

منهج الفقاہة

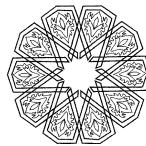
التعليق على مکاسب الشیخ الأعظم

المحقق الفذ آیة الله العظمى

السید محمد صادق الحسینی الرُّوحانی

مذ ظله العالی

الجزء الثالث



موسوعة الامر لروحاني

منهاج الفقه

الجزء الثالث

✓ تاريخ النشر: ١٤٣١ هـ. ق = ١٣٨٩ هـ. ش = ٢٠١٠ م

✓ الطبيعة: السادس (الاولى من الناشر)

✓ الكمية: ٣٠٠٠ نسخة

✓ الصفحة: ٤٧٢

✓ المطبعة: دز

✓ الناشر: كلية شروق - ايران: قم المقدسه (تلفاكس: ٧٧٤١٤٢٣)

✓ الشابك: ٩٧٨-٩٦٤-٧٢٥٥-١٢-٧

✓ السعر: ٢٤٠٠ تومان (سعر المجموعة)

روحاني، محمدصادق، ١٣٠٣ - شارح منهج الفقاهه: التعليق على مکاسب الشیخ الاعظم / السيد محمد صادق الحسیني الروحاني۔۔ قم: كلية شروق، ١٤٣١ ق. = ١٣٨٩
.. (دوره) ٩٧٨-٩٦٤-٧٢٥٥-٠٩-٧
xxx (ج. ٣) ٩٧٨-٩٦٤-٧٢٥٥-١٢-٧
فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.
كتاب حاضر شرح كتاب (المکاسب) شیخ مرتضی انصاری است. متدربات: ج. ١-٢. المکاسب المحرمه .- ج. ٣-٤. البيع. ج. ٥-٦. خیارات. ١. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق. المکاسب -نقد و تفسیر. ٢. معاملات (فقه). ٣. خرید و فروش (فقه). ٤. کسب و کار حلام (فقه). الف. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق. المکاسب. شرح. ب. عنوان: المکاسب. شرح
BP ١٩٠ / ١ / ٨ الف ٧٠٢٤ ١٣٨٩ ٢٩٧/٣٧٢٢

لَهُ الْحَمْدُ
لِلّٰهِ لِلّٰهِ لِلّٰهِ
لِلّٰهِ لِلّٰهِ لِلّٰهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولاًنا من التفقة في الدين، والهداية إلى الحق المُبين، وأفضل صلواته وأكمل تحياته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء بالله، الأمانة على حلاله وحرامه، سيما بقيّة الله في الأرضين، أرواح من سواه فداه.

وبعد:

فهذا هو الجزء الثالث من كتابنا «منهاج الفقاهة»، وقد وفقنا إلى طبعة، وراجياً منه تعالى أن يوفقنا لنشر بقية المجلدات، فإنه ولني التوفيق.

كتاب البيع^١

تعريف البيع وبيان حقيقته

١. وفيه مقاصد:

المقصد الأول: في تعريف البيع، وبيان حقيقته.

وقد اختلفت كلمات الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم في ذلك، بعد اتفاقهم ظاهراً على أنه لا حقيقة شرعية أو متنشرعية له.

وقبل بيان حقيقته، لابد من بيان أمر لا يستغنى عنه، وهو:

إنّ في البيع - وكذا سائر المعاملات - أموراً أربعة:

أحدها: اعتبار الملكية القائم بالمتباين.

ثانيها: اعتبارها القائم بالعقلاء.

ثالثها: الاعتبار القائم بالشارع الأقدس.

رابعها: إظهار المتباين اعتبارهما النفسي بمظهر خارجي من لفظ أو غيره.

وما اشتهر من أنّ حقيقة الإنسان عبارة عن إيجاد معناً من المعاني كالملكية وغيرها

باللفظ لا واقع له، إذ الوجود الحقيقي للمعنى لا يمكن إيجاده إلا بأسبابه الخارجية،

واللّفظ وماضاه ليسا منها بالضرورة، والوجود الاعتباري ليس إلا اعتبار المعتبر وهو

قائم بنفسه، ولا دخل للّفظ وغيره في تحققه. نعم، تسمية الإنسان إيجاداً، بمعنى أنه

بضميمة الاعتبار النفسي موضوع لاعتبار الشارع والعقلاء، حيث أنّ بناء العقلاء على

عدم اعتبار الملكية في البيع مثلاً إلا مع اعتبار المتباين بقيد الإعلام به، لا بأس بها.

وعلى هذا، فلا سبيبية في باب العقود والإيقاعات أصلًا.

وهو في الأصل - كما عن «المصباح» - مبادلة مال بمال^١.

١. وحيث أنه لا حقيقة شرعية ولا مترتبة للبيع، فنظره إلى بيان الموضوع بحسب العرف واللغة، كي يحمل عليه في الأحكام المترتبة على هذا العنوان. وبما أنّ تعين العرف واللغة في هذا الزمان لا يفيد بالنسبة إلى زمان الشارع الأقدس، ولذا أفاد في الهاشم: (والظاهر عرفاً ولغةً بضميمة أصله عدم النقل) التي هي من الأصول العقلية التي يستند إليها الكل في أبواب الفقه.

وكيف كان، فقد عرّف البيع بتعاريف:

الأول: ما عن «المصباح» من تعريفه بأنّه مبادلة مال بمال.

وأورد على التعريف المذكور بأمرور:

الأول: أن المبادلة قائمة بالطرفين كما هو الشأن في باب المفاعة، ولا يصح التعبير بها عمّا يقوم بطرف واحد، مع أنّ البيع عندهم ليس هو ذلك، بل عبارة عن التبديل.

وما أفاده المحقق الإصفهاني^٢: (من إنكار تقويم المفاعة بطرفين، مستشهاداً بقوله تعالى: ﴿يُحَادِّ عَوْنَ اللَّه﴾^(١) قوله عز وجل: ﴿وَمَنْ يُهَا حِزْرٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٢) وناقووا، وشاقوا، وغير ذلك من الاستعمالات، مدعياً أنّ هذه الهيئة إنّما وضعت لسعادة المادة وإنها إلى الغير، مثلا الكتابة لا تقتضي إلا تعدية المادة إلى المكتوب، فيقال: (كتب الحديث) من دون تعيتها إلى المكتوب إليه، بخلاف قولهم: (كاتبه) فإنّه يدل على تعيتها إلى الغير، بحيث لو أريد إفادة هذا المعنى بال مجرد لقيل: (كتب إليه)، ثم قال: إنّ الهيئة المجردة وإن أفادت هذه الخصوصية في بعض الموارد (كضرب زيد عمرو) إلا أنّها غير ملحوظة في الهيئة، وتكون من لوازم النسبة، بخلاف (ضارب زيد عمرو) فإنّ هذه الخصوصية ملحوظة فيه).

وإن كان لطيفاً، إلا أنه يرد عليه: أنّ هذه الأمور ليست أموراً برهانية بل سمعية، لابد فيها من الرجوع إلى أهلها، وهم قد صرّحوا بذلك وجعلوا له موارد استثنائية منها الآيات المشار إليها.

(١) سورة البقرة: آية ٩. (٢) سورة النساء: آية ١٠١.

الثاني: إنّ لازم هذا التعريف، عدم كون بيع الكلّي بيعاً، لأنّه ليس مالاً قبل البيع، فليس مبادلة مال، وعدم صحة جعل عمل الحرّ عوضاً، على القول بعدم كونه مالاً قبله.

الثالث: إنّ مطلق المبادلة ليس بيعاً قطعاً، بل لو كانت المبادلة بيعاً فإنّما هي المبادلة في الملكيّة.

الرابع: إنّ التبديل والمبادلة لازم غالبي للبيع، لا أنّه مفهومه، لما نورده على تعريف «جامع المقاصل».

الخامس: إنّ مقتضى هذا التعريف لزوم دخول العوض في كيس من خرج المعموض عن كيسه، مع أنّه لا يعتبر ذلك، ألا ترى أنّ الإنسان يعطي الدرهم إلى الخباز ويقول: (اعط الخبز للفقير)، فإنّ هذا بيع مع أنّه لا مبادلة فيه، والالتزام بأنّه يملك الفقير الدرهم أوّلاً ثمّ يعطي الخباز، أو أنّه يوكله في تملّكه الخبز إياه ثمّ إعطائه للفقير، خلاف الواقع الذي عليه بناء العرف والعقلاه في أمثال هذه المعاملة.

وبما ذكرناه يظهر ما في تعريفه بأنّه: (تبديل عين بمال)، أو (تمليكه به)، أو نحو ذلك من التعريف.

والمحقق النائيني ^{رحمه الله} بعد اعترافه بأنّ هذه التعريفات تقريريّة، اختار في تعريفه أنّه: (تبديل مال بمال)، وأنّ في البيوع المتعارفة بين الناس إنّما يكون التبديل في الأموال لا في الملكيّة، وذكر في توضيح ذلك: أنّ الملكيّة عبارة عن إضافة حاصلة بين المالك والمملوك، وهي تكون متحقّقة في عالم الاعتبار، وتكون منشأة للآثار، ولا تكون قابلة للتبدل ابتداءً، لأنّه ليس للمالك ملكيّة على الملكيّة، بل في باب المعاوضات يتبدل المالان، بخلاف باب الإرث، فإنّ فيه يتبدل المالكان، فالبائع إنّما يحلّ الإضافة القائمة بالطعام و يجعلها قائمة بالدرهم، ولا يكون هناك تبديل في الملكيّة فيكون البيع هو تبديل مال بمال.

والظاهر اختصاص المَوْعِض بالعين، فلا يعم إبدال المنافع بغيرها^١، وعليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع. نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها،

ويرد عليه أولاً: أنّ بيع الكلّي بيع، مع أنه قبل البيع ليس طرف الإضافة، كي يكون هناك تبديل.

وثانياً: أنّ لازم ذلك عدم كون بيع آلات المسجد بالغة الموقوفة عليه بيعاً، فإنّها لا تصير ملكا لأحد كي ينطبق عليه هذا التعريف.

وثالثاً: إن الملكية لا حقيقة لها سوى الاعتبار، وهو بسيط قائم بالمالك والمملوك، فلا يعقل تبدل أحد طرفيها مع بقائهما، فلا محالة لابد من تبديلهما.

وبعبارة أخرى: المشتري لا يملك المبيع إلا باعتبار كونه ملكاً له، وخلع البائع الملكية عن نفسه ولبسها به، ومعه تتبدل الملكية لا محالة، فلا يتصور بقاء ملك الإضافة وتبدل طرفيها.

فالحق في تعريف البيع بنحو يكون جاماً ومانعاً أن يُقال: إنه إعطاء شيء بإزاء شيء، وهذا بحسب الموارد مختلف أثره، فقد يكون أثره ملكية العوضين كما في غالبية موارده، وقد يكون أثره الانتعاق كما في بيع العبد ممن ينعتق عليه، فإنّ أثر إعطاء البائع إياه بإزاء شيء انقطاع إضافته، وحيث لا يعقل دخوله في ملك المشتري ينعتق عليه قهراً، وقد يكون أثره السقوط كما في بيع الدين ممن هو عليه، وقد يكون أثره قيام المبيع مقام عوضه فيما له من التعلق والإضافة بجهة كالآلات المستردة من غلة العين الموقوفة للمسجد مثلاً.

ضابط ما يصحّ جعله مَوْعِضاً وعوضاً وما لا يصحّ

فقد قال المصنف رحمه الله في ضابط ما يصحّ جعله مبيعاً:

١. (والظاهر اختصاص المَوْعِض بالعين، فلا يعم إبدال المنافع بغيرها).

تنقيح القول في المقام بالبحث في موضوعين:

الأول: في بيان المراد من العين.

الثاني: في أنه هل يعتبر أن يكون المبيع عيناً أم لا ؟
أثنا المقام الأول: فالمراد من العين هو الموجود المتعين الخارجي، وما لو وجد لكان
من المتعينات الخارجية، فتشمل العين الشخصية، والكلي المشاع، والكلي في المعين،
والكلي الذمي. وتخرج المنفعة والحق، ولا إشكال في شيء من ذلك إلا في الكلي
الذمي، فإنه أشكال على جعله مبيعاً بوجهين:

الأول: إن الملكية من الأعراض، فلا بد لها من معرض، ولا وجود للكلي الذمي
حتى يكون معرض الملكية.

وأجاب عنه المحقق النراقي: (بأن البيع ليس هو التملك، بل عبارة عن نقل الملك،
وحيث أنه لا محظوظ في نقل الملك في ظرف وجوده - وإن كان متاخراً فعلاً لعدم كون
النقل من الأعراض - فلا إشكال في صحة البيع).

وقال: والحال أن البيع نقل الملك بالغير بالفعل، سواء كان الملك أيضاً فعلياً أو قوياً
متربّح (الحصول).

وفيه أولاً: إن لازم ذلك بطلان البيع إذا تعدد تسليم الكلي، أو لم يحصل للبائع، لأنه
يكشف عن أنه باع ما ليس له، مع أنه لا يكون باطلاً بالاتفاق.

وثانياً: إن النقل مطلقاً لابد وأن يكون بمحاجة مكان أو إضافة، وليس له استقلال
في التحصل، فلو كان حقيقة البيع هو النقل كان بمعنى نقل الملك، فكما أن الملكية غير
معقوله كما هو المفروض، كذلك النقل لا يكون فعلياً، فلا نقل بالفعل، وإنما هو معلق
على أمر متاخر، والتعليق في البيع باطل بالإجماع.

وأجاب عنه السيد الفقيه: بأن الملكية وإن كانت من الأعراض الخارجية، إلا أن
حقيقة لها ليست إلا اعتباراً عقلائياً، فيمكن أن يكون محلها موجوداً اعتبارياً.

فنقول: العقلاة يعتبرون الكلي الذمي شيئاً موجوداً تتعلق به الملكية.

وفيه أولاً: إنّه لا يصحّ الجمع بين العَرْض الذي هو أمرٌ واقعي مقولي، وبين الاعتبار الذي لا ثبوت له إلّا في أفق الاعتبار.

وثانياً: إنّه من المعلوم أنّ العقلاء في باب اعتبار ملكية الكلّي الذمّي، ليس لهم اعتبار أنّ أحدهما متعلق بوجوده، وثانيهما متعلق بملكنته.

فالحقّ في الجواب أن يقال: إنّ الملكية إنّما هي من الاعتباريات، والاعتبار لا يحتاج إلّا إلى طرف في أفق الاعتبار، وهو كما يكون عيناً خارجية، يمكن أن يكون كلياً في الذمة، والظاهر أنّ المستشكل خلط بين الملكية التي هي من الأعراض الخارجية - وهي الهيئة الحاصلة للجسم من إحاطة شيء به، كالهيئة الحاصلة للرأس من إحاطة العمامة به - وبين الملكية التي هي من الاعتباريات التي تعتبر لفائدة مترتبة على اعتبارها. والذى لا يمكن أن يتحقق بلا محلّ موجود إنّما هي الملكية بالمعنى الأول، وأمّا الملكية الاعتبارية، فهي لا تتوقف إلّا على محلّ موجود في أفق الاعتبار بنفس الاعتبار، وعليه فكما يمكن أن يكون ذلك عيناً موجودة في الخارج، يمكن أن يكون كلياً في الذمة، بل ربما يكون المالك أيضاً كلياً ككلّي الفقير والسيد في باب الزكاة والخمس.

وبهذا البيان يظهر أنّه يمكن أن يكون المالك أمراً اعتبارياً، كالحكومة التي هي من الأمور الاعتبارية العقلانية، ويعتبرونها لشخص أو لعدة أشخاص، ولذا ترى أنّ العقلاء يعتبرون لهم الملكية بما أنّهم هيئة حاكمة، والفرق بين ملكيتهم بما هم كذلك وبين ملكيتهم بما هم أشخاص، أنّه لو مات أحدهم أو جميعهم في الأول لما انتقل المال إلى الورثة، ولو انتقلت عنهم الحكومة يخرج المال عن تحت سلطانهم بخلافه في الثاني. وتمام الكلام في ذلك موكولٌ إلى محلٌ آخر.

الإشكال الثاني: إنّه يعتبر في البيع كون المبيع مالاً قبل البيع، والكلّي في الذمة.

ليس كذلك،

ويرد عليه: أنه لم يدل دليل من عرفٍ أو شرعٍ على اعتبار أن يكون المبيع قبل البيع مالاً، وتعریف «المصباح» لا حجية له، بل يعتبر شرعاً وعرفاً كون المبيع قابلاً لأن يعوض عنه، وضابط ذلك كونه متعلقاً للأغراض ومعلوم أن الكلي كذلك.
وأمّا المقام الثاني: فالأرجح في النظر اعتبار كون المبيع من الأعيان، وذلك لأنّ البيع من المفاهيم العرفية والإمضاء الشرعي متعلق به.

ولعل اختصاص البيع بنقل الأعيان وتمليكتها، وعدم شموله لنقل المنافع، من الأمور الواضحة عندهم بحسب المفاهيم العرفية.

والظاهر أنه إلى هذا نظر الفقهاء؛ حيث استدلوا للاختصاص، تارةً بالتبادر، وأخرى بصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض، ثالثة بانصراف الأدلة إلى ما هو المعهود خارجاً من جعل المعوض في البيع عيناً.

لا يقال: إنّ البيع بحسب مفاهيم أهل هذا الزمان وإن اختص بنقل الأعيان، إلا أنّ المعيار هو عرف زمان الشارع الأقدس.

فإنه يتوجّه عليه أولاً : إنه إن ثبت ذلك في هذا الزمان، يبني على كونه كذلك في زمانه عليه السلام لأصالة عدم النقل المعتبر عنها بالاستصحاب القهري، الذي على جريانه بناء العقلاة وسيرة العلماء، ولو لاه لانسد عليهم باب الاجتهاد، لعدم إحراز كون الروايات ظاهرة في المعاني التي تكون الآن ظاهرة فيها في زمانه عليه السلام إلا بذلك.

وثانياً: إن الشك في شمول البيع لنقل المنافع، مانع عن التمسّك بعمومات الصحة، ويعني معه البناء على الاختصاص لأصالة الفساد.

ويؤيد ما اخترناه من الاختصاص: استقرار اصطلاح الفقهاء عليه في تعين الثمن والمثمن، يعني أنّهم إذا أرادوا تمييز البائع عن المشتري، والمثمن عن الثمن، جعلوا مالك العين بائعاً ومالك المنفعة مشترياً، والإجماع، وأنه لا فرق بين الإجارة والبيع إلّا

بل يظهر من كثير من الأخبار^١ كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر، وببيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها^٢، وكأخبار بيع الأرض الخراجية وشرائطها^٣. والظاهر أنها مسامحة في التعبير، كما أن لفظ (الإجارة) يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان، كالثمرة على الشجرة^٤.

في أن البيع لنقل الأعيان، والإجارة لنقل المنافع، بناءً على ما حقيقناه في كتاب الإجارة من أن حقيقتها تمليل المنفعة بعوض.

واستدل للتعيم بوجهين:

الأول: إن ما عن «المصباح» من تعريف البيع بأنه مبادلة مال بمال، كما يشمل نقل الأعيان يشمل نقل المنافع.

١. الثاني: ما في المتن، قال: (بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار) حيث أطلق البيع على نقل المنافع في جملة من النصوص :

٢. منها: النصوص الدالة على بيع سكنى الدار: كموثق إسحاق بن عمّار^(١).

ومنها: ما دل على بيع خدمة المدبر: كخبر السكوني^(٢).

٣. ومنها: ما ورد في بيع الأرض الخراجية^(٣).

وفيهما نظر:

أما الأول: فلما تقدم من عدم تمامية تعريف «المصباح» وعدم حجيته.

وأما الثاني: فلأن الاستعمال أعم من الحقيقة، وأصلة الحقيقة إنما يرجع إليها لتشخيص المراد لا لتعيين الموضوع له بعد معلومية المراد.

فالظهور اختصاص البيع بنقل الأعيان.

٤. قوله: (كالثمرة على الشجرة).

الظاهر أن مراده ليس ما إذا آجر الشجرة لثمرتها قبل وجودها، كما أفاده السيد^٥.

(١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث .^٥

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب التدبير من كتاب التدبير والمكتابة والاستيلاد حديث .^٤

(٣) الوسائل باب ٧١ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه من كتاب الجهاد.

وأمّا العوض: فلا إشكال في جواز كونها منفعة^١، كما في غير موضع من «القواعد» و«التدكرة» و«جامع المقاصد»، ولا يبعد عدم الخلاف فيه، نعم نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه، ولعله لما اشتهر في كلامهم من أنّ البيع نقل الأعيان، والظاهر إرادتهم بيان البيع نظير قولهم إنّ الإجارة لنقل المنافع.

بل مراده ما إذا تعلقنا بالإجارة بنفس الشمرة، فإنّها التي تكون بيعاً قطعاً كما في رواية^(١) الحلبـي عن الإمام الصادق عليه السلام الـواردة في بيع الشمار: «وإن لم يتبيّن لك ثمرـها» فلا تستأجر، أي لا تشتـر كما هو صريح سائر الأخـبار.

جعل المنفعة عوضاً

هذا كله في المعـوض.

وأمّا في العوض: فقد قال المصـنف^٢:

١. (أمّا العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة).

والكلام في المقام يقع في موارد:

الأول: في بيان حقيقة المنفعة.

الثاني: في جواز جعلها عوضاً.

الثالث: في جواز جعل العمل الحـرّ عوضاً.

الرابع: في الحقوق.

أمّا المورد الأول: فالمنفعة عبارة عمّا به يكون المال مالاً، وبعبارة أخرى عبارة عن الحـيـثـيـةـ القائمةـ بالـعـيـنـ المـوجـودـ بـوـجـودـهاـ، علىـ نحوـ وجودـ المـقـبـولـ بـوـجـودـ القـابـلـ، فـمـنـفـعـةـ الدـاـيـةـ لـيـسـتـ ماـ هـوـ فـعـلـ الرـاكـبـ الذـيـ هـوـ مـنـ أـعـراـضـ الدـاـيـةـ، بلـ المـضـايـفـ لـفـعـلـ الرـاكـبـ الذـيـ يـصـيرـ فـعـلـياًـ بـالـاستـيـفاءـ الذـيـ هـوـ عـبـارـةـ عنـ الـانتـفاعـ.

وبـهـذـاـ الـبـيـانـ ظـهـرـ أـنـ مـاـ أـفـادـهـ السـيـدـ الـفـقـيـهـ فـيـ حـاشـيـتـهـ مـنـ: (أـنـ الشـمـرـ تـُعـدـ مـنـفـعـةـ الشـجـرـ عـرـفـاًـ)، لـاـ يـمـكـنـ المسـاعـدـةـ عـلـيـهـ، إـذـ حـقـيـقـةـ الـعـيـنـ مـغـاـيـرـةـ لـحـقـيـقـةـ الـمـنـفـعـةـ فـلـاـ يـعـقـلـ اـنـطـبـاقـ إـحـدـاهـمـاـ عـلـىـ الـأـخـرـ).

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب بيع الشمار حديث .٤

وأثما عمل الحرر: فإن قلنا إنّه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال^١، وإنّ ففيه إشكال، من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة، كما يدلّ عليه ما تقدّم عن «المصباح».

وأثما المورد الثاني: فقد استدلّ عدم جواز جعلها عوضاً بوجوه:

الأول: ما اشتهر في كلامهم من أنّ البيع نقل الأعيان.

الثاني: أنّ المنفعة غير موجودة، فغير قابلة للمملوكيّة، فلا يصحّ جعلها عوضاً. وهو المحكّي عن الشهيد.

الثالث: أنّه لعدم تعارف جعل المنفعة عوضاً، تكون أدلة نفوذ البيع منصرفة إلى نقل غيرها.

وفي الجميع نظر:

أثما الأول: فلأنّ البيع - كما عرفت - إنّما هو عمل البائع، فهم في مقام بيان ما ينتقل من البائع، وهذا منهم نظير ما ذكروه من أنّ الإجارة لنقل المنافع، مع أنّه لا كلام بينهم في صحة جعل العوض فيها عيناً.

وأثما الثاني: فلما عرفت من أنّ الملكيّة أمر اعتباري، فيصحّ اعتبارها بالإضافة إلى المنفعة التي هي مقدرة، الوجود بتبع وجود العين القابلة لاستيفاء المنافع عنها.

وأثما الثالث: فلأنّ الانصراف الناشيء عن قلة وجود فرد لا يصلح لتقييد المطلقات، فالآخر جواز جعلها عوضاً.

جعل عمل الحرر عوضاً

١. أثما المورد الثالث: فقال المصنّف^٢: (وأثما عمل الحرر فإن قلنا إنّه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال).

محصل كلامه: أنّه لا إشكال في جواز جعل عمل الحرر عوضاً، إذا كان ذلك بعد وقوع المعاوضة عليه، كما إذا كان أجيراً لغيره، فإنه يجوز لذلك الغير جعله عوضاً، ويكون كعمل العبد حينئذ الذي لا كلام في أنه مال ويصحّ جعله عوضاً.

وأمّا إذا كان ذلك قبل وقوع المعاوضة عليه، فجواز جعله عوضاً مبنيّ على كونه من الأموال، وإن لم يعُد منها لا يجوز ذلك.

يقع الكلام في هذا المورد في جهتين:

الجهة الأولى : في أنّه مال قبل وقوع المعاوضة عليه أم لا ؟

الجهة الثانية: في أنّه على كلّ من التقديرين هل يصحّ جعله عوضاً أم لا ؟

أمّا الجهة الأولى: فالحقّ أنّه مال، لأنّ الماليّة من الاعتبارات العقلائيّة، وإنّما تعتبر للشيء من جهة كونه ممّا يرحب إليه ويميل إليه النوع، أو لأنّ نظام الاجتماع يتوقف عليه، كما في اعتبار الماليّة للذهب والفضة.

وهذا الذي يسمّى بالمال تارّةً يعتبرونه ملكاً لشخص، وأخرى لا يعتبر ذلك، كما في المباحث الأصلية، وعلى هذا فمن الواضح أنّ عمل الحرّ وإن لم يكن ملكاً لفاعله - لأنّ ملكيّة العمل إنّما تكون عن سبب وهو مفقود - إلّا أنّه مال، ولا فرق بينه وبين عمل العبد، ولا بين قبل وقوع المعاوضة عليه وبين بعده.

واستدلّ لعدم كونه مالاً بوجوه:

الأول: إنّ الماليّة صفة وجوديّة، ولابدّ لها من محلّ، والعمل المعدوم لا يكون محلّ لها.

الثاني: أنّه لو كان عمل الحرّ مالاً وكان صاحبه ذا مال، لتعلق به الاستطاعة إذا كان قادرًا على عمل، يكون عوضه ممّا تتحقّق به الاستطاعة، وخرج عن كونه فقيراً.

الثالث: أنّه لو كان مالاً لكان حابسه ضامناً.

وفي الجميع نظر:

أمّا الأول: فلما مرّ من أنّ الأمور الاعتباريّة، تقوم بمحلّ يكون موجوداً تقديراً، والمقام كذلك، فإنّ عمل الحرّ يقدر وجوده بتبع وجود العامل وقدرته عليه.

وأمّا الثاني: فلأنّ الاستطاعة تتوقف على ملكٍ وصاحبٍ ذا مال، وعمل الحرّ وإن

وأثنا الحقوق: فإن لم يقبل المعاوضة بالمال^١

كان مالاً إلا أنه ليس ملكاً لعامله، فلا تتحقق به الاستطاعة. نعم، لمجرد سلطنة على تملّكه للغير يخرج عن كونه فقيراً، ولا يصدق عليه هذا العنوان.
وأثنا الثالث: فلان الصمام لابد له من سبب، وهو إما الإتلاف، أو اليد، أو الاستيفاء، وهي منها لا يكون في المقام.

أثنا الأول: فلان ليس مال العامل حتى يشمله «من أتلف مال الغير فهو له ضامن». وأثنا الثاني: فلان عمل الحرر لا يكون تحت اليد والاستيلاء، لا بنفسه ولا بطبع الاستيلاء على الحرر.

وبعبارة أخرى: قاعدة اليد إنما تجري في صورة الاستيلاء، والحرر لا يدخل تحت استيلاء غيره.

وأثنا الثالث: فواضح.

فتحصل: أن الأظهر أنه مال قبل وقوع المعاوضة عليه.
وأثنا الجهة الثانية: فبناءً على كونه مالاً، ما ذكر وجهاً لعدم جواز جعل المنفعة عوضاً جار هنا، والجواب ما ذكرناه.

وعلى فرض عدم كونه مالاً، استدل على عدم الجواز - مضافاً إلى ذلك - بأنه يعتبر في المبيع والثمن أن يكونا من الأموال قبل البيع.

وفيه: إنه لم يدل دليلاً على اعتبار ذلك، لا من العرف ولا من الشع، وتعريف «المصباح» لا حجية له، بل يعتبر عرفاً وشرعاً كون المبيع قابلاً لأن يعوض عنه، وضابط ذلك كونه متعلقاً للأغراض، ومعلوم أن عمل الحرر كذلك.
فالالأظهر أنه يصح جعل العمل الحرر عوضاً.

حقيقة الحق وأقسامه

وأثنا المورد الرابع: ففي المتن.
١. (وأثنا الحقوق فإن لم يقبل المعاوضة بالمال).

تنقية القول في المقام إنما يكون بالبحث في جهات:

الأولى: أنه في الأدلة عناوين ثلاثة: الملك، والحكم، والحق.

أثا الملك: فقد تقدم أنه أمر اعتباري.

وأمّا حقيقة الحكم: فواضحة ومذكورة في محلها.

إنما الكلام في حقيقة الحق بنحو يمتاز عن الملك والحكم.

أقول: الحق في اللغة هو الثبوت، وبهذا الاعتبار يطلق عليه سبحانه الحق من جهة

أن ثبوته من أعلى مراتب الثبوت، ويقال للأمر الموافق للواقع أنه حق من جهة ثبوته،

وهكذا سائر موارد استعماله.

وأمّا بحسب الاصطلاح، فقد يقال: إن الحق هو الملك، ولعله المراد من قول السيد

في الحاشية: (إنّه مرتبة ضعيفة من الملك بل نوع منه)، ولذا عبر عن حق الخيار بملك

فسخ العقد، غاية الأمر المملوك، تارةً يكون العين بما لها من الشؤون، وأخرى جهة

خاصة منها، وثالثة عمل من أعمال الحرر، وفي الجميع الملكية واحدة، وإنما المملوك

مختلف.

وبه يندرج ما أورد على هذا: (بأنّ الملك ملزوم للسلطنة المطلقة، مع أنّ الحق سلطنة

خاصة على تصرف خاص).

ولكن يرد على هذا: أنه ربما يضاف الحق إلى ما لا يكون له اعتبار الملكية شرعاً،

كحق الاختصاص بالخمر التي كانت خلاً سابقاً، أو كحق الأولوية في الأرض المحجرة

التي لا تملك إلا بالإحياء.

وقد يقال: إنّه مرتبة ضعيفة من الملك.

وفيه: إنّ الملكية التي هي أمر اعتباري بسيطة لا يكون لها مراتب، واختلاف

المملوك سعةً وضيقاً أجنبي عن اختلاف مراتب الملكية.

فالحق أن يُقال: إنه عبارة عن اعتبار السلطة على شيء، أو شخص في جهة خاصة،

مثلاً حق الشفعة عبارة عن السلطة على الفسخ والإمساء، وهكذا سائر الحقوق.

حق الحضانة والولاية، فلا إشكال^١، وكذا لو لم يقبل النقل حق الشفعة وحق الخيار^٢

ولا يخفى أن هذا ليس حقيقة شرعية له، إذ - مضافاً إلى عدم الدليل عليه - أن الحق يستعمل كثيراً في الأخبار وكلمات علمائنا الأبرار في الحكم، وعليه فتشخيص كون مورد خاص من قبيل الحكم أو الحق بالمعنى الذي ذكرناه، يتوقف على ملاحظة الخصوصيات والقرائن، ولا يستفاد ذلك من مجرد إطلاق الحق عليه.

الجهة الثانية: في بيان أقسام الحقوق.

فقد جعل المصنف لها أقساماً:

١. الأول: ما لا يقبل المعاوضة بالمال، كحق الحضانة والولاية.

والمراد به بحسب الظاهر - لا سيما مع ملاحظة التمثيل - هو ما لا يقبل النقل ولا الإسقاط، ويحتمل بعيداً أن يكون المراد به ما كان له إسقاطه ونقله، إلا أنه مجاناً لا بالغرض، كحق القسم، فإنه ذكر العالمة رحمه الله: (إن لكل من الأزواج نقله إلى ضرتها وإسقاطه، إلا أنه ليس لها أخذ المال بإزاء ذلك).

٢. الثاني: ما يقبل الإسقاط ولا يقبل النقل، كحق الشفعة وحق الخيار.

الثالث: ما يكون قابلاً للنقل والانتقال والإسقاط كحق التحجير

وأورد على هذا التقسيم بالنحو الذي استظرفناه المحقق النائيني: (بأن كون شيء حقاً وغير قابل للإسقاط، لا يعقل، فإنه لو لم يقبل الإسقاط فكيف تكون له السلطة، وكيف يكون زمام أمره بيده، بل الضابط للحق والفرق بينه وبين الحكم، كونه قابلاً للإسقاط، وتبع في هذا الضابط شيخنا السعيد الشهيد رحمه الله).

وفيه: إن مقتضى سلطنة الإنسان على شيء، هو كون أمره بيده لا أمر السلطة بيده، والإنسان مسلط على العين - أو العمل - لا أنه مسلط على سلطانه ومالك له، وبهذا البيان التزمنا بأن «الناس مسلطون على أموالهم»^(١) لا يدل على صحة الإعراض.

(١) البحارج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم، ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

لأنَّ البيع تملك الغير^١ ولا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه، لأنَّه لا مانع من كونه

وبالجملة: كما أنَّ الحكم أمره بيد الحاكم، كذلك الحقُّ أمره بيد المعتبر، ومن بيده الاعتبار، فإذا لم يجعل المعتبر أمر رفع هذا الاعتبار ونقله إلى الغير بيد من اعتبر له ليس له ذلك.

فالحقُّ: أنَّ من أقسام الحقِّ ما لا يقبل الإسقاط.

ثمَّ معرفة أنَّ الحقَّ الفلاسي هل هو قابل للإسقاط والنقل أم لا ؟ لابد وأن تكون من خلال قيام الدليل، وليس لذلك ضابط كليٌّ يمتاز به الحقوق كلُّ منها عن غيره، وتさま الكلام في ذلك موكول إلى محل آخر.

الجهة الرابعة: في حكم جعل الحقوق عوضاً.

أقول: بعدما لا كلام ولا إشكال في عدم صحة جعل ما هو من قبيل القسم الأول - أي ما لا يقبل الانتقال والإسقاط عوضاً - وقع الخلاف في القسمين الأخيرين، وفيه أقوال:

الأول: عدم صحة جعل شيءٍ منهما عوضاً، اختياره المحقق النائي^٢.

الثاني: جواز جعل ما يقبل الانتقال خاصةً عوضاً.

الثالث: جواز جعل كلَّ منهما عوضاً، غاية الأمر في ما لا يقبل الانتقال يصح جعل إسقاطه عوضاً.

قد استدلَّ المصتف - وفافقاً لغيره من الأعلام - لعدم جواز جعل ما لا يقبل النقل عوضاً بقوله:

١. (بأنَّ البيع تملك الغير).

مراده: أنَّ حقيقة البيع هو التملك من الطرفين، فما لا يقبل النقل لا يقبل التملك، فلا يصح جعله عوضاً.

ولمَا كان صاحب «الجواهر» بعدما نقل هذا من أستاذه، وذكر في وجهه: (أنَّ البيع من الناقل لا من المسقطات، فلا يصح جعله عوضاً على معنى سقوطه)، أشكل عليه: (بأنَّ من البيع بيع الدين على من هو عليه، مع أنه لا يفيد إلا الإسقاط، فيلتزم في الحق أيضاً بذلك).

تمليكاً فيسقط. ولذا جعل الشهيد في قواعده الإبراء مردداً بين الإسقاط والتمليك.
والحاصل: أنه يعقل أن يكون مالكاً في ذمته، فيؤثر تمليكه السقوط، ولا يعقل أن يتسلط على نفسه^١، والسر أن مثل هذا الحق سلطة فعلية، لا يعقل قيام طرف فيها

١. وتصدى المصطفى^{عليه السلام} لجواب هذا الإشكال: (بأنه فرق بين الموردين، فإنه في بيع الدين على من هو عليه تحدث الملكية أناً ما، وتسقط، ولا مورد لتقرير ذلك في الحق، بأن ترجع حقيقة الإسقاط المجعل عوضاً إلى نقل الحق إلى من هو عليه، ويؤثر ذلك في سقوطه)، ويدعى أنه ما دل على أنه لا يقبل النقل، يكون المراد به النقل على وجه الاستقرار لا على هذا الوجه، فإن نقل الحق إلى من عليه ولو أناً ما محال، لاستلزم ذلك اتحاد السلط والمسلط عليه، وقد تقدم تناقض ذلك.

وبهذا البيان الذي بينا مراد المصطفى^{عليه السلام} يندفع جملة مما أورده المحسنون عليه.
وقد استدل المحقق النائيني^{رحمه الله}: على عدم جواز جعل نفس الحق عوضاً: (بأن البيع حقيقته تبديل طرف الإضافة بمثله، ولا زم ذلك دخول كل من الثمن والمثمن في ملك مالك الآخر، ومعلوم أن الحق ليس كذلك، فإنه مباین مع الملك سنخاً، فلا يصلح للحلول محل المثمن في الملكية كي يصدق البيع).

واستدل^{عليه} على عدم جواز جعل الإسقاط عوضاً: (بأن نفس الإسقاط بما أنه فعل من الأفعال، وأثره وهو السقوط بما أنه اسم المصدر ليس من الأفعال التي تقبل الملوكيّة نظير الخياطة، فإن هذا المعنى يعني حرفي غير قابل لأن يتمول إلا باعتبار نفس الحق، وقد عرفت ما فيه).

ويرد على ما أفاده في نفس الحق: أن تعريف البيع بما ذكر - مضافاً إلى ما مرّ ما فيه من المحاذير - أنه ليس مورد آية أو رواية حتى يجعل صدقة أو عدم صدقه مبني للأحكام الشرعية، وقد مر أن حقيقة البيع ليست إلا جعل شيء بإزاء شيء، فإذا جعل المباع بإزاء حق التحجير، بأن يصبح هذا الحق لمالك المباع في مقابل خروجه عن ملكه، فقد جعل شيء بإزاء شيء فهو بيع حقيقة.

بشخص واحد^١، بخلاف الملك، فإنّها نسبة بين المالك والمملوك، ولا يحتاج إلى من يملك عليه، حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه، فافهم.

وأمّا ما ذكر في الإسقاط، فيرد عليه: - مضافاً إلى ذلك - أنّ نفس الإسقاط وإن كان معنى حرفيّاً لا يتمول، والحقّ في نفسه غير الملك، إلا أنّه لا مانع من صيغة الحقّ سبباً وواسطة في قابلية إسقاطه للملكية، ونظير ذلك أنّ العلم بنفسه لا يملك، لكنّه يصيّر سبباً لزيادة مالية العبد المتّصف به.

وبالجملة: عدم قابلية الحقّ للمملوكية، لا ينافي صيغته واسطة في كون إسقاطه قابلاً للتمول والمملوكية، فتدبر فإنّه دقيق.

الجهة الرابعة: كلّ حق قابل للنقل، هل يجوز نقله إلى من عليه الحق، أم لا؟

١. صريح المتن والمحقق النائي^٢: عدم الجواز

واستدلاله بأنّ الحقّ لمّا كان نحوً من السلطة على من عليه الحقّ، لا يعقل نقله إليه، لأنّ الإنسان لا يمكن أن يتسلط على نفسه بال نحو الذي كان لطرفه.

وبالجملة: لا يعقل قيام طرف في السلطة بشخص واحد.

وشيد بعضهم هذا الوجه بأنّ المسلط والمسلط عليه متضاعفان، والتضاعف من أقسام التقابل، فكيف يعقل اجتماعهما في واحد.

ويرد عليه أولاً: أنّ المسلط عليه إنّما هو بمعنىين: الأول طرف السلطة، الثاني من بضرره السلطة، مثلاً في حق الخيار وحق الشفعة الذين هما مورد كلام المصنّف^٣، حلّ العقد في الأول وتتملّك الشريك ما اشتراه المشتري ببذل الثمن في الثاني، مسلط عليهما بالمعنى الأول، ومن عليه الحقّ في الموردين هو المسلط عليه بالمعنى الثاني، وفي جميع الحقوق التي فيها من عليه الحقّ يكون الأمر على هذا المنوال، وعليه فنقل الحقّ إلى من عليه الحقّ لا يلزم منه اتحاد المسلط والمسلط عليه، بمعنى قيام طرف في السلطة بشخص واحد، كي يكون أمراً غير معقول.

وثانياً: إنّه لو سلم كون المسلط عليه هو من عليه الحقّ، فلا أرى محدّزاً في اجتماعهما في شخص واحد، وليس كلّ ما هو من أقسام التضاعف من أنحاء التقابل، بل

وأما الحقوق القابلة للانتقال كحق التّحجير ونحوه، فهي وإن قبلت النّقل، وقوبلت بالمال في الصّلح، إلا أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً^١، من أخذ المال في عوضي المبایعه لغةً وعرفاً^٢، مع ظهور كلمات الفقهاء - عند التّعرض لشروط العوضين، ولما يصحّ أن يكون أجرة في الإجارة - في حصر الثمن في المال^٣.

ما كان بينهما تغاير في الوجود كالعللية والمعلولية، منها وإلا فالعالمية والمعلومية أو الحبّ والمحبوبية من أقسام التضاد، وليسنا من أنحاء التقابل وتجمعن في شخص واحد، وبحب الإنسان نفسه ويعلم بنفسه.

والسلطنة من هذا القبيل، فإنّ معناها كون الشخص قاهراً على شخص، وكون الغير تحت إرادته و اختياره، وهذا المعنى يمكن اجتماعه في شخص واحد، بل سلطنة الإنسان على نفسه من أعلى مراتب السلطنة، كيف وقد ورد «الناس مسلطون على أنفسهم» ولم يستشكل أحد في معقولية ذلك. فتدبر فإنه دقيق.

فتحصل: أنّ الأظهر جواز نقله إلى من عليه الحق.

الجهة الخامسة: في أنه في الحقوق القابلة للانتقال، هل يصحّ جعلها عوضاً في خصوص البيع أم لا يجوز؟

١. وقد أشکل المصنف^٤ في ذلك، واستدلّ لعدم جواز جعل ما يقبل النقل عوضاً للبيع بوجهين:

٢. أحدهما: عدم صدق المال على الحق ولو بعد البيع، وقد أخذ المال في عوضي المبایعه لغةً وعرفاً.

٣. ثانيهما: ظهور كلمات الفقهاء في حصر الثمن في المال.

ويرد على الدليل الأول: أنّ البيع ليس هو التمليل من الطرفين، بل هو إعطاء شيء بإزاء شيء، ولو كان الشيء الثاني سقوط الحق، فلا مانع من جعل سقوط الحق عوضاً وإن لم يقبل النقل، وقد تقدّم تمامية ما أورده صاحب «الجواهر» من النقض، وعدم صحة جواب المصنف^٤ عنه.

ويرد على الثاني: أنّ المال إن كان هو ما يبذل بإزاء الشيء لكونه مورداً لرغبة

ثمّ الظاهر أنّ لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا مترسّعية، بل هو باق على معناه العرفي، كما سنوضّحه إن شاء الله. إلا أنّ الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه^١، ففي «المبسوط» و«التذكرة» وغيرهما: (انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي)^٢، وحيث أنّ في هذا التعريف مسامحة واضحة، عدل آخرون إلى

العقلاء وميلهم من جهة ما فيه من الأغراض العقلائية، فالحقّ مال، وإن كان المال بحسب المفهوم العرفي أخصّ من ذلك كما ادعى، فالحقّ وإن لم يكن مالاً إلا أنه لا دليل على اعتبار المال بهذا المعنى في عوضي المبادلة، ومجرد تعريف «المصباح» أو ما شابه لا يصلح لذلك كما تقدّم، فإنّ حقيقة البيع إعطاء شيء بإزاء شيء، ولا يعتبر في صدقه سوى كون العوض أو المعوض مما يبذل بإزائه الشيء والحقّ كذلك. فتحصل: أنّ الأظهر جواز جعل كلّ من القسمين عوضاً، غاية الامر في القسم الأول جعل سقوط الحقّ عوضاً، وفي القسم الثاني يجوز جعل سقوطه عوضاً كما يجوز نقله عوضاً.

تعاريف الفقهاء للبيع

١. إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: أنه قد عُرِّف البيع بتعريف آخر:
التعريف الأول: ماعن جماعة، كالشيخ في محكي «المبسوط»، والعلامة في «التذكرة» وغيرهما في غيرهما من أنه :
ـ (انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي).
ـ وأورد عليه جماعة منهم السيد الفقيه في الحاشية: (بأنّ الانتقال أثر للبيع، وأيضاً أنه فعل، والانتقال انفعال، وأيضاً هو مناف لسائر تصارييفه).
ـ وفيه: إنّ ملكية المشتري في اعتبار العقلاء والشارع أثر للبيع، بمعنى أنه موضوع لها، وأمّا الملكية في اعتبار المتباعين، فهي عين النقل والتسلیك لا أنّها أثره، فان إيجاد الملكية اعتباراً وجودها كذلك متّحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار، وعليه:
ـ فإن أُريد من الانتقال في التعريف الملكية في نظر المتباعين، لا يرد عليه شيء من هذه الإيرادات.

تعريفه: (بالإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال)^١ ، وحيث أنّ البيع من مقوله المعنى دون اللّفظ مجرّداً أو بشرط قصد المعنى، وإلاّ لم يعقل إنشائه باللّفظ^٢ ، عدل «جامع المقاصد» إلى تعريفه: (بنقل العين بالصيغة المخصوصة)^٣ .

وإن أُريد به الملكيّة في اعتبار العلاء أو الشارع، فيرد عليه الإيراد الأوّل والثالث دون الثاني كما لا يخفى.

فالأولى أن يورد على هذا التعريف: بأنّ البيع بما له من المعنى المرتكز في الأذهان قائم بالبائع لا بالعوضين، والانتقال قائم بهما، مع أنه لا يعتبر الرضا في مفهوم البيع، وإلاّ لم يكن بيع المكره وبيع غير المقدور على تسليمه بيعاً.

١. هذا هو التعريف الثاني: وعن المشهور وهو تعريفه: (بالعقد المركّب من الإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال). وعن العلامة دعوى الإجماع عليه. وأورد عليه صاحب «الجواهر»^٤: (أنّ اللّفظ من مقوله الكيف، والبيع فعل، والمقوّلات العشر متبادرات لا يصدق بعضها على بعض).

وفيه: أنّ البيع فعل عرفي لا مقولي كالتكلّم الذي هو من مقوله الكيف.

٢. وارد عليه في المتن بأنّ: (البيع من مقوله المعنى دون اللّفظ، وإلاّ لم يعقل إنشائه باللّفظ)، ومراده بذلك: أنّ البيع - بحسب المرتكز العرفي - هو النقل والتسلیك الخارجي، لا الوجود اللّفظي للإنساء، وإلاّ لما كان معنى إنشائه، بل كان إظهاره إخباراً لا إنشاء، وظاهر التعريف المذكور - بقرينة توصيف الإيجاب والقبول بالدلالة - إرادة الوجود اللّفظي منهم.

وبهذا البيان ظهر اندفاع ما أورد على المصنّف^٥، بأنّ البيع ليس من مقوله المعنى، وإلاّ لزم كونه كلاماً نفسياً، إذ لا يعقل كونه من مقوله المعنى إلاّ جعله من باب النقل القلبي، وهو راجع إلى الكلام النفسي، وقد بيّن في محله بطلان الكلام النفسي. ويرد على هذا التعريف: - مضافاً إلى ذلك - : أنّ البيع على ما يظهر من مشتقّاته قائم بالبائع لا به وبالمشتري معاً.

٣. التعريف الثالث: ما في «جامع المقاصد» من تعريفه: (بنقل الملك من مالك إلى آخر بصيغة مخصوصة).

ويرد عليه: - مع أنَّ النقل ليس مرادفًا للبيع^١، ولذا صرَّح في «الذكرة» بأنَّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت وجعله من الكنایات، وأنَّ المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة - ^٢أنَّ النقل بالصيغة أيضًا لا يعقل إنشاءه بالصيغة^٣. ولا يندفع هذا بأنَّ المراد أنَّ البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة إشارة إلى تعين ذلك الفرد من النقل، لا أنَّه مأخوذ في مفهومه، حتى يكون مدلول (بعث) نقلت بالصيغة، لأنَّه إنْ أُريد بالصيغة خصوص بعث، لزم الدور؛ لأنَّ المقصود معرفة مادة (بعث)، وإنْ أُريد بها ما يشمل (ملك) وجب الاقتصار على مجرد التمليل والتقلل.

وأورد عليه المصنف بإيرادات.

١. أحدها: (إنَّ النقل ليس مرادفًا للبيع).

وأجاب عنه المحقق الإبرواني^٤: (بأنَّه بعد تقييد النقل في التعريف بأنَّ يكون بالصيغة المخصوصة لا وجه لهذا الإيراد).

الظاهر أنَّه تخيل أنَّ مراد المصنف^٥ من الإيراد أعمية النقل عن البيع، فأجاب عنه بذلك، والظاهر أنَّه يريد تغاير البيع والنقل مفهوماً، فإنَّ البيع إذا كان بمعنى التمليل كان عبارة عن التسلیط، ولازم ذلك أنَّه إذا كان الشيء مملوكاً له هو النقل نظير أنَّ المشي معاير للنقل والانتقال في المكان، لكنه لازم لهما، مع أنَّه ليس لازمه دائماً، فإنَّ تمليلك عمل الحرّ يكون بيعاً ولا نقل، لعدم كونه مالكاً له قبله، وبيع الكلّي في الذمة يصحّ ولا نقل هناك، فهذا الإيراد تامٌ. نعم إذا كان المقصود الإشارة إلى المعاملة المتداولة، كي يكون التعريف لفظياً، صحّ ذلك، فإنه يكفي فيه الملزمه الغالبية.

٢. ثانية: (أنَّ المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة).

ويمكن الجواب عنه: بأنَّ مراد المحقق^٦ ليس دخل هذا القيد في حقيقة البيع، بل الإشارة به إلى سخ النقل، وعليه فلا تضرُّ أحصيته.

٣. ثالثها: أنَّه إنْ أُريد دخل هذا القيد في ماهية البيع. ورد عليه أنَّ النقل بالصيغة لا يعقل إنشائه بالصيغة، وإنْ أُريد به الإشارة إلى النقل الخاص ورد عليه أيضاً أنه إنْ أُريد بالصيغة خصوص بعث لزم الدور، وإنْ أُريد بها غير بعث من سائر الصيغ، لزم الاقتصار على سائر الصيغ غير بعث.

فالأولى تعريفه: (بأنه إنشاء تملك عين بمال)^١، ولا يلزم عليه شيء مما تقدم. نعم، يبقى عليه أمور:

وفيه: أنّ الظاهر أنّ مراده هو الشق الثاني، وعليه فيمكن إرادة الجامع بين صيغة بعت وغيرها من الصيغ من الصيغة، ولا يلزم محذور الدور، لأنّه مع سعة دائرة الكاشف لا يلزم دور، ولا محذور لزوم الاقتصار. فالعمدة الإشكال الأول.

١. التعريف الرابع: ما في المتن من تعريفه: (بأنه إنشاء تملك عين بمال).

ويرد عليه أمور:

أحدها: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله من: (أنّ التملك الإنسائي إذا كان مادة (بعث) فلا يعقل إنشائه بالصيغة، إذ القابل للوجود الإنساني نفس المعنى لا الموجود الإنساني. ثانيها: إنّ هذا التعريف يصدق على الشراء أيضاً، لشموله للإنشاء الصريح والضمني، مع أنّ مقصوده الصريح خاصةً.

ثالثها: ما أفاده بعض المحققين رحمهم الله من: (أنّ ظاهر هذا التعريف تعلق الجار بالتملك، فيكون هو تعريفاً للهبة المعاوضة، فإنّ العرض فيها للفعل وهو التملك لا للعين، وفي البيع يكون العرض عوضاً لما تعلق به التملك).

رابعها: أنه لا يمكن الالتزام بالملك في جملة من الموارد: منها: اشتراء آلات المسجد من غلة العين الموقوفة عليه، فإنه لا يملكها أحد كما لا يملك الغلة.

ومنها: أنه لا يشمل بيع العبد ممّن ينعتق عليه، فإنه ليس هناك تملك وتملك وذلك لوجهين:

الأول: أنه اذا امتنع الملك الحقيقي شرعاً أو عقلاً، لما كان فرق بين زمان طويل أو قصير، فلا يمكن الالتزام بحصول الملك آناً مّا ثم الانعتاق.

ودعوى: أنه يمكن الالتزام بالملك الحكمي.

مندفعه: بأنّ مرجع ذلك إلى القول بترتّب آثار البيع من دون حصول الملكية، فإن التزم بكونه بيعاً حقيقة، لزم بطلان التعريف المذكور، وإلا لزم بقاء العوضين على ملك مالكهما لعدم المعاوضة الحقيقية.

منها: أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ (ملكت) وإن لم يكن مرادفًا له، ويردّه أنه الحق كما سيجيء.

ومنها: أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه، لأنّ الإنسان لا يملك مالاً على نفسه^١.

وفيه: مع ما عرفت وستعرف من تعلق تملك ما على نفسه ورجوعه إلى سقوطه عنه^٢، نظير تملك ما هو مساوٍ لما في ذمته وسقوطه بالتهاون، أنه لو لم يعقل التملك لم يعقل البيع إذ ليس للبيع لغةً وعرفًا معناً غير المبادلة والنقل والتملك، وما يساويها من الألفاظ، ولذا قال فخر الدين: (إنّ معنى (بعت) في لغة العرب ملكت غيري، فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه، لم يعقل شيءٍ مما يساويها فلا يعقل البيع).

ومنها: أنه يشمل التملك بالمعاطاة، مع حكم المشهور - بل دعوى الإجماع - على أنها ليست بيعاً.

وفيه: ما سيجيء من كون المعاطاة بيعاً، لأنّ مراد التأفين نفي صحته.

الثاني: إنّ ظاهر الأدلة ترتب الانتقاد على نفس الشراء، فالالتزام بالملكية ولو آناً مّا مناف لذلك.

وما عن «الجوادر» من: (أنّ الجمع بين هذه الأدلة وبين ما دلّ على عدم العتق إلا في ملك، يقتضي الالتزام بتقدّم الملك على الانتقاد تقدّماً ذاتياً).
ممنوع: (أنّ الملكية من الأمور الاعتبارية، ولا يعقل الاعتبار إلا في الزمان، فالملكية في غير الزمان ممّا لا نتعقله).

١. ومنها: أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه، فإنّ الإنسان لا يملك مالاً على نفسه، لعدم ترتّب الأثر على هذه الملكية فيليغو اعتبارها.

٢. وما ذكره في الجواب عن ذلك (من تعلق تملك ما في ذمته ورجوعه إلى سقوطه عنه).

غير تام، فإن السقوط إن كان لأجل ما أشرنا إليه من لغوية اعتبار الملكية، فهو مانع عن الحدوث كالبقاء.

وإن كان لكونه أثر تلك الملكية، فيرد عليه أنّ ثبوت الشيء لا يكون علة لسقوطه.

ومنها: صدقه على الشراء، فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.
وفيه: إن التمليل فيه ضمني^١، وإنما حقيقته التملك بعوض، ولذا لا يجوز الشراء
بلغفظ (ملك) تقدم على الإيجاب أو تأخر، وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاده بمستأجر
العين^٢، حيث أن الاستئجار يتضمن تملك العين بمال، أعني المنفعة.
ومنها: انتقاد طرده بالصلح على العين بمال وبالهبة المועوضة. وفيه إن حقيقة
الصلح ولو تعلق بالعين ليس هو التمليل على وجه المقابلة والمعاوضة، بل معناه
الأصلي هو التسالم^٣. ولذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم، هو متضمن للتسلك إذا

١. قوله: (وفيه أن التمليل فيه ضمني وإنما حقيقته التملك بعوض).

وفيه: أن الشراء حقيقته ليس هو إعطاء شيء بإزاء شيء الذي هو حقيقة البيع، كما
مرّ، ولا إنشاء تملك عين بمال الذي هو البيع عنده، بل الشراء مطاوعة لذلك، والذي
يوجب ملكية المועوض للمشتري والوعوض للبائع، إنما هو فعل البائع الذي تعلق به
القبول.

٢. وأما الإجارة: فقد فرق المصنف^٤ بينها وبين البيع، بأن البيع تملك العين بعوض،
والإجارة تملك المنفعة به، ولكن على القول بصحة جعل المועوض في البيع منفعة لابد
من بيان فرق آخر بينهما.

وقد يُقال: إن الفرق بينهما إنما يكون في أن البيع يتعلّق بكل من العين والمنفعة، وإذا
تعلّق بالعين يكون أثره ملكيتها فيما يكون قابلاً لذلك، وهذا بخلاف الإجارة فإنها تتعلّق
بالعين خاصة وأثرها نقل المنافع.

توضيحه: إن من ملك شيئاً ملك منافعه بالتبع، ويكون له حق القبض على العين
لاستيفاء المنافع، فالبائع إنما هو إعطاء للعين أو المنفعة بإزاء الوعوض، وأما الإجارة فإنما
هي لنقل ذلك الحق، بمعنى أنها تتعلّق بالعين لنقل ذلك الحق. وتمام الكلام موكول إلى
 محله.

٣. وأما الصلح: فالفرق بينه وبين البيع هو ما ذكره المصنف^٤ من أن حقيقة الصلح
هو التسالم، ويكون متعلقه في بعض الموارد ملكية العين أو المنفعة، وفي بعض الموارد

وأمّا الهبة المعوضة، والمراد^٢ بها هنا ما اشترط فيها العوض، فليست إنشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة^٣، وإنّ لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر، مع أنّ ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب بالهبة.

غیر ذلك، ولا إيراد عليه سوى ما ذكره من :

١. (إنه إذا تعلق الصلح بالعين يكون متضمناً للتمليك).

فإنه يرد عليه: أنه لا يتعلّق بالعين، بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلّقه إلّا بفعل أو نتيجة كالملكية، ولذا لا يصح جعل مفعوله الثاني العين كما لا يخفي.

٢. وأما الهبة المعقودة: فتتصور على وجوه:

الأول: أن يهب المال ويشترط على المتّهب هبة شبه.

الثانية: أن يهبه المال ويكون داعيه هبة المتّه شائعاً.

الثالث: أن يهب المال ويشترط التبيحة، أي كون ذلك المال ملكاً له.

الرابع: أن يهبه بازاء ذلك الشيء.

الخامس: ما أضافه السيد الفقيه وهو: (أن يهبه في مقابل هبته، بحيث تكون المقابلة بين الهبتين، ومقتضى المقابلة بطلان أحد الم مقابلين بفقد الآخر).

٣. أما في الوجه الأول والثاني: فيكون إعطاء المال إعطاء لا يزاء شيء بل مجاناً،

بل غاية الأمر أن المتهب لو لم يؤد العوض، كان للواهب الرجوع في هبته. فالظاهر أن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها، في كونه تمليكاً مستقلاً^١ يقصد به وقوعه عوضاً، لأن حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين، كما يتضح ذلك بلاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الأولى، فقد تحقق مما ذكرنا أن حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلا البيع، فلو قال: (ملكك هذا بكتاب)، كان بيعاً ولا يصح صلحاً ولا هبة معوضة وإن قصدهما، إذ التملك على جهة المقابله الحقيقية ليس صلحاً ولا هبة فلا يقعان به، نعم لو قلنا بوقوعها بغير الألفاظ الصريحة، توجه تحققاً مع قصدهما، فما قيل من أن البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض فيقدم على الصلح والهبة المعوضة محل تأمل، بل منع، لما عرفت من أن تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير. نعم لو أتي بلفظ التملك بالعوض واحتفل إرادة غير حقيقته، كان مقتضى الأصل اللغطي حمله على المعنى الحقيقى فيحكم بالبيع، لكن الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم، وسيجيء توضيحه في مسألة المعاطاة في غير البيع إن شاء الله.

والفرق بينها وبين البيع حينئذ واضح، غاية الأمر في الصورة الأولى إذا لم يهب المتهب ذلك الشيء يكون للواهب الخيار، ولا يكون ذلك في الصورة الثانية.

وأثما في الوجه الثالث: فإن قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام.

١. وإن قلنا بصحّته، فذلك الشيء وإن كان يصير ملكاً له إلا أنه للشرط لا لعقد الهبة، والمال الموهوب إنما يعطى مجاناً لا بإزار شيء، وهذا بخلاف البيع.
وأثما في الوجه الرابع: فهو بيع حقيقة بسان الهبة، وسيأتي الكلام في أنه هل يصح البيع بسان الهبة أم لا؟

وأثما في الوجه الخامس: فقد أفاد السيد في الفرق بينها وبين البيع: (أن في البيع مقابلة إنما تكون بين المالين، وفي هذه الهبة تكون بين الفعلين).

وما ذكره من الفرق على تقدير صحة هذه الهبة متين، إلا أن الكلام في صحتها، وذلك لأنّه إن أريد بها تعليق هبته على هبة الآخر، فلو لم يهب الطرف لا يكون هبة من هذا

بقي القرض داخلًا في ظاهر الحد، ويمكن إخراجه بأنّ مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليل على وجه ضمان المثل أو القيمة^١، لا معاوضة للعين بهما ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضة^٢.

الطرف أيضاً لتقييدها بهبة الآخر، فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه.
وإن أردت بها أنّه يملك هبته في مقابل تملّك هبة الآخر.

فيرد عليه: أنّ التمليل في الهبة إنّما يتعلق بالمال، وليس هناك تمليل متعلق بهذا العمل من الحرر، نعم يصح ذلك فيما إذا وقع عقد آخر على هذا العمل، بحيث صار مملوكاً بواسطة عقد آخر، ولكنّه خارج عن المقام.

١. وأما القرض: فقد فرق المصنف^٣ بينه وبين البيع، بأنّ القرض حقيقته ليست هي المعاوضة، بل هي تمليل على وجه ضمان المثل أو القيمة.

ويرد عليه: أنّ التمليل المزبور لا يخلو عن أحد وجهين: إما أن يكون تمليلًا بإزاء بدله في الذمة، فهو معاوضة حقيقة، وإنما أن يكون تمليلًا مجانياً واشترط في ضمنه أن تكون الذمة مشغولة بالمثل أو القيمة، وهذا غير معقول، إذ مرجعه إلى اشتراط ضمان الإنسان لمال نفسه.

فالحق أن يقال: إنّ حقيقة القرض تمليل للعين - أي لخصوصيتها - مجاناً وجعل لماليتها في الذمة، ففي الحقيقة هو ينحل إلى إثنائين: تمليل مجاني بالنسبة إلى العين، وتضمين لمالية العين واستئمان لها في ذمة المقترض إلى أجل معين، وعليه فالفرق بينه وبين البيع في غاية الوضوح.

وأماماً ما استشهد به المصنف^٤ لعدم كون القرض من المعاوضات فهي أمور:

٢. منها: قوله: (لا يجري فيه ربا المعاوضة).

وذكر السيد^٥ في بيان مراد المصنف^٦: (أنّه لا يشترط في تحقق الربا فيه ما يعتبر في تتحققه فيسائر المعاوضات، من اشتراط كون العوضين من المكيل والموزون وكونها من جنس واحد، بل يجري فيه مطلقاً).

و لا الغرر المنفي فيها^١، ولا ذكر العوض^٢، ولا العلم به^٣، فتأمل. ثم إن ما ذكرنا تعريف للبيع المأخوذ في صيغة (بعت) وغيره من المشتقات ويظهر من بعض من

وأورد عليه: بأن سعة دائرة الربا فيه لدليل خاص لا تنافي كونه من المعاوضات.
لكن الظاهر أن مراده عدم جريان الربا الذي يجري في البيع في القرض، وذلك في مثل بيع الريال الذي يساوي أربعة دراهم مثلاً ويكون بحسب الوزن أكثر منها بها، فإن ذلك ربا محرم، وهذا لا يجري في القرض، فإن من افترض الريال له أن يؤدى أربعة دراهم، وللمقرض اشتراط ذلك وليس ذلك غير جائز، والسر فيه ما ذكرناه من أن حقيقة القرض تمليل للعين مجاناً واستئمان للمالية في ذمة المقرض، مما في ذمته مالية الريال لا عينه، وهي عين مالية أربعة دراهم فيجوز تطبيقها عليها.

١. ومنها: عدم جريان الغرر المنفي فيه.

وفيه: إن جماعة من الأصحاب صرّحوا بلزوم العلم بمقدار العين المقترضة، وأنه لا يجوز بالمكياج المجهول، وجماعة أخرى وإن كان ظاهرهم - على ما عن «الجوادر» - عدم اعتبار ذلك، إلا أن جريان الغرر في مطلق المعاوضات ليس متفقاً عليه، فهذا لا يكون شاهداً على عدم كونه من المعاوضات عندهم.

٢. ومنها: عدم لزوم ذكر العوض فيه، فلو كان من المعاوضات لكان اللازم ملاحظة الطرفين في مقام إنشاء المعاوضة.

٣. ومنها: عدم لزوم العلم بالعوض، مع أنه في المعاوضات لابد من العلم به.
وأورد عليه وعلى سابقه: بأن العين المقترضة إنما أن تكون من المثلثات أو تكون من القيمتين، وعلى كل حال العوض معلوم ولا يحتاج إلى الذكر.

وفيه أولاً: إن بعض الأشياء ربما لا يعلم الإنسان حين القرض أنه مثلي أو قيمي، فيفترض المال ويستعلم الحال قبل الأداء.
وثانياً: إنه ربما يعلم أنه قيمي ولكن لا يعلم مقدار القيمة.

قارب عصرنا استعماله في معانٍ آخر غير ما ذكر^١.

أحدها: التمليل المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري، وإليه نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح، ولعله لتبادر التمليل المقرن بالقبول من اللُّفظ، بل وصحة السُّلْب عن المجرد، ولهذا لا يقال: (باع فلان ماله) إِلَّا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، ويستفاد من قول القائل: (بعث مالي) أَنَّه اشتراه غيره، لَا أَنَّه أوجب البيع فقط.

الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال كما يظهر من «المبسوط» وغيره.

الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول، وإليه يننظر من عَرْف البيع بالعقد.

لا يعتبر تعقب القبول في صدق البيع

١. التنبيه الثاني: قال المصنف^٢: (ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ آخر).

أقول: لا يخفى أنه لم يظهر لنا وجه ما صنعه المصنف^٢ في المقام، حيث ذكر أولاً تعريف «المصباح» وانتقل إلى بيان أمور آخر، ثم عاد إليه بذكر سائر التعاريف، ثم كرر العود إليه في هذا الموضع، مع أنّ ما ذكره هنا بعينه ما تقدم من المعاني؟! ولكن الذي يهمّنا في المقام بيان أنه هل يعتبر في صدق البيع تعقب القبول أم لا؟ وفيه أقوال:

الأول: ما في المتن وهو: (عدم اعتباره)، وتبعه المحقق النائي^٣.

الثاني: اعتباره إما بكونه اسمًا لمجموع أو فعل البائع بشرط التعاقب على نحو الشرط المتأخر، اختياره السيد والمحقق الإبرواني.

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

أقول: والأظهر هو الأول، وذلك يظهر من ملاحظة إنشاء البائع، فإنه إذا قال: (بعث) أظهر بذلك اعتبار نفسه، والمشتري إنما يقبل ذلك لا لأنّ فعله دخيل في ما ينشأه البائع، هذا مضافاً إلى ملاحظة سائر مشتقاته كالبائع وغيره، مع أنه لو نذر أن يبيع داره صَحَّ هذا النذر، ولو كان البيع فعل المجموع أو فعل البائع بشرط التعاقب بالقبول لما صَحَّ

قال: بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات^١، حتى الإجارة وشبها التي ليست هي في الأصل اسمًا لأحد طرف في العقد.

أقول: أما البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول، فالظاهر أنه ليس مقابلاً للأول، وإنما هو فرد انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب المثمن، إذ لا ثمرة في الإيجاب المجرد، فقول المخبر (بعث) إنما أراد الإيجاب المقيد، فالقيد مستفاد من الخارج، لأنّ البيع مستعمل في الإيجاب المتعقب للقبول، وكذلك لفظ النقل^٢ (الأبدال) و(التمليك) وشبها، مع أنه لم يقل أحد بأنّ تعقب القبول له دخل في معناها.

نعم، تحقق القبول شرط لانتقال في الخارج لا في نظر الناقل، إذ التأثير لا ينفك عن الآخر، فالبيع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والإنسار كما تخيله بعض، فتأمل. ومنه يظهر ضعفأخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح، فضلاً عن أن يجعل أحد معانها.

لكون جزء المندور أو شرطه خارجاً عن تحت القدرة. ويعود قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار»^(١) إذ لو كان البيع اسمًا لفعل المجموع لما كانا يبعين بل كانوا معاً بائعين.

١. قوله: (بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أنواع المعاملات).

بل الظاهر عدمه، فإنّ مورد البحث في تلك الأبواب نفس المعاملات، ولذا يعنون اعتبار الإيجاب والقبول ويقولون: (يعتبر في البيع الإيجاب والقبول)، ولو كان مرادهم منه العقد كان هدا التعبير من الفساد بمكان، وسيصرّح المصنف^{رحمه الله} بعد أسطر بخلاف ذلك، ويقول: (والحاصل أنّ البيع الذي يجعلونه من العقود يُراد به النقل بمعنى اسم المصدر الخ).

٢. قوله: (وكذلك لفظ النقل).

النقل والتملك إنما هما للمعنى الجامع بين النقل بعوض أو مجاناً، فعدم اعتبار القبول في صدقهما لا يلازم عدم اعتباره في البيع.

وقد استدلّ للثاني:

بالتبادر، وبصحّة السلب عن المجرد، ولهذا لا يقال: (باع فلان ماله) إلا بعد ما اشتراه غيره.

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الخيار.

وأما البيع بمعنى الأثر وهو الانتقال، فلم يوجد في اللغة ولا في العرف، وإنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسود، وقد يوجه بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبني للمفعول أعني المبויותة، وهو تكليف حسن. وأما البيع بمعنى العقد، فقد صرّح الشهيد الثاني بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية^١. والظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع، لأنّه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب، لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقف على شيء، كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر بمجرد الأمر وإن لم يصر واجباً في الخارج في نظر غيره، وإلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص والفتاوي من قولهم (لزم البيع) أو (وجب) أو (لا بيع بينهما) أو (أقاله في البيع) ونحو ذلك.

والحاصل: أن البيع الذي يجعلونه من العقود، يُراد به النقل بمعنى اسم المصدر، مع اعتبار تحققه في نظر الشارع المتوقف على تحقق الإيجاب والقبول، فإذا فسحة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية، ولذا يُقال: (انعقد البيع)، و(لا ينعقد البيع). ثم إن

وبأنّ البيع من العقود، ولو تحقق البيع بمجرد إنشاء البائع، لزم كونه إيقاعاً. وباستعماله في المتعلق بالقبول في النصوص والفتاوي، من قولهم: (لزم البيع) أو (وجب) أو (لا بيع بينهما) أو (أقاله البيع) أو نحو ذلك. وفي الجميع نظر.

أما الأولان: فلأنّ التبادر وصحّة السلب إنما يتمان في مثل (بعث داري) في مقام الإخبار، الذي قامت القرينة على كونه لبيان البيع المثمر، ولا يتمان في غير هذا المورد. وأما الثالث: فلأنّ العقد والإيقاع اصطلاحان، والمراد بالأول ما يعتبر فيه القبول، وبالثاني ما لا يعتبر، ولا كلام في اعتباره في صحّة البيع وترتّب الأثر عليه. وأما الرابع: فلأنّ الاستعمال أعمّ من الحقيقة، لا سيما مع قيام القرينة على إرادة موضوع الأثر.

١. قوله: (العلاقة السببية)، وقد مرّ في أول الكتاب ما في إطلاق السبب والمسبب في باب المعاملات، وأنّ ذلك بمعزل عن الصواب، فراجع.

الشهيد الثاني نصّ في كتاب اليمين من «المسالك» على أنّ عقد البيع وغيره من العقود، حقيقة في الصحيح^١ مجاز في الفاسد، لوجود خواص الحقيقة والمجاز كالتبادر وصحة السلب^٢، قال: (ومن ثمّ حمل الإقرار به عليه)^٣، حتّى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً، ولو كان مشتركاً بين الصحيح وال fasid قبل تفسيره بأحدماهما كغيره من الألفاظ المشتركة، وانقسامه إلى الصحيح وال fasid أعمّ من الحقيقة)، انتهى.

وقد استدلّ للثالث: بأنّ البيع اسم لل الصحيح العرفي، وال الصحيح العرفي في أجزاء السبب ما كان قابلاً لأن يلائم منه المجموع، فيكون البيع معناه إنشاء التسلية القابل للحقوق القبول.

وفيه: ما سيأتي من فساد المبني، وأنّ البيع ليس موضوعاً لل الصحيح العرفي، فالحق عدم اعتباره في مفهوم البيع لا بنحو الجزئية ولا بنحو الشرطية.
نعم، هو معتبر في صحة البيع عرفاً وشرعاً.

البيع حقيقة في الصحيح أو الأعمّ

١. قوله: (ثم إن الشهيد الثاني نصّ في كتاب اليمين من «المسالك» على أنّ عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح).
هذا هو التنبية الثالث: والكلام فيه يقع في مقامين:
الأول: في بيان ما أفاده المصنف بِهِ في المقام.
الثاني: في بيان ما هو الحق.

و قبل التعرّض للبحث في المقامين لا بأس بالتعريض لما أفاده الشهيدان بِهِمَا:
٢. قوله: (صحة السلب).

الموجود في «المسالك»: (وعدم صحة السلب) فيرد عليه مضافاً إلى ما تقدم، أنه لا
كلام في عدم صحة سلبه عن الصحيح، إنما الكلام في اختصاصه به.

٣. قوله: (ومن ثمّ حمل الإقرار به عليه).
والظاهر أنّ السرّ فيه، ظهور حال المسلم في عدم اختيار الفاسد، لا وضع البيع لذلك.

وقال الشهيد الأول في قواعده: (الماهيات الجعلية كالصلوة والصوم وسائر العقود لا يطلق على الفاسد ^١ إلا الحج لوجوب المضي فيه، وظاهره إرادة الإطلاق الحقيقي). ويشكل ما ذكراه بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو **«أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْنَ»**، وإطلاقات أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيء فيها، مع أن سيرة علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات.

١. قوله: (قال الشهيد الأول... لا يطلق على الفاسد).

يمكن توجيهه كلامه ^٢ بقرينة ما في ذيله: (فلو حلف على ترك الصلاة والصوم، اكتفى بسمى الصحة، وهو الدخول فيها، فلو أفسدتها بعد ذلك لم يزل الحنت، ويحتمل عدمه لأنّه لا يسمى صلاة شرعاً ولا صوماً مع الفساد، وأمّا لو تحرم في الصلاة، أو دخل في الصوم مع مانع من الدخول، لم يحنت قطعاً).

بانه ^٣ ليس في مقام بيان المفاهيم، وأنّها موضوعة للصحيح، حتى يرد عليه ما تقدّم، بل في مقام بيان أنّ ما يتعلّق به النذر إنّما هو الصحيح، وأنّه لا ينذر إلا أن لا يصلّي صلاة صحيحة، وأن لا يبيع بالبيع الصحيح الشرعي، وأنّه بعد الفراغ عن ذلك يفصل بين ما هو الفاسد من الأول، وبين ما لو انعقد صحيحاً ثمّ فسد في الآتاء.

أقا المقام الأول: فقد يقال إنّ ألفاظ المعاملات من البيع وغيره أسام للصحيح وإنما تستعمل في غيرها مجازاً.

وأورد عليه بإيرادين:

الإيراد الأول: إنّ لازم ذلك الالتزام بالحقيقة الشرعية في المعاملات، مع أنه بالبداية ليس كذلك، كيف وقد استعمل الشارع المقدّس أساميها فيما كان يستعمل فيه العرف، ولم يصرّح في مورده بكون مراده غير ما يفهمه العرف.

الإيراد الثاني: إنّ لازم ذلك عدم جواز التمسك بإطلاقات أدلة العقود كقوله تعالى: **«أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْنَ»**^(١) ونحوه لنفي اعتبار ما شك في اعتباره فيها، إذ مع الشك المزبور

نعم، يمكن أن يُقال: إن البيع وشبيهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر^١، الذي يُراد من قول القائل (بعث) عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظرهم. ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، وإنما كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف، فالبائع الذي يُراد منه ما حصل عقب قول القائل (بعث) عند العرف والشرع، حقيقة في الصحيح المفيد للأثر ومجاز في غيره، إلا أن الإفادة وثبت الفائدة مختلف في نظر العرف والشرع.

لا محالة يشك في صدق الموضوع، ومعه لا مجال للتمسك بالإطلاق، مع أن سيرة علماء الإسلام على التمسك به في هذه المقامات.

١. وأجاب المصنف^٢ عن الأول: بأن البيع أو شبيهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر - أي المسبيب والمنشأ - لا يستعمل إلا فيما هو مؤثر وصحيح ولو في نظرهم، ثم إذا كان مؤثراً عند الشارع كان بيعاً عنده أيضاً، وإنما كان صورة بيع، فالموضوع له إنما هو الصحيح المفيد للأثر، ولا اختلاف في هذا المفهوم بين العرف والشرع، وإنما الاختلاف في المصدق، فإن أهل العرف يرون بعض البيوع مفيدةً مؤثراً والشارع لا يراه كذلك.

لا يقال: إن تخطئة الشارع العرف إنما تتصور فيما له واقع في عالم العين والوجود، ولا تتصور فيما لا واقع محفوظ له، وكان في ذاته مختلفاً باختلاف الانتظار كالبيع، فإنه إن كان موضوعاً لاعتبار الملكية في نظر العرف، وإن لم يعتبرها الشارع كان موضوعاً للأعمم، وإن كان موضوعاً لاعتبارها في نظر الشارع عاد المحذور، وعلى أي تقدير لا معنى للتخطئة المذكورة.

فإنه يتوجه عليه: إن اعتبار الملكية حيث كان المعتبر هو العقلاء أو الشارع إنما يكون عن مصلحة داعية إليه، وأهل العرف ربما يعتقدون وجودها فيعتبرون الملكية، والشارع المقدس يخطئهم في ذلك لكونه محاطاً بالواقعيات، ويرى أنه ليس في هذا الاعتبار

وأماماً وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع ونحوه، فلأن الخطابات لما وردت على طبق العرف، حمل لفظ (البيع)، وشبهه في الخطابات الشرعية، على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف^١، أو على المصدر الذي يراد من لفظ (بعث)^٢، فيستدل بإطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً، فتأمل فإن الكلام محل آخر.

مصلحة غير مزاحمة بالفسدة، كما في البيع الربوي، فالتحفظة إنما تكون في المنشأ للاعتبار.

وأجاب بنبيه عن الإبراد الثاني بوجهين:

١. أحدهما: إن البيع وإن كان موضوعاً للصحيح المؤثر، إلا أن المخاطب بالخطابات الشرعية بما أنه أهل العرف، فيحمل دليل إمضاء البيع على إمضاء ما هو الصحيح المؤثر عندهم، ولو كان مراده خلاف ما عليه العرف، لزم عليه نصب القرينة، فمع عدمه يكون الموضوع هو البيع الصحيح عند العرف. وهذا التقريب لا دخل له بتخفيته الشارع نظر العرف أو تصويبه، إذ صريح عبارته أن الموضوع هو الصحيح المؤثر عند العرف. فلاحظ.

٢. ثانيهما: حمل لفظ (البيع) أو شبهه الواقع في أدلة الإمضاء على المصدر الذي يراد من لفظ (بعث) أي إنشاء تملك عين بعوض، الذي هو فعل الموجب، واختاره في تعريف البيع، فإذا حكم الشارع عليه بالحيل أو بوجوب الوفاء، يستكشف منه كونه مؤثراً في نظر الشارع، وإلا لما كان له حلية ولا وجوب الوفاء، ومقتضى إطلاقه كون إنشاء النقل يوجب النقل شرعاً. هذا محصل كلامه بتوضيحه.

والمحقق النائيني بنبيه: أورد على ما ذكره ثانياً في وجه التمسك بالإطلاق بأن المطلقات الواردة في الكتاب والستة كلها واردة في مقام إمضاء المسئيات دون الأسباب، لأنها أسماء للمسئيات

وأورد على ما ذكره أولأً: بأنه إذا كان الدليل وارداً في مقام إمضاء المسئيات - أي المعاملات الرائجة عند العرف كالزوجية والمبادلة مع قطع النظر عن الأسباب التي

يتوسل بها إليها - فلا يدل على إمضاء الأسباب.

وبعبارة أخرى: المسبب له وجود غير وجود السبب، فـإمضائه لا يكون إمضاءً للسبب، نعم إذا لم يكن له سبب متيقن أصلاً فلا محالة يكون إمضائه إمساءً له، وإلا لزم منه اللغوية، وفي المقام السبب المتيقن موجود كما هو واضح.

ودعوى: أنّ أهل العرف حيث يرون حصول المسبب بسبب معين عندهم، فـإمساء المسبب يستلزم إمساء السبب.

مندفعه: بأنّ المتبع هو أنظار أهل العرف في تعين المفاهيم لا في التطبيق، فهم وإن رأوا حصول المسبب عند وجود أمر خاص، إلا أنّ إمساء المسبب لا دليل على كونه إمساءً لنظرهم في التطبيق أيضاً.

ولكن يمكن دفع الثاني: بأنّ مقتضى إطلاق دليل المسبب الإفرادي، إمساء كل فرد من أفراد المسبب عند العرف، ولازم ذلك إمساء كل سبب يتسبب به إليه، وإلا كان إطلاق دليل المسبب مقيداً بغير ما حصل من ذلك السبب الذي يشاك في إمسائه، ولعله إلى هذا يرجع ما نقله ^{عليه} عن التقريرات وذكرناه بقولنا: ودعوى، وعليه فهو حق.

ولكن الذي يرد عليه: ما تقدّم في أول الكتاب من أنّ ما هو المعروف من كون الإنشاء عبارة عن إيجاد أمر باللّفظ أو شبهه مما لا أساس له.

وأجاب المحقق النائي ^{عليه}، عن الاشكال بوجه آخر، وهو: إنّ نسبة صيغ العقود إلى المعاملات ليست نسبة الأسباب إلى المسببات، بل نسبتها إليها نسبة الآلة إلى ذي الآلة، والإرادة متعلقة بنفس المعاملة ابتداءً، بداهة أنّ الموجد للملكية ليس قول (بعث) نظير الإلقاء الموجد للإحرق، بل الموجد لها إرادة البائع، فإذا لم يكن من قبيل الأسباب والمسببات، فليس هناك موجودان خارجيان حتى لا يكون إمساء أحدهما إمساءً للآخر، بل الموجد واحد، غاية الأمر أنه باختلاف الآلة ينقسم إلى أقسام عديدة، فإذا كان المتكلّم في مقام البيان، ولم يقيّده بنوع خاص، يستكشف منه عمومه لجميع الأنواع.

وفيه: - مضافاً إلى ضعف المبني لما أشرنا إليه في أول الكتاب - أن وجود ذي الآلة مغاير مع وجود الآلة بالوجدان، والإرادة وان تعلقت حين البيع بذى الآلة ابتداءً ولكنها تتعلق بالآلة تبعاً، إلا أنه في مقام الجعل، لابد من لحاظ الآلة مستقللاً كي يرى صلاحية كل آلة عرفية لذلك، أو آلة خاصة، وعليه فإذا كان الإطلاق مسوقاً لبيان إمضاء ذي الآلة لا يصح التمسك بالإطلاق، لصلاحية كل آلة لذلك، إلا بالتقريب الذي ذكرناه، فلا فرق بين كونها من قبيل الأسباب والمبنيات أو الآلة وذى الآلة.

وأثنا المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في موضعين:

الأول: في أن الفاظ المعاملات أسماء للصحيحة أو الأعم.

الثاني: في التمسك بإطلاقات أدلة الإمضاء.

أما الموضع الأول: فقد يقال - كما عن جملة من المحققين منهم المحقق الخراساني رحمه الله والمتحقق النائي - إنها إن كانت موضوعة للمبنيات، فلا مجال للنزاع المذكور، إذ لو كانت أسماء للمبنيات لا تتصرف إلا بالوجود وعدم دون الصحة والفساد.

ولكن الحق في المقام: أن الصحة والفساد لا يتصرف بهما إلا الموجود الخارجي، واتصافه بهما إنما يكون بلحاظ إنطباقه على ما أخذ طرفاً للحكم أو الاعتبار الشرعي وعدمه، وعليه فالمبنيات أيضاً تتصرف بهما، وذلك لأن في باب المعاملات كالبيع أموراً أربعة:

أحدها: اعتبار المتعاملين الملكية.

ثانية: اعتبار العقلاء وإمضائهم لذلك.

ثالثها: اعتبار الشارع إياها.

رابعها: إظهار ذلك الأمر النفسي بمظهر خارجي.

ولا ريب في أنها إن كانت أسمى للمسبيات، تكون أسمى للاعتبارات الصادرة من المتعاملين دون الصادرة من العقلاء والشارع، مثلاً (البيع) اسم لفعل البائع، ولا يطلق على الشارع والعقلاء عنوان البائع، وحيث أن الشارع المقدس لم يعتبر الملكية في كل مورد اعتبارها المتعاملان، بل في بعض مواردها - كما إذا كان مُظهراً بلفظ أو غيره من المظاهرات الخارجية، وكان المعتبر غير محجور عليه، وغير ذلك من الخصوصيات - فكل اعتبار خارجي شخصي إن كان منطبقاً على ما هو موضوع للاعتبار الشرعي وطرف له، فهو صحيح، وإلا فهو فاسد.

فالمعاملات وإن كانت أسمى للمسبيات تتصرف بالصحة والفساد أيضاً، وقد مر أن (البيع) اسم للمسبب، أي الاعتبار الصادر من البائع.

فإن قيل: الظاهر كونه اسمًا للأعمم لا لخصوص الصحيح بالمعنى المتقدم، فإن الصحة إنما تنتزع عن مطابقة المأتبى به لما هو طرف الاعتبار، فهي متاخرة عن الإمضاء، فكيف يمكن أخذها في المرتبة السابقة عليه، فتدبر .

فإنه يمكن أن يقال: بوضعها للشخص الخاصة الملزمة للإمضاء الشرعي، مع أن المعاملات أمور عرفية أمضتها الشارع الأقدس، وضروري أنه لم يتصرف في وضعها، ولم يستعملها في غير ما وضعت تلك الألفاظ له في العرف، بل استعملها في معانيها، غاية الأمر اعتبار في إمضائها قيوداً.

التمسك بالإطلاق

وأمّا الموضع الثاني: فبناءً على ما اخترناه - من أن (البيع) مثلاً اسم للاعتبار الصادر من المتعاملين، وأنه لا يعتبر في صدقه شيء آخر، وأن دعوى كون باب المعاملات من قبيل إيجاد أمر باللفظ ونحوه فاسدة، بل هي اعتبارات قائمة بالمتعاملين تظهر باللفظ

وغيره - فالاً ظهر جواز التمسّك بالإطلاقات أدلة إمضاء بكلّ ما هو مظهر لها، وذلك لأنّ أدلة إمضاء المعاملات مثل قوله تعالى: «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(١) كما أنّ لها إطلاقاً إفرادياً، ويدلّ على إمضاء كلّ فرد من أفراد البيع مثلاً، كذلك لها إطلاق أحوالى، فمقتضى «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» إمضاء كلّ فرد من أفراد البيع في جميع حالاته، أي سواء أبرز بالعربي أو بالفارسي أو بغيرهما، ولا زم ذلك إمضاء كلّ مظاهر.

ولو ترددنا عن ذلك، وسمّلنا دخل شيء آخر غير الاعتبار القائم بالمعاملين في المعاملات، وأنّه لا تصدق أساسيتها بمجرد تلك الاعتبارات، فلا يخلو ذلك من أمور: أحدها: اعتبار إمضاء العرف والعقلا، بمعنى أنّ كلّ معاملة واقعة بين المتعاقدين مُمضاة عند العرف، فهي بيع أو غيره وإلا فلا.
ثانيها: اعتبار إمضاء الشارع فيها.

ثالثها: اعتبار وجود المصلحة والمناسبة الواقعية، بمعنى أنّ كلّ معاملة واقعة عن المصلحة والمناسبة الواقعية فهي بيع أو غيره.

رابعها: أن يكون البيع مثلاً موضوعاً لأمر واقعي، ويكون نظر العرف والشرع طريقاً إليه، وعليه يكون النهي تخطئة للعرف في المصدق.

فإذا كان المعتبر هو الأمر الأول، فلو شكّ في دخالة شيء في إمضاء العرف والعقلا وعدمه، لما صحت التمسّك بالإطلاق لنفي اعتباره، للشكّ في صدق الموضوع، وأمّا لو أحرز ذلك وشكّ في دخالته في الإمضاء الشرعي، فيتمسّك بالإطلاق لنفيه.

ولو كان المعتبر هو الثاني، لما صحت التمسّك بالإطلاق لنفي اعتبار ما شكّ في اعتباره، لا بالإطلاق اللغطي ولا بالإطلاق المقامي.
أمّا الأول: فللشكّ في صدق الموضوع.

وأمّا الثاني: فلو وجود القدر المتيقّن في المعاملات الرائجة عند العرف. وبإمكان أن

الكلام في المعاطاة

اعلم أنّ المعاطاة - على ما فسّرها جماعة - أن يعطى كلّ من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر^١، وهو يتصرّف على وجهين: أحدهما: أن يبيح كلّ منها للآخر التصرف فيما يعطيه، من دون نظر إلى تملّكه. الثاني: أن يتعاطيا على وجه التّملّك. وربما يذكر وجهان آخران:

يكون اعتماد الشارع الأقدس عليه.

ولو كان المعتبر هو أحد الآخرين، جاز التمسّك بالإطلاق لنفي ما شكّ في اعتباره شرعاً، مع إحراز عدم دخلته عرفاً، بتقرير أنّ للشارع جهتين: إحداهما: كونه مشرعاً وجاعلاً للأحكام.

ثانيهما: كونه من العرف والعقلاء، بل هو رئيسهم، فإذا قال: «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» ولم يعيّن البيع الشرعي، فلا محالة يحمل على إرادة إمضاء البيع العرفي، كما هو الشأن في جميع المفاهيم الواقعية في الأدلة الشرعية، وعليه فيتمسّك بالإطلاق لنفي اعتباره شرعاً. فتحصل ممّاذكرناه: أنه يصحّ التمسّك بالإطلاق على جميع الوجوه والأقوال، إلّا بناءً على كون البيع وكذا غيره من المعاملات موضوعاً للصحيح عند الشارع.

بيع المعاطاة

المقصد الثاني في المعاطاة:

١. قال المصنف^٢: (اعلم أنّ المعاطاة - على ما فسّرها جماعة - أن يعطى كلّ من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر).

أقول: لفظ (المعاطاة) لم يرد في آية ولا رواية كي ينazuع في تعريف مفهومه، بل المراد بها البيع الذي أُبَرِزَ بغير الصيغ المخصوصة من الأفعال المقصود بها إبراز ذلك الاعتبار النفسي.

وفيما ذكره^٣ في تعريفها مسامحة واضحة، إذ المعاطاة التي وقع النزاع في أنها

أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع، ولا تصرير بالإباحة المزبورة، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه.^١

والثاني: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

ويرد الأول: بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العنوانات الخاصة.^٢

بيع صحيح لازم ألم لا، لا يكون كلا طرفيها إعطاء الشيء عوضاً، بل أحدهما إعطاء عوض، أي أحد الشيئين عوض والآخر عوض.

أقول: ومحل النزاع هو المعاطاة التي تختلف عن البيع المنشأ باللفظ المخصوص في الصيغة، مع اشتتمالها على جميع الجهات والخصوصيات، وعليه فهي لا تتصور إلا على وجه واحد، وهو ما لو قصد بها التمليلك.

وأما المعاطاة بالمعنى الأوسع من ذلك فقد ذكروا أنها تتصور على وجوه:
أحدهما: أن يقصد بها التمليلك.

ثانيها: أن يقصد بها إباحة التصرفات.

١. ثالثها: ما في «الجواهر» وهو: (أن يقع الفعل من المتعاطفين من غير قصد البيع ولا تصرير بالإباحة، بل يعطي البقال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه).

٢. وأورد عليه المصنف^٣: بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة أو غير ذلك من العنوانات الخاصة.

ولكن الذي يظهر من كلام صاحب «الجواهر»^٤ - بقرينة قوله في ما بعد ذلك: (ولعل القائل باشتراط الصيغة في البيع يشّرّعه أيضاً على جهة الإباحة التي هي كالأصل فيما يقصد به مطلق التسلیط، فغيرها تحتاج إلى قصد آخر بخلافها، فإنه يكفي فيها قصد هذا التسلیط المطلق) انتهى.

أنّ مراده أن يقصد التسلیط المطلق من دون أن يقصد شيء من الفصول الوجودية، ونتيجة ذلك الإباحة المالكية، حيث أنه يكون التسلیط المطلق غير المتفصل بفصل

والثاني: بما تقدم في تعريف البيع من أن التمليل بالغوص على وجه المبادلة^١، هو مفهوم البيع لا غير. نعم يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود - كبيع لbin الشّاة مدة وغير ذلك - كون التمليل المطلق أعمّ من البيع.

ثم إن المعروف بين علمائنا في حكمها أنها مفيدة لإباحة التصرف، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين.

وعن المفيد وبعض العامة القول بكونها لازمة كالبيع، وعن العلامة رحمه الله في «النهاية» احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحة التصرف.

وجودي هو الإباحة، لأنّ فصلها أمرٌ عدميٌّ، وهو عدم قصد شيءٍ من العناوين الخاصة من قبيل قطع إضافة الملك عن نفسه.

ولكن يرد عليه: أنّ هذا يرجع إلى الوجه الأول.

رابعها: ما في «الجواهر» وهو: (أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع).

١. ويرد عليه: ما أورده في المتن من: (أن التمليل بالغوص هو حقيقة البيع لا شيء آخر).

خامسها: ما عن المحقق الرشتي - وقد ذكره في توجيه الوجه الثالث المحكى عن «الجواهر» ردًا على الشيخ رحمه الله - قال:

(ويمكن دفعه: بأنّ النقل في المقام كاللّفظ في العقود قد يكون مسلوب المعنى، نعم لابدّ في الفعل الاختياري من غرض، فإذا كان هو محض التوصل إلى الآخر تمّ الفرض). وفيه: إنّ هذا وإن كان يتصور في إعطاء الظالم لدفع شره، فإنه لا مبيح ولا مملّك، لكنّه لا يتصور في المعاطة المعاملية.

سادسها: ما أفاده بعض المحققين، وهو: (ما اختلف فيه العوضان في جهة التمليل والإباحة بأنّ كانت الإباحة بإزاء التمليل).

سابعها: أن يقصد كلّ منها الإعراض عن ملكه بإزاء إعراض صاحبه عن ملكه، ويتملّك كلّ منهما مال الآخر بالحيازة.

فتححصل: أنّ المعقول منها أربع صور.

ولابد أولاً من ملاحظة: أن النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التمليل؟^١، الظاهر من الخاصة والعامة هو المعنى الثاني، وحيث أن الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف وحصوله بعده، لا يجامع ظاهراً قصد التمليل من المتعاطيين، نزل المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلل، وأنه يلزم بذهاب إحدى العينين، وحقق ذلك في شرحه على «القواعد» وتعليقه على «الإرشاد» بما لا مزيد عليه.

١. قوله: (ولابد أولاً من ملاحظة أن النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التمليل).

أقول: قد عرفت أن محل النزاع هو خصوص المعاطاة المقصود بها التمليل، وصاحب «الجواهر» أيضاً لا ينكر ذلك، وإنما يدعى أن مورد النفي والإثبات ليس شيئاً واحداً، بل المعاطاة - التي نفوا عنها إفادة الملكية - هي ما قصد بها التمليل، والمعاطاة التي أثبتوا لها الإفادة للإباحة هي ما قصد بها الإباحة.

وبالجملة: النزاع في المعاطاة إنما هو في المعاملات الرائجة عند العرف التي لا شبهة في أن المقصود بها التمليل، ومورد نزاع الفقهاء أيضاً ذلك، فإن كلماتهم كالصريرة في أن مورد النزاع هو ما يكون واحداً لجميع الجهات سوى الصيغة.

وربما يقال: إن المعاطاة الرائجة بين الناس لا تسبّب فيها إلى شيء من الملكية والإباحة، وأن النزاع في المعاطاة بين العامة والخاصة هو :

أن الخاصة يقولون: إنه يعتبر في انعقاد البيع الإيجاب والقبول ولو بالفعل.
وال العامة يقولون: إنه ينعقد بمجرد التعاطي الخالي عن الإنشاء، كما أنه ينعقد بالإنشاء.
أما دعواه: أن المعاملة الرائجة هي ما لم يقصد فيها التمليل، ونظرها بالتقاضي الواقع بعد الصيغة، فبيّنة الفساد، يكذبها الوجدان،
وأما دعوى أن نزاع الخاصة إنما هو في ذلك، فهي تندفع بمحاجة كلمات القوم.

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه، التجأ إلى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصد بها مجرد الإباحة^١، ورَجح بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك. ونزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه، وطعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة، بقصد التمليك، قائلاً: (إن القول بالإباحة الخالية عن الملك، مع قصد الملك، مما لا يُنْسَب إلى أصغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبارِهم)، وإنصافاً أن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل الشيخ في «المبسوط» و«الخلاف» والحلبي في «السرائر»، وابن زهرة في «الغنية»، والحلبي في «الكافي»، والعالمة في «التذكرة» وغيرها، بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف، إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التمليك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد في كلام أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى، ولننقل أولاً كلمات جماعة من ظفرنا على كلماتهم،

بقي الكلام في أنه مع ظهور كلمات الأصحاب في أن المعاطاة التي قصد بها التمليك تفيد إباحة جميع التصرفات - لاحظ كلماتهم التي ذكرها المصنف في المتن وستمر عليك - فإنك لا ترتاب في ظهورها في ذلك، والشاهد على ذلك ما أفاده المحقق الكركي من أن مراد الأصحاب من الإباحة الملك المتزلزل.

١. وأفاد صاحب «الجواهر»: أن مراد الأصحاب من المعاطاة المُبيحة للتصرفات،

هي ما قصد به الإباحة لا ما قصد به التمليك.

والظاهر أن الذي أوجب التزامهما بما ذكرناه، أنه يلزم من التحفظ على ظواهر كلمات الفقهاء من كلتا الجهات، وقوع ما لم يقصد، وعدم وقوع ما قصد . وبعبارة أخرى: تخلف العقود عن القصود، بل قصد قطع إضافة الملكية عن نفسه ينافي بنفسه مع الإباحة المالكية - أي إباحة ملكه لغيره - ولذا قال صاحب «الجواهر»^٢: (إن القول بالإباحة الخالية عن الملك، مع قصد الملك، مما لا يُنْسَب إلى أصغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب).

ولكن يمكن توجيه كلام المشهور، ودفع الاستبعاد بأحد وجهين، نذكرهما بعد نقل كلمات القوم التي ذكرها المصنف^٣ في الكتاب.

ليظهر منه بعد تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقق الكركي وأبعديه جعل محل الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام، ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التملك.

فقوله وبالله التوفيق: قال في «الخلاف»: (إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب، فقال: (أعطني بها بقلأً أو ماءً) فأعطاه، فإنه لا يكون بيعاً، وكذلك سائر المحرّرات، وإنما يكون إباحة له فيتصرّف كلّ منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً، من دون أن يكون ملكه، وفائدة ذلك أنّ البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته، كان لها ذلك؛ لأنّ الملك لم يحصل لها، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يوجد بالإيجاب والقبول، وقال ذلك في المحرّرات دون غيرها، دليلنا أنّ العقد حكم شرعي، ولا دلالة في التشريع على وجوده هنا، فيجب أن لا يثبت، وأمّا الإباحة بذلك، فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها) انتهى.

ولا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك، وفي أنّ محلّ الخلاف بينه وبين أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية حيث أنه بعد تفسير البيع بمبالغة مال بمال، قال: (وينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي) وأيضاً فتمسّكه بأنّ العقد حكم شرعي يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعية، وإلا لكان الأولى بل المتعين التّعليل به، إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغةً وعرفاً لا معنى للتمسّك بتوجيهية الأسباب الشرعية كما لا يخفى.

وقال في «السرائر» - بعد ذكر اعتبار الإيجاب والقبول، واعتبار تقدّم الأول على الثاني ما لفظه - (فإذا دفع قطعة إلى البقلي أو إلى الشارب، فقال أعطني، فإنه لا يكون بيعاً ولا عقداً، لأنّ الإيجاب والقبول ما حصل، وكذلك سائر المحرّرات وسائر الأشياء، محرّراً كان أو غير محرّر من الثياب والحيوان أو غير ذلك، وإنما يكون إباحة له، فيتصرّف كلّ منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه، ولكلّ منهما أن يرجع فيما بذله؛ لأنّ الملك لم يحصل لها، وليس ذلك من العقود الفاسدة، لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرّف فيما صار إلى كلّ واحد منها، وإنما ذلك على جهة الإباحة) انتهى.

فإنّ تعليله عدم الملك بعد حصول الإيجاب والقبول، يدلّ على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التملّك مع أنّ ذكره في حيز شروط العقد، يدلّ على ما ذكرنا، ولا ينافي ذلك قوله: (وليس هذا من العقود الفاسدة إلخ)، كما لا يخفى.

وقال ابن زهرة في «الغنية» بعد ذكر الإيجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضي ومعلومية العوضين، وبعد بيان الاحتراز بكلّ من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه: (واعتبّنا حصول الإيجاب والقبول تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والإيجاب من البائع، بأن يقول يعنيه بألف فيقول بعسكتك بألف، فإنّه لا ينعقد بذلك، بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك اشتريت أو قبلت، حتّى ينعقد، واحترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطة، نحو أن يدفع إلى البقلّي قطعة ويقول أعطني بقلّاً فيعطيه، فإنّ ذلك ليس ببيع، وإنّما هو إباحة للتصرف، يدلّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه، وأيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به وليس على صحته بما عدّه دليل. ولما ذكرنا من اعتبار الإيجاب والقبول اللّفظيّين نهى عَنْ بيع المبادلة والملاسنة، وعن بيع الحصاة على التأويل الآخر، ومنعنى ذلك أن يجعل اللّمس بشيء والنّبذ له وإلقاء الحصاة بيعاً موجباً)، انتهى.

فإنّ دلالة هذا الكلام على أنّ المفروض قصد المتعاطفين التملّك من وجوه متعدّدة: منها: ظهور أدلة الثلاثة في ذلك، ومنها: احترازه عن المعاطة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد.

وقال في «الكافي» بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع أمور ثمانية ما لفظه: (واشترط الإيجاب والقبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع) إلى أن قال: (فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع، ولم يستحق التسلّيم، وإن جاز التصرف مع إخلال بعضها للتراضي دون عقد البيع ويصحّ معه الرجوع) انتهى.

وهو في الظّهور قريب من عبارة الغنية.

وقال المحقق الله في «الشرائع»: (ولا يكفي التّقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادة البيع)، انتهى.

وذكر كلمة الوصل ليس لتعيم المعاطاة لما لم يقصد به البيع، بل للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.

وقال في «الذكرة» في حكم الصيغة: (الأشهر عندنا أنه لابد منها، فلا يكفي المتعاطي في الجليل والحقير مثل أعطني بهذا الدينار ثوباً فيعطيه ما يرضيه، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فياخذه، وبه قال الشافعي مطلقاً لأصالة بقاء الملك وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد، وعن بعض الحنفية وابن سريج في الجليل، وقال أحمد ينعقد مطلقاً، ونحوه قال مالك، فإنه قال ينعقد بما يعتقد الناس بيعاً، انتهى.

ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه أدونها جعل مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد، من جهة أنه قال ينعقد بما يعتقد الناس بيعاً.

وقال الشهيد في «قواعد» بعد قوله: (قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي وذكر أمثلة لذلك) ما لفظه: (وأما المعاطاة في المبایعات فهي تفید الإباحة لا الملك، وإن كان في الحقير عندنا) انتهى.

ودلالتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى.

هذا كلّه مع أن الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التملّك، ويبعد فرض الفقهاء من العامة والخاصة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنّهم صرّحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس.

ثم إنّك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها كـ«الخلاف» وـ«السرائر» وـ«الذكرة» وـ«القواعد» ومع ذلك كلّه فقد قال المحقق الثاني في «جامع المقاصد» إنّهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل، فقال: (المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع وإن لم يكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفید، ولا يقول أحد من الأصحاب بأنّها بيع فاسد سوى المصنّف في «النهاية»، وقد رجع عنه في كتابه المتأخر عنها، وقوله تعالى: ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يتناولها لأنّها بيع بالاتفاق، حتى من القائلين بفسادها، لأنّهم يقولون هي بيع فاسد. وقوله تعالى: ﴿إِلَّا آنَّ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ فإنّه عام إلّا ما أخرجه الدليل، وما يوجد في عبارة جمع من متأخّري الأصحاب من أنها تفید الإباحة وتلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر، وبالذهب يتحقق اللزوم، لامتناع إرادة الإباحة المجردة من أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسدة، ولم يجز التصرّف في العين وكافة الأصحاب على خلافه، وأيضاً فإنّ الإباحة المحسنة لا تقتضي الملك أصلاً

ورأساً، فكيف يتحقق ملك شخص بذهب مال آخر في يده؟ وإنما الأفعال لما لم يكن دلالتها على المراد في الصراحة كالأقوال، وإنما تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز الترداد ما دام ممكناً، فمع تلف إحدى العينين يمتنع الترداد ويتحقق اللزوم لأن إداهما في مقابل الآخر، ويكتفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع الترداد في الباقي، إذ هو موجب لبعض الصفة والضرر)، انتهى.

ونحوه المحكي عنه في تعليقه على «القواعد»، وزاد فيه: (إن مقصود المتعاطفين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، وإن لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية بل يتعين الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد، وهو باطل، وعليه يتفرع النماء وجواز وطى الجارية، ومن منع فقد أغرب) انتهى.

والذي يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وإنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة، مع فرض قصد المتعاطفين التمليل، وأن الإباحة لم تحصل بإنسانها ابتداءً، بل إنما حصلت) - كما اعترف به في «المسالك» - من استلزم إعطاء كل منها سلطته مسلطاً عليه إذن في التصرف فيه بوجه التصرفات، فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة.

وحاصله: أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف، إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمحظوظ أنه لم يصدر منه إلا التمليل، وإن كانت من الشارع فليس عليها دليل، ولم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص في ذلك، مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود، وترتيب غيره بعيد جداً، مع أن التأكيل في كلامهم يعطي إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية، وبيؤيد إرادة الملك أن ظاهر إطلاقهم إباحة التصرف شمولها للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك، كالوطى والعتق والبيع لنفسه، والتزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات، كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذي الخيار أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع بعيد. وسيجيء ما ذكره بعض الأساطين من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، لكن الإنصاف أن القول بالتزامها لهذه الأمور أهون من توجيه كلاماتهم، فإن هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية، ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة، مع

أن المحكي عن حواشى الشهيد على «القواعد» المنع عمّا يتوقف على الملك، بإخراجه في خمس أو زكاة وكتابي الجارية. وممّا يشهد على نفي البُعد عمّا ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التملّك، أنه قد صرّح الشيخ في «المبسوط» والحلّي في «السّرائر» كظاهر العلامة في «القواعد» بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب والقبول ولو من الرّسول.

نعم، يفيد ذلك إباحة التصرّف، لكنّ الشيخ استثنى وطي الجارية. ثم إنّ المعروف بين المتأخّرين أنّ من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة، قال: (بأنّها ليست بيعاً حقيقةً كما هو ظاهر بعض العباري المتقّدمة، ومعقد إجماع «الغنية»، وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي اللّزوم، وكلاهما خلاف الظّاهري، ويدفع الثاني تصرّيف بعضهم بأنّ شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، فكلّ بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات، وتصرّيف غير واحد بأنّ الإيجاب والقبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة).

وأمّا الأول: فإنّ قلنا بأنّ البيع عند المتشرّعة حقيقة في الصّحيح، ولو بناءً على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع، من أنّ البيع في العرف اسم للمؤثّر منه في النّقل. فإنّ كان في نظر الشارع أو المتشرّعة من حيث أنّهم متشرّعة ومتيّذون بالشرع صحيحاً مؤثّراً في الانتقال، كان بيعاً حقيقةً، وإلاّ كان صوريّاً، نظير بيع الهازل في نظر العرف، فيصحّ على ذلك نفي البيعية على وجه الحقيقة في كلام كلّ من اعتبر في صحته الصيغة، أو فسره بالعقد، لأنّهم في مقام تعريف البيع بصدق بيان ما هو المؤثّر في النّقل في نظر الشارع.

أقول: وبعد ملاحظة كلمات القوم يمكن توجيه كلام المشهور، ودفع الاستبعاد بأحد وجهين:

أحدّهما: ما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله وهو: (إنّ الأصحاب ملتزمون بالإباحة قبل التصرّف المتوقف على الملك، وقبل التلف - والملكية بعد أحدهما - وعليه فهم ملتزمون بإفادة المعاطاة المقصود بها الملكية، غاية الأمر مشروطة بالتصّرف أو التلف، ويكون المقام نظير توقف الملكية في باب الصرف على القبض، وإنّما يباح التصرّف قبل حصول

الملكية للسيرة، وعلى ذلك فلا يلزم تخلف العقود عن القصود، فإنّ ما قصده المتعاملان يقع، والإباحة ليست من مقتضيات العقد، بل مقتضاه الملكية، وإنّما يباح التصرف للسيرة. ثانيهما: إنّ عدم تخلف العقود عن القصود ليس أمراً لا آبياً عن التخصيص، فإذا حكم الشارع الأقدس بأنّ ما قصده المتعاملان - وهي الملكية - لا يقع لبطلان هذا البيع وإنّما يباح التصرفات تعيناً، فذلك أمرٌ لا محذور فيه.

وبعبارة أخرى: إنّ ما التزم به القوم هي الإباحة الشرعية لا الإباحة الملكية، وباب هذه الإباحة باب ترتب الحكم على موضوعه، لا ترتب الأمر التسييسي على سببه. أقول: وربما يوجه كلام المشهور بوجهين آخرين:

أحدهما: ما أفاده المحقق النائي^٢، وهو: إنّ عدم ترتب الملكية على المعاطاة المقصود بها التمليلك، إنّما هو لأجل أنّ الفعل لا يكون بالحمل الشائع الصناعي مصداقاً للبيع، فقصده وإيجاد ما هو غير مصادقه لا يفيد الملك (وسيأتي توضيح ذلك عند ذكر الأدلة على الأقوال)، وأمّا ترتب الإباحة عليه مع عدم قصدها، فلأنّ الإباحة الملكية ليست إلّا التسلیط الخارجي، وإدخال المالك العين تحت استيلاء الغير، والفعل بنفسه مصدق للتسلیط الخارجي ولا يعتبر فيه قصدها، ولا يضرّ قصد خلافها، كما هو الشأن في جميع العناوين الثانوية المترتبة على الفعل قهراً كالملاحة على الضرب، فإنه يترتب عليه وإن قصد به خلاف الإللام.

ويرد على هذا: ما ذكره هو^٣ من أنّ لازم ذلك هو الالتزام بإباحة التصرفات في المقبول بالعقد الفاسد، مع أنّ عدم جواز التصرف فيه إجماعي. مضافاً إلى أنّ الإباحة الملكية إنّما هي من الأمور التي يتوقف تتحققها على القصد، ولا تحصل بدونه، والفعل الخارجي إنّما يكون مشتركاً بينها وبين التمليلك والقرض والعارية نحو ذلك، ويتميز كلّ عن غيره بالقصد.

وفيه: الإنصاف أنّ هذا التوجيه أبعد من أصل المطلب.

ثانيهما: إنّ للملك مراتب: ملك العين، ملك المنفعة، ملك الانتفاع، والأخير مساوق للإباحة، فبناء المشهور على إفادة المعاطاة المقصود بها الملكية للإباحة، التزام بوقوع

إذا عرفت ما ذكرنا فالأقوال في المعاطة على ما يساعدك ظواهر كلماتهم^١ ستة:
 اللزوم مطلقاً كما هو ظاهر عن المفيد^٢، ويكتفى في وجود القائل به قول العلامة رحمه الله
 في «التذكرة»: (الأشهر عندنا أنه لابد من الصيغة).
 واللزوم بشرط كون الدال على التراضي أو المعاملة لفظاً، حتى عن بعض
 معاصرى الشهيد الثاني، وبعض متأخرى المحدثين.

بعض ما قصد، وهذا غير وقوع ما لم يقصد، ولا محذور في ذلك.
 وفيه: إن الإباحة ليست عبارة عن ملك الانتفاع، بل ملك الانتفاع ليس له معنى
 معقول، وإنما يكون جواز الانتفاع من آثار ملك المنفعة أو إباحة المالك، مع أن البيع
 ليس إلا تمليكاً للعين والمنفعة، وليس هو تمليكاً للانتفاع، بل ملكية الانتفاع - على
 فرض معقوليتها - تابعة لملك المنفعة، فالصحيح ما ذكرناه.

ولكن مع ذلك كله يرد على المشهور أمران:

الأول: ما أفاده الشيخ الكبير رحمه الله وهو: أن الأصحاب لم يفرقوا بين التصرفات المتوقفة
 على الملك، والتصرفات غير المتوقفة عليه، وحكموا بإباحة جميعها، والالتزام بهذا مع
 القول بعدم الملك بعيد، وسيأتي تمام الكلام فيه عند نقل المصطفى صلوات الله عليه كلامه.

الثاني: التزم الأصحاب بإباحة التصرفات المتوقفة على الملك من أول تحقق
 المعاطة، وجوازها متوقف على الملك بنحو الجواز المشروط، وعليه فلا يجتمع ذلك مع
 القول بعدم حصول الملكية.

ثم مع الإغماض عن ذلك كله، لابد في إثبات هذه الدعوى من إقامة الدليل عليه في
 مقام الإثبات، وستعرف عدم الدليل عليه.

الأقوال في المعاطة

١. إذا عرفت ما ذكرناه، فالأقوال في المعاطة على ما يساعدك ظواهر كلماتهم سبعة، وهي:
٢. أحدها: إفادتها الملك اللازم، وهو المحكي عن المفيد، ومال إليه في محكي

والملك الغير اللازم، ذهب إليه المحقق الثاني^١، ونسبة إلى كل من قال بالإباحة، وفي النسبة ما عرفت.

وعدم الملك مع إباحة جميع التصرفات، حتى المتوقفة على الملك، كما هو ظاهر عبائر كثير، بل ذكر في «المسالك» أن كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات. وإباحة ما لا يتوقف على الملك، وهو الظاهر من الكلام المنتقدم عن حواشى الشهيد على «القواعد»، وهو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهادء الجارية من دون إيجاب وقبول.

والقول بعدم إباحة التصرف مطلقاً، نسب إلى ظاهر «النهاية». لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها.

والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة، بل لم نجد قائلاً به إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به، ولم يقتصر على ذلك حتى نسبة إلى الأصحاب، نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة «التحرير» حيث قال فيه: (الأقوى أن المعاطاة غير لازمة، بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلتفت لزمنتها، انتهي. ولذا نسب ذلك إليه في «المسالك»، لكن قوله بعد ذلك: (ولا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد) ظاهر في أن مراده مجرد الانتفاع، إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك).

وأما قوله: (والأقوى إلى آخره) فهو إشارة إلى خلاف المفید^{الله} والعامة القائلين باللزوم، وإطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، وإطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار أيضاً، وكذا اللزوم، ويؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه أن الظاهر من عبارة «التحرير» في باب الهبة توقفها على الإيجاب والقبول، ثم قال: (وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأطعمة؟ الأقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال)، انتهى. وصرح بذلك أيضاً في الهدية، فإذا لم يقل في الهبة بصحة المعاطاة، فكيف يقول بها في البيع؟!

«المسالك»، وفي محكي «شرح الإرشاد» واختاره المحدث الكاشاني وجمع من محققّي متّأخّري الأصحاب.

١. ثانية: أنها تفيد الملك غير اللازم، اختاره المحقق الكركي، قال: (المعروف بين الأصحاب أنها - أي المعاطاة - بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر المفید، ولا يقول أحد من الأصحاب بأنّها بيع فاسد، سوى العلامة^{الله} في «النهاية»، وقد رجع

وذهب جماعة تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك، ولا يخلو عن قوة، للسيرة المستمرة على معاملة المأمور بالمعاطة معاملة الملك في التصرف فيه^١ بالعنق والبيع والوطني والإيساء وتوريثه، وغير ذلك من آثار الملك.

عنه في كتبه المتأخرة عنه).

ثالثها: أنها تفيد الملكية الالزامـة، بشرط كون الدال على التراضي أو المعاملة لفظاً، حكى ذلك عن بعض معاصرـي الشهيد الثاني، وبعض متأخرـي المحدثـين، ولعل المراد اعتبار أن يكون هناك لفظ دال على المساومة وإن كان الإنشـاء بالمعاطـة.

وعليـه فلا يرد عليهـ ما عن المصـتفـ في الحاشـية: (لكنـ في عـدـ هذاـ منـ الأقوـالـ فيـ المعـاطـةـ تـامـلاـ)، فإـنـ هـذاـ يـصـحـ إـذـاـ كـانـ مـرـادـهـمـ إـنشـاءـ الـبـيعـ بـالـلـفـظـ، فإـنـ هـيـنـتـدـ يـخـرـجـ عنـ المعـاطـةـ، غـايـيـتـهـ أـنـهـ لاـ يـعـتـبرـ لـفـظـ مـخـصـوصـ. وـلاـ يـتـمـ عـلـىـ ماـ ذـكـرـناـهـ.

رابـعـهاـ: أنهاـ تـفـيدـ إـبـاحـةـ التـصـرـفـاتـ غـيرـ المـتـوقـفـةـ عـلـىـ الـمـلـكـ، وـهـوـ الـظـاهـرـ منـ حـواـشـيـ الشـهـيدـ عـلـىـ الـقـوـاعـدـ.

سـادـسـهاـ: أنهاـ لاـ تـفـيدـ إـبـاحـةـ أـيـضاـ، ذـهـبـ إـلـيـهـ الشـيـخـ فـيـ «ـالـنـهـاـيـهـ»ـ، وـإـنـ رـجـعـ عـنـهـ.

سـابـعـهاـ: أنهاـ معـاـلـةـ مـسـتـقـلـةـ تـفـيدـ الـمـلـكـيـةـ، اـخـتـارـهـ الشـيـخـ الـكـبـيرـ.
هـذـهـ هـيـ الـأـقـوـالـ فـيـ الـمـسـأـلـةـ.

دليل المختار في المعاطة

والـأـظـهـرـ أنـهـ تـفـيدـ الـمـلـكـ وـالـلـزـومـ، فـلـابـدـ مـنـ الـبـحـثـ فـيـ مـوـرـدـيـنـ لـإـثـبـاتـ الـمـدـعـىـ:

الأـولـ: فـيـ أنـهـ تـفـيدـ الـمـلـكـ، أـوـ إـبـاحـةـ، أـمـ لـاـ تـفـيدـ شـيـئـاـ مـنـهـماـ؟

الـثـانـيـ: فـيـ أنـهـ هـلـ تـفـيدـ الـلـزـومـ أـمـ لـاـ؟

أـفـاـ الـمـوـرـدـ الـأـولـ: فـالـكـلـامـ فـيـهـ يـقـعـ أـوـلـاـ:

فـيـماـ اـسـتـدـلـ بـهـ أـوـ يـمـكـنـ اـسـتـدـلـالـ بـهـ عـلـىـ الـمـدـعـىـ.

ثـمـ فـيـماـ اـسـتـدـلـ بـهـ عـلـىـ عـدـ إـفـادـتـهـ الـمـلـكـيـةـ.

أـفـاـ الـأـولـ: فـقـدـ اـسـتـدـلـ لـهـ بـوـجـوهـ:

١. الـوـجـهـ الـأـولـ: السـيـرـةـ الـمـسـتـمـرـةـ عـلـىـ مـعـاـلـةـ الـمـأـمـورـ بـالـمـعـاطـةـ مـعـاـلـةـ الـمـلـكـ فـيـ

التصريف فيه بالعتق والبيع والوطء والإيصاء والتوريث وغير ذلك من آثار الملك. وأورد المصنف عليه بما أورده على الاستدلال بالآية، وسيأتي بعد صفحات، وهو: (أنّ غاية ما ثبت بالسيرة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك، وثبتت الملكية من أول الأمر بإباحتها متوقف على ثبوت الملازمة عقلاً أو شرعاً، ولم يثبت شيء منها):

أما الملازمة الشرعية: فلأنّ المشهور قائلون بإباحة جميع التصرفات، ولا يقولون بالملك من الأول.

وأما الملازمة العقلية: فلأنّ القدر اللازم بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك ولو آناً مَا لا من الأول.

ثم قال: أما السيرة على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامة وقلة المبالغة في الدين، مما لا يحصى في عبادتهم معاملاتهم وسياساتهم كما لا يخفى). ويرد عليه ^فأمور:

الأمر الأول: إنه ما الفرق بين السيرة على التوريث والسيرة على جواز التصرفات، حيث لم يناقش في الثانية وناقش في الأولى، فإن تطرق هذا الاحتمال في الأولى تطرق في الثانية طابق النعل بالنعل.

الأمر الثاني: إن السيرة قائمة على الفرض على التصرفات المتوقفة على الملك، ولازم ذلك ثبوت الملكية من الأول، فإن إباحة التصرفات لا تدور مدار فعليّة التصرفات، بل هي تثبت من أول الأمر، وعليه فان ثبتت الملكية من الأول ثبت المطلوب، وإلا فقد أُبيح تلك التصرفات لغير المالك، وهو مناف لأدلة توقيفها على الملك. وبعبارة أخرى: هذه الإباحة مع أنها إباحة مشروطة بالملك، تكون ثابتة من الأول، فلا يعقل الالتزام بعدم الملك.

الأمر الثالث: إنه يمكن الالتزام بحدوث الملكية آناً مَا في التوريث قبل الموت إن أمكن الالتزام به في سائر ما يتوقف على الملك، فلم يظهر وجه تفرقته بينهما. والحق أن يورد على هذا الوجه: بأنّ السيرة في هذه الأزمنة وإن ثبتت، إلا أن اتصالها

إلى زمان المقصوم غير ثابت، إذ لعل هذه نشأت عن إفتاء المراجع بالملكية أو إباحة التصرفات، ألا ترى إن جواز الصلاة في اللباس المشكوك فيه مما أفتى به أكثر المتأخررين، فإذا فرضنا إفتاء الجميع به في بعض الأعصار، يكون عمل الناس جميعاً عليه، فيتوهم ثبوت السيرة، مع أن عدم الجواز في القديم كان كالجمع عليه.

الوجه الثاني: سيرة العرف والعقلاء في كل ملة ونحلة على المعاملة مع المأخذ بالمعاطة معاملة الملكية، وحيث لم يردع عنها الشارع الأقدس، فيستكشف إمضائه لها، ولا يتوهم أن أدلة توقف البيع والعقد والوطء على الملك رادعة، فإن السيرة ليست على جواز تلك التصرفات لغير المالك، بل على المعاملة مع المأخذ بها معاملة الملك.

ربما يقال: إن يكفي في الرادعية أدلة الاستصحاب، فإن مقتضاها الحكم ببقاء الملكية ما لم يعلم زوالها، ولا دليل على زوالها، فيجب الحكم ببقائها، فتكون تلك الأدلة رادعة عن ثبوت الملك بالمعاطة.

وأجيب عنه: بأن رادعية تلك الأدلة غير معقولة لاستلزمها الدور، إذ رادعية الأدلة عن السيرة متوقفة على عدم حجيتها، وإلا فلامحالة تكون مخصصة لها، وعدم حجيتها متوقف على رادعيتها، وهذا دور واضح.

وأورد عليه: بأن إثبات حجية السيرة أيضاً دوري، إذ هي متوقفة على عدم الردع عنها ولو بالعموم، وعدم الردع في المقام يتوقف على حجيتها.

وردد ذلك: بأن في حجية السيرة لا تحتاج إلى إثبات عدم الردع، بل يكفي فيها عدم ثبوت الردع.

ولكن يرد عليه: أن في حجية العمومات وصلوحتها للرادعية أيضاً يكفي عدم ثبوت التخصيص، إذ الدليل العام حجة ما لم يثبت خلافه.

والحق في الجواب: عن أصل الإشكال - أي عن رادعية أدلة الاستصحاب - أن يقال: إن عمل العقلاء ومعاملتهم مع المأخذ بالمعاطة معاملة الملكية إنما يكون لبنيائهم

ويدلّ عليه أيضاً عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾، حيث أنه يدلّ على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع^١، بل قد يقال بأنّ الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي، لكنه محل تأمل^٢.

عليها وجزمهم بها، وليسوا شاكين في ذلك، وعليه فلا يعقل رادعية أدلة الاستصحاب المتضمنة لبيان حكم الشك، من دون تعرّض للموضوع، كما هو الشأن في جميع الأدلة المتضمنة لبيان الأحكام، فإنّ بناء العقلاه متکفل لعقد الوضع، وتلك الأدلة متکففة لعقد الحمل، فلا يتواتران على محل واحد كي تصلح العمومات للرادعية.

١. الوجه الثالث: قوله تعالى: ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾^(١).

والاستدلال به يتوقف على إثبات دلالة الآية على حصول الملكية بالبيع. وإثبات صدق البيع عليها.

فالكلام يقع في موضوعين :

الأول: في إثبات دلالة الآية على إفادة البيع الملكية.

ومحصل الكلام فيه: أنّ محتملات الحل ثلاثة: الحل الوضعي أي الصحة والنفوذ، والتکلیفي أي الجواز والرخصة، والأعمّ منهما، ولعلّ الجامع بينهما هو جعله مرجعي العنوان في مقابل المنع والتقييد.

أما على الأول: فالآية تدلّ على إمضاء البيع مطابقة، وهذا الوجه هو الذي أراده المصنف بقوله :

٢. (بل قد يقال بأنّ الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع، لا مجرد الحكم التكليفي، لكنه محل تأمل).

