بأن قال: اشتريت هذا بدرهم كلّي قاصداً به الشراء للغير. فلم يخالف في صحّته، و لم يقل بالبطلان فيه كما قيل به في الشراء له بعين ماله الخارجي، بل اتّفقوا على صحّته، إذ قال علماؤنا إنّه يقف على الإجازة، فإن أجاز صحّ و لزم المجيز أداء الثمن، و إن ردّ صحّ عن المباشر. و به قال الشافعي في القديم و أحمد.

و أمّا أنّه يصحّ هنا اتّفاقاً، و لايقول ببطلانه من يقول به في الشراء بعين ماله، فلعدم خروجه عن العمومات، لأنّ الفضولي هنا تصرّف في ذمّة الغير في قصده، لقصده كون الشراء له الموجب لكون الذمّة له، و لم يتصرّف في عين ماله الخارج عن تحت العمومات، إنّما هو

و أطلق اللفظ، قال علمائنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صحّ و لزمه أداء الثمن، و إن ردّ نفذ عن المباشر، و به قال الشافعي في القديم و أحمد[٥٠]. و إنما يصحّ الشراء(٢٣٦٠)؛ لأنه تصرّف في ذمّته لا في مال غيره، و إنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له، فإن أجازه لزمه، و إن ردّه لزم من اشتراه، و لافرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا. و قال أبوحنيفة: يقع عن المباشر، و هو جديد للشافعي[٥١] انتهى. و ظاهره الاتفاق على وقوع(٢٣٦١) الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً، كما يشعر به تعليله بقوله: "لأنه تصرّف

.....

الفضولي المتصرّف في عين مال الغير، و ذلك لأنّ الدليل المخرج له عنها لايعمّ المقام، لأنّ عمدة الدليل على خروج الفضولي عنها إنّما هو قوله ﷺ: «لاتبع ما ليس عندك» و هو على تقدير دلالته على البطلان لايعمّ المقام، لاختصاص المراد بالموصول بالأعيان الخارجيّة.

و أمّا أنّه وقف على الإجازة من الغير فلأنّ الفضولي عقد الشراء له في قصده، فكونه له كما قصد يتوقّف على إجازته و رضاه له، ضرورة تسلّط الناس على أنفسهم و أموالهم، فإن أجازه لزمه أداء الثمن من ماله قضيّة للمعاوضة، و اقتضاء دخول المثمن في ملكه خروج الثمن عن ملكه. و أمّا أنّه إن ردّه وقع الشراء للفضولي المباشر للشراء و لزمه أداء الثمن من ماله، فلأنّه لامانع من وقوعه له إلاّ قصد كون الشراء له، إذ المفروض عدم تقيّد الإنشاء بقيد يقتضي وقوعه له، من قوله «للغير» أو إضافة الثمن الكلّي إلى ذمّته، و الردّ مزيل للقصد المذكور، و بزواله يخرج عن الفضوليّة.

و بالجملة، لامانع من توجّه خطاب الوفاء بهذا العقد إلى المباشر إلاّ قصد كونه للغير، و هو يرتفع بالردّ، فيتوجّه الخطاب به إليه، و لانعني من الصحّة إلاّ هذا، و ذلك لأنّ قصد كون الشراء لنفسه ليس شرطاً في توجّه الخطاب، بل قصد الغير مانع، و المفروض ارتفاعه بالردّ و لو حكماً و تنزيلاً، و يجعل الإجماع الذي ادّعاه في العبارة دليلاً على هذا التنزيل. و كيف كان، دخول الفرض المذكور في الفضولي بناءً على التفسير الأوّل إنّما هو من جهة قصده العقد للغير بدون إذنه فيه.

٢٣٦٠. يعني: صحّته عن المباشر عند الردّ.