والظاهر أنّ منشأ تأمله هو ظهور الحل في الحلية التکلیفیة، المؤكّد هذا الظهور بمقابلة قوله: ﴿وَحَرَمَ الرِّبَا﴾.

ولكن يرد عليه: إنّه من جهة استناده إلى نفس البيع ظاهر في إرادة الوضعي منه،

وهكذا في الحرمة المنسوبة إلى الربا.

وأثنا على الثاني: أي إرادة الحالية التكليفية من «أحَلَّ»، فحيث أنه لا موهم لحرمة البيع لا بما هو فعل ولا بما هو تسبيب للملك، فلا بد من تقدير التصرفات، وعليه فيمكن استفادة مملكيّة البيع من الآية بوجوه:

أحدها: الملازمة العرفية بين حلية جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، وبين الملكية كما تقدم.

ثانيها: أن جواز التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والوطء ونحوهما، من آثار الملكية، فإذا دلت الآية على جوازها دلت على الملكية بالالملازمة العقلية.

وهذا الوجه هو الوجه الأول في كلامه، ومورد نقضه وإبرامه وتأمّل فيه بما ذكرناه في السيرة مع الجواب عنه، فراجع.

ثالثها: أن الآية الشريفة وإن دلت على إباحة التصرفات، إلا أنها لا تدل على حلية مجرد التصرفات المتوقفة على الملك، بل على حلية التصرفات المترتبة على البيع، ومرجع ذلك إلى حلية الأكل عن هذا السبب، ولازم ذلك عرفاً ثبوت الملكية، كما أن اللازم العرفي لما تضمن حرمة الأكل عن سبب عدم الملكية قوله عليه السلام: «ثمن العذرة سحت».

وهذا الوجه هو الذي ركن إليه في آخر الأمر.

وبما ذكرناه ظهر أن ما أورده المحقق الإيرلندي ^{رحمه الله} عليه من أن المصطف التجأ إلى اختيار ما جعله محل التأمل، غير تمام، فإن ما اختاره غير ما تأمل فيه.

وأثنا على الثالث: فحيث أن «أحَلَّ» انتسب إلى البيع ولا معنى لحليته التكليفية والتقدير خلاف الأصل، فلا محالة يراد به حينئذ الحالية الوضعية، وعليه فتدل الآية بالمطابقة على صحة البيع ومملكيته.

فتحصل: أن الآية على جميع التقادير تدل على صحة البيع ومملكيته، ومقتضى إطلاقها الأحوالى - بالتقريب الذي ذكرناه قبل الشروع في مبحث المعاطاة - هو إمساء

وأمام منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة^١، وأمام دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً - كابن زهرة في «الغنية»^٢ - فمرادهم بالبيع المعاملة الالزمة التي هي أحد العقود، ولذا صرّح في «الغنية» بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع^٣. ودعوى أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها.

كل بيع، وعدم اعتبار شيء ممّا شك في اعتباره في إظهاره وإبرازه، ففي المقام يشك في اعتبار اللّفظ فيه، فيتمسّك بإطلاقها، ويحكم بعدم اعتباره وتحقّقه بالإبراز بالفعل.

١. الموضع الثاني: في أنه هل يصدق عليها البيع أم لا؟

ربما يقال: بالعدم، لأن العنوانين المنشأة بالقول أو الفعل لابد وأن يكون القول أو الفعل مصداقاً لذلك العنوان بالحمل الشائع الصناعي، وإلا لا يتحقق ذلك العنوان وإن قصد تحقّقه، فلو مishi بقصد إنشاء البيع لما تحقق، والتّعاطي الخارجي حيث لا يكون بالحمل الشائع مصداقاً للبيع - الذي هو عبارة عن تبديل أحد طرفـي الإضافة بمثله - فقصدـه وإيجادـه ما هو غير مصداقـه لا يوجـب تحقـق عنوانـ البيـع.

وفيـه: أنـ القـول أوـ الفـعل لـيـس مـصادـقاً لـالـبيـع فيـ شيءـ منـ المـوارـدـ، بـنـاءـاً عـلـى كـونـهـ مـوضـوعـاً لـالـمسـبـبـ، أيـ اـعـتـبارـ المـتـبـاعـينـ، نـعـمـ لـاـ كـلامـ فـيـ أـنـ نـفـسـ ذـلـكـ الـاعـتـبارـ النـفـسـانـيـ ماـ لـمـ يـبـرـزـ بـالـلـفـظـ أوـ الفـعلـ لـاـ يـكـونـ مـمـضـاًـ عـنـ الـعـقـلـاءـ وـالـشـارـعـ، إـبـراـزـهـ لـابـدـ وـأـنـ يـكـونـ بـمـاـ يـكـونـ مـبـرـزاًـ لـهـ عـنـ الـعـقـلـاءـ، وـحيـثـ عـرـفـتـ أـنـ حـقـيقـةـ الـبيـعـ هـوـ إـعـطـاءـ شـيـءـ بـإـزـاءـ شـيـءـ، وـهـذـاـ الـمعـنـىـ عـنـ الـعـرـفـ يـبـرـزـ بـإـعـطـاءـ شـيـءـ خـارـجـاًـ وـأـخـذـ مـاـ بـإـزـائـهـ، فـلـاـ إـشـكـالـ وـإـنـ شـئـتـ أـنـ تـعـبـرـ مـسـامـحةـ بـأـنـ الفـعلـ الـخـارـجـيـ مـصـدـاقـ لـهـذـاـ الـعنـوانـ عـلـىـ هـذـاـ الـمـبـنـىـ فـلـاـ مـشـاشـةـ.

٢. وأمام دعوى «الغنية» الإجماع على عدم كونها بيعاً، فمراده نفي اللزوم أو الصحة لا الحقيقة.

٣. قوله: (ولذا صرّح في «الغنية» بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع). الظاهر أن مراده الاستشهاد بكلامه - حيث جعل الإيجاب والقبول من شرائط الصحة لا أصل التحقق - على أن المعاطاة عنده بيع، فيكون المراد من قولهـمـ المـعـاطـةـ لـيـسـ

ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^١. وأما قوله: (النّاس مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِم)^٢ فلا دلالة فيه على المدعى؛ لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة^٣، فهو إنّما يجدي فيما إذا شك في أنّ هذا النوع من السلطنة ثابتة المالك وماضية شرعاً في حقه أم لا. أمّا إذا قطعنا بأأن سلطنة خاصة كتمليك ماله

بيعاً إنّها ليست بيعاً صحيحاً أو لازماً. وعليه فلا يرد على المصنف أنّه يفيد عكس المدعى كما أفاده السيد^٤.

ثم إنّه^٥ وجه كلام المصنف^٦ بما هو خلاف الظاهر جداً.

١. الوجه الرابع: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَئِنُّكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١).

تقرير الاستدلال: إنّه بعدما لا ريب في أنّ المراد من (الأكل) هو معناه الكنائي - لا معناه الموضوع له وهو واضح - يكون المراد بالأكل أحد معنيين: الأول: كونه كناية عن مطلق التصرّفات حتى المتوقفة على الملك، وعليه فتجري في هذه الآية الوجوه الثلاثة التي ذكرناها لدلالة الآية المتقدمة على صحة المعاطاة لو أردت بقوله: (أحل) الحلية التكليفية، فلا نعيد.

الثاني: جعل الأكل كناية عن التملّك، وعليه فهي بالمطابقة تدلّ على صحة المعاطاة، وكونها موجبة للملكية.

ودعوى عدم كونها تجارة عن تراض مكابرة واضحة.

٢. الوجه الخامس: النبوي: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٢).

تقرير الاستدلال: إنّه يدلّ على أنّ الناس مسلطون على أموالهم بجميع أنحاء التصرّفات، ومن جملتها البيع المعاطاتي. وأورد عليه بإيرادات:

٣. الإبراد الأول: ما في المتن وهو أنّ عمومه إنّما هو باعتبار أنواع السلطنة

(١) النساء آية ٢٩. (٢) البخاري ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

للغير نافذة في حقه ماضية شرعاً لكن شك في أن هذا التمليل الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد أم لابد من القول الدال عليه؟ فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليل بعموم تسلط الناس على أموالهم.

فلو أحرز ثبوت سلطنة خاصة له كتمليل ماله غيره، وشك في أنه هل يحصل بمجرد التعاطي أم لابد من القول الدال عليه، فلا يجوز التمسك به على ملكية المعاطاة. وإن كان مراده ^{أنه} في مقام إثبات مشروعية كل نوع في الجملة، وليس له إطلاق أفرادي.

فيرد عليه: أن له إطلاقاً أفرادياً، ويدل على ثبوت السلطة على كل تصرف من التصرفات، ولذا لو شك في جواز فرد خاص من نوع من التصرف كالأكل وعدمه لا يصح أن يتمسّك به.

والسر فيه: أن السلطة هي القدرة، ومن المعلوم أنها لا تتعلق بالمال بل بالتصرف فيه، وحذف المتعلق يفيد العموم، فمعنى النبوى أن الناس قادرون على كل تصرف في أموالهم، والاختصاص بنوع منه بلا وجه.

وإن كان مراده أنه في مقام إمضاء المستحبات لا الأسباب.

فيرد عليه: أن هذا إشكال أورد على الاستدلال بأية الحل أيضاً، بناءً على كون ألفاظ المعاملات أساساً للمستحبات لا الأسباب، وقد تقدم الجواب عنه.

الإيراد الثاني: ما عن المحقق الخراساني ^{رحمه الله} وهو: أن المستفاد منه كونه في مقام بيان عدم محgorية المالك، لا في مقام تشرع السلطة بائنها.

وفيه: أن حمل السلطة - التي هي القدرة على التصرفات مطلقاً - على إرادة عدم المحgorية - أي عدم المانع من التصرف - خلاف الظاهر.

الإيراد الثالث: ما أفاده جمع من المحققين، وهو: أن دليل السلطة إنما يدل على

ثبوت السلطنة في موضوع المال، ولا يدلّ على السلطنة على إذهب هذا الموضوع وإزالة السلطان.

وفيه: إنّه إن أُريد بذلك أنّه يدلّ على ثبوت السلطنة على المال لا على رفع هذه السلطنة.

فيرد عليه: أن هذا يتم في الأعراض، ولا يتم في البيع الذي حقيقته إعطاء المال للغير، ولازمه رفع السلطنة عن نفسه.

وإن أُريد به أنّ الظاهر من الحديث، التسلّط على التصرّفات في موضوع المال.

وبعبارة أخرى: مع إضافة المال إليه ، وإخراج المال عن الملك ليس منها كما هو

واضح.

فِيرَدُ عَلَيْهِ أَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْحَدِيثِ ثَبَوتُ السُّلْطَانَةِ مَعَ انْحِفَاظِ الإِضَافَةِ حَالُ السُّلْطَانَةِ،
لَا حَالٌ التَّصْرِيفُ كَمَا لَا يَخْفِي .

فالحق: أن شيئاً مما أورد على الاستدلال بالنبوة ليس بوارد.

وربما يستدلّ لمملكيّة المعاطة بالآية الشريفة «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(١) وسيأتي تنقیح القول، فيها عند ذكـ أـدـلـةـ اللـهـ وـمـ فـانـتـظـ.

وقد ظهر مما ذكرناه مدارك سائلاً الأقواء

إذ من يقول بأنّها مفيدة للملك، لكنّها ليست بيعاً، يستند في عدم كونها بيعاً إلى ما تقدّم في آية حلّ البيع، وفي كونها معاملة مستقلّة ممضاة إلى عموم آية التجارة عن تراضٍ.

وأمّا من يقول بإباحة التصرّفات دون الملك، فقد استند في الإباحة إلى ما تقدّم من السيرة، والآية، وإلى عدم كونها مفيدة للملك بما سيمّر عليك.

وأماماً من يقول بأنّها لا تفيد الملكية ولا الإباحة، فقد استند إلى أنَّ الآيات إنما هي في مقام إمضاء المسبيبات، فلا نظر لها إلى الأسباب، والمسيرة إنما غير ثابتة على الإباحة

٢- المائة آلة

ومنه يظهر أيضاً عدم جواز التمسك به، لما سيجيء من شروط الصيغة، وكيف كان، ففي الآيتين مع السيرة كفاية، اللَّهُمَّ إِلَّا يُقالُ إِنَّهُمَا لَا تدْلَانَ عَلَى الْمَلْكِ^١، وَإِنَّمَا تدْلَانَ عَلَى إِبَاحةِ جَمِيعِ التَّصْرِفَاتِ، حَتَّى الْمَتَوَقَّفَةُ عَلَى الْمَلْكِ كَالْبَيْعِ وَالْوَطَيْ وَالْعَتْقِ وَالْإِيْصَاءِ، وَإِبَاحةُ هَذِهِ التَّصْرِفَاتِ إِنَّمَا تَسْتَلزمُ الْمَلْكَ بِالْمَلَازِمَةِ الشَّرْعِيَّةِ الْحَاسِلَةِ فِي سَائِرِ الْمَقَامَاتِ، مِنْ الإِجْمَاعِ وَدُمُودِ الْقَوْلِ بِالْأَنْفَكَاكِ، دُونَ الْمَقَامِ الَّذِي لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ مِنْهُمْ، حِيثُ أَطْلَقَ الْقَائِلُونَ بَعْدَ الْمَلْكِ إِبَاحةَ التَّصْرِفَاتِ، وَصَرَّحَ فِي «الْمَسَالِكَ» بِأَنَّ مِنْ أَجَازَ الْمَعَاطِيَةَ سَوْغَ جَمِيعِ التَّصْرِفَاتِ، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّهُ لَابْدُ مِنَ التَّزَامِهِمْ بِأَنَّ التَّصْرِفَ الْمَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَلْكِ يَكْشِفُ عَنْ سَبْقِ الْمَلْكِ عَلَيْهِ آنَّا مَا، فَإِنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ إِبَاحةِ هَذِهِ التَّصْرِفَاتِ، وَبَيْنَ تَوْقِفَهَا عَلَى الْمَلْكِ، يَحْصُلُ بِالتَّزَامِ هَذِهِ الْمَقْدَارِ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْتَّزَامِ بِالْمَلْكِ مِنْ أَوْلَى الْأَمْرِ، لِيُقَالَ إِنَّ مَرْجِعَ هَذِهِ الْإِبَاحةِ أَيْضًا إِلَى التَّمْلِيقِ. وَأَمَّا ثَبُوتُ السِّيرَةِ وَاسْتِمْرَارُهَا عَلَى التَّوْرِيثِ، فَهِيَ كَسَائِرُ سِيرَاتِهِمُ النَّاشرَةُ عَنِ الْمَسَامِحةِ وَقَلَةِ الْمُبَالَاهِ فِي الدِّينِ، مَا لَا يَحْصُى فِي عِبَادَاتِهِمْ وَمَعَالِمَهُمْ وَسِيَاسَاتِهِمْ^٢، كَمَا لَا يَخْفِي.

١. قوله: (اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالُ إِنَّهُمَا لَا تدْلَانَ عَلَى الْمَلْكِ).

ضمير التشنيه ترجع إلى الآيتين اللتين مفادهما شيء واحد، والسيرة .

وحاصل ما يفيد: وإن أشرنا إليه سابقاً أنَّ غاية ما يدلُّ عليه هذه الأدلة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك.

واستلزم ذلك لثبوت الملكية من أول الأمر، وعدم ملائمته مع الملكية قبل التصرف المذكور، يتوقف على ثبوت الملازمة عقلاً أو شرعاً، ولم يثبت تلك:

أَمَّا الملازمة الشرعية: فلعدم الدليل عليها، بل المشهور قائلون بإباحة جميع التصرفات، ولا يقولون بالملك من الأول.

وأَمَّا الملازمة العقلية: فلأنَّ القدر اللازم بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك ولو آناً.

٢. وأَمَّا ثَبُوتُ السِّيرَةِ وَاسْتِمْرَارُهَا عَلَى التَّوْرِيثِ، فَهِيَ كَسَائِرُ سِيرَاتِهِمُ النَّاشرَةُ عَنِ الْمَسَامِحةِ، وَقَدْ مَرَّ الْكَلَامُ عَلَى مَا أُفِيدَ، عِنْدَ ذِكْرِ الْأَدَلَّةِ عَلَى إِفَادَةِ الْمَلَكِيَّةِ لِلْمَعَاطِيَةِ، وَأَجَبَنَا عَنِ ذَلِكَ بِأَجْوَاهُ ثَلَاثَةَ، فِرَاجِعٌ.

ودعوى: أنه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك^١، كما يظهر من المحكي عن حواشي الشهيد على «القواعد» من منع إخراج المأخذ بالمعاطاة في الخمس والزكاه، وثمن الهدي، وعدم جواز وطى الجارية المأخذة بها. وقد صرّح الشيخ رحمه الله بالأخير في معاطاة الهدايا، فيتوجّه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها، فيثبت الملك.

مدفوعة: بأنه وإن لم يثبت ذلك، إلا أنه لم يثبت أن كلّ من قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أول الأمر، فيجوز للفقيه حينئذ التزام إباحة جميع التصرفات، مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك، لا من أول الأمر، فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأنّ المتبار عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً^٢. هذا، مع إمكان إثبات صحة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتها، وتميمه في البيع بالإجماع المركّب. هذا مع أنّ ما ذكر من أن للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتتفق فضلاً عن الفقيه.

١. قوله: (ودعوى أنه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات).
حاصل هذه الدعوى: أن إنكار الملازمة الشرعية بين إباحة جميع التصرفات والملكيّة الثابتة بالإجماع وغيره في المقام، يتنى على اختيار المشهور في المقام إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، وهذا غير ثابت، فلا وجه لأنكارها.
وحاصل ردّه: أن الملازمة تحتاج إلى دليل، ومجرد عدم الدليل على عدمها لا يكفي في ثبوتها.

٢. قوله: (بأنّ المتبار عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً).
محصل ما ذكره: أن الآية الشريفة تدل على حلية جميع التصرفات، حتى المتوقفة على الملك، إلا أنها لا تدل على مجرد ذلك، بل على حلية التصرفات المترتبة على البيع، ومرجع ذلك إلى حلية الأكل من هذا السبب، ولازم ذلك عرفاً ثبوت الملكية، كما أن اللازم العرفي لما تضمن، حرمة الأكل عن سبب عدم الملكية كقوله عليه السلام: «ثمن العذرة سحت».«

وبذلك يظهر أن ما أفاده المحقق الإبرواني من أن المصنف التجأ إلى اختيار ما تأمل فيه أولاً.

غير تامٌ، فإنَّ ما تأمِّلُ فيه هو كون المراد من حلية البيع في الآية الكريمة الحالية الوضعية، فتدلُّ الآية بالدلالة المطابقة على ثبوت الملكية، وما يختاره هو إرادة الحلية التكليفية، فتذهب.

أدلة عدم إفادة المعاطاة الملكية

وقد استدلَّ لعدم إفادتها الملكية بوجوه:

الوجه الأول: أصالة عدم الملك، المعتقد بالشهرة المحقق إلى زمان المحقق الثاني.
وفيه: أنَّ الأصل إنما يستند إليه مع عدم الدليل، وقد عرفت وجوده:
الوجه الثاني: الإجماع المدعى في «الغنية» و«القواعد» هنا، وفي «المسالك» في مسألة توقف الهبة على الإيجاب والقبول.
وفيه أولاً: أنَّ الإجماع المنقول ليس بحجة.
وثانياً: أنَّ مدرك المجمعين معلوم.

الوجه الثالث: الخبر المروي عن النبي ﷺ الناهي عن بيع المنايذ واللامسة وعن بيع الحصاة^(١)، بتقريب أنه يدلُّ على النهي عن إنشاء البيع بهذه الأفعال، وبضميمة عدم القول بالفصل يثبت ذلك في سائر الأفعال، وحيث أنَّ ظاهر النهي في أمثال المقام الإرشاد إلى الفساد، فيدلُّ على عدم صحة البيع المعاطاتي.
وفيه أولاً: أنه نبوي عامي ضعيف.

وثانياً: أنَّ الظاهر منه - ولا أقلَّ من المحتمل - النهي عن تعين المبيع بهذه الأفعال، والوجه في البطلان حينئذٍ كونه بيعاً غريباً لا النهي عن إنشاء البيع بها.
وثالثاً: أنَّ عدم القول بالفصل بين هذه الأفعال وغيرها لم يثبت.
الوجه الرابع: قوله عليه السلام: «إنما يحلُّ الكلام ويحرم الكلام»^(٢).

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث .١٣

(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب أحكام العقود حديث .٤

وفيه: أنه سيأتي عند تعرّض المصنف لهذا الخبر بيان المراد منه، وستعرف أنه أجنبي عن ما استدلّ به له.

الوجه الخامس: جملة من النصوص^(١) الخاصة المتضمنة لذكر الصيغة الواردة في بيع المصحف، وبيع أطنان القصب، وبيع الآبق مع الضميمة، وفي المزارعة وفي غيرها، ففي الموثق: «لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتري الحديد والجلود، وقل: أشتري منك هذا بكذا وكذا». ونحوه غيره.

وفيه: أنه لا إشعار في هذه النصوص بالاشترط فضلاً عن الدلالة، لورودها في مقام بيان أحكام آخر لا اشتراط الصيغة، وليس لها مفهوم كي تدلّ على عدم الصحة إذا كانت المعاملة بغير اللّفظ.

فتحصل: أنه لا دليل على عدم إفادة المعاطة الملكية، فالمتبع هو ما دلّ على إفادتها تلك.

كلام بعض الأساطين وما يرد عليه

والشيخ الكبير في شرحه على «القواعد» ذكر محاذير للقول بإفادة المعاطة الإباحة قبل التصرف والتلف والملكية بعد أحدهما، وتلك المحاذير إنما تكون على قسمين:

أحدهما: ما يرجع إلى بطلان القول بإفادة المعاطة المقصود بها الملكية الإباحة، وهو الأول والثالث مما عدده في كلامه.

ثانيهما: ما يرجع إلى بطلان القول بحدوث الملكية آماً ما قبل التصرف أو التلف.

(١) الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يكتسب به وباب ١٩ و ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه وباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة وغيرها.

ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحة على «القواعد» في مقام الاستبعاد: أن القول بالإباحة مع فرض قصد المتعاطفين التمليل والبيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديدة: منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصود.

ومنها: أن يكون إرادة التصرف من المملكت، فيملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما، أو معه دفعه، وإن لم يخطر ببال المالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات، لأنَّه قاصد للنقل من حيث الدفع، لأنَّه لا سلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال: (اعتق عبدك عنِّي وتصدق بمالي عنك).

ومنها: أن الأخمس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات، وحق المقاصلة والشفعة والمواريث والربا والوصايا، يتعلق بما في اليد، مع العلم ببقاء مقابلة، وعدم التصرف فيه، أو عدم العلم به، فينفي بالأصل، فتكون متعلقة بغير الأملاك، وأن صفة الغنى والفقر تترتب عليه كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.

ومنها: كون التصرف من جانب مملكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف.

ومنها: جعل التلف السماوي من جانب مملكاً للجانب الآخر، والتلف من الجانبين مع التفريط معيناً للمسمى من الطرفين، ولا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت، ومع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنَّه المطالب لأنَّه تملَّك بالغصب أو التلف في يد الغاصب غريب، والقول بعدم الملك بعيداً جداً، مع أنَّ في التلف القهري أن ملك التالف قبل التلف فعجيب، ومعه بعيد لعدم قابليته، وبعده ملك معدوم، ومع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفي الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطفين.

ومنها: أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهريَّة، فلا يتوقف على النية فهو بعيد، وإن أوقفناه عليها، كان الواطئ للجارية من غيرها واطئاً بالشبهة، والجاني عليه والمختلف له^(١) جانياً على مال الغير ومختلفاً له.

ومنها: أن النماء الحادث قبل التصرف إن جعلنا حدوثه مملكاً له دون العين بعيداً،

(١) تذكير الضمير في عليه وله باعتبار المأخذ بالمعاطاة.

ومعها فكذلك، وكلاهما منافٍ لظاهر الأكثر، وشمول الإذن له خفي. ومنها: قصر التمليل على التصرف، مع الاستناد فيه إلى إذن المالك فيه إذن في التمليل، فيرجع إلى كون المتصرف في تملكه نفسه موجباً قابلاً، وذلك جار في القبض، بل هو أولى منه لاقترانه بقصد التمليل دونه، انتهى.

والمحصود من ذلك كله استبعاد هذا القول، لأن الوجوه المذكورة تنقض في مقابل الأصول والعمومات، إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتناقض القواعد المتدالة بين الفقهاء.

أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للمحصود^١، ففيها أوّلاً: أن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود، ولا من القائم مقامها شرعاً، فإن تبعية العقد للقصد، وعدم انفكاكه عنه، إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد، بمعنى ترتيب الأثر المحصود عليه، فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتيب الأثر المحصود عليه^٢.

أما المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحتها دليل، فلا يحكم بترتيب الأثر المحصود عليها، كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم، من أن السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المبایعات. نعم، إذا دلّ الدليل على ترتيب أثر عليه حكم به وإن لم يكن محصوداً.

وكيف كان، فمن جملة المحاذير التي ذكرها:

١. أن لازم ذلك أن العقود وما قام مقامها لا تتبع المحصود: وأجاب المصنف^٣ عن ذلك بجوابين: الأول: الجواب الحلبي.
٢. وحاصله: أن التبعية المزبورة إنما هي في العقود الصحيحة، إذ لا يعقل صحة العقد مع عدم ترتيب الأثر المحصود عليه، وأماماً العقد الفاسد فعدم ترتيب الأثر المحصود عليه لا محذور فيه، بل لا معنى للفساد إلا ذلك، وأماماً ترتيب شيء آخر عليه بتعيّد من الشارع، فلا ينافي شيئاً من القواعد.

والمقام كذلك، فإن القوم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعاً صحيحاً، فلا ترتّب عليها الملكية وإن قصد بها تلك، وإنما ترتّب عليها الإباحة الشرعية لا الملكية بتعيّد من الشارع المستكشف من السيرة وغيرها، وليس ذلك تسبيباً بالعقود ولا مضمونها حتى يقال وقع بالعقد ما لم يقصد.

فما قصد وإن لم يقع إلا أنه لا محذور فيه، لأن لازم الفساد ذلك، وما وقع وإن لم

وثانياً: إن تخلف العقد عن مقصود المتبادعين كثير، فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً، يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة، لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنها لم يقصد إلا ضمان كل منها بالآخر^١. وتوهم أن دليлом على ذلك قاعدة اليد، مدفوعاً بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول، وهو إقدامها على الضمان، فلاحظ «المسالك»، وكذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء^٢.

يقصد إلا أنه لم يقع بالعقد، حتى يقال إنه وقع ما لم يقصد بل إنما هو حكم شرعي: وبهذا البيان ظهر اندفاع ما أورده السيد الفقيه والمحقق النائيني عليه بأنّ تبعية العقد للقصد مشتركة بين العقود والمعاملات الفعلية، وليس حكماً تعبدياً كي تختص بمورد دون آخر.

وجه الاندفاع: أن المصنف لم يدع أنه لا محذور في تخلف العقد عن القصد في المعاملات الفعلية، بل ادعى أنه لا يلزم ذلك. فتبرير فيما ذكرناه.

الجواب الثاني: النقض، وهو أن التخلف في المقام إنما يكون نظيراً للتخلُّف في الموارد الخمسة، يعني ليس تخلُّفاً حقيقةً لا أنه تخلف جائز.

١. المورد الأول: أن الأصحاب اتفقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً، يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة، لإفادة العقد الفاسد عندهم الضمان فيما يقتضيه صحيحه، مع أنهما قدما ضمان كل منها بالآخر.

وفيه: أن السبب للضمان في هذا المورد ليس هو العقد بل القبض، كان الوجه فيه الإقدام أم قاعدة اليد، فما لم يقصد به الضمان بالمعنى هو العقد، وما ترتب عليه الضمان بالقيمة هو القبض، فلا يكون نظيراً للمقام.

٢. المورد الثاني: الشرط الفاسد، فإنه لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به، وهو غير مفسد عند أكثر القدماء.

وفيه: إن مبني عدم مفسديته عدم تقييد البيع به، وكون الشرط التزاماً في التزام، بمعنى ربط الالتزام العقدي بالالتزام الشرطي، ولازم ذلك أن تخلفه يوجب الخيار لا البطلان، فلا يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد.

وبيع ما يُملك وما لا يُملك صحيح عند الكل^١، وببيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير^٢، وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائمًا على قولٍ نسبة في «المسالك» و«كشف الثناء» إلى المشهور^٣.
نعم، الفرق بين العقود وما نحن فيه أن التخلف عن القصود يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود، وفيما نحن فيه عدم الترتيب مطابق للأصل. وأمّا ما

١. المورد الثالث: أَنَّه لو باع ما يُملك وما لا يُملك بعقد واحد، فَإِنَّهُمْ التزموا بوقوع بيع ما يُملك وصحته، مع أَنَّه لم يقصد إِلَّا بيعه مقروناً بما لا يُملك.
وفيه: إن مدرك صحته انحلال العقد عليهم إلى عقددين، وعليه فأحدهما صحيح ولم يختلف عن القصد، وثانيهما باطل، أي ما قصد لا يقع ولا يقع ما لم يقصد حتى يلزم المحذور المذكور.

٢. المورد الرابع: بيع الغاصب لنفسه، فَإِنَّه إذا أَجَازَهُ الْمَالِكُ يَقُولُ لِلْمَالِكِ، مَعَ أَنَّ الغاصب قصد وقوعه لنفسه.

وفيه: إن منشأ الصحة على المشهور أَنَّ الغاصب يوقع البيع للمالك، غاية الأمر يبني على أَنَّه المالك، فالخلف إنما يكون في هذا الاعتقاد المقارن لا في العقد. وتمام الكلام في محله.

٣. المورد الخامس: إذا قصد بالصيغة في النكاح الانقطاع، وترك ذكر الأجل، فَإِنَّهُمْ حكموا بوقوعه دائمًا، فما قُصد لم يقع وما وقع لم يقصد.

وفيه: إنهم التزموا بأن النكاح حقيقة واحدة، والفرق بين الدوام والانقطاع هو الفرق بين المطلق والمشروط بشيء، وعليه فحيث أَنَّ النكاح من الإنسانيات، فإذا ترك ذكر الأجل لا تتحقق الخصوصية الزائدة، لعدم إنسانها، وإنما يقع المطلق لقصده وإنسانه.

والإنصاف: أَنْ شائئاً ممّا ذكرناه ليس إيراداً على المصنف^٤، لأنَّه ليس بصدق بيان موارد تخلف العقد عن القصد، بل في مقام بيان أَنَّ مثل هذا التخلف الذي هو تخلف صوري لا حقيقي واقع كثيراً.

ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملكاً^١، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل ودليل جواز التصرف المطلق، وأدلة توقف بعض التصرفات على الملك^٢، فيكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطني والبيع والعتق وشبهها.

١. ومنها: أن تكون إرادة التصرفات من الممكّنات القهريّة الموجبة لحصول الملكية قبل التصرف أو معه، بنحو تكون الإرادة سبباً لها، وهذا مناف لدليل سلطنة المالك، ولا يقال بقوله: (اعتق عبدك عنّي، وتصدق بمالي عنك)، فإنه في هذين الموردين توكيلاً في التملّك، والتتملّك قبل التصرف، وهذا بخلاف المقام فإنّ كلاماً من المتعاطيين يقصد الملك حال التعاطي، ولا يقصد الملك حال التصرف.

٢. وأجاب المصطفى^{عليه السلام} عن ذلك: بأنّ مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك، ودليل جواز التصرف المطلق، واستصحاب بقاء الملك إلى آن قبل التصرف، هو ذلك، أي حصول الملك بعد إرادة التصرف، ويكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقف على الملك.

ويرد عليه أمران:

الأمر الأول: إنّ غرض الشيخ الكبير^{عليه السلام} ليس عدم الدليل على مملكته إرادة التصرف، كي يصح الجواب عنه بأنّ مقتضى الجمع بين القواعد ذلك، إذ لا يعتبر في الدليل على السببية ورود دليل بالخصوص، بل غرضه أنّ القول بذلك غريب لا نظير له في الفقه، فلا ينفع هذا الجواب.

الأمر الثاني: إنّ تنظير المقام بتصرف الواهب ذي الخيار في غير محله، فإنّ في ذينك البابين الواهب ومن له الخيار يقصدان الفسخ والرجوع بالتصريف لهما ذلك، فالتصريف بنفسه يكون رجوعاً أو كاشفاً عنه، وهذا بخلاف المقام، فإنه ليس هناك قصد التملّك والتتملّك على الفرض، فيقال كيف تكون إرادة التصرف مملكة مع عدم قصد الملكية؟!

وأمّا ما ذكره من تعلق الأختام والزكوات إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض، ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها^١، مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج، وتحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة، لا يتوقفان على الملك.

وأمّا الإبراد على المصنف - كما ذكره المحقق النائيني - بأنّه ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير، كون إرادة التصرف من المملّكات، بل إنّه جعل محظّ الإشكال كون نفس التصرف مملّكاً.

فغير صحيح، فإنّ ما نقله الشيخ كالصريح فيما استفاده منه، ولعلّ المحقق النائيني لاحظ شرح «القواعد» ولم يجده موافقاً لما ذكره المصنف.

والحق في الجواب عما ذكره الشيخ الكبير أن يقال: إنّه يمكن أن يلتزم المشهور بأنّ السبب للملكية هي المعاطاة، وإنّما يكون التصرف أو إرادته شرطاً للملكية، نظير القبض الذي هو شرط لحصولها في بيع الصرف.

ومنها: أن يصير ما ليس من الأموال بحكم الأموال، فإنّ الأختام والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وغيرها مما هو متربّ على الأموال، تتعلق بما في اليد، مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه. وأجاب المصنف عنه بقوله:

١. (وأمّا ما ذكره من تعلق الأختام والزكوات إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض، ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها).

وهذا يحمل معنيين:

أحدهما: أن تعلق هذه الأمور بالمؤخذ بالمعاطاة، مع عدم الملك، لا مانع منه سوى الاستبعاد فيلتزم به. ودفعه بمخالفته للسيرة، حيث أنّ بناء المتشرّعة على المعاملة مع المؤخذ بالمعاطاة معاملة الملكية، بحيث لو سألوا عن وجه تعلق المذكورات به أجابوا بكونه كسائر الأموال، رجوع إلى الاستدلال بالسيرة على الملك، والمفروض عدم تماميتها عند هذا القائل، وإلا لالتزم بالملك.

ثانيهما: أن الالتزام بعدم تعلقها به لا محدود فيه سوى الاستبعاد، ودفعه بقيام السيرة على التعلق رجوع إليها ، فيخصّص بها ما دلّ على عدم تعلقها بغير الأموال.

وأماماً كون التصرف مملكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه^١.

والظاهر هو الأول، لأنّ كاشف الغطاء استبعد التعلق كما لا يخفي.
وفيه: إنّ هذا الجواب لا يفيد في دفع ما أفاده الشيخ الكبير، فإنه يقول: (لا كلام في تعلق هذه الأمور بالمؤخذ بالمعاطاة، والمفروض أنه ليس بملك، فيلزم أن يكون غير الملك بحكم الملك، وهذا في نفسه بعيد، لا أنه لا دليل عليه).

والحق أن يقال: إنه لو كان إشكال واستبعاد، فإنّما هو في الأخمس والزكوات وحق الشفعة، وأماماً سائر المذكرات كالاستطاعة وحق الديان والنفقات وغيرها، فتتعلق بغير الأموال لتحقق الاستطاعة بالبذل والإباحة، والذين يجب أداؤه من مالٍ أذن صاحبه في الأداء منه إذا كان حالاً، والنفقة واجبة من مال يجوز له الإنفاق منه، والوارث يرث من الميت كلّ ما تركه من حقٍ أو مال، مع أنه يمكن الالتزام على هذا المسكك بمالكيته المورث آناً مما قبل الموت، وتصحّ الوصيّة أيضاً، والربا يجري في البيع وإن لم يفد الملك وهكذا البقية.

وأماماً تعلق الخمس والزكاة وحق الشفعة، والمراد به أنّ المباح له بالمعاطاة له الأخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك به،

فإن ثبت بدليل فيكون هو المخصص لما دلّ على توقيفه على الملك، لكن يبقى استبعاد الشيخ بحاله، وإلا فالقلائلون بالإباحة منكرون للتعلق.

ومنها: كون التصرف من جانب مملكاً للجانب الآخر.

١. وأجاب المصنف عنه بقوله: (ظهر جوابه).

ولكن الجواب المتقدم الذي ذكره عن مملكيّة التصرف، من أنه مقتضى الجمع بين القواعد لا يكفي في المقام؛ لأنّه يقتضي مالكيّة المتصرف لما في يده تصحيحاً لتصريحه المتوقف على الملك، ولا يقتضي مالكيّة غير المتصرف.

نعم، الجواب الذي ذكرناه يكون جواباً عن هذا الإبراد أيضاً، كما لا يخفي.

وأمّا كون التلف مملكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيرة^١ - كما هو الظاهر - كان كلّ من المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كلّ منها من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع؛ لأنّ هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع، وبين عموم على اليد ما أخذت، وبين أصلالة عدم الملك إلا في الزمان المتيقن بوقوعه فيه.

توضيحة: إنّ الأجماع لما دلّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حكم بكون التلف من مال ذي اليد، رعاية لعموم على اليد ما أخذت، فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعيه، فإذا قدر التلف من مال ذي اليد، فلابدّ من أن يقدر في آخر أزمنة إمكان تقديره، رعاية لأصلالة عدم حدوث الملكية قبله، كما يقدر ملكية المبيع للبائع وفسخ البيع من حين التلف استصحاباً لأنّ العقد.

ومنها: كون التلف من جانب مملكاً للجانب الآخر، والتلف من الجانبين معيناً للمسمي من الطرفين، وأنّه لا رجوع بالمثل أو القيمة.

١. وأحاب المصنف^{هـ} عن ذلك بقوله: (وأمّا كون التلف مملكاً للجانبين فإن ثبت إلى آخر ما ذكره).

توضيحة: إنّ مقتضى عموم على اليد^(١) وإن كان هو الضمان ببدل الواقعي، إلا أنه لما قام الإجماع على عدم ضمان المثل والقيمة، يدور الأمر بين أن يكون المال قبل التلف مملكاً لذي اليد، فيبقى عموم على اليد على حاله، وبين أن يكون باقياً على ملك مالكه الأوّل، فيكون الإجماع والسيرة مخصوصين لعموم على اليد، وقد ثبت في محله أنّ التخصص مقدم على التخصيص عند الدوران، وعليه فالأجل ذلك - بضميمة استصحاب عدم الملك إلى آن قبل التلف - يحكم بحصوله قبله آناً ما، هذا هو مراده^{هـ} لا ما أفاده بعضهم من أنّ غرضه ثبوت مملكيّة التلف بالإجماع والسيرة.

ولكن يرد على المصنف^{هـ} أمراً:

الأمر الأوّل: أنّ اليد في المقام يدُّ أمانية شرعية أو ملكية، ولا تكون مشمولة لقاعدة على اليد على التقديرتين.

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

وأمّا ما ذكره من صورة غصب المأخذ بالمعاطة^١، فالظاهر على القول بالإباحة أنّ لكلّ منها المطالبة ما دام باقياً^٢، وإذا تلف ظاهر إطلاقهم التملّك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه^٣. نعم، لو لا قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

الأمر الثاني: أن التمسّك بالعموم - أي تقديم التخصّص على التخصيص - إنما هو فيما إذا لم يكن الحكم معلوماً، وأمّا إذا علم ذلك وشك في كون ما علم عدم ثبوت حكم العام له من أفراد العام كي يكون ذلك تخصيصاً أو غيره، فلا مورد للتمسّك بأصلّة العmom حفظاً للعام عن ورود التخصيص عليه.

فالحق في الجواب عن الشيخ الكبير: أنّه في صورة التلف من الجانبين لا ضمان لعدم المقتضى، مع أنّه يمكن الالتزام بملكية كلّ منها قبل التلف، وفي صورة التلف من جانب واحد، إنما يكون الطرف الآخر مالكاً لما في يده بسبب المعاطة المشروط تأثيرها في الملكية عندهم بالتصرّف المتوقّف على الملك أو التلف.

١. ومنها: أنّه لو غصب المأخذ بالمعاطة غاصب، فلا بدّ وأن يكون المطالب هو المالك المبيح لا المباح له، وهو خلاف ظاهر الأصحاب، والقول بتملّكه بالغصب، فيكون حق المطالبة له من هذه الجهة بعيد.

٢. وأجاب المصنف^{تلميذ} عنه: (بأنّ لكلّ منها المطالبة ما لم يتلف، أمّا المالك فلملكنته، وأمّا المباح له فلفرض أنّ له السلطان على المأخذ، والانتزاع من الغاصب من مراتب السلطة).

٣. وأمّا في صورة التلف، فالطالب للقيمة هو المباح له، لصيروته مالكاً بالتلف. ويرد على المصنف^{تلميذ}: أنّ المالك بعد كون عوض المال تحت يده، ليس له حق المطالبة، وإلا لزم الجمع بين العوض والمعوض.

ومنها: أنّ النماء الحادث قبل التصرّف إن جعلناه ملكاً للمباح له دون العين بعيد، أو مع ملكية العين فكذلك، وكلاهما مناف لظاهر الأكثر، ومع عدم كونه ملكاً له ودخوله في ملك المالك - حيث أنّ شمول الإذن له خفي - فلازمه عدم جواز التصرّف فيه، وهو

وأمّا ما ذكره من حكم النماء، فظاهر المحكي عن بعض أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء بالأخذ، بل حكمه حكم أصله، ويحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة^١.

ثم إنّ مما ذكرنا تقدّر على التخلص عن سائر ما ذكره، مع أنّه لم يذكرها للاعتماد والإنصاف لأنّها استبعادات في محلّها.

وبالجملة: فالخروج عن أصلّة عدم الملك - المعتضدة بالشهرة المحققة إلى زمان المحقق الثاني - وبالاتفاق المدعى في «الغنية» و«القواعد» هنا وفي «المسالك» في مسألة توقف الهبة على الإيجاب والقبول - مشكل، ورفع اليد عن عموم أدلة البيع والهبة ونحوهما - المعتضدة بالسيرة القطعية المستمرة، وبدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني، بناء على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة - أشكال.

خلاف السيرة.

١. وأجاب المصنف^{بنبيه} عن ذلك: بأنّ القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء بالأخذ، بل حكمه حكم أصله، ويحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة. وفيه: إنّ الاحتمال الأول هو الذي أجاب عنه الشيخ الكبير، بأنّ شمول الإذن له خفي، وأمّا الاحتمال الثاني فهو الذي استبعداه.

ولكن يمكن الجواب عنه: بأنّ الإباحة الثانية إباحة شرعية لا مالكية، فلا تتوقف على الإذن.

ومنها: أنه في التلف، إنّ ملك التالف قبل التلف فعجب، للزوم تقديم المسّب على السبب، وإن ملكه معه بعيد، لأنّه لا استقرار له حتى يملكه، وإن ملكه بعده فهو ملك المعدوم.

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

ومنها: أنّ التصرّف إن لم يتوقف على النية فهو بعيد، وإن توقف عليها كان الواطيء للجارية من غيرها واطئاً بالشبهة.

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

فالقول الثاني لا يخلو عن قوّة، وعليه فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً^١ - كما حكى عن ظاهر المفید^{الله} - أو بشرط كون الدال على التراضي لفظاً - كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثاني، وقوّاه جماعة من متأخّرى المحدثين - أو هي غير لازمة مطلقاً، فيجوز لكلّ منها الرجوع في ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلّهم عدا من عرفت،

عليها كان الواطيء للجارية من غيرها زانياً لا واطئنا بالتشبهة.
ومنها: قصر التمليل على التصرف، مع الاستناد فيه إلى أنّ إذن المالك في التصرف إذن في تمليل نفسه، فيتحدد الموجب والقابل.
وهذا بعينه يجري في القبض الذي هو أول تصرفٍ يصدر من المتعاطيين، بل هو أولى لكونه مقرّوناً بقصد التمليل دونه.
وفيه أولاً: إنّ حصول الملكية قبل التصرف أو معه ليس من حيث الإذن في تمليل نفسه، بل هو بنفسه مملّك.

وثانياً: إنّ هذا لا يجري في القبض، لعدم توقيفه على الملك كي يقتضي الجمع بين الأدلة حصول الملكية قبله أو معه.

وثالثاً: إنّه لو كانت مملكيّة التصرف من باب الإذن في التمليل، فلئم لا يلتزم بحصول الملكية بالتعاطي، إذ لا فرق بين هذا الفعل الذي ينشأ به التمليل وغيره؟
أقول: ولكن الإنصاف أنّ ما أفاده الشيخ الكبير جملة منه استبعادات في محلّها، وقد مرّ أنّ القول بالإباحة ممّا لا يمكن إثباته بالدليل، وإنّه يقتضي القول بالملك. فراجع.

أصلّة اللّزوم - استصحاب بقاء الملك

١. قوله: (فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً).
- هذا هو المورد الثاني: وهو البحث عن أنّ الملك الحاصل بالمعاطاة لازم أم جائز؟
والكلام فيه يقع في مقامين:
المقام الأول: من خلال الاستدلال بأصلّة اللّزوم .

وجوه، أوفقها بالقواعد هو الأول، بناءً على أصلية اللزوم في الملك، للشك في زواله^١ بمجرد رجوع مالكه الأصلي.

ودعوى: أنّ الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر، والمفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، والفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الأمر، فلا ينفع الاستصحاب^٢، بل ربما يزيد استصحاب بقاء علقة المالك الأول^٣.

مدفوعة: - مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب^٤

وقد استدلّ للزوم بأمور:

أحدها: استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ، للشك في زواله بعد القطع بوجوده، فيستصحب بقائه، وإليه أشار المصنف بقوله :

١. (بناءً على أصلية اللزوم في الملك للشك في زواله).

وأورد عليه بإيرادين.

٢. الأول: أنه من قبيل استصحاب الكلّي في القسم الثاني، وهو لا يجري؛ لأنّ الفرد القصير - وهو الملك المتزلزل - مقطوع الارتفاع بعد الرجوع، والملك اللازم مشكوك الحدوث، فيجري استصحاب عدم حدوثه.

٣. الثاني: إنّ هذا الأصل محکوم باستصحاب علقة المالك الأول.

والمصنف^٥ لم يتعرّض في المقام للجواب عن الأول، بل أجاب عن الثاني:

٤. أولاً: بأنّ الاستصحاب يجري في القسم الثاني من أقسام الكلّي.

وثانياً: بأنّ استصحاب بقاء الملك من قبيل استصحاب الشخص لا الكلّي، وعلمه بما سيمرّ عليك.

وعلى فرض الشك في كون المستصحب شخصياً أم كلياً، يجري الأصل، وإن كان على فرض ثبوت كونه كلياً لا يجري فيه الأصل.

أقول: تحقيق القول في المقام يقتضي البحث في موضع:

الموضع الأول: في أنّ الملك المستصحب في المقام هل هو كلي أو شخصي؟ بمعنى أنه القدر المشترك الجامع بين الملك المتزلزل والمستقر، أو هو شخص معين لعدم كون الجواز واللزوم من الأمور المنوّعة أو المفردة؟

الموضع الثاني: في أنه لو ثبت كونه شخصياً هل يجري الأصل فيه أم لا؟ ولو ثبت كونه كلياً فهل يجري فيه الأصل أم لا؟ ولو شك في ذلك فهل يكون مجرد

فتتأمل - بأنّ انقسام الملك الى المتزلزل والمستقر، ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنّما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي، ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السبب المملك، لا اختلاف حقيقة الملك، فجواز الرجوع وعدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من خصوصيات المأخوذة في المسبب^١، ويدلّ عليه - مع أنّه يكفي في الاستصحاب الشك في أنّ اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك، ومع أنّ المحسوس بالوجдан إنشاء الملك في الهبة الازمة وغيرها على نهج واحد^٢ - أنّ اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون تخصيص القرر المشتركة بإحدى الخصوصيتين يجعل المالك أو بحكم الشارع، فإن كان الأول كان الازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه، أو عدم قصده، وهو بدبيهي البطلان، إذ لا تأثير لقصد الملك في الرجوع وعدمه، وإن كان الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشيء، وهو باطل في العقود^٣، لما تقدم أنّ العقود المصححة عند

الاستصحاب أم لا ؟

الموضع الثالث: أنّه في المقام هل يكون أصل حاكم عليه أم لا ؟

وبعبارة أخرى: هل يجري استصحاب بقاء علقة المالك الأول أم لا ؟

١. أما الموضع الأول: فالمعنى ذهب إلى أنّ اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للسبب، لا من خصوصيات المأخوذة في المسبب.

واستدلّ له بوجهين:

٢. أحدهما: إنّ الملكية ليست من الأمور الواقعية أو التعبدية الشرعية، حتى يقال إنّا لا نعرف حقيقتها، بل هي أمر اعتباري يعتبرها المتعاقدان، وعليه فحيث نرى بالوجдан والحسن أنّ إنشاء الملك في البيع والهبة على نهج واحد، فيستكشف من ذلك اتحاد حقيقة الملك.

٣. الثاني: أنّ اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون التخصص يجعل المالك أو الشارع.

فإن كان الأول: لزم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع وعدمه، وهو بدبيهي البطلان، لعدم دخل قصد الملك في الرجوع وعدمه.

وإن كان الثاني: لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشيء، وهو باطل في العقود.

الشارع تتبع القصود، وإن أمكن القول بالخلاف هنا في مسألة المعاطاة، بناءً على ما ذكرنا سابقاً - انتصاراً للقائل بعدم الملك - من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية

وأورد عليه بإيرادات:

الإيراد الأول: ما أفاده السيد الفقيه في الحاشية، وهو: (إن الظاهر أن الاختلاف بينهما اختلاف في حقيقتها، فإن الملكية في أنظار العرف قسمان، وأنهم يرون الملكية الموجودة في الهيئة مغایرة مع الموجودة في العقود الالزمة).

وفيه: أنه بعد ملاحظة أن الملكية من الأمور الاعتبارية والتي يعتبرها المالك لغيره، لا يشك أحد في أن المعتبر في الموردين شيء واحد، وأن الاختلاف إنما هو من ناحية الحكم الشرعي بجواز الفسخ والرجوع في مورد دون آخر.

الإيراد الثاني: ما أفاده أيضاً فيها وهو: (أن اختلاف السبب إذا لم يكن موجباً لاختلاف المسبب، لا يكون مقتضاً لاختلاف الأحكام).

وفيه: أن المصنف يدّعى أن اللزوم والجواز من أحكام السبب نفسه لا من أحكام المسبب، فلا وجه لهذا الإيراد.

الإيراد الثالث: ما أفاده أيضاً وتبعه المحقق الإبروني، وهو: (أنه على فرض اتحاد الحقيقة، يكفي في الإشكال التعدد الفردي، كما في الحيوان المردّ بين زيد وعمرو في الدار، إذا كان قاطعاً بخروج أحدهما المعين).

وفيه: أن المصنف يدّعى عدم التعدد الفردي أيضاً، وأن الملك لا يختلف في الحقيقة النوعية ولا في الخصوصية الزائدة على الحقيقة، فالمتيقن هو الملك الشخصي المتعين من جميع الجهات، حتى من جهة السبب أي المعاطاة، وإنما الشك في أن هذا الشخص هل يكون سببه محكماً باللزوم أو الجواز، فهو نظير ما لو علم بدخول زيد في الدار وشك في خروجه، من جهة الشك في أنه هل دخل فيها بانياً على البقاء إلى ساعة أو إلى ساعتين.

الإيراد الرابع: ما أفاده السيد أيضاً إيراداً على الوجه الثاني الذي ذكره المصنف برهاناً لمختاره، وهو: (أن التخصيص بالنسبة إلى النوعين من المعاملة كالبيع والهبة

على طبق قصور المتعاطيين، لكن الكلام في قاعدة اللزوم في الملك تشمل العقود أيضاً.

مثلاً إنما يكون من قبل المتعاقدين، وبالنسبة إلى النوع الواحد كالبيع إنما يكون من قبل الشارع، ولا بأس بإمساء الشارع على غير ما قصده المنشيء، فإن هذا المقدار من الاختلاف مغتفر).

وفيه: إن لازم ما أفاده في القسم الأول، دوران اللزوم والجواز في التوعين مدار قصد المنشيء، وهو بدبيهي الفساد.

وأماماً ما ذكره في القسم الثاني فيرد عليه: أن المصنف لا يدعى استحالة إمساء الشارع على غير ما قصده المنشيء، بل يدعى أنه إذا لم يرد دليل إلا على إمساء ما أنشأه المتعاقدان، كان لازم ذلك وقوع المنشأ على نحو ما قصداه، وهذا أمر بدبيهي.

الإبراد الخامس: إن اختلاف السبب مستلزم لاختلاف المسبب، إذ المتبادران لا يعقل تأثيرهما في شيء واحد.

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

فتحصل: أن شيئاً مما أورد على المصنف لا يرد عليه.

ويشهد لعدم كونهما من مقومات الملك، وعدم كون الاختلاف بينهما فيحقيقة الملك - مضافاً إلى ما ذكره المصنف - : وجهان آخران:

أحدهما: أنه يلزم أن لو أنشأ الملكية ولم يقصد اللزوم أو الجواز - ولو بالقصد إلى الملكية التي من شأنها ذلك - أن لا تقع الملكية، إذ الجامع لا يعقل وجوده بدون الفصل المميز.

الثاني: أنه لو كانا من مقوماتها لزم امتناع معروضية الملكية الواحدة تارةً للزوم وأخرى للجواز، مع وضوح خلافه، فإن المبيع المنشأ باللفظ تكون الملكية الحاصلة منه في زمان الخيار جائزة وبعده لازمة.

أقول: وبما ذكر كما ظهر أن الملكية ليست نوعين، كذلك ظهر أنها ليست ذات

راتب، وأنّ الملك الجائز واللازم ليسا فردين من الملك، نعم لا ننكر أنّ الأحكام الشرعية التكليفيّة والوضعية تابعة للملكات، ولازم ذلك أنّ الملك المتخصص بكونه عن سبب تقتضي المصلحة الحكم عليه أو على سببه باللزوم تارةً وبالجواز أخرى، ولكن مثل هذه الخصوصيّة لا يعقل أن تكون من مفردات الملك الاعتباري كما لا يخفى.

فتحصل مما ذكرناه: أنّ الجواز واللزوم حكمان شرعيان جعلا للسبب أو للمسبب، لا يعقل أن يكونا من مقومات الملك وقيوده، وإلا لزم تقدم ما هو متأخر، فالملك في الموردين شيءٌ واحد.

وأمّا الموضع الثاني: فالكلام فيه يقع في جهات:
الجهة الأولى: عن أنه إذا كان الملك في الموردين شيئاً واحداً، فعلى القول بجريان الاستصحاب في الأحكام لا كلام في جريان هذا الأصل.

وأمّا على القول بعدم جريانه فيها، فقد يقال بعدم جريانه فيه لكونه من الأحكام. ولكن يمكن أن يقال: إنّ الوجه في عدم جريان الاستصحاب في الأحكام إنّما هو محكوميته لاستصحاب عدم العمل كما حققناه في محله، وعليه ففي المقام بما أنّ جعل الملكيّة المستمرة مما لا شكّ فيه، وإنّما يكون منشأ الشكّ في بقاء الملك بعد الفسخ والرجوع، الشكّ في جعل حقّ الفسخ والرجوع، والأصل يقتضي عدمه.

فاستصحاب عدم جعل الحكم بنحو يكون باقياً في زمان الشكّ الجاري فيسائر المقامات - كما لو شكّ في جعل وجوب صلاة الجمعة في زمان الحضور خاصة أم إلى يوم القيمة، فإنه يجري فيه أصلة عدم جعل الوجوب لها في زمان الغيبة الحاكم على استصحاب بقاء الحكم - لا يجري في المقام، وعلى ذلك فمقتضى الأصل بقاء الملكيّة.

الجهة الثانية: البحث عن أنه بناءً على تعدد الملك اللازم والجائز، هل يجري استصحاب بقاء القدر المشترك بينهما أم لا؟

المصنف في الأصول اختار جريان استصحاب الكلّي في أمثال المقام - أي القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي - ولكن في المقام بعدما أشار إلى مختاره، قال: (فتأمل)، وقد أصبح أمره بالتأمل سبباً للإيراد على هذا الأصل بإيرادات.

وحيث أن بعضها إيراد على جريان الأصل في هذا القسم مطلقاً، فقد أغمضنا عن ذكره، لأن محله في الأصول وقد أشبعنا الكلام فيه في «زبدة الأصول».

وبعضها إيراد على جريانه في خصوص المقام، وهو أمور:

الأمر الأول: ما عن المحقق الخراساني في الشك في بقاء الكلّي في المقام من قبيل الشك في المقتضى، حيث أنه يشك في أن الملك الحادث بالمعاطة هل هو لازم يكون فيه اقتضاء البقاء حتى بعد الفسخ، أم يكون جائزاً فاقداً لاقتضاء البقاء بعده، فيكون نظير الحيوان المردّ بين الفيل والبق.

وفيه: أن الشك في المقتضى - الذي ذهب المصنف في الأصول إلى عدم جريان الاستصحاب فيه - هو ما إذا كان عمر المستصحب وأمده في عمود الزمان مشكوكاً فيه تكويناً أو تشريعاً، كالزوجية المرددة بين الانقطاع والدوام، والحيوان المردّ بين البق والفيل، وأماماً إذا كان عمره معلوماً وأنه غير محدود بالزمان، وكان الشك في رفعه - ولو كان منشأ الشك الشك في وجود المصلحة الداعية في الأمور الاعتبارية - فهو من أفراد الشك في الرافع. وتمام الكلام في محله.

والمقام من قبيل الثاني، إذ الملكية الحاصلة بالمعاطة - كانت لازمة أو جائزة -

تكون باقية في عمود الزمان، وإنما الشك في رفعه بالفسخ.

الأمر الثاني: أن الأصل المذبور لا يثبت عنوان اللزوم.

وفيه: إن الآثار مترتبة على الملكية الجامعة لا على عنوان اللزوم، فلا حاجة إلى

إثباته.

الأمر الثالث: ما أفاده المحقق النائيني ^{رحمه الله} وهو: (أنّ استصحاب الكلّي إنّما يجري إذا كان له مع قطع النظر عن الارتفاع والبقاء نوعان، كالحدث المردّ بين الأصغر والأكبر، وأمّا في المقام فلا اختلاف في الملك إلّا بنفس الارتفاع والبقاء، إذ لو ارتفع بالفسخ فهو جائز، ولو بقى بعد فهو لازم، فإذا كان تنوعه بنفس اللزوم والجواز - أي البقاء والارتفاع - فلا يجري الاستصحاب فيه، إذ معنى استصحاب الملك حينئذٍ هو استصحاب الملك الباقى - أي اللازم - وهو على الفرض مشكوك الحدوث.

ومرجع هذا الإشكال في الحقيقة إلى أنّ النوعين من الملك متباینان بتمام هويتهما، وفي كلّ منهما أحد ركني الاستصحاب منتف، إذ الملك الجائز مقطوع الارتفاع، واللازم مشكوك الحدوث من الأول.

وفيه: إنّ تنوع الملك ليس باللزوم والجواز، بل هما على هذا المسلك قسمان من الملك، ويمتاز كلّ منهما عن الآخر، مع قطع النظر عن البقاء والارتفاع ، غاية الأمر ليس لكلّ منهما اسم خاصّ، وإلّا فلا فرق بين الملك والحدث، فكما أنّ الثاني ينقسم إلى الأصغر والأكبر والكافش عن الاختلاف في الآخر، كذلك الأول فتدبر.

فالحقّ أن يقال: إنّ استصحاب بقاء الكلّي في القسم الثاني إنّما يجري في الموضوعات من جهة أنّ استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل لا يتربّ عليه عدم الكلّي، لعدم كون الترتّب شرعاً، وليس بقاء الكلّي فيها عين بقاء الفرد، فإنّ ذلك وإن تمّ في عالم العين إلّا أنه لا يتمّ في عالم الاعتبار والتشريع، كما فصل ذلك في محله.

ولا يكون جارياً في الأحكام، من جهة أنّ جعل الجامع فيها إنّما يكون يجعل الفرد. فلو علم بعدم وجود فرد، وكان مقتضى الأصل عدم وجود الفرد الآخر، لا يكون الشكّ في بقاء الكلّي باقياً، إذ لا وجود له سوى وجود الفرد، والمقام من قبيل الثاني، فإنّ الملكية إنّما هي من الاعتبارات الشرعية، فإذا فرضنا العلم بارتفاع الملك الجائز على فرض حدوثه، وجرت أصالة عدم حدوث الملك اللازم، ثبت من ذلك عدم بقاء

وبالجملة: فلا إشكال في أصالة اللزوم في كلّ عقد شكّ في لزومه شرعاً، وكذا لو شكّ في أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز^١ كالصلح من دون عوض والهبة.

الملك الجامع بينهما.

لا يقال: إنّ استصحاب عدم حدوث الملك اللازم يعارض استصحاب عدم حدوث الملك الجائز فيتسقطان، والمرجع استصحاب بقاء القدر المشترك.

فإنّه يقال: إنّ الملك اللازم بما أنه يتربّ عليه جميع آثار الملك الجائز - غير ارتفاعه بالفسخ - فاستصحاب عدم حدوث الملك الجائز لعدم الأثر لا يجري، نعم لو كان يثبت به أنّ الحادث هو الملك اللازم كان جاريًّا، لكنّه لا يثبت.

فتتحصل: أنّ الأظهر عدم جريان استصحاب القدر المشترك في المقام. ولعلّه إلى هذا نظر المصنّف^٢ حيث أمر بالتأمّل، كما أنّ هذا هو مراد السيد الفقيه في حاشيته، فلا يرد عليه شيء مما أوردوه عليه.

ولا يخفى أنه بناءً على ما اخترناه وحقّقناه في الأصول من جريان الأصل في الفرد المردّ - من جهة أنّ الموجود وإن كان مردداً عندنا، ولكن لا يضر ذلك بتبيّن وجوده سابقاً فيستصحب بقاء ذلك المتبيّن سابقاً - فلا مانع من استصحابه، ومعه لا حاجة إلى استصحاب بقاء القدر المشترك، إذ أثر القدر المشترك أثر لكلّ واحد من الفردين، فلا مانع من إجراء الاستصحاب في الشخص الواقعي المعلوم سابقاً.

الجهة الثالثة: إنّه بناءً على عدم جريان الاستصحاب في الكلّي في أمثال المقام وجريانه في الشخصي، لو شكّ في أنّ الملك اللازم والجائز قسمان أم هما شيء واحد، فهل يجري الاستصحاب فيه لو شكّ في زواله بالفسخ أم لا؟

١. والمصنّف^٢ ذهب إلى جريانه وقال: (وكذا لو شكّ في أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز).

وأورد عليه السيد في الحاشية - وجمع من المحققين - بأنه مع هذا الشكّ لا يكون

المستصحب محرزاً فكيف يكون جارياً؟!
ولكن يمكن توجيه ما أفاده المصنف^{٢٣}: بأن عدم جريان الاستصحاب في الكلّي في
القسم الثاني، إنما يكون من جهة جريان أصلّة عدم حدوث الفرد الطويل، وإلا فمع عدم
جريان الأصل فيه - للتعارض أو لغيره - لا ريب في جريان الأصل في الكلّي.
وفي المقام بما أنه لم يحرز كون الملك اللازم فرداً أو نوعاً آخر، لا تجري أصلّة
عدم حدوثه، ومعه لا مانع من إجراء الأصل في الملك الموجود، كلياً كان أم شخصياً،
فتتبرّر فإنه دقيق.

وأمّا الموضع الثالث: فقد قيل إنه يعارض هذا الأصل أصلان آخران، وهما مقدّمان
على الحكومة:

أحدهما: أصلّة بقاء علقة المالك الأوّل، فإنه يشكّ في أنّ علقة المالك الأوّل هل
انقطعت بالمرة بالمعاطة، أم بقيت مرتبة ضعيفة منها، مما يؤثّر في جواز الرجوع،
فيستصحب بقائها - بعد كون قوّة العلقة وضعفها من مراتب شيء واحد لا أنّهما أمران
متباينان - فإذا جرى هذا الأصل، لا يبقى شكّ في بقاء الملك كي يستصحب، فإن الشكّ
في بقائه بعد الرجوع مسبيّ عن الشكّ في ثبوت هذا الحقّ وعدمه.

وفيه: إنّ العلقة النابية للملك لم تكن إلا الملكيّة، وبتبعها السلطنة على التصرّفات،
أمّا الملكيّة فهي قد زالت بالبيع وإنّ لزم اجتماع المالكين على شيء واحد - ولم يبق
منها شيء لعدم ثبوت المراتب لها - وأمّا السلطنة فهي تابعة للملكية، فلا محالة تكون
زائلة.

ودعوى: أنّ للشخص سلطنة على ماله وسلطنة على تسلّط الغير عليه حدوثاً
وبقاءً، وبالبيع زالت السلطنة عليه، وكذلك السلطنة على تسلّط الغير حدوثاً، أمّا
السلطنة على تسلّط الغير ببقاءً فهي مشكوكه الارتفاع، فيستصحب بقاوها، وتنتيجة ذلك

نعم، لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.^١

جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ.

مندفعة: بأنّ السلطنة على ردّ الملك سلطنة جديدة إن ثبتت فإنّها ثبتت في ظرف عدم الملك، فكيف تكون من آثار الملك.

فالحق: أنّ حقّ الفسخ إن ثبت فهو حقّ حادث بعد زوال العلقة الأولى.

ثانيهما: استصحاببقاء حقّ الفسخ الثابت في زمان ثبوت خيار المجلس، فإنه يشكّ في زواله وبقائه بعد الانفصال، فيستصحب بقاوته.

وفيه: إن ذلك الحق قد زال بالانفصال قطعاً، لقوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع»^(١)، فلو كان الحق باقياً فهو حق آخر مشكوك حدوث تجري أصله عدم ثبوته. والكلي الجامع بينهما لا يجري الأصل فيه، لأن الاستصحاب حينئذ من قبيل القسم الثالث من أقسام الكلي، والمختار عندنا عدم جريان الأصل فيه، إلا إذا عذر الفردان من تباين من شيء واحد، حتى فيما إذا احتمل حدوث الفرد الآخر مقارنا لحدث الفرد الزائل قطعاً.

مضافاً إلى أنه من قبيل استصحاب الحكم الشرعي، والمختار عدم جريانه.

فتحصل مما ذكرناه: أن استصحاببقاء الملك يجري ويحكم بواسطته باللزم.

١. قوله: (نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة).

وذلك فيما إذا تعلق الغرض بتعيين السبب لا الملكية بعد الفسخ، إذ لا أصل يعين الواقع في الخارج، وأمّا فيما إذا كان الغرض متعلقاً ببقاء الملك بعد الفسخ وعدمه، فيكون مدّعي اللزوم منكراً، ومدّعي الجواز مدعياً، لموافقة قول المدعى للزوم للأصل.

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الخيار، حديث ٤.

ويدل على اللزوم - مضافاً إلى ما ذكر - عموم قوله: «الناس مسلطون على أموالهم»^١، فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره، فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة، فاندفع ما ربما يتوجه أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملکه، ولا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي. ولما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض، بأن فائدة الملك السلطنة، ونحوه العالمة رحمه الله في موضع آخر.

دليل السلطنة

١. هذا هو الدليل الثاني: وهو قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١).

وتقريب الاستدلال به وجهان:

أحدهما: التمسك بعموم هذا الدليل وإطلاقه الزماني أو الأحوالى، الشامل لما بعد الفسخ، لأن يقال إن مقتضى عمومه ثبوت السلطنة للمالك بعد فسخ المالك الأول ورجوعه، ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ ورجوعه.

وفيه: إن موضوع السلطنة هو مال الإنسان وملكته، وثبوته بعد الفسخ غير محرز، إذ لو كان الفسخ مؤثراً لما كان الموضوع باقياً، ومع الشك في صدق الموضوع لا مجال للتمسك بالإطلاق.

ثانيهما: التمسك بإطلاق هذا الدليل الشمولي لجميع أنحاء التصرفات، ومن جملتها دفع مزاحمة الأجانب منهم المالك الأول، ولازمه عدم تأثير فسخه.

وبعبارة أخرى: خروج المال من ملکه بغير اختياره مناف لسلطنة المالك على ماله، فمقتضى إطلاق دليل السلطنة عدم خروجه، وعدم تأثير رجوع المالك الأول.

وأورد عليه بإيرادات:

الإيراد الأول: إن الدليل إنما يدل على سلطنة المالك على ماله، لا على عدم ثبوت السلطنة لغيره، فلا يدل على عدم ثبوت هذا الحق للمالك الأول.

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

وفيه: إنّ لازم السلطنة التامة على جميع التصرفات سلطنة مطلقة، عدم سلطنة الغير على ما يزاحم سلطنته، وإلا لم تكن سلطنة مطلقة، فتملّك الغير بلا رضا منه مناف للسلطنة المطلقة، فليس له ذلك.

الإيراد الثاني: إنّ دليل السلطنة إنما يدلّ على عدم محجوريّة المالك واستقلاله في التصرفات، ولا يدلّ على أزيد من ذلك.

ويرد عليه: ما تقدّم عند ذكر الاستدلال به على مملكيّة المعاطاة. فراجع.

الإيراد الثالث: إنّ حقّ الفسخ على فرض ثبوته للمالك الأول في المقام، إنما هو بمعنى حقّ فسخ العقد.

وبعبارة أخرى: متعلّقه العقد لا العين، فلا ينافي ثبوته السلطنة.

وفيه: إنّ نتيجة ثبوت هذا الحقّ بما أنها خروج المال عن ملكه بغير رضا منه، فثبوته ينافي السلطنة المطلقة الثابتة به للمالك، فينتفي به.

الإيراد الرابع: إنّ السلطنة المنافية لسلطنة المالك، إنما هي السلطنة على التصرف في ماله، وأمّا التصرف المزيل للموضوع، فلا ينافي السلطنة المنافية في المال.

وبعبارة أخرى: إنّ هذا الدليل كسائر الأدلة إنما يدلّ على ثبوت الحكم في ظرف ثبوت الموضوع، ولا يكون متعرّضاً لبقاء الموضوع وارتفاعه، وعليه فكما أنّ هذا الدليل لا يدلّ على سلطنة المالك على إزالة الملكية عن نفسه بالإعراض، كذلك لا يدلّ على عدم سلطنة الغير على إزالتها.

وإن شئت قلت: إنّ هذا الدليل كما لا يدلّ على سلطنة المالك على إزالة الملكية، كذلك لا يدلّ على السلطنة على إيقائها، كي تكون سلطنة الغير على إزالتها منافية لسلطنة المالك على ماله.

ولا يتوهم: إنّا ندعّي عدم دلالته على تسلّط المالك على تمليكه ماله للغير. لما عرفت في البحث عن مملكيّة المعاطاة، الفرق بين تمليكه ماله للغير، وبين إزالة الملكية عن نفسه بالإعراض، وإنّ هذا الدليل يدلّ على ثبوت الأول دون الثاني، وعليه فهو يدلّ على عدم سلطنة أحد على تملّك مال الغير بلا عوض أو معه، ولا يدلّ على عدم سلطنته

ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرءٍ إلّا عن طيب نفسه»^(١)، حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضاه. وتوهم تعلق الحلّ بمال الغير، وكونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام، مدفوع بما تقدم من أنّ تعلق الحلّ بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك أيضاً، فلا يحلّ التصرف فيه ولا تملّكه إلّا بطيب نفس المالك.

على إزالة الملكية عنه بالرجوع، فتدبر فإنه دقيق.

أقول: فالالأظهر أنه لا يدلّ على اللزوم.

١. هذا هو الثالث من أدلة اللزوم: وهو ما دلّ على أنه: «لا يحلّ مال امرءٍ إلّا بطيب نفسه»^(١).

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

ويمكن أن يُجاب عن التقريب الثاني - الذي هو العدة في المقامين - في هذا المقام بجواب آخر، وهو:

إنّ الحليّة من جهة استنادها إلى المال لا إلى المعاملات ظاهرة في الحليّة التكليفيّة، ألا ترى أنه لم يتحمل أحد في قوله عليه السلام: «كلّ شيء حلال» أن يدلّ على نفوذ المعاملات.

وبالجملة: لا ريب في ظهورها في الحليّة التكليفيّة، وقد تقدم في أول الجزء الأوّل من هذا الشرح أنّ الحرمة التكليفيّة لا تستلزم الفساد، وعليه فهذا الدليل إما لا يشمل الفسخ للعلم بعد حرمته تكليفاً، أو يشمله ولا يدلّ على عدم نفوذه.

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

ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^١، ولا ريب أن الرجوع ليست تجارة ولا عن تراض، فلا يجوز أكل المال. والتوهم المتقدم في السابق غير جار هنا، لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره^٢، ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها، حيث أن أكل المال ونقله عن مالكه بغير رضا المالك أكلٌ وتصرّف بالباطل عرفاً^٣. نعم، بعد إذن المالك الحقيقي وهو الشارع، وحكمه التسلّط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن البطلان.

آية التجارة عن تراض

١. هذا هو الدليل الرابع: وهو قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

وقد استدل المصنف^{الله} بكل من المستثنى والمستثنى منه.

أما الأول: فقد استدل به بتقريبين:

التقريب الأول: ما في أول الخيارات، وهو أنه يدل على جواز الأكل مطلقاً بسبب التجارة عن تراض، حتى فيما بعد الفسخ، ولازم ذلك عدم نفوذ الفسخ. وفيه: ما تقدم في دليل السلطة من أنه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية، حيث أنه لا يعلم بقاء الملك بعد الرجوع، مع أنه يتوقف الاستدلال على إرادة جميع التصرّفات من الأكل لا التملك.

٢. التقريب الثاني: ما ذكره في المقام حيث حصر جواز الأكل في التجارة، والمراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل، ومن المعلوم أن الفسخ ليس تجارة ولا عن تراض. وفيه: إنه^{سيصرح} في مبحث الإكراه بأن الاستثناء منقطع غير مفرغ، وهو لا يفيد الحصر، وهذا هو الظاهر من هذا الاستثناء كما سيمر عليك، وعليه فلا دلالة لهذه الجملة على الحصر، فلا وجه للاستدلال بها.

٣. وأما المستثنى منه: فقد استدل به بتقريب: أن أكل مال الغير وتملكه بغير رضاه

ولذا كان أكل المارة من الثمرة الممرون بها أكلًا بالباطل، لو لا إذن المالك الحقيقي. وهذا الأخذ بالشفعه، والفسخ بالخيار، وغير ذلك من الأسباب القهريه. هذا كلّه مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع، مثل قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^١.

أكل وتصريف بالباطل عرفاً.

وفيه أولاً: إنّه وإن كان المراد بالباطل هو الباطل العرفي لا الشرعي، إلا أنّه حيث يكون إذن المالك الحقيقي موجباً للخروج عن كونه باطلًا، ويحتمل في المقام إذنه في الفسخ، فكون الفسخ من الباطل مشكوك فيه، ومع الشك في صدق الموضوع لا مجال للتمسّك بحكمه.

وثانياً: إنّه يحتمل اختصاص الآية بالمعاوضات، من جهة التعبير بـ«أَمْوَالُكُمْ يَتَبَرَّكُمْ» الظاهر في إعطاء مال وأخذ مال، والرجوع ليس منها، فإنّه رد للملك، ويستتبع ذلك رجوع العوض، لا أنّه تملّك بعوض.

وثالثاً: إنّ الفسخ إذا كان حلاً للعقد، فلا تشتمله الآية الشريفه؛ لأنّه ليس سبباً للأكل، بل هو إنّما يرفع السبب الملك، وبعده يكون الملك بالسبب الأول. فتحصل: أنّه لا يصح الاستدلال على اللزوم بهذه الآية الشريفة.

دليل لزوم خصوص البيع

١. الخامس: قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١).

وتقريب الاستدلال به: بعد فرض صدق البيع على المعاطة والبيع على المتعاطي. واضح.

وأورد عليه تارةً: بأنّه يدلّ على اللزوم الحيسي، لا اللزوم من جميع الجهات، ولذا لا ينافي ثبوت خيار الحيوان والشرط ونحوهما.

وآخر: بأنّه في مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه للتمسّك بإطلاقه. وثالثة: بما أفاده المحقق النائيني^٢ وهو أنّه إنّما يدلّ على اللزوم والجواز

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الخيار حديث ٣ وبمضمونه أخبار آخر في ذلك الباب.

وقد يستدلّ أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْمُعْهُودِ﴾^١، بناءً على أن العقد هو

الحقّيin لا الّزوم الحكمي، وفي المعاطاة إن ثبت الّزوم فهو حكمي.

وفي الجميع نظر.

أمّا الأوّل: فلكونه خلاف إطلاق الخبر.

وأمّا الثاني: فالآن في مقام جعل الخيار قبل التفرّق، والّزوم بعده، ولذا في بعض النصوص قال عليهما بعد ذلك: «إذا افترقا فلا خيار لهما».

وأمّا الثالث: فلأنّ الّزوم مطلقاً حكمي، بمعنى أنه مجعل شرعي لا من منشئات المتعاقدين، ولذا لو أوقعوا العقد غير قاصدين له بل للجواز لا يتّصف العقد إلا به، كما لا يخفى.

فالالأظهر صحة الاستدلال بهذا الوجه للّزوم المعاطاة.

آية الوفاء بالعقد

١. هذا هو الوجه السادس: وهو قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْمُعْهُودِ﴾^(١).

وتنقيح القول فيه برسّم أمور:

الأمر الأوّل: إنّ العقد غير العهد، فإنّ العهد هو الجعل والقرار، وهو يشمل العهود الإلهيّة، أي النكاليف وسائر مجموعاته، بل حتّى ما كان من قبيل المناصب كالخلافة، كما في قوله تعالى: ﴿لَا يَتَأَلَّ عَهْدِي الطَّالِمِينَ﴾^(٢).

وأمّا العقد: فهو ربط شيء بشيء، ومنه عقد الإزار لربطه، وعقدة اللسان لارتباطه المانع عن إرساله.

والعقد في اصطلاح الفقهاء في قبال الإيقاع، وهذا معنى شامل للارتباطات الواقعة في النفس والارتباطات المتعلّقة بالاعتباريّات، فالعقد إنّما يُطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار كلّ من المتعاقدين بالأخر.

(١) المائدة، آية ٢٠. (٢) البقرة، ١٢٤.

مطلق العهد، كما في صحيحة عبد الله بن سنان، أو العهد المشدد، كما عن بعض أهل اللغة^١. وكيف كان، فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة.

وبما ذكرناه ظهر أنّ ما في المتن تبعاً لجملة من اللغوين، وتبعه جمعٌ من المحسّين.

١. من تفسيره بالعهد أو المشدد منه، غير صحيح.

كما أنّ ما أفاده المحقق النائيني في وجه عدم صدق العقد على المعاطاة: بأنّ العقد إنما يسمى عقداً لكونه مفيداً للعهد المؤكّد والميثاق، أي التزام المتباعين بما أنشأه، والفعل قاصر عن إفادة هذا المعنى، فإنه إنما يفيد تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، ولا يدلّ على الالتزام المذكور، وهذا بخلاف اللفظ فإنه يدلّ عليه بالالتزام.

غير تام، فإنّ العقد لا دخل لل فعل والقول فيه، بل هو أمرٌ نفسيٌّ، يكون الكاشف عنه تارةً القول وأخرى الفعل.

الأمر الثاني: إنّ الوفاء عبارة عن التمام أو ما يقاربه، والإيفاء عبارة عن الإتمام والإنتهاء، وعليه فإنّ العقد متعلقاً بالفعل كان الوفاء به إيجاده، وإن كان متعلقاً بالنتيجة كالعقد على ملكيّة عين بوضي، كان الوفاء به إتمامه، وعدم رفع اليديه بحله ونقضه.

وبذلك يظهر أمران:

الأول: أنّ ما أفاده بعضهم من أنّ المراد بالوفاء بالعقد في المقام تسليم العوضين، غير تام، إذ العقد لم يتعلّق بترتيب آثار الملك، فهو أجنبٍ عن الوفاء به.

الثاني: أنّ ما أفاده المحقق الإيرلندي من أنّ العقد على النتيجة لا يكون مشمولاً للآلية، إذ العقد عليها إما أن يؤثّر في وقوعها أو لا، وعلى كلّ حال لا عمل خارجي له من العقد حتى يخاطب بخطاب أوفوا.

في غير محله.

الأمر الثالث: إنّ الأمر بالوفاء إما أن يكون إرشاديًّا، أو يكون أمراً مولوياً نفسياً.

وعلى الأول: حيث أنه لا معنى لكونه إرشاداً إلى الصحة - لما عرفت من أنّ الوفاء بالعقد في المقام عبارة عن إتمامه وعدم رفع اليديه، وهذا فرع نفوذه وصحته -

وكذلك قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^١، فإن الشرط لغةً مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

فلا محالة يكون إرشاداً إلى اللزوم.

وقد ادعى المحقق النائيني ظهوره في ذلك، بدعوى أنه كما يكون للأمر والنهي في باب المركبات ظهور ثانوي في الإرشاد إلى الجزئية والمانعية، كذلك في المعاملات يكون إرشاداً إلى حكم وضعی، وهو في المقام اللزوم وعدم تأثير الفسخ والرجوع، فعلى هذا دلالته على لزوم المعاطة واضحة، ولكن لم يثبت هذا الظهور.

وإن كان مولوياً نفسياً: فيمكن تقريب دلالته على اللزوم، وعدم تأثير الفسخ بوجهين:

أحدهما: إن وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ لو كان، فإنما هو بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، ولا يتحمل كونه محرماً بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق، ومن عدم الحق يستكشف عدم تأثيره.

ثانيهما: الإجماع على أنه لو كان حراماً كان غير مؤثر، وأنه لو كان مؤثراً لما كان حراماً.

فتحصل: أن الأظهر دلالة هذه الآية الشريفة على اللزوم في المعاطة.

دليل الشرط

١. هذا هو الوجه السابع: وهو قوله عليه السلام: «ال المسلمين عند شروطهم»^(١). وتقريب الاستدلال به على المشهور: أن الشرط لغةً مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

وفيه: أن الاستدلال به على اللزوم إنما يتوقف على أمرتين:
صدق الشرط على المعاملات كالبيع.
ودلالته على اللزوم.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

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

وبعبارة أخرى: الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، ولذا قال في محكي «القاموس»: (الشرط إلزام الشيء أو التزامه في البيع ونحوه)، ولا يصدق على الالتزام المستقل الابتدائي، فلا يصدق الشرط على البيع.

وأثنا الثاني: فالا ظهر أنه إنشاء حكم تكليفي لا وضعبي، وذلك لأنّ مضمونه لو كان عدم انفكاك الشرط عن المؤمن، كان يحتمل إرادة اللزوم منه أو الصحة، ولكن بما أنّ مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه - وهذا ليس صفة في الشرط كي يكون ذلك إرشاداً إلى صحته أو لزومه، بل هو صفة في المؤمن - فلا محالة يكون ظاهراً في كونه أمراً بالوفاء بالشرط تكليفاً، وعليه فيجري فيه ما ذكرناه في دليل وجوب الوفاء بالعقد، فراجع.

الوجه الثامن: السيرة العقلائية، فإنّها قائمة على لزوم كلّ معاملة صحيحة.

وبعبارة أخرى: إنّ العقلاء بما هم عقلاء، ملتزمون بعدم جواز الرجوع في كلّ معاملة بنوا على صحتها، وحيث أنّ الشارع الأقدس لم يردّع عنها - لما سترى من عدم تمامية ما استدلّ به على عدم اللزوم - فيستكشف من ذلك إمضائه لها.

الوجه التاسع: النصوص الخاصة التي استدلّ بها السيد الفقيه رحمه الله مثل:

صحيح جميل، عن الإمام الصادق عليه السلام الوارد: «فيمين اشتري طعاماً وارتفع أو نقص في القيمة، وقد اكتال بعضه، فأبى صاحب الطعام أن يسلّم له ما بقي؟ وقال: إنّ لك ما قبضت، فقال: إنّ كان يوم اشتراه ساعره على أنه له فله ما بقي»^(١).

(١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب أحكام العقود، حديث ٣.

والحاصل: أن الحكم باللزوم في مطلق الملك وفي خصوص البيع، مما لا ينكر، إلا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة^١، بل ادعاه صريحاً بعض الأساطين في شرح «القواعد»، ويعضده الشهادة المحققة، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخّري المتأخّرين، فإن العبرة المحكية عن المفید^{الله} في «المقنعة» لا تدلّ على هذا القول، كما عن «المختلف» الاعتراف به، فإن المحكي عنه أنه قال: (ينعقد البيع على تراضٍ بين الاثنين، فيما يملكان التباع له، إذا عرفاه جميعاً وتراضياً بالبيع وتقابضاً وافترقاً بالأبدان)، انتهى.

وجه الدلالة: أنه علیئلاً حكم باللزوم بمجرد المساعدة، وإن لم يكن الإنشاء باللفظ ونحوه غيره.

وفيه: إنّ هذه النصوص واردة في مقام بيان حكم آخر، فلا يصحّ التمسّك بإطلاقها. فتحصل مما ذكرناه: أنّ الاستصحاب، والسيرة، ودليل وجوب الوفاء بالعقد، ودليل لزوم البيع بالخصوص، جميعها تدلّ على لزوم المعاطاة.

أدلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها

المورد الثاني: فيما استدلّ به على عدم اللزوم، وهو أمور:

١. أحدها: الإجماع.

وتقريبه من وجهين:

الوجه الأول: الإجماع البسيط على عدم اللزوم، وقد ادعاه غير واحد.
وفيه أولاً: أنه غير ثابت، كيف وإنّ ظاهر ما عن العلامة ^{بنبيه} - في «التذكرة» و«المختلف» من نسبة اعتبار الصيغة في اللزوم إلى الأشهر والأكثر - وجود قائل معتمد به بعدم الاعتبار.

ويقوى إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين وتأثيره في اللزوم، وكأنه لذلك حكى «كافش الرموز» عن المفید والشیخ الله أنه لابد في البيع عندهما من لفظ مخصوص، وقد تقدم دعوى الإجماع من «الغنية» على عدم كونها بيعاً، وهو نص في عدم اللزوم. ولا يقدح كونه ظاهراً في عدم الملكية الذي لا يقول به. وعن «جامع المقاصد»: (يعتبر اللّفظ في العقود الّازمة بالإجماع).

نعم، قول العلامة الله في «التذكرة»: (أن الأشهر عندنا أنه لابد من الصيغة) يدل على وجود الخلاف المعتقد به في المسألة، ولو كان المخالف شاذًا لعتبر بالمشهور، وكذلك نسبته في «المختلف» إلى الأكثر، وفي «التحرير»: (أن الأقوى أن المعاطة غير لازمة)، ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها، مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملكة، وإنما تفيد الإباحة، لم يكن هذا الاتفاق كافياً^١، إذ القول باللزوم فرع الملكية، ولم يقل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعاً له، وهذا مما يوهن

١. وثانياً: إن بناء أغلب المجمعين على عدم إفاده المعاطة للملكية، فيكون الاتفاق تقييدياً غير مفید وغير كافش، إذ القول باللزوم فرع الملكية، ولا يقول الأكثر بها.
وثالثاً: إن مدرك المجمعين معلوم، فلا يكون إجماعاً تعبدياً كافشاً عن رأي المعصوم.

الوجه الثاني: الإجماع المركب.

بتقرير: أن الأصحاب بين من يقول بعدم إفادتها الملك، ومن يقول بعدم لزومها، فالقول باللزوم إحداث للقول الثالث.

وفيه أولاً: إنه ليس إجماعاً لوجود القائل باللزوم.

وثانياً: إنه ليس إجماعاً تعبدياً كافشاً عن رأي المعصوم كما تقدم.
وثالثاً: إن كون الأصحاب على قولين لا يفيد في الإجماع المركب، ما لم يكن إجماعاً على عدم الثالث، وفي المقام، حيث أن القاتلين بعدم إفادتها الملك لم يصرّحوا

حصول القطع بل **الظن** من الاتفاق المذكور، لأنّ قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع. نعم، يمكن أن يُقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور، إنّ أصحابنا بين قائل بالملك الجائز وبين قائل بعدم الملك رأساً. فالقول بالملك اللازم قول ثالث، فتأمل.

وكيف كان، فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام، عن قول غيره من العلماء - كما هو طريق المتأخرين - مشكل لما ذكرنا، وإن كان هذا لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء كما بين في الأصول.

وبالجملة: فما ذكره في «المسالك» من قوله - بعد ذكر قول من لم يعتبر مطلق **اللفظ** في **اللزوم** - : (ما أحسنه وما أمنن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه) في **غاية** **الحسن والمتانة والإجماع**, وإن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع, إلا أن المظنون **قوياً** **تحققه** على عدم **اللزوم**, مع عدم لفظ **دال** على إنشاء التمليلك, سواءً لم يوجد لفظ **أصلاً** **موجد**, ولكن لم ينشأ التمليل به, بل كان من جملة القرائن على قصد التمليل **بالتقابض**. وقد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار^١, بل يظهر منها أن إيجاب البيع **باللفظ دون مجرد التعاطي** كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار.

بعدم اللزوم على تقدير القول بالملك، فلا يفيد.

الوجه الثالث: الأخبار الخاصة التي أشار إليها المصنف بقوله:

١. (ويظهر ذلك من غير واحد من الأخبار).

وي يمكن أن يكون مقصوده ما تقدم في أدلة إفادة المعاطة الملك من الخبر الوارد في

بيع المصحف^(١)، والوارد في بيع أطنان القصب^(٢).

ويمكن أن يكون مقصوده ما سينقله من الأخبار التي ادعى إشعارها أو ظهورها.

فإن كان مقصوده الأول، فيرد عليه ما تقدم، وإن كان إلى الثاني فسيأتي ما فيه.

(١) الوسائل، باب ٣١ من أيواب ما يكتسب به. (٢) الوسائل، باب ١٩ من أيواب عقد البيع وشروطه.

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي يُراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي^١. نعم، ربما يكتفون بالموافقة فقول البائع: (بارك الله لك) أو ما أدى هذا المعنى بالفارسية. نعم، يكتفون بالتعاطي في المحرّقات، ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم، الاكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد، للسيرة ولغير واحد من الأخبار، كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة.

١. الوجه الرابع: سيرة المترسّعة، فإنّ بناءهم في البيوع الخطيرة التي يُراد بها عدم الرجوع على عدم الاكتفاء بالمعاطاة، وفي المحرّقات ينكرون على من امتنع عن الرجوع مع بقاء العينين إذا كان إنشاء البيع بالتعاطي.

وفيه: إنّ هذه السيرة لم يثبت كونها مستمرة إلى زمان المعصوم عليه السلام، بل يحتمل قوياً كونها مستندة إلى فتاوى المراجع والفقهاء، فلا تفيـد.

الوجه الخامس: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وحاصله: إنّ اللزوم على قسمين: لزوم حكمي، ولزوم حقي.

والأول: إنما هو ما يجعله الشارع الأقدس في موارد لمصلحة تدعوه إلى ذلك، كما في الهبة بذى الرحمة، وتأثيره عدم جواز جعل الخيار وعدم صحة الإقالة، ويقابل هذا الجواز الحكمي كما في الهبة بغير ذى الرحمة، وأثره عدم جواز الإسقاط.

والثاني: إنما يكون بإنشاء المتعاقدين، كما في البيع اللفظي، فإنّ البائع ينشأ باللفظ أمران: أحدهما تبديل أحد طرف في الإضافة بمثله، ثانيةً الالتزام ببقاء بدلية المبيع للثمن.

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

وفي المعاطاة ليس شيء من اللزومين، أمّا الأول فلعدم الدليل عليه، وأمّا الثاني فلأنّ الفعل قاصر عن إفادة الالتزام ببقاء البدلية، وإن قصد المتعاقدان ذلك، إذ مجرد البقاء القلبي ما لم ينشأ لا يفيد في باب المعاوضات، والفعل من جهة عدم كونه مصداقاً لهذا العنوان لا يصلح لكونه إنشاءً له، فأدلة اللزوم من جهة تضمنها اللزوم الحقي

بقي الكلام في الخبر الذي تمسّك به في باب المعاطاة تارةً على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف، وأخرى على عدم إفادتها للزّرّوم، جمّاً بينه وبين ما دلّ على صحة مطلق البيع، كما صنعته في «الرياض»، وهو قوله عليه السلام: «إِنَّمَا يُحَلِّ الْكَلَامُ وَيُحَرِّمُ الْكَلَامُ»، وتوضيح مراده منه يتوقف على بيان تمام الخبر، وهو ما رواه ثقة الإسلام في باب بيع ما ليس عنده، والشيخ في باب النقد والنسيئة، عن ابن أبي عمر، عن يحيى بن الحجاج، عن خالد بن الحجاج أو ابن نجيح، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني، ويقول أشتري لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بل، قال: لا بأس إِنَّمَا يُحَلِّ الْكَلَامُ وَيُحَرِّمُ الْكَلَامُ»^١. وقد ورد بمضمون هذا الخبر روایات اخْر مجردة عن قوله عليه السلام: «إِنَّمَا يُحَلِّ». كلها تدل على أنه لا بأس بهذه المواجهة والمقولة ما لم يوجب بيع المتعاقدين قبل أن يشتريه من صاحبه.

ونقول: إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوهاً:

- الذي لا يمكن القول به في المعاطاة - لا تشملها، وتحتتص بالبيوع اللغظية، فتكون المعاطاة جائزة لا بالجواز الحكمي التعبدية، ولا بالجواز الحقي، من جهة عدم تحقق منشأ الزّرّوم .

وفيه أولاً: إن الزّرّوم مطلقاً يكون بجعل الشارع، ولذا لو قصد المتعاقدين الجواز في البيع اللغظي لما حكم به، غاية الأمر في بعض الموارد جعل حق الخيار والإقالة، وفي بعض الموارد لم يجعل ذلك، وإلا فالزّرّوم مطلقاً إنما يكون بجعل منه، وعليه فالأدلة الدالة على لزوم البيع إنما تكون دالة على لزوم المعاطاة كالبيع اللغظي بلا فرق بينهما أصلًا.

وثانياً: إن الفعل كما يكون قاصراً عن إفادة الالتزام ببقاء البذرية، كذلك اللغظ قاصر عن إفادته، إذ ليس ذلك لازماً لقصد تبديل المال بالمال، كي يكون اللغظ الدال عليه دالاً عليه بالدلالة الالتزامية.

١. الوجه السادس: خبر خالد بن نجيح^(١) - أو الحجاج - المذكور في المتن.

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

الأول: أن يُراد من الكلام في المقامين، **اللفظ الدال على التحرير والتحليل**^١، بمعنى أن تحرير شيء وتحليله لا يكون إلا بالنطق بهما، فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام، ولا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال.

وتقريب الاستدلال به: إنَّه **عليه حصر المحلل والمحرم في الكلام - أي اللَّفظ** فلا يكون الفعل محللاً ومحرماً.

وفيه: إنَّ هذا الحديث مجهول على تقدير وحسن على تقدير آخر، إذ لو كان الخبر مروياً عن ابن نجيح فهو مجهول، ولو كان عن ابن الحجاج يكون حسناً، وحيث لم يثبت كونه عن ابن الحجاج فلا يتم الاستدلال به من حيث السند.

وأمّا من حيث الدلالة: فقد ذكر المصنف **للمراد من الجملة التي ذكرت علة - أي قوله عليه**: «إنما يحلل الكلام ويحرّم الكلام» - احتمالات أربعة، وستمر علىك.

وهنا احتمال خامس لعله الظاهر من الخبر، ذكره صاحب الجوهر **والمحقق** والخراساني والمحقق الإصفهاني والمحقق الإيرلندي.

وحاصله: أن المراد بالكلام الالتزام البيعي، والمراد بال محللية والمحرمية المنسوبتين إليه، محللية الإيجاب للمبيع على المشتري والثمن على البائع، ومحرمية المبيع على البائع والثمن على المشتري، وإطلاق الكلام على الالتزام شائع، مثل ما يقال: «كلام الليل يمحوه النهار».

فالمحصل من الخبر: أن المشتري حيث إن شاء أخذ وإن شاء ترك، فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة، وإنما الواقع صرف المواجهة والمقاؤلة، فلا بأس لعدم كونه حبيثٍ من بيع ما ليس عنده، وهذا بخلاف ما إذا تحقق إيجاب البيع، وانطباق هذه الجملة على جوابه **عليه** على هذا في غاية الوضوح. وعليه، فهذا الخبر أجنبي عمما استدل به، وهو اعتبار **اللفظ في اللزوم**.

وأمّا الاحتمالات التي ذكرها المصنف **فشيء منها لا يخلو عن الإشكال**، وهي أربعة:

١. الاحتمال الأول: أن يكون المراد بالكلام **اللفظ**، فيكون المراد انحصر المحلل

الثاني: أن يُراد (بالكلام) **اللفظ** مع مضمونه، كما في قوله: (هذا الكلام صحيح أو فاسد) لا مجرد **اللفظ** أعني الصوت، ويكون المراد أن المطلب الواحد يختلف الحكم الشرعي حلاً وحرمة باختلاف المضامين المؤدات بالكلام، مثلاً المقصود الواحد وهو التسلیط على البعض مدة معينة يتاتي بقولها: (ملكك بعضی أو سلطتك عليه أو آجرتك نفسی أو حللتها لك)، وبقولها: (متعت نفسی بکذا)، فما عدا الأخير موجب لترحیمه، والأخر محلل^١، وعلى هذا المعنى ورد قوله عليه السلام: «إِنَّمَا يَحْرَمُ الْكَلَامُ» في عدة من روایات المزارعة.

منها: ما في التهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير، عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أَنَّهُ سُئلَ عَنِ الرَّجُلِ يَزْرِعُ أَرْضًا رَجُلًا فَيُشَرِّطُ عَلَيْهِ ثَلَاثًا لِلْبَذْرِ وَثَلَاثًا لِلْبَقْرِ؟ فَقَالَ: لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَسْمَى بِذَرَّاً وَلَا بَقْرًا، وَلَكِنْ يَقُولُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ: (اَرْزَعْ فِي أَرْضِكَ وَلَكَ مِنْهَا كَذَا وَكَذَا نَصْفُ أَوْ ثُلُثُ أَوْ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ)، وَلَا يَسْمَى بِذَرَّاً وَلَا بَقْرًا، فَإِنَّمَا يَحْرَمُ الْكَلَامُ».

والمحرم باللفظ دون القصد المجرد، ودون الفعل مع القصد.

ويرد عليه أمر:

منها: لزوم تخصيص الأكثـر، فإن التذكـية تحلـل الحـيوان، وذهاب الشـتـين يحلـل العـصـير المـغـلي بـالـنـارـ، وانـقلـابـ الـخـمـرـ خـلـلاً يـحلـلـ الـخـمـرـ، والـحـيـازـاتـ تـحلـلـ الـأـمـوـالـ، وـمـوـتـ الـمـورـثـ يـحلـلـ الـمـالـ لـلـورـثـةـ، إـلـىـ غـيـرـ تـلـكـمـ منـ الـمـوـارـدـ.

ومنها: أن لازم هذا عدم إفادـةـ المـعـاطـةـ الإـبـاحـةـ وـلـاـ التـمـلـيـكـ، وـهـوـ خـلـافـ الإـجـمـاعـ.

ومنها: عدم انـطبـاقـهـ عـلـىـ جـوـابـ الـإـمـامـ عـلـيـهـ السـلامـ، فـإـنـهـ فـيـ صـدـ بيـانـ أـنـ بـيعـ ماـ لـيـسـ عـنـهـ فـاسـدـ، وـأـنـ مـجـرـدـ المـقاـوـلـةـ لـاـ بـأـسـ بـهـ، وـعـلـيـهـ فـالـتـعـلـيلـ الـمـذـكـورـ غـيـرـ مـرـبـوطـ بـهـذاـ، كـمـاـ لـاـ يـخـفـيـ.

١. الاحتمال الثاني: أن يكون المراد أن المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الألفاظ المفيدة له، مثلاً التسلیط على البعض مدة معينة يتمتعت نفسی بکذا، ويكون هذا محللاً له، ولا يتحقق بملكك بعضی بکذا، ويكون هذا محـرـماً له.

ويرد عليه:

أولاً: إنـهـ لـاـ يـنـطـبـقـ عـلـىـ الـمـوـرـدـ، فـإـنـ فـيـ الـمـوـرـدـ مـضـمـوـنـيـنـ أحـدـنـهـمـاـ الـمـوـاـعـدـةـ،

الثالث: أن يُراد بالكلام في الفقرتين، الكلام الواحد، ويكون تحريره وتحليله باعتبار وجوده وعدمه، فيكون وجوده محلّاً وعدمه محراً أو بالعكس، أو باعتبار محلّه وغير محلّه، فيحلّ في محلّه ويحرّم في غيره^١، ويحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

الرابع: أن يُراد من الكلام المحلّ خصوص المقاولة والمواعدة، ومن الكلام المحرم إيجاب البيع وإيقاعه^٢. ثم إنّ الظاهر عدم إرادة المعنى الأول، لأنّه مع لزوم تخصيص الأكثـر - حيث أنّ ظاهره حصر أسباب التحليل والتحريم في الشريعة في اللفظ - يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليق له، لأنّ ظاهر الحكم - كما يستفاد من عدّة روايات آخر - تخصيص الجواز بما إذا لم يوجّب البيع على الرجل قبل شراء المتعاق من مالكه، ولا دخل لاشترط النطق في التحليل والتحريم في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلّل به.

وثنائهما البيع، والإمام البيضاوي بصدق بيان أنّ الأول لا بأس به والثاني فيه بأس.

وثانياً: أنّ التحرير على هذا ليس مستندأ إلى الكلام.

وثالثاً: أنّ المناسب لهذا المعنى تنكير الكلام في الموردين:

١. الاحتمال الثالث: أن يكون المراد بالكلام في الموردين الكلام الواحد، ويكون تحليله وتحريمه باعتبار وجوده وعدمه، أو باعتبار محلّه وغير محلّه، مثل عقد النكاح يحلّ إذا كان العاقد محلّاً، ويحرّم إذا كان محراً.

ويرد عليه: أنّ التحليل والتحريم باعتبار الوجود وعدم في غاية البعد، فإنه مضافاً إلى أنّ الظاهر منه ما هو بالحمل الشائع كلام - ألا ترى أنه لم يحتمل أحد إرادة العدم في غير المقام، مثلاً لم يحتمل أحد في قوله تعالى: ﴿وَلِلّٰهِ عَلٰى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ أنّ المراد عدم الحجّ - أنّ تقدير العدم ينافي وحدة السياق.

مع أنّ نسبة المحلولية إلى عدم الشيء لا تصحّ، إذ العدم لا يؤثّر في الصحة.

وأمّا باعتبار وقوع الكلام في محلّه وفي غير محلّه، فهو أيضاً لا يتمّ، إذ الإيجاب الواقع في غير محلّه لا يكون محراً، لأنّ عدم الحلية إنما يكون لعدم حصول الإيجاب الصحيح لا لحصول الإيجاب الفاسد.

٢. الاحتمال الرابع: أن يُراد بالكلام المحلّ خصوص المقاولة، ومن الكلام المحرم

وكذا المعنى الثاني، إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللاً وبآخر محرماً، فتعين المعنى الثالث، وهو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرّم هذه المعاملة، إلا وجوده قبل شراء العين التي يريدها الرجل، لأنّه بيع ما ليس عنده، ولا يحلّ إلا عدمه، إذ مع عدم الكلام الموجب للالتزام البيع، لم يحصل إلا التواعد بالمبایعة، وهو غير مؤثر، فحاصل الرواية أنّ سبب التحليل والتحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عندماً وجوداً، والمعنى الرابع وهو أنّ المقاولة والمارضاة مع المشتري الثاني، قبل اشتراء العين محلل للمعاملة وإيجاب البيع معه محرّم لها، وعلى كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسألة المعاطة.

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر^١، بعدما عرفت من أنّ المراد بالكلام هو إيجاب البيع، بأن يقال: إنّ حصر المحلل والمحرّم في الكلام لا يتأتّى إلا مع انحصار إيجاب البيع في الكلام، إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرّم في الكلام، إلا أن يقال إنّ وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية، هو عدم إمكان المعاطة في خصوص المورد، إذ المفروض أنّ المبيع عند مالكه الأول.

إيجاب البيع بمعنى أن يكون المراد أنّ العبارة الواحدة يختلف حكمها باعتبار قصد الإنشاء منها أو صرف المقاولة.

ويرد عليه: أنّ المقاولة لا تكون محللة لشيء، كما أنّ البيع الفاسد لا يحرّم شيئاً.
أقول: ويمكن تصوير احتمالات أخر في الخبر، إلا أنه لا يهمّنا التعرّض لها، وقد عرفت أنّ الأظهر هو ما اخترناه تبعاً للأساطين، وعليه فالخبر أجنبي عن المقام.

١. قوله: (نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر).

وهذا لا يتمّ بناءً على الاحتمال الذي استظهرناه.

وأمّا بناءً على ما استظهره المصنف^٢ من الخبر، فغاية ما يمكن أن يقال في تقرير دلالة الخبر على اعتبار اللّفظ في البيع: إنّ حصر المحلل والمحرّم في الكلام، ولو لم ينحصر إيجاب البيع به، ووقع بغير الكلام، لم ينحصر المحلل والمحرّم في الكلام.
ولكنّه غير تام، إذ الحصر على الاحتمال الرابع لوحظ بالإضافة إلى الإيجاب في

(فتاًمِل)^١. وكيف كان، فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور، كما يشعر به قوله ﷺ في رواية أخرى واردة في هذا الحكم أيضاً، وهي رواية يحيى بن الحجاج، عن أبي عبد الله عائشة: «عن رجل قال لي اشتري لي هذا الثوب أو هذه الدابة وبعنتها أرابحك فيها كذا وكذا؟ قال: لا بأس بذلك اشتراها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشريها». فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع^٢ ليس مجرد إعطاء العين للمشتري. ويشعر به أيضاً رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبي عبد الله عائشة: الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول أبيعك بده دوازده أو ده يازده؟ فقال: لا بأس، إنما هذه المراوضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة»، فإن ظاهره على ما فهمه بعض الشرّاح أنه لا يكره ذلك في المقاولة التي قبل العقد، وإنما يكره حين العقد. وفي صحيح ابن سنان: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتعاق لليس عندك تساومه، ثم تشتري له نحو الذي طلب، ثم توجه على نفسك ثم تبقيه منه بعد».

مقابل المقاولة لا بالإضافة إلى اللفظ في قبال الفعل مثلاً، وعلى الاحتمال الثالث لوحظ بالإضافة إلى وجود الإيجاب في قبال عدمه، أو بالإضافة إلى وقوعه في محله في مقابل وقوعه في غير محله.

نعم، لو كان للوصف مفهوم صحيح ما ذكر.

١. قوله: (فتاًمِل).

لعله إشارة إلى أنه في المعاطاة لا يعتبر الإعطاء من الطرفين، بل يكفي الإعطاء من طرف واحد، فلو أعطى المشتري الشمن قاصداً به الاستيصال وأخذ البائع بقصد الإيجاب، تحقق البيع على كلام يأتي.

أو إلى أنه لا دلالة في الخبر على عدم كون المبيع عنده خارجاً، بل ظاهر قوله: (اشتر لي هذا الثوب) هو حضور الثوب عندهما.

٢. قوله: (إن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين).

الإنصاف إنه لا إشعار في شيء من هذه النصوص^(١) بذلك فضلاً عن الظهور.

(١) راجع الوسائل باب ٨ من أبواب أحكام العقود.

وينبغي التنبيه على أمور :

الأول: الظاهر أن المعاطة قبل اللزوم - على القول بإفادتها الملك - بيع^١، بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في «جامع المقاصد» أنه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة، كالعلامة في «النهاية»، ودل على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى: «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ». وأما على القول بإفادتها للإباحة، فالظاهر أنه بيع عرفي، لم يؤثر شرعاً إلا الإباحة، فنفي البيع عنها في كلامهم ومعاقد إجماعهم، هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادة على الملك، هذا على ما اخترناه سابقاً من أن مقصود المتعاطيين في المعاطة التملك والبيع. وأما على ما احتمله بعضهم - بل استظهروه - من أن محل الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحة، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً، وعلى هذا فلابد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلة الدالة على صحة هذه الإباحة العوضية، من خصوص أو عموم، وحيث أن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم: «الذناس مسلطون على أموالهم» كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير مثبت شرطيتها، كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس. والحاصل: أن المرجع على هذا عند الشك في شروطها، هي أدلة هذه المعاملة، سواءً اعتبرت في البيع أم لا.

وأما على المختار من أن الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع^٢ مطلقاً أم لا كذلك، أم يبنت على القول بإفادتها للملك، والقول بعدم إفادتها إلا الإباحة وجوه:

فتحصل: أن الأظهر بحسب الأدلة أن المعاطة تقيد الملك وتكون لازمة.

اعتبار شرائط البيع فيها

١. قوله: (الظاهر أن المعاطة قبل اللزوم - على القول بإفادتها الملك - بيع).
هذا هو التنبيه الأول: من التنبيهات التي يتعرض لها المصنف، وهو أن المعاطة هل هي بيع يتربّب عليه جميع أحكام البيع، أم أن هناك تفصيل بين المسالك؟
وحق القول في المقام يقتضي البحث في موارد:
٢. المورد الأول: في أنه هل يعتبر في المعاطة شروط البيع، كمعلومية العوضين،

يشهد للأول: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع^١.

ووجوب التقادم في الصرف والسلم وغيرهما؟ وهل تتحققها أحکامه ككون تلف المبيع قبل القبض من مال بائمه أم لا؟

المورد الثاني: في أنه هل يجري فيها الربا أم لا؟

المورد الثالث: في جريان الخيار وعدمه فيها؟

أما الأول: فإن قلنا إن المعاطة معاملة مستقلة مفيدة للملك ولا تكون بيعاً، فإن كان دليلاً إمضائهما مما له إطلاق كـ«أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(١) ونحو ذلك، فالظهور عدم اعتبار شيء من الشرائط فيها، إذ تلك شرائط للبيع على الفرض، والمعاطة ليست بيعاً، ومقتضى إطلاق ذلك الدليل عدم اعتبارها فيها، بناءً على ما عرفت من صحة التمسك بإطلاق أدلة المعاملات، لنفي اعتبار ما شاك في اعتباره في الأسباب، وإن كانت ألفاظها أساسية للمسيدات.

وإن كان دليلاً إمضائهما السيرة التي ليس لها إطلاق، فإن فرضت على عدم أخذ ذلك الشيء في مقام التعاطي، فعدم الاعتبار واضح، وإن لم يثبت ذلك فلا بد من رعايتها لقصور الدليل الليبي، والأصل يقتضي عدم ترتيب الأثر عليها عند فقدتها.

وبه يظهر حال المعاطة المقصود بها الإباحة.

وأما إن لم نقل بأنها معاوضة مستقلة وقد صد بها الملكية:

فتارةً: نقول إنها تفيد الملك اللازم. وأخرى: نقول إنها تفيد الملك الجائز، وثالثة: نقول إنها تفيد الإباحة.

١. فإن قلنا إنها تفيد الملك اللازم، فالظهور اعتبار جميع الشروط فيها، ولحق جميع أحکامه لها، وذلك لأنّ دليلاً اعتبار ذلك الشرط إن كان له إطلاق يدلّ على اعتباره في البيع الشرعي مطلقاً، بالأمر واضح لأنّها بيع، وإن لم يكن له إطلاق -كما إذا ثبتت شرطية شيء للبيع بالإجماع.

(١) المائدة: ٢.

ويؤيده: أن محل النزاع بين العامة والخاصة في المعاطاة، هو أن الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط أم لا، كما يفصح عنوان المسألة في كتب كثير من العامة والخاصة، فما انتفي فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان، وإن فرض مشاركاً له في الحكم، ولذا أدعى في «الحدائق» أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة إذا استكملا شروط البيع غير الصيغة

فقد يتوجه أنه من جهة ذهاب جمع من المجمعين إلى عدم كون المعاطاة بيعاً لا يكون إجماع على اعتباره في المعاطاة، فلا وجه لاعتباره فيها. ولكنه توهّم فاسد، فإنه فرق بين موارد التخصيص والتخصّص.

توضيح ذلك: إن تارة ينعقد الإجماع على وجوب إكرام العلماء، ولكن المجمعين مع بنائهم على أن النحوين من العلماء ذهبوا - أو جمّع منهم - إلى عدم وجوب إكرامهم، وفي هذا المورد يؤخذ بالمتيقن، ويحكم بعدم وجوب إكرام النحوين، واحتصاص الإجماع بغيرهم.

وآخر: ينعقد على وجوب إكرام كل عالم، إلا أن جماعة منهم ذهبوا إلى عدم وجوب إكرام النحوين لبنائهم على أنهم ليسوا بعلماء، فمثل هذا الإجماع لا يؤخذ منه بالقدر المتيقن، فلو كان النحوي عندنا من العلماء نحكم بوجوب إكرامه.

والمقام من قبيل الثاني، إذ من يقول بعدم اعتبار ذلك الشرط في المعاطاة، إنما يقول به لأجل أنه لا يراها بيعاً، وعليه فلا وجه للأخذ بالمتيقن من الإجماع.

وبالجملة: فتاوى العلماء من قبيل النص إنما يرجع إليها في تعين الحكم الكلّي، وأما صدق الموضوع على فرد وعدمه، فلا بدّ فيه من التماس وجه آخر.

ولا فرق فيما ذكرناه بين كون مدرك إفادة المعاطاة الملك واللزوم، هي أدلة إمساء البيع أم كان هي السيرة.

وعن المحقق الإصفهاني رحمه الله: أنه إن كان دليلاً نفوذ المعاطاة هي السيرة، وقد فرضت

المخصوصة، وأنّها تفيد إباحة تصرّف كلّ منها، فيما صار إليه من العوض، ومقابل المشهور في كلامه قول العلامة رحمه الله في «النهاية» بفساد المعاطاة، كما صرّح به بعد ذلك، فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجمام شرائط البيع.

على عدم أخذ ذلك الشيء - الذي دلّ النصّ مثلاً على اعتباره في البيع الشرعي مطلقاً في مقام التعاطي - كانت مخصّصة لدليل اعتبار الشرط، ودالة على اختصاصه بالقولي). وفيه: أنّ المراد بهذه السيرة إنّ كان هي السيرة العقلائية، فلا يعقل كونها مخصّصة لدليل اعتبار ذلك الشرط، فإنّ ذلك الدليل إنما يدلّ على دخله في البيع الشرعي - كما سي Merrill عليك - فلا محالة لابدّ من تقديمها على السيرة على عدم أخذه في البيع العرفي، كما لا يخفى.

وإن أريد بها سيرة المترسّعة المستمرة، كان ما ذكر تاماً إن ثبت، لكن دون إثباتها خرط القناد.

فالاُظْهَر اعتبار جميع الشرائط فيها على هذا المسلك، ولحقوق جميع أحکامه لها.

وإن قلنا: إنّها تفيد الملك الجائز، ففيها أقوال ووجوه:

أحدها: اعتبار جميع شرائط البيع فيها.

الثاني: عدم اعتبار شيء منها فيها.

الثالث: التفصيل بين الشرائط التي ثبت اعتبارها بالنصّ فتعتبر فيها، وما ثبت اعتباره فيها بالإجماع فلا يعتبر.

الرابع: التفصيل بين أن يكون دليلاً نفوذاً للمعاطاة الأدلة اللفظية، فتعتبر فيها شرائط البيع. وبين أن يكون دليلاً النفوذ السيرة فلا تعتبر فيها.

أقوال: والأُظْهَر هو الأول، لأنّ الأدلة الدالة على اعتبار الشرائط في البيع، تدلّ على اعتبارها في كلّ ما يصدق عليه البيع، سواء أكانت من الأدلة اللفظية أو اللببية، والمعاطاة بيع على الفرض.

ويشهد للثاني: أنّ البيع في النصّ والفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللّزوم^١، وثبت له الخيار في قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» ونحوه. أمّا على القول بالإباحة فواضح، لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشارع والمترسّعة، إذ لا نقل فيه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه في مقام فتحمله على الجري على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل في نظرهم. وقد تقدّم سابقًا في تصحيح دعوى الإجماع، على عدم كون المعاطاة بيعاً، بيان ذلك: وأمّا على القول بالملك، فلأنّ المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللّزوم في قولهم: «البيعان بالخيار»، وقولهم: (إنّ الأصل في البيع اللّزوم)، والخيار إنّما ثبت لدليل، وأنّ البيع بقول مطلق من العقود الّازمة، وقولهم: (البيع هو العقد الدالّ على هذا) ونحو ذلك.

وبالجملة: فلا يبقى للمتأمّل شك في أنّ إطلاق البيع في النصّ والفتوى، يُراد به ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار أو بتقابل.

١ . واستدلّ للثاني في المتن: بأنّ البيع إذا وقع موضوعاً في النصّ والفتوى للأحكام، ظاهر فيما حكم فيه باللّزوم، والمعاملة الّازمة من غير جهة الخيار، ولذا قالوا: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، وقالوا: (الأصل في البيع اللّزوم)، والخيار إنّما ثبت لدليل، وقالوا: (إنّ البيع من العقود الّازمة).

وبالجملة: البيع في النصوص وكلمات العلماء ظاهر فيما كان مبنياً على اللّزوم، الذي لو ثبت فيه الجواز كان جوازاً حقيّاً، والمعاطاة وإن كانت بيعاً إلّا أنها محكومة بالجواز الحكمي، فلا تشملها أدلة الشرائط.

وفيه أولاً: إنّ اللّزوم والجواز - على ما اعترف به سابقًا - من أحکام السبب لا من خصوصيات المسبّب، والبيع اسم للمسبّب، فلا مورد لدعوى انصراف البيع إلى البيع الّازم.

وثانياً: إنه لو سلم كون البيع قسمين: لازماً وجائزًا، ولكن لا وجه لدعوى الانصراف إلى الّازم، لأنّ الغالب تحقّق البيع بالتعاطي، وعلى فرض التنزّل لا غلبة للقولي، مضافةً إلى أنّ الغلبة لا تكون منشأ للانصراف.

ووجه الثالث: ما تقدم للثاني على القول بالإباحة، من سلب البيع عنه، وللأول على القول بالملك من صدق البيع عليه، حينئذ وإن لم يكن لازماً، ويمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص فيحمل على البيع العرفي، وإن لم يف عن الشارع إلا الإباحة، وبين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع، بناءً على انصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم^١. والاحتمال الأول لا يخلو عن قوّة، لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك، كما عرفت من جامع المقاصد.

وبالجملة: بعدما لا شبهة في أنّ صدق البيع على المعاطة ليس ضعيفاً بحيث تكون خارجة عن حقيقة البيع عند العرف، فلا مورد لدعوى الانصراف.

١. واستدلّ للثالث: بأنّ الانصراف المزبور إنّما هو في كلمات العلماء، ولا يكون في الأخبار، وعليه فما ثبت اعتباره بالأخبار يكون معتبراً في المعاطة، وما ثبت اعتباره بالإجماع فهو لأنصرافه عندهم إلى البيع القولي لا يكون معتبراً فيها. وبأنّه لابدّ من الأخذ في الأدلة الليبية بالمتيقن، وهو يقتضي الاختصاص، لتصريح جماعة منهم بعدم اعتبار في المعاطة، وهذا بخلاف الدليل اللغظي. وفيهما نظر.

أثنا الأول: فلما تقدم من منع الانصراف.
وأثنا الثاني: فلما مرّ من أنّ الأخذ بالمتيقن إنّما هو في مورد التخصيص لا التخصص، والمقام من قبيل الثاني، فراجع.

واستدلّ للرابع: بما تقدم هو وجوابه في المورد الأول، أي بناءً على القول بإفاده المعاطة الملك اللازم. فراجع.

فالظهور اعتبار جميع الشرائط في المعاطة بناءً على إفادتها الملك مطلقاً. وإن قلنا: بأنّها تقيد الإباحة الشرعية، فقد استدلّ لاعتبار الشرائط فيها بوجهين:
الأول: أنها بيع عرفي وإن لم تقدر شرعاً إلا الإباحة، ومورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع العرفي.

وأثنا على القول بالإباحة: فلأنّها لم يثبت إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضاً^١. ثم إنّه حُكى عن الشّهيد الله في حواشيه على «القواعد» أنّه بعدها منع من إخراج المأخذ بالمعاطاة في الخمس والزّكوة وثمن الهدى إلا بعد تلف العين، يعني العين الأخرى ذكر (أنّه يجوز أن يكون الثمن والمثمن في المعاطاة مجهولين، لأنّها ليست عقداً، وكذا جهالة الأجل، وأنّه لو اشتري أمةً بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن)، انتهى. وحُكى عنه في باب الصرف أيضاً أنّه لا يعتبر التّقابض في المجلس في معاطاة التّقدّم.

أقول: حكمه الله بعدم جواز إخراج المأخذ بالمعاطاة في الصّدقات الواجبة، وعدم جواز نكاح المأخذ بها صريح في عدم إفادتها للملك، إلا أنّ حكمه الله بعدم اعتبار الشّروط المذكورة للبيع والصرف معللاً بأنّ المعاطاة ليست عقداً، يحتمل أن يكون

١. الثاني: أنّ الأصل في المعاطاة - على القول بعدم الملك - الفساد، وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث النّزوم والعدم - وهو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة - وبقي الباقي.
وفيهما نظر.

أمّا الأوّل: فلأنّه فرق بين دليل إمضاء البيع، ودليل اعتبار شيء فيه، والأول لابدّ وأن يكون موضوعه البيع العرفي، لأنّه القابل للإمضاء، والثاني لا يعقل أن يكون موضوعه ذلك، بل لابدّ وأن يكون البيع الشرعي، إذ هو المشروط بنظره بشيء، أمّا البيع العرفي فلا يعقل إنّاطته بشيء من ما اعتبره، إذ اعتبار شخص كيف يعقل أن يكون منوطاً بنظر شخص آخر.

وأمّا الثاني: فلأنّ دليل إمضاء المعاطاة - كان هو الدليل اللفظي أو السيرة - يكون عاماً شاملاً للفاقد لتلك الشّرائط كما تقدّم.
وبهذا ظهر مدرك القول بعدم اعتبارها فيها، ويأتي فيه التفصيلان المتقدّمان مع جوابهما.

أقول: والأظهر اعتبارها فيها على هذا المسلك أيضاً، لما تقدّم من أنّ المعاطاة على هذا المسلك أيضاً بيع شرعي، غاية الأمر تأثيرها في حصول الملك مشروط بالتصريف

باعتبار عدم الملك حيث أن المفید للملك منحصر في العقد، وأن يكون باعتبار عدم اللزوم، حيث أن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم، والأقوى اعتبارها، وإن قلنا بالإباحة لأنها بيع عرفي، وإن لم يفد شرعاً إلا الإباحة، ومورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي، تقييد بغير الغالب، ولما عرفت من أن الأصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد، وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم، وهو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة وبقى الباقي، وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضاً^١، وإن خصصنا الحكم بالبيع.

المتوقف على الملك، والتصرّف نظير القبض المشروط بيع الصرف به، وقد تقدم توجيه ذلك، وعليه فيعتبر فيها كلّ ما هو من شرائط البيع.

فتحصل: أن الأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على جميع هذه المسالك الثلاثة.

جريان الربا في المعاطاة

المورد الثاني: البحث عن جريان الربا فيها وعدمه، قال المصنف:

١. (وبما ذكرناه ظهر وجه تحريم الربا فيه أيضاً).

وملخص القول فيه: أنه تارةً نقول بجريان الربا في كل معاوضة، وإن لم تكن بيعاً كما هو الأظهر والمشهور. لعموم الآية الشريفة «وَحَرَمَ الرِّبَا»^(١) فإنّ الربا هي الزيادة في أحد العوضين المتجلانسين، ولخصوص الأخبار الدالة على اشتراط المثلية في المعاوضة مع اتحاد الجنس، كقوله عليه السلام في صحيح الحلبـي: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل، والذهب بالذهب مثلاً بمثل، ليس فيه زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار»^(٢).

وفي صحيح أبي بصير: «الحنطة والشعير رأساً برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر»^(٣).

(١) البقرة، آية ٢٧٥. (٢) الوسائل باب ١ من أبواب الصرف حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٨ من أبواب الربا حديث ٣.

بل الظاهر التحرير حتى عند من لا يراها مفيدة للملك^١، لأنّها معاوضة عرفية وإن لم يفد الملك، بل معاوضة شرعية اعترف بها الشهيد^{رحمه الله} في موضع من الحواشي، حيث قال: (إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزه أو لازمه)، انتهى. ولو قلنا بأنّ المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الربا^٢ لكونها معاوضة عرفاً، فتأمل.

وفي حديث آخر: «الدقيق بالحنطة والسويق بالدقائق مثلاً بمثل، لا بأس به»، ونحوهما غيرهما.

وأخرى: نقول إنه مختص بالبيع كما عن الحلي والعالمة^{رحمه الله}.

فعلى الأول: يجري الربا في المعاطاة، كانت معاوضة مستقلة أم كانت بيعاً مفيدة للملك اللازم أو الجائز أو الإباحة، أمّا على الثلاثة الأول فواضح، وأمّا على الأخير فلما تقدم من أنها مفيدة للملك، غاية الأمر مشروطة بشرط متاخر. نعم، إذا كان المقصود بها الإباحة لا يجري فيها الربا، لأنّه مختص بالمعاوضات الناقلة للملك.

وعلى الثاني: لا يجري فيها إذا كانت معاوضة مستقلة أو قصد بها الإباحة.

١. قوله: (بل الظاهر التحرير حتى عند من لا يريها مفيدة للملك).

إن كان مراده أنه كذلك على التخصيص، وهو وإن كان يلائم مع ما ذكره بقوله: (وبما ذكرناه يظهر وجه تحرير الربا)، فإنّ علته حينئذ هي كونها بيعاً عرفيّاً. لكن يرد عليه: عدم صحة التعليل لذلك بقوله: (الأنّها معاوضة عرفية وإن لم تفده الملك).

وإن كان مراده أنه كذلك على التعبييم.

فيرد عليه: أنّ الربا مختص بالمعاوضات المفيدة للملك - فمع فرض عدم إفادتها له لا يجري فيها الربا - إلا بناءً على ما ذكره سابقاً، من أنها بيع عرفاً بالتقريب المتقدم، وعليه فلا بدّ من التعليل بذلك لا لأنّها معاوضة.

٢. قوله: (فلا يبعد أيضاً جريان الربا).

بل هو بعيد كان الربا مختصاً بالبيع أو عاماً لكلّ معاوضة، أمّا على الأول فواضح فإنّها حينئذ ليست بيعاً عرفيّاً ولا شرعاً.

وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم^١، فيمكن تفهيمه على المشهور، لأنّها إباحة عندهم، فلا معنى للخيار، وإن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم، كما سيأتي عند تعرّض للملزمات، فالخيار موجود من زمان المعاطاة^٢ إلا أنّ أثره يظهر بعد اللزوم. وعلى هذا فيصبح إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم، ويحتمل أن يفضل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا يجري لاختصاص أدلة بما وُضع على اللزوم من غير جهة الخيار، وبين غيرها كخيار الغبن والعيوب بالنسبة إلى الرزد دون الأرش، فيجري لعموم أدلةها.

وأما حكم الخيار بعد اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات.

وأما على الثاني: فلانه مختص بالمعاوضة الملكية، ولعله إلى ذلك أشار بقوله: (فتاوى).

جريان الخيارات فيها

١. قوله: (وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم).
هذا هو المورد الثالث: وهو في جريان الخيارات فيها.
فإن قلنا: إنّها معاوضة مستقلّة، فالخيارات المختصة بالبيع لا تجري فيها، لعدم كونها بيعاً، وما لا يختص بالبيع يجري فيها، وهذا واضح.
وإن قلنا: إنّها بيع، فبناءً على إفادتها الملك اللازم تجري جميع الخيارات فيها.
وأما بناءً على إفادتها الملك الجائز، فقال المصنف^٣:
٢. (فيمكن القول بثبوت الخيار فيها مطلقاً، بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم، كما سيأتي عند تعرّض الملزمات، فالخيار موجود من زمان المعاطاة).
ويرد عليه: إنّها إن كانت بيعاً فهي بيع قبل اللزوم، إذ اللزوم لا يصيّرها بيعاً.
وقد يقال: إنّه بناءً على هذا المسلك، لا معنى لثبوت الخيار فيها قبل اللزوم، لكونه تحصيلاً للحاصل، ويلزم منه اجتماع المثلين، واللغوية لفرض كونها جائزة.
ويرد عليه أولاً: إنّ جوازها حكمي، والخيار جواز حقي، والأول لا يجوز إسقاطه ونقله، ولا يورث بالموت، والثاني يجوز إسقاطه ونقله ويوثر بالموت، فلا يلزم من ثبوته المحاذير المذكورة.

الأمر الثاني: إنّ المتيقّن من مورد المعاطاة، هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين^١، فالملك أو الإباحة في كلّ منها بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد، لم يحصل

وثانياً: لو سلّمنا كون جوازه أيضاً حقيّاً، يمكن الجواب عنه بما أجاب به المصنف^٢ في الخيارات فيما إذا اجتمع سببان من الخيار، ككون المبيع حيواناً ومعيناً، وهو أنّ الخيار وجواز الفسخ واحد وله أسباب متعددة، ولو أسقط ذو الخيار أحدهما يكون الآخر باقياً.

وبعبارة أخرى: يكون الجواز واحداً وله علل متعددة، ولا محالة عند اجتماعها يستند المعلول إلى مجموعها، ولو انعدم إحدى العلل يكون المعلول باقياً لبقاء علتة ومستنداً إلى الباقي من العلل.

وثالثاً: إنّ الجواز الأصلي متعلق بالتراد لا بفسخ المعاملة، وال الخيار إنما هو ملك فسخ العقد، فمع عدم الخيار لو قال: (فسخت المعاملة) تكون باقية بخلاف ما إذا ثبت الخيار. فالظهور جريانها فيها على هذا المسلك أيضاً.

وأثما بناءاً على إفادتها الإباحة، فحيث عرفت إنّها بيع، غاية الأمر حصول الملكية يكون مشروطاً بالتلف أو بالتصرّف المتوقف على الملك، فتجري فيها الخيارات، وما في المتن من إنّه لا معنى للخيار مما لا وجه له.

نعم، لو قصد بالمعاطاة الإباحة لا تجري فيها الخيارات، أمّا الخيارات المختصة بالبيع فواضح، وأمّا الخيارات التي أدلتها تعمّ غير البيع، فلانّه ليس هناك سبب معاملي يمكن حلّه وإزالته.

بيان مورد المعاطاة

١. قوله: (**الأمر الثاني:** إنّ المتيقّن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين).

أقول: هذا الأمر منعقد لبيان المراد من المعاطاة وموردها.

وملخص القول فيه: إنّ الصور المتضورة خمس:

يوجب إباحة الآخر أو ملكيته، فلا يتحقق المعاوضة ولا الإباحة رأساً، لأن كلاً منها ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحته، إلا أن الظاهر من جماعة من متاخرِي المتاخرين -تبعاً للشهيد في الدروس - جعله من المعاطة^١، ولاريب أنه لا يصدق معنى المعاطة، لكنَّ هذا لا يقبح في جريان حكمها عليه، بناءً على عموم الحكم لكلَّ بيع فعليٍّ، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكه تملِّكَ له بعوض، أو مبيحَ له به وأخذ الآخر له تملِّكاً له بالعوض أو إباحة له بيازاته، فلو كان المعطي هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراطَ، وأخذَه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب والقبول الفعلىَين بفعل واحد في زمان واحد. ثم صحة هذا على القول بكون المعاطة بيعاً مملِّكاً واضحة، إذ يدلُّ عليها ما دلَّ على صحة المعاطة من الطرفين. وأمّا على القول بالإباحة، فيشكل بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة. اللَّهُمَّ إِنَّ أَنْ يَدْعُونَ قيامَ السيرة عليها كقيامتها على المعاطة الحقيقة، وربما يدعى انعقاد المعاطة بمجرد

الصورة الأولى: التعاطي من الطرفين، وهو المتيقن والفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطة، ولكن لابد وأن يعلم أنَّ المقصود بالتعاطي إن كان هي المبادلة والمعاوضة، لا يتوقف تحقّقها على العطاء من الجانبين، بل هي تتم بالعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر، فإنَّ المعطي يُنشئ البيع بإعطائه، والأخذ يقبله بأخذه، فالعطاء من جانب القابل لا محالة يكون بعنوان الوفاء، لما التزم به في أخذه، بل لو لم يكن منشئاً للقبول بأخذه كانت المعاملة فاسدة، فإنَّ العطائين المقصود بهما التملك والمعاوضة من قبيل الإيجابين الصادرين من الطرفين، ولا تتحقّق بهما المعاملة. نعم، إذا قصد بهما الإباحة تتحقّق، لعدم كونها حينئذٍ معاملة، وإن كان داعي كلِّ منهما للإباحة إباحة صاحبه.

١. **الصورة الثانية:** الإعطاء من جانب واحد، والأخذ من الطرف الآخر، وهذا وإن لم يصدق عليه عنوان المعاطة حقيقة، إلا أنَّ هذا العنوان لم يرد في آية ولا رواية كي يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه، والمراد بها في كلمات العلماء ما يشمل الإعطاء من جانب، ولذا تراهم يعنون جريان المعاطة في الهبة، مع أنه ليس في ذلك الباب إلَّا إعطاء والأخذ، وعليه فلابد من ملاحظة الأدلة، وقد عرفت أنه في موارد

إيصال الثمن وأخذ المثمن من غير صدق إعطاء أصلًا^١، فضلاً عن التعاطي كما تعارفأخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، وكذا غير الماء من المحرّقات كالحضريات ونحوها، ومن هذا القبيل دخول الحمام وضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته.

فالمعيار في المعاطاة: وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا بالتصرف. ويظهر ذلك من المحقق الأرديبيلي رحمه الله أيضًا في مسألة المعاطاة، وسيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله.

التعاطي أيضًا يكون إنشاء البيع بالإعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر، ويكون إعطاء الآخر وفاءً لما التزم به، فنفس ما هو موضوع الحكم في الموردين واحد، فلا وجه لدعوى عدم شمول الأدلة للمورد الثاني.

الصورة الثالثة: ما إذا لم يكن هناك إعطاء أصلًا، بل كان إيصال ووصول، كما تعارفأخذ الماء مع غيبة السقاء، ووضع الفلس في المكان المعد له، إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، وكذا غير الماء من المحرّقات كالحضريات.

١. وإلى هذه نظر المصنف بقوله: (وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن). ولو فرضنا تحقق سائر شرائط البيع من معلومية العوضين وغيرهما - كما هو المفروض في هذا المقام - فإن تصحيح البيع في المقام يتوقف على أحد أمور: إما كون السقاء مثلاً قاصداً بوضع الماء تملّيك كلّ من شرب الماء بإزاء ما تعارف فيه من العوض، وأنّ صاحب البقل قصد تملّيك كلّ من أخذ البقل بوضعه في ذلك المكان بعوضه المتعارف، وهكذا.

وإما كون وضع المال في المحلّ الخاص في الأمثلة توكيلاً للأخذ في البيع، فيكون هو متصدّياً لطرف في العقد.

وإما كون وضع الدرّاهم في كوز السقاء وأخذ الماء منه إنشاءً للبيع من الطرفين، والسقاء بعد اطلاعه عليه يجيز هذه المعاملة برضائه بها.

والظاهر أنّ شيئاً منها ليس في المعاملات الخارجية.

أما الأول: فلعدم تملّيك صاحب المال بال نحو المذكور، مع أنه يلزم منه الفصل بين

ثم إنّه لو قلنا بأنّ اللّفظ الغير المعتبر في العقد، كال فعل في انعقاد المعاطاة، أمكن خلو المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً، فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال^١، ولا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك. وأمّا على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا أكد.

الإيجاب والقبول، وسيأتي اعتبار عدمه، فتأمّل.
وأمّا الثاني: فلعدم توكيل المالك شخصاً معيناً، ولا جميع الأشخاص، بل عدم توجّهه إلى ذلك، كما أنّ الآخذ لا يكون قاصداً للإيجاب والقبول.
وأمّا الثالث: فلعدم قصد الآخذ بالنحو المذكور، مضافاً إلى أنّ بناء المتشرّعة على التصرّف في المأخذ مع عدم إحراز الإجازة، بل وعدم إجازة صاحب المال.
فالالأظهر أنّه في هذه الموارد إباحة بالعوض، والدليل على نفوذها وصحتها هي السيرة. بمعنى أنّه يكون تصرفاً بالرضا، وإنّا في الإنلاف بالعوض المسمى، ودليل الإمساء السيرة بضميمة عدم الردع.

الصورة الرابعة: ما إذا لم يكن إيصال أيضاً، بل كانت نتيجته، كما إذا كان المالان عندهما بسبق أمانة أو اشتباه أو غير ذلك، فقد البيع والتبدل بلا فعل من كلّ منهم، بل قصداه بالبقاء، والظاهر أنّه لا يتحقق البيع لعدم وجود قول أو فعل كاشف عن قصد المعاملة، ومجدد القصد لا يكفي، اللّهم إلا أن يقال إنّ إبقاء كلّ منها ماله تحت يد صاحبه وإمساكه ماله، فعلن اختياريّان، فيمكن إنشاء البيع بهما.

١. هذه هي الصورة الخامسة: وهي أن ينشأ البيع باللّفظ غير المعتبر في العقد، أي اللّفظ غير الصحيح، كما في الإنساء باللّفظ المتعارف استعماله في مقام المقاولة، والظاهر عدم انعقاد البيع، فإنّ البيع الممضى بعدما لم يكن مجرد القصد الساذج، واعتبرنا إظهاره بفعل أو قول، فلا بد وأن يكون باللّفظ أو الفعل الذي له مظہریّة لذلك المعنى في نفسه، ولا ينعقد بكلّ فعل أو لفظ، فتأمّل. هذا على القول بالملك.

وأمّا على القول بالإباحة التعبدية الشرعية، فالأمر أوضح لعدم إحراز السيرة على مثله ليحكم عليه بالإباحة. نعم، بناءً على الإباحة المالكية لا إشكال في ثبوتها به لأنّ المناط فيها إحراز الرضا.

الثالث: تمييز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية، مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً كالدرهم والدنانير والفلوس الممسوكة واضح^١، فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف.

تمييز البائع عن المشتري

١. الأمر الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة، مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً كالدرهم وما شاكل، واضح. إنّما الكلام فيما لو كان العوضان من غيره، وتنقيح القول يتم بالبحث في موردين: أحدهما: فيما هو الحق.

ثانيهما: فيما أفاده المصنّف وسائر الأساطين، وما يرد عليهم.
أثا المورد الأول: فلتوضيح المطلب لابد من تقديم مقدمة، وهي:
إنّ المعاملة البيعية وسائر المعاملات حتى الهبة، إنّما تكون متقوّمة بأمرین: تسلیک من طرف، ومطاوعة وقبول من الآخر، ولو كان هناك تسلیکاً بلا قبول كانا إيجابين، ولم ينطبق عليهما عنوان البيع، ولا غيره من عناوين المعاملات.

إذا عرفت هذه المقدمة، فاعلم أنّه في مقام الشبه، كلّ من ملك ماله بعوض هو البائع، وطرفه القابل هو المشتري، من غير فرق بين المعاملة الفعلية والقولية، ومن غير فرق بين الأثمان والعروض.

وأمّا في مقام الإثبات: ففي المعاملة الفعلية لا محالة يكون المعطي ماله أولاً هو البائع، لأنّه يملك ماله بعوض، اللّهم إلا أن يكون قصده من الإعطاء كونه أمانة عند صاحبه إلى ما بعد المعاملة، فيكون في الحقيقة إقباضاً للعوض قبل البيع، ولا يتصور في إعطاء المعطي الأول غير ذلك، فإنه لا يمكن أن يكون قبولاً مقدماً، بأن ينشأ به تملّك مال صاحبه، وهذا بخلاف المعاملة اللفظية فإنه يتصور فيه ذلك.
ولو كان الإعطاء من الطرفين في آن واحد:

وأمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضية^١، فإذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً أنَّ هذا المقدار من الحنطة يسوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنَّه اشتري اللحم بالحنطة، وإذا انعكس الصدق، فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدينار هو الثمن، وصاحبه هو المشتري. ولو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلًا عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضية، أو لوحظ القيمة في كلِّيهما، بأنَّ لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، وذلك المقدار من الحنطة بدرهم، فتعاطياً من غير سبق ومقولة، تدلُّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً، ففي كونه بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلِّ منهما، بناءً على أنَّ البيع لغةً كما

فإنْ قصد كُلَّ منهما بِاعطائه التمليلك لم يكن بيعاً، بل لا يكون صلحاً ولا معاملة مستقلة.

أمّا عدم كونه صلحاً، فلانَّه في الصلح أيضاً يعتبر إنشاء المسالمة من طرف، والقبول من آخر.

وأمّا عدم كونها معاملة مستقلة، فلانَّ دليل إمضاء المعاوضات إمّا السيرة أو آية «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(١) أو آية «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^(٢).

وشيء منها لا يصلح لإثبات صحة هذه المعاملة.

أمّا الأولى: فلانَّ عدم قيامها على مثل هذه المعاملة واضح.

وأمّا الثانية: فلعدم كون الإيجابين عقداً الذي حقيقته الرابط بين شبيئين كما تقدم.

وأمّا الثالثة: فلعدم صدق التجارة عن تراضيهما كما لا يخفى.

وإنْ شئت قلت: إنَّه لا دليل على إمضاء الشارع غير ما هو من العقود المتعارفة، وهذه ليست منها.

١. وذكر المصطفى^{صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ} في مقام التمييز أنَّه إذا كان أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً كالدرارهم، كان صاحب الثمن هو المشتري، وإنْ كانوا من غير ذلك، فإنْ قصد بأحدهما قيامه مقام الثمن في العوضية، كان صاحبه المشتري، وإلاًّ فيه احتمالات:

(١) المائدة، آية ٢٩. (٢) النساء، آية ٢٩.

عرفت مبادلة مال بمال والاشتراء ترك شيء والأخذ بغيره^١ كما عن بعض أهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم: أنه باعه بحنطة، وأنه اشتري الحنطة، فيحصن لو حلف على عدم بيع اللحم، وعدم شراء الحنطة. نعم، لا يترتب عليهما أحكام البائع ولا المشتري، لأنصرافهما^٢ في أدلة الأحكام إلى من اختص بصفة البيع أو الشراء، فلا يعم من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين، أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطى أولاً لصدق الموجب عليه، وشراءً بالنسبة إلى الأخذ لكونه قابلاً عرفاً أو كونها معاطة

ومنها: كون كلّ منها بائعاً ومشترياً.

ومنها: كون المعطي أولاً هو البائع، والآخر مشترياً.

ومنها: كون ذلك مصالحة أو معاوضة مستقلة. ثم اختار الثاني.

وفيه: - مضافاً إلى أنّ لازم ما أفاده^٣ كون كلّ من المتباعين في بيع الصرف مشترياً، ومضافاً إلى أنه لم يظهر المراد من قصد قيام أحد العرضين مقام الثمن في العوضية، فإن كان المراد أن يلاحظ قيمته ومقدار تموّله من النقود، فهذا أمر موجود في كلّ منها في غالب البيوع، وإن أراد به المعاملة عليه بالدرارهم ثمّ جعل الدرارهم عوضاً، فهو بدبيهي الفساد، وإن أراد غير ذلك فالعبارة غير وافية به - أنّ ما ذكره^٤ لو تمّ فإنّما هو في مقام الاستبهان في مقام الإثبات، ولا يفيد في مقام الثبوت.

١. وفيه: إنّ هذا لازم الاشتراء، وإلا فهو قبول الشراء والبيع، مع أنه يلزم صدق المشتري على كلّ منها في جميع الموارد.

٢. وفيه: أنه لو سلم اختصاص كلّ منها بحكم، مع أنه ممنوع كما ستعرف أنّ دعوى الانصراف غير مسموعة.

ومن الغريب في هذا المقام، ما أفاده المحقق النائيني^٥ وهو: (إنه لو وقع التبديل بين العرضين بالإعطاء من الطرفين دفعة واحدة، ولم يقصد بأحدهما القيام مقام الثمن ولم يكن بسبق مقاولة، كان أحدهما لا على التعين بائعاً والآخر مشترياً من دون امتياز بينهما واقعاً، إذ هناك معاملة قائمة، بصرف الوجود من تبديل أحدهما وقبول الآخر، وصرف الوجود يتحقق بأحدهما من دون تمييز بينهما حتى واقعاً، لعدم خصوصية في أحدهما دون الآخر).

مصالحه، لأنّها بمعنى التسالم على شيء، ولذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: (لك ما عندك ولي ما عندي) على الصلح، أو كونها معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة، وجوه: لا يخلو ثانيتها عن قوّة، لصدق تعريف البائع لغةً وعرفاً على الدافع دون الآخر، وصدق المشتري على الأخذ أو لا دون الآخر، فتدبر.

الرابع: أنّ أصل المعاطاة - وهي إعطاء كلّ منهما الآخر ماله - يتصرّر بحسب قصد المتعاطفين على وجوه :^١

فإنّه يرد عليه أنّه: لا يعقل تحقق شيء في عالم العين وعدم تعينه واقعاً، إذ المردّ لا ماهية له ولا وجود، فإن كان البيع إنشاءً للتبدل، والاشتراء قبولاً لذلك، كما اعترف به، فإن انشأ في المعاملة المفروضة أحدهما وقبل الآخر، فالمنشيء بائع والقابل مشتر، وإن قصدا معاً الإنشاء، فحيث لا يعقل وقوعهما معاً - وكونهما بيعاً كما اعترف به وكون أحدهما المعين بيعاً والآخر اشتراهاً ترجيح بلا مرجح، وأحدهما لا بعينه لا وجود له - فلا مناص عن البناء على البطلان.

وأمّا ما أفاده المحقق الإيرلندي ^٢ في هذا المقام بما حاصله: (إنّ البائع هو من بذل خصوصيات ماله، وأغمض النظر عنها، ولكن أمسك على ماليته بأخذ البدل، وفي ذلك لا نظر له إلا إلى حفظ تموّله، وأمّا المشتري فهو بعكس ذلك، حيث يقال لكلّ من رغب في خصوصيات الأعيان التي يتلقّاها من المأكولات وغيرها، وإذا كانت خصوصيات العين مرغوبة لكُلّ من الجانبين - كما في تبديل كتاب بكتاب - لم يكن ذلك بيعاً، بل معاوضة مستقلة).

فيرد عليه: - مضافاً إلى أنّ لازم ما ذكره عدم كون بيع الأجناس بالتجز الذي غرضه من المعاملة حفظ تموّله وازدياده بيعاً - أنّ ما ذكر لا شاهد له من العرف ولا من الشّرع، ولم يلتزم أحد باعتباره في البيع. فال الصحيح ما ذكرناه.

أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطفين

١. الأمر الرابع: قال المصنف: (إنّ أصل المعاطاة - وهي إعطاء كلّ منهما الآخر ماله - يتصرّر بحسب قصد المتعاطفين على وجوه)، ثم ذكر وجوهاً أربعة.

أحدها: أن يقصد كلّ منهما تملك ماله بمال الآخر^١، فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملكاً بازاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه، فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها، فدفع العين الثاني خارج عن حقيقة المعاطاة، فلو مات الآخر قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة، وبهذا الوجه صحّحنا سابقاً عدم توقف المعاطاة على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين. ومثله في هذا الإطلاق لفظ المصالحة والمساقات والمزارعة والمؤاجرة وغيرها، وبهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن والقرض والهبة، وربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن عطاء، وفي صحته تأمل.

وأورد عليه السيد في الحاشية: بأنّ الوجوه والأقسام أزيد مما ذكره:

منها: ما إذا كانت المقابلة بين المالين مع كون القبول بالإعطاء.

ومنها: ما إذا كانت المقابلة بين المال والتملك، أو بين التملك والمال، وكذلك في طرف الإباحة.

ومنها: غير ذلك.

وفيه: إنّ غرض المصنف^٢ من التعرّض لهذا التنبيه، بيان الصور التي فيها إشكال وكلام، وموارد للنقض والإبرام، والصور التي هذه حالها منحصرة في أربع عنده، إذ الإشكال في الصورة الأولى إنما هو من ناحية عدم صدق المعاطاة، وفي الثانية من جهة عدم صدق البيع، وفي الثالثة والرابعة بما ذكره^٣ مفصلاً وسيأتي، وأمّا باقي الصور فكانت عنده خالية عن الإشكال والكلام، فلم يتعرّض لها.

ولكن الأولى إضافة صورة أخرى إليها، وهي المبادلة بين المال والتملك، فإنّها أيضاً وقعت محلّ الكلام والإشكال.

وكيف كان، فأحد الوجوه الأربع التي ذكرها هو :

١. (أن يقصد كلّ منهما تملك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في أخذه قابلاً

ومتملّكاً بإزاء ما يدفعه فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفعٌ لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملّكه، فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأولى وبقها، فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة).

وقد أورد عليه بإبرادين:

الإيراد الأول: ما عن السيد رحمه الله: بأنه يمكن أن يكون إنشاء القبول بدفع العوض أيضاً، بأن يكون أخذ المعوض من باب الاستيفاء لا بعنوان القبول، وكان على الشيخ رحمه الله أن يذكر هذا الوجه أيضاً لأنّه مضافاً إلى إمكانه هو الغالب.

الإيراد الثاني: ما عن المحقق النائيني رحمه الله: بأنه لا يكون القبول بالأخذ في مورد، بل المعاملة تتحقق بفعل كلّ منهما، وفعل البائع بمنزلة الإيجاب القولي، وإعطاء المشتري بمنزلة القبول القولي، وأخذ كلّ منهما وفاء بالمعاملة والتزام بآثارها.

أقول: ولكن قد عرفت في التنبيه الثاني أنه في المعاطاة دائمًا يكون الإيجاب بالإعطاء من طرف، والقبول بالأخذ، وإعطاء الآخر إنما يكون وفاءً لما التزم به، ولو لم يكن الآخر منشئاً للقبول بالأخذ لم يجد إعطائه، وإن قصد به التملك، فإنّ الإعطاءين حينئذ بمنزلة إيجابين غير مرتبطين لا إيجاب وقبول.

ويرد عليهم: - مضافاً إلى ذلك - أنّ كون الأخذ بعنوان الوفاء بالمعاملة ومن باب الاستيفاء لم يظهر وجده في الأخذ الأول، فإنه حين الأخذ لم تتمّ المعاملة، فما معنى الأخذ بعنوان الوفاء بها؟!

ويرد على السيد رحمه الله: - مضافاً إلى ذلك - أنّ عدم التعرّض لهذا في «المكاسب» إنما هو من جهة ما ذكره رحمه الله في التنبيه الثاني من أنّ المتيقن من مورد المعاطاة هو صورة التعاطي من الطرفين، وأنّه لا إشكال فيها، وإنما الإشكال كان في هذا المورد، ولذا تعرّض له بالخصوص في هذا التنبيه.

ثانيها: أن يقصد كلّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه. فيكون تملك بإزاء تملك، فالمقابلة بين التمليكيين لا الملكين، والمعاملة متقوّمة بالعطاء من الطرفين^١، فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة، وهذا بعيد عن معنى البيع، و قريب إلى الهبة المعقودة، لكون كلّ من المالين خالياً عن العوض، لكن إجراء حكم الهبة المعقودة عليه مشكل، إذ لو لم يملكه الثاني هنا، لم يتحقق التملك من الأول، لأنّه إنما ملّكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه، إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض، فلا يقدح تخلفه.

فالأولى أن يُقال: إنّها مصالحة وتسالم على أمر معين أو معاوضة مستقة.

١. ثانيها: أن يقصد كلّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه، فيكون تملك بإزاء تملك، فالمقابلة بين التمليكيين لا الملكين، والمعاملة متقوّمة بالعطاء من الطرفين.

الكلام في هذا الوجه يقع في موارد ثلاثة:

المورد الأول: في معقوليتها، والأظهر عدمها، فإنّه إن أريد به تعليق التملك على تملك الآخر فهو هبة معلقة، وإن أريد به اشتراط التملك بالتملك الآخر فهو هبة مشروطة، وإن أريد به كون أحد التمليكيين معوضاً والآخر عوضاً - كما هو ظاهر المتن - فحيث أنّ صيغة التملك معوضاً إنما تحتاج إلى إنشاء وجعل متعلق بذلك، والتملك، أي إنشاء الملكية إنما هو جعل لذلك نفسه لا جعل لمعوضته، فلا يعقل أن يكون تملك الآخر عوضاً عن هذا التملك، إذ عوضته إنما أن تكون بنفسه أو بجعل الملكية وإنشائها، أو بجعل آخر، والأول غير معقول وهو واضح، وكذلك الثاني، فإنّ كونه معوضاً يحتاج إلى جعل آخر متعلق به، والثالث مفروض العدم، فالتملك بإزاء التملك مما لا مجال لتعلقه.

المورد الثاني: إنّه على فرض معقوليتها هل يمكن أن يكون القبول بالأخذ أم لا يمكن إلا أن يكون بالتملك الثاني؟ صريح المتن هو الثاني.

وأورد عليه السيد المحشى والمحقق الإيراني: بأنه يمكن أن يكون بالأخذ، فيكون التمليلك واجباً على الثاني من باب الوفاء، والتزم ما بأنه يمكن أن يقال إن هذا هو المتعين. أقول: ولكن الظاهر تمامية ما أفاده الشيخ، فإن المعاوضة إذا كانت بين التمليلكين، لم يكن الإيجاب تاماً إلا بعد تحقق التمليلك وتماميته، وهو متقوّم بإيجاب وقبول، فالأخذ وإن كان قبولاً إلا أنه قبول للتمليلك لا البيع، فهو دائماً يكون جزءاً من الإيجاب لا قبولاً للمعاملة، فلا محالة يكون قبولها بالإعطاء من الآخر بقصد التمليلك.

وبالجملة: في هذا الوجه خصوصية، وهي أن المعارض إنما هو التمليلك المتوقف تتحقق على القبول، فلا يمكن أن يكون الأخذ قبولاً لذلك وللمعاملة.

المورد الثالث: إن هذه المعاملة على فرض معقوليتها هل هي بيع، أو هبة معاوضة، أم تكون مصالحة، أو معاوضة مستقلة؟

والظاهر عدم كونها بيعاً، لأن البيع هو المبادلة بين المالين، وفي هذه المعاملة لا مبادلة بينهما، بل المعاوضة بين الفعلين، اللهم إلا أن يقال: إن المعاوضة بحسب الصورة وإن كانت بين التمليلكين، إلا أن النظر إليهما آلي، وفي الحقيقة والله تكون المعاوضة بين المالين، وبهذا الاعتبار يمكن دخوله في البيع. فلو تم ذلك فهو، إلا فهي هبة معاوضة، إذ التمليلك إنما يكون تمليلكاً للشيء مجاناً وبلا عوض.

والإبراد عليه كما في المتن: من أنه لو لم يملكه الثاني هنا، لم يتحقق التمليلك من الأول، لأن إنما ملكه بيازاء تمليلكه، فما لم يتحقق تمليلك الثاني هنا، لم يتحقق تمليلكه، والمجانية مأخوذة في حق الهبة.

غير تام، فإن المجانية المعتبرة في الهبة، إنما هي في المال، وعدم جعل شيء في مقابل المال، وهذا مفروض في المقام، إذ العوض إنما هو للتمليلك لا للمال.

فتحصل: إنها إنما بيع أو هبة معاوضة، ولا تكون مصالحة ولا معاوضة مستقلة.

وإنما الصورة التي أضفناها، وهي: ما إذا كانت المقابلة والمعاوضة بين المال

ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه^١، فيكون الصادر من الأول إباحة بالعوض، ومن الثاني بقبوله لها التمليلك، كما لو صرّح بقوله: (أبحث لك كذا بدرهم).

رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة أخرى^٢، فيكون إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة لداعي إباحة، على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوّره على نحو الداعي، وعلى نحو العوضية، وكيف كان فاالإشكال في حكم القسمين الآخرين على فرض قصد المتعاطفين لهما.

والتمليلك، بأن يقصد أحدهما تمليلك ماله بتمليلك الآخر، وهو الفعل الخارجي الصادر من المشتري، فيكون من بيع الأموال بالأعمال.

فقد أشكل المحقق النائيني فَيُنَهَّى فيها، وقال: (إنّ البيع باطل في المقام، وإن صَحّ بيع الأموال بالأعمال). واستدلّ له: بأنّ العمل الذي يقابل بالمال يشترط كونه مقصوداً بالاستقلال، كي يبذل بإزاء نفسه المال كخيانة الشوب ونحوه، والتمليلك ليس كذلك، بل هو آلي وطريقي لتحصيل المال، إذ التمليلك بالمعنى المصدري ليس مالاً، بل المال هو الحاصل من المصدر، وليس هذا الفعل إلّا آلة لحصول اسم المصدر، فلا يمكن أن يقابل بالمال، فلا يصحّ جعله عوضاً.

وفيه: إنّ ضابط صحة جعل شيء عوضاً كونه متعلقاً للغرض، سواء كان منشأ كونه كذلك طريقيته لتحصيل المال، أو كونه بنفسه مالاً، ولا يعتبر فيه أزيد من ذلك، والتمليلك متعلق للغرض، ولو بواسطة طريقيته لحصول المال. فالظهور صحة جعله عوضاً نظير سائر الأعمال.

١. ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول إباحة بالعوض، ومن الثاني بقبوله لها التمليلك، كما لو صرّح بقوله: (أبحث لك كذا بدرهم).

٢. رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة أخرى، فتكون إباحة بإزاء إباحة أخرى.

ومنشأ الإشكال أولاًً الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف^١، بأن يقول: (أبحث لك كل تصرف) من دون أن يملّكه العين.

وقد استشكل المصنف في هذين الوجهين بإشكاليين لا يكون شيء منهما مربوطاً بمسألة المعاطاة:

١. أمّا الإشكال الأول وحاصله: أنّ المالك إنّما يجوز له إباحة التصرف في ماله بالنسبة إلى التصرفات السائغة لغير المالك، وليس له إباحة ما لا يجوز لغير المالك إلا بإيجاد موضوعه بتمليكه إياه، والمفروض في المقام عدمه، ودليل السلطة لا يكون مشرّعاً لما منع عنه الشارع، ألا ترى أنّه لم يتوجه أحد دلالته على جواز وطىء عبد الغير بإذنه؟

فهو إشكال عام لجميع أقسام الإباحة، سواءً كانت باللفظ أو الفعل، مع قصد العوض أو مجاناً.

وعليه، فيما أنّ هذا البحث استطرادي لا بأس بتقديم بحث آخر استطرادي مرتبط به.

التصرفات المتوقفة على الملك

البحث عن أنّ هل هناك تصرف متوقف على الملك أم لا؟
وملخص القول فيه: إنّ جملة من الأمور التي ذكرروا توقفها على الملك تقدم ما فيها وعرفت عدم التوقف، بقي في المقام أمرور:
 منها: إخراج المال في الخمس والزكوة.
 ومنها: ثمن الهدي.
 ومنها: وطء الجارية.
 ومنها: العنق.
 ومنها: البيع.
 وشيء منها لا يتوقف على الملك:

أئمّة الأوّل: فلأنّه إن قلنا بأنّ الخمس والزكاة يتعلّقان بالذمة، فإنّ سبيلهما سبيل سائر الديون، فكما يجوز وفاء الدين بمال الغير لو أذن بذلك، لما دلّ^(١) على جواز أداء الدين من غير مال الدائن والتبرّع بوفائه، كذلك يجوز دفع الخمس والزكاة من مال الغير، وكون الخمس والزكاة من العبادات لا ينافي ذلك، وإن كان منافياً لتبرّع الغير بأدائهما، فإنّ المباشر في المقام من وجبا عليه.

وإن قلنا بتعلقهما بالعين، فحيث أنّ للمكفّ تبديلهما من العين وأدائهما من مال آخر، فله التبديل بأدائهما من مال الغير إن أذن في ذلك.

وأئمّة الثاني: فلما ذكرناه في سابقه، لأنّه أيضاً من الديون.

مضافاً إلى ما ورد من النصوص^(٢) في جواز الذبح عن العبد والصبي، وأنّ رسول الله ﷺ ذبح عن أمّهات المؤمنين بقرة بقرة، إذ لو جازت النيابة جاز الهدي بملك الغير، وكذلك ثمنه.

وأئمّة الثالث: فلأنّه يجوز بالإباحة للنصّ^(٣)، غاية الأمر يعتبر أن يتحقق من خلال لفظ خاص، وهو: (أحللت)، ولا ينعقد بلفظ (أبحث).

وأئمّة ما^(٤) ظاهره توقيف الوطى على الملك، فلا مناص من أن يكون المراد به ملك التصرّف، كي يعم جميع موارد الوطى الحال.

وأئمّة الرابع: فقد ذكر في وجه توقيفه على الملك أنه دلت النصوص على أنه: «لا عتق إلا في ملك».

ففي خبر ابن مسakan: «من أعتق ما لا يملك فلا يجوز»^(٥)، ونحوه غيره.

(١) الوسائل باب ٤٦ من أبواب المستحبّين للزكاة وباب ٣٠ من أبواب الدين والقرض وباب ١٢ من أبواب مقدّمات النكاح وباب ١٠٦ من أبواب أحكام الأولاد وغيرها.

(٢) الوسائل باب ٢ و٣ و٨ من أبواب الذبح من كتاب الحجّ.

(٣) و(٤) الوسائل باب ٣٥ من أبواب مقدّمات النكاح وباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٥) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب العتق حديث .

وثانياً: الإشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك، فنقول أمّا إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، فالظاهر أنها لا تجوز، إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك، فإنَّ إذن المالك ليس مشرعاً، وإنما 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 العلامة في «القواعد»، فكيف يجوز للمالك أنْ يأذن فيه^١. نعم، يصح ذلك بأحد وجهين كلاهما في المقام مفقود.

وفيه: إنَّ محتملات هذه النصوص التي وردت نظائرها في البيع أمور:
الأمر الأول: أنَّ المعتق لابد وأن يكون رقاً ومملوكاً كي يقبل الانتقام، والمبيع لابد وأن يكون مملوكاً حتى يقبل التملك.

الأمر الثاني: أنَّه يعتبر في العتق والبيع أن يكون البائع والمعتق مالكين لهما، لا مالكين للمال.

الأمر الثالث: أنَّه يعتبر فيهما كون البائع والمعتق مالكين للمال، من دون نظر لها إلى كون من يقع البيع: له - أي يدخل الثمن في ملكه - ومن ينعتق عليه الرق مالكين.

الأمر الرابع: أنَّه يعتبر فيهما كون البيع والعتق للملك.

والاستدلال بها يتوقف على إرادة الأخير - كما لا يخفى - وهي غير ظاهرة فيه، لو لم تكن إرادة غيره أظهر، كما هو واضح.

وأمّا الخامس: فقد استدلّ له - مضافاً إلى النصوص المشار إليها مع جوابها - : بوجه عقلي أشار إليه في المتن ونقله عن العلامة في «القواعد»، وهو:

١. (أنَّه لا يعقل خروج المبيع عن كيس شخص ودخول الثمن في ملك شخص آخر).

وغاية ما قيل في تقريره: إنَّ المعاوضة من المعاني النسبية التعليقية، فلا بد وأن تكون العوضية في شيء، فإذا كانت المعاوضة في الملكية، فلا بد من قيام كلّ من الثمن والمثمن مقام الآخر في الإضافة الملكية لصاحبه، ومقتضى ذلك انتقال كلّ منهم إلى مالك الآخر، وعليه فالإذن في بيع مال الغير لنفسه أذن في أمر غير معقول.

وفيه: أنّ عنوان المعاوضة ليس موضوعاً للأثر، بل الموضوع هو البيع، وقد عرفت أنّ حقيقته إعطاء شيء بإزاء شيء لا مجاناً، وهذا يصدق مع عدم دخول العوض في ملك مالك المعوض، وقد تقدّم تقييّح القول في ذلك. فراجع.
إذا عرفت هذا فاعلم: أنه لو قلنا بأنّه لا يكون شيء من التصرّفات متوقفاً على الملك، فلا إشكال في صحة مثل هذه الإباحة.

الإذن في التصرّفات المتوقفة على الملك

وأما لو قلنا بأنّ بعض التصرّفات كالبيع والعتق متوقف على الملك، فيقع الكلام في صحة إباحة جميع التصرّفات وعدمها.

ولمّا كان على هذا المسلك عدم الصحة في بادي النظر واضحًا، من جهة أنّ دليل السلطة إنّما يدلّ على تسلط الناس على أموالهم فيما لم يمنع عنه الشارع، فإذا منع الشارع عن بيع غير المملوك، وحكم بعدم نفوذه، لا يصلح دليلاً للسلطة لتجویزه والترخيص فيه.

ومع ذلك يظهر من قطب الدين والشهید^{رحمه الله} في باب بيع الغاصب، أنّ تسلط المشتري للبائع الغاصب على الثمن، والإذن في إتلافه، يوجبان جواز شراء الغاصب به شيئاً. ويظهر أيضاً من العلامة في «المختلف» أنه لو علم البائع للجارية غصبية ما جعل ثمناً يوجبان لها، جاز للمشتري وطئها.

أقول: هناك مسائل ثلاث مشهورة بين الأصحاب:
إحداها: أنه لو قال الرجل لمالك العبد: (اعتق عبدك عنّي) واعتقه المالك، وقع العتق عن الامر.

ثانيةها: أنّ الرجل إذا اشتري أحد عموديه ينعتق عليه مع أنه لا يملكونهما.

ثالثتها: أنه لو تصرّف الواهب ذو الخيار فيما وهبه وباعه باليبيع الخياري باليبيع

أحدهما: أن يقصد المبیح بقوله: (أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك) أن ينشأ توكيلاً له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة^١، أو في نقله أولاً إلى نفسه ثم بيعه^٢، أو تمليكاً له بنفس هذه الإباحة، فيكون إنشاء تملكه له، ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله، كما صرّح في «التذكرة» بأنّ قول الرجل لمالك العبد: (اعتق عبدك عني بذا)، استدعاء لتملكه، وإعناق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء^٣، فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب، ويقدر وقوعه قبل العتق آناً مّا، فيكون هذا بيعاً ضمنياً لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع، ولا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن

أو العتق، صح ذلك، وكان فسخاً فعلياً، وقد تصدّى المصطفى^ص في المقام لتوجيه ذلك، ولبيان حكم تلك المسائل، والوجه في الالتزام بالملكية فيها، وعدم انطباق تلك الوجوه على المقام، وذكر في كلّ واحدة من تلك المسائل وجهاً غير ما ذكره في غيرها، وقبل بيان تلك الوجوه ذكر وجهين لتصحيح الإذن في البيع :

١. أحدهما: أن يقصد المبیح بقوله: (أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك) إنشاء توكيلاً له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة.

٢. ثانيهما: أن يقصد به نقله أولاً إلى نفسه ثم بيعه.

وردهما: بأنّ المفروض أنّ قصد المبیح ليس شيئاً منهما.

ويرد عليهما - مضافاً إلى ذلك - : أنه في كلّ منها فرض التوكيل في الهبة، وهي من الإنسانيات، ولا تتحقق بمجرد القصد، فلو كان من قصده أيضاً ذلك لم يفد شيئاً، بل احتاج إلى إنشاء الهبة باللفظ أو الفعل.

٣. أمّا ما ذكره في مسألة: (اعتق عبدك عني)، فمحضه: أنّ قول الرجل لمالك العبد: (اعتق... الخ) استدعاء لتملكه، وإعناق المولى جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب، ويقدر وقوعه قبل العتق آناً مّا.

وقال: هذا الوجه لا ينطبق على المقام، إذ المبیح لم يقصد التملك بالإباحة المذكورة، ولا قصد المخاطب التملك عند البيع، حتى يتتحقق تملكه ضمني مقصود للمتكلّم والمخاطب كما كان مقصوداً ولو بالإجمال في تلك المسألة.

في نقل المال إلى نفسه أولاً، ولا في نقل الثمن إليه ثانياً، ولا قصد التمليل بالإباحة المذكورة ولا قصد المخاطب التمليل عند البيع، حتى يتحقق تمليل ضمني مقصود للمتكلم والمخاطب، كما كان مقصوداً ولو إجمالاً في مسألة اعتقد عبده عنّي، ولذا عدّ العامة والخاصة من الأصولتين دلالة هذا الكلام على التمليل، من دلالة الاقتضاء التي عرّفواها بأنّها دلالة مقصودة للمتكلّم، يتوقف صحة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثّلوا للعقلّي قوله تعالى: **«وَاسْأُلُ الْقُرْبَى»**، وللشرعّي بهذا المثال، ومن المعلوم بحكم الفرض أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة^١.

يرد على ما ذكره في مسألة العتق أمور:
الأمر الأول: أنّه إذا كان العتق هو المملّك - لكونه جواباً للاستدعاء - فما وجوه الالتزام بحصول الملك قبل العتق آنأً ما.

وبعبارة أخرى: حيث أنّ التمليل من الإنسانيات، ولا يتحقق بدون الإنساء - والمفروض أنّ إنساءه هو العتق - فكيف يقدّر وجودة قبل العتق ؟
وإن التزم بحصوله بالعتق، لزم منه اجتماع الملك وزواله في زمان واحد، وهو غير معقول، مع أنّه لا يفيد شيئاً، إذ المفروض توقف العتق بالحمل الشائع على الملك، فإذا كان هو متوقّفاً على العتق لزم الدور.

الأمر الثاني: أنّ لازم ذلك تأثير العتق في حصول الملك وزواله، وهو في غاية البعد.
الأمر الثالث: أنّ التمليل والتملّك من الأمور القصدية، فلو فرض أنّ المستدعي والمعتق غير ملتفتين إليهما، ولم يقصداهما، فكيف يلتزم بحصول الملك ؟!

١. ويرد على ما ذكره^٢ من الفرق بين المسألتين - بعدم القصد إلى التمليل في المقام، وبدلالة الكلام في مسألة العتق على التمليل بدلالة الاقتضاء - أنّ المفروض في المسألتين عدم القصد إلى التمليل، فإن كان القصد إلى العتق كافياً في قصد التمليل من جهة كونه قصداً إجمالياً له، فكذلك في المقام.

ويرد على ما أفاده في مسألة العتق - من أنّ الأمر به بيعٌ ضمني لا يحتاج إلى الشروط المقررة للبيع - أنّه لم يدلّ دليلاً على صحة هذا البيع، كي يُقال إنّ مقتضاه

سقوط اعتبار تلك الشروط المفقودة، ومجرد كون البيع ضمنياً لا يصلح لذلك. وبالجملة: لا فرق بين المتأتتين من هذه الجهة، والحق عدم كونه تمليكاً في البابين. وقد التزم المحقق النائيني ^{بيان} في مسألة اعتقد عبدي عنّي، بدخول العبد في ملك الأمر واعتقاه، لا من جهة توقف العتق على الملك، بل من جهة أنه إذا أمر الأمر بإيجاد عمل محترم، أو بإتلاف مال محترم غير مجاني يرجع نفعه إليه، وامتنى المأمور ذلك، عد الاستدعاء واستيفائه له مقتضياً لضمان المستوفى، إذ المفروض أنه لم يصدر عن المأمور تبرعاً، بل بالغرض المسمى، وحيث أنّ ضمانه ليس من باب الغرامة بل ضمان معاملى، وتكون تلك المعاملة الواقعية بين الأمر والمأمور ذلك بأمره واستدعائه، وهذا بامتثاله وعمله صحيحة، لعموم **«تجارةً عنْ تراضٍ»**، فلا محالة يكون لازمه دخول المضمون به في ملك الضامن.

وفيه: إنّ الملك من الأمور التي يتوقف تتحققها على القصد والإنساء، فإذا فرضنا عدم قصد الأمر والمأمور التملك والتملك، لما كان وجه للالتزام بحصول الملك، ومجرد كون الضمان لا من باب الغرامة لا يقتضي دخول المضمون به في ملك الضامن. مع أنه يرد عليه الإيراد الثاني الذي أوردناه على المصنف ^{بيان}.

فالالأظهر أنه إن كان العتق غير متوقف على الملك، فيلتزم بالصحة في المثال، وضمان الأمر إن لم يكن استدعائه على وجه المجانية، وإن كان متوقفاً عليه، فلا يصحّ ويكون نظير عكس المسألة اعتقد عبدي عنك، وبه يظهر حال مسألتنا هذه. أقول: وأما ذكر في مسألة العمودين وتوهم إنطباقه على المقام، ولأجله التزم بالملك التقديرى الفرضي، بمعنى فرض الملك وتقديره لغاية خاصة، وهو الاعتقاب في مسألة العمودين، فحاصله:

أنه كما أنّ الجمع بين الأدلة في تلك المسألة - وهي ما دلّ على أنه (لا عتق إلا في ملك)، وما دلّ على أنّ شراء العمودين جائز، وما دلّ على أنّ الإنسان لا يملك عموديه وينعتقان عليه لو اشتراهما، وما دلّ على توقف صحة البيع بل حقيقته على دخول كلّ

الثاني: أن يدل دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له ب مجرد الإباحة، فيكون كافياً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آناً ما، فيقع البيع في ملكه، أو يدل دليل شرعي على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آناً ما لا يقبل غير العتق، فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر آناً ما للجمع بين الأدلة.^١

من العوضين في كيس من خرج الآخر عن كيسه - يقتضي الالتزام بالملك التقديرى الفرضي بالمعنى المتقدم.

كذلك في المقام، فإن الجمع بين ما دل على توقف جملة من التصرفات كالبيع والعتق على الملك، ودليل السلطة الدال على جواز إباحة جميع التصرفات، يقتضيان الالتزام بالملك التقديرى، وأجاب عنه المصنف^٢ بما سترى في تفريبه.

فيقع الكلام أولاً : في مسألة العمودين، ثم في المقام.

١. أما الأول: فالموهم للتنافي بين الأدلة الموجب للالتزام المذكور.

إما أن يكون ما دل على أنه (لا عتق إلا في ملك)^(١) - بدعوى أنه ينافي مع ما دل على أن الإنسان لا يملك عموديه^(٢)، أو يكون هو ما دل على توقف الشراء على دخول العمودين في ملك المشتري - منافي مع ما دل على عدم تملّكهما.

وشيء منهما لا يوجب التنافي المزبور.

أما الأول: فمضافاً إلى ما تقدم في معنى (لا عتق إلا في ملك) أنه لو سلم دلالته على لزوم الملكية من ينعتق عليه للعبد. أنه إنما يدل على أنه لا عتق - الذي هو فعل اختياري - إلا في ملك، ولا يدل على أنه لا انعتاق إلا في ملك، كي ينافي مع ما دل على عدم تملّكهما.

وأما الثاني: فلما تقدم في أول البيع، وأشارنا إليه في أول هذا التنبية، من عدم توقف صدق البيع والشراء على هذا، بل حقيقة البيع جعل شيء وإعطائه بإزاء شيء، وهذا بحسب الموارد يختلف أثره، فقد يكون أثره الانعتاق كما في المثال، فإن اثر إعطاء

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب العتق. (٢) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب العتق.

وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة، وإثبات صحته بعموم مثل «الناس مسلطون على أموالهم» يتوقف على عدم مخالفة مؤداتها لقواعد آخر، مثل توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلث مالاً له، وتوقف صحة العتق على الملك، وصحة الوطى على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الإذن في مطلق التصرف، ولأجل ما ذكرنا صرحاً المشهور -بل قيل لم يوجد خلاف -في أنه لو دفع إلى غيره مالاً وقال: (اشتر به لنفسك طعاماً) من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء^١، لم يصح كما صرحاً به في مواضع من «القواعد». وعلله في بعضها بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير وهو كذلك، فإن مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة، دخول العوض في ملك من خرج المعاوض عن ملكه^٢، وإن لم يكن عوضاً وبديلاً. ولما ذكرنا حكم الشيخ وغيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف، لكن لا يجوز وطى الجارية^٣، مع أن الإباحة المتحققة من الواهب يعم جميع التصرفات.

البائع إياه بإزاء شيء انقطاع إضافته، وحيث لا يمكن دخوله في ملك المشتري ينعتق عليه قهراً.

هذا كله مضافاً إلى أن الالتزام بالملك التقديرى، مرجعه إلى القول بترتّب آثار البيع من دون حصول الملكية. نعم، حيث أنه يكون من جملة نصوص المسألة ما تضمن أنه إذا ملك الرجل والديه انتقا عليه، فهو ينافي ما دلّ على أن الرجل لا يملك أحد عموديه.

والعلاج إنما يكون بأحد النحوين: إما الالتزام بأن المراد بالأول الملك العقدى، فيكون قوله عائلاً: «إذا ملكوا بمنزلة إذا بيعوا»، أو الالتزام بالملك الحقيقى غير المستقر -والمراد بالثاني الملك المستقر - وعلى أي حال لا وجه للالتزام بالملك التقديرى.

١. بأن يشتري الطعام لنفسه بثمن في ذمته ثم يفديه بمال الغير.

٢. قد مر في أول كتاب البيع عدم كون البيع معاوضة بهذا المعنى.

٣. وفيه: أن محل الكلام الإباحة المالكية، ومورد كلام الشيخ والشهيد الإباحة الشرعية.

وعرفت أيضاً أن الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة، وثمن الهدي، ولا وطى الجارية، مع أن مقصود المتعاطفين الإباحة المطلقة. ودعوى أن الملك التقديرى هنا أيضاً لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم (الناس مسلطون على أموالهم)، الدال على جواز هذه الإباحة المطلقة. وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلة في الملك في الملك التقديرى. مدفوعة بأن عموم (الناس مسلطون على أموالهم) إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحکامهم، فمقتضاه إمساء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعاً، فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة.

ومن المعلوم أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل والنقل، الدال على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعقود، فلا يشمله العموم في (الناس مسلطون على أموالهم) حتى يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى آنا فا.

وبالجملة: دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه، حاكم^١ على عموم (الناس مسلطون على أموالهم) الدال على إمساء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير

وأمام المقام الثاني: فالحق عدم انطباق ما ذكر في تلك المسألة على ما نحن فيه لو تم، وذلك لوجهين:

١. الأول: ما ذكره المصنف^٢ من حكمة دليل عدم جواز البيع والعتق إلا في ملك، على عموم دليل السلطة، فإن دليل السلطة إنما يدل على أن له أن يبيح التصرفات المحرمة من جهة عدم رضا مالكه، ولا يدل على أن له أن يبيح التصرف الممنوع شرعاً لجهة أخرى كما تقدم تقريبه، وحيث أن دليل عدم الجواز ينفي مشروعية هذا التصرف من جهة أخرى، فلا محالة يكون رافعاً لموضوع دليل السلطة.

الثاني: أنه لو كان له إطلاق شامل لجميع التصرفات، وقع التعارض بين الدليلين، وحيث أن النسبة بينهما عموم من وجهه، والترجيح مع ذلك الدليل، فيقدم ولا وجه للجمع

حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير، على عموم وجوب الوفاء بالنذر والوعيد. إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للنائز. نعم، لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين، بحيث أمكن تخصيص كلّ منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آناً ما، فتأمل^١. وأما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع أو العتق، فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكاً تقديريًّا نظير الملك التقديري في الديمة بالنسبة إلى الميت^٢، أو شراء العبد المعتق عليه. بل هو ملك حقيقي حاصل قبل البيع من جهة

بالنحو المذكور. ولكن الذي يهون الخطاب ما تقدم من عدم توقيف البيع والعتق على الملك، فلا معارض لدليل السلطنة.

١. قد عرفت أنّ مقتضى القواعد - على فرض التعارض - هو الرجوع إلى المرجحات لا الجمع المذكور، ولعله لذلك أمر بالتأمل في ذيل كلامه.
وأماماً ما ذكر في مسألة بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه، وادعى إنطباقه على ما نحن فيه، فمحضه أنه كما يتلزم في تلك المسألة بصيرورة العبد ملكاً للواهب قبل التصرف المتوقف على الملك، فكذلك يتلزم به في المقام.

٢. قوله: (نظير الملك التقديري في الديمة بالنسبة إلى الميت).
بأن يقال: إن حكم^(١) الشارع بانتقال الديمة إلى الورثة، وأنّه يؤدّي ديونه منها، يستدعي صيرورتها ملكاً للميت وانتقالها عنه إليهم، وليس ذلك إلا لأنّه لا يمكن الالتزام بملكيتها له في حال الحياة، وإلا لزم تقدّم المعلى على عنته، ولا بملكيتها له حال الموت وإلا لزم إجراء أحكام دية الجنابة على الأعضاء بعد الموت، فلابد من الالتزام بملكيتها له في حال الحياة بالملكية بالتقريب المتنقدم.
وفيه: أن الأدلة إنما دلت على أنّ ديون الميت تؤدّي من ماله، وأنّ ما تركه الميت من ماله فلوارته، ولم يدلّ دليل على أنه لا يؤدّي ديونه من غيره، وأنّه ليس للورثة ما لم يتركه الميت.

(١) راجع الوسائل باب ٢٤ من أبواب كتاب الدين والفرض.

كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل، بناءً على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع^١، وليس كذلك فيما نحن فيه. وبالجملة: فما نحن فيه لا ينطبق على التمليل الضمني المذكور أولاً في: (اعتق عبدك عنّي) لتوقفه على القصد، ولا على الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعتق عليه، لتوقفه على التنافي بين دليل التسلط ودليل توقف العتق على الملك، وعدم حكمة الثاني على الأول، ولا على التمليل الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب وذي الخيار، لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبق إلا الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره^٢، سواءً صرّح بذلك، كما لو قال: (بع مالي لنفسك) أو (اشتر بمالٍ لنفسك)، أم أدخله في عموم قوله: (أبحث لك كلّ تصرف). فإذا باع المباح له على هذا الوجه، وقع البيع للملك إنما لازماً بناءً على أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر، أو موقوفاً على الإجازة بناءً على أنّ الملك لم ينوه تملّك الثمن، هذا.

وعليه، فإذا دلّ الدليل على أنه يؤدي ديونه من الديمة، وأنّها تنتقل إلى الورثة، فلا موجب للالتزام بالملكية.

١. قوله: (بناء الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع وليس كذلك فيما نحن فيه). محصل ما أفاده المصنف^٣: أنه في تلك المسألة إنما يلتزم به من جهة كشف التصرف المتوقف على الملك على قصد الرجوع قبله، وهذا يكفي في الرجوع والفسخ، ولكنه لا ينطبق على ما نحن فيه، إذ في صيغة شبيه ملكاً لشخص يعتبر الإنسنة ولا يكفي مجرد القصد.

٢. قوله: (فلم يبق إلا الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره). وقد تقدم أنّ الأظهر صحة الإذن في ذلك لعدم توقفه على الملك. ولكن يرد على ما ذكره^٤ في تلك المسألة أمور: الأمر الأول: إنّ لازم ذلك أن يكون قول الواهب والبائع بالخيارات: (فسخت) إخباراً عن الرجوع لا إنشاءً له.

ولكنَّ الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد رحمه الله في باب بيع الغاصب، أنَّ تسلیط المشتري البائع الغاصب على الثمن، والإذن في إتلافه، يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، وأنَّه يملِك المثمن بدفعه إليه، فليس للملك إجازة هذا الشراء. ويظهر أيضاً من محكي «المختلف» - حيث استظرفه من كلامه فيما لو اشتري جارية بعين مغصوبة - أنَّ له وظي الجارية، مع علم البائع بغضبيَّة الثمن، فراجع. ومقتضى ذلك أنَّ يكون تسلیط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكية، يوجب جواز التصرفات المتوقَّفة على الملك، فتأمِّل^١. وسيأتي توضيحة في مسألة الفضولي إن شاء الله. وأمَّا الكلام في صحة الإباحة بالعوض^٢

الأمر الثاني: أنَّ الرجوع والفسخ من الإنسانيات، لأنَّهما يوجبان صيرورة الشيء ملكاً له، ولا بدَّ فيهما من الإنشاء والإظهار، ولا يكفي مجرد القصد.

الأمر الثالث: أنَّ لازم هذا البيان، فصرِّح الحكم على مورد قصد الرجوع والفسخ، مع أنَّ كلمات القوم مطلقة.

فالحقُّ أن يقال: إنَّه حيث لم يرد نصٌّ خاصٌ في تلك المسألة، فعلى القول بتوقف البيع والعتق على الملك، لا مناص عن البناء على البطلان في تلك المسألة.
١. قوله: (فتأمِّل).

وعلَّ وجهه أنَّه يمكن أن يكون قصد الجماعة إلى أنَّ إعطاء المشتري ماله للغاصب، مع علمه بغضبيَّة المبيع تسلیط له على ماله مجاناً، ووجب لصيروته ملكاً له، فيكون تصرُّفه في ماله لا في مال الغير المباح له.

الإباحة بالعوض

٢. الإشكال الثاني: الذي أورده المصنف على القسمين الآخرين، هو الإشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك.

سواء صحّحنا إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك، أم خصّصنا الإباحة بغيرها، فمحضله أنّ هذا النحو من الإباحة المعاوضة، ليست معاوضة مالية ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبیح إلّا أنّ المباح له يستحقّ التصرّف، فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً، مع التأمل في صدق التجارة عليها، فضلاً عن البيع^١، إلّا أن يكون نوعاً من

١. وحاصله: إنّ هذا النحو من الإباحة المعاوضة، ليست معاوضة مالية، ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبیح، إلّا أنّ المباح له يستحقّ التصرّف، فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً، مع التأمل في صدق التجارة عليها... إلى آخر ما أفاده.

أقول: وهذا الإشكال أيضاً لا يختص بالمعاطاة، بل يعمّ ما إذا كانت الإباحة باللفظ، فالكلام فيه أيضاً استطرادي، وكيف كان فتنتيح القول في هذا المقام يتتحقّق من خلال البحث في موارد:

الأول: في حقيقة الإباحة بالعوض، وأنّها هل تكون بيعاً أو إجارةً، أم صلحًا أم معاوضة مستقلة؟

الثاني: في الدليل على صحتها ونفوذها؟

الثالث: في أنّها لازمة أم جائزه؟

أمّا المورد الأول: فلا خلاف ولا ريب في أنّها ليست تمليكاً للعين، ولا للمنافع، ولا للانتفاع.

أمّا الأوّلان: فواضح.

وأمّا الأخير: فلأنّ المبیح ليس مالكاً للانتفاع -الذي هو قائم بالمباح له - ومن أفعاله، فكيف يملّكه له؟ وكذلك ليست إعطاء حقّ به، فإنّ جواز التصرّف من الأحكام التكليفية لا من الحقوق، ولذا ليس للملك إسقاطه ولا نقله إلى غيره، بل هي إباحة تكليفية للتصرّفات ورفع للمنع عنها، وعليه فهي ليست إعطاء شيء للمباح له بإزاء شيء، فلا تكون بيعاً، ولا تكون نقلًا للمنافع، فلا تكون إجارة، وليس إنشاءً للتصالح والتسالّم

الصلح لمناسبة له لغةً، لأنّه في معنى التسالم على أمرٍ، بناءً على أنّه لا يشترط فيه لفظ الصلح، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين: (لك ما عندك ولّي ما عندي) ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين. ولو كانت معاملة مستقلة، كفى فيها عموم (الناس مسلطون على أموالهم)^٢.

على أمر - كما هو واضح - فلا تكون صلحاً.

١. قوله: (لأنّه في معنى التسالم على أمر).

أقول: استدلّ المصنف^١ في وجه كونها صلحاً، بأنّه عبارة عن التسالم على أمر ولا يعتبر فيه لفظ خاص، واستشهد لذلك بصحيحي محمد بن مسلم، ومنصور بن حازم، عن السيدتين الصادقين عليهما السلام: «في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولّي ما عندي، فقال عليهما السلام: لا بأس بذلك»^(١). وهذا المعنى ينطبق على الإباحة المعوّضة فهي صلح.

يرد عليه: أنّ الصلح ليس هو التسالم على أمر، وإلا لزم كون جميع المعاملات صلحاً، بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية وإنشاء للتسالم، ومن الواضح أنّ هذا لا ينطبق على المقام.

وأمّا الصحیحان: فليس فيهما ما يدلّ على أنّ تلك المعاملة التي نفي البأس عنها صلحاً، بل من الجائز أن تكون معاملة مستقلة، فيتبيّن أن تكون معاملة مستقلة.

٢. وأمّا المورد الثاني: فقد استدلّ المصنف^١ لصحتها بعموم: (الناس مسلطون على أموالهم)^(٢).

وأورد عليه: بأنّ هذا ينافي ما ذكره^١ في المعاطاة من أنّه لا يصح الاستدلال به على صحتها.

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح حدث ١٢٠٣٦ البخاري ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

والمؤمنون عند شروطهم^١، وعلى تقدير الصحة ففي لزومها مطلقاً لعموم^٢ (المؤمنون عند شروطهم) أو من طرف المباح له حيث أنه يخرج ماله عن ملكه دون المبيع، حيث أن ماله باق على ملكه، فهو مسلط عليه، أو جوازها مطلقاً، وجوه: أقواها أوّلها، ثم أوسطها.

وفيه: أنه في تلك المسألة بنى على عدم صحة الاستدلال به، نظراً إلى أن عمومه إنما هو باعتبار أنواع السلطة، وأنه لو أحرز ثبوت سلطنة خاصة كالبائع له، وشك في أنه هل يحصل بمجرد التعاطي أم لا، لا مورد للتمسك بعمومه.

وهذا الوجه لا يجري في المقام، بل مقتضى عمومه الأنوعي - الذي اعترف بأنه له صحة هذه المعاملة الخاصة التي هي نوع من الأنوع، فالحق تمامية هذا الوجه.
١. وأمّا قوله عثيل^٣: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) الذي استدل به المصنف^٤ في المقام، فقد تقدّم في المعاطة ما فيه، وأنه مختص بالشروط في ضمن العقود، ولا يشمل الشروط الابتدائية.

ويشهد لصحتها - مضافاً إلى دليل السلطة - :

١) السيرة العقلائية القائمة على الإباحة بالعوض المسمى - كما هو المتعارف في إجارة الدكاكين وما شابهها - فإن الشخص يستأجر الدكان من مالكه شهراً بشمن معين، ثم يبنيان على أن كلما بقي المستأجر يعطي الأجرة بذلك المقدار، بل التصرف في الحمامات والأمكنة المعدّة لنزول المسافرين ونحو ذلك كلّها من هذا القبيل. فتأمل.

٢) وبدليل التجارة.

ودعوى: عدم صدقها على الإباحة المعقودة من جهة أنها عبارة عن التكسب بالمال. مندفعه: بمنع ذلك، بل هي عبارة عن التكسب والاسترباح الشامل للمقام. فالحق أنها صحيحة نافذة.

٢. وأمّا المورد الثالث: وهو البحث عن أنها لازمة أو جائزة ؟

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار - في الخبر المسلون بدل - المؤمنون.

أما حكم الإباحة، فالإشكال فيه أيضاً يظهر مما ذكرنا في سابقة. والأقوى فيها أيضاً الصحة والتزوم للعموم، أو الجواز من الطرفين، لا صالة التسلط.

فيشهد للزومها قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١). وأورد عليه: بأنه يعارض في طرف الإباحة بعموم^(٢) دليل السلطة، إذ المفروض بقاء المال على ملكه.

وفيه: إن دليل السلطة إنما يدل على ثبوت السلطة على المال، ولا يدل على السلطة على العقد، والإباحة الالزمة في المقام إنما هي إباحة عقدية لا إباحة مستندة إلى الإذن.

وإن شئت قلت: إنه إذا كان العقد صادراً من المالك وباختياره - وبدلليل السلطة ببنيا على أن له ذلك - فلزم العقد المذبور لا ينافي سلطنته على المال، كما لا ينافيها في مورد الإجارة، مع أن العين باقية على ملكه.

وبالجملة: فكما أنه لو شرط في ضمن عقد لازم إباحة مال أحد المتعاقدين للآخر، كان له ذلك وكان لازماً، ولا يكون منافياً لدليل السلطة، كذلك الحال في المقام. ولو تنزلنا عن ذلك، وسلمتنا التعارض، كان ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ مقدماً، بناءً على ما هو الحق من الرجوع إلى المرجحات، إذا تعارض عامان من وجه، فإن الترجيح مع الآية الشريفة، فإنه إذا كانت موافقة الكتاب من المرجحات، كان الكتاب مقدماً عند التعارض. هذا بناءً على ما هو الحق من أنه إذا تعارض العام والمطلق لا يكون الأول مقدماً، وإلا فقد تم الآية أظهر، لأن الجمع المحلى بالألف واللام من ألفاظ العموم.

كما أنه لو قلنا بشمول أخبار العرض للمخالفة بالعموم من وجه، كان تقدماً الآية الشريفة في غاية الوضوح.

ولو تنزلنا عن ذلك أيضاً، وسلمتنا التساقط، كان المرجع استصحاب بقاء الإباحة، أي الإباحة العقدية لا الإباحة المستندة إلى الإذن، كي يقال أنه لا سبيل إلى استصحابها

(١) المائدة: آية ٢.(٢) البخاري ١ ص ١٥٤ الطبع القديم وج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه^١.

لنقوّمها بالرضا المرتفع.
و خلاصة الكلام: الأظهر أنها معاوضة مستقلة صحيحة لازمة.

جريان المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات

١. قوله: (الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه).
ملخص القول في المقام: إنّ صحة المعاطاة في البيع إن كانت بدليل تعتدي شرعياً،
من الإجماع والسير، فلا كلام في عدم جريانها في غير البيع إلّا ما قام الدليل الخاص
على صحته.

وإن كانت على القاعدة، من جهة صدق (البيع) عليها، فهي تجري في غيره من
المعاملات، فإنه في كلّ باب يتمسّك بعموم دليل ذلك الباب لصحتها لو كان، وإلّا فيجب
التمسّك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودُ» ولا إشكال في ذلك.

نعم، في بعض الموارد - كما في باب الطلاق - دلّ^(١) الدليل الخاص على أنّ الطلاق
لا يصحّ إنشائه إلّا بصيغة خاصة، فلا تجري المعاطاة فيه لذلك، وأمّا سائر الموارد
فتجري المعاطاة فيها.

وقد ذكروا في بيان المانع عن جريان المعاطاة في جملة من العقود أموراً:
منها: أنّ بعض المعاملات لا يكون الفعل فيه مصداقاً لعنوان تلك المعاملة، مثلاً
تحرير العبد وفكّه عن الخدمة مع قصد العتق لا ينطبق عليه عنوان العتق، وفي هذه
المعاملات لا يصحّ الاستدلال بأدلةها.

ومنها: ما إذا دلّ الدليل في باب على أنه لازم كالرهن، وحيث أنّ المعاطاة جائزة
بالإجماع فلا تجري فيه.

(١) راجع الوسائل باب ١٥ و ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه.

ومنها: أنه في بعض الموارد يكون الفعل محرّماً شرعاً كما في النكاح من خلال فعل الوطى، حيث أنّ النهي عن المعاملة يدلّ على الفساد.

ولنا عن هذه الوجوه جواباً: إجمالي وتفصيلي :

أثما الإجمالي منها فمحصله: إنّه يرد على الوجه الأول أنّا لا نتصور معاملة لا يكون فعل فيها مصداقاً لتلك المعاملة بالمعنى المعقول، وهو كون الفعل مظهراً عرفاً للاعتبار النفسي، لا أقلّ من الأفعال التي يفهم الآخرون مقاصده بها، مثلًا إذا سأل أحد مالك العبد: هل تعتقد عبده؟ فحرّك رأسه قاصداً به إنشاء العتق، يكون هذا الفعل - بضميمة القرينة الموجودة - مصداقاً لعنوان العتق بالمعنى المعقول، وهكذا في باب الوصية وغيرها.

مع أنه قد عرفت أنّ عناوين المعاملات موضوعات لحقائقها، أي المسبيبات والاعتبارات النفسانية، والأسباب ميرزات لها، لا أنها من مصاديقها.

وبالجملة: المظاهر سواءً كان هو القول أو الفعل يكون خارجاً عن مسمى المعاملة، فلا وجه للفرق بين الأفعال.

اللَّهُمَّ إِنْ يُقالُ: إنّ بناء العقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملة على الاعتبار النفسي المجرّد، وعلى عدم ترتيبه على الاعتبار المبرز بما لا يكون له شأنية ذلك عندهم، كما لو مشى بقصد إنشاء الزوجية، وعليه فالحق في الجواب ما تقدّم.

ويرد على الوجه الثاني: ما تقدّم من أنّ الأصل في المعاطاة هو اللزوم.

ويرد على الوجه الثالث: ما تقدّم في أول الجزء الأول من عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد، لا سيما إذا تعلّق بالأسباب.

وأثما الجواب التفصيلي فملخص القول: بعد النكاح من المعاملات التي وقع فيها النزاع، وقد استدلّ لعدم جريان المعاطاة فيه بوجوه:

أحدها: ما أفاده المحقق النائيني ^{رحمه الله}، وهو: (أن الفعل فيه مصدق لضده وهو الزنا والسفاح، فإن مقابل النكاح ليس إلا الفعل المجرد عن الإنشاء القولي، وعمّا جعله الشارع سبباً للحلية).

وفيه أولاً: إن هذا الوجه مختص بإنشائه بالوطني، ولا يشمل إنشائه بفعل آخر كتمكين الزوجة وغيره، وهذا الجواب يجري في جميع الوجوه الآتية.
وثانياً: إن مورد الكلام ما إذا وطئ بقصد إنشاء الزوجية، لا مجرداً عن القصد، ومعه وإن كان سفاحاً وزناً لكنه لا مانع من كونه مبرزاً للزوجية، وليس الزوجية والزنا متقابلين ومتضادتين، فإن الأولى من الاعتبارات، والثانية من عناوين الفعل الخارجي، فلا مانع من مبرزيته لها.

ثانيها: إن النكاح عقد لازم للنص والإجماع، والمعاطاة جائزة بالإجماع.

وفيه: ما تقدم من أن الأصل في المعاطاة هو اللزوم.

مع أنه يمكن أن يقال: إن الإجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التي تجتمع الصحة فيها مع الجواز ولا يشمل ما لا تجتمع معه.

وبعبارة أخرى: المجتمع عليه عدم اللزوم مع الصحة، وأماماً عدم اللزوم غير المجتمع معها، فلا يكون مشمولاً له.

مضافاً إلى أنه يمكن أن يجعل هذا بنفسه دليلاً على اللزوم فيه، فيقال إن المعاطاة تفيد أصل النكاح، وأماماً اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على أن كل نكاح صحيح لازم.

ثالثها: أن لازم جريانها في النكاح، حصر الزنا بصورة الإكراه والزنا بذات البعل ونحوهما، وهذا كما ترى.

وفيه: إن الوطني مع الرضا تارة يكون مع قصد الزوجية، وأخرى بدونه. ومحل الكلام هو الأول، وأماماً الثاني فلا ريب في أنه زنا وسفاح.

اعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في «جامع المقاصد» على ما حُكِي عنه:-(أنَّ في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة^١ وكذا في الهبة، وذلك لأنَّه إذا أمره بعمل على عوض معين، فعمله استحق الأُجرة، ولو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل.

رابعها: إنَّ الوطىء يحتاج إلى سبب محلل، فلو كان سبباً لحلية نفسه، لزم اتحاد السبب والمبثب في مرتبة واحدة، مع امتناع تأثير الشيء في نفسه.

وفيه: إنَّ أول الوطىء الأول سبب للزوجية، وهي سبب لحلية الوطىء في الآنات المتأخرة والوطىء اللاحق، فلا يلزم اتحاد السبب والمبثب.

خامسها: إنَّ السبب المبغوض لا يؤثر، فالوطىء المؤثر في الزوجية مشروط بالحلية، والمفروض أنَّها من مقتضيات الزوجية، فتتوقف حلية الوطىء على تأثيره، ويتوقف تأثيره على حلية، وهذا دور واضح.

وفيه: ما تقدَّم من أنَّ النهي عن المعاملات - لا سيما الأسباب منها - لا يدلُّ على الفساد، مع أنَّ ترتب الحلية على الزوجية، والزوجية على الوطىء - الذي هو سبب لها - إنما يكون ترتيباً رتبياً، وأماماً في الزمان فالجميع في زمان واحد، فالوطىء حين تحققه متصرف بالجواز.

فتحصل: أنَّه لا مانع عقلاً ولا شرعاً عن جريان المعاطاة في النكاح، ولكن قام الإجماع على عدم الجريان، وهو المستند لو كان، وكان تعبيدياً غير مستند إلى الوجوه المتقدمة.

ومنها: الإجارة.

١. قوله: (فَيْ كَلَامٌ بَعْضُهُمْ مَا يَقْتَضِي اعْتَبَارَ الْمَعَاطَةِ فِي الإِجَارَةِ).

في المسألة أقوال:

أحدها: جريانها فيها مطلقاً.

ثانيها: عدم الجريان كذلك.

ثالثها: التفصيل بين الإجارة على المنفعة فالأول، وبين الإجارة على العمل فالثاني.
أقول: والأظهر هو الأول، بناءً على ما هو الحق من صحة إنشاء العقود والإيقاعات بكلّ ما يكون مبرزاً لها، بلا اعتبار اللّفظ في المبرز، كما حققناه في البيع وأوضحتنا.

واستدلّ عدم الجريان فيها:

تارةً: بأنّ المعاطاة إنما التزمت بجريانها في البيع من جهة الإجماع والسيرة، وهما غير ثابتين في المقام.

وأخرى: بأنّ الإجارة لازمة كما يأتي، والمعاطاة إنما مفيدة للملكية الجائزه أو الإباحة، فلا تجري فيها.

وثلاثة: بأنه ليس فعل صالح لإنشاء الإجارة به، فإنّ إعطاء العين ودفعها يلائم مع تملكها لا تملك منافعها، ولا يعنونان عند العرف بعنوان الإجارة.
والجميع مردود.

أما الأول: فلما تقدّم من أنّ مقتضى القاعدة جريانها في جميع العقود والإيقاعات.

وأما الثاني: فلما مرّ في البيع من أنّ المعاطاة تفيد الملكية اللازمـة.
مع أنه لو دلّ الدليل على عدم لزومها في مورد خاص، قيد به إطلاق ما دلّ على لزومها.

وأما الثالث: فلأنّ محلّ البحث إنشاء الإجارة بالفعل، ولم يقع عنوان المعاطاة تحت الدليل كي يقتصر على مورد تحقق التعاطي.

وعليه، فلو تمّ هذا الوجه، فحيث أنه مختص بالإعطاء الخارجي، ولا يجري في جميع الأفعال حتى مثل الإشارة بالرأس - كما لو سأله سائل: (هل تؤجر دارك بزيـد؟)
فحرك رأسه، وما شابه ذلك - فلا يعتمد عليه.

مع أنه غير تامّ، فإنّ إعطاء العين أعمّ من الهبة والصلاح والقرض والبيع والإجارة،

ولم يستحق أجرة مع علمه بالفساد، وظاهرهم الجواز بذلك. وكذا لو وهب بغير عقد، فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف ولو كانت هبة فاسدة لم يجز^١، بل منع من مطلق التصرف وهو ملحوظ وجيه) انتهى.

فكم يقال إنّه بالتساوم على البيع مثلاً وقد ذكر ذلك يكون الإعطاء مصداقاً للبيع على المشهور، ومبرزاً له عرفاً على المختار، كذلك في المقام نقول إنّ تسليم العين في أول المدة بقصد إجارتها في جميعها يكون مع التساوم قبله، مصداقاً أو مبرزاً لها.

واستدلّ للثالث: بأنّه في إجارة الأعيان للمنافع يوجد فعل مبرز لعنوان الإجارة، ولا يوجد ذلك في إجارة الحرّ عمله، فإنّ الفعل المبرز ليس إلا العمل الخارجي، وهذا ليس مصداقاً للإجارة المتعلقة بالنفس، فلا تجري فيها.

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدّم من أنّ هذا لو تمّ فإنّما هو في الإعطاء لا في كلّ فعل ولو كان هو الإشارة - : أنه إذا فرضنا التساوم على الإجارة، يكون الشروع في العمل بقصد إجارة نفسه على كلّ ما تساوما عليه إيجاباً للإجارة.

وخلاصة الكلام: فالأظهر جريان المعاطاة في الإجارة مطلقاً.

ويجوز أن يكون الإيجاب بالقول والقبول بالفعل، لإطلاق الأدلة وعمومها.

واستدلّ لعدم الجواز بأنّه ليس عقداً ولا معاطاة.

وفيه: إنه لم يرد دليل على لزوم الإنشاء بالعقد أو المعاطاة، بل الدليل دلّ على لزوم الإبراز بلا تعين لخصوص مبرز، فالأظهر كفايته.

١. وبما ذكرناه يظهر الحال في كثير من أبواب الفقه، حيث منع من جريان المعاطاة فيها من جهة عدم وجود فعل يكون مصداقاً لتلك المعاملة منها الهبة.

وفيه: إنَّ معنى جريان المعاطاة في الإجارة - على مذهب المحقق الثاني - الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر، وملك الأمر العمل المعين على المأمور به^١، ولم نجد من صرَّح به في المعاطاة. وأمَّا قوله: (لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل) فموضع نظر، لأنَّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل^٢، سيما إذا لم يكن العمل تصرِّفاً في عين من أموال المستأجر. وقوله: (لم يستحق أجرة مع علمه بالفساد) ممنوع، لأنَّ الظاهر ثبوت أجرة المثل^٣، لأنَّه لم يقصد التبرُّع، وإنَّما قصد عوضاً لم يُسلِّم له. وأمَّا مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب، لا يدلُّ على جريان المعاطاة فيها^٤، إلَّا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة. فإنَّ جماعة - كالشيخ والحلبي والعلامة - صرَّحوا بأنَّ إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك. لكنَّ المحقق الثاني الله ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيدة للإباحة المجردة

١. يرد عليه أمران:

الأمر الأول: المفروض أنَّ أحد طرف في عقد الإجارة هو العمل الخارجي، فلا تكون الإجارة المズبورة نظير الإجارة اللفظية موجبة للحكم بملك أحدهما الأجر المعين على الآخر، والآخر العمل المعين، وبالتالي فإنَّ أمر الأمر وحده لا يعد عقد الإجارة.

الأمر الثاني: إنَّ الأصحاب وإن لم يصرُّحوا في الإجارة بما ذكره، إلَّا أنَّهم لم يصرُّحوا في البيع أيضاً بالملك.

٢. وفيه: إنَّ مورداً كلام المحقق صورة استلزم العمل التصرِّف في أموال المستأجر - وأمَّا في صورة عدم استلزماته ذلك، فلا ريب في عدم المنع - وفي هذه الصورة مقتضى فساد الإجارة عدم جواز التصرِّف.

ودعوى: أنَّه يجوز للرضا به .

مندفعة: بأنَّ الرضا من جهة تخيل صحة الإجارة لا يجدي .

٣. ولكنَّ ظاهر العبارة الموجودة في «جامع المقاصد» المحكمة في المتن ثبوت الأجرة المسماة لا أجرة المثل.

٤. وفيه: إنَّ الأصحاب كما صرَّحوا في البيع المعطاطي بالإباحة، كذلك حكموا في الهبة المعطاطية بالإباحة، والمتحقق هيئ في كلا البابين حمل كلماتهم على إرادة الملك

وتوقف الملك في الهبة على الإيجاب والقبول، كاد أن يكون متفقاً عليه، كما يظهر من «المسالك». ومما ذكرنا يظهر المنع في قوله: (بل مطلق التصرف).

هذا، ولكن الأظهر بناءً جريان المعاطة في البيع، جريانها في غيره من الإجارة والهبة، لكون الفعل مفيدةً للتمليك فيما. وظاهر المحكي عن «الذكرة» عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال قى باب الرهن: (إن الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطة والاستيغاب والإيجاب عليه المذكور في البيع آت هنا)، انتهى. لكن استشكله في محكي «جامع المقاصد» بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطة بالإجماع بخلاف ما هنا.

ولعل وجه الاشكال عدم تأثير المعاطة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع^١، لأنها هناك إنما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف، والأقل غير متتصور هنا. وأما الجواز فذلك، لأنّه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن^٢.

المترزل، فلا إيراد مخصوص بالمقام عليه.

١. قوله: (ولعل وجه الاشكال عدم تأثير المعاطة بالإجماع في الرهن).
- لعل مراد المحرك^٣ أنّ ما هو ثابت في المعاطة بالإجماع، جار في البيع دون الرهن، لعدم معقولية الجواز فيه، وعليه فما ذكره المصنف^٤ في وجه إشكاله^٥ تمام.
- ولا يرد عليه ما أورده المحرك الإبرواني^٦: من أنّ هذا من الاجتهد في مقابل النص، لتصريحه بأنّ منشأ الإشكال عدم شمول الإجماع على حكم المعاطة للرهن.
- ومنها: الرهن فقد أشكل في جريان المعاطة فيه بوجهين:
٢. أحدهما: أنّ المعاطة ثبت جوازها بالإجماع، والجواز غير متتصور في الرهن، لأنّه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، وإن جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفًا للإجماع.

والجواب عنه: ما ذكرناه في النكاح جواباً عن وجہ الثانی. فراجع.

ثانيهما: أنّ القبض شرط في باب الرهن، والعقد مقتضى، فيلزم من إنشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضى مع الشرط، وهو مُحال كما حُقق في محله.

وأجيب عنه: بان الشرط هو القبض، والمقتضى هو الإقباض، لأنّ به ينشأ الرهن، فلا يلزم الاتحاد المذبور.

خصوصاً بملحوظة أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان، وإن جعلناها مفيدة لللزوم، كان مخالفأ لما أطبقوا عليه من توقيف العقود الالزمة على اللفظ، وكان هذا هو الذي دعا المحقق الثاني إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة والهبة والقرض، والاستشكال في الرهن. نعم، من لا يبالى مخالفة ما هو المشهور بل المتفق عليه بينهم - من توقيف العقود الالزمة على اللفظ، أو حمل تلك العقود على الالزمة من الطرفين، فلا يشمل الرهن.

ولذا جوز بعضهم، الإيجاب بلفظ الأمر كهذه، والجملة الخبرية - أمكن أن يقول بإفاده المعاطاة في الرهن اللزوم، لإطلاق بعض أدلة الرهن، ولم يقم هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات. ولأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف^١، بأن يكتفي فيه بالإقباض، لأن القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقيف اللزوم على اللفظ، والجواز غير معروف في الوقف من

وفيه: إن المقتضي هو الإقباض والقبض معاً، لأن الرهن من العقود ومتقوّم بالإيجاب والقبول، فالقبض جزء المقتضي فيلزم الاتحاد.

فالحق في الجواب عنه أن يقال: - مضافاً إلى ما تقدم من عدم انحصار الفعل الذي ينشأ به الرهن بالقبض - إنه ليس في النصوص ما يدل على كون القبض شرطاً في الرهن، بل هذا اصطلاح على لسان الفقهاء، والموجود في النصوص اعتبار القبض فيه، الملائم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء.

مع أنه في باب التشريعيات والاعتباريات ليس تاثير من الأفعال الخارجية فيها حتى يكون شيء مقتضاياً والآخر شرطاً، بل إنما هي موضوعات للمجموعات الشرعية، وتكون موضوعيتها تتبع جعل الشارع، وتمام الكلام في محله.

١. ومنها: الوقف.

وأورد على القول بجريان المعاطاة فيه - بوجهين:

الشارع^١، فتأمل.

نعم، احتمل الإكتفاء بغير اللّفظ في باب وقف المساجد من «الذكرى» تبعاً للشيخ رحمه الله.

ثم إن الملزم للمعاطاة فيما تجرى فيه من العقود الآخر هو الملزم في باب البع كما سنتبه به بعد هذا الأمر.

١. الأول: ما في المتن وهو: (إِنَّ القول بِاللزوم فِيهِ مِنافٍ لِمَا اشْتَهِرَ بَيْنَهُمْ مِنْ تَوْقِفٍ
اللزوم عَلَى اللّفظِ وَالجوازِ غَيْرِ مَعْرُوفٍ فِي الْوَقْفِ مِنَ الشَّارِعِ).

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدم في سابقيه - أنه لا مانع من جواز الوقف، ولم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف والجواز، بل الوقف قبل القبض جائز.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: إِنَّ الْقَبْضَ جَزءٌ مِنَ الْمَؤْثِرِ، فَقَبْلَهُ لَا يَكُونُ الْمَؤْثِرُ تَامًا كَيْ يَكُونَ لَازِمًا
أَوْ جَائِزًا.

وقد ورد عنهم عليهم السلام: «ما كان لله فلا رجعة فيه»^(١)، وظاهر ذلك أن ما كان لله لا يلائمه الرجوع، وهذا غير قابل للتخصيص.

وكيف كان، ففي الجواب الأول غنى وكفاية.

الثاني: ما عن المحقق النائيني رحمه الله، وهو مختص بعض أقسام الوقف، وحاصله: أن بعض أقسامه - كالوقف الخاص أو لمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه - من جهة عدم كون الفعل مصداقاً له لا تجري فيه المعاطاة.

وفيه: ما عرفت من عدم تصوّر عقد أو إيقاع لا يكون فعل مبرزاً له. فراجع.
ومنها: القرض.

والكلام فيه إشكالاً وجواباً ما في الرهن، فراجع.

فتتحقق: أن الأظهر جريان المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات، سوى ما دل الدليل الخاص على اعتبار اللّفظ فيه كالنكاح، أو لفظ خاص فيه كالطلاق والتحليل.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب الوقف والصدقات.

السادس: في ملزمات المعاطاة على كلّ من القول بالملك، والقول بالإباحة:^١
 اعلم أنَّ الأصل على القول بالملك الْلَّزُوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة^٢.

ملزمات المعاطاة

١. الأمر السادس: في ملزمات المعاطاة على كلّ من القول بالملك والقول بالإباحة.
 أقول: إن بنينا على لزوم المعاطاة - كما هو الحقّ ومرّ تفصيله - يسقط هذا الأمر، ولا
 مجال للبحث عنه، وإن بنينا على جوازها، فحيث أنَّه في بعض الموارد الجواز متيقّن،
 كما في صورة بقاء العينين وعدم تحقّق شيء من الملزمات، وفي بعض الموارد الْلَّزُوم
 متيقّن كصورة تلف العينين أو الامتزاج أو نحو ذلك، فينبغي أولاً تأسيس الأصل في
 المقام، كي يرجع إليه عند الشكّ، وعدم الدليل على الْلَّزُوم أو الجواز.
 ٢. وقد ذهب المصنف^٣ إلى أنَّ الأصل هو الْلَّزُوم على القول بالملك، واستند في
 ذلك إلى الوجوه الثمانية المتقدمة، من العمومات، واستصحاب بقاء الملكية.
 وأورد عليه تارةً: بتمسّكه بالعمومات مثل: «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ».

وآخر: بتمسّكه بالاستصحاب.

أما الأول: فأورد السيد الفقيه في حاشيته، والمحقق الإصفهاني^٤ وغيرهما عليه:
 بأنَّ التمسّك بها ينافي ما بنى عليه في كتبه فقهًا وأصولًا، من أنَّه إذا ورد عام ولم يكن له
 عموم أزمني بل كان عمومه أفرادياً من ثبوت حكم كلّ فرد في جميع الأزمنة
 بالإطلاق - كما إذا ورد (أكرم كلّ عالم) حيث أنَّ عمومه أفرادي وبقاء حكم كلّ فرد في
 عمود الزمان يستفاد من الإطلاق، ثم خصّ العموم الأفرادي، وخرج فرد من العام عن
 تحته في زمان، وشك في الحكم بعد ذلك الزمان، كما إذا ورد (لا تكرم زيداً في يوم
 الجمعة) وشك في يوم السبت في وجوب إكرامه وعدمه - لا يصحّ التمسّك بعموم العام،

بل يكون مورد استصحاب حكم المخصوص، فإنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» وغيره من العمومات أفرادي، والزمان فيها إنما يكون ظرفاً لاستمرار الحكم كما صرّح بذلك في خيار الغبن.

وعليه، فلابدّ من البناء على جريان استصحاب الحكم الخاصّ، بعد كونها مختصة بالإجماع على الجواز حين الانعقاد - كما هو المفروض - لا التمسك بالعمومات.

وفيه: إنّ الجواز الثابت بالإجماع، لو كان هو الجواز من كلّ وجه، كان الإبراد تاماً، ولكن الجواز الثابت إنما هو الجواز الخاصّ، وهو الجواز المتعلق بتراد العينين، وأمّا الجواز من وجه آخر فهو مشكوك فيه من أول الأمر، وهذا لا يمنع عن التمسك بعموم العام، مثلاً إذا علم جواز البيع من جهة شرط رد الشمن، وشكّ في جوازه من الجهات الأخرى جاز التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»، والحكم بلزمته من تلك الجهات من أول الأمر، ففي الحقيقة ليس هذا تمسكاً بعموم العام بعد ذلك الزمان، بل تمسك به من أول الأمر بلحاظ الجهات الأخرى.

وبالجملة: حيث أنّ الجواز الثابت بالإجماع، هو جواز ترداد العينين دون فسخ المعاملة مطلقاً ومن كلّ وجه، فالشكّ في اللزوم بعد امتناع الترداد، شكّ في اللزوم من جهة أخرى، ومورد للتمسك بعموم العام حتى على مسلكه بِهِيَّةٍ.

نعم، بناءً على مسلك من يرى جواز المعاطة من كلّ وجه، بلحاظ توقيف اللزوم على اللّفظ، لم يصحّ التمسك بعموم العام لما ذكر، وقد صرّح بهذا المصنف بِهِيَّةٍ بعد أسطر، حيث قال: (ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتّى يستصحب بعد التلف... إلى آخره)، وسيأتي تمام الكلام في ذلك.

هذا بناءً على ما بنى عليه في كتبه أصولاً وفقهاً.

وأمّا بناءً على ما حققناه من أنّ المرجع عموم العام مطلقاً، فالامر أسهل.

وأمّا على القول بالإباحة: فالالأصل عدم اللزوم^١، لقاعدة تسلط الناس على أموالهم^٢، وأصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطة^٣، وهي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.

وأمّا الثاني: فقد أورد المحقق الإصفهاني^٤ على استصحاب بقاء الملكية: بأنّه محكوم لاستصحاب الجواز الثابت أصله بالإجماع، فإنّ معنى الحكم بجواز المعاطة، الحكم بزوال الملك بالرجوع، فالتعيّد به تعبد بعد الملك عند الرجوع، فلا يبقى شك في زوال الملك حتّى يستصحب، ومن الواضح أنّ ترتب زوال الملك على الرجوع شرعي.

والسيّد^٥ وإن أورد عليه بهذا الإيراد، إلا أنه أشكّل على هذا الأصل بأنّه لا يجري عند الشيخ، لكونه من الشك في المقتضي.

أمّا إشكال السيد^٥: وإن كان في غير محله - من جهة أنّ الشك في المقتضي هو الشك في بقاء المستصحب في عمود الزمان لا الشك في مقدار استعداده بالنسبة إلى الزمانيات كما حّقق في محله - إلا أنّ أصل الإيراد لا يكون موجّهاً، وذلك لعدم جريان استصحاب الجواز، من جهة أنّ موضوعه التراّد، وبعد امتناعه وارتفاع الموضوع لا مورد لاستصحاب الحكم.

فتحصل: أنّ ما أفاده المصنّف^٦ على القول بالملك تام.

١. وأمّا على القول بالإباحة، فقد ذهب المصنّف إلى أنّ الأصل عدم اللزوم، واستدلّ

له بوجهين:

٢. أحدهما: أصالة بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطة، الحاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك، لو سلم جريانها.

٣. الثاني: قاعدة تسلط الناس على أموالهم.

وأورد على الوجه الثاني بإيرادين:

الإيراد الأول: ما عن المحقق النائي^١ وهو أنّ ما ذكره الشيخ^٢ في المقام ينافي ما اختاره في الأمر الرابع في الإباحة بالغرض، من أنّ الأقوى لزوم لعموم: «المسلمون عند شروطهم»^(١).

وفيه: إنّ فرق بين المقامين، فإنّه في ذلك المقام الإباحة عقدية مالكية وبالتزام المالك نفسه، وأمّا الإباحة في المقام فهي إباحة تعبدية شرعية غير عقدية، وثابتة بخلاف مقتضى العقد، فذلك الوجه لا يجري في المقام.

الإيراد الثاني: ما أورده المحقق الإيرواني، وهو أنّ الإباحة الثابتة في مورد المعاطة المقصود بها الملك، بما أنها إباحة تعبدية شرعية، ثابتة على خلاف سلطنة المالك، لثبوتها في موضوع عدم رضا المالك بالتصريف، فدليل السلطنة وقاعدتها لا تنهضان لإثبات سلطنة المالك على رفع الإباحة الشرعية، لعدم صلاحيتها لإثبات سلطنة المالك على تغيير الأحكام الشرعية.

وفيه: إنّ غاية ما ثبت بالدليل على خلاف السلطنة، إنما هو جواز تصرف المباح له في مال الغير من دون رضاه، وأمّا أنّه هل يباح له حتى مع منع الملك أم لا؟ فلا يستفاد ذلك من هذا الدليل، فالمرجع فيه عموم دليل السلطنة، إذ لا بدّ من التمسك بالعام عند الشك في التخصيص الزائد.

وإن شئت قلت: إنّ دليل السلطنة قد خصص بما دلّ على جواز التصرف مع عدم رضاه، وأمّا أنّه إذا منع عن التصرف هل يجوز ذلك أم لا؟ فالدليل المخصص غير شامل له، بل لا بدّ من الرجوع إلى العام.

فتحصل: أنّ ما ذكره المصنف^٣ على القول بالإباحة تامّ.

هذا بناءً على القول بالإباحة الشرعية.

وأمّا على القول بالإباحة المالكية - من جهة الرضا الضمني - فالامر أوضح كما لا يخفى.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

إذا عرفت هذا فاعلم أن تلف العوضين ملزم إجماعاً^١ على الظاهر المصرح به في بعض العبار، أما على القول بالإباحة فواضح، لأن تلفه من مال مالكه، ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه^٢، وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا، مندفع بما سيجيء.

من الملزمات تلف العينين

إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم أنه قد عدّ من الملزمات أمور:

١. أحدهما: تلف العوضين، وقد ادعى الإجماع عليه غير واحد.

أقول: بعدما لا كلام على الظاهر في أن تلف العينين من الملزمات - على القول بجواز المعاطة - للإجماع، تصدّى المصنف^٣ لبيان وجه اللزوم على القولين، أي القول بالإباحة والقول بالملك.

٢. واستدل^٤ لذلك على القول بالإباحة: بأنّ تلفه من مال مالكه، ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه، لأنّ ما يتوجه كونه سبباً للضمان هي قاعدة الضمان باليد، وهي لا تجري في المقام، لأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان. وفيه: أنّ ما ذكره في المقام، ينافي ما ذكره في جواب استبعاد الشيخ الكبير، من كون التلف من الجانبين معيناً للمسمى من الطرفين. بما حاصله:

إنّ الجمع بين الأدلة يقتضي الالتزام بدخول التالف في ملك من تلف في يده قبل التلف أنا مّا، ووجهناه بأنّ المؤثر في الملك هو المعاطة، والتالف أو إرادة التصرف المتوقف على الملك من تمام السبب الممكّن كالقبض في الصرف والسلم، وعلى ذلك فيجري على هذا القول أيضاً ما ذكرناه على القول الآخر، بل اللزوم هنا أولى، لعدم جريان استصحاب الجواز من وجه آخر غير ما ذكرناه.

مضافاً إلى عدم جريان الاستصحاب في الأحكام مطلقاً، وهو أنّ الجواز الثابت سابقاً هو الجواز لا في ملك، وما يكون مشكوكاً فيه لاحقاً هو الجواز في الملك. فتأمل.

وأمّا على القول بالملك: فلما عرفت من أصالة التّلزم^١، والمتيقن من مخالفتها جواز تراث العينين، وحيث ارتفع مورد التراث امتنع، ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيري حتى يستصحب بعد التلف، لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه، بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه، فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين، نظير جواز الرجوع في العين المohoبة، فلا يبقى بعد التلف متعلق الجوان، بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التراث، لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة.

١. وأمّا على القول بالملك: فقد استدلّ له بأصالة التّلزم، بدعوى أنّ المتيقن من مخالفتها جواز تراث العينين، وحيث ارتفع مورد التراث امتنع.
وأورد عليه بإيرادات، عمدتها إيرادان:

أحدهما: أنّ المراد بتراّد العينين التراّد في الملكية، أي إرجاع الرابط الملكي القائم بالعين، وهذا لا يمكن مع بقاء العقد بعد عدم كون الفسخ والرجوع معاملة جديدة، فمتعلق الجواز دائمًا هو العقد، فلا فرق بين الموردين.

ثانيهما: ما عن المحقق الخراساني^٢ وهو أنّ متعلق التراّد ملكيّة العينين لا أنفسهما، والملكية كما يصح انتزاعها من الموجود، كذلك يصح انتزاعها من التالف، فإنّها من الاعتباريات، وهي مما لا يتوقف على موضوع موجود، وعليه فالموضوع وإن كان هو العينين إلا أنه يمكن التراّد بعد التلف أيضًا.

أقول: والذي يخطر بالبال في توضيح كلام المصنف^٣، بنحو يندفع هذان الإيرادان، وسائر ما أورد عليه، هو أنّ المراد من التعلق بالعقد هو التعلق به من كل وجه، والمراد من التعلق بالعين، فسخ العقد من جهة خاصة، وهي تراث العينين خاصة، كما تقدّم.

هذا، مع أن الشك في أن متعلق الجواز، هل هو أصل المعاملة أو الرجوع في العين، أو ترداد العينين؟ يمنع من استصحابه، فإن المتيقن تعلقه بالترداد^١، إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز ترداد العينين، الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما.

ومنه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين، أو بعضها على القول بالملك^٢، وأمّا على القول بالإباحة، فقد استوجه بعض مشايخنا -وفاقاً لبعض معاصريه تبعاً للمسالك^٣- أصالة عدم اللزوم، لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه لها.

وعلى ذلك، فإذا كان جواز المعاطاة هو الجواز بالمعنى الثاني، فلا محالة يكون مرتفعاً بعد تلف العينين، والمفروض لزوم المعاملة من الجهات الأخرى، فلا مورد للرجوع، وعلى هذا فما أفاده المصنف^٤ في غاية المثانة.

١. وبهذا يظهر تمامية ما ذكره المصنف^٤ في ما لو شك في أن متعلق الجواز هل هو أصل المعاملة، أو الرجوع في العين، أو ترداد العينين، من أن المتيقن تعلقه بالترداد، إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز ترداد العينين، الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما، فإن التردید حينئذٍ من قبيل التردید بين الإطلاق والتقييد، لا من قبيل التردید بين المتبادرتين، بحيث يكون موضوع أحدهما قابلاً للبقاء دون الآخر.
فتحصل: أن الأظهر كون تلف العينين من الملزمات.

تلف إحدى العينين

٢. وممّا ذكرناه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك، إذ لا فرق بينه وبين تلف العينين أصلاً كما هو واضح.

٣. وأمّا على القول بالإباحة، فقد نقل المصنف عن بعض معاصريه تبعاً للمسالك: (أنه ليس بملزم، واستوجه بعض مشايخه أن الأصل عدم اللزوم، لاستصحاب بقاء ملك مالك العين الموجودة وسلطنته عليها، إذ وإن كان يحتمل زوال ملكه، ومعه لا مورد

وفيه: إنّها معارضة بأساله براءة ذمّته عن مثل التّالُف عنده أو قيمته^١، والتمسّك بعموم على اليد هنا في غير محله، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده إذا بني مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع^٢، إنّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

للتمسّك بدليل السلطنة، إلّا أنّه يستصحب ملكه لها وسلطنته عليها.
وبه يظهر اندفاع ما أورده السيد الفقيه^٣ وغيره بقولهم:
(لا مجال لاستصحاب السلطنة مع وجود قاعدتها، فلا معارض للبراءة، إذ الدليل لا يعارض الأصل).

١. وأورد هو^٤ على القوم: بأنّه يعارض مع أساله براءة ذمّته عن مثل التالُف عنده أو قيمته، للقطع بعدم مَجَانِيَّة التلف، أو للإجماع على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقيَة، وجواز رجوع مالك العين التالفة بدلها.
لا يقال: إنّ مقتضى عموم على اليد^(١) الضمان فلا يجري الأصل المزبور.
٢. فإنّه يقال: إنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، وكذا بعده إذا لم يرجع مالك العين الموجدة.

إنّما الكلام في ضمانه إذا رجع، وقاعدة اليد لا تصلح لإثبات الضمان في هذا المورد
لوجهين:

أحدهما: أنّ مقتضى هذه القاعدة الضمان المطلق لا الضمان المشروط.
وبعبارة أخرى: مقتضاه العيّنة التامة للضمان لا الناقصة، أي كون اليد جزء العلة
وجزئها الآخر رجوع مالك العين الموجدة.

ثانيهما: أنّ المال المأخوذ بما أنه خرج عن تحت عموم (على اليد) في زمان وهو
قبل التلف، وبعده قبل الرجوع، فلا يرجع إليه بعد الرجوع، لأنّ المورد من موارد الرجوع
إلى استصحاب الحكم الخاصّ، لا إلى عموم العام، لعدم كون الزمان مفترداً للعام.
ثم إنّه^٥ أورد على نفسه توجيهاً لكلام الأساطين بأمور ثلاثة:

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠

هذا، ولكن يمكن أن يُقال: إنّ أصلّة بقاء السلطنة حاكمة على أصلّة عدم الضمان بالمثل أو القيمة^١، مع أنّ ضمان التاليف ببدلته، معلوم إلا أنّ الكلام في أنّ البدل هو البدل الحقيقي -أعني المثل أو القيمة- أو البدل الجعلـي -أعني العين الموجودة- فلا أصلّ^٢. هذا مضافاً إلى ما قد يقال: من أنّ عموم (الناس مسلطون على أموالهم) يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأحدهـ و على المال التاليف بأخذ بدلـه الحقيقي، وهو المثل أو القيمة^٣، فتدبرـ.

١. الأول: أنّ أصلّة بقاء السلطنة حاكمة على أصلّة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، إذ الشك في الضمان ناش عن الشك في بقاء السلطنة، إذ لو كانت باقية ورجم، لا محالة يكون ضامناً بالمثل، أو القيمة.

٢. الثاني: أن الضمان المطلق معلوم، والشك إنما هو في أن البدل هو البدل الحقيقي أي المثل أو القيمة - أو البدل الجعلى - أعني العين الموجودة - فلا يجري الأصل في شيء منها، للتعارض بعد العلم الإجمالي بثبوت أحدهما.

٣. الثالث: أنّ (عموم الناس مسلطون على أموالهم)^(١) يدلّ على سلطنة مالك العين التالفة أيضًا عليها بأخذ بدلها وهو المثل أو القيمة، ومع وجود الدليل الاجتهادي لا مورد للأصل، البراءة.

أقول: وفيما ذكره موسى مواقع للنظر:

الأول: تسليمي لجريان أصالة بقاء السلطنة، فإنه ينافي ما تقدّم منّا ومنه من أنه على القول بالإباحة لابد من البناء على أن التالف قبل تلفه أنا مَا يصير ملكاً لمن هو تحت يده، وكذلك العين الموجودة تصير ملكاً للأخر، فإذا ملك كلّ منها مال الآخر، فحكم المقام على هذا القول بعينه حكمه على القول بالملك، بلا تفاوت أصلاً، ولا مورد لجريان أصالة السلطنة، لخروج المال عن ملكه، فالسلطنة الثابتة قد زالت قطعاً.

الثاني: ما ذكره ^{رسول} من حكمة أصالحة السلطنة على أصالحة البراءة.

(١) البحارج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطفين^١، فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه.

فإنّه يرد عليه: أنّ لازم بقاء السلطنة، ونفوذ الرجوع، وإن كان ضمان بدل التالف لما تقدم، إلا أنّ الثاني ليس أثراً شرعاً للأول كي يتربّ على استصحابه.

الثالث: ما ذكره ^{هـ} من عدم جريان أصلّة البراءة في نفسها للعلم الإجمالي.

فإنّه يرد عليه: أنّ هذا العلم منحّ لجريان استصحاب بقاء ضمان المسمى الثابت قبل التالف، فإنّه على هذا تجري أصلّة البراءة من ضمان المثل أو القيمة بلا معارض.

الرابع: ما أفاده ^{هـ} من أنّ دليل السلطنة يدلّ على السلطنة على المال التالف بأخذ بدلـه.

فإنّه يرد عليه: أنّ هذا خلاف ظاهر دليل السلطنة الذي موضوعه أموالهم، فإنّها لا تشمل الأموال المعدومة التالفة.

فتحصل: أنه من الملزمات مطلقاً.

إذا كان أحد العوضين ديناً في الذمة

١. ثانيها: ما لو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطفين، وقد ذكره جماعة. ربما يقال: إنّه لو قلنا بأنّ تلف إحدى العينين ليس من الملزمات، لا مورد لهذا البحث، لأنّ غاية ما في المقام سقوط ما في الذمة وهو بمنزلة التلف.

ولكن يمكن أن يقال: إنه إذا كان أحد العوضين ديناً والآخر متى يخرج عن ملك من انتقل إليه، كما إذا اشتري أحد عموديه، أو كان العوضان ديناً، لا يعدّ البحث لغواً.

وكيف كان، فلو كان أحد العوضين ديناً فالكلام يقع :

تارةً: بناءً على القول بالملك.

وأخرى: بناءً على القول بالإباحة.

والظاهر أنّه في حكم التلف، لأنّ الساقط لا يعود، ويحتمل العود وهو ضعيف^١.
والظاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالإباحة^٢، فافهم.

١. أمّا على الأول: فقد استظهر المصنف^٣ كونه في حكم التلف، معللاً بأنّ الساقط لا يعود، ثمّ احتمل العود واستضعفه.

وفيه: أنّه بعد سقوط ما في الذمة لابد من البناء على اللزوم - على القول بأنّ تلف إحدى العينين من الملزمات - سواءً عاد الساقط أم لم يعد .

وإن كان ما ذكره من أنّ الساقط لا يعود متين، فإنه إن عاد فالعائد ليس هو شخص ما في الذمة الساقطة على الفرض، لأنّه يتشخص بتشخص أطرافه، فمع سقوط ما في الذمة انعدم ذلك الشخص، وإعادة المعدوم محال.

والوجه في ملزمته - على كلّ تقدير - ذهاب حقّ الرجوع بالسقوط، ورجوع الذمة مشغولةً باشتغال جديد لا يصحّ تعلق الحقّ به ثانياً، إذ بعد سقوطه، فإنّ عوده يحتاج إلى دليل. وإن أردت إرجاعها مشغولة بالفسخ فالنسخ فالامر أوضح، إذ لابد وأن يكون متعلق الحقّ ثابتاً قبل النسخ كي يتعلق الحقّ به فيفسخ ويأخذ بحقّه.

وأمّا على القول بالإباحة ففي المتن:

٢. (والظاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالإباحة).

وهذه العبارة يحتمل فيها وجهان:

أحدهما: أنّ الحكم هو اللزوم، كما هو كذلك على القول بالملك، وهذا هو الذي فهمه السيد من العبارة.

ثانيهما: أنّ جعل الدين عوضاً على القول بالإباحة، يوجب سقوط ما في الذمة، كما هو كذلك على القول بالملك، إذ لا معنى لإباحة ما في الذمة سوى سقوطه والإبراء عنه. أمّا الحكم باللزوم - بناءً على عدم اللزوم على القول بالإباحة لو تلفت إحدى العينين - فلا أرى له وجهاً، إذ غاية ما في الباب سقوط ما في الذمة، وهو في حكم التلف.

ولكن السقوط يرد عليه أولاً: إنّه لو سلم عدم معنى معقول لإباحة ما في الذمة،

ولو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم، فهو كالتلف^١ على القول بالملك لامتناع الترداد، وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة.

لزم البناء على بطلان المعاملة، لا الحكم بسقوط ما في الذمة. وثانياً: إن إباحة ما في الذمة أمر معقول، لإمكان نقل ما يملكه الغير في ذمته بإذنه ورضاه. نعم، لو كانت الإباحة الثابتة في المعاطة إباحة تكليفية خاصة، لما كان يتصور لها معنى معقول في المقام، ولكنّه بمراحل عن الواقع. وأمّا ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله: من عدم مقولية تسلط الإنسان على ما في ذمته. فغريب: فإن الإنسان لا يملك ما في ذمته، ولا مانع من تسلطه عليه بنقله وغيره. فتحصل: أنه على القول بالإباحة لا تصير المعاملة لازمة، بخلافه على القول بالملك.

نقل العين بالعقد اللازم

١. الثالث: من الملزمات التي ذكره المصطفى، هو ما لو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم.

والحق كونه من الملزمات على القولين: أمّا على القول بالملك: فلخروجه عن ملكه، والمفروض أن الجواز إنما ثبت بدليل لبي، والمتيقّن منه ما إذا بقيت العين على صفة الملكية لمن انتقلت إليه، مع أنه إذا كان الناقل من العقود اللازمية امتنع الترداد، ومعه لا معنى لفسخ المعاملة، لما تقدّم من أن الجواز الثابت في المعاطة إنما هو جواز الترداد.

وأمّا على القول بالإباحة: فكذلك إن كان النقل بالتصرف المتوقف على الملك، وكذا إن كان بغيره، لامتناع الترداد، فلا معنى لبقاء الجواز.

ولو عادت العين بفسخ، ففي جواز الترداد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب، وعدهم لأنّ المتيقّن من الترداد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه، وجهان:^١ أجودهما ذلك، إذا لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز الترداد بقول المطلق. بل المتيقّن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب، وكذا على القول بالإباحة، لأنّ التصرّف الناكل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف فيرجع بالفسخ إلى

١. ولو عادت العين بفسخ، ففي جواز الترداد وعدهم وجهان: اختيار المصنف الجواز بعد احتماله وجهين على القول بالملك، ووجوهًا على القول بالإباحة.
ومحصل ما ذكره في المقام: أنه على القول بالملك يتحمل جواز الترداد إذا عادت العين بالتفاسخ والإقالة، لاستصحاب الجواز الذي موضوعه ما يملكه المتعاطيان، وهو محفوظ قبل النقل وبعد الفسخ، فلا مانع من استصحابه بعد احتمال أن يكون تخلّل النقل رافعاً للحكم عن موضوعه عند ثبوته.
وبهذا البيان يندفع ما أورده السيد في بأنّ المفروض سقوط الجواز بنقل العين، فبعد العود الأصل بقائه على السقوط، إذ بعد النقل إلى الغير لا قطع بزوال الجواز، بل لو كان موضوعه ما يملكه المتعاطيان، لا مانع منبقاء الجواز على تقدير التمكّن منه.
ويحتمل عدم الجواز من جهة أنّ دليلاً جواز الترداد إنما هو دليل لبني، فيما يُمكن أن يكون موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل، فلا يجري الاستصحاب، لعدم إحراز الموضوع بنحو يمكن إبقاء حكمه.

وحيث أنّ المتيقّن ذلك - أي كون الموضوع ما يملكه المتعاطيان قبل النقل - فلا بدّ في غير ذلك من الرجوع إلى أصالة اللزوم.
وبما ذكرناه ظهر اندفاع ما أورده السيد عليه: بأنّ المستصحب معلوم الزوال لا أنّ الموضوع غير محرز، فإنّ المحرز زوال القدر المتيقّن لا المستصحب.
وأماماً على القول بالإباحة: فاحتُمل فيه وجوهاً:

ملك الثاني^١، فلا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك، لعدم تحقق جواز الترداد في السابق هنا حتى يستصحب. بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها. نعم، لو قلنا بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل^٢، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ، عاد الملك إلى المالك الأول، وإن كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترداد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأول، أو عائدأ إليه بفسخ. وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك^٣، بل يكفي فيه إباحة التصرف والإتلاف ويمثل الثمن بالبيع، كما تقدم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع، لكن الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع^٤.

١. الأول: أن يكون التصرف الناقل كاشفاً عن سبق الملك آناً مّا، وبالتالي يرجع المباح له إلى ملك الثاني، ولا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى؛ لأنّه لم يتحقق هنا جواز ترداد الملك، فإن الثابت في السابق سلطنة الشخص على ملكه لا جواز ردّ ملك الغير، فلا مورد للاستصحاب.

الثاني: ما ذكره بقوله:

٢. (نعم لو قلنا بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل).
والظاهر أنّ مراده كون العقد علة لحصول الملك للبائع، وخروجه عن ملكه، فتكون ملكية المباح له باقتضاء العقد، فإذا ارتفع العقد، فكما يرتفع معلوله الآخر كذلك يرتفع هذا المعلول، فيدخل في ملك المبيح بالفسخ، فيكون مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترداد.

٣. الثالث: عدم كشف التصرف عن سبق الملك، ولا كونه علة، بل المال يخرج من ملك المبيح ويدخل في ملك المشتري، وعلى هذا فالفسخ يرجع إلى ملك المبيح، فمقتضى قاعدة السلطنة جواز الترداد.

٤. ثم استضعف الوجهين الآخرين واختار الأول.

لكن يرد عليه ^{هـ}^{أمور}:

الأمر الأول: أن الظاهر كون تخصيصه مورد البحث بالتأسخ من جهة وضوح أنه لو

عادت العين بسبب مملّك جديد لا مورد للتراد، من جهة أنّ به يحصل الملك الجديد فلا يتوهّم معه عود الحقّ.

مع أنه لا فرق بين السبب الجديد والفسخ، فإنّ الحاصل بالفسخ أيضاً ملك جديد لعدم معقوليّة عود عين الملك الزائل.

الأمر الثاني: عدم جريان الاستصحاب الذي احتمل جريانه على القول بالملك، لوجهين:

الأول: كونه استصحاباً تعليقياً.

الثاني: كونه استصحاباً حكمياً، والمختار عدم جريانه.

الأمر الثالث: ما ذكره في القول بالإباحة من قوّة الوجه الأول غير تامٍ؛ لما عرفت في التنبية الرابع من أقواءِ الوجه الثالث. فراجع.

الأمر الرابع: ما ذكره في القول بالإباحة من البناء على الوجه الثاني مردود، فإنّ العقد وإن كان علة لحدوث الملكية للمباح له، إلا أنّ لازم ذلك ليس رجوع المال إلى المبيح، فإنّ الفسخ حلّ للعقد من حين وقوعه، فلا يصلح لرفع هذا الأثر من العقد.

الأمر الخامس: أنّ ما أفاده في القول على الوجه الثالث من أنه بالفسخ يرجع المباح إلى مالكه الأول، يرد عليه أنه إذا نقل المباح إلى ثالث، فلا محالة أخرجه من ملك مالكه الأول، وهو إما لا يملك ما جعل بإزاء ذلك في المعاطاة، أو يملكه. وعلى الأول إما لا يكون المباح له ضامناً مثل ماله أو قيمته، أو يكون ضامناً.

لا سبيل إلى شيء من الأوّلين، لأنّ المفروض أنّ المباح له أتلف ماله، وهو وإن كان بإذنه إلا أنه لم يكن إذنًا مجازيًّا بل بعوض، والعوض إنّما هو العوض المسمى لا المثل والقيمة، فلا محالة يملك ما جعل بإزائه، والمباح له يملك الثمن الذي جعل في العقد الثاني، فبالفسخ يرجع المال إلى البائع الثاني لا المالك الأول؛ لزوال ملكه عمّا جعل عوضاً في المعاطاة. فتدبر فإنه دقيق.

فتححصل: أنه لا يجوز التراد بعد الفسخ على القولين.

ولو كان الناقل عقداً جائزاً، لم يكن لمالك العين الباقيه إلزام الناقل فيه بالرجوع، ولا رجوعه بنفسه إلى عينه^١، فالتراد غير متحقق، وتحصيله غير واجب، وكذا على القول بالإباحة، لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.

نعم، لو كان غير معاوضة كالهبة، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك، إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالاً لو احدي، وانتقال المعاوض إلى الآخر، بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتّهبه، فيتتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب، اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى، أو عودها إلى مالكها بهذا النحو من العود، إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

نقل العين بعقدٍ جائز

١. قوله: (ولو كان الناقل عقداً جائزاً، لم يكن لمالك العين الباقيه إلزام الناقل بالرجوع فيه، ولا رجوعه بنفسه إلى عينه).
محصل ما أفاده في المقام: أن الناقل ربما يكون معاوضة جائزة، وأخرى يكون غير معاوضة كالهبة.

فإن كان معاوضة: فعلى القول بالملك تصير المعاطاة لازمة، لعدم تتحقق التراد، وتحصيله غير واجب لأنّه موضوع الجواز، وكذا على القول بالإباحة، إذ المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.

وإن كان غير معاوضة: كالهبة فكذلك على القول بالملك.
وأثما على القول بالإباحة، والقول بعدم توقيتها على الملك واعتبارها ناقلة للملك عن ملك مالكه إلى المتّهبه، فللملك الرجوع، لخروج المال عن ملكه دون الواهب، فيتجه الحكم بجواز التراد، ويكون الرجوع في المعاطاة بواسطة الرجوع في الهبة، أو يكون كاشفاً عنه كتصرف ذي الخيار مع بقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالكها بهذا النحو من العود، إذ لو كانت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف، فإنّ السلطنة الثابتة لمالك العين

الموجودة - المفروض رجوعها عن الأجنبي إليه - باقية على إباحتها للأخر، وإنما تقتضي جواز الرجوع بسلب إباحتها عنه، إذا لم يلزم من إعمالها اشتغال ذمة المالك ببعض العين التي كانت مباحة عنده، وإلا فحكمه حكم المعاوضة والتلف، ويجري فيه ما ذكرناه فيما. فإذا لم تكن العين الأخرى باقية، أو كان عودها بسبب جديد كالإرث، لا تكون مباحة له، فلا محالة تشتعل ذمتها بالعوض. فتدبر جيداً.

ويرد على ما أفاده رسالة أمور:

الأمر الأول: أن ظاهر ما ذكره في المعاوضة على القول بالملك أنه لو كان له إلزام الناقل تحقق التراد، مع أنه ليس كذلك، فإنه لو عادت العين كانت الملكية غير ما كانت ثابتة قبل النقل.

الأمر الثاني: أن حصره عدم جواز التراد على القول بالإباحة في المعاوضة بأنها كاشفة عن سبق الملك، في غير محله، فإنه إذا لم تكن كاشفة عنه، بل قلنا بأنّ المال يخرج عن ملك المبیح ويدخل في ملك الثاني، ليس له الرجوع، فإن المباح له إنما نقله عن نفسه لا عن المالك، فحكم جواز الرجوع إنما يكون له لشبوته للناقل دون المالك.

الأمر الثالث: ما ذكره من الفرق بين الهبة والمعاوضة على القول بالإباحة، إن قلنا بأنّ التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك، غير تام، فإن المباح له بما أنه أتلف مال المبیح وأخرجه عن ملكه، فهو يكون ضامناً، وضمانه إنما يكون بالمسمي، فلا محالة يملک ما جعل عوضاً في المعاطة. وعليه، فإن أريد من الجواز الثابت له جواز المعاطة، فهو غير ثابت ومعلوم الزوال، لأنّه كان عبارة عن جواز رد ملكه إلى نفسه، والمفروض انفاء موضوعه. وإن كان المراد الجواز الثابت للهبة، فهو إنما يكون للواهب؛ لأنّه وهبه عن نفسه لا عن المالك، فيكون جواز الرجوع له لا للمالك.

فتحصل: أن الناقل من الملزمات مطلقاً.

ولو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأول، على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعه وسائر تصرفاته الناقلة. ولو أجاز المالك الثاني نفذ بغير إشكال، وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة^١، ولكن منها رد العين قبل إجازة الآخر. ولو رجع الأول فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع، ويحتمل عدمه؛ لأنّه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ ويلغو الإجازة، وإن جعلناها ناقلة لفت الإجازة قطعاً.

لو باع ثالث العين فضولاً

١. ولو باع ثالث العين فضولاً، ففي المتن: (فأجاز المالك الأول على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعه وسائر تصرفاته الناقلة، ولو أجاز المالك الثاني نفذ بغير إشكال، وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة)، انتهى.
محصل ما أفاده: أنه على القول بالملك لا إشكال في نفوذ إجازة المالك الثاني، والوجه فيه ظاهر.

ولكنه تردد في نفوذ إجازة المالك الأول ولم يستبعد نفوذها، والوجه في ترددہ ليس ما أفاده المحقق النائيني^٢ - من أنّ رد البيع ليس كرد ذي الخيار ما انتقل عنه في تتحققه بكل فعل أو قول، بل لابد وأن يكون بالدلالة المطابقية، وهي تتحقق برد العين بإجازة الفضولي، فإنّها لازمة للرد، لأنّ لازم هذا الإشكال كون بيعه ردّاً، مع أنه يصرّح بكونه ردّاً بلا كلام - بل الوجه فيه أحد أمرين :

أحدهما: أن الإجازة ليست كالبيع تصرفًا من المجيز قاصداً به الرجوع، بل إنفاذ لصرف الغير الذي لا رجوع له، ولم يقصده أيضاً.
ثانيهما: أن الإجازة إنما تكون على خلاف القاعدة، وهي تكون ثابتة للمالك، وثبوتها لمن يصير مالكاً ولو بها لم يدل عليه دليل.
ولكن الوجهين ضعيفان.

أَمَّا الْأُولُ: فَلَأَنَّ الْإِجَازَةَ وَانْ كَانَتْ إِنْفَادًا لِتَصْرِيفِ الْغَيْرِ، إِلَّا أَنَّهَا بِنَفْسِهَا تَصْرِيفٌ
وَمُوجَبَةٌ لِصِيرُورَةِ الْعَقْدِ وَالْتَّمْلِيقِ عَقْدَهُ وَتَمْلِيقَهُ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلَمَّا سِيَّأْتِي مِنْ أَنَّهَا ثَابَتَةٌ عَلَى الْقَاعِدَةِ، فَكَمَا أَنَّهُ بِالْبَيْعِ يَجُوزُ الْفَسْخُ،
كَذَلِكَ بِالْإِجَازَةِ فَلَا إِشْكَالٌ فِي نَفْوذِ إِجَازَتِهِ أَيْضًاً.

وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِالْإِبَاحَةِ: فَقَدْ اسْتَشَكَّلَ فِي نَفْوذِ إِجَازَةِ الْمَبَاحِ لَهُ بَعْدِ جَزْمِهِ بِنَفْوذِ
إِجَازَةِ الْمَالِكِ.

أَقُولُ: أَمَّا وَضُوحُ نَفْوذِ إِجَازَةِ الْمَالِكِ، فَلَا يَنْكِرُ، وَأَمَّا إِشْكَالُ فِي نَفْوذِ إِجَازَةِ الْمَبَاحِ
لَهُ، فَلَا أَرِي لَهُ وَجْهًا سُوِّيَ الْوَجْهُ الثَّانِي الْمُتَنَقَّدُ فِي إِجَازَةِ الْمَالِكِ الْأُولُ عَلَى الْقَوْلِ
بِالْمَالِكِ، وَقَدْ عَرَفْتُ مَا فِيهِ. فَالْأَظْهَرُ أَنَّ لِكُلِّ مِنْهُمَا إِجَازَةَ عَلَى الْقَوْلِينِ.

فَرْعُ: لَوْ بَاعَ الْعَيْنَ ثَالِثٌ فَضْوِلًا فَهَلْ لِكُلِّ مِنْهُمَا رَدَّهُ قَبْلِ إِجَازَةِ الْآخَرِ أَمْ لَا ؟
الظَّاهِرُ أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمَالِكِ لِكُلِّ مِنْهُمَا ذَلِكُ، أَمَّا لِلْمَالِكِ الْفَعْلِيِّ فَوَاضِحٌ، وَأَمَّا الْمَالِكِ
الْأُولِ فَإِنْ قَصْدَ بِرَدَّهُ الْبَيْعِ الْفَضْوِلِيِّ الرَّجُوعُ فِي الْمَعْطَاةِ كَانَ لَهُ ذَلِكُ، فَإِنَّهُ رَجُوعٌ. نَعَمْ،
لَوْ لَمْ يَقْصُدْ بِهِ رَدَّ الْمَعْطَاةِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكُ لِكُونِهِ أَجْنبِيًّا عَنِ الْمَالِكِ، وَالرَّدُّ حَقٌّ لِلْمَالِكِ،
وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِالْإِبَاحَةِ فَلِلْمَالِكِ الْمُبَيْحِ ذَلِكُ.

وَفِي ثَبَوَتِهِ لِلْمَبَاحِ لَهُ تَأْمِلُ، بَلْ مَنْعُ، مِنْ جَهَةِ عَدَمِ كُونِهِ مَالِكًاً، وَلَيْسَ الرَّدُّ مِنْ
الْتَّصْرِيفَاتِ النَّاقِلَةِ كَيْ يَكْشِفَ عَنِ سَبِقِ الْمَالِكِ، وَقَصْدُهُ التَّمْلِكُ بِهِ لَا يَفِيدُ، فَإِنْ قَصْدُ
الْتَّمْلِكُ بِلِ وَإِنْ شَاءَهُ لَا يَفِيدُ فِي الْمُلْكِيَّةِ.

وَلَوْ رَجَعَ الْأُولُ فَأَجَازَ الثَّانِي، فَهَلْ تَلْغُوا إِجَازَةَ أَوِ الرَّجُوعِ ؟ وَجَهَانِ:

أَقُولُ: يَنْبَغِي أَوْلًا تَحْرِيرُ مَحْلِ النَّزَاعِ ثُمَّ بِيَانِ حَكْمِهِ:

أَمَّا الْأُولُ: فَتَارَةً يَكُونُ الْبَيْعُ الْفَضْوِلِيُّ وَاقِعًاً عَلَى الْمَثْمَنِ، وَأُخْرَى عَلَى التَّمْنَ، وَعَلَى
الْتَّقْدِيرَيْنِ، تَارَةً يَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الْمَعْطَاةِ وَيَجِيزُ الْمُشْتَرِيُّ فِيهَا، وَأُخْرَى يَكُونُ الْأَمْرُ
بِالْعَكْسِ.

ولو امترجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك^١، لإمتناع الترداد، ويحمل الشركة، وهو ضعيف.

فإن كان البيع واقعاً على الشمن، ورجع المشتري وأجاز البائع، أو كان البيع واقعاً على الشمن ورجع البائع وأجاز المشتري نفذَا معاً، إذ الرجوع في الموردين يوجب صيرورة المميز مالكاً لما وقع البيع الفضولي عليه قبل الإجازة، فله إجازة البيع الواقع على ملكه.

فالكلام إنما هو في الصورتين الأخيرتين، فإنه يقع التنافي بين الرجوع والإجازة: فتارة: نقول في الإجازة بالنقل، وأخرى: نقول بالكشف الانقلابي، وثالثة: نقول بالكشف الحقيقي.

أثنا على الأولين: فلا إشكال في لغوية الإجازة، لصدورها ممّن ليس له تلك. وأثنا على الأخير: فقد يقال إنها حيث تكشف عن سبق الملك، فيكون الرجوع واقعاً في غير محله.

ولكن يدفعه: أن الإجازة وإن كانت كاشفة، إلا أنه يعتبر فيها أن تكون صادرة ممّن لو لم يجز كان مالكاً، لا من لو لم يجز لم يكن مالكاً، كما في المقام، حيث أن الرجوع أوجب خروجه عن ملكه.

فبالجملة: فالآخر تقدّم الرجوع مطلقاً.

من الملزمات الامتزاج والتغير

١. قوله: (لو امترجت العينان أو إحداهما. سقط الرجوع على القول بالملك). إن كان المزج موجباً للتلف الحقيقي، أو كان موجباً للتلف عرفاً - كما لو صبغ شيئاً باللون المشتري بالمعاطاة - جرى عليه حكم التلف، وإن لم يكن موجباً له لا عرفاً ولا حقيقةً - كما لو مزج مثناً من الدهن المشتري بالمعاطاة بمنٍ آخر - فبناءً على القول

أمّا على القول بالإباحة: فالالأصل بقاء التسلّط على ماله الممترج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع المالك الممترج به^١. نعم، لو كان المزج ملحاً له بالإتلاف، جرى عليه حكم التلف.

بالمملوك يكون ذلك ملزاً، فإنّه إن قلنا بحصول الشركة بالمزج القهري، فقد تبدّلت الملكيّة الاستقلالية إلى الإشاعية، فلا يمكن التراد لا خارجاً ولا ملكاً.

لا يقال: إنّ ذلك فيما لو مزجه بمال الغير، لا فيما إذا مزجه بمال نفسه. فإنّه يقال: نعم، ولكن لو رجع في المعاطة وصار ملكاً للبائع يملك بالإشاعة لا استقلالاً.

وإن لم نقل بذلك، فالتراد الملكي وإن كان ممكناً، إلا أنّه لعدم إمكان التراد الخارجي لا يجوز الرجوع، إذ المتيقن من دليله هو الفسخ بالتراد الخارجي غير الممكن في المقام. مع أنّ العين قد تغير وصف من أوصافها، فلا دليل على جواز الرجوع في هذا المورد.

١. وأمّا بناءً على الإباحة: فقد ذهب المصنف^٢ إلى عدم اللزوم، لأصالة بقاء التسلّط على ماله الممترج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع المالك الممترج به. وفيه: أنّه تارةً تزيد قيمة المأخذ بالمعاطة، وأخرى تنقص، وثالثة لا تزيد ولا تنقص.

فإن نقصت قيمته، لا ينبغي التوقف في اللزوم؛ لأنّ المشتري أتلف وصفاً من أوصاف المأخذ، وحيث أنّه لم يكن مجانياً فلا وجه لعدم ضمانه، ولا وجه لضمانه المقدار الناقص لعدم كون ضمانه مثلياً أو قيمياً، ولم يجعل في المعاطة في مقابل الناقص شيء كي يملكه، فلا مناص عن الالتزام بتملكه جميع ما جعل عوضاً في المعاطة، فيصير المباح له مالكاً لما تحت يده، فلا مورد لأصالة بقاء التسلّط بعد ارتفاع موضوعه.

وإن لم تنقص قيمته، فإنّ بنينا على حصول الشركة في المزج القهري فحيث أنّ الملكيّة الاستقلالية تبدّلت إلى الملكيّة الإشاعية، فلا يكون موضوع الجواز باقياً، وإلاّ فحيث أنّ التراد الخارجي غير ممكн لعدم تمييز الأجزاء المنتقلة منه إلى غيره.

ولو تصرف في العين تصرفًا مغيراً للصورة^١ كطعن الحنطة، وفصل الثوب، فلا لزوم على القول بالإباحة. وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان: مبنيان على جريان استصحاب جواز الترداد. منشأ الإشكال: أن الموضع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي. ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود الازمة حتى يورث بالموت، ويسقط بالإسقاط ابتداءً وفي ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام^٢، بحيث ينافي الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرف.

وبعبارة أخرى: تغيير وصف من أو صافها فلا وجه للجواز.

فتحصل: أن المزاج مطلقاً من الملزمات.

١. ولو تصرف في العين تصرفًا مغيراً للصورة :

فإن صار التصرف المغير موجباً لنقص القيمة، فلا إشكال في اللزوم، إذ تلف وصف موجب لنقص القيمة من الملزمات كما تقدم في المزاج.
وإن لم تنقص قيمته، فيمكن أن يقال إن المتيقن تعلق الجواز برد شخص العين، المنتقلة عنه بما لها من الصورة والأوصاف التي تتفاوت بها الرغبات، إذ لا دليل في مقابل أصلية اللزوم على أزيد من ذلك. وعليه، فهو من الملزمات مطلقاً، ولا مورد للاستصحاب، لعدم إحراز الموضوع.
وبذلك ظهر ما في كلمات المصنف^٣ في المقام.

جواز الرجوع لا يورث بالموت

هل جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود الازمة، فيورث بالموت، ويسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعاملة، أم لا يكون نظيراً له بل هو حكم لا يتربّب عليه شيء من أحكام الحقوق؟ وجهان:

٢. اختار المصنف^٣ الثاني، وقال: (بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام).

فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك^١ للأصل، لأنّ من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي، ولا يجري الاستصحاب.

وأورد عليه جمع من المحققين: بأنّه لم يعرف مما ذكره سوى كون متعلق الجواز في البيع المعاطاتي تراد العينين، وفي البيوع اللازمـة العقد، ومجرد ذلك لا يقتضي كونه حكماً لا يورث، ولذا ترى أنّ الفقهاء اتفقوا على أنّ الخيار في البيوع اللازمـة يورث، مع اختلافهم في أنّ متعلق الجواز هو العقد أو التراد.

١. وكيف كان، فعلى القول بالملك لا يورث الجواز، لأنّ توهـم ثبوته للوارث: إن كان من جهة ثبوته للمورث، فيشمله ما دلّ على أنّ: «ما تركه المـيت من حقّ أو مال فلـوارثـه».

فيـردـ عليهـ:ـ أنـ ظـاهـرـ كـلـمـاتـ الـقـومـ كـوـنـهـ حـكـمـاـ،ـ لـأـنـكـ تـراـهـمـ فـيـ المـقـامـ لـمـ يـعـدـوـ مـنـ الـمـلـزـمـاتـ الـإـسـقـاطـ،ـ مـعـ أـنـهـ ذـكـرـوـهـ فـيـ الـخـيـارـ فـيـ الـعـقـودـ الـلـازـمـةـ،ـ مـعـ أـنـ الشـكـ فـيـ كـوـنـهـ حـكـمـاـ أـوـ حـقـاـ يـكـفـيـ فـيـ عـدـمـ الـحـكـمـ بـثـبـوـتـهـ لـلـوارـثـ،ـ لـلـشـكـ فـيـ الـمـوـضـوـعـ كـمـاـ لـاـ يـخـفـيـ.

وإنـ كانـ منـ جـهـةـ ثـبـوـتـ الـجـواـزـ لـعـنـوـانـ الـمـالـكـ الـمـنـطـبـقـ عـلـىـ الـوارـثـ.ـ فيـردـ عليهـ:ـ أـنـ الـمـتـيقـنـ مـنـهـ فـيـ مـقـابـلـ أـصـالـةـ الـلـزـومـ،ـ ثـبـوـتـهـ لـلـمـعـاطـيـ لـأـعـنـوـانـ الـمـالـكـ،ـ وـمـعـهـ لـأـمـرـ لـجـريـانـ الـاستـصـاحـابـ لـعـدـمـ إـحـرـازـ الـمـوـضـوـعـ.

وأـمـاـ رـجـوـعـ الـمـالـكـ الـحـيـ إـلـىـ الـوارـثـ،ـ فـهـوـ أـيـضاـ لـاـ يـجـوزـ،ـ مـنـ جـهـةـ أـنـ الثـابـتـ جـواـزـ التـرـادـ،ـ وـمـعـ دـمـ ثـبـوـتـهـ لـلـوارـثـ لـاـ يـمـكـنـ التـرـادـ.ـ وـبـمـاـ ذـكـرـنـاهـ يـظـهـرـ حـكـمـ الـإـسـقـاطـ وـأـنـهـ لـاـ يـسـقـطـ بـهـ.

وأـمـاـ عـلـىـ القـوـلـ بـالـإـبـاحـةـ:ـ فـقـدـ عـرـفـتـ أـنـ هـذـهـ الـإـبـاحـةـ لـيـسـتـ إـبـاحـةـ مـالـكـيـةـ ضـمـنـيـةـ،ـ بـلـ إـبـاحـةـ تـعـبـدـيـةـ شـرـعـيـةـ،ـ فـلـاـ تـكـوـنـ كـمـاـ ذـكـرـهـ الـمـصـنـفـ ^٢ مـنـوـطـةـ بـالـرـضـاـ الـبـاطـنـيـ،ـ بـحـيثـ لـوـ عـلـمـ كـرـاهـةـ الـمـالـكـ باـطـنـاـ لـمـ يـجـزـ لـهـ التـصـرـفـ.

ولـكـنـ مـعـ ذـلـكـ لـاـ تـكـوـنـ ثـابـتـةـ لـلـوارـثـ،ـ إـذـ الـمـتـيقـنـ مـنـ دـلـيلـهـاـ ثـبـوـتـهـ لـلـمـورـثـ،ـ فـهـيـ حـكـمـ لـاـ يـورـثـ،ـ وـعـلـيـهـ فـلـابـدـ مـنـ الـالـتـزـامـ بـأـحـدـ أـمـرـيـنـ:ـ إـمـاـ حـصـولـ الـمـالـكـ بـالـمـوـتـ،ـ أـمـاـ

ولو جن أحدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين^١.
السابع: إن الشهيد الثاني ذكر في «المسالك» وجهين في صيغة المعاطاة بيعاً،
بعد التلف أو معاوضة مستقلة.

قال: (يتحمل الأول، لأن المعاوضات محصورة، وليس إداتها وكونها معاوضة
برأسها يحتاج إلى دليل).

ويحتمل الثاني، لإطلاقهم على أنها ليست بيعاً حال وقوعها، فيكيف يصير بيعاً بعد
التلف، وتظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان
التالف الثمن أو بعضه، وعلى تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حيث المعاطاة أو من حين
اللزوم، كلّ متحمل، ويشكل الأول بقولهم إنّها ليست بيعاً، والثاني بأنّ التصرف ليس
معاوضة بنفسها، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَجْعَلِ الْمَعْطَاةَ جَزءَ السَّبْبِ وَالتَّلْفِ تَمَامَهُ، والأقوى عدم
ثبوت خيار الحيوان هنا، بناءً على أنها ليست لازمة، وإنما يتم على قول المفید ومن
تبعه، وأماماً خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرین، كما أن خيار المجلس منتفٍ)،
انتهى.

والظاهر أن هذا تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة.

بطلان المعاملة رأساً، وعلى أي تقدير، لا يكون للوارث الرجوع كما لا يخفى.
والأظهر هو الأول، كما اعترف به المصنف^٢ في جواب بعض الأساطين عند ردّ
استبعاداته. فراجع.

فتحصل: أنه لا يورث ولا يسقط بالإسقاط على أي تقدير.

١. قوله: (ولو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه).

غاية ما يمكن أن يذكر في وجه ذلك: أن كل ما يقبل النيابة، يقوم فيه الولي مقام
المولى عليه، وحيث أن مباشرة المالك في الرد غير معتبرة، فيقوم مقامه إذا جن.

ولكن يرد عليه: أن الثابت بالدليل ولاية الولي في أمواله وحقوقه، وحيث عرفت أن
جواز الرجوع حكم لاحق، فلا دليل على ولايته فيه، وتمام الكلام في محله.

وعلى ذلك فحكم الجنون حكم الموت كما لا يخفى.

وأماماً على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل، فينبغي الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو بيعاً متزلزاً قبل اللزوم، حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم^١. إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال في ذلك عندهم، على ما تقدم من المحقق الثاني. فإذا لزم صار بيعاً لازماً، فيلتحقه أحكام البيع، عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار، وقد تقدم أن الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار. وكيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع، ولم يمضه إلا بعد تلف إحدى العينين، أو ما في حكمه، وبعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما احتضن دليلاً بالبيع الواقع صحيحاً من أول الأمر، والمحكى عن حواشي الشهيد أن المعاوضة معاوضة مستقلة، جائزة أو لازمة. والظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة، وكونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كل من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك، كما لا يخفى، فلابد أن يقول بالإباحة الازمة، فافهم.

ثبوت الخيار في المعاطاة

١. وقد مر الكلام في ذلك بنحو الكبرى الكلية في التنبية الأول، وعرفت المختار هناك، إنما الكلام في المقام يقع في أمر وهو: أنه بعدما عرفت من أنه على القول بالإباحة، يكون حصول الملك بالتلف، إنما هو من جهة شرطيه لتأثير المعاطاة، نظير شرطية القبض في الصرف والسلم ، فلا محاله تصير بيعاً بعد حصول الشرط، وتكون الخيارات ثابتة لها من حين حصول الشرط.

إنما الكلام في خيارين : أحدهما: خيار الحيوان، فيما إذا كان التالف حيواناً، الثاني: خيار المجلس.

أما الأول: فقد ذكر في وجه عدم ثبوته وجوه: الوجه الأول: أن الظاهر من الأدلة ثبوت خيار الحيوان، فيما إذا كان باقياً لا ما إذا تلف.

وفيه: أنّه لو كان لسان دليله هكذا: (يردّ الحيوان) كان لهذه الدعوى وجه، وحيث أنّ لسانه هكذا: (صاحب الخيار بالحيوان) فلا مورد لها أصلًا كما لا يخفى.

الوجه الثاني: ما أفاده المحقق النائيني ^{٢٠٣}، وهو أنّه لو كان التالف الحيوان، فما لم يتلف لا خيار لعدم صيرورتها بيعاً، وإذا تلف غير متعلق به الخيار، فمن أين يثبت به المثل أو القيمة.

وفيه: إنّه قد عرفت أنّه على هذا المسلك لا بدّ من الالتزام بحصول الملكية آناً مَا قبل التلف، وعليه فتنـلـكـ الملكـيـةـ الثـابـتـةـ هيـ الـمـلكـيـةـ معـ خـيـارـ الـحـيـوـانـ،ـ فـيـتـلـفـ الـحـيـوـانـ كـذـلـكـ،ـ أيـ مـتـعـلـقاـ بـ الـخـيـارـ.

الوجه الثالث: إنّ خيار الحيوان يمتنع ثبوته في الفرض، لأنّ معنى الخيار ملك فسخ العقد، وعليه فيما أنّ المسلم عندهم أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له، أي موجب لبطلان المعاملة، فثبتوت خيار الحيوان في الفرض، موجب لانفساخ المعاملة، وامتناع فسخها؛ لأنّه تحصيل الحاصل.

وبعبارة أخرى: ليس قادراً على الحل والإبقاء، فإذا امتنع ذلك امتنع ثبوته، لأنّه يلزم من وجوده عدمه، وما هو كذلك مُحال. فتدبر فإنه دقيق.

وأمّا الثاني: فأورد على ثبوت خيار المجلس بوجهين:

الأول: ما عن المحقق النائيني ^{٢٠٤}، وهو أنّ هذا الخيار من جهة ما ورد في ذيل دليله من قوله: «إذا افترقا وجب البيع» يختصّ ثبوته؛ لأنّه بالعقد اللازم من غير هذه الجهة، ولا يكون ثابتاً في العقد الجائز في نفسه كما في المعاطاة، وقد تقدّم الجواب عنه في التنبيه الأول. فراجع.

الثاني: أنّ المعاطاة تصير بيعاً بعد التلف أو ما بحكمه، ففي مجلس المعاطاة لا تصير كذلك حتى تتحققها أحکامه.

وفيه أولاً: ما تقدّم من أنّها بيع من الأول،

وثانياً: أنه يمكن أن يطول المجلس إلى تحقق أحد الملزمات من النقل وغيره، فالاُظْهَر ثبوت خيار المجلس وعدم ثبوت خيار الحيوان.

الثامن: لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة، بما إذا تحقق إنشاء التمليل أو الإباحة بالفعل وهو قبض العينين. أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشروط اللزوم^١:

فإن قلنا: بعدم اشتراط اللزوم بشيء^٢ زائد على الإنشاء اللفظي - كما قويناه سابقاً بناءً على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقيف العقود الالزمة على اللفظ - فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً.

وإن قلنا: بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ، فهل يرجع ذلك للإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً أو بشرط تتحقق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقاً؟ نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده، تتحقق المعاطاة، فالإنشاء القولي السابق كالعدم لا عبرة به، ولا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقاً لازماً، لكونه من آثار إنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع لشروطه. ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرین الأول، تبعاً لما يستفاد من كلام المحقق والشهيد الثانيين. قال المحقق في صيغ عقوده - على ما حكي عنه - بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة: (أنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه، وعلم التراضي منها كان معاطةً) انتهى.

حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة

١. قوله: (أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشروط اللزوم).
بعدما لا كلام في تتحقق المعاطاة المصطلحة، بما إذا تحقق إنشاء التمليل أو الإباحة بالفعل وقع الكلام في أنها هل تحصل بالقول غير الجامع لشروطه أم لا؟

وتتفيد القول فيه بالبحث في موارد:

المورد الأول: في عنوان المصنف^٣ هذا الأمر، فإنه أورد عليه بأمررين:
أحدهما: ما عن المحقق الخراساني^٤ وهو أن قوله^٥:

٢. (فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء يكون خلافاً لقوله، أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشروط اللزوم).

وفي «الروضة» في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق: (أنّها تفيـد المعاطـة مع الإفـهـام الصـريحـ)، انتـهىـ.

وظاهر الكلامين صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره، وظاهر تصريح جماعة منهم المحقق والعـلـامـةـ: (أنـهـ لوـ قـبـضـ ماـ اـبـتـاعـهـ بـالـعـقـدـ الفـاسـدـ لمـ يـمـلـكـ،ـ وـكـانـ مـضـمـونـاـ عـلـيـهـ)ـ هوـ الـوـجـهـ الـأـخـيرـ،ـ لـأـنـ مـرـادـهـمـ بـالـعـقـدـ الفـاسـدـ إـمـاـ خـصـوصـ ماـ كـانـ فـسـادـهـ مـنـ جـهـةـ مـجـرـدـ اـخـتـالـ شـرـوـطـ الصـيـغـةـ،ـ كـمـاـ رـبـّـمـاـ يـشـهـدـ بـهـ ذـكـرـ هـذـاـ الـكـلـامـ بـعـدـ شـرـوـطـ الصـيـغـةـ وـقـبـلـ شـرـوـطـ الـعـوـضـيـنـ وـالـمـتـعـاـقـدـيـنـ.ـ وـإـمـاـ يـشـمـلـ هـذـاـ وـغـيـرـهـ،ـ كـمـاـ هـوـ الـظـاهـرـ.ـ وـكـيـفـ كـانـ،ـ فـالـصـورـةـ الـأـولـىـ دـاـخـلـةـ قـطـعاـ.ـ وـلـاـ يـخـفـيـ أـنـ حـكـمـ فـيـهـ بـالـضـمـانـ مـنـافـ لـجـريـانـ حـكـمـ الـمـعـاطـةـ.

ثانيهما: أنّ أخذ محل الكلام ما إذ كان القول فاقداً لشروط اللزوم.
ظاهر في كونه جاماً لشروط الصحة، ومثل هذا العقد لا كلام من أحد في صحته.
وبعبارة أخرى: المفروغ عن صحته كيف يكون محل الخلاف من حيث الصحة
والفساد؟

والجواب عنهما: أنّ مراده من القول الفاقد لشروط اللزوم، الذي أخذه في العنوان، هو القول الفاقد للعربية والماضوية، ونحوهما من الأمور التي وقع الخلاف في كونها شرطاً للصحة أو اللزوم.

وبعبارة أخرى: التعبير المزبور لمجرد المعرفة، فلا إشكال عليه من هاتين الجهاتين.
والموارد الثاني: في بيان منشأ التعرض لهذا التنبيه.

والظاهر أنّ التعرض له من جهة دفع ما يتراكي من التنافي بين كلمات الفقهاء، حيث أنّ بناءهم على أنّ المقبوض بالعقد الفاسد لا تترتب عليه الملكية، ولا يجوز التصرف فيه، ويجب ردّه إلى مالكه.

وهذا ينافي مع ما يظهر من كلمات جماعة تبعاً للمحقق والشهيد الثانيين، من أنه لو أوقع المتعاقدان العقد فاقداً لشروط الصيغة يكون معاطة، والمصنف ^{تبيّن} تعرّض لهذا التنبيه للجمع بين كلماتهم.

وربما يجمع بين هذا الكلام وما تقدم من المحقق والشهيد الثانيين، فيقال: إن موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد، ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة^١، فإذا انتفت الصحة انتفي الإذن، لترتبه على زعم الصحة، فكان التصرف تصرفًا بغير إذن وأكلاً للمال بالباطل، لأن حصار وجه الحل في كون المعاملة بيعاً أو تجارةً عن تراضي، أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. والأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، وكذا الباقي للقطع من جهة زعمها صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف، مع عدم بذل شيء في المقابل. فالرضا المقدم كالعدم، فإن تراضياً بالعوضين بعد العلم بالفساد، واستمر رضاهما فلا كلام في صحة المعاملة، ورجعت إلى المعاطاة، كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأي وجه اتفق، سواءً صحت المعاملة أو فسست، فإن ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء.

أقول: المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا يتضمن إلا إنشاء واحداً هو التمليل. ومن المعلوم أن هذا المقدار لا يوجببقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليل بعده أن كان إنشاء آخر في ضمن التقابض، خرج عن محل الكلام؛ لأن المعاطاة حينئذ إنما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشريائط، مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد والمحقق الثانيين حصول المعاوضة والماراضة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع، وبنفس الصيغة الحالية عن الشريائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما، ومنه يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بترافق جديد بعد العقد غير مبني على صحة العقد^٢.

المورد الثالث: في بيان ما قيل في وجه الجمع وما يمكن أن يقال، وقد ذكروا في وجه الجمع أموراً:

منها: ما عن بعض وهو محكي في المتن.

١. وحاصله:

إن الحكم بالضمان في المقوض بالعقد الفاسد إنما هو فيما إذا كان الرضا بالتصرف لرغم صحة المعاملة، والحكم بصحته معاطاة إنما هو فيما إذا علم الرضا بالصرف على التقديرين.

وأورد المصنف عليه بإيرادات:

٢. الأول: أن المفروض في المقام هو تقييد الرضا بإنشاء التمليل، فلا يكون مع

ثم إنّ ما ذكره من التّراضي الجديد بعد العلم بالفساد، مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غيره من الصّور^١، مع أنّ كلام الجميع مطلق، يرد عليه أنّ هذا التّراضي إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد، فإنّ كان لا على وجه المعاطاة، بل كلّ منهم رضي بتصرّف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرّفه في ماله، فهذا ليس من المعاطاة^٢، بل هي إباحة مجانية من الطرفين، تبقى ما دام العلم بالرّضا، ولا يكفي فيه عدم العلم به وبالرجوع، لأنّه كالإذن الحاصل من شاهد الحال ولا يتربّ عليه أثر المعاطاة من اللّزوم بتلف إحدى العين أو جواز التصرّف إلى حين العلم بالرجوع، وإن

فرض العلم بالفساد.

١. الثاني: إنّ لازم ذلك هو الحكم بوقوعه معاطاة، فيما إذا علما بفساد العقد لا مطلقاً.

٢. الثالث: إنّ الرّضا بالتصّرف إنّما يفيد إباحة التّصرّفات كالإذن فيها، وهذا أجنبى عن المعاطاة.

ومنها: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله، وهو أنّ الحكم بالضمان في تلك المسألة اقتضائي - أي من حيث كونه عقداً - فلا ينافي صحته معاطاة.

وفيه: أنّ كلماتهم ظاهرة لو لم تكن صريحة في الضمان الفعلى دون الحيثي.

ومنها: غير ذلك مما يظهر ما فيه من بيان حقّ القول في المقام، وهو:
أنّه إذا كان المفقود الشروط التي دلّ دليل خاصّ على اعتبارها في ما ينشأ به البيع، لا كلام في عدم صحته معاطاة، إذ المعاطاة إنّما تصحّ لكونها بيعاً مشمولاً للأدلة والعمومات على الفرض.

نعم، لو قلنا بأنّ مدرك صحة المعاطاة الدليل التعبدي الخاصّ لا العمومات، وفرضنا شمول موضوع ذلك الدليل للقول الفاقد لذلك الشرط كان معاطاة.

لكن المبنيين فاسدان، وعليه فإذا بقي رضاهما بعد ذلك العقد إلى حين النّقابض، ولم يكن مقيداً، بل كان رضا بالتصّرف - صحت المعاملة أم فسدت - جاز التصرّف فيه،

كان على وجه المعاطاة، فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكية كل منها لمال الآخر، وليس تراضياً جديداً بناءً على أن المقصود بالمعاطاة التمليل، كما عرفته من كلام المشهور، خصوصاً المحقق الثاني، فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود، أن الصيغة الفاقدة للشريائط مع التراضي، يدخل في المعاطاة التراضي الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة.

وتفصيل الكلام: أن المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشريائط : إنما أن يقع تقادبها بغير رضا من كل منهما في تصرف الآخر، بل حصل قهراً عليهما أو على أحدهما، وإجباراً على العمل بمقتضى العقد، فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه، وكذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقاداً أو تشريعياً، كما في كل قبض وقع على هذا الوجه، لأن حيثية كون القابض مالكاً مستحقة لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة في الرضا ينتفي بانتفاءها في الواقع، كما في نظائره.

وهذان الوجهان مما لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين، كما أنه لا إشكال في الجواز إذا أعرضوا عن أثر العقد، وتقابضاً بقصد إنشاء التمليل ليكون معاطاة صحيحة عقلاً عقد فاسد. وأماماً إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد، من دون ابتنائه على استحقاقه بالعقد السابق، ولا قصد لإنشاء التمليل، بل وقع مقارناً لاعتقاد الملكية الحاصلة، بحيث لو لاحا كان الرضا أيضاً موجوداً، وكان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف، وأوّل العقد الفاسد وسيلةً له، ويكشف عنه أنه لو سئل كل منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليل أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً، فإدخال هذا في المعاطاة يتوقف على أمرتين:

الأول: كفاية هذا الرضا المرکوز في النفس، بل الرضا الشأنى، لأن الموجود بالفعل هو رضا من حيث كونه مالكاً في نظره، وقد صرّح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره إلى هذا، ولعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المرکوز في النفس.

الثاني: أنه لا يشترط في المباحثات إنشاء الإباحة أو التمليل بالقبض، بل ولا بمطلق

الفعل، بل يكفي وصول كلّ من العوضين إلى المالك الآخر، والرضا بالتصريف قبله أو بعده على الوجه المذكور.

وفي إشكال: من أنّ ظاهر محل التّزاع بين العامة والخاصة، هو العقد الفعلي كما يُنبئ عنه قول العلامة رحمه الله في رد كفاية المعاطاة في البيع: (إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد)، وكذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها: (بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدّلالة)، وكذا ما تقدّم من الشهيد رحمه الله في قواعده: (من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنّما يفيد الإباحة)، وكذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي. ومن أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدّلالة على الرّضا، وأنّ عدمة الدليل على ذلك هي السّيرة، ولذا تعذّروا إلى ما إذا لم يحصل إلاّ قبض أحد العوضين، والسّيرة موجودة في المقام، فإنّ بناء الناس على أخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من دكاين أربابها، مع عدم حضورهم، ووضعهم الفلس في الموضع المعدّ له، وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه، ووضع الفلس في كوز الحمامي. فالمعيار في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصريف، وهذا ليس بعيد عن القول بالإباحة.

ولكنّه لا يكون معاطاة، لأنّ المعاطاة التي تكون موضوعة لهذا المبحث، هي التي قصد بها التملك لا الإباحة، وإنّ أعراضاً عن أثر العقد وتقابضاً بقصد إنشاء التملك يكون التقابض معاطاة.

وأمّا إذا كان المفقود الشروط التي اعتبروها من باب الأخذ بالمتيقن، فالظاهر وقوعه صحيحًا، وبهذا شرعاً مشمولاً للعمومات، على المختار من تصحيح المعاطاة على القاعدة، لا بالدليل الخاص من الإجماع والسّيرة، وكذلك لو قلنا بصحتها للسّيرة العقلائيّة، لعدم الفرق عندهم بين الفعل والقول الفاقد. وإن قلنا بصحتها بالإجماع، فلا بدّ من الاقتصر على المتيقن، وهو ما إذا كان إنشاء التملك بالفعل لا بالقول الفاقد للشروط.

هذا تمام الكلام في المباحث المتعلقة بالمعاطاة، والحمد لله أولاً وأخيراً.

مقدمة: في خصوص لفظ عقد البيع^١

قد عرفت أن اعتبار اللّفظ في البيع، بل في جميع العقود، ممّا نقل عليه الإجماع، وتحقّق فيه الشّهادة العظيمة، مع الإشارة إليه في بعض النصوص. لكنّ هذا يختصّ بصورة القدرة. أمّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم القدرة على التوكيل، لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللّفظ، وقيام الإشارة مقامه^٢.

ألفاظ عقد البيع

١. قوله: (مقدمة: في خصوص لفظ عقد البيع).

والكلام في هذه المقدمة يقع في موردين:

الأول: فيمن يعتبر في حقه اللّفظ في معاملاته.

الثاني: في الخصوصيات المعتبرة في اللّفظ الذي ينشأ به البيع.

٢. أمّا المورد الأول: فقد يقال إنّه على فرض اعتبار اللّفظ، يختصّ ذلك بغير العاجز عن التكلّم، وأمّا العاجز عنه كالأخرس فلا يعتبر في معاملاته اللّفظ.

وحق القول في الآخرين يتضيّن البحث في مواضع:

الأول: في معاملاته، وأنّه هل تكون هي كمعاطاة غيره لا تفيد الملكية أو اللّزوم، أو لا تكون مثلها.

الثاني: في إشارته.

الثالث: في كتابته.

أمّا الموضع الأول: فإنّ قلنا باعتبار اللّفظ في الملكية أو اللّزوم - من جهة أنّ التعاطي الخارجي غير قابل لأن تنشأ به الملكية، وأنّه قاصر عن إفادة الملكية أو اللّزوم - فالحقّ عدم إفادة معاطاة الآخرين أيضًا ذلك، إذ معاملاته كمعاطاة غيره غير صالحة لذلك، فمع الإنشاء كيف يمكن الحكم بتحقّق المنشأ.

وإن قلنا: باعتباره فيها للإجماع، وإن المعاطاة في نفسها مشمولة للعمومات، وغير قاصرة عن إفادتها.

فنارةً: يقال إن التقييد باللفظ في كلماتهم لخصوصية فيه، وأخرى: يقال بأن التقييد به من جهة أنه الغالب، وإن المعتبر هو كل ما يقدر عليه مما يكون كاللفظ ولا يكون ذا وجوه ولا يتطرق فيه الاشتباه.

وعلى الثاني: فحيث أنه لا كلام في أن الآخرين ليس ممن لا يقدر على البيع، فالمتيقن من الإجماع غيره، فلا بد من البناء على صحة معاطاته. وأمّا على الأول: فيبني على أن معاطاته كمعاطاة غيره.

ولو شك في أنه من قبيل الأول أو الثاني، فلا محالة يشك في تخصيص العمومات بالإضافة إليه، والأصل عدمه وصحة معاطاته.

وأمّا الموضع الثاني: فلا ينبغي الريب في أن إنشاء المعاملات كما يكون باللفظ، يكون بالإشارة لما نرى بالوجдан أن العقلاء في مقام تفهيم مراداتهم من الأمر والنهي وغيرهما يبرزونها بالإشارة، وليس الإنشاء إلا إبراز أمر نفساني بداعي تنفيذ العقلاء والشارع ذلك الأمر، وليست كالإعطاء ذا وجوه كي يقال إنها قاصرة عن إفادة الملكية.

وعليه، فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ، وصحة المعاملة بالإشارة، حتى على القول بعدم صحة المعاطاة، وعدم إفادتها الملكية، لقصور الفعل عن إنشاء الملكية به. وهذا، من غير فرق بين القدرة على التوكيل وعدمه، إلا أن يدعى الإجماع على عدم صحة إنشاء المعاملة بها.

ولكنه على فرض ثبوته حتى مع العجز عن التكلم، فلا ريب في اختصاصه بصورة القدرة على التوكيل، إذ مع العجز عنه، والقطع بأن الشارع لا يرضى بأن لا يعامل الآخرين أصلاً، لا مناص عن البناء على صحة معاملاته بالإشارة.

وكذا مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه^١ كما قيل، لأن الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل^٢، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللّفظ في طلاق الآخرين^٣، فإن حمله على صورة عجزه عن التوكيل، حمل المطلق على الفرد النادر. مع أن الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب، ثم لو قلنا بأن الأصل في المعاطاة اللزوم، بعد القول بإفادتها الملكية، فالقدر المخرج صورة قدرة المتابيعين على مباشرة اللّفظ.

وقد استدلّ لقيام إشارته مقام اللّفظ مع القدرة على التوكيل، بوجهين آخرين:

١. أحدهما: أصالة عدم وجوب التوكيل.

٢. وأورد عليه المصنف^٤: بأن الأصل في المعاملات الاشتراط.

مراد المستدلّ أنه بعد شمول العمومات للإشارة، القدر المتيقن خروجه صورة القدرة على التكلّم، وأمّا في صورة العجز وإن كان قادرًا على التوكيل، فلا إجماع على عدم الصحة، فمقتضى العمومات الصحة.

ولو شك في الاشتراط وعدهم يكون الأصل عدمه.

وعليه، فلا يرد عليه ما ذكره المصنف^٤.

٣. الثاني: ما ذكره المصنف^٤ بقوله: (بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللّفظ في طلاق الآخرين).

أقول: لا خلاف ولا إشكال في أنه يقع طلاق الآخرين بالكتابة والإشارة، والفعل الدالّ عليه، وكذا كل من يتعدّر عليه النطق، والنصوص شاهدة به، لاحظ صحيح البزنطي، عن الإمام الرضا^٥:

«عن الرجل تكون عنده المرأة بصمت ولا يتكلّم ؟ قال عليهما: أخرس هو ؟ قلت: نعم، ويعلم منه بعض لامرأته وكراهته لها، أتجوز أن يطلق عنه ولئه ؟ قال عليهما: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك. قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ قال عليهما: بالذى منه من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها»^(١) ونحوه غيره من النصوص الكثيرة

(١) الوسائل باب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق.

والظاهر أيضاً كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة^١، لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق، مع أنَّ الظاهر عدم الخلاف فيه. وأما مع القدرة على الإشارة فقد رجح بعض الإشارة، ولعله لأنَّها أصرح في إنشاء من الكتابة. وفي بعض روایات الطلاق ما يدلُّ على العكس^٢، وإليه ذهب الحليٌّ هناك.

الدالة على الاكتفاء بالكتابة، أو كل فعل أعمّ من الإشارة وغيرها، فتأمّل.
١. وأما الموضع الثالث: فعن المحقق النائيبي عدم كفاية الكتابة، واستدلّ له:
بالإجماع على عدم تأثيرها في غير الوصيّة.
وبأنَّها ليست مصداقاً في العرف والعادة لعنوان عقد أو إيقاع، فليسَت آلة لإيجاد
عنوان بها.

ويرد على الأول: أنَّه إجماع منقول، مع أنَّ المتيقن منه صوره القدرة على التكلُّم لا مطلقاً.

ويرد على الثاني: أنَّ عناوين العقود والإيقاعات أسام للأمور الاعتبارية النفسانية واللّفظ، وكذا ما يقوم مقامه مبرز لذلك، وعليه فكما أنَّه يصحُّ الأخبار بالكتابة، كذلك يصحُّ إنشاء بها، لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة، كما حُقِّق في محله.

٢. مع أنَّه قد ورد في بعض أخبار الطلاق أنَّه يصحُّ الطلاق بالكتابة، بل تقدّمه على الطلاق بالإشارة، لاحظ صحيح البزنطي المتقدّم آنفًا، فلو لم يكن إنشاء الطلاق بها ممكناً، لما كان وجه للحكم بوقوعه.

وبعدما عرفت من أنَّ كفاية الإشارة والكتابة إنما تكون على القاعدة، فلا معنى للنزاع في تقدّم الكتابة أو الإشارة.

نعم، في خصوص الطلاق ذهب الحليٌ إلى تقديم الكتابة لأنَّها أقوى، ولكن الأقوائية ليست موجبة للتقدّيم إلا على نحو الأولوية.

وقد يستدلّ لما ذهب إليه: بذكرها أولاً في صحيح البزنطي المتقدّم، وهو أيضاً لا يصلح للتقدّيم على وجه اللّزوم.

ومن ما ذكرناه يظهر عدم الخصوصية للأخرس، وأنَّ الحكم يشمل كلَّ عاجز عن التكلُّم.

ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في **اللفظ**^١، تارةً يقع في مواد الألفاظ، من حيث إفادة المعنى بالصراحة والظهور، والحقيقة والمجاز، والكتابية، ومن حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة. وأخرى في هيئة كلّ من الإيجاب والقبول، من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية وكونه بالماضي. وثالثة في هيئة تركيب الإيجاب والقبول من حيث الترتيب والموالاة.

أما الكلام من حيث المادة: فالمشهور عدم وقوع العقد بالكتابيات^٢، قال في «التذكرة»: (الرابع من شروط الصيغة: التصرير، فلا يقع بالكتابية بيع مع النية، مثل قوله: (أدخلته في ملكك) أو (جعلته لك) أو (خذه مني بكندا) أو (سلطتك عليه بكندا)، عملاً بأصله بقاء الملك، لأن المخاطب لا يدرى بم خوطب)، انتهى. وزاد في «غاية المراد» على الأمثلة: (مثل قوله: (أعطيتكه بكندا)، أو (تسلط عليه بكندا).

خصوصيات ألفاظ العقد

١. قوله: (نَمَ الْكَلَامُ فِي الْخَصْوَصِيَّاتِ الْمُعْتَرَفَةِ فِي الْلُّفْظِ).
هذا هو المورد الثاني للبحث، وملخص القول فيه: إنَّ الخصوصيات المعتبرة فيه قسمان:

أحدهما: ما يعرض الألفاظ أنفسها.

ثانيهما: ما يكون خارجاً عنها.

أما الأول فملخص القول فيه: بعدما لا ريب في صحة إنشاء بالحقيقة الدالة على المعنى، بلا عنایة قربنة ولو صارفة، وبالمجاز المشهور الذي يحتاج إرادة المعنى الحقيقي منه إلى قيام القرينة، يتضمن البحث في موضع:

الأول: في إنشاء المعاملة بالكتابيات.

الثاني: في المجازات.

الثالث: في المشترك اللفظي.

الرابع: في المشترك المعنوي.

أما الموضع الأول: ففي المتن.

٢. فالمشهور بين الأصحاب - على ما نسب إليهم - عدم وقوع العقد بالكتابيات.

وربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة في الصيغة، فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرّح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد، والمراد بالصريح - كما يظهر من جماعة من الخاصة وال العامة، في باب الطلاق وغيره - ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغةً أو شرعاً، ومن الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع^١، فيفيد إرادة نفسه بالقرائن، وهي على قسمين عندهم جليةً وخفية، والذي يظهر من النصوص المتفرقة - في أبواب العقود الالزمه، والفتاوي المتعرضة لصيغها في البيع بقول مطلق، وفي بعض أنواعه وفي غير البيع من العقود الالزمه - هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتمد به في المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: (بعت) و(ملكت) وبين قوله: (نقلت إلى ملكك) أو (جعلته ملكاً لك بكذا)، وهذا هو الذي قوّاه جماعة من

والمراد بالكناية في المقام، ليس ما هو من أقسام المجاز - وهو استعمال اللّفظ الموضوع للازم المعاملة في معنى تلك المعاملة الذي هو الملزم مجازاً - بل المراد بها استعمال اللّفظ في معناه الحقيقي، وهو الالزم للانتقال إلى الملزم. والشاهد على ذلك أنّ بعض المانعين عن الانعقاد بالكناية، ذهب إلى انعقاد المعاملة بألفاظ تكون موضوعة لمعنى هو لازم المعاملة.

فما هو ظاهر المصتف من حملها على المعنى الأول، حيث قال :

١. (ومن الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع).

غير صحيح .

وكيف كان، فقد اختار المحقق النائيني رحمه الله عدم الانعقاد بها. واستشهد لذلك بأنّ إنشاء الالزم وإيجاده في الإنشاء القولي ليس إيجاداً للملزم عرفاً، وكون الملزم مقصوداً وداعياً من إيجاد الالزم لا أثر له، لأنّ الدواعي لا أثر لها في باب العقود والإيقاعات.

ثم أورد على نفسه: بأنّ الملزم وإن لم ينشأ أصلّة إلا أنه منشأ تبعاً، وفي المرتبة الثانية.

متَّخِرِي المتأخِّرين، وحُكى عن جماعة ممَّن تقدَّمُهم - كالمُحَقِّق على ما حُكى عن تلميذه «كاشِف الرموز» أَنَّه حُكى عن شيخه المُحَقِّق - أَنَّ عَدَد الْبَيْع لَا يُلزِم مِنْهُ لِفَظَ مُخْصُوصٍ. وَأَنَّهُ اخْتَارَهُ أَيْضًا.

وَحُكى عن الشهيد الله في حواشيه أَنَّهُ جَوَزَ الْبَيْع بِكُلِّ لِفَظٍ دَلَّ عَلَيْهِ مَثَلٌ: (أَسْلَمْتُ إِلَيْكُمْ) وَ (عَوْضَتُكُمْ)، وَ حِكَاهُ فِي «الْمَسَالِكَ» عَنْ بَعْضِ مَشَايِخِ الْمُعاصرِينَ، بَلْ هُوَ ظَاهِرُ الْعَلَمَةِ فِي «التَّحْرِيرِ»، حِيثُ قَالَ: (إِنَّ الإِيجَابَ لِلْفَظِ الدَّالِّ عَلَى النَّقلِ مَثَلُ (بَعْتُكَ) أَوْ (مَلَكْتُكَ) أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُمَا)، وَ نَحْوُهُ الْمُحَكِّيُّ عَنْ «الْتَّبَصَّرَةِ» وَ «الْإِرشَادَ» وَ شِرْحَهُ لِفَخْرِ الْإِسْلَامِ، فَإِنَّا كَانَ الإِيجَابُ هُوَ الْفَظُ الدَّالِّ عَلَى النَّقلِ، فَكَيْفَ لَا يَنْعَدِدُ بِمَثَلِ: (نَقْلَتُهُ إِلَيْكُمْ) أَوْ (جَعَلْتُهُ مَلَكًا لَّكَ بِكَذَا)، بَلْ رَبَّمَا يَدْعُ أَنَّهُ ظَاهِرٌ كُلُّ مِنْ أَطْلَقَ اعْتِبَارَ الإِيجَابِ وَ الْقِبْولِ فِيهِ، مِنْ دُونِ ذِكْرِ لِفَظٍ خَاصٍ، كَالشَّيْخِ وَ أَتَبَاعِهِ، فَتَأْمَلُ.

وَقَدْ حُكى عن الأَكْثَرِ تجويزِ الْبَيْع حَالًا بِلِفَظِ السَّلَمِ. وَ صَرَحَ جماعةً أَيْضًا فِي بَيْعِ اِتَّوْلِيَّةِ بِانْعِقَادِهِ بِقَوْلِهِ: (وَلَيْتَكَ العَدَدَ) أَوْ (وَلَيْتَكَ السَّلْعَةَ)، وَ التَّشْرِيكُ فِي الْمَبْيَعِ بِلِفَظِ (شَرِكَتُكَ)، وَ عَنْ «الْمَسَالِكَ» فِي الْمَسَالَةِ تَقْبِلُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنَ فِي النَّخْلِ حَصَّةَ صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ مِنَ الثَّمَرَةِ: (أَنَّ ظَاهِرَ الْأَصْحَابِ جَوَازُ ذَلِكَ بِلِفَظِ التَّقْبِيلِ)، مَعَ أَنَّهُ لَا يَخْرُجُ عَنِ الْبَيْعِ أَوِ الصَّلْحِ أَوِ معاملةٍ ثالِثَةٍ لَازِمةٍ عِنْ جماعةٍ، هَذَا مَا حَضَرْنِي مِنْ كَلِمَاتِهِمْ فِي الْبَيْعِ.

وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ، فَظَاهِرُ جماعةٍ فِي الْقَرْضِ عَدْمُ اخْتِصَاصِهِ بِلِفَظِ خَاصٍ، فَجَوَزَهُ بِقَوْلِهِ: (تَصْرَفَ فِيهِ) أَوْ (أَنْتَفَعَ بِهِ وَ عَلَيْكَ رَدُّ عَوْضِهِ) أَوْ (خَذْهُ بِمَثَلِهِ) وَ (أَسْلَفَتُكَ) وَغَيْرُ ذَلِكَ مَمَّا عَدَّوَا مِثَلَهُ فِي الْبَيْعِ مِنَ الْكَنَّاياتِ، مَعَ أَنَّ الْقَرْضَ مِنَ الْعُقُودِ الْلَّازِمةِ عَلَى حَسْبِ لِزَوْمِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ، وَ حُكى عن جماعةٍ فِي الرَّهْنِ أَنَّ إِيجَابَهُ يَؤْتَى بِكُلِّ لِفَظٍ يَدْلِلُ عَلَيْهِ مَثَلُ قَوْلِهِ: (هَذِهِ وَثِيقَةُ عَنِّدِكَ)، وَ عَنْ «الدُّرُوسَ» تجويزُهُ بِقَوْلِهِ: (خَذْهُ) أَوْ (امْسِكْهُ بِمَالِكِهِ)، وَ حُكى عن غَيْرِ وَاحِدٍ تجويزُ إِيجَابِ الضَّمَانِ - الَّذِي هُوَ مِنَ الْعُقُودِ الْلَّازِمةِ - بِلِفَظِ: (تَعَهَّدْتُ الْمَالَ)، وَ (تَقْدَدْتُهُ) وَ شَبَهُ ذَلِكَ.

وَقَدْ ذُكِرَ الْمُحَقِّقُ وَ جماعةٌ ممَّنْ تَأْخَرَ عَنِهِ، جَوَازُ الإِجَارَةِ بِلِفَظِ الْعَارِيَّةِ، مَعْلَمَيْنِ بِتَحْقِيقِ الْقَصْدِ، وَ تَرَدُّدُ جماعةٍ فِي انْعِقَادِ الإِجَارَةِ بِلِفَظِ بَيْعِ الْمَنْفَعَةِ. وَقَدْ ذُكِرَ جماعةٌ

جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة، وعن «مجمع البرهان» كما في غيره، أنه لا خلاف في جوازها بكل لفظ بدل على المطلوب، مع كونه ماضياً. وعن المشهور جوازها بلفظ: (أزرع)، وقد جوز جماعة الوقف بلفظ: (حرمت) و(تصدق) مع القرينة الدالة على إرادة الوقف، مثل (أن لا يباع ولا يورث)، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنهما من الكنایات، وجوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ (التمتع) مع أنه ليس صريحاً فيه، ومع هذه الكلمات كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، وأنه لا يجوز بالألفاظ المجازية، خصوصاً مع تعميمها للقريبة والبعيدة، كما تقدم عن بعض المحققين، ولعله لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازية في العقود الالزمة - مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير موضوعة لذلك العقد - جمع المحقق الثاني - على ما حكي عنه في باب السلم والنكاح - بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على

وأجاب عنه: بأن الإيجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود، فينصرف الإطلاق عنه، ولا تشمله العمومات أيضاً لخروجه عن الأسباب المتعارفة.

ويرد عليه أولاً: أنه ^{فيه} صرّح بأنه لو قصد البيع بالفعل المصدق لللزمته كالتسليط ينعقد به، ولم يظهر الفرق بين الفعل والقول في ذلك.

وثانياً: أنه لا فرق بين الأخبار والإنشاء إلا في الداعي، كما أشرنا إليه غير مرّة، فكما يصح الإخبار بالكنایة، كذلك يصح الإنشاء بها، مع أنه لو سلم كون الإنشاء إيجاداً لأمر لا إظهاراً.

يرد عليه: أنه بعد فرض الملزومة بين اللازم والملزم، إذا وجد اللازم في أي وعاء كان، لا محالة يوجد الملزم في تلك الوعاء.

وبالجملة: لا يعتبر في الإنشاء سوى كون اللفظ ممّا له ظهور عرفي في المراد، ولا إشكال في أن إظهار اللازم عرفاً إظهاراً للملزم.

ودعوى: انتصار الإطلاق عنه غير مسموعة.

فالظهور انعقاد البيع وغيره من المعاملات بالكنایات.

المجازات البعيدة، وهو جمع حسن، والأحسن منه أن يراد باعتبار الحقائق في العقود، اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية، سواءً كان اللّفظ الدال على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه، أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع^١، إذ لا يعقل الفرق في الوضوح - الذي هو مناط الصراحة - بين إفادة لفظ المطلب بحكم الوضع أو إفادته له بضميمة لفظ آخر، يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللّفظ، وهذا بخلاف اللّفظ الذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد، فإنّ الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين، وإن كان من المجازات القريبة جداً رجوع عما بني عليه، من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد، ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة، ولو مع سبق مقال أو اقتران حال تدلّ على إرادة البيع جزماً. وممّا ذكرنا يظهر الاشكال في الاقتصر على المشترك اللفظي، اتكللاً على القرينة الحالية المعينة، وكذا المشترك المعنوي، ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارة «التذكرة» بقوله عليه: (أنّ المخاطب لا يدرى بم خطوب) إذ ليس المراد أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلب ولو بالقرائن الخارجية، بل المراد أنّ الخطاب بالكتابية لما لم يدلّ على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزم، لأنّ اللازم الأعم كما هو الغالب، بل المطرد في الكنایات، لا يدلّ على الملزم، ما لم يقصد المتكلّم خصوص الفرد الجامع

وأمّا الموضع الثاني: فقد فصل المصطف عليه بين كون القرينة حالية أو مقالية، واختار الانعقاد في الثاني دون الأوّل. وبه جمع بين كلمات القوم ونسبة إليهم .

١. واستدلّ له: بأنّه إذا كانت القرينة لفظية، فترجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع، ولا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين إفادة اللّفظ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللّفظ، وهذا بخلاف ما إذا كانت القرينة حالية، فإنّ الإفادة حينئذٍ لا تكون باللّفظ، والمفروض عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المعاملات.

وفيه: أنّ الدال على المعنى في الاستعمال المجازي إنّما هو اللّفظ ذو القرينة، والقرينة إنّما تدلّ على ذلك - أي إرادة المعنى من ذي القرينة - لا أنّ جزءاً من المعنى يستفاد من ذي القرينة، وجزءاً منه من القرينة، مثلاً في قولنا: (رأيت أسدًا يرمي)، يكون

مع الملزوم الخاص، فالخطاب في نفسه محتمل لا يدرى المخاطب بم خطوب، وإنما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم، والمفروض - على ما تقرر في مسألة المعاطاة - أن النية بنفسها أو مع اكتشافها بغير الأقوال، لا تؤثر في النقل والانتقال، فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه لا يجري في جميع ما ذكروه من أمثلة الكنایة، ثم إن ربما يدعى أن العقود المؤثرة في النقل والانتقال أسباب شرعية توقيفية، كما حكي عن «الإيضاح» من أن: (كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء، فلابد من الاقتصار على المتيقن)، وهو كلام لا محض له عند من لاحظ فتاوى العلماء، فضلاً عن الروايات المتكررة الآتية بعضها. وأما ما ذكره الفخر رحمه الله، فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعاً، هي اشتتمالها على العنوان المعتبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع.

فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل والمرأة معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة، فلابد من اشتتمال عقدها على هذه العنوانين، فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك، وهذا الكلام في العقود المنشأة للمقصاد الآخر كالبيع، والإجارة ونحوهما، فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتتمالها على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع أو ما يراد بها لغة أو عرفاً، لأنها بهذه العنوانات موارد للأحكام الشرعية التي لا تحصى. وعلى هذا فالضابط وجوب إيقاع العقد بإنشاء العنوانين، كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة الاستمتاع، لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المقطعة، وإن كانت بقصد هذه العنوانين دخلت في الكنایة التي عرفت أن تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقصاد بالأقوال، فما ذكره الفخر رحمه الله مؤيد لم ذكرناه واستفادناه من كلام والده رحمه الله، وإليه يشير أيضاً ما عن «جامع المقاصد» من: (أن العقود متلقاة من الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه).

وما عن «المسالك» من: (أنه يجب الاقتصار على العقود اللازمية على الألفاظ المنقوله شرعاً المعهودة لغة) ومراده بالمنقوله شرعاً هي المأثورة في كلام الشارع، وعن «كنز العرفان» في باب النكاح: (أنه حكم شرعى حادث، فلابد له من دليل يدل على حصوله وهو العقد اللفظي المتلقى من النص).

ثم ذكر لايجاب التكاح الفاظاً ثلاثة، وعللها بورودها في القرآن، ولا يخفى أن تعليله هذا كالصرير فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود، وأنه متنقاً من الشارع، ووجوب الاقتصار على المتيقن، ومن هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعاً المعهود لغةً، من الألفاظ المتقدمة في أبواب العقود المذكورة من غيره، وأن الإجارة بلفظ (الuarية) غير جائزة، وبلفظ بيع (المنفعة) أو (السكنى) مثلاً لا يبعد جوازه، وهذا.

(يرمى) قرينة على إرادة الرجل الشجاع من الأسد، وعليه ففي جميع المجازات يكون الدال على المعاملة هو اللّفظ.

فالالأظهر صحة الإنشاء بالمجاز وإن كان بعيداً.

وبما ذكرناه ظهر الحال في المشترك اللغطي، إذا كانت إفاده اللّفظ فيه للمعنى المراد مع القرينة.

وأقا الموضع الرابع: - أي المشترك المعنوي - فقد اختار المحقق النائيني ^{ثُمَّ} عدم صحة الإنشاء به، إذا كان مشتركاً بين العقود التملיקية وغيرها من النقل الخارجي كلفظ: (نقلت).

واستدلّ له: بأن امتياز النقل الخارجي عن النقل الاعتباري، ليس بعين ما به اشتراكهما، فلا محالة ينشأ الجنس العالي ^{أولاً} ثم يميز بالفصل، فيلزم التدريجية في الوجود.

وفيه: أنه وإن كان اللّفظ مركباً، إلا أنه لا يكون ذلك الاعتبار النفسي البسيط تدريجياً من حيث الإظهار والإبراز، بل يصير مبرزاً بالمجموع.
فالالأظهر صحة الإنشاء بالمشترك المعنوي أيضاً.

الالفاظ الإيجاب والقبول

وممّا ذكرناه من صحة الإنشاء بالكتابيات والمجازات، والمشترك اللغطي والمعنى، يظهر أنه يصحّ الإنشاء بجميع الألفاظ التي وقع الخلاف في صحة الإنشاء بها التي ستمّ عليك.

إذا عرفت هذا، فلنذكر **اللفاظ الإيجاب والقبول**:

منها: لفظ (بعث) في الإيجاب، ولا خلاف فيه فتوى ونصًا، وهو وإن كان من الأضداد^١ بالنسبة إلى البيع والشراء، لكن كثرة استعماله في وقوع البيع به تعينه.

ومنها: لفظ (شريت)، فلا إشكال في وقوع البيع به لوضعه له، كما يظهر من المحكي عن بعض أهل اللغة، بل قيل لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع.

ومن «القاموس»: (شراء يشيريه ملكه بالبيع، وباعه كاشتراه فهما ضدّ)، وعنده أيضاً: (كلّ من ترك شيئاً وتمسّك بغيره، فقد اشتراه)، وربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفاً في البيع^٢، وكونه محتاجاً إلى القرينة المعينة، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء، ولا يخلو عن وجاهة.

وأماماً على القول الآخر: فقد وقع الكلام في إنشاء البيع بطائفة من الألفاظ من ناحية الصغرى، وأنّها داخلة في ما يصحّ الإنشاء به، أو فيما لا يصحّ، وهي متعدّدة:

منها: لفظ (بعث).

١. والكلام فيه من جهة أنه من الأضداد - كما اختاره المصنّف^٣ - أو مشترك معنوي، بمعنى التملّيك بعوض، أعمّ من أن يكون صريحاً أو ضمنياً.

أقول: الظاهر أنّ المتفاهم منه عرفاً كونه موضوعاً للبيع المقابل للشراء، كما يظهر لمن راجع المرتكز في ذهنه، فلو سُلم كونه في اللغة موضوعاً لكلّ منهما أو للجامع بينهما، لا ينبغي التأمل في أنّ المتفاهم منه عرفاً هو البيع، وهذا يكفي في صحة إنشاء البيع به، فلا حاجة إلى تطويل الكلام في ذلك.

ومنها: لفظ (شريت).

٢. والمصنّف^٣ بعد تسليمه كونه من الأضداد، استشكل في إنشاء البيع به، بقلة استعماله فيه عرفاً، وكونه محتاجاً إلى القرينة المعينة، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلمات العلماء.

ويرد عليه: - مضافاً إلى ما تقدم من أنه لا إشكال في صحة الإنشاء، وإن كانت القرينة المعينة حالياً - أنّ القرينة المعينة دائماً تكون لفظية، لأنّ الشراء إذا استعمل في البيع

ومنها: لفظ (ملّكت) بالتشديد، والأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر «نكت الإرشاد» الاتفاق حيث قال: (إنه لا يقع البيع بغير اللّفظ المتفق عليه كبعثة ملّكت، ويدلّ عليه ما سبق في تعريف البيع من أنَّ التّملّيك بالعوض المنحل إلى مبادلة العين بالمال هو المراد للبيع عرفاً ولغة^١، صرّح به فخر الدين، حيث قال: (إنَّ معنى (بعثت) في لغة العرب ملّكت غيري، وما قيل من أنَّ التّملّيك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبارى عند الإطلاق غيرها فيه، أنَّ الهبة إنما يفهم من تجريد اللّفظ عن العوض لا من مادة التّملّيك، فهي مشتركة معناً بين ما يتضمن المقابلة وبين المجرد عنها، فإنَّ انتصاف بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التّركيبي البيع، وإن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجانية). وقد عرفت سابقاً أنَّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة، بنى على صحة عقد بلفظ غيره مع النية^٢، ويشهد لما ذكرنا قوله فخر الدين في «شرح الإرشاد»: (إنَّ معنى بعثت في لغة العرب ملّكت غيري).

يكون مفعوله الأول مال نفسه، وغير مصدر بالباء، وإذا استعمل في الشراء يكون مفعوله الأول مال الطرف ومال نفسه، يصدر بالباء - فالقرينة المعينة دائماً تكون هي الهيئة.

ومنها: لفظ (ملّكت).

والكلام فيه ليس في صحة إنشاء البيع به .

١. لما ذكره المصنف^٣ من أنَّ حقيقة البيع هي التّملّيك بعوض،

٢. بل الكلام فيه إنما هو فيما ذكره المصنف^٣ بأنَّ صحة العقد به بإرادة الهيئة المعوضة أو المصالحة منه مبنية على صحة عقد بلفظ غيره مع النية.

فإنَّه أورد عليه السيد والمحقق النائيني^٤: بأنَّ ما ذكره يتمُّ في الصلح، ولا يتمُّ في الهيئة المعوضة، فإنَّ الهيئة المجانية والمعوضة من التّملّيك حقيقة.

وفيه: أنَّ الهيئة المعوضة من التّملّيك المجاني لا التّملّيك بعوض، إذ العوض فيها ليس في مقابل المال الموهوب، والمصنف^٣ يدعى أنَّ الهيئة المعوضة ليست من التّملّيك بعوض، ولم يدع عدم كونها من التّملّيك. فتدبر في كلماته.

وأماماً بالإيجاب باشتريت، ففي «مفتاح الكرامة»: (إله قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ «التذكرة»، والمنقول عنها في نسختين من تعليق «الإرشاد»). أقول: وقد يستظهر ذلك من عبارة كلّ من عطف على (بعث) و(ملكت) شبيهما أو ما يقوم مقامهما، إذ إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأخرى للعجز عن العربية أبعد، فيتعين إرادة ما يرادفهما لغةً أو عرفاً، فيشمل (شريت) و(اشترىت). لكن الإشكال المتقدم في (شريت) أولى بالجريان هنا، لأنّ (شريت) استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه^١ ، بخلاف (اشترىت). ودفع الإشكال في تعين المراد منه، بقرينة تقديميه الدالّ على كونه إيجاباً. إنما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول. وإنما لغبة ذلك، غير صحيح، لأنّ الاعتماد على القرينة الغير лингвisticية، في تعين المراد من اللفاظ العقود قد عرفت ما فيه^٢ ، إلا أن يدعى أنّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحة، مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد وتميزه عمّا عداه من العقود. وأماماً تميّز إيجاب عقد معين عن قبوله الراجح إلى تميّز البائع عن المشتري، فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد، ولو بقرينة المقام أو غلبه ونحوهما، وفيه إشكال.

ومنها: لفظ (اشترىت).

١. والمصنف^٣: قال إن الإشكال المتقدم في (شريت) أولى بالجريان هنا، لأنّ (شريت) استعمل في القرآن الكريم^(٤) في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه، بخلاف (اشترىت).

وربما يتوجه: أنه يمكن دفع الإشكال المتقدم - وهو قلة استعماله في البيع - بأنه لو قدّم ذلك تعين إرادة الإيجاب منه.

٢. وأجاب المصنف^٣ عنه: بأنّ الاعتماد على القرينة غير الـlingvisticية في تعين المراد من اللفاظ العقود قد عرفت ما فيه.

ويرد عليه ما ذكرناه: من الوجهين في (شريت)، إنما الإشكال فيه يكون من جهة أخرى، وهي أنّ هيئة الافتعال إنما وضعت لمعنىين:

(١) سورة يوسف: آية ٢١ ، البقرة آية ١٠٢.

وأَمَّا القبول: فلا ينْبغي الإشكال في وقوعه بلفظ (قبلت) و(رضيت) و(اشترىت) و(شريت) و(ابتعدت) و(تملكت) و(مخففاً)، وأَمَّا (بعثت) فلم ينقل إلَّا من «الجامع»، مع أَنَّ المحكى عن جماعة من أَهْل الْلُّغَةِ اشتراكه بين البيع والشراء، ولعلَّ الإشكال فيه كإشكال (اشترىت) في الإيجاب.

واعلم أَنَّ المحكى عن «نهاية الإحکام» و«المسالك» أَنَّ الأصل في القبول (قبلت)، وغيره بدل، لأنَّ القبول على الحقيقة مما لا يمكن به الابتداء، والابتداء بنحو (اشترىت) و(ابتعدت) ممكناً، وسيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب.

ثُمَّ إِنَّ في انعقاد القبول بلفظ (الإمضاء) و (الإجازة) و (الإنفاذ) و شبهاً وجهين^٢.

فرع: لو أَوْقَعَا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول، ثُمَّ اختلفا في تعين الموجب والقابل^٣، إِمَّا بِنَاءً عَلَى جواز تقديم القبول، وإِمَّا من جهة اختلافهما في المتقدم، فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثُمَّ عدم ترتيب الآثار المختصة بكلٍّ من البيع والاشتراء على واحدٍ منهما.

أَحدهما: قبول المادة كالاكتساب والاحتطاب والاقتراب.

ثانيهما: قبول المادة من الغير كالانتقاد وشبهاً.

وفي كلٍّ مورد لابد من الرجوع إلى أهله في أَنَّه استعمل في أي المعنيين، وليس لنا التصرّف، وعليه فحيث أَنَّ (اشترىت) في الكلمات إنما استعمل في قبول المادة من الغير، لا في قبول المادة، فلذلك لا يصح استعماله في الإيجاب.

١. وممَّا ذكرناه ظهر وقوع القبول بلفظ (قبلت)، و(رضيت)، و(شريت)، و(اشترىت).

٢. إنما الكلام فيه في الفاظ (أمضيت)، (أجزت)، (أنفذت) وأشباهها.

ومنشأ الإشكال: أَنَّ الإنفاذ والإمضاء والإجازة إنما تتعلق بما له مضيٌّ وجواز ونفوذ، وما يتربّى منه ذلك هو السبب التام، وهو العقد لا الإيجاب خاصّة.

ولكن يمكن دفعه: بأنَّ هذه العناوين بما أنها من لوازם تحقق العقد بلحقوق القبول للإيجاب، ويكون القبول ملزوماً لها، فإنشاء القبول بها من قبيل الاستعمال الكنائي، وقد عرفت صحة الإنشاء بالكتابيات.

٣. لا اختصاص لهذا الفرع بإيقاع العقد بالألفاظ المشتركة، بل لو كان بالألفاظ

مسألة: المحكي عن جماعة - منهم: السيد عميد الدين، والفضل المقاداد، والمحقق، والشهيد الثانيان - اعتبار العربية في العقد،^١ للتأسيي^٢ كما في «جامع المقاصد»، ولأن عدم صحته بالعربي الغير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى^٣، وفي الوجهين ما لا يخفى، وأضعف منهما منع صدق العقد على غير العربي مع التمكّن من العربي. فالأقوى صحته بغير العربي.

المختصة، وكان الاختلاف في المتقدم جري هذا الفرع.
ثم إن الحكم بالتحالف إنما هو فيما إذا كان هناك أثر متربّ على كل من الدعويين، كما لو كان كل من العوضين حيواناً، وإلا فصاحب الحيوان هو المنكر، وللكلام في هذا الفرع محل آخر.

اعتبار العربية

وأثما الثاني: فالكلام في ما قيل باعتباره في طي مسائل:

١. الأولى: المحكي عن جماعة منهم السيد عميد الدين والفضل المقاداد والمحقق والشهيد الثانيان: اعتبار العربية في العقد.

واستدلّ له بوجوه:

٢. الأول: التأسيي، فإن النبي ﷺ والأئمة علية السلام كانوا يعاملون بالعربة. وفيه: أنه لم يدل دليل على لزوم التأسيي أو محبوبته في كل ما كانوا عليه يفعلونه، إلا ترى أنهم كانوا يتكلّمون بالعربي، ولم يتوهّم أحد لزومه أو استحبابه، ولعل إنشاء معاملاتهم بها من هذا القبيل.

مع أن مطلوبتها لا تستلزم فساد الإنشاء بغيرها، بعد شمول العمومات والإطلاقات له، مضافاً إلى عدم لزوم التأسيي الذي غايتها الاستحباب.

٣. الثاني: أن اعتبار الماضوية في العقد يستلزم اعتبار العربية بالأولوية. وفيه: إن الماضوية ليست من خصوصيات اللغة العربية، حتى يقال إن اعتبارها يستلزم اعتبار العربية، بل هي خصوصية في كل لغة فهما خصوصيتان في عرض واحد.

وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة، بناءً على اشتراط العربي؟ الأقوى ذلك^١، بناءً على أن دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من أسباب النقل، وكذا اللحن في الاعراب.

الثالث: أن مقتضى أصالة الفساد، عدم ترتيب الأثر على شيء من العقود، والمتيقّن مما خرج عن هذا الأصل هو العقد بالعربية، فلا بد من رعايتها.

وفيه: إنه يتوقف على عدم جواز التمسك بالعمومات والمطلقات في دفع احتمال اعتبار شيء في الأسباب، وقد عرفت في أول هذا الجزء صحته.

الرابع: عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكّن من العربي.

وفيه أولاً: إنه يكفي صدق التجارة والبيع عليه في نفوذه.

وثانياً: أن العقد من مقوله المعنى، فما معنى عدم صدقه على غير العربي وصدقه على العربي؟ وأضعف من ذلك دعوى عدم صدقه عليه مع التمكّن من العربي. فتحصل: أن الأظهر عدم اعتبار العربية.

ويشهد - له مضافاً إلى ذلك - : أنه لو كان ذلك معتبراً لاشتهر، وكان يجب على كل مكلّف تعلم صيغ العقود لكثرة ابلاط الناس بالمعاملات، فنفس عدم اشتهر ذلك، وعدم نقل ورود روایة دالة على ذلك، دليل قطعي على عدم الاعتبار، مع قيام السيرة عليه. نعم، في خصوص النكاح ادعى الإجماع على اعتبار العربية مع من التمكّن، فإن ثبت فهو، وإنما العمومات تقتضي عدم اعتبارها فيه أيضاً، فالأظهر صحته بغير العربي. ثم إنه على القول باعتبار العربية وقع الكلام في أمور

١. أحدها: إنه هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة، كما اختاره المصنف أم لا؟

الظاهر: أن اللحن فيهما إن كان بنحو لا يضرّ بظهور الكلام عرفاً في إرادة المعاملة الخاصة، كما لو قال: (بعتك بالفتح) صحة العقد، ولا يعتبر عدمه للعمومات. نعم على القول بلزوم الاقتصار على المتيقن من الأسباب، لابد من العقد مع عدم اللحن، لكن عرفت أنه بمراحل عن الواقع. وإن كان بنحو يضرّ به كما لو قال: (جوّزتك) بدل

وُحْكِي عن فخر الَّذِينَ الْفَرَقَ بَيْنَ مَا لَوْ قَالَ: (بِعْتُك بفتح الباء)، وَبَيْنَ مَا لَوْ قَالَ: (جَوَزْتُك) بدل (زوجتك)، فصَحَّ الأُول دون الثَّانِي^١، إِلَّا مَعَ العِجزِ عَنِ التَّعْلُمِ وَالتَّوْكِيلِ، وَلَعِلَّهُ لِعدَمِ معْنَى صَحِيحٍ فِي الأُولِ إِلَّا الْبَيْعُ، بخلاف التَّجْوِيزِ^٢، فَإِنَّ لَهُ مَعْنَى آخَرَ، فَاسْتِعْمَالُهُ فِي التَّرْزِيْجِ غَيْرُ جَائِزٍ. وَمَنْ يَظْهُرُ أَنَّ اللُّغَاتَ الْمُحرَّفَةَ لَا بَأْسَ بِهَا إِذَا مَا يَتَغَيَّرُ بِهَا الْمَعْنَى.

ثُمَّ هل المعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول، كالثمن والمثمن، أم يكفي عربية الصيغة^٣ الدالة على إنشاء الإيجاب والقبول، حتَّى لو قال: (بِعْتُك أَيْنَ كَتَابَ رَا بِدَهْ دَرَهْمَ)، كفي، والأقوى هو الأول، لأنَّ غير العربي كالمعدوم، فـكأنَّه لم يذكر في الكلام. نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب، كما لا يجب في القبول، واكتفي بانفهمامها ولو من غير اللَّفْظِ، صحَّ الوجه الثاني، لكنَّ الشهيد^{الله} في «غاية المراد» في مسألة تقديم القبول، نصَّ على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب.

(زوجتك) اعتبر عدمه لما عرفت من لزوم كون الإنشاء بما يكون مظهراً لتلك المعاملة.
١. ولعلَّه إلى ما ذكرنا نظر فخر الَّذِينَ حيث فَصَلَ بَيْنَ مَا لَوْ قَالَ (بفتح الباء) وَبَيْنَ مَا لَوْ قَالَ (جَوَزْتُك) بدل (زوجتك)، فصَحَّ الأُول دون الثَّانِي، لا إلى ما أفاده المصنف^{بِهِ}.

٢. بقوله: (العدم معنى صَحِحٍ فِي الأُولِ إِلَّا الْبَيْعُ بخلاف التَّجْوِيزِ).
فَإِنَّ لَازِمَ مَا ذَكَرَهُ صَحَّةُ الْعَدْدِ بِوْزِجْتُكِ، إِذَا لَا مَعْنَى صَحِحٍ لِهِ سُوَى التَّرْزِيْجِ، مَعَ أَنَّهُ لَا تَأْمُلُ فِي فَسَادِهِ، فَالْمُعيَارُ مَا ذَكَرْنَا.

٣. قوله: (ثُمَّ هل المعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول كالثمن والمثمن، أم يكفي عربية الصيغة؟).

يقع الكلام في موردين:

المورد الأول: إنَّه هل يعتبر ذكر العوضين في عقد البيع أم لا؟

المورد الثاني: إنَّه على فرض الْلَّزُومِ هل يعتبر أنَّ يكون بالعربية أم لا؟
أمَا الأُولُ: فالظاهر لزوم ذكرهما، إذ العوضان في البيع نظير الزوجين في النكاح، إذ المبادلة إنما تكون بين المالين، ولا بد من إنشاء هذا المعنى، فإذا لم يذكر العوضين لم ينشأ البيع، ولو كان من قَصَدِه تبديل هذا المال بذلك، لعدم العبرة بالقصد المجرَّدِ في

ثم إنّه هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللّفظ^١، بأن يكون فارقاً بين معنى (بعث) و(أبيع) و(أنا بایع)، أو يكفي مجرد علمه بأنّ هذا اللّفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟، الظاهر هو الأول، لأنّ عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلّم منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال إنّه تكلّم وادى المطلب على طبق لسان العرب، إلّا إذا ميّز بين معنى (بعث) و(أبيع) و(أوجدت البيع) وغيرها، بل على هذا لا يكفي معرفة أنّ (بعث) مرادف لقوله: (فروختم) حتّى يعرف أنّ الميم في الفارسي عوض تاء المتكلّم، فيميّز بين (بعثك) و(بعثت) بالضم و(بعثت) بفتح التاء، فلا ينبغي ترك الاحتياط، وإن كان في تعينه نظر، ولذا نصّ البعض على عدمه.

مسألة: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية، بل في «التنكرة» الإجماع على عدم وقوعه بلفظ (أبيعك) أو (اشتر مني)، ولعله لصراحته في الإنشاء^٢، إذ

إنشاء المعاملات.

وأمّا الثاني: فجميع ما ذكر في وجه اعتبار العربية في الصيغة، تدلّ على اعتبارها في أجزاء الإيجاب والقبول، سوى الأولوية، ولكن قد عرفت فساد الجميع.

فالأخير عدم اعتبارها فيها.

١. قوله: (ثم هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللّفظ).

اعتبار كونه عالماً بمعنى اللّفظ في الجملة مما لا ينكر، لأنّ استعمال اللّفظ في المعنى يتوقف على لحاظ اللّفظ والمعنى، وإلّا فلا يعقل ذلك، ويكون التلفظ مجرّد لقلقة اللّسان، وليس تكلّماً بالعربي مثلًا، ولكن ذلك لا يقتضي اعتبار العلم التفصيلي.

عدم اعتبار الماضوية

الثانية: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية، وقد استدلّ لاعتبارها بوجوه:

الأول: الإجماع، وهو كما ترى.

٢. الثاني: ما في المتن وهو أنّ الماضي صريح في الإنشاء، والمستقبل أشبه بالوعد.

وفيه: إنّه إن أريد من صراحة الماضي في الإنشاء، عدم احتياج ظهوره في الإنشاء إلى قرينة حالية أو مقالية .

المستقبل أشبّه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب^١، مع أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف^٢.

في رد عليه: أنّ تلك الهيئة مشتركة بين الإنشاء والإخبار، بمعنى أنّ الموضوع له والمستعمل فيه في هيئة الصيغة المشتركة بين الإنشاء والإخبار - مثل بعث - شيء واحد، وهي النسبة المتحققة بين المسند - وهو الاعتبار النفسي - والم Kens - وهو المتكلّم -، وإنّما يفترقان في الداعي، كما حُقِّق في محلّه، فلا بدّ في إفادتها الإنشاء إلى القرينة.

وإنّ أريد من صراحته، عدم كون الماضي المستعمل في الإنشاء من قبيل الكنية أو المجاز.

فهو وإن كان متيناً، إلا أنّ الفعل المضارع المستعمل في الإنشاء أيضاً كذلك، فإنّ هيئة المضارع وضعت للدلالة على تلبّس الذات بالمبأد في حال التكلّم أو بعده، فإذا استعملت في مقام الإنشاء فقد استعملت في ما وضعت له.

وما أفاده المحقق التائيني^٣ من أنها تدلّ على تلبّس الفاعل بالمبأد، وهذا ملازم للتحقيق لا أنه صريح فيه بل لازمه.

يرد عليه: أنّ التلبّس عين التتحقق لا أنه لازمه.

وإن شئت قلت: إنّها موضوعة للتحقق أيضاً. وتمام الكلام في محلّه.

وبما ذكرناه يظهر صحة استعمال الجملة الاسمية نحو (أنا باع) في مقام الإنشاء، فإنّ هذه الهيئة وضعت للدلالة على انتساب البيع إلى البائع، فيصبح استعمالها في مقام إنشاء البيع، فظاهر أنّ الحكم في باب الطلاق بوقوعه بـ(أنت طالق) ليس على خلاف القاعدة.

١. وأمّا الأمر فهو موضوع للدلالة على أنّ صدور المادة من المخاطب متعلق لسوق المتكلّم، وعليه فصحة الإنشاء به تتوقف على صحة الإنشاء بالكنية، لأنّ إنشاء المعاملة بإظهار كون وقوعه متعلّقاً للسوق، من قبيل الاستعمال الكنائي، وقد عرفت صحة الإنشاء بالكنية، وسيأتي تام الكلام في ذلك في المسألة الآتية.

٢. الثالث: أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

وعن القاضي في «الكامل» و«المهذب» عدم اعتبارها، ولعله لإطلاق البيع والتجارة وعموم العقود^١، وما دل في بيع الآبق واللبن في الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع^٢، وفحوى مادل عليه في النكاح، ولا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحته المضارع في الإنشاء، على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام، فتأمل.

مسألة: الأشهر - كما قيل - لزوم تقديم الإيجاب على القبول^٣، وبه صرّح في «الخلاف» و«الوسيلة» و«السرائر» و«التذكرة»، كما عن «الإيضاح» و«جامع المقاصد».

وفيه: إن التعارف لا يوجب تقييد إطلاق الأدلة، كما لا يخفي.

١. فالأشهر صحة الإنشاء بغير الماضي للمعلومات والإطلاقات.

٢. وتشهد له - مضافا إليها - النصوص الواردة في بيع العبد الآبق، والجارية الآبقة، وبيع المصحف، واللبن في الضرع، والنكاح، من الواقع بفعل المضارع والأمر^(١)، وحمل جميعها على إرادة المقاولة والوعد والاستدعاء خلاف الظاهر جدًا.

تقديم القبول على الإيجاب

٣. قوله: (الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول).

الأقوال في المسألة ثلاثة :

الأول: - وهو الأشهر كما قيل - لزوم تقديم الإيجاب على القبول مطلقاً.

الثاني: ما عن الشيخ في كتاب النكاح من «المبسوط»، والمحقق في «الشرائع»، والعلامة بنبيه في «التحرير»، والشهيدين في بعض كتبهما وغيرهم في غيرها، وهو جواز التقديم، بل عن «المبسوط» و«السرائر» دعوى الإجماع عليه في كتاب النكاح.

الثالث: التفصيل بين الصيغ التي ينشأ بها القبول، وهو الذي اختاره المصنف وسيمّر عليك.

(١) الوسائل باب ٨ و ١١ من أبواب عقد البيع وباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به. وباب ١٨ من أبواب المتعة.

ولعله الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة^١، كإطلاق البيع والتجارة في الكتاب والسنة. وزاد بعضهم أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدم عليه، وأنه تابع له، فلا يصح تقدمه عليه، وحتى في «غاية المراد» عن «الخلاف» الإجماع عليه، وليس في «الخلاف» في هذه المسألة إلا أن البيع مع تقديم الإيجاب منافق عليه، فيؤخذ به، فراجع، خلافاً للشيخ في «المبسوط» في باب النكاح، وإن وافق «الخلاف» في البيع إلا أنه عدل عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحته بين الإمامية، حيث أنه بعدما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل: (زوجني فلانة) جائز بلا خلاف، قال: (أما البيع فإنه إذا قال بعندها، فقال بعنتهها، صح عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال: قوم منهم لا يصح حتى يسبق الإيجاب) انتهى. وكيف كان، فنسبة القول الأول إلى «المبسوط» مستند إلى كلامه في باب البيع، وأما في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق في «الشرائع» والعلامة في «التحرير» والشهيدين في بعض كتبهما، وجماعة ممن تأخر عنهما، للعمومات السليمة عملاً يصلح لتصصيصها، وفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار^٢، مثل خبر أبان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتملة على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة: (أتزوجك متعةً على كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ إلى أن قال: فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها)، ورواية سهل الساعدي المشهور في كتب الفريقيين كما قيل المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجنيها.

وربما ينس卜 إلى بعض التفصيل بين البيع والنكاح، بجواز التقديم في النكاح بلفظ الأمر دون البيع، لكن الظاهر عدم صحة النسبة.

١. وقد استدلت لاشتراط مطلقاً بالأصل، بعد حمل أدلة الإمضاء على العقود المتعارفة.

ويرده: أنه لا وجه له سوى الانصراف الذي هو بدوي لا يصلح للتقليد.

٢. وبإذاء ذلك استدلت لعدم الاشتراط، بفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار.

وقد ذكر المصنف ^{رحمه الله} من الروايات المثبتة روایتین:

إحداهما: خبر أبأن بن تغلب، عن أبي عبد الله ^{عليه السلام}، قال: «قلت له ^{عليه السلام}: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ فقال ^{عليه السلام}: تقول أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه، لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً، وإن شئت كذا وكذا سنة بكتها وكذا درهماً، وتسمى من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت نعم، فقد رضيت، وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها» الحديث ^(١).

ثانيةهما: خبر سهل الساعدي المروي عند الخاصة والعامة، وعن «المسالك» أنه المشهور بين العامة والخاصة، ورواه كلّ منهما في الصحيح وهو أنّ امرأة أتت الرسول ^{صلوات الله عليه وسلم}، فقالت: يا رسول الله ^{صلوات الله عليه وسلم} وهبت نفسي لك، وقامت قياماً طويلاً، فقام رجل وقال: يا رسول الله ^{صلوات الله عليه وسلم} زوجينها إن لم يكن لك فيها حاجة، إلى أن قال: فقال رسول الله ^{صلوات الله عليه وسلم}: زوجتك بما معك من القرآن ^(٢).

لكن لم يرو هذا الخبر من أصحابنا غير الإحسائي في «غوالبي اللثالي».

نعم، في صحيح محمد بن مسلم ما يقرب هذا المضمون ^(٣).

وتقريب الاستدلال بهذه النصوص: أنه ليس فيها أن الزوج أعاد القبول، فيكون أمره قبولاً مقدماً على الإيجاب.

وفيه: إنّ قول الرجل في خبر سهل ومحمد بن مسلم لا يكون قبولاً، بل هو طلب النكاح ولذا طلب منه المهر، أضف إليه الفصل الطويل بين ذلك وإيجاب النبي ^{صلوات الله عليه وسلم}. وأمّا خبر أبأن وما بمضمونه، فقد استدلّ بها على جواز أن يكون الإيجاب من الزوجة، وسيأتي الكلام فيه في تلك المسألة.

(١) الوسائل باب ١٨ من أبواب المتعة حديث .

(٢) المستدرك باب ٢١ من أبواب مقدمات النكاح حديث .(٣) الوسائل باب ٢ من أبواب المهر حديث .١

والتحقيق: أن القبول إنما يكون بلفظ (قبلت) و(رضيت)، وإنما يكون بطريق الأمر والاستيغاب نحو (يعني)، فيقول المخاطب: (بعثك). وإنما أن يكون بلفظ (اشترى) و(ملكت مخففاً) و(ابتعدت)، فإن كان بلفظ (قبلت) فالظاهر عدم جواز تقديميه وفاماً لما عرفت في صدر المسألة، بل المحكي عن «الميسية» و«المسالك» و«مجمع الفائدة» أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ (قبلت)، وهو المحكي عن «نهاية الأحكام» و«كشف اللثام» في باب النكاح، وقد اعترف به غير واحد من متأخرى المتأخرين أيضاً، بل المحكي هناك عن ظاهر «التذكرة» الإجماع عليه^١، ويدل عليه - مضافاً إلى ما ذكره إلى كونه خلاف المتعارف من العقد - أن القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدمه عليه^٢.

وليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد، مجرد الرضا بالإيجاب حتى يقال إن الرضا بشيء لا يستلزم تحققـه قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل. بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضية، لأن المشتري ناقل كالبائع، وهذا لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الأيجاب، إذ مع تقدمه لا يتحقق التقلـ في الحال، فإن من رضي بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل، لم ينقل في الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضي بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقاً، فإنه يرفع بهذا الرضا يده من ماله وينقله إلى غيره على وجه

وملخص القول في المقام: إن القبول تارةً يكون بلفظ (قبلت) و(رضيت)، وأخرى يكون بلفظ الأمر، وثالثة يكون بلفظ (اشترى) وما شابه.

فإن كان بلفظ قبلت ورضيت، فقد استدلّ لعدم جواز تقديميه على الإيجاب بوجوه:

١. الأول: الإجماع، وهو كما ترى.

٢. الثاني: ما في المتن، وحاصله: إن القبول بالمعاوضات إنما يتضمن لأمرتين: أحدهما الرضا بالإيجاب. الثاني نقل ماله من حين القبول. وهذا الأمان متتحققـ في القبول المتأخر بأي لفظٍ كان، فإنه لا حالة متطرفة للنقل سوى لحوجه، وكذلك حاصلـ مع القبول المتقـ إذا كان بلفظ (اشترى)، فإنه إنشاء نقل ماله الذي هو العوض.

العوضية. ومن هنا يتضح فساد ما حكي عن بعض المحققين في ردّ الذليل المذكور، وهو: (كون القبول فرع الإيجاب وتابعًا له، وهو أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليست تبعيّة اللفظ، ولا القصد للقصد، حتّى يمتنع تقديمها، وإنّما هو على سبيل الفرض والتنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولًا لما يلقي إليه من الموجب، والموجب متناولاً، كما يقول السائل في مقام الإنشاء: (أنا راضٍ بما تعطيني وقابل لما تمنعني)، فهو متناول قدم إنشاءه أو آخر، فعلى هذا يصح تقديم القبول ولو بلفظ: (قبلت) و(رضيت) إن لم يقم إجماع على خلافه) انتهى.

ووجه الفساد: ما عرفت سابقًا من أن الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل، من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال، وليس المراد أن أصل الرضا بشيء تابع لتحققه في الخارج أو لا قبل الرضا به، حتّى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذي

وإنما إذا كان القبول بلفظ (قبلت) وقدم ذلك، فال الأول موجود، إلا أن الثاني غير متحقق، لأن القبول بهذا اللفظ إنما يتضمن نقل ماله بالالتزام، من جهة أن ذلك لازم رضاه بإنشاء البائع تملّك ماله بإزاء مال القابل، فهو يكون نقلًا من حين تحقق الإيجاب من الموجب لا من حين القبول.

وبعبارة أخرى: إن النقل الحاصل بهذا اللفظ إنما يكون بعنوان الرضا بنقل الموجب، ولازم ذلك عدم تتحققه إلا حين تتحققه من ذلك الغير.

وفيه أولاً: إنّه لا يعتبر في القبول نقل ماله إلى الغير، بل يكفي رضاه بنقل الغير ماله إليه في مقابل تملك ماله، بل وظيفة القابل ليست إلا ذلك، فإنّ البائع إنما يعتبر ملكيّة ماله للمشتري بإزاء ملكيّة ماله لنفسه، وهذا الاعتبار النفسي المظهر بالإيجاب لا يصير وحده موضوعاً لاعتبار العقلاء والشارع إلا مع رضا المشتري بذلك، فالمعتبر هو رضا المظهر باللفظ لا الغير.

وثانياً: إنّه لو سلم اعتبار النقل فيه أيضًا، لكن لم يدلّ دليل على اعتبار النقل في الحال.

يعد ركناً في العقد.

ومما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر^١، كما لو قال: (يعني هذا بدرهم)، فقال: (بعثتك)، لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في الحال للدرهم إلى البائع، كما لا يخفى، وأمّا ما يظهر من «المبسوط» من الاتفاق هنا على الصحة به، فهو موهون بما سترى من مصير الأكثر على خلافه. وأمّا فحوى جوازه في النكاح، ففيها - بعد الإغماض عن حكم الأصل، بناءً على منع دلالة روایة سهل على كون لفظ الأمر هو القبول، لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي ﷺ، ويفيد أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول - منع الفحوى، وقصور دلالة روایة أبان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة (نعم) في الإيجاب.

وثالثاً: أنّ المراد من النقل في الحال إن كان هو النقل في اعتباره، فهو ممكّن من حين القبول وإن قدّم لأنّه فعله الاختياري.

وإن كان هو النقل في اعتبار العقلاه والشارع، فهو ممّا لا يتصرّر في الإيجاب المتقدّم أيضاً، لفرض عدم النقل عندهم إلاّ بعد تمامية العقد.

الثالث: ما أفاده المحقّق النائيني رحمه الله، وهو: إنّ هذا اللّفظ - أي قبلت - ظاهر في مطاوعة شيء وإنفاذ أمر أوجده، وهذا المعنى يتفرّع على قوع إيجاد من الآخر، كتفريع الانكسار على الكسر، فإنّ مطاوعة الأمر المتأخر والانفعال والتاثير من الإيجاب فعلاً يمتنع عقلاً.

وفيه: إنّ المطاوعة المأخوذة في القبول، إنّما هي مطاوعة إنسانية لا حقيقة، فلا مانع عن تقدّم (قبلت) على الإيجاب.

وإن كان القبول بلفظ الأمر، فقد استدلّ لعدم جواز تقديميه على الإيجاب بأمور:

١. الأول: ما أفاده المصنّف رحمه الله في (قبلت)، بتقرير: إنه إنّما يدلّ على الرضا بالمعاملة، ولا يكون متضمّناً لنقل المال في الحال. وقد عرفت ما فيه.

الثاني: ما ذكره المحقّق النائيني رحمه الله في الصورة الثالثة، وستعرف تقريريه وما يرد عليه

الثالث: إنه يعتبر الماضوية في صيغ العقود، وفيه ما عرفت من عدم اعتبارها

ثم أعلم أن في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال في «المبسوط»: (إن قال بعنيها بألف، فقال: بعترك صحيحة، والأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت)، واختار ذلك في «الخلاف» وصرح به في «الغنية»، فقال: (واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، وهو أن يقول بعنيه بألف، فيقول: بعترك، فأنت لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت أو قبلت)، وصرح به أيضاً في «السرائر» و«الوسيلة»، وعن «جامع المقاصد» إن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفاقى، وحکي الإجماع عن ظاهر كل من اشترط الإيجاب والقبول.

ومع ذلك كله، فقد صرحت الشيخ في «المبسوط» في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، ونسبةهلينا مشعر بقرينة السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: (إذا تعاقداً فإن تقدم الإيجاب على القبول، فقال: زوجتك، فقال: قبلت التزويع صحيح، وكذا إذا تقدم الإيجاب على القبول في البيع صحيح بلا خلاف. وأما إن تأخر الإيجاب وسبق القبول، فإن كان في النكاح، فقال الزوج: زوجنيها. فقال: زوجتكها، صحيح، وإن لم يعد الزوج القبول بلا خلاف، لخبر الساعدي، قال الرجل: «زوجنيها يا رسول الله ﷺ». فقال: زوجتكها بما معك من القرآن، فتقدم القبول وتتأخر الإيجاب، وإن كان هذا في البيع، فقال: بعئتها، فقال: بعتركها، صحيح عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قومٌ منهم لا يصح حتى يسبق الإيجاب)، انتهى.

وحکي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في «الكامل»، بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كل من جواز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، وتمسّك له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويع، إلا أن المحقق رحمه الله مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيصال والإيجاب، صرحت بجواز تقديم القبول على الإيجاب، وذكر العلامة رحمه الله الاستيصال والإيجاب، وجعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول كالمعاطاة، وجزم بعدم كفايته، مع أنه تردد في اعتبار تقديم القبول. وكيف كان، فقد عرفت أن الأقوى المنع في البيع، لما عرفت. بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ (قبلت) يمكن

المنع هنا، بناءً على اعتبار الماضوية فيما دلّ على القبول. ثم إنّ هذا كلّه بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب، من عدم كفاية مطلق اللّفظ في اللّزوم، وعدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك. وأمّا على ما قويناه سابقاً في مسألة المعاطاة من أنّ البيع العرفي موجب للملك^١، وأنّ الأصل في الملك اللّزوم، فاللازم الحكم باللّزوم في كلّ مورد لم يقم إجماع على عدم اللّزوم، وهو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللّفظ رأساً، أو كان اللّفظ المنشيء به المعاملة ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللّزوم. وأمّا في غير ذلك فالأصل اللّزوم، وقد عرفت أنّ القبول على وجه طلب البيع قد صرّح في «المبسوط» بصحّته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه ببيننا، وحُكى عن «الكامل» أيضاً، فتأمل.

وإن كان التقديم بلفظ (اشترىت) و(ابتعت) أو (تملكت) أو (ملكت هذا بعدها)، فالأقوى جوازه^٢، لأنّ إنشاء ملكيّته للمباع بـإزاء ماله عوضاً، في الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع، إلا أنّ البائع ينشأ ملكيّة ماله لصاحبـه بـإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشأ

١. قوله: (أمّا على ما قويناه سابقاً في مسألة المعاطاة من أنّ البيع العرفي موجب للملك).

ما ذكره^ت في وجه عدم جواز التقديم في الموردين لا ربط له باعتبار اللّفظ في الإنشاء، بل هو قيد آخر، وهو تضمن القبول للنقل الفعلي، وعليه فلا فرق في هذا المقام بين المسلك المشهور ومسلكه^ت، ولعله لذلك أمر بالتأمّل.

وإن كان القبول المقدم بلفظ (اشترىت) و(ابتعت) ونحوهما:

٢. فقد اختار المصنّف^ت جواز التقديم. واستدلّ له بأنّ المعتبر في القبول أمراً الرضا بالإيجاب، ونقل الشمن في الحال، ولا يعتبر فيه شيء زائداً على ذلك. وأورد عليه بأمور:

الأمر الأول: ما أفاده المحقق النائيني^ت، وهو أنه يعتبر في القبول - بائيّ لفظ كان -

ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كلّ منها يخرج ماله إلى صاحبه، ويدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أن الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض، وفي القبول مفهوم من نفس الفعل، والإخراج بالعكس، وحينئذٍ فليس في حقيقة الإشتاء من حيث هو معنى القبول. لكنه لما كان الغالب وقوه عقيب الإيجاب وإنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه، يجب تحقق المطاوعة، ومفهوم القبول أطلق عليه القبول، وهذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخر، لأن المشتري إنما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، والبائع إنما ينشأ انتقال الثمن إليه كذلك، لا بمدلول الصيغة.

وقد صرّح في «النهاية» و«المسالك» - على ما حكي - : بأنّ (اشتريت) ليس قبولاًً حقيقة، وإنّما هو بدل، وأنّ الأصل في القبول قبلت، لأنّ القبول في الحقيقة ما لا يمكن الإبتداء به، وللفظ (اشتريت) يجوز الإبتداء به، ومرادهما أنّه بنفسه لا يكون قبولاًً، فلا ينافي ما ذكرنا من تتحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع، كما أنّ (رضيت بالبيع) ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع، إلا إذا وقع متّاخراً، ولذا منعنا عن تقديميه، فكلّ من (رضيت) و(اشتريت) بالنسبة إلى إفادة نقل المال ومطاوعة البيع عند التقديم

مطاوعة الإيجاب والانفعال والتأثر منه، وإلا كان غير مرتبط بالإيجاب، بل هو إيجاب مستقلّ، وتضمنه للمطاوعة يستدعي تأخّره عن الإيجاب.

وفيه أولاً: إنّه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بالإيجاب، وهذا لا يمنع عن جواز التقديم - كما تقدّم - ولا يلزم منه عدم الارتباط بالإيجاب، كما هو واضح.

وثانياً: ما تقدّم من أنّ المطاوعة الإنسانية قابلة للتقديم، وليس كالمطاوعة الحقيقة.

الثاني: الإجماع على اعتبار القبول في العقد، وهو متضمن لمعنى المطاوعة.

وفيه: إنّ المتيقّن من الإجماع اعتبار القبول الشامل للرضا بالإيجاب.

الثالث: إنّ الاشتاء أو الابتياع بمفهومه، متضمن لاتّخاذ المبدأ، فإن كان بعنوان اتّخاذ المبدأ من الغير فهو مطاوعة قصدية، وإن كان بعنوان اتّخاذ المبدأ ابتداءً، فيكون من إنشاء بيع مال الغير فضولاً لا إنشاء الملكية قبولاً.

والتأخر متعاكسان.

فإن قلت: إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله (اشترى) حتى يقع قبولاً، لأن إنشاء مالكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له، يتتحقق فيه معنى الإنقال وقبول الآخر، فيكون (اشترى) متأخراً للتزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم، فإن مجرد إنشاء المالكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحثات أو اللقطة فإنه لا قبول فيه رأساً.

قلت: المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب تتحقق مفهوم القبول، المتضمن للمطاواة وقبول الآخر فلا، فقد تبين من جميع ذلك أن إنشاء القبول لابد أن يكون جامعاً لتضمن إنشاء النقل وللرضا بإنشاء البائع، تقدم أو تأخر، ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحصل معاذننا صحة تقديم القبول إذا كان بلغه (اشترى) وفاصلاً من عرفت، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في «الخلاف»، حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيğاب والإيجاب. وقد عرفت عدم الملزمه بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل (اشترى)، وكذا السيد في «الغنية» حيث اطلق اعتبار الإيجاب والقبول، واحترز بذلك عن انعقاده بالمعاطة وبالاستيğاب والإيجاب، وكذا ظاهر إطلاق الحلبى في «الكافى»، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد.

والحاصل: أن المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء، فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن «الخلاف» على تقديم الإيجاب، مع أنه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيğاب والإيجاب: (بأن ما عدها مجمع على صحته، وليس على صحته دليل)، ولعمري أن مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول.

وقد نبهنا على أمثل ذلك في مواردها. نعم، يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب^١، ولا فرق بين المتعارف هنا، وبينه في المسألة الآتية، وهو

وفيه أولاً: إن المطاواة الإنسانية لا تمنع من التقديم كما تقدم.

وثانياً: إن صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطاواة دائماً.

١. الرابع: ما أوجب تردد المصنف^٢، وهو كون تقديم القبول خلاف المتعارف المعهود من الصيغة.

الوصل. بين الإيجاب والقبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال. ثم إنّ ما ذكرنا جار في كلّ قبول يؤدي بإنشاء مستقلّ، كالإجارة التي يؤدي قبولها بلفظ (تعلّكت منك منفعة هذا)، أو (ملكت)، والنكاح الذي يؤدي قبوله بلفظ (نكحت) و(تزوجت). وأمّا ما لا إنشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كـ(ارتنهت)^١، فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا التزام في قبوله لشيء، كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشأ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، وقد تقدّم أن الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب، كما يجوز تعلقه بأمر محقق، فيجوز أن يقول: (رضيت برهنك هذا عندي)، فيقول: (رتهنت).

والتحقيق: عدم الجوانب لأنّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقّق عنوان المرتهن، ولا يخفى أنّه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقّق الرهن؛ لأنّ الإيجاب بإنشاء للفعل، والقبول بإنشاء للإنفعال. وكذا القول في الهبة والقرض، فإنه لا يحصل من إنشاء القبول فيما للتزام بشيء، وإنّما يحصل به الرضا بفعل الموجب. ونحوها قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملّك بغير عوض.

وفيه: إنّ التعارف لا يوجّب تقييد المطلقات وانصرافها.

فتتحقّل: أنّ الأظهر جواز تقديم القبول مطلقاً، لإطلاق أدلة إمضاء البيع والتجارة والعقود، المؤيد بالنصوص الخاصة الواردة في موارد مخصوصة المتقدمة الإشارة إليها.

١. قوله: (أمّا ما لا إنشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كـارتنهت).

أقول: لتنا فرغ من بيان حكم القبول من حيث التقديم والتاخير في العقود المعاوضية، المستلزمة لكون القابل فيها باذلاً لشيء من عمل أو منفعة أو عين أو تسلیط، أراد بيان حكمه في العقود غير المعاوضية، وحاصل ما ذكره فيها أنّها على قسمين:

منها: ما لا يعتبر في قبوله سوى الرضا بالإيجاب، وهي العقود الإذنية كالوكالة والعارية وشبههما مما ليس فيه إعطاء وأخذ أصلاً، بل إنّما يفيد إباحة أو سلطنة على التصرف أو الحفظ.

ومنها: ما يعتبر في قبوله عنوان المطاوعة كالرهن والهبة والقرض وشبهها

أمّا المصالحة المشتملة على المعاوضة^١، فلما كان ابتداء الإلتزام بها جائزًا من الطرفيين، وكان نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الإلتزام الحاصل من أحدهما أمراً مغاييرًا للإلتزام الحاصل من الآخر، كان البادي منها موجباً لصدق الموجب عليه لغةً وعرفاً.

مما يتضمن إعطاء من طرف وأخذ من الآخر.
والوجه في اعتباره في قبولها، لزوم تحقق عنوان المرتهن والمتهب والمفترض، ليترتب عليها أحكامها، وتلك العناوين تتحقق بالقبول، فيعتبر في قبولها عنوان المطاوعة.

وفي القسم الأول: لا مانع من تقديم القبول، لأن الرضا يتعلّق بالأمر المتأخر.
وفي القسم الثاني: لا يجوز التقديم، إذ المطاوعة والانفعال بما يوجبه الموجب لا تتحقق قبل الفعل والإيجاب.
ويرد عليه هذا أمور:

الأمر الأول: إن الفرق بين القسمين بلا فارق، إذ كما أنه رتب الأحكام في القسم الثاني على المرتهن مثلاً، كذلك رتب في القسم الأول على العناوين الخاصة من المستعير والوكيل وشبيههما، وهذه العناوين لا تتحقق قبل القبول، والمتحقّق لها هو القبول.

الأمر الثاني: إن العناوين المشار إليها في القسمين، ليست عناوين قصدية، وإنما هي تصدق على القابل بعد تحقّق العقد، وإن لم يكن القابل ملتفتاً إليها كعنوان البائع والمشتري.

الأمر الثالث: إن الممتنع تتحقق عنوان المطاوعة في الوعاء المناسب له قبل الإيجاب، وأمّا إنشاء ذلك العنوان المتتحقّق بعد الإيجاب، فلا مانع فيه، ولم يدلّ دليل على اعتبار تتحقق عنوان المطاوعة في حال القبول.

فتحصل: أن الأظهر جواز تقديم القبول في القسمين:

١. قوله: (أمّا المصالحة المشتملة على المعاوضة... موجباً لصدق الموجب عليه).

ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول، لزم أن يكون الإلتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو قال أيضاً (صالحتك) كان إيجاباً آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين.

وتحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز إذ لا قبول فيه بغير لفظ (قبلت) و(رضيت)، وقد عرفت أن (قبلت) و(رضيت) مع التقديم لا يدل على إنشاء نقل العوض في الحال.

فتلخص مما ذكرنا: أن القبول في العقود على أقسام، لأنه:
إما أن يكون التزاماً بشيء من القابل كنيل مال عنه أو زوجية.
وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب.

وال الأول على قسمين: لأن الإلتزام الحاصل من القابل إما أن يكون نظير الإلتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيراً كالاشتراء.
والثاني أيضاً على قسمين: لأنه إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان والاتهاب والاقراض.

وإما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب، كالوكالة والعارية وشبههما، فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين.

محصل ما ذكره فيه: أن القبول في المصالحة المشتملة على المعاوضة منحصر بلفظ (قبلت) من جهة لأن الإلتزامين من المتسالمين متساويان، ولذا كان ابتداء الإلتزام بها جائزاً من الطرفين، فنسبتها إليهما على حد سواء، فإن أنشأ القبول بلفظ (قبلت) كان الإيجاب معه عقداً، وإلا كانا إيجابين غير مرتبطين، فإن كان قبولها بلفظ (قبلت) لزم تأخيره، لما عرفت من أن (قبلت) إذا قدم لا يدل على النقل في الحال.

ويرد عليه: - مضافاً إلى ما تقدم من أنه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بما اشأه الموجب، وأنه لا يعتبر النقل في الحال في القبول - أنه في تتحقق عنوان المصالحة كعنوان البيع لا يعتبر أزيد من كون إنشاء التسالم من أحدهما، وقبول ذلك من الآخر، كان بلفظ (قبلت) أو (صالحت) أو غيرهما.

فتحصل: أن الأظهر جواز تقديم القبول في جميع العقود.

ثم إنَّ مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكلَّ من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمى مشترياً، وكلَّ من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمى بائعاً.

وبعبارة أخرى: كلَّ من ملَك ماله غيره بعوض فهو البائع، وكلَّ من ملَك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، وإنَّ كُلَّ منهما في الحقيقة يملُك ماله غيره بإزاء مال غيره ويملُك مال غيره بإزاء ماله.

ومن جملة شروط العقد: الموالة بين إيجابه وقوله^١، ذكره الشيخ في «المبسوط» في باب الخلع، ثم العلامة والشهيدان والمحقق الثاني والشيخ المقاداد.

قال الشهيد في «القواعد»: (الموالة معتبرة في العقد ونحوه، وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه)^٢، وقال بعض العامة لا يضر قول الزوج بعد الإيجاب: (الحمد لله والصلوة على رسول الله قبلت تناحها).

اعتبار الموالة

١. قوله: (ومن جملة شروط العقد الموالة بين إيجابه وقوله). وهو المحكي عن الشيخ في «المبسوط» في باب الخلع، والعالمة والشهيدان والمحقق الثاني والشيخ المقاداد وغيرهم من الأساطين.

٢. قوله: (وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه). الظاهر أنَّ مراده أنَّ ظهور اعتبار الاتصال بينهما صار منشأً للتنبه على اعتبار الاتصال في غيره من الموارد المشابهة له.

ووجه ظهور اعتباره فيه أحد أمرين: أحدهما: ما أفاده المصطفى^ص بعد أسطر بقوله: (ويحتمل بعيداً إلى آخره). وهو أنَّ المستثنى من الملحقات التي توجب خروج الكلام من الكذب إلى الصدق، فلا بدَّ من اتصاله كي يخرج الكلام عن الكذب بحسب ظاهره. ثانيةهما: أنَّ أدلة (إلا) بما أنَّ معناها معنى حرفي متقوم بالطرفين، فلا بدَّ من اتصال المستثنى بالمستثنى منه كي تتحقق تلك النسبة والربط.

ومنه: الفوريّة في استتابة المرتد^١، فيعتبر في الحال، وقيل إلى ثلاثة أيام، ومنه السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله، ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها، كما التشهد، ومنه تحريم المأمورين في الجمعة قبل الركوع^٢، فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة، واعتبر بعض العامة تحريمهن معه قبل الفاتحة، ومنه الموالاة في التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرار، والموالاة في سنة التعريف، فلو رجع في أثناء المدة استونفت ليتوالى)، انتهى.

أقول: حاصله أنَّ الامر المتردج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف، فلابدَ في ترتيب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية، فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين، بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض، فيiquid تخلُّ الفصل المخل بهيئته الإتصالية^٣، ولذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطول كسنة أو أزيد، وإنضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كلِّ أمر

١. قوله: (ومنه الفوريّة في استتابة المرتد).

الظاهر أنَّ مراد الشهيد^٤ عدم الفصل بين الاستتابة والتوبة، بحيث يظهر كون التوبة إجابة للاستتابة، ولو أخرَها لم تقبل، خلافاً لمن قال إنَّها تقبل وإن تاب بعد ثلاثة أيام. لا ما ذكره المصنف^٥ في تفسير كلام الشهيد، وهو عدم الفصل بين الارتداد والاستتابة.

٢. قوله: (ومنه تحريم المأمورين في الجمعة قبل الركوع).

يعني أنَّ مادل^(١) على اعتبار العدد في الجمعة، يقتضي اعتبار دخولهم في الصلاة قبل الركوع، على وجه يعد المجموع - أي تمام الصلاة - فعلاً لجميعهم. واستدلل لاعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول بوجوه :

٣. الأقل: ما عن الشهيد^٦ وحاصله: إنَّ كلَّ أمرين أو أمور يجمعها عنوان واحد كالصلاوة والأذان ونحوهما، يعتبر في تحقق ذلك العنوان، وإنطباقه عليها، عدم الفصل بينها بنحو يوجب عدم تتحقق الصورة الاتصالية، وصيغة كلَّ واحد عنواناً مستقلاً. ومن هذا القبيل العقد، فإنه عبارة عن ربط إنشاء أحدهما بإنشاء الآخر، فلو انفصل

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب صلاة الجمعة.

بحسبه، فيجوز الفصل بين كلّ من الإيجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كلّ واحد منها، ويجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف، كما في الأذان والقراءة، وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود، وباطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، أمّا لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجارة عن تراض، فلا يضرّه عدم صدق العقد^١. وأمّا جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه، فلأنّه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة، فإنّ أكثر الكلمات إنما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص، وقد صرّح في «القواعد» مكرّراً بكون الأصل في هذه القاعدة كذا، ويعتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه أن الاستثناء أشد ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق، لخروج المستثنى منه معه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك أقرب فصاًر أصلاً في اعتبار الموالة بين أجزاء الكلام، ثم تعدى منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً أو معناً، أو من حيث صدق عنوان خاص عليه، لكونه عقداً أو قراءةً أو أذاناً ونحو ذلك.

القبول عن الإيجاب بزمان معتَد به عرفاً، لما صدق عليهما العقد، فلا يتربّط عليهما الأثر المترقب منه.

١. وأجاب عن هذا الوجه المصنف^٢: (بأنّ حكم الملك واللزوم في المعاملة لو كان منوطاً بصدق العقد، كان ما ذكر تاماً، وأمّا لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجارة عن تراض، فلا يضرّه عدم صدق العقد).

وأورد على هذا الجواب المحقق النائيني^٣ تأييداً للشهيد^٤ بإيرادات: منها: أنه ليس البيع والتجارة والصلح والنكاح إلا من العقود المتعارفة. وفيه: إن التعارف لا يوجب الانصراف الذي يعتمد عليه في تقييد إطلاق الأدلة، كما حقّق في محله.

وإن أُريد به عدم صدق البيع، كما لا يصدق العقد عليه، فهو بدبيهي البطلان. ومنها: أن أدلة إمضاء البيع والتجارة عن تراض من جهة عدم ورودها في مقام

ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسألة توبة المرتد. فإن غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه إن المطلوب في الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع فلابد من إعادةه في أقرب الأوقات.

وأما مسألة الجمعة، فلأن هيئة المجتمع في جميع أحوال الصلاة من القيام والركوع والسجود مطلوبة، فيiquid الإخلال بها، وللتتأمل في هذه الفروع، وفي صحة تفريعها على الأصل المذكور مجال.

البيان من جميع الجهات لا سبيل إلى التمسك بإطلاقها.

وفيه: إنه قد عرفت أنها مطلقة من هذه الجهات، ولذا بنينا على التمسك بإطلاقها لإمساء الأسباب، مع أن الشك في كونها في مقام البيان يكفي في الحكم بالإطلاق. ومنها: إنه لا يمكن التفكير بين الصحة واللزوم إلا بدليل خارجي من الإجماع ونحوه، من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين، أو جعلهما لأنفسهما أو لأجنبي، وعليه فحيث أن هذه المعاملة - أي الإيجاب والقبول الذي تخلل الفصل بينهما - لا تكون مشمولة لدليل «أوفوا بالعُقود»^(١) الذي هو دليل اللزوم - ولأجل ذلك لا يحكم بلزومها - فلابد من البناء على فسادها أيضاً.

وفيه أولاً: قد عرفت أن دليل لزوم البيع لا ينحصر به.

وثانياً: إنه لم يدل دليل على عدم التفكير بين الصحة واللزوم.

وثالثاً: إنه لو سلم ذلك، فليكن دليل الصحة - بضميمة عدم الفصل بين الصحة واللزوم - كافياً في الحكم باللزوم، وعدم شمول دليل «أوفوا بالعُقود» لا يدل على عدم لزومه، كي يحكم بضميمة عدم الفصل بالفساد، فإنه يقتضي لزوم كل عقد لا عدم لزوم غير العقد، فلا يصلح لمعارضة دليل الصحة، إذ الالاقضاء لا يعارض المقتضي لشيء.

ويتمكن الجواب عن الشهيد بوجه آخر: - وهو إيراد على المصنف أيضًا حيث سلم عدم صدق العقد عليه - وهو إن العقد من مقوله المعنى لا اللّفظ، وهو عبارة عن

(١) المائدة، آية ٢.

ثم إن المعيار في الموالاة موكول إلى العرف، كما في الصلاة والقراءة والأذان ونحوه، ويظهر من رواية سهل الساعدي - المتقدمة في مسألة تقديم القبول - جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبى، بناءً على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي (زوجتها) والإيجاب قوله بعد فصل طويل: (زوجتكها بما معك من القرآن)، ولعل هذا موهن آخر للرواية. فافهم.

ربط أحد الالتزامين بالآخر باعتبار ورودهما على أمر واحد، وهو كون أحد المالين بإذاء الآخر، وهذا لا يقتضي إلا بقاء الالتزام الأول على حاله، وإن تخلّل زمان طويل. نعم، إذا لم يكن الالتزام الأول باقياً في نفس الموجب، بأن أعرض عنه مثلاً، لم يرتبط الالتزام الثاني به، وهذا أيضاً لا فرق فيه بين تخلّل زمان قصير أو طويل، فالظهور عدم تمامية هذا الوجه.

الوجه الثاني: ما أفاده المحقق النائيني ^{رحمه الله}، وهو أن في العقود المعاوضية خلعاً وليساً أو إيجاد علقة، فلابد وأن يكون مقارناً للخلع ليس، وهكذا مقارناً لإيجاد العلقة قبول، وإلا وقعت الإضافة أو العلقة بلا محلٍ ومضاف إليه.

وفيه أولاً: النقض بالزمان القصير الفاصل بين الإيجاب والقبول قهراً في جميع الموارد، فإنه لا فرق في هذا المحدود بين الزمان القصير والطويل.

وثانياً: إن الخلع في اعتبار الموجب وإن تحقق من حين الإيجاب، إلا أن اللبس في اعتباره أيضاً كذلك، وأماماً في اعتبار العلاء والشارع، فكما ليس ليس إلا بعد القبول، كذلك ليس خلعاً. فتدبر فإنه دقيق.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الإبرواني ^{رحمه الله}، وهو أنه يلزم من الفصل المخل بالموالاة، عدم تطابق الإيجاب والقبول، فإن الإيجاب نقل من حينه، فإذا تأخر القبول فاما أن يكون قبولاً لتمام مضمون الإيجاب، فيلزم حصول النقل قبل حصول تمام العقد، وذلك باطل، أو يكون قبولاً لبعض مضمونه - أعني النقل من حين تحقق القبول - فيلزم عدم المطابقة بين الإيجاب والقبول.

ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد^١، بأن لا يكون معلقاً على شيء باءة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها، ومن من صرّح بذلك الشيخ والحلبي والعلامة، وجميع من تأخر عنه كالشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم^٢، وعن فخر الدين في «شرح الإرشاد» في باب الوكالة: (إن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية، وكذا غيره من العقود، لازمة كانت أو جائزة).

وعن «تمهيد القواعد» دعوى الإجماع عليه، وظاهر «المسالك» في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف، الاتفاق عليه.
والظاهر عدم الخلاف فيه، كما اعترف به غير واحد^٣، وإن لم يتعرض الأكثر في هذا المقام.

وفيه: إنّه ستعرف عدم اعتبار التطابق بينهما بنحو يشمل مثل هذا التطابق. مع أنّ النقل في اعتبار العقلاء والشارع لا يقع إلاّ بعد تمامية العقد في جميع الموارد. فتحصل: أنّ الأظهر عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول.

اعتبار التنجيز في العقد

١. الخامسة: صرّح جماعة منهم الشيخ والحلبي والعلامة وجميع من تأخر عنه كالشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم، بأنه يعتبر في العقد التنجيز، بأن لا يكون معلقاً على شيء باءة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها. وفي المتن:

٢. (والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحدٍ).

وعن جماعة: دعوى الإجماع عليه.

وتنقيح القول في المقام: إن المعلق بحسب التصوير العقلي أحد أمور ثلاثة:
الأول: الإنشاء.

الثاني: المنشأ كالمملκية مثلاً.

الثالث: متعلق المنشأ، كما لو آجر داراً فعلاً ليسكن فيها بعد سنة، فإن المنشأ

كالإنشاء ليس معلقاً، بل المعلق هو متعلق المنشأ أي سكنى الدار، وإنما فالمستأجر يملك فعلاً على المؤجر منفعة الدار بعد سنة.

أثنا الأول: فالتعليق فيه أمر غير معقول، من غير فرق بين أن يكون المراد به آلة الإنشاء كاللّفظ أم نفس الاعتبار النفسي.

أثنا الأول: فلان الإنشاء وجه من وجوه استعمال اللّفظ في المعنى - سواءً كان عبارة عن إيجاد المعنى باللّفظ، أم كان عبارة عن إبراز الاعتبار النفسي باللّفظ بداعي تنفيذه - فلا يعقل فيه التعليق.

وأثنا الثاني: فلان الاعتبار فعل تكويني، فكما لا يعقل التعليق في وقوع الضرب على أحد وكذا غيره من الأفعال التكوينية، كذلك لا يعقل التعليق في الاعتبار، والظاهر أن هذا ليس محل الكلام في المقام.

وأثنا الثالث: أي التعليق في متعلق المنشأ - فهو إنما يصح فيما إذا كان من الأعراض والأفعال من جهة تصوير التعدد فيها بلحاظ التقيد بالزمان أو الزمانى، مثلاً منفعة الدار في هذه السنة غير منفعتها في السنة الآتية، فالتعليق فيها أمر ممكן وواقع لا محذور فيه، وأثنا الجوهر كالدار فلا يتصور فيها التعليق؛ من جهة أنّ الوجود الجوهري لا يتعدد بتعدد الزمان والزمانى، مثلاً الدار في هذه السنة ليست غير الدار في السنة القادمة، فإذا كان متعلق المنشأ جوهراً خارجياً، لا يعقل التعليق فيه، فإن كان هناك تعليق وشرط فلابد وأن يرجع إلى المنشأ.

ولعل هذا هو وجہ الفرق بين الإجارة والبيع، حيث لم يقع الخلاف في صحة التعليق فيها على بعض الوجوه المتقدم مع اتفاقهم على بطلان التعليق في البيع، وعدم إمكان تصحیحه بوچه.

فمحل الكلام إنما هو التعليق في المنشأ:

أقول: وقيل الشروع في البحث فيه، وبيان وجوه المنع، لابد من التنبيه على أمرین:

أحدھما: نقل الكلمات القوم في المقام، وحيث أنّ المصنف ذكر كلماتهم فلا نعيدها.

ويدل عليه فحوى فتاویهم، ومعاقد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكالة مع كونه من العقود الجائزة، التي يكفي فيها كلما دل على الإذن، حتى أن العالمة أذعى الإجماع - على ما حكي عنه - على عدم صحة أن يقول الموكّل: (أنت وكيلي في يوم الجمعة أن تبيع عبدي)، وعلى صحة قوله: (أنت وكيلي ولا تبيع عبدي إلا في يوم الجمعة)، مع كون المقصود واحداً، وفرق بينهما جماعة بعد الاعتراف بأنّ هذا في معنى التعليق، بأنّ العقود لما كانت متنسقة من الشارع، أنيطت بهذه الضوابط، وبطلت فيما خرج عنها وإن أفادت فائدتها، فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع؟!

وبالجملة: فلا شبهة في اتفاقهم على الحكم.

وأما الكلام في وجه الاشتراط، فالذي صرّح به العالمة في «التذكرة» أنه مناف للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم. ثم فرع عليه عدم جواز التعليق، قال: (الخامس من الشروط الجزم، فلو علق العقد على شرط لم يصح، وإن كان الشرط المشيّة، للجهل بثبوتها حال العقد، وبقائها مدّته، وهو أحد قولي الشافعي، وأظهرهما عندم الصحة، لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد، لأنّه لو لم يشأ لم يشتر) انتهى كلامه، وتبعه على ذلك الشهيد الله في قواعده، قال: (لأنّ الانتقال بحكم الرضا، ولا رضا إلا مع الجزم، والجزم ينافي التعليق)، انتهى.

ومقتضى ذلك أنّ المعترض هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، كما صرّح به المحقق في باب الطلاق، وذكر المحقق والشهيد الثانيان في «الجامع» و«المسالك» في مسألة إن كان لي فقد بعثه: (أنّ التعليق إنّما ينافي الإنشاء في العقود والإيقاعات، حيث يكون المعلّق عليه مجهول الحصول، لكن الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدّم: أنّ الجزم ينافي التعليق، لأنّه بعرضة عدم الحصول، ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف؛ لأنّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد، ثم قال: فإن قلت فعلى هذا ببطل قوله في صورة إنكار التوكيل (إن كان لي فقد بعثه منك بعضاً)، قلت: هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول، فهو علة

للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الواقع، وكذا القول لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج، وإنكار التزويج حيث تدعى المرأة: (إن كانت زوجتي فهي طالق)، انتهى
كلامه رحمه الله.

وعلى العلامة في «القواعد» صحة: (إن كان لي فقد بعثه)، بأنه: (أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضر جعله شرطاً، وكذا كل شرط علم وجوده، فإنه لا يوجب شيئاً في البيع ولا وقوفه)، انتهى.

وتفصيل الكلام: إن المعلق عليه، إنما أن يكون معلوم التحقق، وإنما أن يكون محتمل التتحقق، وعلى الوجهين: إنما أن يكون تحقق المعلوم، أو المحتمل في الحال أو المستقبل، وعلى التقادير، فإنما أن يكون الشرط مما يكون مصححاً للعقد، كون الشيء مما يصح تملكه شرعاً، أو مما يصح إخراجه عن الملك كغير أم الولد وغير الموقوف ونحوه، وكون المشتري ممن يصح تملكه شرعاً، لأن لا يكون عبداً وممن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً، وإنما أن لا يكون كذلك. ثم التعليق إنما مصريح به وإنما لازم من الكلام قوله: (ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة)، وقوله في القرض والهبة: (خذ هذا بعوضه) أو (خذه بلا عوض يوم الجمعة)، فإن التملك معلق على تحقق الجمعة في الحال أو في الاستقبال، ولهذا احتمل العلامة في «النهاية»، وولده في «الإيضاح» بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظنه موته، معللاً بأن العقد وإن كان منجزاً في الصورة، إلا أنه معلق، والتقدير: (إن مات مورثي فقد بعثك)، فما كان منها معلوم الحصول حين العقد، فالظاهر أنه غير قادر، وفاماً لمن عرفت كلامه كالمحقق والعالمة والشهيدين والمتحقق الثاني والصييري. وحكي أيضاً عن «المبسوط والإيضاح» في مسألة ما لو قال: (إن كان لي فقد بعثه)، بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح، ولذا ادعى في الرياض في باب الوقف، عدم الخلاف فيه صريحاً، وما كان منها معلوم الحصول في المستقبل، وهو المعتبر عنه بالصفة، فالظاهر أنه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجوان، وإن كان تعليهم للمنع باشتراط الجزء لا يجري فيه، كما اعترض به الشهيد فيما تقدم عنه، ونحوه الشهيد الثاني فيما حكي عنه، بل يظهر من عبارة «المبسوط» في باب الوقف كونه مما لا خلاف

فيه بيننا بل بين العامة فإنّه قال: (إذا قال الواقف: إذا جاء رأس الشّهر فقد وقفته) لم يصحّ الوقف، بلا خلاف، لأنّه مثل البيع والهبة، وعندنا مثل العتق أيضاً، انتهى. فإنّ ذيله يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختصّ بالإماميّة. نعم، مماثلته للعقد مختصّ بهم، وما كان منها مشكوك الحصول وليس صحة العقد معلقة عليه في الواقع، كقدوم الحاج، فهو المتيقّن من عقد اتفاقيّهم، وما كان صحة العقد معلقة عليه، كالأمثلة المتقدّمة، فظاهر إطلاق كلامهم يشمله. إلا أنّ الشيخ في «المبسوط» حكى في مسألة إن كان لي فقد بعثه، قوله من بعض الناس بالصّحة، وأنّ الشرط لا يضرّه، مستدلاً: (بأنّه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد، لأنّه إنما يصحّ البيع لهذه الجارية من الموكّل إذا كان أذن له في الشّراء، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضرّ إظهاره وشرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثّمن أو تسلیم المثلثن أو ما أشبه ذلك) انتهى.

وهذا الكلام وإنّ حكاه عن بعض الناس، إلا أنّ الظاهر ارتضائه له.