٢٣٦١. أمّا ظهوره في الاتّفاق على أصل وقوع الشراء للمشتري مع الردّ، فلأنّ الظاهر أنّ قوله: «قال علمائنا» راجع إلى الوقوف على الإجازة بكلا شقّيه حتّى الثاني، و هو النفوذ

في ذمّته لا في مال الغير"، لكن أشرنا سابقاً إجمالاً إلى أنّ تطبيق هذا على القواعد مشكل؛ لأنه إن جعل المال في ذمّته بالأصالة فيكون ما في ذمّته كعين ماله فيكون كما لو باع عين ماله لغيره، و الأوفق بالقواعد في مثل هذا: إمّا البطلان لو عمل بالنيّة؛ بناءً على أنه لايعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهراً، و إمّا صحّته و وقوعه لنفسه لو ألغى النيّة؛ بناءً على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً و إن نوى خلافه. و إن جعل المال في ذمّته لا من حيث الأصالة بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه – مع الإشكال في صحّة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمّة الغير –: أنّ اللازم من هذا أنّ الغير إذا ردّ هذه المعاملة و هذه النيابة تقع فاسدة من أصلها، لا أنّها تقع للمباشر.

نعم إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البايع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة كما ذكرنا سابقاً و نصّ عليه جماعة في باب التوكيل. وكيف كان، فوقوع المعاملة في الواقع مردّدة بين المباشر والمنويّ دون التزامه خرط القتاد! و يمكن تنزيل العبارة(٢٣٦٢) على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيد(٢٣٦٣).

الثاني: الظاهر أنه لافرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطاة، بناءً على إفادتها للملك؛ إذ لافارق بينها و بين العقد، فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضولي و أصيل إذا وقع بنيّة التمليك و التملّك فأجازه المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾ شامل له، و يؤيّده: رواية عروة البارقي؛ حيث إنّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة(٢٣٦٤).

.....

عن المباشر الفضولي مع الردّ. و أمّا ظهوره في الاتّفاق على وقوعه له واقعاً لاظاهراً، فلأنّه الظاهر من المقابلة بين الشقّين، فكما أنّه يصحّ و ينفذ عن المجيز واقعاً على تقدير الإجازة، كذلك ينفذ عن المباشر أيضاً كذلك على تقدير الردّ بقرينة المقابلة.

٢٣٦٢. يعني بها قوله: «و إن ردّ نفذ عن المباشر».

٢٣٦٣. لمكان التعليل بقوله: «لأنّه تصرّف في ذمّته» إذ المناسب لذلك هو التعليل بقوله: لأنّ العقد وقع له بمقتضى إطلاقه لا به، لأنّه يناسب الوقوع الواقعي.

٢٣٦٤. لعلّ نظره في وجه الظهور إلى دعوى الغلبة.

و توهّم الإشكال فيه: من حيث إنّ الإقباض الذي يحصل به التمليك محرّم؛ لكونه تصرّفاً في مال الغير فلايترتّب عليه أثر في غير محلّه؛ إذ قد لايحتاج إلى إقباض مال الغير(٢٣٦٥)، كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمّة. مع أنّه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك؛ بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرضا لايخرج المعاملة عن معاملة الفضولي، مع أنّ النهي لايدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض(٢٣٦٦) في السببيّة، فلاينافي كونه جزء سبب.

و ربّما يستدلّ على ذلك(٢٣٦٧) بانّ المعاطاة منوطة بالتراضي و قصد الإباحة أو التمليك و هما من وظائف المالك و لايتصوّر صدورهما من غيره – و لذا ذكر الشهيد الثاني: أنّ المكره و الفضولي قاصدان للفظ دون المدلول، و ذكر: أن قصد المدلول لايتحقّق من غير المالك – و مشروطة أيضاً بالقبض و الإقباض(٢٣٦٨) من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين، و لاأثر له إلاّ إذا صدر من المالك أو بإذنه.

و فيه: أنّ اعتبار الإقباض و القبض في المعاطاة عند من اعتبره فيها إنّما هو لحصول إنشاء التمليك أو الإباحة، فهو عندهم من الأسباب الفعليّة كما صرّح الشهيد في قواعده و المعاطاة عندهم عقد فعلي، و لذا ذكر بعض الحنفيّة القائلين بلزومها: أنّ البيع ينعقد

٢٣٦٥. فيكون الدليل أخصّ من المدّعى.