وحاصله: أنه كما لا يضرّ اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه، كذلك لا يضرّ تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته كالإلزام ببعض غaiاته، فكما لا يضرّ الإلزام بما يقتضي العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان بالإطلاق معلقاً عليه ومقيداً به، وهذا الوجه، وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد، لأنّ المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلّم، فالمعنى في كلام المتكلّم غير معلق في الواقع على شيء، والمعلق على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلّم على شيء، بل ولا منجزاً، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام، إلا أنّ ظهور ارتضاء الشيخ له كاف في عدم الظنّ بتحقق الإجماع عليه، مع أنّ ظاهر هذا التوجيه - لعدم قدر التعليق - يدلّ على أنّ محلّ الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه، فلا وجه لتوهّم اختصاصه بصورة العلم.

ويؤيد ذلك أنّ الشهيد في قواعده جعل الأصلّ صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع: (بعثك إن قبلت)، ويظهر منه ذلك أيضاً في آخر «القواعد»، ثم إنّ قد

عرفت أن العمدة في المسألة هو الإجماع، وربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز، هو عدم قابلية إنشاء التعليق، وبطلانه واضح، لأن المراد بإنشاء إن كان هو مدلول الكلام، فالتعليق غير متصور فيه، إلا أن الكلام ليس فيه، وإن كان الكلام في أنه كما يصح إنشاء الملكية المتحققة على كل تقدير، فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر، كقوله: (هذا لك إن جاء زيد غداً)، و(خذ المال قرضاً أو قرضاً إذا أخذته من فلان) ونحو ذلك، فلا ريب في أنه أمر متصور واقع في العرف والشرع كثيراً في الأوامر والمعاملات من العقود والإيقاعات^١.

الثاني: إن ما صرّح به المصنف^٢ في المقام في بيان صحة التعليق في المنشأ، بقوله:
١. (فلا ريب في أنه متصور وواقع في العرف والشرع كثيراً في الأوامر والمعاملات من العقود والإيقاعات) ينافي ما نسب إليه في التقريرات في مبحث الواجب المشروع من امتناعه.

وكيف كان، فصور التعليق في المنشأ على ما ذكره المصنف^٢ ثمان، إلا أن الظاهر أنها اثنتا عشرة، وذلك لأن المعلق عليه:
إن كان أمراً حالياً، فتارةً يكون معلوم التحقق، وأخرى يكون مشكوك التتحقق. وعلى التقديرتين، فتارةً يكون مما له دخل في صحة العقد، وأخرى لا يكون دخيلاً فيه.
وإن كان أمراً استقبالها فهذه التقديرات الأربع تتصور فيه، بالإضافة أنه على أي تقدير ربما يكون القيد ماخوذأً فيه على نحو الشرط المتأخر، بمعنى أنه ينشأ الملكية الفعلية على فرض تحقق ذلك الأمر في المستقبل، وربما يكون بنحو الشرط المقارن، بمعنى أنه ينشأ الملكية على تقدير تحققه بعد تتحققه.

فإن كان المعلق عليه أمراً استقباليًا مشكوك الحصول، ولم تكن صحة العقد متوقفة عليه، وكان التعليق بنحو الشرط المقارن، فالظاهر أنه مورد اتفاق الأصحاب القائلين بمبطئية التعليق، فلو كان الإجماع تعبدياً كان هو الحجة في المقام، ولا دليل عليه سوى ذلك.

فإنه قد استدل للبطلان - بغير الإجماع - بوجوه:
الأول: ما عن جماعة، وهو اعتبار الجزم في العقد، وهو مناف للتعليق.

ويتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من أن ظاهر ما دلّ على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك^١، وفيه -بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة واللزموم في مثل قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»، لأن دليل حلية البيع، وسلط الناس على أموالهم، كافٍ في إثبات ذلك^٢ -أن العقد سبب لوقوع، مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله، فليس مفاد «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» إلا مفاد أوفوا بالعهد، في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق، فترقب تحقق المعلق عليه في تتحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

وفيه: إن أريد به الجزم بالإنساء، فهو حاصل كما هو واضح، وإن أريد به الجزم بالمنشأ في نظره - أي تحقق الملكية الاعتبارية جزماً - فهو محل الكلام، وإن تمسّك بالإجماع على اعتباره، فسيأتي الكلام فيه.

١. الثاني: إن ظاهر خطاب «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(١) كظاهر سائر الخطابات حيث أن الحكم مطلق غير مشروط بشيء، فيكون ظاهره ترتب الأثر على العقد، وعليه فإن التزم بترتّب الأثر فعلًا قبل تتحقق ما علّق عليه، كان ذلك منافيًا للإنساء المعلق، ولا سبيل إليه.

وإن التزم بعدم ترتّب الأثر فعلًا، لزم عدم كونه مشمولاً لهذا الخطاب، فلا دليل على لزوم الوفاء به وترتيب الأثر عليه.

وفيه أولاً: إن دليل الصحة لا ينحصر بآية الوفاء بالعقود، بل هناك أدلة أخرى من قبيل «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(٢) التي لا يجري فيها هذا الوجه، ولا فرق في ذلك بين المعلق والمنجز.

ولا يخفى أن هذا الإبراد إنما يرد على المستدلّ لو كان مفاد «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» الحلية الوضعية، ولا يرد عليه لو كان مفاده الحلية التكليفية، فإن ما ذكر في وجه اختصاص «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» يجري فيه طابق النعل بالنعل.

٢. وبذلك ظهر أن المصنف^٣ حيث التزم في مبحث المعاطاة بأن مفاده الحلية

(١) المائدة: ٢. (٢) البقرة: ٢٧٥.

والحاصل: إن أُريد بالسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلّفه عن إنشاء العقد من البديهيّات التي لا يعقل خلافها، وإن أُريد به الأثر الشرعي، وهو ثبوت الملكيّة، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكيّة المنجزة، بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق، كان أثراه الشرعي الملك الغير المعلق، وإن كان معلقاً فأثره الملكيّة المعلقة، مع أنَّ
١- تخلّف الملك عن العقد كثير جداً .

التكليفية ليس له هذا الإيراد.

١. كما أنّ إيراده عليه بقوله: (مع أنّ تخلف الملك عن العقد كثير جدًا)، ليس في محله، إذ التخلف مع الدليل لا يوجب سلب الظهور المدعى في الاستدلال.
اللَّهُمَّ إِنْ يَكُونُ مَرَادُهُ أَنَّ التَّخَلُّفَ كَثِيرٌ، وَلَوْ بَنَى عَلَى الظَّهُورِ الْمَبُورِ لَزِمَّ تَخْصِيصٍ
الْأَكْثَرِ الْمُسْتَهْجِنِ.

و ثانياً: إن العقد ليس هو اللفظ كما تقدم، بل هو ربط أحد الالتزامين الواردين على مورد واحد بالآخر، والوفاء به عبارة عن إتمامه، ومعنى ذلك فيما إذا كان متعلقة النتيجة عدم حلّه ونقضه لا ترتيب الآثار عليه، ومن الواضح أنّه في هذا الذي ذكرناه لا فرق بين العقد المعلق والمنجز.

الثالث: إنّه يلزم تخلّف المنشأ عن الإنشاء، وهو غير معقول.
وفيه: إنّ هذه شبهة أوردوها على الواجب المشروط، وقد أجبنا عنها في كتابنا
«زبدة الأصول» مفصلاً.

ونقتصر في المقام على الإشارة إلى وقوع ذلك الذي هو أدلّ دليل على إمكانه، لاحظ الوصيّة، والنذر، والتدبّر، والواجب المشروط.

الرابع: ما عن المحقق النائي^{فقيه}، وهو انصراف العقود إلى العقود غير المعلقة المتعارفة بين عامة الناس، فلا تشمل أدلة العقود والعناوين العقد المعلق.

وفيه: مضافاً إلى أنّ التعارف لا يوجب الانصراف المقيد للإطلاق، أنّ التعليق في العقد واقع كثيراً كما تقدم.

مع أنّ ما ذكره لا يجري في مثل قوله: (بعثك إن شئت، وإن قبلت) فقال قبلت، فإنّه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه، مع أنّ هذا لا يجري في الشرط المشكوك المتحقق في الحال، فإنّ العقد حينئذ يكون مراعي لا موقوفاً، مع أنّ ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخّر مقتضاها عنه، كما لا يخفى، وليس الكلام في خصوص البيع، وليس على هذا الشرط في كلّ عقد دليل على حدة، ثمّ الأضعف من الوجه المتقدم، التمسك في ذلك بتوجيهية الأسباب الشرعية، الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، وليس إلّا العقد العاري عن التعليق^١، إذ فيه أنّ إطلاق الأدلة مثل حلية البيع وتنسّط الناس على أموالهم وحل التجارة عن تراض، ووجوب الوفاء بالعقود وأدلة سائر العقود كافٍ في التوقف.

وبالجملة: فإنّ ثبات هذا الشرط في العقود، مع عموم أدلةها، ووقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكل.

ثمّ إنّ القادح هو تعليق الإنشاء.

١. الخامس: إنّ الأسباب الشرعية توقيفية لابدّ فيها من الاقتصار على المتيقن، وهو العقد الحالي عن التعليق.

وفيه: إنّ هذا يتمّ إذا لم تكن هناك عمومات ومطلقات من قبيل «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و«أَؤْفُوا بِالْعُهُودِ» والمفترض وجودها.

فتحصل مما ذكرناه: أنه ليس في مقابل العمومات والمطلقات الدالة على الصحة ما يدلّ على بطلان العقد المعلق سوى الإجماع.

وفي مقابل هذه الصورة صورتان.

إحداهما: ما إذا كان المعلق عليه أمراً حالياً معلوم الحصول، مع كونه ممّا تتوقف صحة العقد عليه.

ثانيهما: ما إذا كان المعلق عليه أمراً استقباليّاً كذلك، مع كون القيد مأخوذاً على نحو الشرط المتأخّر، فإنه لا يجري فيهما شيء من المحاذير المتقدمة حتى الإجماع، بل لعلّ الإجماع قائم على عدم بطلان العقد المعلق فيهما.

وأثنا إن كان المعلق عليه أمراً حالياً معلوم الحصول، مع كونه مما لا يتوقف عليه صحة العقد، أو كان أمراً استقباليّاً كذلك، مع كون الشرط بنحو الشرط المتأخر، فلا يجري فيهما شيء من الوجوه المتقدمة.

سوى ما أفاده المحقق النائياني من دعوى الانصراف التي عرفت ما فيها، والظاهر أنّهما غير داخلين في معقد الإجماع، فلا ينبغي التوقف في عدم البطلان فيهما.

وأثنا إن كان المعلق عليه أمراً استقباليّاً معلوم الحصول، مع كون الشرط على نحو الشرط المقارن.

فمقتضى الوجه الثاني والثالث والخامس بطلانه، وكذلك مقتضى الوجه الرابع هو ذلك، لو كان المعلق عليه مما لا تتوقف صحة العقد عليه، وقد عرفت عدم تمامية شيء منها.

وأثنا الإجماع، فالمتيقن منه غيرهما، فلا وجه للحكم بالبطلان.

وما ذكره الشهيد^{رحمه الله} في محكي قواعده من الحكم بالبطلان في الصورتين، معللاً بأنّ الجزم ينافي التعليق، لأنّه بعرضة عدم الحصول، ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف، لأنّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد.

يرد عليه: أنه يتمّ لو كان بطلان العقد المعلق مفاد آية أو رواية، ولم يحرز كون الجهل بحصول الشرط هو العلة لذلك، لا فيما إذا كان البطلان من جهة الوجوه المتقدمة. فراجع.

وأثنا إن كان المعلق عليه أمراً حالياً مشكوك الحصول، أو كان استقباليّاً كذلك مع كونه بنحو الشرط المقارن أو المتأخر، كان المعلق عليه مما تتوقف صحة العقد عليه أم لا، فالظاهر شمول معقد الإجماع لهما فلاحظ.

وأماماً إذا أنشأ من غير تعليق صحة العقد، وإن كان المنشيء متزدداً في ترتيب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً^١، كمن ينشيء البيع وهو لا يعلم أن المال له، أو أن المبيع مما يتمول، أو أن المشتري راض حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنه لا يقدح اعتقاد عدم ترتيب الأثر عليه إذا تحقق القصد إلى التمليل العرفي، وقد صرّح بما ذكرنا بعض المحققين، حيث قال: (لا يخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد). نعم، ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة لعدم الزوجية، أو الشك فيها في إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقق القصد إليه متجرزاً من دون العلم بالزوجية وكذا الرقية في العتق، وحينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى

تنبيهات

وي ينبغي التنبيه على أمور:

الأمر الأول: إن القادر إثما هو التعليق في العقد، فلو كان متزدداً في ترتيب الأثر على العقد الذي ينشأ شرعاً وأنه صحيح أو فاسد، لا كلام في صحته، فإنه لا يكون هذا الترديد مورثاً للتعليق في ما ينشأ، إذ العلم بالفساد يجتمع مع القصد إلى المعاملة، فضلاً عن الترديد فيه. هذا فيما إذا كان متزدداً في تأثيره شرعاً.
ولو كان متزدداً في تأثيره عرفاً، فإن كان ما يحمل دخله في ترتيب الأثر عرفاً مقوماً لعنوان المعاملة وتحقّقها كالزوجية بالإضافة إلى الطلاق، لا محالة يكون ذلك منافياً للتنجيز، وإلا فلا.

وبما ذكرناه ظهر أنّ ما أفاده المصنف بنجيز بقوله:

١. (وأماماً إذا أنشأ من غير تعليق صحة العقد، وإن كان المنشيء متزدداً في ترتيب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً).

تام، وأنّ مراده ما ذكرناه، لا أنّ مراده كون التنجيز من شرائط الصيغة.

فلا يرد عليه ما أفاده السيد في الحاشية بقوله: (مقتضى ما ذكره العلامة والشهيد، من كون الوجه اعتبار الجزم البطلان في هذه الصورة أيضاً).

الثاني: أنه هل يكون هذا الشرط من شرائط الصيغة كالعربية، كما يظهر من بعض كلماتهم وإليه يشعر ما في المتن بقوله:

شيء من ذلك للاحتياط، وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلابد من إبرازه بصورة التنجيز^١، وإن كان في الواقع معلقاً، أو يوكّل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه، ولا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالكاً للفعل، لأنَّ فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإنذن، إلا أنَّ ظاهر الشهيد في «القواعد» الجزم بالبطلان، فيما لو زوج امرأة يشك في أنها محمرة عليه، ظهر حلها، وعَلَى ذلك بعدم الجزم حال العقد، قال: (وكان الإيقاعات كما لو خالع امرأة أو طلقها وهو شاك في زوجيتها، أو ولَى نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته، وإن ظهر أهلاً، ثم قال: ويخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حياته فبيان ميتاً، لأنَّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البائع غير معلومة، وإن قيل بالبطلان أمكن لعدم القصد إلى نقل ملكه، وكذلك لو زوج أمة أبيه ظهر ميتاً)، انتهى.

والظاهر الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه، بإمكان الجزم فيما دون مثال الطلاق، فافهم.

١. (فإذا مسَّت الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط، وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلابد من إبرازه بصورة التنجيز).

أم يرجع هذا الشرط إلى المعنى المقصود، بأنْ يعتبر في المعاملة أن لا يكون القصد إليها معلقاً على أمر، كما هو صريح المحقق النائيني رحمه الله حيث قال : (لا ينحصر التعليق في أداة الشرط، بل كلّ ما كان في معنى التعليق ولو بغير الأداة، وجهان).

أقوالهما الثاني، إذ الظاهر من كلماتهم ومعاذن إجماعاً لهم هو ذلك، كما هو مقتضى الوجوه الخمسة المشار إليها المذكورة لبطلان التعليق).

الأمر الثالث: هل هناك فرق بين الأمور التي تتوقف صحة العقد عليها، فلا مانع من تعليق العقد عليها، وبين ما لا تتوقف صحة العقد عليه، فالتعليق عليه مبطل أم لا؟ وجهان.

قد استدلَّ للأول الشيخ الأكبر في محكي «المبسوط»: بأنَّ التعليق على ما تتوقف صحة العقد عليه، ليس إلا شرطاً لما يقتضيه إطلاق العقد، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره وشرطه.

وقال في موضع آخر: (ولو طلق بحضور خنتين فظهراً رجلين، أمكن الصحة، وكذا بحضور من يظنه فاسقاً ظهر عدلاً، ويشكلان في العالم بالحكم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح)، انتهى.

ومن جملة شروط العقد: التطابق بين الإيجاب والقبول^١، فلو اختلفا في المضمون، بأنّ أوجب البائع البيع على وجه خاصٍ من حيث خصوص المشتري، أو المثمن أو

واستدلّ المحقق النائيني رحمه الله بالانصراف.

وهذا الوجهان وإن كانا فاسدين.

أمّا الثاني. فلما تقدّم.

وأمّا الأول: فلأنّ المعلّق على ذلك الشرط في الواقع، هو ترتّب الأثر الشرعي على العقد دون إنشاء مدلول الكلام، فالمعنى في كلام المتكلّم غير معلّق في الواقع على شيء كما ذكره المصطفى رحمه الله.

إلا أنّه حيث عرفت انحصر المدرك لهذا الشرط بالإجماع، فمثل هذه الكلمات توجب الترديد في شمول معقد الإجماع للتعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه؛ فيتعيّن الرجوع إلى المطلقات والعمومات الدالة على الصحة.

اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول

١. السادسة: من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول، كما صرّح به غير واحد.

بل الظاهر أنّ اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من القضايا التي قياساتها معها، فإنه مع عدم التطابق - كما لو أنشأ أحدهما بعنوان البيع وقبل الآخر بعنوان الهبة - لا يتحقق العقد، فإنه مع عدم ورود الالتزامين على مورد واحد لا يكونان مرتبطين، ومع عدم الربط لا يصدق عليهما عنوان العقد.

وإن شئت قلت: إنّ القبول قوامه بالرضا بالإيجاب، بل هو حقيقته، فمع عدم كونه قبولاً لما أنشأه الموجب لما كان قبولاً، فلا يتحقق العقد، بل كانا إيقاعين غير مرتبطين.

الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد^١، ووجه هذا الاشتراط واضح، وهو مأخوذ من اعتبار القبول، وهو الرضا بالإيجاب، فحينئذ لو قال: (بعثه من موكلك بكتاب)، فقال: (اشتريته لنفسي) لم ينعقد، ولو قال: (بعثت هذا من موكلك) فقال الموكل الغير المخاطب: (قبلت) صحيح، وكذا لو قال: (بعثتك) فأمر المخاطب

إنما الكلام في تطبيق هذه الكبرى الكلية على مواردها، فإن عدم التطابق في بعض الموارد واضح لا يحتاج إلى بيان، كما لو اختلفا في عنوان المعاملة أو في أركانها، وهي المبيع والثمن في البيع، مثل ما لو باع العبد بمائة دينار وقبل بيع الجارية. كما أن تحقق التطابق في بعض موارد آخر واضح، كما لو اختلفا من حيث اللّفظ مع اتحاد المعنى، كأن يقول البائع (بعثتك)، فقال: (قبلت الشراء).

ومحل الخلاف موارد:

منها: ما إذا أوجب البائع مشروطاً بشرط، وقبل القابل البيع بلا شرط.
ومنها: ما إذا أوجب البائع البيع لشخصين، فقبل أحدهما نصف البيع بنصف الثمن.

ومنها: ما لو باع البائع شيئاً بثمن معين، فقبل القابل أحدهما بنصف الثمن.

١. **أما الأول:** فصريح المصنف^٢ والمتحقق النائي^٣: بطلان البيع من جهة عدم المطابقة.

ولكن الظاهر هو تحقق التطابق الذي دلّ الدليل على اعتباره، وذلك لأنّه لا خلاف بينهم في أن تخلف الشرط أو تعدّره أو فساده لا يوجب بطلان العقد بل يقع صحيحاً، غاية الأمر غير لازم، فيستكشف من ذلك أنّ المعاقدة واقعة على الفاقد للشرط، وعليه فالقبول بلا شرط مطابق للإيجاب.

وإن شئت قلت: إن الشرط لو كان قيداً للمعاملة، لزم بطلانها عند تخلفه، فالقول بأنّ تخلفه لا يوجب بطلان، يكون مبنياً على كونه التزاماً في ضمن التزام بالمعنى الذي سيأتي تحقيقه في محله، وعليه فالالتزام البيعي غير معلق على شيء، فالقبول بلا شرط

وكيله بالقبول فقبل، ولو قال: (بعثك العبد ب Kavanaugh)، فقال: (اشترىت نصفه بتمام الثمن) أو (نصفه) لم ينعقد^١، وكذا لو قال: (بعثك العبد بمائة درهم)، فقال: (اشترىته بعشرة دنانير)، ولو قال للاثنين: (بعثكم العبد بألف)، فقال أحدهما: (اشترىت نصفه بنصف الثمن) لم يقع، ولو قال كلّ منهما ذلك لا يبعد الجواز، ونحوه لو قال البائع: (بعثك العبد بمائة)، فقال المشتري: (اشترىت كلّ نصف منه بخمسين)، وفيه إشكال.

مطابق للإيجاب.

ولعله الى هذا يرجع ما ذكره بعضهم، من أنّ فساد الشرط إذا لم يخلّ بصحّة العقد، فعدم قبول المشتري للشرط الذي تضمنه الإيجاب أولى بعدم الإخلال.

١. وأما الثاني: فصريح المحققين المتقدم ذكرهما أيضاً بالبطلان، لعدم التطابق، ولكن الظاهر الصحّة والتطابق، وذلك لأنّ البيع لشخصين ينحلّ إلى بيعين حقيقة، كما يدلّ عليه إفتاء الفقهاء بالصحّة وعدم البطلان، فيما لو قبل وفسخ أحدهما البيع في المجلس بالقياس إلى غير الفاسخ، فإذا كان هناك بيعان، فالموافقة بين أحد البيعين والقبول متحقّقة، فلا وجه للبطلان، بل غاية ما هناك ثبوت الخيار للبائع، كما لا يخفى.

وبما ذكرناه ظهر الحال في الثالث، فإنّ الأظهر الصحّة لعين ما ذكرناه في سابقه. وما أفاده المحقق النائيني في المقام من: أنه لا يفيض لصحة العقد المختلف فيه من حيث الإنشاء ثبوت خيار بعض الصفة الذي هو أثر العقد الصحيح، لأنّه لا بدّ أولاً من صحّة العقد باتحاد المنشأ، ثمّ إثبات الخيار فيه، مما يتربّ على الصحّة لا يمكن ان يكون منشأ الصحّة.

يرد عليه: أنّ المثبت للصحّة هو الاتحاد بالتقريب المتقدم، لا ثبوت الخيار. فلا يلاحظ وتدبر.

فتححصل مما ذكرناه: أنّ اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول مما لا ينبغي إنكاره، إلا أن جملة من الموارد التي ذكرها المصنف من موارد عدم المطابقة ليست منها، بل فيها التطابق متحقّق، وعليك بالتأمّل في كلّ مورد، ثمّ الحكم بالصحّة أو الفساد من جهة وجود التطابق وعدمه.

ومن جملة الشروط في العقد: أن يقع كلٌّ من إيجابه وقبوله في حالٍ يجوز لكلٍّ واحدٍ منها الإنشاء^١، فلو كان المشتري في حالٍ إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد^٢. ثم إن عدم قابليةهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخطاب كالموت والجنون والإغماء، بل النوم، فوجه الاعتراض عدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة حينئذ^٣.

اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكلٍّ منها الإنشاء

١. السابعة: من جملة الشروط في العقد أن يقع كلٌّ من إيجابه وقبوله في حالٍ يجوز لكلٍّ منها الإنشاء، بلا خلاف فيه في الجملة، بل الظاهر أنه متفق عليه.

وتنقيح القول فيه بالبحث في موضوعين:

الموضع الأول: في عدم الأهلية المانع عن تتحقق التعاقد والتعاقد.

الموضع الثاني: في عدم الأهلية الموجبة لعدم كون العقد عن رضا معتبر.

أما الأول: ففيه أقوال:

٢. القول الأول: ما اختاره المصنف^٤ والمحقق النائي^٥ وهو اعتبار واجدية كلٍّ منها لجميع القيود المعتبرة في تتحققه في حال إنشاء الآخر.

القول الثاني: عدم اعتبارها فيما، اختاره المحقق الإيرلندي^٦.

القول الثالث: اعتبار واجدية القابل لها في حال الإيجاب، وعدم اعتبارها بالنسبة إلى الموجب، ذهب إليه السيد^٧ في بعض الفروض.

القول الرابع: عكس ذلك.

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

الأول: في الإيجاب.

الثاني: في القبول.

الثالث: فيما بينهما.

أما المورد الأول: فقد استدلل لاعتبار واجدية القابل لتلك القيود في المتن بقوله:

٣. (بأنَّ المعاقدة والمعاهدة لا تتحقق بدونها).

هذا ما أفاده المصنف، وأيده المحقق الإصفهاني رحمه الله بأنّ مناط المعاهدة مع الغير، يقتضي كونهما معاً كذلك في حال الإيجاب والقبول، إذ معية المتعاقدين إنما هي معية شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم الغير له، وإلا فلا يندرج القصد الجدي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار، وعلمه بالتفاته فيما بعد لا يصحّ المعاهدة معه فعلاً.

وفيه أولاً: إنّ عنوان العقد إنما ينطبق على الالتزامين الواردين على مورد واحد، وليس منطبقاً على الإيجاب خاصة، وإنما شأن الموجب هو الالتزام النفسي وإبرازه، وهو إنما يكون باقياً ما لم يرفع اليد عنه، فإذا كان باقياً إلى حين القبول، والتزم القابل الأهل لذلك حين القبول، فقد ارتبط الالتزامان لا محالة، وتحقق عنوان العقد.

ودعوى: عدم تحقق الالتزام في نفس الموجب بالنسبة إلى من هو كالجدار، كما ترى، إذ العاقل ملتفت إلى مالكيّة من يفرض كالجدار، كيف لا يندرج في نفسه القصد الجدي ؟!

وثانياً: إنه لا ينحصر دليل النفوذ بآية الوفاء بالعقود.

فالالأولى أن يستدلّ له: بأنه بعدهما لا ريب في أنه يعبر في ترتيب العقلاء والشارع الآخر على الالتزام النفسي، أن يظهره لمن هو طرفه في المعاملة، فإذا كان الطرف غير قابل للتخطاب، فالإظهار له كلاماً إلهاماً، فلأجل ذلك يعتبر قابليّة القابل للتخطاب حال الإيجاب، فتدبر فإنه دقيق.

وأمّا المورد الثاني: فيشهد لاعتبار واجديّة الموجب لتلك القيود حال القبول الوجه المشار إليه .

وي يمكن أن يقال في هذا المورد: بما أنه في حال القبول يتم العقد، ويخرج المال عن ملك كلّ منهما، فلابد وأن يكون الموجب أيضاً ممّن يكون أهلاً لذلك، كي يترتب الآخر على التزامه النفسي.

وأمّا ما ذكر في وجهه من عدم تحقق المعاقدة والمعاهدة، من جهة انتفاء الالتزام النفسي بالإغماء والجنون مثلاً، فليس هناك التزام من الموجب كي يرتبط بالتزام القابل.

وأمّا صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو^١ شرطٌ حقيقة لا ركن، فإنّ حقيقة الوصيّة الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول، قام وارثه مقامه، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك، وإن كان لعدم الاعتبار برضاهما، فلخروجه أيضاً عن مفهوم التعاقد والتعاقد، لأنّ المعتبر فيه عرفاً رضائلّ منهما لما ينشأه الآخر حين إنشاءه، كمن يعرض له الحجر بفلسي أو سفه أو رق - لو فرض - أو مرض موت، والأصل في جميع ذلك أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق.^٢

فيرد عليه: أنّ الالتزامات النفسيّة لا تزول بذلك، ولذا لا شكّ لأحد في أنّ العهود والالتزامات لا تبطل بالموت، فضلاً عن النوم والإغماء، ولا فرق بين الموت قبل لحوق القبول وبعده، إذ ضم التزام آخر إليها لا يوجب بقائهما إن كانت تزول بالموت. وبما ذكرناه ظهر الحال في المورد الثالث، وأنّه لا يعتبر الأهلية بينهما كما لا يخفى.

١. قوله: (وأمّا صحة القبول من الموصى له بعد موت الوصي فهو شرط).

هذا دفع لما توهّم من أنه لا كلام في صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فيستكشف من ذلك أنّ موت الموجب لا يكون مانعاً عن تتحقق المعاقدة.

وحاصل الدفع: أنّ حقيقة الوصيّة ليست إلاّ الإيصاء، ولا يعتبر في تتحققها القبول، بل هي من الإيقاعات، وقبولها قبول الوصيّة، وردها لا أنه جزء للوصيّة. نعم، في الوصيّة التملكيّة، من جهة أنّ إدخال المال في ملك الغير من دون رضاه منافي لسلطنة الناس على أنفسهم، وليس من شئون السلطنة على المال السلطنة على الغير، فلا محالة يتوقف نفوذ التملك على الرضا، أو عدم الردّ على الخلاف، إلاّ أنّ القبول الكاشف عن الرضا أو عدم الرد شرط لنفوذ الوصيّة، لا أنه جزء للعقد، وتمام الكلام في محله.

٢. قوله: (والأصل في جميع ذلك أنّ الموجب لو فسخ... لغى الإيجاب السابق). ومراده: أنّ الوجه في الالتفات إلى ما ذكرناه من اعتبار رضا كلّ منها حال إنشاء الآخر في تتحقق المعاقدة، ووضوح فساد الإيجاب بفسخ الموجب، وعدم رضا القابل به، فعلمنا من ذلك مدخلية رضا كلّ منها حال إنشاء الآخر في تتحقق معنى المعاقدة. فلا يرد عليه ما ذكره المحقّق الإيراني^٣ بقوله: (إنّ هذا عين المسألة المبحوث عنها

وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض، أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير، فصحّة كلّ من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلّم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب، وبه يتمّ معنى المعاقدة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما، أم قام ولم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقق معنى المعاقدة^١. ثم إنّهم صرّحوا بجواز لحوق الرّضا لبيع المكره، ومقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده، فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب وقبل القبول، اللّهم إلّا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

لا أصلها وما خذلها).

ولكن يرد على المصنّف^٢: أنّ لغوية الإيجاب بفسخ الموجب، أجنبية عن المقام، فإنّ الفسخ موجب لحلّ الالتزام حقيقة، فلا يكون الإيجاب باقياً كي يلحقه القبول ويرتبط به، ويتحقق عنوان العقد، وهذا غير ما نحن فيه الذي يكون الالتزام والإيجاب باقياً كما عرفت.

وأمّا الموضع الثاني: ففيه أيضاً أقوال.

وملخص القول فيه: إنّه قد استدلّ المصنّف^٢ لاعتبار واجديّة كلّ منهما لتلك القيود في حال إنشاء الآخر.

١. (بعد تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة حينئذ).

أقول: ولعلّ نظره الشّريف إلى ما أفاده بعض المحقّقين، بأنّ رضاهما بعد أن كان في نظر الشّارع الأقدس كلاً رضا - والمفروض أنّ رضاهما مما يعتبر في تتحقق مفهوم التعاہد - لا جرم كان تعاهدهما في نظره كالعدم، فلا يكون عقدهما عقداً معتبراً شرعاً. وفيه: إنّ حقيقة العقد هيربط الالتزامين الواردين على مورد واحد - سواء كان ذلك مع رضاهما بذلك أو بدونه - فالرّضا بالعقد لا يعتبر في تتحقق، وعدمه لا يخلّ به، من غير فرق بين عدم الرّضا أصلّاً أو عدم الاعتبار به شرعاً، وإنّما هو شرط في تأثير إنشاء كلّ منهما نفسه، فاعتبار رضا كلّ منهما حال إنشاء الآخر مما لا أصل له، ولأجل ذلك نلتزم بأنّ صحة عقد المكره إذا لحقه الرّضا إنّما تكون على القاعدة، مع أنه لو سلم توقف

فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه:^١

ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سبباً في النقل، كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب، وجواز العقد بالفارسيّة. أدريها

تحقق العقد على الرضا، إلا أنّ دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقود كما تقدّم.

اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة

١. فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز للكلّ واحد منهما أن يكتفي بما يقتضيه مذهبه، أم لا.

أم يجوز إلا في صورة كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سبباً للنقل، كما لو فرضنا أنه لا قائل بصحة العقد بالفارسي مع تقديم القبول على الإيجاب، وكان العقد الفارسي صحيحاً عند أحدهما، وتقديم القبول جائزًا عند الآخر، فأوقعوا العقد كذلك؟

وجوه:

أقول: وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

الأول: في القيود التي ينحصر دليلاً بها بالإجماع.

الثاني: في ما لدليل اعتباره إطلاق مع عدم سراية إحدى الصفات إلى فعل الآخر.

الثالث: في ما لدليل اعتباره إطلاق مع السراية.

أمّا المورد الأول: فالظاهر صحة العقد، كما هو مقتضى العمومات والمطلقات، والمتيقّن من الإجماع على اعتبار ذلك القيد كالعربّية مثلًا هو غير المقام الصادر فيه الإيجاب والقبول عن اعتقاد كلّ منهما صحة ما أنشأه، وفيه يرجع إلى العمومات المقتضية للصحة.

وأمّا المورد الثاني: ففيه أقوال:

الأول: الصحة مطلقاً.

الثاني: عدم الصحة كذلك.

أخيرها، والأولان مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية^١، فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلًا إشارة الآخرين وإيجاب العاجز عن العربية، وكصلاة المتيمم بالنسبة إلى واحد الماء، أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلد فيها؟ والمسألة محرة في الأصول، هذا كلّه إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المخالفين مستندًا إلى فعل الآخر كالصراحة

الثالث: التفصيل بين كون العقد فاسدًا في نظر الجميع، بحيث لا قائل بصحته، كما لو فرضنا أنه لا قائل بنفوذ العقد الفارسي المقدم إيجابه على قبوله وعدم الصحة، وبين غيره فالصحة.

١. وقد ابتنى المصنف^٢ الأولين على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية، فالإيجاب بالفارسي من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلًا بمنزلة إشارة الآخرين، أم هي أحكام ظاهرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلد فيها؟ وأورد عليه بوجهين:

الوجه الأول: ما أفاده المحقق الخراساني^٣: بأن مجرد كونه حكمًا واقعياً وبمنزلته لا يكفي في الحكم بالصحة، بل لابد وأن يقييد بما إذا كان كذلك حتى في حق الغير الذي له مساس بالعقد، فلو كان حكمًا واقعياً في حق المنشيء خاصة، لم يجد في الحكم بالصحة بالإضافة إلى غيره.

وفيه: إنه بما أن الملكية من الأحكام المجعلة الوضعية، ومن الاعتباريات لا من الأمور الواقعية، فإذا فرضنا أن الإيجاب بالفارسي وإن كان عند القابل مما لا مصلحة في نفسه في جعل الملكية بعده، إلا أنه من جهة قيام الأمارة عند الموجب تحدث فيه مصلحة بهذا العنوان مقتضية لذلك، فلا محالة للآخر القابل ترتيب الأثر، لأنه لا كشف خلاف ذلك، ولا معنى للقول بأن المصلحة إنما هي في حق الموجب خاصة، فالملكية المجعلة إنما تكون له خاصة. فتدبر فإنه دقيق.

الوجه الثاني: ما أفاده السيد في الحاشية، وتبعه بعض مشايخنا المحققين^٤، وهو أن ما ذكر على القول بكون الأحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية، إنما يتم بالنسبة إلى ما لو

والعربية والماضوية والترتيب^١

وأثما الموالاة والتنجيز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد. فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع، لأن بـالإخلال بالموالاة أو التنجيز، أو البقاء على صفات صحة الإنشاء، يفسد عبارة من يراها شروطاً، فإن الموجب إذا علق مثلاً أو لم يبق على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعيّة ذلك، لم يجز من القائل ببطلان هذا الإيجاب بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك، يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمل^٢.

كان حكم المجتهد فيه مع متعلقه موضوعاً لحكم الآخر، كما لو كان رأيه جواز النكاح بالفارسي، فزوج امرأة بالعقد الفارسي، فإنه يكون العقد صحيحاً عنده، فلا يجوز لغيره الذي يرى اعتبار العربية تزويج تلك المرأة، ولا ينفع بالنسبة إلى ما إذا كان المتعلق معروضاً لحكمه ولحكم غيره في عرض واحد، كما لو ذكر الذبح بغير الحديد، فإنه لا يجوز لمن يرى اعتبار كونه بالحديد الأكل من تلك الذبيحة.

والسر فيه: أن ذلك بعنوانه المجتهد فيه ليس موضوعاً لحكم غيره، فلا يجوز لغيره المخالف له في الرأي الأكل منه.

١. قوله: (والترتيب).

وقد أورد عليه: بأن الترتيب من الصفات التي تسري إلى فعل الآخر، لأن القابل إذا قدم قبوله على الإيجاب لزعمه جوازه، فيلزم منه تأخير الإيجاب، والمفروض أنّ الموجب يرى بطلان العقد المؤخر إيجابه عن قبوله فليس الإيجاب بعده. ولكن يسكن دفعه: بأن مدركاً لزوم تقديم الإيجاب، وعدم جواز تقديم القبول عنده^{هذا} عدم كون القبول نقاً في الحال، وهذه الخصوصية لا تسري إلى الإيجاب، فهو من قبيل الأول لا الثاني.

٢. قوله: (فتأمل).

لعل إشارة إلى أن الموالاة إنما تكون شرطاً لصحة القبول لا الإيجاب، إذ لا معنى

لصحة الإيجاب، إلا وقوعه على نحو لو لحقه القبول الواحد للشروط لأثر، وهو مع فقد الموالاة كذلك، فالمواالاة من قبيل الترتيب لا التنجيز.

وكيف كان، فيما نحن فيه من قبيل الثاني، لأنّ البيع فعل واحد تشعريكي، بمعنى أنه قائم بطرفين، ويجب على كلّ من المتبايعين إيجاد عقد البيع، ولا يجوز لواحد منها الأكل إلا بعد ذلك.

وبالجملة: الصحة لأحد الطرفين ليست موضوعة لحكم الطرف الآخر، بل لابدّ من إحراز كلّ منهما صحة مجموع السبب.

وفيه: إنّ هذا في الصحة الفعلية، وأمّا الصحة التأهيلية، فهي إنّما تكون لكلّ من الإيجاب والقبول مستقلّاً، وهي في الإيجاب مثلاً تكون موضوعة لحكم القابل، مما أفاده المصنف تبرئه متبن.

وأمّا المورد الثالث: فقد أفاد المصنف تبرئه أنّ العقد باطل حتى على القول بكون الأحكام الظاهرية منزلة الواقعية الاضطرارية.

والفرق بينه وبين المورد الثاني أنه في ذلك المورد لا يوجب سراية تلك الصفة إلى فعل الآخر، والمفروض صحته من المعتقد في نظر الآخر.

وهذا بخلاف هذا المورد، فإنّ تلك الصفة تسري إلى فعل الآخر إذا أنشأ الموجب العقد معلقاً، والقابل قبل مطلقاً، لزم عدم التطابق بين الإيجاب والقبول، وإن قبل معلقاً كان فعله في نظره فاقداً للوصف المعتبر في العقد، فيوجب ذلك الفساد من هذه الجهة لا من جهة فساد فعل طرفه.

وملخص القول: إنّ فساد أحد الجزئين لا يسري إلى الآخر على هذا المسلك، ولكن منشأ الفساد يسري إليه ويوجب ذلك فساده.

مسألة: لو قبض ما ابتعاه بالعقد الفاسد، لم يملكه، وكان مضموناً عليه^١. أثنا عدم الملك فلأنه مقتضى فرض الفساد. وأثنا الضمان بمعنى كون تلفه عليه، وهو أحد أمور متفرّعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، وادعى الشيخ في باب الرهن وفيه موضع من البيع الإجماع عليه صريحاً، وتبعه في ذلك فقيه عصره في «شرح القواعد». وفي «السرائر»: (أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في

ضمان المقوض بالعقد الفاسد

١. قوله: (لو قبض ما ابتعاه بالعقد الفاسد، لم يملكه، وكان مضموناً عليه).
أقول: بلا خلاف في ذلك، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه، بل هو في الجملة من الواضحات.

والوجه فيه واضح، لأن ذلك مقتضى فرض الفساد، وتترتب عليه أمور:
الأمر الأول: إنه لا يجوز له التصرف فيه، وكان مضموناً عليه كما هو المعروف، وعن شيخ الطائفة في باب الرهن وفي موضع من البيع، والحادي في موضعين من «السرائر»، والعالمة في «التذكرة» و«المختلف»، وغيرهم في غيرها: دعوى الإجماع عليه.
وليعلم أن محل البحث في المقام إنما هو في فرض التلف، وأثنا في فرض الاتلاف فلا أظنّ توهم الخلاف في الضمان، من جهة قاعدة من أتلف.

وكيف كان، فالكلام في موردين:

الأول: في الحكم التكليفي، وهو جواز التصرف وعدمه.

الثاني: في الحكم الوضعي.

أثنا الأول: فإن كان المالك المسلط للمشتري على ماله راضياً بالفعل في التصرف في ماله، حتى مع فساد العقد - كما لو علم بالفساد وسلطه عليه كذلك - فلا إشكال في جواز التصرف. وإن لم يكن راضياً بالرضا الفعلي، ولكن كان راضياً بالرضا التقديرية، بمعنى أنه لو كان عالماً بالفساد، وأن المال ماله كان راضياً بالتصرف فيه، جاز التصرف بناءً على كفاية الرضا التقديرية في حلية التصرف. وإلا فلا يجوز، لما دلّ على أنه: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(١).

(١) راجع الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلحة، والمستدرك ج ١ ص ٢١٢، وفروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦، والاحتجاج ص ٢٦٧.

الضمان)، وفي موضع آخر نسبه إلى أصحابنا، ويدلّ عليه النبوى المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^١. والخدشة في دلالته بأنّ كلمة (على) ظاهرة في الحكم التكليفي، فلا يدلّ على الضمان^٢ ضعيفة جداً، فإنّ هذا الظھور إنما هو إذا أُسند الظرف إلى فعل من

ودعوى: أنّ فساد المعاملة لا يوجب زوال الإذن والرضا بالتصريف الذي كان في ضمن العقد، لأنّ الجنس لا يتقوّم بفصل خاص.

fasde: فإنّ الرضا من قبيل ما يكون ما به اشتراكه عين ما به امتيازه. فإذا لم يترتب على الرضا الموجود في ضمن المعاملة أثر - والمفروض أنّه ليس هناك رضا آخر - فلا مورد للقول بالجواز.

وأقا المورد الثاني: فقد مر في التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة، ما عن بعضهم من حصول الملك بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة، وما يرد عليه.

وإنما الكلام في المقام في أنّه مع عدم حصول الملك، هل يكون ضامناً لو تلف أم لا؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه.

واستدلّ له في المتن بوجهين:

١. الأوّل: النبوى المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(١).

وهو وإن كان ضعيف السنّد، إلا أنّه لاعتماد الأصحاب عليه واستدلالهم به لا مجال للمناقشة في سنته، وإنما المهم دفع ما أورد على الاستدلال به، وهو إنما يكون أمرين:

٢. الأوّل: إنّ كلمة (على) ظاهرة في الحكم التكليفي، من جهة أنّ ظاهر كلمة (على) هو الإستعلاء، والاستعلاء المعمول الحاصل في التكليف أقرب إلى المعنى الحقيقي مما يتصوّر بالنسبة إلى الوضع.

ويمكن الجواب عنه بوجوه:

منها: إنّ حمله على إرادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغوياً، ويقدّر يجب ونحوه، بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى، وهو خلاف الظاهر.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، وكتنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧، تفسير أبو الفتوح الرازي ج ١، ص ٧٨٤، عوالي الثنائي ج ٢، ص ٣٤٥، ج ١٠، المستدرك كتاب الغصب باب ١، حديث ٤، نقل عنهما.

أفعال المكلفين، لا إلى مال من الأموال، كما يقال: (عليه دين)، فإن لفظة (على) حينئذ لمجرد الاستقرار في العهدة، عيناً كان أو ديناً^١.

ومنها: أنه يستدعي تقدير فعل من الأفعال من قبيل رده أو حفظه، وهذا التقدير أيضاً خلاف الظاهر.

ومنها: أن تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال إلى صاحبه لا يناسب الغاية، إذ يكون مفاده حينئذ أنه يجب الرد إلى أن يتحقق الرد، فتكون الغاية تحديداً للموضوع، وهو بعيد في الغاية.

ولا يناسب أيضاً إرادة دفع البدل، إذ مع إمكان الغاية لا يجب دفع البدل، ومع عدم إمكانها لا غاية كي يفي بها.

فالمعنى حمل الحديث على الوضع.

١. ثم الوضع المراد من الحديث، هل هو بمعنى الضمان بالقوة، وهو كون دركه عليه مع تلفه، كما هو صريح المتن والمنسوب إلى المشهور.

أم هو بمعنى دخول المأخذ في العهدة، وللهذه آثار تكليفية ووضعية من حفظه وأدائه مع التمكّن، وأداء بدله لو تلف - كما اختاره بعض مشايخنا العظام؟ وجهان. أقواهما الثاني، لأن ما قبل الغاية من جهة كونه مغياً بالأداء، لابد وأن يكون أمراً ثابتاً فعلياً مستمراً إلى أن يتحقق الأداء، وهذا ينطبق على الوجه الثاني، وأماماً على الوجه الأول فلا أمر مستمر إلى حال الأداء ما لم يتلف.

الإيراد الثاني: ما عن المحقق النائيني ^{٤٣}، وهو أن الأخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر والغلبة، كما تشهد به موارد استعماله - لاحظ قوله تعالى: «وَكَذَلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذَا أَخْذَ الْقَرَى»^(١) وقوله: «لَا أَخْذُنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ * ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ»^(٢) وقوله تعالى: «فَأَخْذُنَا هُمْ أَخْذَ عَزِيزٍ مُّفْتَدِرٍ»^(٣) وغير ذلك من موارد استعماله. وعليه فيختص الحديث بصورة الغصب، ولا يشمل غير ذلك المورد من موارد إذن المالك الحقيقى وتسليط المالك ماله للمشتري.

(١) هود : ٤٢. (٢) الحاقة: ٤٥ و ٤٦. (٣) القمر: ٤٢.

ومن هنا كان المتّجه صحة الإستدلال به على ضمان الصغير^١ بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة، لعدم التمييز والشعور.

وفيه: إنّ الأخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء، كان عن قهر وغلبة أم لم يكن، واستعماله في غير موارد الأخذ بالغلبة والقهر كثير، لاحظ قوله تعالى: «خُذْ الْعُفْوَ»^(١) وقوله عزّ اسمه: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً»^(٢) وقوله عليه السلام: «خذها فإنّي إليك معتذر»، وغير ذلك من الموارد.

فتححصل: أنّ الحديث يدلّ على الضمان في مطلق الموارد.

١. قال المصنّف^{تبارك}: (ومن هنا كان المتّجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير). ويرد عليه: إنّه يتمّ على القول باستقلال الأحكام الوضعية في الجعل، وأمّا بناءً على مسلكه^{تبارك} من أنها منتزعة من الأحكام التكليفيّة في مواردّها، فلا يتمّ كما لا يخفى. وما ذكره بعض مشايخنا العظام بقوله: (ويمكن دفعه: بأنّ ذلك إنّما يتوجّه لو أريد من الجملة الإنشاء والجعل، وأمّا لو أريد منه الإخبار بالتعهد، وأنّ الأخذ متّعهد بما أخذه، وأنّه يثبت عليه ويتوّجّه إليه تمام ما في الماخوذ من التكالّفات والخسارات المتوجّهة طبعاً إلى المالك، فلا يلزم شيء، ويكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع من التكليف).

يرد عليه: - مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر، إذ الظاهر من الجملة كونها في مقام الإنشاء لا الإخبار - أنّ الأمر الانتزاعي يتبع منشأ انتزاعه فعلًا وتقديرًا، فإذا لم يكن بالنسبة إلى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه.

وأمّا ما أفاده في رسالة الاستصحاب بما حاصله: (إنّ ضمان الصغير حكمٌ ضعي ينتزع من الخطاب المتوجّه إليه بعد صدوره بالغاً، لأنّ يغنم ما أتلفه في حال صغره). فيرد عليه: لا مجال لتعقل فعلية الأمر الانتزاعي مع كون منشأ انتزاعه أمراً استقباليًا.

(١) الأعراف: ١٩٩ (٢) التوبية: ١٠٣

ويدل على الحكم المذكور أيضاً قوله ﷺ في الأمة المبتاعدة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري: «أنه يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بالقيمة»^١ فإن ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماء لم يستوفه المشتري، يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، فليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالثالف لا كالمتالـف، فافهمـ.

١. هذا هو الوجه الثاني للضمان، وهو :

مرسل جميل بن دراج، عن أبي عبدالله ؓ: «في رجل اشتري جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة؟ قال ؓ يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بقيمتـه»^(١).

بدعوى: أنه يدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري، فيدل بالأولوية على ضمان العين في صورة التلف.

وجه الأولوية: إنـ الـيد علىـ المـنـافـع إنـما تـكـوـن بـتـيـع الـيـد عـلـىـ الـأـعـيـانـ، فـإـذـاـ كـانـتـ الـيـدـ التـابـعـةـ مـوـجـبـةـ لـلـضـمـانـ فـالـمـاتـصـلـةـ أـولـىـ بـذـلـكـ.

وفيـهـ: إنـ لـوـ قـيـلـ بـتـكـوـنـ الـولـدـ مـنـ نـطـفـةـ الـمـرـأـةـ وـكـانـ اللـقـاحـ مـنـ الرـجـلـ، أوـ قـيـلـ بـأـنـ الـولـدـ يـنـعـقـدـ رـقـاـ وـيـصـيرـ حـرـّاـ بـالـولـادـةـ، يـكـوـنـ ذـلـكـ إـتـلـافـاـ حـقـيقـةـ، وـالـضـمـانـ فـيـ صـورـةـ إـتـلـافـ مـمـاـ لـاـ كـلـامـ فـيـهـ.

وـأـمـاـ لـوـ قـيـلـ بـتـكـوـنـهـ مـنـ نـطـفـةـ الرـجـلـ وـأـنـهـ يـنـعـقـدـ رـقـاـ، فـمـنـ حـيـثـ أـخـذـ الـولـدـ مـنـهـ حـرـّاـ وـإـنـ كـانـ لـاـ إـتـلـافـ وـلـاـ اـسـتـيـفـاءـ لـمـنـفـعـةـ، إـلـاـ أـنـهـ مـنـ حـيـثـ إـشـغـالـ الرـحـمـ بـتـرـبـيـةـ ماـ وـضـعـهـ فـيـهـ يـعـدـ اـسـتـيـفـاءـ لـمـنـفـعـةـ الرـحـمـ، وـلـاـ أـقـلـ مـنـ كـوـنـهـ إـتـلـافـاـ، فـإـنـهـ كـانـ مـسـتـعـدـةـ لـإـنـمـاءـ نـطـفـةـ الرـقـ فـسـلـبـ عـنـهـ ذـلـكـ بـإـشـغالـهـ بـنـطـفـتـهـ.

وعـلـيـهـ، فـإـذـاـ كـانـ مـفـادـ الـحـدـيـثـ ثـبـوتـ ضـمـانـ الـولـدـ بـالـقـيـمـةـ، كـانـ ذـلـكـ تـعـبـدـاـ مـحـضـاـ، وـتـمـ اـسـتـدـلـالـ مـصـنـفـ^٢ـ بـهـ، وـأـمـاـ لـوـ كـانـ مـفـادـ ثـبـوتـ ضـمـانـ قـيـمـةـ وـلـدـ مـمـلـوكـ فـلـاـ يـتـمـ، وـلـاـ يـبـعـدـ دـعـوـهـ ظـهـورـهـ فـيـ الـثـانـيـ، وـلـاـ أـقـلـ مـنـ الـإـجـمـالـ.

(١) الوسائل: باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث .٣

ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة: (كل عقد يضمن بصححه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصححه لا يضمن بفاسده)^١، وهذه القاعدة أصلاً وعكساً وإن لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة، إلا أنها يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في «المبسوط»، فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.

وحاصله: إن قبض المال مقدماً على ضمانه بعوض واقعي أو جعلية، موجب للضمان، وهذا المعنى يشمل القبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصححها. وذكر أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: (إن صحيحه لا يوجب الضمان، فكيف يضمن بفاسده)، وهذا يدل على العكس المذكور، ولم أجده من تأمل فيها عدا الشهيد في «المسالك» فيما لو فسد عقد السبق، فهل يستحق السابق أجرة المثل أم لا. وكيف كان، فالملهم بيان معنى القاعدة أصلاً وعكساً، ثم بيان المدرك فيها.

فتححصل: أنه لا يصح الاستدلال به من جهتين.

ثم إنه في مورد الخبر لابد من البناء على اشتغال ذمة المشتري بالوطني أيضاً، فإنه منفعة استوفاها عن ملك الغير.

قاعدة ما يضمن بصححه يضمن بفاسده

وفي «مفتاح الكرامة» نسب إلى الأصحاب أنهم استدلوا للضمان - مضافاً إلى ما تقدم - بالقاعدة المشهورة: (كل عقد يضمن بصححه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصححه لا يضمن بفاسده).

وفي «الجوهر» بالنسبة إلى الجملة الأولى أنه يظهر من بعضهم الإجماع عليها.
١. وفي المتن: (ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة: (كل عقد يضمن بصححه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصححه لا يضمن بفاسده)).

فنقول ومن الله الاستعانة: إن المراد بالعقد أعم من الجائز واللازم، بل مما كان فيه شائبة الإيقاع، أو كان أقرب إليه فيشمل الجعلة والخلع، والمراد بالضمان في الجملتين هو كون درك المضمون عليه - بمعنى كون خسارته ودركه - في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه^١.

وقد أورد على المصنف^٢: بأن هذه القاعدة أصلاً وعكساً لم ترد مورداً روایة، ولا معقد إجماع، كي تكون مدركاً لضمان المقوبض بالعقد الفاسد، فلا فائدة في البحث فيها. وفيه: إن التعرض لذلك - بعد بنائه على أن مقتضى حديث على اليد، اقتضاء كل يد للضمان - بيان ما خرج عن تحت هذه القاعدة تخصيصاً أو تخصضاً.

وكيف كان، فالمعنى بيان معنى القاعدة أصلاً وعكساً، ثم بيان المدرك فيها.

فلا بد من البحث في مقامين:

الأول: في الأصل، والكلام فيه في جهات:

الجهة الأولى: في معنى الضمان، فعن بعض الأساطير تفسيره بكون تلفه عليه، وأنه يتلف مملاكاً له.

وفيه: إنه لا دليل ولا وجه لتقدير التالف ملكاً لمن تلف في يده، إلا بناءً على القول بكون أداء البدل من قبيل المعاوضة القهريّة الشرعيّة، وستعرف ما في المبني. مع أن الإنسان لا يكون ضامناً لأمواله التالفة، ولا يكون ذلك خسارة عليه، وإن كان خسارة منه. وفي المتن:

١. (تفسيره بكون المال متداركاً بالعوض، بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه).

ويرد عليه:

أولاً: إن هذا لا يناسب معنى الضمان الذي هو من مادة (ضمن يضمن) بحسب اللغة والمعتقادات العرفية.

وثانياً: إن لازم هذا المعنى عدم فعليّة الضمان قبل التلف في العقود الفاسدة. **وثالثاً:** إن الثابت في العقود الصحيحة التمليل للمال بالعوض لا التدارك بالعوض، فليس عنوان الدرك والتدارك في الصحيح.

وأماماً مجرّد كون تلفه في ملكه بحيث يتالف مملوكاً له كما يتوهّم، فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا بقال إنَّ الإنسان ضامن لأمواله، ثم تداركه من ماله تارةً يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى هو المالك على كونه عوضاً، وأمضاه الشارع كما في المضمون بسبب العقد الصحيح، وأخرى بأداء عوضه الواقعي، وهو المثل أو القيمة، وإن لم يتراضيا عليه، وثالثة بأداء أقلَّ الأمرين^١ من العوض الواقعي والجعلي، كما ذكره بعضهم في بعض المقامات، مثل تلف الموهوب بشرط التّعويض قبل دفع العوض^٢. فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأنَّ هذا هو التّدارك حقيقة. ولذا لو اشترط ضمان العارية لزم غرامة مثلها

ورابعاً: إنَّ التلف لا دخل له في الضمان في الصحيح، وإنَّما تمام الموضوع فيه هو العقد.

فالحقُّ في معنى الضمان أن يقال: إنَّ المراد به في الجملتين هو المراد به في سائر موارد استعماله، بل سائر موارد استعمال مشتقاته، وهو التعهد المالي. ففي العقود الصحيحة يكون هذا المعنى، أي تعهد كلّ منهما مال صاحبه بتسبيب من المتعاقدين مع إمضاء الشارع. وفي العقود الفاسدة يكون ذلك يجعل من الشارع، فالضمان في الجملتين أُريد به التعهد المالي.

١. قوله: (وثلاثة إِيَّاهُ أَقْلَى الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْعَوْضِ الْوَاقِعِيِّ وَالْجَعْلِيِّ).

٢. وقد مثّل لذلك بتلف الموهوب بشرط التّعويض قبل دفع العوض.

وفي المسألة أقوال:

القول الأول: عدم وجوب دفع العوض، وعدم الضمان، اختياره العلّامة وولده على ما نسب اليهما.

القول الثاني: ما عن جماعة، وهو تعين دفع المسمى.

القول الثالث: ما عن «المسالك»، و اختياره المصنف^٣، وهو وجوب أقلَّ الأمرين من المسمى والـعوض الـواقعي للـعين.

وجه الأول: أنه في الهبة المـعـوـضـةـ، لا يـجـبـ عـلـىـ المـتـهـبـ دـفـعـ الـعـوـضـ، غـاـيـةـ الـأـمـرـ معـ بـقـاءـ الـعـيـنـ لـلـوـاهـبـ الرـجـوعـ إـذـاـ لـمـ يـدـفـعـ المـتـهـبـ الـعـوـضـ، فـقـيـ صـورـةـ التـلـفـ لـاـ يـجـبـ عـلـيـهـ.

أو قيمتها، ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات وغيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق.

وأما تداركه بغيره، فلابد من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضي الشارع، فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم: (يضمن بفاسد) هو وجوب أداء العوض المسمى، نظير الضمان في العقد الصحيح، ضعيف في الغاية، لأن ضمانه بالمسمي يخرجه من فرض الفساد، إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه، وإن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضية، نظير المعاطاة^١ على القول بالإباحة، بل لأجل ما اعرفت من معنى الضمان، وأن التدارك بالمسمي في الصحيح لإ مضاء الشارع ما تواطئنا على عوضيته، لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعنى الفاسد، حتى يوجب ذلك تفكيكًا في العبارة، فافهم.

شيء، لا العوض المسمى كما هو واضح، ولا الواقعي لفرض أنه هبة صحيحة.

ووجه الثاني: عموم ما دل على لزوم الوفاء بالعقد - غاية الأمر أنه في صورة وجود

العين يكون المتّهّب مخيّراً بين ردّها ودفع المسمى - فإذا تعرّف الأول للتلف تعين الثاني.

ووجه الثالث: أن المتّهّب قبل التلف مخيّر بين دفع المشترط ورد العين، وإذا تلف

يكون هذا الخيار باقياً، لأنّه تعرّف دفع العين يقوم بدلها مقامها في الطرفية للتخيير.

فيكون في فرض التلف مخيّراً بين دفع المشترط والوعض الواقعي، فالواجب عليه

- أي ما لابد منه - هو دفع أقل الأمرين، وتمام الكلام في هذه المسألة موكول إلى محله.

١. قوله: (إذ يكفي في تتحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه،

وإن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضية نظير المعاطاة).

وفيه: إن معنى الفساد، عدم إ مضاء الشارع لعوضية كل منهما لآخر مطلقاً، لا عدم

إ مضائهما لها في زمان خاص، أو مع عدم الشرط المخصوص.

وعليه، فتعين كل منهما للعوضية عند تلف أحدهما، مناقض لفرض الفساد.

وإنما يلتزم بذلك في المعاطاة لما اعرفت من أنها صحيحة مضادة، غاية الأمر تكون

مشروطة بشرط، وهو تلف أحدهما، فضمانه بالمسمي يخرجه من فرض الفساد.

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع^١ ليكون أفراده مثل البيع والصلح والإجارة ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنما المقتضى له بعض أصنافه. فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به، دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلاً الصلح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنّه قد لا يفيد إلا فائدة الهبة الغير المعاوضة أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضاً، ولا يلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً، فلا يضمن بفاسدته، وكذا الكلام في الهبة المعاوضة، وكذا عارية الذهب والفضة.

نعم، ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم، أنّ صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغي أن لا يضمن بفاسدتها، ولعل المراد عارية غير الذهب والفضة وغير المشروط ضمانها.

١. الجهة الثانية: في أنّ عموم العقود هل هو أنواعي، أو أصنافي، أم أفرادي؟ ظاهر العموم وإن كان هو الأخير - كما هو الشأن في كل طبيعة واقعة في متلوّ أداة العموم كقوله عليه السلام: كل شيء طاهر، أو كل مسکر حرام وما شابههما - إلا أنّ ظاهر قولنا: (يضمن بصريحه يضمن بفاسدته) وجود الفردين في ما هو الموضوع لهذا الحكم، ولو حمل العام على الإفرادي، تعين حمل الصحيح على الفرض والتقدير، فيقال إنّ هذا البيع الفاسد لو كان صحيحاً كان يضمن به، فكذلك في هذا الفرض، وهو خلاف الظاهر، مما احتمله صاحب الجوادر من كون العموم أفراديّاً ضعيفاً.

فيدور الأمر بين كونه أنواعياً أو أصنافيّاً.

والأشهر هو الثاني، إذ لو كان أنواعياً حيث إنّه قد يتقدّم في نوع واحد، ما يضمن بصريحه وما لا يضمن به كالعارية، فإنّ في عارية الذهب والفضة ضمان دون عارية غيرهما، وكالصلح فإنه ربما يكون معاوضياً، وربما لا يكون كذلك، فلا يفيد سوى الإبراء والتمليك المجاني، فالجامع بين القسمين لا محالة لا يكون موجباً للضمان،

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان، اقتضائه له بنفسه^١، فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان، تمسّكاً بهذه القاعدة إشكال، كما لو استأجر إجارة فاسدة، واشترط فيها ضمان العين، وقلنا بصحّة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد، لأنّ صحيحة يضمن به، ولو لأجل الشرط أم لا؟ وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة. ويظهر من «الرياض» اختيار الضمان بفاسدتها مطلقاً، تبعاً لظاهر «المسالك»، ويمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل، بناء على أنها هبة مشروطة لا معاوضة.

وربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه أن كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد، ورتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا أجرة، كما اختاره الشهيدان، أو باع بلا ثمن كما هو أحد وجهي العلامة في «القواعد»، ويضعف بأنّ الموضوع هو العقد الذي وجده بالفعل صحيح وفاسد، لا ما يفرض تارةً صحيحاً وأخرى فاسداً، فالمعنى بمقتضى هذه القاعدة الضمان في مسألة البيع، لأنّ البيع الصحيح يضمن به. نعم، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة، بأنه أقدم على العين مضمونة عليه، لا يجري في هذا الفرع، لكنّ الكلام في معنى القاعدة لا في مدركتها.

فلا بدّ من البناء على عدم الضمان في الأفراد الفاسدة منه مطلقاً، وهو مما لا يمكن الإلتزام به.

وإن شئت قلت: إنّ مع وجود القسمين في نوع، فهل يتبع الفاسد ما يضمن بصحيحة، أو ما لا يضمن به.

وبعبارة ثالثة: إنّ ظاهر الجملة اتحاد القسمين في جميع ما يعتبر في الضمان وعدمه، إلا في الجهة الموجبة للفساد، فيتعين كون العموم أصنافياً.

١. قوله: (ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه).

أورد عليه السيد^٢: بأنّ العقد مع الشرط ومجّداً عنه صنفان متغايران، وبعد إرادة الصنف من مدخول كلّ لا يبقى إشكال في أنّ المراد أعمّ من أن يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمة الشرط.

وفيه: إنّ الشرط تارةً يكون مؤثراً في اقتضاء العقد للضمان بمعنى أنه يوجب

ثم إن لفظة الباء في بصححه وبفاسده، إما بمعنى^١ (في)، بأن يراد كلّما تحقق الضمان في صحيحه تتحقق في فاسده، وإنما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة، فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض، كما في السلم والصرف، بل مطلق البيع، حيث أن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أن ذركه عليه، ويترافقه برد الثمن، فتأمل. وكذا الإجارة والنكاح والخلع، فإن المال في ذلك كلّه مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه. وأما العقد الفاسد فلا يكون علة تامة أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان إلى القبض، فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً؛ إما لأنّه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان^٢، وإنما

ضمان متعلق العقد، كما فيuarية المضمونة، فإن الشرط يوجب صيرورة يد المستعير يد ضمان.

وأخرى لا يكون كذلك، بل يوجب الضمان في غير متعلق العقد، كما لو استأجر إجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين، وقلنا بصحة هذا الشرط، فإن متعلق العقد هو المنفعة دون العين.

ففي الأول يتم ما ذكره المحشى، ولا يتم في الثاني كما لا يخفى.

١. قوله: (ثم إن لفظة الباء في بصححه وبفاسده إما بمعنى في).

هذه هي الجهة الثالثة: وهي في بيان الباء في بصححه وبفاسده.

محتملات الباء في المقام ثلاثة: السببية التامة، السببية الناقصة، الظرفية.

لا سبيل إلى الالتزام بالأول، لأنّه ربما لا يوجب العقد الصحيح الضمان إلا بعد القبض، كما في باب الصرف والسلم، فيكون القبض جزء العلة.

وأمّا الثاني: فالالتزام به في بصححه، وإن كان لا يأس به، إلا أنه لا يتم في بفاسده، إذ في العقد الفاسد الموجب للضمان هو القبض دون العقد، وقد ذكر المصنف وجهين لسببية العقد الفاسد للضمان:

٢. الأقل: أن العقد منشأ وسبب للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، فهو سبب للسبب.

لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض^١، ولذا علل الضمان الشیخ وغيره، بدخوله على أن يكون العین مضمونة عليه، ولا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقابضه، والغرض من ذلك كله دفع ما يتوجه أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقادس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان، ويقال كلما يضمن بصحيحة يضمن بفاسد؟! وقد ظهر من ذلك أيضاً فساد توهّم أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد إلى القبض، فلابد من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه. ثم إن المدرك لهذه الكلية^٢ على ما ذكره في «المسالك»

وفيه: إن سبب السبب وإن كان سبباً إلا أن ذلك فيما إذا كانت السببية في الموردين من سُنْخ واحد تكوينية أو تشريعية، وأما إذا كانت في أحدهما تكوينية وفي الآخر تشريعية، فلا يصح هذا الإطلاق، كما لا يخفى، والمقام كذلك، فإن سببية العقد الفاسد للقبض ليست تشريعية، بخلاف سببية القبض للضمان.

وإن شئت قلت: إن الظاهر من هذه الجملة أن السببية المترقبة من هذه القاعدة هي الشرعية دون الخارجية.

١. الثاني: إن العقد الفاسد سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.

وفيه: إن الموجب للضمان هو القبض، والسببية المشار إليها من قبيل الوصف بحال المتعلق، فعلى هذا بما أن الظاهر بقرينة وحدة السياق إرادة شيء واحد من كلمة الباء، فينتعن حملها على إرادة الظرفية، كما في قوله تعالى: «وَلَقَدْ نَصَرَ كُمُّ اللَّهُ بِتَدْرِي»^(١) قوله: «أَجَيَّنَا هُمْ بِسَحَرٍ»^(٢) وغير ذلك من الاستعمالات.

مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسد

٢. قوله: (ثم إن المدرك لهذه الكلية).

هذه هي الجهة الرابعة: وهي البحث عن مدرك هذه القاعدة، وقد ذكر له وجوه.

الأول: الإجماع.

وفيه: إنه لو تم الإجماع حيث أنه غير تعبدى لمعلومية مدرك المجمعين فلا يعنى به.

(١) آل عمران، آية ١١٩. (٢) القمر، آية ٣٥.

في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل، هو إقدام الآخذ على الضمان^١. ثم أضاف إلى ذلك قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي». والظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام، الشيخ في «المبسوط»، حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع والإجارة الفاسدين، بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمي، فإذا لم يسلم له المسمي رجع إلى المثل أو القيمة، وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل، لأنهما إنما أقدما وتراضياً وتواتراً بالعقد الفاسد على ضمان خاص^٢، لا الضمان بالمثل والقيمة، والمفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية، حتى يتقوم بخصوصية أخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت، فحكم شرعي تابع لدليله، وليس مما أقدم عليه المتعاقدان.

١. الثاني: إقدام الآخذ على الضمان، وهو وإن دخل على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمي، لكنه إذا لم يسلم له المسمي رجع إلى المثل أو القيمة.
وأورد عليه المصنف بكتابه بإيرادات:

٢. منها: إنما أقدما على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة، والمفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقمّ بخصوصية أخرى.
وأورد عليه المحقق الخراساني في كتابه على ما نسب إليه: بأنهما إنما أقدما على أصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاص، والشارع إنما لم يمض الضمان الخاص لا أصله.
وفيه: إن الإقدام الموضوع للأثر هو الإقدام القصدي لا القهري، ومعلوم أن ما تراضيا عليه وقصداه هو الضمان بشيء خاص، وهذا لا ينحل إلى التراضي بمطلق الضمان، وكونه بشيء خاص، فلا يكون الإقدام على الضمان بالمسمي إقداماً على مطلق الضمان. فالأولى أن يورد على المصنف بكتابه: بأن ما ذكره أخص من المدعى، إذ ربما يكون المسمي مقداراً كلّياً منطبقاً على القيمة الواقعية، وربما يكون المسمي هو القيمة الواقعية.
وفي هذين الموردين يكون المقدم عليه هو الذي يحكم بشبوته.

هذا كله مع أنّ مورد هذا التّعليل أعمّ من وجہ من المطلب، إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما قبل القبض^١، وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان^٢، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: (بعتك بلا ثمن، أو آجرتك بلا أجرة)، نعم قوى الشهيدان في الأخير عدم الضمان، واستشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم.

وبالجملة: فدليل الإقدام مع أنه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله، منقوص طرداً وعكساً.

١. ومنها: إنّه ربما يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان كما قبل القبض.
وفيه: إنّ الضمان في الصحيح ضمان المسمى، وهو متتحقق قبل القبض، وإنّما يكون التلف من مال بائعه، لما دلّ على ذلك من جهة انفساخ العقد بالتلف أو من جهة الشرط الإرتкаزي الضمني، وهو ضمان البائع لو تلف المال قبل قبضه. وعلى أيّ تقدير الضمان المقدم عليه قبل القبض موجود.

٢. ومنها: إنّه ربما لا يكون الإقدام في العقد الفاسد مع تتحقق الضمان، كما إذا قال: (بعتك بلا ثمن)، وكما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري.

ولكن يرد على النقض الأول: إنّ المنشأ لهذا البيع لا يتمكّن من قصد حقيقة البيع إلا بأن يقصد ذلك بقوله: (بعتك)، وقوله: (بلا ثمن) يكون إسقاطاً للعوض وإبراءً لذمة المشتري، فإنّ قوام البيع وحقيقةه إنّما يكون يجعل المال بإزاره الثمن، فيكون هذا الكلام من الأغلاط وذكر المتناقضين، وإن قصد البيع بقوله: (بعتك) خاصة، فقد أقدم على الضمان، وإن قصد به التمليل فهو هبة، إذ التمليل بلا عوض هو الهبة. وعليه فإنّ صحة إنشاء عقد بالألفاظ الموضوعة لعقد آخر كانت هذه هبة صحيحة، وإنّ فاسدة، فعلى جميع التقادير لا يصحّ هذا النقض.

ويرد على الثاني: إنّ الإقدام على الضمان المعاوضي موجود، وكذلك الضمان، غایة الأمر هناك شرط لضمان البائع المبيع.

وأما خبر اليد فدلالته وإن كانت ظاهرة، وسنته منجبراً^١، إلا أن مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة^٢.

ومنها: أنه لا دليل على سببية الإقدام للضمان، وهذا هو الحق في الجواب عن هذا الدليل.

١. الثالث: خبر على اليد المتقدم، وقد تقدم أن ضعف سنته منجبر بالشهرة، ودلالة على الضمان ظاهرة.

٢. وأورد عليه: بأن مورده مختص بالأعيان، ولا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة.

وجه الإختصاص بها أمران.

أحدهما: ما أفاده المصنف في الأمر الثالث، وهو عدم صدق الأخذ بالإضافة إلى المنافع.

وفيه: إنه ليس المراد بالأخذ الأخذ بالجارحة الخاصة، وإلا لزم عدم شمول الخبر لجملة من الأعيان كالدار والعقارات، فلا محالة يكون الأخذ كنایة عن الاستيلاء على الشيء، والتعبير عنه بالأخذ باليد من جهة كونه لازماً غالبياً له، والأخذ بهذا المعنى يصدق بالإضافة إلى المنافع، إذ الإستيلاء على المنفعة إنما يتحقق بالإستيلاء على العين، وإن لم يستوف المنفعة، ولم تكن العين مضمونة، فإن المنفعة هي قابلية العين للركوب وللسكنى مثلاً، وهذه القابلية من مراتب وجود العين، والاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شؤونها ومراتب وجودها، ومنها القابلية للانتفاع.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمه الله، وهو عدم صدق التأدية في المنافع، فإن الظاهر من قوله: «حتى تؤدي» كون عهدة المأخوذ بأداء نفس المأخوذ، والمنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها.

ولا يمكن دفعه: بأن المنافع وإن كانت تدريجية الوجود، إلا أنها واحدة وجوداً، فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد، والأداء بأداء طرفه الآخر، لأن

اللَّهُمَّ إِنْ يَسْتَدِلُّ عَلَى الضَّمَانِ فِيهَا بِمَا دَلَّ عَلَى احْتِرَامِ مَالِ الْمُسْلِمِ^١، وَأَنَّهُ لَا يَحْلُّ
إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ، وَإِنَّ حُرْمَةَ مَالِهِ كَحْرَمَةُ دَمِهِ، وَأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ ذَهَابُ حَقٍّ أَحَدٌ، مَضَافًا إِلَى

المقصود إثبات ضمان المنافع، وهذا التقريب يوجب عدم الضمان بعد رد العين كما لا يخفى.

كما أنه لا يفيد جعل الغاية محددة للموضوع، فيدل الخبر على ضمان المأخذ غير المؤدى، إذ الظاهر منه ما كان من شأنه أن يؤدى بعد أخذه.

وفيه: إن الغاية في الخبر ليست أداء شخص ما أخذ، وإلا بقي الضمان في صورة التلف وأداء العوض لعدم تحقق أداء الشخص، بل المراد منها أعم من أداء الشخص وأداء العوض، غاية الأمر يكون بنحو الطولية، فإذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان إلا باداء شخصها، وفي صورة التلف يرتفع بأداء عوضها، والمنافع وإن لم يمكن ردّها إلا أنه يمكن رد عوضها.

هذا كله مضافا إلى أنه يمكن أن يقال: إنه وإن اختص مورد الخبر بالأعيان ولا يشمل المنافع، إلا أن أخذ العين له أحکام منها ضمان منافعها.
 فتحصل: أن الأظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع.

١. الرابع: قاعدة احترام مال المسلم الثابتة بقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(١). وقوله عليه السلام: «حرمة ماله كحرمة دمه»^(٢). وقوله: «لا يصلح ذهاب حق أحد»^(٣).

وتقرير دلالة حديث لا يحل: إن الحال هو ما لا تبعه له، فإذا نسب إلى الفعل كان معناه أنه لا يعاقب عليه، فيستفاد منه الحلية التكليفية. وإذا نسب إلى المال - كما في المقام - كان معناه ما لا خسارة من قبله، فمعنى «لا يحل» في المقام أنه مع عدم رضا المالك يكون المال ممما له تبعه وخسارة وعوض.

(١) بمضمونه أخبار - في الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلي - والمستدرك ج ١، ص ٢١٢ - وفروع الكافي ج ١- ص ٢٢٦ - والاحتجاج ص ٢٦٧ (٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.
 (٣) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب كتاب الشهادات حديث ١ و ٤.

وفيه أولاً: إنّ ظاهر هذا التركيب في نفسه هو إرادة الحلية التكليفية، ويقدّر التصرّف كما في نظائر المقام، كقوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَا تُكُمْ»^(١) وقوله عزّ وجلّ: «أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ»^(٢) وغيرهما.

وثانياً: إنّ حمل الحلية على الوضعية لا يلائم مع حرف المجاوزة في قوله: «إلا عن طيب نفسه»، فإنّ ظاهره صدور شيء عن الطيب، فيكون ظاهره حلية التصرّف عن الرضا.

وثالثاً: إنّ الحديث لو دلّ على الضمان، فإنّما هو بالنسبة إلى المنفعة المستوفاة، ولا يدلّ على الضمان في المنافع غير المستوفاة، والعمل الصادر من الأجير بالإجارة الفاسدة من دون تسبب من المستأجر، فإنّها غير مربوطة بالمستأجر حتى يشملها الحديث الشريف.

ورابعاً: إنه لا يشمل عمل الحرر، بناءً على ما تقدّم منه في أول كتاب البيع من التأمل في صدق المال عليه.

وأمّا حديث: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» فتقرّيب الإستدلال به: إنّ الحرمة إنّما نسبت إلى المال، وظاهر ذلك إرادة احترام المال من حيث أنه مال، واحترامه كذلك إنّما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية بatarها، فعدم تدارك ماليته معناه معانٍ له الهدر معه، فرعائية ماليته ردّه أو ردّ عوضه لو تلف.

وفيه أولاً: إنّ ظاهر الخبر - ولو بقرينة السياق - إرادة الحرمة التكليفية منه، فقد سبقه قوله: «سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه من معصية الله»، فيكون المراد من (حرمة ماله) - بواسطة تنظيره بحرمة دمه - شدّة العقوبة المعبر عنها بالكفر.

وثانياً: إنه أيضاً لا يشمل المنافع غير المستوفاة والعمل الصادر من الأجير غير العائد نفعه إلى المستأجر.

وثالثاً: إنّ الظاهر منه من جهة إضافة المال إلى المؤمن إرادة رعاية مالكيته، وهي

(١) النساء، (٢).٣٣ (٢) المائدة، ٤.

أدلة نفي الضّرر^١، فكلّ عمل وقع من عامل لأحدٍ، بحيث يقع بأمره وتحصيلاً لغرضه، فلا بدّ من أداء عوضه، لقاعدتي الاحترام ونفي الضّرر. ثمّ إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام والدخول عليه، بيان أنّ العين والمنفعة اللذين تسلّمها الشخص لم يتسلّمها مجاناً وتبرّعاً، حتّى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرّع به والعين المدفوعة مجاناً أوأمانة، فليس دليلاً مستقلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال. نعم، في «المسالك» ذكر كلاً من الإقدام واليد دليلاً مستقلّاً، فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقض والاعتراض.

لا تقتضي أزيد من عدم التصرّف فيه بلا رضا، لا تداركه لو تلف.
ورابعاً: إنّه لا يشمل عمل الحرّ بناءً على عدم كونه مالاً.
وأمّا حديث: «لا يصلح ذهاب حقّ أحد» فهو لا يدلّ على الضمان، لأنّ الكلام إنّما هو في ثبوت الحقّ في المقام، والحكم لا يصلح لإثبات موضوعه.

١. الخامس: قاعدة نفي الضّرر، بدعوى أنّ حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال تحت يده ضرري على المالك، فينتفي لحديث نفي الضّرر^(١)، فيحكم بالضمان.
أقول: ولكن بعد تسليم المبنيين اللذين بنى عليهما المصنّف^ت في محلّه، وعليهما يبتهلي الاستدلال في المقام:

أحدهما: أنّ المنفي بحديث لا ضرر ليس خصوص الأحكام الوجودية المجنولة، بل كل ما هو من الإسلام وجودياً كان أو عدمياً.

ثانيهما: إنّ مدلول حديث لا ضرر نفي الحكم الناشيء من قبله الضّرر، سواءً كان الضّرر ناشئاً من متعلقه أم كان ناشئاً من نفسه، كلزوم البيع الغبني.
إنّه لا يصحّ الاستدلال به في المقام، من جهة أنّ حديث لا ضرر إنّما يدلّ على نفي الحكم الناشيء من قبله الضّرر، وإنّ الضّرر يكون منفياً في عالم التشريع، ولا يدلّ على

(١) الوسائل - باب ١٢ و٧ - من أبواب كتاب إحياء الموات وباب ٥ - من أبواب كتاب الشفعة وباب ١ من أبواب موانع الإرث وغيرها من كتب الحديث.

ويبقى الكلام حينئذٍ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضمان، ولم يقع بأمره كالسبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السبق أجرة المثل، خلافاً لآخرين، ووجهه أنَّ عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر، ولم يقع بأمره أيضاً، فاحترام الأموال التي منه الأعمال، لا يقتضي بضمان الشخص له ووجوب عوضه عليه، لأنَّه ليس كالمستوفى له، ولذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة، حيث إنَّه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع البازل، و تمام الكلام في بايه.

ثم إنَّه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض^١، وتوجهُه أنَّ الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطَه عليه، والمفروض أنَّ القابض جاهل مدفوع بإطلاق النص والفتوى، وليس الجاهل مغروراً، لأنَّه أقدم على الضمان قاصداً، وتسلیط الدافع العالم لا يجعلها أمانة مالكية، لأنَّه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، لا أنه أمانة عنده أو عارية. ولذا لا يجوز له التصرف فيه والانتفاع به، وسيأتي تتمة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري. هذا كلَّه في اصل الكلية المذكورة.

تدرك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي، فلو تضرَّر أحد في تجارتِه مثلاً لا يجب على المسلمين تدرك ضرره، وهذا من الوضوح بمكان.

وفي المقام إذا حكم الشارع بالضمان، فهو إنما يكون من جهة لزوم تدرك الضرر المفروض وجوده بالتلف، لا من جهة نفي الضرر، فالحديث لا يثبت ذلك.

مع أنَّ الحديث لو كان مثبتاً للزوم التدرك، لما كان وجهاً للالتزام بلزوم التدرك على من هو طرف العقد، مع عدم انتفاعه به ولا إتلافه، فليكن سدَّ ضرره من بيت المال المسلمين.

فالالأظهر أنَّ قاعدة نفي الضرر أيضاً لا تفي بإثبات المطلب. فالعمدة حديث اليد، وهو إنما يختص بالأعيان والمنافع، ولا يشمل مثل عمل الحرث كما لا يخفى.

١. قوله: (لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد، بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض).

وأقى عكسها: وهو (أنّ ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسد)^١، فمعناه أنّ كلّ عقد لا يفيد صحيحة ضمان مورده، ففاسد لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربة والعارية الغير المضمونة، بل المضمونة بناءً على أنّ المراد بإفاده الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لا بأمر خارج عنده، كالشرط الواقع في متنه، وغير ذلك من العقود الالزمة والجائزة.

أقول: الصور المتتصورة أربع: علمهما بالفساد، وجهلهما به، وعلم الدافع مع جهل القابض، والعكس.

والإشكال إنما هو في صورتين منها، وهما: علم الدافع وجهل القابض، وعلمهما به. وفي الصورة الأولى منها إشكال آخر مختص بها.

أقى الإشكال المشترك فهو: إن الدافع ماله العالم بفساد العقد لا محالة يكون دفعه تسلি�طاً وأمانة مالكيّة.

وفيه: إنّ يمكن أن يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذي بني عليه تشعياً. وبعبارة أخرى: بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث في المقام.

وأقى إذا سلطه مجاناً فلا كلام في عدم الضمان.

وأقى الإشكال المختص فهو: إن الدافع إذا كان عالماً بالفساد والقابض جاهلاً به، لا محالة يكون الدافع غاراً والقابض مغوراً، فلا يكون ضامناً لقاعدة الغرور.

وفيه: إن القابض إنما قبضه لا مجاناً، بل مع العوض، وأقدم على ذلك، فلا يكون مغوراً.

قاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسد

١. المقام الثاني: في عكس القاعدة، وهو: (أنّ ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسد).

والكلام فيه في مواضع:

الموضع الأول: أن الكلام في مواد القضية هو ما تقدم في أصل القضية، إلا أنّه يشهد لعدم إرادة السببية من لفظة الباء في هذه القاعدة، أنها لو كانت للسببية لم تجد هذه

القضية للحكم بعدم الضمان في شيء من الموارد، إذ هي إنما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان، ولا ينافي ذلك اقتضاء اليد أو غيرها للضمان، فالمعتدين حملها على إرادة الظرفية.

الموضع الثاني: في مدرك هذه القاعدة. فعن الشيخ في «المبسوط» الاستدلال لها: بأن الضمان لابد وأن يكون لإقدام الآخذ، أو لحكم الشارع به، والعقد الصحيح الذي ليس فيه إقدام على الضمان ولا حكم الشارع به فيه، فال fasid منه أيضا كذلك، فإنه ليس فيه إقدام، ولا حكم للشارع فيه.

أثنا الأول: فواضح.

وأثنا الثاني: فلأن حكمه به مع عدم التعبد الشرعي الخاص به، لابد وأن يكون من جهة إمضاء ما يقتضي الضمان المفقود في المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع. ولكن هذا الاستدلال مبني على مسلكه في الضمان في فاسد العقود التي يضمن بصريحها، من التمسك بقاعدة الإقدام.

وأثنا بناه على كون المدرك حديث على اليد، يصبح هذا الاستدلال أجنبياً عن المقام.

وظهر كلام شيخ الطائفة هو الاستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح وال fasid - وقوله: (فكيف بفاسده) أريد به التعجب، إذ مع وحدة العلة كيف يختلف المعلول - لا بالأولوية كما فهمه المصنف^١.

ثم على فرض إرادته الأولوية، مراده أولوية fasid بعدم الضمان من صحيحه، لا أولوية فاسد ما لا يضمن بصريحه من فاسد ما يضمن بصريحه، كما هو ظاهر توجيهه المصنف^٢.

وقد استدل المصنف^٢ فيما سيأتي من كلامه على عدم الضمان في غير التمليل بلا عوض - أعني الهبة - في مقابل اليد المقتضية له: بعموم ما دل على: «أن من استأمنه المالك على ماله غير ضامن، بل ليس له أن يتهمه»^(١).

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الوديعة.

وحاصله: إنّ حقيقة الإستئمان المالكي، هي التسلیط عن الرضا مجاناً الموجود في فاسد العقود التي لا يضمن بصححها.

واستدلّ له في الهبة بفحوى ما دلّ على خروج صورة الإستئمان^(١) فإنّ استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسلیط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى.

ولمن تأخر عنه في كلّ من الموردين كلام. أما المورد الأول: فأورد عليه المحقق الإبرواني بأنّ تسلیط المالك إن وقع بزعم صحة المعاملة ومقيداً بها، ثمّ ظهر عدم الصحة، لم يكن هناك تسلیط منه واقعاً، فكانت اليد باقية تحت عموم على اليد القاضية بالضمان.

وفيه: إنّ حقيقة الإستئمان - كما عرفت - هي التسلیط عن الرضا، وحيث إنّ دفع ما وقع عليه العقد في هذه الموارد ليس عن اللابدية، فلا محالة يكون دفعه المال تسلیطاً عن الرضا، وإنّ وقع باعتقاد صحة المعاملة.

وأما المورد الثاني: فقد أورد عليه المحقق الخراساني بأنّ الأولوية إنما تكون فيما إذا لم يكن هناك إتلاف، وإلا فالضمان ثابت في الأصل، مع أنه في المقبول بالهبة الفاسدة لا ضمان مطلقاً.

أقول: ولكن الظاهر أنّ مراد المصنف ^{فيه} أنه في الأصل إنما يحكم بعدم الضمان، من جهة أنّ اليد مأذونة والمالك سلطها عن الرضا، غاية الأمر بما أنه في تلك الموارد لا إذن ولا رضا في التصرف المتلف، فيلحق ذلك التصرف حكمه، وهذا بخلاف الهبة، فإنه في ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلقاً التصرف حتى المتلف منه.

ووجه الأولوية: أنه في تلك الموارد إنما يتحقق التسلیط عن الرضا، وفي الهبة يكون ذلك بزيادة قطع إضافة الملكية عن نفسه ووصلها بالموهوب له.

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العارية.

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً، لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرّح به في «القواعد» و«التحرير»، وحکى عن «الذكرية» وإطلاق الباقي، إلا أن صريح «الرياض» الحكم بالضمان، وحکى فيها عن بعض نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب^١.

فتحصل: أن ما أفاده الشيخ بنبيه حق لا ريب فيه.
ويمكن أن يستدل على عدم الضمان في العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحة بوجهين آخرين:

أحدهما: السيرة العقلائية على عدم الضمان في العقود المتضمنة للتسلیط المجاني، وهي تخصّص قاعدة اليد، ولا تصلح هي أن تكون رادعة عنه بعمومها كما حق في الأصول.

الثاني: انصراف الحديث عن اليد المستندة إلى التسلیط المجاني، ولعل وجهه أن قاعدة اليد إنما تكون عقلائية مضادة شرعاً لا تعبدية صرفة، وهي إنما تكون لأجل احترام المال، ولا ريب في سقوط احترام المال بتسلیط المالك غيره عليه مجاناً. فإذاً لا ينبغي التوقف في عموم هذه القاعدة.

نعم، يختص ذلك بما إذا كان التسلیط المشار إليه باقياً إلى حين التلف أو الإتلاف، فلو وهب ماله لذي رحمه بهبة فاسدة، واعتقد صحتها، ولم يكن راضياً ببقاء الموهوب تحت يده، ولم يسترد لاعتقاد لزومها، لا إشكال في الضمان في صورة التلف والإتلاف لعموم قاعدتي اليد والإتلاف وعدم المخصص.

الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها

الثالث: في الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة أصلاً وعكساً فيها:
١. منها: ضمان العين المستأجرة، فإن الإجارة الصحيحة لا توجب ضمانها، مع أن المنسوب إلى الأصحاب أن فاسدتها يوجب الضمان.

الكلام فيه يقع في موردين:

المورد الأول: في أنه على فرض ثبوت الضمان، هل يكون ذلك نقضاً لعكس القاعدة

والظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأرديبيلي في «مجمع الفائدة»، وما أبعد ما بينه وبين ما عن «جامع المقاصد»، حيث قال في باب الغصب: (إنَّ الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة، والذي ينساق إليه النظر هو الضمان، لأنَّ التصرف فيه حرام، لأنَّه غصب فيضمنه، ثم قال: إلَّا أنَّ كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصريحها مناف لذلك، فيقال إنَّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً والأصل براءة الذمة من الضمان، فلا يكون العين بذلك مضمونة، ولو لا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن، لأنَّ استيلائه بغير حقٍّ وهو باطل) انتهى.

ولعل الحكم بالضمان في المسألة؛ إما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن، لأنَّ المراد بالمضمون مورد العقد ومورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد^١.

أم لا ؟

المورد الثاني: في أنه هل الضمان ثابت أم لا؟

أما الأول: فقد أفاد المصنف^٢ في وجه عدم كونه نقضاً:

١. بأنَّ المراد بالمضمون مورد العقد، وموردده في الإجارة المنفعة، والعين في حكمها يرجع إلى القواعد، فإذا اقتضت ضمانها لا يكون ذلك نقضاً لها.
وأورد عليه المحقق الخراساني^٣: بأنَّ حقيقة الإجارة جعل العين في الكراء، وملك المنفعة لازمها الغالبي، وإلَّا فربما تقتضي ملك العين كإجارة الشاة، فإنَّها تقتضي ملك لبنيها، فمورد عقد الإجارة هو العين لا المنفعة.

ولكن يمكن دفعه: بأنَّ كون مورد العقد هو العين أو المنفعة أجنبى عمما هو الميزان والملاك للقاعدة، فإنَّ الضابط هو أنَّ العقد الصحيح إذا أوجب الضمان المعاوضي ففي الفاسد منه ضمان الغرامة، وإذا لم يكن في صريحه الضمان من ناحية العقد، ففي فاسده أيضاً لا ضمان، والإجارة إنما توجب الضمان بالإضافة إلى المنفعة، وإن كان مورد العقد العين، ولا نظر لها إلى العين، ولا تكون مقتضية بالقياس إليها إثباتاً ونفيًا. وعليه فما أفاده المصنف^٤ متين.

وأما المورد الثاني: فقد اختلفت كلماتهم فيه، وملخص القول فيه أنه في الموارد

وحيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً، ومن طرف المالك لم يكن فيه ضمان. وأما في فاسدتها فدفع المؤجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيه، والمفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان^١. وأما لأن قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد^٢، والأقوى عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة ولا متخصصة. ثم إنّه يشكل اطراد القاعدة في موارد:

التي لا يتوقف استيفاء المنفعة على تسلیط المستأجر على العين، كالدابة حيث إنّه لا يتوقف استيفاء المنفعة منها - وهي الرکوب - على استيلاته لا مكان كون المالك هو السائق لا يكون ضمان، إذ بعدها لا ملزم بالتسلیط يكون التسلیط عن الرضا، فتكون العين أمانة مالکية، لما تقدّم من أنّ حقيقة الإستئمان المالکي التسلیط عن الرضا.

وأما في الموارد التي يكون استيفاء المنفعة متوقفاً على التسلیط، فإنّ كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقياً إلى حين التسلیم كما هو الحال، فلا إشكال في عدم الضمان أيضاً من جهة الأمانة المالکية، وإن لم يكن باقياً فيمكن أن يوجه عدم الضمان بأنّ المتعاملين حين العقد متباينان على عدم ضمان العين، لكون الإجارة مبنية على عدم الضمان، ومع هذا التباني وإسقاط المالك احترام ماله، لا تكون العين مشمولة لحديث اليد، لما عرفت من انصرافه عن هذه الموارد. فإذاً لا دليل على الضمان والأصل عدمه، بل يمكن الإستدلال عليه ببناء العقلاء على ذلك.

فالظهور عدم الضمان على جميع التقادير.

وقد استدلّ للضمان بوجهيْن: ذكرهما المصنف^٣ في المتن الأوّل.

١. إنّ دفع المؤجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع منه، والمفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان.
- وفيه: ما عرفت من أنّه في بعض الموارد تكون يده يد أمانة لا عدوانية، وفي بعضها الآخر لا تقتضي الضمان؛ لأنّه حديث اليد وبناء العقلاء.
- وبذلك كلّه يظهر الجواب عن الوجه الثاني.
٢. وهو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد.

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل^١, بناءً على فساد العارية، فإنّهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أنّ صحيح العارية لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقدير الصحة والفساد. إلا أن يقال: إنّ وجه ضمانه بعد البناء على أنّه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته، إنّ المستقرّ عليه قهراً بعد

١. ومنها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل بناءً على فساد العارية.
فإنّ المنسوب إليهم ضمان المحرم بالقيمة، مع أنّ صحيح العارية لا يضمن به.
أقول: لابدّ أولاً من الإشارة الإجمالية إلى حكم المسألة، ثم ملاحظة أنه هل يكون تقضىً على القاعدة أم لا؟

أمّا الجهة الأولى: فمجمل القول فيها إنّه إن قلنا بعدم حرمة إمساك الصيد للمحرم، وأنّ المحرم هو حدوث ذلك لا إبقاءه، فلا إشكال في صحة العارية وعدم الضمان إلا مع الإتلاف، وإلا فبناءً على وجوب ردّه إلى مالكه – تقديماً لحق المخلوق على حقّ الخالق، أو مع الفداء جمعاً بين الحدين – فلا وجه للضمان، لأنّ العارية بنفسها لا تقتضيه من جهة الإستئمان المالكي، والمفترض عدم وجوب الإرسال، فلا يتوهم الضمان من ناحيته.

وأمّا إن قلنا بوجوب الإرسال فلا كلام في الضمان.
وكذا بعد الإرسال إذا عدّ تلفاً عرفاً.

وأمّا قبله فقد نسب إلى المشهور الضمان من حين وجوب الإرسال، واستدلّ له

بوجهين:

الوجه الأول: إنّ وجوب إرسال الصيد كاشف عن خروجه عن ملك مالكه بالعارية، وإلا لزم التصرف في مال الغير من غير إذنه، فيشتمله ما دلّ على أنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن. إذ لا فرق في هذه الكبرى الكلية بين إتلاف العين وإتلاف ملكيتها مع بقائها، فتكون القيمة ثابتة من حين العارية. ولعله إلى هذا نظر المصتف^٢، حيث قال:

العارية هي القيمة لا العين^١، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد لا بسبب التلف، ويشكل اطراد

١. (إن المستقر عليه قهراً بعد العارية، هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد، لا بسبب التلف).

وفي كلّ من الصغرى والكبرى نظر:

أثنا الأولى: فلأن التمسك بأصالة العموم إنما هو فيما إذا أحرز الفردية للعام وشك في شمول حكمه له، كما لو علم عالمية زيد وشك في وجوب إكرامه، فيتمسّك بعموم أكرم العلماء لوجوبه.

وأثنا لو أحرز الحكم وشك في فرديته للعام، كما لو علم عدم وجوب إكرام زيد وشك في أنه عالم فيكون عموم (أكرم العلماء) مخصوصاً، أو غير عالم، فليس هناك تخصيص، فلا مجال للتمسك بأصالة العموم، والحكم بعدم الفردية كما حقّ في محله، والتمسك بعموم ما دلّ على حرمة التصرّف في مال الغير من دون رضاه في المقام، إنما يكون من قبيل الثاني كما لا يخفى، فلا مورد للتمسك به.

مع أنه لو صح التمسك به لعارضه عموم آخر، وهو ما دلّ على أن اختيار المال يهد مالكه، وأنه مسلط عليه، وهذا ينافي مع خروجه عن ملكه قهراً.

مضافاً إلى أن لازم هذا أنه لو عصى ورده المحرم إلى مالكه، يكون الضمان باقياً، مع أن الأصحاب أفتوا ببراءة ذمته في هذا الفرض.

وأضاف إلى ذلك كله أن المعير في صورة العلم دخيل في التلف، فإن التلف بهذا المعنى أثر فعلهما معاً، ومعه لا وجه للحكم بضمان المستعير كما هو واضح.

وأثنا الثانية: فلأن الدليل إنما دلّ على أن إتلاف مال الغير موجب للضمان، وأثنا إتلاف الملكية وإزالة العلاقة فلم يدل دليلاً على أنه موجب للضمان.

الوجه الثاني: إن من أسباب الضمان، الحيلولة بين المال ومالكه، وهي كما تتحقق بعدم تمكّنه عقلاً من التصرّف فيه، كذلك تتحقق بعدم تمكّنه شرعاً. وفي المقام على

القاعدة أيضاً في البيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها، فإنَّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنها مضمونة في العقد الفاسد.^١ إلا أن يقال إنَّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح وال fasid.

تقدير وجوب الإرسال لا يتمكّن المستعير من ردِّه إليه شرعاً، ومعه يكون مقتضى قاعدة الحيلولة الضمان.

وفيه: إنَّ المالك متمنَّ عقلاً وشرعاً من الاسترداد، وإنَّما لا يتمكّن المستعير من الرد، وهذا ليس مورداً للقاعدة. مع أنَّ دفع بدل الحيلولة إنَّما هو من أحکام العين المضمونة، ولا يكون عدم التمكن من الأداء بنفسه من المضمّنات، ومعلوم أنَّ يد المستعير يد مأذونة غير موجبة للضمان، مضافاً إلى أنَّ المالك مع علمه بنفسه دخيل في ذلك، فلا وجه لضمان المستعير.

وهناك وجوهُ أخرى بيّنة الفساد، فالالأظهر عدم الضمان قبل الإرسال كما عن العلامة ^{بِيْتُ} وغيره.

وأمّا الجهة الثانية: فإنَّ بنينا على عدم الضمان فلا كلام، وإنَّ بنينا على الضمان فحيث أنَّ مدركه صدق الإتلاف فعدم ورود النقض واضح، فإنه إنَّما يصح النقض إذا حكم به مع صدق التلف دون الإتلاف، إذ في صورة الإتلاف في صحيح العارية أيضاً يكون الضمان ثابتاً.

١. ومنها: ضمان المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد، مع أنها غير مضمونة في البيع الصحيح. هكذا ذكر المصطفى ^{بِيْتُ} هذا النقض.

ولكن يرد عليه أولاً: ما سيأتي منه ^{بِيْتُ} من نقل الأقوال الخمسة في ضمان المنافع التي لم يستوفها المشتري في الأمر الثالث، فليس الحكم بالضمان مسلماً.
وثانياً: إنَّ التخصيص بغير المستوفاة لا وجه له، فإنَّ المستوفاة أيضاً مضمون بها في الفاسد دون الصحيح.

فإنْ قيل: إنَّ وجه الضمان فيها إنَّما هو الإتلاف، وموارد القاعدة هو التلف.
توجّه عليه: إنه لا فرق بينهما، فإنَّ الإتلاف يصدق بالنسبة إلى غير المستوفاة أيضاً بإمساك العين.

وفيه نظر: لأنّ نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح^١، لأنّ الثمن إنما هو بإزاء العين دون المนาفع. ويمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً^٢ - على ما صرّح به في «المبسوط» و«الشريائع» و«التدكّر» و«التحرير» - من كونه مضموناً على المشتري، خلافاً للشهيدين والمحقق الثاني وبعض آخر، تبعاً للعلامة في «القواعد» مع أنّ الحمل غير مضمون في البيع الصحيح، بناء على أنه للبائع. وعن «الدروس» توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع، وحينئذ لا نقض على القاعدة^٣.

وكيف كان: فالكلام في المقام إنما هو في أنه على فرض الحكم بالضمان، هل يكون ذلك نقضاً على عكس القاعدة أم لا؟

١. والمصنف رحمه الله سلم ورود التقض من جهة أن المنفعة غير مضمونة في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بازاء العين دون المنفعة.

وأورد عليه السيد رحمه الله: بأن المنافع وإن لم تكن مقابلة بالمال، إلا أنها ملحوظة في القيمة وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة.

وفيه: أن الميزان إن كان على عالم اللب لزم عدم ضمان العين، وإن كان على عالم الصورة لم يندفع الإشكال بذلك.

وإن شئت قلت: إنه لا ريب في أنَّ المال في البيع ليس بإزار المنفعة، وإنْ كانت هي الداعية لجعل المال في مقابل العين، ولذا لو فسخ البيع وكان المشتري مستوفياً لمقدار من المنفعة مع بقاء العين بحالها، يرد جميع الشمن، ولا يلاحظ شيء منه في قبال المنفعة، وعليه فلا يتم هذا الجواب.

والصحيح في وجه عدم ورود النقض أن يقال: إن حكم المنفعة في البيع حكم العين في الإجارة، وهي لكونها خارجة عن مورد العقد لو حكم فيها بالضمان للقواعد، لا يكون نقضًا على القاعدة، مع أنه سترى أنه يمكن أن يقال إن القاعدة إنما هي في مورد التلف،

٢. منها: حمل البيع فاسداً، فإنه غير مضمون في الصحيح، مع أنه مضمون في البيع والمنافع التي يحكم بضمانتها إنما هي في صورة الاتلاف من جهة إمساك العين.

٣. والمصنف أجاب عنه: بأنه يمكن أن يكون القول بالضمان في صورة الاشتراط

ويمكن القض أياً: بالشركة الفاسدة^١، بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ عدواً موجب للضمان. ثم إنّ مبني هذه القضية السالبة - على ما تقدم من كلام الشيخ في «المبسوط» - هي الأولوية. وحاصلها أنّ الرهن لا يضمن بصحيحة فكيف بفاسده.

وتوضيحة: إنّ الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فال fasd الـذـي هو بمنزلة العـدم لا يؤثـر في الضمان، لأنـ أثر الضمان: إما من الإقدام على الضمان والمفروض عدمـه، وإلاـ لضمنـ بـصـحـيـحـهـ.

وإما من حـكمـ الشـارـعـ بالـضـمانـ، بـواسـطـةـ هـذـهـ المـعـاملـةـ الفـاسـدـةـ، وـالمـفـروـضـ أـنـهـ لاـ تـؤـثـرـ شـيـئـاـ. وـوـجـهـ الـأـولـويـةـ أـنـ الصـحـيـحـ إـذـاـ كـانـ مـفـيدـاـ لـلـضـمانـ أـمـكـنـ أـنـ يـقـالـ إنـ الضـمانـ مـنـ مـقـتـضـيـاتـ الصـحـيـحـ، فـلـاـ يـجـريـ فـيـ الـفـاسـدـ، لـكـونـهـ لـغـواـ غـيرـ مـؤـثـرـ عـلـىـ مـاـ سـبـقـ تـقـرـيبـهـ، مـنـ أـنـهـ أـقـدـمـ عـلـىـ ضـمـانـ خـاصـ، وـالـشـارـعـ لـمـ يـمـضـهـ، فـيـرـتفـعـ أـصـلـ الضـمانـ. لـكـنـ يـخـدـشـهـ أـنـهـ يـجـوزـ أـنـ يـكـونـ صـحـةـ الرـهـنـ وـالـإـجـارـةـ الـمـسـتـلـزـمـةـ لـتـسـلـطـ الـمـرـتـهـنـ وـالـمـسـتـأـجـرـ عـلـىـ الـعـيـنـ شـرـعـاـ، مـؤـثـرـةـ فـيـ رـفـعـ الضـمانـ بـخـالـفـ الـفـاسـدـ الـذـيـ لـاـ يـوـجـبـ

- أي جعل الحمل جزءاً من المبيع - وحينئذ لا نقض على القاعدة، فإنّ في صحيحه أيضاً الضمان.

وفيه: إنه لا نقض على القاعدة وإن قيل بالضمان في صورة عدم الاشتراط، من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة، والعقد بالنسبة إليه لا اقتضاء.

ثم إنّ الأظهر هو عدم الضمان، من جهة أنّ إقدامه على البيع الملائم للتسلیط على الحمل بناءً من المتعاقدين على عدم الضمان بالقياس إلى الحمل، وكونه أمانة مالکية، فلا يشمله حدیث على اليد كما تقدم. وتمام الكلام في محله.

١. ومنها: الشركة الفاسدة بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها، فإنّهم حكموا بضمان ما أخذه أحد الشركين عدواً.

وفيه: إنّ عقد الشركة بنفسه لا يوجب جواز التصرف كي يقال إنه في صورة الفساد لا يجوز، فيكون المتصرف مضمّناً، بل هو إنما يكون في صورة الإذن في التصرف، وعليه فلا فرق بين الصحيح وال fasd في عدم الضمان، إذ لو اقتضى الإذن عدم الضمان في الصحيح اقتضاه في fasd أيضاً .

تسلطًا لها على العين، فلا أولوية.

إإن قلت: إن الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان، إلا أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردتها غير مضمونة على القابض، وبقيباقي.

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود، يخرج به المقبوض بفاسدها، وهي عموم مادل على أن من لم يضمنه المالك -سواء ملكه إياته بغير عوض، أو سلطه على الانتقاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقه أو العمل فيه بلا أجرة أو معها، أو غير ذلك - فهو غير ضامن. أما في غير التمليل بلا عوض يعني الهبة فالدليل المخصوص لقاعدة الضمان، عموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمنه. أما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد، بفحوى مادل على خروج مورد الإستئمان. فإن استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسلیط المطلق عليه مجاناً، عدم ضمانه بطريق أولى، والتقييد بالمجانية لخروج التسلیط المطلق بالعوض - كما في المعاوضات - فإنه عين التضمين. فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن أن من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي يعني المثل والقيمة، ولا جعلٍ فليس عليه ضمان.

الثاني: من الأمور المتفّرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب ردّه فوراً إلى المالك^١. والظاهر أنه مما لا خلاف فيه، على تقدير عدم جواز التصرف فيه، كما يلوح من «مجمع الفائدة»، بل صرّح في «التذكرة» - كما عن «جامع المقاصد» - أن مؤونة

وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه فوراً

١. الثاني من الأمور المتفّرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب ردّه فوراً.

والكلام في هذا الأمر يقع في جهات:

الجهة الأولى: في مدرك وجوب الرد، وقد استدلّ له بوجوه:

الأول: الإجماع.

الرد على المشتري، لوجوب ما لا يتم الرد إلا به، وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤنة كثيرة إلا أن يقيّد بغيرها بأدلة نفي الضّرر، ويدلّ عليه أنّ الإمساك آناً مَا تصرّف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلا بإذنه»^١. ولو نوّقش في كون الإمساك تصرّفاً^٢، كفي عموم قوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ لأخِيه إلا عن طيب نفسه»^٣، حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال

وفيه: إنّه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

١. الثاني: التوقيع المروي عن الإحتجاج: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلا بإذنه»^(١). بتقرير أنّ الإمساك ولو آناً مَا تصرّف في مال الغير بلا رضا منه، فلا يجوز في يجب الرد.

وأورد عليه: بأنّ التصرّف من الصرف، فالمراد به التقلّب والتقلّب، ولا يصدق ذلك على مجرد الإمساك.

٢. والظاهر من الكتاب تردد المصنّف^٤ في تمامية هذا الإيّاراد. ولكن عدم تمامية الإستدلال به واضح، إذ لو كان الإمساك تصرّفاً لما دلّ هذا التوقيع الشريفي على وجوب الرد، إلا بناءً على مقدمة ترك الضّدّ لوجود ضده، والمراد بالضّدين في المقام ما يعمّ المتماثلين، أي ما لا يجتمعان، ووجوب نقيض الحرام، فإنه حينئذ يكون الردّ ضداً للإمساك، فإذا حرم الإمساك حرم ترك الرد؛ لحرمة ذي المقدمة وهو الإمساك، وإذا حرم الترك وجوب الفعل.

وفي كلتا المقدّمتين نظر بل منع، وعليه فلا يدلّ هذا الخبر على وجوب الرد.

٣. الثالث: موثق سمعاء، عن مولانا الصادق علیہ السلام، في حديثٍ عن رسول الله ﷺ: «من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئٍ مسلمٍ ولا ماله إلا بطبيبة نفس منه»^(٢).

(١) الاحتجاج ص ٢٦٧ - عن الأسدِيِّ العمريِّ عنه علیہ السلام.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصافي حديث ١.

المتعلقة به التي منها كونه في يده.

ولا يرد على هذا الحديث الإبراد الأول على الخبر المتقدم، حيث أن حذف المتعلق يفيد العموم، فidel على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلا إذنه، إلا أن الإشكال الثاني يرد عليه.

لا يقال: إن ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر في وجوب الرد.

فإنّه يرد: بأن ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل.

فالحق أن يستدلّ له: بأنه المستفاد من النصوص المتفرقة. ففي صحيح البزنطي الوارد في اللقطة: «وإن جاءك طالب لا تتهمه رده عليه». وفي صدره في الطير الذي يعرف صاحبه قال عليهما: «إذا عرف صاحبه رده إليه»^(١). وغير ذلك من النصوص. فإن المستفاد منها - لا سيما بعد ملاحظة الآية الشريفة الواردة في الأمانات «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها»^(٢)، وتسالم الأصحاب على هذا الحكم - وجوب رد مال الغير إلى صاحبه.

الجهة الثانية: في معنى الرد والأداء، وأنّه هل يكون مجرد إعلام المالك بذلك، والتخلية بينه وبين ماله، أم هو حمله إليه وإقباضه منه، أم كل من الأمرين مصدق للأداء والرد، أم يكون ذلك في الأمانة بالتخلية، وفي غيرها بالإقباض من المالك، كما لعلّ المشهور؟ أقول.

الأظهر هو الأخير، فإن حقيقة الرد والأداء إيصال الشيء إلى محله، وحيثند إذا كان المال أمانة عند شخص، فرده لا يتم إلا بالتخلية بينه وبين مالكه، لأنّ بها يخلع الأمين نفسه عن السلطة عليه، ويدخله تحت سلطنة المالك، ويوصل الشيء إلى محله. وأمّا محل المال خارجاً فهو كلّ مكان رضي به المالك أو الشارع الأقدس، وحيث أن وجود

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ١٠٢. (٢) النساء الآية، ٥٨.

وأقى توهم: أن هذا بإذنه حيث أنه دفعه باختياره، فمندفع بأنه إنما ملكه إياته عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامه العوض له شرعاً، انتفي الإذن.^١ والمفروض أن كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشأها المالك، وكونه مالاً للمالك وأمانة في يده أيضاً مثلاً يؤذن فيه، ولو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنه لو ملكه مجاناً كانت هبة جديدة.

هذا، ولكن الذي يظهر من «المبسوط» عدم الأثم في إمساكه، معللاً بأنه قبضه بإذن مالكه، وكذا «السرائر» ناسباً له إلى الأصحاب، وهو ضعيف، والنسبة غير ثابتة، ولا يبعد إرادة صورة الجهل لأنّه لا يعاقب.

المال خارجاً عند الأمين إنما يكون برضاء المالك، أو بإذن من ولئه أمره - أي الشارع الأقدس - فلا يكون في غير محله كي يكون مكلفاً بالردّ الخارجي.

وأقى إذا كان المال مغصوباً، فأدائه ورده إنما يكون بالإقباض منه، إذ كما أن كونه تحت سلطنة الغاصب في غير محله، فلابد من إيصاله إلى محله، كذلك كونه عنده خارجاً يكون في غير محله، فلابد من إيصاله إليه بالإقباض منه.

وبما ذكرناه ظهر أنه لو نقل الأمين الوديعة من بلد الإيداع إلى بلد آخر بغیر داعي الحفظ، وبدون إذن من مالكه أو الشارع، وجوب ردّها إلى بلد الإيداع.

الجهة الثالثة: في أنه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الأمانة، فيكتفي في

ردّ التخلية، أم يكون من قبيل المغصوب فيجب الإقباض؟

والأشهر هو الأول، وذلك في العقود الجائزة واضح، لأنّه مع عدم كون المالك ملزماً بالدفع، لا محالة يكون دفعه للمال عن الرضا، وقد مرّ أن الإستئمان المالكي هو التسلطي عن الرضا، وأقى في العقود الالزمه فلاته حين إقدامه على العقد المقتصي للدفع، لا محالة كان راضياً بالدفع والتسلط، والظاهر بقائه على حاله نوعاً إلى ما بعد العقد، وهذا هو الوجه في كون يده أمانية، فلا يرد عليه ما ذكره المصتف^٢.

١. بقوله: (إنّه إنما ملكه إياته عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضية... انتفي الإذن).

إذ الوجه في كونه استئماناً هو الإذن الخارجي لا الإذن العقدي.

الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعدة منفعة استوفاها المشتري قبل الرد^١، كان عليه

وبما ذكرناه ظهر أنه يمكن أن يقال: إن النزاع في المقام صغروي، إذ من يقول بجواز التصرف، يقول بذلك فيما إذا أحرز رضا المالك بالتصرف في ماله، ولو كان رضا تقديرياً، ومن يقول بالعدم فإنما هو في غير هذه الصورة.

الجهة الرابعة: في أنه إذا توقف الرد على المؤونة، فهل يجب بذلها على المشتري من جهة أنه لا يتم الرد إلا به، أم لا يجب لقوله عائلاً: «لا ضرر»^(١).

أم أن هناك تفصيل بين المؤونة القليلة والكثيرة، فيجب البذل في الأولى، ولا يجب في الثانية، من جهة عدم صدق الضرر على البذل القليل، بخلاف بذل المؤونة الكثيرة، كما هو الظاهر من المتن في باديء النظر.

أم يفضل بين ما إذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد مال الغير، فهو على القابض، وإن كانت زائدة عليه، فلا يجب بذلها، كما هو محتمل المتن، وصريح المحقق النائيني^(٢)؟

وجوه: أقوالها الأخيرة، وذلك لأنه إذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال، لا محالة يكون دليلاً وجوباً الرد أخص من حديث لا ضرر فيخصص به، وإن كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل.

ضمان المنافع المستوفاة

١. الثالث: فيما لو كان للعين المبتاعدة منفعة استوفاها المشتري قبل الرد.

والكلام في هذا الأمر يقع في مقامين:

الأول: في المنافع المستوفاة.

الثاني: في المنافع غير المستوفاة.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب إحياء الموات - وغيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدم من «السرائر» - من كونه بمنزلة المغصوب - الاتفاق على الحكم.

أقا الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

أحدهما: في الدليل على الضمان.

ثانيهما: فيما استدلّ به على عدم الضمان.

أقا المورد الأول: فيمكن أن يستدلّ له بوجوه:

الوجه الأول: عموم على اليد^(١). بناءً على ما تقدم من أنّ اليد على المنافع إنما يكون بتبع اليد على الأعيان، وأنّ الحديث يدلّ على الضمان.

الوجه الثاني: الرواية الواردة في الأمة المبتاعدة إذا وجدت مسروقة، بعد أن أولدها المشتري، الدالة على أنّه «يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة»^(٢). بالتقريب المتقدم في أول هذا البحث.

الوجه الثالث: صحيح أبي ولاد^(٣) الآتي، الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاة. نعم، هذان الوجهان لا يصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كما مستعرف.

الوجه الرابع: قاعدة من أتلف، المستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة، وجملة منه موارد العقود الإستئمائية كالمضاربة والرهن وغيرها^(٤)، فإنه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتقريط، وجملة منها في غيرها، مثل ما ورد في القصار يخرق الثواب من قوله علیه السلام: «فهو ضامن»، أو «غرمه بما جنت به يده»^(٥). وغيره.

ودعوى: عدم صدق المال على المنفعة، قد مرّ جوابها في أول الكتاب.

(١) سنن البيهقي ج ٦ - ص ٩٠ - وكتنز الععمال ج ٥، ص ٢٥٧.

(٢) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حدیث ٣.

(٣) الوسائل - باب ٧ - من أبواب كتاب الغصب - وباب ١٧ - من أبواب كتاب الإجارة حدیث ١.

(٤) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب المضاربة - وباب ٧ - من أبواب كتاب الرهن.

(٥) الوسائل - باب ٢٩ - من أبواب كتاب الإجارة.

ويدل عليه عموم قوله: «لَا يحِلُّ مال امْرَءٍ مُسْلِمٍ لِأَخِيهِ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ»، بناءً^١ على صدق المال على المتنفعه. ولذا يجعل ثمناً في البيع وصداقاً في التكاح، خلافاً للوسيلة فنفي الضمان محتاجاً بأنّ الخراج بالضمان كما في النبوى المرسل^٢ وتفسيره أنّ من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببية أو المقابلة، فالمشتري لما أقدم على ضمان المبيع وتقبله على نفسه، بتقبيل البائع وتضمينه إياته على أن يكون الخراج له مجاناً، كان اللازم من ذلك أنّ خراجه له على تقدير الفساد، كما أنّ الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً.

والحاصل: أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجعه إلى أنّ الغنية والفائدة بإزاء الغرامه. وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله - في مقام الإشتئاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري - : «ألا ترى أنها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟»، ونحوه في الرهن وغيره.

وفيه: أنّ هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتباعان حتى يكون الخراج بإزائه، وإنما هو أمر قهري حكم به الشارع، كما حكم بضمان المقوض بالستوم والمغصوب. فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج، التزام الشيء على نفسه وتقبله له مع إمضاء

ثم إنّه قد استدلّ له بوجوه أخر:

١. منها: قاعدة احترام مال المسلم.

ومنها: قاعدة نفي الضرر.

وقد تقدم أنّه لا يمكن إثبات الضمان بهذه الوجوه.

وأمّا المورد الثاني: فقد استدلّ على عدم الضمان :

٢. بالنبوى المرسل: «الخرج بالضمان»^(١).

بتقرير: إنّه يدلّ على أنّ من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه فخراجه - أي منافعه - له مجاناً.

وتنقيح القول في النبوى المرسل - بعد تسليم قوّة سنته لعمل قدماء أصحابنا به، مع أنه محلّ نظر - فإنّه وإن استدلّ شيخ الطائفة به في جملة من الموارد في محكي

(١) راجع صحيح الترمذى، ج ٥، ص ٢٨٥، وسنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٥٥، والمبسot كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

«المبسوط»، والعلامة رحمه الله في باب الغصب من كتاب التذكرة، إلا أن هذا المقدار لا يكفي في جبر ضعف السند. وبعد تسليم أن ما ذكره العلامة رحمه الله من اختصاص النبوى بالبيع إنما هو اجتهاد منه في تطبيقه على البيع - أنه فيه احتمالات: أحدها: أن المراد بالضمان المعنى الإسم المصدرى، وكونه بمعنى التعهد المالى، فيكون مفاد الخبر أن المنافع لمن هو ضامن للعين، وإن كان ضمانه قهراً، عليه كما فهمه أبو حنيفة.

ثانيها: أن المراد به المعنى المصدرى، أي إحداث الضمان، سواءً أ مضاه الشارع أم لا، فيكون مفاده أن المنافع لمن أقدم على الضمان، فيشمل العقود المعاوضية، صحيحة كانت أم فاسدة، ولا يشمل موارد عدم إقدام الشخص على الضمان، وهو الذي فهمه ابن حمزة وجعله مدركاً لعدم ضمان المنافع في المقوبض بالعقد الفاسد.

ثالثها: أن المراد بالضمان المعنى المصدرى، مع إ مضاه الشارع له، فيختص الخبر بالعقود المعاوضية الصحيحة، والظاهر أنه الذي فهمه المشهور منه.

رابعها: أن المراد به كون تلف العين مملوكة للشخص، يعني أن المنافع تكون لمن كانت العين ملكه، بحيث لو تلفت تلفت من ملكه، وهو الذي فهمه شيخ الطائفة من الخبر، فيكون مفاده تبعية ملكيّة المنافع لملكية العين، فيكون أجنبياً عن المقام.

خامسها: أن المراد بالضمان أحد المعانى الثلاثة الأولى، ولكن مع كون المراد به ضمان نفس المنفعة لا العين، فيكون مفاده: إن المنافع تملك بلا ملك للعين، ويدل على صحة الإجراء.

سادسها: أن المراد به ضمان الأرض، والمراد بالخارج الضريبة المعينة المفروضة على الأراضي الخراجية، فيكون مفاده: أن الخارج يثبت في عهدة ضامن الأرض ومتقبلاها.

سابعها: أن المراد به ضمان التكفل، فيكون مفاده: أن فائدة العين إنما تكون بإزاء دخول العين في كفالة مالكها، بحيث لو كان حيواناً لكان عليه نفقته وحفظه وإصلاحه.

الشارع له، وربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة^١، حيث أنه أقدم على ضمانها مع أن خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة، وإنما تملك الانتفاع الذي عينه المالك، فتأمل.

أقول: أثنا الاحتمال الأخير فيدفعه: أن ملكية المنفعة إنما تكون تابعة لملك العين لا لكونها في كفالته، مع أنه يختص الخبر حينئذ بمثل الحيوان، ولا يشمل غيره. وأثنا الاحتمال السادس: فهو خلاف إطلاقه، فإن حذف المتعلق يفيد العموم. وأثنا الاحتمال الرابع: فقد مر ما فيه في بيان المراد من قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده.

وأثنا الاحتمال الأول: فيدفعه صحيح أبي ولاد الآتي الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين.

وأثنا الاحتمال الثاني: فيدفعه أنه مع عدم إمساء الشارع، لا تتحقق حقيقة لإحداث الضمان، مع أنه يلزم منه حينئذ ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم، مع أنه يلزم منه أنه لو ضمن بشيء في ضمن عقد صحيح كونه مالكاً لمنافعه. فيدور الأمر بين الثالث والخامس.

والالأظهر هو الأول، فإن ظاهر القضية أن المنفعة إنما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التي هي الداعية إليه، ومعلوم أن الداعي للإقدام على الضمان في العقود المعاوضية هي المنافع، ومع الإغماض عن ما ذكرناه لأجمال الخبر لا يستند إليه في الحكم بعدم ضمان المنافع المستوفاة.

١. قوله: (وربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة). ويمكن دفعه: بأن المراد بالضمان - على المعنى الذي اختاره المصطفى^ص في معنى الخبر وافقاً للمشهور وقوينا - هو ثبوته في الذمة دون كون العين في العهد، ومعلوم أن هذا المعنى لا يكون في العارية المضمونة، ويختص بالعقود المعاوضية الصحيحة. مع أنه في العارية المضمونة أيضاً كذلك، فإنه لا فرق بين تملك المنفعة والانتفاع، فإن معنى كون الخراج له، أنه ينتفع بمنافعه مجاناً كان ذلك لملكية المنفعة أو الانتفاع، ولعل الأمر بالتأمل في الكتاب إشارة إلى ذلك.

والحاصل: أن دلالة الرواية لا تقتصر عن سندتها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه، وعدم حله إلا عن طيب النفس.
وربما يرد هذا القول: بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد،
وعوض اللّبن بل عوض كلّ ما انتفع.

وفيه: إن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين، من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير، وأضعف من ذلك رده بصحيحة أبي ولاد المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة، ردًا على أبي حنيفة القائل بأنّه إذا تحقق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراهاً، كما يظهر من تلك الصحيحة. نعم، لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق القول بأنّ الخراج بالضمان، انتهت الصحيحة وما قبلها ردًا عليه. هذا كلّه في المنفعة المستوفاة.
وأمّا المنفعة الفائتة بغير استيفاء^١، فالمشهور فيها أيضاً الضمان.

حكم المنافع غير المستوفاة

١. قوله: (وأمّا المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان).

هذا هو المقام الثاني: وهو في المنافع الفائتة بغير استيفاء.

فالمشهور فيها أيضاً الضمان.

والكلام فيه في موردين:

الأول: في دليل الضمان.

الثاني: فيما استدلّ به على عدم الضمان.

أما المورد الأول: فيدلّ على الضمان حديث على اليد، بناءً على ما تقدم في بيان مدرك قاعدة (ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده) من شمول الحديث للمنافع.
وتشهد له أيضاً قاعدة الإتلاف، فإن حبس العين ومنع مالكها عن الإنفاق بها، يعدّ إتلافاً لمنافعها عرفاً.

وعن المحقق الخراساني^٢: الاستدلال له: بأنّ من آثار ضمان العين ضمان منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل لضمان منافعها.

ولعله لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين^١ فهي مقبوسة في يده، ولذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر، ويتحقق قبض التّن في السّلم بقبض الجارية المجعلو خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجعلو سكناها ثمناً. مضافاً إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم، إذ كونه في يد غير مالكه مدة طويلة، من غير أجرة، مناف للاحترام. لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة، بأنّ مجرد ذلك لا يكفي في تتحقق الضمان، إلا أن يندرج في عموم (على اليد ما أخذت) فلا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع، وحصولها في اليد بقبض العين، لا يجب صدق الأخذ، ودعوى أنه كنایة عن مطلق الاستياء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة.

وأمّا احترام مال المسلم، فإنّما يقتضي عدم حلّ التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنّما يتحقق ذلك في الاستياء، فالحكم بعدم الضمان مطلقاً - كما عن «الإيضاح» - أو مع علم البائع بالفساد - كما عن بعض آخر - موافق للأصل التسليم، مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة (ما لا يضمن بصححه لا يضمن بفاسده).

وفيه: إن أُريد بذلك أنه يصدق الإستياء واليد على المنافع بالإستياء واليد على العين، فهو يرجع إلى التمسّك بحديث اليد.

وإن أُريد به ما ذكره المحقق الإيرلناني^٢ من أنّ أداء العين المجعلو غاية للضمان، لا يكون إلا بأدائها بمنافعها وفروعها.

فيرد عليه: أنه إن لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين، لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها، فإنّ الغاية أداء نفس ما يكون تحت اليد لا شيء آخر، وإن أُريد به غير ذلك فعليه البيان.

١. قوله: (ولعله لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين).

هذه هي الصغرى لقياس الذي يكون نتيجته الضمان، فلابد وأن تنضم إليها ما يدل على الضمان من قاعدة اليد أو الإتلاف، أو الاحترام، وشيء منها لا يصلح للحكم بالضمان كما سبق ذلك .

وأمّا المورد الثاني: فقد استدلّ لعدم الضمان بوجوه:

الوجه الأول: أنّ مقتضى قاعدة (ما لا يضمن بصححه لا يضمن بفاسده) ذلك، فإنّ

ومن المعلوم أن صحيحاً يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة، لأنها له مجاناً، ولا يتقدّم الثمن عليها، وضمانها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة لأنها بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف، مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة، من الجارية المسروقة المباعة، الساكتة من ضمان غيرها في مقام البيان^١.

المنافع لا تضمن في العقد الصحيح فكذلك في فاسده. وفيه أولاً: ما تقدّم من أن القاعدة إنما تختصّ بصورة التلف، ولا تشتمل صورة الإتلاف، وقد عرفت صدق الإتلاف على تلف المنافع. وثانياً: إن مقتضى قاعدة (ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده) ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة، وبضميمة عدم الفصل بين البيع والإجارة يثبت الضمان في المقام. وثالثاً: ما تقدّم من أن المنافع خارجة عن مورد العقد ومصبه، والقاعدة أصلاً وعكساً مختصة بما هو مصب العقد.

الوجه الثاني: أن البائع في صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجاناً.

وفيه: إن البائع لا نظر له إلى المنافع، وإنما يسلط المشتري على العين، إذ ليس متعلق العقد المنفعة، وإنما هو العين، مع أن هذا لا يختصّ بغير المستوفاة كما لا يخفى.

١. الوجه الثالث: قوله عليه السلام في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة، بعد أن أولدها المشتري: «يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمتها»^(١)، بتقريب أنه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة، وساكت عن ضمان غيرها في مقام البيان.

وفيه: إن الخبر وارد في مقام بيان منفعة واحدة، وأنه يكون الولد حراً، وعليه قيمته، ولذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الآخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما.

والغريب أن المصنف^{بيه} في أول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان في

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث .٣

وكذا صحيحة محمد بن قيس، الواردة فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها»^١، وسكت عن المنافع الفائتة. فإن عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع، يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى. وإن النصاف أن للتوقف في المسألة - كما في «المسالك» تبعاً للدروس و«التقديح» مجازاً - وربما يظهر من «القواعد» في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسدة، اختصاص الإشكال، والتوقف بصورة علم البائع، على ما استظهره السيد العميد والمحقق الثاني من عبارة الكتاب، وعن الفخر حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء.

المقبوض بالعقد الفاسد تعرض لهذه الرواية، وجعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاة، وفي المقام جعلها من المستوفاة، وقد تقدم ما هو الحق عندنا.

١. الوجه الرابع: صحيح محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، قال عليه السلام: «خذ وليدتك وابنها»^(١).

بتقرير: أنه ساكت عن المنافع الفائتة، وهو وإن ورد فيما إذا كانت العين لغير البائع، إلا أنه يدل على حكم المقام بالأولوية. ويرد عليه ما أوردناه على سابقه.

الوجه الخامس: صحيح أبي ولاد الآتي الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة، دون غيرها^(٢). وإذا ثبت عدم الضمان في المغصوب، ثبت في المقام بالأولوية. وفيه: إنه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة، فإنه وإن كان يتصور له منفعة أخرى، إلا أنها تضاد مع ما استوفاه.

وبعبارة أخرى: كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البدل، وحيث أنه استوفي واحدة منها، ولم تكن هناك فائدة أخرى يمكن استيفائها فائتة، كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة. مع أنه عليه السلام في هذا الصحيح في مقام الرد على أبي حنيفة، وبيان أن عليه كري البغل وليس في مقام بيان أحكام أخرى.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث .١

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب كتاب الإجارة حديث .١

فيتحصل من ذلك كله: أن الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة: الأول الضمان وكأنه للأكثر، الثاني عدم الضمان كما عن «الإيضاح»، الثالث الضمان إلا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرياع، الرابع التوقف في هذه الصورة^١، كما استظهره «جامع المقاصد»، والسيد العميد من عبارة «القواعد»، الخامس التوقف مطلقاً كما عن «الدروس» و«التقىح» و«المسالك»، ومحتمل «القواعد»، كما يظهر من فخر الدين، وقد عرفت أن التوقف أقرب إلى الإنصاف، إلا أن المحكي من «الذكرة» ما لفظه: (إن منافع الأموال من العبد والثياب والعقارات وغيرها، مضمونة بالتفويت، والفوائد تحت اليد العادية، ولو غصب عبداً أو جارية أو عقاراً أو حيواناً ملوكاً ضمن منافعه، سواءً اختلفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده، بأن بقيت مدة في يده لا يستعملها، عند علمائنا أجمع)، ولا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصاً مع علمه، سيما مع جهل البائع به، وأظهر منه ما في «السرائر» في آخر باب الإجارة من الاتفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائنة، مع قوله في باب البيع: (إن البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم عن إمساكه)، انتهى. وعلى هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّة^٢، وأن المترافق من ظاهر صحيحة أبي ولاد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة، إلا إنّا لم نجد بذلك عاملأً في المغصوب الذي هو موردها.

١. قوله: (الرابع التوقف في هذه الصورة).

لا يخفى ما في عدم التوقف في الحكم مطلقاً - أو مع العلم بالفساد من الأقوال في المسألة، فالآقوال ثلاثة.

٢. قوله: (وعلى هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّة).

لا يخفى أنه ^{عَنْهُ} حكم بالضمان أولاً، ثم بعدمه، ثم توقف في حكم المسألة، ثم قوى الضمان.

وأورد عليه السيد في الحاشية: بأنه إن لم يتم ما ذكر وجهاً للضمان، لما صرّ القول به لأجل الإجماعين المنقولين، بعد عدم حجّية الإجماع المنقول، وعدم معلومية الشمول للمقام، فتحصل مما ذكرناه أنّ الأظهر هو الضمان.

الرّابع: إذا تلف المبيع، فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف^١، إلّا ما يحكي عن ظاهر الإسکافي. وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي، فالشيخ وابن زهرة وابن إدريس والمحقق وتلميذه والعلامة وغيرهم قدس الله أرواحهم، بل المشهور على ما

المثلي والقيمي

١. الرابع: إذا تلف المبيع؛ فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف.

والكلام في هذا الأمر يقع في موضع:

الأول: في تعريف المثلي والقيمي.

الثاني: في أنه لو شك في مورد في أنه يجب رد المثل أو القيمة، مقتضى الأصول العملية رد أيهما؟

الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية.

أقول: وقبل الشروع في البحث في هذه الموضع لابد من التنبيه على أمر، وهو: أنه لم يقع لفظا المثلي والقيمي في شيء من الروايات. نعم، المشهور بين الأصحاب أنه لو تلف شيء تحت يد غير المالك - الذي لا يكون مأذوناً فيه - يجب رد مثله إن كان من المثلثات، ورد قيمته إن كان من القيمتات. بل ادعى عليه الإجماع، وحيث إن المثلي والقيمي ليسا من المفاهيم الواضحة المصاديق، واختلفت كلماتهم فيهما في جملة من الموارد، فقد وقع الخلاف في :

أنه هل يرجع إلى العرف في تفسيرهما، ولا يتبع تفسير العلماء، وإن اتفقا على أمر مخالف لما هو المتفاهم عند العرف .

أم لابد من البناء على المثلية في خصوص ما إذا اتفقت كلماتهم على كون شيء كذلك ولا يرجع في ذلك إلى العرف.

أم لا اعتبار بالعرف، ولا باتفاق العلماء، بل يرجع في كل مورد إلى ما يفهم من إطلاقات أدلة الضمان.

حکی : أنه ما يتساوى أجزاءه من حيث القيمة^١ ، والمراد بأجزاءه ما يصدق عليه اسم الحقيقة، والمراد بتساويها من حيث القيمة، تساويها بالنسبة، بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر، كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار. ولذا قيل في توضيحه: إن المقدار منه إذا كان يساوي قيمة، فنصفه يستوي نصف تلك القيمة، ومن هنا رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من التقدين قيمياً، قال: (إذ لو انفصلت نقصت قيمتها).

قلت: وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً، إذ لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع، إلا أن يقال: إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه وهو الصحيح، ولذا لا يعد الجريش مثلاً للحنطة ولا الدقاقة مثلاً للأرز.

ومنشأ هذا الخلاف أن الإجماع على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة: هل هو من قبيل الإجماع على القاعدة، ويكون الإجماع كاشفاً عن صدور الحكم عن المعصوم عليهما متعلقاً بهذين العنوانين.

أم هو من قبيل الإجماع على الحكم في الموارد الخاصة، يجمعها تفسير المجمعين لها بذينك العنوانين.

أم هو من قبيل الإجماع على تفسير الإطلاقات الواردة في الضمان، وليس من قبيل الإجماع على القاعدة، ولا من قبيل الإجماع على الحكم ؟

إذ على الأول لابد من الرجوع في تفسيرهما إلى العرف، كما هو شأن في العنوانين المأخوذة في متون النصوص، ولا عبرة بتفسير الفقهاء.

وعلى الثاني لابد من الأخذ بما اتفق عليه المجمعون، ولا عبرة بنظر العرف وفهمهم كما هو واضح.

وعلى الثالث لا عبرة بشيء منها.

وحيث إنه لم يثبت كون الإجماع في المقام من أيّ قسم من هذه الأقسام فلا دليل لكون العبرة بنظر العرف ولا بتفسير الفقهاء، وعليه فيتعين الرجوع إلى الأدلة - وستعرف مقتضاهما - فلا أثر للنزاع في أن المثلي ما هو.

وكيف كان، فقد عرفت أنه يقع الكلام في مواضع:

الموضع الأول: في تعريف المثلي والقيمي. فعن المشهور تفسير المثلي:

١. (بأنه ما يتساوى أجزاءه من حيث القيمة).

ومن هنا يظهر أنَّ كُلَّ نوع من أنواع الجنس الواحد، بل كُلَّ صنف من أصناف نوع واحد، مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف، فلا يرد ما قيل: (من إِنْ أَرِيدُ التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيءٍ من المعرف، إذ ما من مثلي إلا وأجزاءه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإنَّ قفيزاً من حنطة تساوي عشرة، ومن أخرى تساوي عشرين، وإنْ أَرِيدُ التساوي في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب والأرض)، انتهى. وقد لوح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا من أنَّ كون الحنطة مثالية، معناه أنَّ كُلَّ صنف منها متماثل الأجزاء ومتساوي في القيمة، لا بمعنى أنَّ جميع أبعاض هذا النوع متساوية في القيمة. فإذا كان المضمون بعضاً من صنف فالواجب دفع مساوته من هذا الصنف لا القيمة، ولا بعض من صنف آخر، لكنَّ الإنصاف أنَّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم، فإنَّهم يطلقون المثالي على جنس الحنطة والشعير ونحوهما، مع عدم صدق التعريف عليه، وإطلاق المثالي على الجنس باعتبار مثالية أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن بعيداً، إلا أنَّ انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً.

والمراد من الأجزاء الجزئيات والأفراد، والمراد من التساوي التساوي من غير جهة الكم. فمحض المراد: أنَّ المثالي ما له مماثل في الصورة والصفات التي تختلف بها الرغبات وتنتفاوت بها القيم.

وأظنَّ أنَّ ما عن «التحرير» من تفسيره: (بما تمثلت أجزاءه وتقارب صفاته). وما عن «الدروس» و«الروضة» من: (أنَّه المتساوي الأجزاء والمنفة المتقارب الصفات).

وما عن بعضهم من: (أنَّه ما يجوز بيعه سلماً).

وما عن آخر: (ما يجوز بيع بعضه ببعض).

أيضاً ترجع إلى هذا المعنى، ولا اختلاف بينهم بحسب المراد.

وقد أورد على هذا التعريف بإيرادات:

١. الأوّل: أنَّه أَرِيدُ بالتساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيءٍ من الموارد، إذ ما من مثلي إلا وأجزاءه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإنَّ قفيزاً من حنطة تساوي عشرة، ومن أخرى تساوي عشرين. وإنْ أَرِيدُ التساوي في الجملة، فهو في القيمي موجود كالثوب والأرض.

وفيه: إنَّ الميزان وجود المماثل له، كان الجامع بينهما هو الصنف أو النوع أو الجنس،

إلا أن يهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها، كما التزمه بعضهم، غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف أو القرض، وهذا أبعد، مضافاً إلى أنه يشكل اطراد التعريف بناءً على هذا: بأنه إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوياً حقيقة، فقل ما يتافق ذلك من الصنف الواحد من النوع، لأن أشخاص ذلك الصنف لا يكاد يتساوون في القيمة، لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها، كما لا يخفى. وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة، وإن لم يتساو حقيقة، تتحقق ذلك في أكثر القيميات^١، فإن نوع الجارية أصنافاً متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة، وبهذا الاعتبار يصح السلم فيها.

ولذا اختار العلامة في باب القرض من «التذكرة» - على ما حكي عنه - على أن ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله.

وقد عد الشيخ في «المبسوط» الربط والفاكه من القيميات، مع أن كل نوع منها مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفاً، ثم لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنوع القيمية عزيز الوجود، بخلاف الأنوع المثلية، لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم، يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمة الحكم بضمان المثل بالمثل والقيمي بالقيمة. ثم إنه قد عُرف المثل بتعريف آخر أعم من التعريف المتقدم أو أخص.

ففي الحنطة يكون كل صنف منها مثلياً، وهذا هو مراد كل من جعلها مثليّة.

١. الثاني: أنه إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوياً حقيقة، فقلما يتافق ذلك في الصنف الواحد من النوع. وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة تتحقق ذلك في أكثر القيميات.

وفيه: أن المراد هو الأول، وعرفت أن المراد هو التساوي في الصفات الموجبة لاختلاف القيم، وعليه فدعوى اختلاف أفراد الصنف الواحد في الصفات الموجبة لاختلافها في المالية مجازفة، واختلاف الرغبات بمحاجحة بعض الخصوصيات غير الدخلية في المالية، بالنسبة إلى الأفراد من صنف واحد، وإن كان لا ينكر، إلا أنه لا يضر بالمثلية.

فعن «التحرير»: (أنه ما تماثلت أجزاءه وتقارب صفاته). وعن «الدروس» و«الروضة»: (أنه المتساوي الأجزاء والمنتفعة المتقارب الصفات). وعن «المسالك» و«الكافية»: (أنه أقرب التعريفات إلى السلامه)، وعن «غاية المراد»: ما تساوى أجزاؤه في الحقيقة التواعية. وعن بعض العامة: (أنه ما قدر بالكيل أو الوزن)، وعن آخر منهم: (زيادة جواز بيعه سلماً). وعن ثالث منهم: (زيادة جواز بيع بعضه ببعض). إلى غير ذلك مما حکاه في «الذكرة» عن العامة، ثم لا يخفى أنه ليس للفظ المثلثي حقيقة شرعية ولا مترسّعية، وليس المراد معناه اللغوي إذ المراد بالمثل لغة المماثل. فإن أريد من جميع الجهات غير منعكس، وإن أريد من بعضها غير مطرد^١. وليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتّى يبحث عنه. نعم، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على أن المثلثي يضمن بالمثل وغيره بالقيمة.

ومن المعلوم أنه لا يجوز الاتّكال في تعين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين، مع مخالفة الباقيين، وحينئذ فينبغي أن يقال: كلما كان مثلياً باتفاق المجمعين، فلا إشكال في ضمانه بالمثل للإجماع، ويبقى ما كان مخالفاً فيه بينهم، كالذهب والفضة الغير المسكونين، فإن صريح الشيخ في «المبسوط» كونهما من القيمتين، وظاهر غيره كونهما مثليتين، وكذا الحديد والنحاس والرصاص فإن ظواهر عباري «المبسوط» و«الغنية» و«السرائر» كونها قيمية، وعبارة «التحرير» صريحة في كون أصولها مثليّة، وإن كان المتصوّغ منها قيمياً. وقد صرّح الشيخ في «المبسوط»

الثالث: إنّه ربما يوجد لبعض ما هو من القيمتين مماثل بهذا المعنى، كما لو فرضنا حيوانين مثليين في جميع الخصوصيات، مع أنه لا ريب في كون الحيوان قيمياً. وإلى هذا نظر المصنف^٢ حيث قال:

١. (إنّ أريد من جميع الجهات غير منعكس، وإن أريد من بعضها غير مطرد).
وفيه: إنّ الميزان هو وجود المماثل نوعاً وبحسب الغالب، ولا عبرة بوجود المثل في النادر، إذ أهل العرف يحكمون بضمان القيمة في هذه الموارد.
وأمام القيدان الآخران اللذان ذكرهما المحقق النائيني^٣ :
- أحدهما: أن يكون التساوي في الصفات بحسب الخلقة الإلهية كالحبوبات، لا ما كان كذلك بحسب الصناعة البشرية، فالمسكونات من القيمتين لا المثليّات.
- ثانيهما: أن يتغيّر بالبقاء أو بتأثير من الهواء كالفواكه.

بكون الرّطب والعنب قيمياً، والتمر والزّبيب مثلياً.
وقال في محكي «المختلف»: (إنَّ فِي الْفَرْقِ إِشْكَالًا)، بل صرَّح ببعض من قارب عصرنا
بكون الرّطب والعنب مثليين، وقد حكى عن موضع من «جامع المقاصد» أنَّ الثوب
مثلي والمشهور خلافه.
وأيضاً فقد مثّلوا للمثلية بالحنطة والشعير، ولم يُعلم أنَّ المراد نوعهما أو كلَّ

صنف، وما المعيار في الصنف، وكذا التمر.
والحاصل: أنَّ موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة، فلابدَ من ملاحظة
أنَّ الأصل الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة، أو تخمير المالك أو
الضامن بين المثل والقيمة، ولا يبعد أن يقال إنَّ الأصل هو تخمير الضامن، لأصالة
براءة ذمته عما زاد على ما يختاره^١، فإنَّ فرض إجماع على خلافه، فالاصل تخمير المالك

فلا يكونان معتبرين، إذ لا وجاه لتوهُّم اعتبارهما سوى عدّ جمع من العلماء هذه
الأشياء - أي ما تساوت جزئياته بحسب الصناعة البشرية، وما يتغيّر بالبقاء وبتأثير
الهواء من القيميّات - مع أنه يكون الاختلاف في ذلك بحسب الأزمان والأمكنة
والكيفيات، ومن الواضح أنه لو كان شيء مثلياً في زماننا كالثوب والكتاب وغيرهما -
عُومل معه معاملة المثلية، وإن كان في سالف الزمان من القيميّات.

بيان ما هو المرجع عند الشك في المثلية والقيمية

الموضع الثاني: في بيان المرجع عند الشك في المثلية والقيمية.
وفيه وجوه وأقوال:

- ١ - إنَّ الأصل الذي يرجع إليه هو تخمير الضامن بين المثل والقيمة.
- ٢ - إنه تخمير المالك بينهما.
- ٣ - الضمان بالمثل.
- ٤ - الضمان بالقيمة.
- ٥ - القرعة.

٦ - الرجوع إلى الصلح القهري.

وقد استدلَّ للأول:

١. بأصالة براءة ذمة الضامن عما زاد على ما يختاره.

وأورد عليه بإيرادات:

الإيراد الأول: إن الإجماع قائم على عدم التخيير بين المثل والقيمة، فإنه إما يتعين المثل أو القيمة.

وفيه أولاً: إنه في الشبهة الحكمية لم يثبت إجماع تعبدى على عدم التخيير بينهما واقعاً، بل هو أيضاً محتمل.

وثانياً: أن المجمع عليه إنما هو عدم التخيير واقعاً لا عدمه ولو في الظاهر.

الإيراد الثاني: ما عن جماعة من المحققين، منهم المحقق النائيني والمتحقق الإصفهاني، وهو: أن المقام من قبيل دوران الأمر بين المتباينين. فإن المراد بالقيمة ليس هي المالية السارية في كل مال بالحمل الشائع - حتى يقال إن وجوب اداء المالية متيقن والشك في وجوب رعاية أمر زائد، وهي خصوصية الطبيعة المماطلة للتالف، فيجري عنها البراءة - بل المراد بها المالية المحضة التي لا مطابق لها إلا المالية القائمة بالدرهم والدينار وأشباههما، ولذا ليس للضامن أن يؤدي بدل القيمي التالف شيئاً آخر، فتعين النقود في القيمتين شاهد على كون القيمة هي المالية المحضة لا المالية السارية، فالتفاوت بين المثل والقيمة كالتفاوت بين الماهية بشرط لا والماهية بشرط شيء، وهما متبايانان، فلا بد من الاحتياط، ولا مورد للبراءة.

وفيه: إن القيمة التي ضمن بها في القيمتين، هي صرف المالية لا المالية بشرط لا، وحيث أن مطابقها هي النقود، وأما غيرها فيكون له - مع قطع النظر عن المالية - خصوصيات آخر، فللمالك طلب النقد خاصة، والإمتناع عن قبول الخصوصية التي يبذلها البازل. ولذا لو رضي المالك بشيء آخر غير النقددين، كان أداءه وفاءً لما في ذمته، ولا يحتاج إلى معاملة جديدة. وعليه ففي مورد الشك في المثلية والقيمية يصح أن يقال إن اشتغال الذمة بصرف المالية معلوم، والشك إنما هو في الإشتغال بالخصوصية الزائدة، والأصل عدمها، وحيث أن الشك المزبور سبب للشك في لزوم إعطاء صرف المالية المعرفة عن الخصوصية تحصيلاً لرضا المالك، وثبتت حقيقته فيها على وجه يكون

لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك^١، مضافاً إلى عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر^٢. والأقوى تخمير المالك من أول الأمر، لأصالة الاشتغال^٣، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع.

له الإمتاع عن الخصوصية لو اراد الضامن دفعها، فتجري البراءة عن ذلك أيضاً . فتكون نتيجة الأصلين تخمير الضامن في دفع أيهما شاء.

الإبراد الثالث: إن الدوران بينهما إن لم يكن من قبيل دوران الأمر بين المتبادرتين، فهو من قبيل دوران الأمر بين التعيين والتخيير، والأصل في الدوران بينهما هو التخيير لا التعيين.

الإبراد الرابع: إن الحكم الظاهري يعتبر فيه عدم العلم بالمخالفة للواقع، وإلا فلا يكون مجعلولاً . وفي المقام إذا علمنا بأن الواقع إتا المثل معيناً أو القيمة كذلك، فيعلم بأن التخيير غير مطابق للواقع، فلا وجه للبناء عليه.

وفيه: إن التخيير الذي بنينا عليه، ليس بنفسه مفاد أصل من الأصول، بل هو نتيجة جريان البراءتين اللتين لا علم بمخالفته كل واحدة منها للواقع، والعلم بمخالفتهما معاً للواقع لا يضر بجريانهما معاً.

فتحصل: أن الأظهر هو تخمير الضامن.

وقد استدل المصنف لتخمير المالك بوجوه :

١. الأولى: أصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك.

٢. الثاني: أن مقتضى عموم على اليد، عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر.

وسياطي الكلام على ذلك في الموضع الثالث.

٣. أصالة الاشتغال.

توضيح هذا الوجه: أنه إذا لم تجر أصالة البراءة بالقياس إلى الضامن، لما تقدم، وتعيين عليه دفعهما، واختار المالك أحدهما، لا ريب في كونه مسقطاً للذمة، لأن ما يختاره إما

نعم، يمكن أن يقال بعد عدم الذليل لترجح أحد الأقوال، والإجماع على عدم تخير المالك التخيير في الأداء، من جهة دوران الأمر بين المذورين، أعني تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة، ولا للضامن الامتناع، وبين تعين القيمة كذلك، فلا متىًّن في البين، ولا يمكن البراءة اليقينية عند التنازع، فهو من باب تخير المجتهد في الفتوى، فتأمل.

هو البدل الواقعي، أو يكون بدل البدل من جهة رضاء المالك بغير الجنس في مقام الوفاء. وعلى أيّ تقدير يكون مسقطاً، مما يختاره المالك يكون مسقطاً قطعاً وغيره مشكوك فيه، والأصل عدم السقوط، إلاّ بما يختاره المالك.

وفيه: إنّ محلَّ الكلام إنما هو فيما إذا لم يرض المالك إلاّ بما هو حقّه، ولم يرض الضامن إلاّ بدفع ما يجب عليه دفعه واقعاً. وأمّا صورة تراضيهمَا على أمر فهي خارجة عن محلَّ الكلام، فإنّه في هذه الصورة لا كلام في جواز ردِّ القيمة وإن تعين دفع المثل، وكذلك العكس، ومن المعلوم أنّ اختيار المالك ليس معيناً لما يجب دفعه، ولا هو بنفسه موضوع للحكم كما لا يخفى.

واستدلُّ للثالث - وهو تعين المثل - بوجهين:

الوجه الأول: أنَّ المثل والقيمة من قبيل الأقل والأكثر، والدوران بينهما من قبيل دوران الأمر بين التعين والتخيير، والأصل في هذا المورد هو التعين.

وفيه: ما حقّقناه في محلِّه من أنَّ الأصل فيه هو التخيير.

الوجه الثاني: أنَّ مقتضى عموم (على اليد) هو تعين دفع المثل مطلقاً، خرج عنه بالإجماع القيميّات، ومن الواضح أنَّ الإجماع إنما يكون حجّة فيما ثبت قيمته، فالمرجع في صورة الشكّ هو عموم العام.

وفيه: إنَّه لو سلَّم كون مقتضى عموم (على اليد) هو تعين المثل مطلقاً، أنَّ الخارج عنه بالإجماع ليس هي الموارد الخاصة، بل عنوان القيمي، فلو شكَّ في شيء أنه قيمي أو مثلي يكون من الشكّ في المصدق، وليس المرجع فيه عموم العام، لعدم جواز التمسّك بالعام في الشبهة المصداقية.

واستدلّ للقول الرابع: بأنّ مقتضى النبوي هو لزوم دفع القيمة مطلقاً، خرج منه المثلي، فمع الشك فيه يرجع إلى عموم العام.

وفيه: - مضافاً إلى ما سترى من عدم دلالة النبوي في نفسه على ذلك - أنه عند الشك في كون شيء مثلياً بالشبهة الموضوعية، لا يعُد عموم العام مرجعاً كما تقدم آنفأ.
واستدلّ للقول الخامس: بعموم أدلة القرعة^(١).

وفيه أولاً: إنما يرجع إليها في صورة عدم تعين الوظيفة بالamarah أو الأصل، وقد عرفت أنّ مقتضى الأصل هو تخدير الضامن.
وثانياً: أنه تختص أدلة الشبهة الموضوعية، ولا تشمل الشبهة الحكمية.

واستدلّ للقول السادس: بأنّه من جهة أنّ الأمر دائرة بين المتبادرتين، وكما يجب على الضامن دفعهما معاً قضاءاً للعلم الإجمالي، لا يجوز على المالكأخذهما للعلم الإجمالي بحرمة أحدهما، فلا مناص إلا عن الصلح.
وفيه: ما عرفت من أنّ الأصل يقتضي تخدير الضامن.

ما تقتضيه الأدلة الإجتهادية عند الشك في المثلية والقيمية

الموضع الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الإجتهادية في هذا المقام، والأدلة التي ركنا إليها في المقام ثلاثة:

الدليل الأول: النبوي المتقدم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».
وقد استظهر المصنف بـالله منه تخدير المالك، بتقرير أنه يدلّ من جهة جعل الغاية أداء العين خاصة على بقاء عهدة العين، وأنه لا رافع لها سوى أدائها، وقد قام الإجماع على سقوطها بدفع ما رضي به المالك وبقي الباقي.

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، كتاب القضاة.

وهذا هو الذي مرّ في الموضع الثاني من نقل عبارته، ووعدنا البحث فيها في هذا الموضوع.

وفيه: إنّ الوجوه المحتملة في الحديث أربعة:

أحدها: أن يكون الحديث مختصاً بما قبل التلف، من جهة ظهور كلمة (حتى) في كون مدخلها رافعاً لما قبلها وغايةً له، وظهور ذلك في كونه ممكّن الحصول، إذ عليه تكون الغاية قرينة على اختصاص الحكم الثابت في المعنى بحال وجود العين.
ثانيها: أن يكون الحديث دالاً على كون العين في العهدة ما دام وجودها، وبتلفها تنقلب العهدة إلى ذمة المثل أو القيمة كما عليه المشهور، من جهة أنّ مفاد الحديث كون المأْخوذ تلفه على الآخذ.

ثالثها: أن يكون المراد به بقاء العين في العهدة ولو بعد التلف، ويكون دفع المثل أو القيمة مسقطاً لها، وقد اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين.

رابعها: أن يكون مفاده بقاء العين في العهدة حتى بعد التلف، ودفع المثل أو القيمة إنما يكون من باب الجمع بين الحقيقين، يعني حق المالك لمطالبة العين، وحق الضامن كي لا يكلّف بغير المقدور.

وما ذكره رحمه الله لا يتم على شيء من هذه الوجوه:
أثنا على الأول: فواضح.

وأثنا على الثاني: فلأن سقوط العهدة بالتلف معلوم، والشك إنما هو فيما ثبت في الذمة، فلا وجه للتمسّك بالعموم في هذا المقام.

وأثنا على الثالث: فلأن التخصيص الذي قام الإجماع عليه، ليس بعنوان ما يختاره المالك، بل هو إنما يكون بالمثل أو القيمة.

فعلى القول بأنّهما من قبيل المتبادرتين لا سبيل إلى التمسّك بالعموم، وعلى القول بأنّهما من قبيل الأقل والأكثر، وإن كان يتمسّك بالعموم في الشبهة المفهومية،

هذا، ولكن يمكن أن يقال إنّ القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفترط فيها، وغير ذلك هو الضمان بالمثل؛ لأنّه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات^١، ثمّ بعده قيمة التالف من النقادين وشبيههما، لأنّهما أقرب من حيث المالية، لأنّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما، ولأجل الاتكال على هذا الظهور، لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها، قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل - كلّها إلا ما شدّ وندر - قد أطلق فيها الضمان، فلو لا الاعتماد على ما هو المتعارف، لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان، وقد

ولكن لازمه تعين المثل، مع أنّه لا يرجع إليه في الشبهة الموضوعية.
وأمّا على الرابع: فلا شكّ في بقاء العهدة حتّى يتمسّك بالعموم، بل وجوب دفع البدل إنّما يكون ثابتاً بدليل آخر.
ويدفع الإحتمال الأول، لزوم رカاكه هذا الكلام، إذ كون أداء العين رافعاً ومسقطاً لعهدها واضح لا يحتاج إلى بيان.

مع أنّ ما ذكر من ظهور الجملة، في كون الغاية ممكّن الحصول، إنّما يتمّ بالقياس إلى ما لا يمكن حصوله، لا ما إذا أمكن في زمان دون زمان، كما لا يخفى.
ويدفع الإحتمال الأخير الضرورة والإجماع.

فيدور الأمر بين الثاني والثالث.

أقول: والأظهر هو الثالث، إذ كون العين بنفسها في العهدة أمرٌ معقول ثبوتاً حتّى بعد تلفها، وعدّها في عالم العين لا ينافي وجودها في عالم الإعتبار، وحيث أنّ الظاهر من الحديث كون المأخذ بنفسه في العهدة، فلا وجه لصرف ذلك عن ظاهره.

١. الدليل الثاني: إنّ مقتضى إطلاقات أدلة الضمان الواردة في المغصوبات والأمانات المفترط فيها ذلك هو الضمان بالمثل، إذ هي على كثرتها لا تكون متعرّضة لبيان المضمون

استدل في «المبسوط» و«المختلف» على ضمان المثلثي بالمثل والقيمي بالقيمة، بقوله تعالى^١: «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمَثَلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ».

به إلا ما شد وندر، فيعلم من ذلك اتكاله على ما هو المتعارف عند الناس. ومن المعلوم أن المتعين عندهم تعين رد ما هو الأقرب إلى العين، بعد عدم إمكان رد العين نفسها، والأقرب هو المثل لكونه تداركاً للمالية، والخصوصيات الفائنة التي تختلف بها الرغبات، فيتعين ذلك.

وفي صورة عدم التمكن من ردّه أيضاً يراعى ما هو الأقرب إلى التالف بعد المثل، وهو القيمة من الندين أو شبههما، لأنّ غيرهما مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف، ومعلوم أنّ غير المشتمل على خصوصيات المغايرة أقرب من المشتمل عليها.

وبعبارة أخرى: إنّ غير الندين إنما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما. وفيه أولاً: إنه لو تم لاختص لزوم أداء المثل بما إذا كان موجوداً نوعاً، إذ المعلوم من حال العلاء رعاية للحكمة عدم التضمين بالأقرب مطلقاً، فلا عبرة بوجوده أحياناً. وثانياً: إنّ الأقربية ليست مناط الحكم، بل العبرة - على التقريب المتقدم - بما هو المتعارف عند الناس، ومن المعلوم من حالهم أنه لا نظر لهم في هذا المقام إلا إلى الماليّة، ولذا تراهم لا يطالبون المثل لو سقط عن الماليّة، ولا يلتفتون إليه، ولا يلزمون بدفعه إذا زادت قيمته.

وبالجملة: المعيار عندهم هو القيمة، وعليه فهذا الوجه يعين القيمة.

١. الدليل الثالث: قوله تعالى: «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمَثَلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»^(١)، قيل: إنه يدل على تعين المثل في المثل والقيمة في غيره، بتقريب أنّ مماثل

(١) البقرة الآية ١٩٤.

بتقرير: أنّ مماثل ما اعتقدى هو المثل في المثل والمقدمة في غيره، واحتصاص الحكم بالمتلطف عدواً^١ لا يدح بعد عدم القول بالفصل. وربما يناقش في الآية بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء، لا المعنى به^٢. وفيه نظر. نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه، بالقول المشهور، لأنّ

ما اعتقدى هو المثل في المثل والمقدمة في القيمي.
وأورد عليه بوجوه:

١. الأولى: أنّه مختص بالمتلطف عدواً.

٢. الثاني: (إنّ مدلوله اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعنى به).

الثالث: أنّ النسبة بين مقتضاه ومذهب المشهور عموم من وجهه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الآية الشريفة، ولا يضمن به عند المشهور، كما لو أتلف عليه عبداً وله في ذمة المالك بسبب القرض عبد موصوف بصفات التالف، فإنّ مقتضى الآية الشريفة التهاتر القهري، والمشهور غير متزمتين بذلك.

وقد ينعكس الأمر، كما لو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فإنّ مقتضى الآية عدم جواز إزام المالك بالمثل لاقتضائها اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية، والمشهور متزمون بتعيين المثل، وقد يجتمعان في المضمون به.

وفي الجميع نظر:

أما الأولى: فلعدم القول بالفصل.

وأما الثاني: فلأنّ الظاهر من الآية المماثلة في المعنى به، لأنّ حملها على إرادة المماثلة في الاعتداء، يستلزم كون الباء زائدة، وكون المثل صفة لمفهوم مطلق محدود وهو الاعتداء وهذا خلاف الظاهر.

وأما الثالث: فلعدم كونه إشكالاً على الاستدلال بالآية الشريفة، مع أنه سمع ما فيه.

مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية^١، وهذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيمتين، سواءً وجد المثل فيها أم لا. أما مع وجود المثل فيها، كما لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف والآية إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك، ولو بأضعاف قيمته، ودفعه إلى مالك الذراع المختلف، مع أنّ القائل بقيمة الثوب لا يقول به، وكذا لو أتلف عليه عبداً وله في ذمة المالك بسبب القرض أو السلم عبداً موصوف بصفات التالف، فإنّهم لا يحکمون بالتهاجر القهري، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبادين.

ولكن الإنصاف: أنّ مقتضى إطلاق الآية الشريفة – لا سيما بعد ملاحظة موردها، وهو مقاتلة المشركين في الشهر الحرام، وما عن «التهذيب» عن الإمام الصادق علیه السلام: «في الرجل قتل رجلاً في الحرم، أو سرق في الحرم؟ قال علیه السلام: يُقام عليه الحدّ وصاغرًا، لأنّه لم ير للحرم حُرمة، وقد قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَ عَلَيْكُم﴾، فقال: هذا هو في الحرم، وقال: ﴿لَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ فقال: هذا هو في الحرم، وقال: لا عدوان إلا على ظالمين^(١) – هو إرادة الأعمّ من المماثلة في الاعتداء والمعتدى به وكيفياته، إلا أنها لا تدلّ على الضمان واحتلال الذمة، بل تدلّ على جواز الاعتداء بالمثل، فلو تصرف في حنطته جاز له التصرف في حنطته أيضاً، ولا تدلّ على أزيد من ذلك.

أقول: ثم يقع الكلام في أنّه على فرض دلالة الآية على الضمان، هل تدلّ على أنّ ضمان المثل ينبع بالمثل والقيمي بالقيمة كما عن شيخ الطائفة؟
١. أو تدلّ على وجوب المماثلة في الحقيقة والمالية في جميع الموارد كما اختاره المصنف علیه السلام؟

أم تدلّ على غير ذلك؟
محتملاتها أربعة:

الاحتمال الأول: أن يراد بالمماثلة المماثلة المطلقة – أي المماثلة في الحقيقة والمالية – من جهة أن المماثلة المطلقة هي المماثلة بلا عنایة، ولازم ذلك ما أفاده الشیخ علیه السلام من أنّه لو نقص قيمة المثل عن التالف لا يجتزيء به في مقام الأداء.

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب مقدمات الطواف من كتاب الحجّ حديث ١.

نعم، ذهب جماعة منهم الشهيدان في «الدروس» و«المسالك» إلى جواز رد العين المقترضة إذا كانت قيمية، لكن لعله من جهة صدق أداء القرض بأداء العين^١، لأن جهة ضمان القيمي بالمثل، ولذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها، وإن كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

وأماماً مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر، كما لو تعذر المثل في المثل، فيتضمن بقيمته يوم الدفع كالمثل، ولا يقولون به، وأيضاً ولو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب إلزام المالك بالمثل، لافتراضهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية، مع أن المشهور كما يظهر من بعض إلزامه به.

الاحتمال الثاني: أن يُراد بها المماثلة في الحقيقة خاصة، من جهة أنها المماثلة العرفية، ولا زمه ما أفاده المشهور من تعين المثل وإن نقص قيمته عن التالف.

الاحتمال الثالث: أن يُراد بها المماثلة في المالية، من جهة أن الأغراض العقلائية في باب الأموال متعلقة بحقيقة المالية، ولا زمه تعين القيمة مطلقاً.

الاحتمال الرابع: أن يُراد بها مطلق المماثلة - أي المماثلة من أي وجه كان - ولا زمه التخيير في أداء أيهما شاء.

والأظهر منها هو الثاني، كما لا يخفى وجهه.
فظهر مما ذكرناه أمور:

الأمر الأول: أن ما نسب إلى شيخ الطائفة، من دلالة الآية على أن المثل يضمن بالمثل والقيمي بالقيمة، لا يمكن تصحيحه وتطبيق الآية عليه.

الأمر الثاني: أن ما اختاره المصنف بِاللهِ خلاف الظاهر.

الأمر الثالث: أن ما اختاره المشهور هو الذي تدل عليه الآية على فرض دلالتها.

١. قوله: (لكن لعله من جهة صدق أداء القرض بأداء العين).

وفيه: أن إذا كان المفروض عدم حل عقد القرض، وكون المتعين في القيميات القيمة، لزم عدم كفاية رد العين، لعدم كونها من مصاديق ما ثبت في الذمة، فمن يفتني بجواز رد العين لا مناص من بنائه على كون ردّها حَلّاً لعقد القرض، أو أن القيمة في القيميات

وإن قوى خلافه بعض، بل ربما احتمل جواز دفع المثل. ولو سقط من القيمة بالكلية وإن كان الحق خلافه، فتبين أن النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ولا يضمن به عند المشهور، كما في أكثر الأمثلة، ثم إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة – على تقدير تحققه - لا يجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففي موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآية^١، بناءً على ما هو الحق المحقق من أن العام المخصوص بالمجمل مفهوماً المتعدد بين الأقل والأكثر، لا يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك.

فحائل الكلام: أن ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل، مع مراعاة الصفات التي يختلف بها الرغبات، وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التاليف، بناءً على تحقق الإجماع على إهمال هذا التفاوت، مضافاً إلى الخبر الوارد في أن اللازم على من عليه دراهم الثابت في ذمة من اقرض دراهم وأسقطها السلطان ور وج غيرها هي الدرارم الأولى^٢، وما أجمع على كونه قيماً يضمن بالقيمة، بناءً على ما سيجيء

لاتكون متعيّنة بل أدائها من باب الإرافق، وعليه فكما يجوز رد العين يجوز رد المثل.

١. قوله: (وعmom الآية).

ما ذكره لا يتم في الشبهة المصداقية، لعدم جواز التمسك بالعام فيها مطلقاً.

٢. قوله: (مضافاً إلى الخبر الوارد في أن اللازم على من عليه دراهم الثابت في ذمة...

هي الدرارم الأولى) النص هو صحيح معاوية: «عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدرارم أو تغيرت، ولا يباع بها شيء، الصاحب الدرارم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال عليه السلام: صاحب الدرارم الأولى»^(١).

ومكتبة يونس إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: «أنه كان لى على رجل دراهم، وأن السلطان أسقط تلك الدرارم، وجاءت دراهم أعلى من الدرارم الأولى، ولها اليوم وضيعة، فائي شيء له عليه الأولى التي أسقطها السلطان أو الدرارم التي أجازها السلطان؟

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الصرف حديث ٤.

من الاتفاق على ذلك وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمة المالك وما شَكَ في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتاليف، ومع الاختلاف الحق بالقيمي^١، فتأمّل^٢.

فكتب عائلاً: لك الدراهم الأولى^(١).

وظاهرهما في بادئ النظر وإن كان سقوط مالية الدراهم رأساً، إلا أنّهما قابلان للحمل على نقص القيمة.

وبإزائهم مكاتبة أخرى ليونس، قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عائلاً أنّ لي على رجل ثلاثة الآف درهم، وكانت تلك الدراهم تُتفق بين الناس تلك الأيام، ولم يستتنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟ قال: فكتب عائلاً إلى لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس»، والترجح للأولين.
١. قوله: (ومع الاختلاف الحق بالقيمي).

ربما يورد عليه: - كما عن جمع من المحسّين منهم السيد الطباطبائي عَلِيُّ - من أنه بناءً على الرجوع إلى عموم ما دلّ على وجوب المثل مطلقاً في مورد الشك في المثلية والقيمية - كما هو مختاره عَلِيُّ على ما صرّح به قبل أسطر - لا فرق بين ما علم مثليته وما شَكَ فيها، فكما أنه في المورد الأول يجب أداء المثل وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع عن قيمة التاليف، كذلك في المورد الثاني لأبدٍ من البناء عليه، فلا وجه للبناء على الإلحاق بالقيمي. ولكن الظاهر هو الفرق بينهما، فإنه فيما علم مثليته إنّما حكم بذلك للإجماع المختص بذلك المورد، وإلا فقد صرّح قبل ذلك بأنّ مقتضى الآية وإطلاقات الضمان، عدم إلزم المالك بالمثل، لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية، وعلى هذا ففي مورد الشك حيث لا إجماع على ذلك، فلا يكون هو المعني.

٢. قوله: (فتتأمّل).

الظاهر أنه إشارة إلى أنّ مقتضى الأدلة المتقدمة - على مسلكه، من دلالتها على اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية - هو دفع المثل مع تفاوت القيمة، لا الرجوع إلى القيمة مطلقاً.

(١) نفس المصدر: ح١.

الخامس: ذكر في «القواعد»: (أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردد) انتهى^١.

أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل، بأن صار قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء، ولا خلاف^٢ كما صرّح به في «الخلاف» حيث قال: (إذا غصب ماله مثل كالحبوب والأدهان، فعليه مثل ما تلف في يده، يشتريه بأي ثمن كان بلا خلاف). وفي «المبسوط»: (يشتريه بأي ثمن كان إجماعاً)، انتهى.

إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل

١. قوله (الخامس: ذكر في «القواعد»: أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد).

أقول: قبل الشروع في البحث لابد من تقديم مقدمات:
الأولى: أنه إذا كانت العين موجودة بنفسها، وجب ردّها وإن زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية، أو لترقي القيمة السوقية. وإن نقصت قيمتها، فإن كان ذلك من جهة تلف وصف من أوصافها أو جزء منها، وجب ردّ تفاوت القيمة لعموم على اليد، وإن كان ذلك من جهة تنزّل القيمة السوقية، يكتفي بردّها، لعدم اشتغال ذمتها إلا بها، بل لو سقطت عن الماليّة بالكلية لا يجب عليه ردّ شيء آخر.

الثانية: ما تقدّم من أن الحق شغل الذمة بنفس العين إلى حين الأداء، بمعنى كون العين في العهدة وأن الانتقال إلى المثل أو القيمة إنما هو حين الأداء.

٢. الثالثة: أن محل الكلام في المقام ليس هو ما إذا ازدادت القيمة السوقية للمثل، بأن صار قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فإنه لا إشكال في هذا المورد في وجوب الشراء، فإنه إن أريد أداء القيمة لابد من أداء قيمة يوم الأداء. فعلى أي تقدير يتعمّن صرف هذا المقدار من المال، فلا وجه لتوهم عدم وجوب الشراء لحديث نفي الضرر وغيره، بل محل البحث ما إذا لم يوجد المثل إلا عند من لا يبيعه إلا بثمن غال، وهي الصورة الثانية للمسألة ذكرها المصطف^٣ بعد التعرّض لمسألة أخرى، وهي:

ووجهه عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثل، ويؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف، لا يوجب الانتقال إلى القيمة. بل ربما احتدل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية^١ كالماء على الشاطئ، والثلج في الشتاء.

إذا سقط المثل عن المالية

١. قوله: (بل ربما احتدل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية). قد تقدم أنه لا إشكال في أنه إذا سقطت العين المأخوذة عن المالية، من دون أن ينقص منها شيء، ولا من صفاتها ومنافتها، لا يجب عليه شيء سوى ردها. إنما الكلام فيما إذا تلفت وكانت مثالية وسقط المثل عن المالية. والأظهر عدم الانتقال إلى القيمة، وكفاية رد المثل، وذلك فإن مقتضى الأدلة وجوب المثل، وأمام المالية المنتزعة من ميل الناس ورغبتهم، أو اعتبار من بيده الاعتبار كالتومن المتداول في هذا الزمان، فهي لا تكون مضمونة. وإن شئت قلت: إن العين بما لها من خصوصيات تكون في العهدة إلى حين الأداء، وهي في الفرض حين الأداء لا قيمة لها، فلا وجه للانتقال إلى القيمة، وأداء قيمة يوم الأخذ أو يوم التلف.

والفائت إنما هو رغبات الناس أو اعتبار المعتبر لا شيء من المأخوذ. ويشهد لما اخترناه - مضافاً إلى أنه مقتضى القاعدة - : صحيح معاوية بن سعيد: «عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدرارم أو تغيرت، ولا بيع بها شيء، الصاحب الدرارم الأولى، أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال عليه السلام: لصاحب الدرارم الدرارم الأولى»^(١). وقد استدلّ لضمان المالية في هذه الصورة بوجوه: الوجه الأول: أن الزمان والمكان من خصوصيات العين الدخلية في ماليتها، فإن الماء

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الصرف حديث .٤

في مفازة الحجاز غير الماء على الشاطئ، والثلج في الشتاء غير الشلح في الصيف، فإذا أخذ الماء في المفازة والثلج في الصيف، تكون خصوصية الزمان والمكان في عهدة الضامن، ولا يكون ردّهما في الشاطئ والشتاء أداءً للمأخذ، فلا مناص عن ردّ القيمة أداءً للخصوصيتين.

وفيه: - مضافاً إلى أنّ لازم ذلك لزوم تدارك المالية إذا سقطت العين عن المالية، وتدارك النقصان إذا نقص المثل عن التاليف من حيث القيمة، مع أنّهم غير متزمين بذلك - أنّ الزمان والمكان ليسا دخيلين في المالية، بل أصل القيمة وترقيها ينشأان من كثرة الراغب وقلة الوجود، كما أنّ عدمها وتنزّلها ينشأان من كثرة الوجود وقلة الطالب، بلا دخل للزمان والمكان في ذلك، فإنّ الثلح في الصيف إذا كثُر لو قل طالبه تنقص ماليته، أو يسقط عنها، وهو في الشتاء إذا قل وكثُر راغبه يصير غالياً. فالمعيار ما ذكرناه.

وبالجملة: سقوط المالية تارةً يكون من جهة نقص في ذلك الشيء، كما إذا صار الثلح ماءً، وأخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لأجل كثرة وجوده، أو غير ذلك مع بقاءه على ما هو عليه من الخصوصيات.

ففي الأول يحكم بالضمان لعموم أدلةه، ولا يحكم به في الثاني.

الوجه الثاني: حديث لا ضرر^(١) بتقريب أنّ المأخذ حين أخذه كان له مالية، فإذا ردّ مثله مع عدم المالية له من دون تداركه، يكون ذلك ضرراً على المالك، والحديث ينفيه.

وفيه: إنّ لو كان مفاد الحديث ما اختاره بعض معاصرى الشيخ الأعظم رحمه الله - وهو نفي الضرر غير المتدارك - تمّ ما ذكر، فإنّ لازمه ثبوت التدارك في موارد الضرر بالأمر به في الشريعة المقدّسة، وإن كان ثبوت ضمان الآخذ على هذا الوجه أيضاً لا يخلو من إشكال، فإنّ غاية ما يقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك، أمّا كون المتدارك هو الآخذ فلا يدلّ عليه، فليكن التدارك من بيت المال. ولكن قد حقّقنا في محله ضعف المبني، وأنّ

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب إحياء الموات .

وأمّا إن كان لأجل تعدد المثل وعدم وجادنه إلّا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس، مع وصف الإعوان، بحيث يعدّ بذلك ما يريد مالكه بإزائه ضرراً عرفاً، والظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة «القواعد»: (أنّ الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل)، وإنّما زاد على ثمن التالّف يوم التالّف.

وحيثُنَّ فيمكن التردّد في الصورة الثانية، كما قيل من إنّ الموجود بأكثر

الحديث إنّما ينفي الأحكام الضررية، ولا يثبت به حكم، فلا يثبت به الضمان في المقام.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمه الله، وهو أنّ دليل وجوب رد المثل إنّما يكون دليلاً على التضمين والتغريم، فلابدّ من رعاية حيّثيّة الماليّة، إذ المال التالّف لا يندرّك إلّا بالمال. ثمّ قال: (ومنه تبيّن الفرق بين سقوط العين عن الماليّة، وسقوط المثل عن الماليّة، فإنّ ردّ الملك بلحاظ ملكيّتها لا بلحاظ ماليّتها، لكن التضمين والتغريم بلحاظ ماليّتها، فيجب حفظ الماليّة في الثاني دون الأول).

ولكن يرد عليه رحمه الله أمران:

الأمر الأوّل: إنّه لا فرق بين العين والمثل، ووجوب رد كليهما إنّما ثبت بعموم على اليد، وهو بالنسبة إليّهما على حدّ سواء، فلو قلنا بلزم الغرامة الماليّة في المثل لا مناص عن القول به في العين.

الأمر الثاني: إنّ أدلة الضمان إنّما تدلّ على وجوب رد العين مع وجودها، والمثل بعد تلفها إنّما كان مثليّاً، وقد تقدّم أنّ المماثلة المعتبرة هي المماثلة من حيث الحقيقة، وحيث أنّ الماليّة ليست صفة في العين أو المثل، فلا وجه لضمانتها.

وإن شئت قلت: إنّ العين بعد تلفها إنّما تكون في العهدة إلى حين الأداء، وهي على الفرض لا ماليّة لها حينه، فلا وجه للأدائها.

فتتحصل: أنّ الأظهر بحسب القواعد ما اختاره صاحب الجواهر رحمه الله واحتمله في القواعد من أنه إذا سقط المثل عن الماليّة لا ينتقل الفرض إلى القيمة، بل يكفي رد المثل.

من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبة في الكفار والهدي، وأنه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف القيمة وهو ضرر، ولكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء^١ وفاقاً للتحرير، كما عن «الإيضاح» و«الدروس» و«جامع المقاصد»، بل إطلاق «السرائر»، ونفي الخلاف المتقدم عن «الخلاف» لعین ما ذكر في الصورة الأولى^٢.

الصورة الثانية

وكيف كان، فالآقوال في ما هو محل البحث، وهو ما إذا لم يوجد المثل إلا عند من لا يبعه إلا بشمن غال ثلاثة :

١. الأول: ما عن جماعة منهم المصنف للله وهو وجوب الشراء
الثاني: عدم وجوب الشراء وأن حكمه حكم تعدد المثل - وسيأتي - اختاره جمع آخرون.

الثالث: ما أفاده السيد للله وغيره، وهو التفصيل بين ما لو علم الآخذ بعدم الاستحقاق، وما لو لم يعلم بذلك، فيجب الشراء في الأول دون الثاني.

٢. واستدلل للأول: بإطلاق النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي.
وفيه: إن إطلاق النص ترفع اليه عنه بحديث لا ضرر^(١) الحاكم على جميع أدلة الأحكام الواقعية.

وأورد على التمسك بحديث لا ضرر في المقام بإيرادات:
الأول: أن هذا الحكم بنفسه ضرري في جميع الموارد، فلا م حالة يكون دليلاً مختصاً للحديث.

وفيه: إنه لا يتم بالنسبة إلى المقدار الرائد كما لا يخفى.
الثاني: أن جريان دليل الضرر في إلزم الضامن بالشراء، يعارض مع منع المالك من مطالبة المثل بحقه.
وفيه: أن كون حقه المثل في هذا الفرض أول الكلام.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب أحياء الموات وغيره من أبواب المتقدمة إليها الإشارة.

الثالث: إنّه لا ضرر في متعلق التكليف وهو دفع المثل، وإنّما الضرر في مقدّماته وهو

شراء المثل بأزيد من ثمن المثل، فلا وجه للتمسّك بحديث نفي الضرر لعدم وجوبه.

وفيه أولاً: أنّ المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لا ضرر.

وثانياً: إنّ حديث لا ضرر لا يختصّ بما إذا كان متعلق الحكم ضررياً، بل يدلّ على

نفي الحكم الناشيء من قبله الضرر. وفي المقام الضرر إنّما ينشأ من وجوب دفع المثل.

الرابع: إنّ الضامن بنفسه أقدم عليه بقبضه مال الغير بلا استحقاق.

وفيه أولاً: أنّه لو تمّ فإنّما هو في صورة العلم بعدم الاستحقاق، وأمّا في صورة الجهل

فلا يتمّ.

وثانياً: إنّ أخذ العين إنّما يكون إقداماً على ضمان المثل، وإن كان لم يوجد إلا بأكثر

من ثمن المثل إذا كان حكمه في الشريعة هو ذلك، فلا يصحّ تعليل الحكم بذلك

لاستلزماته الدور.

وبعبارة أخرى: الإقدام على الضرر إنّما يكون متوقّفاً على ثبوت هذا الحكم، ولو

توقف ذلك عليه لزم الدور.

وثالثاً: إنّ الإقدام على الضرر ليس من مواطن جريان الحديث لا ضرر إلا في الموارد

التي يكون رفع الحكم خلاف الإمتنان أو غير موافق له.

والغريب أنّ السيد رحمه الله تبناه في «العروة»، ولذا أفتى ببطلان وضوء من تحمل الضرر

وتوضّأ، ومع ذلك في المقام استند إلى قاعدة الإقدام.

ورابعاً: إنّ الإقدام المانع عن جريان الحديث والتمسّك به، هو الإقدام على الضرر

- كما لو توضّأ بالماء مع كون الوضوء ضررياً، أو اشتري شيئاً مع علمه بعدم مساواة

قيمته مع الثمن. وأمّا لو فعل فعلاً الذي لو حكم الشارع بحكم يكون ذلك الحكم

ضررياً، كما لو أكل في الليل شيئاً يكون أكله سبباً لصيروحة الصوم ضررياً عليه، أو

أجنب نفسه مع كون الغسل ضررياً عليه - فلا يكون ذلك الإقدام سبباً لعدم شمول

ثم إنّه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل، بين كونه في مكان التلف أو غيره^١، ولا بين كون قيمة في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا، وفاما لظاهر المحكي عن «التحرير» و«الذكرة» و«الإيضاح» و«الدروس» و«جامع المقاصد»، وفي «السرائر»: (أنّه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة، وأصول المذهب)، وهو كذلك، لعموم: «الناس مسلطون على أموالهم»، هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، وأمّا مع تعرّفه فسيأتي حكمه في المسألة السادسة.

الحديث. فتدبر فإنه دقيق.

والمقام من قبيل الثاني، فإنّ الذي أقدم عليه ليس إلا أخذ العين، وهو ليس ضررًا، بل الضرر إنّما ينشأ من حكم الشارع بوجوب رد المثل فيشمله لا ضرر.

فتحصل: أنّ مقتضي حديث لا ضرر عدم وجوب الشراء ويشهد له: - مضافاً إلى ذلك - ما تقدّم من أنّ وجوب رد المثل إنّما هو فيما لو كان المثل كثيراً مبذولاً، وإلا فهو قيمي، ولا فرق في ذلك بين كون عزة الوجود بدوية أو طارئة، فكون الشيء مثلياً في زمانٍ، لا يوجب كونه كذلك إلى الأبد. فالظهور عدم وجوب الشراء.

وممّا ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وجوابه.

١. قوله: (لا فرق في جواز مطالبة المالك بين كونه في مكان التلف أو غيره).
أقول: لا ينبغي التوقف في جواز مطالبة المالك لماله من العين أو المثل في أي مكان كان، لعموم قوله: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، وكذا لا إشكال في وجوب رد العين إذا كانت موجودة، والمثل إذا كانت قيمته في مكان المطالبة مساوية لقيمة في مكان التلف.

وإنّما الكلام فيما إذا كانت قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف، ففيه وجوه وأقوال:

الأول: وجوب ردّه على الضامن.

الثاني: عدم وجوبه.

(١) البخاري ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

السادس: لو تُعذر المثل في المثل^١، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك، لأنّ منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر^٢، فوجوب القيمة جمعاً

الثالث: التفصيل بين البلدان التي نقل الضامن العين إليها وبين غيرها، فإنّ طالبه في أحد تلك البلدان وجب الرد، وإن طالبه في غيرها لا يجب.
واستدلّ السيد رحمه الله للأخير: بانصراف أدلة الضمان، نظير ما يقال في القرض من الانصراف إلى بلد وقوعه، فإنّ المستفاد منها وجوب الرد والدفع في مكان ذلك المال، ولا يفهم جواز الإلزام في كلّ مكان طالب به المالك.
وفيه: إنّه في باب القرض يتمّ ما ذكر، لكون الانصراف هناك عقدياً، وهذا بخلاف باب الضمان.

والالأظهر هو الأول، لأنّ العين لا تخرج عن العهدة بعد تلفها كما تقدّم، فمال المالك في عهدة الضامن، ومقتضى عموم «على اليد ما أخذت» وغيره من الأدلة، لزوم الخروج عن عهده في أيّ مكان كانت المطالبة.

لو تُعذر المثل في المثل

١. قوله: (السادس: لو تُعذر المثل في المثل).
والكلام في هذا الأمر يقع في مقامات:
المقام الأول: في أنّه إذا تعذر المثل في المثل هل يكون مضموناً بالقيمة أم لا؟
والكلام في هذا المقام يقع في موردين:
المورد الأول: في ما إذا طالب المالك.
المورد الثاني: في فرض عدم مطالبته.
أثنا المورد الأول: فقد استدلّ على الانتقال إلى القيمة بوجوه:
٢. أحدهما: ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله: (لأنّ منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل

منفي بالتعذر فوجب القيمة جمّاً بين الحقيقين).

وفيه: أنّ الامتناع عن أداء القيمة إنّما يكون ظلماً إذا كان حقّه هو القيمة في فرض تعذر المثل، وإلاّ فلو كان حقّه هو المثل فهو بنفسه متعدّر، لا أنّه ممنوع عن حقّه، فثبتوت الاستحقاق به دوري.

الثاني: ما أفاده السيد في الحاشية والمحقّق النائيني رحمه الله، وهو أنّ للعين جهات ثلاثة: الخصوصيّة الشخصيّة، والخصوصيّة النوعيّة، والحيثيّة الماليّة. فبمقتضى الأدلة وجب ردّ جميعها على الآخذ.

فكمما أنّه إذا امتنع ردّ الخصوصيّة الشخصيّة، لم يسقط وجوب ردّ الجهتين الأخيرتين، كذلك إذا امتنع ردّ الخصوصيّة النوعيّة، لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فيجب ردّ القيمة من هذه الجهة.

وفيه: أنّ الماليّة الواجب ردّها في المثل، إنّما هي الماليّة الخاصّة الموجودة في المثل، فوجوب ردّ ماليّة أخرى مجرّدة عن الخصوصيّة النوعيّة، مع كون التالف مثليّاً يحتاج إلى دليل آخر.

الثالث: ما استند إليه السيد رحمه الله أيضاً، وهو حديث لا ضرر^(١)، فإنه يدلّ على نفي كلّ حكم وجودي أو عدمي ينشأ منه الضرر في الشريعة، ومن تلك الأحكام هذا الحكم.

وفيه: أنّ لزوم الصبر على المالك، وجواز تأخير الضامن بالقياس إلى المثل، وإن كانوا ضررين، إلا أنّهما عقليان ومن باب تعذر أدائه .

وأمّا عدم لزوم أداء القيمة فهو لا يكون ضرراً عليه، فإنّ الامتناع عمّا لا يستحقّه لا يكون ضرراً عليه، وإثبات حقّه به دور واضح.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب إحياء الموات وغيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

بين الحقين. مضافاً إلى قوله تعالى: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» فإن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعدد المثل، لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى^١. وأما مع عدم مطالبة المالك^٢، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة؛ لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، وجمع بين حق المالك بتسلیطه على المطالبة، وحق الضامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور. وأما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل، وما ذكرنا يظهر من المحكي عن «التدكرة» و«الإيضاح» حيث ذكرنا في رد بعض الاحتمالات

١. الرابع: ما أفاده المصنف^{بِحَمْدِ اللَّهِ أَيْضًا}، وهو قوله تعالى: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»^(١) بتقريب أن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعدد المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى.

وفيه: إن الآية - على فرض دلالتها على الضمان - إنما تدل على لزوم الاعتداء بالمثل، ولا تدل على أن الاعتداء المأمور به هو ما لا يزيد على ما اعتدى عليه، وإنما لزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعدد المثل.

والصحيح أن يستدل له بما تقدم من أن الشيء إذا لم يكن مثله كثيراً مبذولاً، فهو قيمي، من غير فرق بين التعدد في جميع الأعصار أو في عصر واحد ومن باب الاتفاق. فالもしبي المتعذر مثله قيمي، فللمالك مطالبة القيمة لأنها حقه.

والغريب أن المحقق النائيني^{بِحَمْدِ اللَّهِ} مع تصريحه بهذا في الأمر السابق، لم يلتزم به في المقام، بل صرخ بخلافه. فراجع.

٢. المورد الثاني: في أنه إذا لم يطالب المالك، فهل للضامن إلزام المالك بقبول القيمة أم لا؟ فيه وجهان بل قولان: أظهرهما الأول، فإنه بناءً على ما عرفت في وجه لزوم أداء القيمة لو طالب المالك، يكون حق المالك ثابتاً في القيمة قبل المطالبة، فللضامن إلزامه بقبول حقه.

الآتية في حكم تعدد المثل ما لفظه: (إن المثل لا يسقط بالإعوان، ألا ترى أن المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجдан المثل ملك المطالبة به، وإنما المصير إلى القيمة وقت تغريمها)، انتهى. لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعدد المثل، ولعلهم يريدون صورة المطالبة، وإنّ فلا دليل على الإطلاق. ويؤيد ما ذكرنا أن المحكى عن الأكثـر في باب القرض أن المعترض في المثل المتعذر وقيمة يوم المطالبة. نعم، عبر بعضهم بيوم الدفع، فليتأمل. وكيف كان، فلنرجع إلى حكم المسألة، فنقول إن المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة يوم الدفع^١ لأن المثل ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان، ولا دليل على سقوطه بتعذرـه، كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه. وقد صرـح بما

نعم، بناءً على ما أفاده المصنف رحمه الله في وجه ذلك أولاً ليس للضامن إلزامه بذلك، فإنـ الانتقـال إلى القيمة إنـما يكون من جهة الجمع بين الحـقـين، فإذا لم يطالب المالـك لما كان وجهـ للانتـقال.

وبهذا التقرـيب يـظهر أنه لا يـرد عليه ما ذكره المـحقق الإـيرـوـانـي رحمـهـ اللهـ من أنه إذا جازـ للمـالـكـ معـ تـعدـرـ المـثلـ مـطالـبـةـ الـقيـمـةـ،ـ كـشـفـ ذـلـكـ عـنـ آنـ حقـهـ لـيـسـ إـلـاـ الـقيـمـةـ،ـ فـجـازـ إـلـزـامـهـ بـأـخـذـ الـقيـمـةـ وـتـفـريـغـ ذـمـةـ الضـامـنـ عـنـ حقـهـ.

في زمان قيمة المثل المتعذر

المقام الثاني: في أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة أي يوم، قال المصنف:

١. (المـشـهـورـ أنـ العـبرـةـ فيـ قـيـمـةـ المـثـلـ المـتـعـذـرـ بـقـيـمـةـ يـوـمـ الدـفـعـ).

والـوجـوهـ الـمحـتمـلةـ -ـ التـيـ بـعـضـهاـ أـقوـالـ -ـ خـمـسـةـ عـشـرـ،ـ إـلـاـ آنـ ماـ يـمـكـنـ أـنـ يـذـكـرـ لـهـ وـجـهـ عـشـرـةـ كـمـاـ سـتـعـرـفـ،ـ وـمـنـشـأـ الـاخـتـلـافـ الـخـلـافـ فـيـ أـمـرـيـنـ:

أـحـدـهـماـ:ـ آنـ المـدارـ فـيـ الـقـيمـيـ عـلـىـ قـيـمـةـ يـوـمـ الدـفـعـ،ـ أـوـ قـيـمـيـةـ يـوـمـ الغـصـبـ،ـ أـوـ قـيـمـةـ يـوـمـ التـلـفـ،ـ أـوـ أـعـلـىـ الـقـيـمـ مـنـ يـوـمـ الـأـخـذـ إـلـىـ يـوـمـ الدـفـعـ،ـ أـوـ الـأـعـلـىـ مـنـ يـوـمـ الـأـخـذـ إـلـىـ يـوـمـ التـلـفـ،ـ وـسـيـأـتـيـ فـيـ الـأـمـرـ السـابـعـ تـنـقـيـحـ القـولـ فـيـ ذـلـكـ.

ثـانـيهـماـ:ـ آنـهـ بـنـاءـاـ عـلـىـ الـانتـقالـ إـلـىـ الـقيـمـةـ،ـ هـلـ الـعـيـنـ تـصـبـحـ قـيمـيـاـ أـوـ الـقـدـرـ الـمـشـترـكـ

ذكرنا المحقق الثاني، وقد عرفت من «الذكرة» و«الإيضاح» ما يدلّ عليه، ويحتمل اعتبار وقت تعدد المثل، وهو للحلي في البيع الفاسد. وللتحرير في باب القرض، ومحكي عن «المسالك»، لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة. ويضيقه أنّه إن أُريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك الوقت: فلا دليل عليه، وإن أُريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعدّر مع المطالبة، إلا أنه لو آخر الإسقاط، بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط وإسقاشه في كلّ زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، وليس في الزمان الثاني مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول. هذا ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدم سابقاً من الآية، ومن أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعدد المثل، توجّه القول بصيغورة التالف قيمياً بمجرد تعدد المثل^١، إذ لا فرق في تعدد المثل بين تحققه ابتداءً كما في القيمتين، وبين طروره بعد التمكّن كما في نحن فيه، ودعوى اختصاص الآية وإطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعدد المثل ابتداءً، لا يخلو عن تحكم. ثم إنّ في المسألة احتمالات أخرى ذكر أكثرها في «القواعد».

بينهما يكون قيمياً؟

وحق القول في المقام يقتضي البحث في موردين:

الأول: في بيان المختار.

الثاني: في بيان الوجوه التي ذكرت أو يمكن أن تُذكر لسائر الأقوال.

أقا المورد الأول: فحيث عرفت أنّ العين تكون في العهدة إلى زمان الأداء، وعرفت في ضابط القيمي والمثلي أنّ العين المتعذر مثلها تصير قيمية، وستعرف أنّ العبرة في القيمتين بقيمة يوم الأداء، فلا محالة تعرف أنّ المدار في المثل المتعذر مثله على قيمة يوم الدفع.

١. وأقا المورد الثاني: فإن قيل إن المأخذ بنفسه يصبح قيمياً، تأتي فيه احتمالات خمسة، وهي: قيمة يوم الأخذ. قيمة يوم التلف. قيمة يوم الأداء، أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف. أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الدفع.

وقوى بعضها في «الإيضاح» وبعضها بعض الشافعية، وحاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها أنه: إما نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، وهو الذي اخترناه تبعاً للأكثر من اعتبار القيمة عند الإقباض، وذكره في «القواعد» خامس الاحتمالات. وأما أن نقول بصيرورته قيمياً عند الإعواز. فإذا صار كذلك، فإما أن نقول إن المثل المستقر في الذمة قيميٌ^١، فيكون القيمية صفة للمثل. بمعنى أنه لو تلف وجب قيميته. وإما أن نقول إن المغصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً.

فإن قلنا بالأول، فإن جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف - كما هو أحد الأقوال - كان المتعين قيمة يوم الإعواز - كما صرّح به في «السرائر» في البيع الفاسد. و«التحرير» في باب القرض - لأنّه يوم تلف القيمي .

وإن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان - كما هو القول الآخر في القيمي - كان المتوجه اعتبار زمان تلف العين، لأنّه أول أزمنة وجوب المثل في الذمة، المستلزم لضمانه

١. وإن قيل: إن المثل يصير قيمياً، جاء فيه احتمالات خمسة، وهي :
قيمة يوم تلف العين فإنه يوم غصب المثل، وكونه في الذمة إلى يوم إعواز المثل.
قيمة يوم الأداء، وقيمة يوم الإعواز، باعتبار كونه يوم تلف المثل، أعلى القيم من يوم تلف العين الذي هو يوم غصب المثل إلى يوم إعواز المثل الذي هو يوم تلفه، أعلى القيم من يوم تلف العين إلى يوم الأداء.

وإن قيل: إن الجامع بينهما يصير قيمياً، جاء فيه أيضاً احتمالات خمسة، وهي:
قيمة يوم الأداء، وقيمة يوم الغصب وهو يوم غصب العين، إذ غصب القدر المشترك يكون بغضب العين. وقيمة يوم التلف وهو يوم إعواز المثل، فإنّ تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل وعدم التمكن من أدائه، وأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الدفع.
وأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.

وحيث أن احتمالين من احتمالين كون المثل قيمياً - وهما الأولان - ينطبقان مع احتمالين من القول بكون المأخذ قيمياً - وهما الثاني والثالث - كما لا يخفى، واحتمالات أربعة من القول بكون الجامع يصير قيمياً، وهي غير الأخير، تنطبق مع

بقيمة عند تلفه، وهذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب، كما عن الأكثـر.

وإن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف - كما حكي عن جماعة من القدماء في الغصب - كان المتّجه الاعتبار باعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعوان، وذكر هذا الوجه في «القواعد» ثانـي الاحتمالات.

وإن قلنا: إن التـالـف انقلب قيمـاً، احتمـل الـاعـتـارـ بـيـومـ الغـصـبـ، كـماـ فـيـ الـقـيمـيـ المـغـصـوبـ، وـالـاعـتـارـ بـالـأـعـلـىـ مـنـ إـلـىـ يـوـمـ التـلـفـ. وـذـكـرـ هـذـاـ أـوـلـ الـاحـتمـالـاتـ فـيـ «الـقـوـادـ».»

وإن قلنا: إن المشـترـكـ بـيـنـ الـعـيـنـ وـالـمـثـلـ صـارـ قـيمـاً، جاءـ اـحـتمـالـ الـاعـتـارـ بـالـأـعـلـىـ مـنـ يـوـمـ الضـمـانـ إـلـىـ يـوـمـ تـعـدـرـ المـثـلـ، لـاستـمـراـرـ الضـمـانـ فـيـ ماـ قـبـلـهـ مـنـ الزـمـانـ، إـمـاـ لـلـعـيـنـ، وـأـمـاـ لـلـمـثـلـ، فـهـوـ مـنـاسـبـ لـضـمـانـ الـأـعـلـىـ مـنـ حـيـنـ الغـصـبـ إـلـىـ التـلـفـ. وـهـذـاـ ذـكـرـهـ فـيـ «الـقـوـادـ»ـ ثـالـثـ الـاحـتمـالـاتـ، وـاحـتمـلـ الـاعـتـارـ بـالـأـعـلـىـ مـنـ يـوـمـ الغـصـبـ إـلـىـ دـفـعـ المـثـلـ، وـوجـهـهـ فـيـ مـحـكـيـ «الـتـذـكـرـةـ»ـ وـ«الـإـيـضـاحـ»ـ بـأـنـ المـثـلـ لـاستـمـراـرـ الضـمـانـ فـيـ ماـ قـبـلـهـ مـنـ الزـمـانـ، إـمـاـ لـلـعـيـنـ وـإـمـاـ لـلـمـثـلـ، فـهـوـ مـنـاسـبـ لـضـمـانـ الـأـعـلـىـ مـنـ حـيـنـ الغـصـبـ إـلـىـ التـلـفـ. وـهـذـاـ ذـكـرـهـ فـيـ «الـقـوـادـ»ـ ثـالـثـ الـاحـتمـالـاتـ، وـاحـتمـلـ الـاعـتـارـ بـالـأـعـلـىـ مـنـ يـوـمـ الغـصـبـ إـلـىـ دـفـعـ المـثـلـ، وـوجـهـهـ فـيـ مـحـكـيـ «الـتـذـكـرـةـ»ـ وـ«الـإـيـضـاحـ»ـ بـأـنـ المـثـلـ لـاـ يـسـقطـ بـالـإـعـوـانـ، قـالـاـ: (أـلـاـ تـرـىـ أـنـهـ لـوـ صـبـرـ الـمـالـكـ إـلـىـ وـجـدـانـ المـثـلـ اـسـتـحـقـهـ)، فـالـمـصـيرـ إـلـىـ الـقـيـمـةـ عـنـ تـغـيـرـيـمـهاـ، وـالـقـيـمـةـ الـواـجـبـةـ عـلـىـ الـغـاصـبـ أـعـلـىـ الـقـيـمـ.

وـحـاـصـلـهـ: أـنـ وـجـوبـ دـفـعـ قـيـمـةـ المـثـلـ يـعـتـبـرـ مـنـ زـمـنـ وـجـوبـهـ إـلـىـ وـجـوبـ مـبـدـلـهـ، أـعـنـيـ الـعـيـنـ فـيـجـبـ أـعـلـىـ الـقـيـمـ مـنـهـاـ، فـافـهمـ.

احـتمـالـاتـ الـقـوـلـيـنـ الـأـوـلـيـنـ، وـإـنـمـاـ لـاـ يـنـطـقـ خـصـوصـ الـأـخـيـرـ مـنـ جـهـهـ أـنـهـ عـلـىـ هـذـاـ الـمـسـلـكـ يـكـونـ هوـ الـأـعـلـىـ مـنـ يـوـمـ غـصـبـ الـعـيـنـ إـلـىـ يـوـمـ إـعـوـانـ.

فـالـمـتـحـصـلـ مـنـ هـذـهـ الـمـسـالـكـ: أـنـ الـاحـتمـالـاتـ الـتـيـ لـهـاـ وـجـهـ تـسـعـةـ. وـهـنـاكـ اـحـتمـالـ آـخـرـ:

١ـ. وـهـوـ كـوـنـ الـمـدارـ عـلـىـ قـيـمـةـ يـوـمـ الـمـطـالـبـةـ، بـنـاءـاـ عـلـىـ أـنـ انـقلـابـ المـثـلـ إـلـيـهـ إـنـمـاـ هوـ حـيـنـهـماـ.

هـذـهـ هـىـ الـمـحـتمـلـاتـ الـتـيـ لـهـاـ وـجـهـ، وـأـمـاـ غـيـرـ تـلـكـمـ مـنـ الـاحـتمـالـاتـ، فـإـمـاـ لـاـ أـسـاسـ لـهـاـ، أـمـاـ لـاـ تـتـفـاـوـتـ بـهـاـ الـقـيـمـةـ مـعـ الـمـحـتمـلـاتـ الـمـذـكـورـةـ.

إذا عرفت هذا، فاعلم أنَّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلِي، هو أنَّه مع تعرُّد المثل لا يسقط المثل عن الذمة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبرة بالقيمة إلَّا يوم الإسقاط وتفریغ الذمة. وأمَّا بناءً على ما ذكرنا - من أنَّ المتبارِد من أدلة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالِف فالأقرب - كان المثل مقدماً مع تيسُّره، ومع تعرُّده ابتدأ - كما في القيمي، أو بعد التمكّن كما فيما نحن فيه - كان المتعين هو القيمة. فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيمياً، وهو حال الإعوان، فحال الإعوان معتبر من حيث أنه أول أزمنة صيرورة التالِف قيمياً، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين. فعلى القول باعتبار يوم التالِف في القيمي، توجَّه ما اختاره الحَلَّي للله. ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التالِف - كما عليه جماعة من القدماء - توجَّه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعوان، إذ كما أنَّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعرُّد أدائه المتدارك لارتفاع القيم، كذلك بشرط تعرُّد المثل في المثلِي، إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقيَّة، وحيث كانت العين فيما نحن فيه مثلياً، كان أداء مثلاً عند تلفها كرد عينها في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين والمثل.

فإنْ قلنا: إنَّ تعرُّد المثل يُسقط المثل كما أنَّ تلف العين يُسقط العين، توجَّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعوان، وهو أصلح الاحتمالات في المسألة عند الشَّافعية على ما قيل.

وإنْ قلنا: إنَّ تعرُّد المثل لا يُسقط المثل، وليس كتلف العين، كان ارتفاع القيم فيما بعد تعرُّد المثل أيضاً مضموناً، فيتوجَّه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة، وهو المحْكَى عن «الإيضاح»، وهو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعيًّا بعدم رد العين أو المثل.

ثمَّ اعلم أنَّ العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: (أنَّه لو تلف المثلِي والمثل

موجود، ثُمَّ أَعْوَزُ^١، وظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل بعد تيسيره في بعض أزمنة التلف، لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً.
وعن «جامع المقاصد» أَنَّه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف، ولعله لعدم تنجز التكليف

فتحصل أنّ المحتملات التي لها وجه عشرة:

الأول: قيمة يوم قبض العين.

الثاني: قيمة يوم تلفها.

الثالث: قيمة يوم إعواز المثل.

الرابع: قيمة يوم الدفع.

الخامس: أعلى القيم من يوم قبض العين إلى يوم الدفع.

السادس: أعلى القيم من يوم تلف العين إلى يوم الأداء.

السابع: أعلى القيم من يوم قبض العين إلى يوم تلفها.

الثامن: أعلى القيم من يوم قبض المثل - أي تلف العين - إلى يوم الإعواز.

التاسع: أعلى القيم من يوم قبض العين إلى يوم الإعواز.

العاشر: قيمة يوم المطالبة.

وبذلك يظهر عدم تمامية ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو أنّ المحتملات ثمانية، مع أنّ المحتمل الثالث في كلامه رحمه الله متّحد مع الخامس. فراجع وتدبر.

لَا فرق بَيْنَ التَّعْذُرِ الْبَدُوِيِّ وَالظَّارِيِّ

١. المقام الثالث: ظاهر كلام العلامة رحمه الله اختصاص هذه الاحتمالات بصورة طرفة تعذر، لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً.
وعن «جامع المقاصد»: أَنَّه حينئذ يتعين كون التالف قيمياً. وذكر في وجه التفصيل أمور:

بالمثل عليه في وقت من الأوقات^١. ويمكن أن يخدش فيه بأنّ التمكّن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمة ابتداءً^٢، كما لا يشترط في استقراره استدامةً، على ما اعترف به مع طرق التعذر بعد التلف. ولذا لم يذكر أحد هذا التفضيل في باب القرض.

وبالجملة: فاشتغال الذمة بالمثل إن قيد بالتمكّن، لزم الحكم بارتفاعه بطرق التعذر، وإلا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أول الأمر، إلا أن يقال إنَّ أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكّن، وإن لم يكن مشروطاً به عقلاً، فلا تعم صورة العجز^٣. نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيمياً.

وقد يقال على المحقق المذكور: إنَّ اللازم ممَّا ذكره أَنَّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة، لم يكن له المطالبة، ولا أظنَّ أحداً يلتزمه، وفيه تأمل .

١. الأمر الأول: أَنَّه في صورة التعذر ابتداءً لا يكون التكليف بأداء المثل منجزاً في وقت من الأوقات، وهذا بخلاف صورة التعذر الطاريء.

٢. وأورد عليه المصنف^{الله}: بأنَّ التمكّن من الأداء ليس شرطاً في الحكم الوضعي، أي اشتغال الذمة بالمثل، كما لا يشترط في استقراره استدامة.

ولكن يرد على المصنف^{الله}: أنَّ مبني التوجيه المزبور على أنَّ الضمان ليس بنفسه أمراً اعتبارياً استقلالياً، بل هو منزع من التكليف الفعلي بأداء البدل، وأساس الإبراد إنما هو كونه أمراً اعتبارياً مستقلاً في الجعل، فهما لا يرددان على مبني فارد.

فالحق أن يورد عليه: بأنَّه بناءً على كونه أمراً اعتبارياً، إنَّ صحة اعتباره في فرض التعذر الطاريء، صحيحة في الابتدائي أيضاً، فإنه إذا لم يكن مانع من اشتغال الذمة بالشيء مع عدم التمكّن من أدائه، صح ذلك في التعذر البدوي، وإلا لما صح بقاءً أيضاً.

٣. الأمر الثاني: ما ذكره المصنف^{الله}، وهو أنَّ الأدلة في مقام الإثبات قاصرة عن شمول صورة التعذر البدوي، وأمّا إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل أو انقلابه قيمياً.

ثُمَّ إِنَّ الْمُحْكَيَ عَنْ «الْتَّذْكِرَةِ»: (أَنَّ الْمَرَادَ بِإِعْوَازِ الْمَثَلِ أَنْ لَا يَوْجُدُ فِي الْبَلَدِ وَمَا حَوْلَهُ).^١

وَزَادَ فِي «الْمَسَالِكَ» قَوْلُهُ: (مِمَّا يَنْقُلُ عَادَةً مِنْهُ إِلَيْهِ)، كَمَا ذَكَرُوا فِي اِنْقِطَاعِ الْمُسْلِمِ فِيهِ.

وَعَنْ «جَامِعِ الْمَقَاصِدِ»: (الرَّجُوعُ فِيهِ إِلَى الْعَرْفِ).

وَيُمْكِنُ أَنْ يَقَالُ: إِنَّ مَقْضِيَّ عُومَ وَجُوبَ أَدَاءِ مَالِ النَّاسِ، وَتَسْلِيْطُهُمْ عَلَى أَمْوَالِهِمْ أَعْيَانًا كَانَتْ أُمْ فِي الذَّمَّةِ، وَجُوبَ تَحْصِيلِ الْمَثَلِ، كَمَا كَانَ يَجْبُ رَدُّ الْعَيْنِ أَيْنَمَا كَانَتْ، وَلَوْ كَانَتْ فِي تَحْصِيلِهِ مُؤْوِنَةً كَثِيرَةً، وَلَذَا كَانَ يَجْبُ تَحْصِيلَ الْمَثَلَ بِأَيِّ ثُمَّ كَانَ، وَلَيْسَ هَنَا تَحْدِيدَ التَّكْلِيفِ بِمَا عَنْ «الْتَّذْكِرَةِ».

وَفِيهِ: أَنَّهُ إِذَا كَانَتِ الْأَدَلَّةُ فِي مَقَامِ الإِثْبَاتِ قَاسِرَةٌ عَنْ شَمْوَلِ صُورَةِ التَّعْذُرِ الْإِبْتَدَائِيِّ، لَرْمَ أَنَّ لَا تَكُونُ الذَّمَّةُ مُشغَّلَةً بِالْقِيمَةِ فِي الْقِيمَيِّ معَ تَعْذُرِ اِدَائِهِ اِبْتَدَاءً.

الْأَمْرُ الْثَّالِثُ: مَا ذَكَرَهُ بَعْضُ أَكَابِرِ الْمُحَقَّقِينَ، وَهُوَ أَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَ الْعِجْزِ الْبَدْوِيِّ وَالْطَّارِيِّ، عَدْمُ صَدْقَ ضَابِطِ الْمَثَلِيَّةِ فِي الْأَوَّلِ، وَصَدْقَهُ فِي الثَّانِيِّ.

تَوْضِيْحُهُ: إِنَّ ضَابِطَ كَوْنِ الشَّيْءِ مُثَلِّيًّا كَوْنَ الشَّيْءِ ذَا مَمَاثِلًا مُوْجَدٍ، لَا كَوْنِهِ ذَا مَمَاثِلًا نَوْعًا، وَعَلَيْهِ فَمَعَ الْعِجْزِ الْبَدْوِيِّ لَا يَكُونُ التَّالِفُ مُثَلِّيًّا بِخَلَافِ صُورَةِ طَرْوَ الْعِجْزِ.

وَفِيهِ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ ضَابِطُ الْمَثَلِيَّةِ كَوْنُ الشَّيْءِ ذَا مَمَاثِلًا مُوْجَدٍ، فَعِنْدَ طَرْوَ التَّعْذُرِ لَا يَكُونُ بِقَاءً كَذَلِكَ، فَلَا مَنَاصَ عَنِ القُولِ بِالْإِنْقَلَابِ.

فَتَحَصَّلُ: أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ.

ثُمَّ إِنَّ هَذَا كُلَّهُ عَلَى مَسْلِكِ الْمُشَهُورِ مِنْ اِشْتِغَالِ الذَّمَّةِ بِالْمَثَلِ أَوِ الْقِيمَةِ، وَأَمَّا عَلَى الْمُخْتَارِ مِنْ كَوْنِ الْعَيْنِ فِي الْعَهْدَةِ، فَعَدْمُ الْفَرْقِ أَوْضَحُ.

الْمَرَادُ مِنْ إِعْوَازِ الْمَثَلِ

الْمَقَامُ الرَّابِعُ: فِي بَيَانِ الْمَرَادِ مِنْ إِعْوَازِ.

١. فَعْنَ الْعَلَّامَةِ: (إِنَّ الْمَرَادَ بِهِ عَدْمُ وُجُودِهِ فِي الْبَلَدِ وَمَا حَوْلَهُ)، وَعَنْ «الْمَسَالِكَ» زِيَادَةُ قَوْلِهِ: (مِمَّا يَنْقُلُ إِلَيْهِ عَادَةً)، وَعَنِ الْمُحَقِّقِ الثَّانِيِّ: (الرَّجُوعُ فِيهِ إِلَى الْعَرْفِ).

نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعوان، تعين^١ ما عن «جامع المقاصد»، كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معتر بالإعوان ومعتر بالتعذر، كان المتيقن الرجوع إلى الأخص، وهو المتuder، لأنّه المجمع عليه. نعم، ورد في بعض أخبار السّلّم أنه إذا لم يقدر المسّلّم إليه [عليه] على إيفاء المسّلّم فيه تخيير المشتري^٢. ومن المعلوم أنّ المراد بعدم القدرة، ليس التعذر العقلاني المتوقف على استحالة النّقل من بلد آخر، بل الظّاهر منه عرفاً - ما عن «التذكرة» - وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه^٣.

١. والمصنف^{رحمه الله} ذهب إلى الأخير، بناءً على قيام الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعوان، وأمّا إذا كان المجمعون بين معتر بالإعوان ومعتر بالتعذر، كان المتيقن الرجوع إلى الأخص وهو المتuder.

٢. ثم مال^{فيه} إلى ما عن العلامة من جهة النصّ الوارد في السّلّم أنه إذا لم يقدر المسّلّم إليه على ايفاء المسّلّم فيه، تخيير المشتري. بتقريب أنه من المعلوم أنّ المراد بعدم القدرة بحسب المتفاهم العرفي ذلك.

٣. ثم قال: (وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه).
أقول: الإعوان والتعذر لم يردا في رواية، ولا هما معدّ إجماع تبّاعي، حتى ينazu في صدقهما، بل الفقهاء بعد استخراجهم الحكم من القواعد عبروا بهما، وعليه فيتعيّن ملاحظة القواعد.

ومحصّل الكلام: أنّ هنا مسأّلين - بعد مفروغية أنه إذا كان المثل موجوداً ليس للمالك مطالبة القيمة وإلزام الضامن بأدائها وله الإلزام بأداء المثل - وهما:

الأولى: أنه متى ليس للمالك إلزام الضامن بالمثل.

الثانية: أنه متى للمالك إلزامه بأداء القيمة.

أمّا الأولى: فليس للمالك إلزامه بأدائها، إذا لم يتمكّن عقلًا أو شرعاً، بأنّ كان الأداء ضروريًا عليه أو حرجيًّا.

وبعبارة أخرى: متى انتفى أحد الشروط للتوكيل، من غير فرق في ذلك بين وجود المثل في البلد أو غيره، كان له إلزامه به إذا كانت شروط التوكيل موجودة، ولو كان المثل في بلد بعيد.

ثم إن في معرفة قيمة المثل^١ - مع فرض عدمه - إشكالاً، من حيث أن العبرة بفرض وجوده ولو في غاية العزة كالفاكهة في أول زمانها أو آخره أو وجود المتوسط، الظاهر هو الأول، لكن مع فرض وجوده بحيث يرحب في بيته وشرائه، فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيته، بحيث لا يبيحه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم لو أجا إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك، كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بزيادة عتاق الخيل وشبعها، فإن الراغب في الجمد في العراق من حيث أنه راغب لا يبذل هذا العوض بزياته، وإنما يبذل من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجة مشرفي على الهلاك، ونحو ذلك من الأغراض، ولذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقبح في صدق التعذر، كما ذكرنا في المسألة الخامسة، فكل موجود لا يقبح وجوده في صدق التعذر، فلا عبرة بفرض وجوده في صدق التعذر، فلا عبرة

وأما الثانية: فليس له إزامه بأدائها إلا إذا تعذر المثل عقلاً، وإلا فلو لم يكن متعدراً عقلاً ولكن كان أدائه حرجياً أو ضررياً، له أن يتحمل الضرر والحرج، ويؤدي المثل. وهذا أيضاً لا فرق فيه بين البلد وغيره.

في معرفة قيمة المثل

١. المقام الخامس: في معرفة قيمة المثل.

منشاً اختلاف القيمة، إن كان اختلاف الأيام والفصول، فقد تقدم الكلام في تحديدها. وإن كان اختلاف الأمكنة فسيأتي الكلام فيه.

وإن كان اختلاف الأيام في عزة الوجود وكثرته، فالميزان هو قيمة اليوم الذي عين لذلك، كان هو يوم الغصب، أو يوم التلف، أو يوم الأداء، أو غير ذلك.

وبالجملة: حيث عرفت أن العين إنما تكون في العهدة إلى حين الأداء - ولذلك بنينا على أن المدار على قيمة يوم الأداء - فيفترض العين موجودة يوم الأداء، وتقوم وتؤدي تلك القيمة الفرضية. فلا إشكال في المسألة.

بفرض وجوده في التقويم عند عدمه. ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكّنه، ولو كان في غير بلد الضمان، وكان قيمة المثل هناك أزيد، أمّا مع تعرّره وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة، فهل له المطالبة بأعلى القيمتين، أم يتعيّن قيمة بلد المطالبة، أم بلد التلف؟، وجوه^١، وفصل الشيخ في «المبسوط» في باب الغصب^٢ بأنّه: (إن لم يكن في نقله مؤونة كالنقددين، فله المطالبة بالمثل، سواءً كانت القيمتان مختلفتين أم لا، وإن كان في نقله مؤونة، فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً، لأنّه لا ضرر عليه في ذلك، وإنّ فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف، أو يصبر حتى يوقيه بذلك البلد، ثم قال إن الكلام في القرض كالكلام في الغصب)، وحكي نحو هذا عن القاضي أيضاً، فتدبر. ويمكن أن يقال: إنّ الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الإطلاق، لانصراف العقد إليه، وليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف.

الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف

١. السادس: إذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة مخالفة لقيمتها في بلد التلف، فهل الاعتبار ببلد المطالبة، أو ببلد التلف، أو يتخيّر المالك في التعين، أو يخير الضامن فيه؟
وجوه:

المسألة مبنية على مسألة مطالبة المثل مع عدم تعرّره، وقد عرفت أنّ الأظهر جواز المطالبة في كلّ مكان شاء المالك، وعليه فالعبرة في المقام ببلد المطالبة.
٢. وفصل في «المبسوط» بما محصله: (إن للمالك مطالبة القيمة في كلّ مكان كان له مطالبة المثل، فإن كان المثل مما لا مؤونة في نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقاً، وإن كان في نقله مؤونة، فإن كانت القيمتان متساويتين، فله المطالبة بها أيضاً مطلقاً، وإن كان في نقله مؤونة وكانت القيمتان مختلفتين، فليست له إلا مطالبة قيمة بلد التلف).

بقي الكلام في أنه هل يعد من تعذر المثل، خروجه عن القيمة^١ كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازة، والحمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف، أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأول، بل حكي عن بعض نسبته إلى الأصحاب وغيرهم، والمصرح به في محكي «الذكرة» و«الإيضاح» و«الدروس» قيمة المثل في تلك المفازة، ويحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن الماليّة.

فرع: لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله، ثم تمكّن من المثل^٢، فالظاهر عدم عود المثل في ذمته، وفاقاً للعلامة رحمه الله. ومن تأخر عنه ممن تعرض للمسألة، لأن المثل كان ديناً في الذمة سقط بأداء عوضه مع التراضي، فلا يعود، كما لما لو تراضياً بعوضه مع وجوده، هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز. وأماماً على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً:

ولكن يرد عليه: أن الضرر الذي لأجله حكم في الصورة الأخيرة بعدم لزوم أداء المثل أو قيمته في بلد المطالبة، إن كان من جهة الاحتياج إلى مؤونة النقل، فهو موجود في الصورة الثانية، وإن كان من جهة زيادة القيمة، فهو موجود في الصورة الأولى، وإن كان من جهة مجموع الأمرين :

فيزيد عليه: أن الإنضمام يوجب زيادة الضرر لا أصله، فالالتزام بالتفصيل، وأن له المطالبة في أي مكان شاء في الصورتين الأولىين، وأن العبرة ببلد التلف في الأخيرة، مما لا وجه له.

١. قد مر الكلام على ذلك، وعرفت أن هناك خبران يمكن استفادته حكم المقام منهما، وأن أرجحهما ما يدل على أنه من تعذر المثل، وسيأتي تمام الكلام فيه.

لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمة

٢. السابع: (لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله ثم تمكّن من المثل). فالأقوى عدم عود المثل في ذمته، وذلك بناءً على المختار من أن التالف إذا تعذر مثله يصير قيمياً واضح. فإنه مع صيرورته قيمياً، وأدى الضامن القيمة، فقد برئت ذمته، فلا موجب لاشتغال الذمة بالمثل.

فإن قلنا: بأن المغصوب انقلب قيمياً عند تعذر مثله، فأولى بالسقوط؛ لأن المدفوع نفس ما في الذمة.

وإن قلنا: إن المثل بتعدره التازل منزلة التلف صار قيمياً، احتمل وجوب المثل عند وجوده، لأن القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي أن حكمه عود المبدل عند انفاء الحيلولة.

السابع: لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً، فقد حكى الاتفاق على كونه مضموناً^٢ بالقيمة^٢.

وإن شئت قلت: إن القيمة بدل للعين لا للمثل، فلا موهم لكون القيمة بدل الحيلولة للمثل.

١. وأما بناءً على أن المثل يصير قيمياً.

فإن قلنا: ببقاءه في الذمة إلى حين الأداء، وأن المالك يسقط خصوصية الممااثلة للطبيعة، ويطلب المالية، ولذلك له أن يصبر إلى أن يتيسر المثل، فلا يعود المثل في ذمته أيضاً.

وكذلك لو قلنا بانقلاب شغل الذمة من المثل إلى قيمته.

نعم، بناءً على القول ببقاء المثل في الذمة، يعقل اعتبار بدل الحيلولة، من جهة أنه بالتعذر لا يسقط المثل عن الذمة، وإنما يؤدي القيمة لأن ينتفع بها إلى أن يتيسر المثل.

ضمان القيمي بالقيمة

٢. السابع: (لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكى الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة).

والكلام في هذا الأمر يقع في موارد:

المورد الأول: أنه لاريب ولا كلام في أنه عند تعذر المثل في القيمتين، يكفي ردّ القيمة.

وإنما الخلاف المتواهُم في صورة وجود المثل من جميع الجهات، أو ما يصدق عليه المثل، فالمشهور بين الأصحاب أنه يكفي ردّ القيمة.

ويدل عليه: الأخبار المتفرقة في كثير من القيمتيات، فلا حاجة إلى التمسك بصحيحة أبي ولاد الآتية في ضمان البغل، ولا بقوله عليه: «من اعتق شقاصاً من عبد قوم عليه»، بل الأخبار كثيرة. بل قد عرفت أنّ مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيمتيات، هو ذلك بحسب المتعارف^١، إلا أنّ المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً، بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيمتيات كالبغل والعبد ونحوهما، لصورة تعدد المثل، كما هو الحال. فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي وإن فرض تيسّر المثل له كما في من أتلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، وكما لو أتلف عليه ذرعاً من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة، لا تفاوت في أجزائه أصلاً - هو الإجماع كما يستظهر.

وعلى تقديره، ففي شموله لصورة تيسّر المثل من جميع الجهات تأمل^٢.

وعن الإسكافي والمحقق: أنّه يجب رد المثل.

وظني أنّهما غير مخالفين للمشهور، فإنّ مورد كلامهما القرض، ولا يبعد فيه دعوى أنّ المتعارف هو قيام الشرط الضمني برد المثل ولو في بعض الصفات.

ويفيد ما ذكرناه تصريح المحقق في باب الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة، فمدّعي عدم الخلاف في كفاية رد القيمة مع تيسّر المثل غير مجازف.

١. وكيف كان، فالأولى بيان ما هو المستفاد من الأدلة، وقد تقدم في الأمر السابق أنّ حديث (على اليد) لا نظر له إلى هذه الجهة، كما أنّ آية الإعتداء لا تدلّ على الضمان، فضلاً عن أنّ الإطلاق المقامي والإجماع يقتضيان تعين القيمة. فراجع.

٢. قوله: (وعلى تقديره ففي شموله لصورة تيسّر المثل من جميع الجهات تأمل).

مراده عليه أنّه على تقدير الإجماع على وجوب القيمة، مع تيسّر ما يصدق عليه المثل عرفاً، ففي شموله لصورة تيسّر المثل من جميع الجهات تأمل، فلا حزارة في كلامه.

لكن يرد عليه: أنّ التفصيل خرق للإجماع والأدلة بالنسبة إلى الصورتين على حد سواء.

خصوصاً مع الاستدلال عليه - كما في «الخلاف» وغيره - بقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمْثُلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^١، بناءً على أنّ القيمة مماثلة للنّالف في الماليّة، فإنّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى النّالف بعد تعرّض المثل. وكيف كان، فقد حكى الخلاف في ذلك عن الإسکافي، وعن الشیخ والمحقّق في «الخلاف» و«الشّرائعة» في باب القرض، فإنّ أرادوا ذلك مطلقاً حتّى مع تعرّض المثل، فيكون القيمة عندهم بدلاً عن المثل حتّى يتربّط عليه وجوب قيمة يوم دفعها، كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسألة تعين القيمة، متفقّعاً على هذا القول، فيرده إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة^٢ منها صحيحة أبي ولاد الآتية، ومنها رواية تقويم العبد، ومنها ما دلّ على أنه إذا تلف الرّهن بتفریط المرتهن سقط من دينه^٣ بحسب ذلك، فلو لا ضمان النّالف بالقيمة، لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان النّالف. ومنها غير ذلك من الأخبار الكثيرة. وإن أرادوا أنه مع تيسير المثل يجب المثل لم يكن بعيداً، نظراً إلى ظاهر آية الاعتداء ونفي الضّرر، لأنّ خصوصيّات الحقائق قد تقصد، اللّهم إلّا أن يتحقق إجماع على خلافه، ولو من جهة أنّ ظاهر كلمات هؤلاء إطلاق القول بضمّان المثل، فيكون الفصل بين التيسير وعدمه قولًا ثالثاً في المسألة.

١. قوله: (خصوصاً مع الاستدلال عليه كما في «الخلاف» وغيره بقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا...﴾).

وفيه: إنه قد عرفت في المسألة السابقة أنّ الآية الكريمة لا تدلّ على الضمان، وعلى فرض دلالتها لا تدلّ على ما اختاره الشیخ الأكبر، فراجع.

٢. قوله: (فيرده إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة).

أقول: قد مرّ عدم دلالة الروايات على الانقلاب، مع أنّ خلاف الجماعة إنما هو في القرض لا في غيره، فلا تكفي الروايات في ردّهم مع احتمال الفصل، مضافاً إلى أنه لو أغمض عن ذلك كلّه، فهو المتيقّن من الروايات، فلا حاجة إلى الإطلاق.

٣. قوله: (ومنها ما دلّ على أنه إذا تلف الرّهن بتفریط المرتهن سقط من دينه).

وفيه: أنه ليس في نصوص الرّهن عنوان السقوط، بل فيها أنّهما يتردّدان الفضل،

إذا كان لأحد الأمراء من الرهن والدين عند تلفه فضل، وأنه إذا كان الرهن يساوي ما رهنه، فليس عليه شيء.

المورد الثاني: في أنه هل تشتعل الذمة حين التلف بالقيمة في القيمتين، أم تبقى العين في العهدة إلى حين الأداء؟

المشهور بين الأصحاب هو الأول، والحق هو الثاني، لما تقدم في الأمر السابق من ظهور حديث على اليد في ذلك، ولا ينافي شيء من الأخبار:
أما ما دلّ على الضمان فواضح.

وأما النصوص المعينة للقيمة، فلأنّ جملة منها مثل خبر السكوني، عن الإمام الصادق عليه السلام الوارد في السفرة المطروحة الكثير لحمها وخبزها وجبنها وبسطها وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام:

«يقوم ما فيها ثم يُؤكل، لأنّه يفسد، وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن»^(١).

وخبر علي بن جعفر، عن الإمام الكاظم عليه السلام: في رجل أصاب شاة في الصحراء، الدال على أنه: «يأكلها وإن جاء صاحبها يطلب ثمنها ردّه عليه»^(٢).

ومرسل الصدوق عن مولانا الصادق عليه السلام في الطعام الذي وجد في مفازة، المتضمن أنه: «يقوم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة إن جاء»^(٣).

وغير ذلك من النصوص التي تكون بهذا المضمون، فإنّ جميعها في مقام بيان أن للواجد ولایة على أن يبيع ما وجده عن صاحبه لنفسه، ويبقى الثمن في ذمته إلى أن يجيء صاحب المال، وأجنبيّة عن المقام بالمرة.

وجملة أخرى منها لا يستفاد منها أزيد من وجوب دفع القيمة حين الأداء، وهذا يلائم مع كون العين في العهدة.

(١) الوسائل - باب ٢٣ - من أبواب كتاب اللقطة حديث .١

(٢) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب كتاب اللقطة حديث .٧

(٣) الوسائل - باب ٢ - من أبواب كتاب اللقطة حديث .٩

ثم إنهم اختلفوا في تعين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد^١، فالمحكي في «غاية المراد» عن الشيختين وأتباعهما تعين قيمة يوم التلف. وعن «الدروس» و«الروضة» نسبته إلى الأكثر.

تعين القيمة

١. قوله: (ثم إنهم اختلفوا في تعين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد). الأقوال والوجوه المحتملة في المسألة هي كون المدار على أيّ يوم خمسة:
 - (١) القبض، نسب إلى الأكثر.
 - (٢) يوم التلف، نسب إلى الشيختين وأتباعهما، وعن «الدروس» و«الروضة» نسبته إلى الأكثر.
 - (٣) يوم الدفع.
 - (٤) أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف.
 - (٥) أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الدفع.
 وأما ما عن المفید والقاضی والحلبی من الاعتبار بیوم الیبع، فالظاهر إرادة يوم القبض، فهو يرجع إلى القول الأول.
- أقول: وتقییح القول في المقام بالبحث في مواضع:
الأول: فيما تقتضيه الأصول العملية.
الثاني: فيما تقتضيه القواعد.
- الثالث: فيما يقتضيه صحيح أبي ولاذ وغيره من النصوص الخاصة.
- أما الموضع الأول: فعن العلامة وغيره أنها تقتضي القول الخامس، إذ اشتغال ذمته بحق المالك معلوم، ولا تحصل البراءة إلا بالأعلى.
- وأورد عليه: بأنّ الأصل في المقام البراءة لكون الشك في التکلیف الزائد.
- وأجاب عنه المصطفی اللہ: بأنّ الأصل بالنسبة إلى لزوم دفع القيمة، وإن كان هو

البراءة، إلا أن الأصل في الضمان المستفاد من على اليد هو الاستصحاب. وحق القول في المقام: أنه إن قلنا بأن الأحكام الوضعية منتزة من الأحكام التكليفية في مواردها - كما اختاره المصنف^ب - فالمرجع أصلالة البراءة، إذ لا شيء مجعل سوى لزوم دفع القيمة، والمفروض دورانها بين الأقل والأكثر، فتجريي البراءة عن الرائد.

وإن قلنا بأن الحكم الوضعي كالتكليفي متصل في الجعل، فإن قلنا في المقام بالإنتساب - بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة كما هو المنسوب إلى المشهور - فالمرجع هو البراءة أيضاً، لأن شغل الذمة مشكوك فيه فتجريي البراءة. وإن قلنا بكون العين في العهدة إلى حال أداء العوض، فالمرجع هو استصحاب بقاء العين وعدم السقوط إلا بدفع الأكتر.

وبما ذكرناه ظهر أن ما أفاده العلامة حق على المسلك المختار، من بقاء العين في العهدة بعد تلفها.

كما ظهر أن جواب المصنف^ب لا يتم على مسلكه. وأما الموضع الثاني: فقد استدل العلامة للقول الأول - على ما نسب إليه - بأنه زمان إزالة يد المالك.

توضيحه: إن القابض إنما وضع يده على ماله، مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية، والصفات النوعية. مالية خاصة متقدّرة بقدر مخصوص، فوجب عليه ردّه بماله من الحيثيات إذا أمكن الرد. وإن لم يمكن رد الخصوصية والصفات النوعية للتلف، وجب رد تلك المائية المخصوصة الواقعة تحت اليد، ولا وجه لوجوب رد المراتب الأخرى من الماليّات، فإنها ماليّات واردة على ما هو تحت العهدة، لا أن العهدة واردة عليها.

وفيه أولاً: الماليّة المنتزعة من رغبة الناس وميلهم لا تقع تحت اليد، ولا تكون مضمونة كما تقدم.

والوجه فيه على ماتبه عليه جماعة منهم العلامة في «التحرير»، أن الانتقال إلى البدل إنما هو يوم التلف إذ الواجب قبله هو رد العين. وربما يورد عليه: أن يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، أما كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا، ويدفع بأن معنى ضمان العين عند قبضه كونه في عهده، ومعنى ذلك وجوب تداركه ببدلته عند التلف، حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه^١. ومما ذكرنا ظهر أن الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمة يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك مثلاً فبدليل خارج.

و ثانياً: إن لازم ذلك أنه لو كانت العين باقية، ولكن نقصت قيمتها، لزوم دفع ما نقص. وثالثاً: إن هذا الوجه لو تم لا يقتضي كون المدار على أعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم التلف، لأن (على اليد) لا يختص بحدوث اليد، بل يشمل بقائهما، فكل زمان من أزمنة كون العين تحت اليد قد أزيالت فيه يد المالك، فوجب أن يغمر أكثرها.

١. واستدل للقول الثاني: في المتن بأنّ (معنى ضمان العين عند قبضها كونها في عهده، ومعنى ذلك وجوب تداركها ببدلها عند التلف، حتى تكون عند التلف كأنها لم تتلف، وتداركها على هذا النحو بالتزام مال معادل لها قائم مقامها).

وفيه: إن بناءً على المسلك الحق من بقاء العين في العهدة إلى حين الأداء، لا وجه لرعاية قيمة يوم التلف كما لا يخفي.

وبه يظهر أن الحق هو القول الثالث، وهو أن العبرة بقيمة يوم الدفع.

واستدل للقول الرابع بوجوه:

أحدها: قاعدة نفي الضرر.

وفيه أولاً: إن قاعدة نفي الضرر حاكمة على الأدلة المثبتة للحكم، وتدل على نفيه، ولا تدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر.

وثانياً: إنها لو دلت على ذلك، لزم البناء على لزوم دفع ما نقص من القيمة، مع بقاء العين.

ثانيها: إنّه إذا تلفت العين في يوم ارتفاع قيمتها، ضمن الأعلى، بناءً على أنّ العبرة بيوم التلف، فكذلك إذا حيلَ بينها وبين المالك حتّى تلفت في ضمن الأعلى، ولو تنزلت يوم التلف، لأنّ العاصب منع المالك عن التصرف في اليوم الذي ارتفعت قيمتها.
وفيه: - مضافاً إلى أنه لو تم لاقتضى لزوم دفع ما نقص من القيمة مع رد العين، وأنّه لا عبرة بيوم التلف - أنه لا دليل على كون الحيلولة سبباً للضمان.

ثالثها: ما أساسه يبني على أمرين:

أحدهما: شمول (على اليد) للمالية، وكونها مضمونة.

ثانيهما: الإنقلاب، بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة.

وقد عرفت ما في كلا الأمرين.

واستدلّ للقول الخامس: - بالوجهين الأولين المذكورين في سابقه، اللذين تقدّم ما فيهما - وبما يبني على أمرين :

الأول: بقاء العين في العهدة إلى حين الأداء.

الثاني: كون تفاوت الرغبات كالصفات داخلًا تحت الضمان. وقد مرّ ما في الثاني.

فتحصل: أنّ القواعد تقضي كون العبرة بيوم الدفع.

وأثنا الموضع الثالث: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في صحيح أبي ولاد.

الثاني: في غيره من النصوص.

أما المورد الأول: فقبل البحث فيه لابدّ من تقديم مقدمة وهي:

إنّ الصحيح مختص بالمحضوب، واستدلّ للتعدي منه إلى المقبوض بالبيع الفاسد على فرض دلالة الصحيح على حكم مخالف للقاعدة بوجهين:

أحدهما: ما عن الحلّي من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسداً بمنزلة المفسود، إلّا

في ارتفاع الإثم.

وفيه: إنّه على فرض ثبوت الاتفاق، لم يثبت كونه تعبدياً، مع أنّ ثبوته ممنوع.

نعم، لو تم ما تقدم عن الحلي في هذا المقام من: (دعوى الاتفاق على كون البيع فاسداً بمنزلة المغصوب إلا في ارتفاع الإثم)، الحقناء بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن أن يقال إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب - كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآية - كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ يلزم حينئذ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك، عند التلف، لما ذكرنا من أن معنى التدارك التزام بقيمة يوم واجب التدارك^١. نعم، لو فرض دلالة الصحيحه على وجوب أعلى القيم، أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذة له بأشد الأحوال، فالمهم حينئذ صرف الكلام إلى معنى الصحيحه بعد ذكرها ليتحقق به البيع

١. ثانيهما: ما أفاده المصنف للله، وحاصله أنه لو فرض دلالة الصحيحه على وجوب أعلى القيم، أمكن تخصيصها بالغاصب وعدم التعدي عنه، وأمّا لو كان ظاهرها أنّ الاعتبار بيوم الغصب، وجب التعدي عنه، وذلك لأنّه إذا كان قيمة المغصوب يوم التلف أو الدفع أكثر من قيمة يوم الغصب، لزم من البناء على أنّ قاعدة الضمان والتدارك تقتضي كون العبرة بقيمة يوم التلف، أو يوم الدفع، الإرافق بالغاصب، والتخفيف عليه، وكون غيره أسوء حالاً منه، وهذا مما يقطع بخلافه، فلا محالة يستكشف أنّ المجموع هو قيمة يوم الأخذ مطلقاً.

وبالجملة: التحفظ على ظهور الرواية في كون العبرة بقيمة يوم المخالفه، يستلزم البناء على أنه المعيار مطلقاً، وإلا لزم كون غير الغاصب أسوء حالاً منه.

ثم إنّ السيد للله أفاد في وجه مراد المصنف للله: أنه لو قلنا بأنّ معنى التدارك إقامة البدل مقام الشيء يوم التلف، فإذا دلّ الصحيح على أنّ العبرة في باب الغصب بيوم الغصب، لزم أن لا يكون المغصوب واجب التدارك، وهذا بخلاف ما لو قلنا بأنّ معنى التدارك إقامة البدل مقام الشيء في زمان انقطاع يده عنه، وعليه ظهور الصحيح في كون المدار على يوم الأخذ، كاشف عن كون معنى التدارك ذلك، وأنّ الذي فهمناه خطأ.

الفاسد، إما لما ادعاه الحلي، وإما لكشف الصحيحه عن معنى التدارك والغرامة في المضمونات، وكون العبرة في جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد، وحيث أن الصحيحه مشتملة على أحكام كثيرة، وفوائد خطيرة، فلا بأس بذكرها جميعاً، وإن كان الغرض متعلقاً ببعضها:

فروى الشيخ في الصحيح عن أبي ولاد، قال: «اكتريت بغلًا إلى قصربني هبيرة ذاهباً وجائياً بكندا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرث قرب قنطرة الكوفة حُبرت أن صاحبي توجه إلى نحو النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل حُبرت أنه توجه إلى بغداد، فاتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً، فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبى حنيفة وأخبرته بالقصة وأخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغلة؟ قلت: رجعته سليمًا، قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد كراء بغلي، فقد حبسه على خمسة عشر يوماً، فقال: إنّي ما أرى لك حقاً لأنّه إكتراه إلى قصربني هبيرة، فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكراء، فلما ردّ البغل سليمًا وقبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده وأخذ صاحب البغل يسْتَرْجِعُ، فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة، وأعطيته شيئاً وتحلّت منه، وحجّت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة. فقال: في مثل هذا القضاء وشبهه تمنع السماء ماءها، وتحبس الأرض برకاتها. فقلت لأبى عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت جعلت فداك؟ قال عليه السلام: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، وذاهباً من النيل إلى بغداد، ومثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة، وتوفيته إيمان، قال: قلت: جعلت فداك فقد علّفته بدرّاهم فلي عليه علفه؟ قال: لا، لأنّك غاصب، قلت: أرأيت لو عطّب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصحاب البغل عقر أو كسر أو دبر؟ قال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو، إما أن يحلف هو فيلزمك، وإن رد اليمين عليك فخلافت على القيمة لزمك

ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك، فقلت: إني كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحلّلني، فقال عليهما: إنما رضي بها وحلّل حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن أرجع إليه فأخبره بما أفتتتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته، فلا شيء عليك بعد ذلك» الخبر.

ومحل الاستشهاد فيه فقرتان:

الأولى: قوله: (نعم قيمة بغل يوم خالفته)^١ إلى ما بعد، فإن الظاهر أن اليوم قيد للقيمة، إنما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً يعني قيمة يوم المخالفة للبغل^٢، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهם الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، والقيمة إنما هي قيمة المثل.

وأورد عليه: بأنه يمكن أن يقال إن (التدارك) له معنى جامع شامل للتدارك، بحسب يوم قبضه، ويحسب يوم التلف، إلا أن إطلاقه يقتضي كون المناطق على قيمة يوم التلف، وهذا لا ينافي تقديره بيوم آخر بالنسبة إلى مورد خاص، فلا يكشف الخبر عن خطأ ما بنى عليه. ولكن الظاهر أن مراده ما ذكرناه.

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: أنه قد استدل في المقام بصحيح^(١) أبي ولاد الذي هو مذكور في المتن، ومحل الاستشهاد فيه جمل ثلاثة:

١. **الأولى:** قوله عليهما: (نعم قيمة البغل يوم خالفته).

والاحتمالات في (اليوم) ثلاثة: أحددها: أن يكون قيداً للقيمة، فتكون الصحيحة حينئذ ظاهرة في أن العبرة بقيمة يوم الغصب.

وذكر المصنف^٢ في تقرير كونه قيداً لها وجهين:

٢. **الأول:** إضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً، فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل.

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث .١

وإماً بجعل (اليوم) قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل^١.

وفيه: إن أراد بذلك إضافة المضاف نفسه إليه ثانياً، فمضافاً إلى أنه لا معنى حينئذ لقوله: (فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة).
يرد عليه: أن الشيء الواحد لا يضاف إلى شيء مرتين.
وبعبارة أخرى: المضاف إلى شيء لا يضاف إليه ثانياً.
وإن أراد به إضافة مجموع المضاف والمضاف إليه، فمضافاً إلى أنه لا يصح قوله: (فيكون إسقاط... إلخ)، إذ لا دليل على أنه لابد وأن لا يصدر جزء المضاف بحرف التعريف.

يرد عليه: أن المجموع لتضمنه النسبة الإضافية التي هي من الحروف لا يضاف، إذ المعنى الحرفي لا يقع ظرفاً.
وبعبارة أخرى: الإضافة من خواص الأسماء، والحرف لا يضاف.

١. الثاني: جعل (اليوم) قيداً للاختصاص، الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل، والظاهر أن مراده ليس جعل متعلق الظرف، والعامل فيه الاختصاص الحاصل من الإضافة، فإنه معنى حرفي، والعامل لابد وأن يكون فعلاً أو شبه فعل، بل مراده قيديّة اليوم للقيمة المضافة إلى البغل، وهي مضافاً إلى كونها معنى حدثياً في نفسها، فإنّها ما يقوم بالشيء من المالية، أنه لو سلم كونها معنى جامداً بسبب الإضافة تتضمن معنى اشتتاقياً.

وفيه: إن هذا وإن كان لا محذور فيه، إلا أن قيديّة اليوم لنعم لو لم تكن أظهرت لا ريب في كونها محتملة، والاحتمال مسقط للاستدلال.

الثالث: كون (اليوم) قيداً للبغل بإضافة البغل إليه، فيكون المقام من قبيل تتبع الإضافات. فقد يقال كما عن المحقق النائيني رحمه الله بأن الخبر على هذا أيضاً يدل على أن العبرة بقيمة يوم المخالففة، إذ حيث لا تختلف الأعيان باختلاف الأيام، فبدلاً منه الإقضاء لابد وأن يكون إضافة البغل إلى اليوم باعتبار قيمته في ذلك اليوم.

وأمّا ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله نعم^١، القائم مقام قوله عائلاً: (يلزمك) يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل، فبعيد جدًا، بل غير ممكن؛ لأن السائل إنما سأله عمّا يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة، بعد العلم يكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان^٢، كما يدل عليه: (أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني)، فقوله (نعم) يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. وقد أطنب بعض من جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزم القيمة عليه، ولم يأت بشيء يساعد له الترکيب اللّغوي، ولا المتفاهم العرفي.

وفيه: إنه حيث لا ريب في أن للبغل - بحسب الصفات والخصوصيات المتفاوتة بحسب الأيام - قيماً مختلفة، ولا كلام أيضاً في أن هذا الإختلاف مضمون في باب الضمان، والخلاف إنما هو في اختلاف القيم، المستندة إلى اختلاف السوق والرغبات، فييمكن أن يكون يوم المخالفة في الخبر إشارة إلى قيمة يوم البغل حال كونه قويًا، فإن التعب والهزال إنما عرضه بعد الحركة العنيفة لا لخصوصية في ذلك اليوم، وهذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف أو يوم الدفع، بأن يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة في وقت التلف أو يوم الدفع، فيقوم ذلك البغل في يوم الأداء أو وقت التلف، فعلى هذا الاحتمال يكون الصحيح أجنبياً عن ما هو المقصود.

١. الرابع: كون (اليوم) قيداً لقوله عائلاً: (نعم) الذي هو في قوّة قوله يلزمك، أو يكون لفظ (يلزمك) مقدراً بعده، فيكون (اليوم) حينئذ وعاء توجه التكليف، في يوم القيمة على هذا مسكت عنه في الصحّحة.

وأورد على هذا الاحتمال بوجهيين:

٢. الأول: ما أفاده المصطفى^{عليه السلام}، وهو أن السائل إنما سأله عمّا يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، فقوله (نعم) يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.

وفيه أولاً: إن السائل لم يقل ما يلزمني كي يكون ظاهراً فيما ذكر، بل قال: (أليس كان يلزمني) فالواقع عقّب أدلة الإستفهام الذي هو المسؤول عنه أصل الازوم، فكيف

يجعل السؤال عمّا يلزم منه؟!

وثانياً: إنّه لو سلّم كون أصل الضمان مفروغاً عنه، يمكن أن يحمل السؤال على أنّ المضمون به هل هو القيمة أو غيرها، فجوابه عائلاً ناظر إلى ذلك.
ثانيهما: ما أفاده المحقق الإبرواني ^{رحمه الله}، وهو أنّ العين ما دامت قائمة لا يتوجه التكليف إلى أداء القيمة، في يوم انتقال التكليف إلى أداء القيمة هو يوم تلف العين لا يوم الغصب.

وفيه: إنّ (نعم) جواب عن السؤال، وهو لزوم أداء القيمة على تقدير التلف، فيكون ظاهراً في لزوم أداء القيمة على تقدير التلف، ومعلوم أنّ هذا التكليف التعليقي إنما يتوجه من حين الغصب.

فتحصل: أنه لا مانع من تعلق الظرف بنعم.

وربما يقال: - كما عن المحقق النائيني ^{رحمه الله} - : بأنه على هذا التقدير أيضاً يدلّ الخبر على أنّ العبرة بيوم المخالفة، غاية الأمر بالإلتزام لا بالمطابقة، إذ لو لم يكن يوم المخالفة إلا يوم دخول العين في العهدة، لكن ذكر القيمة بلا موجب، إذ مالية المال إذا قدرت بالقيمة يوم المخالفة، فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم، لأنّه لا يعقل أن يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعلياً ويقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة.

وفيه: إنّ التكليف المتوجّه بأداء القيمة في يوم المخالفة، ليس تكليفاً فعلياً تنجزيزياً، بل هو تكليف تعليقي، وهو لزوم أداء القيمة على فرض التلف، فزمان فعليته الإلزام وتنجزه زمان التلف لا يوم المخالفة.

فتحصل مما ذكرناه: أنّ محتملات هذه الجملة ثلاثة، وعلى الأول منها تدلّ على أنّ العبرة بقيمة يوم المخالفة، ولا تدلّ على الآخرين.

وحيث أنه إن لم ندع ظهورها في الإحتمال الثالث، فلا ريب في كون احتماله مساوياً لغيره، فلا يبقى مورد للإستدلال بهذه الجملة.

الثانية: قوله (أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا) ^١ فإن إثبات قيمة يوم الإكتراء من حيث هو يوم الإكتراء لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار به، فلابد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة، بناءً على أنه يوم الإكتراء، لأنّ الظاهر من صدر الرواية أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة. ومن المعلوم أنّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة، إنما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق، ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة ^٢.

١. الجملة الثانية: قوله عليه السلام: (ويأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا).

٢. وتقرير الإستدلال بها: على أن الميزان قيمة يوم المخالفة ما أفاده المصطفى من أن إثبات قيمة يوم الإكتراء يكون لإثبات قيمة يوم المخالفة، لأنّ الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة، ومن المعلوم أنّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج، ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة. وفيه: إنّ نكتة التعبير بيوم الإكتراء - بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزاناً في هذا الباب - إنما هو وجود المكارين حينه دون سائر الأوقات، وهذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة، يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف أو يوم الأداء، من جهة عدم الاختلاف في مدة خمسة عشر يوماً أيضاً، كما سيصرّح هو ^{عليه السلام} به.

ويؤكّد ذلك أنّ الظاهر من الجملة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح والمعيب، أنّ المقصود تعين أصل قيمة البغل من جهة الجهل بها، حيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الإشتباه.

مع أنه لو سلم الاختلاف - بما أنّ هذه الجملة غير واردة لبيان حكم شرعي، بل في مقام بيان موضوع عرفي كما يشهد له قول السائل: (من يعرف ذلك) الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية - فيمكن أن يقال إنه لو كان الميزان قيمة يوم الأداء

وأمّا قوله ^{عليه السلام} في جواب السؤال عن إصابة العيب: (عليك قيمة ما بين الصحة والعيوب يوم ترده)^١ ، فالظرف متعلق بعليك^٢ لا قيد للقيمة، إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الرد إجمالاً؛ لأنَّ النقص الحادث تابع في تعين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى عليك أداء الأرش يوم رد البغالة.

إذا عيّنت قيمة البغل في يوم المخالففة، معرفة قيمته في يوم الأداء سهلة، كما لا يخفى. فتحصل: أنَّ هذه الجملة أيضاً لا تدل على خلاف ما تقتضيه القواعد.

١. الجملة الثالثة: قوله ^{عليه السلام} في جواب السؤال عن إصابة العيب: (عليك قيمة ما بين الصحة والعيوب يوم ترده).

وملخص القول فيها: إنَّه بناءً على وجود (اليوم) في الرواية، فإنَّ المحتملات فيها أربعة:

٢. أحدها: ما في المتن وهو رجوعه إلى قوله ^{عليه السلام}: (عليك) فلا تعرّض فيها ليوم هذه القيمة.

وأورد على هذا الإحتمال: بأنَّ التكليف بأداء الأرش والضمان إنما يكون في يوم حدوث العيب لا يوم الرد، وإن أُريد به يوم رد البغالة.

وفيه: إنَّه بناءً على المختار من أنَّ العبرة في القيميات بقيمة يوم الدفع، هذه الجملة على هذا الوجه تدل على ذلك، فإنه بما أنَّ التاليف مع وجود العين وصف من أو صافها، فلا يلاحظ بنفسه في العهدة، بل إنما يكون عهدها تتبع عهدة العين، فإذا خرجت العين عن العهدة بأدائها، لا عين في العهدة ليقال إنَّ صحيحة كذا ومعيبيها كذا، وليس على الضامن إلَّا عهدة ما به يتتفاوت صحيحها حال كونها في العهدة، فلا محالة يكون المعيار في مثل هذا التاليف قيمة يوم رد العين. فتدبر فإنه دقيق.

ثانيها: رجوعه إلى القيمة، وإرادة رد الأرش من قوله: (يوم ترده).

ويدفع هذا الإحتمال: أنَّ مرجع الضمير حينئذ إن كان: (قيمة ما بين... الخ) لزم تأنيثه، وإن كان (ما بين) لزم رعايته عناء عدم صدق الرد إلَّا على المأخوذ دون بدله.

٣. وأمّا ما ذكره المصنف ^{رحمه الله} من أنَّه لا عبرة في أرش العيب بيوم الرد إجمالاً.

ويحتمل أن يكون قيداً للعيب^١، والمراد العيب الموجود في يوم الرد، لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الرد، فهو المضمنون دون العيب القليل الحادث أولاً، لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد، والعبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه، لأنَّ المعيب لو ردَ إلى الصحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حديث منه وارتفاع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف^٢ أيضاً، فتعين تعلقه بقوله: (عليك)

فيرد عليه: أنَّ المسألة خلافية، وقد عرفت أنَّ مقتضى القواعد أنَّ العبرة بيوم الرد، وقد أفتى بذلك جمع، مع أنه لو سلم قيام الإجماع عليه، فليس هو إجماعاً تعبدياً، مضافاً إلى احتمال الفرق بين العين والنقص.

١. ثالثها: رجوع (يوم ترده) إلى العيب، فيكون مفادة ضمان العيب الفعلي، فلا عبرة بحدوث العيب مع زواله عند ردِّه، ويعتبر زيادته حال ردِّ العين، وعلى هذا فهي أجنبية عن المقام وغير متعرّضة لهذا الحكم.
وأورد عليه بإيرادين:

٢. الأوّل: ما أفاده المصنف^٣، وهو أنَّ العيب قد يرتفع أو ينقص يوم الرد، ولازم هذا الوجه أن لا يوجب ضماناً في الصورة الأولى، وأن لا يوجب الضمان بالنسبة إلى ما حديث منه وارتفاع في الثانية، مع أنَّ مقتضى الفتوى خلاف ذلك.
وفيه: إنَّ المسألة خلافية وفيها أقوال ثالثها التفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن، وما لم يكن كذلك كوصف الصحة.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني^٤، وهو أنَّ المراد منه هنا الحاصل من المصدر، وهو معنى اسمى ليس فيه معنى الفعل، ولا يمكن اشراب معناه فيه.

وفيه: إنَّ الجوامد على قسمين: قسم لا يتقدّر بالزمان، وقسم يتقدّر به، والأوّل لا يتعلّق به الظرف، والثاني لا مانع من تعلق الظرف به، والمقام من قبيل الثاني.

رابعها: رجوعه إلى القيمة وإرادة ردِّ البغة. وتقرير دلالتها على المختار من أنَّ العبرة بيوم الرد ما ذكرناه في المحتمل الثاني.
فتحصل: أنَّ هذه الجملة - مضافاً إلى أنها لا دلالة فيها على أنَّ العبرة بيوم المخالفة -

والمراد بقيمة ما بين الصّحة والعيوب، قيمة التّفاوت بين الصّحة والعيوب، ولا تعرّض في الرواية ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغصب، ويحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصّحة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضّمادات والمعاوضات، وحيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه واللاحقة له في اعتبار يوم الغصب، تعين حمل هذا أيضاً على ذلك.

نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصّحّيحة، بأنّه لا يبعد أن يكون مبني الحكم في الرواية - على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوماً، ويكون السرّ في التعبير بيوم المخالففة، دفع ما ربما يتوجه منه أمثال صاحب البغل من العوام - أنّ العبرة بقيمة ما اشتري به البغل، وإن نقص بعد ذلك، لأنّه خسره المبلغ الذي اشتري به البغلة، ويوّيده التعبير عن يوم المخالففة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء، فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتّكل بيوم المخالففة من حيث أنه يوم المخالففة. إلا أن يقال إنّ الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالففة، هو التّنبيه على سهولة إقامة الشّهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس وجماعه من المكارين، بخلاف زمان المخالففة من حيث أنه زمان المخالففة، فتغيّير التّعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالففة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيئة كاليمين في مقابل قول السائل، ومن يعرف ذلك؟ فتأمل.

ويؤيّد هذه أقواله ^{إشكالاً} فيما بعد في جواب قول السائل: (ومن يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو إما أن يحلف هو فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه^١)

يمكن دلائلها على أنّ الميزان قيمة يوم الأداء.

بقي الكلام في الصحيح في جهات ثلاث:

الأولى: في الإشكال الذي اوردوه على قوله ^{إشكالاً} في جواب قول السائل: (ومن يعرف ذلك؟ قال: أنت، وهو إما 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 اكترى كذا وكذا فيلزمك). والجواب عنه.

١. **الثانية:** فيما أفاده المصّنف ^{فيه} من أنّ هذه الجملة تؤيّد القول بأنّ العبرة بيوم التلف.

أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أن قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا، فيلزمك الخبر. فإن العبرة لو كان بخصوص يوم المخالففة، لم يكن وجه لكون القول قول المالك، مع كونه مخالفًا للأصل، ثم لا وجه لقبول بينته، لأن من كان القول قوله فالبينة بيته صاحبه^١، وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المолов له ويصدقه فيه من دون محاكمة^٢، والتعبير برده اليمين على العاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغلة، فكان الحلف حقاً له ابتداءً، خلاف الظاهر، وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف، فإنه يمكن أن يحمل توجيه اليمين على المالك على ما إذا

الثالثة: في أنه هل يمكن أن يستدل بالصحيح على أن العبرة بأعلى القيم أم لا؟
أما الجهة الأولى: فمحض الإشكال هو أن المالك دائمًا يدعي الزيادة، فقوله مخالف للأصل، فيكون هو مدعياً وظيفته إقامة البينة، وال العاصب منكرًا وظيفته الحلف أو رد الحلف، فكيف حكم عليه^{عليه} بأنه يحلف المالك وأن له رد الحلف على العاصب.

١. ثم على فرض كونه منكرًا، فما معنى جعل إقامة البينة وظيفته؟

وأجيب عن الإشكال بوجوه:

٢. أحدها: إنه^{عليه} في مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض المخاصمة، وقضية البينة على المدعى واليمين على من أنكر إنما هي في المخاصمات، وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب في ذلك، حيث أن السؤال إنما يكون عن العارف، وأجاب^{عليه}: بأنه إنما أن يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغلة، أو أن تحلف أنت من جهة كونه عندك في مدة، أو يقيم المالك البينة لو لم تعرف أنت ولم يعرف هو، فتكون الصحيحة غير مربوطة بموازين القضاة.

والذي يوهن هذا الجواب - وإن ذهب إليه جمع منهم السيد الفقيه والمحققان الإصفهاني والإبرواني - قوله^{عليه}: (فيلزمك)، قوله: (زمه) إذ الملزم إنما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الإلهي ذلك، لا حلف كل أحد وإن توافق الطرفان عليه.
اللهم إلا أن يقال: إن الإنسان بحسب الغالب يطمئن بحلف غيره.

اختلافاً في تنزّل القيمة يوم التّلف مع اتفاقهما، أو الاطّلاع من الخارج على قيمته سابقاً^١، ولا شكّ حينئذ أنّ القول قول المالك، فيكون سماع البينة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقاً، مع اتفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التّلف^٢، فيكون الرواية قد تحفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، ويبقى بعض الصّور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التّلف عن يوم المخالفة، ولعلّ حكمها -أعني حلف الغاصب- يعلم من حكم عكسها المذكور في الرواية. وأمّا على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة، فلابدّ من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللّاحق له، وادعى الغاصب نقضانه عن تلك يوم المخالفة، ولا يخفى بُعده، وأبعد منه حمل النّص على التّعبّد^٣.

ثانيها: أن تكون هذه الجملة في مقام بيان حكم صورتين من صور النّزاع.

١. ويكون الحلف وظيفة المالك في ما لو اختلفا في تنزّل القيمة يوم التّلف، مع اتفاقهما على قيمته سابقاً، فيكون قول المالك موافقاً للأصل.

٢. والبينة وظيفتها في صورة أخرى، وهي صورة اختلافهما في قيمته سابقاً، مع اتفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التّلف، فيكون قول المالك مخالفًا للأصل. واختار المصنّف هذا الوجه.

وفيه: إنّ هذا مناف لظاهر الصحيح، بل صريح، فإنه صريح في ورود حلف المالك والغاصب وسماع البينة من المالك كلّها على مورد واحد.

ثالثها: حمل الصحيح على التّعبّد، وجعله مخصوصاً للقاعدة العامة، وهو غير بعيد في نفسه، إذ من شؤون أخذ الغاصب بأشقّ الأحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه، وأن لا يطالب منه بشيء من موازين القضاء، بل يوجّه الخطاب إلى المالك. والتزم به الشّيخ في محكي «النهاية»، والمفید في محكي «المقنعة»، وعن المصنّف نسبته إلى الأكثر. وبذلك ظهر ما في تضييف المصنّف^٤ هذا الوجه حيث قال:

٣. (وأبعد منه حمل النّص على التّعبّد).

فتححصل: أنّ الأوّل في دفع الإشكال الوجه الثالث ثمّ الأوّل.

وأمّا الجهة الثانية: فقد أفاد المصنّف^٥ في وجه كون هذه الجملة مؤيّدة للقول

وجعل حكم خصوص الذّابة أو مطلقاً مخالفًا للقاعدة المتنّق عليها نصّاً وفتواً، من كون البينة على المدعى واليمين على من أنكر، كما حكي عن الشّيخ في بابي الإجارة والغصب. وأضعف من ذلك الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف، كما حكي عن الشّهيد الثاني، إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح^١، ولم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب.

بأنّ العبرة بيوم التلف، بعد حملها على الموردين، أَنَّه إذا كان المعيار يوم التلف أمكن توجيه الإشكال المتقدّم بوجه قريب، وهو حمل الخبر على موردين متعارفين، وهم ما إذا اتفقا في السابق على قيمة البغل، وادعى العاصب نقصانها في يوم التلف عن قيمته في السابق، وما إذا اتفقا على أَنَّه لم تتفاوت قيمة البغل وإنما اختلفا في السابقة من حيث الزيادة والنقصان. فإنّه في المورد الأوّل تكون وظيفة المالك اليمين لموافقة قوله للأصل، وفي المورد الثاني تكون وظيفته البينة لمخالفة قوله للأصل، وهذا بخلاف ما لو قلنا إنّ المدار على يوم المخالفة، فإن فرض صورة يكون قول المالك موافقاً للأصل، ووظيفته الحلف على هذا إنّما يكون فرضاً نادراً، وهو ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له، وادعى العاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة، ومعلوم أَنَّه لا يصحّ حمل الصحيح على هذا الفرض النادر.

ولكن يرد عليه أمور:

الأول: ما تقدّم من منافاة حمل الخبر على الموردين لظاهره بل صريحه.

الثاني: إنّ غاية ما يدلّ عليه الوجه المزبور أَنَّه لا عبرة بقيمة يوم المخالفة، وأمّا أنّ المدار قيمة يوم التلف أو يوم الدفع، فالخبر أجنبي عنه حينئذ.

الثالث: أَنَّه يمكن فرض صورة يكون قول المالك موافقاً للأصل، وتكون تلك الصورة متعارفة، وإن قلنا بأنّ المدار قيمة يوم المخالفة، وهي ما إذا اتفقا على قيمة البغل وادعى العاصب أَنَّه كان معيباً حين المخالفة، فإنّ قول المالك بكونه صحيحاً موافق للأصل، فتكون وظيفته حينئذ الحلف.

وأمّا الجهة الثالثة: ففي المتن :

١. (لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب).

نعم، استدلّوا على هذا القول بأنّ العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمتها. وفيه أنّ ضمانها في تلك الحال إن أُريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم، إذ تداركه لا يكون إلا بذلك، لكن المفروض أنها لم تتلف فيه، وإن أُريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلاً، وإن تنزلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسللوا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين، وإن أُريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعاً بالتلف، فهو وإن لم يخالف الاتفاق، إلا أنه مخالف لأصلّة البراءة من غير دليل شاغل، على ما حكاه في «الرياض» عن خاله العلامة رحمه الله من قاعدة نفي الضّرر الحاصل على المالك. وفيه نظر، كما اعترف به بعض من تأخر. نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة، بأنّ العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان، وصار ماليتها مقومة بتلك القيمة، فكما أنه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت، إذ لا فرق مع عدم التمكّن منها بين أن تتلف أو تبقى. نعم، لو رأت تدارك تلك المالية بنفس العين وارتفاع القيمة السّوقية أمرّ اعتباري لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالاً، وإنما هو مقوم لمالية المال، وبه تمييز الأموال كثرةً وقلةً.

والحاصل: أنّ للعين في كلّ زمان من أزمنة تفاوت قيمتها مرتبة من المالية أزيلت يد المالك منها وانقطعت سلطنته عنها، فإن ردّت العين فلا مال سواها يضمن، وإن تلفت

ووجهها المحقق النائي: بأنّ قوله عليه السلام: (يوم خالفته) بيان لأنّ المخالفة موجبة للضمان، والمفروض أنّ كلّما كان الشيء تحت سلطنة الغاصب خالف المالك فيه، ولا موجب لأن تكون القيمة ملحوظة في أول حدوث المخالفة، بل إذا فرض قيمة العين أعلى في يوم من سائر الأيام يضمنها الغاصب وإن تنزلت بعد ذلك، ولا متناع اجتماع الضمانات لعين واحدة، يدخل الأدنى تحت الأعلى، وينحصر في الأعلى.

ويرد عليه: - مضافاً إلى ما تقدّم من تطرق احتمالات في (يوم خالفته) الموجب لعدم صحة الإستدلال به، ومضافاً إلى ما عرفت من أنّ المالية ليست مضمونة وداخلة تحت على اليد - أنّ الظاهر من (يوم خالفته) هو أول يوم حدوث المخالفة.

استقرت علية تلك المراتب لدخول الأدنى تحت الاعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث أنه يضمن الأعلى منها، ولأجل ذلك استدل العالمة في «التحرير» للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: (لأنه زمان إزالة يد المالك)، ونقول في توضيحة إن كل زمان من أزمنة الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليته، ففي زمان أزيلت من مقدار درهم، وفي آخر عن درهماين، وفي ثالث عن ثلاثة، فإذا استمررت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامة أكثرها، فتأمل. واستدل في «السرائر» وغيرها على هذا القول بأصله الاشتغال لاشتغال ذمته بحق المالك، ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى.

وقد يجاب: بأن الأصل في المقام البراءة، حيث أن الشك في التكليف بالزائد، نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد، ثم إنه حكي عن المفید والقاضي والحلبي الاعتبار بيوم البيع، فيما كان فساده من جهة التفویض إلى حكم المشترى ولم يعلم له وجه، ولعلهم يريدون به يوم القبض، لغبة اتحاد زمان البيع والقبض، فافهم.

وأما المورد الثاني: فقد استدل بأن العبرة بيوم التلف بطاائفتين من النصوص:
الأولى: ما ورد في باب الرهن^(١)، وقد تقدم في أول هذا التنبيه، وعرفت أنه لا ينافي مع القاعدة. فراجع.

الثانية: ما ورد في عبد أعتق بعضه، ففي خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليهما السلام: «عن قوم ورثوا عبداً جمِيعاً فأعتقد بعضهم نصيبه منه، كيف يصنع بالذى أعتقد نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقى؟ فقال عليهما السلام: نعم يؤخذ بما بقى (منه بقيمة يوم أعتقد خ)»^(٢) ونحوه غيره.

وفيه: إنه من المحتمل كون قوله: (يوم أعتقد) قيداً لـ يؤخذ لا للقيمة، وعليه فيدل على أن زمان توجه التكليف إنما هو من حين التعلق، وساكت عن أن ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف أو يوم الأداء؟
فتحصل: أن الأظهر بحسب الأدلة كون الميزان قيمة يوم الأداء والدفع.

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب كتاب أحكام الرهن. (٢) الوسائل - باب ١٨ - من أبواب كتاب العتق حديث ٦.

ثم إنّه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال^١، إلا أنّه تردد فيه في «الشّرائع»، ولعلّه كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله، ودفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل، وقد تقدّم أنّه مخالف لإطلاق النّصوص والفتاوي، ثم إنّ ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة. وأما إذا كان بسبب الأمكنة، كما إذا كان في محل الضمان بعشرة وفي مكان التلف بعشرين، وفي مكان المطالبة بثلاثين، فالظّاهُر اعتبار محل التلف^٢، لأنّ ماليّته الشّيء تختلف بحسب الأماكن، وتداركه بحسب ماليّته.

١. قوله: (ثم إنّه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال).
أقوال: وقد عرفت أنّ الحقّ اعتبارها من جهة بقاء العين في العهدة إلى حين الخروج عنها، الذي هو مختار جمع من المحققين، لا ما احتمله^{بِهِ} من كون القيمي مضموناً بمثله.

ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة

٢. قوله: (وأمّا إذا كان بحسب الأمكنة... فالظّاهُر اعتبار محل التلف).

يتحمل في العبارة وجهان:

أحدهما: مع لفظ عدم.

الثاني: بدونه.

ومراده على الأول: أنّ خصوصية المكان من الخصوصيات والأوصاف التي تكون دخلية في المالية، وتحتّل الماليّة باختلافها، وأنّ اختلاف الماليّة فيها ليس مستنداً إلى مجرد تفاوت الرغبات، فتكون نازلة منزلة الجزء، وعليه فالمضمون به أعلى القيم من قيم البلاد التي مررت بها العين لا قيمة يوم التلف.

ومراده على الثاني: أنّ معنى الضمان وجوب تداركه بدله عند التلف، حتى يكون عند التلف كأنّه لم يتلف، وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل في مكان التلف قائم مقامه.

ولكن يرد على الوجه الأول: أنّ خصوصية المكان كخصوصية الزمان ليست دخلية في المالية، بل أصل القيمة وترقيها ينشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود، كما أنّ عدمها وتنزّلها ينشئان من كثرة الوجود وقلة الطلب، بلا دخل للزمان والمكان في ذلك.

ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس. وأما إذا كان حاصلاً من زيادة في العين، فالظاهر كما قيل عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم، وفي الحقيقة ليست قيم التاليف مختلفة، وإنما زيادةتها في بعض أوقات الضمان، لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه، النازلة منزلة الجزء الفائت. نعم، يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، فإن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها، أو أعلى القيم، ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعدد الوصول إليه^١ وإن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبقى لفما دل على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة، وهل يقيّد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه أو بعدم رجاء وجданه أو يشمل ما لو علم وجданه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها أو ولو كانت قصيرة، وجوه. ظاهر أدلة ما ذكر من الأمور الاختصاص بأحد الأولين، لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الآخرين

ويرد على الوجه الثاني: ما تقدّم من بقاء العين في العهدة إلى حين الأداء، والصحيح أنه بناءً على المختار من بقاء العين في العهدة، يكون الاعتبار بقيمة العين في محل الخروج.

نعم، في المقام مسألة أخرى، وهي أنه إذا كانت القيمة في مكان أزيد من القيمة في مكان التلف والأخذ، هل للمالك أن يطالعها أم لا؟ وقد تقدّم الكلام في ذلك.

بدل الحيلولة

لا باس بالتعرض لحكم ما لو لم تتلف العين ولكن تعدد الوصول إليها .

١. فقد صرّح المصنف وغير واحد بأنه في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة.

وتنقيح القول فيه بالبحث في جهات:

الجهة الأولى: أنه لا كلام في الضمان في صورة تعدد الوصول إلى ماله، إذا صدق عليه التلف عرفاً للأدلة المتقدمة، وللنوصوص الكثيرة الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً، الواردة في السرقة والضياع، ولا حاجة إلى نقلها.

كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل، ويؤيده أن فيه جماعاً بين الحقين^١ ، بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكّن من العين، فإن تسلط الناس على مالهم

إنما الكلام فيما إذا لم يصدق عليه التلف عرفاً.
وقد استدلّ على الضمان - بمعنى لزوم دفع البدل المسمى عندهم ببدل الحيلولة -

بوجوه:

الوجه الأول: قاعدة نفي الضرر^(١)، بدعوى أن صير المالك إلى حين الوصول إليه ضرر عليه، فجاز له إلزم الغاصب بالبدل.

وفيه: إن قاعدة نفي الضرر إنما تنفي الحكم الضرري وحكم الموضوع الضرري، ولا تدلّ على ثبوت حكم، ولا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حَقَّ في محله.

الوجه الثاني: قاعدة اليد، بدعوى أن أداء العين كما يكون بأداء بدلها عند تلفها كذلك يكون بأداء بدل الحيلولة.

وفيه: إن مفاد حديث على اليد^(٢) إن كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف، فعدم دلالته على الضمان ببدل الحيلولة واضح، وإن كان بقاء العين في العهدة إلى حين الخروج عنها، فهو إنما يدلّ على لزوم أداء العين ما دامت، موجودة وتدارك ماليتها بأداء حصة مماثلة لها بعد التلف.

وبعبارة أخرى: ما دامت موجودة لا يكون أداء بدل الحيلولة أداءاً لها، ولذا لا تخرج عن ملك مالكها، ولو كان ذلك أداءاً لها كان اللازم خروجها عن ملكه.

١. **الوجه الثالث:** أن في أدائه جماعاً بين الحقين، بعد فرض رجوع البدل إلى الضامن لو ارتفع التعذر.

وفيه: إن الحق الثابت للمالك إنما هو بالإضافة إلى العين نفسها لا بدلها مع بقائها. مع أنه على فرض التنزّل، يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر، وهو إلزم الضامن بالشراء، بل هذا الجمع أولى كما لا يخفى.

(١) راجع الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب إحياء الموات.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

- الذي فرض كونه في عهده - يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعدد نفسه^١، نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلي. نعم، لو كان زمان التعذر قصيراً جداً بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء القيمة أشكال الحكم.

١. الوجه الرابع: قاعدة السلطنة^(١).

إما بدعوى السلطنة على مطالبة العين، للتسلل بها إلى مطالبة البدل وأخذها.

أو بدعوى أنّ من شؤون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها.

وبعبارة أخرى: للعين شؤون ثلاثة: من حيث الشخصية، ومن حيث الطبيعة النوعية، ومن حيث المالية. وتعذر مطالبة الأولى لا يمنع عن مطالبة غيرها.

أو بدعوى السلطنة على مطالبة السلطنة على الإنفاعات بماله.

وفي الجميع نظر.

أما الأولى: فلأنّ السلطنة على مطالبة العين مع إمكان ردها ثابتة، ولا زمها السعي في ذلك بالسعي في مقدّماته لا ردّ البدل، ومع عدم إمكانه لا تكون ثابتة لعدم القدرة، والإمتاع بالإختيار وإن كان لا ينافي الإختيار إلا أنه عقاباً لا خطاباً.

وأما الثانية: فلأنّ مالية العين القائمة بها - أي تلك الحصة الخاصة من المالية - يتعدّر مطالبتها بتعدّر مطالبة العين، والمالية القائمة ببدلها حصةُ أخرى من المالية، ولم تثبت السلطنة على مطالبتها.

وأما الثالثة: فلأنّ السلطنة على الإنفاعات بماله ساقطة للتعدّر.

الوجه الخامس: إنّ فوت سلطنة المالك وأتلفها، فيجب عليه تدارك ذلك.

وفيه: إنّ ما للملك إنما هو الملك لا السلطنة، بل هي من الأحكام المترتبة عليه، فلا يتعلّق بها الضمان.

الوجه السادس: إطلاق النصوص المتقدّمة.

وفيه: إنّها ظاهرة أو منصرفة إلى صورة صدق التلف عرفاً.

(١) البحارج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

الوجه السابع: الإجماع، وهو كما ترى.

فتحصل: أنه لا دليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين. نعم، بما أنَّ الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامناً للمنافع. وقد تقدّم تفصيل القول في ذلك.

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية: في بيان مورد بدل الحيلولة.

فاعلم أنه إذا تمكّن الغاصب من رد العين، ولكنه لم يردها، بل حال بين العين ومالكها، فليس هناك بدل الحيلولة، بل يكون الغاصب مكلِّفاً برد العين، كما أنه إذا تلفت العين أو تلف جميع الإنقفات في جميع الأزمنة، خرجت بذلك عن الملكية، كصيرورة الخل خمراً، أم لا كما إذا انكسرت المرأة، أو تلف بعض الإنقفات في جميع الأزمنة، كما لو صار الحيوان موطوءاً فإنه لم يتلف منه إلّا الإنقفات به دائمًا في بلد الوطى لا في سائر البلاد، فليس هناك بدل الحيلولة.

بل مورده ما إذا تلفت جميع الإنقفات في بعض الأزمنة، لعدم تمكّن الضامن من الرد.

ثم إنَّ مورده ما إذا كان التعذر لعارض خارجي، وأمّا إذا كان ذلك من جهة أنَّ رد العين مستلزم لخروجهما عن المالية، كالخيط المغصوب الذي خيط به الثوب - إذ قد يكون إخراجه من الثوب موجباً لتلفه - أو لخلطه بمال آخر، فلا يكون مورداً لبدل الحيلولة، ولا يعتبر فيه سوى ما ذكر، وعليه فصوره أربع سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف، إذ ربما يرجى التمكّن من العين قريباً، وربما يرجى بعد مضي مدة طويلة. وعلى التقديرين إمّا أن يتعذر على المالك إعادة العين، وإنّما يرجى أن تعود بنسفها كطائر اعتاد العود، وأمّا أن لا يتعذر. وعلى القول بثبوت بدل الحيلولة يثبت في جميع هذه الصور، ولا وجه لتخفيضه بما إذا كان يرجى التمكّن بعد مدة طويلة. نعم، إذا كان زمان التعذر يسيرًا جدًا لا يشمله الأدلة المتقدمة.

ثم الظاهر عَد اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدماته، لم يسقط القيمة زمان السعي، لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر، وهو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزامه برد العين^١، فتأمل.

الجهة الثالثة: في بيان أنّ التعذر الموضوع لهذا الحكم، هل هو التعذر المسقط للتكليف أم لا؟
قد استدلّ للأول بوجهين :

١. أحدهما: ما في المتن وهو أصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزامه برد العين الذي كان قبل التعذر، خرج عن ذلك ما إذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف.
ثانيهما: أنه مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفاً برد العين، ولا يجتمع التكليف برد العين والبدل.

وفيهما نظر :

أثنا الأول: فلأنّ الأدلة التي أقاموها على ثبوت بدل الحيلولة، مقتضى إطلاقها ثبوته في مورد التعذر العرفي أيضاً، ومعه لا مورد للرجوع إلى الأصل.
وأثنا الثاني: فلأنّ مورد التكليف بالبدل زمان الإشتغال بالمقدمات، ومورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات.

أقول: ولكن الحق في المقام، هو التفصيل بين كون زمان الإشغال بالمقدمات، قصيراً جداً فلا يكون ثابتاً، وبين غيره فيكون ثابتاً، ولا يخفى وجهه.
ثم إنّ السيد الفقيه أورد على المصنف^٢ بعد قوله: (ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف) بقوله: (لا يخفى أنّ هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بأنّ فيه جمعاً بين الحقين، كما أنّ تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول، وهو اليأس من الوصول، فلا وجه للتكرار).

وفيه: إنّ في المقام بحدين:
أحدهما: أنه هل يعتبر في ثبوته اليأس عن الوصول إلى الأبد أم لا؟
الثاني: في أنه هل يعتبر التعذر المسقط للتكليف أم لا؟ وبين الجهتين عموم من وجه، إذ اليأس من الحصول ربما لا يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعدراً عقلاً، كما

ولعل المزاد به التعذر في الحال وإن كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخر لأجلها ذو المقدمة. ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين، ليس كثبوتها مع تلفها فيكون دفعها حقاً للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها، ويصبر إلى زوال العذر، كما صرّح به الشيخ في «المبسوط»، ويدلّ عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم^١، وكما أن تعذر رد العين في حكم التلف، فكذا خروجه عن التقويم.

أن العلم بوجданه أو رجائه قد يوجب سقوط التكليف فعلاً للتعذر العقلاني، وعلى هذا فلا مورد لإيراده.

إلزم المالك بأخذ البدل

الجهة الرابعة: في الأحكام المتفرّعة عليه بعد ثبوته، وتنقیح القول فيها في ضمن مسائل:

المسألة الأولى: هل يكون دفع البدل حقاً للضامن فله إلزم المالك بأخذته، أم ليس له ذلك؟

١. وقد استدلّ المصنف^(١) على الثاني بقاعدة تسلط الناس على أموالهم^(١).

وفيه: إن المزاد بذلك إن كان هو السلطنة على الامتناع من قبول بدل الحيلولة. فيرد عليه: أن بدل الحيلولة إن صار ملكاً له مع عدم مطالبتنه، فامتناعه عن قبوله كامتناعه عن قبول نفس العين، لا يؤثّر في عدم الخروج عن العهدة بدفعه. وإن لم يصبح ملكاً له، فلا إضافة له إليه كي يشتمله دليل السلطنة.

وإن كان المزاد به السلطنة على الامتناع من أخذ بدل الحيلولة، من جهة كونه بدلًا عن ماله بمعنى السلطنة على الامتناع من أخذ بدل ماله.

فيرد عليه: أن بدل الحيلولة إن قلنا إنّه غرامة يدفعها الضامن وليس بإزاء العين، فلا يزاحم ذلك للسلطنة الثابتة للمالك على ماله. وإن قلنا إنّ له عوضه قهراً، فدليل السلطنة لا يمنع عنه لخاصية دليله حينئذ من دليلهما. نعم، بناءً على أن للمالك المعاوضة الإختيارية يتم ذلك، لكنه بمراحل عن الواقع.

(١) البحارج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

ثم إن المال المبدول يملكه المالك، بلا خلاف كما في «المبسوط» و«الخلاف» و«الغنية» و«السراير»، وظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين، ولعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق إلا بذلك، ولو لا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتمنا أن يكون مباحا له إباحة مطلقة، وإن لم يدخل في ملكه^١، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً باتفاق العين، وحكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله.

والحق في المقام: اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركه، إذ لو كان مدركه قاعدة اليد أو إطلاق النصوص كان ذلك حقاً للضامن، فإن حاله حينئذ كحال سائر أمواله. وأئمماً إن كان المدرك قاعدة نفي الضرر، أو كون ذلك من باب الجمع بين الحقين، أو الإجماع، فللمالك الامتناع من أخذه، فإن الضرر ينتفي بثبوت حق للمالك في مطالبة البدل، كما أن الجمع بين الحقين يكون بذلك، وقاعدة السلطنة على فرض دلالتها على ذلك تدل على أن للمالك السلطنة على مطالبة ماله للتسلل به إلى أخذ بدلها، فله أن لا يطالب، والمتيقن من الإجماع صورة المطالبة.

في أن بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح

المسألة الثانية: في أن بدل الحيلولة هل هو ملك للمضمون له أو مباح؟

فقد استدل للثاني بوجهين:

١. الأول: ما ذكره المصنف رحمه الله، ومحصله أن الفائت بسبب تعد السلطنة المطلقة على العين، فاللازم تداركها بسلطنة توازيها بأداء مماثل العين، لأن معنى الضمان ذهاب العين من مال الضامن، ولازم ذلك – فيما إذا كان الضمان بمعنى انتقطاع سلطنته عنه وفوائط الإنتفاع به، في الوجوه التي بها قوام الملكية – قيام مقابله مقامه في السلطنة لا في الملكية، ليكون مقابلًا وتداركاً للسلطنة الفائتة، فالتدارك لا يقتضي ملكية المتدارك في هذه الصورة، وحيث أن السلطنة على الإنتفاعات لا تقتضي الملك من أول الأمر عند هذا، فلذا اختار الإباحة لو لا الإجماع.

وعلى أي حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن^١، فهي غرامات لا تلزم فيها بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين في ملكه، وليس معاوضة ليلزم الجمع بين العوض والمعوض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له. وقد استشكل في ذلك المحقق والشهيد الثنائيان، قال الأول في محكي جامعه: (إن هنا إشكالاً، فإنه كيف يجب القيمة ويملكها الآخر، ويبقى العين على ملكه، وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه)، انتهى.

أما إن الإباحة المطلقة هل تقتضي الملك من أول الأمر أم لا، فقد أشبعنا الكلام فيه في المعاطاة.

وأما أن أدلة بدل الحيلولة هل تدل على الملك أو الإباحة؟ فالحق هو التفصيل، إذ لو كان المدرك هو الجمع بين الحقيقين، لما اقتضى ذلك أزيد من الإباحة، ولو كان المدرك غيره كان مقتضاه هو الملك، إذ قاعدة اليد تدل على كون المبدول بدلاً عن مالية العين، كما أن قاعدة السلطة الدالة على السلطة على مطالبة مالية ماله تقتضي ذلك، إذ مع عدم الملك لا يكون اعتبارها اعتبار مالية غير ماله، وقاعدة نفي الضرر أيضاً تقتضي ذلك، فإن ضمان القيمة هناك كضمانها في صورة التلف، وقاعدة نفي الضرر تدل على ضمان البدل لأن عدمه ضرري.

الثاني: أنه حيث تكون العين باقية على ملكه، فلو ملك البدل، لزم منه الجمع بين العوض والمعوض.

وفيه أولاً: إنه سيأتي الكلام في أن العين تنتقل عنه أم لا.
وثانياً: إنه يمكن أن يقال إن ثبوت البدل من باب الغرامة لا المعاوضة. فتأمل.
ثم إن هذا كله في غير صورة التلف العرضي، وأما في تلك الصورة فلا ينبغي التوقف في الملكية، للأدلة الدالة على ثبوت البدل فيها المتقدمة.

في أن العين هل تنتقل إلى الضامن أم لا؟

المسألة الثالثة: في أن العين هل تنتقل إلى الضامن أم لا؟

١. قال المصنف: (وعلى أي حال فلا ينتقل العين إلى الضامن).

أقول: لا إشكال في عدم الانتقال بناءً على عدم صيرورة البدل ملكاً للمالك، وأما

وقال الثاني: (إنّ هذا لا يخلو من إشكال، من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكلّ منها متزللاً وتوقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين وإن أجاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة) انتهى. واستحسنه في محكي «الكافية».

أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا إنّ معنى ضمان العين، ذهابها من مال الضامن، ولازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه ليصدق ذهابه من كيسه، ثم إنّ الذهاب إنّ كان على وجه التلف الحقيقي أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفاً، وجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكية، وإنّ كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه، وفوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية، وجب قيام مقابله مقامه في السلطة لا في الملكية، ليكون مقابلاً وتداركاً للسلطة الفائنة، فالتدارك لا يقتضي ملكية المتدارك في هذه الصورة. نعم، لما كانت السلطة المطلقة المتداركة للسلطة الفائنة متوقفة على الملك -لتوقف بعض التصرفات عليها- وجب ملكيته للمبدول، تحقيقاً لمعنى التدارك والخروج عن العهدة. وعلى أيّ تقدير، فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكها^١، إنما الكلام في البدل المبدول، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة وبالسلطة عليها، وبعد ذلك، فيرجع محصل الكلام حينئذ إلى أنّ إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، هل يستلزم الملك من حين الإباحة، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ وقد تقدّم في المعاطة بيان ذلك.

بناءً على الملكية، ففي موارد التلف الحقيقي أو العرفي لا كلام أيضاً في خروجه عن ملكه.

أما في الأول: فواضح.

وأما في الثاني: فلأنّ الملكية من الإعتباريات، والإعتبار إنما يكون بلحاظ الأثر، وبدونه لغو، فلا يكون هناك اعتبار الملكية.

وأما في غير ذينك الموردين، فقد اضطربت فيه كلمات الأعلام غاية الإضطراب، ومحصل القول إنّ في مسألة وجوهاً وأقوالاً :

أحدها: أنّ الضامن يملك العين التي أدى عوضها مطلقاً.

١. الثاني: أنه لا يملكها كذلك. وهو مختار المصنف.

ثم إنّه قد تحصل ممّا ذكرنا أنّ تحقيق ملكيّة البدل أو السّلطنة المطلقة عليه - مع بقاء العين على ملك مالكها - إنّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعُد بدل البدل غرامة وتداركاً، أمّا لو لم يفت إلّا بعض ما ليس به قوام الملكيّة، فالتدارك لا يقتضي ملكه ولا السّلطنة المطلقة على البدل، ولو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذ، لم يبعد اكتشاف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم^١، ولذا استظره غير

١. الثالث: ما مال إليه المصنف، واختاره بعض المحققين وهو عدم الملكيّة فيما إذا كان الفائت معظم الانتفاعات، والملكية فيما إذا لم يكن الفائت إلّا بعض ما ليس به قوام الملكيّة.

والأظهر هو الأوّل، وذلك لوجهين:

الوجه الأوّل: أنّ أهل العرف يفهمون من الأمر بدفع البدل، حصول المعاوضة والمبادلة بين العينين، وصيروحة كلّ منهما ملكاً للآخر، وبدلاً عنه.

الوجه الثاني: إنّ مقتضى عنوان التدارك والغرامة ذلك، إذ مع فرض عدم التلف وبقاء مقدار من المالية للمتعدّ - لو حكم الشارع بتدارك ماليّته بتمامه، بعنوان تدارك ما في العهدة، وبعنوان أنه أداء للمتعدّ - لا مناص عن الإلتزام بخروجه عن ملكه، بحيث أنّ كون المتعدّ من المباحثات الأصلية، لم يقل به أحد، فلا بدّ من البناء على صيروحته ملكاً للضامن.

واستدلّ للثاني: بمنع تلك الاستفادة والفهم العرفي من أدلة الضمان، وبأنّ التكليف بأداء البدل يمكن أن يكون بعنوان الغرامة لا بعنوان البديّة، والغرامة لا تقتضي كون العين ملكاً للضامن، فإنّ العين التالفة يضمن الضامن قيمتها، ولا تكون ملكاً له.

وبالجملة: الغرامة تسدّ الثلّمة الواردة على ملك المالك، فلا يقتضي لزومها على الغارم، دخول العين في ملكه، لأنّها ليست بدلاً عن نفس العين.

وفيه: إنّه مع بقاء العين على مقدار من المالية، سدّ الثلّمة لا يكون بإعطاء كمال القيمة، فإعطاء تمامها مع فرض كون الغرامة لا بعنوان العقوبة والمجازاة، بل بعنوان

واحد أن الغارم لقيمة الحيوان الذي وطئه يملكه، لأنّه وإن وجب بالوطني نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر، لكنّ هذا لا يعده فواتاً لما به قوام الماليّة. هذا كله مع انقطاع السلطة عن العين، مع بقاءها على مقدار ملكيّتها السابقة. أمّا لو خرج عن التقويم، مع بقاءها على صفة الملكيّة، فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك، لأنّ القيمة عوض الأوصاف والأجزاء التي خرّجت العين لفواتها عن التقويم^١، لا عوض العين نفسها، كما في الرّطوبة الباقيّة بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالكها لا ينافي معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات، فيقوى عدم جواز المسح بها إلّا بإذن المالك. ولو بذل القيمة، قال في شرح «القواعد» - فيما لو خاط

تدرك ما في العهدة، يستلزم خروج العين عن ملكه ودخولها في ملك الضامن.
واستدلّ للثالث: بأنّه مع فوات معظم الانتفاعات، لا محالة يكون اداء القيمة غرامة، وهي لا تقتضي انتقال العين إلى الغارم.
وأمّا مع فوات بعضها، فعنوان الغرامة لا يقتضي أداء تمام القيمة، فالامر بأداء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعيّة.

وفيه: إنّ ما ذكره في الشق الأوّل يتمّ في صورة التلف العرفي، وأمّا في غيره فليس التالف مما يسوى بتمام القيمة كما عرفت.

فتححصل: أنّ الأظهر صيرورته ملكاً للضامن.

١. قوله: (لأنّ القيمة عوض الأوصاف والأجزاء... عن التقويم).

بل القيمة عوض عن العين بلحاظ ماليّتها الثابتة لها بلحاظ الأوصاف.
وظاهر هذه العبارة أنّه لو كانت القيمة عوض العين نفسها، لزم منه انتقال العين إلى الضامن، وهذا وإن كان حقاً، إلّا أنه ينافي ما تقدّم منه، حيث قال: (وعلى أيّ حال، فلا تنتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيه بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين في ملكه).

ثوبه بخيوط مغصوبة - : (ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب^١، ثم يضمن الغاصب النقص، ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة)، انتهى^٢.
وعطف على ذلك قوله: (ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أن جنائية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعب القيمة، أحذها ولم تدفع العين)، انتهى.

وعن «المسالك» في هذه المسألة: (إنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك مالكه كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة)، لكن عن «مجمع البرهان» في هذه المسألة اختيار عدم وجوب النزع، بل قال: (يمكن أن لا يجوز ويتعدى القيمة، لكونه بمنزلة التلف، وحينئذ يمكن جواز الصلاة في هذا الثواب المحيط، إذ لا غصب فيه يجب ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقيه من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل وقبل المسح) انتهى.

١. عبارة «القواعد» هكذا: (ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الإمكان، فإن خيف تلفها فالقيمة) انتهى.

احتمل في هذا المورد وأمثاله أمور:

منها: أنه يجب بدل الحيلولة لتعذر وصول المالك إلى ماله.

ومنها: اشتراك مالك الثوب ومالك الخيوط في قيمة الثوب بعد الخياطة.

٢. ومنها: كونها من موارد التلف.

أقول: والأظهر هو الأخير، إذ قيمة الثوب وإن زادت بالخياطة، إلا أن زيادتها ولو مقداراً منها ليست بإزاء الخيوط، وإن صارت هي سبباً لازدياد قيمة العين، وقد مرّ عدم كون المورد من موارد بدل الحيلولة، بل تعدّ هذه الموارد عند العرف من موارد التلف، فيكون الغاصب ضامناً لقيمة الخيوط، وقد مرّ أن ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن، وعليه فلا يجب نزعها وإن طلبه المالك، وتتجاوز الصلاة في هذا الثواب المحيط، كما أفتى به في محكي «مجمع البرهان» واستجوده صاحب «الجوهر»^٣.

واستجوده بعض المعاصرین ترجیحاً لاقتضاء ملک المالک للقمية خروج المضمون عن ملکه، لصیرورته عوضاً شرعاً، وفيه أنة لا منشأ لهذا الاقتضاء، وأدلة الضمان قد عرفت أنة محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالک، سواءً كان الذاہب نفس العین - كما في التالف الحقيقی - أو كان الذاہب السلطنة عليها التي بها قوام ماليتها كفرق المال، أو كان الذاہب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بها العین عن التقویم، مع بقاء ملکیتھ، ولا يخفی أنة العین على التقدیر الأول خارج عن الملکیة عرفاً، وعلى الثاني السلطنة المطلقة على البدل، بدل عن السلطنة المنقطعة عن العین. وهذا معنی بدل الحیلولة، وعلى الثالث فالمبذول عوض عما خرج المال بذها به عن التقویم، لا عن نفس العین، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الاوصاف التي تقابل بجميع القيمة لأنفس العین الباقيۃ، کيف ولم تختلف هي وليس له على تقدیر التالف أيضاً عهدة مالية. بل الأمر بردها مجرد تکلیف لا يقابل بالمال^١، بل لو استلزم رده ضرراً مالیاً على الغاصب أمكن سقوطه^٢، فتأمل.

ولعل ما عن «المسالك» من أنة ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعین القيمة فقط، محمول على صورة تضرر المالک بفساد الثوب المخيط، أو البناء المستدخل فيه الخشبة، كما لا يأبى عنه عنوان المسألة فلاحظ. وحينئذ فلا تنافي ما تقدم عنه سابقاً^٣ من بقاء الخيط على ملک مالکه وإن وجہ بذل قيمته.

١. قوله: (بل الأمر بردها مجرد تکلیف لا ي مقابل بالمال).

ولعل الوجه في وجوب الرد في المقام - مع عدم شمول الأدلة، لأنّ موضوعها المال وما له عهدة مالية، والمفترض خروج المغصوب عن ذلك وكونه غير مال - إطلاق قوله عليه^(١): «لأنّ الغصب كلّه مردود».

٢. قوله: (أمكن سقوطه).

ل الحديث لا ضرر، اللہم إلا أن يدعى أن ما دل على أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال يشمل الغاصب المؤدي لمالية المال، فلا يرفع حكمه بحديث لا ضرر.

ولعله أشار إلى ذلك بأمره بتأمل، إلا أن الشأن في مدرك هذه العبارة.

٣. قوله: (فلا تنافي ما تقدم عنه سابقاً).

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الغصب حديث^٣.

ثم إن هنا قسماً رابعاً، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه^١، كما لو صار الخل المغصوب حمراً، فاستشكل في «القواعد» وجوب ردّها مع القيمة.

لأن عدم وجوب الرد في المقام إنما هو لأجل المانع، لا لعدم المقتضى وهو الملكية.

حق الأولوية

١. قوله: (ثم إن هنا قسما رابعاً وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية).

الكلام في هذا الفرع يقع في جهات:

الجهة الأولى: في بقاء حق الأولوية بعد زوال الملكية؛ وقد استدلّ له بأمور:
الأمر الأول: ما أفاده المحقق النائيني^٢ وغيره، وهو أن الحق ليس أمراً مغايراً للملك، بل هو من شؤونه ومراتبه الضعيفة المنذكّة تحت القوى، لأنّه عبارة عن إضافة خاصة بين المستحق والمستحق عليه، وهي حاصلة للملك، ومحفوظة في جميع الحالات المتوردة على الملك.

وفيه: إن الملكية والحق من الاعتباريات الشرعية والعرفية، لا من المقولات، والاعتبار لا اشتداد فيه ولا حرفة، وكلّ من الملك والحق اعتباري غير الآخر.

الأمر الثاني: إن حق الأولوية من آثار الملك، فمع زواله غاية الأمر يشك في ارتفاعه، فيستصحب بقائه.

وفيه: إن ما هو أثر الملك إنما هو الحكم التكليفي من قبيل جواز التصرّف فيه ونحوه، وهو غير حق الأولوية، مع أنّ لازم كونه أثراً له ارتفاعه بارتفاعه.

وبالجملة: حق الأولوية الذي هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك.

الأمر الثالث: إنه قد دلّ الدليل على أنّ المالك أحق بماله، فيستفاد من ذلك كون حق الأولوية من مقارنات الملك، ولو شك في زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك.

وفيه: إن ما دلّ عليه الدليل المزبور إنما هو أولوية الملك بالتصريف في ماله من

ولعله من استصحاب وجوب ردّها، ومن أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب إلاردّه، ولم يكن المالك إلا أولى به، إلا أن يقال: إنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيٌ^١. ولذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان والمحقق الثاني، ويؤيده أنه لو عاد خلاً ردت إلى المالك بلا خلاف ظاهر.

غيره، وهذا غير ثبوت حق الأولوية.

الأمر الرابع: الإجماع.

وفيه: إنه ليس تعدياً، ولعل مستند المجمعين ما تقدم. فالصحيح أن يستدل لثبوته بالسيرة العقلائية، وبناء العقلاء على ذلك، وأظنّ أنه لا ريب في بنائهم عليه، وحيث لم يردع عنه الشارع فيستكشف إمضائه لذلك. الجهة الثانية: في وجوب ردّه على القول بعدم انتقاله إلى الضامن. بناءً على ثبوت حق الأولوية لا شك في وجوبه، فإنه كما يجب رد الملك يجب رد ما هو متعلق الحق.

ولو شك في وجوب رد متعلق الحق، فقد نوقش في جريان استصحابه، نظراً إلى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية.

١. فالموضوع عند العرف يكون باقياً.
أم لا يجري لكونه من الجهات التقييدية؟ وجهان: أظهرهما الأول.
وأثنا بناءً على عدم ثبوته، فجريان الاستصحاب وعدمه مبنيان على ما تقدم.
الجهة الثالثة: في أنه مع فرض ثبوت حق الأولوية، هل يكون ذلك للملك أو الضامن؟ الأظهر هو الثاني لاقتضاء الغرامة ذلك، وبناء العقلاء عليه. فالضامن أحق من غيره.

حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية

المسألة الرابعة: في حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية.

ثم إن مقتضى صدق الغرامات على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواءً كان للسوق أو للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمرة، ولا يضمن منافعه^١ فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. وعن «الذكرة» وبعض آخر ضمان المنافع، وقواه في «المبسوط» بعد أن جعل الأقوى خلافه. وفي موضع من «جامع المقاصد» أنه موضع توقف، وفي موضع آخر رجح الوجوب.

١. قوله: (فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع... ولا يضمن منافعه). عن العلامة رحمه الله وبعض آخر ضمان المنافع، ورجحه في موضع من «جامع المقاصد»، والظاهر أن المشهور بين الأصحاب عدم، وهو الأظهر. أمّا على ما اخترناه من صيرورة العين المتعدّدة ملكاً للضامن، فواضح. وأمّا على المسلك الآخر، فالله قد خرج الضامن عن عهدة العين وادي ماليتها، فليس له بعد أدائها عهدة العين الثابتة بـ(على اليد) وغيره من أدلة الضمان، فلا شيء يقتضي الضمان.

نعم، إذا وضع يده عليها ثانيةً أو على نمائها حصل الضمان. وبالجملة: بعد خروج الضامن عن عهدة العين، يكون حاله بالإضافة إلى ذلك الملك حال غيره من الأجانب، وعليه فكون النماء حادثاً في ملك المالك لا يقتضي ضمانه، كما أن اليد السابقة التي خرج عن عهدها لا تقتضي ذلك. فالظهور عدم الضمان.

واستدلل للقول الآخر: بأنّ المال حيث يكون باقياً على ملك مالكه، وارتفعت ماليته وقيمتها، فالضامن كما يكون سبباً للحيلولة بين المال وصاحبها، كذلك هو سبب للحيلولة بين تلك الزيادة المالك، والغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلًا لا المالية فعلًا، فيجب تداركها.

وفيه: إن هذه الحيلولة ليست أخرى، بل بقاء لتلك الحيلولة، والمفروض أنه خرج عن عهدها.

ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم - عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة - يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع^١ كالحاصل بعد التلف، لكن مقتضى القاعدة ضمانه له، لأن مع التلف يتغير القيمة، ولذا ليس له الامتناع من أخذها، بخلاف تعذر العين، فإن القيمة غير متعينة، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين، كان له ذلك، ويبقى العين في عهدة الضامن في هذه المذلة، فلو تلف كان له قيمتها من حين التلف أو أعلى القيم إليه أو يوم الغصب على الخلاف. والحاصل: أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر، والحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، مع الحكم بضمان الأجرة والنماء إلى دفع البدل، وإن تراخي عن التعذر، مما لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثل، ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكناً وجوب ردّها إلى^٢ مالكها - كما صرّح به في «جامع المقاصد» - فوراً، وإن كان في إحضارها مؤونة، كما كان قبل التعذر، لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^٣ ودفع البدل لأجل

١. قوله: (الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع).

أقول: قد عرفت أن مقتضى القاعدة ضمان الارتفاع بعد التلف قبل الدفع أيضاً، وعلى فرض الالتزام بالانتقال واحتفال الذمة بالقيمة عند التلف - الذي هو مبني على ضمان الارتفاع بعد التلف - نلتزم به في المقام من حين التعذر، فإنه من أول تحقق التعذر، فلا يكون مكلفاً برد العين بل برد القيمة، فينتقل التكليف من العين إلى القيمة.

إذا ارتفع التعذر وحب رد العين

٢. المسألة الخامسة: إذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكناً، فهل يجب ردّها كما في المتن أم لا؟ وجهان.

وقد استدلّ لذلك بوجوه:

٣. الأول: ما في المتن وهو: (إن مقتضى عموم على اليد ما أخذت المغبي بالأداء هو ذلك).

الحيلولة^١ إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنه لو تلف لم يكن عليه قيمة بعد ذلك، ولازم ذلك على ما اخترناه عدم ضمان المنافع والنمو المنفصل والمتصل بعد دفع الغرامة، وسقوط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب^٢ والعموم، هو الضمان المدلول عليه بقوله عليه^{عليه}: «على اليد ما أخذت» المعني بقوله: «حتى تؤدي».

وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرفة التمكّن فيضمّن العين من يوم التمكّن ضماناً جديداً بمثله، أو قيمته يوم حدوث الضمان، أو يوم التلف، أو أعلى القيم، أو أنها باقية على ملك مالك العين، وكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمة الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب ردّه.

وفيه: إنّ إن قلنا بالملكية - أي العين بدفع الغرامة تصير ملكاً للضامن - فلا موضوع لقاعدة على اليد.

وإن قلنا ببقاءها على ملك المالك، فيرد عليه أنّه على الفرض حيث خرج عن عهدة العين بدفع البدل وأداء المالية، فلا وجه لعود مقتضى اليد مع عدم وضع اليد عليه ثانياً. ودعوى: أنّ العموم المذبور يدلّ على تعهد الأخذ بالعين تداركاً ورداً، ودفع الغرامة إنما يكون تداركاً للمالية، وإنّما يسقط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلي، وإذا ارتفع التعذر وجب عليه الرد، لكونه من آثار تعهده به حين الأخذ كما أفاده بعض مشايخنا المحققين.

ولعله إلى هذا يشير.

١. قوله^{عليه}: (ودفع البدل لأجل الحيلولة... الخ).

مندفعة بأنّ (على اليد) إنّما يدلّ على كون المال المأخوذ في العهدة ما لم يؤد، فإذا فرضنا كون دفع البدل أداءً، فلا وجه لوجوب الأداء ثانياً.

وبعبارة أخرى: إنّما يجب دفع البدل من جهة كونه أداءً، ومعه لا وجه لوجوبه ثانياً. وإن شئت قلت: إنه لا يدلّ على وجوب الرد تكليفاً، وإنّما يدلّ على الضمان خاصة.

٢. الثاني: ما في المتن أيضاً، وهو استصحاب وجوب الرد.

وفيه: إنّه إن أريد به استصحاب الوجوب التجيزي، فيرد عليه أنّه ارتفع بالتعذر،

وأما الضمان وعهدة جديدة فلا؟ وجهان، أظهرهما الثاني، لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، وعدم طرُق ما يزيل ملكيته عن الغرامة، أو يحدث ضماناً جديداً. ومجرد عود التمكّن لا يوجب عود سلطنة المالك، حتى يلزم من بقاء مالكيته على الغرامة، الجمع بين العوض والم Pewض، غاية ما في الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة ووجوبها عليه، وحينئذ فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيّة المالك للغرامة.

فلا وجه لاستصحابه.

وإن أردت استصحاب الوجوب التعليقي.

فيفرد عليه: أن التمكّن ليس من قيود الطلب شرعاً، بل هو شرط عقلي في كلّ واجب، فلا يكون الوجوب بسببه تعليقياً.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يقال: إِنَّهُ أَمَا أَنْ تقول باشتراط كُلَّ تكليف بالتمكّن شرعاً، فَلَا مَحَالَةٌ يصير الوجوب تعليقياً، وَلَا مَانِعٌ مِّنْ اسْتِصْحَابِهِ فِي الْمَقَامِ عَلَى الْقُولِ بِجَرِيَانِ الْاسْتِصْحَابِ التَّعْلِيقِيِّ.

وإن قلنا بأنّه شرط عقلي، بمعنى أنه مع عدم التمكّن لا يحكم العقل بلزم متابعة المولى، وإن كان التكليف باقياً شرعاً، فيستصحب الوجوب التجيزي في المقام. وعليه، فالحق أن يورد على هذا الأصل بأنّه مع الخروج عن عهده العين لا يجب ردّها تكليفاً، لاختصاص الأدلة بصورة بقاء العهدة.

الثالث: ما أفاده السيد عليه السلام والمحقق النائيني عليه السلام، وحاصله: إنّ البدليّة المفهومه من الأدلة إنما هي بدليّة ما دام التعذر وموقتة، فإذا ارتفع التعذر يعود كما كان.

وفيه: إنّه في موارد صدق التلف عرفاً، تكون الغرامة بدلاً دائمياً بمقتضى إطلاق النصوص، وفي موارد بدل الحيلولة - على القول به - مقتضى الأدلة من (على اليد) وغيره، كون دفع البدل في حال التعذر أداءً للعين وخروجاً عن عهدها لا مادام متعدراً. وبعبارة أخرى: التعذر علة للحدث لا أنّ البدليّة تدور مداره وجوداً وعدماً.

١. ولو شكّ في ذلك لكتفى الاستصحاب في بقاء البدليّة.

وتوهم: أن المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذر، فلا يعود لعدم عود مبدلته، ضعيف في الغاية، بل كان بدلاً عن أصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه، أو دفع بدلته مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز. ولا يجب رد نمائه المنفصل، ولو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامه أولاً، إذ مالم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم، فإن الغرامه عوض السلطنة^١، لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للملك، فتأمل.

نعم، للملك مطالبة عين ماله، لعموم: «الناس مسلطون على أموالهم». وليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة، حتى سلطنة المطالبة، بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأموال، ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامه^٢.

الرابع: الإجماع، وهو كما ترى.

فالصحيح أن يستدلّ له ببناء العقلاء، بدعوى أن بناءهم على العود في أمثال المقام مما يكون البديل لا من باب الإبراء عن الخصوصية أو المعاوضة الشرعية، بل تنازلاً عن الخصوصية الشخصية، كان المتنازل هو المالك أو الشارع ولايةً عليه. فتدبر فإنه دقيق.

١. قوله: (إن الغرامه عوض السلطنة).

وفيه: إن الغرامه على فرض كونها بدل السلطنة، إنما تكون بدلاً عن السلطنة على المطالبة - أي إمكان وضع اليد على العين، ولو بواسطة قدرة الغاصب - لا عن السلطنة الفعلية، ولذا لو كان الغاصب من الأول قادرًا على الدفع لم يكن بدل الحيلولة ثابتًا.

٢. قوله: (ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامه).

مراده أن البديل لو كان بدل السلطنة على المطالبة، لكن يباح لغيره ممن له تلك كالولي، فإن له السلطنة على مطالبة مال المولى عليه من الغاصب، فإن المفروض كونه بدل السلطنة على المطالبة، وهي له مع أنه لا يباح له الغرامه بلا كلام، فيستكشف من ذلك عدم كونها بدلاً عنها.

وفيه: إن المدعى كونها بدلاً عن السلطنة على مطالبة المالك لماله لينتفع به، لا مطلق السلطنة على المطالبة.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين^١ إلى أن يدفع المالك القيمة، كما اختاره في «الذكرة» و«الإيضاح» و«جامع المقاصد»، وعن «التحرير» الجزم بأنّ له ذلك. ولعلّه لأنّ القيمة عوض إما عن العين، وإما عن السلطنة عليه، وعلى أيّ تقدير، فيتتحقق الترداد، وحينئذٍ فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتّى يتسلّم ما بيد الآخر. وفيه إنّ العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً. ولذا تتحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلط عليها والمعوض، لغرامة السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالترداد، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يقال له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة، وهي السلطنة الفائتة، والأقوى الأول. ثم لو قلنا بجواز الحبس لو حبسه، فتلتّ العين محبوساً، فالظاهر أنّه لا يجري عليه حكم المغصوب لأنّه حبسه بحقّ. نعم، يضمنه لأنّه قبضه لمصلحة نفسه. والظاهر أنّه بقيمة يوم التلف على ما هو الأصل في كلّ مضمون، ومن قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف. وذكر العالمة في «القواعد» أنّه لو حبس فتلت محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن، واسترجاع القيمة الأولى.

والظاهر أنّ مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة، بناءً على زوال حكم الغصب عن العين لكونه محبوساً بغير عدوان، لا خصوص حين التلف، وكلمات كثير منهم لا يخلو عن اضطراب.

١. قوله: (ممّا ذكرناه يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين).
 ما ذكره ^{هذا} أولاً من أنّه مع بقاء الغرامة على ملك المالك لا مورد لحبس الغاصب العين، إذ ما يرد العين لا يستحقّ الغرامة، فكيف يجوز له حبسها لأجلها، وإن كان تاماً، إلّا أنّ الأظهر هو عدم جواز الحبس، حتّى بناءً على عود الغرامة إلى الغاصب، كانت الغرامة بدلاً عن العين أو السلطنة، إذ جواز الحبس حكم تعبدي ثبت في المعاملات، وفي غيرها لا دليل عليه.
 مما يظهر من ذيل كلامه من دوران جواز الحبس وعدمه، مدار كون العين عوضاً أو معوضاً، غير تامّ.

ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب، لكن الظاهر أن أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً، إذ ليس في الغصب خصوصية زائدة. نعم، ربما يفرق من جهة نص في المغصوب مخالف لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة أبي ولاد، أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصّحّيحة عليه، وأمّا ما اشتهر من أنّ الغاصب مأخوذ بأشـق الأحوال، فلم نعرف له مأخذًا واضحًا^١. ولنختـم بذلك أحكـام المـبيـع بالـبـيع الفـاسـد، وإنـ بـقـي مـنـه أـخـرـ أـكـثـرـ مـمـا ذـكـرـنـاـ، وـلـعـلـ بعضـها يـجيـءـ فـيـ بـيعـ الفـضـوليـ.

١. قوله: (وأمّا ما اشتهر من أنّ الغاصب مأخوذ بأشـق الأحوال فـلم نـعـرـفـ لهـ مـاـخـذـاـ). قد تطـابـقـ النـصـ والـفـتـوىـ عـلـىـ أنـ الغـاصـبـ يـلـزـمـ بـالـأـشـقـ عـلـىـ وجـهـ تـقـدـمـ عـلـىـ قـاعـدـةـ لاـ ضـرـرـ وـلـاـ حـرـجـ.

وإـلـيـهـ يـشـيرـ ماـ روـاهـ السـيـدـ الرـضـيـ فـيـ (نهـجـ البـلاـغـةـ)ـ بـأـنـهـ قـالـ أمـيرـ المـوـمنـينـ عـلـيـهـ الـسـلـاـمـ:ـ «الـحـجـرـ الغـصـبـ فـيـ الدـارـ رـهـنـ عـلـىـ خـرـابـهـ»ـ،ـ قـالـ:ـ يـرـوـىـ هـذـاـ الـكـلـامـ لـلـنـبـيـ عـلـيـهـ السـلـاـمـ^(١)ـ.ـ فـإـنـهـ يـدـلـ عـلـىـ لـزـومـ رـدـ المـالـ إـلـىـ صـاحـبـهـ،ـ وـإـنـ استـلـزـمـ خـرـابـ الدـارـ أـجـمـعـ،ـ بـلـ ظـاهـرـ كـلـمـاتـ جـمـعـ مـنـ الـفـقـهـاءـ أـنـ هـذـهـ الـجـمـلـةـ مـعـقـدـ إـجـمـاعـ.ـ وـفـيـ (الـجـوـاهـرـ)ـ:ـ (بـلـ قـدـ يـقـالـ إـنـ لـلـمـالـكـ أـخـذـ مـالـهـ مـنـ الـغـاصـبـ مـمـتنـعـ عـنـ دـفـعـهـ فـيـ كـلـ حـالـ،ـ وـإـنـ استـلـزـمـ ذـلـكـ تـلـفـ نـفـسـ الـغـاصـبـ،ـ مـعـ فـرـضـ عـدـمـ التـمـكـنـ مـنـهـ إـلـاـ فـيـ الـحـالـ المـزـبـورـ)ـ اـنـتـهـىـ.

(١) بـابـ ١ـ مـنـ أـبـوـابـ الغـصـبـ حـدـيـثـ ٥ـ.

الكلام في شروط المتعاقدين^١

مسألة: المشهور - كما عن «الدروس» و«الكافية» - بطلان عقد الصبي^٢، بل عن «الغنية» الإجماع عليه وإن أجاز الولي.

وفي «كنز العرفان» نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا، وظاهره إرادة التعميم لصورة إذن الولي. وعن «الذكرة» (أن الصغير محجور عليه بالنص والإجماع، سواءً كان مميزاً أم لا في جميع التصرفات إلا ما استثنى كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدبيره ووصيته وإيصال الهدية وإنذنه في الدخول على خلاف في

عقد الصبي

١. المقصد الرابع: في شرائط المتعاقدين، وهي : البلوغ، والعقل، والقصد، والاختيار.

أقول: تبيح القول: بالبحث في مسائل:

٢. الأولى: المشهور كما عن «الدروس» و«الكافية» بطلان عقد الصبي.

أما معاملة الصبي فهي تتصور على وجوه:

الأول: كونه مستقلاً فيها، كان ذلك في أمواله أو في أموال غيره، إذن الولي أو لم يأذن.

الثاني: ما إذا أذن الولي مع كون المعاملة مستندة إليه، حيث يكون من قبيل الوكيل المفوض.

الثالث: كونه آلة محضة، بمعنى كون المعاملة معاملة الولي إن كانت في أمواله، ومعاملة الموكّل إن كانت في أموال غيره، ويكون الصبي منشأً فقط. ومرجع منعه من التصرف على النحو الأخير إلى كون قصده للإنشاء كلاماً قصد، ومن قبيل بيع الهازل والنائم.

ومحل الكلام هو الصبي المميز، وأما غير المميز فلا إشكال في بطلان معاملاته، حتى بالنحو الأخير، لعدم قصده لمدلول العقد.

والمصنف^٣ استظرف من عبارة «الذكرة» دعوى الإجماع على بطلان عقده بالنحو الأخير أيضاً، وورد استظهاره منها:

ذلك) انتهى. واستثناء إيصال الهدية، وإنّه في دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله^١، لأنّ الإيصال والإذن ليسا من التصرّفات القولية والفعلية، وإنما الأوّل آلة في إيصال الملك، كما لو حمله على حيوان أو أرسلها، والثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحة الدخول وهو رضا المالك، واحتاج إلى الحكم في

١. استثناء إيصال الهدية، وإنّه في دخول الدار من التصرّفات التي ادعى الإجماع على محجوريتها فيها، مع أنّهما ليسا من التصرّفات القولية أو الفعلية، فاستكشف من ذلك شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله.

ويرد عليه^{فَيُؤْتَى}: أنّ عدم حجّية فعله في الأوّل - قوله في الثاني - في حكايتهما بالتصرّف في مال الغير بأخذ الهدية والدخول في الدار - لا يقتضي عدم العبرة بقصده للإنساء، لرجوع ذلك إلى عدم تصديق الصبي كالفاقد، فاستثنائهما لا يكشف عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله.

وبعبارة أخرى: استثناء إيهاما من كون الصبي محجوراً عليه شرعاً، يقتضي حمل كلامه^{فَيُؤْتَى} على إرادة الإيصال والإذن - الذين هما من التصرّفات الشرعية - لا الآلية المحسنة، فلا مناص عن حملهما على إرادة كونهما فعل الوكيل أو قوله الكافيين عن إهاد المالك وإنّه في الدخول، ولا كلام في أنّ هذا التصرّف تصرّف استقلالي للصبي، وليس من قبيل إجراء الصيغة.

وعلى هذا فثبتت الشهرة والإجماع على بطلان عقده بالمعنى الأخير محل نظر، بل

منع.

وكيف كان، فلابد من البحث في الأدلة، والكلام فيها يقع في مقامين:

الأوّل: في أدلة المنع.

الثاني: في أدلة الجواز.

أثنا الأوّل: فقد استدلّ له بأمور:

الأمر الأول: الآية الشريفة ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا تَأْتُهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوهُمْ أَمْوَالَهُم﴾^(١).

وتقريب الاستدلال بها على الممنع: أنّ الظاهر من الآية الشريفة - من جهة جعل البلوغ غاية الابتلاء والامتحان وغير ذلك من القرائن - كون جواز الدفع مشروطاً بشرطين: البلوغ والرشد، فمفهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة أو الصباوة، وليس ذلك إلا من جهة حجره في تصرّفاته، بل المراد من عدم الدفع ذلك.

فإن قلت: إنّ ظاهر الآية الشريفة من جهة الأمر بالدفع، وجوب الدفع بعد البلوغ والرشد، فمفهومها عدم الوجوب قبل ذلك، وهذا يلائم مع الجواز، فلا تدلّ الآية على عدم الجواز.

أجبنا عنه أولاً: إنّه لو جاز الدفع، لوجب ذلك لعدم جواز إمساك مال الغير، فمفهومها عدم جواز الدفع قبل ذلك، ووجوب حفظ أمواله وعدم ردّه إليه . وثانياً: إنّ هذا الأمر لوروده مورد الحظر والمنع لا يستفاد منه الوجوب، فدلالة الآية الشريفة على محجوريّة الصبي في الجملة لا كلام فيها.

إنّما الإشكال في أنها هل تدلّ على الممنع عن التصرّفات مستقلّاً بالمعنى الأول خاصة، أم تدلّ على الممنع عنها بالمعنى الثاني، أم تدلّ على إلغاء تصرّفه بالمرة. الظاهر هو الوسط، فإنّ الآية من جهة توجيه الخطاب فيها إلى الولي، وتضمنها الممنع عن الدفع قبل البلوغ، تدلّ على عدم استقلال الصبي في معاملاته في أمواله، وإن أذن له الولي، ولكنّها لا تدلّ على جعل إنشائه كلاً إنشاء، مع عدم كون النّصراف تصرّفاً له، بل من تصرّفات وليه، وكون البيع بيعه مثلاً، فالآية تدلّ على عدم نفوذ ما يعده تصرّفاً له ولو مع إذن الولي، وهي وإن اختصت بأمواله إلا أنه يكفي في منعه عن التصرّفات في مال غيره عدم القول بالفصل .

(١) النساء، آية ٦.

«الغنية» بقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتمل، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»^١. وقد سبقه في ذلك الشيخ في «المبسوط» في مسألة الإقرار، وقال: (إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم)، ونحوه الحلي في «السرائر» في مسألة عدم جواز وصيحة البالغ عشرًا، وتبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلامة وغيره.

١. الأمر الثاني: حديث رفع القلم عن الصبي، الذي رواه في محكي الخصال، عن ابن الضبيان، عن أمير المؤمنين عليهما السلام في سقوط الرجم عن الصبي: «أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتمل... الحديث»^(١).
وروي عن «قرب الأسناد» عن الإمام علي عليهما السلام في سقوط القصاص والدية في ماله: «وقد رفع عنهم القلم»^(٢).

وفي موثق عمار، عن الإمام الصادق عليهما السلام: «عن الغلام متى يجب عليه الصلاة؟ قال عليهما السلام: اذا أتى عليه ثلاث عشر سنة، فإن احتمل قبلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم. الحديث»^(٣). ونحوها غيرها.

وعن الشيخ في «المبسوط» في مسألة الإقرار: (إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم).

وأورد عليه بإيرادات:

ثلاثة منها ما في المتن، وحيث أن المصنف يتعرض لها بعد أسطر، فنحن تبعاً له نتعرض لها في ما بعد.

رابعها: ما أفاده المحقق الإبرواني في كتابه، وهو أن المراد بالقلم لو كان قلم التكليف كان المراد خصوص التكاليف الإلزامية، وذلك بقرينة الرفع، فإن مناسب مادة الرفع

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١٢.

رفع ما في حمله كلفة وثقل ومشقة، وليس ذلك إلا في الأحكام الزومية.
وفيه: إنّه يصح إسناد الرفع إلى كلّ ما يصحّ إسناد الوضع إليه، لأنّهما متقابلان، فلا وجه للاختصاص ببعض الأحكام.

خامسها: ما أفاده المحقق الإبرواني ^{رحمه الله} أيضاً، وهو أنّ تأثير الإنشاء في حصول عنوانه المنشأ كالبيع، تأثير تكويني في أمر اعتباري، فيكون كتأثير سيفه في القطع، وهذا لا يرفعه حديث الرفع، وأمّا رفع الآثار الشرعية المترتبة شرعاً على ذلك العنوان المتولد على أن لا يكون البيع الحاصل بإنشائه محكوماً بأحكام البيع، فذلك في البشاعة يساوق القول بعدم ترتيب آثار الموت على من مات بسيفه، ومعلوم بالقطع أنّ حديث الرفع لا يرفع إلا أحكاماً مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير، لا أحكاماً مترتبة عليه حتى مع الواسطة.

وفيه: إنّ تأثير الإنشاء في حصول العنوان ليس تكوينياً، بل هو جعله، غاية الأمر حصوله في نظر الشارع متوقف على القيود الشرعية، وإن كان حصوله في نظر العقد غير متوقف عليه.

وبالجملة: قد مرّ في أول الكتاب أنّ في البيع مثلاً يعتبر البائع والمشتري الملكية، ويتحقق ذلك في اعتبارهما، ثم إنّ كانت المعاملة متضمنة لقيود المعتبرة عند العقلاء يعتبر العقلاء ذلك أيضاً، وإلا فلا، وكذلك بالإضافة إلى الشارع، فلو كان البلوغ من تلك القيود بنظره الأقدس لا تعتبر الملكية، ولا يكون العنوان متحققاً في اعتباره، وهذا لا يستلزم شيئاً من المحاذير المتقدمة.

ثم إنّ المحقق النائيني ^{رحمه الله} اختار دلالته على بطلان عقد الصبي حتّى بالمعنى الثالث، بدعوى أنّه يدلّ على كون الصبي مسلوب العبرة، فإنّ الظاهر من قوله ^{عليه السلام}: (رفع القلم عنه) ما هو المتعارف بين الناس والمدار على ألسنتهم من أنّ فلاناً رفع القلم عنه ولا

واستدلّوا أيضاً بخبر حمزة بن حُمران، عن مولانا الباقي عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا زُوِّجَتْ وَدَخَلَ بِهَا وَلَهَا تَسْعَ سِنِينَ، ذَهَبَ عَنْهَا الْيُتْمَ، وَدَفَعَ إِلَيْهَا مَالَهَا، وَجَازَ أَمْرَهَا فِي الشَّرَاءِ. وَالْغَلَامُ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ، وَلَا يَخْرُجُ عَنِ الْيُتْمَ، حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَةَ عَشَرَ سَنَةً»، الحديث.

وفي رواية ابن سنان: «مَتَى يَجُوزُ أَمْرُ الْيُتْمَ؟ قَالَ: حَتَّى يَبْلُغَ أَشْدَهُ، قَالَ: مَا أَشْدَهُ؟ قَالَ: احْتِلَامُهُ». وفي معناهما رواياتٌ أُخْرَى، لكن الإنْصَافُ أَنَّ جُوازَ الْأَمْرِ فِي هَذِهِ الرَّوَايَاتِ ظَاهِرٌ فِي اسْتِقْلَالِهِ فِي التَّصْرِيفِ، لَأَنَّ الْجُوازَ مَرَادُ لِلْمُضَيِّ، فَلَا يَنَافِي عَدْمِهِ ثَبُوتُ الْوَقْوفِ عَلَى الإِجَازَةِ، كَمَا يُقَالُ بَيْعُ الْفَضْوَلِيِّ غَيْرُ ماضٍ، بَلْ مُوقَوفٌ، وَيَشَهُدُ لَهُ:

حرجٌ عَلَيْهِ، وَأَعْمَالَ الْمَجَانِينَ، فَهَذِهِ الْكَلْمَةُ كَنَاءَةٌ عَنْ أَنَّ الْصَادِرَ مِنْ عَمَلِهِ كَالْعَدْمِ، وَرَفِعَ عَنْهُ مَا جَرِيَ عَلَيْهِ الْقَلْمَ، فَلَا يَنْفَذُ فَعْلُهُ وَلَا يَمْضِي عَنْهُ، فَإِنَّ مَا صَدَرَ عَنْهُ لَا يُنْسِبُ إِلَيْهِ.

وَفِيهِ: إِنَّهُ يَدْلِلُ عَلَى رُفْعِ قَلْمِ الْوَضْعِ وَالتَّكْلِيفِ عَنِ الصَّبِيِّ، وَلَا زَمْنَ ذَلِكَ بَطْلَانٌ عَقْدِهِ بِالْمَعْنِيْنِ الْأَوَّلَيْنِ دُونِ الثَّالِثِ، فَإِنَّ الْعَقْدَ الصَادِرَ مِنْ الصَّبِيِّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ لَهُ نَسْبَةٌ إِلَيْهِ، وَنَسْبَةٌ إِلَى الْوَلِيِّ، غَايَةُ الْأَمْرِ نَسْبَتِهِ إِلَيْهِ إِنَّمَا تَكُونُ بِالْتَسْبِيبِ، وَلَا مَنَافَاةٌ بَيْنِ عَدْمِ نَفْوذِهِ مَا هُوَ عَقْدُ الصَّبِيِّ بِالْمُبَاشَرَةِ، وَنَفْوذُ مَا هُوَ عَقْدُ الْوَلِيِّ، إِذَا الْقَلْمَ مَرْفُوعٌ عَنِ الصَّبِيِّ لَا عَنِ الْوَلِيِّ.

هَذَا عَلَى فَرْضِ تَسْلِيمِ صَدْقَةِ كُونِ الْعَقْدِ وَالْبَيْعِ عَقْدَ الصَّبِيِّ، مَعَ كُونِهِ مَجْرِيِ الصِّيَغَةِ خَاصَّةً، وَكُونِ طَرْفِ الْمُعَالَمَةِ عِنْدِ الْعَرْفِ هُوَ الْوَلِيُّ، وَإِلَّا فَدَلَالَتِهِ عَلَى سَلْبِ عَبَارَتِهِ أَوْضَحَ.

الْأَمْرُ الثَّالِثُ: النَّصُوصُ الدَّالِلَةُ بِالْمُنْطَوِقِ وَالْمَفْهُومِ عَلَى عَدْمِ جُوازِ أَمْرِ الصَّبِيِّ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ^(١)، وَقَدْ ذُكِرَ الْمُصْتَفَّ رَوَايَتَيْنِ مِنْهَا، وَهُمَا خَبْرُ حَمْزَةَ وَرَوَايَةُ ابْنِ سنانَ.

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه وباب ٢ من أبواب كتاب الحجر. وباب ٤٤ من أبواب الوصايا وغير تلکم من الأبواب المختلفة.

الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفيهاً»^١، فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته، وأنه إذا ساوم ولية مثاعاً وعین له قيمته وأمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن ولية.

وتقريب الاستدلال بها: أنها بالإطلاق تدل على عدم نفوذ بيعه وشرائه، حتى مع إذن الولي، فتدل على البطلان حتى بالمعنى الأخير.
وأورد عليه المحقق النائيني^٢: بأنها في مقام بيان أن الاحتلام شرط في نفوذ أمر الصبي، وليس في مقام بيان عدم نفوذ أمره قبله ولو مع إذن الولي.
وفيه: إن منطوق بعض تلك النصوص يدل على عدم نفوذ أمره قبله، ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين إذن الولي وعدمه.

والحق أن يقال: إن دلالتها على بطلان عقد الصبي بالمعنيين الأوليين لا تنكر.
إلا أنها لا تدل على البطلان بالمعنى الأخير، إذ لو كان الصبي مجرى الصيغة خاصة لا يستند البيع والشراء إليه، وعلى هذا بنوا عدم ثبوت خيار المجلس لمجرى الصيغة لعدم صدق التبع عليه، فالبيع إنما يكون بيع الولي أو الموكل والأمر أمره، ومجرد الصيغة لا تكون موضوع النفوذ وعدمه.

ولو تنزلنا عن ذلك فلا أقل من أن مثل هذا البيع له نسبتان: نسبة إلى الصبي، ونسبة إلى الولي أو الموكل، فلا مانع من نفوذه ومضييه بالاعتبار الثاني كما تقدم.

١. قوله: (ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: إلا أن يكون سفيهاً).

وجه الشهادة: أن السفيه ليس مسلوب العبارة، فمن استثنائه يعلم أن المراد عدم استقلاله في التصرف.

وفيه: أنه لو كان مفاد هذه الأخبار - بحسب ظواهرها - عدم نفوذ أمر الصبي، ولو في إجراء الصيغة خاصة، هذا الاستثناء لا ينافي، بل غاية ما هناك كنّا نقول إن هذه الأخبار تدل بالإطلاق على كونه أيضاً مسلوب العبارة، إلا أن الدليل دل على خلاف ذلك، فلا يحکم بكونه مسلوب العبارة لدليل آخر لو كان، وإلا فلا مانع من الالتزام بكونه أيضاً مسلوب العبارة.

وأما حديث رفع القلم ففيه:

أولاً: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذة، لا قلم جعل الأحكام^١، ولذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبي.

وثانياً: أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين^٢، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه وإجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ، وحرمة تمكينه من مس المصحف.

وقد أورد المصنف على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبي بوجهه:

١. أحدها: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام.

وفيه أولاً: أنه لا شاهد لهذا الحمل، بل الظاهر منه قلم جعل الأحكام، ولا أقلّ من الإطلاق.

وثانياً: أنّ مورد بعض هذه النصوص القصاص وثبوت الديمة، وهما ليسا من قبيل المؤاخذة على مخالفة التكليف، بل من قبيل الحكم الوضعي.

وثالثاً: أنّ المراد لو كان رفع فعلية المؤاخذة مع ثبوت الاستحقاق، فيكون مقتضاه العفو، كان ذلك مما يقطع بخلافه، وإن كان المراد رفع الاستحقاق، فهو لا يصح إلا مع رفع الحكم الذي هو منشأ هذا الحكم العقلي.

٢. ثانيةاً: أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين، فلا مانع من كون عقده سبباً فعلياً لوجوب التعليقي - أي وجوب الوفاء بعد البلوغ - ويكون هذا الوجوب منشأ انتزاع الوضع، لعدم اختصاص منشأه بالوجوب الفعلي المنجز.

وفيه: أنّ ما هو المشهور إنما هو ثبوت الوضع في حقّه في الجملة، في قبال عدم ثبوت التكليف اللزومي بقول مطلق، لا ثبوت الأحكام الوضعية في حقّه مطلقاً، كيف وقد اشتهر بينهم بطلان عقد الصبي.

وثالثاً: لو سلمنا اختصاص الأحكام - حتى الوضعية - بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المعمولة في حق البالغين^١، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

وبالجملة: فالتمسك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي، وما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين. فالعمدة في سلب عبارة الصبي، هو الإجماع المحكى المعتقد بالشهرة العظمية، وإنما فالمسألة محل إشكال، ولذا تردد المحقق في «الشّرائـع» في إجازة الممـيـز بـإذـنـ الـولـيـ، بعدـماـ جـزـمـ بـالـصـحـةـ فـيـ الـعـارـيـةـ، وـاسـتـشـكـلـ فـيـهاـ فـيـ «ـالـقـوـاـعـدـ»ـ وـ«ـالـتـحـرـيرـ»ـ، وـقـالـ فـيـ الـقـوـاـعـدـ: (ـوـفـيـ صـحـةـ بـيعـ المـمـيـزـ بـإـذـنـ الـولـيـ نـظـرـ)، بلـ عنـ الفـخـرـ فـيـ شـرـحـهـ: (ـأـنـ الـأـقـوىـ الصـحـةـ مـسـتـدـلـاـ بـأـنـ الـعـقـدـ إـذـ وـقـعـ بـإـذـنـ الـولـيـ، كـانـ كـمـاـ لـوـ صـدـرـ عـنـهـ)، وـلـكـنـ لـمـ أـجـدـ فـيـهـ، وـقـوـاهـ الـمـحـقـقـ الـأـرـدـبـيـلـيـ عـلـىـ مـاـ حـكـيـ عـنـهـ، وـيـظـهـرـ مـنـ «ـالـتـذـكـرـةـ»ـ عـدـمـ ثـبـوتـ إـجـمـاعـ عـنـهـ، حـيـثـ قـالـ: (ـوـهـلـ يـصـحـ بـيعـ المـمـيـزـ وـشـرـائـهـ؟ـ الـوـجـهـ عـنـيـ أـنـهـ لـاـ يـصـحـ)، وـاـخـتـارـ فـيـ «ـالـتـحـرـيرـ»ـ صـحـةـ بـيعـ الصـبـيـ فـيـ مـقـامـ اـخـتـبـارـ رـشـدـهـ، وـذـكـرـ الـمـحـقـقـ الثـانـيـ أـنـهـ لـاـ يـبـعـدـ بـنـاءـ الـمـسـأـلـةـ عـلـىـ أـنـ أـفـعـالـ الصـبـيـ وـأـقـوـالـهـ شـرـعـيـةـ أـمـ لـاـ، ثـمـ حـكـمـ بـأـنـهـ غـيرـ شـرـعـيـةـ، وـأـنـ الـأـصـحـ بـطـلـانـ الـعـقـدـ).

١. ثالثها: أنه لو سلمنا اختصاص الأحكام الوضعية أيضاً بالبالغين، لكن لا مانع من كونه جزء السبب للملكية بعد البلوغ، بأن يكون الجزء الآخر البلوغ، ومع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد، لكون العقد موضوعاً لوجوب الوفاء، وإن لم يؤثر في الملكية كما في معاملة الفضولي مع الأصيل، فإنه يجب على الثاني الوفاء بالعقد مع عدم حصول الملكية.

وبهذا البيان اندفع إبراد المحقق النائيني عليه، بأنه لا يمكن التفكير في الآثار بين البالغ وغيره، إذ لو أفاد عقد الصبي الملكية فلا يمكن أن لا يؤثر فعلاً ويصير ذا أثر بعد البلوغ.

وفيه: إنه بعد الالتزام باختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين، لا سبيل إلى الالتزام بكون عقده جزء المؤثر.

وعن «المختلف» أنه حكى في باب المزارعة عن القاضي كلاماً يدلّ على صحة بيع الصبي:

وبالجملة: فالمسألة لا يخلو عن إشكال، وإن أطنب بعض المعاصرين في توضيحة، حتى الحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه، فالإنصاف أن الحجة في المسألة هي الشهادة المحققة والإجماع المحكي عن «التذكرة»، بناءً على أن استثناء الإحرام الذي لا يجوز إلا بإذن الولي، شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العباره، لأنفي الاستقلال في التصرف، وكذا إجماع «الغنية» بناءً على أن استدلاله بعد الإجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقه للبيع بإذن الولي، وليس المراد نفي صحة البيع المتعلق بالإجازة، حتى يقال إن الإجازة عند السيد غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل. ولو كان غير مسلوب العباره، كالبائع الفضولي، ويفيد الإجماعين ما تقدم عن «كنز العرفان». نعم، لقائل أن يقول: إن ما عرفت من المحقق والعلامة وولده والقاضي وغيرهم خصوصاً المحقق الثاني الذي بني المسألة على شرعية أفعال الصبي، يدلّ على عدم تحقق الإجماع. وكيف كان، فالعمل على المشهور، ويمكن أن يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن عم الصبي وخطأه واحد^١، كما في صحيحة ابن مسلم وغيرها، والأصحاب وإن ذكروها في باب الجنائيات، إلا أنه لا إشعار في نفس الصريحة بل وغيرها بالاختصاص بالجنائيات.

١. الرابع: النصوص المتضمنة لكون عم الصبي خطأ:

صحيح محمد بن مسلم، عن مولانا الصادق عليه السلام: «عم الصبي وخطأه واحد»^(١). وتقريب الاستدلال بها: أنها تدلّ على أن الأحكام المترتبة على الأفعال مع القصد والعمد، لا تترتب على أفعال الصبي، وأن أعماله عن قصد للأعمال الصادرة عن غيره بلا قصد، فعقده كعقد الهازل والنائم.

أقول: وتنقيح القول بالبحث في جهتين:

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة من كتاب الديات حديث ٢.

الجهة الأولى: في أنه هل تدل الأخبار على أن قصد الصبي كلاً قصد، أم تدل على أن عمده - أي الفعل الصادر عن عمد - خطأ، بمعنى أن حكمه حكم الفعل الخطأ؟ ظاهر الأخبار بل صريحها هو الثاني، مع أن حملها على الأول مستلزم لتخصيص الأكثر، إذ لازمه صحة صلاته لو تعمد بالتكلم، وإيجاد غيره من الموضع، وصحة صومه لو أكل من الصبح إلى الغروب، وأنه لو حاز شيئاً لا يملكه ويجوز أخذه منه، وغير ذلك من الأحكام التي لا مناص عن الالتزام بخروجها عنها بناءً على هذا المعنى.

الجهة الثانية: في أنه على المعنى المختار هل تعم النصوص بباب المعاملات، أم تختص بباب الجنائيات؟ وجهان: أقواهما الثاني، وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن العمد والخطأ إنما يتصوران في الأمور التي لها واقع محفوظ، وذلك الامر قد يتربّط على سببه قهراً وآخر عن قصد، والأمور المتوقف تتحققها على القصد كالعقود والإيقاعات - حيث أنها لا تتحقق بدون القصد، فلا يتصور فيها الخطأ، إذ لو قصدها تقع وإنما فلا، لا أنها تقع خطأ.

الوجه الثاني: أن تنزيل شيء منزله آخر إنما يصح إذا كان للمنزل عليه أثر، ليكون التنزيل بلحاظه، كما في القتل، فإن أثر الخطأ منه كون الديمة على العاقلة، وأماماً ما لا حكم لخطأه كباب المعاملات - على فرض تسليم الخطأ فيها - فلا يصح فيه هذا التنزيل.

وبعبارة أخرى: إنها تدل على وحدة حكم عمد الصبي وخطاؤه، وهذا إنما يصح فيما كان لكل منها حكم يخصه، فأريد بهذه العبارة إفادة الاتّحاد في خصوص الصبي، ومعلوم أن تعدد حكم العمد والخطأ واحتلافهم في الحكم، إنما يكون في خصوص باب الجنائيات.

وقد ذكر السيد عليه السلام في الحاشية وجهين آخرين لاختصاص النصوص بباب الجنائيات:

ولذا تمسّك بها الشيخ في «المبسوط»، والحلّي في «الستّرائر» على أنّ إخلال الصبي المُحرّم بمحظورات الإحرام، التي يختصّ حرمتها الكفارة فيها بحال التعمّد، لا يوجّب كفارة على الصبي، ولا على الوالدي، لأنّ عدده خطأً. وحينئذ فكلّ حكم شرعي تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتيب الحكم الشرعي عليها القصد، بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد، فما يصدر منها عن الصبي قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاصيّ وإيقاعاتهم، بل يمكن بمالحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبي استظهار المطلوب من حديث رفع القلم^١، وهو ما عن «قرب الاستاد» بسنده عن أبي البختري، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليهما السلام أنه كان يقول: «المجنون والمعتوه الذي لا يفيق، والصبي الذي لم يبلغ، عدهما خطأ يحمله العاقلة، وقد رفع عنهم القلم» إلى آخره. فإنّ ذكر رفع القلم في الدليل ليس له وجه ارتباط، إلا بأن تكون علة لأصل الحكم، وهو ثبوت الديمة على العاقلة، أو بأن تكون معلولة لقوله: (عدهما خطأ)، يعني أنه لـما كان قصدهما

أحدهما: أنّ في ذيل بعض^(١) تلك النصوص وردت قوله: (تحمله العاقلة) أو (جعل الديمة على قومه)، ولا ريب في أنّ مثل هذه النصوص مختصّة بباب الجنائيات، وهي تكون قرينة على غيرها.

وفيه: إنه لا وجه لحمل المطلق في المقام على المقيد لكونهما مثبتين.
ثانيهما: إنّ النصوص غير المذيلة بما ذكر إنّما تكون مطلقة لا عامة، والقدر المتيقّن منها باب الجنائيات.

وفيه: إنّ القدر المتيقّن لا يمنع عن التمسّك بالإطلاق، فال الصحيح ما ذكرناه.

١. والمصنّف^{الله} بعدما أشّكل على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبي، قال: (بل يمكن بمالحظة بعض ما ورد^(٢) من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبي استظهار المطلب من حديث رفع القلم).

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة حديث ٣ و ٥ و باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس.

٢. الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع، رفع القلم عنهم، ولا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلية والمعلولة للحكم المذكور في الرواية - أعني عدم مؤاخذه الصبي والمجنون - بمقتضى جنائية العمد وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد وهو الديمة في مالهما، لا يستقيم إلا بأن يُراد من رفع القلم ارتقاء المؤاخذة عنهم شرعاً، من حيث العقوبة الأخروية والدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص، أو المال كغرامة الذمة^١. وعدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها، مما لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة أخروية أو دنيوية. وعلى هذا، فإذا التزم على نفسه مالاً بإقرار أو معاوضة، ولو بإذن الولي فلا أثر له في إزامه بالمال ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ^٢، فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته، ولو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلا سلب قصده، وعدم العبرة بإنشاءه، إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن اللتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذة شاملًا لصورة إذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدل بالالتزام على كون قصده في إنشائه وإخباراته مسلوب الأثر.

١. وتقريب استظهار المطلب منه: أن قوله: (وقد رفع عنهم القلم) لا وجه لذكره إلا كونه علة للحكم - وهو ثبوت الديمة على العاقلة - أو معلولاً لقوله إذن الولي: (عدهما خطأ). وعلى أي تقدير، يدل على أن قصد الصبي كلاً قصد، فإنه يدل حينئذ على عدم اختصاص الرفع بالمؤاخذة، وأنه عام لكل ما التزم على نفسه من المال بإقرار أو معاوضة، ويدل أنه لا أثر له في إزامه بالمال ومؤاخذته به بعد البلوغ.

٢. ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين إذن الولي وعدمه. وعدم ترتب الأثر على التزامه حتى مع إذن الولي، لا يكون إلا سلب قصده وعدم العبرة بإنشائه. ويرد عليه: - مضافاً إلى ما عرفت من ظهور حديث رفع القلم في رفع جميع الأحكام في نفسه، ومع ذلك لا يدل على سلب قصده. فراجع - أنه ليس علة للحكم، ولا معلولاً لعددهما خطأ:

أما الأول: فلخلوه عن اللام والفاء الدالتين على ذلك، مضافاً إلى أنه إما أن تؤخذ العلة رفع القلم مطلقاً، أو رفع القلم في باب الجنایات.

فإن كان الأول فأجنبية العلة عن الحكم المعمل واضحة، إذ أيّ ربط بين رفع قلم التكليف بالصوم والصلة وثبوت الديمة على العاقلة.

وإن كان الثاني، فغاية ما يمكن أن يقال في توجيه الارتباط: إن دم المسلم لا بد وأن يتدارك، ولا يكون ذلك من بيت المال، فلا بد وأن يكون من مال الصبي أو من العاقلة، فحيث أن القلم مرفوع عن الصبي، فيكون من العاقلة، وهذا مضافاً إلى مخدوشيتة في نفسه إذ أيّ دليل على لزوم التدارك؟ ثم أيّ دليل على عدم كونه من بيت المال؟ وأيّ دليل على الدوران المزبور؟ إن لازم ذلك تعليل ثبوت أحد الضدين بنفي الضد الآخر، وهو كما ترى.

وأما الثاني: أي عدم كونه معلولاً، فلمخالفته في كيفية التعبير من حيث الاشتغال على كلمة (قد) الدالة على تحقق مدخلها، وخلوّ جملة (تحمله العاقلة) عنها. مضافاً إلى أنه من المعلوم أن هذه الجملة - أي قوله: (عدهما خطأ) ليس في مقام بيان أمر تكويني بل متضمن لبيان أمر تشريعي، وعليه فيتعدد مفاده مع مفاد رفع القلم، فلا وجه لجعل أحدهما علة للأخر.

والحق في المقام أن يقال: إن عدهما خطأ متکفل في نفسه لبيان حكمين بنحو الإجمال.

وقد بينهما الإمام عليه السلام بجملتين أخريين: إدحهما ثبوت الديمة على العاقلة، والأخرى عدم ثبوت شيء على الصبي، وبين الأولى بقوله: (تحمله العاقلة)، والثانية بقوله: (وقد رفع)، فهاتان الجملتان تفسيران للجملة الأولى، من دون أن يكون هناك علية أو معلولية.

فتحصل من مجموع ما ذكرناه: أن المستفاد من الأدلة بطلان عقد الصبي إذا كان مستقلاً، وصحته إذا كان بإذن الولي أو إجازته.

أدلة القول بصحة عقد الصبي

وأما المقام الثاني: فقد استدلّ لجواز عقد الصبي بوجوه:

الأول: الآية الشرفية ﴿ وَابْتَلُو الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا تَلَغُوا التِّنَكَاحَ فَإِنْ آتَنُتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْعُوْهُمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾^(١).

ونقريب الاستدلال بها من وجهين:

أحدهما: ما أفاده أبو حنيفة وواقفه بعض المعاصرين، وهو أنّ ظاهر الآية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى، قوله تعالى «حتى» سواءً كانت للغاية أم للابتلاء، والظاهر من الابتلاء، الابتلاء بالمعاملات على الأموال، بأن يأذنوا لهم في البيع والشراء قبل البلوغ، وذلك يقتضي صحة تصرفاتهم.

وفيه: أنّه لا إشكال في دلالتها على عدم كون الصبي مسلوب العبرة، إلاّ أنها لا تدلّ على كونه مستقلّاً في التصرف، لحصول الابتلاء بالبيع مع إذن الولي أو إجازته، وحيث أنّ ظاهر ذيل الآية الشرفية - كما مرّ - عدم صحة تصرفاته استقلالاً، فلا بدّ من البناء على ذلك.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الإبرواني رحمه الله، وهو أنّ المستفاد من الآية الشرفية أنّ المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد، بأن تكون الجملة الأخيرة استدراكاً عن صدر الآية، وأنّه مع استئناس الرشد لا يتوقف في دفع المال، ولا ينتظر البلوغ، وأنّ اعتبار البلوغ طريقى اعتباراً إلى الرشد بلا موضوعية له.

وفيه: أنّه لو لم يكن الأمر بدفع المال متفرقاً على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد، لم يكن وجهاً لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ، وكان ذكر «حتى إذا تلغو التنكاح» زائداً، وحمله على الطريقة إلى الرشد خلاف الظاهر.

الثاني: مرسى «المبسوط»: «وروي أنّه إذا بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جائز التصرف».

(١) النساء: آية ٧.

وفيه: أنه لإرساله وعدم العمل حتى من مرسله به لا يعتمد عليه.

الثالث: النصوص^(١) الدالة على جواز وصيته وصدقته وعتقه، فإنه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم، ورد عليه إباء سياقه عن التخصيص.

وفيه أولاً: أن الدليل لم يكن مختصاً بحديث رفع القلم.

وثانياً: أنه غير آب عن التخصيص.

هذا على فرض جواز تلك التصرفات، وإلا فالامر أسهل.

الرابع: السيرة التي ادعاهَا سيد «الرياض» على ما نقل عنه الشيخ رحمه الله، والإنصاف أنه لا ينبغي التشكيك فيها، إلا أن المتيقّن منها المعاملة بإذن الأولياء، بل سيد «الرياض» ادعاهَا في هذا المورد، ولا مورد للإيراد عليه بأنّها ناشئة عن عدم المبالاة بالدين.

الخامس: خبر السكوني، عن الإمام الصادق عليه السلام، قال: «نهى رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه عن كسب الإماء، فإنّها إن لم تجد زنت إلا أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده، فإنّه إن لم يجد سرق»^(٢).

فإن حصر كراهة التصرف فيما اكتسبه الغلام، بما إذا لم يحسن صناعة بيده، واحتمل سرقته، أقوى شاهد على نفوذ معاملاته.

وأجاب عنه المصتف رحمه الله: بأنّه محمول على موارد عدم معاملة نافذة من الصبي، إما بأن لا تكون هناك معاملة أصلاً - كالالتقاط المترتب عليه الملكية - أو مع كون المعاملة من الولي - كالإجارة التي أوقعها الولي - أو مع كونها عن الصبي على نحو يجامع فساد المعاملة - كاستحقاق أجرة المثل في الإجارة التي أوقعها الصبي بغير إذن الولي، أو عمل عملاً بأمر آخر، ومن الواضح أن جواز التصرف في المكسوب في هذه الموارد،

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات - وباب ٥٦ من أبواب كتاب العتق - وباب ٤٤ - من أبواب كتاب الوصايا. (٢) الوسائل باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

لا يكشف عن نفوذ معاملات الصبي بما هو صبي.
وفيه: إنّ قبض الصبي المال في هذه الموارد – كما اعترف به قبيل ذلك – لا أثر له لفرض كون أجرة المثل كليلة، وكذلك الأجرة المسماة بحسب الغالب، وهو لا يتعين بقبض الصبي.

وبالجملة: غاية ما يثبت بما ذكره هو استحقاق الصبي للأجرة، ولكن لا يتعين ذلك فيما أقبضه من عليه، بل هو باق على ملكه، فيحرم للولي وغيره التصرف فيه.
وبه يظهر حال الانتقاد، فإنّه إذا كان فعل الصبي كالعدم لا أثر لانتقاده أيضاً.
فالحق في المقام أن يقال: إنّ المنهي عنه إما أن يكون هو الكسب، أي المعنى المصدرري، أو يكون هو المكسوب، فإن كان الأول فلا محالّة يكون الموجّه إليه الخطاب الولي، فيكون مفاده مرجوحة نصب الولي لهم لتصدي المعاملات إلا في الصناعة، وعليه فإن كان النهي تحريمياً لا يدلّ على نفوذ معاملاته بوجه، وإن كان تنزيهياً، وإن كان يشعر بذلك، إلا أنه لا دليل على حمل النهي عليه.

وإن كان الثاني – كما لعله الظاهر لعدم مناسبة العلة مع الأول – فتقريب الاستدلال به على نفوذ معاملات الصبي إنما يكون من وجوه:
أحدها: من جهة التعليل، إذ لو لم تكن المعاملة نافذة، كان المتعين التعليل بذلك، فإنّه حينئذٍ كان التصرف فيه حراماً لكونه ملك الغير، وإن علم بعدم السرقة لا التعليل بائمه: (إن لم يوجد سرق).

ثانيها: من جهة التقييد، إذ لو كانت معاملة غير الصبي غير نافذة من أصلها، لم يكن هناك فرق بين من يحسن صناعة يده ومن لا يحسن.

ثالثها: من جهة الحكم، إذ المشهور بين الأصحاب حمل هذا النهي على الكراهة، فهذه آية نفوذ المعاملة، وإلا كان التصرف حراماً.

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة - بناءً على كونها علة للحكم - عدم مؤاخذتهما بالإتلاف^١ الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض، إلا أن يتلزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم، ولا يخلو من بُعد، ولكن هذا غير وارد على الاستدلال، لأنَّه ليس مبنياً على كون رفع القلم علة للحكم، لما عرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبي والمجنون، فيختضُّ رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الإتلاف، فافهم واغتنم.

وفي الجميع مناقشة:

أثنا الأول: فلأنَّ هذا النهي إنما هو بلحاظ هذا الاحتمال، أي احتمال السرقة، ولا نظر في ذلك إلى نفوذ المعاملة وعدمه، كي يدلُّ على نفوذها مع عدم ذلك، مع أنَّ المنهي عن التصرُّف فيه ليس خصوص ما اكتسب بالمعاملة، بل مطلق ما حصله الصبي، كان بتلك أم بغيرها، فلا يدلُّ على نفوذ معاملته مع عدمه.

وأثنا الثاني: فلأنَّ الفرق بين من يحسن صناعة بيده وغيره واضح، فإنه في الأول يكون احتمال السرقة أضعف من غيره، فيكون ذكر القيد لتحقق الموضوع، مع أنَّ القيد لا مفهوم له.

وأثنا الثالث: فلعدم القرينة لحمل النهي على الكراهة، مع أنَّ هذا النهي إنما هو بلحاظ احتمال السرقة خاصة، ولا نظر فيه إلى جهات أخرى.

فتحصل: أنَّ المستفاد من مجموع الأدلة بطلان عقد الصبي إذا كان مستقلاً في المعاملة، ونفوذه إذا كان بإذن الولي.

المستثنيات

١. قوله: (عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما... فيخرج مثل الإتلاف).

وقد استثنى من رفع القلم عن الصبي مواضع:
منها: إتلافه.

فإنَّ المشهور بين الأصحاب كونه موجباً لضمانه، وقد استدلُّوا بذلك بوجوه:

الوجه الأول: ما يستفاد من كلمات المصنف ^{عليه السلام}، وهو أن المستفاد من أدلة الباب - بعد ضم بعضها ببعض - عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها كإنشاء العقود، فيخرج مثل الإتلاف.

وفيه: إنّ مقتضى عموم حديث رفع القلم، رفع كلّ تكليف، أو وضعه عن الصبي، كان سببه فعله القصدي أو غير القصدي

الوجه الثاني: ما ذكره المحقق الإصفهاني وهو أنّ مقتضى مناسبة الحكم والموضوع أنّ كلّ أثر منوط ترتبه على الفعل بالعقل وكماله، واستشعار الفاعل، فهو مرفوع عن الصبي، فمثل الضمان المترتب على مجرد الإتلاف، غير المنوط بشيء خارج عن عموم الآثار المرفوعة.

وفيه: إنّ كمال العقل إنما هو من باب الحكمة لا العلة، وإلا فربّ غير بالغ أعقل من البالغ.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الإبرواني ^{عليه السلام}، وهو أنّه في بعض ^(١) النصوص جمع بين عمد الصبي خطأً ورفع القلم عنه، وهو يصلح قرينة لقصر المرفوع بقلم العمد، وأنّ المروف أحكام أخذ في موضوعها العمد، ومعه لا يبقى لرفع القلم عموم، وذلك الحديث يوجب سقوط سائر النصوص المشتملة على رفع الحكم عن الصبي، فمثل الإتلاف غير مشمول لها.

وفيه أولاً: إنّ عموم رفع القلم في ذلك الحديث لا محذور فيه، ومجرد تطبيقه على مورد خاص لا يصلح قرينة لعدم إرادة العموم منه.

وثانياً: إنه لا وجه لصيروته مسقطاً لعموم سائر الروايات.

الوجه الرابع: إنّ حديث رفع القلم لوروده مورد الامتنان، يختصّ بما في رفعه منه، ولا منه على الأمة في رفع الضمان، لكونه خلاف الامتنان بالنسبة إلى الكبير، هذا ما أفاده المحقق الإصفهاني.

(١) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير^١. والحاصل أن مقتضى ما تقدم من الإجماع المحكي في البيع وغيره من العقود، والأخبار المتقدمة - بعد انضمام بعضهما إلى بعض - عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاهما، كإنشاء العقود أصلية وكالة، والقبض والإقباض^٢، وكل التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار.

وفيه: أنه لا قرينة لكونه وارداً مورداً الامتنان، بل لازم ذلك عدم شموله لبيعه، إذ ليس في رفع حلّيته منه على الصبي، فالعمدة في استثنائه الإجماع إن ثبت وكان تعدياً. ومنها: التعزير.

١. وقد أفاد المصنف^٣ في وجه خروجه: (أن المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير). وفيه أولاً: إنه لا شاهد لهذا التخصيص، بل مقتضى عمومه شموله لكل من الأمرين. وثانياً: أن هناك شاهداً على خلاف ذلك، فإن مجرد الفرق بين الصبي والبالغ في المؤاخذة، واختلاف حكمهما، لا يصحّ إسناد رفع القلم إليه، كما لا يخفى.

فالصحيح في وجه خروجه، قيام الدليل الخاصّ عليه، المخصص لعموم رفع القلم. ومنها: أنه إذا لاقى جزء من بدنـه مع النجاسة ينجسـ، ولو تحققـ في حقـه سبـبـ الجنابة يتجنبـ، كما هو المشهور بين الأصحابـ، والوجهـ في ذلك عدمـ شمولـ حديثـ رفعـ القلمـ لهـماـ فيـ نفسهـ، وذلكـ لأنـهـ يـعتبرـ أنـ يكونـ الحـكمـ المرـفـوعـ بهـ مـترـتبـاـ عـلـىـ فعلـ الصـغيرـ بماـ هوـ، فـلاـ يـعـمـ مـثـلـ النـجـاسـةـ المـتـرـتبـةـ عـلـىـ الـمـلاـقاـةـ، وـالـجـنـابـةـ المـتـرـتبـةـ عـلـىـ سـبـبـهاـ بلاـ دـخـلـ لـفـعـلـ الصـبـيـ فـيهـ.

وأمّا عدمـ شـمـولـ ماـ دـلـلـ عـلـىـ آنـهـ لاـ يـجـوزـ أـمـرـ الصـبـيـ لـهـماـ فـواـضـحـ.

٢. ومنها: القبض والإقباض.

وقال في «التذكرة» : (وكما لا يصح تصرفاته اللفظية، كذا لا يصح قبضه، ولا يفيد حصول الملك في الهبة، وإن اتّهبه له الوالي ولا لغيره، وإن أذن الموهوب له بالقبض، ولو قال مستحق الدين للمديون سلم حقّي إلى هذا الصبي)، فسلم مقدار حقّه إليه لم يبرأ عن الدين، وبقي المقبوض على ملكه، ولا ضمان على الصبي، لأنّ المالك ضيّعه حيث دفعه إليه، وبقي الدين، لأنّه في الذمة، ولا يتعين إلا بقبض صحيح، كما لو قال إرمٌ حقّي في البحر فرمى مقدار حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالي إلى الصبي، أو إلقه في البحر، لأنّه امتنع أمره في حقّه المعين، ولو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن، وإن كان بإذن الوالي إذ

وملخص القول فيه: إنّ القبض ربما يكون معيناً للكلي، وآخر يكون قبضاً لمال معين. وعلى التقديرتين، ربما يكون جزء السبب الممكّل كما في بيع الصرف والهبة، وربما لا يكون كذلك، وعلى التقادير، ربما يكون بإذن الوالي، وقد يكون بغير إذنه؛ فقد يقال بترتّب الأثر على قبضه مطلقاً.

واستدلّ له السيد: بالسيرة عليه في الصدقات، وإطلاق نصوص الكفارة الدالّ على جواز إعطائهما بيد الصغير^(١)، وبما في الزكاة الدالّ على جواز إعطائهما بالصغر^(٢). ولكن المتيقّن من السيرة إعطائهما بإذن الوالي، ونصوص الكفارة والزكاة واردة في مقام بيان حكم آخر، ولا يصح الاستدلال بها في المقام، ففي محكي «الجواهر»: (ثم لا يخفى أنّ المراد من إعطاء الأطفال في النصّ والفتوى، الإيصال إليهم على الوجه الشرعي بأن يسلّم بيد ولديهم).

والحقّ في المقام أن يقال: إنّ المقبوض إن كان شخصياً، فإن لم يكن مال الصبي ولم ياذن المالك في القبض، فلا كلام في عدم كونه مبرئاً للذمة، وإن أذن مالكه في القبض كان ذلك مبرئاً للذمة، لأنّ ذلك قبض منه واستيلاء على المال، إذ القبض الذي يترتب

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الكفارات من كتاب الإيلاء والكفارات.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب المستحبّين للزكاة ووقت التسليم والنية.

ليس له تضييعها بإذن الولي) ^١.

وقال أيضاً: (لو عرض الصبي ديناراً على الناقد لينقده، أو متاعاً إلى مقوم ليقوّمه، فأخذه، لم يجز له رده إلى الصبي، بل إلى وليه إن كان. فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه برع من ضمانه، إن كان المال للولي، وإن كان للصبي فلا، كما لو أمره بالإلقاء مال الصبي في البحر، فإنه يلزمه ضمانه، وإذا تباع الصبيان وتقابضاً وأتلف كل واحد منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهم، وإن لا فلا ضمان عليهم، بل على الصبيين. ويأتي في باب الحجر تمام الكلام، ولو فتح الصبي الباب وأذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدى، فالأقرب الاعتماد، لتسامح السلف فيه)، انتهى كلامه رفع مقامه.

ثم إنه ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق في معاملة الصبي، بين أن يكون في الأشياء

عليه الأثر ليس هو الأخذ باليد خاصة، بل هو الاستيلاء على المقبوض المتحقق في الفرض.

وإن شئت قلت: إن المبرء للذمة أداء مال الغير، فتبرأ الذمة، وإن أمر بإلقاء ماله في البحر فألقاه.

وإن كان المال مال الصبي، فإن أذن له الولي في إقباضه، أو أذن الصبي في قبضه، برئت ذمته لأنّه قبض للولي.

١. وما أفاده العلامة رحمه الله من أن ذلك تضييع لمال الصبي فلا يجوز وإن أذن الولي، غير تام، لعدم كونه تضييعاً بل إقباض للولي.

وإن كان بدون إذنه لا يجوز لعدم العبرة بقبضه مستقلّاً.

وإن كان كلياً، فإن كان بدون إذن الولي - إن كان ماله أو مال الصبي - أو بدون إذن مالكه - إن كان لغيرهما - لم تبرأ ذمته، وبقى المقبوض على ملكه.

وإن كان مع إذنه، كان ذلك قبضاً معيناً للكلي، ولا أقل من كونه توكيلاً منه في قبض حقّه وتعيينه فيما بيده ثم دفعه إلى الصبي. فافهم واغتنم.

اليسيرة أو الخطيرة^١، لما عرفت من عموم النص والفتوى، حتى أن العلامة في «الذكرة» لما ذكر حكاية أن أبا الدرداء اشتري عصفوراً من صبي فارسله، ردّها: (بعدم التثبت، وعدم الحجية، وتوجيهه بما يخرجه عن محل الكلام).

وبه يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني من أن الأظهر جواز بيعه وشرائه، فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة، دفعاً للحرج)^٢، انتهى. فإن الحرج ممنوع سواءً أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحرّمات، والتزام مباشرة البالغين لشرائهما، أم أراد أنه يلزم من التجنّب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع والشراء في الأشياء الحقيقة. ثم لو أراد استقلاله في البيع والشراء لنفسه بماليه من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفًا للإجماع.

معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة

١. قوله: (لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة).

وقد استدلّ لنفوذها في الأشياء اليسيرة بوجوه:

الوجه الأول: إن الآية والنصوص المتقدمة مختصة بالمعاملة في الأشياء الخطيرة، بقرينة مناسبة الحكم والموضوع.

بتقرير: أنها بمناسبة الحكم والموضوع تدلّ على عدم نفاذ أمر الصبي فيما له شأن يتفاوت فيه كامل العقل وغيره، وهو إنما يكون في الأشياء الخطيرة، دون المحرّمات التي لها ثمن معين لا يتفاوت في الصغير والكبير.

وفيه: ما تقدّم من أن كمال العقل إنما هو من قبيل الحكمة لا العلة، وإلا فرب غير بالغ أكمل عقلاً من البالغ.

٢. الوجه الثاني: لزوم الحرج من تصدّي البالغين لجميع المعاملات حتى المعاملة على المحرّمات.

وفيه: إن لزوم الحرج من كونهم مستقلّين في المعاملة ممنوع. نعم، لا ننكر لزومه

وأمّا ما ورد في رواية السكوني، عن أبي عبدالله عليهما السلام^(١)، قال : «ونهى النبي ﷺ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده، معللاً بأنه إن لم يجد سرق».

من منعهم عن المعاملة مطلقاً، ولكن قد مرّ أنَّ الأظهر جواز معاملاتهم في صورة إذن الأولياء حتى في الأمور الجليلة.

الوجه الثالث: أنَّ سيرة أهل العرف من كل ملة ونحلة جرت على إيكال المعاملات في المحرّرات إلى الصبيان.

وأجاب عنه المحقق النائيني^(٢): بأنَّ السيرة مختلفة باختلاف الأشياء، فإنَّهم يوكلون إلى من بلغ أربع سنين معاملة القبول، وإلى من بلغ ثمانية بيع اللحوم، وهكذا، وثبتت السيرة من عصر الأئمة^(٣) من المتدينين بهذا التفصيل مشكلاً، بل المعلوم عدمها، فلا يمكن الالتزام بكون هذه السيرة مخصصة للأدلة.

ويرد عليه^(٤): أنَّ المستدلّ استدلّ بالسيرة العقلائية، وما ذكره^(٥) إنما يصلح جواباً عن سيرة المتشرّعة، وبينهما فرق واضح كما لا يخفى.

فالحق أن يقال: إنَّ الاستدلال إن كان بالسيرة العقلائية، فالأدلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها، فلا كاشف عن إيمانها. وإن كان استدلالاً بسيرة المتشرّعة، فيריד عليه أنْ ثبotalها في صورة عدم إذن الأولياء من نوع.

١. قوله: (وأمّا ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبدالله عليهما السلام).

أشار بذلك إلى موثق^(١) السكوني، عن أبي عبدالله عليهما السلام، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن كسب الإمام فإنها إن لم تجد زنت إلا أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنه إن لم يجد سرق».

ظاهر هذه الرواية صحة معاملة الصبي إما مطلقاً أو في صورة إذن الولي، كما اخترناه على ما هو القدر المتيقن من إطلاقها، لتعليقه النهي بأنه لو لم يجد سرق، حيث إنه لو كان قصده كلاماً قصد، كان المناسب تعليمه بما يفيد ذلك، لا بما ذكر؛ لأنَّ مقتضى ما ذكر عدم النهي لو علم بأنه لا يسرق.

(١) الوسائل باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

فمحمول على عوض كسبه من التقاط أو أجرة عن إجارة أو قعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجارة، فأعطاه المستأجر أو الامر أجرة المثل، فإن هذه كلّها ممّا يملكه الصبي^١، لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيه، لاحتمال كونها من الوجوه المحرّمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممّن لا يبالى بالمحرّمات. وكيف كان، فالقول المذكور في غاية الضعف. نعم، ربما صَحَّ سيد مشائخنا في «الرياض»^٢ هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلة، ممّن له أهلية التصرف، من جهة استقرار السيرة واستمرارها على ذلك. وفيه إشكال من جهة قوّة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالغة في الدين، كما في سيرهم الفاسدة.^٣

ويؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم، ولا بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلًا، ومعاملتهم لأوليائهم على سبيل الآلية، مع أنّ هذا ممّا لا ينبغي الشك في فساده خصوصاً الآخرين.

مع أنّه لم يكن وجه للتنقييد بالذي لا يحسن صناعة بيده، إذ على فرض كون قصده كلاً قصد، لم يكن فرق بينه وبين ما يقابلها.

١. وأجاب عن ذلك المصنّف في المتن بأنّ الخبر إنّما يدلّ على الصحة، لو كان الكسب في الخبر بمعناه المصدري أي الاكتساب، وإيجاد ما هو سبب لتحصيل المال، وهو ليس كذلك، بل هو بمعناه الاسم المصدري أي المكتسب، وعوض الكسب وفائدةه من التقاط أو أجرة عن إجارة أو قعها الولي أو الصبي بإذن الولي، فإنّ هذه كلّها مملوكة للصبي، ويستحب للولي وغيره الاجتناب عنه.

ويرد عليه: أنّ المعنى المصدري واسم المصدري واحد، وهما مختلفان اعتباراً، فالتفصيل بينهما في غير محله.

٢. قوله: (ربما صَحَّ سيد مشائخنا)، ومثله صاحب «مفتاح الكرامة»، واستدلاله بالسيرة، وأجاب المصنّف عنه:

٣. بأنّ السيرة ناشئة عن عدم المبالغة في الدين.

مع أن الإحالة على ما جرت العادة به، كإحالة على المجهول^١، فإن الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبي ما هو فطن فيه، بحيث لا يغلب في المساومة عليه، فيكون إلى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل أو بيع بيضة دجاج بفلس، وإلى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم والخبز ونحوهما، وإلى من بلغ أربعة عشر سنة شراء الثياب بل الحيوان، بل يكون إليه أمور التجارة في الأسواق والبلدان، ولا يفرقون بينه وبين من أكمل خمسة عشر سنة، ولا يكون إليه شراء مثل القرى والبساتين وبيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب، ولا أظن أن القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل.

وكيف كان، فالظاهر أن هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم، وقد عرفت حكم العلامة في «الذكرة» بعدم جواز رد المال إلى الصبي إذا دفعه إلى الناقد لينقذه، أو المتع الذي دفعه المقوم ليقومه، مع كونه غالباً في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي، وكذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً.

والحق أن يقال: إن المراد بالسيرة إن كان هو السيرة العقلائية، فالأدلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها، فلا كاشف عن إمضائتها.
وإن كان المراد بها سيرة المترتبة، فيرد عليه أن ثبوتها حتى مع عدم إذن الأولياء ممنوع.

١. قوله: (إن الإحالة على ما جرت به العادة به كإحالة على المجهول).
المحيل هو المحدث الكاشاني في عبارته المتقدمة، وليس هذا إيراداً لو سلم السيرة، فإن لازم ما أفاده المصنف الاقتصر على المتيقن، وفي الموارد المشكوك فيها يرجع إلى عموم ما دل على عدم نفوذ معاملة الصبي، كما هو الشأن في جميع موارد الشبهة المفهومية.

ول تمام الكلام في هذه المسألة - وهو التمسك بالعام في الشبهة المفهومية إذا كان الدليل، أي دليل الخاص مجملأً ومنفصلأً - محل آخر.

وقال كاشف الغطاء رحمه الله - بعد المنع عن صحة عقد الصبي أصالةً ووكالةً - ما لفظه: (نعم ثبت الإباحة في معاملة المميين إذا جلسوا مقام أوليائهم أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد، حتى يظن أن ذلك من إذن الأولياء، خصوصاً في المحرقات). ثم قال: ولو قيل بتملك الأخذ منهم، لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات، فيكون موجباً قابلاً م يكن بعيداً انتهى^١.

أما التصرف والمعاملة بإذن الأولياء، سواءً كان على وجه البيع، أو المعاطاة، فهو الذي قد عرفت أنه خلاف المشهور والمعلوم، حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة، لأنها تصرف لا محالة، وإن لم يكن بيعاً، بل ولا معاوضة، وإن أراد بذلك أن إذن الولي ورضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة لا نفس المعاملة، كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعارة الصبي.

١. ما أفاده كاشف الغطاء في وجه تصحيح المعاملة، يرجع إلى أن صاحب المال إنما يوكل كل من أخذه من الصبي بالأخذ للبيع، فأخذه إنشاءً للبيع من جانب صاحب المال، وقبولُ من ناحية نفسه فيكون موجباً وقابلًا.

ولكن يرد عليه: أن صاحب المال لا يوكل شخصاً معيناً، ولا جميع الأشخاص، بل هو غير متوجه إلى ذلك، أضف إليه أن الآخذ لا يكون قاصداً للإيجاب والقبول، مع أن بناء المترسّعة على التصرف في المأخذ مع عدم إحراز الإجازة، بل وعدم إجازة صاحب المال.

والحق أنه في هذا المورد يكون إباحة بالعوض، والدليل على نفوذها وصحتها هي السيرة.

وبعبارة أخرى: يكون تصرفًا بالرضا وإذناً في الإتلاف بالعوض المسمى، ودليل الإمضاء هي السيرة بضميمة عدم الردع.

هذا على تقدير عدم صحة عقد الصبي حتى مع إذن الولي. وإلا فالظاهر أن ظاهر الحال كون الصبي مأذوناً من قبل الولي في المعاملة، فالمعاملة صحيحة بلا احتياج إلى هذه التمثيلات.

فتوضيحة: ما ذكره بعض المحققين من تلامذته^١ وهو: (إنه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفق، وكانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة - كما هو المشهور - وجرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء البسيطة، والرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات، وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعين القيمة^٢، والاختلاف الذي يتسامح به في العادة، فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدو من الصبي من صورة البيع والشراء، مع الشروط المذكورة، كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار، وفي إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه^٣، وقد استند فيه في «التذكرة» إلى تسامح السلف.

وبالجملة: فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ

١. قوله: (ما ذكره بعض المحققين من تلامذته).

هو صاحب المقابيس حيث ذكره في «المقابيس» في ثالث شروط المتعاقدين.

٢. قوله: (وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد على قول الصبي تعين القيمة). مراده تعين القيمة من الخارج، من غير حاجة إلى المساومة، فلا ينافي ما ذكره كاشف الغطاء.

٣. قوله: (بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه) :

أحدها: وجود الأمارات المفيدة للاطمئنان بالإذن مثل، الجلوس مقام أولائهم، والمعاملة بمرئي وسمع من الناس في المقام دون الهدية.

ثانيها: تخصيص المال باليسير، وعميمه في الهدية له وللخطير، على ما هو ظاهر إطلاقهم.

ثالثها: إن الهدية من باب التمليل، والمقام من باب الإباحة، وبديهي أنّه يتسامح في الثاني بما لا يتسامح به في الأول.

رابعها: أنّ المقام فيه العوض بخلاف الهدية.

و والإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبي و معاملته، من حيث أنه كذلك، وكثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذي يد أصلاً، مع شهادة الحال بذلك، كما في دخول الحمام وضع الأجرة عوض الماء التالف في الصندوق، وكذا فيأخذ الخضراء الموضوعة للبيع وشرب ماء السقاين وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد لها، وغير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوضات من أنواع التصرفات. فالتحقيق أنَّ هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب، ولا منافياً له، ولا يعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى، ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا)، انتهى.

وحاسله: إنَّ مناط الإباحة ومدارها في المعاطاة، ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين، أو بشخص منزل منزلة شخصين، بل على تحقق الرضا من كلّ منهما بتصرف صاحبه في ماله، حتى لو فرضنا أنَّه حصل مال كلّ منهما عند صاحبه باتفاق، بإطاره الريح ونحوها، فتراضياً على التصرف بإخبار صبي أو بغيره من الأمارات كالكتابة ونحوها، كان هذه معاطاة أيضاً، ولذا كان وصول الهدية إلى المهدى إليه على يد الطَّفل، الكاشف إيصاله عن رضى المهدى بالتصرف، بل التملُّك، كافياً في إباحة الهدية بل في تملُّكها.

وفيه: أنَّ ذلك حسن، إلا أنَّه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاة من دون إنشاء إباحة وتمليك، والاكتفاء فيها بمجرد الرضا. ودعوى حصول إنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعة بأنَّه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها، وبه يفرق بين ما نحن فيه ومسألة إيصال الهدية بيد الطَّفل، فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعه إليه للإيصال إباحة أو تملك، كما ذكر أنَّ إذن الولي للصبي في الإئارة، إذن في انتفاع المستعين. وأما دخول الحمام وشرب الماء وضع الأجرة والقيمة، فلو حُكم بصحتها -بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن إنشاء - انحصر صحة وساطة الصبي فيما يكفي فيه، مجرد وصول العوضين، دون ما لا يكفي فيه.

والحاصل: أن دفع الصبي وقبضه بحكم العدم، فكلما يكتفي فيه بوصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر بأي وجه اتفق، فلا يضر مباشرة الصبي لمقاديم الوصول، ثم إن ما ذكر مختلف بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبي ولزيان ألم غيره. وأماماً ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً من صيرورة الشخص موجباً وقابلأ. وفيه أولاً: إن توقي وظيفة الغائب وهو من إذن للصغير إن كان بإذن منه، فالافتراض انتفاء^١، وإن كان بمجرد العلم برضاه، فالاكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل من نوع^٢.

وثانياً: إن المحسوس بالوجдан عدم قصد من يعامل مع الأطفال التباهية عن إذن للصبي، ثم إنه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآلية بالصبي، ولا بالأشياء الحقيقة، بل هو جار في المجنون والمسكران، بل البهائم في الأمور الخطيرة، إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار، وكان الصغير آلة، فلا فرق في الآلية بينه وبين غيره. نعم، من تمسك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجرّم لإدخال ذلك تحت القاعدة، فله تخصيص ذلك الصبي، لأنّه المتيقن من موردها، كما أن ذلك مختلف بالمحقرات.

١. قوله: (إن كان بإذن منه فالافتراض انتفاءه).

وفيه: أن المفترض وجوده بعلاقته، بل وبما يكون مظهراً بالفعل لا بالقول. وبعبارة أخرى: إنه قد عرفت أن مسألة المعاطاة لا تختص بالإعطاء والأخذ الخارجيين، لعدم ورود هذا اللفظ في خبر، ولا معقد إجماع، بل المراد بها ما لو كان الإنشاء بالفعل ولو مثل تحريك الرأس جواباً عن السؤال: (هل تبيع مالك؟)، وعليه، فالأعمال المفترضة إنما يكون إذناً فعلياً.

٢. قوله: (إإن كان بمجرد العلم برضاه، فالاكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل).

سيجيء الكلام على ذلك في بحث الفضولي، وستعرف أن الأظهر أن الرضا النفسي كافٍ في الخروج عن الفضوليّة.

مسألة: ومن جملة شرائط المتعاقدين، قصدها لمدلول العقد الذي يتلفظان به^١.
 واشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد، بل في تحقق مفهومه، ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال، فلا يقع من دون قصد إلى اللّفظ، كما في الغالط أو إلى المعنى لا بمعنى عدم استعمال اللّفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلّق إرادته، وإن أوجد ما لو له بالإنشاء كما في الأمر الصوري، فهو شبيه الكذب في الأخبار، كما في^٢ في الهازل، أو قصد معنى يغایر مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، ولا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصة.

اعتبار القصد

١. قوله: (من جملة شرائط المتعاقدين: قصدها لمدلول العقد).
 هذه هي المسألة الثانية: وتنقيح القول فيها إنما يكون بالبحث في مباحث:
 المبحث الأول: أن للعقد بحسب قصد اللّفظ وقصد معناه أحوالاً أربعة:
 الحال الأول: أن يكون اللّفظ صادراً عنه عن غير قصد، كاللّفظ الصادر من النائم أو
 الغالط.

الحال الثاني: أن يكون اللّفظ مقصوداً له دون معناه، كما إذا قال: (بعث) على وزن خفت.
 الحال الثالث: أن يكون المعنى مقصوداً له بالإرادة الاستعملية دون الإرادة الجدية،
 كما إذا أنشأ البيع بمعنى استعمل الصيغة في معناها، من دون أن يكون هناك اعتبار
 نفسي، ونظيره في الإخبار ما إذا أخبر عن شيء وحكي عنه بداعي الهزل لا الجد.
 الحال الرابع: أن يكون المعنى مقصوداً بالإرادة الجدية، ولكنه لم يكن عن طيب
 النفس.

أقول: واعتبار القصد بالمعاني الثلاثة الأولى في صحة العقود، من القضايا التي
 قياساتها معها، فإنّ عناوين المعاملات أمور قصدية، ومع عدم هذه القصد لا تتحقق تلك.
 وأمّا القصد بالمعنى الرابع، فاعتباره إنما يكون شرعاً، وسيأتي الكلام فيه في محله.
 وقد ظهر مما ذكرناه أمور:

٢. الأمر الأول: أنّ ما أفاده المصنّف في المقام من قياس الأمر الصوري بالكذب

ثم إنّه ربّما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره، كما صرّح به في «المسالك»^١ حيث قال: (إنّهما قاصدان إلى اللّفظ دون مدلوله)، وفيه إنّه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد، مضافاً إلى ما سيجيء في أدلة الفضولي.
وأمّا معنى ما في «المسالك» فسيأتي في اشتراط الاختيار.

في الإخبار، وتشبيههما بعدم القصد بالمعنى الثالث في الإنشاء، كلام متين، ولا يرد عليه ما أورده المحقّق النائي^٢ من أنّ شبيه الكذب في الإخبار منحصر في الإنشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار - أي اعتبار الشارع - وأمّا مع عدم قصد عنوان المعاملة الذي يكون الأمر الصوري شبيهاً به، فلا يكون ذلك مثل الكذب في الإخبار، فتدرّب حتّى لا تبادر بالإشكال.

الأمر الثاني: إنّ جعل اعتبار هذا القصد بالمعنى الثالث - الذي هو مورد كلام المصطف^٣ من شرائط المتعاقدين أولى من جعله من شرائط العقد، فإنّه ليس من شؤون الصيغة، بل مما يعتبر في البائع بالحمل الشائع.

وما ذكره المحقّق النائي^٢ في وجه أولوية جعله من شرائط العقد، من إنّه لا يتحقّق العقد بدونه.

يرد عليه: إنّه مع فقد سائر شرائط المتعاقدين أو العوضين، لا يتحقّق العقد أيضاً، فالمراد من شرائط المتعاقدين في مقابل شرائط العقد، هي الأمور التي تكون معتبرة في ترتيب الأثر على العقد، مع كون مركزها المتعاقدين، وإنّا فمقتضى هذا البرهان عدم كون شيء من الشروط شرطاً للمتعاقدين حتّى مثل البلوغ، إذ العقد لا يتحقّق مع عدمه.

١. الأمر الثالث: أنّ ما أفاده الشهيد^٤ من أنّ الفضولي والمكره غير قاصدين لمدلول العقد يعُد خلط قصد بقصد، إذ المكره لا طيب نفس له بمضمون العقد، لا إنّه غير قادر لمدلوله. وتمام الكلام في محلّه.

واعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاماً في هذا المقام، في أنه هل يعتبر تعين المالكين اللذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما أم لا، وذكر أن في المسألة أوجهاً وأتواً، وأن المسألة في غاية الإشكال، وأنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب ^{بشكلٍ} في تضاعيف أبواب الفقه.

ثم قال: (وتحقيق المسألة: أنه إن توقيف تعين المالك على التعين حال العقد، لعدم وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعينه في النية أو مع اللفظ به أيضاً كبيع الوكيل والولي العاقد عن اثنين في بيع واحد، والوكيل عنهمما والولي عليهما في البيوع المتعددة، فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء من نفسه أو غيره، وأن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كلّ منهما، فإذا عين جهة خاصة تعينت، وإن أطلق فإن كان هناك جهة ينصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين، كما لو دار الأمر بين نفسه وغيره إذا لم يقصد الإبهام والتعيين بعد العقد، وإلا وقع لاغياً، وهذا جار في سائر

لابد من تمييز البائع من المشتري

المبحث الثاني: صرح صاحب المقاييس بأنه يجب أن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كلّ منهما.

أقول: لا ينبغي التشكيك في لزوم تمييز البائع من المشتري - بمعنى تعددهما لتقويم حقيقة البيع بذلك - وأما إذا كان متعدداً ولكن لم يميز أحدهما من الآخر - كما إذا قال: (بعث مناً من حنطة أحد هذين بتومان في ذمة صاحبه) - فستعرف حكمه في المبحث الآتي.

لا يجب تعين من يشتري له ومن يبيع له

١. المبحث الثالث: الكلام في أنه هل يجب تعين من يشتري له ومن يبيع له مطلقاً، فلو باع أو اشتري للكلّي - كما إذا اشتري لموكله أي هذا العنوان مع تعدده أو للفرد المُبهم، كما إذا اشتري لأحدٍ كلية مبهمة إيهاماً واقعياً - بطل العقد كما ذهب إليه صاحب المقاييس، أم يجب التعين إذا كان العوضان كليين، أو كان أحدهما كذلك، اختاره

العقود من التّكّاح وغيره، والدليل على اشتراط التعيين ولزوم متابعته في هذا القسم، أنّه لو لا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر^١، وأن لا يحصل الجرم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان^٢، ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك، وفساد ذلك ظاهر، ولا دليل على تأثير التعيين المتعقب، ولا على صحة العقد المُبِهم^٣، لأنصراف الأدلة إلى ما هو الشائع المعروف من الشّريعة والعادة، فوجب الحكم بعده، وعلى هذا فلو اشتري الفضولي لغيره في الذمة، فإنّ عيّن ذلك الغير تعيين ووقف على إجازته، سواءً تلفظ بذلك أم نواه، وإن أبهم مع قصد الغير بطل، ولا لا يوقف إلى أن يوجد له مجيئ.

المصنف بشيء أم لا يجب التعيين مطلقاً؟

وقد استدلّ للأول بوجوه:

١. الأول: إنّه لو صحّ ذلك لزم بقاء الم المملوك بلا مالك معين في نفس الأمر.
وفيه: إنّه لا محذور في بقاء الم المملوك بلا مالك معين، ونظيره في الشرع مالكيّة الفقراء للزّكاة والعناوين الكلّية للأوقاف لها، ومالكيّة أحد رجلين للمال المنذور لأحدهما مع أنّه يمكن الالتزام بصحته وصيروة من يعيّن بعد ذلك، أو يستخرج بالقرعة مالكاً إما من حين العقد أو بعد التعيين، على الخلاف في كونه كاشفاً أو ناقلاً.
٢. الثاني: إنّه إن صحّ لزم أن لا يحصل الجرم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان، ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك.
وفيه: أنّ الجرم بالعقد وبما يتربّ عليه من الآثار والأحكام متحقّق، وإنّما المفقود الجرم بوقوعه لشخص معين، وهذا مما لا دليل على اعتباره، مع أنّه يمكن أن يقال بأنّ الجرم بذلك أيضاً متحقّق، وهو وقوعه لمن يعيّن بعد ذلك. فتأمل.
٣. الثالث: أنّ الأدلة لا تشمل العقد المُبِهم، لأنصرافها إلى ما هو الشائع المعروف من الشّريعة والعادة.
وفيه: أنّ الانصراف الناشئ عن شبيوع فرد وندرة آخر لا يصلح لتنقييد الإطلاق.

إلى أن قال: إن لم يتوقف تعيين المالك على التعيين حال العقد، بأن يكون العوضان معينين، ولا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكيهما، ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصرير بالخلاف فيبطل، وعدمه فيصح، أوجه أقواها الآخرين وأوسطها الوسط^١، وأشباهها للأصول الأولى.^٢ وفي حكم المعين إذا ما عين المال بكونه في ذمته زيد مثلاً، وعلى الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه، ولغى قصد كونه على الغير، ولو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان وكيلاً عن زيد صح عنه، وإلا وقف عن إجازته، ولو اشتري لنفسه بمال في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلاً فالمقتضى لكل من العقددين منفرداً موجود، والجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما، ولمّا لم يتعين احتمل البطلان للتدافع، وصحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء، وترجح جانب الأصالة، وعن الموكّل لتعيين العوض في ذمة الموكّل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين، ولو اشتري عن زيد بشيء في ذمته فضولاً، فلم يجز فأجاز عمرو، لم يصح عن أحدهما.

وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب، ولا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفه والتسمية، ويفرق بينهما على الآخرين، ويبطل الجميع على الأول، انتهى كلامه.

وفيه: إن كان هناك ما يمكن أن يستشهد به للتعيين - ولو مع الاحتياج إلى إذن الحاكم الشرعي - وإلا فيرجع إلى أدلة القرعة التي هي المرجع في هذه الموارد. فإذاً لا دليل على اعتبار التعيين.

١. قوله: (أقواها الأخير وأوسطها الوسط).

لم أفهم وجه الجمع بين أقوائهما الأخير وأوسطهما الوسط، لأنّه من قبيل الجمع بين النقيضين، كما صرّح بذلك بعض المحققين.

٢. قوله: (وأشبهها للأصول الأولى).

الظاهر أنّ مراد بالأصول، أصالة الفساد وأصالة عدم ترتيب الأثر.

أقول: مقتضى المعاوضة والمبادلة، دخول كلّ من العوضين في ملك الآخر، وإنّ لم يكن كلّ منهما عوضاً بدلّاً، وعلى هذا فالقصد إلى العوض وتعيينه يعني عن تعين المالك، إلا أنّ ملكيّة العوض وترتّب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعين المالك، فإنّ من الأعواض ما يكون متّشّخصاً بنفسه في الخارج كالأعيان، ومنها ما لا يتّشّخص إلا بإضافته إلى مالك كما في الذمّ، لأنّ ملكيّة الكلّي لا تكون إلا مسافاً إلى ذمة^١، وإجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المردّد بين شخصين فصاعداً غير معهود، فتعين الشخص في الكلّي إنّما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكيّة ما في الذمّ على تعين صاحب الذمة، فصحّ على ما ذكرنا أنّ تعين المالك مطلقاً غير معتبر، سواءً في العوض المعين أو في الكلّي، وأنّ اعتبار التعين فيما ذكره من الأمثلة في الشقّ الأول من تفصيله، إنّما هو لتصحيح ملكيّة العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكاً، فإنّ من اشتري لغيره في الذمة، إذا لم يعين الغير، لم يكن الثمن ملكاً، لأنّ ما في الذمة ما لم يضاف إلى شخص معين، لم يترتب عليه أحكام المال من جعله ثمناً أو مثمناً، وكذا الوكيل أو الولي

وأقى القول الثاني: فقد استدلّ له المصنّف^٢:

١. (بأنّ الكلّي ما لم يضاف إلى ذمة شخص معين لا يكون مالاً، فتعين الشخص في الكلّي إنّما يحتاج إليه، لتوقف اعتبار ملكيّة ما في الذمّ على تعين صاحب الذمة). وفيه: إنّ المفهوم الكلّي ما لم يضاف إلى الذمة لا تعتبر له الماليّة، ولكن كما له الماليّة إذا أضيف إلى ذمة شخص معين، كذلك له الماليّة إذا أضيف إلى ذمة الكلّي أو أحد الشخصين، مع صيغة من في ذمّته معيناً بعد ذلك إنّما بالقرعة أو بالتعيين.

فالحقّ: أنّه لا دليل على اعتبار التعين مطلقاً.

ثم إنّ هناك نزاعاً آخر، وهو: أنه في البيع الشخصي أو الكلّي المضاف إلى ذمة شخص معين، لو قصد البيع - أي أوقعه لغير المالك، ولغير من في ذمّته - فهل يبطل البيع كما يظهر من المقاييس، أم يصحّ ويلغى قصد كونه عن غير المالك كما ذهب إليه المصنّف^٢، أم يصحّ ويقع عنه؟ وجوه:

وحقّ القول في المقام: إنّه إن بنينا على أنّ حقيقة البيع هو الإعطاء لا مجاناً، كما هو

العاقد عن اثنين، فإنّه إذا جعل العوضين في الذمة، بأن قال: (بعث عبداً بـألف)، ثم قال: (قبلت)، فلا يصير العبد قابلاً للبيع، ولا الألف قابلاً للاشتراء به، حتى يسند كلاماً منهما إلى معين أو إلى نفسه، من حيث أنه نائب عن ذلك المعين، فيقول: (بعث عبداً من مال فلان بـألف من مال فلان)، فيمتاز البائع عن المشتري. وأمّا ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين، فالملخص أنّ المعاوضة الحقيقة، التي قد عرفت أنّ من لوازمهما العقلية، دخول العوض في ملك مالك المعوض، تحقيقاً لمفهوم العوضية والبدلية، فلا حاجة إلى تعيين من ينتقل عنهما وإليهما العوضان، وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقة فالبيع غير منعقد.

فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض، فقال: (ملكك فرسي هذا بحمار عمرو) فقال المخاطب: (قبلت)، لم يقع البيع لخصوص المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه، وفي وقوعه اشتراء فضوليّاً لعمرو كلام يأتي. وأمّا ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره^١، فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره، والظاهر وقوعه عن البائع، ولغوية قصده عن الغير، لأنّه أمرٌ غير معقول لا يتحقق القصد اليه حقيقة، وهو معنى لغويته. ولذا لو باع مال غيره عن نفسه^٢، وقع للغير مع إجازته كما سيجيء، ولا يقع عن نفسه أبداً. نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له، لكن لا من حيث إيقاعه أولاً لنفسه، فإن القائل به لا يفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً، وجوده كعدمه.

الحق، ففي الصور المفروضة المذكورة في المتن:

١. من بيع مال نفسه عن غيره.
٢. وبيع مال غيره عن نفسه.

وبيع مال غيره عن غيره

إن كان ذلك مع إذن المالك ومن يشتري له أو إجازته، صح على ما أوقعه، وإنّ بطل لذلك.

وأمّا بناءً على ما بنى عليه المصنف^٣ - وفاقاً لجمع - من أنّ البيع حقيقته متقوّمة بالمعاوضة، ويلزم فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض، فإن لم يقصد المعاوضة بطل العقد، وإن قصدها فإن كان مراده من قصده وقوع البيع لغير المالك،

إلا أن يقال: إنّ وقوع بيع مال نفسه لغيره إنّما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقة، لمّا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقة، أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المباع؟ كما سيأتي أنّ المعاوضة الحقيقة في بيع الغاصب لنفسه، لا يتصور إلا على هذا الوجه، وحينئذ يحكم ببطلان المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقة مع المالك الحقيقي. ومن هنا ذكر العلامة وغيره في عكس المثال المذكور، أنه لو قال المالك للمرتهن: (بعه لنفسك) بطل، وكذا لو دفع مالاً إلى من يطلبه الطعام، وقال: (اشترى به لنفسك طعاماً). هذا، ولكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة، ولغوية القصد المذكور، لأنّه راجع إلى إرادة إرجاعفائدة البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركني المعاوضة. وأما حكمهم ببطلان البيع في مثل الرهن واشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أنّ المخاطب إذا قال: (بعثته لنفسي) أو (اشترىته لنفسي) لم يقع لمالكه إذا أجازه.

وبالجملة: فحكمهم بصحّة بيع الفضولي وشرائه لنفسه، ووقوعه لمالك، يدلّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك. ثم إنّ ما ذكرنا كلّه حكم وجوب تعيين كلّ من البائع والمشتري، من يبيع له ويشتري له. وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب، والقابل لخصوص البائع^١، فيحتمل اعتباره، إلا فيما علم من الخارج عدم

رجوع نفعه إليه، بمعنى أن يهبه بعد المعاملة، فلا كلام.
وإن كان مراده منه دخول العوض في كيسه، فيمكن تصحيحته والالتزام بلغوية القصد المزبور، بالتقريب الذي سيأتي في مبحث الفضولي.
وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع

١. هذا هو المبحث الرابع: وهو في تعيين الموجب لخصوص المشتري، والقابل لخصوص البائع.

والكلام في هذا المبحث يقع في جهتين:
الأولى: في بيان ما هو محلّ كلام المصنّف بيان.
الثانية: في بيان ما هو الحقّ في المقام.

إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين كما في غالب البيوع والإجازات، فحينئذ يراد من ضمير المخاطب في قوله: (ملكتك هذا)، أو (منفعة هذا بعده) هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكاً حقيقةً أو جعلتها، كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولية، ويحتمل عدم اعتباره إلا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح والوقف الخاص والهبة والوكالة والوصية، والأقوى هو الأول، عملاً بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية^١، وتباعية العقود للقصود، وعلى فرض القول الثاني فلو صرّح بإرادة خصوص المخاطب، اتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره. قال في «التذكرة»: (لو باع الفضولي أو اشتري مع جهل الآخر، فإشكال ينشأ من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد، وهذا الإشكال وإن كان ضعيفاً مخالفًا للإجماع والستيرة، إلا أنه مبنية على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام).

وقد يقال في الفرق بين البيع وشبيهه، وبين النكاح: إن الزوجين في النكاح كالعوضين فيسائر العقود، ويختلف الأغراض باختلافهما، فلابد من التعين وتoward الإيجاب والقبول على أمر واحد، وأن معنى قوله: (بعثك هذا بعده)، رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك ووكيله، ومعنى قوله: (زوجتك نفسي)، رضاها بكونه زوجاً، والزوج لا يطلق على الوكيل)، انتهى.

ويرد على الوجه الأول من وجهي الفرق: أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصلح وجهاً لوجوب التعين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع^٢، مع أن الظاهر

أثنا الجهة الأولى: فالذى يظهر من :

١. الاستدلال بظاهر الكلام، أن مورد كلامه أنه هل يكون ظاهر كلام البايع أو المشتري الموجه إلى الطرف، هو كون شخص المخاطب طرفاً للمعاملة بالأصل، فليس له أن يقبل عن غيره، أم ليس له ذلك، فيلائم مع كونه أصيلاً أو وكيلاً أو وليناً؟ وبه يظهر تمامية إيراد المصنف على من فرق بين البيع ونحوه، وبين النكاح، بأن الزوجين في النكاح كالعوضين فيسائر العقود.
٢. بأن هذا يصلح وجهاً لوجوب التعين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع، كما أن ما ذكره في وجه الفرق تام كما سترى.

أنّ ما ذكرناه من الوقف وآخوته كالنّكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه التّبّابة أو الفضولي، فلابدّ من وجّه مطّرد في الكلّ.

وعلى الوجه الثاني: إنّ معنى (بعثتك) في لغة العرب، كما نصّ عليه فخر المحققين وغيره، هو ملكتك بعوض، ومعناه جعل المخاطب مالكاً، ومن المعلوم أنّ المالك لا يصدق على الولي والوكيل والفضولي.

فالأولى في الفرق ما ذكرناه من أنّ الغالب في البيع والإجازة، هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعمّ من كونه أصلّة أو عن الغير^١.

وأمّا الجهة الثانية: فملخص القول فيها إنّ الكلام وقع في موارد:
المورد الأوّل: في أنّه هل تصحّ المعاملة مع عدم علم البائع مثلاً بأنّ مخاطبه هو المشتري بالأصلّة؟ أو أنّه وكيل عنه أو ولّي عليه.
وبعبارة أخرى: هل يجب أن يكون عالماً بمن ينتقل إليه ماله، وينتقل ماله إليه، أم يفصل بين العقود؟

والحقّ في هذا المقام: هو التفصيل بين البيع ونحوه والنّكاح وشبيهه، فإنّه في النّكاح تختلف الرغبات باختلاف الطرفين، كما أنّه في الوقف تختلف الأغراض باختلاف الموقف عليهم، فيلزم التعيين. وأمّا في البيع فلا يختلف الغرض باختلاف المالك، بل الرّكن فيه العوضان، وعليه فلا يجب فيه التعيين.

نعم، لا يبعد القول بوجوب التعيين في صورة كون العوض هو الكلّي في الذمة، فإنّه تختلف الأغراض باختلاف من في ذمته ذلك، مع أنّه من جهة اعتبار معلومية العوض لابدّ من تعيين من في ذمته الكلّي لاختلاف ما في الذمم باختلافها.

المورد الثاني: في أنّه هل يكون للكلام ظهور في كون المخاطب طرف المعاملة بالأصلّة، فلييس له أن يقبل عن غيره، أو لا ظهور له في ذلك ذاتاً، أو لقرينة نوعيّة صارفة عن ظهوره الذاتي، أم هناك فرق بين المعاملات؟

والظّاهر هو الأخير، والصحيح في وجّهه ما أفاده المصتبّ.

١. وحاصله: أنّ في البيع ونحوه قرينة نوعيّة صارفة عن ظهور الكلام في كون المخاطب به هو طرف المعاملة بالأصلّة، وتلك القرينة هي أنّ الغرض فيه متعلّق

ولا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل، فتأمل. بخلاف النكاح وما أشبهه؛ فإنّ الغالب قصد المتكلّم للمخاطب من حيث أنّه ركن للعقد، بل ربما يستشكل في صحة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل، كما لو قال: (زوجتك) مریداً له باعتبار كونه وكيلًا عن الزوج^١.

وكذا قوله: (وقفت عليك) و(أوصيت لك) و(وكلتكم)، ولعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها^٢، فلا يقال للوكييل الزوج، ولا الموقوف عليه ولا الموصى له ولا الموكّل، بخلاف البائع والمستأجر، فتأمل حتى لا يتوهّم رجوعه إلى ما ذكرناه سابقاً، واعتراضنا عليه.

بالمبادلة، ووصول كلّ منهما إلى عوض ماله، إذ هذا الغرض يكشف عن طور القصد العقدي، ولا يبقى معه ظهور في ذلك، وأمّا في النكاح وشبهه فلا صارف عن الظهور الذاتي للكلام، بل اختلاف الرغبات باختلاف طرف العقد يؤكّد ذلك الظهور.

١. المورد الثالث: في أنّه مع العلم بكون الطرف وكيلًا أو نائباً، هل يصحّ في مقام إجراء الصيغة أن يجعله طرفاً في المعاملة، أم لابدّ من ذكر الموكّل أو المولى عليه، أم يُفضل بين المعاملات؟

والأشهر هو الأخير، فإنّه فرق بين النكاح ونحوه والبيع وشبهه، لا من جهة أنّ معنى (أنكحتك) جعلتك زوجاً، ومعنى (بعثتك) جعلتك بائعاً، والبائع يصدق على الولي والوكييل، ولا يصدق الزوج عليهم، فإنّه يمكن أن ينتقض عليه بما إذا أنشأ البيع بلفظ (ملكتك) فإنّ معناه جعلتك مالكاً، والمالك لا يصدق على الوكييل والولي.

٢. بل من جهة أنّه على القول باعتبار الصراحة في ما تنشأ به المعاملة، بما أنّه تعارف في البيع توجيهه إلى المخاطب بعنوانه الأعمّ، ولم يتعارف ذلك في النكاح، فيجوز في الأوّل دون الثاني من جهة وجود الصراحة، معنى أنّ أهل العرف يفهمون منه المراد في الأوّل دون الثاني.

مسألة: ومن شرائط المتعاقدين : الاختيار^١ ، والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس، في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس، لا الإختيار في مقابل الجبر.
ويدل عليه :

من شرائط المتعاقدين الاختيار

١. قوله: (ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار).
والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة، لا الاختيار في مقابل الجبر.
أقول: والكلام في هذه المسألة إنما هو في اعتبار أمر آخر وراء القصد المقوم للعقد الذي انعقدت له المسألة السابقة، وهو أنه هل يعتبر صدور العقد عن طيب النفس والرضا، فلا يجوز إن وقع عن كره، أم لا يعتبر ذلك ؟
فما يظهر من جماعة منهم الشهيدان - حيث قالوا: (إن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله) - من إرجاع هذا البحث إلى البحث السابق، وجعل المكره من مصاديق غير القاصد، في غير محله.
وما ذكره في توجيهه: بأن مرادهم أن المكره غير قاصد لوقوع مضمون العقد في الخارج.

فيه: إنهم صرّحوا بكونه غير قاصد إلى مدلوله، ووقوع مضمون العقد في الخارج ليس مدلولاً له كما هو واضح.
والمعاملات الرائجة المتعارفة بين الناس إنما تكون على أقسام أربعة:
الأول: أن تكون لأجل جلب المنفعة.
الثاني: أن تكون لا لجلب النفع ولا لدفع الضرر.
الثالث: أن تكون لأجل دفع الضرر المترتب على شيء آخر، كما إذا كان عياله جائعاً فباع ثوبه ليشتري بثمنه طعاماً، فإن البيع إنما يكون لدفع ضرر الجوع.
وبعبارة أخرى: تكون المعاملة للتخلص عن الضرر المتوجه إليه المترتب على أمر آخر.

الرابع: أن تكون لأجل ترتب الضرر المترتب على ترك المعاملة، كما لو أكره عليها.
 أقول: لا إشكال في صحة المعاملة في القسمين الأوليين، وأمّا المعاملة في القسم الثالث، فهي مشمولة للعمومات بلا كلام.

وما يتوجه أن يكون دليلاً على بطلانها أمران:
 أحدهما: ما دلّ على اعتبار طيب النفس الذي سيمزّ عليك.

الثاني: حديث الرفع الآتي.
 وشيء منهما لا يصلح لذلك.

أمّا الأول: فلوجود الرضا وطيب النفس بها بأيّ معنى كان.

وأمّا الثاني: فلأنّ حديث الرفع لوروده مورد الامتنان، يختصّ بما إذا كان في رفع الحكم منه على العباد، وحيث لا منه في رفع أثر مثل هذه المعاملة، فلا تكون مشمولة للحديث.

وأمّا ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله: في وجه عدم الشمول من أنّ الاضطرار إلى المعاملة عبارة عنّما تكون نفس المعاملة اضطراريّة، وأمّا إذا كانت المعاملة مما يدفع به الاضطرار، فلا يدلّ الحديث على رفعها، كما أنه لو كان الخطأ أو النسيان متعلّقاً بأمر آخر غير نفس المعاملة، وصدرت المعاملة عن عمد والتفات، فهذه لا ترتفع بالحديث.
 فيرد عليه:

أولاً: النقض بما إذا كانت المعاملة غير جائزة في نفسها، كما لو نذر أن لا يبيع داره، فإنّ لازم ذلك عدم ارتفاع حرمة البيع، مع أنه لا أظنّ أن يلتزم به.

وثانياً: أنّ الاضطرار إذا تعلّق بشيء وكانت المعاملة دافعة له، لا محالة يتعلّق الاضطرار بها أيضاً، فالصحيح ما ذكرناه.

أدلة بطلان عقد المكره

وأمّا القسم الرابع: وهو الذي انعقدت له هذه المسألة، وهو عقد المكره، فقد استدلّ على بطلانه - في مقابل العمومات المقتضية لصحته فيما إذا كان واحداً لجميع ما يعتبر في الصحة، من قصد اللّفظ والمعنى، وغير ذلك من القيود - بوجوه:

قبل الإجماع، قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، وقوله عليه السلام: «لا يحلّ مال إمرئ مسلم إِلَّا عن طيب نفسه»^١.

١. الوجه الأول: ما دلّ على اعتبار الرضا وطيب النفس، وهو آية التجارة عن تراضٍ وأحاديث عدم حلية مال امرء مسلم إِلَّا بطيب نفسه^٢.
والكلام فيهما يقع في موردين:

المورد الأول: في أنّ عقد المكره فاقد للرضا أم لا؟

المورد الثاني: في دلالة ما ذكر على اعتبار الرضا في صحة العقد.

أما الأول: فقد ذهب جمّع من المحققين منهم السيد الفقيه، والمحقق الإصفهاني، والمحقق الإيراني إلى أنه غير فاقد للرضا، وأن الرضا ملازم للإرادة.

وقد أفاد المحقق الإصفهاني في وجه ذلك: (أنّ الإرادة المحرّكة للعضلات نحو الفعل لا تتعلق بشيء، إِلَّا إذا كان فيه جهة ملائمة لقوّة من القوى، وإِلَّا فلا ينقدح بسببها الشوق في النفس كي يتأكّد إلى أن يصير علة لحركة العضلات، وهذه الملائمة ربما تكون بالإضافة إلى القوى الطبيعية كالباصرة وغيرها، وربما تكون بالإضافة إلى القوّة العاقلة، كما في شرب المريض الدواء، وربما تجتمعان، فما من فعل إرادي إِلَّا وهو يصدر إِمّا عن شوق طبيعي، أو عن شوق عقلي، فليس الرضا وراء الإرادة ومبادئها، فالفعل الصادر عن إكراه كال الصادر عن اضطرار إنّما يكون عن طيب عقلي غالب على الكراهة الطبيعية، وإِلَّا لما صدر).

وفيه: إنّ الرضا بحسب المفاهيم العرفية يلزم ابتهاج النفس في مقابل انتقاذه، وذلك ربما يكون مع إرادة الفعل آخر لا يكون معها كما في المكره.

وأما في المضطّر فهو موجود دائمًا، وإن شئت فاختبر ذلك من حال العرف، فهل يتوبّهم أحد أن يكون قول: (إنّي فعلت ذلك باختياري عن غير رضا مني) إذا كان مكرهًا عليه متهافتاً في كلامه، هذا.

(١) النساء: آية ٢٩.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلّى، والاحتجاج ص ٢٦٧، وفروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦، والمستدرك ج ١ ص ٢١٢.

وقوله ﷺ في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: «رُفع أو وضع عن أُمتي تسعة أشياء أو ستة، ومنها ما أُكرهوا عليه»^١، وظاهره وإن كان رفع المؤاخذة، إلا أن استشهاد الإمام عثيمين به في بعض الأحكام الوضعية، يشهد لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الإلزام عليه بشيء. ففي صحيحة البزنجي، عن أبي الحسن عثيمين: «في الرجل يُستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقه ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عثيمين: لا، قال رسول الله ﷺ: وضع عن أُمتي ما أُكرهوا عليه، وما لم يطقوها، وما أخطأوا)، والحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلا أن مجرد استشهاد الإمام عثيمين في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أُكرهوا عليه، يدل على أن المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذة والعقاب الأخرى. هذا كله مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره، بضميمة عدم الفرق.

وبالجملة: لا ينبغي التأمل في أن الرضا بحسب المتفاهم العرفي غير الإرادة ومبادئها. وأما المورد الثاني: فالظهور عدم دلالة الآية والروايات على اعتبار الرضا: أمّا الآية: فلانه إذا كان الاستدلال بالمستثنى منه، وهو ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَ الْكُفَّارِ بِإِبْطَاطٍِ﴾ بدعوى أن عقد المكره - أي الصادر عن غير رضا - من مصاديق الباطل. فيرد عليه: أنه مع إذن المالك الحقيقى - الموجب لخروجه عن كونه باطلًا المستكشف في المقام من العمومات - لا مجال للاستدلال به. وإن كان الاستدلال بالمستثنى، وهو: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾. فيرد عليه: أن الاستثناء منقطع غير مفرغ، وهو لا يفيد الحصر. وأما الروايات: فلان ظاهر الحلية من جهة استنادها إلى المال لا إلى المعاملات، الحلية التكليفية، وقد تقدم في أول الجزء الأول من هذا الشرح، أن الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد، وعليه فهذه الروايات إما أن لا تشمل عقد المكره لعدم حرمته تكليفاً، أو تشمله ولا تدل على عدم نفوذه.

١. الوجه الثاني: حديث الرفع^(١)، ودلالته على بطلان عقد المكره بناءً على ما

(١) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وباب ١٢ و ١٦ من أبواب كتاب الإيمان.

ثم إنّه يظهر من جماعة منهم الشّهيدان، أنّ المكره قاصدٌ إلى اللفظ غير قاصدٌ إلى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العالمة. وليس مرادهم أنّه لا قصد له إلّا إلى مجرد التّكلم، كيف والهازل الذي هو دونه في القصد قاصدٌ للمعنى قصداً صورياً، والخالي عن القصد إلى غير التّكلم هو من يتكلّم تقليداً أو تلقيناً، كالطّفل الجاهل بالمعاني. فالمراد بعدم قصد المكره، عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج، وأنّ الدّاعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لأنّ كلامه الإنساني مجرّد عن المدلول، كيف، وهو معلول الكلام الإنساني إذا كان مستعملاً غير مهم. وهذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغةً وعرفاً، وأنّى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه، التي لا يستقيم مع ما توهمه من حلو المكره عن قصد مفهوم اللفظ، وجعله مقابلاً للقصد. وحكمهم بعدم وجوب التّورية في التفصي عن الإكراه، وصحّة بيده بعد الرّضا، واستدلالهم له بالأخبار الواردة في طلاق المكره، وأنّه لا طلاق إلّا مع إرادة الطلاق، حيث أنّ المنفي صحّة الطلاق، لا تتحقق مفهومه لغةً وعرفاً -، وفيما ورد فيمن طلق مداراةً بأهله إلى غير ذلك.

وفي أنّ مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراهاً، لا ينبغي أن تحمل على الكلام مجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمى خبراً ولا إنشاءً، وغير ذلك مما يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره، هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام، ويکفي في ذلك ما ذكره الشّهيد الثاني: (من أنّ المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله).

نعم، ذكر في «التحرير» و«المسالك» في فروع المسألة ما يوهم ذلك، قال في «التحرير»: (لو أكره على الطلاق فطلاق ناويأ، فالأقرب وقوع الطلاق، إذ لا إكراه على القصد)، انتهى.

وبعض المعاصرین بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوجه كلامهم، فردة عليهم بفساد المبني، وعدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور. لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك، وسيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

ثم إنّ حقيقة الإكراه لغةً وعرفاً، حمل الغير على ما يكرهه^١، ويعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل، اقترانه بوعيه منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل، مضرّ بحال الفاعل أو متعلّقه نفساً أو عرضاً أو مالاً، فظاهر من ذلك أنّ مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه، لا يدخله في المكره عليه، كيف والأفعال الصادرة من العقلاء كلها

حقّقناه في «زبدة الأصول» من عموم الحديث لجميع الآثار والأحكام التكليفيّة والوضعية واضحة، فإنه يدلّ على عدم نفاذ عقد المكره.

وأثنا ما أفاده المصطفى^{عليه السلام} من أنه يدلّ على ذلك، حتّى بناءً على كونه ظاهراً في رفع الموارضة، من جهة أنّ استشهاد الإمام علي^{عليه السلام} به في رفع بعض الأحكام الوضعية، كما في صحيح البزنطي^(١) - حيث استدلال^{عليه السلام} به على عدم وقوع آثار ما حلف به من الطلاق والعناق - يدلّ على أنّ المراد بالنبوى ليس خصوص الموارضة.

فيرد عليه: أنّه بعد فرض كون الحلف بالطلاق والعناق غير صحيح عندنا من دون الإكراه أيضاً، لا محالة يكون الاستدلال به غير جار على الحقّ، ولا يكون الحديث منطبقاً على المورد، وعليه فلا وجه لصرف النبوى عن ظاهره، إذ لا منشأله سوى دلالة الاقتضاء وتصحيح التعليل، ومع فرض كون التطبيق جارياً على وفق التقىّة، لا يبقى لذلك محلّ، فافهموا واغتنمـ فالصحيح ما ذكرناه.

الوجه الثالث: النصوص الواردة في طلاق المكره وعنتهـ، كحسن زرارـة، عن الإمام الباقر^{عليه السلام}: «عن طلاق المكره وعنتهـ؟ فقال^{عليه السلام}: ليس طلاقه بطلاق ولا عنتهـ بعنةـ»^(٢). ونحوه غيره، بضميمة عدم الفرق.

حقيقة الإكراه

١. قوله: (ثم إنّ حقيقة الإكراه لغةً وعرفاً حمل الغير على ما يكرهه).
بعدما عرفت من أنّ الميزان في صحة المعاملة وفسادها صدق كونها مكرهـاً

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الإيمان حديث ١٠.

(٢) الوسائل باب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه حديث ١.

أو جلّها ناشئة عن دفع الضرر، وليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إيriad شخص يوجب صدق المكره عليه، فإنّ من أكره على دفع مال، وتوقف على بيع بعض أمواله، فالبائع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوعّد به على عدم دفع ذلك المال، ولذا يرتفع التحرير عنه لو فرض حرمته عليه لحلفٍ أو شبيهه، إلاّ أنه ليس مكرهاً، فالمعيار في وقوع الفعل مكرهاً عليه، سقوط الفاعل من أجل الإكراه المقترب بإيriad الضرر عن الاستقلال في التصرّف، بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه، ولا يتعمّد إليه عن رضاً^١. وإن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره دفعاً للضرر، أو ترجيحاً لأقل الضرررين، إلاّ أنّ هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به، فإنّ النفس مجبرة على كراهة ما يحمله غيره عليه، مع الإيriad عليه بما يشّقّ تحمله.

والحاصل: أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في فعله، ومخلّى وطبعه فيه، بحيث تطيب نفسه بفعله، وإن كان من باب علاج الضرر، وقد يفعل لدفع ضرر إيriad الغير على تركه، وهذا مما لا يطيب النفس به وذلك معلوم بالوجودان.

عليها وعدمه، وأنّ وجود طيب النفس والرضا وعدمه أجنبيان عن هذا المقام، لابدّ من بيان حقيقة الإكراه وبيان ما يعتبر فيها، فنقول:

حقيقة الإكراه هو حمل الغير على ما يكرهه، ويعتبر في صدقه أمور:

١. الأمر الأول: بأن يكون بحمل الغير على الفعل، وأمّا إذا لم يكن ذلك، بل فعله لترضية خاطره، فلا يصدق عليه المكره عليه، كما أنّه لو لم يكن حمل من إنسان، بل كان الحامل له ضرورةٍ أو خوفاً من حيوان مثلاً لا يصدق عليه الإكراه.
الأمر الثاني: أن يكون حمل الغير مقتربناً بوعيد منه على تركه بالمطابقة أو بالالتزام، كما هو الغالب في حمل السلطان الجائر، فلو حمله غيره على فعل مع وعده بالنفع - كما لو وعده بأن ينصّبه وإليّ إذا باع داره - لا يكون ذلك مكرهاً عليه.

الأمر الثالث: أن يكون الضرر المتوعّد به مما لم يكن مستحقاً عليه، فلو قال: (بع دارك وإلاّ قتلتوك قصاصاً) وكان مستحقاً عليه، أو (إلاّ أطالبتك بالدين الذي لي عليك) لا يصدق الإكراه.

ثم إنّه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه، عدم إمكان التفصي عن الضّرر المتوعّد به، بما لا يوجب به ضرراً آخر، كما حُكِي عن جماعة، أم لا؟^١. الذي يظهر من النصوص والفتاوی عدم اعتبار العجز عن التّوریة، لأنّ حمل عموم رفع الإكراه، وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعنته، ومعاقد الإجماعات والشّهارات المدعاة في حكم المكره، على صورة العجز عن التّوریة لجهلٍ أو دهشة، بعيد جدّاً، بل غير صحيح في بعضها، من جهة المورد، كما لا يخفى على من راجعها، مع أنّ القدرة على التّوریة لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً.

الأمر الرابع: أن يكون حمل الغير متعلقاً بنفس المعاملة، فلو حمله على إعطاء مال ووقف ذلك على بيع داره، لا يصدق على البيع أنه مكره عليه، وإن أبيت عن ذلك، فلا أقلّ من عدم شمول حديث الرفع له، فإنّ رفعه تضييق لا توسيعة، وقد مرّ أنه يعتبر في شموله كون رفعه منهَّ توسيعة.

الأمر الخامس: أن يحتمل ترتّب الضّرر المتوعّد به، ولا يعتبر العلم به ولا الظنّ، ولا فرق بين أن يكون الضّرر المترتب من الأمر أو من غيره، فلو أمره أمر بفعلٍ وخاف من ترتّب الضّرر على تركه من ناحية أخيه مثلاً، يصدق عليه أنه مكره عليه.

اعتبار العجز عن التفصي بما لا ضرر فيه

١. وهل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه، عدم إمكان التفصي عن الضّرر المتوعّد به أم لا؟

فيه أقوال خمسة:

الأول: اعتبار العجز عن التفصي بالتوریة أو غيرها في صدقه.

الثاني: عدم اعتباره.

الثالث: التفصيل بين التوریة وغيرها، فيعتبر العجز عن التفصي بها.

الرابع: التفصيل بينهما حكماً لا موضوعاً.

الخامس: إنّه يعتبر في الإكراه الرافع للحكم التكليفي العجز عن التفصي بالتورية وغيرها.

وأماماً في الإكراه الرافع لأثر المعاملة فلا يعتبر ذلك، بل يكفى العجز الفعلي المتحقق مع إمكان التفصي، وستعرف تقريب ذلك.

والكلام في المقام يقع في جهتين:

الجهة الأولى: في بيان المختار وجهه.

الجهة الثانية: في بيان وجه سائر الأقوال.

أقول: وقبل البحث في الجهتين لا بأس ببيان حقيقة التورية.

وهي أن يلقي المتكلّم كلاماً له ظهور في معنى، وهو يريد منه غير ذلك المعنى، ويكون المعنى المراد مطابقاً للواقع دون المعنى الظاهر، كما إذا استأذن رجل بالباب وقال الخادم له: (غير موجود هاهنا) مشيراً إلى موضع حال في البيت.

ويعتبر في صدقها أمران آخران:

أحدهما: أن يكون اللّفظ بحسب المتفاهم العرفي ظاهراً في غير ما أفاده المتكلّم، فلو كان ظاهراً فيه، ولكن المخاطب لقصور فهمه لم يتبنّيه له، لم يكن ذلك من التورية.

ثانيهما: أن تكون إرادة ذلك المعنى من ذلك اللّفظ صحيحة، بأن تكون بينهما علاقة، فلو كان استعماله فيه غير صحيح، لما كان من التورية، مثلاً لو قال: (أعطيت زيداً خمسين درهماً) وأراد به درهماً واحداً، وقد أعطاه في الواقع درهماً لم يكن ذلك من التورية.

وعلى هذا فالتورية خارجة عن الكذب الذي هو عبارة عن عدم مطابقة المعنى المراد للواقع موضوعاً.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ الأقوى هو القول الأول، وذلك لأنّه يعتبر في صدق المكره عليه، كون الفعل صادراً عن الإل婕اء والضرورة، فمع إمكان التفصي لا يصدق ذلك.

هذا، وربما يستظر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التّورية أيضاً في صدق الإكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله، قال: «لا يمين في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه، قلت: أصلحك الله، وما الفرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء»، الخبر^١.

ويؤيده أنه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدرة على التفصي بغير التّورية، خرج عنه بالقدرة عليها، لأنّ المناط حينئذ انحصر التخلص عن الضّرر المتوعّد في فعل المكره عليه، فلا فرق بين أن يتخلص عنه بكلام آخر أو فعل آخر، أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. ودعوى أن جريان حكم الإكراه مع القدرة على التّورية تعبدى، لا من جهة صدق حقيقة الإكراه، كما ترى.

وبعبارة أخرى: إنّ من يتمكّن من التفصي عن الفعل المكره عليه، يكون مجبولاً على الجامع بينه وبين ما أكره عليه، فاختيار ذلك الفعل لا محالة يكون لخصوصية أخرى غير الجهة المشتركة بينه وبين التفصي، فيستند ذلك الفعل لا محالة إلى غير الإكراه.
وأمّا الجهة الثانية:

فاستدلّ للقول الثاني - وهو عدم اعتبار التفصي مطلقاً بوجوه:
الوجه الأول: أنّ الإكراه إنّما هو على الفعل وهو مكره عليه ابتداءً، والتفصي إنّما يكون تخلصاً عن الإكراه بعد تحقّق موضوعه، فالإكراه متتحقّق ولو لم يتفصّ.
الوجه الثاني: أنّ حمل النصوص ومعاقد الإجماعات على صورة عدم إمكان التفصي حمل بعيد، بل غير صحيح، إذ في كلّ مورد فرض الإكراه، لا محالة يتمكّن الشخص من الفرار عنه بالتّورية أو عدم القصد أو غير ذلك.

١. الوجه الثالث: خبر ابن سنان عن مولانا الصادق ع^{عليه السلام}^(١) المذكور في المتن.

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الإيمان حديث ١.

لكن الإنصاف أنّ وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التّورية، لأنّه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوعّد به على الترك، ومع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتبًا على ترك المكره عليه، بل على تركه وترك التفصي معاً.

دفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكره عليه، والتفصي، فهو مختار في كلّ منها، ولا يصدر كلّ منها إلا باختياره، فلا إكراه. وليس التفصي من الضرر أحد فردي المكره عليه حتى لا يوجب تخbir الفاعل فيما سلب الإكراه عنهم، كما لو أكره إلى أحد الأمرين، حيث يقع كلّ منها حينئذ مكرهاً عليه، لأنّ الفعل المتفصي به مسقط عن المكره عليه لا بدل له. ولذا لا يجري عليه أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

وفي الجميع نظر.

أقا الأول: فلأنّه مع التمكّن من الفرار عمّا أكره عليه، لا يصدق أنه مكره عليه، لما عرفت من أنه يعتبر في صدقه ترتب الضرر المتوعّد به على تركه، فمع إمكان التفصي لا يتربّب ذلك على تركه، فلا يصدق عليه الإكراه.

وأقا الثاني: فلأنّ الغالب أنّ المكره حين الإكراه لا يلتفت إلى عدم كونه مكرهاً على القصد، ولأجله يرى نفسه مكرهاً على القصد أيضاً.

مع أنه لو سلم كون ذلك فرداً لا محذور فيه، إذ حمل المطلق على الفرد النادر مستهجن، وأما إذا أخذ في الموضوع عنوان له أفراد نادرة في نفسه، فلا محذور فيه، والمقام من قبيل الثاني كما هو واضح.

وأقا الثالث: فلأنّه أجنبى عن المقام، إذ إنما نلتزم بأنّ الأُمّ أو الزوجة أو الأب قادر على الإضرار لو ترك ما أكره عليه، فهو يدلّ على أنه لا فرق في الضرر المترتب بين كونه قويّاً أو ضعيفاً، وإنما أن نلتزم بالعدم، فهو يدلّ على عدم اعتبار ترتب الضرر على ترك الفعل المكره عليه، فيكون حينئذ خلاف المتفق عليه.

واستدلّ للقول الثالث: بأنه يعتبر في صدق الإكراه، أن يعلم المكره أو يظنّ بأنه

وما ذكرناه وإن كان جارياً في التّورية، إلا أنّ الشّارع رخص في ترك التّورية بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر، لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوی، وبعد حملها على صورة العجز عن التّورية، مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه، خصوصاً في قضية عمار وأبويه حيث أكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلـا، وأظهر لهم عمار ما أرادوا فجاء باكيـاً إلى رسول الله ﷺ فنزلـت الآية: «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إيمانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَاتَلَهُ مُطْمِئِنٌ بِالإِيمَانِ»، فقال له رسول الله ﷺ: «إِنْ عَادُوا عَلَيْكَ فَعُدُّ»، ولم يتبـه على التّورية^١. فإنـ النبي ﷺ باعتبار شفـقـته على عـمار، وعلـمه بـكرـاهـة تـكلـم عـمار بـالـفـاظـ الـكـفـرـ من دون تـورـيةـ، كما لا يـخـفـيـ.

لو امتنـع عنـ الفـعلـ وـاطـلـعـ عـلـيـهـ المـكـرـهـ (ـبـالـكـسـرـ) لـأـوـقـعـهـ فـيـ الضـرـرـ، وـمـنـ الـمـعـلـومـ أـنـ هـذـاـ يـصـدـقـ مـعـ إـمـكـانـ التـفـصـيـ بـالـتـورـيـةـ، وـلـاـ يـصـدـقـ مـعـ التـسـمـكـ مـنـ التـفـصـيـ بـغـيـرـهـ، إـذـ المـفـرـوضـ تـمـكـنـهـ مـنـ الـامـتـنـاعـ مـعـ اـطـلـاعـ المـكـرـهـ وـعـدـ وـقـوعـ الضـرـرـ عـلـيـهـ.

وـفـيهـ: إـنـ الـمـعـتـبـرـ فـيـ صـدـقـهـ أـنـهـ لـوـ اـمـتـنـعـ يـحـتـمـلـ أـوـ يـظـنـ وـقـوعـ الضـرـرـ عـلـيـهـ، فـمـعـ الـعـلـمـ بـعـدـ التـفـاتـ المـكـرـهـ (ـبـالـكـسـرـ) إـلـىـ التـورـيـةـ، يـعـلـمـ بـعـدـ وـقـوعـهـ عـلـيـهـ، فـلـاـ يـصـدـقـ عـلـيـهـ الإـكـراهـ، أـلـاـ تـرـىـ أـنـهـ لـوـ فـرـضـ إـرـسـالـ الـجـائـرـ الـخـمـرـ إـلـىـ بـيـتـ أـحـدـ لـيـشـرـبـهـ، وـهـوـ يـقـبـلـ قـوـلـهـ لـوـ قـالـ شـرـبـهـ، وـيـتـمـكـنـ مـنـ دـعـمـ الشـرـبـ، وـإـظـهـارـ الشـرـبـ، أـنـهـ لـاـ يـجـوزـ لـهـ الشـرـبـ، مـنـ جـهـةـ أـنـهـ لـوـ اـطـلـعـ المـكـرـهـ عـلـيـ الـامـتـنـاعـ لـأـوـقـعـهـ فـيـ الضـرـرـ.

١. واستدلـ للـقولـ الـرـابـعـ: بالـأـخـبـارـ^(١) الـمـجـوزـةـ للـحـلـفـ كـاذـبـاًـ عـنـ الدـخـوفـ وـالـإـكـراهـ، وـبـماـ وـرـدـ^(٢)ـ فـيـ قـضـيـةـ عـمـارـ وـأـبـويـهـ، حيثـ أـكـرـهـواـ عـلـيـهـ الـكـفـرـ، فـأـبـىـ أـبـواـهـ فـقـتـلـاـ، وـأـظـهـرـ عـمـارـ ماـ أـرـادـواـ، فـجـاءـ إـلـىـ النـبـيـ^ﷺـ فـنـزـلـتـ الـآـيـةـ «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ... إِلَى آخـرـهـ»، فـقـالـ^ﷺـ لـهـ: «إـنـ عـادـواـ فـعـدـ»، وـلـمـ يـتـبـهـ عـلـيـ التـورـيـةـ.

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الإيمان.

(٢) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما من كتاب الأمر بالمعروف.

هذا، ولكن الأولى أن يفرق بين إمكان التفصي بالتويرية وإمكانه بغيره، بتحقق الموضوع في الأول دون الثاني، لأن الأصحاب - وفacaً للشيخ في «المبسوط» - ذكروا من شروط تحقق الإكراه أن يعلم أو يظن المكره (بالفتح) أنه لو امتنع مما أكره عليه، وقع فيما توعّد عليه، ومعلوم أن المراد ليس امتناعه عنه في الواقع، ولو مع اعتقاد المكره (بالكسر) عدم الامتناع، بل المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المكره لا متناع المكره.

وهذا المعنى يصدق مع إمكان التويرية، ولا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها، لأن المفروض تمكنه من الامتناع، مع اطلاع المكره عليه، وعدم وقوع الضرر عليه. والحاصل: أن التلازم بين امتناعه ووقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الإكراه موجود مع التمكن بالتويرية، لا مع التمكن بغيرها، فافهم. ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي، إنما هو في الإكراه المسوق للحرّمات، ومناطه توقف دفع ضرر المكره على ارتکاب المكره عليه. وأما الإكراه الرافع لأثر المعاملات، فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة^١.

وفيهما نظر.

أما الأول: فلأن عدم الإشارة إلى التويرية إنما هو لأجل أن طبع المتكلّم في بيان مراداته بالألفاظ، إنما هو بإلقاء الألفاظ الظاهرة فيها، ولا يمكن له التويرة إلا بالتروي، وهو في مقام الخوف والإكراه عسر جدًا وحرج شديد.

وأما الثاني: فلأن السب والتبرّي حرام، حتّى مع عدم قصد المعنى، وقد معنى آخر، لأن مناط حرمة السب هو انتهاك المسبوب عند الغير، وهذا المناط موجود مع عدم القصد أيضًا.

والمحقق النائيني رحمه الله أجاب عن الوجه الأول: بأن التويرية أيضًا من الكذب المحرّم، ولأجله لم يتبته عليها.

وفيه: ما عرفت من خروج التويرية عن الكذب موضوعاً.

١. وأما القول الخامس - الذي اختاره المصطفى رحمه الله - فحالاته: الفرق بين الإكراه الرافع لأثر المعاملات، فيكفي فيه العجز عن التفصي فعلاً، وإن كان قادرًا على أن يقدر نفسه

وقد يتحقق مع إمكان التفصي، مثلاً من كان قاعداً في مكان خاص خال عن الغير، متفرغاً لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شيء مما عنده، وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره، وهو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خدَم يكفونه شرِّ المكره، فالظاهر صدق الإكراه حينئذ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء، بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه وطرده، فإنَّ هذا لا يتحقق في حقه الإكراه، ويكتُب لو ادعاه بخلاف الأول إذا اعتذر بكرامة الخروج عن ذلك المنزل، ولو فرض في ذلك المثال اكراهه على محْرَم، لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل.

فقد تقدم الفرق بين الجبر والإكراه في رواية ابن سنان، فالإكراه المعتبر في توسيع المحظورات، هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور، والرافع لأثر المعاملات هو الإكراه الذي ذكر فيها أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة، والمعيار فيه عدم طيب النفس^١ فيها، لا الضرورة والإلقاء، وإن كان هو المتبادر من لفظ الإكراه. ولذا يحمل الإكراه في حديث الرفع عليه، فيكون الفرق بينه وبين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض، لكن الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنَّ العبرة فيها بالقصد الحاصل من طيب النفس، حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى: «تجارةً عن تراضٍ»، و«لا يحل مال

عليه، وأما الإكراه المسوَغ للحرمات، فيعتبر فيه العجز المطلق، فمن كان قادراً على التفصي ليس له ارتکاب المحرم المكره عليه.

١. واستند في ذلك إلى أنَّ المناط في الإكراه الرافع لأثر المعاملات، عدم طيب النفس بالمعاملة وهو يتحقق مع العجز الفعلى، وإن أمكن التفصي، ومثل لذلك بمن كان قاعداً في محلٍ فارغ للعبادة، فجاءه من يكرهه على بيع داره، وهو في هذه الحال لا يقدر على دفع ضرره، وله خدم في الخارج لو خرج اليهم يكفونه شرِّ المكره، ولكن يكره الخروج. فالظاهر صدق الإكراه الرافع لأثر المعاملة.

وأما الإكراه المسوَغ للحرمات، فهو عبارة عن الجبر غير الصادق في المثال

أمرىء مسلم إلا عن طيب نفسه، وعموم اعتبار الإرادة في صحة الطلاق، وخصوص ما ورد في فساد طلاق من طلاق للمداراة مع عياله.

فقد تلخص مما ذكرنا: أن الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخص من الرافع لآخر الحكم الوضعي، ولو لو حظ ما هو المناط في رفع كلّ منها من دون ملاحظة عنوان الإكراه، كانت النسبة بينهما العموم من وجهه، لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضّرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة وطيب النفس. ومن هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أُكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه^١، فكلّ منها وقع في الخارج لا يتتصف بالتحريم، لأنّ المعيار في دفع الحرمة دفع الضّرر المتوقف على فعل أحدهما.

أما لو كانا عقدين أو إيقاعين، كما لو أُكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل

المتقدّم الذي إليه يتبادر لفظ الإكراه، وعليه يحمل حديث الرفع وغيره. ويرد عليه أولاً: قد عرفت أنه لا دليل على اعتبار الرضا وطيب النفس في صحة المعاملات، بل الرافع هو الإكراه، وعليه فلا فرق بين المعاملات والتکلیفیات في أنّ الرافع والمسوّغ هو الإكراه.

وثانياً: إنه لو سلم اعتبار الرضا وطيب النفس، فالظاهر أنّ الرضا ليس إلا ما يقابل الكره، ففي كلّ مورد لم يكن الرضا موجوداً، لا محالة يصدق الإكراه، مثلاً في المثال المتقدّم إذا لم يكن الخروج من ذلك المكان حرجيّاً ولا ضروريّاً، كما لا يصدق الإكراه لا يصدق عدم الرضا وطيب النفس، وإن كان حرجيّاً أو ضروريّاً، فكما يصدق عدم الرضا يصدق الإكراه.

فتحصل: أنّ الأظهر هو اعتبار عدم إمكان التفصي مطلقاً.

لو أُكره الشخص على أحد أمرين

بقى الكلام في أمور:

١. الأمر الأول: لو أُكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه.

فتارة: يكون الإكراه على الأفراد الطولية.

غير واحد في أنّ ما يختاره من الخصوصيّتين بطيب نفسه. ويرجحه على الآخر بدواعيه النفسيّة الخارج عن الإكراه، مكره عليه باعتبار جنسه أم لا؟ بل أفتى في «القواعد» بوقوع الطلاق وعدم الإكراه، وإن حمله بعضهم على ما إذا قنع المكره (بالكسر) بطلاق إداحهما مبهمة، لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال، من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصيّة، وإن كان الأقوى وفاقاً لكلّ من تعرّض للمسألة تحقق الإكراه لغةً وعرفاً، مع أنه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الإكراه أصلًا، إذ الموجود في الخارج دائمًا إحدى خصوصيّات المكره عليه، إذ لا يكاد يتّفق الإكراه بجزئيّ حقيقي من جميع الجهات.

وأخرى: يكون على الأفراد العرضية.

وقد أفاد المحقق النائيني في الصورة الأولى: بالفرق بين المحرمات والمعاملات، فلو كان مكرهاً على شرب الخمر موسعًا، لا يجوز له المبادرة إليه في أول الوقت، إذ لا بدّ في ارتكاب المحرّم من المسوغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزماً، فاختياره فعلًا لا مجوز له، وأمّا لو كان مكرهاً على بيع داره موسعًا، فإنّ قدامه على البيع في أول الوقت لا يخرجه عن الإكراه.

وفيه: إنه بعدما عرفت من أنّ الرافع لأثر المعاملات بعينه هو المسوغ للحرّمات لوحدة الدليل، لم يظهر لنا الفرق بين البابين.

فالحق في المقام أن يقال: إن الإكراه تارةً يكون على الجامع، وأخرى على الفرددين على البدل.

فإن كان على الجامع الذي هو موضوع الأثر، فحيث أنّ وجود الجامع في الخارج لا بدّ وأن يكون مع خصوصيّة من الخصوصيّات، والمفروض أنّ موضوع الأثر هو الجامع دون الخصوصيّات، فكلّ ما وجد في الخارج يقع مكرهاً عليه، والخصوصيّة الملزمة وإن لم تكن مكرهاً عليها، إلا أنه لا أثر لها حتى ترتفع بالإكراه كي يقال إنه لا إكراه عليها.

وأمّا إن كان على الجامع بين ما هو موضوع الأثر وغيره - كالإكراه على بيع داره

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، وإن كان مكرهاً عليه من حيث المقدار المشترك، بمعنى أنّ وجوده الخارجي ناشٍ عن إكراه و اختيار. ولذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، ويستحقه باعتبار الخصوصية. وتظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة، فإنه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك. مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر، لأنّه مختار فيه، وإن كان مكرهاً في أصل الشرب، وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنه لا يرتفع أثر الصحيح، لأنّه مختار فيه، وإن كان مكرهاً في جنس البيع، لكنّه لا يتترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه.

صحيحاً أو فاسداً - فحيث أنّ الجامع المكره عليه لا أثر له، وما له الأثر وهو الخصوصية لا إكراه عليها - وإن كانت هي أو مقابلها مما لا بدّ منه - فلا يرتفع شيء بالإكراه. وسيأتي ذلك زيادة توضيح في القسم الثاني.
وأثنا إن كان على الفردین على البدل.

فقد يقال: كما عن المحقق الإصفهاني رحمه الله بالفرق بين باب المعاملات والمحرمات. ففي الأول لو اختار أحدهما - وإن كان هو موضوع الأثر دون مقابلة - يقع مكرهاً عليه، ولا يتترتب عليه الأثر، إذ المفروض أنه ومقابله كليهما مكره عليهما على البدل، فكلّ منهما يقع في الخارج يتتصف بكونه مكرهاً عليه، و اختيار كلّ منهما اختيار البدل الإكراهي.

وفي الثاني لا يجوز اختيار ما هو موضوع الحكم، إن لم يكن مقابلة كذلك، كما في الإكراه على شرب الخمر أو الماء، إذ المسوغ في المحرمات هو الإضطرار، ومع وجود البدل المباح لا اضطرار إلى الحرام.
ولكن يرد عليه:

أولاً: إنّ المسوغ للمحرمات - مع قطع النظر عن الإضطرار - هو الإكراه، فمع صدق المكره عليه على محرم ترتفع حرمته به، وإن لم يصدق عليه المضطر إليه، فلا وجه للفرق بين البابين.

ومن هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مستحق، لم يكن إكراهاً، لأنَّ القدر المشترك بين الحق وغیره إذا أكره عليه، لم يقع باطلًا، وإنَّ لوقع الإيفاء أيضًا باطلًا، فإذا اختار البيع صحة، لأنَّ الخصوصية غير مكره عليها، والمكره عليه هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر، ولو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحق، كان إكراهاً، لأنَّه لا يفعل البيع إلا فراراً من بدلته أو وعيده المضريين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإنَّ ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى ببدلته، أو التضرر الدنيوي بوعيده. ثم إنَّ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد^١ بمعنى إلزامه عليهما كفاية، وإيعادهما على تركه، كإكراه شخصٍ واحدٍ على أحد الفعلين فيكون كلُّ منها مكرهًا.

وثانياً: إنَّ الإكراه على البديل لا يزيد على الإكراه التعيني، فقد مرَّ أنه مع إمكان التفصي في الإكراه التعيني، لا يصدق الإكراه، ولا يرتفع الأثر به، فكذلك في الإكراه على البديل، فإذا كان أحدهما موضوع الأثر دون الآخر، فيمكن التفصي عما هو موضوع الأثر، فلا وجه لتطبيق أدلة الإكراه عليه.

وإن شئت قلت: إنَّه في الإكراه على البديل بين ما هو موضوع الأثر، وما لا أثر له، يصرح المكره بإتيان موضوع الحكم أو التفصي عنه، فلا مورد لأدلة الإكراه. فتحصل: أنه لو أكره على فردٍ أحدهما مباح والآخر حرام، أو أحدهما صحيح والآخر فاسد، فحيث أنه يمكن التخلص عن الحرام والصحيح، فلا يكون مكرهًا عليه. ومنه يظهر حكم ما لو كان حكم أحدهما أشد، كما لو أكره على شرب النجس أو النجس المغضوب، لا يجوز ارتكاب الثاني، لإمكان التفصي بالنسبة إلى المغضوب.

لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد

- الأمر الثاني: لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد، بمعنى إلزامه عليها كفاية، وإيعادهما على تركه، ففيه وجوه وأقوال :
أحدها: ما اختاره المصنف وهو أنَّ فعل كلَّ منها يقع مكرهًا عليه، وإن علم أنَّ

صاحبـه يـفـعـلـهـ.

ثـانـيـهـاـ: ما اـخـتـارـهـ المـحـقـقـ النـائـيـنـيـ، وـهـوـ آـنـهـ لـوـ عـلـمـ آـنـ صـاحـبـهـ يـصـدـرـ عـنـهـ الـفـعـلـ لـغـيرـ دـاعـ الإـكـراـهـ، لـاـ يـقـعـ فـعـلـهـ مـكـرـهـاـ عـلـيـهـ، وـإـلـاـ فـيـقـعـ كـذـلـكـ، وـإـنـ عـلـمـ آـنـ صـاحـبـهـ يـفـعـلـهـ لـدـفـعـ الإـكـراـهـ.

ثـالـثـهـاـ: ما اـخـتـارـهـ السـيـدـ الـفـقـيـهـ، وـهـوـ آـنـهـ إـنـ عـلـمـ بـأـنـ صـاحـبـهـ يـفـعـلـهـ، فـلـوـ فـعـلـهـ لـمـ وـقـعـ فـعـلـهـ مـكـرـهـاـ عـلـيـهـ وـإـلـاـ فـيـقـعـ، كـذـلـكـ وـإـنـ عـلـمـ آـنـهـ يـفـعـلـهـ إـنـ لـمـ يـبـادـرـ هـذـاـ إـلـىـ الـفـعـلـ.

رـابـعـهـاـ: ما اـخـتـارـهـ المـحـقـقـ الإـيـرـوـانـيـ، وـهـوـ آـنـ إـكـراـهـ كـلـ مـخـتـصـ بـصـورـةـ دـعـمـ إـتـيـانـ الـآـخـرـ، إـنـاـ حـتـمـلـ كـلـ إـتـيـانـ صـاحـبـهـ لـمـ يـكـنـ فـعـلـهـ عـنـ إـكـراـهـ.

خـامـسـهـاـ: ما هوـ الـحـقـ فيـ الـمـقـامـ وـسـتـعـرـفـهـ.

أـقـولـ: وـقـيلـ بـيـانـ ما هوـ الـحـقـ، يـنـبـغـيـ التـنـبـيـهـ عـلـىـ مـقـدـمـةـ، وـهـيـ:

إـنـ إـكـراـهـ أـحـدـ الـشـخـصـيـنـ عـلـىـ فـعـلـ وـاحـدـ، كـإـيـجـابـهـ عـلـيـهـمـاـ عـلـىـ نـحـوـ الـكـفـاـيـةـ، فـكـمـاـ آـنـ كـلـاـ مـنـهـمـاـ فـيـ الـفـرـضـ الـثـانـيـ مـكـلـفـ، غـايـةـ الـأـمـرـ بـالـتـكـلـيفـ الـمـشـرـوـطـ بـعـدـ إـتـيـانـ الـآـخـرـ، وـلـهـذـاـ بـنـيـناـ فـيـ الـواـجـبـ الـكـفـاـيـةـ عـلـىـ آـنـ كـلـاـ مـنـهـمـاـ بـادـرـ إـلـىـ الـفـعـلـ، يـكـونـ فـعـلـهـ مـصـدـاقـاـًـ لـلـواـجـبـ وـيـثـابـ عـلـيـهـ، وـلـوـ صـدـرـ فـعـلـ عـنـ الـجـمـيعـ فـيـ عـرـضـ وـاحـدـ، يـقـعـ كـلـ مـنـهـمـاـ مـصـدـاقـاـًـ لـهـ وـيـثـابـ عـلـيـهـ، كـذـلـكـ كـلـ مـنـهـمـاـ مـكـرـهـ عـلـىـ الـفـعـلـ فـيـ الـمـقـامـ، فـيـ فـرـضـ دـعـمـ مـبـادـرـةـ صـاحـبـهـ إـلـىـ الـفـعـلـ. نـعـمـ، بـيـنـ الـبـاـيـنـ فـرـقـ مـنـ نـاحـيـةـ أـخـرـيـ، وـهـيـ آـنـهـ فـيـ صـدـقـ الـإـكـراـهـ يـعـتـرـفـ دـعـمـ إـمـكـانـ الـتـنـفـصـيـ وـالتـخلـصـ عـنـ الـمـكـرـهـ عـلـيـهـ، كـمـاـ عـرـفـتـ.

إـذـاـ عـرـفـتـ هـذـاـ، فـاعـلـمـ آـنـ الـمـكـرـهـ عـلـيـهـ إـنـ كـانـ فـعـلـاـًـ وـاحـدـاـًـ، وـلـمـ يـكـنـ تـرـتبـ الـأـثـرـ أوـ الـحـكـمـ بـلـحـاظـ حـيـثـيـةـ الصـدـورـ، كـمـاـ لـوـ أـُـكـرـهـ أـحـدـ الـوـلـيـتـيـنـ عـلـىـ بـيـعـ مـالـ الصـبـيـ، كـلـ مـنـهـمـاـ فـعـلـ يـقـعـ فـعـلـهـ مـكـرـهـاـًـ عـلـيـهـ، وـإـنـ عـلـمـ آـنـ صـاحـبـهـ يـفـعـلـهـ، فـإـنـ مـاـ هوـ مـوـضـوـعـ الـأـثـرـ وـهـوـ الـبـيـعـ عـلـىـ مـالـ الصـبـيـ لـاـ يـمـكـنـ التـنـفـصـيـ عـنـهـ، وـالـمـفـرـوضـ وـقـوـعـ الـإـكـراـهـ عـلـيـهـ.

وـإـنـ كـانـ الـمـكـرـهـ عـلـيـهـ فـعـلـاـًـ وـاحـدـاـًـ، وـكـانـتـ حـيـثـيـةـ الصـدـورـ دـخـيـلـةـ فـيـ الـحـكـمـ، كـمـاـ لـوـ أـُـكـرـهـ أـحـدـ الـشـخـصـيـنـ عـلـىـ شـرـبـ إـنـاءـ مـنـ الـخـمـرـ معـيـنـ عـلـىـ نـحـوـ الـكـفـاـيـةـ، فـإـنـ عـلـمـ

واعلم أن الإكراه قد يتعلّق بالمالك والعائد^١ كما تقدّم، وقد يتعلّق بالمالك دون العائد، كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله، فإن العائد قاصد مختار، والمالك مجبور، وهو داخل في العقد الفضولي، بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الإكراه^٢. وقد

أن صاحبه يشربه لا يجوز له الشرب، ولو شرب لا يكون مكرهاً عليه، لفرض إمكان التفضي والتخلص، بمعنى أنه لو لم يفعل لما وقع في الضرر. ولو علم أن صاحبه لا يفعله، يجوز له الشرب، ويقع فعله مصداقاً للمكره عليه.

ولو احتمل ذلك، فهل يجوز له الفعل أم لا؟ وجهان مبنيان على أنه هل يعتبر في صدق الإكراه العلم بترتّب الضرر على فرض الترك، أم يكفي احتمال ترتّبه؟ إذ على الأول لا يجوز الفعل لعدم العلم بترتّبه، وعلى الثاني يجوز.

وحيث عرفت أن الأظهر هو الثاني، فالآقوى هو الجواز، إلا إذا علم بأن صاحبه يفعله.

صور تعلّق الإكراه

١. الأمر الثالث: قد يتعلّق الإكراه بالعقد والمالك.

وقد يتعلّق بالمالك دون العائد.

وقد يتعلّق بالعقد دون المالك.

أقول: وقد تقدّم حكم تعلّق الإكراه بالمالك العائد، والكلام في المقام إنما هو في

صوريتين:

الأولى: ما لو تعلّق الإكراه بالمالك دون العائد، كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله.

الثانية: ما لو انعكس الأمر، وهي ما لو أكره العائد دون المالك.

٢. أمّا الصورة الأولى: فلا إشكال في فساد التوكيل، فالعقد يكون فضوليّاً في بيعه، فلو تعقبه الإجازة صَحْ وإلاً فلا. وهذا ممّا لا كلام فيه.

إنما الكلام في أنه إذا كان مورد الوكالة إيقاعاً دون العقد، كما لو أكره على التوكيل

في طلاق امرأته ولم يجز الطلاق بل أجاز الوكالة، فإنه إن أجاز الطلاق لا يصح للإجماع

ينعكس، كما لو قال: (بع مالي) أو (طلاق زوجتي وإلا قتلتك)، والأقوى هنا الصحة، لأن العقد هنا من حيث أنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقداً، والرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض^١، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضي لاحقاً.

واحتمل في «المسالك» عدم الصحة، نظراً إلى أن الإكراه يُسقط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلّقها.

ثم قال: (والفرق بينهما أن عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره، فإن عبارته مسلوبة لعارض تخلّف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً، لم يقدح إكراه المأمور) انتهى، وهو حسن.

وقال أيضاً: (لو أُكره الوكيل على الطلاق دون الموكل، ففي صحته وجهان^٢ أيضاً: من تحقق الاختيار في الموكل المالك، ومن سلب عبارة المباشر) انتهى.

على عدم صحة الفضولي من الإيقاعات، وإن عقبه الإجازة، وبنينا على الكشف دون النقل، إذ على النقل لا يصح في المقام كما هو واضح.

والحق أن يقال: إن كان معقد الإجماع عدم صحة الإيقاع الذي تعلق به الإجازة، ففي المقام بما أن الإجازة تتعلق بالوكالة دون الطلاق، صح منه الطلاق.
وإن كان المعقد أن الإيقاع لا يصح أن يكون معلقاً على الإجازة، كما هو الظاهر منه، فلا يصح في المقام، فإن صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الإجازة، والمتوقف على الموقف على شيء متوقف عليه، فتكون صحة الطلاق موقوفة على الإجازة، فلا يصح.

فتحصل: أن الأظهر عدم الصحة، سواء تعلقت الإجازة بالإيقاع أو بالتوكيل.

١. وأما الصورة الثانية: - وهي ما لو تعلق الإكراه بالعقد دون المالك - فقد يكون المكره هو المالك كما لو قال المالك للعائد: (بع داري) أو (طلاق زوجتي)، وقد يكون الإكراه من الأجنبي، كما لو أُكره الوكيل على بيع دار موكله أو طلاق زوجته.

٢. وإلى هاتين الصورتين نظر «المسالك»، وتكون الصورة الأولى، هي الفرع

وربما يستدلّ على فساد العقد في هذين الفرعين، بما دلّ على رفع حكم الإكراه^١. وفيه ما سيعطي من أنه إنما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلّم به لولا الإكراه^٢. ومما يؤيد ما ذكرنا، حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمر وهو النقل والانتقال.

وأما التلطف بالكلام الذي صدر مكرهاً عليه، فلا معنى للحوق الرضا به، لأنّ ما مضى وانقطع لا يتغيّر عما وقع عليه ولا ينقلب.

الأول المذكور في المتن، والصورة الثانية هي الفرع الثاني فيه.

أقول: وفي المقام أقوال:

أحدها: الصحة في الفرعين، ذهب إليه المصنف^{عليه السلام} وغيره.

ثانيها: البطلان فيهما.

ثالثها: التفصيل بين الفرعين، بالبناء على الصحة في الفرع الأول، والبطلان في الثاني، اختاره المحقق النائيني^{رحمه الله}.

وقد استدلّ للبطلان في الموردين بوجوهه، عمدتها وجهان:

١. الأول: أنّ مقتضى حديث رفع الإكراه رفع أثر العقد.

وأجاب عنه المصنف^{عليه السلام} بقوله:

٢. (إنّما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلّم به لولا الإكراه).

وليس مراده أنّ حديث الرفع إنّما يرفع الحكم الذي على المكره لا الذي له، من جهة أنّ ذلك هو المناسب للأمتنان الذي احتمله السيد الفقيه.

فإنّه يرد عليه: أنّ لازمه صحة قبول الهبة إكراهاً، مع أنه لا يعتبر في شمول الحديث كون الحكم ضرراً عليه، بل يكفي كونه منافياً لغرضه.

كما أنه ليس مراده أنّ حديث الرفع إنّما يرفع الأثر المتعلق به، وأثر العقد في الفرض ليس متعلقاً به، كما احتمله السيد أيضاً.

نعم، ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور، بأنّ القصد إلى المعنى - ولو على وجه الإكراه - شرط في الاعتناء بعبارة العقد، ولا يُعرف إلا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية دون المكره عليها^١. اللهم إلا أن يقال إنَّ الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً، أو موّرياً، ولو كان مكرهاً، مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمل.

فإنَّه يرد عليه: أنَّه لا دليل على هذا التقييد، بل الظاهر أنَّ مراده أنَّ لفعل الوكيل

جهتين:

إحداهما: جهة العقدية.

ثانيةهما: جهة قيامه بالوكيل.

والإكراه لا يؤثُّر في فقد عقد الوكيل لشيء من الأمور المعتبرة فيه من الجهة الأولى، من العربية ونحوها، بعد كونه مستجمعة لها، والجهة الثانية غير دخلية في ترتيب الأثر وحصول النقل والانتقال، لكون الوكيل أجنبياً عن المال، بل عقده إنما يؤثُّر من حيث انتسابه إلى المالك الموكل، والمفروض عدم كونه مكرهاً. فما هو موضوع الأثر لم يتعلّق بالإكراه به، وما تعلق الإكراه به لا أثر له، وهو حسن.

١. الثاني: إنَّ القصد إلى المعنى شرط في صحة العقد، ومع الشك في ذلك لا أصل يحرز به كون المكره قاصداً له، إذ أصالة القصد الجارية في أفعال العقلاء إنما هي في الأفعال الاختيارية دون المكره عليها.

وفيه أولاً: أنَّ الكلام إنما هو بعد إحراز القصد.

وثانياً: أنَّ أصالة القصد إنما هي في مطلق الأفعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش.

واستدل للبطلان في الفرع الثاني المحقق النائيني^٢:

بأنَّ المكره إذا كان غير المالك، فغاية ما هناك رضا المالك بالعقد، ومجدد الرضا لا يصحّ الاستناد، كما أنَّ الكراهة الباطنية لا تعدّ ردّاً.

وفيه: إنَّ محلَّ الكلام فيما لو كان العاقد وكيلاً مفوضاً، و فعل الوكيل يستند إلى

فرع: ولو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين^١ فباعهما، أو باع نصف أحدهما، ففي «الذكرة» إشكال.

أقول: أما بيع العبددين فإن كان تدريجاً فالظاهر وقوع الأول مكرهاً دون الثاني^٢، مع احتمال الرجوع إليه في التعين، سواءً ادعى العكس أم لا.

الموكل من جهة الوكالة، فالظهور هي الصحة في الفرعين.

الإكراه على بيع عبد من عبدين

١. قوله: (فرع: لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين، فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففي «الذكرة» إشكال).

هذا هو الفرع الرابع، وفيه صور :

الصورة الأولى: أن يكون المكره عليه بيع واحد غير معين، فباعهما تدريجاً.

٢. فقد جعل المصنف وقوع الأول مكرهاً عليه دون الثاني هو الظاهر، واحتمل الرجوع إليه في التعين.

وأورد جل من تأخر عنه عليه: بأنه لا وجه لهذا الاحتمال، إذ بعد انطباق عنوان أحدهما على البيع الأول قهراً، وارتفاع لسان المكره عنه، واندفاع ضرره به لحصول مقصوده، لا وجه لوقوع الثاني مكرهاً عليه.

ولكن يمكن أن يقال: إن نظر المصنف إلى أنه لو باع الأول بالبيع الخياري، ثم باع الثاني، فله أن يفسخ البيع الأول فيقع الثاني مصداقاً للمكره عليه، وله أن يبقيه على حاله فيكون الأول مصداقاً له، فيكون البائع هو المرجع في التعين بهذا المعنى.

وأما في صورة لزوم العقد الأول، فلا يتحمل في حق المصنف احتمال وقوع الثاني مكرهاً عليه.

الصورة الثانية: أن يكون المكره عليه بيع واحد غير معين، فباعهما دفعة، ففي المسألة وجوه:

ولو باعهما دفعه، احتمل صحة الجميع، لأنَّه خلاف المكره عليه، والظاهر أنَّه لم يقع شيءٌ منهما عن إكراه^١، وبطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرهاً عليه، ولا ترجيح، والأول أقوى.

الأول: صحة الجميع، ذهب إليها المصنف وجُل الأساطين ممَّن تأخر عنه.

الثاني: بطلان الجميع.

الثالث: بطلان أحدهما وصحة الآخر، ويرجع في التعين إلى القرعة.

واستدلل للأول بوجهين:

١. الوجه الأول: ما في المتن، واختاره المحقق النائي^٢، وهو أنَّ ما صدر عنه خارجاً غير ما أكره عليه، وما أكره عليه لم يصدر، ومجرد استعمال المجموع على أحددهما لا يوجب صدق الإكراه على أحددهما، فضلاً عن كليهما.

وفيه: أنَّ المكره عليه ليس بيع أحددهما بشرط لا، كي لا يصدق على بيع أحددهما في المقام، بل بيع أحددهما لا بشرط الحاصل في ضمن بيعهما، لأنَّ لا بشرط يجتمع مع ألف شرط، فضم بيع آخر إليه لا يخرجه عمَّا أكره عليه.

الوجه الثاني: ما أفاده السيد الفقيه وتبعه المحقق الإبروني^٣، ويمكن استظهاره من كلمات المصنف^٤، وهو أنَّ بيعهما معاً دفعة، مع كون الإكراه على أحددهما، يكشف عن كون البائع راضياً ببيع أحددهما، ومعه لا يؤثر الإكراه شيئاً، لأنَّ المفروض أنَّ ما ألم به المكره - وهو بيع أحددهما غير المعين - نفس ما هو راضٍ به، فلا يكون إكراهاً على ما لا يرضاه.

وفيه: إنَّ بيع المجموع لا يكشف عن كون البائع راضياً ببيع أحددهما في مفروض المسألة، وهو كونه كارهاً لبيع كلِّ منهما لولا الإكراه، بل يمكن أن يكون ناشئاً عن غرض آخر من أنَّه يشق عليه التفرقة بينهما، لكونهما والداً ولداً، أو أنَّه لا يوجد من يشتري أحددهما منفرداً أو نحو ذلك، فحينئذ يكون بيع كلِّ منهما مكرهاً، ولكن لما عرفت من اعتبار ترتيب الضرر على ترك المكره عليه في صدق الإكراه، وهذا المعنى

ولو أكره على بيع معين، فضم إليه غيره وباعهما دفعه، فالأقوى الصحة في غير ما أكره عليه^١.

وأمّا مسألة النصف: فإن باع النصف بقصد بيع النصف الآخر امتنالاً للمكره، بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين، فلا إشكال في وقوعه مكرها عليه^٢، وإن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف، كان أيضاً إكراهاً.

لما ينطبق على كلّ منهما إلا على البدل، فلا محالة يقع أحدهما مكرهاً عليه دون الآخر، وحيث أنّ إنطباقه على واحد معين ترجح بلا مردج، والقرعة لا مورد لها في المقام – إذ الظاهر من أدلة^(١) كونها معينة لما له التعين واقعاً، لاحظ قوله عز وجل: «القرعة سهم من سهام الله وسهم الله لا يخطيء» – فإنه إذا لم يكن له واقع معين لا معنى لخطاؤها وعدمه، فيتعين البناء على بطلانهما معاً.

١. الصورة الثالثة: أن يكون المكره عليه واحداً معيناً فباعهما دفعه.
أقول: لا ينبغي التوقف في صحة بيع ما لم يكره على بيعه، وإن كان لولا الإكراه على المعين لما باعه، لأنّه لا يتربّض الضرر على تركه، فلا يكون مكرهاً عليه.
كما لا ينبغي التوقف في بطلانه بالنسبة إلى المكره عليه، لصدق الإكراه بالإضافة إليه.

٢. الصورة الرابعة: ما لو أكره على بيع واحد معين فباع نصفه:
فتارة: يشمل إكراه المكره لبيعه دفعتين.
وأخرى: لا يشمله.
فإذا شمله، فإن باع النصف بقصد أن يبيع النصف الآخر، فلا كلام في كونه مكرهاً عليه.

وإن باعه لرجاء أن يقنع المكره بالنصف:
٣. فقد اختار المصنف^٤ كونه أيضاً مكرهاً عليه، وخالف المحقق النائيني^٥ بدعوى أنّ البيع كذلك غير متعلق بالإكراه به، فإن رجاء قناعته بالنصف، يوجب تحقق الطيب

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم.

لكن في سماع دعوى البائع ذلك، مع عدم الأمارات نظر.^١

والرضا ببيع النصف.

والحق ما أفاده المستفتئ، فإنّ من يدفع النصف إلى المكره، وداعيه في الدفع هو الإكراه – وإنما يدفعه لرجاء أن يقنع المكره – يكون ذلك استدعاً منه لأن يتبدل الإكراه التعيني بدفع التمام إلى الإكراه التخييري، بين دفع التمام ودفع النصف، فكما أنه في صورة التخيير ابتداءً يقع كلّ من فردي التخيير مكرهاً عليه، كذلك في التخيير بعد الاستدعاً.

وبالجملة: لا ينبغي التوقف في أنّ من يدفع إلى المكره نصف ما أكره عليه لدفع شرّه، ورضى المكره بذلك، يصدق عليه أنه مكره عليه، ألا ترى أنه لو أجبر ظالم شخصاً بإعطاء ألف تومان، فأعطاه نصفه، واستدعي منه قبوله ذلك، وعدم إضراره، صدق عليه أنه مكره عليه، ولا سبيل إلى دعوى أنه هبة صحيحة، لأنّه غير ما أكره عليه، والسرّ فيه ما ذكرناه.

أقول: وبهذا البيان ظهر أنه لو أكره على دفع شيء وأعطي شيئاً آخر لرجاء أن يقنع المكره بذلك، صدق عليه أنه مكره عليه، لأنّه بفعله هذا يستدعي منه تبديل إكراهه التعيني إلى الإكراه التخييري، فيصير دفعه هذا أحد فردي التخيير، فيصدق عليه أنه مكره عليه.

وبهذا ظهر حكم ما إذا لم يشمل الإكراه لبيعه دفعتين، فإنّه إن باع نصفه لرجاء أن يقنع المكره بذلك، صدق عليه أنه مكره عليه.

١. قوله: (لكن في سماع دعوى البايع ذلك مع عدم الأمارات نظر).

أقول: لم يظهر لي فرق بين هذا المورد، وبين ما لو أكره على بيع شيء معين فباعه، فكما أنّ هنا يحتمل كون بيعه الواقع عقيب الإكراه عن رضاه به، كذلك في ذلك المورد، مما الوجه في سماع دعواه هناك وعدم سماعها هنا.

وإن شئت قلت: إنّ أصلالة الجدّ التي عليها بناء العقلاء، لا تجري في أمثال هذه المقامات.

بقي الكلام فيما وعددنا ذكره من الفرع المذكور في «التحرير»، قال في «التحرير»: (لو أكره على الطلاق فطلق ناويًا، فالأقرب وقوع الطلاق)^١ انتهى، ونحوه في «المسالك» بزيادة: (احتمال عدم الواقع، لأن الإكراه أسقط أثر اللّفظ، ومجرد النية لا حكم لها)، وحُكى عن سبطه في «نهاية المرام» أنه نقله قوله، واستدلّ عليه: (بعموم ما دلّ من النص والإجماع على بطلان عقد المكره، والإكراه يتحقق هنا إذ المفروض أنه لواه لما فعله، ثم قال: والمسألة محل إشكال) انتهى. وعن بعض الأجلة: (أنه لو علم أنه لا يلزم إلا اللّفظ وله تجريده عن القصد، فلا شبهة في عدم الإكراه، وإنما يتحمل الإكراه مع عدم العلم بذلك، سواء ظن لزوم القصد وإن لم يُرده المكره أم لا)، انتهى.

الإكراه على الطلاق

١. الخامس: قال في «التحرير»: (لو أكره على الطلاق فطلق ناويًا، فالأقرب وقوع الطلاق).

يقع الكلام في موردين:

الأول: في بيان وجه فتوى العلامة بنبيه بالصحة.

الثاني: في بيان محتملات هذا الفرع في نفسه وأحكامها.

أما المورد الأول: فالظاهر أن نظر العلامة بنبيه إلى أنه لو أكره على الطلاق وإن لم يقصد المعنى الذي يكون عند العامة طلاقاً شرعاً مع النطق بالصریح، فطلق ناويًا، فالأقرب وقوع الطلاق، فإنه غير مكره عليه.

وإبداد المصنف بنبيه عليه: بأنه يبنتني على القول باعتبار عدم إمكان التفصي بالتورية في صدق الإكراه، إذ لا فرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللّفظ عن قصد المعنى وقد مرّ عدم اعتباره.

مندفع أولاً: بما تقدم من اعتبار العجز عن التورية في صدقه.

وثانياً: بالفرق بينهما بعد كون المكره راضياً بالنطق بالصریح، مع عدم القصد، لاحظ وتأمل في الوجه المتقدم، لعدم اعتبار العجز عن التورية.

ترى عدم جريانه في المقام.

ثم إن بعض المعاصرین ذکر الفرع عن «المسالک» وبناه على أن المکره لا قصد له أصلًا، فرده بثبوت القصد للمکره، وجزم بوقوع الطلاق المذکور مکرهاً عليه، وفيه ما عرفت سابقًا من أنه لم يقل أحد بخلو المکره عن قصد معنى اللّفظ، وليس هذا مراداً من قولهم: (إن المکره غير قاصد إلى مدلول اللّفظ). ولذا شرك الشهید الثانی بين المکره والفضولي في ذلك، كما عرفت سابقًا، بناء هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر، ضعيف جدًا، وكذا ما تقدم عن بعض الأجلة من: (أنه إن علم بكفاية مجرد اللّفظ المجرد عن النّية، فنوى اختياراً صحيحاً لأنّ مرجع ذلك إلى وجوب التّوریة على العارف بها، المتقطّن لها، إذ لا فرق بين التّخلص بالتوریة وبين تجرييد اللّفظ عن قصد المعنى، بحيث يتکلم به لاغيًّا، وقد عرفت أنّ ظاهر الأدلة والأخبار الواردة في طلاق المکره وعنته، عدم اعتبار العجز عن التّوریة).

وتوضیح الأقسام المتصوّرة في الفرع المذکور: أن الإكراه الملحوظ بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به: إما أن لا يكون له دخل في الفعل أصلًا، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه، لبنائه على تحمل الضّرر المتوجّد به، ولا يخفى بداعه وقوع الطلاق هنا^١، وعدم جواز حمل الفرع المذکور عليه،

وأمّا المورد الثاني: فالاحتمالات المتصوّرة خمسة:

١. الاحتمال الأول: أن لا يكون للإكراه دخل في الطلاق، بل يوقعه عن طيب نفسه ورضاه، والمکره لجهله بحاله أکرهه عليه، ولا إشكال ولا كلام في صحة هذا الطلاق.
- الاحتمال الثاني: أن يكون كلّ من الإكراه والرضا سبباً مستقلاً، بحيث لو لا الإكراه كان يوقعه، ولو لا الرضا لا يقعه دفعاً للإكراه.

فعن المحقق النائيني رحمه الله: الحكم بالطلاق، بدعوى أن كلّ علتین مستقلّتين إذا وردتا على معلول واحد، وكان بينهما تدافع، لا يؤثّر كلّ منهما، كاجتماع الرياء وقصد الأمر في العبادات، فهذه المعاملة وإن صدرت عن الرضا إلا أنها تكون عن إكراه أيضاً، أو أنها وإن لم تكن عن إكراه إلا أنها لا تكون تجارة عن تراض.

فلا معنى لجعله في «التحرير» أقرب، وذكر احتمال عدم الواقع في «المسالك»، وجعله قوله في «نهاية المرام»، واستشكاله فيه لعموم النص والإجماع، وكذا لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الواقع^١، بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل.

وفيه أولاً: إن المكره إذا كان راضياً، لا يصدق على ما صدر عنه عنوان المكره عليه، بل يصدق هذا العنوان مسروطاً، بمعنى أنه لو لم يكن راضياً كان مكرهاً عليه. وبالجملة: مع وجود الرضا لا يصدق الإكراه، ولا يُقاس المقام بالرّيا في العبادات الذي هو متحقق في الفرض، ويكون مبطلاً للصلوة. بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقى شرع في الصلاة أمام الناس، فإن هناك سببين مستقلين لعدم إبطاله صلاته: الخوف من الله تعالى، وحفظ مقامه عند الناس، فلا مجال لتوهم القول ببطلان صلاته، لأن ما بقي من صلاته يقع عن سببين مستقلين.

وثانياً: إنه لو فرض استناد الطلاق إلى الرضا والإكراه، فمن حيث استناده إلى الإكراه لا يترتب عليه الأثر، إلا أنه يترتب عليه الأثر من حيث استناده إلى الرضا. وبعبارة أخرى: الاستناد إلى الإكراه لا يؤثّر في البطلان - كما هو الحال في الريّا - بل يجب عدم تأثير العقد المستند إليه، فلا يمنع عن صحته من حيث استناده إلى الرضا. وثالثاً: إن حديث الرفع من حيث وروده في مقام الامتنان، لا يشمل مثل هذا الطلاق، لأن رفع أثره خلاف الامتنان. فالالأظهر هي الصحة في هذه الصورة. الاحتمال الثالث: أن يكون كل من الإكراه والرضا جزء السبب، بحيث أنه لو لا اجتماعهما لا يؤثّر كل منهما.

١. وقد حكم المصنف بالصحة في هذه الصورة وتبعه السيد قاسم، واستدلّ له: بصدق كون الفعل عن الرضا، وإن كان تحققه بعد وجود أمر آخر من إلزم الغير. وأورد عليه بإبرادين:

أحدهما: ما أفاده المحقق الإبرواني، وهو أنه كما يصدق كون الفعل عن الرضا

فيشمله دليل جواز الأكل بالتجارة عن تراض، كذلك يصدق كون الفعل عن الإكراه، فيشمله دليل (رفع ما استكر هو عليه).

وفيه أولاً: إن الإكراه لا يقتضي الفساد، كي يعارض ما يقتضي الصحة كما تقدم. وثانياً: إنهمما لو تعارضا تساقطا، فيرجع إلى إطلاقات أدلة إمضاء تلك المعاملة أو الإيقاع.

ثانيهما: ما أفاده المحقق النائيني ^{رحمه الله}، وهو أن الرضا والإكراه إن وردا دفعهً واحدة على المسبب فالفعل مستند إليهما، والإكراه وإن لم يقتضي الفساد إلا أن المقتضي للصحة أيضاً لم يتحقق، لعدم صدق التجارة عن تراض.

وفيه: ما عرفت من أنه لا دليل على اعتبار الرضا في صحة العقد، وأن الدليل منحصر بما دل على رفع أثر المكره عليه، وعليه فلا يحكم بالفساد من هذه الجهة. والحق في المقام أن يقال: إنه إن لم يصدق صدور العقد عن الإكراه، فلا ينبغي التأمل في الصحة لعدم المانع، وإن صدق فيمكن دعوى أن منصرف دليل: (رفع ما استكر هو عليه) هو ما لو كان الإكراه سبباً تاماً لصدوره، فلا يشمل المقام. فالظهور هي الصحة.

الاحتمال الرابع: أن يكون أحدهما سبباً مستقلّاً والآخر ضمية، فلا كلام في أنه يلحقه حكمه، فإن كان السبب هو الرضا حكم بالصحة، وإن كان هو الإكراه حكم بالبطلان. الاحتمال الخامس: أن يكون الإكراه داعياً على الداعي على الطلاق، إما لاعتقاد أن الحذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة، فيوقع الطلاق قاصداً، أو لجهله بالحكم الشرعي زاعماً أن الطلاق يقع مع الإكراه فيرضي نفسه بذلك ويوطنها عليه.

فقد حكم المصنف ^{رحمه الله} بتحقق الإكراه في هذه الصورة، وخالفه المحقق النائيني ^{رحمه الله}، واستدل للصحة بأنه طلق ناوياً ومريداً للطلاق، ثم احتمل البطلان من جهة أن الإكراه صار علة لراده اسم المصدر، فال فعل بالأخرة يستند إليه، وإن كان الداعي الشانوي اختيارياً.

وإن كان الداعي هو الإكراه: فإنما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعّد به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر^١، كمن قال له ولده: (طلق زوجتك وإلا قتلت أو قتلت نفسي)، فطلاق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل والده، أو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكره (بالكسر) أو على المطلقة أو على غيرهما ممّن يريد نكاح الزوجة لئلا يقع الناس في محرم، والحكم في الصورتين لا يخلو عن إشكال^٢ وإن كان الفعل لداعي التخلص من الضرر،

وردّه: بأنّ لازمه بطلان أغلب المعاملات، فإنّها بالأخرة تنتهي إلى غير الاختيار.

والحقّ ما أفاده المصنّف كما سيمّر عليك بعد التعرّض لفرع آخر.

١. قوله: (بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر).

أقول: لا يخفى أنّ المصنّف تعرّض لأمر هنا كان المناسب ذكره في المحلّ الذي ذكر مفهوم الإكراه، ونحن أيضاً غفلنا عن ذكره هناك.

وهو أنّه إذا كان الضرر المتوعّد به على ترك المكره عليه، هو ما يتربّط على المكره (بالكسر) لا المكره - كما لو قال: (طلق زوجتك وإلا قتلت نفسي) - فهل يصدق عليه الإكراه أم لا؟

٢. فقد استشكل المصنّف في ذلك :

والحقّ هو التفصيل، فإنّه ربما يعدّ ضرر المكره ضرراً للمكره (بالفتح)، كما لو كان المكره (بالكسر) هو العبد أو الابن، والمكره (بالفتح) هو المولى أو الأب، فإنّ ضرر العبد أو الابن بالقتل يعدّ ضرراً على المولى والأب، وفي هذا المورد يصدق الإكراه، إذ لا فرق في ترتّب الضرر المعتبر في صدقه، بين كونه ضرراً مع الواسطة أو بلا واسطة، ولذا لو قال الأجنبي: (بع دارك وإلا قتلت ابنك) يكون ذلك إكراهاً.

وربما لا يعدّ ضرره ضرراً عليه، كما لو كان المكره (بالكسر) هو الأجنبي، وقال: (طلق زوجتك وإلا قتلت نفسي) فإنه لا يعدّ ضرراً عليه، فلا يصدق الإكراه.

ومن هذا القبيل ما لو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكره (بالكسر) كما لو قال الأجنبي: (طلق زوجتك وإلا زنيت بامرأة أجنبية)، فإنّ طلاق زوجته لئلا يقع

فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أن الحذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة^١ لغفلته عن أن التخلص غير متوقف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق، وحصول البينونة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة والإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً، وهذا كثيراً ما يتافق للعوام، وقد يكون هذا التوطين والإعراض من جهة جله بالحكم الشرعي، أو كونه رأي مذهب بعض العامة، فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلاق قاصداً لوقوعه، لأن القصد إلى اللفظ المكره عليه، بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلّاً في وقوع البينونة، يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضي نفسه بذلك وبيوطنها عليه، وهذا أيضاً كثيراً ما يتافق للعوام، والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلا أن تحقق الإكراه أقرب.

فعل محرم في الخارج، ليس طلاقاً ناشئاً عن خوف ترتب الضرر، فلا يصدق عليه أنه مكره عليه.

١. قوله: (لأجل اعتقاد المكره أن الحذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة). أقول: ما أفاده رجوع إلى بيان ما هو الحق في المسألة التي محل الكلام، بعد التعرض لمسألة أخرى في الوسط، وقد أشرنا إلى أنه بعد بيان ما عندنا في تلك المسألة، نشير إلى ما هو الحق في المقام.

والحق تمامية ما أفاده المصنف^{هـ}، فإن توطين النفس وإرادة الفعل واسم المصدر لا ينافيان الإكراه، بل هذا المعنى ربما يستند إلى الرضا وآخر إلى الإكراه، وإنما فمع عدم الإرادة لا يصدق أنه صدر عنه الطلاق عن إكراه، بل لم يصدر عنه، وحديث رفع الإكراه إنما يرفع أثر الطلاق الواحد لجميع ما يعتبر فيه، سوى أنه صدر عن إكراه.

ودعوى: أنه لو حكم ببطلان ذلك، لزم الحكم ببطلان أغلب المعاملات. غريبة: فإنه إنما يحكم ببطلان هنا لحديث رفع الإكراه، ولا ربط ذلك بمسألة الاختيار وعدمه.

فالالأظهر هو البطلان في هذه الصورة.

ثم إنه لا يهمّنا التعرض لما قيل في بيان مراد العلامة^{هـ}، وما يمكن أن يورد عليه.

ثم إن المشهور بين المتأخرین، أنه لو رضي المکرہ بما فعله صح العقد^١، بل عن «الرياض» تبعاً للحدائق^٢: (أن عليه اتفاقهم، لأنّه عقد حقيقی فیؤثّر أثره، مع اجتماع باقي شرائط البيع وهو طيب النفس).

وادعوى: اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد^٣ خالية عن الشاهد، مدفوعة بالإطلقات. وأضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد^٤، اللازم منه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقة. وأضعف من الكل، دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده^٥، اللازم منه عدم صحة بيع المکرہ بحق، وكون إكراهه على العقد تعبدیاً لا لتأثير فيه. ويؤيدته فحوى صحة عقد الفضولي، حيث أنّ المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد، وغير منشيء للنقل بكلامه، وإضفاء إنشاء الغير ليس إلا طيب النفس بمضمونه، وليس إنشاءً مستأنفاً، مع أنه لو كان فهو موجود هنا. فلم يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتفاله متأخراً عن إنشاء العقد، وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، وهو إنشائه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما عرفت من أنّ عقد إنشاء حقيقي. وتوجه أنّ عقد الفضولي واجد لما هو به مفقود هنا، وهو طيب نفس العاقد بما ينشئه، مدفوع

لو تعقب الرضا عقد المکرہ

١. قوله: (المشهور بين المتأخرین أنه لو رضي المکرہ بما فعله صح العقد). قد مر في أول هذا البحث أن محل الكلام هو العقد الجامع لجميع ما يعتبر فيه من قصد اللفظ والمعنى والجد وغير ذلك، وعليه فالاستدلال للبطلان، بعدم قصد المکرہ للّفظ، أو عدم قصده للمعنى، أو عدم قصده لوقوع مضمون العقد في الخارج، في غير محله.

وقد استدلّ لعدم صحة العقد بلحوق الرضا بوجوه:

٢. منها: اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد.

٣. ومنها: اعتبارها في مفهوم العقد.

٤. ومنها: اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده.

ومنها: غير ذلك مما ذكره المصنف^٦ في المتن وأجاب عنها.

بالقطع بأنّ طيب النفس لا أثر له، لا في صدق العقدية، إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، ولا في النقل والانتقال، لعدم مدخلية غير المالك فيه. نعم، لو صحّ ما ذكر سابقاً من توهّم أنّ المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً وأنّه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت - كما صرّح به بعض - صحّ أنه لا يجدي تعقب الرضا إذ لا عقد حينئذ، لكن عرفت سابقاً أنه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوي، فراجع.

فظهر مما ذكرنا ضعف وجه التأمل في المسألة، كما عن «الكافية» و«مجمع الفائدة» تبعاً للمحقق الثاني في «جامع المقاصد»، وإن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي^١، مضافاً إلى النبوى المشهور الدال على رفع حكم الإكراه، مؤيداً بالنقض بالهازل، مع أنّهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا. والكلّ كما ترى، لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إما بمفهوم الحصر، وإما بمفهوم الوصف، ولا حصر كما لا يخفى، لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرغ^٢، ومفهوم الوصف - على القول به - مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب، كما في «رَبَايْتُمُ الْأَتِي فِي حُجُورِكُمْ». ودعوى وقوعه هنا

بل عمة الوجه للبطلان في مقابل الإطلاقات والعمومات الدالة على صحة معاملة المكره، أمران:

١. الأول: قوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^(١).

بتقريره: أنه يدلّ على انحصار التجارة المضادة، بما إذا كانت ناشئة عن الرضا، ومن المعلوم أنّ عقد المكره وإن لحقه الرضا، ليس عقداً عن الرضا، بل هو عقد ورضا.

٢. وأجاب عنه المصطفى^{عليه السلام}: بأنّ الاستدلال إن كان بمفهوم الحصر.

فيرده: أنّ الاستثناء منقطع غير مفرغ.

وأورد عليه بإيرادات:

(١) النساء، ٢٩.

الأول: أن المنقطع لا ينقسم إلى قسمين مفرغ وغير مفرغ، فإنه إذا كان مفرغاً يكون متصلة لا منقطعاً، مثلاً إذا قال: (ما جاءني إلا حمار) يقدر المستثنى منه ما يشمل الحمار أيضاً، إذ لا داعي إلى تقدير لفظ (ال القوم) حينئذ.

وفيه: إنه يمكن أن يكون المستثنى منه المقدر منقطعاً، كما إذا قيل: (هل جاءك القوم؟)، فقال: (ما جاءني إلا حمار) إذ المقدر في الجواب هو المسؤول عنه، والظاهر أن غرض الشيخ رحمه الله أن الاستثناء منقطع مذكور، فلا يحتمل فيه الاتصال.

الثاني: أن الاستثناء المنقطع يرجع إلى المتصل في اللب، إذ لا بد من أن يكون المراد من المستثنى منه ما يشمل المستثنى، وإلا فلا يصح الاستثناء، مثلاً يكون المراد من: (ما جاءني القوم) القوم ومن يرتبط بهم، والشاهد على ذلك أنه لا يصح أن يقال: (ما جاءني زيد إلا عمرو)، وأيضاً لا يصح أن يقال: (ما جاءني القوم إلا حمار) إذا لم يكن الحمار متعلقاً بهم، وعلى ذلك فجميع الاستثناءات المنقطعة ترجع إلى المتصل، فتندل على الحصر.

وفي **أولاً**: إن الاستثناء لا يقتضي الدخول حقيقة، بل ربما يكون المصحح توهم الدخول، كما في قوله تعالى: «فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّا إِبْرَاهِيمَ» فإنه حيث كان بينهم - وإن لم يكن منهم - يتواهم الدخول في الحكم، فلذا أخرجه، وعليه فكون (إلا) بمعنى الإخراج لا يقتضي رجوع المنقطع إلى المتصل.

وثانياً: إن إرجاع المنقطع إلى المتصل لا وجه له سوى التحفظ على ظهور الكلمة (إلا) في الإخراج، وإن حملها على (لكن) خلاف الظاهر، وللممنع عن ظهورها في ذلك، بنحو تصلح قرينة للتصرف في المستثنى منه، بحمله على خلاف ظاهره بارادة الأعمّ، مجال واسع، ولا أقلّ من الإجمال.

الثالث: أن المراد بالباطل في الآية الشريفة هو الباطل الشرعي، والغرض بيان كون كل أكل باطل إلا التجارة عن تراض، فيكون المعنى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجوه من الوجوه فإن كل وجه باطل إلا التجارة عن تراض)، فذكر الباطل لبيان علة الحكم، وعليه فالاستثناء في الآية الشريفة يكون متصلة.

مقام الإحتران، ممنوعة، وسيجيء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي.

وأما حديث الرفع، ففيه أولاً: أن المرفوع فيه هي المؤاخذة، والأحكام المتضمنة لمؤاخذة المكره، وإلزامه بشيء^١، والحكم بوقوف عده على رضاه راجع إلى أن له أن يرضى بذلك، وهذا حق له لا عليه. نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ، وهذا إلزام لغيره، والحديث لا يرفع المؤاخذة والإلزام عن غير المكره كما تقدم.

وأما إلزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحق الثابت له بالإكراه، لا من أحكام الفعل المتحقق على وجه الإكراه. ثم إن ما ذكرنا واضح على

وفيه: أنه خلاف الظاهر، إذ الظاهر منه كون الباطل موضوعاً لا علة للحكم، وأيضاً الظاهر منه إرادة الباطل العرفي، فالحق تمامية جواب المصنف^٢.
ويرد عليه: - مضافاً إلى ذلك - أن المراد من (التجارة) ليس هو العقد، كي يعتبر أن يكون عن الرضا، بل المراد بها الكسب والاكتساب، وهو لا يحصل شرعاً إلا بعد الرضا، فيكون تجارة عن تراض.

الأمر الثاني: حديث الرفع^(١).

بتقرير: أنه يدل على رفع أثر ما استكرهوا عليه، تكليفاً كان أم وضعأً، فإثبات التأثير للعقد الصادر عن إكراه - ولو كان على سبيل جزء العلة كما يقوله القائل بصحة عقد المكره إذا تعقبه الرضا - خلاف مقتضى الحديث.

وأجاب عنه المصنف^٢ بأجوبة:

١. الجواب الأول: ما ظاهره أن حديث الرفع بمقتضى وروده في مقام الامتنان، يختص بالآثار التي تكون على المكره، ولا يشمل الأثر الذي له، ولا الأثر المتوجّه إلى غيره، وعليه فحيث أن الحكم بوقوف عقد المكره على الرضا، وأن له أن يرضى وله أن

(١) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه.

لا يرضي، حكم له لا عليه، وإلزام الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضي المكره أو يفسخ إلزام لغيره، ومعنى صحة عقده إن رضي هو ذلك، فلا تكون الصحة بهذا المعنى مشمولة للحديث.

وأورد عليه بإبرادين:

أحدهما: ما عن السيد الفقيه والمحققين النائيني رحمه الله والإصفهاني، وهو أن الحديث لو سلم أنه لا يرفع الأثر الذي للمكره، فإنما يختص بالأثر الثابت للعقد لو لا حديث رفع الإكراه، وأمّا الأثر الثابت له بعد وروده، فلا يصلح الحديث لرفعه، والصحة بمعنى وقوفه على الرضا حكم يثبت بعد ورود حديث الرفع، إذ مع قطع النظر عنه، فإنّ أثر العقد هو فعليه التأثير لا وقوفه على الرضا، فلا يصلح حديث الرفع لرفعه ولا نظر له إليه.

وفيه: أنّه يمكن توجيه كلامه بنحو لا يرد عليه هذا الإبراد، وحاصله:

إنّ أثر العقد هو الملكية من حين العقد إلى الأبد، وإذا كان حديث الرفع مختصاً بما في رفعه منه، فإنه يرتفع مقدار من الملكية الذي يكون ثبوته منافياً لامتنان، وهو الملكية قبل الرضا، وأمّا الملكية بعد الرضا - التي هي أثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع - فحيث أنه لا امتنان في رفعها، فهي لا ترتفع بالحديث.

وبالجملة: المرفوع بالحديث إنما هو مقدار من الملكية التي هي بأجمعها أثر العقد، ويكون في رفعه منه، وأمّا المقدار الذي لا منه في رفعه - وهي الملكية بعد الرضا - فلا يكون مرفوعاً بالحديث.

الإبراد الثاني: ما أورده السيد الفقيه رحمه الله والمحقق النائيني رحمه الله، وهو أنّ المرفوع لا يختص بالأثار المتعلقة بالمكره، بل المرفوع مطلق الآثار.

وفيه: إنّ الآثار المتعلقة بغير المكره على قسمين:

قسم منها: متربّ على الآثار المتعلقة بالمكره، نظير ما لو أكره على النكاح فأوقع النكاح عن كره، فإنه يكون عدم جواز تزويج الغير لتلك المرأة، وكون الزنا معها زناً بذات البعل، ونحو ذلك متربّة على زوجيتها تلك المرأة للمكره.

القول بكون الرّضا ناقلاً، وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل.

وثانياً: إِنَّه يدلّ على أنَّ الحُكْم الثابت للفعل المكره عليه لو لا الإِكراه^١، يرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه، كما هو معنى رفع الخطأ والنّسیان أيضاً، وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه، لأنَّ أثراً العقد الصادر من المالك - مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإِكراه - السببية المستقلة لنقل المال. ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإِكراه، وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإِكراه، حيث أنَّه جزء العلة التامة للملكتة، لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النّظر عن الإِكراه ليرتفع به، إذ المفروض أنَّ الجزيئية ثابتة له بوصف الإِكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإِكراه.

وبعبارة أخرى: التزوم الثابت للعقد مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإِكراه، هو التزوم المنفي بهذا الحديث، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الإِكراه، هو وقوفه على رضا المالك.

وهذا غير مرتفع بالإِكراه، لكن يرد^٢ على هذا أنَّ مقتضى حکومة الحديث على الإطلاقات، هو تقييدها بالمسؤولية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره ووقفه على الرّضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره، فيرجع إلى أصلّة الفساد.

وبعبارة أخرى: أدلة صحة البيع تدلّ على سببية مستقلة، فإذا قيدت بغير المكره، لم يبق لها دلالة على حكم المكره، بل لو كان هنا ما يدلّ على صحة البيع بالمعنى الأعم

وقد منها: يكون مترتبًا على ذلك الفعل مستقلًا، نظير وجوب وفاء الطرف بالعقد الواقع بينه وبين المكره، حيث أنَّه مترتب على العقد مستقلًا.

وما ذكراه يتم في القسم الأول دون الثاني - فتدبر.

فظهر أنَّ هذا الجواب متين.

١. **الجواب الثاني:** أنَّ الحديث إنما يرفع الأثر المترتب على المكره عليه لو لا الإِكراه، وأمّا الأثر الثابت له بوصف الإِكراه، فلا يدلّ الحديث على رفعه، وهو واضح، والأثر الثابت للعقد - مع قطع النّظر عن الإِكراه - هي السببية المستقلة، والمدعى ثبوته له هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالإِكراه.

٢. وأورد على نفسه: بأنَّ أثراً العقد الثابت له بمقتضى الإطلاقات، هي السببية التامة

من السببية المستقلة، كان دليل الإكراه حاكماً عليه، مقيداً له، فلا ينفع. اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقال إنَّ الإطلاقات المقيدة للسببية، مقيدة^١ بحكم الأدلة الأربع، المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل، ومع عدم طيب النفس بالبيع المرضي به؛ سبقه الرضا أو لحقه، ومع ذلك فلا حكمة للحديث عليها، إذ البيع المرضي به سابقًا لا يعقل عروض الإكراه له. وأمّا المرضي به بالرضا اللاحق، فإنَّما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف، وهو أصل البيع، ولا تقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلة الأربع مدخلية الرضا في تأثيره، ووجوب الوفاء به، فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكره عليه والرضا به لاحقاً، ولازمه بحكم العقل كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام. وهذا لا يرتفع بالإكراه، لأنَّ الإكراه مأخوذ فيه بالفرض، كما ترتفع السببية المستقلة. وهذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلاً أو كائناً، إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه. وعلى الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقبه للرضا. وكيف كان، فذات العقد المكره عليه - مع قطع النظر عن الرضا، أو تعقبه له - لا يترتب عليه، إلا كونه جزء المؤثر التام. وهذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه ومن الرضا أو وصف تعقبه له، فتأمل.

المعروف بال الحديث، وثبتت السببية الناقصة يحتاج إلى دليل آخر مفقود، فيرجع إلى أصلة الفساد.

١. وأجاب عنه: بأنَّ المطلقات قيَّدت بمقيد آخر غير حديث الرفع بالرضا في مرتبة سابقة على الحديث، فيكون المستفاد منها - بعد الجمع - أنَّ العقد المرضي به بالرضا السابق أو اللاحق، يكون مؤثراً، ولا حكمة للحديث على ذلك، إذ البيع المرضي به بالرضا السابق، لا يعقل عروض الإكراه عليه، وأمّا المرضي به بالرضا اللاحق، فهو مع هذا القيد لا يعرضه الإكراه، وبدونه وإن كان يعرضه إلا أنه لا أثر له، إذ كونه جزء المؤثر وهو عقلي قهري يحصل بعد حكم الشارع بتأثير العقد المرضي به، وعلى هذا فالمطلقات المقيدة بما دلَّ على اعتبار الرضا الأعم من السابق واللاحق دليل صحة هذا العقد.

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ مقتضى الأصل وعدم حدوث حمل الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول، إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني، كما سيجيء في مسألة الفضولي. وربما يدعى أن مقتضى الأصل هنا وفي الفضولي هو الكشف، لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق، هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فامضاء الشارع للرضا بهذا المعنى - وهو النقل من حين العقد، وترتّب الآثار عليه - لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل.

وفيه: أن مفad العقد السابق، ليس النقل من حينه، بل نفس النقل، إلا أن إنشاءه لاما كان في زمان التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلم

يرد عليه أمور:

أحدها: ما تقدم من أنه لو لا دليل رفع ما استكروا عليه، لما كان دليلاً على اعتبار الرضا في العقد.

ثانيها: أن الجزئية للمؤثر وإن كانت غير مجعلة، إلا أنها مجعلة تتبع جعله جزء المؤثر، وهو قابل للرفع.

ثالثها: إنه على هذا لا يكون حديث الرفع من الأدلة في هذا المبحث.
فالحق عدم تمامية هذا الجواب.

نعم، جوابه الأول تام أيضاً.

ويمكن أن يُجَاب عن هذا الوجه بجواب آخر، وهو:
إن الآثار إنما يتترّب على المنشآت لا الإنشاءات، وهي أمور باقية اعتباراً، فلها حدوث وبقاء، ومن الواضح أن المرفوع إنما هو المكره عليه بهذا العنوان، كما هو الشأن في جميع العناوين المأخوذة في الموضوعات، فما دام يكون الإكراه باقياً لا يتترّب عليه الآخر، وإذا تبدّل إلى الرضا فهو يكون مؤثراً بقاءً.

ونظير ذلك ما لو أكره الجنب على الجلوس في المسجد، فإنه ما دام الإكراه باقياً تكون الحرمة مرفوعة، فإذا تبدّل إلى الرضا حرم جلوسه بقاء.
فتحصل: أن الأظهر ما عليه المشهور من صحة عقد المكره إذا تعقبه الرضا.

حدث الأثر فيه، وإن كان مؤثراً بعد حصول أمرٍ، حدث الأثر بعده، فحصول التقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم، ولذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول، أو بعد القبض في الصرف والسلم والهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ، غير منافٍ لمقتضى الإيجاب، ولم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة^١.

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا، إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهة امسائه للرضا بما وقع، فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله.

قلت: المراد هو الملك شرعاً، ولا معنى لتأخر زمانه عن زمان الحكم الشرعي بالملك، وسيأتي توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

وإن شئت توضيح ما ذكرنا، فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه وإن كان حالاً للعقد السابق، وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ، لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه.

ثم على القول بالكشف، هل للطرف الغير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله.

١. سيأتي الكلام على ذلك مستوفاً في مبحث الفضولي فلا فائدة في البحث هنا.

تم الجزء الثالث من كتابنا «منهج الفقاهة»
ويتلوه الجزء الرابع من أول بيع الفضولي،
والحمد لله أولاً وآخراً.

الجزء الثالث

فهرس المحتوى

تعريف البيع وبيان حقيقته.....	٥
ضابط ما يصح جعله معوضاً وعوضاً وما لا يصح.....	٨
جعل المنفعة عوضاً.....	١٣
جعل عمل الحرر عوضاً.....	١٤
حقيقة الحق وأقسامه	١٦
تعريف البيع وبيان حقيقته.....	٢٣
لا يعتبر تعقب القبول في صدق البيع	٣٣
البيع حقيقة في الصحيح أو الأعم	٣٦
التمسك بالإطلاق.....	٤٢
بيع المعاطاة.....	٤٤
حول بيع المعاطاة.....	٥٥
دليل المختار في المعاطاة	٥٧
أدلة عدم إفادة المعاطاة الملكية	٦٨
كلام بعض الأساطين وما يرد عليه	٧٩
أصالة النزوم - استصحاب بقاء الملك	٨٠
دليل السلطة.....	٩٠
آية التجارة عن تراض.....	٩٤
دليل لزوم خصوص البيع	٩٥
آية الوفاء بالعقد.....	٩٦
دليل الشرط.....	٩٨
أدلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها.....	١٠٠
حول اعتبار شرائط البيع في المعاطاة.....	١١٠

١١٧	حول جريان الربا في المعاطاة
١١٩	حول جريان الخيارات في المعاطاة
١٢٠	بيان مورد المعاطاة
١٢٤	تمييز البائع عن المشتري
١٢٧	أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطفين
١٣٦	الإذن في التصرفات المتوقفة على الملك
١٤٥	حقيقة الإباحة بالعوض
١٤٧	حول صحة الإباحة بالعوض
١٥٠	جريان المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات
١٦٠	ملزمات المعاطاة
١٦٤	من الملزمات تلف العينين
١٦٦	حول تلف إحدى العينين
١٦٩	إذا كان أحد العوضين ديناً في الذمة
١٧١	نقل العين بالعقد اللازم
١٧٥	نقل العين بالعقد الجائز
١٧٧	لو باع ثالث العين فضولاً
١٧٩	من الملزمات الامتزاج والتغيير
١٨١	جواز الرجوع لا يورث بالموت
١٨٣	ثبوت الخيار في المعاطاة
١٨٦	حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة
١٩٢	ألفاظ عقد البيع
١٩٦	خصوصيات ألفاظ العقد
٢٠٢	ألفاظ الإيجاب والقبول
٢٠٧	اعتبار العربية في العقد
٢١٠	عدم اعتبار الماضوية
٢١٢	تقديم القبول على الإيجاب
٢١٥	جواز تقديم القبول على الإيجاب
٢٢٥	اعتبار الموالة

اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول	٢٢٩
اعتبار التنجيز في العقد	٢٣٠
من شرائط التنجيز في العقد	٢٣٥
تنبيهات التعليق في العقد	٢٣٩
اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول	٢٤٣
اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكلٍّ منهما الإنشاء	٢٤٥
اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة	٢٤٩
حول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد	٢٥٢
حول قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده	٢٥٨
مدرك قاعدة ما يضمن	٢٦٥
قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده	٢٦٩
مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده	٢٧٣
مدرك قاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده	٢٧٣
في المورد التي توهّم عدم اطّراد القاعدة فيها	٢٧٦
وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه فوراً	٢٨٤
حول ضمان المنافع المستوفاة	٢٨٨
حكم المنافع غير المستوفاة	٢٩٣
حول المثالي والقيمي	٢٩٨
بيان ما هو المرجع عند الشك في المثلية والقيمية	٣٠٣
ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك في المثلية والقيمية	٣٠٧
إذا لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل	٣١٦
إذا سقط المثل عن الماليّة	٣١٧
الصورة الثانية	٣٢٠
لو تعذر المثل في المثالي	٣٢٣
في زمان قيمة المثل المتعذر	٣٢٦
لا فرق بين التعذر البدوي والطاري	٣٣١
حول المراد من إعواز المثل	٣٣٣
الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف	٣٣٦

لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمة	٣٣٧
حول ضمان القيمي بالقيمية	٣٣٨
حول تعين القيمة بحسب ما يقتضيه الأصول العملية	٣٤٢
تعين القيمة بحسب ما يقتضيه صحيح أبي ولاد	٣٤٧
بيان ما يستفاد من سائر النصوص	٣٦٠
بدل الحيلولة	٣٦٢
مورد بدل الحيلولة	٣٦٥
إلزم المالك بأخذ البدل	٣٦٧
حول ملكية بدل الحيلولة	٣٦٨
هل العين تنتقل إلى الضامن أم لا ؟	٣٦٩
حق الأولوية	٣٧٥
حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية	٣٧٦
إذا ارتفع التعذر يجب رد العين	٣٧٨
شروط المتعاقدين	٣٨٤
عقد الصبي	٣٨٤
أدلة القول بصحّة عقد الصبي	٣٩٧
المستثنيات	٤٠١
معاملة الصبي في الأشياء البسيطة	٤٠٥
حول تصرفات الصبي	٤١٣
اعتبار القصد	٤١٤
لابد من تمييز البائع عن المشتري	٤١٥
لا يجب على العاقد تعين من يشتري له ومن يبيع له	٤١٦
حول تعين الموجب والقابل	٤٢١
من شرائط المتعاقدين الاختيار	٤٢٥
أدلة بطلان عقد المكره	٤٢٦
حقيقة الإكراه	٤٣٠
اعتبار العجز عن التفصي بما لا ضرر فيه	٤٣٢
لو أكره الشخص على أحد أمرين	٤٣٩

لو أُكْرَهَ أَحَدُ الشَّخْصِينَ عَلَى فَعْلَةٍ وَاحِدَةٍ	٤٤٢
صُورٌ تَعْلَقُ بِالْإِكْرَاهِ	٤٤٤
الْإِكْرَاهُ عَلَى بَيْعِ عَبْدٍ مِنْ عَبْدِيْنَ	٤٤٨
الْإِكْرَاهُ عَلَى الطَّلاقِ	٤٥٢
لَوْ تَعْقَبَ الرَّضَا عَقْدَ الْمُكْرَهِ	٤٥٨
فَهِيرَسُ المَحْتَوِيِّ	٤٦٧