٢٣٦٦. لامجال لهذا الكلام بعد القول بدلالة النهي على عدم ترتّب الأثر المقصود، لأنّ المراد من الأثر المقصود ما لولا النهي لترتّب على المنهيّ عنه، و معلوم أنّ الأثر المقصود من الإقباض لولا النهي عنه جزئيّته للسبب المركّب منه و من الرضا، لاكونه تمام السبب، كما هو قضيّة أدلّة اعتبار الطيب، و لايخفى أنّ فرض فساده لأجل النهي ينافي كونه جزء السبب.

٢٣٦٧. يعني: على البطلان. و المستدلّ صاحب المقابيس﵀.

٢٣٦٨. هذا عطف على «منوطة». و الظاهر أنّ هذا دليل آخر في طول الدليل الأوّل. فكأنّ المستدلّ استدلّ على عدم جريان الفضوليّة في المعاطاة أوّلاً: بأنّ حقيقة المعاطاة هو التراضي من المالكين و قصد الإباحة أو التمليك، و لايعتبر فيها قبض و إقباض أصلاً، و لاريب أنّهما من وظائف المالك، و لايعقل صدورهما من الفضولي. و ثانياً: بأنّا سلّمنا مدخليّة القبض

بالإيجاب و القبول و بالتعاطي، و حينئذٍ فلا مانع(٢٣٦٩) من أن يقصد الفضولي بإقباضه: المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله: "ملّكتك". و اعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي – مع اتحاد أدلّة اعتبار الرضا و طيب النفس في حلّ مال الغير – لايخلو عن تحكّم.

و ما ذكره من الشهيد الثاني لايجدي فيما نحن فيه؛ لأنّا لانعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله؛ لعدم الدليل، و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولي أيضاً إلاّ أن يقال: إنّ مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول، لكنّك قد عرفت أنّ عقد* الفضولي ليس على خلاف القاعدة. نعم، لو قلنا: إنّ المعاطاة لايعتبر فيها قبض و لو اتّفق معها بل السبب المستقلّ هو تراضي المالكين بملكيّة**

.....

و الإقباض فيها، و أنّها مشروطة بهما، لكن لانسلّم اعتبارهما على الإطلاق و لو بدون مقارنتهما للتراضي و قصد التمليك، بل نقول بدخلهما فيها مع قيد المقارنة للأمرين، فلا أثر لهما إلاّ إذا صدرا من المالكين أو بإذنهما.

فحينئذٍ يعلم أنّ ما أجاب عنه المصنّف بقوله: «و فيه أنّ اعتبار القبض...» جواب عن الدليل الثاني، لعدم ارتباطه إلاّ به. و أمّا الدليل الأوّل فقد قرّره من حيث الكبرى، و منعه من حيث الصغرى معاً بقوله: «نعم، لو قلنا إنّ المعاطاة لايعتبر فيها قبض و لو اتّفق معها – إلى قوله – لم يعقل وقوعها من الفضولي». أمّا الأوّل فواضح. و أمّا الثاني – أعني: منع الصغرى – فمن جهة التعبير بكلمة «لو» و لقوله: «لكنّ الإنصاف...».

٢٣٦٩. يعني: و حين إذ كان اعتباره لأجل إنشاء التمليك، فإن كان مراد المستدلّ من تقييد القبض و الإقباض بمقارنة التراضي و قصد التمليك و الإباحة أنّ قصد الإنشاء من القبض لايتأتّى من الفضولي، و أنّ تراضي المالكين معتبر في تمشّي قصده منه، ففيه: أنّه لامانع من قصد الفضولي التمليك بإقباضه، كما لامانع من قصده بقوله «ملّكتك». و إن كان مراده اعتبار المقارنة في تأثير الإنشاء لا في نفسه، ففيه: أنّ اعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي... إلى آخر ما في المتن.

---

* في بعض النسخ: العقد.

** في بعض النسخ: بمالكية.

كلّ منهما لمال صاحبه مطلقاً أو مع وصولهما أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولي. نعم، الواقع منه إيصال المال و المفروض أنّه لامدخل له في المعاملة، فإذا رضي المالك بمالكيّة من وصل إليه المال تحقّقت المعاطاة من حين الرضا و لم يكن إجازة لمعاطاة سابقة، لكنّ الإنصاف أنّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة و إنّما قصدهم إلى العقد الفعلي.

هذا كلّه على القول بالملك، و أمّا على القول بالإباحة فيمكن القول ببطلان الفضولي؛ لأنّ إفادة المعاملة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين مع أنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن(٢٣٧٠)، و الآثار الاخر – مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرّف – إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعليّة، لم تؤثر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة، اللّهمّ إلاّ أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة، فافهم.

.....

٢٣٧٠. حاصل هذا الوجه لبطلان الفضولي هو اللغويّة و عدم ترتّب الأثر على إنشائه. أمّا على الكشف فلأنّ حصول الإباحة الفعليّة قبل الإجازة غير ممكن، لإناطتها بطيب النفس في حديث الطيب و الإذن في التوقيع. و أمّا على النقل فلأنّ الرضا المستكشف بالإجازة تمام المناط في حصولها، و لادخل للإنشاء السابق فيها أصلاً. و أمّا الآثار الأخر غير الإباحة التكليفيّة – مثل جواز البيع على القول بنفوذ هذا التصرّف لو وقع من المباح له في ظرف تحقّق الإباحة الفعليّة – فلاتترتّب و لاتوجد فيما إذا وقعت قبل زمان تحقّق الإباحة الفعليّة، و هو ما قبل زمان الإجازة. هذا شرح العبارة.

و فيه: أنّ ما ذكره صحيح لوكان المراد من الإباحة الإباحة المالكيّة الناشئة من رضا المالك، و أمّا إذا كان المراد منها الإباحة الشرعيّة فيمكن الحكم بحصولها قبل الإجازة على الكشف مثل الملكيّة على القول بالملك، فإنّ هذا النحو من الإباحة من آثار العقد، كما أنّ حصول الملكيّة للمباح له بعد التصرّف أو تلف المقابل على هذا القول من آثار العقد. و قد نبّه على هذا شيخنا الأستاذ فيما علّقه على المقام، و لعلّ الأمر بالفهم في الذيل إشارة إلى ذلك.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المصادر:

١) الغنية: ص٢١٠.
٢) التذكرة ج٢:ص٧٣.
٣) الرياض ج١:ص٥١١؛ مقابس الأنوار: ص١٠٨.
٤) الوسائل ج١٢:ص٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١.
٥) الخصال ج٢:ص٤٩٥، الحديث٣.
٦) الشرايع ج٢:ص١٨٠.
٧) جامع المقاصد ج٥:ص١٩٤.
٨) نهاية الإحكام ج٢:ص٤٥٤-٤٥٥.
٩) مفاتيح الشرايع ج٣:ص٤٦.
١٠) مقابس الأنوار: ص١١٣.
١١) القواعد ج١:ص١٥١ و ١٦٦.
١٢) الوسائل ج١٦:ص١٣٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٢.
١٣) الروضة البهية ج٣:ص٢٢٦-٢٢٧.
١٤) المستند ج٢:ص٣٦٤.
١٥) التحرير ج٢:ص٥١.
١٦) الجواهر ج٣٢:ص١٥.
١٧) الوسائل ج١٦:ص١٤٣، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١.
١٨) النحل(١٦): ١٠٦.
١٩) المبسوط ج٥:ص٥١.
٢٠) القواعد ج٢:ص٦٠.
٢١) الروضة البهيّة ج٦:ص٤٢١؛ الحدائق ج٢٥:ص١٦٣.
٢٢) المسالك ج٩:ص٢٢.
٢٣) التذكرة ج١:ص٤٦٢.
٢٤) الجواهر ج٣٢:ص١٥.
٢٥) الشهيد في الدروس ج٣:ص١٩٢؛ المسالك ج٣:ص١٥٥-١٥٦.
٢٦) النحل(١٦): ٧٥.
٢٧) الوسائل ج١٥:ص٣٤٣، الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات الطلاق.
٢٨) الجواهر ج٢٢:ص٢٧١، ج٢٥:ص٧٠.
٢٩) جامع المقاصد ج٤:ص٦٨.
٣٠) غاية المراد: ص١٧٨.
٣١) مجمع الفائدة ج٨:ص١٥٨.
٣٢) الوسائل ج١٤:ص٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.
٣٣) الدروس ج٣:ص٢٣٣.
٣٤) الوسائل ج١٣:ص١٨٢، الباب الأوّل من كتاب المضاربة، الحديث ٩.
٣٥) الحدائق ج٢١:ص٢٠٧.
٣٦) المدارك ج٥:ص٢٠، الحدائق ج١٢:ص٦٢.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

٣٧) الوسائل ج١٣:ص٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

٣٨) الوسائل ج١٢:ص٣٩٤، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٣٩) مجمع البيان ج٢:ص٣٦؛ الكشّاف ج١: ص٥٠٢

٤٠) النساء(٤): ٢٣.

٤١) الوسائل ج١٢:ص٢٤٩، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

٤٢) التذكرة ج١:ص٤٦٣.

٤٣) القواعد ج١:ص١٢٤.

٤٤) الخلاف ج٣:ص١٦٨، كتاب البيوع، المسألة ٢٧٥.

٤٥) إيضاح الفوائد ج١:ص٤١٧.

٤٦) المسالك ج٥:ص٣٠٠؛ مفتاح الكرامة ج٧:ص٦٣٢.

٤٧) جامع الشتات ج٢:ص٣١٩؛ غنائم الأيام: ص٥٥٤.

٤٨) المبسوط ج٢:ص١٢١.

٤٩) التذكرة ج١:ص٤٦٣.

٥٠) المجموع ج٩:ص٢٦٠؛ فتح العزيز ج٨:ص١٢٢-١٢٣.

٥١) التذكرة ج١:ص٤٦٣.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فهرس الموضوعات

تعاريف البيع ٧
استعمال البيع فى معانٍ أُخرى ٢٥
البيع و نحوه من العقود، حقيقة فى الصحيح أم لا؟ ٣١
المعاطاة ٣٥
الأقوال فى المعاطاة ٥٣
الأدلة الدالة على صحة المعاطاة ٥٥
هل المعاطاة لازمة أم جائزة؟ ٧٩
الوجوه المحتملة فى معنى الحديث "انّما يحلّل الكلام" ٩٥
التنبيه الأوّل: هل المعاطاة بيع حقيقة أم لا؟ ١٠٧
التنبيه الثانى: حكم الإعطاء من جانب واحد ١١٧
التنبيه الثالث: تميّز البايع من المشترى فى المعاطاة ١٢١
التنبيه الرابع: أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين ١٢٣
التنبيه الخامس: جريان المعاطاة فى غير البيع ١٣٥
التنبيه السادس: ملزمات المعاطاة ١٣٩
التنبيه السابع: هل المعاطاة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقله؟ ١٥١
التنبيه الثامن: حكم انشاء التمليک بالقول غير الجامع للشرايط ١٥٧
المصادر ١٦٣
الخصوصيات المعتبرة فى اللفظ ١٦٧
ألفاظ الايجاب و القبول ١٧٧
الترتيب ١٨٣

الموالاة ٢٠١
التنجيز ٢٠٩
لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً فی شروط الصيغة ٢٢٧
المصادر ٢٣٣
أحكام المقبوض بالعقد الفاسد ٢٣٥
فی قاعدة " ما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده" ٢٦٩
ضمان المنافع ٢٨٥
ضمان المثلی بالمثل ٢٩٥
كثرة ثمن المثلی ٣٢٥
تعذّر المثل فی المثلی ٣٢٩
ضمان القيمیّ بالقيمة ٣٤١
المصادر ٣٨٧
فی شروط المتعاقدين: البلوغ ٣٨٩
فی قصد المتعاقدين مدلول العقد ٤١٩
فی الاختيار ٤٣٥
اذن السيد لوكان العاقد عبداً ٤٥٩
بيع الفضولی ٤٦٩
المصادر ٥٤٧
فهرس الموضوعات ٥٤٩

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی