

محصل المطالب
في تعليقات
المكاسب
الجزء: ١

الشيخ صادق الطهوري

الكتاب: محصل المطالب في تعليقات المكاسب
المؤلف: الشيخ صادق الطهوري
الجزء: ١
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ١٤١٩
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
١٣	البيع لغة
١٤	اختصاص المعوض بالعين
١٨	جواز كون العوض منفعة
١٨	جعل عمر الحر عوضاً
٢١	أقسام الحق وما يعق منها عوضاً
٢٩	تعريف الفقهاء، للبيع
٣٥	الأولى في تعريف البيع
٤٤	حقيقة الصلح
٤٥	حقيقة الهبة المعوضة
٤٩	حقيقة القرض
٥١	استعمال البيع في معانٍ أخرى
٦٦	البيع ونحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم؟
٧١	وجه التمسك باطلاق أدلة البيع ونحوه
٧٩	الكلام في المعاطاة حقيقة المعاطاة
٨٠	صور المعاطاة
٨٢	حكم المعاطاة
٨٢	محل النزاع في المعاطاة
٩٤	تأييد أن النزاع في المعاطاة بقصد الملك
٩٥	هل المعاطاة على القول بالإباحة بيع حقيقة؟
١٠٠	الأقوال في المعاطاة
١٠٢	الأقوى في المعاطاة
١٠٢	الاستدلال بالسيرة
١٠٤	الاستدلال بآية: " أحل الله البيع "
١٠٧	الاستدلال بآية التجارة
١٠٨	الاستدلال بحديث السلطنة، والمناقشة فيه
١١٤	الأولى في الاستدلال على المختار
١١٥	دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة والمناقشة فيها
١٤٧	ما يدل على لزوم المعاطاة
١٤٧	أصالة اللزوم في الملك
١٥٩	الاستدلال بعموم قوله " الناس مسلطون "
١٦٢	الاستدلال بقوله عليه السلام " لا يحل مال امرئ "
١٦٣	الاستدلال بقوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم)
١٦٦	الاستدلال بحملة المستثنى منها

١٦٦	الاستدلال بقوله عليه السلام " البيعان بالخيار "
١٦٨	الاستدلال بقوله تعالى: (أوفوا بالعقود)
١٧٣	الاستدلال بعموم " المؤمنون عند شروطهم "
١٧٧	الاستدلال بالاجماع
١٨١	الاستدلال بحديث " انما يحل الكلام " والوجه المحتملة في تفسيره
١٩٠	روايات أخرى تشعر باعتبار اللفظ في البيع
١٩٣	التنبية على أمور: الأول: هل المعاظة بيع حقيقة أم لا؟
١٩٤	هل يعتبر في المعاظة شروط البيع، أو لا؟
٢٠٢	جريان الربا في المعاظة؟
٢٠٣	جريان الخيار في المعاظة
٢٠٥	الامر الثاني: حكم الاعطاء من جانب واحد
٢٠٩	هل تنعقد المعاظة بمجرد ايصال الثمن وأخذ المثل؟
٢١٠	المعيار في المعاظة
٢١١	خلوة المعاظة من الاعطاء والايصال رأسا
٢١٢	الامر الثالث: تمييز البائع من المشتري في المعاظة الفعلية
٢١٣	حالات العوضين في المعاظة
٢١٧	الامر الرابع: أقسام المعاظة بحسب قصد المعاطيين
٢١٩	١ - تمليك المال بإزاء المال
٢٢٢	٢ - تمليك المال بإزاء التمليك
٢٢٦	٣ - تمليك المال بإزاء العوض
٢٢٦	٤ - إباحة المال بإزاء الإباحة
٢٢٧	الاشكال الأول في إباحة التصرفات المتوقعة على الملك
٢٢٩	الاشكال الثاني في صحة الإباحة بإزاء العوض
٢٥١	حكم الإباحة بإزاء الإباحة
٢٥٦	الامر الخامس: جريان المعاظة في غير البيع
٢٦٠	الاشكال في جريان المعاظة في الرهن
٢٦١	عدم جريان المعاظة في الوقف
٢٦٣	الامر السادس: في ملزمات المعاظة
٢٧٠	تلف العوضين
٢٧٧	لو تلف أحد العوضين أو بعضه
٢٩٠	لو كان أحد العوضين ديناً في الذمة
٢٩٣	حكم نقل العوضين أو أحدهما بعقد لازم
٢٩٩	لو كان الناقل عقداً جائزاً
٢٩٩	لو كان الناقل غير معاوضة
٣٠٢	لو باع العين ثالث فضولاً
٣٠٧	لو امتزجت العينان أو إحداهما
٣١١	لو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة

٣١٤	موت أحد المتعاطيين
٣١٦	الامر السابع: هل المعاظة بعد التلف بيع، أو معاوضة مستقلة؟
٣٢٠	مختار المؤلف
٣٢٢	الامر الثامن: العقد في غير الجامع لشرائط اللزوم معاظة أم لا؟
٣٢٨	تفصيل الكلام في صور المسألة
٣٣٣	الكلام في عقد البيع
٣٣٥	اعتبار اللفظ في العقود
٣٣٧	كفاية الإشارة مع العجز عن التلفظ
٣٤١	كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة
٣٤٣	الخصوصيات المعتبرة في ألفاظ العقود
٣٤٨	الانشاء بالألفاظ الكنائية والمجازية
٣٥٧	ألفاظ الايجاب
٣٥٧	الايجاب بلفظ " بعث "
٣٥٧	الايجاب بلفظ " شريت "
٣٥٩	الايجاب بلفظ " ملكت "
٣٦٠	الايجاب بلفظ " اشتريت "
٣٦٢	ألفاظ القبول
٣٦٢	القبول بلفظ " بعث "
٣٦٣	القبول بلفظ الامضاء والإجازة وشبههما
٣٦٤	فرع: لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة ثم اختلفا
٣٦٦	الكلام في شروط العقد مسألة: هل تعتبر العربية في العقد؟
٣٦٧	حكم اللحن في الانشاء
٣٦٧	ايقاع العقد باللغات المحرفة
٣٦٨	هل تعتبر عربية جميع أجزاء العقد؟
٣٦٩	هل يعتبر العلم التفصيلي بمعنى اللفظ في العقد؟
٣٧١	مسألة: هل تعتبر الماضية في العقد؟
٣٧٤	مسألة: هل يعتبر تقديم الايجاب على القبول؟
٣٧٦	مختار المؤلف:
٣٨١	حكم تقديم القبول لو كان بلفظ الامر
٣٨٧	جواز تقديم القبول لو كان بلفظ " اشتريت " ونحوه، والاستدلال عليه
٣٩١	حكم تقديم القبول فيما لا انشاء في قبوله إلا " قبلت " ونحوه
٣٩٧	ما يجوز تقديمه من تلك الأقسام
٣٩٨	اشتراط الموالاتة في العقد
٤٠٤	اشتراط التنجيز في العقد
٤٠٨	صور التعليق في العقود
٤٢٣	اشتراط التطابق بين الايجاب والقبول
٤٢٦	اشتراط أهلية المعاقدين معا حين العقد

٤٣١	فرع: في اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة
٤٣٧	احكام المقبوض العقد الفاسد مسألة: في أحكام المقبوض بالعقد الفاسد
٤٣٩	الأول: ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
٤٤٥	قاعدة " ما يضمن بصحيحه " وعكسها
٤٧١	الاستدلال بما دل على احترام مال المسلم وقاعدة نفي الضرر
٤٨٢	الكلام في عكس القاعدة
٤٨٦	هل تضمن العين المستأجرة فاسدا؟
٤٨٧	الموارد التي توهم اطراد القاعدة فيها
٤٨٧	١ - الصيد الذي استعاره المحرم
٤٨٩	٢ - المنافع غير المستوفاة من المبيع فاسدا
٤٩٠	٣ - حمل المبيع فاسدا
٤٩٢	٤ - الشركة الفاسدة
٤٩٣	مدرك عكس القاعدة بنظر المؤلف
٤٩٨	الثاني: وجوب رد المقبوض بالبيع الفاسد
٥٠١	الاستدلال على وجوب الرد وحرمة المساك
٥٠٦	الثالث: ضمان المنافع المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد، والدليل عليه
٥١٩	حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء
٥٢٠	ما يمكن أن يستدل به على الضمان
٥٢٢	محصل الأقوال في المسألة
٥٢٤	الرابع: ضمان المثلي بالمثل
٥٥٠	الاستدلال على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بآية الاعتداء
٥٥٦	حكم ما أجمع على كونه مثليا
٥٥٩	حكم ما أجمع على كونه قيميا
٥٥٩	ما شك في كونه قيميا أو مثليا
٥٦٠	الخامس: إذا لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل
٥٦٢	جواز المطالبة في بلد التلف وغيره
٥٦٤	السادس: إذا تعذر المثل في المثلي
٥٧٤	هل العبرة في قيمة المثل المعذر بقيمة يوم الدفع أو التعذر؟
٥٨٢	الاحتمالات في المسألة مع مبانيها
٥٩٢	المراد من " اعواز المثل "
٥٩٣	المعيار في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه
٥٩٦	هل الاعتبار بقيمة بلد المطالبة، أو التلف، أو أعلاها
٥٩٩	إذا سقط المثل عن المالية
٦٠٣	فرع: لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة
٦٠٧	السابع: ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد، والدليل عليه
٦٠٨	لو تيسر المثل من جميع الجهات
٦٢٠	صحيحة أبي ولاد على ما رواه الشيخ

٦٢٢	محل الاستشهاد في صحيحة أبي ولاد
٦٢٢	الفقرة الأولى من محل الاستشهاد
٦٣٠	الفقرة الثانية من محل الاستشهاد
٦٣٧	ما يوهن الاستدلال بالصحيحة على اعتبار قيمة يوم الضمان
٦٤٥	الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى القيم، والمناقشة فيه
٦٥٧	ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة
٦٥٨	ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية
٦٥٩	تعذر الوصول إلى العين
٦٦٦	الدليل على ثبوت بدل الحيلولة
٦٦٧	مورد بدل الحيلولة
٦٦٨	المراد بالتعذر
٦٧١	هل يلزم المالك بأخذ البدل؟
٦٧٣	هل البدل ملك لمالك العين أو مباح له؟
٦٧٦	هل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل؟
٦٨٣	التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضه
٦٨٥	خروج العين عن التقويم
٦٩١	خروج العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية
٦٩٤	حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها
٦٩٧	حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر وقبل الدفع
٦٩٧	إذا ارتفع التعذر وجب رد العين
٧٠٢	هل يعود ملك البدل إلى الغارم بمجرد التمكن من العين؟
٧٠٧	ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل
٧١٠	لو حبس العين فتلفت

محصل المطالب
في
تعليقات المكاسب

(١)

منشورات أنوار الهدى
تلفن: ۷۴۲۳۴۶ فاكس: ۷۳۷۸۷۰
إيران، قم، إرم، باساج قدس الطابق الأرضي، رقم ۵۷
ص. ب ۳۷۱۷ / ۳۷۱۸۵
سيد حيدر الموسوي
شابك ۹ - ۱۰ - ۶۲۲۳ - ۹۶۴
هوية الكتاب

ISBN : ۹۶۴ - ۶۲۲۳ - ۱۰ - ۹

اسم الكتاب: محصل المطالب في تعليقات المكاسب (ج ۱)
تأليف: صادق الطهوري (نوروزي)
الطبعة: الأولى / ۱۴۱۹ هـ ق
الناشر: انتشارات أنوار الهدى
صف وتنضيد الحروف: انتشارات أنوار الهدى
العدد: ۱۰۰۰ نسخة:
عدد الصفحات: ۷۲۰
المطبعة: أمين
القطع: وزيري
جميع حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

(۲)

محصل المطالب
في
تعليقات المكاسب
الجزء الأول
موسوعة فقهية تشتمل على متن المكاسب
وتعليقات هامة رشيقة للعلماء الأعظم
(الآخوند الخراساني. الطباطبائي اليزدي.
الإيرواني. النائيني. الإصفهاني).
صادق الطهوري

(٣)

إهداء
إليك أهدي هذا المجهود يا آية الله العظمى
يا باب مدينة العلم، يا ولي المؤمنين
وإمام العارفين، يا قسيم النار والجنة
والهدايا على قدر مهيدها.
نرجوا شفاعتك والتقرب إلى الله بك

(٤)

مقدمة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة والسلام على خير خلقه وأفضل بريته المبعوث رحمة للعالمين والناسخ
بشريعته السمحاء شرايع الأولين،
وعلى عترته الذين فيهم كرائم القرآن وهم كنوز الرحمن وعييات علم الملك العلام،
أساس الدين وعماد اليقين، فسعد من اهتدى بهداهم وشقي من تنكب عن سبلهم.
أما بعد فلا يخفى على ذوي الألباب، ما لعلم الفقه من الأهمية في نظر الدين الاسلامي
باعتباره القانون الإلهي الذي يعني بتنظيم شؤون الحياة بجميع أبعادها.
وعلماء الدين وفقهاء المذهب قد بذلوا في مختلف جوانب الفقه جهودا جبارة ومساعي
مشكورة، حيث ألفوا العديد من المصنفات والموسوعات في هذا الحقل.
وهياً الله تعالى لهذا العلم في العصور الأخيرة ابطالا من فحول العلماء، عمقوا أبحاث
هذا العلم ومنتوا قواعده وأحكموا أسسه واكتشفوا آفاقا جديدة من هذا العلم.
ومن هذا الفحول الأعظم الإمام المجدد الشيخ الأعظم الأنصاري الرائد الأول للتجديد
العلمي في العصر الأخير، فألف قدس سره في هذا المجال كتبا عديدة.

فأحسنها وأمتنها هو كتاب المكاسب في الفقه المعاملي الذي لم يكن له نظير ولا بديل إلى الآن. وهو بحيث لا يستغني فقيه عن النظر فيه والغور في جمل معانيه واستخراج لثاليه ومراميه وبسبب هذه المكانة السامية العليا جعل من بدو تأليفه رحي البحث والتحقيق في مرحلتي السطح والخارج في الحوزات العلمية.

ويكفيك من عظم شأنه وعلو منزلته تأكيد ذوي الخبرة من أساطين الفقه بأن من فهم هذا الكتاب يكون مجتهدا البتة ومن يفهم هذا الكتاب الدقيق؟!!

ولأجل هذا اهتم بعض الأعاضم على شرحه والتعليق عليه وكان من أفضلهم هو:

١ - المولى محمد كاظم الآخوند الخراساني.

٢ - السيد محمد كاظم الطباطبائي.

٣ - الميرزا علي الإيرواني.

٤ - الميرزا محمد حسين النائيني (تقريراً لدرسه الشريف بقلم تلميذه).

٥ - الشيخ محمد حسين الأصفهاني.

وإني قد كنت أراجع كتب هؤلاء الأعلام قدس سرهم منذ اشتغالي بالبحث والفحص عن مباحث

المكاسب وكان يخطر ببالي أن هناك عوائق وعويصات بحيث لا يستطيع الباحث من الاستفادة منها بالنحو الأتم.

من أهمها:

١ - اختلاط المطالب المرتبطة بتوضيح مراد صاحب المكاسب بالمطالب التي تحكي عن نظرات المعلقين والمحشين وهذا يعني عدم انفكاك شرح المكاسب من آراءهم الخاصة

بهم ربما يضيع زمانا كثيرا من أوقات المحققين المراجعين.

٢ - الاتيان بمتن المكاسب بصورة ناقصة ومقطعة، لا بصورة موضوعية كاملة (يعني بصورة عنوان قوله: ... الخ - أقول: ...).

وهذا يوجب عدم الارتباط بين الحواشي و متن المكاسب وعدم وضوح آراء المحشين بصورة رائعة ممتعة

٣ - عدم الاتيان بكل هذه الآراء والنظرات بصورة مجتمعة ومنضبطة حول المتن ليكون تطبيق نظرات كل واحد منهم مع آراء الباقي سهل التناول. ومما حثني على الدخول في هذا المشروع ورفع هذه العويصات والموانع هو تسهيل الاستفادة بصورة كاملة، لأن المحققين بحاجة ماسة إلى نظرات هؤلاء الأعلام. مع أنني معترف بأن هذا الأمر، أمر صعب وهذا البحر، بحر عميق يحتاج إلى الاجتهاد البليغ في فهم كل هذه الكتب، مضافا إلى ذوق حسن سليم لكي يتم الاستفادة. ولكن حسن ظني إلى رحمة ربي وعناياته الخاصة التي شاهدها في حيوتي مرارا شجعني على الورود في هذا الأمر الخطير والغوص في هذا البحر العميق. فإنه ولي التوفيق.

ما قمنا به من عمل:

١ - قد جمعنا آراء المحشين المختصة بهم حول المباحث المطروحة في المكاسب في طي كتاب واحد واهتمنا بالسعي البليغ والدقة الكثيرة في اصطياد آراءهم، ولو كانت تحت

عنوان توضيح تأملات صاحب المكاسب.

فأغمضنا النظر عن:

أ - عباراتهم في توضيح مراد صاحب المكاسب وشرح مرامه.

ب - وعباراتهم في توضيح مراد غير صاحب المكاسب (مثل أساتذتهم) أو ابطال آراءهم.

ج - وأغمضنا النظر أيضا عن المباحث التي ذكروها استطرادا التي لا ربط له بأصل مباحث المكاسب.

وكل هذه الأمور الثلاثة تستثنى في مورد واحد وهو ابتناء آراءهم قدس سرهم على ذكر كل

واحد من هذه الأمور.

هذا كله مع رعاية جانب الاحتياط لكي لا نغادر كلاما مربوطا بأصل المبحث.

٢ - قد احتفظنا بعباراتهم وسياقهم من دون تصرف فيها إلا عند الضرورة بصورة بسيطة وفي هذه الموارد جعلنا الزيادات بين الهلالين.

٣ - قد آتينا بمتن المكاسب بصورة كاملة موضوعية مستقلة لكي يتم الاستفادة. وقد اهتمنا (مع تحمل المشاق الكثيرة أولا، وبمقدار استطاعتنا المطبعية ثانيا) على الاتيان بعبارات متن المكاسب بصورة رائعة في كل صفحة بحيث يعطي مطلبا كاملا في تلك الصفحة.

هذا مع الاتيان بالتعليق والحواشي المربوطة في تلك الصفحة لا قبل ولا بعد. وهذا الترتيب يكون له أثر عظيم في فهم مراداتهم كما لا يخفى. فأصبح بحمد الله كتابنا يعتبر موسوعة فقهية تشتمل على آراء الأعظم في الفقه المعاملي وفي الحقيقة جمعنا سبعة كتب في كتاب واحد. فهذا الكتاب يضع آراءهم ونظراتهم في متناول القراء ببسر وسهولة من دون أن يكلفهم جهدا في تحصيل هذه الآراء في الكتب المختلفة المستلزمة لبذل العمر وذهاب نور البصر.

والباحث المحقق يجد فيه ضالته المنشودة ويرى فيه بغيته وأمانيه. فهذا الكتاب يكون دليلا للمفيد والمستفيد والمستنبط والمفتي مالئا نفس الراغب، سادا جوعة الناهم.

وبواسطة الغور فيه يعلم أن متأخريهم لم يزدادوا عليهم إلا قليلا واستفادوا من جهودهم كثيرا، وإن لهم على متأخريهم حقا عظيما. النسخ المعتمدة في هذا التحقيق

١ - كتاب المكاسب للشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري، طبعة المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري في قم المقدسة.

- ٢ - حاشية كتاب المكاسب للمولى محمد كاظم الآخوند الخراساني، طبعة وزارة الإرشاد، طهران.
- ٣ - حاشية المكاسب للسيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، طبعة مؤسسة اسماعيليان، قم المقدسة.
- ٤ - حاشية المكاسب للميرزا علي الإيرواني الغروي، طبعة انتشارات كتيبي نجفي، قم المقدسة.
- ٥ - المكاسب والبيع تقرير أبحاث الميرزا محمد حسين النائيني بقلم الشيخ محمد تقي الآملي، طبعة مؤسسة النشر الاسلامي - قم المقدسة.
- ٦ - منية الطالب في شرح المكاسب تقارير درس الميرزا محمد حسين النائيني بقلم الشيخ موسى النجفي الخوانساري، طبعة مؤسسة النشر الاسلامي - قم المقدسة (١).
- ٧ - حاشية كتاب المكاسب للشيخ محمد حسين الغروي الأصفهاني، طبعة دار الذخائر - قم المقدسة.
- وأخيرا رأينا قد طبعت هذه الحاشية بأسلوب جديد، ولتسهيل المراجعة طبقنا عنوان الحاشية السابقة مع عنوانها في الحاشية الجديدة ورمزنا إلى عنوان الحاشية في الكتاب الجديد بهذا الرمز. * (ص.٠٠، ج.٠٠). ونعني بهذا الرمز أنه الشرح المختص بالعبارة يتواجد في الكتاب الجديد على العنوان المذكور.

* - واحترزنا عن التكرار في الاتيان بكلا التقريرين إلا في الموارد التي تختلف آراءه في التقريرين مع الآخر ومن حيث إن كتاب منية الطالب دون لتقرير الدورة الثانية من درسه فنحن في الموارد التي أشار العلامة النائيني بتغيير رأيه ونظره السابق اكتفينا بنظره الجديد الموجود في منية الطالب.

وفي الختام:
(مع أنني بذلت في هذا التأليف والتحقيق على أوسع مدى مستطاع).
أسأل من القراء الكرام: إذا عثروا على شيء طغى به القلم أو زلت به القدم، أن يغتفروا
ذلك في جنب ما قربت إليهم من البعيد، وأن يعلموا أن الجواد قد يكبو وإن الصارم قد
ينبو،
وإن النار قد تخبو وإن الإنسان محل النسيان وإن الحسنات يذهبن السيئات.
وأسأل من الأساتذة العظام أن يمنوا علي بارشاداتهم المفيدة.
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.
يوم الغدير المبارك - سنة ١٤١٨ هـ ق
صادق الطهوري (نوروزي)

وهو في الأصل - كما عن المصباح - : مبادلة مال بمال (١).

(١٣)

والظاهر اختصاص المعوض بالعين (٢) فلا يعم ابدال المنافع بغيرها، وعليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع.

فيعلم منه، أن المراد منها هو التبديل المعاملي والتسبب إلى جعل شيء مكان شيء في الملكية. (ص ٢) * (ص ١٠، ج ١)
(٢) الطباطبائي: لأنه المتبادر من لفظه عرفا. ولصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض. وهما علامة كونه كذلك في العرف الكاشف عن كونه كذلك لغة، بضميمة أصالة عدم النقل. ولا يضر ما في المصباح بعد كونه مبنيا على المسامحة (ص ٥٣).
الإيرواني: بل المقطوع به خلافه، وأنه يعم ابدال المنافع (ص ٧٢).
النائيني (المكاسب والبيع): لعدم صدق البيع عرفا على نقل غير العين. ولا أقل من الشك الموجب لعدم صحة التمسك بالاطلاق من جهة الشك في الموضوع. ولا ينافي ما ذكرناه من اطلاق البيع على نقل منفعة العبد في بعض الأخبار. وذلك، لعدم دلالة على كونه كذلك عرفا، لامكان كونه بالعناية. (ص ٨٨)
مسألة: هل العين في التعريف تختص بالعين الشخصية أم تشمل أقسام الكلي المشاع والكلي في المعين والكلي الذمي والدين؟
الطباطبائي: لا أشكال في شمولها لهذه الأمور إلا الأخيرين، فإن في أولهما يكون اشكالين. وفي الثاني اشكالا واحدا. أما الإشكال المشترك بينهما فهو: أنه لا بد في المبيع أن يكون مما يمكن أن يتعلق به الملكية وهما ليس كذلك، لعدم وجودهما. مع أن الملكية عرض محتاج إلى محل موجود. وهذا الإشكال يجري في سائر العقود المملكة المتعلقة بهما، بل يجري في بيع الثمرة المتجددة إذا ضمت إلى ما بدا صلاحه، وأيضا في الإجارة بالنسبة إلى المنفقة الآتية، مع أن الظاهر الاجماع على صحة كل ذلك. والجواب: أن الملكية وإن كانت من الأعراض الخارجية، إلا أن حقيقتها ليست إلا اعتبارا عقلائيا، والعقلاء يعتبرون هذا الكلي الذمي شيئا موجودا يتعلق به الملكية، وكذا المنفقة

نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار، كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر، وبيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها، وكأخبار بيع الأرض الخراجية وشرائها، والظاهر أنها مسامحة في التعبير، كما أن لفظ الإجارة يستعمل عرفا في نقل بعض الأعيان، كالثمرة على الشجرة (٣).

ويجعل الثمن طرفا لتلك الإضافة القائمة بالكلي حتى يتحقق التبديل في الطرفين، وهذا المعنى مناف مع اعتبار الكلي في الذمة بالبيع، لا قبله. قلت: ليس المعتبر في البيع إلا كون المبيع منتقلا عن البائع إلى المشتري، وهو حاصل بالبيع ولا يكون لاعتبار الأزيد منه دليل حتى يكون الالتزام به موجبا للاشكال. (ص ٨٩ و ٨٨)

(٣) الإصفهاني: ولم أظفر بمورد في الأخبار قد استعمل الإجارة فيه في البيع، إلا ما في رواية الحلبي في باب بيع الثمار، حيث قال عليه السلام: تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها

سنة، وإن شئت أكثر وإن لم يتبين لك ثمرها، فلا تستأجر - أي لا تشتتر - كما هو صريح سائر أخبار الباب.

(ص ٢) * (ص ١٤، ج ١)

الطباطبائي: وذلك، لأننا نمنع اعتبار كون متعلق الإجارة المنفعة بالمعنى المقابل للعين، بل المناطق عدة منفعة عرفا وإن كان عينا، كما في الموارد المذكورة. (ص ٥٥)

الإيرواني: كل ما أطلق من البيع على بيع المنفعة في الأخبار، وغير الأخبار، فذلك وارد على حقيقته، والانسان في سعة - حينما يريد نقل المنفعة - بين أن يبيع المنفعة،

وبين أن يأجر العين فتنقل بذلك المنفعة. وأما اطلاق الإجارة على بيع بعض الأعيان - كالثمرة على الشجرة - فذلك أيضا وارد على حقيقته، إن تعلقت الإجارة بالأصول لغرض ملك الأثمار، لأن الثمرة يعد منفعة للأصول والأشجار. وإن تعلقت المعاملة بالثمرة، كان ذلك بيعا، ولا يصح اطلاق الإجارة عليه. (ص ٧٢)

وأما العوض، فلا اشكال في جواز كونها منفعة، كما في غير موضع من القواعد، وعن التذكرة وجامع المقاصد، ولا يبعد عدم الخلاف فيه. نعم، نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه، ولعله لما اشتهر في كلامهم: من أن البيع لنقل الأعيان، والظاهر إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: إن الإجارة لنقل المنافع.

وأما عمل الحر، فإن قلنا: إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال، فلا اشكال، وإلا ففيه اشكال، من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع (مالا) قبل المعاوضة، كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح (٤).

(٤) الآخوند: لا اشكال إنه من الأموال، بداهة أن حاله، حال عمل العبد في كونه مما يرغب فيه، ويبدل بإزائه المال. وإن كان قبل المعاوضة، لا يكون ملكا، بخلاف عمل العبد، لأنه ملك لسيدته بتبعه، ولا شبهة في عدم اعتبار الملكية قبلها، لوضوح جعل الكلي عوضا في البيع مع عدم كونه ملكا قبله. وبالجملة: المالية والملكية من الاعتبارات العقلائية الصحيحة، ولكل منهما منشأ انتزاع وبينهما بحسب الموارد عموم من وجه، يفترقان في الكلي المتعهد به والمباحات قبل الحيازة وفي مثل حبة من الحنطة والماء على الشط والثلج في الشتاء إلى غير ذلك. فانقدح أنه: يجوز جعل عمل الحر عوضا، وإن قيل: ب: اعتبار كون العوضين مالا قبل المعاوضة، فتدبر جيدا. (ص ٣)

الطباطبائي: ابتناء المسألة على مالية عمل الحر قبل المعاوضة ممنوع، لأنه: لا دليل على اعتبار أزيد من كون العوضين مما له مالية، بمعنى صحة مقابله بالمال - وإن لم يكن مالا عرفا - والمستفاد من تعريف المصباح ليس أزيد من ذلك، وإلا هو غير مقبول منه، فلذا يصح بلا اشكال إجارة الحر نفسه، مع أن الإجارة أيضا لا بد وأن يتعلق بالمال، فإنها أيضا تمليك مال في مقابل مال. ومع صرف النظر عن هذا الابتناء، فهل عمل الحر مال

وأما الحقوق لم تقبل المعاوضة بالمال - كحق الحضانة والولاية - فلا اشكال، وكذا لم له تقبل النقل، كحق الشفعة وحق الخيار، (٥)

وعمله، حتى يندرج تحت قاعدة اليد، وأما استيفائه قهرا عليه، فإنما يكون مضمنا لا لأنه مملوك للحر، بل لاحترام عمله فلا يذهب هدرًا. فتلخص مما ذكرنا: إن الإشكال في عمل الحر إن كان من جهة عدم المالية، ففيه: أنه مال لما مر، وإن كان من جهة عدم الملكية، ففيه: أنه لا يجب في المبيع ولا في العوض أن يكون مملوكًا، بل قابلاً لأن يملك بالبيع أو الإجارة. (ص ٣) * (ص ١٤، ج ١)

الإيرواني: ومما ذكرنا ظهر لك الحال في بيع عمل الحر، وبيع منافع الحر وإن ذلك جائز، وإن لم تعد المنافع والأعمال أموالاً، فإنه لا يعتبر التمول في المبيع، وتعريف البيع بمبادلة مال بمال منزل على الغالب، وإلا فهو مبادلة متعلق سلطان بمتعلق سلطان لغرض نقل السلطنة وعمل الحر ومنافع الحر داخل تحت سلطان الحر، - كدخول نفسه تحت سلطان نفسه - وبالجملة: البيع في قاطبة موارد الحقوق جائز، ولا يختص بالأموال، والاعتبار العرفي يعم الجميع، وأدلة حل البيع ووجوب الوفاء بالعقود يشمل الجميع، إلا أن يقوم دليل خاص على المنع فيخرج ما قام عليه الدليل. وكلام المصنف بعد الفراغ عن عدم جواز جعله مبيعاً. ولكن نقول بل يجوز جعلها مبيعاً، فضلاً عن جعلها ثمناً، بل يجوز بيع متعلق الحقوق من الأوقاف والمباحات، بل يجوز أن يبيع الشخص نفسه، أو عمل نفسه، أو منفعة نفسه. (والسر في ذلك كله يتضح فيما بعد.) من تعريف البيع ب أنه: تبديل متعلق سلطان بمتعلق سلطان. وهذا يشمل الجميع، ومنع الشارع عن بعض ذلك مقام آخر خارج عن محل الكلام من تحقق مفهوم البيع العرفي. (ص ٧٢ و ٧٣) (٥) الإصفهاني: هذا، إذا أريد عوضية نفس الحق، لا عوضية سقوطه بنحو النتيجة. (ص ٣) * (ص ٥٣، ج ١)

النائيني (المكاسب والبيع): الحق عدم قابلية شئ من الحقوق لأن يقع ثمناً،

لأن البيع تمليك الغير (٦). ولا ينتقض بيع الدين على من هو عليه، لأنه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط (٧)،

من المصباح، فلا اشكال في عدم صحة جعل الحق عوضا، وإن كان قابلا للانتقال، فإن الحقيقة وإن كانت من الاعتباريات - كالملكية والمالية - إلا أنها غيرهما، ولو قيل بعدم اعتبارها، فلو قيل بعدم اعتبارها لانتقال في العوض، وإن أخذه فيه، إنما هو لمجرد أنه ليس بتمليك مجان فلا اشكال في جعلها عوضا مطلقا، وإلا في خصوص القابل منها للانتقال. (ص ٤)

(٦) الآخوند: لا يخفي أنه كلام مختل النظام، فإنه في مقام أنها تجعل عوضا أم لا، فلا يناسبه التعليل بقوله: (لأن البيع تمليك الغير). (ص ٣)
الإصفهاني: إن هذا التعليل عليل، لأن التمليك أعم من النقل - كما مر في البيع الكلي الذمي - فإنه تمليك ولا نقل - فليس كل ما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك مضافا إلى: أن

الحق إضافة - كالملكية - مضافة بذاتها إلى ذي الحق، لا أنها مضافة بإضافة الملكية. فالأولى: التعليل بأن البيع لا بد من أن يفيد تعلقا ملكيا أو حقا بالطرفين، والمفروض أن الحق سنخ حق لا يتعدى عن مورده. (ص ١٣) * (ص ٥٣، ج ١)
(٧) الآخوند: النقض ببيع الدين لا يناسب هذا المقام. (الذي بصدد جواز كون الحق عوضا أم لا)، فإنه إنما يناسب إذا كان بصدد بيان أنها لا يجعل معوضا في البيع. (ص ٣)
الطباطبائي: إن في الحق يتصور التمليك، ثم السقوط. أما في مثل حق الخيار والشفعة فواضح، لأن الحق فيهما سلطنة على شيء - هو أمر العقد - أو استرداد العين أو أخذ حصة الشريك، فيمكن: أن يملكه لطرف الآخر كما في بيع الدين على من هو عليه. وأما مثل حق القصاص وحق السلام، وحق الزيارة وحق المضاجعة، ونحو ذلك، فلأنها وإن كانت سلطنة على الشخص، إلا أن المملوك والمسئول عليه فيها أولا: هو السلام والزيارة وازهاق النفس والمضاجعة ونحو ذلك، فلا مانع من تمليكها وكذا في كل متعلق

ولذا جعل الشهيد في قواعده (الابراء) مرددا بين الاسقاط والتملك (٨).
والحاصل: أنه يعقل أن يكون مالكا لما في ذمته فيؤثر تملكه السقوط، ولا
يعقل أن يتسلط على نفسه، والسر: إن هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام
طرفيها بشخص واحد (٩)،

بشخص. غاية الأمر: أن الشخص مقوم للحق، ولا بأس به، إذ في الدين أيضا كذلك، إذ
الكلي الذي في الذمة، لا يكون ملكا ومالا إلا بقيد تعلقه بذمة شخص وإلا فمع قطع النظر
عن تعلقه بذمة الغير لا يكون ملكا ومالا كما هو واضح. (ص ٥٦)

(٨) الطباطبائي: إن كان مراد الشهيد، إن حقيقة الابراء يحتمل أن يكون تملكا فهو
فاسد، إذ في معنى غير التملك قطعا، فلا وجه للترديد. وإن أراد، أن ما بيد العرف في
مقام الابراء غير معلوم أنه اسقاط حتى يكون ابراء حقيقة أو تملكا فلا وجه له أيضا، إذ ما
بيدهم في مقام الابراء ليس إلا الاسقاط. (ص ٥٨)

(٩) الأخوند: لا يخفى: أن الحق بنفسه ليس سلطنة وإنما كانت السلطنة من آثاره، كما
أنها من آثار الملك وإنما هو اعتبار خاص له آثار مخصوصة، منها: السلطنة على الفسخ -
كما في حق الخيار - أو التملك بالعوض - كما في حق الشفعة -، أو بلا عوض - كما
في

حق التحجير - إلى غير ذلك. وهي لا يقتضي أن يكون هناك من يتسلط عليه، وإلا كانت
من آثار الملك أيضا، وإن لم يكن نفسه، فيلزم في بيع الدين إما محذور تسلط الشخص
على نفسه، وإما التفكيك بين الملك وأثره، مع أن ذلك إنما يلزم في بيع الحق ممن كان
عليه لا من غيره. (ص ٤)

الطباطبائي: أولا: إن المانع الذي ذكره - وهو اتحاد المسلط والمسلط عليه -،
لا يجري إذا نقله إلى غير من هوله. ثانيا: لا مقابلة بين الحق والملك، لأن الحق نحو من
الملك، بل هو ملك. - بحسب اللغة - وكونه في مقابل الملك اصطلاح عام أو خاص.

بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه (١٠)، فافهم.

بلا أثر السقوط لغو في السلطنة، كذلك في الملكية، نعم، كون هذا الأثر مصححا للاعتبار محل المناقشة، فإن سقوط ملكية ما في ذمة نفسه، إن كان لعدم أثر لاعتبار كون الانسان مالكا لما في ذمته، فلا يبقى ففيه: أن الحدوث كالبقاء. وإن كان السقوط هو بنفسه أثر ثبوت الملك. ففيه: أنه لا يعقل أن يكون الشيء علة لعدم نفسه. وثالثا: إن محذور الاستحالة في الحق إنما هو لجعله بمعنى السلطنة. وهذا المعنى غير بين ولا مبين، ليرتب عليه هذا المحذور، ولم لا يكون بمعنى الملك أو مرتبة منه، أو اعتبارا آخر ولو بحسب المورد، فلا يترتب عليه هذا المحذور، فتدبر جيدا. (ص ١٤) * (ص ٥٥، ج ١) (١٠) الطباطبائي: أولا: قد عرفت: أن في الكلبي في الذمة يحتاج إلى ذلك - أي من يملك عليه - إذ هو مع قطع النظر عن من يملك عليه لا يعد ملكا ومالا. ثانيا: ظاهر المصنف أنه جعل الملكية من مقولة الإضافة ويمكن أن يقال: إن الملكية هي نفس السلطنة الخاصة، لا العلقة الملزومة لها. وهذا، هو الأظهر، بملاحظة سائر المشتقات كما لا يخفى. ولا يضر: عدم شك بالنسبة إلى الصبي والمجنون، مع تحقق الملكية بالنسبة إليهما، إذ معنى سلطنتهما سلطنة وليهما، وإلا فلو جعلناها بمعنى النسبة الملزومة للسلطنة أيضا، يرد هذا الإشكال. (ص ٥٨) الإيرواني: كيف يعقل! أن يكون مالكا لما في ذمته ويكون مشغول الذمة لنفسه. ولو كان معقولا، لما كان وجهه للسقوط، بل كما جاز حدوث الاشتغال جاز دوامه، ولكن يعقل أن يكون مالكا لما في ذمته، على أن يكون معنى ملك الذمة براءة الذمة عن الاشتغال للغير، وهذا كما يحدث كذلك يدوم، وكما يجري في ملك الذمة كذلك يجري في ملك الحقوق. ويكون معنى انتقال الحق إليه عدم استحقاق الغير منه شيئا، وسقوط ذلك الحق وخروج الشخص عن استحقاق آخر عليه. (ص ٧٣)

وأما الحقوق القابلة للانتقال - كحق التجحير ونحوه - فهي وإن قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح، إلا أن في جواز وقوعها عوضاً للبيع اشكالا، من أخذ المال في عوض المبيعة لغة وعرفا، مع ظهور كلمات الفقهاء - عند التعرض لشروط العوضين ولما يصح أن يكون أجره في الإجارة - في حصر الثمن في المال. (١١)

النائبي (المكاسب والبيع): إن الدين لو كان مقيدا بما في ذمة المديون، كما في عبارة الشيخ لاحتاج قطعاً إلى من يملك عليه، ويلزم استحالة اتحاد المالك والمملوك عليه كما في

الحق بعينه ولكن الحق كما نقول: إن الدين ليس كذلك، بل المديون مطالب بأداء المملوك الذي هو المنشأ، لاعتبار العهدة عليه، لا أن المملوك المقيد بكونه في ذمة مملوك للدائن كيف! والألم يعقل: أدائه بتطبيقه على ما في الخارج، إذ الخارج لا يكون مصداقاً للكلي المقيد بما في الذمة، والكلي بهذا القيد يستحيل أن ينطبق على ما في الخارج أصلاً، بل الدين إنما هو الكلي. - الذي يستحقه الدائن على المديون - ومن استحقاقه عليه يعتبر في ذمته، لا أن الكلي المقيد بما في ذمته يعتبر عليه. وهذا، بخلاف الحق على من عليه الحق، فإن قوامه أن يكون عليه، ولا يعقل أن يكون له على نفسه. (ص ٩٦ و ٩٥)

(١١) الطباطبائي: لا اشكال في جواز جعلاً عوضاً في البيع - كما في الإجارة وغيرها من عقود المعاوضات -، للصدق العرفي كما لا يخفى. (ص ٥٨)

الإصفهاني: الإشكال تارة: من حيث عدم كون الحق مالا عرفاً وأخرى: من حيث كون الحقيقة في قبالة الملكية والمالية، فلا يصدق المال على الحق لمنافاته مع المقابلة. ويندفع الإشكال بكلا الوجهين بما مر سابقاً، من أن المالية إنما ينتزع بلحاظ ميل النوع ورغبتهم في شئ وبذل شئ بإزائه والحق بما هو كذلك لصحة البذل بإزائه لا مكان الانتفاع بنقله إليه فالمقابلة مفهوماً لا دخل له بالتقابل وجوداً كي يأبى عن الصدق.

ثم الظاهر: أن لفظ (البيع) ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية، بل هو باق على معناه العرفي (١٢)، كما سنوضحه - إن شاء الله -، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه (١٣).

ففي المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها: (انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي).

وسيجيء - إن شاء الله - إن دائرة البيع أوسع من ذلك، فلا يضر عدم صدق عنوان المال على العوض أيضا. (ص ١٤) * (ص ٥٧، ج ١) (١٢) الطباطبائي: نعم، يمكن: دعوى إن خصوص الفقهاء اصطلاحوا فيها معنى آخر وهو: (العقد المركب من الايجاب والقبول)، ولذا نسب إلى المشهور تعريفه بالعقد، بل عن العلامة دعوى الاجماع عليه. (ص ٥٨) (١٣) الآخوند: الظاهر: أن اختلافهم ليس لأجل الاختلاف في حقيقته وماهيته، بل لأجل أن البيع الحقيقي لما كان له سبب يتسبب به إليه ولوازم تترتب عليه أخذ كل منهم بطرف من أطرافه لا بتمام جوانبه وأكنافه، حيث إن الغرض ليس إلا الإشارة إليه من نحوه ومعرفته بوجه، لا معرفته بحده أو برسمه. وبذلك يوفق بين كلمات الأعلام وينقدح: أنه لا وقع لما وقع من النقض والابرام في المقام، بل لا اختلاف حقيقة فيه بين العرف

والشرع وإنما الاختلاف بينهما فيما يعتبر في تحققه. (ص ٤) الإيرواني: وكل هذه التعاريف نائية عن السداد مشتركة في عدم قبولها للإنشاء، مع: أن البيع من المعاني الإنشائية، فإن الايجاب والقبول كيف ينشئان! وكذا الإنشاء الذي هو تعريف المصنف كيف ينشأ! وكذا النقل بالصيغة المخصوصة، باعتبار تقييده بالصيغة المخصوصة، كيف ينشأ! وإن كان نفس النقل قابلا للإنشاء، وكذا الانتقال الخارجي أثر للإنشاء وليس هو مما ينشأ! هذا، مضافا إلى: الإشكالات الخاصة المتوجهة إلى كل تعريف. (ص ٧٣)

وحيث إن في هذا التعريف مسامحة واضحة (١٤)، عدل آخرون إلى تعريفه ب: (الايجاب والقبول الدالين على الانتقال)، وحيث إن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ - مجردا أو بشرط قصد المعنى، وإلا لم يعقل انشاءه باللفظ (١٥) - عدل جامع المقاصد إلى تعريفه ب: (نقل العين بالصيغة المخصوصة). ويرد عليه - مع أن النقل ليس مرادفا للبيع، ولذا صرح في التذكرة: بأن ايجاب البيع لا يقع بلفظ (نقلت)، وجعله من الكنايات،

(١٤) ألف - الطباطبائي: وذلك، لأن الانتقال أثر للبيع وأيضا أنه فعل والانتقال انفعال. (ص ٥٨)

الإيرواني: مسامحة هذا التعريف ليس بأشد من مسامحة تعريفه بالنقل أو بالإنشاء، والمسامحة في تعريف البيع بالمصدر، مع أن المعرف البيع بمعنى اسم المصدر. ولا فرق في المسامحة، بين أن يعرف بالنقل أو بالانتقال، فإن النقل والانتقال أمر واحد، والاختلاف في النسبة إلى الفاعل والقابل وكل من النسبتين خارج عن معنى البيع وإنما معنى البيع ذلك الواحد الموجود في كل من النسبتين. (ص ٧٣)

النائيني (المكاسب والبيع): المسامحة فيه واضحة، حيث إن الانتقال ليس حقيقة البيع، بل هو أثر له، فتعريفه به، تعريف للشئ بأثره. (ص ٩٦)

(١٥) النائيني (المكاسب والبيع): هذا كله، مع: أن البيع ليس عبارة عن مجموع الايجاب والقبول، بل هذا المركب عند تحققه بكل جزئيه يكون ايجابه بيعا وقبوله شراء على ما سيأتي توضيحه. وبالجملة: فهذا التعريف ليس بشئ. (ص ٩٦)

النائيني (منية الطالب): مع: أن القبول الذي هو من فعل المشتري ليس داخلا في حقيقة البيع الذي هو من فعل البائع. (ص ١١٣)

(١٦) الإيرواني: هذا الايراد غير متجه بعد أن قيد النقل في التعريف ب: أن يكون بالصيغة

وأن المعاظة عنده (١٧) بيع مع خلوها عن الصيغة:

المخصوصة، وكون التقييد بذلك باطلا لا يوجب اطلاق التعريف الموجب لتوجه هذا الايراد. (ص ٧٣)

الإصفهاني: إن كان الغرض تعريف البيع بتفسيره بما هو مسمى اللفظ بحده من دون تفاوت بين الحد والمحدود حتى بالاجمال والتفصيل فاللازم تفسيره بما يرادفه بحده فقط. ومن البين أن الغرض لم يتعلق به، بل إما بتعريفه بحقيقته وماهيته أو بالإشارة إلى المعاملة المتداولة بلفظ أو بألفاظ مجموعها أعرف من لفظ البيع - كما هو مبني التعاريف اللفظية - فلا يلزم مرادفة المعرف للمعرف. والتحقيق أن يقال: إن الغرض إن كان تعريف ماهية البيع فالنقل ليس جنسا للبيع، ولا من لوازم العامة والخاصة فالتعريف فاسد. وإن كان تعريف المعاملة المتداولة بما يشير إليه، فالتعريف لفظي، وتكفي فيه الملازمة الغالبية بين البيع والنقل. (ص ١٥) * (ص ٦١، ج ١)

النائبي (منية الطالب): أولا: ظهر أن هذه التعاريف تقريبية، فلا يرد عليها الإشكالات. ثانيا: أن النقل وإن لم يكن مرادفا للبيع، إلا أنه ليس مباينا له، بل هو أعم من البيع، لشموله النقل المكاني، دونه. وعدم صحة إنشاء البيع بلفظ (نقلت) لا يكشف عن تباين معناه، فإن عدم إمكان إنشاء المعنى الخاص باللفظ العام، إنما هو لأن المعنى أمر بسيط ليس له جنس وفصل حتى يمكن إنشاء جنسه أولا ثم فصله. وبعبارة أخرى: إنشاء الأمر البسيط لا يعقل تحققه تدريجا، فلا يمكن: إنشاء النقل - الذي هو بمنزلة الجنس - ثم إنشاء ما هو المميز بين البيع وغيره، بل لا محيص عن إنشاء المعنى الخاص باللفظ الموضوع لهذا المعنى. (ص ١١٣)

(١٧) الإصفهاني: إذا كان غرض المحقق من التقييد بالصيغة، أنه ليس نفس السبب بل المسبب منه، فلا يضر تحققه بالمعاطاة. وبالجملة: ليس غرضه تضييق دائرة النقل، حتى يورد عليه: بأن النقل الحاصل بالمعاطاة يخرج عن الحد، مع أنه داخل في المحدود، بل

إن النقل بالصيغة أيضا لا يعقل انشاؤه بالصيغة (١٨).

دفع توهم أنه السبب دون المسبب، أو أن غرضه: إن البيع نقل معاملي تسبيبي لا نقل خارجي، فالتقييد لمجرد بيان سنخ النقل. (ص ١٥) * (ص ٦٢، ج ١) النائيني (المكاسب والبيع): والانصاف: أن هذا الايراد وارد عليه، اللهم إلا أن يراد بالصيغة ما هي آلة لإنشاء البيع بالمعنى الأعم من القول والفعل، أو يكون المراد من المعرف خصوص غير المعاطاتي منه المتفق على كونه بيعا، فتأمل. وحق الايراد عليه: إن التعريف بالجنس القريب بعيد. (ص ٩٩)

(١٨) النائيني (المكاسب والبيع): ولا يخفي ما فيه أيضا، فإن الغرض من هذا التعريف جعل النقل بمنزلة الجنس البعيد للتعريف وكلمة (بالصيغة) بمنزلة الفصل له، فيكون المجموع منهما معرفا للبيع، فيقال: إن حقيقة البيع نقل واقع بالصيغة، لا أن النقل بالصيغة واقع بها، وهذا كما يقال: إن الانسان حيوان ناطق، إذ لا يصح أن يرد عليه: بأنه في معنى أن

الحيوان الناطق ناطق، كما لا يخفى. (ص ٩٨) النائيني (منية الطالب): أولا: ظهر: أن هذه التعاريف تقريبيه فلا يرد عليه الإشكالات.

ثانيا: ليس مقصود المحقق إلا بيان امتياز هذا النقل عن النقل المكاني، وإن البيع ليس مجرد تبديل المالكين في المكان، بل التبديل في عالم الاعتبار الذي يتوقف على إنشاء من بيده هذا الأمر الاعتباري، وليس مقصوده أن النقل بالصيغة داخل في مفهوم البيع، حتى تتوقف الصيغة على الإنشاء أيضا، وإلا لورد هذا الإشكال على المصنف أيضا، فإنه في مقام التعريف قال: (إنه إنشاء تمليك عين بمال). فيرد عليه: أن الإنشاء أيضا يتوقف حصوله على الإنشاء. (ص ١١٣)

الإصنفهاني: مضافا إلى: ما مر من الباعث على التقييد، نقول: إن الصيغة ليس جزء مقوما لماهية البيع، بل حال السبب حال العين والعيوض المأخوذ في مقام تعريف

ولا يندفع هذا: بأن المراد أن البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة (١٩) فجعله مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل لا أنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول (بعث): نقلت بالصيغة، لأنه إن أريد بالصيغة خصوص (بعث) لزوم الدور، (٢٠)

البيع، ب: أنه (تمليك عين بعوض)، فإنه من الواضح أن مفهوم العين ومفهوم العوض غير داخلين في مفهوم البيع، بل الغرض أن البيع حصة من طبيعي النقل أو من طبيعي التمليك، فالمدلول ذات تلك الحصة الملزومة لسبب خاص لمتعلق مخصوص، وذات تلك الحصة قابلة للإنشاء بالصيغة فيتخصص بنفس الإنشاء أو بتعلقه بالعين، فتدبره، فإنه حقيق به. (ص ١٥)

(١٩) الطباطبائي: ينبغي القطع ب: أن مراده هو هذا، لا المعنى الأول. - وهو كون القيد معتبرا في مفهومه - (ص ٥٩)

الإيرواني: بل مقتضى ما ذكره أنه يندفع هذا ويتولد اشكال آخر. ولكن الحق: عدم الاندفاع، فإن الصيغة المخصوصة إن كان قيذا دخيلا في التعريف، فالإشكال بعدم قبول الإنشاء بحاله وإن لم تكن قيذا فيلغى من التعريف. (ص ٧٣)

(٢٠) الآخوند: وعليه، يتوقف معرفة البيع على معرفة (بعث) بمادته ومعرفته، كذلك يتوقف على معرفة البيع وهو دور صريح - كما هو واضح - والظاهر: تعيين إرادة الشق الثاني وعدم الاقتصار على النقل أو التمليك، للإشارة إلى عدم كفاية مطلق الصيغة، ولو كانت كناية. (ص ٥)

الإصفهاني: إن كان الغرض تعريف ماهية البيع، فمعرفة تلك الحصة متوقفة على معرفة ما يخصصها، بوضوح إن الصيغة بمعناها يخصصها لا بلفظها، وإن كان الغرض الإشارة إلى تلك المعاملة المتداولة. - التي يتسبب إليها بالصيغة الخاصة - فلا دور، إذا علم

لأن المقصود معرفة مادة (بعث)، وإن أريد بها ما يشمل (ملك) و (ملك) واجب
الاقتصار على مجرد التملك والنقل (٢١).

أن المعاملة المتداولة يتسبب إليها بصيغة (بعث) وإن لم يعرف معناها. (ص ١٥)

* (ص ٦٢، ج ١)

الطباطبائي: فيه: منع فإن المراد من (بعث) لفظه، فهو في قوة قولنا: إن البيع هو النقل
بلفظ بعث، ولا يلزم العلم بمعنى (بعث) حتى يلزم الدور وعلى فرضه يكفيه العلم به
اجمالا. (ص ٥٩)

النائبي: (المكاسب والبيع): وهذا أيضا مندفع، فإن الصيغة المخصوصة لا تختص
بكلمة (بعث) بل هي إشارة إلى ما يقع آلة لإنشاء البيع من الصيغ، فليس معرفة البيع
متوقفا على معرفة صيغة (بعث) حتى يلزم الدور. (ص ٩٨)

النائبي (منية الطالب): هذا مندفع أولا: ب: أنه ليس في مقام التعريف الحقيقي.
وثانيا: المراد من الصيغة هو لفظ (بعث)، فكأنه قال: البيع هو النقل بلفظ (بعث)
ولأي يلزم العلم بمعنى (بعث) كما لا يخفى. (ص ١١٤)

(٢١) الطباطبائي: لا يخفى، أن وجوب الاقتصار على مجرد التملك والنقل لا يختص
بهذا الشق، بل على الأول أيضا كذلك. غاية الأمر: أنه يرد عليها أشكال الدور أيضا. ثم
أقول: وجوب الاقتصار ممنوع بعد كون الغرض تعيين الفرد المراد، فتدبر. (ص ٥٩)

الإصفهاني: لا موجب للزوم الاقتصار، إذ عدم الخصوصية (لبعث) لا ينافي دخل
الخصوصية بمجموع (بعث) و (ملك) ونحوهما، ولسعة دائرة الصيغة المخصوصة للنقل
لا يلزم الدور، لعدم توقف معرفته على معرفة معنى (بعث)، مع: أن عدم الخصوصية
ل (بعث) لازمه الاقتصار على مجرد الصيغة لا على مجرد النقل وعدم كون الصيغة جزء
من مدلول البيع لا يقتضي لغوية أخذ الصيغة في حده لما عرفت من أن البيع حصة من
طبيعي النقل والتملك، فأخذ الصيغة عاما أو خاصا في تعريف الحصة لازم ويحتمل

فالأولى تعريفه بأنه: (إنشاء تمليك عين بمال)، (٢٢) ولا يلزم عليه شيء مما تقدم.

بعيدا أن يكون مراده من النقل والتمليك صيغتهما في قبال (بعث)، لئلا يلزم من شمول الصيغة الخاصة لها دور، إلا أنه مع بعده قد عرفت دفعه، فإن دخل صيغة (بعث) خصوصا وعموما لا يلزم منه محذور الدور، بل محذور الدور إنما هو في مقام إفادة معنى البيع بما يتحصص بصيغة (بعث)، ومع سعة دائرة الكاشف لا يلزم دور، فتدبره جيدا. (ص ١٥) *

(٢٢) الآخوند: كيف هذا! والبيع الذي عرفه بذلك، هو المأخوذ في صيغة (بعث) وغيره من المشتقات، - كما يصرح به عن قريب - وليس المراد في الأخبار بوقوعه قبله أو بعده بمثل (باع) أو (بييع) إلا نفس البيع، لا انشائه فالصواب، تعريفه: بتمليك العين بالعوض، لما عرفت من: أن إنشاء التمليك ليس ببيع، كما أنه ليس بتمليك. نعم، إنما هو جزء سببه فيما إذا قصد التوصل إليه، ويرد عليه أيضا: أن إنشاء التمليك لا يعقل انشائه، وما يقبل لهذا الطور من الوجود وسائر أطواره هو التمليك، فيتصور تارة، وينشأ أخرى، ويوجد في الخارج ثالثة، ويختلف آثاره باختلاف أطواره، ويكون لكل طور منه أثره، لا يكاد يترتب على الآخر، فتدبر. (ص ٥)

الطباطبائي: لا يخفى، أن الأولى: اسقاط لفظ الإنشاء، إذ الغرض من زيادته، بيان أن البيع ليس تمليكا خارجيا، بمعنى ايجاد الملكية الواقعية ب: أن يكون مما أمضاه العرف أو الشرع، بل هو تمليك انشائي من الموجب وإن لم يحصل به الملكية عند العرف، كما في بيع الأشياء المحقرة التي يعد بيعها سفها وكذا وإن لم يحصل به الملكية عند الشرع، كبيع الخمر، غاية الأمر: أنه بيع فاسد عرفا أو شرعا وذلك، كما في الطلب الوجوبي، فإنه ايجاب انشائي لا واقعي. ولا حاجة إلى ذكر هذا اللفظ لبيان هذا المطلوب، بل هو معلوم من التمليك. وعلى فرض الحاجة إليه لا ينبغي جعله جنسا للحد، بل الأولى أن يقال: إنه

نعم، يبقى عليه أمور: منها: أنه موقوف على جواز الايجاب بلفظ (ملك) وإلا لم يكن مرادفا له (٢٣).

الموارد، فأثره تارة: ملكية العوضين - كما في غالب أفراده - وأخرى: انقطاع إضافة الجاعل

عن المبيع، وحيث إنه لا يعقل دخوله في ملك المشتري فينتقل - كما في البيع ممن ينعقد عليه فإن الانعتاق ليس إلا زوال ملكية المالك عن العبد - وثالثة: ذلك الانقطاع، مع كونه غير قابل للدخول في ملك المشتري فهو عين سقوط ما في الذمة - كما في بيع الدين ممن هو عليه - ورابعة: قيام كل من العوضين مقام الآخر فيما له من التعلق والإضافة بأحد أو بجهة كآلات المشتراة من غلة العين الموقوفة فتكون الآلات كالمسجد والقنطرة متعلقة بتلك الجهة ويكون الغلة مملوكة لمالك الآلات وكذا في اشترائها من الزكاة، فأثر المعاملة البيعية هي الملكية من الطرفين في المورد القابل وأما في غيرها، فأثره إما الانعتاق أو السقوط أو الوقفية، لصيرورة المال بدلا عن الموقوف، وليس المراد من جعل شيء في قبال شيء إلا في قبال المجانية - كالهبة - فلا مانع من جعل المال بإزاء سقوط الحق بطور النتيجة، أو جعله بإزاء كون العوض لزيد، وعلى هذا الاطلاق يقال: (باع فلان دينه بدنيا غيره)، وهذا المسلك وإن كان غير معروف ولا مألوف، إلا أن المتبع هو البرهان والله المستعان. (ص ١٦) * (ص ٦٥، ج ١)

(٢٣) الآخوند: لا يخفى، عدم التوقف، فإنه لو قيل بعدم جوازه لأجل اعتبار الصراحة في الايجاب ولزوم كونه بلفظ البيع وما يرادفه وعدم كونه مرادفا له لعدم صحة ما حكاه عن

الفخر من: (كون بعث في لغة العرب بمعنى ملك) لوضوح أنه أعم. كان التعريف به بضميمة ما دل على خصوصيته جائزا كما هو واضح. (ص ٦)

الإيرواني: لا يخفى، أن التعريف لم يكن بالتمليك، كي يتجه عليه هذا الإشكال وإنما كان بإنشاء التمليك فالإشكال المتوجه عليه هو استلزامه جواز إنشاء التمليك، وهو بعينه اشكال إن الإنشاء غير قابل للإنشاء. (ص ٧٤)

ويرده: أنه الحق كما سيجيء. (٢٤)
ومنها: أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه (٢٥) لأن الانسان لا يملك مالا على نفسه.

الإصفهاني: لا يخفى عليك، أنه ملازمة بين جواز الايجاب وجواز التعريف، لإمكان إناطة التسبيب بألفاظ صريحة، بل بعين عنوان ذلك العقد أو الايقاع ألا ترى: أن ايقاع الطلاق منوط بعنوان هي طالق، مع أن الطلاق ليس إلا البيونة التي لا تقع بها الطلاق شرعا، بل جواز التعريف منوط باتحاد الحد والمحدود ذاتا ومفهوما مع اختلافهما بالاجمال والتفصيل في الحدود. وبمجرد الاتحاد وجودا في الرسوم فلا عدم جواز الايجاب كاشف عن المغايرة مفهوما ولا ملازمه بين الايجاب والتعريف، بل لكل منهما ملاك خاص ومناطق مخصوص. نعم التمليك ليس متحدا مع البيع مفهوما ولا وجودا فتدبر. (ص ١٦) * (ص ٦٦، ج ١)

(٢٤) الطباطبائي: مع أنه على فرض عدم الجواز، يمكن أن يكون المنع تعبديا، لا من جهة أن حقيقته غير التمليك، وذلك لاعتبار الشارع صيغة خاصة. لكنه مجرد فرض، لعدم دليل على ذلك والغرض بيان: أن مجرد عدم الجواز لا يدل على المدعى. نعم، هو دال عليه لو كان بمقتضى القاعدة. كما هو ظاهر الإشكال. (ص ٦٠)

(٢٥) الإيرواني: هذا الإشكال أيضا مبني على أن يكون التعريف بالتمليك، مع أنه كان بإنشاء التمليك. وإنشاء التمليك في بيع الدين على من هو عليه، بمكان من الامكان، إن كان معقولا ملك الشخص شيئا في ذمة نفسه له، أو لم يكن. فإن الإنشاء متسع الذيل وهذا اشكال على التعريف بعدم الانعكاس والشمول لما هو أجنبي بناء على عدم معقولية ملك الشخص شيئا في ذمة نفسه. (ص ٧٤)

وفيه - مع ما عرفت وستعرف من تعقل تملك ما على نفسه ورجوعه إلى سقوطه عنه (٢٦)، نظير تملك ما هو مساو لما في ذمته، وسقوطه بالتهاتر - أنه لو لم يعقل التملك لم يعقل البيع، إذ ليس للبيع - لغة وعرفا - معنى غير المبادلة والنقل والتمليك وما يساويها من الألفاظ، ولذا قال فخر الدين: إن معنى (بعت) في لغة العرب (ملك غيري) فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها، فلا يعقل البيع (٢٧). ومنها: أنه يشمل التملك بالمعاطاة، مع حكم المشهور، بل دعوى الاجماع على أنها ليست بيعا.

وفيه: ما سيحجى من كون المعاطاة بيعا (٢٨) وأن مراد النافين نفي صحته. ومنها: صدقه على الشراء، فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع وفيه: أن التملك فيه ضمني، وإنما حقيقته التملك بعوض (٢٩)،

(٢٦) الإصفهاني: إن السقوط إن كان أثر ملكية ما في ذمته، فالشئ لا يكون ثبوته علة لسقوطه عقلا. وإن كان لعدم الأثر ولغووية الاعتبار الذي لا أثر له فيسقط، ففيه: أن مانع البقاء مانع الحدوث. وأما تملك ما يساوي ما في ذمته، فهو معقول. ويترتب عليه الآثار من بيعه والصلح عليه وبراءته. نعم، حيث إنه نظير الوفاء، فيسقط. وكونه وفاء، فرع الملكية

. فلا يعقل أن يكون مانعا عنها. (ص ١٦) * (ص ٦٧، ج ١)

(٢٧) الإصفهاني: قد عرفت: اندفاع الإشكال، إذا كان البيع بمعنى جعل شيء في قبالة شيء بالتفصيل المتقدم. فليس الإشكال واردا على كل حال. (ص ١٦) * (ص ٦٧، ج ١)

(٢٨) الطباطبائي: هذا، فيما لو كان مقصود المتعاطين التملك. وأما إذا كان مقصودهما

الإباحة فلا إشكال. (ص ٦٠)

(٢٩) الطباطبائي: يمكن أن: يستشكل عليه ببيع السلف، فإنهم أجمعوا على جواز كون

ولذا لا يجوز الشراء بلفظ (ملك)، تقدم على الايجاب أو تأخر (٣٠) وبه يظهر اندفاع الايراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث إن الاستئجار يتضمن تملك العين بمال، أعني المنفعة.

الايجاب فيه من المشتري، مع أن الباع هو القابل، فيكون التملك فيه ضمنيا وتمليك المشتري أصليا. (ص ٦٠)

الإيرواني: التملك والتملك يكونان في عرض واحد، ويحدثان في مرتبة واحدة، بإنشاء المبادلة بين المالكين. فلا يعقل: أن يكون أحدهما ضمنيا والآخر استقلاليا. ولو سلمناه، لم يرتفع بذلك الإشكال، لشمول التعريف لكل من التملك الأصلي والتبعي ولم يقيد التعريف بالتملك الأصلي، ليخرج منه التملك التبعي. (ص ٧٤)

الإصفهاني: المراد من التملك الضمني إن كان بلحاظ أن مال المشتري يكون ملكا للبايع بقبول المشتري الذي هو متمم السبب، فهو بالإضافة إلى مال المشتري ومال الباع على حد سواء، فلا اختصاص للتملك الضمني بالعوض كما هو مورد النقض. وإن كان بملاحظة أن قبوله لا بد من أن يتضمن تملكاً من المشتري تسبباً، فمرجه إلى استحقاق الباع على المشتري تملك ماله. مع أن العوض هو مال المشتري دون عمله، فلا تملك ضمني من المشتري بوجه من الوجوه. ودعوى: الفرق بين تملك الباع وتملك المشتري، إن الباع يملك ماله بعوض والمشتري يملك ماله عوضاً، فهو مباين للتملك بالعوض، غير وجهية، فإنه تملك ابتدائي لا ضمني، فلا يستحق اطلاق الضمنية عليه. وإن أريد من الضمنية أن قبوله الانشائي يتضمن التملك الحقيقي في قبالة التملك الانشائي فكان قبوله الانشائي. ففيه: أنه إذا قبل من دون تسبب إلى تملك ماله عوضاً، كان كافياً في تمامية السبب المملك للعوض والمعوض. (ص ١٧)

(٣٠) الإيرواني: إن أريد عدم الجواز شرعاً، فالكلام ليس فيه وإن أريد عدم الجواز عرفاً، وعدم تحقق حقيقة البيع العرفي بذلك، فهو ممنوع، أشد المنع. (ص ٧٤)

ومنها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمال، وبالهبه المعوضة
وفيه: أن حقيقة
الصلح - ولو تعلق بالعين - ليس هو التملك على وجه المقابلة
والمعاوضة (٣١)، بل معناه الأصلي هو التسالم (٣٢)، ولذا لا يتعدى بنفسه إلى المال
(٣٣).

(٣١) الآخوند: بل التملك لا مجاناً، بل بنحو الغرامة. ولذا لا يجب تعيين ما عليه عينا من
المثل، أو القيمة. ولا كما إذا علم كونه قيمياً، بل يتعين عليه المثل، إن كان مثلياً وقيمته،
إن

كان قيمياً. بمجرد تملكه بالغرامة. (ص ٦)
(٣٢) الإصفهاني: معنى الصلح والصلوح والصلاح ما يعبر عنه بالفارسية - بسازش
وسازگاری - فهو أقرب إلى مفهوم الموافقة والملائمة من المسالمة، فإن السلم
والمسالمة بمعنى الخلوص تقريباً، والسالم هو الخالي عن الآفات والخالص منها.
والسلام من أسمائه الحسنی بمعنى الخالص عن النقائص. (ص ١٧) * (ص ٦٩، ج ١)
(٣٣) النائيني (المكاسب والبيع): ولذا يجب أن يتعدى بكلمة (على)، فلو قيل:
(صالحتك هذا بهذا)، لم يكن صلحاً بل هو بيع. إما فاسد أو صحيح. على ما تقدم في
الهبة آنفاً. نعم، عن بعض الأصحاب صحة تعديته بكلمة (عن) فيقال: صالحتك عن كذا.
لكن الظاهر انحصار مورد استعمالها بما في الذمة، لا مطلقاً. (ص ٨٣)
الإصفهاني: بل يتعدى بحرف الاستعلاء وما يرى من تعديه بحرف المجاوزة أحياناً
فإنما هو في مقام الصلح عن قبل شيء. وما يقع الصلح عن قبله، غير ما يقع الصلح عليه
فيكون مملوكاً به. فتوهم، أن الصلح بمعنى التجاوز سخيّف جداً، بل التحقيق، إن الصلح
بمفهومه يتعدى طبعاً باللام، فيقال: (صالح لكذا) قال الله تعالى: وأصلحنا له زوجه.
كما يساعده، ملاحظة مرادفه بالفارسية. كما أن السلم والسلامة يتعدى بحرف الابتداء.
فيقال: (سالم من الآفات). نعم، حيث: إن الصلح والسلم في مورد المعاهدة والمعاقدة

نعم، هو متضمن للتمليك إذا تعلق بعين، لا أنه نفسه (٣٤).
والذي دل على هذا: إن الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة فيفيد التمليك
وقد يتعلق بالانتفاع به، فيفيد فائدة العارية، وهو مجرد التسليط، وقد يتعلق
بالحقوق، فيفيد الاسقاط أو الانتقال، وقد يتعلق بتقرير أمر بين المتصالحين كما
في قول أحد الشريكين لصاحبه: (صالحتك على أن يكون الربح لك والخسران
عليك) فيفيد مجرد التقرير. فلو كانت حقيقة الصلح هي عين كل من هذه
المفادات الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا وهو واضح البطلان، فلم يبق إلا أن
يكون مفهومه معنى آخر. وهو التسالم، فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد
المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه. فالصلح على العين بعوض (٣٥): تسالم
عليه، وهو يتضمن التمليك لا أن مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام وحقيقته
هو إنشاء التمليك ومن هنا لم يكن طلبه من الخصم اقرارا. بخلاف طلب
التمليك.

أما الهبة المعوضة والمراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض، فليست
إنشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة (٣٦)،

يقعان على شئ فهذه الملاحظة يتعديان بحرف الاستعلاء لا باقتضاء
مفهومها. (ص ١٧) * (ص ٦٩، ج ١)
(٣٤) الإيرواني: يكفي هذا في توجه الإشكال على التعريف لعدم تقيده بالتمليك
الاستقلالي. (ص ٧٤)
(٣٥) الإصفهاني: لا يخفى، أن حقيقة التسالم لا يعقل تعلقه بالعين، فإنه كمقولة الالتزام
لا يتعلق إلا بفعل أو بنتيجة، كتمليك أو ملكية شئ. وعليه، فالتمليك والملكية من
المتعلقات، لا من الفوائد. (ص ١٧)
(٣٦) الطباطبائي: بل أقول: يعتبر في حقيقة الهبة المجانية، واشتراط العوض لا يخرجها

وإلا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر (٣٧)، مع أن ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة، بل غاية الأمر إن المتهب لو لم يود العوض كان للواهب الرجوع في هبته، فالظاهر أن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها في كونه تمليكا مستقلا يقصد به وقوعه عوضا، لا أن حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين، كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الأولى. فقد تحقق مما ذكرنا: إن حقيقة تمليك العين بالعوض ليست إلا البيع فلو قال ملكتك كذا بكذا كان بيعا، ولا يصح صلحا ولا هبة معوضة وإن قصدهما (٣٨).

عن ذلك، فإن المال الموهوب ملك مجانا، فإن الشرط ليس عوضا للمال ولذا لا يضر تخلفه في ملكية المبيع أو الثمن في البيع أيضا، بل إنما يوجب الخيار. (ص ٦٠) الإيرواني: إن إنشاء التمليك بعوض، هو الهبة لا غير. وأما البيع فهو إنشاء المبادلة والمعاوضة بين المالين. والتمليك لازمه. فالهبة والبيع لا يختلفان بحسب واقع معنهما، وإنما الاختلاف في طور الإنشاء وكيفية أداء التمليك. فتارة: بانشائه بلفظه المطابقي وبقول: (ملكك كذا بعوض كذا). وأخرى: بانشائه بالكناية، وبإنشاء المبادلة بين المالين وجعل أحدهما بدلا عن الآخر. (ص ٧٤) (٣٧) الإيرواني: هذا، إذا كان العوض مالا. وأما إذا كان فعلا أعني: تمليك الآخر للمال على أن تكون الهبة تمليكا بإزاء تمليك، استحق الواهب بقبول المتهب تمليك المتهب للمال، لا نفس المال. فإن ملك فهو. وإلا كان كامتناع المشتري من تسليم الثمن والمقابلة مع ذلك محفوظة، لكن بين الفعلين، لا بين المالين، أو بين مال أو فعل. (ص ٧٤) (٣٨) الإيرواني: (ولكن التحقيق، كما تبين سابقا) إن هذه الحقيقة، هي حقيقة تمام

إذ التملك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحا، ولا هبة، فلا يقعان به (٣٩).
نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجه تحققهما مع قصدهما،

المعاوضات المالية واختلاف الهبة والصلح والبيع في مجرد العبارة. فإن هذه الثلاثة يقوم كل مقام آخر، إذ كان مؤدى الكل معنى واحدا. والاختلاف في مجرد التعبير. نعم، الهبة تؤدى بالمدلول المطابق والصلح والبيع يؤديانه بالمدلول الكنائي. وبالجملة: كل التعبير الثلاثة مطلبها واحد وتعبيرها مختلف. فجاز التعبير بكل مقام الآخر. ومما ذكرنا يظهر: أن الصلح والبيع والهبة يأتي لنقل العين ولنقل المنفعة وليس يختص البيع بنقل الأعيان واعلم: أن كلا من البيع وأخواته يتعلق بكل ما للشخص سلطنة عليه عينا كان أو منفعة أو دينا، جزئيا كان أو كليا، مالا كان أو غير مال كبيع الحر عمله وبيع متعلق حق الأولوية وحق السبق في المساجد والمدارس. فالبيع: اعطاء سلطان شخص لآخر بعوض بلسان التبدل بين الأصل والعوض. والصلح: اعطاء هذا السلطان بلسان التصالح والتسالم. والهبة هو: اعطاء هذا السلطان بنفس لسان اعطاء السلطنة، لا بلسان آخر نعم، اختلاف البيع والإجارة ليس في مجرد العبارة، بل الإجارة تنقل ربطا غير ما ينقله البيع إذا تعلق بالعين وتوضيح ذلك: إن من ملك عينا كان له علاقتان بالعين علاقة الملكية لرقة العين وملاكه استحقاق القبض على العين لاستيفاء منافعها التي هي ملكه بتبع ملك العين. وكل من العلاقتين قد يتجرد عن صاحبة) فتكون علاقة الملكية لرقة العين خالية عن صاحبته وبالعكس. فإذا اجتمع الاستحقاقان وأريد نقل ملكية رقة العين تعين التعبير بلفظ البيع، وإن أريد نقل استحقاق القبض على العين لاستيفاء منافعها تعين التعبير بلفظ الإجارة. فالإجارة: شأنها نقل ربط خاص غير ما هو شأن البيع فصح أن الفرق بين الإجارة والبيع معنوي، لا في مجرد العبارة كما في الفرق بين البيع وأخواته. (ص ٧٤ و ٧١) (٣٩) الآخوند: إذا لم يقصد به الصلح، أو الهبة المعوضة، وإلا يصح صلحا أو هبة، لو قلنا: بوقوعها بغير الألفاظ الصريحة وإلا فلا يصح بيعا، ولا واحدا منهما. إما البيع، فلعدم كونه بمقصود. والعقود تابعة للمقصود وإما هما فلعدم الصراحة في عقدهما. (ص ٦)

فما قيل من أن البيع هو الأصل (٤٠) في تملك الأعيان بالعوض، فيقدم على الصلح والهبة المعوضة محل تأمل بل منع، لما عرفت من أن تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير (٤١).

(٤٠) الإصفيهاني: لا يخفى، أن المراد بالأصل هنا أحد أمرين إما الراجح الشائع، وإما أصالة الحقيقة. ومورد الأول: ما إذا كان المعنى طبيعياً له أصناف. فإذا شك في أنه أراد الصنف الشائع وهو البيع أو غيره وهو الصلح مثلاً فالراجح هو البيع. ومع ملاحظة إن طبيعي التملك بعوض منحصر في البيع فلا مجال للأصل بهذا المعنى. ومورد الثاني: ما إذا كان طبيعي التملك بعوض منحصر في البيع وإرادة غيره منه لا يكون إلا مجازاً. فإذا شك في إرادة المعنى الحقيقي فالأصل هو إرادة المعنى الحقيقي كما هو مقتضى أصالة الحقيقة. ومنه تبين، أن مراد القائل من قوله: (الأصل في تملك عين بعوض هو البيع)، إن كان هو الأول فلا أصل له بعد انحصار الطبيعي في البيع. وإن كان هو الثاني مع انعقاد العقود بالألفاظ المجازية فالأصل هو البيع. حملاً للفظ التملك بعوض على معناه لا بعنوان المسالمة مجازاً ولا بعنوان التملك بشرط التعويض أو العوض. فإن الكل مجاز لا يصار إليه إلا بالقرينة. والمصنف يدعي: إن غرض القائل بالأصالة هو الأول دون الثاني والعهد عليه. (ص ١٧) * (ص ٧٢، ج ١)

(٤١) الطباطبائي: يمكن منع ذلك، فإن التملك بعنوان التبدل والمبادلة ليس من البيع. وذلك بأن يملك كل منهما ماله في مقابل مال الآخر من غير أن يكون هناك تملك أصلي من أحدهما وضمني من الآخر. كأن يقول: (تبادلنا) أو أعطى كل منهما ماله في مقابل مال الآخر من غير أن يكون هناك تملك أصلي من أحدهما وضمني من الآخر. فإن الظاهر: أن البيع ما يكون مقابلاً للشراء وفي صورتين ليس كذلك. والحاصل: أن التملك بعنوان صرف المعاوضة ليس من البيع. وهو ما يقابل له بالفارسية (سودا كردن)، فتدبر. وسيجيء في المعاوضة من المصنف ما ينافي ذكره هنا في الجملة فانتظر. (ص ٦١)

نعم، لو أتى بلفظ (التمليك بالعوض) واحتمل إرادة غير حقيقته كان مقتضى الأصل اللفظي حمله على المعنى الحقيقي، فيحكم بالبيع، لكن الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم، وسيجئ توضيحه في مسألة المعاوضة في غير البايع - إن شاء الله -
بقي القرض داخلا في ظاهر الحد،
ويمكن اخراجه بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة، لا معاوضة للعين بهما ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضة. (١)

(٤٢) الإيرواني: أما الفرق بين البيع والقرض، مع تشاكلهما في الصورة حتى يرى أن القرض هو البيع إلى أجل والبيع نسيئة. فكان المقرض ينشأ بتبديل ماله بعوض في ذمة المقرض إلى رأس الأجل وما هذا إلا البيع نسيئة، فإن القرض ينحل إلى أمرين هبة واستيمان فهو تمليك العين وتأمين المالية وأما الهبة فبالنسبة إلى العين، فإن المقرض يرفع يده عن العين ويدفعها إلى المقرض مجانا وبلا عوض. وأما الاستيمان فبالنسبة إلى مالية العين، فإنه يستأمن مالية العين عند المقرض وفي ذمته على أن يردّها إليه في رأس الأجل. ولذا يطالب حينما يطالب بماله لا بعوض ماله. فلا معاوضة في القرض بوجه وإنما هو اعراض عن خصوصية العين واستيمان لماليتها وأما ما أفاده المصنف في الفرق بينه وبين المعاوضة، فإما هو مجرد تغيير للعبارة مع كون واقعه هو المعاوضة أو هو غير معقول، فإن التمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة، إن كان بمعنى المقابلة على أن يكون تمليكا بإزاء عوض في الذمة، فذلك هو الأول، فإنه تمليك بعوض في الذمة. وإن كان لا بمعنى المقابلة بل كان التمليك مجانا وقد اشترط في تمليكه أن تكون الذمة مشغولة بحكم الشارع كما تكون مشغولة في موارد الضمانات، فذاك هو الثاني، فإنه لا يعقل أن يكون الشخص ضامنا لملك نفسه لا سيما مع قيام عينه فتكون العين له. ومما ملكها مجانا ومع ذلك يكون ضامنا لها على أن يؤدي العوض لغيره. (ص ٧٤ - ٧١)

ولا الغرر المنفي فيها، ولا ذكر العوض، ولا العلم به، (٤٣) فتأمل.

(٤٣) الطباطبائي: لكن يمكن أن يمنع دلالة ذلك على عدم كونه معاوضة. وإن كان أصل المطلب حقا - لوضوح أن القرض تمليك بالضمان لا بعوض. -، لا مكان اختصاص بعض المعاوضات بسعة دائرة الربا فيه لدليل خاص فتدبر. وأما عدم اعتبار ذكر العوض، فلعله لمعلوماته بعد كونه من التمليك بالضمان الذي هو إما مثل أو قيمة، فلا دلالة فيه على عدم كونه معاوضة. وكذا الكلام بالنسبة إلى العلم بالعوض وبالجملة: أصل المطلب حق، لكن لا دلالة في هذه الوجوه. (ص ٦١)

الإيرواني: لكن يرد، بأن قيام الدليل على عدم جريان أحكام المعاوضة في قسم خاص من معاوضة لا يخرجها عن حقيقة تلك المعاوضة فتكون تلك الأحكام مختصة بقسم خاص من المعاوضة لا عامة لجميع أقسامه. (ص ٧٤)

الإصفهاني: هذا شاهد قوي على عدم كونه من المعاوضات التسببية، إذ لا بد في تمليك شيء بعوض ملاحظة الطرفين في مقام التسبب الجدي إلى المعاوضة الحقيقية بينهما وإلا لم يعقل منه التسبب إلى المعاوضة. نعم، عدم العلم به تفصيلا لا ينافي التسبب عقلا.

كما أن عدم جريان الغرر وربما المعاوضة، إنما يجري إذا كانا في لسان دليلهما مترتبين على المعاوضة بعنوانها. وإلا فاختصاص البيع بما هو بشيء لا يدل على عدم كون غيره من المعاوضات. (ص ١٨) * (ص ٧٢، ج ١)

ثم إن ما ذكرنا، تعريف للبيع المأخوذ في صيغة (بعث) وغيره من المشتقات (٤٤)،

ويظهر من بعض ما قارب عصرنا استعماله في معانٍ أخرى غير ما ذكر (٤٥) أحدها: التمليك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري، (٤٦)

(٤٤) الإيرواني: لم أفهم معنى لهذا التقييد، فإن البيع معناه واحد لا يختلف في ضمن المشتقات وغير المشتقات. وإلا لم تكن المشتقات مشتقاته. (ص ٧٤)

(٤٥) الإيرواني: الانصاف: أن ما نقله عن صاحب المصباح وارتضاه في الجملة، أمتن التعاريف التي ذكرها من بعد ذلك، وإن لم يخل ذلك أيضا عندنا عن الإشكال، ولذا عدلنا عن ذلك وعرفناه بتبديل متعلق سلطان بمتعلق سلطان. (ص ٧٤)

النائبي (المكاسب والبيع): الحق: بناء على كون ترتب آثار تلك المعاملات عليها على نحو ترتب المسببات على أسبابها، لا على نحو ترتب المعاني الأيجادية على آلة أيجادها وانشائها -، هو كون هذه الألفاظ أسامي للمسببات دون الأسباب. وعلى تقدير كونها أسامي للأسباب، فهي أسامي للإيجاب في ظرف حصول القبول على النحو الذي تقدم من أنه عند تحقق الإيجاب من البائع والقبول من المشتري يكون إيجابه بيعا وقبول ذلك شراء. إلا أنها أسامي لا للإيجاب مطلقا ولا للمجموع المركب منه ومن القبول. ولا له بقيد التعقب بالقبول. وذلك لتبادر ما ذكرناه منها عند الإطلاق، فإن المنسب من قول القائل: (باع فلان داره)، هو فعل ما هو وظيفة البائع بما يترتب عليه الأثر من النقل والانتقال. ومن المعلوم أنه عبارة عن إنشاء البيع في ظرف تحقق القبول من المشتري لا مطلقا ولا هو مقيدا بالتعقب بالقبول ولا للمجموع المركب منهما. (ص ١٠١)

(٤٦) الآخوند: ولا يخفى، أنه لا يلائمه ما استشهد لما ادعاه من تبادر التمليك المقرون بالقبول بقوله: (ولهذا لا يقال: باع فلان)، بل يلائم ما أشرنا إليه، من أنه التمليك. ضرورة أنه لا يقال: (باع) إذا عقد وقد أحل ببعض الشرائط وصحة أن يقال ما باع. (ص ٦)

النائبي (المكاسب والبيع): ويرد عليه: إن الشرط المتأخر بهذا المعنى وإن كان

وإليه نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح، ولعله لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ (٢)، بل وصحة السلب عن المجرد، ولهذا لا يقال (باع فلان ماله) إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، ويستفاد من قول القائل: (بعت مالي) إنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط. الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال، كما يظهر من المبسوط وغيره (٤٨). الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول (٤٩)

ممكنا، لكنه في المقام مستلزم للالتزام بدخل التعقب بالقبول في مهية البيع. مع أن: حقيقة البيع الصادر من البائع لا يكون منوطا بالقبول. (ص ١٠٣) (٤٧) الآخوند: بل، لتبادر التمليك الحقيقي الذي لا يكاد ينفك عن تملك المشتري، وتبادر اقترانه بقبوله إنما هو لكونه مما لا بد منه في حصوله لا من نفس اللفظ، بل تبع معناه ومنه ظهر: حال صحة السلب عن المجرد وأنه من جهة عدم التمليك مع المجرد لا لذلك، ولا لما أفاده بقوله: (أقول). (ص ٧) (٤٨) الطباطبائي: لا يخفى، أن الانتقال أثر الإيجاب فقط، لا أثر المجموع. إلا أن يراد منه

الانتقال الشرعي. (ص ٦١) النائيني (المكاسب والبيع): وهذا أيضا في الفساد كأول، ضرورة أن قبول المشتري إنما هو قبول البيع ومطابقة له. ولا يعقل أن يصير جزء من مهية البيع. (ص ١٠٣) (٤٩) الطباطبائي: وهنا معنى رابع وهو: المعاهدة الخاصة والمبادلة الحاصلة من الإيجاب والقبول. ويمكن أن يكون نظر من عرفه بالعقد، إليه لا إلى القعد اللفظي. وهو الظاهر من تعريف المصباح، من أنه مبادلة مال بمال بل من قوله تعالى: (وذروا البيع) وقوله تعالى: (لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله) وغيرها من الآيات المشار إليه

وإليه ينظر من عرف البيع بالعقد. قال: بل الظاهر اتفاقهم (٥٠) على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجارة (٥١) وشبهها التي ليست هي في الأصل اسما لأحد طرفي العقد (٥٣).

سابقا كما أشرنا إليه سابقا. (ص ٦١)
النائيني (المكاسب والبيع): وفيه أيضا: إن الكلام في ما ينشئه البائع ويوجده بانشائه. والانتقال هو الأثر الحاصل من فعلهما. (ص ١٠٣)
(٥٠) الإيرواني: ليت شعري، كيف يتفقون على ما هو واضح البطلان! فإن قولهم في عناوين أبواب المعاملات: كتاب البيع، كتاب الإجارة كتاب الهبة، كيف يحمل على إرادة عقود هذه المعاملات، مع أن مورد البحث في تلك الأبواب، نفس تلك المعاملات لا عقودها. واحتياجها إلى العقد، من جملة أحكامها التي تعرضوها وسيجيء في كلام المصنف. (ص ٧٤)
(٥١) الطباطبائي: إن المناسب، التعبير بعنوان الباب بالايجار وبالتوكيل وكذا السبق والرماية، فإن المناسب المسابقة والمرامة. (ص ٦٢)
الإصفهاني: وجه كون الإجارة كذلك، إما كونها بمعنى الأجرة وإما كونها مصدرا للمجرد لا للمزيد، ومن الواضح أن طرفي العقد هو الايجار والاستيجار، إلا أن الظاهر من بعض الاطلاقات كونها مصدرا لأجر يؤجر أو أجر يؤاجر، كما في رواية تحف العقول حيث قال عليه السلام: (وأما تفسير الإجازات فإجارة الانسان نفسه أو ما يملك الخ) ومن الواضح
أن المراد منه مصدر المزيد قطعاً، فإن المجرد لا يتعدى إلا إلى المستأجر كقوله تعالى: على أن تأجرني ومعناه: صيرورته أجيروا لا جعل نفسه أجيروا أو بالأجرة، نعم كونها مصدرا للمجرد لا يخرجها عن طرفي العقد بالكيفية، لا مكان كونه طرفاً في مقام صيرورته أجيروا، بأن يقول: (أجرتك) أي صرت أجيروا لك، كما في قوله تعالى: (على أن تأجرني) فتدبر. (ص ١٩) * (ص ٧٢، ج ١)
(٥٢) الإصفهاني: لتوضيح مراننا في هذه المسألة يجب علينا ترسيم أمور.

أقول: أما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول، فالظاهر أنه ليس مقابلا للأول، وإنما هو فرد انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة على إرادة الايجاب المثمر، إذ لا ثمرة في الايجاب المجرد، فقول المنخر: (بعث)، إنما أراد الايجاب المقيد، فالقيد مستفاد من الخارج، لا أن البيع مستعمل في الايجاب المتعقب للقبول، وكذلك لفظ (النقل) و (الابدال) و (التمليك) وشبهها (٥٣).

حيثان غيره أجنبي عن ذلك الاعتبار يتمك، من تحصيله منه إلا بما جعله من له الاعتبار وسيلة إلى حصوله.

الرابع: إن الملكية الاعتبارية التي يترتب عليها الآثار شرعا وعرفا على أنحاء، فتارة يترتب على سبب غير قصدي كالمملك بالإرث المترتب على الموت، وأخرى على سبب قصدي كالمملك المترتب على أخذ المباح الأصلي بعنوان الحيازة، وثالثة على سبب يتسبب به إلى تمليك الغير كالتمليكات المعاملية، وهي أيضا على قسمين: أحدهما: ما يتحقق المملك الاعتباري فيه بمجرد التسبب إلى حصوله، من دون حاجة إلى قبول ومطوعة ذلك التسبب، كالوصية التملكية بناء على عدم الحاجة إلى قبول الموصى له وإنما له رده.

ثانيهما: ما يتحقق بالتسبب ومطاعة، وهو التمليك العقدي معاوضيا كان أولا. (ص ٢٠) * (ص ٧٨، ج ١)

(٥٣) الطباطبائي: أولا: التحقيق هو ما ذكره ذلك البعض من كون التعقيب معتبرا في تحقق البيع بالمعنى المصطلح وذلك لما ذكره من التبادر وصحة السلب، فإن المتبادر من لفظ البيع وسائر متصرفاته، هو التمليك المتعقب بالقبول. واعتبار لحوقه من باب الشرط المتأخر. فلو قال: (بعث داري) والمفروض أنه لم يقبل المشتري، يقال: (إنه كاذب في

مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل في معناها (٥٤).

بعين خارجية الإنشاء المزبور لا بخارجية ايجاب شرعي أو عرفي.
ثالثا: (ما ذكره المصنف) من أنه فرد انصرف إليه اللفظ ففيه: أنه مبني على أن لفظ البيع موضوع التملك الانشائي. وهو مدلول الهيئة فيما إذا قصد بها إنشاء الملكية. فإنه الذي ينقسم إلى المثمر وغيره باستجماع الشرايط، ومنها: القبول وعدمه وأما على ما حققناه على وجه يستحيل غيره، فاللفظ موضوع لطبيعي التملك بعوض على الوجه المتقدم، من إرادة الحصّة والوجود مطلقا خارج عن الموضوع له سواء كان وجودا انشائيا يتقوم به السبب أو وجوده اعتباريا يتقوم به المسبب فلو كان هناك عند الاطلاق تعين، فهو لما هو تملك حقيقي كسائر الاطلاقات في الألفاظ ومعانيها من حيث إرادة الموجود بالذات دون الموجود بالعرض. (ص ٢٠) * (ص ٧٤ و ٧٦، ج ١)
(٥٤) الآخوند: لا يخفى، أن الذي لا يكاد يكون القبول شرطا له هو الانتقال الانشائي التابع لإنشاء النقل. وأما الانتقال بنظر الناقل، فيختلف بحسب الأنظار. فربما يكون شرطا له بحسب نظر ولا يكون كذلك بنظر آخر. وبالجملة: النقل بحسب كل مرتبة ونظر، لا يكاد يمكن انفكاكه عن الانتقال بحسب تلك المرتبة، وذاك النظر. إذ الأثر لا ينفك عن التأثير: لاتحادهما ذاتا واختلافهما اعتبارا. فيكون تأثيرا من جهة انتسابه إلى الفاعل وأثرا من جهة الانتساب إلى القابل، إن كان انفكاكه عنه بحسب مرتبة أخرى أو نظر آخر، بمكان من الامكان. وكذلك الحال في الوجوب والايجاب لا يكاد يمكن انفكاكهما في مرتبة واحدة، بحسب نظر واحد. وإنما ينفك الايجاب في مرتبة، أو بحسب نظر عن الوجوب في مرتبة أخرى ونظر آخر. ومن هنا ظهر أنه لا فرق بين النقل والانتقال والوجوب والايجاب في مرتبة وبحسب نظر وبين الكسر والانكسار. نعم، هما لما كان من الأمور التي تكون موجودة في الخارج ليست لهما إلا مرتبة واحدة بخلاف مثل الوجوب والايجاب من الأمور النفس الأمرية الاعتبارية التي لا واقع لها إلا بحسب

نعم، تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج، لا في نظر الناقل إذ لا ينفك التأثير عن الأثر (٥٥)، فالبيع وما يساويه معنى من قبيل الايجاب والوجوب، لا الكسر والانكسار (٥٦) - كما كما تخيله يعرض - فتأمل.

(٥٥) الطباطبائي: قد عرفت منعه وإن الأثر الذي هو الملكية قد لا يكون متحققا في نظره أيضا، وإن حصل انشاؤه، ووجد بوجود انشائي غير معتبر، كما في النظائر. فإن الملكية الانشائية حاصلة إذا تخيل وجود العوض، فبان عدمه! وإذا قال للجوار بعثك داري مع أنها ليست حاصلة في نظره وفي اعتباره قطعاً، ولا يكون بيعاً قطعاً. (ص ٦٣) الإيرواني: ولا يخفى ما فيه، فإن الإنشاء للنقل وكون النقل منشأ من قبيل المتضائفين، لا من قبيل الأثر والمؤثر. فالحقيقة واحدة والنسبة مختلفة. فبالإضافة إلى الفاعل يعبر عنها بالفعل وبالإضافة إلى القابل يعبر عنها بالانفعال. (ص ٧٥) الإصفهاني: فإنه إن أريد من المتحقق في نظر الناقل هو الوجود الانشائي، ففيه: إنه ذات السبب الموجود في جميع الأنظار وإن أريد الوجود الاعتباري الذي يختلف باختلاف الأنظار فقد مر أن الملكية الاعتبارية التسببية ليس إلا اعتبار العرف أو الشارع إياها. وأما اعتبار الشخص فهو أمر مباشر له لا معنى للتسبب إليه بانشائه مع أن قول المصنف: (إذ الأثر لا ينفك عن التأثير) غير وجيه على أي تقدير فإن ايجاد الملكية الانشائية ووجودها وكذا ايجاد الملكية الاعتبارية ووجودها متحددان بالذات مختلفان بالاعتبار لا تعدد بينهما ليكون أحدهما مؤثراً والآخر أثراً نعم التملك الانشائي ذات المؤثر وإيجاد الملكية الاعتبارية به ايجاد للأثر وعين تأثير فيه فتدبر. (ص ٢٠) * (ص ٨١، ج ١)

(٥٦) الطباطبائي: تبين مما بيناه إنه ليس من قبيل الايجاب والوجوب. فإنه من العقود والايجاب من باب الايقاع. ومع الاغماض عما ذكرنا، فهما من قبيل الكسر والانكسار. فإنه كما لا يمكن تحقق الكسر بدون الانكسار، كذا لا يمكن إنشاء التملك بدون

ومنه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح فضلا عن أن يجعل أحد معانيها (٥٧). وأما البيع بمعنى الأثر وهو الانتقال فلم يوجد في اللغة ولا العرف وإنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط. وقد يوجه: بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبني للمفعول، أعني المبيعية وهو تكلف حسن (٥٨).

مما يتحقق بحقيقته وترتب استحقاق العقوبة على مخالفته وعدمه لا ربط له مجعول الوجوب بإيجابه وهو أيضا غير مربوط بباب الاعتبارات التي يختلف باختلاف الأنظار بل الإيجاب أمر انتزاعي من منشأ واقعي هو عين الإنشاء المنبعث عن إرادة حتمية. (ص ١٩) * (ص ٧٨، ج ١)

(٥٧) الطباطبائي: ظاهر هذا التعبير: إن دعوى اعتباره في البيع المصطلح أقرب إلى الصدق من دعوى كونه معنى آخر، مع أنه ليس كذلك. إذ مقتضاه عدم الاعتبار في المعنى المصطلح وكون هذا معنى آخر لا مانع منه. إذ ليس هذا أبعد من كون العقد أحد معانيه فتدبر. (ص ٦٣)

(٥٨) الطباطبائي: أولا: هذا التوجيه مؤيد لما ذكرنا من أن الانتقال أثر للإيجاب فقط لا للمجموع فإن المبيعية لا تكون أثرا للمجموع ثانيا: هذا التكلف لا حسن فيه بل الأولى أن يقال إنه مبني على المسامحة والغرض بيان المقولة لا الحد الحقيقي ألا ترى أنه لو قيل في تعريف الإنسان ضاحك لا يقال إنه أريد من الإنسان معنى يمكن أن يكون الضاحك تعريفا حقيقيا له بل يقال إنه تعريف باللازم فكذا في المقام الظاهر أنه تعريف باللازم إذ يبعد غاية البعد أن يكون المراد من البيع المبيعية ليكون الانتقال حدا له فتدبر. (ص ٦٣) الإيرواني: توجيه المصنف له فمع بعده في ذاته لا ينطبق على تعريفه فإن المصدر المبني للمفعول من البيع بمعنى الإنشاء هو المنشأة البيع دون المبيعية الحقيقية التي هي

وأما البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رضي الله عنه: بأن إطلاقه عليه مجاز، لعلاقة السببية (٥٩).

عبارة عن انتقال المال بسبب البيع. نعم هو مصدر مبني للمفعول من البيع بمعنى النقل الحقيقي، إلا أن يحمل الانتقال في هذا التعريف على الانتقال الانشائي وهو تكلف في تكلف. (ص ٧٥)

الإصفيهاني: لا يخفي عليك، إن الأثر هي الملكية الاعتبارية شرعا أو عرفا. وحيث إن البيع الذي هو مبدء لجميع مشتقاته المتقومة بأنحاء النسب المتقابلة خال عن جميع أنحاء النسب حتى النسبة الناقصة المصدرية سواء لوحظت بمعنى المصدر المبني للفاعل أو بمعنى المصدر المبني للمفعول فلا محالة ليس معنى البيع وهو المبدء الساري نفس معنى الملكية، فإنه مبدء المجرد من ملك يملك لا من المزيد من ملك يملك بل مبدئه جعل الملكية وإيجادها وهذا المبدء أيضا إنما يقبل السريان في جميع المشتقات إذا لوحظ لا بشرط وخاليا في حد ذاته عن جميع أنحاء النسب حتى النسبة المصدرية الناقصة بمعنيها الفاعلي والمفعولي حتى يكون قابلا لعروض جميع أنحاء النسب عليه وحيث إن إيجاد الملكية ووجودها متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار صح إطلاق الأثر على إيجادها لاتحاده بالذات مع الأثر وهو وجودها لكن مفاد البيع المبدئي هو إيجادها لا وجودها أي طبيعي جعل الملكية فإذا أريد بالانتقال حاصل النقل المصدر المعبر عنه باسم المصدر تارة وبالمبدء الساري أخرى في قبال النقل المصدرية كان صحيحا غاية الأمر إن التعبير بالانتقال الذي هو في الحقيقة مطاوعة النقل من جهة ضيق دائرة التفسير بمرادفه لا أنه من باب إرادة النقل بالمعنى المصدرية المبني للمفعول فإنه لا بد من فلو المبدء الساري من جميع أنحاء النسب وإلا لم يقبل الاشتقاق المعنوي لتقابل النسب ومنه تبين أن توجيهه بما في المتن لا حسن فيه بل لا يعقل. (ص ٢٠) * (ص ٨١، ج ١) (٥٩) الطباطبائي: إن كان نظر المصنف قدس سره في هذا الإسناد إلى كلامه في

والظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع، لأنه 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 واجبا في الخارج في نظر غيره (٦٠).

المسالك، فلا يخفى أنه أجنبى عن المقام. وإن كان إلى كلامه في مقام آخر، فلم أعتد عليه، ولا على من نقله. (ص ٦٣)

النائبي (المكاسب والبيع): لا يخفى، أن المذكور في عبارة الشهيد الثاني ليس اختيار مجازية اطلاق البيع على العقد وليس القول بمجازيته أيضا صحيحا في نفسه إما بناء على المختار من كون باب المنشأ بالصيغة بالنسبة إليها من باب الآلة وذيها لا من باب الأسباب والمسببات فواضح حيث إن الفرق بينهما اعتباري وهو الفرق بين المصدري والاسم المصدري. وإما بناء على المعروف من كون نسبته إلى القعد نسبة المسبب إلى السبب، فكذلك أيضا لأن المسبب والسبب شيء واحد يتفاوت باعتبار العنوان الأولى والثانوي كاللقاء والاحراق حيث إن الفعل الواحد بعنوانه الأولى القاء وبعنوانه الثانوي احراق. وليس اطلاق الاحراق عليه بما هو القاء من المجاز في الكلمة فلا يكون اطلاق البيع بمعنى أثر العقد على نفس العقد، إلا كاطلاق الاحراق على اللقاء فلا مجازية في البين أصلا، فتأمل. (١٠٧ - ١٠٦)

(٦٠) ألف - الإيرواني: بل الأثر الحاصل في الخارج سواء كان في نظر الشارع أو في نظر

العرف مقابل النقل الانشائي المحض. (ص ٧٥)

الطباطبائي: لا يخفى، أنه لو جعل المسبب ذلك لزم كون اطلاق البيع على العقد مختصا بما يكون جامعا لشرائط الصحة، إذ غيره لا يكون سببا للأثر الحاصل في نظر الشارع مع، أن: الظاهر عدم الاختصاص به. بل يطلق على كل ما يكون صحيحا في نظر

وإلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص والفتاوى من قولهم: (لزم البيع) أو (وجب)، أو (لا يبيع بينهما)، أو (إقالة في البيع) ونحو ذلك.

العرف وإن لم يكن شرعا. هذا مع أنه لا داعي إلى جعل المسبب هو الأثر الشرعي، إما بناء

على المختار من اعتبار التعقب بالقبول في معنى البيع المصطلح فواضح، إذ عليه يمكن أن يجعل المسبب هو النقل الحاصل من فعل الموجب، إذ هو متوقف على العقد ومسبب عنه. وإما على ما اختاره المصنف، فلما كان جعله مجموع النقل والانتقال من الطرفين. وبعبارة أخرى: المعاهدة الحاصلة بالايجاب والقبول وهو أولى مما ذكره المصنف، لأنه لا يلزم معه الاختصاص المذكور، والحال أنه من اطلاقات البيع ومعانيه وأنه المراد من الآيات والأخبار المشار إليها ودعوى أنه على هذا يلزم سبب المجاز من المجاز إذ اطلاق البيع على المعاهدة ومجموع النقلين مجاز مدفوعة أولا بإمكان منع مجازية وثانيا لا مانع من سبب المجاز من المجاز وثالثا أنه مشترك الوجود إذ على ما ذكره المصنفين يلزم ذلك إذ لا يكون البيع بمعنى النقل الشرعي حقيقة لعدم ثبوت الحقيقة الشرعية فيه فتدبر. (ص ٦٣).

الإصفيهاني: إن تخصيص المسبب بالنقل الشرعي، مع ما سيأتي إن شاء الله عما قريب من توقف التمسك بالاطلاقات على إرادة النقل العرفي لا يتلائمان. وأما ما ذكره من الفرق بين النقل الأسمى الشرعي وأنه يتوقف على الايجاب والقبول دون النقل بنظر الناقل فإنه لا يتوقف عليهما إلى آخر ما أفاد، فقد أوضحنا بطلانه آنفا. (ص ٢١) * (ص ٨٣، ج ١)

والحاصل: أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل (٦١) بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه في نظر الشارع (٦٢) المتوقف على تحقق الإيجاب والقبول، إضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية، ولذا يقال: (انعقد البيع) و (لا ينعقد البيع) ثم إن الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من المسالك على أن عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد (٦٣). لوجود خواص الحقيقة والمجاز، كالتبادر وصحة السلب.

(٦١) الطباطبائي: الفرق بينه وبين الانتقال، إنه انفعال، بخلاف النقل الذي هو اسم المصدر، فإنه حاصل المصدر، الذي هو النقل الحدوثي والحاصل: أن اسم المصدر هو المصدر مع الغاء حيثية حدوثه وصدوره من الفاعل. فلا وجه لتوهم أنه عين الانتقال الذي نقله عن المبسوط وجعله أثرا للإيجاب والقبول، فتدبر. (ص ٦٤)

(٦٢) الإيرواني: تحققه في نظر الشارع غير دخيل في معنى البيع، وإنما العبرة بتحقيقه في نظر العرف، إلا أن يكون للفظ البيع حقيقة شرعية ومن الواضح خلافه. (ص ٧٥)

(٦٣) الطباطبائي: تنمة كلام الشهيد: (فلو حلف على ترك الصلاة والصوم اكتفى بمسمى الصحة وهو الدخول فيها فلو أخذها بعد ذلك لم يزل الحنث ويحتمل عدمه لأنه لا يسمى صلاة شرعا ولا صوما مع الفساد وأما لو لم تحرم في الصلاة أو دخل في الصوم مع مانع من الدخول لم يحنث قطعا) انتهى ومع ملاحظة هذه التنمة يرد عليه إن وجوب المضي لا يدل على الأعمية في الحج هذا مع أنه مختص بمورد خاص فلا وجه للقول بالأعمية فيه مطلقا ثم إن ما ذكره من الاستثناء لا يختص بالحج بل الصوم أيضا كذلك إلا أن يقال إن اتمامه ليس من حيث إنه صوم بل يجب ترك المفطرات تأدبا فتأمل. ثم إنه يمكن منع كون الحج في المورد المفروض فاسدا ومع ذلك يجب اتمامه بل الأقوى أنه صحيح وإنما يجب الحج في القابل عقوبة وإلا فحجية المحسوبة من حجة

قال: ومن ثم حمل الاقرار به عليه، حتى لو ادعي إرادة الفاسد لم يسمع
اجماعا، ولو كان مشتركا بين الصحيح والفساد لقبل تفسيره بأحدهما كغيره من
الألفاظ المشتركة وانقسامه إلى الصحيح والفساد أعم من الحقيقة (٦٤). انتهى

إن ما لم يعتبره الشارع لا يكون مصداقا للبيع، لا إلى أن الامضاء داخل في مهية البيع
مفهوما

بحيث يصير مفهوم البيع هو البيع الممضى لكي يكون اطلاقه على غيره مجازا. هذا كله،
بناء على أن يكون باب البيع من قبيل الأسباب والمسببات. وأما بناء على المختار من
كون التفاوت بينهما بالمعنى المصدري والاسم المصدري، فعدم صحة تصوير الصحيح
والفساد أوضح، حيث إنه لا يكون في البين إلا معنى واحد يوجد بألة ايجاده أعني:
الصيغة المخصوصة. فيدور أمره بين الوجود والعدم. لا بين الصحيح والفساد على تقدير
الوجود كما لا يخفى. (ص ١٠٩)

الإصهاني: إنه قد عرفت سابقا، أن مقتضى البرهان وضع لفظ البيع لطبيعي التملك
بالعوض من دون دخل للوجود عينيا كان أو ذهنيا انشائيا كان أو حقيقيا، هو عين الاعتبار
على حد سائر الألفاظ ومعانيها. وإن قرائن المقام تارة تقتضي ملاحظة مفهوم التملك
بالعوض فانيا في التملك الانشائي الذي يتسبب به إلى ايجاد الملكية الاعتبارية عرفا أو
شرعا وأخرى يقتضي ملاحظته فانيا في التملك الحقيقي. أعني به: ايجاد الملكية
الاعتبارية تسببا. وعليه، فالموضوع له ليس التملك الانشائي الذي مقامه مقام السبب
المتصف بالصحة والفساد. ولا التملك الاعتباري الذي مقامه مقام المسبب بلحاظ اتحاد
التملك والملكية، لاتحاد ايجاد الوجود بالذات واختلافهما بالاعتبار. ومنه يظهر: أن
النزاع في الوضع للصحيح أو الأعم لا مسرح له. كما أن دعوى الوضع للبيع بالحمل
الشايح المتصف بالوجود والعدم أيضا لا وجه لها، لمخالفة كلا الأمرين للبرهان كما تقدم
بيانه. (ص ٢١) * (ص ٨٥، ج ١)

(٦٤) ألف - النائيني (المكاسب والبيع): عدم سماع إرادة الفاسد، بعد الاقرار بالبيع

وقال الشهيد الأول في قواعده: الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم وسائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحج، لوجوب المضي فيه انتهى. وظاهر إرادة الاطلاق الحقيقي (٦٥).

ويشكل ما ذكره بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو (أحل الله البيع) واطلاقات أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيء فيها (٦٦)، مع أن سيرة علماء الاسلام التمسك بها في هذه المقامات.

لا يدل على كونه حقيقة في الصحيح. وذلك، لامكان كونه لأجل الانصراف إلى الصحيح عند الاطلاق. وكذلك، حمله على الصحيح في مقام الحلف على ترك البيع. حيث إن المنصرف منه هو البيع الصحيح. هكذا الكلام في كل ما يجعل موضوعا لحكم شرعي. (غير الامضاء والنفوذ) فإنه منصرف إلى الصحيح. وهذا بخلاف المأخوذ في دليل الامضاء، إذ لا انصراف فيه إلى الصحيح، لأن الصحة تثبت من محمول هذا الدليل، أعني: الامضاء، فلا يعقل أن يكون مأخوذا في موضوعه. (ص ١١٠)

(٦٥) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى، أن وجوب المضي في الحج لا يدل على صحة اطلاقه على الفاسد. أما على تقدير كون ما فسد هو حجة الاسلام. وإن ما يأتي به في الغابر، هو العقد به فواضح. لكون الأول هو الصحيح الواجب المحسوب من حجة الاسلام. وأما بناء على العكس. فكذلك أيضا، لأن وجوب المضي، ليس دليلا على كون الحج حقيقة في الفاسد بشئ من الدلالات كما أن وجوب الامساك في يوم شهر رمضان بعد افساد الصوم ليس دليلا على كون الصوم حقيقة في الأعم. (ص ١١١)

(٦٦) الطباطبائي: قد بينا في محله جواز التمسك بالاطلاقات على مذهب الصحيحي أيضا سواء كان في العبادات أو المعاملات ولذا ترى تمسكهم بها من الصدر الأول إلى الآن في العبادات مع كون مذهب الأكثر فيها الوضع للصحيح. والسر فيه: أنه ليس

نعم، يمكن أن يقال: إن البيع وشبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: (بعث) عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقة إلا في ما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظر القائل (٦٧)

العلل المعدة للسبيل. (الثاني): العلة التامة للشيء الذي لا يكون بينه وبينها أمور غير اختيارية، مثل الاحراق واللقاء. فإن اللقاء علة تامة للاحراق. ويكون اللقاء فعلاً مباشراً والاحراق فعلاً توليدياً وكلاهما يستندان إلى الفاعل. والفعل المباشر الصادر عن الفاعل، إما أن لا يتوقف صدوره عنه. على آلة كإيجاد النفس للصور الذهنية في صنعها، حيث إن إيجادها لا يتوقف على آلة. أو يتوقف صدوره عنه على آلة. إذا ظهر ذلك، فنقول: صدور هذه المعاني الإيجابية عن الفاعل يكون بالمباشرة لكن باستعانة تلك الألفاظ في إنشائها وإيجادها. فتلك الألفاظ كالأفعال في باب المعاطاة آلات لإيجاد تلك المنشآت، لا أن تلك الألفاظ، أسباب توجد بالمباشرة، لكي يترتب عليها تلك المنشآت قهراً نحو ترتب الاحراق على اللقاء، بل هذه المنشآت بنفسها، مخترعات وموجدات بالإيجاد والإنشاء، إلا أنها تحتاج إلى آلة من قول أو فعل نحو حاجة الكتابة إلى القلم فلا يصح وصفها بالمسببات ولا وصف آلاتها بالأسباب.

فحصل: أن التحقيق يقتضي كون الألفاظ موضوعة للمنشآت بإيجاد الفاعلين بآلة إنشائها. وأنه لا مسرح للأسباب والمسببات في باب المعاوضات. فإن المنشأ فيها هو الفعل المباشر الموجود بإيجاد الفاعل. نعم، باب الخيارات يكون من باب الأسباب والمسببات التوليدية. فإن البيع سبب لثبوت الخيار. وظهر أيضاً: أنه لا أشكال في إمكان التمسك بالمطلقات. عند الشك في شرطية شيء أو جزئية شيء في ألفاظ المعاملات. بناء على عدم كون المنشأ في أبواب العقود من باب المسببات. (ص ١١٢ - ١١٦) (٦٧) الطباطبائي: لا يخفى، أن الموجب لا يريد من قوله: (بعث) إلا التملك، وليس

ثم إذا كان مؤثرا في نظر الشارع كان بيعا عنده، وإلا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف.

فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل:

(بعت) عند العرف والشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، ومجاز في غيره، إلا أن الإفادة وثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف والشرع.

وأما وجه تمسك العلماء باطلاق أدلة البيع ونحوه، فلأن الخطابات لما وردت

على طبق العرف، حمل لفظ البيع وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو

الصحيح المؤثر عند العرف أو على المصدر الذي يراد من لفظ (بعت) فيستدل

باطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثرا في نظر الشارع أيضا،

فتأمل فإن للكلام محلا آخر. (٦٨)

ناظرا إلى كونه مؤثرا في نظر العرف أو الشرع أولا وهذا واضح جدا. (ص ٦٥)

الإصفيهاني: يرد عليه، إن النقل بمعنى حاصل المصدر لما هو صريح كلامه لا يتصف

بالصحة والفساد. فلا معنى لتوصيفه بقوله صحيحا مؤثرا. مضافا إلى ما مر من عدم

معقولية النقل بنظر الناقل. (ص ٢٢) * (ص ٨٧، ج ١)

(٦٨) الآخوند: ولا يخفى، أنه إنما يجدي فيما شك في اعتباره شرعا وقد علم عدم

اعتباره عرفا. (ص ٨٠)

النائيني (المكاسب والبيع): بناء على المختار، من كون نسبة المنشأ في البيع إلى

الصيغة نسبة ذي الآلة إلى آلة ايجاده. وأما بناء على المعروف من كونه من باب المسببات

والأسباب، فالأدلة المتكفلة لامضاء المسببات لا يصلح للاستناد إليها في اثبات امضاء

الأسباب، فإن امضاءها أعم من امضاء أسبابها فيحتاج إلى امضاء آخر ثبوتا. وإلى دليل

اعلم أن المعاطاة على ما فسره جماعة: أن يعطي كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر (١)، وهو يتصور على وجهين:

(١) الآخوند: لا يخفى أن المعاطاة، ما جعل موضوعا لحكم في آية أو رواية ولا في معقد إجماع، وإنما عبر به عما يتداول بين الناس من المعاملة بلا صيغة. فالمهم: تعيين ما هو المتداول بينهم. والظاهر: عدم اختصاصه بما إذا كان هناك تعاطي من الطرفين - كما في السلف والنسيئة - ولا بما إذا كان كل واحد من الايجاب والقبول به لو كان، بل كما يكون

به يكون بالعطاء إيجابا وبالأخذ قبولا ويكون إعطاء الأخذ وفاء بالمعاملة، لا متمما لها، بل لا يبعد دعوى: أن الغالب في المعاملات المتعارفة بحسب قصد المتعاملين ذلك كما لا يخفى. فلا يضر بالمعاملة، لو ظهر ما أعطاه الثاني مستحقا للغير. أو من غير ما عين من الجنس في المقابلة، بل يضر بالوفاء بها، بل ربما يقال بحصولها بالتراضي المنكشف بالقطع والفصل في المساومة ويكون التعاطي، أو الأخذ خارجا عنها ووفاء منهما بها. فيكون كل واحد من الثمن والمثمن كلياً كما كان أحدهما على الوجه السابق، فتأمل. (ص ٩)

الطبائبي: سيأتي كفاية الاعطاء من أحد الطرفين، مع أخذ الآخر بأن يكون في مقام بيع النسيئة أو السلف، فلا يلزم التعاطي بالفعل من الطرفين فيكون الاعطاء من المعطي بمنزلة الايجاب وأخذ الآخر بمنزلة القبول. ويكون الاعطاء منه للعوض بعد ذلك من باب الوفاء، فتدبر. (ص ٦٦)

الإيرواني: الظاهر: أن الفقهاء لا يعنون بالمعاطاة ما اشتمل على العطاء، فضلا عن أن يكون ذلك من الجانبين. وإنما يريدون بالمعاطاة كل معاملة لم تكن بالصيغة المشتملة على شرائط الايجاب والقبول، حصلت تلك المعاملة بالتعاطي للعوضين أو حصلت بإنشاء المعاملة بالألفاظ الفاقدة للشرائط. (ص ٧٦)

أحدهما: أن يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه.
الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك.

وربما يذكر وجهان آخران: أحدهما: أن يقع النقل (٢) من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي شيئا ليتناول شيئا فدفعه الآخر إليه.
الثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع (٣).

الإصنفهاني: فيه مسامحة واضحة، إذ المعاوضة التي يمكن أن يصح بيعا لا يعقل أن يكون كلا طرفيها إعطاء بعنوان العوض، بل لا بد من أن يكون أحد طرفيها إعطاء بعوض لا كلا من طرفيها إعطاء عوضا ولا إعطاء بعوض، والمقصود واضح. (ص ٢٣) * (ص ٩٥، ج ١)

(٢) الإيرواني: النقل الحسي الذي هو عبارة أخرى: عن المعاوضة لا النقل التملكي، فإنه خلاف المفروض. (ص ٧٦)

(٣) الآخوند: لا يخفى، أن غرضه إن كان بيان ما يتصور في باب البيع فلا يتصور، إلا على

ثاني الوجهين وإن كان بيان ما يمكن أن يتصور فيه من دون اختصاص بهذا الباب، فلا وجه للتخصيص بهما، فإنه يمكن أن يقع على وجوه عديدة وقصد به كل ما يقصد باللفظ من ايقاع أو عقد بيعا كان أو غيره من غير فرق من حيث إن دلالة لا يكون بمثابة دلالة، وذلك مما لا شبهة فيه، ولا ريب يعتره. اللهم إلا أن يكون غرضه ما يتصور فيه في هذا الباب، بحسب ما يوهم أنه محل الكلام ومورد النقص والابرام بين الأعلام. (ص ٩)

الطباطبائي: إذا قلنا: بجواز القدر المشترك يعني الملك المطلق - وهو الحق كما سيأتي تحت الرقم: ٥ يمكن أن ينشأ التملك بالعوض، من غير نظر إلى كونه بعنوان التسالم على المبادلة أو بصرفها، وكذا من غير نظر إلى كونها بين المالكين أو بين الفاعلين أو

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 (٤).

بالاختلاف، فتأمل. (ص ٦٦)

الإيرواني: الظاهر: أن موضوع البحث في المقام هو المعاطة التي لم تتخلف عن البيع، إلا في الصيغة. فالمتخلفة عنه في جهات آخر - التي من عمدتها القصد للبيع - خارج عن محل الكلام. وهذه المعاطة لا تنقسم إلى أقسام، والتي تنقسم إلى أقسام: هي المعاطة بمعنى أوسع من محل البحث، وهذه أيضا لا تنقسم إلى أقسام شتى، إذ كل عنوان من عناوين المعاملات فهي قابلة لأن تنشأ بالمعاطة، كما هي قابلة لأن تنشأ باللفظ. نعم، لا يصح القسم المعاطاتي في بعض المعاملات كالنكاح، لكن ذلك لا يضر بصحة التقسيم. مع أن: ما ذكره المصنف من القسمين وهو المعاطة على وجه التملك والمعاطة على وجه الإباحة له قسم ثالث وهو: ما اختلف فيه العوضان في جهة التملك والإباحة. ب: إن كانت الإباحة بإزاء التملك. ثم، كل من الأقسام الثلاثة قد تلحظ فيه المقابلة بين المالين وقد تلحظ بين الفعيلين وقد تلحظ بين القصدتين وقد يختلف. فهذه ستة أقسام، وبضربها في الأقسام الثلاثة الأصلية، ترتقي الأقسام إلى ثمانية عشر. وقد عرفت: أن محل الكلام المعاطة البيعي وهي ما لوحظ فيه المقابلة بين المالين من جهة الملكية. (ص ٧٦)

(٤) الإيرواني: إيراده على هذا الوجه ب: عدم المعقولية باطل، لأن تقريب هذا الوجه يمكن أن يكون بوجه صحيح، وهو: أن يقصد كل منهما تسليط صاحبه على المال بعنوان التوكيل في أن يأخذه لنفسه إما تملكيا أو على وجه الإباحة، فتكون توكيلا معاظاتيا بإزاء توكيل وفي هذا قد ينتهي الأمر في الخارج إلى العمل بالوكالة من الجانبين أو من أحدهما. وقد لا ينتهي فإن قام أحدهما ولم يقم الآخر، لم يضر ذلك بصحة عمل القائم

والثاني: بما تقدم في تعريف البيع من أن التمليك بالعرض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع، لا غير. (٥) نعم، يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود كبيع لبن الشاة مدة، وغير ذلك، كون التمليك المطلق أعم 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 قدس سره في النهاية: احتمال كونها بيعا فاسدا في عدم إفادتها لإباحة التصرف.

ولا بد

- أولا - من ملاحظة أن النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة، أو في المقصود بها التمليك؟ الظاهر من الخاصة والعامة هو المعنى الثاني.

إذا كان العوض وكالة القائم لا عمله بما وكل فيه. (ص ٧٦)

الطباطبائي: ولكن يمكن أن يقال ب: عدم المانع من ذلك (وهو امتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع يعني: امتناع إيجاد الجنس من دون فصل أيضا) بأن لا يتوجه ذهنه إلا إلى القدر المشترك والفرق بين الإيجاد الانشائي والخارجي واضح، فإنه نظير الإيجاد العلمي، فإن من المعلوم أنه يمكن تعقل القدر المشترك من دون فصل، والإيجاد الانشائي وإن كان إيجادا خارجيا من وجه، إلا أنه في هذا المطلب نظير العلم.

نعم، الأثر الخارجي لا يمكن أن يتفصل بأحد الفصيلين. (ص ٦٦)

(٥) الطباطبائي: إن التمليك قد يكون بقصد مجرد المبادلة والمعاوضة، من غير أن يكون

تمليكا بعوض - على وجه يكون أحدهما بايعا والآخر مشتريا - والظاهر: أن البيع ما

يكون مقابل الشراء - الذي هو التملك بالعرض - فيمكن فرض التمليك على وجه لا

يكون بيعا، بل الغالب في الغالب من المعاطاة ذلك، إذا لم يكن أحد العوضين من النقود،

إذ لا يكون أحدهما موجبا والآخر غالبا قابلا، فتدبر. (ص ٦٦)

وحيث أن الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف وحصوله بعده لا يجمع ظاهراً قصد التملك من المتعاطيين نزل المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، وأنه يلزم بذهاب إحدى العينين. وحقق ذلك في شرحه على القواعد وتعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه. لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة، ورجح 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 التملك قائلاً: إن القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب إلى أصاغر الطلبة، فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم. والانصاف: أن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل، بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل الشيخ في المبسوط، والخلاف والحلي في السرائر، وابن زهرة في الغنية والحلي في الكافي، والعلامة في التذكرة وغيرها، بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف. (٦)

(٦) الآخوند: فإن مثل هذا التأويل وإن كان مما يصر إليه في الأخبار توفيقاً بينها، لاحتمال

التعويل على قرينة لم تصل إلينا، لتقطيع الأخبار أو لاختفائها تقية أو غير ذلك. ولم يَأْب عنه بعض الكلمات، إلا أنه كيف يصر إليه في كلمات مشهور الأصحاب الظاهر في إرادة

إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد في كلام أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى (٧). ولننقل أولاً - كلمات جماعة ممن ظفروا على كلماتهم ليظهر منه بعد تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل - كما صنعه المحقق الكركي - وأبعدية جعل محل الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التملك.

الإباحة ونفي الملك، بل مع صراحة بعضها بلا موجب ولا داعي. ومجرد عدم مساعدة القواعد، على ما هو ظاهرهم، بل مساعدتها على خلافها لا يوجد الحمل على ما يساعدها، سيما مع احتمال مساعدة السيرة التي هي العمدة في هذا الباب على ذلك. (ص ١٠)

(٧) الطباطبائي: إن صاحب الجواهر لا ينكر ذلك، بل كلماتهم صريحة في ذلك، وإنما الإشكال في أن حكمهم بالإباحة هل هو في هذه الصورة وهذا الفرض أو لا، بل هو فيما لو قصدناها، وإن الصورة الأولى بيع فاسد لا يفيد شيئاً كسائر البيوع الفاسدة. وادعى صاحب الجواهر: أن مرادهم بقولهم: (إن المعاطاة تفيد الإباحة) إنما هو في الصورة الثانية. نعم، يرد على صاحب الجواهر من أن الظاهر من بعضهم: إن المعاطاة المقصود بها البيع تفيد الإباحة بعد عدم إفادتها الملك، إما لتضمنها الإباحة أيضاً من باب تعدد المطلوب، فتكون إباحة مالكية وإما تعبداً شرعياً - حسبما يظهر فيما سيأتي - فدعوى: أن مراد الجميع صورة قصد الإباحة دون التملك في غير محلها. (ص ٦٧)

فنقول وبالله التوفيق: قال في الخلاف: إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب، فقال: أعطني بها بقلا أو ماء، فأعطاه فإنه لا يكون بيعا - وكذلك سائر المحقرات - وإنما يكون إباحة له، فيتصرف كل منهما في ما أخذه تصرفا مباحا من دون أن يكون ملكه. وفائدة ذلك: أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك، لأن الملك لم يحصل لهما وبه قال الشافعي.

(٨) الطباطبائي: الانصاف: أنه يمكن أن يقال: إن مراد الشيخ من قوله: (فإنه لا يكون بيعا) أنه لا يمكن شرعا أن يتحقق البيع بهذا. ومن قوله: (وإنما يكون إباحة) أنه يمكن تحققها بهذا، إلا أن الصورة الواقعة في الخارج وإن قصد بها البيع تفيد الإباحة. وقوله أخيرا: (وأما الإباحة بذلك الخ) معناه وأما تحقق الإباحة بذلك فهو مجمع عليه. يعني: أجمعوا على أن إنشاء الإباحة، لا يحتاج إلى اللفظ بخلاف البيع، فإنها لا ينعقد إلا به والعبارة المتقدمة من المبسوط تصلح قرينة على ما ذكرنا من الحمل. مضافا إلى: أن ظاهر كلامه الإباحة المالكية دون الشرعية التعبدية.

ومما ذكرنا ظهر: أن الذي ينفع المصنف، إثبات أن حكم الشيخ بالإباحة إنما هو في خصوص الصورة التي نفى كونها بيعا، وإلا فكون النزاع في كونها بيعا أو لا. مختصا بما إذا

قصد التمليك مما لا إشكال فيه. وكذا الكلام في سائر العبارات الآتية. (ص ٦٧)
الإصفيهاني: أما توهم: أن إعطاء بعد الاستدعاء، عمل باستدعائه فمدفوع، بأنه لا منافاة بين العمل بالاستدعاء والايجاب وليس الاعطاء الحقيقي إلا مع صرف نظر المعطي عما يعطي. أما توهم: إن إعطاء المجرّد كالاعطاء بعد الصيغة فهو مسلم بحسب نفس الفعل الخارجي، إلا أن الفعل الخارجي لا يصدر من عاقل غير غافل إلا بعنوان من

وقال أبو حنيفة: يكون بيعا صحيحا وإن لم يحصل الايجاب والقبول. وقال ذلك في المحقرات، دون غيرها (٩) دليلنا: إن العقد حكم شرعي. ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا. فيجب أن لا يثبت. وأما الإباحة بذلك، فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها، إنتهى.

ولا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك وفي أن محل الخلاف بينه وبين أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة. كما يظهر أيضا من بعض كتب الحنفية، حيث أنه - بعد تفسير البيع ب: (مبادلة مال بمال) قال: وينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي وأيضا، فتمسكه بأن العقد حكم شرعي، يدل على عدم انتفاء قصد البيعية، وإلا لكان الأولى، بل المتعين: التعليل به، إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة وعرفا لا معنى للتمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية، كما لا يخفى.

العناوين، فقد يقصد جعل العين عنده ودیعة وأمانة، وقد يقصد به جعلها عارية، وقد يقصد به تمكين الغير من التصرف فيها عن رضاه فيكون إباحة، وقد يقصد به إخراجها عن ملكه وقطع إضافته عن نفسه وإدخالها في ملك المعطي فيكون تمليكا، ولا نعني بالإنشاء والتسبب إلا ذلك. (ص ٢٣) * (ص ٩٧، ج ١)
(٩) الإصفهاني: وأما عدم انحصار الايجاب والقبول في اللفظ، فهو وإن كان كذلك، إلا أن

مرادهم هنا هي الصيغة، كما يظهر بالتأمل في كلماتهم وتمثيلهم للايجاب والقبول بالصيغة، وكيفيك في ذلك ما نقله المصنف في المتن عن الغنية والشرائع والتذكرة والقواعد، فإن جميعها متطابقة على أن: المراد هي الصيغة، وأن: الكلام في كفاية الفعل عن القول لا في كفاية غير الإنشاء عن الإنشاء. (ص ٢٣) * (ص ٩٨، ج ١)

وقال في السرائر بعد ذكر اعتبار الايجاب والقبول واعتبار تقدم الأول على الثاني - ما لفظه: فإذا دفع قطعة إلى البقلي أو إلى الشارب، فقال: (أعطني)، فإنه لا يكون بيعا ولا عقدا، لأن الايجاب والقبول ما حصلا. وكذلك سائر المحقرات، وسائر الأشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب والحيوان أو غير ذلك وإنما يكون إباحة له، فيتصرف كل منهما في ما أخذه تصرفا مباحا، من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه ولكل منهما أن يرجع في ما بذله، لأن الملك لم يحصل لهما. وليس ذلك من العقود الفاسدة، لأنه لو كان عقدا فاسدا لم يصح لهما. وليس ذلك من العقود الفاسدة، لأنه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منهما، وإنما ذلك على جهة الإباحة، إنتهى. فإن تعليقه عدم الملك بعدم حصول الايجاب والقبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك (١٠). مع أن ذكره في حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا. ولا ينافي ذلك قوله: (وليس هذا من العقود الفاسدة إلخ) كما لا يخفى.

(١٠) الإيرواني: تعليقه، ليس لعدم الملك، بل لعدم كونه بيعا وعقدا أو لخصوص عدم كونه

عقدا، وعلى كل حال: لا يدل على تحقق قصد الملك، لأن التعليق لكل من الأمرين لا بد أن يكون بذلك، إلا أن يكون قصد التمليك دخيلا في حصول عنوان العقد، وعليه، فمع عدم قصد التمليك ينبغي أن يعلل بعدم العقد لا بعدم الإيجاب والقبول. (ص ٧٦)

وقال في الغنية بعد ذكر الايجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضي ومعلومية العوضين وبعد بيان الاحتراز بكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له، ما هذا لفظه: واعتبرنا حصول الايجاب والقبول، تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والايجاب من البائع بأن يقول: (بعنيه بألف). فيقول: (بعتك بألف)، فإنه لا ينعقد بذلك، بل لا بد أن يقول المشتري بعد ذلك: (اشتريت) أو (قبلت) حتى ينعقد، واحترازا أيضا عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول: (أعطني بقل)، فيعطيه، فإن ذلك ليس ببيع، وإنما هو إباحة للتصرف، يدل على ما قلناه: الاجماع المشار إليه وأيضا فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به، وليس على صحته بما عداه دليل. ولما ذكرنا نهى صلى الله عليه وآله عن بيع ال (المنابذة) و (الملامسة) وعن بيع (الحصاة) (على التأويل الآخر. ومعنى ذلك: أن يجعل اللمس بشئ والنبذ له، وإلقاء الحصاة بيعا موجبا، إنتهى. فإن دلالة هذا الكلام على أن المفروض قصد المتعاطيين التملك من وجوه متعددة: منها: ظهور أدلته الثلاثة في ذلك ومنها: احترازه عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد. وقال في الكافي - بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع أمور ثمانية - ما لفظه: واشتراط الايجاب والقبول، لخروجه من دونهما عن حكم البيع - إلى أن قال - : فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع (١١)، ولم يستحق التسليم وإن جاز التصرف مع إخلال بعضها، للتراضي، دون عقد البيع ويصح معه الرجوع، إنتهى. وهو في الظهور قريب من عبارة الغنية.

(١١) الطباطبائي: لكن يظهر منه (أيضا): أن الحكم في كلي العقد الفاسد جواز التصرف، لا

وقال المحقق قدس سره في الشرايع: ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما دل على إرادة البيع، إنتهى. وذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع، بل للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل. وقال في التذكرة في حكم الصيغة: الأشهر عندنا أنه لا بد منها، فلا يكفي التعاطي في الجليل والحقير مثل (أعطني بهذا الدينار ثوبا) فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: (خذ هذا الثوب بدينار) فيأخذه. وبه قال الشافعي مطلقا، لأصالة بقاء الملك، وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. وعن بعض الحنفية وابن شريح في الجليل. وقال أحمد: ينعقد مطلقا. ونحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعا، إنتهى. ودلالته على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه (١٢) أدونها: جعل مالك موافقا لا حمد في الانعقاد من جهة أنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعا.

خصوص ما يكون الفساد فيه من جهة عدم الصيغة، مع أنهم يخصون الحكم به بخصوص الفساد من جهة فقد الصيغة، فتدبر. (ص ٦٨)
الإصفهاني: أما نفي البيعة في كلامهم، فهو صحيح على المشهور القائلين بعدم إفادة المعاطاة للملك من أول الأمر، وذلك لا ينافي أن التعاطي بقصد التسبب إلى الملكية فضلا عن الإباحة. (ص ٢٣) * (ص ٩٧، ج ١)
(١٢) الإيرواني: لا دلالة فيها على إحراز هذا القصد، وإنما العبارة مصبها: ما إذا كان المحرز مجرد المعاطاة، فيكون حاصلها هو المنع عن الاتكال على مجرد المعاطاة في الحكم بتحقيق قصد البيع، كما صنعه العامة، بل لعله أكثر من منع عن انعقاد البيع بالمعاطاة، ناظر ذلي هذه الصورة. (ص ٧٦)

وقال الشهيد في قواعده - بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي، وذكر أمثلة لذلك - ما لفظه: وأما المعاطاة في المبيعات، فهي تفيد الإباحة لا الملك وإن كان في الحقيق عندنا، إنتهى. ودلالاتها على قصد المتعاطيين للملك مما لا يخفى (١٣).

(١٣) الطباطبائي: هذه العبارة أيضا لا تقبل الحمل على ما ذكره صاحب الجواهر، لمكان قوله: (وأما المعاطاة في المبيعات فهي تفيد الإباحة)، فإن ظاهره أن نفس هذه المعاطاة المقصود بها المبيعة تفيد الإباحة. فتحصل من هذه العبائر: أولا: أن النافع للمصنف في دفع دعوى صاحب الجواهر من هذه العبارات، هي عبارة الغنية والكافي والسرائر وقواعد الشهيد فقط. ثانيا: جملة من العبارات المذكورة في المتن قابلة لإرادة مقصود الجواهر، كعبارة الشيخ في موضع من المبسوط وجملة من العبارات المذكورة في المتن قابلة لإرادة مقصود الكركي، كعبارة العلامة في التحرير وسائر العبارات، كعبارة التذكرة والمحقق لا ينفذ في إبطال دعوى صاحب الجواهر ولا الكركي أيضا. (ولا يخفى) أن اللازم عليه: بيان أن مورد حكمهم بالإباحة هو نفس المورد الذي حكموا بعدم كونه بيعا، وإلا فلا ينكر صاحب الجواهر ولا غيره كون محل النزاع في البيعة هي صورة قصدها ومن ذلك يظهر: أن ذكره الشواهد على كون مرادهم من المعاطاة في العبارات المذكورة، المعاطاة بقصد التمليك مما لا ينفعه، وكان اللازم أن يبين اتحاد مورد نفي البيعة والحكم بالإباحة. (ص ٦٧ و ٦٨)

الإيرواني: والذي يظهر من بعض العبائر: أن البحث في المعاطاة صغروي والنزاع في دلالة الفعل، على قصد البيع وإنشائه ليكون بيعا مفيدا للنقل، وعدم دلالتة، فيكون الإنشاء به كالإنشاء بالألفاظ المحتملة، أنظر إلى: عبارتي الشرايع والتذكرة، تجدهما شاهدين على

هذا كله، مع أن الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التمليك ويعد فرض الفقهاء - من العامة والخاصة - الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس.

ثم إنك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها، كالخلاف والسرائر والتذكرة والقواعد.

ومع ذلك كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد:

إنهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل فقال: المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافا لظاهر عبارة المفيد، ولا يقول أحد بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية، وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها.

وقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)، عام إلا ما أخرجه الدليل. وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب من أنها تفيد الإباحة وتلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر وبالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك إذ المقصود للمتعاظين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعا فاسدا ولم يجز التصرف، وكافة الأصحاب على خلافه.

ما ذكرناه، وانظر إلى: عبارة الكركي، وفيها: وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد إلخ. (ص ٧٦)

وأيضاً، فإن الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلاً ورأساً، فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده؟ وإنما الأفعال (١٤) لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول - لأنها تدل بالقرائن - منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكناً (١٥)، ومع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم، ويكفي تلف بعض إحدى العينين، لامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة والضرر، إنتهى. ونحوه المحكي عنه في تعليقه على الإرشاد. وزاد فيه: إن مقصود المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه، وإلا 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 وطء الجارية، ومن منع فقد أغرب، إنتهى.

(١٤) الطباطبائي: (قد عرفت آنفاً): أنه ليس في كلام أكثرهم الحكم بإفادتها الإباحة، فلا ينفع في إبطال دعوى صاحب الجواهر ولا دعوى الكركي. (ص ٦٨)

(١٥) الإيرواني: هذا التعليل ضعيف، ولا يقتضي الملك المتزلزل، بل مقتضاه إما البطلان، وذلك حيث لم تكن قرينة على تحقق قصد التملك، أو الصحة على وجه اللزوم حيث كانت القرينة. (ص ٧٦)

والذي يقوى في النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التملك، وأن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداء، بل إنما حصلت كما اعترف به في المسالك. من استلزام إعطاء كل منهما سلطته مسلطاً عليها الإذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات (١٦).

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 فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك وإن كانت من الشارع فليس عليها دليل، ولم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص في ذلك، (١٧) مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود وترتيب غيره بعيد جداً. (١٨)

(١٦) الإيرواني: إن ما ذكره من الاستلزام إن سلم، فإنما يكون في صورة التسليط على السلعة عالماً بفساد البيع، كما في دفع ثمن العين المغصوبة إلى البائع مع العلم بأنه: غاصب. أما إذا كان التسليط مع الجهل بفساد البيع، فليس لازمه، الإذن في التصرف. وأيضا لو صح ما ذكره، كانت الإباحة إباحة مالكية، واندفع إيراد المحقق المتقدم، ولم يبق

محل لقوله، ولا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم، مع أنه لا يندفع إلا هذا الإيراد، لا

أنه لا يبقى إلا هو، فإن إشكال عدم حصول الملك بالتلف لو قيل بالإباحة، باق على حاله. مضافاً إلى: أن إيراد المحقق ليس إيراداً هيناً، وكفى إيراده في رفع اليد عن ظاهر كلماتهم. (ص ٧٦)

(١٧) الآخوند: ترتب الإباحة عليه شرعاً لو سلم، فهو للاستناد إلى السيرة ظاهراً، بتوهم أنها

تساعد على ذلك. (ص ١٠)

(١٨) الآخوند: ما ألغاه الشارع، بل رتبته عليه يشترط التصرف كالتقبض في الصرف. (١٠)

مع أن التأمل في كلامهم يعطي إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية. ويؤيد إرادة الملك: أن ظاهر إطلاقهم (إباحة التصرف) شمولها للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك، كالوطء والعتق والبيع لنفسه والتزامهم حصول الملك مقارنة 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 (١٩).

(١٩) الإصفهاني: فيه: مسامحة، حيث أنه قدس سره ليس بصدد كيفية سببية ملك التصرفات، وإلا

فبعض تلك التصرفات لا مانع من مقارنتها للملك، كالوطني -، فإن اللازم مقارنة الوطني للملك، لئلا يكون وطيا في غير الملك ومع المقارنة الزمانية لم يقع الوطني في غير الملك، بل إن تحقق الوطني، تحقق الملك. والظرية لا تستدعي السبق الزمني للمظروف بل مقتضى التضائف بين الظرفية والمظروفية تكافؤهما في القوة والفعالية، كما فصلنا القول فيه في باب الفسخ بالفعل في كتاب الخيارات، وأما بعض التصرفات الأخر كالعتق والبيع فيشتمل تقارنهما مع الملك، لاستحالة دخول العين في الملك، وخروجها رأسا، أو إلى ملك الغير في زمان واحد، بل إذا أريد من الملك والعتق والبيع ما هو كذلك بالحمل الشايح للزم محذور الدور أيضا، لتوقف الملك عليهما توقف المسبب على سببه، ولتوقفهما على الملك توقف المشروط على شرطه، فلا بد فيهما من الالتزام بسببية إنشاء البيع أو العتق بجزء منه - أي قبل تمامية الصيغة للتأثير في الملك لئلا يلزم محذور الدخول والخروج في زمان واحد، ومحذور التوقف من الطرفين لتوقف الملك على جزء من الإنشاء من دون توقف للإنشاء بجزئه على الملك، بل الموقوف على الملك إما ما هو بيع وعتق حقيقة أو ما هو سبب تام للتأثير وهو تمام الإنشاء عقدا أو إيقاعا. وتمام الكلام في باب الخيارات. (ص ٢٤) * (ص ١٠٢، ج ١)

لكن الانصاف: أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم (٢٠)، فإن هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية، ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة (٢١)، مع أن المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عما يتوقف على الملك، كإخراجه في خمس أو زكاة، وكوطة الجارية. ومما يشهد على نفي البعد عما ذكرنا - من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطين التمليك: أنه قد صرح الشيخ في المبسوط، والحلي في السرائر، كظاهر العلامة في القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب والقبول ولو من الرسول، نعم يفيد ذلك إباحة التصرف، لكن الشيخ استثنى وطء الجارية.

ثم إن المعروف بين المتأخرين أن من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة، قال بأنها ليست بيعاً حقيقة كما هو ظاهر بعض العبارات المتقدمة ومعقد إجماع الغنية، ٢٢ وما أبعد بينه وبين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي اللزوم وكلاهما خلاف الظاهر. (٢٢)

(٢٠) الطباطبائي: وأهون منهما، التزام ورود الإشكال عليهم في هذه الدعوى، وأن الحق هو القول بإفادتها الملكية اللازمة أو الجائزة على ما سيأتي وورود الإشكال على العلماء ليس أول قارورة ولا داعي إلى التأويل والتوجيه ولا التزام ما لا دليل عليه. (ص ٦٨)

(٢١) الإيرواني: الكلام في وجود مثل هذا الدليل، فإن الإجماع غير متحقق، فما قام عليه الدليل وهو الملك، لا يقولون به وما يقولون به وهي الإباحة، لم يقم عليه دليل والمفروض: أن المالك لم يباح حتى تكون الإباحة إباحة مالكية. (ص ٧٦)

(٢٢) الطباطبائي: غاية ما يمكن أن يستدل به على اعتبار الصيغة وجوه لا يصلح شيء منها

ويدفع الثاني: تصريح بعضهم: بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار (٢٣)،

قابلية الفعل التسليطي لأن يكون مصداقا للبيع، لكن هذا التسليط الخارجي موجب لتحقيق السلطنة الفعلية الملازمة مع الملكية فيكون من باب إيجاد البيع بلازم يساويه وسيأتي أنه لا بأس به. الثالث: لو سلمنا: عدم إمكان وقوع البيع بالفعل أصلا وأنه كان مفيدا للإباحة، لكن الالتزام بكون الإباحة بالعوض المسمى مما لا وجه له، لأن المفروض بقاء كل من العوضين على ملك مالكه وعدم تحقق التبديل والانتقال، وحينئذ فلا ملزم لهما في الالتزام بكون الإباحة بالعوض المسمى ولازم عدم مجانية الإباحة لزوم المثل والقيمة لا خصوص المسمى، وهذا شيء يرد على القائلين بالإباحة. مضافا إلى ما يرد عليهم: من استلزام القول بها لتأسيس قواعد جديدة. فتحصل: أن الأقوى إمكان كون المعاطاة بيعا من غير شائبة محذور في مرحلة إمكانه (هذا في مقام الثبوت). (وأما في مقام الإثبات) فلا بد من دليل يحرز به كون المعاطاة بيعا، ثم التمسك بالعمومات في إثبات صحته مثل بقية موارد البيع، لأن الأدلة العامة المتكفلة لحكم البيع لا يثبت موضوعه. فنقول: السيرة القطعية القائمة على عدم فساد المعاطاة، وأنها ليست كالمقبوض بالعقد الفاسد والسيرة القائمة على صحة جميع التصرفات بها حتى التصرفات المتوقفة على الملك تدلان على كونها بيعا عرفيا، ولا طريق لمن ينكر كونها بيعا إلى إنكار السيرتين أصلا، وثبوتهما في كل زمان بحيث يقطع بانتهاهما إلى زمان المعصوم فتكونان حجة قطعا ومعه فلا سبيل إلا إلى الالتزام بكونها بيعا عرفيا. وإذا ثبت ذلك فيتمسك لإثبات صحتها بالعمومات مثل: (أحل الله البيع وتجارة عن تراض) ونحوهما. (ص ١٢٤ - ١٢٩) (٢٣) الإصفهاني: هذا مستدرك، لأن الكلام مسوق لنفي اللزوم لا لإثباته. (ص ٢٥) * (ص ١٠٣، ج ١)

فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات (٢٤).
وتصريح غير واحد بأن الإيجاب والقبول من شرائط صحة انعقاد البيع
بالصيغة (٢٥) وأما الأول، فإن قلنا بأن البيع عند المتشعبة حقيقة في الصحيح -
ولو بناء على ما قدمناه في آخر تعريف البيع: من أن البيع في العرف اسم
للمؤثر منه في النفل.

الطباطبائي: لكن لا يخفى أن مجرد تصريح هذا البعض بهذا المطلب لا ينفع في
مقام دفع كلام المحقق، لعدم حجية كلام هذا البعض وعدم الدليل على صدقه في هذه
الدعوى، مع إمكان دعوى ثبوت الخيار في المقام أيضا بالإجماع ونحوه، وعدم عداهم له
من جملة الخيارات لا يكون مضرا، كما لا يخفى. (ص ٦٨)
(٢٤) الآخوند: يمكن أن يقال: لزوم البيع بمعنى عدم جواز فسخه لا يقتضي لزومه،
بمعنى،

عدم جواز التراد، وهذا المعنى محل الكلام في المقام. (ص ١٠)
الإصفهاني: هذا مناف لما سيحى - إن شاء الله تعالى - في باب الملزمات من: أن
الجواز واللزوم في المعاطاة بمعنى جواز التراد وعدمه، لا جواز الفسخ وعدمه فلا منافاة
بين جواز التراد وعدم جواز الفسخ، فتدبر. (ص ٢٥) * (ص ١٠٤، ج ١)
(٢٥) الآخوند: كون الإيجاب والقبول من شرائط انعقاد البيع بالصيغة لا يقتضي كونها من
شرائط البيع مطلقا، ولو بالمعاطاة وليكن المراد بالإيجاب اللفظيين منهما وإلا لم يكن
المعاطاة بخالية عنهما، كما لا يخفى. (ص ١٠)
الإيرواني: التقييد بالصيغة في العبارة محل بما هو المقصود من الاستشهاد بها، بل
يوجب دلالتها على خلاف المقصود. (ص ٧٦)
الإصفهاني: المناسب عدم التقييد بالصيغة، لأن توقف البيع بالصيغة على الصيغة من
الواضحات. (ص ٢٥) * (ص ١٠٤، ج ١)

فإن كان في نظر الشارع أو المتشعبة، من حيث أنهم متشعبة وامتدنيون بالشرع، صحيحا (٢٦) مؤثرا في الانتقال كان بيعا حقيقيا، وإلا كان صوريا، نظير بيع الهازل في نظر العرف، فيصح على ذلك نفي البيعة على وجه الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغة، أو فسره بالعقد، لأنهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع. إذا عرفت ما ذكرنا، فالأقوال في المعاطاة - على ما يساعده ظواهر كلماتهم - ستة (٢٧):
اللزوم مطلقا، كما عن ظاهر المفيد، ويكفي في وجود القائل به قول العلامة قدس سره في التذكرة: الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة. واللزوم بشرط كون الدال على التراضي أو المعاملة لفظا، حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني وبعض متأخري المحدثين، لكن في عد هذا من الأقوال في المعاطاة تأمل (٢٨)، والملك الغير اللازم، ذهب إليه المحقق الثاني، ونسبه إلى كل من قال بالإباحة. وفي النسبة ما عرفت. وعدم الملك مع إباحة جميع التصرفات وعدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، كما هو ظاهر عبائر كثير.

(٢٦) الإيرواني: لكنك عرفت: أن البيع وإن فرضنا أنه اسم للبيع الصحيح الشرعي، لكن يجب صرفه عن هذا المعنى في خطابات الشارع، لأن هذه الخطابات مسوقة لبيان الصحة فكيف! يؤخذ في موضوعها الصحة. (ص ٧٦)
(٢٧) الطباطبائي: وهنا قول سابع: وهو أنها معاملة مستقلة مفيدة للملكية وليست بيعا، وإن كانت في مقامه، حكى عن الشيخ الكبير جعفر قدس سره. (ص ٦٨)
(٢٨) الأخوند: لكنه يمكن أن يقال: أنه يكون كذلك، إذا اعتبره لكي يقع المعاملة به، لا إذا كان لأجل الدلالة على أنها بالتعاطي، فتأمل. (ص ١١)

بل ذكر في المسالك: أن كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات. وإباحة ما لا يتوقف على الملك.

وهو الظاهر من الكلام من حواشي الشهيد على القواعد، وهو المناسب لما حكيناه من الشيخ في إهداء الجارية من دون إيجاب وقبول. والقول بعدم إباحة التصرف مطلقا، نسب إلى ظاهر النهاية، لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها.

والمشهور بين علمائنا: عدم ثبوت الملك بالمعاطاة وإن قصد المتعاطيان بها التملك، بل لم نجد قائلًا به إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به، ولم يقتصر على ذلك حتى نسبه 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 تلفت لزم، إنتهى. 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 (٢٩).

وأما قوله: (والأقوى إلخ)، فهو إشارة إلى خلاف المفيد والعام القائلين باللزوم. وإطلاق (المعاوضة) عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان وإطلاق (الفسخ) على (الرد) بهذا الاعتبار أيضا وكذا (اللزوم).

(٢٩) الإيرواني: عبارته الأولى أدل على حصول الملك من هذه على الإباحة، بل يمكن المناقشة في دلالة هذه، فإن الفرق بين المعاطاة والعقد الفاسد بجواز الانتفاع لا يدل على عدم الفرق بينهما من غير هذه الجهة. (ص ٧٧)

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 الأئمة؟ الأقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال إنتهى. وصرح بذلك أيضا في الهدية فإذا لم يقل في الهبة بصحة المعاطاة فكيف يقول بها في البيع؟

وذهب جماعة تبعا - للمحقق الثاني - إلى حصول الملك ولا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق، والبيع، والوطء، والإيضاء، وتوريثه، وغير ذلك من آثار الملك (٣٠).

(٣٠) الطباطبائي: ويدل عليه ثانيا: إجماع العلماء على جواز التصرفات حتى الموقوفة على الملك والعلامة قد رجع عن ما ذكره في النهاية. وهذا - يعني جواز التصرف - لا يجتمع مع عدم حصول الملكية إلا ببعض التوجيهات الآتية التي لا ينبغي صدورها عن الفقيه. وثالثا: أن المسألة راجعة إلى الشك في شرطية الصيغة في انعقاد البيع ولا دليل عليها، وعدم الدليل في مثل هذه المسألة دليل عدم، لأنه لو كان لبان، ووجب على الشارع البيان، مع أنه لم يرد ذلك في شيء مما وصل إلينا من الأخبار لا من طرق العامة ولا من طرق الخاصة، مع توفر الدواعي على نقل مثله في مثل هذه المسألة، وما قد يدعى في هذا المقام سيأتي الكلام فيه.

هذا، مضافا إلى: الاطلاقات الخاصة بسائر العقود اللازمة بعد عدم الفرق بينها وبين البيع بالاجماع.

ورابعا: وهو العمدة والأصل في هذا الباب -، أنه لا شك ولا شبهة في صدق البيع على المعاطاة المقصود بها ذلك والمنكر مكابر كما يظهر لمن راجع العرف وأنصف من

ويدل عليه أيضا: عموم قوله تعالى: أحل الله البيع حيث أنه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع. بل قد يقال: بأن الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي. لكنه محل تأمل. (٣١)

(٣١) الإيرواني: وسيجئ اختيار هذا الذي هو محل للتأمل. (ص ٧٧) الآخوند: والظاهر أن سبب التصرف فيها وصرف الحكم بالحلية إلى التصرفات، عدم كون البيع بنفسه اختياريا فلكونه مترتبا على سببه بلا اختيار. وأنت خيرير بأن مجرد ذلك لا يخرج عن الاختيار المعتبر في متعلق الأحكام، وعلى ذلك فلا دلالة لها على المدعى، فإنها مسوقة لبيان تحليل البيع، بمعنى التمليك قبالا لتحريم الربا. نعم، لو كان البيع فيها بمعنى ما يوجب، لدلت على صحة المعاطاة، ولو كان المراد من الحلية مجرد التكليف، فإن تحليل الشارع للبيع بما يتوسل به إلى التمليك وترخيصه فيه كذلك - كما هو ظاهرها - ملازم عرفا لإمضائه وإنفاذه، كما أن تحريم معاملة والنهي عنها كذلك، يدل على الردع عنها، كما في تحريم الربا، وفيما علقنا على الخيارات ما له نفع في المقام. (ص ١١)

الطباطبائي: لا يخفى أن ظاهر الآية: حلية نفس البيع لا التصرفات المترتبة عليه. وإن كان لو كان كذلك أيضا يتم الاستدلال، لأنه يدل حينئذ بالالتزام العرفي على صحة البيع، كما في الآية الثانية، فإنها تدل على حلية الأكل بمعنى التصرفات ويلزمها عرفا صحة التجارة على الوجه المقصود وهو عنوان البيعة كما هو واضح. وإذا كان ظاهر الآية حلية نفس البيع، فإن كان المراد الحلية التكليفية بقريضة المقابلة، بقوله: وحرم الربا حيث أن ظاهره حرمة الربا، أو البيع الربوي تكليفا. فيدل على المدعى أيضا بالالتزام العرفي وإلا

وأما منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة (٣٢). وأما دعوى الأجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً - كابن زهرة في الغنية - فمرادهم بالبيع: المعاملة اللازمة التي هي إحدى العقود ولذا صرح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع (٣٣).
ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها.
ومما ذكر
يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض) (٣٤).

البيع حينئذ تدل على صحة التصرفات المتوقعة على الملك بالالتزام (هذا محصل الاستدلال) بالآية على نحو يسلم عن المناقشة. (ص ١٣٢ و ١٣٣)
(٣٢) النائيني (منية الطالب): أولاً: الحق في المقام أن يقال: إن الفعل الواقع من المتعاطيين بقصد التمليك والتملك مصداق للجدة الاعتبارية، ويتحقق به تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، - كما يتحقق به الجدوة الاصطلاحية -، ويكشف عنه السيرة المستمرة بين أهل الشرائع في إنشاء التمليك والتملك به، وتصرف المتعاطيين فيما انتقل إليهما حتى ما يتوقف على الملك. فمنع صدق البيع عليه لا وجه له أصلاً. (ص ١٢٥)
(٣٣) الطباطبائي: عبارة المصنف غير صافية عن الإشكال، لأنه أولاً: لا يخفى أن في أنية ذكر الإيجاب والقبول في عداد شرائط صحة البيع في مقابل شرائط اللزوم، فلا يصح حمل كلامه على إرادة المعاملة اللازمة. وثانياً: أن قوله ولذا صرح يفيد عكس المدعى. (ص ٦٩)
الآخوند: بل (مرادهم بالبيع) المعاملة الشرعية، ولذا صرح في الغنية ب: كون الإيجاب والقبول من شرائط الصحة، لا اللزوم، فافهم. (ص ١١)
(٣٣) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى، أن دلالة هذه الآية على صحة المعاطاة أظهر

(١٠٧)

وأما قوله صلى الله عليه وآله: (الناس مسلطون على أموالهم) فلا دلالة فيه على المدعى لأن عمومه باعتبار أنواع السلطة، فهو إنما يجدي فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطة ثابتة للمالك، وماضية شرعا في حقه أم لا؟ (٣٥)

من آية الحل، لأظهرية كون المعاطاة تجارة عن تراض، عن كونها بيعا، لكون التجارة أعم من البيع. (ص ١٣٥)

الإيرواني: التقريب الآخر للآية يكون أظهر وأسلم من الإشكال - فإنه يرد على الوجه الأول ما أورده المصنف على الاستدلال بآية (أحل) غير أن هذه الآية تدل على المقصود بالصراحة من غير حاجة إلى التقدير - والتقريب هو: جعل الأكل كناية عن التملك كما هو

الشايح بعد الصرف عن ظاهره، فتدل الآية على هذا بالاستقلال بلا حاجة إلى ضم المقدمات على سببية التجارة عن تراض لحصول الملك، إذ لولا أنها مؤثرة في حصول الملك لما جاز التملك بسببها. (ص ٧٧)

النائني (المكاسب والبيع): تقريب الاستدلال بهذه الآية - بعد صدق البيع عليه كما قلنا في السيرة - أن يقال: إن المراد بالأكل فيها ليس هو (الازدراد)، بل المقصود هو أخذ الشيء وجعله تحت التسلط. مثل ما يقال: أكل فلان دار زيد أو فرسه. ثم الاستثناء يحتمل أن يكون متصلا أو منقطعا. فعلى الأول: فالمستثنى منه عبارة عن: مطلق أكل الأموال، وكلمة: (بالباطل) خارجة عن المستثنى منه، إنما جئ بها للدلالة على قسيم المستثنى فالمعنى حينئذ: انقسام أكل المال إلى الباطل وغيره. فالباطل هو: ما إذا لم يكن تجارة عن تراض. وغير الباطل ما كان بالاكتساب عن تراض وهذا المعنى، هو الأظهر، لظهور الاستثناء في الاتصال وعلى الثاني فكلمة: (بالباطل) داخلية في المستثنى منه، وهذا ظاهر. (ص ١٣٥)

(٣٥) الآخوند: بل لا يجدي في ذلك، إذا شك في تشريع أصل هذا النوع أيضا، حيث أنه

أما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة - كتمليك ماله للغير - نافذة في حقه، ماضية شرعا، لكن شك في أن هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد، أم لا بد من القول الدال عليه؟ فلا يجوز الاستلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم، ومنه يظهر أيضا: عدم جواز التمسك به لما سيحجى من شروط الصيغة.

وكيف كان، ففي الآيتين مع السيرة كفاية. اللهم إلا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، وإنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، كالبيع والوطء والعق والايصاء، وإباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات من الاجماع وعدم القول بالانفكاك، دون المقام الذي لا يعلم ذلك منهم، حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات (٣٦).

بأسبابه، مع عدم استناد عدم المحجورية على ثبوت المقتضى وهو كون المال له، بل عدم المحجورية مستندا إلى عدم ثبوت مانع غير الأسباب الموجبة للحجر شرعا، فتدبره، فإنه حقيق به. (ص) * (ص ١١٠، ج ١)

(٣٦) الطباطبائي: أما الآية الأولى: فقد عرفت أن مفادها الأولى حلية البيع لا التصرفات، فتدل على الصحة بالمطابقة، بناء على عدم الاختصاص بالتكليفية وبالالتزام بناء عليه. وأما الثانية: فهي وإن كان مفادها الأولى حلية التصرفات، إلا أن العرف يفهم من ذلك كون التجارة الكذائية صحيحة على الوجه المقصود: ألا ترى! أنه لو قال: إذا زوج أمتي من الغير يجوز له وطئها، يفهم منه حصول المقصود من الزوجية وأن الوطي جائز من هذه الحثية، لا من باب التحليل. فدعوى: أن استفادة الملكية في سائر المقامات من جهة

وصرح في المسالك: بأن من أجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات، غاية الأمر، أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقع على الملك يكشف عن سبق الملك عليه أنا ما، فإن الجمع بين إباحة هذه التصرفات وبين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار. ولا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر، ليقال: إن مرجع هذه الإباحة أيضا إلى التملك. وأما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث، فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم، كما لا يخفى. (٣٧)

التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالالتزام ب: أن في البيع بالصيغة يستلزم جواز مطلق تصرف الملك من أول الأمر دون البيع بالفعل، فإنه يستلزم جواز تصرف الملك أنا ما، لا وجه له، فإن الاجماع في البيع بالصيغة أيضا لا يقتضي الملك إلا أنا ما، فعلى هذا: أما لا يقتضي البيع بالصيغة الملك من أول الأمر، وأما لا فرق بينه وبين البيع بالفعل. خامسا: يرد عليه: أنه لو لم نقل بدلالة الآيتين على حصول الملكية، بل على جواز التصرفات، فكما يمكن الالتزام بالملك أنا ما كذلك يمكن تخصيص الأدلة الدالة على عدم جواز البيع والوطء والعتق في غير الملك. وبعبارة أخرى: الالتزام بالملك أنا ما بلا موجب، لأنه يمكن أن تكون الآيتان مخصصتين لقواعد أخرى. (ص ١٢٦)

(٣٧) الآخوند: هذا في سيرة المسلمين، وأما سيرة العقلاء بما هم عقلاء، فلا شبهة فيها، ولا

ريب يعتريها، حيث استقرت طريقتهم على ذلك من غير اختصاص بأهل ملة ونحلة، ولم يردع عنها صاحب شريعة، حيث لو ردع لشاع نقله وذاع لتواتر الدواعي في مثل هذه المسألة إليه، فالأولى: التمسك بها، كما تمسك بها في غير مقام، فإنها أسلم مما تمسك به في المقام. (ص ١٢)

ودعوى: أنه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك، كما يظهر من المحكي من حواشي الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمان الهدي، وعدم جواز وطء الجارية المأخوذة بها، (٣٨)

الطبائبي: الانصاف: أنه ليس كذلك، بل هي على وجه يحصل منها القطع ويكون الحكم كذلك. ولعمري أنه مما لا يقبل الإنكار. ودعوى: أنه مبني على عدم المبالاة كما ترى، بل من المعلوم أن الأئمة وأصحابهم بل سائر الناس من العلماء والعوام كانوا يتصرفون في الهدايا والعطايا تصرف الملاك ولم يعهد من أحد منهم اجراء الصيغة فيها، مع أنه لا فرق بينها وبين البيع بناء على اعتبارها في الملكية، فتدبر. (ص ٦٨ - ٧٠) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما فيه أيضا، لعدم ظهور الفرق بين السيرة القائمة على التوريث وبين السيرة القائمة على البيع ونحوه، فلو أمكن منعها في التوريث، صح منعها في الجميع، فلا فرق بينهما أصلا. (ص ١٣٤) الإيرواني: يمكن أن يقال: في السيرة على التوريث مثل ما قيل: في السيرة على التصرفات، بل فوق ما قيل، بل الضرورة تلجئ إلى الالتزام بفساد السيرة، مع أن هذه السيرة بهذه العظمة لو كانت فاسدة فعلى السيرة السلام، والوجوه التي يمكن أن تقال: هي أن السيرة على التوارث بمعنى أخذ الورثة للمال ومعاملتهم معه معاملة الملكية. فلعل أخذهم للمال أيضا يكون على وجه الإباحة - كمورثهم - ثم يدخل المال في ملك الورثة بإرادة التصرفات الموقوفة على الملك، أو لعل المال يدخل في ملك المورث قبل موته أنا ما ثم، ينتقل منه إلى ورثته، أو لعل موته يكون مملكا تعبديا للورثة من غير أن يتلقونه من ملكه كما في دية النفس. (ص ٧٨)

(٣٨) الطبائبي: كان الأنسب ذكر هذا قبل قوله: (وأما ثبوت السيرة) - كما لا

وقد صرح الشيخ قدس سره بالأخير في معاطاة الهدايا - فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها، فيثبت الملك، مدفوعة: بأنه وإن لم يثبت ذلك، إلا أنه لم يثبت أن كل من قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أول الأمر (٣٩)، فيجوز للفقهاء حينئذ التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقع على الملك، لا من أول الأمر فالأولى حينئذ:

التمسك في المطالب بأن المتبادر عرفا من (حل البيع) صحته شرعا (٤٠). هذا مع إمكان إثبات صحة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتهما، وتتميمه في البيع بالإجماع المركب. هذا، مع أن ما ذكر: من أن للفقهاء التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقع عليه، لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه!.

يخفى. - (ص ٧٠)

(٣٩) الإيرواني: فيه: أنه كما لم يثبت ذلك لم يثبت أيضا أنهم قالوا بالملك ولو في الجملة،

فلفقيه إنكار الملك رأسا حتى آنا ما، مع القول بإباحة جميع التصرفات. لكنك عرفت: أن المقصود من الملك هو إثبات آثار الملك فإذا ثبتت بالأدلة ترتب جميع آثار الملك لم تبق حاجة إلى إثبات الملك. فإن ثبتت الملك أو لم يثبت، كان المقصود حاصلًا وكان كل هذا

الكلام مستغنى عنه لا حاجة إليه ولا إلى نقل كلام بعض الأساطين ولا إلى إحالة الكلام فيه. (ص ٧٨)

(٤٠) الطباطبائي: وكذا من الحكم ب: جواز الأكل في الآية الثانية، - حسبما

عرفت. - (ص ٧٠)

(٤١) الطباطبائي: لا أظن وجود إطلاق في الهبة والإجارة ليس مثله في باب البيع، لندحتاج

ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد: أن القول بالإباحة المجردة، مع فرض قصد المعاطين التمليك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة: (٤٢)

إلى الاجماع المركب إن أراد إطلاق الأخبار. وإن أراد إطلاق الآية: فالإشكال مشترك الورد. نعم، لو أراد إطلاق الأخبار وكان الغرض تكثير الدليل بعد تسليم وجود مثله في البيع أيضا فلا بأس به، فتدبر. (ص ٧٠)

(٤٢) الآخوند: لا يخفى أنه إنما يتوجه ما أفاده من الاستبعادات على القول بها، إذا لم يقل القائل بها بالأول إلى البيع بعد التصرف أو التلف. وقال: إن الملك بعد أحدهما إنما يكون به، لا بالمعاملات بشرطها، بل يكون بالنسبة إليه لغوا وإن كانت مؤثرة للإباحة وأما على القول بالأول: فلا يلزم انحرام قاعدة (العقود تابعة للقصود) ولا كون إرادة التصرف ولا التصرف من جانب ولا التلف السماوي من المملكات، قال: التمليك إنما حصل بنفس التعاطي الذي قصد به التمليك لا بهذه الأمور، بل بشرطها. (ص ١٢)

الإيرواني: ما ذكره بعض الأساطين يرجع شطر منه وهو الأول والثالث إلى بطلان القول بالإباحة، مع قصد المتعاطين للتمليك ومعظم البينة راجع إلى بطلان القول بالملك أنا ما قبل التصرف أو قبل التلف لنفس من بيده العين أو للطرف المقابل، أما الشطر الأول، فهو: محصل مضمون ما استدل به المصنف على أن المعاطاة تفيد الملك، فإن الأول في كلامه وهو: تبعية العقود للقصود هو مفاد الآيات أعني (أوفوا بالعقود) و (أحل الله البيع) و (تجارة عن تراض) فيرجع إلى التمسك بالآيات. والثالث في كلامه استدلال بالسيرة على معاملة الملكية مع المأخوذ بالمعاطاة، فليس شئ منهما راجعا إلى الاستبعاد، ولاحق للمصنف أن يدفع شيئا منهما رحمه الله بعد أن استدل هو بهما وثبوت عدم التبعية في بعض الموارد لا يوجب رفع اليد عن الآيات القاضية بالتبعية في البعض الآخر.

منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصد، ومنها: أن يكون إرادة التصرف من المملكات، فتملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما، أو معه دفعة وإن لم يخطر ببال المالك الأول الأذن في شيء من هذه التصرفات. (٤٣)

وإنكار صدق العقد على المعاطاة، قد عرفت: ما فيه. ولئن سلم عدم صدق العقد عليها، كفى صدق البيع والتجارة في تمامية ما ذكره، لأنهما يتبعان المقصود بمقتضى آية (أحل الله البيع) و (تجارة عن تراض). نعم، الشطر الثاني وهو: بقية ما ذكره استبعاد محض لا ينهض في مقابلة الأدلة إن ساعدته تلك الأدلة على إثبات الملك أنا ما. لكنك عرفت: أن الآيات بأنفسها وبمدلولها الابتدائي تقتضي ثبوت الملك من أول الأمر. وليس اقتضاؤها له لأجل دلالتها على حل التصرفات الشاملة بإطلاقها للتصرفات المتوقفة على الملك، فتدل بالالتزام وبدلالة الاقتضاء على الملك حتى يقدر الملك بمقدار الضرورة وهو قبل وقوع تلك التصرفات بأن ما. (ص ٧٨)

النائبي (منية الطالب): ولكنه لا يخفى أن الالتزام بإفادة التعاطي الإباحة في صورة قصد التمليك لا استبعاد فيه. (التوجيه الأول وهو مختارنا): إن تحقق التمليك مشروط بشرط متأخر وهو تحقق أحد الملزمات نظير توقيه في بيع الصرف على القبض، وإنما يباح التصرف في باب المعاطاة ولم يجز في باب الصرف، للسيرة التي هي العمدة في الباب، دون باب الصرف والسلم وبعبارة أخرى: هذا القائل يلتزم بحصول الملك من جهة قصد التمليك وإيجاد ما هو مصداق للبيع، غاية الأمر، مشروطا بأمر متأخر على نحو صحيح، فيؤول إلى البيع، ويجوز التصرف قبل حصول الملك، لتضمن التمليك الإباحة أيضا أو للسيرة. التوجيه الثاني: ما يظهر من بعض من أن الشارع رتب تعبدا الإباحة على الفعل الذي أوجد بقصد التبديل في طرفي الإضافتين وهذا نظير ما يقال: من أن الشارع رتب على النكاح بقصد التمتع إذا نسيا ذكر الأجل النكاح الدائمي. (ص ١١٧)

(٤٣) الطباطبائي: مع أن مجرد الإذن في التصرفات على فرضه لا يكفي في كونها مملكة،

لأنه قاصد للنقل من حين الدفع، وأنه لا سلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال:
أعتق عبدك عني، وتصدق بمالي عنك.
ومنها: أن الأحماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحق المقاسمة
والشفعة والمواريث والربا والوصايا تتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله،
وعدم التصرف فيه، أو عدم العلم به، فينفي بالأصل، فتكون متعلقة بغير
الأملاك، وأن صفة الغني والفقر ترتب عليه كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك
بحكم الأملاك. (٤٤)

بل لا بد من كون الإذن قاصدا لتوكيله في التملك، أو كون إذنه بقصد إنشاء التملك،
ليكون بمنزلة الإيجاب وتصرف المأذون بمنزلة القبول. وسيأتي الكلام في مثل قوله:
(أعتق عبدك عني) فتدبر. (ص ٧٠)

الإيرواني: يمكن أن يقال: إن المالك ملك ملكا مستمرا، فكل الآنات داخل تحت
قصده. ومنها: الآن المتصل بالتصرف. ولما لم يدل على تأثير قصده عموما وإنما علمنا
من الدليل حصول الملك في أن التصرف حكما ب: أن ذلك من جهة قصده الضمني -
كما في بيع ما يملك وما لم يملك فليس هذا الملك لازم إباحته للتصرفات المتوقفة على
الملك كما في (أعتق عبدك عني) حتى يقال: إنه لم يخطر ببال المالك الإذن في
التصرفات. نعم، نحن لم نستفد نفوذ تمليكه بأزيد من هذا المقدار من أدلة حل
التصرفات. (ص ٧٨)

(٤٤) الآخوند: أنه لا محذور في ذلك في كثير منها، كالأستطاعة وأداء الدين والنفقة،
والغنى،

كما سنشير إليها، وكذا الوصايا، لو لم نقل بكفاية مثل الوصية من التصرف في حصول
الملك بالتعاطي وإلا فلا اشكال، فإن نفوذها حينئذ يكون في الملك وكذا المواريث،

ومنها: كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر، مضافا إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف. (٤٥) ومنها: جعل التلف السماوي من جانب مملكا للجانب الآخر، والتلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين، ولا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت. (٤٦)

تملكه بتصرفه ولا نعني باستحقاق التملك والتشبهت بالمال إلا هذا المعنى فهو أمر زائد قطعاً

على مجرد جواز التصرف تكليفاً، فتأمل جيداً. وأما جريان الربا فيمكن أن يقال: إن المعاملة التي يملك المال بتصرفه فيه كالمعاملة التي يملك المال بقبضه موضوع لهذا الحكم وكذا الشفعة والله أعلم. (ص ٢٩) * (ص ١٢١، ج ١)
(٤٥) النائيني (المكاسب والبيع): أما استبعاد كون التلف المتأخر مملكا فمدفوع ب: أنه مع

اشتراك المقام مع مقام تلف قبل القبض، يصحح أما بالالتزام بالشرط المتأخر، بناء على صحته أو بالالتزام بالتعقب بمعنى، كون المملك هو تعقب الآن. (ص ١٥٨)
الإيرواني: الظاهر من المصنف بقرينة تقييد التلف في السطر الآتي بالسماوي أنه جعل إتلاف من الشخص الأجنبي من أقسام التصرف المملك وهو فاسد، فإن التصرف المملك ليس كل تصرف بل هو خصوص التصرفات المتوقفة على الملك وليس الإتلاف من جملتها. (ص ٧٨)

(٤٦) النائيني (المكاسب والبيع): والجواب عنه: أن الالتزام بملك كل من العوضين للقباض بسبب تلفهما أو أحدهما، ليس مما لا نظير له في الفقه، بل إن هو إلا كالتلف قبل القبض الذي من مال بايعه، فكما أن في ذلك المقام يحكم بانفساخ البيع، ورجوع كل من العوضين إلى من أنتقل عنه لكي يقع التلف على من أنتقل عنه، فكذلك يقال في المقام: بوقوع الملكية قبل التلف لكي يقع التلف على ملك القابض لا الدافع. وكما أنه في التلف

ومع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب، لأنه تملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب، غريب! (٤٧) والقول بعدم الملك بعيد جدا. مع أن في التلف القهري (٤٨) إن ملك التالف قبل التلف فهو عجيب ومعه بعيد لعدم قابليته. وبعده ملك معدوم (٤٩)،

قبل القبض، يلتزم بالطريق الاعوجاجي وتقدير الملك أنا ما قبل التلف كذلك في المقام يلتزم به قبله، إلا أن الالتزام بالملك أنا ما قبل التلف في باب التلف قبل القبض، إنما هو مقتضى الجمع بين ما يدل على كون التلف من مال البائع وبين استصحاب ملك المشتري إلى زمان آن ما قبل التلف وفي المقام لمكان الجمع بين أدلة ثلاثة أعني: عموم على اليد واستصحاب عدم الملك إلى أن ما قبل التلف والإجماع على عدم الضمان بالمثل أو القيمة بل كون المال مضمونا بالمسمى. (ص ١٥٦)

(٤٧) النائيني (المكاسب والبيع): (بل)، لا وجه له، مع بقاء المغصوب منه عنده، لاستلزامه الجمع بين العوض والمعوض. نعم، له رد مال المغصوب منه إليه. ثم، رجوعه إلى الغاصب بماله، وأما مع بقاء مال المغصوب منه عنده الذي هو إبقاء للتعاطي، فلا يصح منه الرجوع - كما لا يخفى - (ص ١٥٨)

(٤٨) الإيرواني: وكذلك في الاتلاف، طابق النعل بالنعل، فلا وجه للتقييد. (ص ٧٨)

(٤٩) الإيرواني: هذا، إذا كان التلف بالأعدام. وأما إذا كان بالإخراج عن المالية: فالمحذور

هو عدم القابلية الذي ذكره أولا. (ص ٧٨)

الإصفهاني: فالجواب عنه: باختيار الأول بتقدير الملك قبل التلف أنا ما والتلف كاشف لا سبب كما في التلف قبل القبض فإنه كاشف عن انفساخ العقد والملك أنا ما مع أنه لا واسطة بين الوجود والعدم فحال التلف حال العدم فهو ملك المعدوم فلا اختصاص له بما بعد التلف. (ص ٣١) * (ص ١٢٨، ج ١)

ومع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض (٥٠)، ونفي الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطيين.

ومنها: أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النية، فهو بعيد، وإن أوقفناه عليها كان الوطئ للجارية من غيرها واطئا بالشبهة ٥١، والجاني عليه والمتلف جانيا على مال الغير ومتلفا له.

(٥٠) الإيرواني: بل يكون بعوض، فإنه يملك ما في يده، عوضا عما تلف في يد صاحبه مضمونا عليه، إذ كانت يده يد ضمان - كما في كل مقبوض بالمعاملة الفاسدة - نعم، امتازت المعاطاة عن المعاملات الفاسدة بتعيين المسمى لأن يكون عوضا. (ص ٧٨)

(٥١) الإصفهاني: الجواب: إن التصرف من النواقل القهرية، للجمع بين الأدلة وكفى به دليلا. (ص ٣١) * (ص ١٢٨، ج ١)

الإيرواني: بل في هذه الصورة يكون زانيا سواء علم أن المعاطاة لا تفيد الملك أو جهل تقصيرا. نعم، مع الجهل القصورى يكون واطيا بالشبهة. (ص ٧٨)

النائني (منية الطالب): إن هذا يرجع إلى الإشكال الثاني، وتقدم الجواب عنه. (ص ١٤٢)

النائني (المكاسب والبيع): والجواب عنه: إن هذا أيضا ليس بعديم النظر في الفقه، لمكان كون تصرف ذي الخيار في زمان الخيار من هذا القبيل، بل أسوء. وذلك: لوجود الإذن في التصرف في المقام في زمان الخيار. وتوهم: افتقار مملكية التصرف في زمان الخيار إلى النية مدفوع بأنه لم يذهب إلى وهم. وإنما الكلام فيه: هو في افتقار الالتفات إلى كونه في زمان الخيار أو كونه فسخا مطلقا مع الالتفات إلى التصرف ولو لم يكن ملتفتا إلى كونه في زمان الخيار - على ما سيحى الكلام فيه إن شاء الله - وقد تقدم

ومنها: أن النماء الحادث قبل التصرف، إن جعلنا حدوثه مملكا له دون العين فبعيد، أو معها فكذلك، وكلاهما مناف لظاهر الأكثر وشمول الأذن له خفي (٥٢).

مرارا: أن تأسيس القواعد الجديدة إنما يلزم فيما إذا لم يكن لما التزم به على القول بالإباحة نظير في الفقه، فهذا الاستبعاد أيضا هين. (ومنه يظهر): أن لزوم كون المتصرف موجبا وقابلا أيضا ليس بمحذور، وذلك لمكان وجود نظيره في التصرف في زمان الخيار - على ما لا يخفى - . (ص ١٥٩)

(٥٢) الآخوند: لا شبهة في تبعية النماء المتصل للعين وأما المنفصل فلم يعلم أن القائل بالإباحة يلتزم بانتقاله إلى الأخذ، كما أشرا إليها مع أنه يمكن أن يقال: إن قضية قاعدة التبعية أن يتبعها في الملكية بعد التصرف كما يتبعها قبله. وبعبارة أخرى: يكون حالها، حال العين المبيوعة وليس هذا ببعيد كل البعيد. وبالجملة: على الأولى تكون هذا الأمور بين ما لا يلزم أو لا يلتزم به القائل بالإباحة وبين ما لا بعد فيه لو التزم أو لا بد من أن يلتزم به. (ص ١٢)

النائني (منية الطالب): وفيه ما لا يخفى بعد ما ظهر: أن استبعاده إنما هو في النماء المنفصل فاختيار الاحتمال الأول وهو: عدم انتقال النماء بل إباحته لا يصح، لأن إباحته فرع شمول الإذن له. والشيخ الكبير أنكر ذلك. وقال: (شمول الأذن له خفي) وأما الاحتمال الثاني فهو: عين الاستبعاد الذي ذكره. وهو أنه: (كيف يحصل للمباح له ملك النماء بمجرد حدوثه، مع أنه ليس من أسباب الملك، فالحق أن يقال: إن مقتضى قوله عليه السلام:

(الخراج بالضمان) أن يكون النماء ملكا له، بناء على ما سيجيء في معنى الخبر وإجماله: إن الضمان في النبوي هو الضمان المصدرى، وهو التعهد الذي أمضاه الشارع وحاصله: أن كل من تعهد ضمان شئ بالتضمنين المعاملي فمنافعه له، وهذا من غير فرق بين أن يكون التضمنين على نحو يفيد الإباحة أو التملك، فإن مقتضى إطلاقه كون منافعه

ومنها: قصر التمليك على التصرف مع استناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن في التمليك (٥٣)، فيرجع إلى كون المتصرف في تمليكه نفسه موجبا قابلا، وذلك جار في القبض، بل هو أولى منه لاقتترانه بقصد التمليك، دونه، (٥٤) إنتهى.

للضامن ومعنى كون الشخص ضامنا لما يملكه أو لما أبيع له: هو أنه لو تلف يكون دركه عليه، ويكون عوضه المسمى ملكا للطرف الآخر. وهكذا لو طرأ عليه فسخ أو انفساخ حين كونه تالفا يضمن مثله أو قيمته على ما تقتضيه المعاملة وهذا هو معنى الضمان في قاعدة (ما يضمن بصحيحة يضمن بفساده). (ص ١٤٣)

(٥٣) الإيرواني: ويدفعه: أن هذا ناش من توهم كون كل تصرف مملكا والإذن فيه، إذنا في التمليك وهو باطل، فإن خصوص الأذن في التصرفات المتوقعة على الملك إذن في التمليك، لا الأذن في كل تصرف ومن حملتها: القبض مع أن كون منشأ الملك هو ما ذكره

شئ لا أصل له، ولا أساس له، فإن المتصرف لا يقصد بتصرفه التمليك لنفسه، ثم قبول ذلك التمليك، بل لا يخطر بذهنه ذلك، وكذلك لا يخطر بذهن المالك ذلك، كما سبق التصريح منه قدس سره به ومع ذلك يملك. فلئن صح القول بالملك آنا ما قبل التصرف كان

وجهه تمليك المالك ملكا مستمرا لم يقيم دليل على تأثيره، سوى في هذا الجزء من الزمان حكم بتأثيره فيه مطابق ما قام عليه الدليل. ومع المضايقة عن قبول هذا قلنا: إن الملك ملك قهري إلهي حاصل بتمليك الشارع، لا بإذن من المالك في التمليك. (ص ٧٨)

الإصفهاني: فالجواب: إن نفس التصرف مملك للجمع بين الأدلة، فلا حاجة إلى جعله من باب الإذن في تمليك نفسه، ليلزم المحذور مضافا إلى: أن اتحاد الموجب والقابل لا مانع منه، إذ ليس العنوانان متقابلين حتى يستحيل اجتماعهما في واحد، بل ولا متضائفان أيضا، لا مكان الايجاب بلا قبول. (ص ٣١) * (ص ١٢٨، ج ١)

(٥٤) الإصفهاني: جريان الأذن في القبض مدفوع بأن القبض لا يتوقف على الملك حتى

والمقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول، لا أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول والعمومات، إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لمتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء. (٥٥)

يقتضي الجمع بين الأدلة مملكية القبض بخلاف التصرف الموقوف على الملك فإنه مملك بمقتضى الجمع بين الأدلة فلا مساواة فضلا عن

الألوية. (ص ٣١) * (ص ١٢٨، ج ١)

(٥٥) الطباطبائي: أولا: لا يخفى أن الكلام في المقام، بعد فرض عدم كفاية العمومات المتقدمة في إثبات الملكية وصحة البيع ولو بالالتزام العرفي - حسبما عرفت - وإلا فلا حاجة إلى التشبث بهذه الاستبعادات. ثانيا: على فرض كونها جديدة، لا بأس بالالتزام بها - بعد كون ذلك مقتضى الأصول والعمومات - هذا ولكن لا يتم ما ذكره إلا إذا ثبت معلومية جواز مطلق التصرفات حتى الموقوفة على الملك وثبت أيضا معلومية توقفها على الملك حتى في خصوص المقام. وهذا يتوقف على كون الدليل على الأمرين مثل، الاجماع أو غيره من الأدلة القطعية وأما إذا فرض: كون الدليل على الأول العمومات المتقدمة، بدعوى: أن القدر المتيقن منها جواز مطلق التصرفات لا الملكية من أول الأمر فلا يتم، لإمكان أن يقال: لا نسلم شمول العمومات لمثل هذه التصرفات بعد فرض توقفه على الالتزام بمثل هذه الأمور البعيدة المخالفة للقواعد الأولية، وبعبارة أخرى: إذا كان المفروض عدم صحة المعاملة على الوجه المقصود فإثبات صحتها على الوجه الآخر المستلزم لارتكاب هذه الأمور بهذه العمومات مشكل جدا، لعدم كونها بصدد إثبات هذه الأمور - كما لا يخفى - وأيضا إذا كان الدليل على الأمر الثاني، عموم مثل قوله عليه السلام (لا بيع إلا في ملك) أو (لا عتق إلا في ملك) وفرض جوازهما في الفرض، فكما يمكن الالتزام بالملك قبلهما أنا ما كذلك يمكن رفع اليد عن هذا العموم، والقول: بأنه

أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للقصود (٥٦)، ففيها: أولاً: إن المعاظة 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 ترتب الأثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه،
أما المعاملات الفعلية التي لم يدل على صحتها دليل، فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها (٥٧)،

مخصص في المقام، فيجوز البيع بلا ملك أو العتق كذلك. فعموم (لا بيع إلا في ملك) لا يصلح أن يكون دليلاً على التقدير المذكور - بعد فرض جوازه بالاجماع - مثلاً، لأنه ليس في مقام إثبات هذا المطلب. وبالجملة: إذا دار الأمر بين ارتكاب التخصيص وبين إرادة كون التصرف سبباً للملكية آناً ما فلا معين للثاني، بل الظاهر هو الأول، بعد تحقق الاجماع على جوازه، مع فرض عدم وجود سبب الملكية. والمفروض: أن الأصل عدمها إلى حين التصرف. (ص ٧٠)

(٥٦) النائيني (منية الطالب): قد تقدم منا: جواب هذا الإشكال مفصلاً، وهو وإن لم يكن مرضياً عندنا، إلا أنه يرفع الإشكال، فإن القائل بالإباحة لا يلتزم بأن الفعل مصداق لعنوان البيع، فقصد هذا العنوان وإيجاد ما ليس مصداقاً له كقصد الزارع من الزرع صيرورته حنطة وتخلفه من قبيل تخلف الداعي. وأما وقوع الإباحة، مع عدم قصدتها فلما عرفت من أنه: لا يعتبر في ترتب الأمور المترتبة على الأفعال قهراً قصدتها، بل يكفي قصد نفس الفعل في صدق كونها صادرة عنه اختياراً. (ص ١٢٩)

(٥٧) الطباطبائي: لا يخفى، أن مناط التبعية للقصد مشترك بين العقود والمعاملات الفعلية

كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم من أن السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المبايعات.
نعم إذا دل الدليل على ترتب أثر عليه حكم به وإن لم يكن مقصودا. (٥٨)

النائبي (منية الطالب): ليست هذه القاعدة - تبعية العقود للقصود - حكما تعديا حتى تختص بمورد دون آخر، بل حكم فطري ارتكازي منشؤه: أن الموجد الاعتباري إنما يوجد بالة إيجاده إذا صدر عن قصد، فتحقق غير ما قصد لا يعقل في طريقة العقلاء، وليس حكم الشارع في باب العقود إلا إمضاء ما هو طريقته، فحكم الشارع بترتب غير ما قصد لم يقم عليه دليل خاص تعدي. (ص ١٣٠)

(٥٨) الإصفهاني: لا يخفى عليك: أن التبعية المذكورة تنحل إلى إيجاب وسلب، وهو وقوع

ما قصد وعدم وقوع ما لم يقصد. ومنشأ الأول: فرض صحة العقد، ولا معنى لصحته إلا ترتب الأثر المقصود. ومنشأ الثاني: فرض أصل العقد، فإنه متقوم بالقصد، فلا يعقل وقوع مضمونه بلا قصد، للزوم الخلف من فرض العقد، كما أنه يلزم الخلف في الأول بلحاظ فرض الصحة وعليه، فعدم تأثير المعاطاة المقصود بها التمليك لعدم الدليل على الصحة فلا خلف. والتحقيق: إن حديث تبعية العقد للقصد يراد به عدم وقوع ما لم يقصد لا وقوع كل ما قصد، فإن ما هو لازم العقد بما هو عقد عدم تأثيره فيما لم يقصد. وأما الأمر الآخر: فهو لازم فرض الصحة، لا لازم فرض العقد، ولذا لا يشك أحد في أن الحكم بفساد بعض العقود ليس منافيا لتبعية العقود للقصود. وبالجملة: فرق بين تبعية العقد للقصد وبين استتباع العقد لما قصد حتى يقال: بأنه مقصور على مورد يكون شرعا محكوما بالصحة، والمعاطاة ليس كذلك. وأما ترتب الإباحة مع أنها غير مقصودة وهو الأمر السلبي أعني: عدم وقوع ما لم يقصد فما أجاب به في المتن من أنه إذا دل دليل على ترتبه حكم به، وإن لم يقصد، فهو بظاهره التزام منه بجواز التخلف وعدم التبعية، مع أنه

وثانيا: إن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، (٥٩) فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة، لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحة، مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر. (٦٠)

كما عرفت عقلي، ولا مجال لقصر التبعية على الإيجاب فقط. مع أن السلب أوفق بالعبارة وعقلية التبعية فيه، بل الجواب ما مر سابقا من أن الإباحة ليست إنشائية، لاستحالتها مع التسبب إلى الملكية، بل أما من جهة الرضا الضمني أو حكم شرعي محض وشئ منها ليس تسببا بالعقد ولا مضمونه، حتى يقال: وقع بالعقد ما لم يقصد، بل لو فرض إمكان الإباحة المالكية الضمنية بالمعاطاة مع فرض قصد التمليك، فهي غير موجبة للتخلف، لأن المفروض أن الواقع مما قصد ضمنا إلا أن أصل الفرض محال كما مر. (ص ٢٨)* (ص ١١٥، ج ١)

(٥٩) الإيرواني: لكن (كثرت) لا يضر في التمسك بالعموم فيما عدا ما ثبت فيه التخلف، إلا أن يبلغ كثرة التخصيص إلى حد يوهن به العموم، لكن هذه الموارد التي أشار إليها المصنف موارد معدودة. مع: أنا نمنع تخلف العقد فيها عن القصد. (ص ٧٨)

(٦٠) الإيرواني: اقتضاء عقد المعاوضة إذا فسد، ضمان القيمة، مع أنهما قصدا الضمان بالمسمى، فذلك من جهة أن المعنى تبعية العقد للقصد، هو تبعية العقد إذا صح للقصد. وأما العقود إذا فسدت فليست منصبا لهذه القاعدة مع: أن الحق أن الضمان فيها ضمان اليد وليس للأقدام عنوان وتأثير، ولذا لا ضمان بعد العقد وقبل القبض. (ص ٧٨)

الإصفهاني: يندفع هذا - بعد معلومية المسامحة في أمثال هذه التعبيرات - أن ترتب الضمان على العقد الفاسد كترتب الإباحة شرعا من باب ترتب الحكم على موضوعه،

وتوهم: أن دليلهم على ذلك (قاعدة اليد)، مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول وهو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك.

(٦١) الطباطبائي: أولاً: الحق ما ذكره المتوهم من أن الدليل على الضمان قاعدة اليد وإن

لم يكن نظر المشهور إليها، إذ المتبع ما هو مقتضى الحق، لا ما هو في نظر المشهور، بناء على صحة النسبة. وثانياً: على فرض كون الوجه في الضمان هو الأقدام، فليس ذلك من قبيل ما نحن فيه، إذ ليس هذا من باب إمضاء المعاملة على خلاف المقصود، بل بعد الحكم بالفساد وعدم الإمضاء أصلاً حكم بالضمان في صورة الأقدام عليه وبالعدم في صورة العدم، وأين هذا من تخلف العقد عن القصد؟ وهذا واضح جداً. (ص ٧١) النائيني (المكاسب والبيع): ففيه: أن الضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد ليس من آثار المعاملة، وإنما هو من جهة اليد، وليس تمسكهم بقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده لأجل إثبات الضمان المعاوضي، وذلك لأن هذه القاعدة ليست قاعدة مستقلة في مقابل قاعدة اليد، بل إنما هي مأخوذة عنها، فيكون ذكرها هناك من باب الإشارة إلى قاعدة اليد. (فالحق ما ذكره المتوهم). وعطف استدلال قاعدة (اليد) على قاعدة (ما يضمن) في بعض العبائر لا يدل على الاتينية وعلى تقدير الدلالة، فيرد على هذه العبارة المنع عن التغاير، لأجل عدم وجود مستند لقاعدة (ما يضمن) عدا قاعدة (اليد) على ما سيحكي الكلام فيها - إن شاء الله تعالى - . (ص ١٤٤) النائيني (منية الطالب): وما يظهر من الشيخ والمسالك من كون منشأ الضمان هو الإقدام فسيحى أن تمسكهما بقاعدة الإقدام إنما هو لإثبات عدم تحقق الرفع للضمان وهو الإقدام على المجانية. فحاصل كلامهما: إن منشأ الضمان في العقد الفاسد هو قاعدة اليد مع عدم قصد التبرع. (ص ١٣١)

وكذا الشرط الفاسد له يقصد المعاملة إلا مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء (٦٢).

(٦٢) الطباطبائي: (ففيه: أن) وجه عدم الإفساد، أنه من باب تعدد المطلوب، لا التقييد ولا العنوانية. فلا دخل له بما نحن فيه، إذ ليس من باب التخلف إلا بالنسبة إلى المطلوب الثانوي، ولذا قلنا: إنه مثبت للخيار كما في تخلف الشرط الصحيح. (ص ٧١)
النائبي (المكاسب والبيع): (ففيه: أن الوجه في صحة المعاملة حينئذ عند القائلين بها إنما هو الالتزام بتعدد المطلوب بدعوى: أن أصل المعاملة كان مطلوباً واقترانها بالشرط مطلوب آخر، وعدم تحقق الأخير لا يستلزم عدم وقوع المطلوب الأول. ومع كونه مطلوباً مستقلاً لا يكون تخلف في البين أصلاً. (ص ١٤٥)
الإيرواني: بناء على أن الشرط الفاسد: لا يؤثر في فساد العقد فذلك: من جهة أن مبنى ذلك الكلام هو تعدد الالتزام، وأن الشرط التزام في التزام، لا أن الالتزام توجه إلى أمر مقيد، فإذا فسد أحد الالتزامين لم يقتض ذلك فساد الآخر. (ص ٧٩)
النائبي (منية الطالب): (ففيه: من الغرابة ما لا يخفى، لأن الشرط الفاسد لو كان غير موجب للأثر - حتى الخيار -، لكان النقص وارداً وصح أن يقال: إنهما لم يقصدا المعاملة،

إلا مقرونة به فكيف تصح مع عدم اقترانها به؟ وأما بناء على المختار من صحتها مع الخيار فلا يرد النقص أصلاً، لأن منشأ صحة المعاملة عدم كونها مقيدة، بحيث ينتفي القصد بانتفاء القيد. وأما الخيار: فالالتزام العقدي حيث أنه مرتبط بالالتزام الشرطي، فتخلفه يوجب الخيار. وبالجملة: لو قيل: إن الشرط موجب لكون المنشأ أمراً خاصاً، فمقتضاه أن فسادَه يوجب فساد العقد. وأما لو كان هناك التزام في التزام - أي التزام مرتبط بالتزام آخر - ففساد أحدهما لا يوجب إلا الخيار. وعلى أي حال: القائل بالصحة أما مع الخيار أو بدونه لا يلتزم بأن القصد الخاص منشأ للعقد المشروط، حتى يرد النقص عليه

وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكل (٦٣).

بأنه تخلف العقد عن القصد. نعم، لو التزم بأنه ليس في العقد المشروط إلا التزام واحد وقصد خاص ومع ذلك لا يقتضي تخلفه فساد العقد لكان النقص وارداً، وهذا مما لا يقل به أحد. وكيف كان: الأمر المختلف فيه لا يناسب جعله مورداً للنقص. (ص ١٣١) الإصفهاني: ويندفع بأنه عند غير واحد من القائلين به من باب تعدد المطلوب وأن كل منهما - أي المقيد والمجرد - مطلوب فتأثير العقد فيما هو مضمونه بذاته دون ما هو مضمونه بقيده ليس من باب وقوع ما لم يقصد، ولكننا قد ذكرنا ما هو التحقيق في باب الشروط، فراجع. (ص ٢٨) * (ص ١١٧، ج ١) (٦٣) الطباطبائي: ففيه: ما مر في الوجه السابق آنفاً، بل عدم التقييد فيه أظهر، كما لا يخفى. (ص ٧١)

الإيرواني: الحكم في بيع ما يملك وما لا يملك وارد على القاعدة، من جهة انحلال البيع المتعلق بصفقة إلى بيوع متعددة على سبيل الاستغراق جمعها لفظ واحد. نعم، إذا كان وصف الاجتماع قيماً دخيلاً في المتعلق كان ذلك نقضاً على القاعدة، فإن عمت الفتوى تلك الصورة، كان ذلك من باب التخصيص للقاعدة. (ص ٧٩) النائيني (المكاسب والبيع): ففيه: أن ملاك الصحة عند من يقول بها بالنسبة إلى ما يملك إنما هو انحلال العقد إلى عقدين، كل منهما مقصود ضمناً. ويكفي في تبعية العقد للقصد تحقق القصد ولو كان ضمناً، ولذا يحكم بكون تبعض الصفقة مطابقاً للقاعدة. (ص ١٤٤)

الإصفهاني: ويندفع بما فصلناه في محله، وملخصه: إن البيع الانشائي وإن كان واحداً لا يقبل الإنكار، إلا أن البيع الحقيقي وهو التمليك واحد بوحدة عمومية، لا بوحدة شخصية حقيقية، لوضوح أن التمليك ليس إلا إيجاد الملكية. والإيجاد والوجود متحد

وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير (٦٤)

بالذات ومختلف بالاعتبار، ووجود الملكية من الإضافات المتشخصة بتشخص أطرافها ويستحيل أن يكون ملكية كل جزء عين ملكية الجزء الآخر، فكما أن الملكية متعددة برهانا دون الانشائي هكذا إيجادها وليس البيع إلا إيجاد الملكية، بل العقد المعنوي دون الانشائي اللفظي أيضا متعدد، إذ لا حقيقة للعقد المعنوي الذي يقبل البقاء والارتفاع والانحلال، إلا القراران المرتبطان. وسنخ القرار سنخ معنى لا يستقل بالتحصل، بل أمر تعلقي وهو هنا القراران الواردان على ملكية عين بعوض فمع تعدد المقوم والمحصل يستحيل وحدة العقد المعنوي اللبي. وعليه، فتأثير عقد وبيع دون آخر ليس من تخلف العقود عن القصد. (ص ٢٨) * (ص ١١٧، ج ١)

(٦٤) الطباطبائي: (ففيه): أن الإجازة إنما تتعلق بنفس المبادلة بين المالكين، لا بلحاظ قصده كون العوض له. مع أن هذا القصد من الغاصب ليس إلا مجرد الداعي وليس داخلا في حقيقة المعاملة. وعلى فرض كونه من باب التقييد، يمكن الالتزام بعدم صحته بالإجازة. (ص ٧١)

الإيرواني: سيجئ توجيهه بما ينطبق على القاعدة، وأن الغاصب باع للمالك الواقعي وقد ادعى أنه هو، فتلغى دعواه، ويقع البيع للمالك الواقعي مع إجازته، مع أنه: يمكن أن يقال: إن قصد وقوع المعاملة لشخص خاص خارج عن متن المعاملة المعاوضة بين المالكين، والتبعية للقصد ثابت في متن المعاوضة لا في حواشيها. (ص ٧٩)

النائيني (المكاسب والبيع): ففيه: أن الأقوال في بيع الغاصب لنفسه ثلاثة: (منها): القول بالفساد وعدم تأثير الإجازة أصلا. و (منها): القول بالصحة ووقوعه للغاصب بالإجازة. وعلى هذين القولين فلا نقض أصلا. و (منها): وقوعه للمالك بالإجازة وعلى هذا أيضا لا يلزم محذور تخلف العقد عن القصد، لأن الغاصب أوقع المعاملة حقيقة،

وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما، (٦٥)

وقوام المعاوضة إنما هو بدخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض، لما عرفت من أنه لا معنى لخروج المثلث من ملك شخص ودخول الثمن في ملك ثالث، لخروجه عن حقيقة البيع، فالغاصب الذي يبيعه عن نفسه، لا بد في قصده من أن يقصد البيع عن المالك، ويبنى على أنه المالك، لكي يتمشى عنه قصد البيع حقيقة والإجازة، تتعلق بما وقع من الغاصب عن قصده وهو صدور البيع عن المالك ودخول العوض في ملك المالك، وأما بناء الغاصب على أنه هو المالك، فيصير لغوا ساقطا فلم يلزم التخلف، لأن الصادر من الغاصب حينئذ هو البيع عن المالك والواقع هو أيضا يكون البيع من المالك بلا تخلف في البين أصلا. (ص ١٤٥)

(٦٥) النائيني (المكاسب والبيع): ففيه: [مع كون المسألة خلافية (النائيني: منية الطالب ص ١٣٢)] أن القول بالانقلاب متوقف على الالتزام بكون الدوام والانقطاع حقيقة واحدة، لا نوعين متغايرين. غاية الأمر: أنه إذا ذكر الأجل كان متعة، وإذا لم يذكر كان دواما. ففي مثله أيضا، يتعدد القصد وهو القصد إلى إيقاع طبيعة النكاح، وقصد خصوصية الانقطاع. وعدم وقوع المقصود الأخير لأجل ترك ذكر الأجل لا يستلزم تخلف العقد عن القصد، بعد كون حقيقة العقد أيضا مقصودا. (ص ١٤٦)

الإيرواني: انقلاب العقد المقصود به الانقطاع إلى الدوام، إذا ترك ذكر الأجل نسيانا فهو في نفسه متنازع فيه. نعم، المشهور ذهبوا إلى الانقلاب، ثم هم اختلفوا في أن الحكم مطابق للقاعدة أو مخالف لها، وقد اقتضاه النص. ومبنى الخلاف: هو أن الدوام والانقطاع نوعان من النكاح أو نوع واحد ولذا لا يحتاج وقوعه دائما إلى قصد الدوام، فإذا قلنا بالثاني: فإن قيد إنشاء النكاح بذكر المدة وقع انقطاعا، وإلا دام وإن كان المقصود الانقطاع، وإنما يدوم، من أجل أنه إذا تحقق النكاح دام حتى يجيء ما يزيله ما لم يقيد في الإنشاء،

على قول نسبه في المسالك وكشف اللثام إلى المشهور (٦٦).
نعم، الفرق بين العقود وما نحن فيه: أن التخلف عن القصد يحتاج إلى الدليل
المخرج عن أدلة صحة العقود، وفيما نحن فيه عدم الترتب المطابق للأصل.

ومجرد القصد الواقعي للقيّد لا يجدي في تقييد ما أنشأ. وإن شئت قلت: إن قاعدة التبعية
العقود لما قصد منها في مقام الإنشاء، دون المقصود الواقعي، وما قصد هنا بالإنشاء
جنس النكاح لا النكاح المحدود. ولو كان ذلك لنسيان التحديد والجنس إذا وقع، استمر
بذاته لا باقتضاء العقد للاستمرار. (ص ٧٩)

الإصفيهاني: فيندفع بأنه إذا نسي التأجيل بعد أن كان بانياً عليه فلم يقصد حينئذ
بالعقد، إلا نكاح الغير المؤجل فالواقع مقصود عقدي. وما لم يقع، لم يتعلق قصد عقدي
به وإن تعلق به بناء وعزم. وأما إذا نسي ذكر الأجل مع قصده في مقام العقد أو تعمد
الإخلال بذكره مع قصده، فهو مورد الإشكال. ومن يقول به حينئذ يرى أن النكاح حقيقة
واحد، غاية الأمر: أنها تارة مؤقتة وأخرى لا مؤقتة فإذا قصد حقيقة النكاح ولم يحدده في
مرحلة العقد، فقد قصد طبيعة النكاح الذي يكفي في وقوعه دائماً عدم توقيته وعدم
تحديده في مرحلة التسبب إليه من دون لزوم قصد الدوام لينافيه قصد التوقيت فيلغو هذا
القصد الذي لم يذكر في مرحلة التسبب العقدي القصدي فالواقع - وهو النكاح
اللاموقت - مقصور لقصد أصل النكاح وعدم التوقيت. وبالجملة: من يقول بالانقلاب
مبناه على عدم تخلف العقد عن القصد. ومن لا يقول به فلا نقض عليه. وتام الكلام في
محلّه. (ص ٢٨) * (ص ١١٨، ج ١)

(٦٦) الطباطبائي: كان الأولى للمصنف: أن يذكر من جملة الموارد بيع الصرف والسلم،
فإن الشارع حكم فيهما بالنقل من حين القبض، مع أن مقصود المتبايعين النقل من حين
البيع، فتدبر. (ص ٧١)

وأما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملكا، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل ودليل جواز التصرف المطلق، وأدلة توقف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطة والبيع والعتق وشبهها (٦٧).

(٦٧) الطباطبائي: أنه يمكن أن يورد على ذلك البعض بأنه لا يلزم على القول بالإباحة، كون إرادة التصرف مملكا وكون الملكية حاصلة بعد الإرادة بلا سبب، ولا كون نفس التصرف مملكا، لا يمكن الالتزام بجواز التصرف بمجرد الإباحة المطلقة، كما سيأتي الكلام فيه في صورة كون المعاطاة على وجه الإباحة. غاية الأمر: أنه يلزم تخصيص الدليل الدال على توقفه على الملك، ولا بأس بالالتزام به، إذا كان هناك دليل على جواز مثل هذا التصرف. وعلى المصنف بمنع كون ذلك مقتضى الجمع بين المذكورات، إذ هو مناف لمقتضى قاعدة السلطنة - حسبما عرفت - بل الأولى، هو: الحكم بالملكية من أول الأمر، لأنه مقتضى الجمع بين العمومات، لأنه على هذا لا يلزم طرح شيء منهما. نعم، لازمه طرح الأصل المقتضى لعدم الملكية ولا بأس، إذ يمكن أن يجعل ظهور تلك العمومات في العموم دليلا عليه والحاصل: أن الأمر دائر بين العمل بالأصل والعموم ومن المعلوم تعين الثاني. ولو فرضنا تحقق الإجماع على عدم الملكية من أول الأمر، فالأولى طرح عموم ما دل على جواز التصرف والحكم بعدم شموله لما يكون موقوفا على الملك ولو فرضنا الإجماع على جواز مثل هذا التصرف فالأولى طرح عموم ما دل على توقفه على الملك، والحكم بتخصيصه بغير المقام عملا بقاعدة السلطنة. ولو فرضت الاجماع على التوقف - حتى في المقام -، تم ما ذكره المصنف من الحكم بالملك أنا ما لكن لا يتعين فيه، لإمكان الالتزام بالملك التقديري، - حسبما سيأتي إن

وأما ما ذكره من تعلق الأحماس والزكوات - إلى آخر ما ذكره - فهو استبعاد محض (٦٨)، ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج، وتحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة، لا يتوقفان على الملك.

فرض جوازه شرعا، فهو يملك الوطاء ولو لم يكن مالكا للرقبة، كمورد التحليل. (ص ١٣٤)

النائبي (المكاسب والبيع): حرمة الوطي مع السلطنة عليه المفروض ثبوتها في المعاطاة وفي زمان الخيار ممن له الخيار وعن الواهب في العين الموهوبة لا يجتمعان، إذ مقتضى حرمة الوطي هو الحرمان عنه في عالم التشريع ومقتضى السلطنة عليه كونه مسلطا عليه، بحيث له أن يفعل. والسلطنة عليه مع الحرمان عنه تشريعا لا يجتمعان، فمقتضى السلطنة عليه: هو جوازه ولو بجزئه الأول ويكون نفس ذلك التصرف الوطي مملكا. فهذا القسم أيضا - كالقسمين الأولين - يكون المملك هو التصرف. (ص ١٥٢) (٦٨) النائبي (المكاسب والبيع): فنقول: أما أولا: فيمكن أن يجاب عن جميع هذه الموارد على نحو العموم بقيام السيرة على صحة هذه الأمور أعني: تعلق الزكاة والأحماس بهذه الأموال إلى آخر الأمور المذكورة، فتكون السيرة دالة على صحتها ومخرجة لها عن مخالفة القواعد. وظهر أيضا (فيما مر): إن في الموارد المذكورة لا يستلزم تأسيس قاعدة جديدة من القول بالإباحة إلا باب الزكوات والأحماس والشفعة منها. (ص ١٥٤)

(٦٩) الطباطبائي: قلت: مجرد كون السيرة دليلا لا يكفي في دفع الإشكال، إذ ليس الكلام

في وجود الدليل وعدمه، بل الغرض أن بعد وجود السيرة يلزم ما ذكر من إجراء حكم الملك على ما ليس بملك، فتدبر. (ص ٧٢)

وأما كون التصرف مملكا للجانب الآخر (٧٠)، فقد ظهر جوابه.

(٧٠) الطباطبائي: لكن هذا، إذا كان لازم ملكية المتصرف لما في يده ملكية الآخر أيضا بدعوى أنه لولا ذلك لزم ملكيته له بلا عوض. وأما إذا قلنا بعدم الملازمة كما هو ظاهر ذلك البعض، حيث إنه قال في السابق: (إن إرادة التصرف مملكة) وفي المقام: (إن التصرف مملكة) فلا يتم ما ذكر، إذ حينئذ ليس هناك عموم دليل التوقف، لأن المفروض عدم التصرف الموقوف على الملك في الجانب الآخر. فإذا قلنا بملكته بمجرد تصرف هذا الطرف، لا يمكن تطبيقه على القاعدة من جهة الجمع المذكور، فيلزم جعل التصرف من هذا الطرف، مملكا للطرف الآخر بلا سبب. (ص ٧٢)

الإصنهاني: لا يخفى عليك، أن ما ذكره آنفا من اقتضاء الجمع بين القواعد لملكية التصرف، لا يقتضي إلا مالكية المتصرف تصحيحا لتصرفه الموقوف على الملك، ولا يكاد يقتضي مالكية غير المتصرف، إلا بناء على ما احتمله شيخنا الأستاذ: من شرطية التصرف لتأثير المعاطاة، فإنه لا يعقل تأثير المعاطاة المقصود بها التمليك بعوض في ملك أحد الطرفين للزوم الخلف. فلا بد على مسلك المصنف من ضم قاعدة أخرى إلى القواعد الثلاث المتقدمة لمالكية الطرف الآخر أيضا، فنقول: إن اعتبار الملكية قبل التصرف أو معه شرعا وإن لم يكن بعنوان إمضاء المعاطاة عند حصول شرطها، إلا أنه لمكان الإذن الضمني في جميع التصرفات، ولذا حكم الشارع بجوازها، فإنه ترخيص على طبق ترخيص المالك لا قهرا عليه لا بد من أن يكون اعتبار الملكية أيضا على طبق رضا المالك، ورضاه مقيد بالعوض، فلا بد من كون اعتبار الملكية أيضا كذلك، لئلا يلزم إخراج المال عن ملك مالكة قهرا عليه، ومن دون رضا المالك إلى القواعد المتقدمة، هو الموجب لكون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر. وعليه فليس فيه غرابة زائدة على غرابة ملكية التصرف، فإن مرجع ما ذكرنا إلى اقتضاء التصرف للملكية بالعوض

وأما كون التلف مملكا للجانبين (٧١)، فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان كل من المالين مضمونا بعوضه، فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع، لأن هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع وبين عموم (على اليد ما أخذت) وبين أصالة عدم الملك إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه.

كالفسخ بالفعل الذي مقتضاه رجوع كل من المالين إلى صاحبها. (ص ٣٠) * (ص ١٢٣، ج ١)
(٧١) الإيرواني: إن ثبت كون التلف مملكا للجانبين بإجماع ونحوه، لم يحتج بعد ذلك إلى

شئ مما رتبته من المقدمات، لأن هذا غاية المقصود، لكن مقصوده بقرينة قوله: بعد هذا (توضيحه أن الإجماع لما دل إلى آخر ما ذكره) ثبوت عدم ضمان المثل والقيمة بالاجماع، لا كون التلف مملكا للجانبين وإن كانت العبارة لا تساعد. (ص ٧٩) الإصفهاني: لا يخفى عليك، إنه وإن كان يدفع الإشكال عن مملكية التلف من الجانبين تحفظا على العموم في الطرفين، لكنه بمجرد دفع الإشكال إذا كان التلف من جانب واحد، لأن غاية ما يقتضي الجمع تقدير ملك الثالث بلا موجب لتقدير ملك الباقي للآخر، فلا بد من ضم أمر آخر - نبهنا عليه في الحاشية المتقدمة آنفا - من اقتضاء عدم إخراج المال عن ملك مالكة إلا على طبق رضاه، فإنه يقتضي تقدير الملك بالعوض، فإنه الذي أقدم عليه المتعاطيان ورضيا باستيلاء كل منهما على ماله بدلا عن مال الآخر. (ص ٣٠) * (ص ١٢٤، ج ١)

(٧٢) الطباطبائي: لا يخفى أن الحكم بالضمان بعوضه المسمى ليس عملا بعموم على اليد، لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمة لا المسمى فمع فرض الاجماع على الملكية

توضيحه: إن الاجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذي اليد، رعاية لعموم (علي اليد ما أخذت) فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في أن: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، فإذا قدر التلف من مال ذي اليد، فلا بد من أن يقدر في آخر أزمناة إمكان تقديره، رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله، كما يقدر ملكية المبيع للبائع وفسخ البيع من حيث التلف، استصحابا لأثر العقد. وأما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على القول بالإباحة أن لكل منهما المطالبة ما دام باقيا. وإذا تلف، فظاهر إطلاقهم (التملك بالتلف) تلفه من مال المغصوب منه. (٧٣) نعم، لولا قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله. وأما ما ذكره من حكم النماء، (٧٤)

لا بد من الالتزام بتخصيص قاعدة اليد إذا لم نحكم بالملكية من أول الأمر. وحينئذ فلا مقتضى لجعله من باب تلف المبيع قبل قبضه ولا ينطبق على القاعدة ومع الاغماض عن ذلك، يرد عليه: ما ذكرنا في التصرف من معارضة العموم المذكور بعموم قاعدة السلطنة، ومقتضى الأخذ بالعمومين طرح الأصل والحكم بالملكية من الأول، إذ معه لا يلزم مخالفة شيء منهما، فلا تغفل. (ص ٧٢)

(٧٣) الطباطبائي: لا يخفى أن الالتزام بأمرين عين الاستبعاد والاستغراب الذي ذكره ذلك البعض، فليس هذا جوابا عنه. (ص ٧٢)

(٧٤) الإصفهاني: ظاهر صدر كلام كاشف الغطاء: إن الإشكال من حيث ملكية النماء، وظاهر آخر عبارته حيث قال: (وشمول الإذن خفي) أن نتيجة الإشكال في الملكية

فظاهر المحكي عن بعض أن القائل بالإباحة لا يقول باشتمال النماء إلى الأخذ، بل حكمه حكم أصله. (٧٥) ويحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة. (٧٦) ثم إنك بملاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره، مع أنه قدس سره لم يذكرها للاعتماد (٧٧)،

الإشكال في جواز التصرف في النماء. وليس فيما أجاب به المصنف إلا ما يتعلق بالأول فقط. (ص ٣١) * (ص ١٢٦، ج ١)
(٧٥) الطباطبائي: لازمه: جواز الرجوع فيه ما دام باقيا، وإن كانت العين تالفة. والظاهر عدم التزامهم به. (ص ٧٢)
(٧٦) الطباطبائي: هو عين ما ذكره البعض من الاستبعاد، إذ لا معنى لعدم تبعية النماء للعين، فتدبر. (ص ٧٢)

الإصفهاني: يمكن أن يقال: لا حاجة إلى فرض ملكية النماء ليلزم أحد الأمرين الغريبيين، بل نقول: يكفي في جواز التصرف فيه، جواز التصرف في أصله. بتقريب: إن سنخ هذا الرضا المسوغ لجميع التصرفات شرعا مبائن لمجرد الإذن والرضا في موارد آخر، فإنه في الموارد الأخر إذن ابتدائي في شيء، والأذن في التصرف في شيء ليس إذنا في شيء آخر مبائن له وجودا، بخلاف الإذن الناشي عن كون الشخص في مقام إخراج نفسه عن الطرفية لإضافة الملكية وجعل غيره مسلطا على ماله فإن العين وتوابعها - المتصلة والمنفصلة - في نظره على حد سواء، وليست الإباحة المطلقة الشرعية إلا على طبق الإذن والرضا المطلق من المالك، لا أنها إباحة ابتدائية قهرا على المالك. ومنه علم: أن شمول مثل هذا الإذن غير خفي، فلا حاجة إلى الملكية حتى يستلزم الغرابة التي لا تدفع إلا بالالتزام بالملكية من أول الأمر. (ص ٣١) * (ص ١٢٧، ج ١)
(٧٧) الإصفهاني: مما بينا في مقام الجواب يظهر الوجه في إحالة المصنف قدس سره الجواب عن

والانصاف: أنها استبعادات (٧٨) في محلها، وبالجملة: فالخروج عن أصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة المحققة إلى زمان المحقق الثاني، وبالاتفاق المدعى في الغنية والقواعد 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 - أشكل.

هذه المحاذير بما تقدم منه عن غيرها. (ص ٣١) * (ص ١٢٨، ج ١)
(٧٨) النائيني (المكاسب والبيع): وبالجملة: يمكن أن يحاب عن جميع هذه الموارد (التسعة) على نحو العموم بقيام السيرة على صحة هذه الأمور، فتكون السيرة دالة على صحتها، ومخرجة لها عن مخالفة القواعد. مضافا إلى ما في كل من هذه الموارد التسعة. (ص ١٤٤)
الطباطبائي: يمكن أن يورد على ذلك البعض أننا نلتزم بعدم الملكية إلى الآخر، ومع ذلك يترتب على المأخوذ جميع آثار الملكية، وليس في ذلك إلا مخالفة قاعدة واحدة، وهي جعل ما ليس بملك بحكم الملك في جميع الآثار، فتأمل. (ص ٧٢)
(٧٩) الطباطبائي: إن التحقيق: عدم الإشكال في المطلب بحسب القواعد وذلك: لما عرفت: من تمامية دلالة أدلة البيع، فلا مانع من الخروج عن أصالة عدم الملك، والشهرة المحققة ممنوعة، بعد إمكان تنزيل قولهم على ما ذكره المحقق الثاني، وعلى فرضها لا حجية فيها، وكذا إجماع الغنية وغيرها، فتدبر. (ص ٧٣)
النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى أنه مع فرض دلالة عموم أدلة البيع والهبة على صحة المعاطاة بيعا وهبة، لا إشكال في الخروج عن أصالة عدم الملك، بل

فالقول الثاني لا يخلو عن قوة. وعليه، فهل هي لازمة ابتداء مطلقاً؟ كما حكى عن ظاهر المفيد قدس سره أو بشرط كون الدال على التراضي لفظاً؟ كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني. وقواه جماعة من متأخري المحدثين، أو هي غير لازمة مطلقاً فيجوز لكل منهما الرجوع في ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلهم عدا من عرفت، وجوه: أوفقها بالقواعد هو الأول، بناء على أصالة لزوم في الملك، للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي.

لا محيص عن الخروج عنها، إذ هي أصل عملي تنتهي إليه النوبة، فيما إذا لم يكن إطلاق أو عموم، فجعل أحدهما مشكلاً والآخر أشكال ممنوع. نعم، ربما يتصور فيه الإشكال هو رفع اليد عن إجماع المنقول عن الغنية والقواعد والمسالك، لكن لا وقع للمنقول عن الغنية، لعدم حجية الإجماع المنقول في كلام القدماء. على ما حقق في الأصول، ووهن المنقول في القواعد والمسالك بدعوى الاتفاق المنقول عن المحقق الثاني في إفادة المعاطاة للملك، بناء على تأويل كلماتهم بإرادة الملك، وهذا التأويل وإن كان مستبعداً في نفسه - كما تقدم -، إلا أنه يصير شبهة مانعة للأخذ بالإجماع المنقول عن القواعد والمسالك، فيكون المحكم حينئذ هو عموم أدلة البيع. وبالجملة: فلا ينبغي الإشكال في وقوع البيع بالمعاطاة، سواء قلنا بأن التسليط الخارجي مصداق للتملك - كما هو الحق - أم لا. أما على الأول: فواضح. وأما على الثاني: فلأنه وإن لم يكن مصداقاً للتملك، لكنه كناية عنه فيصح وقوعه به، إذا كان التعبير به عنه متعارفاً. وسيجئ في باب ألفاظ العقود اختيار القول بصحة إيقاع العقد بالألفاظ الكنائية إذا كان متعارفاً. وإنما قيدنا بالمتعارف لأن لا يرد النقض بإيقاع البيع بلفظ: (سلطت) حيث أنه لا يقع به البيع ولازمه: عدم وقوعه بالتسليط الخارجي أيضاً، لعدم الفرق بين التسليط القولي والفعلي. ووجه عدم الورد: هو التفاوت بين التسليطين بتعارف إيقاعه بالتسليط الخارجي دون القولي. (ص ١٦١)

ودعوى: أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر، والمفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، والفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الأمر، فلا ينفع الاستصحاب (١) بل ربما يراد استصحاب بقاء علقه المالك الأول (٢) مدفوعة.

(٨٠) الإيرواني: الأحسن في تقرير الشبهة أن يقال: إن اليقين والشك لا بد أن يتواردا على محل واحد، وهما في المقام يتواردان على محل واحد، لأن اليقين تعلق بالقدر المشترك بين أطراف الترديد أو بواحد من تلك الأطراف لا على التعيين والشك تعلق بفرد معين والفرد الآخر مقطوع العدم في زمان الشك. ومع عدم التوارد واختلاف المتعلق، لم يكن سبيل لنا إلى الاستصحاب، فإن ما تعلق به اليقين لم يتعلق به شك. وما تعلق به الشك لم يتعلق به يقين، فهو أشبه شئ بما إذا شهد أحد العدلين بنجاسة كأس غير معين من الكأسين وشهد الآخر بنجاسة واحد معين منها، فإنه يحكم بطهارة كلا الكأسين بعدم تمامية البيئة في كل منهما ويمكن حل الشبهة بأن ورود الشك على محل اليقين بما يخرج منه المقام مما لم يقم عليه دليل، ولا هو مستفاد من أدلة الاستصحاب، بل العبرة بتعلق الشك باليقين بنحو تعلق موجب لكون رفع اليد عن اليقين بسببه نقضا لليقين بالشك. وهو في المقام كذلك فيشملة خطاب: (لا تنقض). (ص ٧٩)

النائبي (منية الطالب): على فرض الاختلاف في حقيقة الملك، وأن الملك اللازم مباين للجائز، فلا مانع من اجزاء الاستصحاب في المقام، ولو كان المستصحب مرددا بين مقطوع الارتفاع ومشكوك الحدوث، لأن تردد المستصحب بين الأمرين صار منشأ للشك في كون الحادث باقيا أو مرتفعا. (ص ١٤٥)

(٨١) الإيرواني: هذا، ولكن يرد أصل هذه الشبهة أنه: لم يثبت أن تأثير رجوع المالك في

مضافا إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب،
فتأمل. (٨٢).

انحلال المعاملة في موارد العقود الجائزة من آثار بقاء علقته في العين، حتى يرتب على
استصحاب العلقه. فلعله الحق يحدث شرعا بعد زوال العلقه السابقه بالمره، فلا أثر
شرعي لاستصحاب بقاء العلقه. (ص ٧٩)

الإصفيهاني: قد أجاب عنه في باب الخيارات بما ملخصه: أن المراد من العلقه إما
الملكيه، وإما السلطنه المرتبه عليها وقد زالتا معا بالبيع وزوال الأولى، لاستحالة اجتماع
ملكين على عين واحده وزوال الثانيه، لتبعيتها وتفريعهها على الأولى، ويستحيل بقاء
السلطنه المتفرعه على الملكيّه مع عدم الملكيّه، هذا ما يتعلق بالمقام، حيث لم يفرض
فيه إلا الملكيّه. (ص ٣١) * (ص ١٢٩، ج ١)

(٨٢) الآخوند: لا مجال لدى الكفاية على مختاره، من عدم حجيه الاستصحاب، مع
الشك

في المقتضى كما لا شبهة في صحتها على ما هو المختار من حجيته. وملخص ما أفاده:
من: (دفع الدعوى، بين منع انقسام الملك إلى قسمين وتنوعه بنوعين، والاختلاف في
الأحكام ليس لأجل الاختلاف في ناحيته بل للاختلاف في ناحية أسبابه) قلت: لو كان
الجواز واللزوم هيهنا بمعنى جواز فسخ المعاملة وعدمه - كما في باب الخيار - فلا شبهة
في كونهما من أحكام الأسباب وأما لو كان بمعنى تراد العينين وتملك ما انتقل عنه
وعدمه بلا توسط فسخ المعاملة، كما في الهبة. على ما صرح به في الملزمات فهما من
أحكام المسببات لا محالة، واختلافهما فيهما كاشف عن اختلافهما في الخصوصيات
المختلفة في اقتضاء الجواز واللزوم، لئلا يلزم الجزاف في أحكام الحكم وإن كان
اختلافها فيها ناشئا عن اختلاف الأسباب ذاتا أو عرضا وبالجملة: جواز فسخ المعاملة
بحق خيار أو بمحض حكم، كما في الإقالة وعدم جوازه لا ريب في كونهما من أحكام

بأن انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقة، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي. ومنشأ هذا الاختلاف، اختلاف حقيقة السبب المملك، لا اختلاف حقيقة الملك. المأخوذة في المسبب. (٨٣)

السبب المملك إما جواز الرد أو التراد وعدمه فهما من أحكام الملك والحكم عليه تارة بالجواز، وأخرى بعدمه كاشف في مورد كل واحد منهما عن خصوصية مقتضية له غير خصوصية في الآخر، والاختلاف بحسب الخصوصية كاف في اختلاف الأحكام من غير حاجة إلى الاختلاف بالحقيقة والماهية وهذا الاختلاف الناشي عن اختلاف الأسباب ذاتا، أو عرضا لا يجب أن يوجب تفاوتاً في المنشأ أصلاً كما لا يخفى فانقده بذلك: فساد

ما أفاده في بيان كون الجواز واللزوم من أحكام السبب المملك لا الملك، فتدبر جيداً. (ص ١٣)

الطباطبائي: الحق: عدم الكفاية وعدم الجريان، لأن الشك في بقاء القدر المشترك مسبب عن حدوث الفرد المشكوك الحدوث والأصل عدم، ثم إن التحقيق: امكان استصحاب الفرد الواقعي المردد بين الفردين، فلا حاجة إلى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل عليه بما ذكرنا. وتردده بحسب علمنا لا يضر بتيقن وجوده سابقاً. والمفروض: أن أثر القدر المشترك أثر لكل من الفردين فيمكن ترتيب تلك الآثار باستصحاب الشخص الواقعي المعلوم سابقاً كما في القسم الأول الذي ذكره في الأصول، وهو ما إذا كان الكلي موجوداً في ضمن فرد معين، فشك في بقاءه، حيث إنه حكم فيه بجواز استصحاب كل من الكلي والفرد، فتدبر. (ص ٧٣)

(٨٣) الطباطبائي: فيه أولاً: أن الظاهر أن الاختلاف بينهما اختلاف في حقيقتهما، فإن

ويدل عليه: مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك، (٨٤)

بخصوصية خاصة - من غير جهة البقاء والزوال -، بل جهة تقسيمه إليهما منحصرة بالبقاء والارتفاع، فلو شك في بقاء الملك وارتفاعه فمعنى استصحاب الملك: هو استصحاب الملك البقاي، فيصير البقاء الذي هو عقد الحمل داخلا في عقد الوضع، ولا شبهة في خروج هذا القسم من الاستصحاب من عموم (لا تنقض) عقلا. ومرجع هذا الإشكال - في الحقيقة - إلى أن النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهما وفي كل واحد منهما أحد ركني الاستصحاب منتف - كما لا يخفى - (ص ١٤٧)

(٨٤) الإيرواني: لكن عرفت: إن هذا في الشبهة الحكمية تامة. وأما في الشبهة الموضوعية كدوران الواقع في الخارج بين الهبة والبيع فالشبهة جارية، ولا يجدي في دفعها إنكار الاختلاف بالحقيقة، لما عرفت من عدم ابتناء الشبهة على اختلاف أطراف الاحتمال في الحقيقة وأنه يكفي اختلافها بالشخص. (ص ٨٠)

النائني (منية الطالب): ولكن لا يخفى ما في هذا التوجيه من الوهن، لأن الشك في كون اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك يوجب الشك في صحة أجزاء الاستصحاب، لأنه على تقدير كونه من خصوصيات الملك لا يصح الاستصحاب وعلى تقدير كونه من لوازم السبب المملك يصح، والشك في كونه من هذا القبيل أو من ذلك يوجب الشك في صحة الاستصحاب وعدمها، ومع الشك في صحته كيف يصح القول بكفايته، وإرادة استصحاب القدر المشترك إعادة لما تقدم. هذا، مضافا إلى أنه بناء على هذا التوجيه أيضا لا يكون دليلا على ما هو بصدد إثباته من عدم اختلاف حقيقة الملك بواسطة الانقسام إلى المترزل والمستقر، بل هو دليل على صحة الاستصحاب مع الشك في اختلاف حقيقته فلا يكون الدليل مطابقا مع المدعى. (ص ١٦٨)

ومع أن المحسوس بالوجدان إن إنشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد (٨٥) - إن اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك، أو بحكم الشارع. (٨٦)

(٨٥) الطباطبائي: الظاهر من عبارة المصنف من قوله (غيرها) غير اللازمة من الهبة كالهبة بالنسبة إلى الأجنبي. فيرد عليه بأن الاختلاف شرعي وإن كان المنشأ واحداً في طريقة العرف، ولا ضير فيه حسيماً يأتي. (ص ٧٣)
الإصفهاني: لا يخفى أن المعنى الإنشائي لا يختلف باختلاف حقيقته من حيث المراتب، ولا بلحوق ضميمة إلى المعنى، وأما الملك الاعتباري: فسيجئ الكلام فيه - إن شاء الله - . (ص ٣٣) * (ص ١٣٧، ج ١)
(٨٦) الطباطبائي: التحقيق: إن التخصيص قد يكون من قبل المتعاقدين، وقد يكون من قبل الشارع. فبالنسبة إلى النوعين من المعاملة - كالبيع والهبة مثلاً - يكون من الأول. وعلى ما أشرنا إليه من كون بنائهم على لزوم الأول وجواز الثاني وبالنسبة إلى النوع الواحد كالبيع الذي قد يكون فيه الخيار وقد لا يكون، من الثاني ولا بأس بإمضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ، فإن هذا المقدار من الاختلاف مغتفر ولا يضر بتبعية العقد للقصد، ولا على فرضه، فلا مانع منه بعد ورود الدليل كما في انقلاب المتعة دواما ونحو ذلك. (ص ٧٣)

النائني (المكاسب والبيع): ويرد عليه: أنه على تقدير كون اللزوم والجواز بحكم الشارع، يكون اللازم بطلان العقد عند التخلف. وبطلانه عنده ليس من باب تخلف القصد عن العقد، وإلا يلزم أن يكون كل عقد باطل كذلك. كما إذا أنشأ البيع بعقد النكاح

فإن كان الأول، كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفة بحسب قصد الرجوع، وقصد عدمه، أو عدم قصده وهو بديهي البطلان، إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه.

وإن كان الثاني، لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، وهو باطل في العقود، لما تقدم أن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد، وإن أمكن القول بالتخلف هنا في مسألة المعاطاة، (٨٧) بناء على ما ذكرنا سابقا انتصارا للقائل بعدم الملك:

من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطيين، لكن الكلام في قاعدة اللزوم في الملك يشمل العقود أيضا.

ومن مشخصاته، حتى يمنع عن استصحاب شخص الملك. ومن جميع ما ذكرنا تبين: أنه لا

مانع من استصحاب شخص الملك الحادث لا من حيث اختلاف الحقيقة النوعية، ولا من حيث الاختلاف في مراتب حقيقة واحدة، ولا من حيث الاختلاف في الخصوصيات والضمائم اللاحقة فتدبره فإنه حقيق به. (ص ٣٣) * (ص ١٣٨، ج ١) (٨٧) الطباطبائي: وقد ذكرنا سابقا: عدم الفرق بين المعاملات الفعلية والقولية في ذلك، فتدبر. (ص ٧٤)

الإيرواني: قد عرفت: عدم إمكان ذلك القول وأن دليل التبعية وهو خطاب: (أوفوا) يشمل المقام، كما يشمل العقود المنشأة باللفظ ولو فرضنا عدم الشمول كفى شمول (أحل الله البيع) و (تجارة عن تراض) في إثبات التبعية. مع أن: إنكار التبعية بعد الاعتراف بحصول الملك لا محل له. ومحل هذا الإنكار، هو المقام المتقدم، فلا محيص هنا من الالتزام بالتبعية، قضاء لحق الأدلة الناهضة بإثبات الملكية. (ص ٨٠)

وبالجملة، فلا إشكال في أصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعا، وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، (٨٨) كالصلح من دون عوض، والهبة. نعم، لو تداعيا احتمل التخالف في الجملة (٨٩) ويدل على

اللزوم - مضافا إلى ما ذكر - عموم قوله صلى الله عليه وآله: (الناس مسلطون على أموالهم) فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره.

(٨٨) النائيني (منية الطالب): نعم، في دوران الأمر بين الوديعة والقرض لا تجري أصالة اللزوم، لعدم إحراز تملك من بيده المال في وقت حتى يستصحب. فمورد البحث هو: العقود المملكة المشكوك جوازها أو لزومها. فمن يدعي اللزوم هو المنكر، لمطابقة قوله للأصل. (ص ١٥٢)

النائيني (المكاسب والبيع): لا فرق في إجراء الاستصحاب (أصالة اللزوم) فيما إذا كانت الشبهة حكمية أو موضوعية. نعم، قد يكون الشك في اللزوم والجواز لأجل الشك في كون الصادر هو العقد المضمن كالبيع ونحوه، أو العقد الغير المضمن - كالهبة الغير المعوضة - فيدور الأمر بين ضمان ما يدعى تضمينه وبين عدم الضمان فالمرجع فيه: هو الاشتغال، أو أصالة الضمان، لأصالة عدم رضى المالك بعد استيلاء المستولي على ماله. فالتحقيق في المقام هو: الرجوع إلى الاشتغال في كل مورد من موارد الشبهة الذي تردد العقد بين كونه مع الضمان أو بلا ضمان، من غير فرق بين ما كان التردد بين ما كان الصادر

من العقود المملكة، أو غيرها، كما إذا تردد بين كونه هبة أو وديعة أو كان الصادر من العقود المضمنة أو غير المضمنة - بعد الفراغ عن كونه من العقود المملكة - فظهر: أن دائرة أصالة الضمان أوسع من أصالة اللزوم. (ص ١٧٥ و ١٧٧)

(٨٩) الإيرواني: وذلك: فيما لو كان المنظور للمتداعيين ومحل دعوتهما هو خصوص السبب، إذ لا أصل تقتضي تعيين الواقع من السببين. (ص ٨٠)

فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة. (٩٠)

(٩٠) الآخوند: يمكن أن يقال: - كما أشرنا إليه - أنه ليس إلابيان سلطنة المالك على ماله

وتسلطه عليه، وأنه ليس بمحجور، لا لبيان إثبات أنحاء السلطنة له، ليصير دليلا على لزوم عقد، بمعنى: عدم جواز الرد لمنافاة جوازه لإطلاقها. (ص ١٤)
الإصفهاني: الاستدلال بعموم دليل السلطنة بوجهين: أحدهما: بمدلوله المطابقي، وهي السلطنة على جميع التصرفات حتى بعد إنشاء الرجوع. وفيه: أن موضوعها المال المضاف بإضافة الملكية وكونه يعد الرجوع كذلك مشكوك، فيكون من التمسك بالعام في الشبهة المصادقية. وثانيهما: بمدلوله الالتزامي، فإن مقتضى سلطنته على جميع التصرفات سلطنة مطلقة عدم سلطنة الغير على ما يزاحم تلك السلطنة المطلقة، وإلا لم تكن سلطنة مطلقة، فسلطنة الغير على تملك المال في طرف إضافته إلى ماله بدون اختياره، مزاحمة لسلطانه المطلق.

ويندفع بأن: المنفي بالالتزام هي السلطنة المنافية لسلطنة المالك على جميع التصرفات الواردة على المال دون غيرها من أنحاء السلطنة، مثلا سلطنة المالك على بيع ماله تنافي سلطنة الغير على اشتراؤه منه بدون اختياره، وليس سلطنة الغير على الرجوع سلطنة على تملك المال على حد سلطنة الشفيع على تملك مال المشتري ببذل مثل الثمن لتكون مزاحمة لسلطان المالك، بل سلطنة على الرد والاسترداد، فهو في الحقيقة سلطنة على إزالة الملكية والمالك له السلطان على الملك، لا على الملكية فكما ليس له السلطنة على إزالة الملكية ابتداء كذلك ليس له السلطنة على إبقاء الملكية، حتى تكون سلطنة الغير على إزالتها مزاحمة لها ولذا قلنا في محله: إن الإقالة والتناسخ على خلاف القاعدة ويحتاج إلى دليل على المشروعية. فمثل هذه السلطنة في طول السلطنة التي هي من شؤون الملكية ومن متفرعاتها. نعم نفس هذه السلطنة الجديدة منفية بعدم الدليل،

فاندفع (٩١) ما ربما يتوهم: من أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه، ولا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي.

كما أن السلطنة على التصرف في مال الغير منفية بعدم المقتضى، فتدبر جيدا. (ص ٣٤) * (ص ١٣٨، ج ١) (٩١) الإيرواني: ولكن الحق: توجه الإشكال على كل حال وعدم اختصاصه بتقريب دون آخر، ليغير طرز الاستدلال. وحاصل الإشكال: إن السلطنة في دليل (الناس مسلطون) متفرعة على مالية المال للشخص تفرع الحكم على موضوعه. وكل إطلاق مهما بلغت سعته، لا تتجاوز سعته عن سعة موضوعه، فغاية الإطلاق ونهاية استيعاب الحكم: شموله تمام أطوار موضوعه نحن نقول بذلك ههنا، لكن لا يجدي ذلك في إثبات المقصود واستنتاج عدم خروج المال عن ملك الشخص بفسخ الجانب المقابل قهرا عليه، فإن غاية إطلاق دليل السلطنة ثبوت السلطنة، وشيوعها لكافة شعب التصرفات. لكن في مرتبة متأخرة عن انحفاظ مالية المال له. وأما نفس انحفاظ المالية: فلا يدخل في مدلول إثبات السلطنة، ولا يتدرج في حيطة إطلاقها فلذلك لم يكن رفعها برفع المالية عن المال قصرا لإطلاق دليل السلطنة. وإن كنت في ريب من هذا، فانظر إلى إطلاق دليل قيمومة الأب على ولده الصغير، تجد أن ليس من وسع هذا الدليل السلطنة على حفظ صغره، حتى يكون خروجه عن الصغر قهرا عليه قصرا لسلطانه وتقييدا لقيمومته. نعم، إن أريد من المال في دليل السلطنة اجرام الأموال، لا الأموال بما هي أموال، صح التمسك بالاطلاق لإثبات عدم تأثيره فسخ الطرف المقابل في إخراج المال عن ملكه قهرا عليه، إذ تدخل السلطنة على حفظ مالية المال حينئذ في دائرة الاطلاق وتحت سيطرته لكن ذلك خلاف ظاهر الدليل. (ص ٨٠)

ولما ذكرنا تمسك المحقق قدس سره في الشرايع على لزوم القرض بعد القبض، بأن فائدة الملك السلطنة، ونحوه العلامة قدس سره في موضع آخر.

ومنه يظهر جواز

التمسك بقوله عليه السلام: (لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه)، حيث دل على انحصار

سبب حل مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحل بغير رضاه. (٩٢) وتوهم: تعلق الحل بمال الغير، وكونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام، مدفوع: بما تقدم، مع أن تعلق الحل بالمال يفيد العموم، بحيث يشمل التملك أيضا، فلا يحل التصرف فيه ولا تملكه إلا بطيب نفس المالك (٩٣).

(٩٢) الإصفهاني: تقريب الاستدلال بوجهين - كما في دليل السلطنة - والجواب عن كلا الوجهين كما تقدم. وبالجملة: فالحلية المنوطة بالرضا هي حلية التصرف في المال، لا حلية إزالة إضافة المال إليه، بل يمكن أن يقال: بعدم صحة الاستدلال هنا وإن قلنا بها في دليل السلطنة، فإن عدم الحلية التكليفية وثبوت الحرمة المولوية لا ينافي الصحة - كما تقدم - والحلية وإن كانت بمفهومها مناسبة للتكليف والوضع لكنها إذا تعلقت بالأفعال السببية التي يترقب منها النفوذ، أما إذا نسبت إلى الأعيان فلا يناسب إلا التكليف، فلذا لا يتوهم أحد أن قولنا: (التمر حلال)، أي أكله لا يبيعه. وكذلك قوله تعالى: (حرمت عليكم الميتة). (ص ٣٤) * (ص ١٣٩، ج ١)

(٩٣) الإيرواني: لكن يرده أولا: إن ظاهر لا يحل هو الحرمة التكليفية دون الوضع، فيختص

بغير التملك من التصرفات.

ثانيا: إن الظاهر، أن المقدر في الرواية، هو التصرف طبقا للمصرح به في رواية: (لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره) والتملك ليس تصرفا في المال، بل قصد نفساني من شخص الممتلك. وثالثا: إن الجمع في كلمة واحدة بين إرادة الحكم التكليفي

ويمكن الاستدلال أيضا بقوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض). ولا ريب أن الرجوع ليست تجارة ولا عن تراض، فلا يجوز أكل المال (٩٤).

والتوهم المتقدم في السابق غير جار هنا، لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكا للأكل لا لغيره (٩٥).

والوضعي لا يجوز، فأما أن يراد من كلمة (لا يحل) الحكم التكليفي فقط، وهو حرمة التصرفات، أو الوضعي فقط، وهو فساد التملك، وقد عرفت أن الظاهر هو الأول. (ص ٨٠)

(٩٤) النائيني (المكاسب والبيع): الوجه الأقرب في تقريب دلالة هذه الآية كون الاستثناء متصلا، بناء على أن لا يكون الباطل قيذا لمستثنى منه، بل إنما جيء به للدلالة على أن ما عدا المستثنى يكون من باب الأكل بالباطل. وعليه: فيصير مفاد الآية الكريمة هكذا: لا تأكلوا أموالكم بينكم إلا مع التراضي، لأنه مع عدم التراضي يكون أكلا بالباطل. وكيف كان: فإن مقتضى حصر أكل مال الغير بصورة التجارة عن تراض هو عدم جواز رجوع كل واحد من المتعاطيين إلى ما انتقل عنه إلى صاحبة - وهو معنى اللزوم - (ص ١٧٩)

(٩٥) الطباطبائي: ويمكن أن يقال: إن التوهم لا يجري في المقام حتى يحتاج إلى الدفع وذلك: لأن المراد من الآية: أنه لا يجوز الأكل والتصرف في أموال الناس إلا بعنوان التجارة يعني: إلا إذا كان هناك تملك بعنوان التجارة فلا موقع، لأن يقال أنه بعد الرجوع مشكوك في أنه مال الغير أم لا، وذلك: لأنه يكفي كونه مال الغير أم لا من الأول ثم لا يخفى أن هذا أعني الاستدلال بالجملة المستثنى، مبني على دلالة الآية على الحظر وهو خلاف ما اختاره فيما سيأتي في مبحث الإكراه، حيث قال إن الاستثناء منقطع غير مفرغ وهو لا يفيد الحصر وسيأتي الكلام على هذا الكلام - إن شاء الله - نعم، الاستدلال بالجملة

ويمكن التمسك أيضا بالجملة المستثنى منها، حيث إن أكل المال ونقله عن مالكة بغير رضا المالك، أكل وتصرف بالباطل عرفا (٩٦).
نعم، بعد إذن المالك الحقيقي وهو الشارع وحكمه بالتسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن البطلان، ولذا كان أكل المارة من الثمرة المرور بها أكلا بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي وكذا الأخذ بالشفعة، والفسخ بالخيار، وغير ذلك من الأسباب القهرية.
هذا كله، مضافا إلى ما دل على لزوم خصوص البيع، مثل قوله صلى الله عليه وآله (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) (٩٧).

كما هو غير بعيد - فغير المعاوضات والإباحات غير داخلية. وعليه فالحصر صحيح، إلا أن الأكل بالرجوع غير داخل كغيره، إذ عنوان رد المالك فيستتبع رجوع العوض لا الملك بالعوض ليكون داخلا في المستثنى منه - والله أعلم - . (ص ٣٥) * (ص ١٤٢، ج ١) (٩٦) الطباطبائي: إذا كان المراد به الباطل العرفي، فلا وجه لقوله: (نعم) بعد (إذن) بل المتعين جعل المذكورات من باب التخصيص حسبما أشرنا آنفا نعم يصح ما ذكره إذا جعلنا المراد من الباطل، الباطل الشرعي فتدبر. (ص ٧٤)
(٩٧) الإصفهاني: لا يخفى عليك إن الاستدلال به إن كان لمجرد اللزوم بعد التفرق، فلا كلام، وإن كان لكشف جعل حق الخيار من لزومه طبعاً، - كما هو ظاهر كلامه في أول الخيارات - فهو إنما يصح فيما نحن فيه، إذا كان الجواز هنا بمعنى حق فسخ السبب المعاملي. وأما إذا كان بمعنى جواز التراد فمشكل، لأن الجواز لا يكشف عن لزوم المعاملة طبعاً، كما أن اللزوم الحكمي لا يكشف عن جواز المعاملة طبعاً، وتام الكلام في باب الخيارات - . (ص ٣٥) * (ص ١٤٣، ج ١)
النائني (منية الطالب): (ولكن فيه): إن اللزوم الحاصل بالافتراق، حيث أنه جعل

وقد يستدل أيضا بعموم قوله تعالى: أوفوا بالعقود بناء على أن العقد هو مطلق العهد، كما في صحيحة عبد الله بن سنان، أو العهد المشدد، كما عن بعض أهل اللغة، وكيف كان يختص باللفظ فيشمل المعاطاة (٩٨).

الفعلي مصداق للبيع، إلا أنها لا يقع فيها الخيار، لأنها ليست عقدا فلا يرد عليها الالتزام العقدي - كما عرفته بما لا مزيد عليه - وإذا لم تكن مما وقع فيها الخيار فلا يشملها إطلاق

قوله عليه السلام: (البيعان بالخيار) فإطلاق هذا الكلام لا يشمل المعاطاة حتى يحتاج في إخراجها إلى المقيد. (ص ١٨٦)

(٩٨) الطباطبائي: هذا، هو الأظهر ويشمل ما كان بين الاثنيين وغيره - كالايقاعات - ويؤيد

ذلك: شموله للعهد الإلهية من التكليف، لكن يشكل على هذا: الاستدلال بالآية لشمولها للمستحبات والعقود الجائزة، هذا، وقد ذكرنا بعض الكلام على الآية في أول الخيارات، فراجع. (ص ٧٤)

الإيرواني: ولكن الذي يتجه على التمسك بالآية لإثبات اللزوم أن الآية لا تجدي لإثبات اللزوم عموما، وإنما تجدي لإثباته في خصوص ما إذا كان العقد متعلقا بالفعل لا في العقد على النتيجة الذي منه المقام، إذ العقد على النتيجة إما أن يكون مؤثرا في وقوع تلك النتيجة أو لا يكون مؤثرا، وعلى كل حال: لا عمل خارجي له من العاقد حتى يخاطب (أوفوا) وأما التسليم للعوضين فذلك ليس لأجل أنه مصداق للوفاء، وإنما هو من جهة أنه بالعقد صار ملكا للغير، فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه، فالمتعاقدان والأجانب في وجوب معاملة ملكية من أنتقل إليه المال على حد سواء، فلو لم يسلم المتعاقدان العوضين فقد غصباهما، كما إذا استرجعاهما بعد التسليم، لا أنهما لم يفيا بالمعاملة ودعوى أن معنى (أوفوا) في العقد على النتيجة هو الوضع، وحصول النقل والانتقال. يدفعها: أنه إن صح إرادة الوضع من خطاب التكليف جميعا من خطاب واحد، فذلك لا

وكذلك قوله: (المؤمنون عند شروطهم)، فإن الشرط لغة مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ (٩٩).

المعاملية عقدا وحلالا نقول السلطنة التكليفية حيث إنها متقومة بالترخيص التكليفي فلا محاله تلتفي بضعها وهو التحريم المولوي وأما السلطنة الوضعية المقومة باستجماع جميع شرائط نفوذ التصرف المعاملي فلا يعقل انتفائها وبالتحريم المولوي فما ينتفي بالتحريم المولوي وأما السلطنة الوضعية المتعومة باستجماع جميع شرائط نفوذ التصرف المعاملي فلا يعقل انتفائها بالتحريم المولوي فما ينتفي بالتحريم المولوي لا ينافي النفوذ وما ينافي عدم النفوذ لا ينتفي بالتحريم المولوي، إذ المفروض بقائه على جميع شرائط النفوذ بعد النهي كما كان قبله، بل قد عرفت استحالة خلافه، وإلا لكان نهيا عن غير المقذور في موطن الامتثال. (ص ٣٥)

(٩٩) الطباطبائي: هذا بناء على شموله للشرط البدوي، بمعنى صدق الشرط عليه، كما هو الأقوى. على ما ذكرناه في باب الشروط، فراجع. (ص ٧٤)

النائبي: التمسك بآية (المؤمنون عند شروطهم)، متوقف على شمول الشرط للشروط الابتدائية فسيأتي الكلام في تحقيقه في أول الخيارات. (ص ١٨٣)
الإيرواني: يجري هنا كل ما تقدم منا في (أوفوا بالعقود) ويزيد على ذلك: بأن الاستدلال بأخبار (المؤمنون عند شروطهم) مبني على صدق الشرط على الالتزام الابتدائي وهو محل نظر، بل منع. وأيضا على استفادة الوجوب من خطاب (المؤمنون) وهو محل نظر آخر. بل يمكن أن يدعى أن: خطاب (المؤمنون عند شروطهم نظير) (المؤمن إذا وعد وفى) خطاب أخلاقي، مسوق لما يقتضيه الإيمان ويقود إليه. (ص ٨١)

الإصفهاني: بيتني الاستدلال به على أمرين: أحدهما: شمول الشرط لمطلق الالتزام،

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 بل ادعاه صريحاً بعض الأساطين في شرح القواعد ويعضده الشهرة المحققة، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخرين، فإن العبارة المحكية عن المفيد قدس سره في المقنعة لا تدل على هذا القول - كما عن المختلف الاعتراف به - فإنه قال: ينعقد البيع على تراض بين الاثنین فيما يملكان التتابع له إذا عرفاه جميعاً وتراضياً بالبيع، وتقابضاً، وافتراقاً بالأبدان، انتهى. ويقوى إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين وتأثيره في اللزوم، وكأنه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد والشيخ أنه لا بد في البيع عندهما من لفظ مخصوص وقد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً، وهو نص في عدم اللزوم، ولا يقدر كونه ظاهراً في عدم الملكية الذي لا نقول به. وعن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع.

بالعقود) وقوله: (لا تأكلوا أموالكم) وقوله: (إلا أن تجارة عن تراض) - تختص بالعقود اللفظية، ولا تشمل المعاطاة تخصصاً أما آية (أوفوا) فواضح، لما ذكرنا من أنها ليست عقداً. وأما سائر الأدلة، فحيث أن الاستفادة منها ليس اللزوم الحكمي بل اللزوم الحقيقي، فلا تشمل المعاطاة. فعلى هذا: لا تكون المعاطاة لازمة، لا بجعل شرعي تعدي، ولا بجعل شرعي حقي، فيكون جائزاً بمعنى عدم تحقق موجب اللزوم وعلى هذا: فالجواز على أقسام ثلاثة: الجواز الحكمي التعدي - كالهبة -، والجواز الحقيقي - كالبيع الخياري -، والجواز من جهة عدم تحقق منشأ اللزوم - كالمعاطاة - (ص ١٥٦)

نعم، قول العلامة في التذكرة: (إن الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة) يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسألة، لو كان المخالف شاذاً لعبير بالمشهور، وكذلك نسبه في المختلف إلى الأكثر وفي التحرير: أن الأقوى أن المعاطاة غير لازمة. ثم ولو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها - مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملكة، وإنما تفيد الإباحة - لم يكن هذا الاتفاق كاشفاً، إذ القول باللزوم فرع الملكية، ولم يقل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعاً له، وهذا مما يوهن حصول القطع - بل الظن - من الاتفاق المذكور، لأن قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع. نعم، يمكن أن يقال - بعد ثبوت الاتفاق المذكور - إن أصحابنا بين قائل بالملك الجائز، وبين قائل بعدم الملك رأساً، فالقول بالملك اللازم قول ثالث، فتأمل (١٠٠).

(١٠٠) النائيني (المكاسب والبيع): إن الإجماع المركب إنما يكون حجة، إذا كان راجعاً إلى

الإجماع على القدر المشترك بحيث يصير القدر المشترك بين القولين مورداً للإجماع وفي المقام ليس كذلك، لأن عدم اللزوم وإن كان هو القدر المشترك بين القولين، إلا أن سلب اللزوم بالقياس إلى القول بالإباحة موضوعي لكونه من باب السالبة بانتفاء الموضوع وسلبه بالقياس إلى القول بالجواز محمولي فيرجع إلى دعوى الاتفاق على القدر المشترك بين السلب الموضوعي والمحمولي وهو غير مفيد. هذا، ولكن تندفع: بأن الاتفاق على القدر المشترك بين السلب الموضوعي والمحمولي غير مفيد إذا لم ينته إلى الاتفاق على حكم شرعي ومع انتهائه إليه بأن كان القدر المشترك موضوعاً له لا يجوز خرقه بإحداث قول ثالث كما فيما نحن فيه إذ القائل بالملك يقول بجواز تصرف كل

وكيف كان فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام عن قول غيره من العلماء - كما هو طريق المتأخرين - مشكلاً، لما ذكرنا وإن كان هذا لا يقدر في الإجماع على طريق القدماء، كما بين في الأصول. وبالجملة، فما ذكره في المسالك من قوله - بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم (ما أحسنه وأمتن دليله، إن لم يكن إجماع على خلافه) في غاية الحسن والتمانة. والاجماع وإن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع، إلا أن المظنون قويا تحققه على عدم اللزوم، مع عدم لفظ دال على إنشاء التمليك سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد ولكن لم ينشأ التمليك به بل كان من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض.

واحد من المتعاطيين فيما انتقل عنه، كما أن القائل بالإباحة أيضاً قائل به فجواز تصرف كل واحد من المتعاطيين فيما صار عند الآخر حكم شرعي اتفقا عليه فالقول باللزوم مخالف لهذا الأمر المتفق عليه. (ص ١٨٧)

الآخوند: لكنه لا بأس بالمصير إليه، بعد عدم الاتفاق على نفيه، بل كان عدمه إلى الآن بمجرد الاتفاق. كما هو الحال في حدوث القول الثالث في كل مسألة. (ص ١٤)

الطباطبائي: إذا كان الاتفاق المذكور تقييداً (كما قال به المصنف آنفاً بأن قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع) فلا ينفع في المطلب، إذ لا مانع من إحداث القول الثالث، إذ عدم جوازه فرع ثبوت الاتفاق على عدم كون الحكم هو الثالث، ومع كونه تقييداً لا يكون كذلك، بل أقول: رفع اليد عن البيان الأول والأخذ بهذا الوجه من قبيل الأكل من القفاء - كما لا يخفى - . (ص ٧٤)

وقد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار. بل يظهر منها أن إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطي كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار (١٠١).
بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي (١٠٢).
نعم، ربما يكتفون بالمصافقة فيقول البائع: بارك الله لك، أو ما أدى هذا المعنى بالفارسية. نعم يكتفون بالتعاطي في المحقرات ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها (١٠٣) بل ينكرون على الممتنع على الرجوع مع بقاء العينين.

(١٠١) الطباطبائي: وعلى أي تقدير، لا يخفى ما فيه من عدم الدلالة، بل يمكن أن يستظهر خلاف ما ذكره من جملة من الأخبار وأنه لا يعتبر في لزوم كون الإنشاء باللفظ. والتحقيق: عدم الاشتراط، لما مر من العمومات وعدم المخصص، إذ الإجماع غير معلوم التحقق والأخبار المشار إليها لا دلالة فيها. مع: أنها معارضة بما أشرنا إليه مضافاً إلى خلو النصوص على كثرتها عن ذلك مع أنه لو كان لبان، إلا أن الاحتياط لا ينبغي تركه فلو أوقع معاملة بالمعاطاة لا يسترد، إلا مع رضی الطرف المقابل وإن استرد الطرف الآخر على قبل وجود واحد من الملزمات رده عليه. (ص ٧٤)

(١٠٢) الآخوند: دعواها على نحو كانت كاشفة عن رضاء المعصوم، كما ترى، والانكار على

المنع عن الرجوع لو سلم، لم يعلم أنه من جهة بنائهم على جوازه، ولعله: لأجل ما هو المركوز عقلاً ونقلاً من حسن الإقالة وكون تركها مع الاستقالة خلاف المروءة، ومناف للفتوة من غير فرق بين إيقاع البيع بالصيغة أو التعاطي. (ص ١٤)
(١٠٣) الإيرواني: بل يلتزمون بعدم جواز الرجوع في كل معاملة بنوا على صحتها ولا معاملة

جائزة عند العرف والعقلاء، إلا معاملة اشترطوا الخيار في ضمنها. اللهم إلا أن يقال: إن

نعم، الاكتفاء في لزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد، للسيرة ولغير واحد من الأخبار كما سيحى إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة. (١٠٤)

ذلك بما هم عقلاء وأما بما هم متشرعون، فسيرتهم على الخلاف لكن يدفعه: أنا لم نحز سيرة للمتشرعة في المعاطاة - بما هم متشرعة - على خلاف سيرتهم بما هم عقلاء. (ص ٨١)

النائني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن السيرة قائمة في المعاملات السوقية ولو لم تكن من المحقرات - كالجواهر الغالية الأثمان - كما جرت السيرة على عدم الاكتفاء بالمعاطاة في غير المعاملات السوقية من البيوع - ولو لم تكن من البيوع الخطيرة - فكان حق التفصيل هو: أن يفصل بين المعاملات السوقية، وبين غيرها، لا بين المحقرات وبين غيرها ومع ذلك، لا وجه له أصلاً، إذ تحقق السيرة في المعاملات السوقية لا يوجب انحصار جواز المعاطاة بها بعد فرض كون المعاطاة بيعاً مشمولاً لأدلتها. نعم، لو قامت السيرة على عدم جوازها في غير المعاملات السوقية، لكان لهذا التفصيل وجه، لكن إلى ذلك من دليل. (ص ١٨٨)

(١٠٤) الإيرواني: ينبغي القطع بأن الإنشاء التولي لا مدخلية له في نظر أهل العرف، فإن لوحظ جهة تعبدهم بالشرع، وأنهم يعتبرون - بما هم متشرعة - جنس اللفظ في مقام الإنشاء، فنمنع ثبوت سيرة لهم - بما هم متشرعة - وعلى فرض الثبوت، نمنع كون سيرتهم على اعتبار جنس اللفظ، ولذا لا يكتفون في البيوع الخطيرة بجنس اللفظ، بل يراعون جميع الخصوصيات من الماضوية والعربية وتقديم الإيجاب على القبول. (ص ٨١)

بقي الكلام في الخبر الذي تمسك به في باب المعاطاة، تارة على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف، وأخرى على عدم إفادتها للزوم، جمعا بينه وبين ما دل على صحة مطلق البيع (١٠٥) - كما صنعه في الرياض - وهو قوله عليه السلام (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام).
وتوضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر، وهو ما رواه ثقة الإسلام في باب (بيع ما ليس عنده) (١٠٦).

(١٠٥) الإيرواني: هذا تبرع بالجمع لا عبرة به. (ص ٨١)
(١٠٦) الطباطبائي: اعلم: أن الأخبار في هذا الباب مختلفة فبعضها يدل على الجواز وبعضها

يدل على المنع والجمع بينهما إنما هو بحمل المجوزة على صورة كون البيع واردا على فالمانعة على صورة كون المبيع شخصا كما هو مقتضى القاعدة أيضا كما لا يخفى فتدبر وراجع. (ص ٧٥)

النائني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن قوله لما ورد في باب بيع ما ليس عنده وفي باب المزارعة بمضمون واحد لا بد أن يحمل على معنى ينطبق على كلا البابين، بحيث يمكن أن يجعل كبرى لهما وكان كل واحد منهما صغرى بالقياس إليه لثلا يلزم إرادة معنى منه في باب مغاير مع المعنى المراد منه في باب آخر وشئ من هذه الاحتمالات الأربع المذكورة في المتن لا يستقيم للانطباق على كلا البابين، فالأولى أن يقال في معناه: أن الكلام الجامع لما اعتبر فيه من الشرائط إذا ورد في مورده يكون محللا. وإذا لم يكن كذلك بأن لم يكن جامعا لما اعتبر فيه ولو كان في مورده أو كان جامعا ولكن لم يكن في مورده يكون محرما فيوجب البيع قبل الاشتراء وإن كان جامعا لما اعتبر فيه لكن لمكان عدم كونه في مورده يكون محرما واشتراط الحصاة للبذر والبقر

والشيخ في باب (النقد والنسيئة) عن ابن أبي عمير، عن يحيى بن الحجاج، عن خالد بن الحجاج - أو ابن نجيج - قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجهني ويقول: اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. فقال: أليس إن شاء أخذ ون شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام). وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجردة عن قوله عليه السلام (إنما يحلل... الخ)، كلها تدل على أنه لا بأس بهذه المواعدة والمقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه. ونقول: إن هذه الفقرة - مع قطع النظر عن صدر الرواية - تحتمل وجوها: (١٠٧) الأول: أن يراد من (الكلام) في المقامين اللفظ الدال على التحليل والتحریم، بمعنى أن تحریم شيء وتحليله لا يكون إلا بالنطق بهما، فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام، ولا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال.

لمكان عدم اجتماعه لما اعتبر فيه يكون محرما وهذا المعنى منطبق على البابين معا فهو المتعين وعليه فيكون الخبر أجنيا عن الدلالة على لزوم اللفظ في المعاملة وعدم صحة المعاطاة فيها. (ص ١٨٩)

(١٠٧) الإيرواني: لا وجه لقطع النظر عن الصدر أن الرواية بمعزل عن المقام وأجنبية عن إثبات اعتبار اللفظ في البيع أو في لزومه كما ظهر: أن معنى (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) ليس شيئا مما ذكره المصنف بل المراد من الكلام هو الالتزام ومن التحليل والتحریم هو التحليل والتحریم بالإضافة إلى شخصين شخص البايع وشخص المشتري لا بالنظر إلى سنخين من الكلام محللا والقسم الآخر منه محرما حسب ما لهما من الاختلاف مفهوما. (ص ٨١)

(١٠٨) الإيرواني: بل نفس اللفظ بلا قيد الدلالة على التحريم والتحليل، بل هذا القيد مضر، إذ

الثاني: أن يراد ب (الكلام) اللفظ مع مضمونه، كما في قولك: (هذا الكلام صحيح) أو (فاسد)، لا مجرد اللفظ - أعني الصوت - ويكون المراد: أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي حلا وحرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام، مثلا: المقصود الواحد، وهو التسليط على البضع مدة معينة يتأتى بقولها: (ملكك بضعي) أو (سلطتك عليه) أو (آجرتك نفسي) أو (أحللتها لك)، وبقولها: (متعتك نفسي بكذا)، فما عدا الأخير موجب لتحريمه، والأخير محلل، وبهذا المعنى ورد قوله عليه السلام: (إنما يحرم الكلام) في عدة من روايات المزارعة (١٠٩).

منها: ما في التهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير، عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر، وثلثا للبقر، فقال: (لا ينبغي له أن يسمي بذرا ولا بقرا،

المحلل والمحرم هو اللفظ الدال على المعاملة، بلا دلالة على التحريم أو التحريم وإنما هما أثر المعاملة، لا أنهما مدلولان للفظ إلا أن يكون مراده: اللفظ الدال على إحداث العلة واللفظ الدال، على قطع العلة مثال الأول: المعاملات ومثال الثاني: فسخ المعاملات، وإفالتها، والطلاق، العتاق، وأمثال ذلك. (ص ٨٢)

(١٠٩) الطباطبائي: الأظهر: حمل أخبار المزارعة على المعنى الأول بدعوى: أن المراد منها:

أن قصد كون بعض الحاصل بإزاء البذر والبقر بمجرد لا يضر ما لم يذكر ذلك في مقام الإنشاء والمعاملة، فإن المحرم هو الذكر في الإنشاء، فإن المحرم والمحلل أعني: المؤثر في الصحة والفساد هو الكلام، فكون مقدار من الحاصل في مقابل الأمرين في عالم اللب لا مانع منه، وإنما الممنوع جعله مقابلا لهما في عالم الإنشاء في مقام ذكر الصيغة التي عليها مدار الصحة والفساد، فتدبر. (ص ٧٥)

ولكن يقول لصاحب الأرض: ازرع في أرضك ولك منها كذا وكذا: نصف، أو ثلث، أو ما كان من شرط، ولا يسي بذرا ولا بقرا، فإنما يحرم الكلام. الثالث: أن يراد ب (الكلام) في الفقرتين الكلام الواحد، ويكون تحليله وتحريمه باعتبار وجوده وعدمه (١)، فيكون وجوده محللا وعدمه محرما، أو بالعكس، أو باعتبار محله وغير محله، فيحل في محله ويحرم في غيره (١١١)، ويحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

(١١٠) الإيرواني: تقدير العدم مضافا إلى: استلزامه التفكيك بين الفقرتين في السياق، من الوهن بمكان. ولو انفتح باب تقدير العدم لجاء في كل الأحكام، حتى في مثل (كتب عليكم الصيام) مع أن: نسبة التحريم إلى العدم مسامحة، وإنما الشيء باق على حرمة الأصلية حتى يجئ السبب المحلل له. هذا، مع أن: حصر المحلل في الكلام يوجب استدراك فقرة المحرم، فإن لازم كون المحلل منحصرا في الكلام هو ثبوت الحرمة مع عدم الكلام، والعجب! أن المصنف اختار في معنى الحديث هذا الاحتمال، الذي هو أضعف الاحتمالات. (ص ٨٢)

(١١١) الآخوند: أو باعتبار كونه محللا لكل من الثمن أو المثلث على من أنتقل إليه، ومحرما

على من أنتقل عنه. ويكون الغرض دفع توهم كون مجرد المقابلة من بيع ما ليس عنده المركوز حرمة وعدم نفوذه، ببيان: أنها ليست بمحللة ومحرمة والكلام وهو البيع ما كان كذلك، فليست ببيع حتى كانت من بيع ما ليس عنده، وعليه: يكون التعبير عنه بالكلام، لا لأنه لفظ بمعناه، بل لما هو نفس المعنى بوجه - كما لا يخفى - ويكون الحصر ليس بحقيقي، بل بالإضافة إلى المقابلة فلا دلالة فيه على انحصار التحليل والتحريم بالبيع بالصيغة، ولا به مطلقا. (ص ١٥)

الرابع: أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة والمواعدة، ومن الكلام المحرم إيجاب البيع وإيقاعه (١١٢) ثم، إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول لأنه مع لزوم تخصيص الأكثر حيث إن ظاهره حصر أسباب التحليل والتحریم في الشريعة، في اللفظ، يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر، جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليل له.

(١١٢) الطباطبائي: لا يخفى أن هذا المعنى غير محتمل إلا مع ملاحظة صدر الرواية، وإلا فلا

وجه للانصراف إلى خصوص المقابلة أو إيجاب البيع والمفروض: أن المقصود ببيان الاحتمالات مع قطع النظر عن الصدر، فتدبر. (ص ٧٥)
النائبي (منية الطالب): وهي هنا احتمال خامس وهو: أن يراد من الكلام نفس معنى اللفظ، لا اللفظ بمعناه، فيصير حاصله: أن البيع قبل الشراء محرم وبعده محلل، وهكذا في باب المزارعة: جعل شئ بإزاء البقر والبذر وحرم، وجعله بإزاء عمل الزرع محلل. (ص ١٦٠)

الإصفهاني: وهنا وجه خامس - كما عن صاحب الجواهر وعن شيخنا الأستاذ وعن بعض أعلام تلامذة المصنف - وهو أنسب من بعض الوجوه وأقرب من بعضها الآخر وهو: إن المراد من الكلام في الفقرتين إيجاب البيع، والمراد من المحللية والمحرمية المنسوبة إليها: محللية الإيجاب للمبيع على المشتري والتمن على البائع، ومحرمية للمبيع على البائع وللمتن على المشتري. وهنا، احتمال سادس وهو أن الإيجاب الصحيح في ذاته يؤثر تارة: في الحل وأخرى: في الحرمة كالنكاح المؤثر في الحلية، والطلاق والظهار المؤثر في الحرمة. * (ص ١٤٩ و ١٥٠، ج ١)

لأن ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روايات أخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكة ولا دخل لاشتراط النطق في التحليل والتحرير في هذا الحكم أصلا فكيف يعلل به؟ وكذا المعنى الثاني، إذ ليس هنا مطلب واحد، حتى يكون تأديته بمضمون محللا وبأخر محرما. فتعين: المعنى الثالث، وهو: إن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العين التي يريدتها الرجل، لأنه بيع ما ليس عنده، ولا يحلل إلا عدمه، إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعة، وهو غير مؤثر.

(١١٣) الطباطبائي: الانصاف: أن المعنى الأول أظهر من سائر المحتملات، بالنسبة إلى صدر

الخبر أيضا. مضافا إلى: كونه من حيث هو كذلك، وذلك لأن المقصود من تلك الأخبار، أنه إذا أراد أن يشتري لغيره شيئا ويبيعه منه بزيادة، فإن كان بيعه منه قبل شرائه لنفسه فهو غير جاز، ويكون من بيع ما ليس عنده، وإن كان ذلك بعد شرائه لنفسه وكان ما سبق منه مجرد المقابلة، فلا بأس. وقوله: (إن شاء أخذ وإن شاء ترك) كناية عن عدم البيع قبل الشراء، وإن المشتري الثاني حين دفع العين إليه ليس ملزما بأخذها، ويجوز له أن يشتريها وأن يدعيها. والحاصل: أن مفاد التعليل: إن المؤثر في الحلية والحرمة إنما هو الكلام، يعني: إن المعاملات لا يترتب عليها آثارها إلا بذكر الصيغة، وفي المورد، لما كان المفروض عدم وجودها فلم يتحقق معاملة وبيع، حتى يكون من بيع ما ليس عنده ويكون باطلا، فعلى عدم البأس في المفروض بعدم وجود الكلام الذي معه لم يتحقق بيع حتى يكون داخلا تحت العنوان الممنوع، فتدبر. وكذا الحال بالنسبة إلى أخبار المزارعة حسبما عرفت فإن المراد منها أنه إذا لم يذكر في العقد بذر ولا بقر فلا بأس وإن

فحاصل الرواية: أن سبب التحليل والتحریم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدما ووجودا (١١٤) أو المعنى الرابع، وهو: إن المقابلة والمراضة مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلل للمعاملة، وإيجاب البيع معه محرم لها. وعلى كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسألة المعاظة (١١٥).

كان بحسب اللب بعض العوض في مقابلهما لأن المدار على ما ذكر في العقد لأن المحرم أي المؤثر هو الكلام فتدبر. (ص ٧٥)

(١١٤) النائيني (منية الطالب): ما أفاده في المتن (باعتبار الوجود والعدم) ففي غاية البعد (بل في تقريب الوجه الثالث نقول): أن يكون المراد إن الكلام الواحد قد يكون محللا، إذا صدر في محل. وقد يكون محرما إذا صدر في محل آخر، مثلا عقد النكاح يكون محرما، إذا كان العاقد محرما، بخلاف ما إذا كان محللا. إلا أنه: لا يخفى ضعف الوجه الثالث، لأن نسبة المحلية إلى عدم الشيء لا تصح، فإن العدم لا يؤثر في الصحة. (ص ١٦٠ و ١٦١)

(١١٥) النائيني (منية الطالب): الظاهر من الكلام في كلام البابين هو: المعنى الثاني، وهو: إن الغرض الواحد - وهو الربح في باب البيع وجعل العوض للبذر والبقر في باب المزارعة - ولو عبر عنه بكلام خاص يفسد، ولو عبر بكلام آخر يصح، وهذا: لا يدل على اعتبار اللفظ في الصحة والفساد، لعدم كونه ناظرا إلى هذه الجهة ولو أمكن التفكيك في معنى الفقرتين بين البابين، لكان الأنسب بالنسبة إلى الشراء من غير المالك هو المعنى الرابع، بأن يكون الألف واللام للعهد - أي يحلل الكلام وهو المقابلة، ويحرم الكلام وهو البيع - . (ص ١٦١)

نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر - بعدما عرفت من أن المراد ب (الكلام) هو إيجاب البيع، بأن يقال: إن حصر المحلل والمحرم في الكلام لا يتأتى إلا مع انحصار إيجاب البيع في الكلام، إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرم في الكلام (١١٦).

(١١٦) الآخوند: هذا، إذا كان المراد بالكلام هو اللفظ بمعناه. وأما إذا كان المراد به نفس

المعنى - كما أشرنا إليه آنفا - أو كان حصر المحلل في المقابلة والمواعدة وحصر المحرم

في إيجاب البيع وإيقاعه بالإضافة إلى الآخر، فلا يكاد يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع أصلا. (ص ١٥)

الطباطبائي: لا يتم الاستظهار المذكور، (مع قطع النظر عن استدراك المصنف) وذلك لأن الحصر بناء على الوجه الرابع إضافي، فلا يفيد عدم تحقق البيع إلا بالكلام، وذلك لأن الحصر إنما هو بالنسبة إلى المقابلة والمرضاة، كما أن حصر المحلل فيهما أيضا إنما هو بالنسبة إلى إيجاب البيع في أصل الفقرتين، إن المحلل في المقام إنما هو المقابلة. لا الإيجاب، والمحرم إنما هو الإيجاب، لا المقابلة. ومن المعلوم: أن هذا لا يقتضي عدم تحقق البيع بالمعاطاة، فتدبر. (ص ٧٦)

النائبي (منية الطالب): لا يخفى أنه على فرض إفادة الرواية للحصر فالحصر إضافي، لأن حصر المحلل بالكلام إنما هو بالنسبة إلى إيجاب البيع قبل الشراء، وكذا حصر المحرم بالكلام إنما هو بالنسبة إلى المقابلة، لا عدم تأثير الفعل رأسا. وبعبارة أخرى: إذا كان مفاد الآية حصر كل من المحلل والمحرم بالمقابلة والبيع - كل واحد بالنسبة إلى الآخر، لا حصر أصل المحلل والمحرم باللفظ - فلا يمكن التمسك بها، لبطلان المعاملة المعاطاتية، لعدم استفادة عدم تأثير الفعل مع القصد منها، لعدم كونها

إلا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد، إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول، فتأمل (١١٧).

ناظرة إليه. (ص ١٦٢)

الإصفهاني: لا يخفى عليك، أن الحصر إذا لوحظ بالإضافة إلى الإيجاب في قبال المقابلة فالتعبير عنه بالكلام لا يدل على حصر المحلل والمحرم في الإيجاب الكلامي. وإنما يدل على الحصر إذا أطلق الكلام في قبال الفعل، والمفروض هو الأول، فالرواية تدل على الحصر في الإيجاب المعبر عنه لنكتة بالكلام ولا يبتني على ثبوت المفهوم للوصف فإنه فيما إذا كان في القضية موصوف معتمد عليه وإلا كان من اللقب دون الوصف ولا يجدي كونه في المقام جاريا مجرى التعليل فإنه بالإضافة إلى الإيجاب لا بالإضافة إلى الكلام لأن المفروض المعاملة بين الإيجاب والمقابلة لا القول والفعل ونكتة التعبير لا تنحصر في حصر الإيجاب في الكلام. (ص ٣٧) * (ص ١٥١، ج ١) (١١٧) النائيني (منية الطالب): ولكن فيه: أولا: إمكان كون المبيع عند الدلال، فيبيعه من المشتري ثم يشتريه من مالكة. وثانيا: كفاية التعاطي من طرف واحد. (ص ١٦١) الإيرواني: نمنع الدلالة في الرواية على كون المبيع عند مالكة الأول بما لا يتمكن من المعاطاة، فإن كونه عند مالكة الأول أعم من عدم التمكن من أخذه منه، وبيعه بالمعاطاة، بل ظاهر قوله في الرواية: (اشتر لي هذا الثوب) هو حضور الثوب عندهما، مع أنه: لا يعتبر في المعاطاة العطاء من الجانبين بل ولا من جانب واحد كالبيع المنشأ بالإشارة، أو بالألفاظ الفاقدة لشرائط الصيغة، فإنه في حكم المعاطاة. ثم لو سلمنا: عدم إمكان التعاطي في مورد الرواية، فذلك لا يسوغ الحصر المحلل والمحرم بالكلام عموما، وليس الحصر مختصا بالمورد، حتى يتعذر بهذا الاعتذار. نعم، يمكن الاعتذار عن الحصر بوجه آخر:

وكيف كان، فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور كما يشعر به قوله عليه السلام في رواية أخرى واردة في هذا الحكم أيضا، وهي رواية يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل قال لي: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابة، وبعنيها أربحك فيها كذا

وكذا؟ قال: لا بأس بذلك، اشترها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها) فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري. ويشعر به أيضا رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعا فيقول: أبيعك به دوازده، [أو ده يازده]؟ فقال: لا بأس،

إنما هذه (المراوضة) فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة)، فإن ظاهره على ما فهمه بعض الشراح أنه لا يكره ذلك في المقابلة التي قبل العقد وإنما يكره حين العقد. وفي صحيحة ابن سنان: (لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب، ثم توجهه على نفسك ثم تبيعه منه بعد) (١١٨).

وهو أنه لما كانت المعاملات غالبا بالكلام ولو كلاما فاقدا لشرائط الصيغة عبر عن المعاملة بالكلام. هذا مع: قطع النظر عما اخترناه في معنى الكلام، وأنه عبارة عن الالتزام لا الكلام اللفظي، وإلا فالأمر أوضح، وعدم ارتباط الرواية بالمقام أبين. (ص ٨٢) (١١٨) الطباطبائي: فيه ما لا يخفى، والإنصاف: عدم الأشعار في شيء من هذه الأخبار الثلاثة بما ادعاه. (ص ٧٦)

الإيرواني: لا إشعار في شيء من هذه الروايات بالمقصود. وإن أشعرت لأشعرت كل رواية فيها لفظ البيع وهو واضح البطلان، مع أن: الأشعار لا جدوى فيه. (ص ٨٢)

تنبيهات المعاطاة
وينبغي التنبيه على أمور:

(١٩١)

الأول: الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم - على القول بإفادتها الملك بيع 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: (أحل الله البيع).

وأما على القول بإفادتها للإباحة، فالظاهر: أنها بيع عرفي لم يؤثر شرعا إلا الإباحة (١)، فنفي البيع عنها في كلامهم ومعاهد إجماعاتهم هو البيع المفيد شرعا للزوم زيادة على الملك.

هذا على ما اخترناه سابقا: من أن مقصود المتعاطيين في المعاطاة التملك والبيع.

وأما على ما احتمله بعضهم - بل استظهره - من أن محل الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها بيعا عرفيا، ولا شرعا. وعلى هذا فلا بد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلة الدالة على صحة هذه الإباحة العوضية من خصوص أو عموم.

(١) الطباطبائي: قد عرفت: أن الصدق بناء على إفادة الإباحة، إنما هو مع قطع النظر عن حكم الشارع، وإلا فلا صدق مع ملاحظة أنه أمضاها إباحة، فلا ينفع الصدق العرفي بناء على الإباحة، فالأولى: أن يقال في بيان اعتبار الشرائط: أنها بيع بناء على الملكية فيشترط فيها شرائطه وبناء على الإباحة لما كان ذلك على خلاف القاعدة وجب الاقتصار على مورد وجود الشرائط كما بينه بعد ذلك. نعم، هذا بالنسبة إلى اعتبار الشرائط وأما بالنسبة إلى ترتب أحكام البيع فلا بد من تمامية ما ذكره من الصدق مطلقا وإلا فلا ترتب إلا بناء على القول بالملك، كما هو واضح. (ص ٧٦)

وحيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم (الناس مسلطون على أموالهم) (٢) كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطية، كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس. والحاصل: أن المرجع - على هذا - عند الشك في شروطها، هي أدلة هذه المعاملة، سواء اعتبرت في البيع أم لا.

(٢) الآخوند: قد عرفت: أنه لا دلالة على مشروعية معاملة أصلا، وأنها لا دلالة إلا على إثبات

السلطنة للمالك قبلا لحجره كما في بعض أفراده. بأحد أسبابه، وفي غيره إلا بسبب ولاية أو وكالة لإثبات أنحاء السلطنة، كي يجدي فيما إذا شك في شرعية أصل معاملة أو فيما اعتبر في صحتها ولو علم شرعيتها وعليه، فلو شك في أصل مشروعية الإباحة العوضية لا وجه للتمسك به على مشروعيتها، فضلا عما إذا شك في اعتبار شيء في سببها. (ص ١٥)

الطباطبائي: بناء على كونه مشرعا كما هو الأقوى، وأما بناء على ما اختاره المصنف من أنه دال على السلطنة بالأنحاء المشروعة فقط: فلا يصح الاستدلال به. (ص ٧٦) النائيني: لا موقع للتمسك بعموم (الناس مسلطون) أصلا. (ص ١٩٣) الإصفهاني: لا يخفى، أن الإباحة المالكية بما هي إباحة إنشائية من المالك وإمكان حصولها غير محتاج إلى دليل، ولا معنى لإناطتها شرعا لشيء، أنها لا أثر لها شرعا إلا بعد الحكم على طبقها شرعا بالإباحة، وهو معنى مشروعيتها المستفادة من دليل السلطنة. وهذه الإباحة الشرعية على وفق الإباحة المالكية غير الإباحة الشرعية الابتدائية المقابلة للإباحة المالكية، فإنها أجنبية عن دليل السلطنة، لأن نسبة تلف الإباحة إلى المأخوذ بالمعاطاة نسبة الحكم إلى موضوعه، لا نسبة المسبب إلى سببه وما يشابه ذلك كإباحة ما أباحه المالك. نعم، إن كان الدليل على مشروعية المعاطاة هي السيرة فعلى كلا الوجهين

وأما على المختار من أن الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يكتفي على القول بإفادتها للملك، والقول بعدم إفادتها بالإباحة؟ وجوه: يشهد للأول: كونها بيعاً عرفياً، فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه في البيع. (٣)

من الإباحة ينبغي الأخذ بالمتيقن، إلا أن تكون السيرة على أوسع من ذلك كما ادعاه كاشف الغطاء وإن عادة المسلمين جرت على ذلك. (ص ٣٧) * (ص ١٥٣، ج ١) (٣) الآخوند: ونخبة الكلام في المقام: أنه لا شبهة في اعتبار ما اعتبر في البيع باطلاق، أو عموم، على القول بإفادتها للملك، فإنه بيع بلا اشكال، إلا أن يقال: إن السيرة قد ألغت بعض ما يعتبر بالاطلاق أو العموم وأنى لها بذلك. نعم، لو كان الاشتراط، بدليل يختص بما إذا كان بالصيغة، لا يعتبر فيها، إذا كان الدليل على الصحة عموم، أو اطلاق، لا مثل السيرة وكذلك على القول بالإباحة، بناء على الأول إليه، وإفادتها التملك بعد التصرف، أو التلف، فإنه بيع أيضاً، وتوقف تأثيره على مثله غير ضائر، كما في الصرف، والسلف، وأما بناء على عدم الأول وكون التملك بعد التصرف به، لا بها، فاطلاق أدلة شروط البيع، وإن كان لا يساعد على اعتبارها فيها، لعدم كونها بيعاً شريعياً ولا يجدي كونها بيعاً عرفياً وبعد كشف الشارع عن حالها، وأنها ليست ببيع واقعا، إلا أن افلاتها لإباحة جميع التصرفات شريعياً قبل التصرف، وحصول التملك به بعده، لا كان على خلاف الأصل، وجب الاقتصار في خلافه، على القدر المتيقن وهو ما إذا كانت واجدة لجميع ما يعتبر في صحة البيع، فتدبر جيداً. (ص ١٦)

الإيرواني: إن شرائط تأثير البيع شريعياً كمعلومية العوضين وعدم كونهما ربويين ووجوب التقابض في الصرف والسلم وكذا الأحكام الطارئة على البيع ككون تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه وكالخيارات أحكام تلحق كل بيع مؤثر في النقل كالمعاطاة

ويؤيده: أن محل النزاع بين العامة والخاصة في المعاطاة هو: أن الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط، أم لا؟
كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثير من الخاصة والعامة فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان وإن فرض مشاركا له في الحكم.

ولذا ادعى في الحدائق: أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة: صحة المعاطاة المذكورة إذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المخصصة، وأنها تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض.
ومقابل المشهور في كلامه، قول العلامة في النهاية بفساد المعاطاة - كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.
ويشهد للثاني: أن البيع في النص والفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم، وثبت له الخيار في قولهم: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) ونحوه.

اللفظية كدليل (سلطنة الناس) ودليل (حل التصرف في مال الغير برضا صاحبه) وإطلاق تلك الأدلة يقتضي حصولها بلا إناطة بحصول شرط عدا رضا المتعاطيين بالتصرف وإباحتهما لذلك فتحصل أن الحق: اعتبار كل شرائط تأثير البيع في كل أقسام المعاطاة، إلا معاطاة قصد بها الإباحة بالنسبة إلى حصول الإباحة خاصة، لا بالنسبة إلى الأحكام التعبدية المترتبة على المعاطاة. فلا وجه لقول المصنف من اعتبارها بعد القطع بعدم تأثير المعاطاة في الملك. (ص ٨١)

أما على القول بالإباحة، فواضح، لأن المعاطاة ليست على هذا القول بيعا في نظر الشارع والمتشعبة إذ لا نقل فيه عند الشارع فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه في مقام، فنحمله على الجري على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل في نظرهم.

وقد تقدم سابقا - في تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعا بيان ذلك.

وأما على القول بالملك فلأن المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم (٤) في قولهم: (البيعان بالخيار) (٥) وقولهم: (إن الأصل في البيع اللزوم، والخيار إنما ثبت لدليل) و (أن البيع بقول مطلق من العقود اللازمة) وقولهم: (البيع هو العقد الدال على كذا) ونحو ذلك.

(٤) الطباطبائي: الإنصاف يقتضي منع الانصراف، ومما أشرنا إليه يظهر أن الأوجه الوجه الثالث، فيشترط فيها الشرائط ويلحقها الأحكام بناء على الملك لصدق كونها بيعا بخلاف القول بالإباحة فإنها بعد فرض أن الشارع حكم عليها بها لا بالملك لا كونه بيعا لا

شرعا ولا عرفا أما الأول: فواضح وأما الثاني: فلأن حكمهم بكونها بيعا إنما هو مع قطع النظر عن حكم الشارع وإلا فلا يصدق عليها ذلك، إذ ليس إلا تمليك عين بعوض وليس لنا بيع يكون أثره الإباحة والحاصل: أن العرف بعد اطلاعهم على حكم الشارع يقولون: إن الشارع لم يمض هذا البيع، لا أنه أمضاه وجعل فائدته الإباحة، فتدبر. (ص ٧٦)
(٥) الإصفهاني: إذا كان الجواز هنا بمعنى، حق فسخ السبب المعاملي. وأما إذا كان بمعنى

جواز التراد، فمشكل، لأن الجواز لا يكشف عن لزوم المعاملة طبعاً. كما أن اللزوم الحكمي لا يكشف عن جواز المعاملة طبعاً وتتمام الكلام في باب الخيارات. (ص ٣٧) * (ص ١٥٤، ج ١)

وبالجملة، فلا يبقى للمتأمل شك في أن إطلاق البيع في النص والفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقابل. (٦) 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 يفد عند الشارع إلا الإباحة، وبين ما ثبت بالاجماع على اعتباره في البيع بناء على انصراف (البيع) في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم (٧)، والاحتمال الأول لا يخلو عن قوة، لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد - وأما على القول بالإباحة فلأنها لم تثبت إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضاً (٨).

-
- (٦) الإيرواني: بل لا شك في إطلاق لفظ البيع وشموله لما حكم عليه الشارع باللزوم وما حكم عليه بالجواز، وأما عند العرف: فالكل لازم بلا انقسام إلى قسمين حتى يدعى الانصراف إلى القسم اللازم منه. (ص ٨٣)
- (٧) الطباطبائي: لا يتفاوت الحال في دعوى الانصراف من الفصل والاجماع، فالأولى: أن يقال: بناء على كون البيع لقدر المتيقن من مورد الاجماع، على اشتراط الشرط المفروض اشتراطه في البيع اللازم، فينبغي الاقتصار عليه. (ص ٧٦)
- (٨) الآخوند: لكنه قبل وجود أحد الملزمات وإلا يصير بيعاً شرعياً يؤثر التمليك، ونفي البيع عنها في كلام المشهور القائلين بالإباحة هو البيع بمجرد لا بعد وجود أحدها - على ما عرفت من الأول إلى البيع - ومن هنا، ظهر: أن قوله: (فنفي البيع) لا يصح أن يكون تفرعاً على القول بالإباحة، وإنما هو تفرع على القول بالملك وإن كان خلاف سوق

ثم إنه حكى عن الشهيد قدس سره في حواشيه على القواعد أنه بعدما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمان الهدي إلا بعد تلف العين، يعني العين الأخرى - ذكر: أنه يجوز أن يكون الثمن والمثمن في المعاطاة مجهولين، لأنها ليست عقداً، وكذا جهالة الأجل، وأنه لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن، انتهى. وحكى عنه في باب الصرف أيضاً: أنه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقيدين. أقول: حكمه قدس سره بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة وعدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح في عدم إفادتها للملك، إلا أن حكمه قدس سره بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع والصرف معللاً بأن المعاطاة ليست عقداً يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك. حيث إن المفيد للملك منحصر في العقد وأن يكون باعتبار عدم اللزوم، حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم. والأقوى: اعتبارها وإن قلنا بالإباحة، لأنها بيع عرفي وإن لم يفد شرعاً إلا الإباحة. (٩)

البي - كما عرفت - أو لوجود المانع وهو السيرة العملية على أوسع مما تقتضيه النصوص.

ومنه تبين: حال المسألة على القول بإفادتها للإباحة لفرض دلالة دليل الشرط على اعتباره في البيع، وما لا يفيد الملك ليس ببيع شرعاً. وقد مر: إن موضوع دليل الشرط هو البيع الشرعي دون العرفي وأما مقصود دليل تأثير المعاطاة في الإباحة عن شموله لفاقد غير الصيغة أيضاً فهو خلاف المشاهد من سيرة المسلمين من عدم رعايتهم لما يعتبر في العقد القولي كما عن كاشف الغطاء وغيره. (ص ٣٧) * (ص ١٥٥، ج ١)
(٩) الطباطبائي: قد عرفت ما فيه، فالأولى: التمسك بصدق البيع بناء على الملك والاقتصار على القدر المتيقن بناء على الإباحة - حسبما ذكره بقوله -: (ولما عرفت من أن الأصل). (ص ٧٧)

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 المعاوضة 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، وبقي الباقي.

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها أيضاً وإن خصصنا الحكم بالبيع (١٠)، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك. لأنها معاوضة عرفية وإن لم تفد الملك، بل معاوضة شرعية، كما اعترف بها الشهيد قدس سره في موضع من الحواشي، حيث قال: إن المعاوضة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة، إنتهى. (١١)

(١٠) الإيرواني: إن خصصنا الحكم بالبيع أو عممناه لا يجري في معاوضة لم تؤثر في الملك،

إن قصد بها الملك وصدق عليها البيع، لأن ظاهر أدلة حرمة الربا حرمتها في معاملة مفيدة للنقل، لا في كل معاملة وإن لم تفد النقل. (ص ٨٣)

النائيني (منية الطالب): بل في الغرامات، وكذلك يجري فيها الانفساخ بالتلف قبل القبض، لما سيحى من أن هذه القاعدة وإن استفيدت من النص - وهو يختص بتلف المبيع، إلا أن الأقوى: أنها ليست تعبدية صرفة، بل منطبقة على القاعدة، ومنشؤها: التزام المتعاملين بالتسليم ضمناً، فإذا امتنع التسليم تنفسخ المعاملة بل الانفساخ هنا أولى، لأن المعاوضة المفيدة لإباحة العوض المسمى قوامها بوجود المباح، فلو تلف لا يبقى مورد للإباحة، وتعلق الإباحة بالمثل أو القيمة لا وجه له. (ص ١٦٤)

(١١) الطباطبائي: بناء على اختصاص الربا بالبيع ينبغي التخصيص بالقول بالملك، لما عرفت من عدم صدق البيع عليها بناء على إفادتها للإباحة. نعم، بناء على حرمة الربا في مطلق المعاوضات - كما هو المشهور - الأقوى، لعموم الأدلة من الآية، من حيث إن المراد

ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطين الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضا جريان الربا، لكونها معاوضة عرفا، فتأمل.

وأما حكم جريان الخيار فيها قبل الزوم، فيمكن نفيه على المشهور، لأنها إباحة عندهم، فلا معنى للخيار (١٢).

منها الزيادة لا البيع الربوي والروايات الدالة على المنع من استبدال وسقين من تمر بوسق ونحو ذلك، كقوله عليه السلام: (لا يجوز إلا مثلا بمثل) أمكن الحكم بجريان الربا ولو على القول

بالإباحة، لصدق المعاوضة عرفا بل شرعا أيضا، بل يمكن الحكم بالحرمة في المعاوضة التي قصد بها الإباحة، حسبما ذكره المصنف، إلا أن يقال: إنه بناء على تعميم الربا لمطلق المعاوضات أيضا إنما تجري في المعاوضات الملكية - أي المقصودة بها الملك لا الإباحة - فيشكل جريانها فيها إذا كان قصدهما الإباحة، خصوصا إذا كانت الإباحة في مقابلة الإباحة لا المباح في مقابلة المباح، فتدبر. (ص ٧٧)

(١٢) الآخوند: إذا لم نقل بالأول إلى البيع بعد التلف، لعدم كونها بيعا، فحالها حال بيع الصرف والسلم قبل القبض، ومجرد الجواز بمعنى التراد، أو الرد قبل التصرف أو التلف، لا يمنع عن تعلق حق الخيار مع أن جواز الفسخ بخيار لا يمنع عن تعلق خيار آخر. (ص ١٦)

الطباطبائي: الأولى أن يقول: لأنها ليست بيعا على هذا القول، وإلا فبناء على الملك أيضا جائزة، فينبغي عدم جريان الخيار عليه أيضا. ثم، إن التحقيق: إن الجواز وإن كان أصليا لا ينافي الخيار، واللغوية ممنوعة، كما أن انصراف الأدلة أيضا ممنوع. ومن ذلك يظهر: ضعف التفصيل المذكور - وسيأتي بعض الكلام في مباحث الخيارات. (ص ٧٧)

النائني (منية الطالب): نعم، بناء على ما وجهنا به الإباحة على القول المشهور يمكن جريان الخيارات مطلقا على القول بالإباحة وذلك، لأن حكم المعاوضة قبل الملزمات حكم بيع الصرف والسلم قبل القبض، ومجرد جواز الرد لا يمنع عن جريان الخيار حتى مثل خيار المجلس والحيوان، لأنها بناء على هذا بيع يفيد الإباحة شرعا قبل

وإن قلنا بإفادة الملك (١٣)، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا. بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم (١٤) كما سيأتي عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة، إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم، وعلى هذا فيصح إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا تجري كاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار، وبين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الرد دون الأرش فتجري لعموم أدلتها. وأما حكم الخيار بعد اللزوم، فسيأتي بعد ذكر الملزمات. (١٥)

الملزمات، فإذا كانت بيعا فيدخل فيها الخيار ولو كان مبناها على الجواز قبل الملزمات، فإن جوازها من وجه لا ينافي جوازها من وجه آخر. (ص ١٦٥)

(١٣) الإيرواني: القول بالملك الجائز والقول بالإباحة سيان في عدم معقولية الخيار، فلا وجه للتفكيك بينهما وقد عرفت: أن معنى اجتماع الخيارات هو اجتماع أسبابها مع كون الخيار واحدا. فإن أريد: إثبات مثل ذلك في المقام فلا مشاحة فيه، بأن يقال: إن المعاطاة في ذاتها جائزة وفيها سبب الجواز العرضي، بحيث لو كانت في ذاتها لازمة أو انقلبت فعلا إلى اللزوم لأثر ذلك السبب في جوازها. (ص ٨٣)

(١٤) الإيرواني: إن كانت بيعا، فهي بيع قبل اللزوم، فإن اللزوم لا تأثير له في صيرورتها بيعا.

نعم، له تأثير في معقولية الخيار، لكن مجرد المعقولية بعد اللزوم لا يصحح تشريع الخيار قبله وفي حال الجواز. و (كون الخيار ثابتا فعلا وأثره يظهر بعد اللزوم) لم نتحصل معناه وأما إسقاطه والمصالحة عنه: فهما إنما يكونان بعد فرض ثبوت الخيار ومعقوليته فكيف! يصحح بهما المعقولية. (ص ٨٣)

(١٥) الإيرواني: خيار الغبن والعيب أولى بعدم الجريان، لأنها ثابتان بدليل نفي الضرر وهو غير جار فيما كان البيع في ذاته جائزا، فإن الضرر من قبل وجوب الوفاء بالمعاملة، ولا

الأمر الثاني

إن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين، فالملك أو الإباحة في كل منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة ولا الإباحة رأسا، لأن كلا منهما ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحته (١٦).

وجوب له في المعاملة الجائزة. (ص ٨٣)

الآخوند: إن ثبوت الخيار فيها مطلقا، بناء على إفادتها الملك أظهر، لا لصيرورتها بيعا بعد اللزوم - كما علل به - بل لكونها فعلا بيعا عرفا وشرعا والخيار موجود من زمن المعاوضة. وأثره يظهر من حين ثبوته، لصحة إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم، فلا وجه لما أفاده من (ظهور أثره بعده) كما لا وجه لما ذكره من (احتمال التفصيل)، إذ دعوى اختصاص أدلة الخيار في البيع بما وضع على اللزوم مجازفة كما لا يخفى على من لاحظها. (ص ١٧)

النائبي (منية الطالب): أما قبل اللزوم فالأقوى: عدم جريان الخيارات مطلقا سواء قلنا بالملك أو الإباحة، لأن الخيار هو ملك التزام نفسه، مع كونه مالكا، لا التزام طرفه وبعبارة أخرى: أثر إقالة الطرفين، يملكه ذو الخيار، فهو مالك لكلا الالتزامين، ومالكية الالتزام، إنما تجري في العقد دون الفعل الذي لا ينشأ به، إلا تبديل طرف الإضافة، دون البقاء على هذا التبديل والالتزام به. وبالجملة: بعد ما عرفت: إن الجواز في المعاوضة من باب عدم تحقق الملزم فلا يجري فيها الخيار، لأنه مقابل للالتزام العقدي. فلو لم يكن التزام فلا خيار. وأما حكم الخيار بعد الملزمات: فسيأتي - إن شاء الله - بعد ذكرها. (ص ١٦٥)

(١٦) الآخوند: قد عرفت في بعض الحواشي السابقة: إن لفظ المعاوضة ليس مما ورد في آية

إلا أن الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين - تبعاً للشهيد في الدروس - جعله من المعاطاة، ولا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطاة.

لكن هذا لا يقدر في جريان حكمها عليه، بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلي، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملكها له بعوض، أو مبيحا له به، وأخذ الآخر له تملكاً له بالعوض، أو إباحة له بإزائه.

فلو كان المعطي هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراءً، وأخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب والقبول الفعلين بفعل واحد في زمان واحد. ثم، صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعاً مملوكاً واضحة، إذ يدل عليها ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين. وأما على القول بالإباحة، فيشكل بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة. اللهم إلا أن يدعى قيام السيرة عليها، كقيامها على المعاطاة الحقيقية.

رقبته بإعطائه ماله إلى المشتري. وأما من المشتري فلأنه ما صدر منه إلا الأخذ عن البائع، وهذا الفعل ليس فك ماله عن طرف خيطه وليس في البين قول ينشأ به تبديل طرف خيط المشتري. فما في طرف خيط المشتري بعد الإعطاء من طرف البائع باق بحاله ولم يتبدل عما هو عليه لا بالقول ولا بالفعل لا من البائع ولا من المشتري. فحينئذ فهذا الإعطاء في عالم الاعتبار لا يخلو، إما أن يكون فك ما في طرف الخيط الممدود على رقبة البائع وشده على طرف الخيط الممدود على رقبة المشتري، مع بقاء الخيط الممدود على طرف البائع أعني: الإضافة التي كانت بينه وبين المال على حاله أو يكون تسليطاً للأخذ على المال بإيجاد السلطنة والإضافة له عليه الملازم مع انتفاء العلقة التي بين المالك الأول وبين المال. (ص ١٩٧)

وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلث من غير صدق إعطاء أصلا، فضلا عن التعاطي، كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء، ووضع الفلج في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، وكذا غير الماء من المحقرات كالخضروات ونحوها، ومن هذا القبيل الدخول في الحمام ووضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته (١٧).

(١٧) الطباطبائي: الظاهر: أن هذا ليس داخلا في عنوان المعاطاة ولا البيع بل من باب الإذن

والرضا فتدبره. (ص ٧٧)

الإيرواني: أولا: اعتبار العطاء من جانب واحد أيضا (كاعتباره من الطرفين) فهو أيضا باطل، فإن دليل صحة المعاطاة إن كانت هي الأدلة اللفظية المتقدمة فاطلاقها كما ينفي اعتبار اللفظ في الإنشاء كذلك ينفي اعتبار الفعل فكل ما حصل به إنشاء المعاملة صح بمقتضى تلك الأدلة وإن كانت هي السيرة والاجماع. فكل أحد يعلم: أن السيرة لا تدور مدار الإنشاء بأسباب خاصة، بل كل ما حصل به إنشاء معاملة من قول أو فعل أو إشارة كفى في ترتيب أثر المعاملة عند العقلاء وأهل العرف، بل الإنشاء اللفظي الفاقد لشرائط الصيغة أولى بتسليم ما قلناه فيه، فإن ذلك أقرب إلى المعاملة بالصيغة من حيث اشتماله على الإنشاء باللفظ وإن فقد خصوصيات ما يعتبر في اللفظ.

ثانيا: التعاطي من الجانبين في الأمثلة التي ذكرها موجود وإنما تتحقق المعاملة بلا إعطاء من شيء من الجانبين، فيما إذا كان المالان عند كل منهما بسبق أمانة أو عقيب أو إطارة ربح، فقصد المعاوضة بلا فعل من كل منهما. والظاهر: أن القصد الساذج لا أثر له، فإن إنشاء المعاملة بما ينبأ عن قصرهما من إشارة أو نحوها صح، وإلا فلا ويحتمل: الاكتفاء بالقصد إذا علم كل منهما قصد صاحبه، فإن مناط انعقاد المعاملة هو القصد إليها، والإنشاء معبر على وجه الكاشفية، دون الطريقية. (ص ٨٣)

فالمعيار في المعاطاة: وصول العوضين، أو أحدهما مع الرضا بالتصرف،
ويظهر ذلك من المحقق الأردبيلي قدس سره أيضا في مسألة المعاطاة وسيأتي توضيح
ذلك في مقامه إن شاء الله.

النائبي (منية الطالب): إنه يقوي الإشكال فيما لم يكن الإعطاء والأخذ من طرف
واحد أيضا، بل كان مجرد إيصال الثمن وأخذ المثل، كوضع الدراهم في دكان صاحب
المخضر وأخذ المخضر بدلا عنها مع غيبة صاحبه ولا يمكن تصحيحه بكونه وكيلا من
الطرفين في تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، لوضوح عدم توكيل المالك شخصا معينا.
نعم، لو قلنا: إن البيع هو اسم المصدر لا المصدر صح عده بيعا، لأن نتيجة الاعطاء من
الطرفين وصول العوضين إلى المالكين، إلا أن هذا فرض لا واقع له، لأن البيع يتحقق
بإنشائه بالفعل أو القول، ومجرد وصول كل عوض إلى مالك الآخر ليس بيعا ولو قصد
من الإيصال تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، لأن القصد المجرد أو القصد مع إيجاد غير
مصدق ما هو المقصود لا أثر له، فالالتزام بكونه إباحة بالعوض وأن الدليل عليه هو
السيرة في خصوص المحقرات لا بأس به، لعدم دليل على انحصار باب المعاوضات
بالعناوين الخاصة. (ص ١٦٧)

النائبي (المكاسب والبيع): (كون هذا الوجه - يعني: مجرد إيصال الثمن وأخذ
المثل - من المعاطاة البيعية مبني على كون البيع هو: التبديل بمعنى الاسم المصدر)
وإن لم يكن بكل البعد، لكن الاستفادة من الاطلاقات والعمومات مثل: (أحل البيع)
ونحوه هو: كونه بالمعنى المصدر، مضافا إلى: تسالم الفقهاء في وجوب إجبار الممتنع
على البيع عليه فيما يجب عليه، ثم تولي الحاكم لو تعذر الاجبار، إذ هو أيضا كاشف عن
كونه تبديل بالمعنى المصدر فلو كان تبديلا بمعنى الاسم المصدر لم يكن في
إجباره وجه، بل كان اللازم تولي الحاكم له بعد امتناعه فعلى هذا الحكم في هذه
المعاملات أيضا هو الصحة لكن في خصوص ما قامت السيرة عليها، لا مطلقا، لأجل
مخالفتها مع البيع الظاهر في كونه تبديلا بالمعنى المصدر. (ص ٢٠٠)

ثم، أنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة،
أمكن خلو المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً، فيتقاولان على مبادلة شئ
بشئ من غير إيصال (١٨)، ولا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على
الملك، وأما على القول بالإباحة، فالإشكال المتقدم هنا أكد (١٩).

(١٨) الطباطبائي: لا يخفى، أن مجرد المقابلة لا يكفي في صدق البيع، بل لا بد من إنشاء
المعاملة إما بالقول وإما بالفعل والمفروض عدم الثاني وعدم إرادة الإنشاء من الأول،
فلا يتم ما ذكره. (ص ٧٧)

النائبي (منية الطالب): إن هذا، أقوى إشكالا (من القسم السابق) يعني: ما إذا لم
يكن وصول أيضاً، كما إذا تقاولا على مبادلة شئ بشئ وتلفظا بالألفاظ الغير المعبرة
في العقد، بأن تكون المعاملة بنفس هذه المقابلة لا بالإعطاء الواقع بعدها، بل كان وفاء
بالمعاملة. ووجه الإشكال: أن المقابلة ليست إلا التباني بحيث يخرج عن البناء القلبي
والاخبار والوعد. فالصواب: أن يقال إنها مصالحة، لعدم اعتبار لفظ خاص في الصلح،
وكون حقيقته هو التسالم على أمر ويدل عليه الخبر الوارد في قول أحد الشريكين
لصاحبه (لك ما عندك ولي ما عندي)، فإنه محمول على الصلح، لأن المنشأ في الصلح
هو التباني على أمر والتسالم عليه، فتأمل. (ص ١٦٧)

(١٩) الإصفهاني: وهنا فرض آخر خال عن الفعل وهو ما إذا كان مال كل منهما بيد
الآخر،

فإنه يقال: (بلزوم الرد، والتقابض الجديد)، فإن كان لعدم حصول عنوان التعاطي إلا به
فقد مر: أنه لا موجب له، وإن كان لعدم فعل يتسبب به إلى الملكية فيمكن دفعه ب: أن
إبقائه تحت يد الآخر وإمساكه تحت يده فعلان اختياريان، يمكن التسبب بهما إلى
التملك والتملك، فتدبر. (ص ٣٨) * (ص ١٥٩، ج ١)

الأمر الثالث

تميز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمنا - كالدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة - واضح. (٢٠)

(٢٠) الآخوند: لا يخفى: أنه ليس هذا من تنبيهات المعاطاة، لعدم اختصاصه بها، وأن المنشئ للتمليك بالعوض بايع ومنشئ التملك به مشتري، من غير فرق فيما قصدا به، بين اللفظ والفعل. فلو لم يقصد كل واحد منهما إلا ما قصد الآخر فهما بايعان أو مشتريان كذلك أي من غير فرق فيما هو المميز لكل منهما عن الآخر مفهوما بينهما. (ص ١٧) الإيرواني: والظاهر: أن المائز أمر وجودي في كل المقامات، لا أنه مائزة في كل مقام شئ غير مائزة في الآخر كما حار به كلام المصنف فحول القول من باب إلى باب من غير جدوى والذي تتضح لي من تصفح الموارد وتتبع الجزئيات: إن البائع يقال لكل من بذل خصوصيات ماله وأغمض النظر عنها ولكن أمسك على ماليته بأخذ البديل فهو في أخذه للبديل، لا نظر إلى حفظ تموله ولكن لا ينقص ماله بدفع العين - كما في صورة الدفع المجاني - فمالية البديل وقيامه مقام الأصل في حفظ تموله مطلوب له، بلا نظر إلى خصوصيات البديل. وإنما لا يختار في الأغلب غير النقود، لا لنظر له إلى خصوصيته النقود، بل لأن النقود أسهل في الحمل والنقل واشتراء الأجناس بها بخلاف غير النقود، فإنها تحتاج إلى التحويل إلى النقود ثم صرفها في المصارف. وأما المشتري: فهو بعكس ذلك يقال لكل من رغب في خصوصيات الأعيان التي يتلقاها من المأكولات والمشروبات والملبوسات، بل والنقود. فمقصوده أولا وبالذات الأعيان، لتحصيل مقاصده بها، وحيث لا تعطى مجانا وبلا بدل التجأ إلى إقامة بدلها مقامها ليسد به مالية العين، فالمأخوذ مقصود له بالأصالة والدفع مقصود له بالتبع، حيث لا يعطى مجانا. نعم، قد تكون خصوصيات العين مطلوبة مرغوبة لكل من الجانبين - كما في تبديل كتاب بكتاب أو عباء بعباء - والظاهر: أن المعاملة في مثل هذا خارجة عن حقيقة البيع ليس فيها

فإن صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف (٢١)
وأما مع كون

العوضين من غيرها (٢٢)، فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضية (٢٣)
فإذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصدا إن هذا المقدار من الحنطة يسوي
درهما هو ثمن اللحم، فيصدق عرفا أنه اشترى اللحم بالحنطة، وإذا انعكس
انعكس الصدق، فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدينار هو الثمن،
وصاحبه هو المشتري (٢٤). ولو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلا عن الآخر من
دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضية، أو لوحظ القيمة في كليهما، بأن
لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، وذلك المقدار من الحنطة بدرهم، فتعاطيا
من غير سبق مقابلة تدل على كون أحدهما بالخصوص بائعا:

بايع ولا مشتري وهي مع ذلك صحيحة، بحكم العمومات المصححة للبيع ولكل
معاملة، لعموم: (أوفوا بالعقود) و (تجارة عن تراض). (ص ٨٣)
(٢١) الطباطبائي: لا يكفي، مجرد التعارف وعدم التصريح بالخلاف، بل لا بد من القصد،
كما لا يخفى. (ص ٧٧)
(٢٢) الطباطبائي: وكذا، لو كانا فيها كالمعاطاة في بيع الصرف. (ص ٧٧)
(٢٣) الإيرواني: ليت شعري، ما المراد من القيام مقام الثمن، فإن كان بمعنى التقويم به
وملاحظة مقدار تموله من النقود - كما يشهد ذيل كلامه - فكلا المتبايعين لا يخلوان عن
ملاحظة هذا المعنى وإن كان بمعنى وقوع المعاملة ولو تقديرا على جنس النقود. ثم
تحويله في المعاملة المصرح بها إلى المتاع فهو واضح البطلان، فإنه لا معاملة تقديرية
كذلك في شيء من الموارد.
(٢٤) الإيرواني: مقتضى هذا الضابط: كون كل من المتبايعين في بيع الصرف
مشتريا. (ص ٨٤)

ففي كونه بيعا وشراء بالنسبة إلى كل منهما، بناء على أن البيع لغة - كما عرفت - مبادلة مال بمال، والاشتراء: ترك شيء والأخذ بغيره كما عن بعض أهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم أنه باعه بحنطة وأنه اشترى الحنطة (٢٥)، فيحنت لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة. نعم، لا يترتب عليهما أحكام البائع ولا المشتري لانصرافهما في أدلة تلك الأحكام إلى من اختص بصفة البيع أو الشراء (٢٦)، فلا يعم من كان في معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين. أو كونه بيعا بالنسبة إلى من يعطي أولا، لصدق الموجب عليه وشراء بالنسبة إلى الآخذ، لكونه قابلا عرفا. (٢٧)

(٢٥) الطباطبائي: لا يخفى، أنه مع هذا البناء يصدق البائع والمشتري على كل من الطرفين في جميع المقامات ولا اختصاص له بهذه الصورة وهذا معنى آخر للفظ البيع والشراء، والكلام في صدق المعنى المعروف وعدمه. ومن المعلوم: عدم إمكان اجتماع الوصفين عليه - أي على المعنى المعروف في مورد واحد - وذلك، لأنه إن كان مملكا ماله بعوض فلا يمكن أن يكون مملكا أيضا وبالعكس كما هو واضح. (ص ٧٧)

الإيرواني: مقتضى هذا البيان: إن كلا من المتبايعين في كل بيع بايع ومشتري وهو باطل والظاهر: إن عنواني البائع والمشتري من العناوين المتقابلة التي لا يجتمع اثنان منها في واحد في معاملة واحدة. (ص ٨٤)

(٢٦) النائيني (منية الطالب): الأقوى: عدم صحة هذا الوجه، لأن في المعاملة الواحدة لا يمكن أن يكون كل واحد منهما بائعا ومشتريا، لما عرفت من أن البيع تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، والبائع ينشئ التبديل والمشتري يقبل ذلك. (ص ١٦٨)

(٢٧) النائيني (منية الطالب): إذا فرضنا أن الفعلين وقعا دفعة واحدة، وأن المالين كلا

أو كونها معاطاة مصالحة (٢٨)، لأنها بمعنى التسالم على شيء، ولذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: (لك ما عندك ولي ما عندي) على الصلح.

منهما من الأثمان أو من العروض ولم يكن سبق مقابلة منهما في تمييز البائع عن المشتري، فلا بد أن يكون هناك معاملة واحدة قائمة بصرف الوجود من تبديل أحدهما وقبول الآخر، وصرف الوجود يتحقق بأحدهما، من دون مميز بينهما، لا ظاهرا - كما هو ظاهر - ولا واقعا، لعدم خصوصية في أحدهما دون الآخر. وبالجمل: التبديل بين المالين لا يتصور فيه أن يكون كل واحد بائعا ومشتريا من جهة، إذ بعد حصول الإيجاب من أحدهما لا على التعيين والقبول من الآخر كذلك لا يبقى محل للإيجاب والقبول مرة أخرى، فإنه تحصيل للحاصل، والمفروض: أنه لم يقع هناك إقالة منهما حتى يحصل البيع ثانيا. (ص ١٦٨)

(٢٨) النائيني (المكاسب والبيع): لا ينبغي احتمال كونها صلحا وذلك لبعده وقوع المعاطاة في الصلح وعدم تصوير وقوعه بالفعل. وتوضيحه: أن حقيقة الصلح - كما عرفت مرارا - هي التسالم والتباني وليس في الأفعال ما يكون مصداقا للتباني، لأنه أمر قصدي والفعل الخارجي يمكن أن يكون مصداقا للعناوين الأولية، مثل القيام والعود، وكذا لما ينتزع منها من مسبباتها مثل التعظيم والإهانة، وأما مصداقيته لما يتحقق بالقصد فغير معقول والتباني لمكان كونه قصديا لا يعقل أن يصدق على الفعل، فليس في الأفعال ما يصلح أن يكون مصداقا للصلح على كلام في ذلك يأتي في التنبيه الخامس - إن شاء الله - فهذا التعاطي الدفعي غير قابل لأن يكون مصداقا للصلح. (ص ٢٠١)

النائيني (منية الطالب): وأما كونه صلحا فهو موقوف على أن يكون قصدهما من الاعطاء والأخذ هو التسالم، لا البيع وعلى هذا، لا وجه لكونه معاملة مستقلة، لأن مع قصدهما التبديل لا يكون إلا بيعا. (ص ١٦٩)

أو كونها معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه. لا يخلو ثانيها عن قوة، لصدق تعريف (البائع) لغة وعرفا على الدافع أولا، دون الآخر، وصدق (المشتري) على الآخذ أولا، دون الآخر، فتدبر. (٢٩)

(٢٩) الطباطبائي: الأقوى: هو الوجه الأخير، كما لا يخفى. نعم، لو تنازعا في قصدهما أمكن تقديم قول من يدعي كونه بايعا، إذا كان دافعا أولا. ومن يدعي كونه مشتريا، إذا كان

دافعا ثانيا. ولو تنازعا في المتقدم والمتأخر، فالحكم التخالف، فتدبر. (ص ٧٧) النائيني (منية الطالب): الحق: كون أحدهما لا على التعيين بائعا والآخر مشتريا، من دون امتياز بينهما واقعا، فلا يترتب على كل منهما الآثار الخاصة الثابتة للمشتري والبايع. (ص ١٦٩)

الإصفهاني: ينبغي التكلم في مقامي الثبوت والاثبات، أما مقام الثبوت، فملخص القول فيه: إن حقيقة العقد بيعا كان أو غيره يتقوم بتسبيب من أحد الطرفين ومطاوعته من الآخر لا من تسبيين، فالتسبيب من كل منهما إلى الملكية إيجابان بعنوان الهبة، إن تعقبهما قبول، وإلا لم يكونا هبة ولا بيعا ومنه تعرف ما في المتن من (كون كل منهما بايعا ومشتريا باعتبارين)، فإنها غير معقول في مقام الثبوت فلا يعقل في مقام الاثبات، حيث لا يعقل أن يكون تسبيان إلى الملك على وجه البيع حتى يكون كل منهما بايعا، كما لا يعقل أن يكون كل منهما مطاوعا حقيقة حتى يكون كل منهما مشتريا. وأما صدق الأخذ والترك فهو لازم الاثبات لا عين حقيقته، ولا عين مفهومه، لأن عنوانه يطابق حقيقته، حيث إنه افتعال من الشراء الذي هو البيع فيكون مفهومه مطاوعة البيع وأما كونه صلحا، يندفع: بأن الصلح مسألة عقدية وبها يمتاز عن سائر العقود التي لا شبهة في أنها من مصاديق المسألة فكون كل من المتعاقدين مسالما خارجا مع الآخر مشترك بين كل العقود. وأما إنشاء المسالمة على الملكية، فهو مما يتقوم به الصلح والمعلوم من حال الفقهاء وسيرتهم تحقق الصلح بإيجاب وقبول كغيره من العقود وليس حقيقته مع كونه

الأمر الرابع
أن أصل المعاوضة وهي إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد
المتعاطيين على وجوه (٣٠):

عقدا أوسع من ذلك. وتحقق القبول بمفهوم الصلح كتحقق القبول في البيع بقوله:
(ملكت) مخففا قاصدا به مطاوعة التمليك، بل قد عرفت - في ما تقدم - تحقق الايجاب
أحيانا بعنوان القبول وتحقق القبول بعنوان الايجاب - كما في باب السلف من صحة قول
المشتري: (أسلفتك عشرة دراهم في من من الحنطة) وأما حمل الرواية على الصلح، فلا
موجب له بل موردها أشبه بالهبة المعوضة وقوله عليه السلام - بعد ذلك: (لا بأس بذلك
إذا

تراضيا وطابت به أنفسهما) لا تدل على إرادة التسالم العقدي، بل على التراضي المبني
عليه كل معاملة. وأما مقام الإثبات، فمختصر القول في مقام الاشتباه، بعد فرض كون
أحد الطرفين موجبا والآخر مطاوعا، ففي غير النقدين بأحدهما فمالك النقد هو
المشتري. ومالك غيره هو البايع تقدم أو تأخر. وفي النقدين بهما وفي غيرهما بغيرهما.
فالمناط: هو الدفع أولا، فإنه المتسبب ظاهرا غالبا والدافع ثانيا، مطاوع، فما في المتن
يجدي في هذا المقام، وأما كونه معاملة مستقلة، فلا يجدي بعد استظهار قصر العقود
على المتعارف فلا دليل على نفوذها بعد عدم تعارفهما. (ص ٣٨) * (ص ١٥٩، ج ١)
(٣٠) الطباطبائي: لا يخفى أن الوجوه والأقسام أزيد مما ذكره وإجمال الأقسام المتصورة:
أنه إما أن يكون المقابلة بين المالين على وجه الملكية، وإما أن تكون المقابلة بين المالين
على وجه الملكية، وإما أن تكون المقابلة بينهما على وجه الإباحة، فيكون من الإباحة
المعوضية بمعنى جعل المباح في مقابل المباح، وإما أن تكون المقابلة بين الفعلين على
وجه التمليك بأن يكون تمليك ما بإزاء تمليك، وإما أن يكون بينهما على وجه الإباحة في
مقابلة الإباحة، وإما أن يكون أحد المتقابلين مالا والآخر فعلا كان يملكه العين بعوض
تمليكه بأن يكون التمليك في مقابل العين، أو بعوض إباحة العين الأخرى، أو يبيح العين

أحدها: أن يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تمليك، بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها، فدفع العين الثاني خارج عن حقيقة المعاطاة،

تمليكين يكون العطاء الثاني أحد أركان المعاملة ومكانته مكانة القبول، فلو لم يحصل لم تكن المعاملة منعقدة) باطل، فإن جعل العوض فعلاً لا يغير حال المعاملة حتى يكون الفعل جزءاً متمماً لإنشاء المعاملة، بل يكون حال الفعل في هذه الصورة حال المال في الصورة السابقة، في أنه بالعطاء والأخذ تتم المعاملة فيستحق الآخر الفعل ويكون الفعل أداءً لما اشتغلت الذمة بالأخذ، كما في البيع المنشأ باللفظ إذا جعل الثمن عملاً وكما في الاستتجار على العمل. ومن هنا، يظهر الحال في الإباحة بإزاء الإباحة، فإنه بالأخذ لما أعطاه المعطي بعنوان الإباحة تتحقق المعاملة ويحصل الالتزام بأن يبيح فإذا أباح فقد وفى بما التزم وإلا فلا، لا أنه تتم المعاملة. نعم، إذا كان التمليك بإزاء التمليك والإباحة بإزاء الإباحة، بمعنى تعليق كل من التمليك والإباحة على تمليك الآخر، أو إباحته بلا تمليك، وإباحة فعلية تنجزية، كان التمليك من الآخر، أو الإباحة منه إنشائاً للمعاملة بل ابتداء إنشاء محتاج إلى تجديد الإنشاء من الأول، إذ لم يكن من الأول سوى وعد بأن يملك، أو يبيح عند تمليك هذا، أو إباحته، لا إنشاء تمليك أو إباحة. وإلا لم يقبل التعليق. (ص ٨٤) (٣١) الآخوند: لا يخفى، أنه لا يتعين هذا على هذا الوجه، لا مكان أن لا يقصد بأخذه التمليك، بل بدفعه، وإنما أخذ مقدمة لقبوله بدفع العوض، فلو مات قبل الدفع، مات قبل تمام المعاطاة. فلا تغفل (ص ١٨)

الطباطبائي: قد أشرنا إلى أنه يمكن أن يكون إنشاء القبول بدفع العوض أيضاً، بأن يكون أخذ المعوض من باب الاستيفاء لا بعنوان القبول وكان على المصنف أن يذكر هذا

فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة.
وبهذا الوجه صححنا سابقا 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) و (المساقاة) و (المزارعة) و (المؤاجرة) وغيرها.
وبهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن والقرض والهبة، وربما يستعمل
في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن عطاء وفي صحته تأمل.

الوجه أيضا، لأنه مضافا إلى إمكانه هو الغالب الوقوع فلا وجه لإهماله. مع: أنه أشار إليه
في أول الأمر الثاني. ولعله أهمله لوضوحه. (ص ٧٧)
(٣٢) النائيني (المكاسب والبيع): هذا وإن لم يكن فيه محذور، لكنه بعيد ويترتب عليه
تمامية المعاملة بعد تحقق العطاء والآخذ من جانب قبل تحققها من الجانب الآخر، ولو
لم يبق المتعاطيان أو أحدهما على ما هما عليه من الشرائط، كما إذا مات أحدهما أو
كلاهما أو طرء الجنون والاعماء ونحو ذلك فيجب على الآخر أو على ورثته أو وليه
الاعطاء، وفاء بالمعاملة وهذا بخلاف ما لو كان جزء محققا للمعاملة، حيث يكون طرو
إحدى المذكورات حينئذ قبل إعطاء الآخر من باب طروها بين الايجاب والقبول ويكون
موجبا للبطلان. والانصاف: أن المسألة ملتبسة، من جهة عدم تعرض الأصحاب والقطع
بتحقق المعاملة بالاعطاء والآخذ فيما إذا كان من جانب كالمعاملات السوقية المبنية على
النسيئة وبعد التفكيك بين هذه الصورة وبين ما إذا كان التعاطي من جانبين بالالتزام بدخل
الاعطاء في تحقق القبول في الثاني وتحققه بالآخذ في الأول. (ص ٢٠٥)
النائيني (منية الطالب): لا يخفى، أنه بناء على ما أفاده من: (أن الايجاب والقبول
يتحقق بدفع العين أولا من البائع وقبضها من المشتري وخروج ما يدفعه المشتري ثانيا

ثانيها: أن يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه، فيكون تملكاً بإزاء تملك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين (٣٣) والمعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين، فلو مات الثاني قبل الدفع لم تتحقق المعاوضة (٣٤).

الهبه بعد عدم كونه يبيعا ولا معاملة مستقلة وأما كونها معوضة، فلما عرفت من قيام القرينة على عدم المجانية. فظهر: أن في مورد قصد التملك وإفادة المعاوضة الملكية لا يتصور إلا ثلاثة أقسام كل قسم في مقام خاص، لا كما يظهر من كلامه من جريان جميع الأقسام في جميع الموارد. (ص ١٦٩)

(٣٣) الآخوند: بل، يكون المقابلة بين مال المعطي، وملك الآخر ويكون تملكه ثمنا كفعل الآخر جعل ثمنا، فإذا قصد بأخذه القبول فالمعاملة يتم، من دون توقف على تملكه وإن وجب عليه الوفاء ويستحقه عليه المعطي فلو مات لم يفت منه، إلا الوفاء بالمعاملة الحاصلة بالمعاطاة. ولو كان الغرض من المعاملة المقابلة بين التملكين بأن يكون عمل كل منهما وملكه جعل بإزاء عمله الآخر وملكه لم يقع بهذه المعاملة تملك من أحدهما، بل يستحق كل على الآخر بعد وقوعها تملك الآخر. وفاء بها كسائر الأعمال إذا وقعت المعاوضة بينهما كما لا يخفى. (ص ١٨)

الإصفهاني: أصل المقابلة بين التملكين، فيه غموض وخفاء، فإن التملك بالاعطاء حال تعلقه بمتعلقه ملحوظ إلي. في جعل نفسه معوضا يحتاج إلى يكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى - كالصلح على التملك بإزاء التملك -، فيستحق كل منهما التملك من الآخر بإزاء تملك نفسه. (ص ٣٩) * (ص ١٦٢، ج ١)

(٣٤) الإصفهاني: التحقيق بعد ما عرفت من عدم معقولية التملك إلا في ضمن معاملة أخرى أنه: إن وقع الصلح على مبادلة إضافة الملكية مع إضافة ملكية أخرى، وقلنا بكفاية الإضافة الذاتية في تحقق المعاوضة والمبادلة فلا محالة تتبادل الإضافتان بمجرد الصلح

وهذا بعيد عن معنى البيع وقريب إلى الهبة المعوضة، لكون كل من المالين خاليا عن العوض. (٣٥)

المزبور، من دون توقف على التملك التسبيبي بعد الصلح من أحدهما فضلا عن كليهما وإن وقع الصلح على فعل تسبيبي وهو التملك بإزاء فعل تسبيبي مثله، فلا يعقل حصولهما إلا بإنشائهما بعد الصلح. والتعاوض الذي وقع عليه الصلح، إنما هو في استحقاق كل منهما على الآخر تملك ماله إياه، وعليه فالتملك كان موصوفان في مرحلة الصلح بالمعوضية والعوضية بلحاظ الاستحقاق المزبور قطعاً وأما صيرورتهما متبادلين خارجاً فهو لا يكون إلا بإيجادهما خارجاً، فالمعوضة التي هي أثر الصلح إما لا يبقى مجالاً لإنشاء التملك كالشق الأول - وإما يبقى مجالاً له كالثاني. لكن أثر الصلح استحقاق كل منهما للتملك على الآخر وعليه فإذا ملك أحدهما ماله من الآخر يقع التملك منه حقيقة ولا يتوقف حصوله على تملك الآخر. (ص ٣٩) * (ص ١٦٣، ج ١) الطباطبائي: لا يخفى، أن هذا الوجه أيضاً يتصور على الوجهين - حسبما أشرنا - فيمكن أن يكون إنشاء القبول بالتملك الثاني فيكون كما ذكره المصنف من: (أنه لو مات الثاني قبل الدفع لا يترتب عليه أثر، لأنه كالموت بين الإيجاب والقبول ويمكن أن يكون القبول بالأخذ فيكون التملك واجبا على الثاني من باب الوفاء بل، يمكن أن يقال: إن هذا هو المتعين، إذ هو مثل أن يقول: (ملكك هذا بعوض أن تخيط لي ثوبا)، فإنه يملك عليه الخياطة، لا أن يكون القبول بإيجادها، فلو مات قبل ذلك لا تبطل المعاملة ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفعل بإزاء الفعل، أو بإزاء المال. ففي ما نحن فيه يملك عليه التملك. ألا ترى أنه: لو وقعت هذه المعاملة بالصيغة اللفظية كانت كذلك كأن يقول: (ملكك الدار

بعوض تملكك إياي كذا) فإذا قال: (قبلت) تمت المعاملة ووجب عليه التملك من باب الوفاء وهذا واضح. (ص ٧٨)

(٣٥) الإصفهاني: إذا قلنا بمعقولية التملك بإزاء التملك إذا كان معاملة واحدة لزم الالتزام

لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل، إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الأول، لأنه إنما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه، إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظا عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض، فلا يقدر تخلفه. (٣٦) فالأولى أن يقال: إنها مصالحة وتسالم على أمر معين أو معاوضة مستقلة (٣٧).

بتركيب المعاملة من إيجابين بإعطائين، إذ لو تمحض الإعطاء الثاني في مطاوعة التملك الأول لم يكن هناك تملك ثان. ولو كان قبولا وإيجابا للزم المحذور المزبور وهو اجتماع المتقابلين في واحد ولعله لأجله حكم المصنف قدس سره ب: (أنه قريب من الهبة المعوضة). (ص ٤٠) * (ص ١٦٤، ج ١)

(٣٦) الطباطبائي: نعم، يمكن أن يقال: المعتبر: مجانية المال وعدم جعله مقابلا بالعوض ولكن لا مانع من جعل العوض في مقابل الفعل أي تملك على وجه الهبة كأن يقول: وهبتك كذا بعوض كذا بإرادة كون العوض في مقابل نفس الهبة لا الموهوب وحينئذ فلا يحتاج في ملكية العوض إلى تملك آخر، وكيف كان: فإن كان التملك على وجه العوضية كان لازمه ما ذكرنا من كونه واجبا عليه بعنوان الوفاء على ما ذكرنا ولا يبطل التملك الأول وإنما هو موجب للخيار، من باب تخلف الشرط. ثم إن المصنف أهمل ذكر صورة كون أحد الطرفين تملكيا والآخر مالا بأن يجعل التملك في مقابل المال أو المال في مقابل التملك، مع أنها أيضا صحيحة، لشمول العمومات، كما أشرنا إليه. (ص ٧٨)

(٣٧) النائيني: والتحقيق: خلافا لما أفاده المصنف من كونه معاملة مستقلة أن يقال: إنه

ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض، ومن الثاني - بقبوله لها - التملك (٣٨). كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم. رابعها: أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر. فيكون إباحة بإزاء إباحة (٣٩)، أو إباحة بداعي إباحة، على ما تقدم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوره على نحو الداعي، وعلى نحو العوضية.

سلطانا على السلطنة الأولى وإلا لتسلسل فهو سلطان على المال، لا أنه سلطان على السلطنة

على المال وإذا لم تكن سلطنته تحت سلطانه فليس له تبديلها ولا تحويلها، بل إنما هو بها يكون مسلطا على تبديل المال فلا يمكن أن يكون صلحا. (ص ٢٠٥) الإصفهاني: إنه قد تقدم منا: أن جميع العقود المعاملية مصاديق المسالمة، لأنها واقعة موقعها إلا أن الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية والمفروض أنهما لم يقصدا بإعطائهما إلا تملك المال بإزاء التملك فإرجاعه إلى الصلح العقدي بلا وجه. نعم، لا مضائق عن كونه معاملة مستقلة، إذا كان هناك دليل بالخصوص على صحته، وأنى له قدس سره بذلك. (ص ٤٠) * (ص ١٦٥، ج ١)

(٣٨) الطباطبائي: ويمكن أن يكون الإباحة مقابلة بالتملك، لا المال فيكون الآخر قابلا بأخذه أو بتملكه، كما أشرنا إليه وكذا يمكن العكس بأن يكون الصادر من الأول تملك في مقابل المال على وجه الإباحة، أو في مقابل الإباحة - أي نفس فعلها - ويكون القبول بالأخذ أو بالإباحة، فلا تغفل. (ص ٧٨)

(٣٩) الطباطبائي: قد أشرنا إلى أنه: يمكن أن يكون المقابلة بين المالكين على وجه الإباحة فيكون المباح في مقابل المباح، فإن المبادلة بين المالكين قد يكون من حيث الإباحة، كما أنه يكون من حيث الملكية. (ص ٧٨)

وكيف كان، فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطيين
لهما (٤٠) ومنشأ الإشكال:

أولا - الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية
المتصرف، بأن يقال: أبحث لك كل تصرف، من دون أن يملكه العين (٤١).

(٤٠) الطبائبي: وكذا في كل مورد يكون أحد الطرفين إباحة لجميع التصرفات، فإن
مناطق

الإشكال هو إباحة التصرفات الموقوفة على الملك بأي وجه كان بل، ولو كانت بلا
عوض. (ص ٧٨)

(٤١) الإيرواني: لا إشكال عندي في حكم القسمين الأخيرين، بل هما كباقي الأقسام. أما
الإشكال الذي ذكره أولا هو إشكال عام يعم جميع أقسام الإباحة، بل يعم غير المقام من
الإباحات المجانية العامة لكل تصرف حتى المتوقف منها على الملك. ويندفع هذا
الإشكال بتفسير الإباحة المالكية وشرح معنى إذن المالك في التصرف في ملكه، فنقول:
معنى قول المالك: (أبحث لك في التصرف في مالي) هو رفعت المنع الشرعي منك
برفعي لما هو الموضوع في هذا المنع وهو عدم رضاي بالتصرف وقلب عدم رضاي
برضاي فتكون إباحة المالك ورخصته إباحة مالكية بلا واسطة وإباحة شرعية مع الواسطة
وبواسطة الإباحة المالكية. فإذا فرضنا: أن إباحة المالك هذه اقتضت بالتصرفات غير
الموقوفة على الملك الكافي فيها إذن المالك كفي في تسويغ تلك التصرفات شرعا هذه
الإباحة، إذ ليس موضوع ذلك إلا هذا. وأما إذا عمت كل التصرفات حتى المتوقفة منها
على الملك لم تكن رخصته المالكية مسوغا لتلك التصرفات، إذ كان موضوع جواز تلك
التصرفات شرعا هو الملك، فإذا حصل جازت وإلا لم تجز فلا جرم كانت إباحتها
متضمنة لأمر آخر وهو جعل موضوع تلك التصرفات أعني: التملك فكما أن (أعتق
عبدي عنك) متضمن للتمليك وتمليك بعبارة الإذن في العتق كذلك (أبحث لك عتق

وثانيا - الإشكال في صحة الإباحة بالعرض، الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك. فنقول: إما إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، فالظاهر أنها لا تجوز، إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك، فإن إذن المالك ليس مشرعا، وإنما يمضي فيما يجوز شرعا (٤٢).

ذلك الأمر سواء كان الدليلان لفظيين، أم كان مختلفين. وذلك: لأن أصالة العموم متبعة ما أمكن اتباعها، فإن لم يكن يتصرف فيه حينئذ بالتخصيص فإذا دل دليل على وجوب إكرام كل عالم، ثم دل دليل آخر على حرمة إكرام كل فاسق واحتملنا أن العمومين باقيا على عمومهما غير منثلين لعدم التداخل في أفراد العامين حكمنا بالبقاء وعدم الانثلام فكانت نتيجة الأخذ بهما عدالة كل العلماء وعدم علم كل الفاسق، وهكذا المقام، نتيجة الأخذ فيه بعموم دليل السلطنة وعموم دليل توقف بعض التصرفات على الملك هو حصول الملك الشرعي الإلهي بجعل من المالك الحقيقي مقارنا لأذن المالك وإباحته للتصرفات المتوقفة على الملك، كي لا يلزم تخصيص في دليل السلطنة ولا تخصيص في دليل توقف التصرفات الخاصة على الملك. (ص ٨٤)

(٤٢) الطباطبائي: إذا ثبت عقلا أو شرعا توقف التصرف على الملك، فلا ينبغي الإشكال في عدم جوازه بمجرد الإباحة، سواء كانت مجانا أو بعوض، وعموم (الناس مسلطون على أموالهم) لا يفيد شيئا حسبا بينه المصنف. وإذا ورد من الشارع بدليل خاص صحة ذلك التصرف فلا بد أن يلاحظ دليل التوقف على الملك، فإن كان نقليا كقوله عليه السلام: (لا

عتق إلا في ملك) أو (لا يبيع إلا في ملك) ونحو ذلك، فيحكم بتخصيصه بذلك الدليل الدال على جواز التصرف، وإن كان عقليا كما توقف البيع على الملك على ما بينه المصنف من أنه: (لا يعقل دخول العوض في ملك غير من خرج عن ملكه المعوض) فلا بد من طرحه أو تأويله أو حمله على الملك التقديري أو الحكمي أو نحو ذلك. وهذا

فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه - بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره - غير معقول - كما صرح به العلامة في القواعد.
فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟ (٤٣)

واضح، بحسب الكبرى الكلية، وإنما الإشكال في الصغريات المذكورة في المتن وغيرها. (ص ٧٨)

(٤٣) الآخوند: تحقيقه: أن يقال: أنه لا شبهة ولا اشكال في أنه يعقل تمليك الانسان مال غيره، بعوض يملكه بإذنه، كما يعقل تمليك ماله، بعوض يملكه غيره، وإن لم يصدق عليه عنوان البيع، لاعتبار خصوصية تملك المالك للعوض في صدقه، ولم يصح الاستدلال على صحته، بما دل على صحته، وإمضائه مع أن مجال المنع عنه واسع، وتعريفه: (بمبادلة مال بمال)، إنما يكون في قبال التمليك مجاناً، كيف! وفي بيع مال المضاربة بالمرابحة للعامل من الثمن ما جعل له من المقدار. مع: أن مال المضاربة للمالك، ولو سلم فيمكن أن يستدل عليه بمثل (أوفوا بالعقود) و (المؤمنون عند شروطهم)، لا يقال: لا يكاد يصح الاستدلال على صحته بأدلة البيع، ولو سلم صدقة عليه، لمكان ما دل على النهي عن بيع ما ليس عنده فإنه مع الإذن في بيعه، كذلك يمنع عن كونه من بيع ما ليس عنده، وأما العتق عن غير المالك، فلا مانع عنه عقلاً، وإنما منع شرعاً عن عتق غير المالك، لا عن تحقه عن غيره، فإذا صح عتقه عن غيره ما صح له أن يأذنه في ذلك، وأما الوطن، فلا بأس بالقول بجوازه للمباح له، بدعوى أنه: تحليل، وإن اعتبار لفظ خاص فيه، دعوى بلا دليل. فتلخص مما ذكرنا: أنه لا بأس بأن يقال بص (ه) إباحة جميعاً لتصرفات التي منها البيع، والعتق، والوطي، فتأمل. (ص ١٨)

الإيرواني: بل معقول فإن حقيقة البيع التبدل بين العينين بذهاب مال وحلول مال آخر مقامه فتارة بأخذ كل مال نسبة صاحبه فيكون كل من المالكين لصاحب المال الآخر. وأخرى مع التبدل في المالك أيضاً. فيكون بيعاً فيه معنى الهبة، فإن الهبة هو التبدل بين

نعم، يصح ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود. أحدهما أن يقصد المبيع بقوله: أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك أن ينشأ توكيلا له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو في نقله أولا إلى نفسه ثم بيعه، أو تمليكا له بنفس هذه الإباحة (٤٤)، فيكون إنشاء تمليك له، ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله، كما صرح في التذكرة: بأن قول الرجل لمالك العبد: (أعتق عبدك عني بكذا) استدعاء لتمليكه، وإعتاق المولى عند جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب، ويقدر وقوعه قبل العتق أنا ما.

الكلي، فإنه ليس فيه، إلا التعهد بمال في ذمته للمشتري بعوض فالمال بعين هذا التعهد المعاوضي يصير ملكا للمشتري من دون سبق ملك للبايع غاية الأمر: إن الإنسان من حيث السلطنة على نفسه، السلطنة على تمليك كلي في ذمته بتعهده إياه. وقد مر في أوائل التعليقة بعض الموارد التي لا تتقوم بالتمليك من الطرفين، فضلا عن المعاوضة الحقيقية. الإجارة على الأعمال أيضا نظير بيع الكلي من موارد النقض بالبيان المتقدم هذا كله في اقتضاء المعاوضة عقلا. (ص ٤٠)* (ص ١٦٦، ج ١)

(٤٤) الطباطبائي: لا يخفى، أنه لا دليل على مثل هذا التمليك والتملك خصوصا مع هذا المقدار من الفصل والايجاب والقبول، فلا يكفي ذلك ولو كان مقصودا ولا نسلم ذلك في مثل: (أعتق عبدك عني) أيضا، إذ ليس موردا للنص حتى يقال بذلك، لأجل تطبيقه على القواعد مع أن الأمر غير منحصر في ذلك كما عرفت - ثم إن لازم هذا الوجه أن يكون ايجاب البيع أو العتق مؤثرا في التملك أو العتق، وهذا في غاية البعد، وتقدير وقوع الملك قبل الايجاب خلاف القاعدة من جهة أخرى. ولعمري إن مثل هذا مما لا يمكن الالتزام به، وينبغي القطع بفساده، من غير فرق بين المقام ومسألة العتق، فما يظهر من المصنف من صحته على فرض كون قصرهما ذلك في غاية الوهن. (ص ٧٩)

(٤٥) الإيرواني: بل، يكون قبضه بمنزلة قبوله، فيكون كالمعاوضة المقصود بها الملك في

فيكون هذا بيعا ضمنيا لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع. ولا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الأذن في نقل المال إلى نفسه أولا، ولا في نقل الثمن إليه ثانيا، ولا قصد التمليك بالإباحة المذكورة، ولا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمني مقصود للمتكلم والمخاطب، كما كان مقصودا ولو إجمالا في مسألة (أعتق عبدك عني). ولذا عد العامة والخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الاقتضاء التي عرفوها: بأنها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلا أو شرعا عليه، فمثلوا للعقلي بقوله تعالى: (واسأل القرية) وللشرعي بهذا المثال، ومن المعلوم - بحكم الفرض - إن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة.

الخاصية والأثر، ولم يحتج حصول الملكية إلى تحقق البيع من المخاطب. (ص ٨٥) (٤٦) الطباطبائي: ويمكن أن يقال: إن هذا التوقف ليس عقليا وإنما هو من جهة قوله عليه السلام:

(لا عتق إلا في ما يملك) ويمكن أن يكون المراد منه ملكية الاعتاق على حسب ما عرفت في البيع لا ملكية العبد. وحينئذ فلا مانع من جوازه إذا كان بإذن المالك وإباحته. ثم على فرض التنزل، فلا دلالة فيه إلا على اعتبار كون المعتق مالكا لا المعتق عنه، فلا إشكال في مسألة (أعتق عبدك عني)، فإن المعتق مالك، وإن كان المعتق عنه غيره، فلا حاجة إلى التزام الملك أنا ما. نعم، لا يتم هذا في عكس المسألة وهو ما لو قال: (أعتق عبدي عنك) لا لأن العتق من العبادات المتوقف صحتها على المباشرة، لأن المفروض جريان التوكيل فيه. نعم، يشكل حال ما إذا تبرع بالعتق عن غيره. ويمكن أن يقال بصحته أيضا، خصوصا في الكفارة التي هي دين وخصوصا بالنسبة إلى الميت، بل يظهر من

الثاني: أن يدل دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع أنا ما (٤٧)، 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 أنا ما لا يقبل غير العتق فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر أنا ما، للجمع بين الأدلة. وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة.

لا يجوز بيع مال الغير بحيث يدخل الثمن في ملك البائع دون المالك فكذا لا يجوز عتق عبد

الغير، بحيث يكون المعتق غير المالك ويكون ولاؤه له أيضا. (ص ١٧٤ - ١٧٨) (٤٧) الطباطبائي: هذا إذا كان دليل التوقف على الملك عقليا لا يقبل التخصيص وإلا فمع كونه نقليا قابلا له فالالتزام به أولى، بل هو المتعين - كما لا يخفى - وأما مسألة دخول العمودين في ملك الشخص أنا ما فهي بمقتضى القاعدة بناء على كون المراد من أن ما الزمني - كما هو الظاهر - إن ذلك، مقتضى ما دل على جواز الشراء وصحته وما دل على

عدم ملك الانسان لهما، فإن المراد منه حينئذ الملكية المستقرة بالشراء يحصل الملكية له. ثم ينعق وهذا لا مانع منه أصلا ولا حاجة في ذلك إلى ملاحظة توقف العتق على الملك، فإنه لولاه أيضا لزم حصول الملكية في المقام من جهة تحقق معنى الشراء، إذ لا يعقل أن يكون البيع مفيدا للانعقاد وإلا لم يكن يباعا وبالجملة: ليس في هذه المسألة ما يحتاج إلى تطبيقه على القاعدة. نعم، لو كان المراد من قوله: (لا يملك الرجل أبويه) عدم الملكية مطلقا أشكل الحال ووجب حينئذ اعتبار الملك لا التقرير أنا ما، فتدبر. (ص ٧٩) (٤٨) الطباطبائي: الظاهر: إن مراده منها: دليل صحة الشراء ودليل توقف العتق على الملك ودليل عدم الملكية للعمودين لكنك عرفت: عدم مدخلية دليل توقف الملك على العتق

وإثبات صحته بعموم مثل (الناس مسلطون على أموالهم) يتوقف على عدم مخالفة مؤداها لقواعد آخر مثل: توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلن مالا له، وتوقف صحة العتق على الملك وصحة الوطاء على التحليل بصيغة خاصة، لا بمجرد الأذن في مطلق التصرف.

في ذلك، إذ صحة الشراء موقوفة على حصول الملكية ولم لم يكن العتق موقوفا عليها؟ مع: أن ما دل على توقفه على الملك إنما يدل عليه في العتق الاختياري لا القهري الشرعي، فتدبر. (ص ٧٩).

الإيرواني: مقتضى الجمع بين الأدلة، هو الالتزام بالملك المحقق والملك الحقيقي الخارجي، دون الملك التعبدي الفرضي التنزيلي كالموضوعات التنزيلية في مجاري الأصول الموضوعية، حتى لا يرتب من الآثار سوى ما بلحاظه التقدير ولذا يؤخذ بعموم (أكرم العلماء) ويحكم بأن من لم يجب إكرامه ممن شك في كونه من العلماء ليس بعالم حقيقة ويترتب عليه كل ما لغير العالمين من الأحكام. (ص ٨٥)

النائيني (المكاسب والبيع): أما مسألة (انعتاق المملوك على من ينعتق عليه)، فيكون الحكم بالملكية ناشئا من جهة وقوع ما يلازمها وهو الانعتاق على من ينعتق عليه ويمكن أن يكون من ناحية تحقق علته وهو البيع الجامع لشرائط الصحة، إذ المانع عن ملك من ينعتق عليه، إنما يمنع عن بقاء الملك، لا عن أصل حدوثه، كما يمكن أن يكون من ناحية تحقق معلوله أعني: الانعتاق المتوقف على الملك، إذ ما لم يدخل في ملك من ينعتق عليه، لا ينعتق عليه، كما لا يخفى. (ص ٢١٣)

(٤٩) الإيرواني: تحريم التصرف في مال الغير تارة: يكون بما أن مالكة لا يرضى، وهذا كما

في التصرفات غير المتوقفة على الملك. وأخرى: بما أن المال ليس له وإن رضى صاحبه، وهذا كما في التصرفات المتوقفة على الملك. وثالثة: لا بهذا المناط ولا بذلك، بل بمناط

ولأجل ما ذكرنا صرح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف في أنه لو دفع إلى غيره مالا وقال: اشتر به لنفسك طعاما - من غير قصد الأذن في افتراض المال قبل الشراء، أو افتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء (٥٠) - لم يصح، كما صرح به في مواضع من القواعد، وعمله في بعضها بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير. وهو كذلك. فإن مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه، وإلا لم يكن عوضا وبدلا (٥١).

آخر لا يرتفع برضا المالك ولا بتملكه - هذا كما في حرمة أكل لحم عبد الغير أو حرمة إيذائه وظلمه أو غير ذلك من المحرمات التي ليس الموضوع فيها عدم رضا المالك، كي يرتفع برضاه ولا عدم الملكية، كي يرتفع بتملكه، بل هذه التصرفات حرام، حتى من المالك، وهذا هو الذي لا يجوز فيه التمسك بدليل: (الناس مسلطون). وأما القسمان الآخران فكل منهما يحكم بإباحته بدليل (الناس مسلطون) غاية الأمر: مع استكشاف الملكية في القسم الثاني بتفصيل تقدم. والمصنف شارك بين القسمين الأخيرين في عدم جواز التمسك فيهما بعموم (سلطنة الناس) فيختص جواز التمسك به بخصوص القسم الأول على خلاف ما تقدم منا: من تشريك القسمين الأولين في جواز التمسك به، فراجع تفصيل ما ذكرناه هناك، كي يظهر لك حقيقة الحال. (ص ٨٥)

(٥٠) الطباطبائي: لكن لا يخفى أن اشكال الشراء للنفس بمال الغير يجري نظيره في أداء الدين بمال الغير والدفع مشترك، فتدبر. (ص ٨٠)

(٥١) الإصفهاني: تحقيق الحال في (اقتضاء المعاوضة، دخول كل من المبيع والتمن في ملك مالك الآخر شرعا) أن المراد من هذه العبارة، تارة: إن المبيع لا بد من أن يكون ملكا حتى يقبل التملك والمعتق بالفتح لا بد من أن يكون رقا حتى يقبل الانعتاق، ومن الواضح أن مورد البيع هنا قابل لعروض الملكية وأخرى أنه لا بد من أن يكون مملوكا

ولما ذكرنا حكم الشيخ وغيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف، لكن لا يجوز وطء الجارية مع أن الإباحة المتحققة من الواهب تعم جميع التصرفات (٥٢).

فعلا للبايع فهو منقوض ببيع الكلي، حيث أنه ليس مملوكا فعلا للبايع. وثالثة: أن البيع لا يصح إلا من المالك، فيراد ملك التصرف والمفروض استناد البيع إلى المالك لصدوره بإذنه، فالبايع بإذن المالك يملك التصرف ورابعة: أن البايع لا بد من أن يكون متملكا ببيعه وهذا مورد البحث وهو مقتضى المعاوضة الحقيقية - كما ادعى - ومن الواضح: أن الرواية

لا نظر لها إلى هذه الجهة أصلا، بل غايته أن المبيع لا بد من أن يكون مملوكا لبايعه وقد عرفت: أنه لا محمل له إلا ملك التصرف، وكذا في العتق، فإنه لا بد من استناده إلى المالك

لا أن المعتق لا بد من أن يكون معتقا عنه، فإن سياق الروایتين بنهج واحد وكذا قوله عليه السلام:

(لا وطي إلا في الملك) ينبغي أن يراد منه ملك التصرف، ليعم جميع موارد الوطي الحلال حتى الوطي بالعقد الموجب للملك الاستمتاع. (ص ٤١) * (ص ١٦٧، ج ١) الطباطبائي: قد عرفت: إمكان اعتبار البدلية بين المالكين مع قطع النظر عن المالكين. ولذا يطلق على (بيع الغاصب لنفسه) البيع، مع أن المعوض الغير. ودعوى: إن ذلك من جهة ادعائه الملكية كما ترى، إذ كثيرا ما يخطر بباله هذا التنزيل وهذا الادعاء، ومع ذلك يطلق عليه البيع، فتدبر. (ص ٨٠)

(٥٢) الطباطبائي: لا يخفى أن كلامنا في الإباحة المالكية. والظاهر أن مراد الشيخ صورة قصد المتعاطيين الملكية وكون الإباحة شرعية وكذا مراد الشهيد، فلا دخل لكلامهما بما نحن فيه، إلا أن يقال: إن الإباحة الشرعية، أولى بإفادة جواز التصرفات الموقوفة على الملك، إذ دليلها إنما هو السيرة وهي قائمة على مطلق التصرفات، فيكون من قبيل ما دل الدليل الخاص على جواز التصرف الموقوف على الملك، فلا بد من الالتزام بالملك التقديري، نظير شراء العمودين - على ما ذكره المصنف - فإذا منع الشيخ والشهيد عن ذلك فيها، ففي الإباحة المالكية بالأولى، فتدبر. (ص ٨٠)

وعرفت أيضا: أن الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثنم الهدى، ولا وطء الجارية، مع أن مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة (٥٣).

(٥٣) الإيرواني: الظاهر: أن كلامهما في موضوع الإباحة المقصود بها الملك، وقد تقدم نقل

المصنف خلافهما في تلك المعاطاة فيكون أجنبيا عن المقام ويكون قصدهم للإباحة الشرعية بغير التصرفات المتوقفة على الملك، لأجل قيام الدليل المانع من تلك التصرفات في غير الملك. (ص ٨٥)

الإصفهاني: لا يخفى، أنه مع تلف العين الزكوية أو ما فيه الخمس وصيرورة ملك الفقير السيد ذميا فلا اشكال فيه، لأن أداء الدين بمال الغير بإذنه كمباشرته للأداء لا ريب فيه ولا خصوصية لهذا الدين من بين سائر الديون ولا لهذا المال من سائر الأموال. وأما مع بقاء العين وتعلق الخمس والزكاة بها إما بنحو الإشاعة أو بنحو الكلبي في المعين فالمباح بما هو لا يقوم مقام الملك والمالك أي من عليه الخمس والزكاة - وإن كان له ولاية التبديل، إلا أن المال غير قابل للتبديل، فإنه على الفرض مباح لا ملك وأما صيرورته بدلا من مالكة بمباشرته أو بإذنه لمن عليه الحق فمشكل، فإن المال حينئذ وإن كان في نفسه قابلا للتبديل، لكنه ليس لمالكة ولاية التبديل فمن له ولاية التبديل لا ملك له ومن له الملك لا ولاية له، وليس الحق دينا في الذمة، حتى يمكن إيفائه بمال الغير مباشرة أو تسببيا وإذن المالك لمن عليه الحق في التبديل إذن في شراء حقه، فيكون حصة الفقير والسيد للمالك لا لمن عليه الحق وإلا لزم عدم تحقق المعاوضة والمبادلة، مع أنه قبل قبض الفقير والسيد لا يملك أحدهما شيئا حتى يمكنها التبديل ولا يخفى أن سعة ولاية من عليه الحق في التبديل وإن كان تحقيقها موكولا إلى محله، إلا أن الذي يتوجه النظر فعلا ولاية التبديل وجعل مالية مال الفقير والسيد في أي محل شاء فله تعيينه في مال الغير بإذنه وبمجرد تعيينه فيه وقبضه يملكه الفقير أو السيد وإن كان ابتداء ليس لمالك

ودعوى أن الملك التقديري هنا أيضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلطون على أموالهم الدل على جواز هذه الإباحة المطلقة، وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلة في الملك التقديري، مدفوعة بأن عموم (الناس مسلطون على أموالهم) إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحكامهم فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعا، فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة.

بذمته، كسائر الديون التي يجوز أدائها من مال المديون. ولو قيل: بتعلقهما بالعين - كما هو

المشهور - فيشكل جواز التبرع عمن عليه، أما لاعتبار مباشرته، أو لاختصاص ولاية الإخراج من غير العين به فلا يؤثر إذنه في الإخراج. (ص ١٧٩)

الطبائبي: ويمكن منع ذلك، خصوصا إذا تعلق الخمس والزكاة بذمته. أما إذا تلف العين التي تعلق بها أحدهما أو قلنا: بتعلقهما بالذمة، دون العين، فإنه يجوز أداء الدين من مال الغير بإذنه، بل يمكن دعوى جواز إعطاء الخمس أو الزكاة عن الغير تبرعا، لأنهما دين أو بمنزلة الدين. نعم، بناء على التعلق بالعين وبقائها يشكل التبرع بهما، من جهة أن العين مشتركة بين المالك والفقير ولا دليل على رفع الشركة بإعطاء الأجنبي من ماله وكيف كان: فمع فرض الأذن والإباحة من مالك المال لا دليل على المنع، فتدبر.

أما وطى الجارية: فالظاهر الإجماع على توقفه على الملك أو النكاح، إلا أن يكون بصيغة التملك، فلا يجوز بمجرد الإباحة وإن كان لولا الإجماع على اعتبار الصيغة في التملك قلنا باندرجه فيه والظاهر من النصوص كفاية مجرد الإباحة، فتدبر وراجع. (ص ٧٩)

ومن المعلوم: أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل والنقل الدال على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض، فلا يشمل العموم في (الناس مسلطون على أموالهم) حتى يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديري أنا ما (٥٤). وبالجملة، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لعتقه لنفسه حاكم على عموم (الناس مسلطون على أموالهم) الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها. نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر والعهد إذا نذر عتق عبده غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر.

(٥٤) الطباطبائي: لا يخفى، أن مقتضى القاعدة على فرض التنافي ليس إلا تخصيص أحدهما بالآخر، لا الجمع المذكور، إذ الفرض أن النسبة عموم من وجه ومورد الجمع بالتزام المذكور مختص بما إذا كان دليل جواز التصرف خاصا ودليل التوقف عقليا أو نقليا ناصا. (ص ٨٠)

(٥٥) الإيرواني: أولا: مقتضى بيانه المتقدم هو الورود، دون الحكومة وإن مفاد دليل السلطنة

هو السلطنة على الأموال، دون الأحكام، فلا يكون هذا محصل ذلك. وقد ظهر لك مما قدمناه: إن لا حكومة ولا ورود أما قياس المقام بمسألة المنذر فمع الفارق، إذ بعد تقييد دليل: (أوفوا بالنذور) بما دل على اعتبار رجحان المتعلق كانت أدلة المحرمات واردة عليه. نعم، النذر مثل المقام لولا التقييد المذكور، فيكون دليل (أوفوا بالنذور)، حيث إنه بعنوان ثانوي حاكم على أدلة المحرمات والمكروهات والمباحات نحو حكومته على أدلة المستحبات، إلا أن أدلتها حاکمة عليه. (ص ٨٥)

الإصفهاني: إنك قد عرفت سابقا عند البحث عن دليل السلطنة: إثبات دلالاته على

نعم لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آنا ما، فتأمل (٥٦).

وأما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع والعتق، فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميت (٥٧)، أو شراء العبد المعتق عليه، بل هو ملك حقيقي حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل. بناء على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع، وليس كذلك فيما نحن فيه. (٥٨)

جميع أنحاء السلطنة ودفع كل ما يورد عليه، فلا حكومة. نعم، بينه وبين أدلة (عدم جواز البيع والعتق، إلا في الملك) هو التعارض بالعموم من وجه والذي يهون الخطب عندنا ما مر من تحقيق حقيقة البيع وتعيين مقدار دلالة دليل (عدم جواز البيع والعتق إلا في الملك) فلا معارضة أيضا، فراجع. (ص ٤٢) * (ص ١٧٣، ج ١)

(٥٦) الإيرواني: استكشاف الملك القهري لا يتوقف على وجود التعارض والتزاحم، بل دليل الملازمة بعين جواز التصرفات والملك منضما إلى دليل جواز كل تصرف بإذن المالك حجة ودليل على تحقق الملك تعبدا عند إذن المالك في التصرفات. (ص ٨٥)

(٥٧) الطباطبائي: لكن، يمكن دعوى عدم الحاجة إلى ذلك (الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميت)، فتدبر. (ص ٨٥)

(٥٨) الطباطبائي: قول المصنف (بيتنى) على أن: مناط الفسخ والامضاء هو الرضا الباطني المستكشف بالتصرف. وبعبارة أخرى: نية الفسخ كافية فيه إذا كان لها كاشف فيكون التصرف واقعا في ملكه حقيقة لحصول الفسخ قبله بالنية ولكنه مشكل. أما أولا: فلأن لازمه كون الفسخ بالقول أيضا كذلك فقوله: (فسخت) كاشف على هذا عن الفسخ قبله

وبالجملة، فما نحن فيه لا ينطبق على التمليك الضمني المذكور أولاً في (أعتق عبدك عني)، لتوقفه على القصد، ولا على الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعق عليه، لتوقفه على التنافي بين دليل التسلط ودليل توقف العتق على الملك، وعدم حكومة الثاني على الأول، ولا على التمليك الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب وذي الخيار، لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه.
فلم يبق إلا الحكم ببطان الأذن في بيع ماله لغيره، سواء صرح بذلك كما لو قال: (بع مالي لنفسك)، أو (اشتر بمالي لنفسك)، أم أدخله في عموم قوله: (أبحت لك كل تصرف).

(٥٩) الإصفهاني: مثل (حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع والعتق)، الفسخ الفعلي بالبيع والعتق كما ذكره المصنف في البحث عن الفسخ بالفعل وإنما التزم قدس سره بحصول الملك

قبل البيع والعتق، بأن نظر إلى توقفهما عليه فلا يمكن حصوله بهما. مضافاً إلى ما أفاده المصنف في البحث عن الفسخ بالفعل بأن الفعل لا إنشاء فيه. وتمام الكلام فيه موكول إلى ذلك المبحث فقد استوفينا الكلام فيه وأما حكمه بعدم انطباقه على ما نحن فيه: فبالنظر إلى الفرق بين الفسخ وبين التمليك، حيث إنه يحتاج إلى سبب انشائي يتسبب به إلى حصول الملك دون الفسخ والرجوع فيهما قصد الرجوع المدول عليه بإنشاء البيع أو العتق الواقع بعده، لأن الفسخ كالإجازة، فكما يكفي فيها الرضا المنكشف بكاشف قولي أو فعلي كذلك الفسخ المقابل لها بكفيه الكراهة الباطنية المنكشفة بكاشف قولي أو فعلي وقد بينا في محله عدم المقابلة بين الفسخ والإجازة وعدم الملازمة بين حصول الثاني بالرضا وحصول الأول بالكراهة، بما سطول المقام بذكره. فراجع المبحث المسطور في أحكام الخيار تجده وافياً - إن شاء الله تعالى -

فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازماً، بناءً على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر (٦٠)، أو موقوفاً على الإجازة، بناءً على أن المالك لم ينو تملك الثمن. هذا، ولكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد في باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، وأنه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء. ويظهر أيضاً من محكي المختلف، حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارياً بعين مغصوبة أن له وطء الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن، فراجع. ومقتضى ذلك: أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك، فتأمل. وسيأتي توضيحه في مسألة الفضولي.

بالمقصود. (ص ٤٢) * (ص ١٧٠، ج ١)
النائني (منية الطالب): لا يخفى أن ما أفاده يتم لو قام إجماع عليه، وإلا مقتضى القاعدة صحته من مالك العبد عن غيره، لأنه من قبيل سائر التبرعات، كأداء الدين، وإعطاء ثمن الهدي، ومهر زوجة الغير. ونحو ذلك. فحكمه حكم الإذن في الاتلاف. (ص ١٨٢)

(٦٠) الإيرواني: لا وجه للصحة فضلاً عن اللزوم، فإن البيع المرخص فيه من المالك لا يزيد على بيع نفس المالك والمفروض أنه لو باع هو كان بيعه باطلاً، لعدم القصد منه لحقيقة المعاوضة. نعم، مقتضى ما وجه به صحة بيه الغاصب ووقوعه للمالك، إذا جاز صحة البيع في المقام أيضاً، لأن حال البائع الغاصب بالنسبة إلى الثمن كحاله بالنسبة إلى المبيع في ادعاء الملكية. (ص ٨٥)
(٦١) الإصفهاني: بل الظاهر من فخر المحققين في الايضاح على ما حكى عنه: حصول

وأما الكلام في صحة الإباحة بالعرض - سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها - فمحصلة: أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر (٦٢)، بل كلاهما ملك للمبيح، إلا أن المباح له يستحق التصرف، فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا وعرفا (٦٣).

مجانا للبايع الغاصب، كما هو الظاهر من دفعه الثمن له مع علمه بالحال فيكون شراؤه بهذا الثمن واقعا لنفسه أو لعل حكمهم ذلك في موضوع شراء الغاصب بثمن في الذمة ثم دفع ما أخذه من المشتري للعين المغصوبة بعنوان أداء دينه والمفروض أنه مرخص من قبل المشتري في الاتلاف ومن ذلك أداء دينه به. (ص ٨٥)

(٦٢) الإصفهاني: قد عرفت مرارا: إن المعاوضة والمبادلة من المعاني الغير المستقلة في التحصل، بل لا بد من أن يكون بلحاظ أمر، والمعاوضة المالية لا بد من أن تكون بلحاظ أمر يناسب المال بما هو مال. ولا اختصاص للأمر الملحوظ في المبادلة، بالملكية، بل تصدق المعاوضة بقيام كل منهما مقام الآخر في الملكية والهبة والإباحة ولو باختلاف الأطراف بأن كان أحدهما ملكا والآخر حقا أو مباحا وأما عدم صدق البيع فليس من حيث اختلاف الطرفين في الملكية والإباحة، بل من حيث إنه تملك عين بعوض، وهذا إباحة ماله بعوض، وإلا فلو فرضنا تملك ماله بإزاء مال مباح له بالإباحة المطلقة لم يكن وجه لمنع صدق البيع عليه، حيث إن حقيقته - كما عرفت - هو التملك لا مجانا، بل قد عرفت سابقا أن دائرة البيع أوسع من ذلك. (ص ٤٣) * (ص ١٧٧، ج ١)

(٦٣) الآخوند: إنما يشكل من هذه الجهة، إذا أريد استدلال عليه بما دل على صحتها بعناوينها وإلا فلا اشكال في صحة الاستدلال عليها ب (المؤمنون عند شروطهم) وب (أوفوا بالعقود) إلا أن يدعى: أن المراد بالعقود هي المعهودة المتعارفة منها لا مطلقا

مع أن التأمل في صدق التجارة عليها، فضلا عن البيع (٦٤).
إلا أن يكون نوعا من الصلح، لمناسبة له لغة، لأنه في معنى التسالم على أمر

وهو كما ترى وقد عرفت الإشكال: في الاستدلال ب (الناس مسلطون) في تشريع
المعاملات وأنحاء التسلطات، فتدبر جيدا. (ص ١٩)
الطبائبي: لا يضر ذلك، لأنه يشمل العمومات من قوله: (أوفوا بالعقود)
و (تجارة عن تراض) و (الناس مسلطون) و (المؤمنون) ونحوها، ودعوى انصرافها
إلى العهود كما ترى فهو نوع من العقد رحمه الله بل من التجارة، إذ ليست إلا الاكتساب
ويصدق في المقام ولا يلزم في المعاوضة المالية أن يكون المبادلة بين المالكين من حيث
الملكية، بل قد يكون من حيث الإباحة من أحد الطرفين أو كليهما - حسبما عرفت - فلا
وقع لهذا الإشكال أصلا والتحقيق: أنها معاوضة مستقلة وليست واد داخلية تحت الصلح،
لعدم اعتبار معنى التسالم المعتبر فيه فيها والحق: أنها لازمة من الطرفين. (ص ٨١)
الإيرواني: ففيه: منع خروج هذه المعاملة عن المعاملات المعهودة شرعا، فإن
الدخول في الحمامات مع إعطاء العوض من المعاملات الشائعة من عصر الشارع إلى
زماننا هذا، وكذلك الدخول في المطاعم وأشباه ذلك والظاهر: أن الكل من قبيل الإباحة
بالعوض ويشبه أن يكون من قبيل العارية بعوض، مع أن عدم المعهودية لا يضر بعد
شمول عموم أدلة المعاملات له من مثل (أوفوا بالعقود) و (تجارة عن تراض) و (الناس
مسلطون). (ص ٨٥)

(٦٤) الإيرواني: لا تأمل في صدق التجارة من جانب المبيح بعوض المتملك للمالك
بإباحته، بل لا يبعد صدقه من جانب المملك، لأن استباحة أموال الناس نوع من الاتجار
مع: أن غاية ذلك منع التمسك بآية (تجارة عن تراض) كما أن عدم كونه يباع يمنع
التمسك بآية (أحل الله البيع) وأما آية (أوفوا) فلا مانع من التمسك بها مضافا إلى ما
تمسك به المصنف من دليل (السلطنة) وعموم (المؤمنون) بناء على صدق الشرط على
الالزام والالتزام الابتدائي. (ص ٨٦)

بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ (الصلح)، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين: (لك ما عندك ولي ما عندي)، ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين، ولو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم (الناس مسلطون على أموالهم)، و (المؤمنون عند شروطهم) (٦٥).

(٦٥) النائبني (منية الطالب): إن الأقوى: عدم دخولها تحت عنوان الصلح ولو بناءً على تحققه بكل فعل أو لفظ يكون دالا عليه، لأن مجرد الاتفاق على أمر لا يوجب دخوله في عنوان الصلح، وإلا كان البيع والإجارة ونحوهما أيضا داخلا فيه، بل لا بد في عنوان الصلح، وإلا كان البيع والإجارة ونحوهما أيضا داخلا فيه، بل لا بد إما أن ينشأ عنوان الصلح بقولهما: (صالحت) و (قبلت) أو بما يكشف عنه بالدلالة السياقية، كما في صلح الشريكين، فإنهما بعد نزاعهما لو تسالما على أمر وقال أحدهما: (لك ما عندك ولي ما عندي) وقال الآخر كذلك أو: (قبلت) فمن سوق كلامهما يستكشف أنهما في مقام التسالم. وأما في المقام - وهي الإباحة بالعوض - فلا دلالة لفظية أو فعلية على إنشاء العنوان ولا سياقية، فكيف يقال: إنها صلح؟ (ص ١٨٥)

الإصفهاني: وأما التمسك بعموم: (المؤمنون) فإن أريد بالمطابقة فقد مر سابقا من أن مدلوله المطابقي هو وجوب الوفاء تكليفا أو اللزوم وضعاً دون الصحة وإن أريد بالالتزام فله وجه، لأن دليل اللزوم دليل الصحة بالالتزام لترتبه عليها. (ص ٤٣) * (ص ١٨٨، ج ١) النائبني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما فيه، بل التحقيق: فساد هذه المعاملة وعدم تحقق صحتها، لا صلحا ولا بعنوان المعاملة مستقلة وذلك، لما تقدم وجهه من عدم تحقق معنى المعاوضة أصلا، لعدم ورود شيء مكان المال الذي يخرج عن المباح له وجواز الانتفاع من مال المبيح ليس شيئا يمكن أن يقع في طرف خيطه، لأنه حكم شرعي مترتب على إباحة المبيح ولا يكون ملكا كالعين والمنفعة. ومع عدم صدق المعاوضة

وعلى تقدير الصحة، ففي لزومها مطلقا، لعموم (المؤمنون عند شروطهم)، أو من طرف المباح له، حيث إنه يخرج ماله عن ملكه، دون المبيع، حيث إن ماله باق على ملكه (٦٦)، فهو مسلط عليه، أو جوازها مطلقا، وجوه، أقواها أولها، ثم أوسطها (٦٧).

عليها فلا يشملها شيء من العمومات، لا دليل الصلح ولا دليل التجارة، ولا عموم (المؤمنون) ولا شيئا من الأدلة ومنه يظهر: سقوط التمسك بالعمومات لإثبات لزومها أيضا. ثم على تقدير الصحة فالتمسك بالعموم لإثبات اللزوم حتى من طرف المبيع لا يخلو عن الغرابة وإلا يصح التمسك لإثبات لزوم كل إباحة وهذا كما ترى، فإن المبيع ما التزم بشيء أصلا. (ص ٢١٨)

(٦٦) الطباطبائي: مقتضى السلطنة على المال لزوم الإباحة المفروضة، لا جوازها، لأنه إذا كان مسلطا على ماله وقد أباحه بعوض، فيلزم أن تكون نافذة، فتدبر. (ص ٨١)

(٦٧) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أنه على فرض الصحة فالصواب هو التفصيل بين الواقع بالفعل وبالقول على ما اخترناه من جواز المعاطاة، فلو وقع بالقول فالحق لزومه من الطرفين، لعموم (أوفوا بالعقود) بناء على أن مفاده هو الحكم الوضعي - كما هو الحق - وتبين وجهه في محله، لأن نفوذ العقد وكونه ممضي يقتضي نفوذه من الطرفين، فإن العقد هو العهد المؤكد الواقع بين المتعاملين، فلا يمكن التفكيك، إلا إذا ثبت بالدليل كما في الجواز الثابت للمرتتهن دون الراهن. نعم، بناء على أن مفاده هو الحكم التكليفي، فيمكن أن يجب الوفاء على أحد المتعاقدين، دون الآخر، ولو وقع بالفعل فالحق جوازه من الطرفين، والتفصيل بين الملك والإباحة لا وجه له. (ص ١٨٦)

النائيني (المكاسب والبيع): هذا كله، فيما إذا كان الإيجاب والقبول بالقول. ومنه يظهر: أن المعاطاة فيها تكون أضعف، لما مر من المناقشة في وقوع الصلح بالفعل ويأتي تفصيله في التنبيه الآتي أيضا. (ص ٢١٩)

وأما حكم الإباحة بالإباحة، فالإشكال فيه أيضا يظهر مما ذكرنا في سابقه، والأقوى فيها أيضا الصحة واللزوم، للعموم، أو الجواز من الطرفين، لأصالة التسلط (٦٨).

(٦٨) الطباطبائي: قد عرفت ما في أصالة التسلط - آنفا في الرقم ٦٦ - مع أنها لا تقبل المعارضة مع العموم، فلا وجه للتمسك بها بعد وجوده، فتدبر. (ص ٨١)
النائني (المكاسب والبيع): ومن حكم الإباحة بالعوض يظهر حكم الصورة الرابعة وهي الإباحة بعوض الإباحة أيضا، كما لا يخفى. (ص ٢١٩)

(٢٥٥)

الأمر الخامس

في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود وعدمه. أعلم أنه ذكر المحقق الثاني قدس سره في جامع المقاصد - على ما حكى عنه - أن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة، وذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة، ولو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل، ولم يستحق أجرة مع علمه بالفساد، وظاهرهم الجواز بذلك. وكذا لو وهب بغير عقد، فإن ظاهرهم جواز الإتلاف، ولو كانت هبة فاسدة لم يجز، بل منع مطلق التصرف، وهي ملحوظ وجيه، إنتهى. وفيه: أن معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني: الحكم بملك الأمور الأجر المعين على الأمر، وملك الأمر العمل المعين على الأمور به، ولم نجد من صرح به في المعاطاة (٧٠).

(٦٩) الطباطبائي: وإن قلنا: إن المعاطاة على خلاف القاعدة فلا بد في جريانها في غير البيع

من وجود الدليل وقد عرفت: أن العمدية في دليلها حينئذ السيرة فيختص الحكم بالصحة بكل مورد وجدت السيرة والظاهر: وجودهما في جملة من المعاملات - كالإجارة ونحوها - فيقتصر عليهما ويحكم بالبطلان فيما عداها. هذا، ولكن الحق ما عرفت من شمول العمومات والصحة في الجميع إلا ما ذكرنا. (ص ٨١)

(٧٠) الطباطبائي: لا وقع لهذا الإشكال، إذ للمحقق الثاني الالتزام بذلك وعدم وجدان المصرح به مضافا إلى: عدم دلالة على عدم الوجود غير مضر، خصوصا مع أن في البيع أيضا كذلك، لعدم وجدان من صرح بالملك الجائز قبل المحقق الثاني، فتدبر. (ص ٨١) الإيرواني: في البيع أيضا لم يصرحوا بالملك، بل المحقق الثاني حمل كلامهم

وأما قوله: (لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل) فموضع نظر، لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل (٧١)، سيما إذا لم يكن العمل تصرفاً في عين من أموال المستأجر.

وقوله: لم يستحق أجره مع علمه بالفساد، ممنوع، لأن الظاهر ثبوت أجره المثل، لأنه لم يقصد التبرع وإنما قصد عوضاً لم يسلم له (٧٢).

بالإباحة على الملك المتزلزل ومع ذلك، فما معنى توقع التصريح منهم بالملك في الإجارة وليس مقصود المحقق الثاني في هذه العبارة، إلا استظهار تعميم المعاطاة من عبائهم وأما أن المعاطاة مقيدة عندهم بالملك، فتلك دعوى أخرى إن تمت أو لم تتم لم تضر بهذه الدعوى. (ص ٨٦)

(٧١) الإيرواني: إنما لا يوجب منعه عن العمل، إذا لم يكن العمل تصرفاً في عين من أموال المستأجر وإلا أوجب منعه، البتة ودعوى: وجود جنس الرضا بالتصرف مردودة بأن الرضا بزعم صحة المعاملة لا يجدي في جواز التصرف على تقدير البطالان ولذا لم يحكموا بجواز التصرف في العوضين في البيوع الفاسدة بجنس الرضا. (ص ٨٦)

(٧٢) الطباطبائي: فيه: منع، لأنه إذا كان عالماً بالفساد فقد أسقط حرمة عمله فلا يستحق أجره، فالحكم بثبوت الأجره كاشف عن الصحة كما ذكره. (ص ٨١)

الإيرواني: لكن ظاهر العبارة المتقدمة ثبوت أجره المسمى فلا يكون هذا اشكالا على استظهار المحقق الثاني. (ص ٨٦)

الإصفهاني: وأما ما أورده المصنف عليه من أنه لم يقصد التبرع فهو بمجرد لا يجدي شيئاً، إذ ليس كل من عمل عملاً لم يقصد به التبرع يستحق عوضها الواقعي ممن عمل له بل لا بد من فرض المقتضى للمضمان، فنقول: حيث إن مال المسلم ومنه عمله محترم ومقتضى حرمة المال بما هو مال، أن لا يذهب هدراً فلا محالة، يكون

وأما مسألة الهبة (٧٣)، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها، إلا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة (٧٤)، فإن جماعة - كالشيخ والحلي والعلامة - صرحوا بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك، لكن المحقق الثاني قدس سره ممن لا يرى كون المعاطاة عند القائلين بها مفيدا للإباحة المجردة.

استيفائه موجبا لضمانه، إلا إذا هتك العامل احترام عمله بقصد المجانية والتبرع ويقع الكلام في أن علم العامل بالفساد يصب (هذا الاسناد - وهو هتك حرمة عمله - أو أنه بمقتضى تشريعه في التسبب، لأن المفروض قصد عنوان الإجارة مع العلم بفسادها شرعا، إذا جرى على وفق تشريعه فقد أتى بالعمل لعوض لا مجانا فلا تسليط منه للغير على ماله عن رضاه، لئلا يكون هناك ضمان، بل تسليط منه على مال ذلك الغير بمقتضى تشريعه وتسليط شخص على ماله غير منوط برضا المسلط عليه، إلا أن يقال: إنه كذلك تشريعا لكنه في الحقيقة تسليط منه للغير على مال نفسه عن رضا طبعي وتمام الكلام في محله. (ص ٤٤) * (ص ١٨١، ج ١)

(٧٣) الطباطبائي: ولكنك خبير بعدم خصوصية الهبة فيما ذكره من التوقف في إفادة الملكية على الايجاب والقبول والاجماع المذكور - ولم تم - فلا اختصاص لها، بل يجري في البيع أيضا. والتحقيق: عدم تماميته وللمحقق الثاني أن يختار فيها أيضا، مذهبه من إفادتها الملك الجائز. (ص ٨١)

(٧٤) الإيرواني: لكن يرد: أن المحقق الثاني فعلا ليس بصدد إثبات دعواه المتقدم، بل لا يهمه سوى إثبات عموم المعاطاة في كلامهم لغير البيع وإما أن المعاطاة مفيدة للملك عندهم، فتلك دعوى أخرى لا ربط لها بهذه الدعوى. (ص ٨٦)

وتوقف الملك في الهبة على الايجاب والقبول كاد أن يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالك. ومما ذكرنا يظهر المنع في قوله: (بل مطلق التصرف). هذا، ولكن الأظهر بناء على جريان المعاطاة في البيع جريانها في غيره من الإجارة والهبة، لكون الفعل مفيدا للتملك فيهما. وظاهر المحكي عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال في باب الرهن: إن الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في البيع آت هنا، إنتهى. لكن استشكله في محكي جامع المقاصد: بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع، بخلاف ما هنا.

(٧٥) الآخوند: بل الظاهر: جريانها فيها، لاطلاق أدلتها والسيرة - بالنهج الذي قررناها في البيع - وعدم القول بالفصل بينه وبينها ظاهرا والإشكال في مثل الرهن، لأجل منافاة ما هو قضية وما هو لازم المعاطاة من الجواز لا يوجب وهنا في جريانها في غيره مما لا يكون هناك منافاة، مع: أن المنع عن كون الجواز لازم المعاطاة بمكان عن الامكان، وقضيته الاطباق على توقف العقود اللازمة على اللفظ ولو سلم، فهو إنما إذا كان اللزوم من عوارض العقد وجاز تبادله مع الجواز لا ما إذا كان اللزوم من مقتضيات ذاته وحقيقته كما في الرهن. (ص ٢٠)

الإيرواني: التحقيق: هو إن قلنا في المعاطاة بالملك اللازم عملا بعمومات أدلة المعاملات، قلنا: بها، في غير مقام وكانت معاطاة كل معاملة قائمة مقام منشأها التولي وإن

قلنا فيها بالإباحة أو الملك الجائز على خلاف تلك العمومات، لاجماع أخرجنا من حكم العمومات حكمناها على طبق القاعدة، إن لم يعم الاجماع المخرج وإلا حكمنا بالبطلان، لعدم إجماع آخر على ثبوت غير ما قصد بعد الاجماع على عدم ثبوت ما قصد، فإن ثبوت الإباحة التعبدية وكذا الملك المتزلزل يحتاج إلى دليل ليس في غير البيع، إن

ولعل وجه الإشكال: عدم تأتي المعاطاة بالاجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع، لأنها هناك إما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف. والأول غير متصور هنا، وأما الجواز فكذلك، لأنه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، خصوصا بملاحظة أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان. (٧٦)

سلمناه في البيع هذا، مضافا إلى: أن تلك التعبدية التي تلحق المعاطاة على القول بالإباحة أو الملك المترزل من حصول الملك أو اللزوم بتلف إحدى العينين أو كليهما إلى آخر ما تقدم في كلام بعض الأساطين يحتاج ثبوته إلى دليل قوي وقد فرضنا ثبوت ذلك الدليل في البيع فقلنا به ولم يثبت هنا، فلا نقول به. (ص ٨٦)

(٧٦) النائيني (المكاسب والبيع): ولكنه يجاب عنه بأن اللزوم كما تقدم سابقا وسيأتي في التنبيه الآتي أيضا على قسمين حكمي وحقي، والمراد بالأول: هو ما كان المعاملة في ذاتها مقتضية للزوم تبعا من الشارع - كالتكاح - وبالثاني: ما كان اللزوم فيها ناشيا عن التزام المتعاملين والاجماع المنعقد على عدم لزوم ما ينشأ بالفعل، إنما هو ينفي اللزوم العقدي والاجماع المنعقد على لزوم الرهن من طرف الراهن إنما يدل على كونه لازما باللزوم الحكمي، وثبوت اللزوم الحكمي للرهن بالاجماع، لا ينافي نفي اللزوم العقدي عما ينشأ منه بالفعل أيضا بالاجماع. (ص ٢٢٥)

الإيرواني: هذا اجتهاد في مقابل النص، فإنه صرح بأن وجه الإشكال عدم شمول الاجماع على حكم المعاطاة للرهن، لا أن الرهن لا يعقل فيه القول بالجواز لكنك عرفت: أن الدليل التعبدية إذا لم يشمل كانت العمومات القاضية فصحة المعاطاة على وفق القاعدة محكمة إلا أن يكون اجماعا على قصر العمومات وأن العقود اللازمة تتوقف على الإنشاء اللفظي.

وإن جعلناها مفيدة للزوم، كان مخالفا لما أطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ، وكأن هذا هو الذي دعا المحقق الثاني إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة والهبة والقرض، والاستشكال في الرهن.

نعم، من لا يبالي مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم، من توقف العقود اللازمة على اللفظ، أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين، فلا يشمل الرهن.

ولذا جوز بعضهم الايجاب بلفظ الأمر ك (خذه)، والجملة الخبرية - أمكن أن يقول بإفادة المعاطاة في الرهن للزوم، لإطلاق بعض أدلة، ولم يقم هنا إجماع على عدم الزوم كما قام في المعاوضات.

ولأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفي فيه بالاقباض، لأن القول فيه بالزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف الزوم على اللفظ، والجواز غير معروف في الوقف من الشارع، فتأمل (٧٧).

وأما عدم معقولية الجواز في الرهن: فيمكن أن نجعل نفس هذا دليلا على الزوم فيه، فيقال: إن المعاطاة تفيد أصل الارتهان واللزوم يأتي باقتضاء من الرهن، لا باقتضاء من المعاطاة وكذلك يقال في الوقف، وأن المعاطاة تفيد أصل الوقف، واللزوم يأتي من حكم الشارع بعدم الأكل من الصدقة، وإن الراجع في صدقته كالمراجع في قيئه. (ص ٨٦)

(٧٧) النائيني (منية الطالب): لكن الأقوى، هو التفصيل ببيان أقسامه (الوقف) فما كان الفعل بنفسه مصداقا لحبس العين وتسبيل المنفعة كوقف المساجد والمشاهد يقع بالفعل كوقوعه بالقول وما لم يكن الفعل مصداقا له كالوقف الخاص أو لمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء

نعم، احتمال الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من الذكرى تبعا للشيخ قدس سره. ثم إن الملزم للمعاطاة فيما تجري فيه من العقود الأخر هو الملزم في باب البيع، كما سننبه به بعد هذا الأمر.

- سلام الله عليه وعلى الدماء السائلات بين يديه -، فلا يقع بالفعل. وبالجملة: لم يقيم دليل خاص على اعتبار القول في مطلق الوقف، كباب النكاح، بل النزاع صغروي ومما ذكرنا ظهر: أنه لا يمكن وقوع الإيقاعات بالفعل إلا باب الإجازة والفسخ وما يلحق بهما من الرجوع من العدة، لعدم وجود فعل يكون مصداقا للطلاق والعتق ونحوهما، فإن إلقاء القناع على الزوجة وإخراج العبد من الدار وأمثال ذلك من الأفعال ليست مصداقا للطلاق والعتاق، بل هي من آثارهما. وعدم معروفة الجواز من الشارع في الوقف لا ينافي جوازه من حيث وقوعه بالفعل، غاية الأمر: يقدم جهة الذاتية أو عدم المعروفة على جهة نفس الفعل. (ص ١٨٩ و ١٩٠)

الأمر السادس

في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك والقول بالإباحة.
إعلم: أن الأصل على القول بالملك للزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية
المتقدمة (٧٨).

(٧٨) الآخوند: على القول بإفادة المعاطاة الملك الجايز، فإذا شك في اللزوم والجواز بعد التلف مثلا وقد قطع بالجواز قبله يعني: أنه من موارد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص عنه الشك أو الرجوع إلى حكم العام فإن حكم وجوب الوفاء، أو لزوم الالتزام بالشرط، إنما لوحظ بنحو استمرار أمر وحداني في الأزمنة، لا متعددا بحسبها، فإذا قطع فلا يرجع إليه إذا شك بل إلى الاستصحاب حكم الخاص، إلا أنه في المقام حيث ما انقطع حكمه من البين، بل منع عنه من الأول في الجملة قبل انقضاء المجلس، وحصول التلف مثلا، فإذا شك في أنه صار محكوما أولا، فالمرجع هو الحكم العام، لاطلاق العقود، أو الشروط، لو كان لها اطلاق، فإن قضية أن يكون محكوما به مطلقا، ودليل الخيار، أو الجواز في المعاطاة، قيده وجعل المحكوم به، هو العقد به انقضاء المجلس، أو حصول التلف، فإذا شك في زيادة التقيد فالمرجع هو الاطلاق، إلا أن يمنع عنه، بتقريب أنه غير مسوق بلحاظ الطواري بل بلحاظ نفس العقد، والشرط، فليرجع إلى استصحاب حكم المخصص، هذا بالنسبة إلى جواز الفسخ، وأما بالنسبة إلى جواز التراد، فكذلك، أي المتبع هو اطلاق مثل (لا يحل مال امرء... لو كان، وإلا فاستصحاب جوازه، ولا يمنع عنه مثل تلف إحدى العينين، لامتناع التراد، كما أفاد، لأنه ليس متعلقه نفسيهما، كي يمتنع ترادهما في الخارج، بل ملكيتهما، والملكية كما صح انتزاعها عن الموجود، صح انتزاعها عن التالف، فإنها من الاعتبارات، وهي مما لا يتوقف على موضوع موجود، بل إذا كان هناك منشأ انتزاع، تنتزع عن غيره، وليست هي بالجدة، التي

وأما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم، لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، وأصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة (٧٩).

على اللزوم بناء على الملك من العمومات الاجتهادية والأصل العملي وذكرنا كل واحد من العمومات مفصلاً ودلنا على عدم صحة التمسك في إثبات لزومها بآية (أوفوا بالعقود لخروجها عن عمومها بالتخصيص، لا بالتخصيص ثم ليعلم أنه على القول بالإباحة، فهي خارجة على وفق القاعدة وعلى القول بالملك وإن كان مقتضى الأصل والدليل هو اللزوم، لكن الاجماع قام على جوازها والمدرك لجوازها هو الاجماع وإن كان منشأه إجماع المجمعين هو خروجها عن عموم آية (أوفوا بالعقود) الذي هو الأصل في إثبات عموم كل عقد فهي جائزة على كلا تقدير القول بالملك والإباحة، إلا أنها تصير لازمة بطر وطوار موجبة للزومها. (ص ٢٢٦)

(٧٩) الآخوند: أما على القول بالإباحة فبناء على الأول إلى البيع، كما أشرنا إليه يكون المرجع

عند الشك فيها ما هو المرجع عند الشك في جواز الفسخ أو التراد من اطلاق وجوب الوفاء، أو لزوم الالتزام بالشرط، إلى غير ذلك لو كان، وإلا فاستصحاب الإباحة طابق النعل بالنعل، وبناء على عدم الأول إليه، فما لم يعلم حصول الملك فالأصل بقاؤها، لو كانا باقين، أو الباقي منهما على الملكية للمالك قبل حدوث ما يوجب الشك فيجوز تصرفه فيه بما شاء، كما يباح لصاحبه التصرف فيه بعده، كما كان قبله قطعاً، إذا علم بأن المالك لم يحدث فيه شيئاً، لا يبقى معه الإباحة، واستصحاباً لو شك فيه، أما إذا أحدث فيه ذلك، فلا مجال لاستصحاب جواز التصرفات، لحومة استصحاب نفوذ تصرف المالك، على استصحاب جوازها، كما لا ينفي. فانقدح بما حققناه، مواضع الخلل في كلامه، زيد في علو مقامه، قد أشرنا إلى بعضها، وربما نشير إلى بعض آخر فتدبر جيداً. (ص ٢٢)

الطباطبائي: لا يخفى أن مقتضى العمومات اللزوم ولو على القول بالإباحة إن أغمضنا عما ذكرنا من كونها مخصصة، بل مقتضى عموم (الناس) أيضاً ذلك حسبما

وهي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها (٨٠).

المالك بالرجوع فاستصحابه حاكم على استصحاب الإباحة، لا استصحاب السلطنة بأحد المعنيين، فتدبر جيدا. (ص ٤٩) * (ص ١٩٨، ج ١)
النائبي (منية الطالب): لا يخفى أن ما اختاره هنا ينافي ما ذكره في الأمر الرابع في الإباحة بالعمود من أن الأقوى للزوم، فإن مدرك الأقوال الثلاثة جار في مطلق ما يفيد الإباحة، سواء كان قصد المتعاقدين الإباحة أو التمليك، مع ترتب الإباحة على فعلهما. نعم، فرق بين المسلكين وهو أنه لو قلنا: إن الأصل هو الزوم - كما على مختاره قدس سره بناء

على الملك فالاجماع على الجواز إنما يفيد في المتيقن منه، لو كان معقد الاجماع محملا، كما يظهر منه قدس سره وبقوله: (المتيقن منه مورد تراد العينين مع بقاء صفاتهما، وعدم

انتقالهما إلى غيرهما) فمع تلفهما أو تغييرهما أو تملك غير المتعاطين لهما فالمرجع أصالة للزوم، للشك في شمول دليل الجواز لهذه الصورة وأما لو قلنا: إن الأصل عدم الزوم - كما على القول بالإباحة على مختاره، فالأمر بالعكس، فتأسيس الأصل على مختاره يترتب عليه آثار غير خفية. نعم، يرد عليه إشكال، وهو لو تمسكنا لأصالة للزوم بغير الاستصحاب من الوجوه السبعة الأخرى، فيقتضي أن يكون للزوم فيها هو الزوم الحقي سيما إذا تمسكنا ب (أوفوا بالعقود) أو (المؤمنون عند شروطهم) أو (البيعان بالخيار) فالاجماع على الجواز أيضا يقتضي أن يكون حقا ومقتضاه بقاء الخيار عند التلف، إلا أن يدعي الاجماع على الجواز مقيدا، ببقاء العينين - كما سيحجى توضيحه - نعم، بناء على ما سلكناه من أن: الفعل لا يقتضي للزوم، فالجواز المتصور فيه يرجع إلى الجواز الحكمي لا الحقي، لأنه يقع في مقابل للزوم الحقي، كالخيارات الشرعية فينحصر أن يكون الجواز حكما. (ص ١٩٢)
(٨٠) الطباطبائي: لكن لا يخفى أن أصالة السلطنة أيضا كذلك. (ص ٨٢) (*)

إذا عرفت هذا فاعلم: أن تلف العوضين ملزم إجماعاً - على الظاهر المصرح به في بعض العبائر - أما على القول بالإباحة فواضح، لأن تلفه من مال مالكة ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه (٨١).

(٨١) النائيني (منية الطالب): إلا أن يقال بناء على الإباحة: يعد فرض إفادة المعاوضة الضمان بالمسمى مقتضاه أن يصير التالف أنا ما ملكا له، فإذا كان التالف ملكا لمن تلف عنده فلا وجه لأن يكون عليه ضمان المثل أو القيمة، إلا إذا ثبت جواز رجوع المالك الأصلي حتى بعد التلف وفي خصوص الإباحة قام الإجماع القطعي على أن المبيع ليس له الرجوع إلى المثل أو القيمة التلف، فلا يؤثر فسخه، بل يمكن تطبيقه على القاعدة أيضا بتقريب أن: الجواز على الإباحة إنما يكون من جهة سلطنة المالك، فإذا تلف العينين ينتقل ملكه إلى طرفه وإرجاعه إلى ملكه ثانيا، يتوقف على ثبوت الجواز بعد التلف، وهذا يتوقف على دليل خاص عليه. وبالجملة: حكم الإباحة حال التلف حكم الملك، فإنه على كل تقدير يحصل الملك أما أنا ما، أو من أول الأمر، فإذا لم نقل بجواز الفسخ بعد التلف بناء على الملك كما سيحىء تقريبه - فعدم جوازه على الإباحة أولى. ثم، مما ذكرنا ظهر ما في قوله قدس سره: "لأن

تلفه من مال مالكة ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه"، لما عرفت من أن

التالف ملك لمن تلف عنده، لا للمبيح، فإن كونه من مال المبيع مناف لما تقدم منه من كون كل من المالكين مضمونا على الآخر بالضمان المعاملي، بل هو أيضا صرح بما ذكرنا في جواب استبعاد الشيخ الكبير كون التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين. (ص ١٩٧)

النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفي: أن ما أفاده (من كون التلف من مال مالكة) هدم لما أسس به القول بالإباحة من لزوم تقدير الملك أنا ما قبل التلف - كما تقدم تحقيقه عند نقل كلام كاشف الغطاء - وكان مختاره أيضا هو تقدير الملك قبل التلف

وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء. وأما على القول بالملك، فلما عرفت من أصالة اللزوم، والمتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين (٨٢).

التلف وفي عدمه بعده وإن كان يختلف وجه الحكمين أعني: جواز الرجوع قبل التلف وعدمه بعده بالنسبة إلى كل من قولي الملك والإباحة. (ص ٢٣١)
(٨٢) الآخوند: قد عرفت جواز ترادهما ملكا لا خارجا، فلا وجه للامتناع بمجرد التلف والارتفاع، فلوجه في عدم التراد هو اتباع اطلاق (الناس مسلطون) و (لا يحل مال امرء) ونحوهما. وإلا كان استصحاب جوازه مقتضيا لجوازه مثل استصحاب الجواز في البيع الخياري، بلا تفاوت أصلا ولو كان التلف مانعا عن التراد ملكا، لكان مانعا عنه في صورة الفسخ، مع: أن الظاهر: أن يكون الجواز ههنا - كالجواز في البيع الخياري - من عوارض

المعاملة، لا العوضين غاية الأمر: هناك بحق الخيار وههنا بمحض الحكم به وذلك، لأن الدليل عليه ليس، إلا السيرة التي استقرت على أن البيع بها ليس بالصيغة في عدم جواز الفسخ، بل يجوز فسخه لعدم استحكام المعاطاة عندهم استحكام الصيغة وبالجملة: بنائهم في المعاملة المعاطاتية بحل نفوذ الفسخ من أحد المتعاطيين ولو مع عدم رضا الآخر. (ص ٢٢)

النائني (منية الطالب): أما على القول بالملك، فلو ثبت الإجماع على أن تلف العوضين ملزم فلا إشكال، وهذا وإن لم يكن إجماعا تعبديا، إلا أنه يصير منشأ للشك في أن جواز المعاملة دائمي أو مختص بما دام العين باقية، كما في باب خيار العيب، فبعد تلف العين لم يحرز الجواز، ولا يمكن استصحابه أيضا - كما سيجيء وجهه - وأما لو لم يثبت، فإذا قلنا: بأن الأصل في المعاطاة اللزوم، للوجوه الثمانية فالإجماع على الجواز، لو كان مقيدا ببقاء العينين، فالمرجع في مورد تلفهما هو أصالة اللزوم، ولو لم يكن مقيدا وشك في بقاء الجواز حال التلف يدخل في النزاع المعروف وهو أن المرجع هل هو،

وحيث ارتفع مورد التراد امتنع، ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف، لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين فلا مانع من بقاءه. 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 الموهوبة، فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز، بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التراد، لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة (٨٣).

وهب العين للمتهب، لكي ينقله بلا ضمان له بالمثل أو القيمة، فإذا كان باقيا في يد المتهب

فله الرجوع بعين ماله فإذا تلف، فليس له الرجوع بأخذ مثله أو قيمته لكون مبنى المعاملة على عدم التضمين بالمثل والقيمة. وأما في الأول: فلأن بناء المعاملة على الضمان بالمسمى. فإذا سلم المسمى فهو، ومع عدمه، إما لفساده من الأول أو بواسطة الرجوع، لا بد من الرجوع إلى المحل أو القيمة. وليس التلف في هذه الصورة مانعا عن الرجوع بعد إمكان الرجوع بأخذ المثل أو القيمة كما لا يخفى. (ص ٢٣٠)

(٨٣) الطباطبائي: هذا، ظاهر في دعوى معلومية كون الجواز في المقام بهذا المعنى، مع أنه

لا دليل عليه. فالأولى: ما ذكره أولا وآخرا من أنه القدر المعلوم، وإن الشك في ثبوت الأزيد كاف في عدم جواز الاستصحاب، إما لعدم العلم بالمستصحب، حيث إن الجوازين متغايران وإما لعدم بالموضوع حسبما أشرنا آنفا. (ص ٨٢)

الإيرواني: يمكن أن يقال: إن حق كل واحد من المتعاطيين متعلق بعين ماله، فله إعادة عين ماله، واسترجاعه إلى ملكه وأما رجوع مقابله إلى ملك صاحبه، فذلك من لوازم إعادة ملكه، لا أنه من مقومات حقه وجزء من استحقاقه، حتى يسقط الحق، مع تلف الآخر بل لنا: أن نقول إن تعلق الحق بعين ماله معلوم ولا نعلم سقوط هذا الحق، بتلف عوضه فيستصحب بقاء الحق. ومعه، لا يبقى مجال الرجوع إلى أصالة اللزوم

هذا، مع أن الشك في أن متعلق الجواز هل هو أصل المعاملة أو الرجوع في العين، أو تراد العينين؟ يمنع من استصحابه، فإن المتيقن تعلقه بالتراد، إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراد العينين الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما. (٨٤)

جواز الرجوع له فلا بد أن يرجع إليه عين ماله عند بقائها، وبدلها عند تلفها. (ص ١٩٥)
الإصفيهاني: تحقيق الحال في أن الجواز في المعاطاة هل هو من عوارض العقد أو من عوارض العوضين: إن الدليل على جواز المعاطاة، إما الإجماع أو السيرة، فإن كان الإجماع الذي يستدل به، هو الإجماع على توقف العقود اللازمة على اللفظ فمن الواضح، أن ذلك اللزوم المرتب على العقد اللفظي منفي في غيره وهو إما خصوص اللزوم، من حيث فسخ السبب المعاملي أو أظهر فردية ذلك. فهو المتيقن منه وإن كان المراد الإجماع في خصوص باب المعاطاة على جواز التراد فنقول: إن المعاطاة حيث أنها عند غالب المجمعين لا تفيد، إلا الإباحة فليس هناك سبب معاملي مؤثر، بل حكم وموضوع، فلا مورد للفسخ والحل أو لا إجماع حينئذ على الجواز بناء على إفادة الملك، حتى يتكلم فيه، أنه من عوارض السبب، أو المسبب وإن كان الدليل هي السيرة، فمن البين أن بناء العرف على عدم المعاملة مع المعاطاة كما يعاملون مع الصيغة بمعنى أن القول له عندهم نحو من الاستيثاق والاستحكام، بحيث ليس للفعل ذلك الاستيثاق والاستحكام عندهم فالمقابلة عندهم بين القول والفعل في الاستحكام والاشتياق لا بين الملك في المعاطاة ونفس الصيغة، حيث لا مقابلة بين المسبب في طرف والسبب في طرف آخر. ولا بين الملكين، حيث إنه لا مقابلة بين ما بالذات في طرف وما بالعرض في طرف آخر، لأن المفروض أن الملك في باب المعاطاة أثره بالذات جواز الرد وفي باب الصيغة الجواز بالذات أثر الصيغة وبالعرض أثر الملك. (ص ٥٠) * (ص ٢٠٣، ج ١)
(٨٤) الآخوند: وقد انقدح مما ذكرنا (تحت الرقم ٨٢) فساد هذه العلاوة وذلك، لما علم أن

ومنه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك (٨٥).
وأما على القول بالإباحة، فقد استوجه بعض مشائخنا - وفاقا لبعض معاصريه،

الاطلاق لو كان، مانعا من الاستصحاب مطلقا، ولو علم أن الجواز كان عن عوارض البيع،
كما في البيع الخياري. ولولاه، فلا مانع من استصحابه ولو علم بكونه من عوارض
العوضين، لا يمكن تحقه مع تلفهما، وما لا يكاد يتحقق معه ترادهما خارجا، لا ملكا. ومنه
يعلم: حكم ما لو تلف أحد العينين، أو بعضها، على القول بالملك، وأما على القول
بالإباحة: فالأصل عدم اللزوم، كما استوجه بعض المشايخ على ما حكاه، لأصالة
السلطنة، بل لقاعدتها، بناء على شمول دليلها لمثل هذه الطواري. (ص ٢٣)
النائبي (منية الطالب): ولو شك في موضوع الجواز، فلا يجري استصحاب حكم
المخصص أيضا، فإن الجواز وإن كان مرددا بين مقطوع البقاء ومقطوع الارتفاع، فيدخل
في القسم الثاني من الاستصحاب الكلي، إلا أنه لا يجري في الأحكام إذا كان منشأ الشك
فيها الشك في موضوعها. وفي المقام، وإن لم نقل بأن جواز المعاملة عبارة عن تراد
العينين، بل قلنا: إنه عبارة عن رد المعاوضة، إلا أنه يمكن ثبوتها أن يكون ردها مشروطا
ببقاء العين ومع الشك يؤخذ بالمتيقن. وعلى هذا: فعلى القول بالإباحة أيضا، لا يمكن
إحراز جواز الرد بعل التلف، لأن جواز الرد الثابت للمبيح قبل التلف كان من جهة سلطنة
المالك وحيث إنه بالتلف خرج الملك عن ملكه ودخل في ملك المباح له فهذه السلطنة
ارتفعت قطعا ولم يثبت سلطنة أخرى، إلا ما ثبت بالإجماع الذي دل على جواز المعاطاة
وعرفت: أن هذا الإجماع لا يفيد لإثبات الجواز بعد التلف. (ص ١٩٨)
الإصفهاني: أما بناء على ما قدمناه من التلازم بين بقاء العقد وبقاء الملكية حقيقة أو
اعتبارا، فلا إشكال في استصحاب الجواز على أي حال. (ص ٥٢) * (ص ٢١١، ج ١)
(٨٥) النائبي (منية الطالب): بعدما تقدم منا، أنه يمكن ثبوتها أن يكون جواز المعاطاة
مختصا بمورد قيام العينين على حالهما. فبعد تلف إحدهما، أو تلف بعض من إحدهما،
يرتفع موضوع الجواز وهذا على الملك مسلم. (ص ١٩٩)

تبعاً للمسالك أصالة عدم اللزوم، لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة،
وملكه لها. (٨٦)

(٨٦) النائيني (منية الطالب): تقدم منا: إن الحكم كحكم الملك على الإباحة أيضاً - حذو النعل بالنعل - لأنه بناء عليها يحصل الملك أيضاً بتلف إحداهما لكل من المبيح والمباح له، فإنه إذا صار من تلف المال عنده مالكا للتالف آنا ما يملك الآخر العين الموجودة أيضاً، فإذا ملك منهما مال الآخر فمقتضى الاستصحاب بقاء ملكهما واسترجاع العين عن يده حتى يرجع هو إلى مثل ماله أو قيمته الذي تلف عند طرفه يتوقف على دليل وحيث إنه لا دليل فيتعين المال الموجود للعرضية عن التالف. (ص ٢٠٠)

الطباطبائي: الأولى: التمسك بعموم القاعدة لا الأصل، إذ لا مجرى له مع وجود العموم ولا مانع من التمسك به وحينئذ فلا تعارضه أصالة البراءة عن الضمان، لأنه دليل اجتهادي. (ص ٨٢)

الإيرواني: قد عرفت أن الإباحة على هذا القول شرعية لا مالكية، لأن مفروض الكلام قصد المتعاطيين للتمليك فدليل: (سلطنة الناس) قاصر عن إثبات سلطنة المالك على إزالة ما حكم به الشارع، وسلطنته على ماله بالأخذ والعطاء لا تنافي بقاء الإباحة ما دام المالك باقياً. ثم إن حق المقام أن يتمسك بدليل (سلطنة الناس)، لأصالة السلطنة، فإنه ما دام الدليل الاجتهادي قائماً لا يبقى مجال للتمسك بالدليل الفقاهتي. (٨٧)

النائيني (المكاسب والبيع): يمكن أن يكون قوله (وملكه لها) عطفاً تفسيريّاً لسلطنة مالك العين فيكون الحاصل هو التمسك بأصالة بقاء العين على ملك مالكيها الأول ويمكن أن يكون مغايراً معه بأن يكون الغرض منه هو الاستدلال بأصالة بقاء ملك المالك الأول وأن المراد من أصالة بقاء سلطنة مالك العين هو بقاء علقه مالك العين على العين ولو بعد خروجها عن ملكه بالتلف نظير ما قالوا من (عدم انقطاع علقه المالك عن العين في المعاملة الخيارية بتمامها)، بل إنما يبقى من علقته شيء بها يصح منه الفسخ

وفيه: أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف أو قيمته (٨٧).

وإن حق الفسخ ليس حقا جديدا يثبت بالعقد، بل إنما هو حقه الموجود قبل العقد الغير الزائل بسبب العقد. وكيف كان، فلا يمكن المساعدة معه في شئ من الاحتمالين لعدم إجراء شئ من الأصليين، لأصالة بقاء العين على ملك مالكها الأول، ولأصالة بقاء سلطنة المالك بعد انتقال العين عنه بواسطة التلف أما الأول: فللقطع بانتقال العين الموجودة عن مالكها إلى الآخر بواسطة تلف العين وأما الثاني، فلأنه بعد الانتقال لا تبقى علاقة للمالك الأول أصلا فعلاقة الملكية التي بينه وبين العين بتمامها وكمالها تتعلق ببديل العين المنتقلة إليه بحيث، لا يبقى منها تعلق إلى العين المنتقلة عنه بوجه أصلا وإنما حق الخيار حق جديد يثبت بالعقد إما بجعل الشارع كما في مثل: المجلس والحيوان. أو بجعل حكما أو حقا - كما سيأتي تحقيقه في مباحث الخيارات - ومع القطع بانقطاع علاقة المالك بتمامها

عن العين الموجودة لا ينتهي إلى الشك حتى يستصحب بقاء سلطنة فظهر: أن الأصليين لا مجرى لهما أبدا وأنه مع القطع بانتقال العين الموجودة إلى مالك العين التالفة لو شك في ارتجاعها عنه إلى المالك الأول يكون المحكم هو أصالة بقاء ملكية المالك الثاني أو أصالة براءة ذمة مالك الأول عن المثل أو القيمة مع قطع النظر عن حكومة أصالة بقاء ملك المالك الثاني عليها كما بناه. (ص ٢٣٨)

(٨٧) الإيرواني: المعارضة مبنية على ثبوت التلازم بين جواز الرجوع واشتغال الذمة ببذل التالف، فيعارض الأصل المثبت للملازم الأول الأصل النافي للملازم الثاني، لكن يدفعه ما عرفت: أنه لا حاجة إلى التمسك بالأصل في الملازم الأول بعد قيام الدليل الاجتهادي على السلطنة فيه ولو فرضنا الحاجة فأصالة الاستصحاب عندهم حاكم على أصالة البراءة، إلا أن يتمسك هناك أيضا باستصحاب براءة الذمة من المثل والقيمة. (ص ٨٧) الإصفهاني: لا يخفى عليك أن أصالة البراءة عن الضمان لا تعارض أصالة بقاء السلطنة بالذات، بل المعارضة بينهما بالعرض إما للقطع بعدم مجانية التالف أو لما ادعاه

والتمسك بعموم (على اليد) هنا في غير محله (٨٨).

ملك مالكه، فإذا خرج عن ملكه بمقتضى الضمان المعاوضي انقطعت سلطنته أيضا، فلا يجري استصحاب حتى يعارض بأصالة البراءة. وبالجملة: مقتضى الضمان المعاملي - أي التعهد بكون المسمى عوضا - أن تصير العين الباقية ملكا لمن هي في يده، لأن التالف يصير حين التلف ملكا لمن تلف عنده، فلا محالة يصير عوضها ملكا للآخر، فكيف يبقى سلطنة مالك العين الموجودة؟ ولا مجال لاستصحابها قطعا. (ص ٢٠١)

(٨٨) النائيني (المكاسب والبيع): (وفيه): أن مقتضى (على اليد) هو ليس ضمان المثل أو القيمة مع وجود العين، بل إنما مفاد (على اليد) ردها ما دامت موجودة ورد ما كان أقرب إليها لو صارت معدومة ولو منع عن التمسك به في المقام لا نسد باب التمسك به في كل معاملة خيارية، إذ قبل التلف لا ضمان على ما ذكره وكذا بعده إذا لم يختر الفسخ وهذا كما ترى والتحقيق هو: أن المتعاملين لما لم يقدموا إلا على الضمان بالمسمى وما دامت العين سالمة لهما فهو وإلا فيرجع إلى الأقرب إليهما من المثل أو القيمة كل ذلك بواسطة دليل الضمان وإن كان استفادة هذه الجملة بتمامها من عموم (على اليد) مشكلا، إلا أنه اشكال علمي يرد عليه وإلا فأصل المطلب ثابت من غير اشكال. ولكن يمكن أن يستدل لعدم امكان الاستدلال بعموم (على اليد) في المقام بأن عمومه إنما يدل على ضمان المثل أو القيمة على تقدير الفسخ، لا مطلقا. فاثبات ضمان المثل أو القيمة مطلقا بما يدل على اثباته في حال دون حال يكون كاثبات وجوب اكرام زيد في حالتي الجهل والعلم بعموم وجوب اكرام العالم وهو كما ترى. (ص ٢٣٥ و ٢٤٠)

الإصفيهاني: وضع اليد على شيء إذا كان بإذن المالك ورضاه صريحا أو ضمنا لا يوجب دخول ذلك الشيء في عهدة ذي اليد وليس بناء العرف المبني عليه حكم الشارع بالضمان، تضمين اليد المأذونة من قبل المالك بالإباحة الشرعية المستندة إلى رضا المالك ضمنا لا يجامع مع الضمان عرفا فكذا شرعا وأما الإباحة التعبدية المحضنة من

بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان (٨٩)، بل ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع (٩٠).

دون استناد إلى سبب المالك ورضاه صريحا أو ضمنا فلا ينافي العهدة والضمنان فنقول: إذا فرض أن اليد ولو في هذه الصورة لا يوجب دخول العين في العهدة بمجرد وضع اليد ولا بعد تلفها أيضا وإنما الكلام في الدخول في العهدة بالرجوع فلا محالة لا يكون عموم (على اليد) دليلا على الضمان، إذ حال ثبوت اليد لا عهدة ولا عهدة بغير اليد لأن المفروض الاستدلال على الضمان بقاعدة اليد وكون اليد شرطا متقدما لثبوت العهدة عند الرجوع أو كون الرجوع شرطا متأخرا لثبوت العهدة باليد عند التلف على فرض معقوليتها يحتاج إلى دليل غير عموم (على اليد) الظاهر في ثبوت العهدة بمجرد وضع اليد مضافا إلى أنه لا يستحق مطالبة البديل إلا مع ثبوت العهدة فكيف يتوقف ثبوت العهدة على المطالبة. (ص ٥٣) * (ص ٢١٥، ج ١)

النائبي (المكاسب والبيع): لا معنى له بعد القطع بكون المعاملة معاوضة لا مجانية، اللهم إلا أن يكون مراده نفي ضمان المثل أو القيمة وهو وإن كان صحيحا، إلا أن ضمان المثل أو القيمة في كل مورد يتحقق إنما يتحقق بعد التلف إذ لا معنى له على تقدير عدم التلف. (ص ٢٤٠)

(٩٠) النائبي (منية الطالب): إن ما ذكره هدم الأساس باب المعاوضة، فإن (ما يضمن بصحيفة يضمن بفاسده) قاعدة مستخرجة من قواعد المعاوضات، وأساسها بيتني على الضمان قبل تلف العين وبعده. أما قبله فبالعوض المسمى، وأما بعده فبالعوض الواقعي من جهة عموم (على اليد) فإن اليد على مال الغير توجب ضمانه إذا لم يكن مجانيا فما دام العين باقية فالتضمين يقتضي بدلية كل من العينين عن الأخرى، فإذا رجع إحداهما إلى مالكها الأصلي ترجع الأخرى إلى مالكها أيضا إذا كانت باقية وعوضها إذا كانت تالفة. نعم، معنى ضمانها عند التلف هو الضمان عند الفسخ والرجوع، وأما مع

إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً (٩١). هذا، ولكن يمكن أن يقال: إن أصالة بقاء السلطنة حاکمة على أصالة عدم

الامضاء، وعدم الرجوع فلا معنى للضمان. وبالجملة: معنى الضمان أنه لو تلف وطراً فسخ أو انفساخ فيرجع مثلها أو قيمتها، وليس هذا إلا مقتضى المعاوضة واليد، فإن المعاوضة تقتضي ضمان كل من المالكين مال الآخر قبل القبض بمقتضى شرط التسليم ضمناً، وبالقبض ينتقل الضمان، أي ضمان كل ملك على مالكة فإذا طراً الفسخ فمقتضى (اليد) أن يكون ضامناً لبدله لو كان تالفاً. (ص ٢٠١)

(٩١) النائبي (المكاسب والبيع): لا يستقيم هذا أصلاً لأن مقتضى اليد ليس إلا ضمان المثل بعد الرجوع، لا أن ضمانه بعد الرجوع ليس من مقتضى اليد مضافاً إلى: أن نفي ضمان المثل أو القيمة عند عدم إرادة الرجوع متحقق في كل معاملة خيارية ولازمه عدم صحة التمسك بعموم (على اليد) لإثبات ضمان المثل أو القيمة في كل معاملة خيارية ولازمه عدم صحة التمسك بعموم (على اليد) لإثبات ضمان المثل أو القيمة في كل معاملة خيارية يقع الفسخ فيها بعد تلف أحد العينين وهو مخالف لما بنوا عليه وبنى هو أيضاً من التمسك بالعموم المذكور في إثبات ضمان المثل أو القيمة. (ص ٢٤٠)

الإيرواني: ويدفعه أولاً: إن عليه اليد للضمان عليّة تامة لم تنزل باقية ولم تخرج صورة بناء مالك العين الموجودة على إمضاء المعاملة عن تحت عموم (على اليد)، بل إمضائه للمعاملة في قوة إبرائه لذمة صاحبه وثانياً: إن خروج صورة إمضاء المالك للمعاملة بالاجماع لا يمنع من التمسك بالعموم في غير هذه الصورة وإلا لم يحز التمسك بكل عام بعد التخصيص القدر المذكور، فيقال: إن مقتضى إكرام العلماء أن العلم علة تامة لوجوب الإكرام فإذا دل دليل على عدم وجوب إكرام الفاسق أبطل تلك العلية التامة وإثبات العلية الناقصة وهو وجوب إكرام العالم غير الفاسق يحتاج إلى دليل آخر غير الدليل الأول القاضي بالعليّة التامة. (ص ٨٧)

الضمان بالمثل أو القيمة (٩٢). مع أن ضمان التالف يبده معلوم (٩٣).

(٩٢) الإيرواني: كيف يمكن أن يقال مع أن أحد الشكين ليس مسببا عن الآخر، بل ثبوت السلطنة واشتغال الذمة متلازمان في عرض واحد وليسا من قبيل اللازم والملزوم ليكون الأصل المثبت لأحدهما حاكما على الأصل النافي للآخر، إلا أن يكون المراد من الحكومة حكومة الاستصحاب كلية على أصالة البراءة، لأنك عرفت: إن استصحاب البراءة من ذاك الجانب موجود أيضا، بل يمكن أن يقال إن الاستصحابين يتعارضان ويتساقطان فبقي أصالة براءة الذمة عن التكليف بأداء المثل والقيمة سالما، لكن هذا كله مع الغمض عما ذكره سابقا من عدم المساغ للرجوع إلى الأصول بعد عموم دليل السلطنة. (ص ٨٧)

الطباطبائي: لكن لا يخفى أن الضمان فرع جواز التراد لا مجرد السلطنة على التصرف، فأصالة بقاء السلطنة إنما تنفع إذا لوحظت من حيث كونها سلطنة على جميع التصرفات التي منها التراد وإلا فليس من آثار مطلق السلطنة على العين الموجودة ضمان بدلها. كيف وهي متحققة من أول الأمر ولا يقتضي الضمان فهو متفرع على الاسترداد وحل عقدة المعاملة فلا بد أن يقال: إن الأصل بقاء السلطنة على الاسترداد وحل العقد ولازم ذلك الضمان. (ص ٨٢)

النائبي (منية الطالب): إن حكومة أصالة بقاء السلطنة على أصالة البراءة إنما تتم إذا كان مفاد أصالة بقاء السلطنة وأثرها الشرعي رفع البراءة، أو اثبات ضدها أي الاشتغال، وإلا

فمجرد السببية والمسببية لا أثر له. ولا شبهة أن أثر أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة ليس اشتغال ذمته بالمثل أو القيمة أو عدم خلو ذمته عنهما، بل أثرها الشرعي رجوع العين إلى ملكه لو فسخ. نعم، لازم رجوعها إليه أن يضمن بدل التالف، لما ثبت من الخارج أنه لم يعط مالك التالف ماله مجانا، والملازمة الخارجية غير مفيدة في رفع الشك المسببي. (ص ٢٠٢)

مع أن ضمان التالف ببدله معلوم (٩٣).

ثبتت بالاجماع على الجواز دون الثاني فإن المال باق على ملك مالكه في صورة بقاء المعنيين فسلطنة المالك بجميع أنحاءها غير منقطعة عنه، إلا أنه ليس في صورة بقاء العوضين إلا جواز التراد خصوصا على ما قدمنا من أن التعبير بجواز التراد من المجمعين القائلين بالإباحة غالبا وعليه يتقيد دليل السلطنة المطلقة بخصوص التراد في صورة بقاء العينين فإذا لم يكن مجال للتمسك بعموم بقاء السلطنة لتقيدها بالتراد والمفروض عدم إمكان التراد عنده فلا مجرى لأصالة السلطنة أصلا. نعم تقع المعاوضة بين أصالة بقاء المال على ملك صاحبه وأصالة عدم الضمان لمكان القطع بعدم مجانية التالف ولا حكومة لأحديهما على الأخرى وأما على ما قدمناه من إمكان التراد مع التلف فاستصحاب جواز التراد لا مانع منه وله الحكومة على أصالة عدم الضمان بالمثل والقيمة لما مر من أن مقتضى التراد ضمان التالف ببدله الواقعي، فتدبر

جيذا. (ص ٥٤) * (ص ٢١٧، ج ١)

(٩٣) الطباطبائي: لكن لا يخفى أن هذا لم تكن إحدى الخصوصيتين مخصوصة بتحققها سابقا وإلا فالأصل بقاؤها كما في المقام حيث إنه في السابق أعني: قبل تلف إحدى العينين لم يكن ضمان المثل أو القيمة بل كان الضمان بالبدل الجعلي فالأصل بقاء عدم الضمان بالبدل الحقيقي بل بقاء الضمان بالبدل الجعلي. وبعبارة أخرى: أصل البراءة عن الضمان الحقيقي لا معارض له فلا يضر لعلم الاجمالي في المقام، فتدبر. (ص ٨٢) الإصفهاني: إن أريد من الضمان المعلوم الأعم من ضمان المعاوضة وضمن الغرامة فالعلم الاجمالي غير مانع، لأن ضمان المعاوضة مسبق بالوجود وضمن الغرامة الواقعي مسبق بالعدم فلا معارضة بينهما حتى يتساقطان بسبب العلم الاجمالي وإن أريد من الضمان، ضمان الغرامة والمراد من البدل الجعلي ما جعله الشارع بدلا تعديدا للتألف على خلاف الطريقة العرفية في باب الغرامات لا البدل الجعلي من المتعاطين ليكون من

إلا أن الكلام في أن البدل هو البدل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة، أو البدل الجعلي، أعني العين الموجودة، فلا أصل (٩٤).

ضمان المعاوضة فكل من الضمان بالبدل التعبدي والبدل الواقعي مسبوق بالعدم ولا مجال لهما معا لكمال العلم الإجمالي فيتساقطان ويبقى أصالة السلطنة المقتضية للرجوع وضمان التالف ببدله الواقعي من باب اقتضاء الرجوع وانحلال المعاوضة سليمة عن المعارض. (ص ٥٤) * (ص ٢١٨، ج ١)

(٩٤) النائيني (المكاسب والبيع): وهو فاسد، لأن ما ذكره يصح فيما إذا كان المتيقن في مرحلة الثبوت وأريد احراز بقاء إحدى الخصوصيتين بالأصل، إذ لا مورد لاجراء الأصل في شئ منهما لعدم العلم بحدوث شئ من الخصوصيتين. (ص ٢٣٧)

النائيني (منية الطالب): إن قوله: (فلا أصل) إنما يصح لو كان الشك في مرحلة البقاء فيجري الاستصحاب فيتساقط الأصلان للعلم الإجمالي، وذلك، لأنه لا إشكال في ثبوت سلطنة كل منهما على ماله، وبراءة ذمة كل منهما على البدل الواقعي ما دامت العينان باقيتين، وإنما الشك في ارتفاع السلطنة والبراءة بعد تلف إحدهما، فإذا استصحب بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وبراءة ذمته عن المثل والقيمة، فيتعارضان وأصالة البراءة عن البدل الواقعي لها حالة سابقة غاية الأمر، لا تجري إما للتساقط مع أصالة بقاء السلطنة، أو لعدم إمكان جعلهما في الجعل. وبعبارة أخرى: في مورد بقاء العين لا معنى لاشتغال الذمة بالبدل الواقعي حتى يقال: لا نعلم بعد التلف بأن الذمة مشغولة به أو بالمسمى ولا أصل يعين بل الذمة لم تكن مشغولة به قطعا، وإنما الشك في أن عدم اشتغال الذمة به باق حتى لا يمكن له الرجوع، بل يتعين المسمى للبدلية لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض، أو ارتفاع حتى يمكن له الرجوع فاستصحاب عدم اشتغال الذمة بالبدل الواقعي لا محذور فيه في حد نفسه نتيجة تعيين المسمى للبدلية. كما أن استصحاب بقاء السلطنة مع قطع النظر عما أوردناه عليه لا محذور عليه فيه أيضا في حد نفسه، ونتيجة اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة. (ص ٢٠٣)

هذا، مضافا إلى ما قد يقال: من أن عموم (الناس مسلطون على أموالهم) يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقي، وهو المثل أو القيمة، فتدبر (٩٥).

(٩٥) الطباطبائي: ولكن اجراء قاعدة السلطنة بالنسبة إلى المال التالف مشكل ولهذا لم يذكروا من جملة أدلة الضمان قوله عليه السلام (الناس مسلطون) ثم لا حاجة في نفي أصل البراءة إلى اجرائها في المال التالف بل يكفي جريانها في المال الموجود، فإن مقتضاه ضمان المال التالف حسبما عرفت والحاصل أن التمسك بعموم الناس لاثبات أخذ المال الموجود يكفي في المطلب إذ هو دليل اجتهادي ومعه لا يجري أصل البراءة ثم إذا أجرينا القاعدة في المال التالف فاللازم الحكم بعد لزوم في صورة تلف العينين أيضا على القول بالإباحة. فلا وجه لما ذكره سابقا من وضوح عدم بقاء الجواز، فتدبر. (ص ٨٢)

النائيني (المكاسب والبيع): إن التمسك بهذا العموم منوط على كون المال الموجود ملكا للآخذ لكي يثبت صحة تصرفه بذاك العموم وأما لو لم يكن ملكا له فلا يمكن احراز صحة أخذه بعموم (الناس مسلطون) والمفروض: خروج هذا المال عن ملكه وانتقاله إلى من بيده بواسطة تلف الآخر وكذا انتقال التالف إلى من وقع التلف عنده ومع هذا الفرض فلا موقع لهذا التمسك أصلا ولو أريد إحراز بقاء ملكية باستصحاب بقاء السلطنة فيرجع إلى ما تقدم ويرد عليه المنع السابق من: أن المورد مورد استصحاب بقاء ملكية كل مال لمن انتقل إليه بالتلف المقتضي لا لزوم وعدم جواز تصرف كل بالأخذ وبالجملة: فما أفاده في هذا المقام لا يستقيم بوجه أصلا. (ص ٢٣٨)

الآخوند: قد مر غير مرة أنه ليس لعمومه هذا الشأن وإنما شأنه اثبات السلطنة للمالك قبلا لحجره فيما سوغ من التصرفات فلا دلالة له على تجويز تصرف فضلا عن الدلالة على الضمان بالمثل أو القيمة. (ص ٢٤)

ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته، فيسقط عنه، والظاهر أنه في حكم التلف (٩٦).

النائبي (منية الطالب): إبطال البراءة بعموم (الناس مسلطون) لا معنى له، لأن العين الموجودة لو كانت ملكاً لمالكها الأصلي فلا شبهة في ضمانه البديل الواقعي، لأن بقاءها في ملكه ملازم لبقاء التالف في ملك الآخر، فإذا رجع مالك العين الموجودة إلى عينه فيرجع الآخر إليه ويأخذ منه بدل التالف، لأنه لم يكن مجانياً ولو كانت ملكاً لمن في يده فلا سلطنة للمالك الأصلي، وعموم السلطنة لا يحرز موضوعه. (ص ٢٠٣)

(٩٦) النائبي (منية الطالب): أما صحتها في المقام فلا اشكال فيها. أما على القول بكفاية الاعطاء من طرف واحد فواضح. وأما على القول بعدمه فللفرق بين المقام والبيع نسيئة، لأن التعاطي متحقق في المقام، لأن الدين بمنزلة المقبوض فلا يحتاج إلى القبض ثانياً. وأما تملك الإنسان لما في ذمته أنا ما وسقوطه به فهو نظير تملك المشتري لعمودية أنا ما وانعتاقهما عليه. والقول بعدم تعقل تملك الإنسان لما في ذمته أنا ما مساوق للقول ببطلان بيع الدين على من هو عليه وشراء مال المديون بالثمن الذي في ذمته، لأنه لو قلنا يملكان ومع هذا ينعقدان وهذا الدليل موجب لتخصيص (لا عتق إلا في ملك) وأما في المقام فحيث لم يقدّم دليل خاص على صحة بيع الدين على من هو عليه، ولا على صحة شراء مال المديون بالعوض الذي في ذمته فلا بد من تطبيقهما على القواعد العامة ومقتضى المعاوضة أن يدخل العوض في ملك من خرج عنه المعوض، فإذا اشترى المشتري مال المديون بالثمن الذي في ذمته فيملك المديون - لا محالة - الثمن الذي في ذمته. نعم، حيث أنه لا يعقل أن يملك الإنسان لما في ذمته فيسقط. (ص ٢٠٤)

النائبي (المكاسب والبيع): أما على القول بالملك فالحق أنه كالتلف الخارجي في كونه ملزماً لأن الدليل الدال على الجواز إنما يدل عليه مع إمكان التراد كما تقدم ومع تلف

لأن الساقط لا يعود (٩٧). ويحتمل العود، وهو ضعيف (٩٨).

الدين على من هو عليه لا يمكن التراد فلا يبقى مورد للجواز، وما ذكرناه ليس متوقفا على القول بصيرورة الدين ملكا لمن هو عليه ثم تلفه عليه كما هو الحق بل يصح ولو قلنا بترتب التلف على البيع بلا واسطة. (ص ٢٤٣)

(٩٧) الآخوند: لا يكاد يعود نفس الساقط، حقيقة، لامتناع إرادة المعدوم، لكنه لا يختص بالساقط بل الملكية الزائلة عن العين الموجودة كذلك لا تعود لذلك وإعادة مثله كما في الملكية بمكان من الامكان فالعمدة مع الشك: هو أصالة عدم العود وعدم زوال ملكه عما انتقل إليه بعوض الدين ولا استصحاب للجواز ههنا ليحكم عليها كما لا يخفى. (ص ٢٤)

الإيرواني: الساقط إن عاد أو لم يعد لم يختلف بذلك الحال في المقام وإنما الموجب لذهاب الحق أصل السقوط فإن عاد لم يعد الحق، إذ بالسقوط يذهب موضوع الخيار ولا يبقى للحق متعلق ورجوع الذمة مشغولة بعد الفسخ لا يصحح تعلق الحق فإنه لا بد أن يكون متعلق الحق في مرتبة سابقة على الفسخ موجودا حتى يتعلق به الحق فيفسخ ويأخذ بحقه هذا، مضافا إلى: أن عود الذمة مشغولة اشتغال جديد غير ذلك الاشتغال الكائن أولا فالذي ذهب من الاشتغال لا يعود أصلا والعائد شخص آخر بخروج العين عن ملك

هذا ولن يعود بعوده إلا عودا كان بالفسخ لسبب الناقل على تأمل أيضا. (ص ٨٧)

الإصفهاني: تحقيق المقام: أن المراد بجواز التراد إن كان تراد المأخوذ بالمعاطاة لشخصه فتراد شخص الذمة الساقطة على الفرض غير معقول، لأن الذمة تتشخص بتشخص أطرافها فمع سقوط ما في الذمة لا شخص وتخلل العدم في شخص واحد محال ولذا يمتنع إعادة المعدوم. (ص ٥٥) * (ص ٢١٩، ج ١)

والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة، فافهم (٩٩).

النائبي (منية الطالب): هذا هو الأقوى، فإنه مضافاً إلى: عدم الدليل على جواز الرجوع وتملك ما في ذمة الغير ثانياً يمتنع لجهة أخرى، بناءً على ما سيحى في باب خيار المجلس من أنه يعتبر في جواز الرجوع بالخيار ونحوه خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من أنتقل عنه، نظراً إلى أن خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه ولو أنا ما، وهذا ممتنع في المقام، لأنه إذا رد المشتري العين الموجودة إلى المديون فلا بد أن يخرج الدين عن ملكه ويدخل في ملك المشتري، ودخول الدين في ملك المديون نتيجة السقوط دائماً، نظير انعقاد العمودين في ملك المشتري لهما، فإنه إذا ملكهما ينعقدان، فإذا كان نتيجة السقوط يمتنع الرجوع، بل ولو لم نقل باعتبار تلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه لكان مجرد احتمال منشأ للشك في جواز الرجوع والمتيقن غير هذه الصورة. (ص ٢٠٥)

(٩٨) الطبائبي: بل لا وجه له. (ص ٨٢)

(٩٩) الآخوند: فإن الظاهر أن إباحة الدين على من عليه الدين لا يعقل لها معنى إلا سقوطها،

فيعود أن الساقط لا يعود مع ما علقناه عليه طابق النعل بالنعل، فافهم. (ص ٢٤)
الإيرواني: بل ينبغي الالتزام ببطلان المعاملة على هذا القول، إذ لا معنى لإباحة ما في الذمة وإرجاعه إلى معنى آخر معقول وهو سقوط ما في الذمة مما لا وجه له. وإنما التزمنا بالسقوط على القول بالملك من جهة أن ملك الذمة حقيقة هو براءة الذمة عن الاشتغال للغير، كما أن ملك النفس حقيقته الحرية والاطلاق عن قيد العبودية والمملوكية للغير. (ص ٨٧)

الطبائبي: حاله حال تلف إحدى العينين على القول بالإباحة فيمكن الحكم بالجواز لقاعدة السلطنة بالنسبة إلى العوض الموجود. (ص ٨٢)

ولو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم، فهو كالتلف على القول بالملك، لامتناع التراد (١٠٠)، وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة (١٠١). ولو عادت العين بفسخ (١٠٣)

(١٠٠) الإيرواني: الضابط: في سقوط الخيار خروج العين عن ملك كان ذلك بعقد لازم أم

جائز سيما إذا قلنا إن عودها لا يوجب عود الخيار فإذا خرجت العين عن ملك ارتفع موضوع الحق (ص ٨٧)

الآخوند: قد عرفت: أن التلف لا يمتنع معه التراد، خلافاً له، لكن الظاهر امتناعه مع النقل ولو كان جائزاً أيضاً وذلك، لأن المراد به هو رد العين إلى ملكه عن ملك حدث لصاحبه بسبب غيرها ولو كان فسخ ما يوجب ارتفاعها، لعدم إمكان التراد بالمعنى المراد قبل فسخه لكونه عن غير ملك المتعاطيين وبعده لكونه عن غير ملكه الحاصل بالمعاملة فإن فسخ معاملة كعقدتها سبب مشتمل وإن أبيت فلا أقل من الشك ومعه فالأصل عدم جوازه لانقطاع الجواز بتخلل ملك الغير وبذلك ظهر عدم التفاوت بين أن يكون بعقد لازم أو جائز، فلا تغفل. (ص ٢٤)

(١٠١) النائيني (المكاسب والبيع): وذلك، لأن وقوع العقد الناقل يكشف عن سبق ملك من صدر عنه العقد وصورته مالكا لكي يقع الانتقال عنه على الطريق الاعوجاجي ويكون إمكان الخروج عن ملكه بالفسخ متوقفاً على إمكان التراد المفروض امتناعه حين تحقق العقد. (ص ٢٤)

(١٠٢) الإيرواني: والحق: عدم الفرق فإن تم دليل استحقاق الرجوع بالعين والتقيد بالفسخ

لعله لاخراج ما إذا عادت العين بسبب مملك جديد من اشتراء أو إرث أو نحو ذلك، فإن ذلك ملك جديد لا يتوهم معه عود الحق بخلاف ما إذا كان بالفسخ والإقالة، فإن العين هناك تملك بالسبب السابق تعد إزالة الفسخ للسبب الحادث فيجئ توهم عود الحق بعود العين بعد عودها إلى الملك اقتضى الاستحقاق في الصورتين وإلا فلا مع أن الملك

ففي جواز التراد على القول بالملك، لإمكانه فيستصحب، (١٠٣) وعدمه، لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة وجهان: أجودهما ذلك، إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق، بل المتيقن منه غير ذلك.

الحاصل بالفسخ لا يعقل أن شخص ذاك الذي زال بل هو شخص آخر سواء كان الملك الحاصل في صورة الفسخ ملكا حاصلا بالسبب الأول بعد إزالة الفسخ للسبب الحادث أم لا كان حاصلا بسبب ناقل جديد هو الفسخ على أن يكون الفسخ مملكا كسائر الأسباب المملكة. (ص ٨٧)

(١٠٣) الطباطبائي: لا وجه لهذا الاستصحاب، إذا المفروض سقوط الجواز بنقل العين فبعد

العود الأصل بقاءه على سقوط، إلا أن يقال: إن العقود بالفسخ يكشف عن عدم سقوطه بالنقل وهو كما ترى. (ص ٨٢).

الإيرواني: يعني يستصحب استصحابا تعليقا تعليقا لا يضر به الفترة في قطعة خروج العين عن الملك فيقال: إن استحقاق التعليقي مستمر حتى عند كونها في ملك الطرف المقابل كان ثابتا

وهذا الاستحقاق التعليقي مستمر حتى عند كون العين خارجة عن الملك وأثره أنها إذا رجعت إلى الملك صار الاستحقاق تنجيزيا لا يعارضه الاستصحاب التنجيزي أعني عدم الاستحقاق الفعلي في قطعة الخروج فيستصحب إلى ما بعد العدد لحكومة الاستصحاب الأول. هذا على مباني القوم. وأما أنا فأعتقد المعارضة بين الاستصحاب التعليقي مع ما يذاه من الاستصحاب التنجيزي بل يمكن المناقشة في تمامية الأركان في الاستصحاب التعليقي والتفصيل موكول إلى محله. (ص ٨٨)

(١٠٤) الإيرواني: حق المقام أن يقال: لأن المتيقن من التراد هو استرجاع العين بإزالة ما أحدثه هو من الملك لا بإزالة كل ملك حصل للطرف المقابل في تلك العين فكانت

فالموضوع غير محرز في الاستصحاب (١٠٥). وكذا على القول بالإباحة، لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله.

أصالة عدم السلطنة على سائر أشخاص الملك المتعلق بتلك العين كأصالة عدم السلطنة على سائر أملاك الطرف المقابل. (ص ٨٨)

الإصفهاني: إن جواز التراد لم يثبت بدليل لفظي، ليقال: بأن موضوعه ما يملكه المتعاطيان ويشك في رافعية النقل المتخلل للجواز عن موضوعه، بل بدليل لبي يشك في أن موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل فما يمكن جره وابقائه غير محرز من الأول، بل المتيقن هو الملك قبل النقل. (ص ٥٧) * (ص ٢٢٧، ج ١)

(١٠٥) الطباطبائي: بل المستصحب معلوم الزوال كما عرفت. (ص ٨٢)

الإيرواني: أما التعبير المصنف جعل المانع اختلاف حالات ملك واحد فيدفعه إن هذا المقدار من الاختلاف لا يمنع من جريان الاستصحاب وإلا لا نسد باب الاستصحاب والمفروض أن العموم في أدلة اللزوم ليس بعد المقدار المتيقن الخروج فلا يكون سبيل إلى الاستصحاب بل افراده ينقطع سبيل التمسك به بعد قطعة الخروج فلا يبقى سوى استصحاب حكم المخصص. (ص ٨٨)

النائيني (المكاسب والبيع): بل الحق أن يقال الموضوع محرز لعدم للقطع بانقطاع جواز الرد الثابت قبل العقد الناقل. ولا فرق فيما ذكرنا بين كون الرجوع بالفسخ أو بالإقالة أو بالعقد الجديد قلنا بأن الزائل العائد كان لم يزل وكان لم يعد أو بالتفصيل. (ص ٢٤٧) الإصفهاني: ومما مر آنفا (تحت الرقم ١٠٤) تعرف أن المانع من الاستصحاب عدم احراز الموضوع بنحو يمكن ابقاء حكمه، لا الشك في بقاء الموضوع مع العلم بثبوت الحكم له سابقا، كما أنه تعرف أن القدر المتيقن معلوم الزوال، لا أن المستصحب معلوم الزوال، بل غير معلوم الثبوت. (ص ٥٧) * (ص ٢٢٧، ج ١)

بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك، لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب، بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها.

نعم، لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول (١٠٧).

(١٠٦) الطباطبائي: فيه منع كيف! وتحقق المعاملة معلوم ولو على القول بالإباحة. (ص ٨٢)

الإصفهاني: هذا مناف لما سيحجى منه في فرع الهبة على القول بالإباحة حيث التزم بجواز التراد هناك مضافا إلى: ما مر منه سابقا، إن الإباحة المعاطيائية وإن لم تكن تسببية بل شرعية تعبدية أو مستندة إلى الرضا الضمني، إلا أن الإباحة حيث إنها بعنوان المعاوضة فلذا عبر المجمعون القائلون غالبا بالإباحة عن الجواز بجواز التراد فكان دليل السلطنة مقيد عندهم بصورة امكان رجوع كل منهما فلا فرق بين القول بالملك والإباحة في ثبوت جواز التراد، فتدبر. (ص ٥٧)* (ص ٢٢٧، ج ١)

(١٠٧) الإيرواني: غرضه من كاشفية العقد الناقل عن الملك هو استمرار العقد الناقل لا مجرد

حدوثه فإذا انقطع الاستمرار بالفسخ لم يكن هناك ما يكشف عن الملك وفيه: أن منشأ الالتزام بالملك المذكور هو عدم معقولية دخول الثمن في ملك البائع مع عدم خروج المبيع عن ملكه وهذا لا يتوقف على استمرار العقد بل يكفي حدوثه. (ص ٨٨) النائيني (المكاسب والمبيع): بل التحقيق: أن يقال انتقال العين إلى المتصرف ليس بسبب ذلك العقد الناقل وإنما الموجب له هو التعاهد الصادر منهما بالمعاطاة بكون هذا العين مضمونا عليه بضمان المسمى عند اتلافه أو نقله عنه بناقل الذي هو في حكم الاتلاف فحكم العقد الناقل كحكم الأكل، فكما أن أكله لا يكون ناقلا عن مالكه الأول إلى المباح له بل بالأكل يستكشف عن انتقاله إليه قبل الأكل أنا ما بسبب التعاهد المعاطاتي،

وإن كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض (١٠٨) كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكة الأول، أو عائدا إليه بفسخ.

فكذا العقد الناقل الصادر عن المباح له إلى مشتريه لا له ولانتقاله عن المبيح إلى المباح له معا فزوال العقد بالفسخ لا يوجب رجوع العين إلى المبيح أصلا فعلى تقدير الالتزام بهذا الاحتمال الضعيف لا يمكن القول بعود الملك إلى المالك الأول كما بيناه وقد عرفت: أن مقتضى التحقيق هو القول بهذا الاحتمال على القول بالإباحة، لضعف القول بناقلية إرادة التصرف في جميع الأبواب. (ص ٢٥٣)

الإصفهاني: ليس المراد من الكاشف محض الكشف، فإن ارتفاع الكاشف لا يستلزم ارتفاع المستكشف بل بنحو الكشف اللمي وهو كشف العلة عن المعلول لا بتناؤه على الشرط المتأخر بناء على هذا الوجه كما قدمنا بيانه مرارا ومن الواضح أن ارتفاع العلة يستلزم ارتفاع المعلول. بخلاف الوجه السابق فإنه مبني على أن الجمع بين الأدلة يقتضي تقدير الملك أنا ما، لا بعلية التصرف رأسا أو بنحو شرطية لتأثير التعاطي في الملك بنحو الشرط المتأخر لكنك قد عرفت: فيما تقدم من أن جعله شرطا متأخرا يستلزم محذور الدور، لأن البيع بالحمل الشائع يتوقف على الملكية فإذا توقف حصول الملكية على التصرف بكون الشرط نفس الإنشاء لا ما هو تمليك بيعي بالحمل الشائع فيتغير الموقوف والموقوف عليه وعليه فيندفع محذور ارتفاع المعلول بارتفاع العلة لأن المرتفع هو التمليك الحقيقي، والعلة هي الإنشاء الغير المقابل للارتفاع بالفسخ والرجوع. (ص ٥٧) * (ص ٢٢٧، ج ١)

(١٠٨) الإيرواني: لا دليل على عود الإباحة التعبدية بعد رجوع العين فيحتاج عود الإباحة إلى تعاطي جديد. (ص ٨٨)

وكذا لو قلنا: بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرف والاتلاف، ويملك الثمن بالبيع، كما تقدم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع (١٠٩).
لكن الوجهين ضعيفان (١١٠)، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

(١٠٩) الإصفهاني: وقد عرفت سابقا: صحة هذا الوجه وعدم المانع من صحته عقلا ونقلا. (ص ٥٧)* (ص ٢٢٨، ج ١)
النائني (المكاسب والبيع): لكنه ضعيف. أما أولا: فلضعف هذا المبني وإمكان خروج أحد العوضين في البيع عن شخص ودخول العوض الآخر في ملك شخص آخر لا يمكن الالتزام به في خصوص المقام وذلك، لمكان الضمان المعاوضي وصيرورة مال المباح له ملكا للمبيح بواسطة هذا التصرف الناقل وهو لا يمكن إلا بانتقال مال المبيح أيضا إلى المباح له لكي يتحقق المعاوضة وإلا فلا يمكن الضمان معاوضيا ومن المعلوم أن المباح له لا يوقع العقد الناقل على ما عنده بعنوان كونه ملكا للمبيح وأنه ولي له أو وكيل عنه أو

مأذون من قبله في بيع ماله إذا لم يتحقق من المبيح شيء من هذه الأمور بل ربما لا يكون راضيا ببيع هذا المال عنه وإن كان راضيا ببيع المباح له يمكن القول بانتقال العين من المبيح المشتري الثاني بالطريق المستقيم من دون السير في الطريق الاعوجاجي ولو قلنا بإمكان خروج أحد العوضين عن ملك من لم يدخل في ملكه العوض الآخر. (ص ٢٥٢) (١١٠) الطباطبائي: قد عرفت سابقا: قوة الوجه الثاني لمنع كون مقتضى حقيقة المبادلة دخول العوض في عن ملك المعوض. نعم، هذا مقتضى إطلاقها، فتدبر. (ص ٨٣)

النائني (المكاسب والبيع): ويظهر من قولنا في التحقيق السابق (من كاشفية العقد

ولو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه، ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالتراد (١١١) 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 مالا لواحد وانتقال المعوض إلى الآخر.

الناقل عن الملك) إن وجه الضعف ليس هو ضعف هذا الاحتمال وإن كان هو ضعيفا عنده قدس سره. (ص ٢٥٢)
(١١١) الإيرواني: ولا يجدي أيضا إلزامه، بعد التحقيق المتقدم من عدم استحقاقه للعين إن رجعت إلى الملك بعنوان كانت خارجة عنه. (ص ٨٨)

(٢٩٩)

بل الهبة ناقلة للملك (١١٢) عن ملك المالك إلى المتهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب - اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى (١١٣) أو عودها إلى مالكيها بهذا النحو من العود، إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف. (٢)

(١١٢) الآخوند: لا يخفى أن المتجه عدم جوازه فإن تملك المالك للعين الموهوبة تملك بوجه آخر غير التملك بالرد في المعاطاة لحجب رد الأخرى إلى مالكيها، كي حصل التراد ولم يلزم الجمع بين العوضين فالعينان وإن اجتمعا عنده، إلا أن إحداهما بالمعاطاة ابتداء أو بعد التصرف في إحداهما بالهبة والأخرى بالرجوع إلى العين في الهبة لا المعاطاة. (ص ٢٥)

الطباطبائي: والتحقيق: عدم الإشكال في المقامين كما عرفت مرارا. (ص ٨٣) النائيني (المكاسب والبيع): ولا يخفى ما فيه، لأن المباح له إنما وهبه عن نفسه، لا عن المبيع بالضمان المعاوضي ومعه فلا بد من الالتزام بدخول مال المبيع إلى ملك المتهب بالطريق الاعوجاجي وتقدير - أي تقدير كون الراجع في الهبة هو المبيع لا الواهب - لا بد من أن يقال: بأن الرجوع في الهبة إبطال للمعاطاة، لا أنه يصير منشأ لامكان

التراد هذا. (ص ٢٥٤)

(١١٣) النائيني (منية الطالب): فلعدم انحصار تقدير الملك بما إذا كان التصرف المباح له تصرفا معاوضيا، بل مطلق التصرف الناقل مقتضى لدخول ملك المبيع في ملك المباح له، لأن نفوذه موقوف على التقدير، وهذا المعنى مشترك بين العقد المعاوضي كالبيع وغيره كالهبة، وبين بقاء العوض في ملك المبيع وخروجه عن ملكه، فكما لا ينفذ بيع غير

ولو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأول، على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته وسائر تصرفاته الناقلة (١١٤).

الإصنهاني: لا يخفى عليك أن التراد متقوم برد كل من المتعاطيين بالإضافة إلى المعاطاة، بحيث يكون رجوع كل منهما في المعاطاة على المتعاطي فالرجوع في الهبة رجوع في غير المعاطاة ورجوع المالك على المتهب رجوع إلى غير المتعاطي والرجوع في الهبة رجوع بدليل جواز الرجوع في الهبة، لا رجوع بدليل جواز التراد في المعاطاة من إجماع ونحوه فجواز الرجوع في الهبة غير مقوم لجواز التراد من وجوه عديدة. هذا، على فرض القول بجواز الرجوع في الهبة للمالك وقد مر منعه وهو مناف لما سلكه من أول الملزمات إلى هنا من: أن الحكم على الإباحة جواز الرجوع بدليل السلطنة، لا جواز التراد بعنوانه بالإجماع حتى يثبت في تحقيق عنوانه بجواز الرجوع في الهبة نعم، إذا أريد من اثبات جواز الرجوع في الهبة للمالك تمكنه من التراد في المعاطاة بواسطة الرجوع في الهبة، فيحل الهبة. ثم يرجع في المعاطاة لاندفعت عنه الإيرادات السابقة، وبقي الاحتياز، فتدبر جيداً. (ص ٥٧) * (ص ٢٢٩، ج ١)

(١١٤) النائيني (المكاسب والبيع): ويمكن أن يستشكل في إجازة المالك الأول بوجه آخر

على كلا تقديرَي القول بالملك والإباحة وتقريبه: أما على القول بالملك بأن يقال: فسخ أحد المتعاطيين في مورد إمكان التراد، يحتاج إلى رد ما عنده لكي يتمكن من استرداد ما عند صاحبه وأما جواز نفس استرداد ما عند صاحبه بلا رد ما عنده فهو غير ثابت. وعليه، فإجازته الاسترداد يتوقف على الرد فنفس إجازته بما هي استرداد لا يقع بها الفسخ من دون رد ما عنده هذا، ومع الشك في تحقق الفسخ بالاسترداد المنفرد عن الرد يكون المرجع هو أصالة عدم النفوذ. نعم، يمكن الشك في اعتبار الرد في صحة الفسخ المقتضي لإجراء استصحاب عدم تأثير الاسترداد المنفرد عن الرد في زوال الملكية الحاصلة بالمعاطاة كما لا يخفى. (ص ٢٥٥)

ولو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال. (١١٥) وينعكس الحكم إشكالا ووضوحا على القول بالإباحة (١١٦).

(١١٥) الإصفهاني: والتحقيق: نفوذ إجازة المالك الأول، دون الثاني. وذلك، لأن إجازة المالك

بعنوان الرجوع، فلا بد من حصول الملك للمجيز أولا، ثم للمشتري من الفضول وحيث إن الملكيتين متضادتان يستحيل صدورهما في زمان واحد فلا محالة يحصل ملكية المجيز، أما مقارنا لإرادة الإجازة أو مقارنا لجزء من إنشائها. وعند تمامية الإنشاء يحصل الملك للمشتري لتمامية علته من العقد والإجازة وهذا بخلاف المالك الثاني، فإنها إجازة محضة لا تؤثر إلا في ملك المشتري عند تحققها بإنشائها وحيث إن الملك الحاصل للمالك الأول يتحقق قبل تمامية إنشاء الإجازة، فلا محالة لا يبقى ملك للمالك الثاني حتى يجديه إجازته. (ص ٥٨) * (ص ٢٣٢، ج ١)

(١١٦) الإصفهاني: يعني تنفيذ إجازة المبيع بلا اشكال، وتنفيذ إجازة المباح له على اشكال، من حيث إنه أبيع له التصرفات، والإجازة امضاء لتصرف الغير الذي ما أبيع له شيء. ويندفع:

بأنه في الحقيقة تحقيق لحقيقة التصرف في إجازته يتصرف بيوعا فعليا أبيع له على الفرض. (ص ٥٩) * (ص ٢٣٤، ج ١)

النائبي (المكاسب والبيع): ويمكن أن يستشكل في إجازة المالك الأول بوجه آخر على كلا تقديري القول بالملك والإباحة (فقد مر تقريره على القول بالملك آنفا تحت الرقم ١١٥) وأما على القول بالإباحة، فبأن يقال: لما كان مال المباح له عند المبيع بعنوان المسمى يكون رجوعه فيما أباحه واسترداد ماله عن المباح له متوقفا على رد ماله إليه، فما لم يرد مال المباح له إليه لم يجز له أخذ ماله عنه، والإجازة رجوع في ماله فلا تبطل بها المعاطاة لو لم تكن مع رد ما عنده، وهذا الإشكال لو تم للزم المنع عن بيع المالك الأول أيضا لأن بيعه أيضا استرداد محض، لكن الأقوى ضعفه على القول بالإباحة لأن رجوع المبيع عن الإذن في التصرف الذي عبارة عن الإباحة لا يتوقف على رد ما

ولكل منهما رده قبل إجازة الآخر. (١١٧) ولو رجع الأول فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع، ويحتمل (١١٨) عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ ويلغو الإجازة. وإن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً (١١٩).

(١١٧) النائيني (المكاسب والبيع): أما رد من بيده المال فعلى القول بالملك: فظاهر، حيث

أنه مالك للمال فله الرد، كما أن له الإجازة وعلى القول بالإباحة: فكذلك، حيث إن سلطنة

بيع هذا المال ثابت له بواسطة المعاطاة فله المنع عن بيعه كما تقدم من أن له بيعه. وأما رد المالك الأول فعلى القول بالملك: فيقع فيه الإشكال لأجل الإشكال في كون رد بيع الفضول بما هو رد دالا على فسخ المعاطاة بالدلالة العرفية وهو إنما يتمكن من الفسخ الفعلي بما هو مصداق للفسخ بحسب حكم العرف ولا يكفي التلازم العقلي بين رد بيع الفضول وبين فسخ المعاطاة بعدما لم يكن الرد المذكور فسخاً عرفياً ومع عدم الفسخ - يكون هو أجنبياً عن المال ليس له إمضاء ولا رد لما يرد عليه من بيع الفضول وهذا الإشكال غير مختص بالمقام، بل يجري في رد ذي الخيار لما صدر عن الفضول في زمان الخيار فيما انتقل عنه. وعلى القول بالإباحة: يكون حال رده حال إجازته. فإن قلنا: بأنه لا إشكال في إجازته لكونه مالكا وإن إجازته رجوع عن المعاطاة فيكون رده أيضاً كذلك وإن قلنا بعدم نفوذ إجازته في الرجوع عن المعاطاة لتوقف الرجوع عنها إلى رد ما عنده إلى صاحبه فيكون حال رده أيضاً كذلك. (ص ٢٥٧)

(١١٨) الطباطبائي: بل هو المتعين لأن الإجازة إنما تكون كاشفة إذا كانت صحيحة وبعد رجوع الأول لا محل لها لتكون كاشفة أو ناقلة وللمسألة نظائر تأتي في مسألة إجازة الفضولي إن شاء الله. (ص ٨٣)

(١١٩) النائيني (المكاسب والبيع): فعلى القول بنفوذ الرد من الأول مطلقاً، قلنا بالملك أو

ولو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد، ويحتمل الشركة، وهو ضعيف (١٢٠).

الواضح أن مزاحمة الرد للإجازة ليست بلحاظ ذاتهما إذ لا تضاد بين وجودهما بالذات بل بالعرض بلحاظ تأثير الرد في الملك المالك الأول وتأثير الإجازة في ملك المشتري والتأثير والأثر متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار فالأثران وهما الملكيتان متضادان ولا تضاد إلا مع وحدة الزمان فمع فرض ملك المشتري في زمان العقد وملك المالك الأول في زمان الرد لا تضاد بين الأثرين فلا تضاد بين التأثيرين فالرد وإن كان أسبق زمنا من الإجازة في ذاتهما إلا أن الإجازة أسبق تأثيرا من الرد فإذا لم يكن الرد مقتضيا لملك المالك الأول حين صدور العقد فكيف يعقل أن يزاحم ما يقتضي بوجوده المتأخر ملك المشتري من حين صدور العقد ومنه علم حال الرد المقارن للإجازة. (ص ٥٩) * (ص ٢٣١، ج ١)

(١٢٠) النائيني (منية الطالب): أما المزج فلا امتناع تراد الأعيان المملوكة، فإذا امتنع التراد لزم

المعاطاة، واحتمال حصول الشركة للمالك الأصلي فرع بقاء تعلق حقه بذات الأجزاء. وبقاء الحق قرع امكان امتيازها. ولا يقاس المقام بما إذا بيعت الأجزاء من الغير لأن البيع يقع على مقدار من هذه الأجزاء، لا على نفسها وإلا لا يصح البيع أيضا. (ص ٢١٧) الآخوند: لو قيل بحصول الشركة بمجرد الامتزاج وإلا لم يمتنع التراد لبقاء الأجزاء الممتزجة على ما كانت عليه من الملك أو الإباحة لمن صارت إليه من المتعاطيين فيصح ردها إلى من أنتقل عنه، فتدبر جيدا. (ص ٢٥)

النائيني (المكاسب والبيع): أولا: إن المزج لا بد أن يكون مما يعد مزجا عرفا كمزج الحنطة بمثله. وأما ما لم يكن كذلك عرفا وإن كان مزجا عقلا فالأقوى: عدم العبرة

به في سقوط جواز الرد نظير مزج الأثمان بمثلها كمزج الدرهم بالدرهم إذ المدار في موضوع هذه الأحكام هو العرف وإذا لم يحكم هو بالمزج فلا موجب لسقوط جواز

أما على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به (١٢١)، نعم لو كان المزج ملحقا له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف.

الحاصل بالمعاطاة وهو الملك الاستقلالي فيفيد جواز هذا النحو من التملك ولا إطلاق ليستفاد منه جواز التملك مطلقا ليقال: باختلافه بحسب الأحوال، بل المتيقن جواز الرد بما هو وبماله من المقتضيات والشؤون وليس التملك بنحو الإشاعة من شؤون رد الملك الاستقلالي، فإن مثل هذا الرد يقتضي قيام الربط المردود بالراد فلا بد من أن يملكه استقلالاً مع أنه لا يملك الغير، المتميز استقلالياً ولا ملك إشاعي بسبب المعاطاة حتى يرده إلى نفسه وإن كان ممتزجا بمال الغير فالشركة حاصلة بسبب المزج للمتعاطي مع الغير وهو ملك حاصل بسبب آخر غير المعاطاة والتراد الملكي الجائز هو رد كل منهما للملك الحاصل بالمعاطاة من المتعاطي لا بغيرها ولا من

غيره. (ص ٦٠) * (ص ٢٣٨، ج ١)

(١٢١) النائيني (المكاسب والبيع): هذا القول - يعني جواز الرد وصيرورة المالك شريكا مع مالك الممتزج به - مبني على أن تكون الإباحة في المقام بمعنى الأذن في التصرف كما في العارية ولكن التحقيق: إن المتصور من الإباحة في المعاطاة هو اعطاء السلطنة التامة على جميع أنحاء التصرفات التي من اللوازم المساوية للملكية فالمعاطاة على الملك عبارة عن مبادلة نفس الملكية وعلى الإباحة عبارة عن مبادلة السلطنة اللازمة للملكية وهي ما دام لم يرجع إليها معدومة عن المالك وثابتة للمباح له نعم للمالك أن يرجع إليها لا أنها له ولو لم يرجع. (ص ٢٦٠)

الإيرواني: قد ظهر لك مما تقدم: أن هذا إنما يتم إذا كان الامتزاج بمال آخر لنفس المبيح أما إذا كان الامتزاج بمال المباح له أو بمال ثالث فالمعاطاة تبطل بذلك والإباحة ترتفع فلا يبقى موضوع لأصالة السلطنة. (ص ٨٨)

ولو تصرف في العين تصرفا مغيرا للصورة - كطحن الحنطة وفصل الثوب - فلا لزوم على القول بالإباحة، وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد، ومنشأ الإشكال: أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي.

(١٢٢) الطباطبائي: الانصاف: أنه لا فرق بين صورة المزج وصورة التغيير فلا وجه للجزم باللزوم في الأولى على القول بالملك وذكر الوجهين في الثانية، إذ في الأولى أيضا يمكن اجراء استصحاب جواز التراد بناء على كون الموضوع المعبر في الاستصحاب عرفيا، فتدبر. (ص ٨٣)

النائني (المكاسب والبيع): أما على القول بالثاني فلما تقدم من التصرف الموجب للمزج وحاصله: أن المتيقن من جواز التراد كان فيما إذا كانت العين قائمة بعينها وأما مع تغيرها بما يوجب المزج أو كان موجبا لتغير وصف من الأوصاف سواء أوجب زيادة في قيمتها أو نقصا فيها وذلك، لحصول الشركة على تقدير وهي موجبة لتبدل الملكية عن الافراز إلى الإشاعة والمفروض من الملكية مغايرة مع المشاع منها فما انتقل عن المالك بالمعاطاة كانت مفروزة وما يريد ارجاعها إليه بالفسخ تكون مشاعا ومع تبدل الملكية المفروزة بالمشاعة لا يمكن التراد فلا اشكال في اللزوم على القول بالملك ولو فرض اشكال فيه، فليس مبتنيا على كون الموضوع في الاستصحاب حقيقيا أو حكيميا، بل يكون منشأ التردد في كون هذا القسم من التصرف ملحقا بباب خيار التدليس الذي لا يسقط فيه الخيار بمثله أو ملحقا بباب خيار العيب الذي يسقط فيه الرد بسببه. (ص ٢٦١)

الإصفهاني: ويمكن أن يقال زيادة على ما تقدم من أن تلف الجزء الصوري والوصف الذي يتفاوت به الرغبات مع عدم رجوع المتعاطيين بالمثل والقيمة لمكان

ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاظة نظير
الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت ويسقط بالإسقاط ابتداء أو في
ضمن المعاملة (١٢٣).
بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة.

الأصل يوجب تعيين الباقي على حاله بدلا ملكا لما تلف منه جزئه الصوري أو وصفه،
فمقتضى القاعدة حينئذ اللزوم على القولين سواء كان الرجوع بالاجماع أو بقاعدة
السلطنة. نعم، التمسك باستصحاب جواز التراد أو أصالة بقاء السلطنة أمر آخر بلا فرق
بين القولين أيضا. (ص ٦١) * (ص ٢٤٢، ج ١)
النائبي (منية الطالب): نعم، الأقوى: عدم الفرق بين التغير والمزج في سقوط
جواز الرد على القول بالملك والإباحة وما اخترناه في الدورة السابقة من الفرق بين
القولين لا وجه له وتوضيح ذلك: مضافا إلى: عدم الفرق بينهما بحسب السيرة المستمرة
وأنه لو رد أحد المتعاطيين المتاع الذي فصله أو صبغه أو مزجه بأي نحو من المزج
ينكرون عليه - أن الإباحة الحاصلة بالمعاظة ليست عبارة عما اختاره صاحب الجواهر
ويظهر من المصنف من كونها كإباحة الطعام، بل تسليط مالكي وتضمن معاوضي،
ولا تنقص عن الملك، ويترتب عليه جميع ما يترتب على الملك، فإن المعاظة بناء على
الملكية موجبة لتبديل طرف إضافة بطرف إضافة أخرى، وبناء على الإباحة وإن لم تتبدل
نفس طرفي الإضافتين، إلا أن جميع آثار التبديل كالسلطنة على التصرف المالكي يحصل
للمباح له ويبقى الملك مسلوب الأثر لملكه، فإذا كان كذلك فعلى الملك المزج وكذا
التغيير موجب لسقوط جواز الرجوع. (ص ٢١٧)
(١٢٣) الإيرواني: لم نعرف مما ذكره سوى احتمال: أن جواز الرجوع في المعاظة عن
عوارض العوضين لا العقد وأما أن ذلك حق أو حكم فلا. (ص ٨٨)

وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف (١٢٤).

(١٢٤) الطباطبائي: الظاهر: أن الإباحة على القول بها أزيد من هذا حيث أنها إباحة شرعية معاملية. كيف! وإلا فلم يكن وجه للزوم بالتلف وأيضا وجب أن تبطل بالموت والجنون ونحوهما والظاهر: عدم التزامهم بذلك ومن ذلك يمكن أن يمنع عدم جواز التصرف مع فرض الكراهة الباطنية. نعم لو قلنا: إنها بمقتضى القاعدة بعد عدم إمضاء الشارع للبيع بأن يكون من باب تضمن التملك للإذن في التصرف أيضا وبطلان التمسك لا يستلزم بطلانه صح ما ذكره. لكن: الأمر ليس كذلك وإلا وجب القول به في جميع البيوع الفاسدة

فالأولى، في التعليق أن يقال: - على القول بالإباحة أيضا - جواز الرجوع فيها نظير جواز الرجوع في العقود الجائزة في أنه من باب الحكم لا الحق، فتدبر. (ص ٨٣) الإيرواني: قد عرفت: أن الإباحة في موضوع قصد المتعاطيين للتمليك إباحة تعبدية فلا تناط بالرضا الباطني من المالك، بل تستصحب الإباحة بعد رجوع المالك في المعاطاة أيضا بل بعد تصرفات ناقلة منه في العين أيضا. نعم في الإباحة المالكية الحكم كما ذكر، لكنه خارج عن موضوع البحث. (ص ٨٨) النائيني (المكاسب والبيع): أولا: إن ما اختاره في هذا الفرع وفي الفرعين السابقين أعني التصرف الموجب للمزج أو المغير للعين من عدم لزوم المعاطاة بالتصرف الموجب للمزج أو المغير أو بالموت بناء على القول بالإباحة، مخالف لما اختاره في مقام الجواب عن استبعادات شارح القواعد في القول بالإباحة، لأن هذه الاستبعادات إنما تصير استبعادا لو كانت المعاطاة تصير لازمه بالموت أو بهذين التصرفين وإلا فلا شيء يستبعد منه أصلا. ثانيا: على القول بالإباحة تصير المعاطاة لازمة لقيام السيرة على عدم التراد بعد موت أحد المتعاطيين الكاشفة عن انتقال كل من المالكين إلى من بيده قبل الموت أنا ما وهذه السيرة أمر قطعي على القول بالإباحة تكون كاشفا قطعيا عن

فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل، لأن من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي، ولا يجري الاستصحاب (١٢٥). ولو جن أحدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين (١٢٦).

الانتقال. (ص ٢٦٣)

النائبي (منية الطالب): لا نسلم قول المصنف بناء على الإباحة، حيث قد عرفت: أنها ليست كإباحة الطعام دائرة مدار الأذن حتى ترتفع برفعه، بل تسليط مالكي وتضمين معاوضي فالمتيقن من جواز الرد أيضا هو بقاء العين على ما هي عليه، فإذا تغير وصفها فيرتفع موضوعه. هذا، مضافا إلى: أن استصحاب الجواز له معارض باستصحاب بقاء سلطنة المباح له واستصحاب بقاء المسمى على العوضية وليس بينهما سببية ومسببية لكون كل منهما مسببا عن نحو الجعل الشرعي ثبوتا، هذا، مع ما تقدم من: أن السيرة المستمرة قائمة على اللزوم وعدم التراد بعد وقوع التصرف المغير فمن هذه السيرة يستكشف انتقال ما وقع فيه التصرف إلى المتصرف وانتقال عوضه المسمى إلى الآخر أنا ما قبل التصرف. مضافا: إلى ما تقدم في القسم الرابع (تحت الرقم ١٢٢) من كون إباحة التصرف في المعاطاة عبارة عن إعطاء السلطنة التي تكون لازما مساويا للملكية إلى المباح له بحيث لا تكون للمعطي سلطنة بعد الإعطاء، إلا في إرجاع تلك السلطنة فحينئذ لو شك في جواز الرد يكون المرجع هو استصحاب بقاء تلك السلطنة لمن ثبتت له بواسطة المعاطاة. (ص ٢١٧ و ٢١٩)

(١٢٥) الطباطبائي: ظاهر قول المصنف: إنه على القول بالإباحة يجوز للوارث الرجوع لأنه

مالك و (الناس مسلطون على أموالهم) لكن قد عرفت: أن لازم بيان المصنف بطلانه بالموت لا جواز الرجوع وكذا إذا جن، كما هو مقتضى قاعدة الإذن والإباحة بل كذا إذا مات الطرف الآخر أو جن. (ص ٨٣)

(١٢٦) الإصفهاني: رجوع الوارث تارة: من باب ثبوته لمورثه وأخرى: من باب ثبوته لعنوان

الأمر السابع

أن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاوضة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة (١٢٧)، قال: يحتمل الأول، لأن المعاوضات محصورة وليست إحداها، وكونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. ويحتمل الثاني، لإطباقهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها، فكيف تصير بيعا بعد التلف. (١٢٨)

النائبي (منية الطالب): قد اخترنا في تعليقتنا سابقا على هذا العنوان ما هو مختار المصنف ولكن لا يخفى فساد مختاره. أما بناء على الإباحة: فعلى ما يظهر من أنها من قبيل إباحة الطعام فمقتضاه بطلان المعاوضة بالجنون، فإنها كالعقود الإذنية تبطل بجنون الإذن والمأذون والمبيح والمباح له، بل لو جن الباذل للزاد والراحلة لا يجوز للمبذول له التصرف في مال الباذل خصوصا لو جن قبل إحرام المبذول له. ففي المقام: لو جن كل واحد منهما فلا يجوز أن يتصرف الآخر في مال المجنون وبقاء حق الرجوع للولي فرع بقاء المعاوضة على حالها وأما على ما اخترناه من معنى الإباحة وهي كونها تسليطا مالكيًا فحكمها حكم الملك، وحكم المجنون على الوجهين حكم الموت في لزوم المعاوضة لاشتراط بقاء الجواز بقاء المتعاطيين على حالهما حين المعاوضة، وقيام الولي مقامهما فرع بقاء الجواز. (ص ٢٢٢)

(١٢٧) النائبي (منية الطالب): أما بناء على الملك فلا إشكال في أنها بيع من أول الأمر، غاية الأمر إنها جائزة وتلزم بعروض أحد الملزمات، فالوجهان المذكوران في المسالك لا يجريان على القول بالملك أما بناء على الإباحة فقد ظهر أنها متصورة على وجوه فعلى الوجه الذي قويناه سابقا فمقتضاه كونها بيعا من أول الأمر ولا يجري فيه الاحتمالان، كما لا يجريان على ما هو المختار تبعا للمحقق الثاني من حصول الملك بنفس الفعل. (ص ٢٢٢ و ٢٢٤)

(١٢٨) الطباطبائي: إذا لم تكن المعاوضة بيعا حين وقوعها بناء على القول بالإباحة كما هو

وتظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها، كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه. وعلى تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاة، أو من حين الزوم. كل محتمل، ويشكل الأول بقولهم: (إنها ليست بيعاً)، والثاني بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها.

مفروضه فكيف! تصير بيعاً أو معاوضة مستقلة بعد التلف فلا وجه بشئ من الوجهين نعم يمكن تصوير بعد ذلك بأحد وجهين أحدهما: ما أشار إليه في آخر كلامه من كون المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه بأن يكون التلف نظير قبض المجلس في الصرف والسلم وهذا بعيد غايته، بل لم يحتمله أحد قبل، بل لا وجه له، فإن لازمه عدم جواز التصرف قبل ذلك لعدم تمامية المعاملة. الثاني: أن يقال: إنها معاوضة قهرية شرعية وإن لم تكن مقصودة حين التلف، بل لم يصدر من المتعاملين بشئ وهذا لا دليل عليه. بل التحقيق: أنها معاوضة مفيدة للإباحة شرعاً لإباحة جائزة قبل التلف لازمة بعده ولا يخرج عن كونها إباحة ولا دليل على صيرورتها مفيدة للملك بعده فلا فرق بين ما قبل التلف وما بعده في عدم كونها مفيدة للملكية وإنما الفرق هو بالجواز والزموم فعلى هذا إن استشكلنا في صحة التصرفات الموقوفة على الملك قبل التلف فكذلك بعده. هذا كله على القول بالإباحة. وأما على القول بالملك: فلا إشكال في كونها بيعاً جائزاً قبل التلف ولازماً بعده يجري عليها أحكامه ويعتبر فيها شرائطه حسبما عرفت سابقاً. (ص ٨٣)

الأخوند: قد عرفت بما لا مزيد عليه: أنه لا غرابة فيه أصلاً وليس حالها إلا حال بيع الصرف والسلف في عدم كونها بيعاً قبل القبض في المجلس بالاتفاق وصيرورتها بيعاً بعده كذلك ومن هنا ظهر: أن حالها في ترتيب أحكام الخيار وغيرها حالها، كما لا يخفى. (ص ٢٥)

(١٢٩) الطباطبائي: لا يخفى ما فيه من التهافت، لأنه لو فرض ثبوت خيار الحيوان من جهة

اللهم إلا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه. والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناء على أنها ليست لازمة، وإنما يتم على قول المفيد ومن تبعه، وأما خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتف، إنتهى. (١٣٠) والظاهر أن هذا تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة، وأما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل، فيلغى الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو يبيعا متزلزلا قبل اللزوم، حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم، إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل يبيع بلا إشكال في ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثاني.

اختيار كونها يبيعا بعد التلف والمفروض اطباقهم على عدم كونها يبيعا حال وقوعها، فيتعين كون الثلاثة من حين اللزوم فلا وجه لاحتمال كونها من حين الوقوع كما لا وجه للاشكال على كونها من حين اللزوم بدعوى أن التصرف ليس معاوضة بنفسها، إذ هو يرجع إلى خلاف الفرض، فتدبر. (ص ٨٤)

(١٣٠) النائيني (المكاسب والبيع): فالأقوى: عدم خيار المجلس والحيوان وخيار تأخير الثمن فيها، أما الأولين فلأن المستفاد من دليلهما هو ثبوت الخيار في العقد الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار والمعاطاة ليست عقدا ولا أن مبناها على اللزوم لولا هذا الخيار المجعول بذاك الدليل وأما خيار تأخير الثمن: فلأن المعتبر في مورد ثبوته هو عدم قبض المثلثن وهذا المعنى لا يتحقق في المعاطاة، إذ المعاطاة متوقفة على قبض العوضين أو أحدهما بناء على الاكتفاء فيها بقبض أحدهما لا محالة. (ص ٢٦٦)

فإذا لزم صار بيعا لازما، فيلحقه 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.

(١٣١) النائيني (منية الطالب): لا يلحقها خصوص خيار المجلس والحيوان، لظهور
دليلهما في اختصاصهما بالبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار.
نعم، لو قلنا بثبوتهما لكل بيع لازم - سواء كان الالتزام من منشآت المتعاقدين أي كان
عقديا أو حقيقيا من مجعولات الشارع، فيلحقان بها بعد ما صارت بيعا لازما ويلحقها خيار
العيب والغبن والشرط، لعدم اختصاصها بالبيع العقدي، فإن ثبوتها في البيع وشبهة من
المهر وعوض الخلع إنما هو للشرط الصريح، أو للشرط الضمني الذي يتضمنه كل
معاوضة عرفا وعادة، فإن بناء النوع على عدم الالتزام بالمعيوب وبما لا يتغابن بمثله ولا
ينحصر دليل الخيار بقاعدة (لا ضرر) حتى يقال باختصاصه بالبيع العقدي لكونه متيقنا،
كيف؟ ولولا الشرط الضمني لما أمكن اثبات الخيار بتلك القاعدة لبناء المتعاملين على
المعاملة كيف ما كانت واقدا متهما عليها مطلقا، وبالجملة: فكل مقدار معاملة لم يكن
اللزوم فيها حكما ولم تكن من قبيل النكاح والضمان يلحقها خيار العيب والغبن
والشرط.

الطباطبائي: ظاهره الجزم بذلك مع أن حاله حال خيار الحيوان. (ص ٨٤)
الإصفهاني: وفيه: أن الجواز المقابل للزوم حيث إنه فيها بمعنى جواز التراد فقط فهي
لازمه في قبالة جواز فسخ السبب فتندرج تحت عنوان البيع اللازم لولا الخيار فعدم كون
الجواز بمعنى الخيار مجد في اندراجه تحت العنوان المزبور لا أنه ضائر به كما مر مرارا،
نعم بناء على ما قدمناه من أن الجواز في المعاطاة بمعنى جواز فسخ السبب فإن السبب
الفعلي ليس في الاستحكام كالقولي في نظر العرف فالمعاطاة مبنية على الجواز لولا
جعل حق الخيار أيضا فيشكل الأمر في ثبوت الخيار من هذه الجهة، إلا أنه خلاف ظاهر

وكيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه (١٣٢)، وبعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من أول الأمر (١٣٣).

الأدلة المتكفلة ترتب الخيار على البيع بعنوانه من دون إضافة خصوصية إليه. (ص ٦٢) * (ص ٢٤٨، ج ١)

(١٣٢) الطباطبائي: هذا خلاف التحقيق، إذ لا وجه لكونها بيعا بعد التلف بعد أن لم تكن بيعا

من حيث وقوعها ولا دليل على ذلك أصلا والسيرة ساكتة عن هذا، غايتها: إفادة كونها إباحة لازمة بعد التلف وأما الملكية فلا، فضلا عن كونها بيعا يترتب عليها أحكامه هذا مع أن هذا المصنف مناف لبعض ما مر منه من: كون الإباحة في المقام نظير إباحة الطعام مدارها على الرضا الباطني ومناف للسطر الآتي من قوله، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى فتدبر. (٨٤)

الإصفهاني: قد عرفت: أنه قبل التلف وما بحكمه لا يبيع بالحمل الشائع شرعا، لأن التمليك والملكية متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار وبعده بيع حقيقة فعند تحقق الملكية تكون المعاوضة بيعا صحيحا لازما لولا الخيار فيعمها أحكامه. (ص ٦٢) * (ص ٢٤٩، ج ١)

(١٣٣) النائيني (منية الطالب): وكيف كان: فعلى القول بالملك: يلحقها من أول الأمر جميع

الخيارات الثابتة للبيع، عدا ما استفيد من دليله اختصاصه بالبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار. ولا وجه للقول بلحوقها بها بعد لزومها بالتلف ونحوه خاصة لا قبله، كما هو ظاهر المصنف. (٢٢٥)

النائيني (منية الطالب): نعم، الخيار في المعاوضة ليس بمعنى ملك فسخ الالتزام

والمحكي عن حواشي الشهيد: أن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة. والظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة وكونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الأخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بد أن يقول بالإباحة اللازمة (١٣٤)، فافهم.

وإقراره، فإنها لم تكن متضمنة للالتزام المنشأ من المتعاملين، بل بمعنى حل ما أوجدها وهذا المعنى يمكن ثبوته للمتعاظيين من حين المعاطاة إلى ما بعد التلف وليس الجواز الثابت من أجل تخلف الشرط الصريح أو الضمني كالجواز الحكمي حتى يمتنع عند التلف، ولا يكون قابلا للإسقاط والإرث، بل جواز حقي لا يتوقف على بقاء العينين، فلو تلف عوض المعيوب جاز رد المعيوب، ولو تلف المعيوب جاز أخذ الأرش. (ص ٢٢٥) (١٣٤) الطباطبائي: أولا: ليس في كلام الشهيد ما يأبى عن كونها إباحة لازمة، بل ظاهر كلامه

أيضا ذلك فلا يرد عليه شيء. ثانيا: لا مانع من حدوث الملك بعد اللزوم فلا يلزمه القول بالإباحة اللازمة. (ص ٨٤)

الأمر الثامن

لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامّة بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل، وهو قبض العينين. أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم: فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشئ زائد على الإنشاء اللفظي - كما قويناه سابقا بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ - فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقدا لازما

(١٣٥) الطباطبائي: الحق فيه: أنه إذا كان غرضهما إنشاء البيع الصحيح اللازم ولأجل ذلك اختار إجراء الصيغة مع علمهما بأن ما كان فاقدا لهما أو لشرائط صحتهما ليس كذلك فهو ملحق بالبيع الفاسد والمقبوض به حكمه حكم المقبوض بالفاسد من غير هذه الجهة، بل من جهة فقد شروط العوضين للمتعاقدين ولأن المفروض تقييد قصدهما ورضاهما بقصد غير حاصل وإن كان غرضهما إنشاء البيع والتمليك مطلقا من غير نظر إلى اللزوم وعدمه، كما في المعاطاة فحاله أيضا حالها في إفادة الملك المترزل على المختار، إن تحقق الاجماع على اعتبار الصيغة الصحيحة في اللازم وإفادة الملك إن لم يتحقق وأما على القول بالإباحة فلا، لعدم السيرة في المقام أيضا فلا فرق بين الصيغة الفاقدة وسائر الأفعال غير المعاطاة، إلا من حيث أن الغالب مع ذكر الصيغة تقييد الرضا والقصد بحصول البيع اللازم بخلاف سائر الأفعال وإلا فهو فرض تقيده مع الإنشاء بسائر الأفعال أيضا فلا بد من التفضيل فيها أيضا. (ص ٨٤)

الإيرواني: اعلم: أن هذا البحث مبني على تسليم توقف العقود اللازمة على الإنشاء اللفظي. أما لو أنكرنا ذلك وقلنا: باللزوم في المعاطاة تمسكا بالعمومات، كما هو المختار فالمقام أولى بذلك وموضوع البحث في المقام ما إذا كان إنشاء المعاملة باللفظ الفاقد

وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقا، أو بشرط تحقق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقا (١٣٦).

لبعض الخصوصيات أما إذا أعرض عن ذلك وأنشأ المعاملة ثانيا بالتقابض أو اكتفينا في المعاطاة بالرضا الباطني مع وصول العوضين إلى كل من المتعاطيين فينبغي حصر البحث في المقام بما إذا أنشأت المعاملة باللفظ الكذائي كان تقابض العوضين بعنوان الوفاء بالمعاملة، لا بعنوان إنشائها ولم نكتف في المعاطاة بالرضا الباطني مع وصول العوضين ومما ذكر ظهر مبنى الأبحاث الآتية. (ص ٩٩)

(١٣٦) النائيني (منية الطالب): والقول بأن الإنشاء القولي الغير الجامع لشرائط الصحة يرجع إلى حكم المعاطاة مطلقا لا وجه له. (ص ٢٢٨)

الآخوند: لا يخفي أنه خلف، إذا افترض فيما إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم فلا يكاد يتأتى فيه إلا بالخلف ثم إن الفاقد لشرائط اللزوم فإن كان واجدا لجميع ما يعتبر في الصحة عند الجميع فلا يعقل أن يحتمل أن يكون من باب المعاطاة التي هي محل الخلاف وإن كان فاقد لبعض ما يعتبر فيها كذلك وإن كان فاقد لبعض ما يعتبر عند البعض دون الآخر فيكون فاسدا عند من اعتبره وصحيحا عند غيره فكذلك أيضا. وإنما يصح التردد في تمشية النزاع والخلاف في الإنشاء القولي فيما إذا جعل المحل الإنشاء بصيغة كذا أو بغير صيغة كذا فيصح حينئذ أن يردد في أنه كالإنشاء بالمعاطاة في كونه معركة للآراء والخلاف بين العظماء، فافهم. (ص ٢٥)

الإصفهاني: قد مر مرارا: أن المعاطاة بعنوانها لم ترد في آية ولا رواية، ليجب اتباع عنوانها وإقامة الدليل على الحاق شيء بها، بل يجب ملاحظة المدارك التي تحكم بصحة هذه المعاملة الفعلية وهي مختلفة فإن قلنا بأنها بيع يفيد الملك من الأول لاطلاقات أدلة البيع والتجارة فالملاك صدق البيع على التملك بأي سبب فعليا أو قوليا واجدا لتلك

نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاوضة فالإنشاء القولي السابق كالعدم، لا عبرة به ولا بوقوع القبض بعده خاليا عن قصد الإنشاء، بل بانبا على كونه حقا لازما لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين: الأول، تبعا لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق والشهيد الثانيين.

قال المحقق في صيغ عقود - على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة: إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه، وعلم التراخي منهما كان معاوضة، إنتهى.

وفي الروضة في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق: أنها تفيد المعاوضة مع الإفهام الصريح، إنتهى.

وظاهر الكلامين: صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره (١٣٧).

لا وجه لاعتبار أزيد من اللفظ الذي بسببه يكون العهد موثقا مؤكدا فالأمر في لزوم المعاملة

القولية أسهل من الفعلية وأما على الإباحة فقد عرفت أنه لا موجب لأصلها في المعاملة القولية ولكن بناء على الالتزام بها فالجمع بين الأدلة يقتضي مساواتها مع المعاوضة. (ص ٦٣) * (ص ٢٥٠، ج ١)

(١٣٧) الطباطبائي: لا يخفى أن كلام الثاني صريح، لا ظاهر لكنه في غير ما نحن فيه، إذ مفروض كلامه الإشارة وكلامنا في الصيغة القولية الفاسدة، إلا أن يكون نظر المصنف إلى تنقيح المناط، فتأمل. (ص ٨٤)

وظاهر تصريح جماعة - منهم المحقق والعلامة - : بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان مضمونا عليه، هو الوجه الأخير، لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة - كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة، وقبل شروط العوضين والمتعاقدين - وإما ما يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر. وكيف كان، فالصورة الأولى داخلة قطعاً، ولا يخفى أن الحكم فيها بالضمان مناف لجريان حكم المعاطاة.

وربما يجمع بين هذا الكلام وما تقدم من المحقق والشهيد الثانيين (١٣٨)، فيقال: إن موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة، فإذا انتفت الصحة انتفى الأذن، لترتبه على زعم الصحة، فكان التصرف تصرفاً بغير إذن وأكلاً للمال بالبطل، لانهصار وجه الحل في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراض أو هبة، أو نحوه من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. والأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، وكذا البواقي، للقطع - من جهة زعمهما 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، سواء صحت المعاملة أم فسدت، فإن ذلك ليس من البيع الفاسد.

(١٣٨) الطباطبائي: قد عرفت: أن الجمع بما ذكرنا أولى. (ص ٨٤)

أقول: المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إلا إنشاء واحدا هو التمليك، ومن المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الأذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك، والموجود بعده إن كان إنشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام، لأن المعاطاة حينئذ إنما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد والمحقق الثانيين حصول المعاطاة والمرضاة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع وبنفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما (١٣٩).

(١٣٩) الآخوند: يمكن أن يقال إن الصيغة المفروضة وإن لم تتضمن إلا إنشاء واحدا والمفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلا أن الصحة والفساد، لما كان من الأمور الإضافية، كما أشرنا إليه في بعض الحواشي السابقة، كان فساد الصيغة المنشأ بها التمليك بما هي عقد البيع ولا يترتب عليها شيء مما يكون آثار العقد من اللزوم وغيره لا ينافي كونها معاطاة وداخلة في المسألة التي تكون معركة للآراء وصحيحة بما هو بيع عند بعض، وإباحة عند آخر، إلى غير ذلك من الأقوال فيها والحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنه حكم اقتضائي لا فعلي بمعنى أن قضية فسادها بما هو عقد ذلك لو لم يجئ في البين الحكم بصحته بوجه آخر أي بما هو بيع بغير العقد وهذا أحسن ما يقال توفيقا بين ما ذكر في المقامين فتفطن. (ص ٢٦)

الطباطبائي: فيه أولا: أن المفروض أنه ليس إلا تراضيا في ضمن إنشاء التمليك بالصيغة الفاسدة وهو مقيد لا يبقى مع فرض العلم بالفساد. وثانيا: لازم ما ذكره اختصاص الحكم بصورة العلم بالفساد. مع، أن كلامهم مطلق وثالثا لو فرضنا حصول تراض جديد بعد العقد والعلم بالفساد، نقول: إنه لا دخل له بالمعاطاة، لأنه كالإذن في التصرف بشاهد الحال هذا إن لم يحصل إنشاء المعاملة ثانيا بالمعاطاة الجديد والتراضي الجديد وإلا خرج عن محل الكلام إذ المفروض أنه ليس إلا التراضي السابق. (ص ٨٤)

ومنه يعلم: فساد ما ذكره من حصول المعاظة بتراض جديد بعد العقد غير مبني على صحة العقد.

ثم إن ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد - مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غيره من الصور، مع أن كلام الجميع مطلق.

يرد عليه: أن هذا التراضي إن كان تراضيا آخر حادثا بعد العقد: فإن كان لا على وجه المعاظة، بل كل منهما رضي بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه في ماله، فهذا ليس من المعاظة.

بل هي إباحة مجانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا.

ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع، لأنه كالأذن الحاصل من شاهد الحال، ولا يترتب عليه أثر المعاظة: من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع، وإن كان على وجه المعاظة فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكية كل منهما لمالك الآخر، وليس تراضيا جديدا، بناء على أن المقصود بالمعاظة التمليك كما عرفته من كلام المشهور - خصوصا المحقق الثاني - فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود: (إن الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي تدخل في المعاظة) التراضي الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة.

وتفصيل الكلام: أن المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط: إما أن يقع تقابضهما بغير رضا من كل منهما في تصرف الآخر بل حصل قهرا عليهما أو على أحدهما، وإجبارا 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 تشريعاً - كما في كل قبض وقع على هذا الوجه -، لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقاً لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة في الرضا ينتفي بانتفائها في الواقع، كما في نظائره.

وهذان الوجهان مما لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين، كما أنه لا إشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد وتقابضا بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد. (١٤٠)

وأما إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق ولا قصد لإنشاء التملك، بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة، بحيث لولاها لكان الرضا أيضا موجودا، وكان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف، وأوقعا العقد الفاسد وسيلة له - ويكشف عنه أنه لو سئل كل منهما عن رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا - فإدخال هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين: الأول: كفاية هذا الرضا المركوز في النفس، بل الرضا الشأني، لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره.

(١٤٠) الطباطبائي: وهنا قسم آخر لم يتعرض له المصنف، مع أنه أولى بالذكر وهو ما لو قصد التملك وإنشاء التراضي بالصيغة المفروضة من غير تقييد بالصحة واللزوم بأن كان قصدهما إظهار الرضا بالتصرف، كما لا يخفى وحكمه حكم المعاطاة حسبما أشرنا إليه في أول هذا الأمر. (ص ٨٤)

وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره إلى هذا، ولعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس. الثاني: أنه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر، والرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور (١٤١).

(١٤١) الطباطبائي: الحق: عدم تمامية شيء منهما، أما الأول: فلأن الرضا الباطني وإن كان كافيا في جواز التصرف في مال الغير، إلا أنه يكفي في لحوق حكم المعاطاة من اللزوم بالملزمات وغيره وأما الثاني: فلأنه لا بد في تحقق المعاملة من إنشاء قولي أو فعلي فلا يكفي مجرد وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر ودعوى: أن عنوان التعاطي في كلماتهم بمجرد الدلالة على الرضا وأن السيرة التي هي عمدة الدليل موجودة في المقام كما ترى، فإننا نمنع أن مجرد الرضا كاف بل لا بد من الإنشاء الفعلي أو القولي والسيرة ممنوعة ومسألة أخذ الماء والبقل ودخول الحمام ليست من باب المعاطاة، بل من باب الإذن المعلوم بشاهد الحال وعلى فرضه فليست موردا للسيرة المستمرة الكاشفة، كما لا يخفى فالتحقيق: عدم لحوق حكم المعاطاة لهذا القسم، إلا أن يرجع إلى ما ذكرنا من إنشاء التملك والرضا المطلق بالصيغة الفاسدة بأن يكون هذه الصيغة بمنزلة المعاطاة في إنشاء التملك والتراضي به مطلقا، فتدبر. (ص ٨٥)

النائيني (المكاسب والبيع): والتحقيق: أن يقال إن هذا الرضا المقارن مع القبض لا يكون معاطاة لا على القول بالملك ولا على القول بالإباحة وذلك لتوقف تحقق المعاطاة بالإنشاء، إذ هي معاملة انشائية أما على القول بالملك فواضح وأما على القول بالإباحة فكذلك لما عرفت في التنبهات السابقة من أن المنشأ على القول بالإباحة ليس محض إباحة التصرف وإنما هو التسليط، لكن لما كان الفعل التسليطي قاصرا عن كونه مصداقا

وفيه إشكال: من أن ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة هو العقد الفعلي كما ينبئ عنه قول العلامة قدس سره في رد كفاية المعاطاة في البيع: إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد، وكذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها: بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة، وكذا ما تقدم من الشهيد قدس سره في قواعده: من أن الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنما يفيد الإباحة، إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أن محل الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، وكذا كلمات العامة، فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي. ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا، وأن عمدة الدليل على ذلك هي السيرة، ولذا تعدوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين، والسيرة موجودة في المقام أيضا.

للبيع عند القائل بالإباحة قال: بأنه يفيد الإباحة. وقد عرفت: انتفاء الفرق. والشمرة بين القولين وحينئذ كما لا يتحقق التملك بلا إنشائه كذلك لا تتحقق الإباحة بدون إنشائها وأما صرف الرضا الباطني فهو ليس مما يترتب به أحكام المعاطاة فلا يصح معه التصرفات المتوقفة على الملك. ولا يصير لازما بتحقيق إحدى الملزمات المتقدمة هذا هو الذي تقتضيه القواعد. نعم في خصوص ما قامت السيرة على تحقق المعاطاة بمجرد وصول كل من العوضين إلى الآخر يحكم بكونه معاطاة ويلتزم فيه بالملك على القول به وبالإباحة وتحقق النقل والانتقال المعاوضي آنا ما قبل تحقق إحدى الملزمات على القول بالإباحة وذلك، كما في مثل المحقرات والدخول في الحمام ووضع الفلوس في كوزة، لكنه على خلاف القاعدة يجب أن يقتصر فيه على ما ثبت جوازه بالخصوص بالسيرة. (ص ٢٦٨)

فإن بناء الناس على أخذ الماء والبقول وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس في الموضع المعد له، وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمامي. فالمعيار في المعاطاة: وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة (١٤٢).

(١٤٢) الطباطبائي: لحوق حكم المعاطاة من اللزوم بالملزمات ونحوه بعيد غايته. نعم يلحقه حكم مطلق للإباحة، فتدبر. (ص ٨٥)

النائيني (منية الطالب): أما حصول الملك بمجرد الرضا أو الأول إليه: - أي تعين المسمى للبديلة بطرو أحد الملزمات - فلم يقم دليل على حصوله بمجرد الرضا، لأن عناوين العقود إيجابية ولا بد من حصولها بإنشائها قولاً أو فعلاً ولا عموم في طرف المستثنى في قوله عليه السلام: (إلا بطيب نفسه)، لأن عموم المستثنى منه لا يقتضي عموم المستثنى. هذا مع أنه ولو قلنا بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك بمجرد الرضا الباطني إلا أنه كيف يتحقق الركن الآخر وهو الضمان بالمسمى وانتقال التالف إلى ملك من تلف في يده؟ فإنه يتوقف على إنشاء لا محالة إما بقوله: (أعتق عبدك عني وعلي عشرة) وإما بإعطائه الناشئ عن قصد التملك أو التسليط، وكفاية وصول كل واحد من العوضين إلى المالك الآخر - كما في مسألة كوز الحمامي والسقاء ونحوهما وإن لم ينشأ إباحة أو تملكاً - ممنوعة. أما أولاً: فلعدم كون أمر الحمام والسقاء من باب المعاطاة. وأما ثانياً: فلأن قيام السيرة على تحققها بإنشاء من طرف واحد غير موجب لتحقيقها ولو لم يكن هنا إنشاء أصلاً كما في المقام. (ص ٢٢٩)

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع - بل في جميع العقود - مما نقل عليه
الاجماع وتحقق فيه الشهرة العظيمة، مع الإشارة إليه في بعض النصوص، لكن
هذا يختص بصورة القدرة، أما مع العجز عنه كالأخرس (١).

(١) الطباطبائي: لا اشكال في قيام إشارة الأخرس مقام الصيغة اللفظية على ما هو المختار
من صدق عناوين العقود على ما كان منشأ بالفعل كالمنشأ بالقول وإن العمومات شاملة
للمعاملات الفعلية كالقولية، إذ القدر المتيقن من الاجماع والنصوص المخصصة لها على
فرض وجودها صورة القدرة على القول فمع العجز لا مانع من شمولها مضافا إلى
فحوى النصوص الواردة في الطلاق بل ما ورد في الصلاة وغيرها من أن إشارته تقوم
مقام قراءته كخبر السكوني عن الصادق عليه السلام: (تلبية الأخرس وتشهده وقراءته القرآن
في

الصلاة تحريك لسانه وإشارته بإصبعه) ومقتضى العمومات وفحوى الاطلاقات عدم
الفرق بين صورة القدرة على التوكيل والعجز عنه كما أن مقتضاها أيضا عدم الفرق بين
الأخرس ممن هو عاجز عن التكلم ولو لمرض أو اعتقال لسان سواء طال زمانه أو قصر
إلا أن يكون بحيث لا يصدق معه العجز. (ص ٨٥)

النائبي (المكاسب والبيع): إن إشارة الأخرس تقوم مقام اللفظ في إفادة اللزوم
مطلقا سواء قلنا في كل معاملة فعلية هو اللزوم وإنما المعاملة المعاطاتية خرجت عن
تحتة بقيام الاجماع على جوازها قبل تحقق إحدى ملزماتها أو قلنا بأن الأصل في كل
معاملة فعلية هو عدم اللزوم، إلا أن يقوم الدليل على اللزوم أما على الأول فلزوم معاملة
الأخرس بالإشارة واضح إذ هي معاملة فعلية مقتضاها اللزوم ولم يقم دليل على جوازها
وأما على الثاني فلأن ما يدل على اعتبار اللفظ في اللزوم هو الاجماع وهو مختص
بصورة التمكن من التلفظ. وأما مع العجز فلا خلاف في عدم اعتباره وكفاية الإشارة
وقيامها مقامه سواء كان متمكنا من التوكيل أولا. (ص ٢٧٣)

النائبي (منية الطالب): أولا: الحكم مختص بالأخرس الذي نشأ خرسه من صممه

فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة مقامه (٢).

كاللفظ الراجع للاشتباه الذي يتطرق إلى الفعل نوعا عهد مؤكد من القادر فليس مجرد كون الإشارة فعلا موجبا لكون معاملة الأخرس معاطاة دائما أو أن فعله منزل منزلة القول من

غيره دائما بل له سنخان من العهد كما في غيره بلحاظ قوة الدلالة على مقاصده وضعفها نوعا وعليه فإذا كان العقد في قوله تعالى عبارة عن العهد المؤكد - كما هو مبنى البحث

فهو شامل لإشارة الأخرس فإنه العهد المؤكد من مثله واحتمال عدم تأثيره وحصر المؤثر في عقده التسببي بالتوكيل بلا موجب فهو نظير احتمال حصر التأثير في العقد التسببي دون المباشري من القادر وحيث إن العبرة في باب المعاملة بالعهد المؤكد بلحاظ مقام الإثبات والإشارة المفهمة من الأخرس توجب تأكد عهده حقيقة فلا مجال لتوهم تحريك لسانه نحو الألفاظ بما يناسبها كما في باب القراءة فإن المطلوب هناك القراءة وتحريك لسانه نحو ما يناسبها وهو القدر المقدر عليه بخلاف ما نحن فيه فإنه لا خصوصية للفظ في مقام التسبب إلا لتوكيد العهد، فإذا كانت الإشارة المفهمة موجبة لتأكد العهد من مثله فلا محالة لا مجال لتوهم تحريك لسانه نحو ما يوجب توكيد العهد من غيره وأما التمسك بفحوى ما ورد في الطلاق فربما يחדش فيه بما سيحجى في باب الفضولي من أن أهمية الفروج ربما تقتضي التوسعة في أسبابها لئلا يقع الناس في الزنا فلا يوجب التوسعة في غيرها بالمساواة فضلا عن الفحوى. (ص ٦٣) * (ص ٢٥٥، ج ١) (٢) الطباطبائي: الظاهر: أنه لا فرق بين أقسام الإشارة فلا يعتبر كيفية خاصة، ولا يعتبر كونها مفيدة للقطع، بل يكفي الإشارة الظنية لأن الأفعال كالأقوال في حجية ظواهرها في طريقة العقلاء في سائر المقامات من الأقارير والوصايا ونحوها والمراد من الظن، الظن النوعي لا الشخصي ولو بملاحظة القرائن ولا يعتبر فيها لوك اللسان ولا تحريك الشفة وإن قلنا بذلك في القراءة والأذكار من جهة خبر السكوني لأن اللاحق قياس، ومع ذلك

وكذا مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه (٣) - كما قيل - لأن الوجوب بمعنى الاشتراط - كما فيما نحن فيه - هو الأصل.

المراد، ومن مصاديق العناوين وليس لنوع الأخرس كيفية واحدة نوعية حتى لا يتجاوز عنها. (ص ٢٣٦)

(٣) النائيني (المكاسب والبيع): (بل)، لأن الوكالة أيضا عقد يحتاج إلى اللفظ والأخرس عاجز عنه فلو اكتفى في عقد الوكالة الصادر عنه بالإشارة فليكتف في عقده الآخر الذي يراد أن يوكل بالإشارة. (ص ٢٧٣) [إما بناء على صدق عنوان العقد على إشارته فواضح لأن الأصل عدم اشتراطه. وإما بناء على عدم الصدق فإطلاق الأخبار في باب الطلاق المستفاد منها بالفحوى حكم عقده وإيقاعه في سائر الأبواب، وحملها على صورة العجز عن التوكيل حمل على الفرد النادر. لا يقال: إن العقود الإذنية يكفي فيها كل ما يدل على الإذن والرضا بخلاف غيرها. لأننا نقول: وإن كان الإذن المطلق يكفي فيه كل ما يدل عليه إلا أن الإذن في التصرف بعنوان الوكالة لا بد في تحققه من إشارة خاصة فإذا كانت إشارته

مفيدة لعقد الوكالة فهي مفيدة لغيره من العقود والإيقاعات أيضا. (النائيني - منية الطالب - ص ٢٣٥)]

الطباطبائي: يمكن أن يكون مراد القائل الوجوب الشرطي ويكون نظره إلى شمول العمومات فيكون نظيره أصالة عدم الشرطية في سائر الموارد، فإن بعد شمول العمومات إذا شك في اعتبار شرط فالأصل عدمه، وفي المقام يرجع إلى الشك في شرطية التوكيل أو الصيغة اللفظية حتى يجب التوكيل والأصل عدمه. نعم، لو لم يكن عموم يقتضي الصحة فالأصل هو الاشتراط لأن الأصل هو الفساد وعدم ترتب الأثر. (ص ٨٦) الإيرواني: لا مانع من هذه الأصالة بناء على جريان البراءة في الأحكام الوضعية كما يظهر من استدلال الإمام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقة، فينتفي بأصالة

بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس (٤)، فإن حملة 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 المتبايعين على مباشرة اللفظ (٥).

عدم الوجوب وجوب كل خصوصية شك فيها بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب وعدم كونها من أجزاء السبب ولا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقق النقل والانتقال لأن هذا في مرتبة السبب وذاك في مرتبة المسبب والاستصحاب إنما يقدم على أصالة البراءة حيث يكونا في مرتبة واحدة. (ص ٨٩)

(٤) الطباطبائي: ويستفاد منها - أي الأخبار - إن المعتبر إيجاد فعل دال على الطلاق قاصدا

به الإنشاء وأنه لا خصوصية لكيفية خاصة فلا يعتبر في الإشارة كونها بالرأس أو باليد أو نحو ذلك فهي مؤيدة لما ذكرنا سابقا من عدم اعتبار الصيغة الخصوصية وأن المدار على ما يفهم المراد وكيف كان فمقتضى إطلاقها ما ذكره المصنف. (ص ٨٦)

(٥) الطباطبائي: قلت: هذا هو الذي ذكرت آنفا (تحت الرقم ٣) أنه مراد القائل بأصالة عدم وجوب التوكيل. (ولكن رده المصنف) فتدبر. (ص ٨٦)

النائني (منية الطالب): إن محل البحث في إشارة الأخرس إنما هو فيما إذا كانت المعاملة منشأة بإشارته بحيث كان القبض والإقباض وفاء بها، لا ما إذا كان الإنشاء بهما فإن معاطاته لا خصوصية فيها. فما أفاده المصنف لا يستقيم لأن جهة البحث ليست في معاطاة الأخرس، حتى يبحث أنها لازمة أو جائزة لعموم انعقاد الإجماع ههنا. نعم، لو أراد من لفظ المعاطاة مطلق الفعل لا خصوص القبض والاقباض لاستقام ما أفاده. (ص ٢٣٥)

والظاهر أيضا: كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة، لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق، مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه. وأما مع القدرة على الإشارة فقد رجح بعض الإشارة، ولعله لأنها أصرح في الإنشاء من الكتابة. وفي بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس. وإليه ذهب الحلبي قدس سره هناك.

(٦) الطباطبائي: أولا: الظاهر من روايات باب الطلاق بيان طرق الإفادة فقط وأن منها الكتابة ومنها غيرها من سائر الأفعال. وإلا فالمدار على ما يفهم المراد من غير فرق ولو أغمضنا عما ذكرنا من أن المناط ما يكون مفهما للمراد وقلنا: بالترتيب فالأقوى تقديم الكتابة لأضبطيتها مضافا إلى الصحيح ابن أبي نصر قال سألت الرضا عليه السلام: عن الرجل تكون عنده المرأة فيصمت ولا يتكلم قال عليه السلام: أحرص؟ قلت: نعم. قال عليه السلام: يعلم منه بعض لامرأته وكراهة لها؟ قلت: نعم، يجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال عليه السلام: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك. قلت: - أصلحك الله - لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لها، أو بغضه لها ولا ينافيه غيره من الأخبار المتقدمة، لأنها منزلة على الغالب من عدم قدرة الأحرص على الكتابة، فتأمل. (ص ٨٦) النائيني (المكاسب والبيع): إن الكتابة لا دليل على صحة إنشاء العقود والايقاعات بها رأسا فضلا عن تقديمها على الإشارة، لأن الكتابة وإن كانت في الدلالة على المقاصد أوضح من الفعل، بل ربما يقال بأنها أوضح من اللفظ وكما أنها هي المعتبرة في هذه الأعصار أيضا ولكن الإنصاف: أن القدر الثابت من اعتبارها إنما هو في مقام إحراز المرادات وكاشفيتها عن المقاصد وأما كونها آلة لإنشاء أمر انشائي مثل العقود والايقاعات فلم يثبت وليست مما يقع بها الإنشاء عرفا وعلى هذا فيشكل وقوع العقد بها حتى في مثل الوصية فضلا عن غيرها. (ص ٢٧٤ و ٢٧٦)

(٣٤١)

ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ:
تارة يقع في مواد الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة والظهور والحقيقة
والمجاز والكنائية، ومن حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة.
وأخرى في هيئة كل 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 بالكنائيات (١).

(٧) النائيني (منية الطالب): أما صحته بالكناية فلو قيل: إنها قسم من المجاز - كما عرفها بعضهم من أنها ذكر اللازم وإرادة الملزوم - فحكمها حكمه. ولو قيل: إنها قسيم للمجاز - كما هو الحق - فإن قوله: زيد طويل النجاد استعمل في نفس معناه الحقيقي وألقى معنى اللفظ إلى المخاطب لينتقل منه إلى ملزومه وهو طول القامة، وهكذا في أمثال ذلك من قوله: زيد كثير الرماد، أو مهزول الفصيل، فإن الانتقال إلى الجواد من دواعي استعمال هذه الألفاظ في معانيها الموضوعية لها، لا أنها استعملت في الجود، فالأقوى: عدم صحة إنشاء العنوان بها، فإن إنشاء اللازم وإيجاده في الإنشاء القولي ليس إيجادا للملزوم عرفا وكون الملزوم مقصودا وداعيا من إيجاد اللازم لا أثر له وبالجملة: ما لم ينشأ عنوان العقد بما هو آلة لإيجاده عرفا فلا أثر له، ولا يرى العرف آلة لإيجاد اللازم آلة لإيجاد الملزوم. أما صحته بالمجاز فإن كان مجازا مشهورا فالأقوى كفايته دون ما لم يكن كذلك، وذلك لأن الشهرة توجب أن لا يحمل اللفظ على معناه الحقيقي أو المجازي، إلا بانضمام قرينة معينة لأحدهما، فعدم حمله على معناه الحقيقي بمجرد التلفظ يجدي في وقوعه به، ولا يلزم إيجاد عنوان البسيط تدريجا، وهذا بخلاف المجاز الغير المشهور، فإنه يحتاج إلى قرينة صارفة أيضا، فحاله أردأ من الكناية، لأن ما يوجد به بحسب الدلالة

قال في التذكرة: الرابع من شروط الصيغة: التصريح، فلا يقع بالكناية بيع البتة، مثل قوله: أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو خذه مني بكذا، أو سلطتك عليه بكذا، عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأن المخاطب لا يدري بم خوطب، إنتهى.

عرفت: أن الأظهر إرادة الأول والشاهد على ذلك أن بعض من منع عن الانعقاد بالكنائيات ذكر الانعقاد بألفاظ تكون موضوعاً لمعنى هو لازم المعاملة فيظهر من ذلك أن ما منعه هو صورة إرادة نفس ذلك اللازم وما جوزه هو صورة إرادة الملزوم مجازاً، فتدبر. والتحقيق الجواز في كليهما فلو قال: (أدخلت هذا في ملكك) وأراد منه التملك مجازاً صح كما أنه لو أراد منه معناه وكان غرضه إنشاء التملك كان صحيحاً وذلك لصدق العقد والعهد فيشملة العمومات حسبما عرفت، فتدبر. (ص ٨٧)

النائبي (المكاسب والبيع): الألفاظ الكنائية مطلقاً غير قابلة لأن ينشأ بها العقود لأنها ليست آلة لإنشائها بنظر العرف فمثل: (بارك الله) مثلاً الذي هو لازم البيع لا يصح أن يقع به إنشاء البيع بل هو إنشاء للدعاء ولا إنشاء للبيع. وهكذا الألفاظ المجازية لا تصلح لأن تكون آلة لإنشاء العقود للزوم التدرج في تحقق حقيقة المنشأ بأن يكون جزء منها حاصلًا باللفظ المجازي والآخر منها بالقرينة وهو مناف مع بساطتها وأنها مما لا جزء لها أما لزوم التدرج لأنه لازم كل استعمال مجازي ومشارك لفظي لأننا إذا رجعنا إلى وجداننا حين استعمال الأسد في الرجل الشجاع لا نرى حضور المعنى حين استعمال الأسد ولا نلتفت إلى الاستعمال قبلاً بل إنما نقلى المعنى بمجموع الكلمتين من القرينة وذيها فحينئذ يلزم التدرج في المنشأة وهو مناف مع بساطتها وأما بساطة المعنى المنشأة في العقود، لأن جميع النواقل الاعتبارية متحدات في كون ما به الاشتراك منها هو عين ما به الامتياز فالمعنى البيعي الذي هو عبارة عن التملك بعوض مسمى هو شئ واحد متميز بنفس ذاته عن التملك بعوض المثل الذي هو القرض وكل من البيع والهبة والقرض. (ص ٢٧٩ و ٢٨٠)

وزاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قوله: (أعطيتك بكذا) أو (تسلط عليه بكذا).

وربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة في الصيغة فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرح بعضهم: بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد.

والمراد بالصريح - كما يظهر من جماعة من الخاصة والعامة في باب الطلاق، وغيره - ما كان موضوعا لعنوان ذلك العقد لغة أو شرعا.

ومن الكناية: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادة نفسه بالقرائن. وهي على قسمين عندهم: جلية وخفية.

والذي يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب العقود اللازمة والفتاوى المتعرضة لصيغها في البيع بقول مطلق وفي بعض أنواعه وفي غير البيع من العقود اللازمة، هو: الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود.

فلا فرق بين قوله: بعث وملكت، وبين قوله: نقلت إلى ملك، أو جعلته ملكا لك بكذا.

وهذا هو الذي قواه جماعة من متأخري المتأخرين.

وحكى عن جماعة ممن تقدمهم كالمحقق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز، أنه حكى عن شيخه المحقق - إن عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص، وإنه اختاره أيضا. وحكى عن الشهيد قدس سره في حواشيه: إنه جوز البيع بكل لفظ دل عليه، مثل (سلمت إليك) و (عاوضتك) وحكاه في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين.

بل هو ظاهر العلامة قدس سره في التحرير، حيث قال: إن الإيجاب اللفظ الدال على النقل، مثل: (بعتك) أو (ملككتك) أو ما يقوم مقامهما. ونحوه المحكي عن التبصرة والإرشاد وشرحه لفخر الإسلام. فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل، فكيف لا ينعقد بمثل (نقلته إلى ملكك) أو (جعلته ملكا لك بكذا)؟

بل ربما يدعى: أنه ظاهر كل من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول فيه من دون ذكر لفظ خاص، كالشيخ وأتباعه، فتأمل.

وقد حكى عن الأكثر: تجويز البيع حالا بلفظ السلم.

وصرح جماعة أيضا في بيع (التولية): بانعقاده بقوله: (وليتك العقد) أو (وليتك السلعة)، والتشريك في المبيع بلفظ: (شركتك).

وعن المسالك - في مسألة تقبل أحد الشريكين في النخل حصة صاحبه بشيء معلوم من الثمرة - أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبيل، مع أنه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة.

هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

وأما في غيره، فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص، فجوزوه بقوله: (تصرف فيه - أو انتفع به - وعليك رد عوضه)، أو (خذه بمثله)، و (أسلفتك)، وغير ذلك مما عدوا مثله في البيع من الكنايات، مع أن القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع والإجارة.

وحكى عن جماعة في الرهن: أن إيجابه يؤدي بكل لفظ يدل عليه، مثل قوله: (هذه وثيقة عندك)، وعن الدروس تجويزه بقوله: (خذه)، أو (أمسكه بمالك).

وحكي عن غير واحد: تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة بلفظ (تعهدت المال) و (تقلدته)، وشبه ذلك.

وقد ذكر المحقق وجماعة ممن تأخر عنه: جواز الإجارة بلفظ العارية، معللين بتحقيق القصد. وتردد جماعة في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة.

وقد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة، وعن مجمع البرهان كما في غيره: أنه لا خلاف في جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب، مع كونه ماضيا.

وعن المشهور: جوازها بلفظ (ازرع).

وقد جوز جماعة: الوقف بلفظ: (حرمت) و (تصدقت) مع القرينة الدالة على إرادة الوقف، مثل: (أن لا يباع ولا يورث)، مع عدم الخلاف - كما عن غير واحد - على أنهما من الكنايات.

وجوز جماعة: وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنه ليس صريحا فيه. ومع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، وأنه لا يجوز بالألفاظ المجازية؟! خصوصا 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 اللازمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعة لذلك العقد، جمع المحقق الثاني - على ما حكي عنه في باب السلم والنكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، وهو جمع حسن.

ولعل الأحسن منه: أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية، سواء كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفادة بالآخرة إلى الوضع، إذ لا يعقل الفرق في الوضوح - الذي هو مناط الصراحة - بين إفادة لفظ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ.

وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالاته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد، فإن الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين - وإن كان من المجازات القرينية جدا - رجوع عما بني عليه من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد. ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقال أو اقتران حال تدل على إرادة البيع جزما. (٨)

(٨) الطباطبائي: فيه: منع واضح، إذ مجرد كون القرينة غير لفظية لا يستلزم ذلك، فإن دلالة اللفظ على معناه المجازي داخلة تحت الدلالة اللفظية وإن كانت القرينة حالية أو عقلية ويقال: إنه أفاد المطلب باللفظ فقوله صلى الله عليه وآله (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) يشمل

مثله قطعا فأولوية المدعاة في الجمع بين كلماتهم ممنوعة. (ص ٨٧)
النائبي (المكاسب والبيع): لا يتحصل بمجموع لفظ ملكت مع ما يقترن به من العوض بل المحصل لها هو لفظ ملكت وإنما الانضمام ما به يقترن يوجب تعيين ما قصد إيجاده بالإنشاء فلا يستلزم التدريج في الإنشاء المنافي مع بساطة المعنى وفي المشترك المعنوي فيجب أن يفصل فيها بين ما كان كالجنس البعيد مثل لفظ نقلت المشترك بين النقل الخارجي والنقل الاعتباري وبين ما كان كالجنس معنويا بين النقل الخارجي

ومما ذكرنا يظهر الإشكال في الاختصار على المشترك اللفظي اتكالا على القرينة الحالية المعينة، وكذا المشترك المعنوي.

ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارة التذكرة بقوله قدس سره: (لأن المخاطب لا يدري بمخوطب)، إذ ليس المراد: أن المخاطب لا يفهم منها المطلب ولو بالقرائن الخارجية، بل المراد أن الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم، - لأن اللازم الأعم، كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات، لا يدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجامع مع الملزوم الخاص - فالخطاب في نفسه محتمل، لا يدري المخاطب بمخوطب. وإنما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم.

معناه الموضوع له دلالة فعلية بالاستعمال، ومع القرينة الصارفة عن المعنى المدلول عليه بالأصالة وبالذات يتعين استعماله فيما يناسبه بالعرض، فالمقتضى ثبوتاً هي تلك المناسبة، والمقتضى اثباتاً فعلية الاستعمال فيما يناسبه، والقرينة بمنزلة الراجع للمانع لا أنها معطية للدلالة، وعيه فالدال على المعاهدة بجهاتها هو اللفظ، والقرينة ليست معطية للدلالة للفظ، كما أنها ليست بنفسها دالة على المعنى. ويمكن أن يقال: إن المنع عن التسبب بالأفعال ليس إلا بملاحظة أنها في حد ذاتها قاصرة الدلالة على المقاصد نوعاً، لا بلحاظ أمر آخر وشخصاً، فكل ما كان سبيله هذا السبيل كان حكمه من هذا القبيل، وإن كان قولاً لوحدة الملاك، فالقرينة إذا كانت حالية محسوبة من اللفظ لاحتفاه بها، وأما إذا لم تكن كذلك فاللفظ الصادر بحسب نوه لا دلالة له على المقصود كالفعل وإن كان شخصاً وبالعرض تام الدلالة من غير فرق بين المجاز والكناية وكذا بين المجاز القريب والبعيد. (ص ٦٤) * (ص ٢٥٨ و ٢٦٠، ج ١)

والمفروض - على ما تقرر في مسألة المعاطاة - أن النية بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثر في النقل والانتقال، فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه لا يجري في جميع ما ذكره من أمثلة الكناية. ثم إنه 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، فلا بد من الإقتصار على المتيقن. وهو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء، فضلا عن الروايات المتكثرة الآتية بعضها. وأما ما ذكره الفخر قدس سره، فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعا، هي: اشتمالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع، فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل والمرأة معبرا عنها في كلام الشارع بالنكاح، أو الزوجية، أو المتعة، فلا بد من اشتمال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك، وهكذا الكلام في العقود المنشأة للمقاصد الأخر كالبيع والإجارة ونحوهما. فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العناوين الدائر في لسان الشارع، أو ما يرادفها لغة أو عرفا، لأنها بهذه العناوين موارد للأحكام الشرعية التي لا تحصى. وعلى هذا، فالضابط وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع، إذ لو وقع بإنشاء غيرها، فإن كان لا مع قصد تلك العناوين - كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة للاستمتاع - لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة.

وإن كان بقصد هذه العناوين دخلت في الكناية التي عرفت أن تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال.
فما ذكره الفخر قدس سره مؤيد لما ذكرناه واستفدناه من كلام والده قدس سره. وإليه يشير - أيضا - 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 في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة، ومراده من (المنقولة شرعا)، هي: المأثورة في كلام الشارع. وعن كنز العرفان - في باب النكاح - أنه حكم شرعي حادث فلا بد له من دليل يدل على حصوله، وهو العقد اللفظي المتلقى من النص. ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظا ثلاثة، وعللها بورودها في القرآن. ولا يخفى أن تعليقه هذا كالصریح فيما ذكرناه: من تفسير توقيفية العقود، وأنها متلقاة من الشارع، ووجوب الاقتصار على المتيقن. (٩)

(٩) الإصفهاني: بعد ما تحقق العهد المؤكد موضوعا (وقلنا بتحقيقه بالمجاز والكناية أيضا) يقع الكلام في الدليل على نفوذ كل عهد مؤكد ووجوب الوفاء، وما يستدل به على ذلك ليس إلا قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)، فإن كان عموم العقود من باب مقابلة الجمع بالجمع، كما في قوله تعالى: (فاغسلوا وجوهكم)، فالمراد تكليف كل مكلف بالوفاء بعقده، فلا بد من التمسك باطلاق العقد أفرادا وأحوالا.
وإن قلنا: بأن الموجب لصرف العموم إلى مقابلة الجمع بالجمع في قوله تعالى: (فاغسلوا وجوهكم) هي القرينة، إذ ليس لكل مكلف إلا وجه واحد، بخلاف العقود، بل حاله حال (أكرموا العلماء) حيث إنه لم ينسب إلى ذهن أحد كون كل مكلف مكلفا

ومن هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة - من الألفاظ المتقدمة في أبواب العقود المذكورة - من غيره. وأن الإجارة بلفظ العارية غير جائزة، ولفظ بيع المنفعة أو السكنى - مثلا - لا يبعد جوازه، وهكذا.

إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول:
منها: لفظ (بعت) في

الإيجاب، ولا خلاف فيه فتوى ونصا، وهو وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء، لكن كثرة استعماله في وقوع البيع تعيينه. ومنها: لفظ (شريت) لوضعه له، كما يظهر من المحكي عن بعض أهل اللغة، بل قيل: لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع. وعن القاموس: شراه يشريه: ملكه بالبيع وباعه، كاشترى فيهما ضد. وعنه أيضا: كل من ترك شيئا وتمسك بغيره فقد اشتراه.

(١٠) الطباطبائي: يمكن أن يقال: إنه مشترك معنوي بين البيع والشراء نظير ما يحكيه عن القاموس في لفظ الاشتراء من قوله: (كل من ترك شيئا وتمسك بغيره فقد اشتراه) فيكون بمعنى التمليك بالعرض أعم من الصريح كما في البيع أو الضمني كما في الشراء. (ص ٨٧)

الإصفهاني: بل قيل: إنه مما لا خلاف فيه بين اللغويين ومع ذلك ربما يقال كما عن بعض أجلة المحشين: بأنه مشترك معنوي بمعنى التمليك بعرض أعم من أن يكون صريحا أو ضمنا فيوهم صدقه على كل منهما أنه موضوع لهما وفيه: أن المراد من التمليك الضمني من المشتري هو تمليك ماله عوضا ولا جامع بين التمليك بعرض وتمليك المال عوضا عن مال الغير وإن أريد مفاد نفس الاشتراء من التمليك الضمني

وربما يستشكل فيه: بقلة استعماله عرفا في البيع، وكونه محتاجا إلى القرينة المعينة، وعدم نقل الايجاب به في الأخبار وكلام القدماء. ولا يخلو عن وجه (١١).

وهو إنشاء ملكية مال الغير بعوض مال نفسه بإزاء مال الغير فكل منهما مطابق عنوان التمليك بعوض وخصوصية البيع تعلقه بمال نفسه وخصوصية الاثراء تعلقه بمال غيره ففيه أولا: إنه تمليك صريح لمتعلقه لا ضمنى بل الضمنية من حيث تعلقه بمال نفسه كما ذكرنا وثانيا: ما مر وسيجيء - إن شاء الله - إن المعاملة البيعية غير متقومة بايجابين، بل بايجاب من أحدهما وقبول من الآخر، أي بتسبيب إلى ملكية عين بعوض من البائع ومطابقة التسبيب المزبور من المشتري، ولا جامع بين الأمرين وسيجيء إن شاء الله تعالى أن الاثراء بمفهومه وإن كان قابلا لإنشاء الملكية بعوض لكنه ليس قبولا مقوما للعقد بهذا العنوان بل بما هو واقع موقع مطاوعة تسبيب الغير ومما ذكرنا يظهر أن جعل الجامع هو التمليك لا مجانا بحيث يشمل التمليك بعوض وتمليك شئ عوضا غير صحيح أيضا فإنه وإن كان جامعا، إلا أن ركن العقد ليس إيقاعا تسييبا وهو تمليك شئ عوضا فهو جامع لغير ما هو فعل المشتري مضافا إلى أن مفهوم الاثراء والابتياح أيضا ليس تمليك شئ عوضا، بل تمليك شئ بعوض إذا أخذت المطاوعة بمعنى آخر، كما سيجيء إن شاء الله تعالى. وبالجملة: إما يجب القول بأنه مشترك لفظي بين الضدين أو بإنكار أصله وجعله موضوعا لما ينطبق على خصوص فعل البائع ولا يحضرنى فعلا مورد صدقه على فعل المشتري وأما مثل قوله البيعان بالخيار وأشباهه فهو من باب التغليب. (ص ٦٧) * (ص ٢٧٠، ج ١)

(١١) الطباطبائي: بل، لا وجه له مع إقامة القرينة الصريحة على إرادة البيع ولا يضر عدم نقل الايجاب به في الأخبار كما لا يضر قلة الاستعمال العرفي بعد وروده في الكتاب ولا الحاجة إلى القرينة لا فرق بين الهبة المجانية والمعوضة في كونها من التمليك حقيقة

ومنها: لفظ (ملكت) - بالتشديد - والأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الارشاد الاتفاق، حيث قال: إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه ك (بعت) و (ملكت) (١٢).

ويدل عليه: ما سبق في تعريف البيع، من أن التمليك بالعوض المنحل إلى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفا ولغة، كما صرح به فخر الدين، حيث قال: إن معنى (بعت) في لغة العرب: ملكت غيري. وما قيل: من أن التمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها.

وإنما الفرق ذكر العوض وعدمه فدعوى المصنف: (من أن استعماله في خصوص الهبة المعوضة مبني على صحة العقد بلفظ غيره) كما ترى. نعم، في المصالحة يمكن أن يقال بالابتناء المذكور لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعتبرة في حقيقة الصلح. (ص ٨٧)

(١٢) الإصفهاني: بل، ربما يتوهم أنه أصرح من بعت لأن البيع موضوع للنقل بالعوض ففي

مقام الإنشاء ب (بعت) لا بد من تجريده عن المعوض لئلا يكون ذكر العوض تكرارا أو يتكلف بجعله تفصيلا لما أجمل في مفهوم البيع وفيه: أن البيع كما مر منا سابقا ليس موضوعا للتمليك بالعوض بهذا العنوان المأخوذ فيه العوض ليرد ما ذكر بل لحصة من طبيعي التمليك الذي يتخصص بتعلقه بالعين بمقابلة شئ فإن طبيعي التمليك له حصص منها التمليك المتعلق بمطلق المال فقط وهذه الحصص هبة ومنها: التمليك المتعلق بعين مع كونها ذات عوض وهذا بيع ومنها التمليك المتعلق بمنفعة ذات عوض وهذه إجارة فالفرق بين لفظ التمليك ولفظ البيع أن الأول: موضوع لطبيعي إيجاد الملكية والثاني لحصة خاصة من إيجاد التمليك فلا يصدق مفهوم البيع إلا على إيجاد الملكية المتخصص بتلك الخصوصية، لا أن المخصصات مأخوذة في المفهوم فمفهوم التمليك قابل لكل تضيق وتوسعة بخلاف مفهوم البيع فلا تغفل. (ص ٦٨) * (ص ٢٧١، ج ١)

فيه: أن الهبة إنما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادة التملك، فهي مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة وبين المجرد عنها، فإن اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب - بمقتضى الوضع التركيبي - البيع، وإن تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجانية.

وقد عرفت سابقا: أن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة، بنى صحة العقد به على صحة عقد بلفظ غيره مع النية. ويشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الارشاد: إن معنى (بعث) في لغة العرب ملكت غيري.

وأما الإيجاب ب (اشترت)، ففي مفتاح الكرامة: أنه قد يقال بصحته، كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، والمنقول عنها في نسختين من تعليق الارشاد.

(١٣) الطباطبائي: لا فرق بين الهبة المجانية والمعوضة في كونهما من التملك حقيقة، وإنما الفرق ذكر العوض وعدمه. فدعوى: أن استعماله في خصوص الهبة المعوضة مبني على صحة عقد بلفظ غيره كما ترى. نعم، في المصالحة يمكن أن يقال بالابتناء المذكور لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعتبرة في حقيقة الصلح، فتدبر. (ص ٨٧)

النائبي (منية الطالب): قياسه قدس سره الهبة المعوضة بالصلح وابتناء صحة إنشائهما بلفظ (ملك) على صحة عقد بلفظ غيره مع النية قياس مع الفارق، لأن الهبة مطلقا من أفراد التملك، لما عرفت أن التملك معنى يشترك فيه جميع أنواع العقود التملكية، سواء كانت مع العوض أم بلا عوض، كانت مجانية محضة أو مشروطا فيها العوض. وأما عنوان الصلح فهو عنوان آخر في مقابل التملك، إذ به تنشأ المسالمة والمصالحة، والتملك في باب الصلح هو المصالح به. (ص ٢٤٤)

أقول: وقد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على (بعت) و (ملك)،
شبههما أو ما يقوم مقامهما، إذ إرادة خصوص لفظ (شريت) من هذا بعيد جدا،
وحمله على إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد،
فيتعين إرادة ما يرادفهما لغة أو عرفا، فيشمل (شريت) و (اشترت).
لكن الإشكال المتقدم في (شريت) أولى بالجريان هنا، لأن (شريت) استعمل
في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه، بخلاف (اشترت). (١٤)
ودفع الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه إيجابا - إما
بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وإما لغلبة ذلك - غير صحيح، لأن
الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت
ما فيه (١٥).

(١٤) الإصفهاني: لا يخفى عليك إن الاشتراء والابتياح وإن أخذت فيهما المطاوعة كما
هو

المعروف من هذه الهيئة وهيئة التفاعل مثلا، إلا أن هذه المطاوعة ليست مطاوعة فعل الغير
ليتمحض المفهوم فيما كان قبولا حقيقة، بل هذه المطاوعة بمعنى اتخاذ المبدء لنفسه
سواء كان من غيره أو لا، كما في الاكتساب والاحتطاب وأشباههما فإن تعلق بمال نفسه
كان معناه اتخاذ المبدء وهو تمليك مال نفسه بعوض وإن تعلق بمال الغير كان معناه
اتخاذ البيع من الغير فيكون مصداقا للقبول والمطاوعة الحقيقية ومنه تعرف: أن وقوعه
موقع الايجاب يناسب مفهومه ولا يبتني على كون الشراء والاشتراء من الأضداد،
فتدبر. (ص ٦٨) * (ص ٢٧٢، ج ١)

(١٥) الطباطبائي: قد عرفت: ما فيه، هذا مع أنه يمكن دفع الإشكال بإقامة القرينة
اللفظية. (ص ٨٧)

إلا أن يدعى أن ما ذكر سابقا من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد، وتميزه عما عداه من العقود. وأما تمييز إيجاب عقد معين عن قبوله الراجع إلى تمييز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحة.

بل يكفي استفادة المراد، ولو بقرينة المقام أو غلبته أو نحوهما، وفيه إشكال (١٦).

وأما القبول، فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ (قبلت) و (رضيت) و (اشترت) و (شريت) و (ابتعت) و (تملكت) و (ملكيت) مخففا. وأما (بعت)، فلم ينقل إلا من الجامع، مع أن المحكي عن جماعة من أهل اللغة: اشتراكه بين البيع والشراء، ولعل الإشكال فيه كإشكال (اشترت) في الإيجاب (١٧). واعلم أن المحكي عن نهاية الأحكام والمسالك: أن الأصل في القبول (قبلت)، وغيره بدل، لأن القبول على الحقيقة مما لا يمكن به الابتداء، والابتداء بنحو (اشترت) و (ابتعت) ممكن، وسيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب (١٨).

(١٦) الطباطبائي: لا إشكال فيه، لأننا إن ساعدنا على ما ادعاه فإنما نساعده في أصل المادة

وأما الخصوصيات فلا يجب أن يكون تمامها باللفظ. (ص ٨٧)
(١٧) الإصفهاني: لا يخفى عليك أن ما ذكرناه في بيان مفهوم (اشترت) من حيث قبول مفهومه للإيجاب به حقيقة لا يجري في قبول بعت لوقوع القبول به حقيقة وأما مجازا أو بناء على أنه للأضداد فالأمر سهل، فتدبر. (ص ٦٨) * (ص ٢٧٢، ج ١)
(١٨) الطباطبائي: سيأتي ما فيه. (ص ٨٧)

ثم إن انعقاد القبول بلفظ الإمضاء والإجازة والإنفاذ وشبهها، وجهين (١٩).

(١٩) الطباطبائي: الظاهر: أن وجه الإشكال استعمال هذه الألفاظ غالبا في مقام إمضاء العقد

الواقع مع إيجابه وقبوله، كما في إجازة الفضولي وإجازة المرتهن وإمضاء الورثة تصرف الميث في الزائد عن الثلث وهكذا ولكن الحق كفايتها في القبول بعد مساعدة معناها عليه إذ لا فرق بينها وبين لفظ رضيت، كما لا يخفى. (ص ٨٧)
الإصفهاني: لا ريب في أن عنوان الإمضاء والإجازة والإنفاذ لا يتعلق إلا بما له مضي وجواز ونفوذ وما يترقب منه ذلك هو السبب التام وهو العقد لتقوم السبب المترقب منه التأثير في الملكية بالإيجاب والقبول معا فلا معنى للتسبب بقوله: (أمضيت وأجزت وأنفذت) إلا في مثل العقد الفضولي لا بالإضافة إلى الإيجاب فقط، إلا بنحو الكناية لأن النفوذ والجواز والمضي لازم تحقق العقد بلحوق القبول للإيجاب، فيكون القبول المتمم للسبب ملزوما للنفوذ والمضي والجواز فيظهر الرضا بالإيجاب وهو الملزوم بإنشاء لازمه وهو النفوذ مثلا من حيث أنه لازم تمامية السبب بالقبول وإظهار الرضا بالإيجاب فينتى وقوع تلك الألفاظ موقع القبول على جواز العقد بالكناية مضافا إلى ما سيأتي في محله من أن النفوذ والمضي وشبههما معان منتزعة من تأثيره بسبب أثره لا أنها أمور إنشائية يتسبب بوجوداتها الإنشائية إلى وجوداتها الحقيقية وتام الكلام في محله.

(ص ٦٨)

الإصفهاني: لا ريب في أن عنوان الإمضاء والإجازة والإنفاذ لا يتعلق إلا بما له مضي وجواز ونفوذ وما يترقب منه ذلك هو السبب التام وهو العقد لتقوم السبب المترقب منه التأثير في الملكية بالإيجاب والقبول معا فلا معنى للتسبب بقوله أمضيت وأجزت وأنفذت إلا في مثل العقد الفضولي لا بالإضافة إلى الإيجاب فقط إلا بنحو الكناية لأن النفوذ والجواز والمضي لازم تحقق العقد بلحوق القبول للإيجاب فيكون القبول المتمم للسبب ملزوما للنفوذ والمضي والجواز فيظهر الرضا بالإيجاب وهو الملزوم بإنشاء

(٣٦٣)

(فرع)

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول. (٢٠)

لازمه وهو النفوذ مثلا من حيث أنه لازم تمامية السبب بالقبول وإظهار الرضا بالإيجاب فيتن وقوع تلك الألفاظ موقع القبول على جواز العقد بالكفاية مضافا إلى: ما سيأتي إن شاء الله في محله من أن النفوذ والمضي وشبهها معان منتزعة من تأثير السبب أثره لا أنها أمور إنشائية يتسبب بوجوداتها الإنشائية إلى وجوداتها الحقيقية وتتمام الكلام فيه في محله. (ص ٦٨) * (ص ٢٧٣، ج ١)

(٢٠) الطباطبائي: وكذا لو أوقعا بالألفاظ المختصة إذا اختلفا في أن البائع من هو الظاهر أن

المتعين هو الحكم بالتحالف، لأن كلا منهما مدع ومنكر. (ص ٨٧)

النائيني (المكاسب والبيع): ثم إن وقع الإيجاب والقبول بلفظ الشراء فإن كان أحدهما مقدما على الآخر فالمتقدم في الإنشاء هو البائع والمتأخر هو المشتري وإن تقارنا بناء على جواز تقارن الإيجاب والقبول وادعى كل واحد منهما أنه البائع يقع التحالف بينهما ويحكم بسقوط الأثر المترتب على خصوص كل واحد من البيع والشراء. ولو تداعيا بالنسبة إلى خيار الحيوان فيما إذا كان أحد العوضين حيوانا فإن قلنا: باختصاصه بالمشتري فيتحالفان أيضا ويكون المرجع أصالة بقاء العقد وعدم ثبوت الخيار لكل واحد منهما لعدم تميز المشتري منهما. (ص ٢٨١)

الإيرواني: هذا الفرع لا يختص بالمقام بل، يعم ما لو كان الإيجاب والقبول بالألفاظ المختصة وكان النزاع في من تلفظ منهما بالإيجاب ومن تلفظ بالقبول وأيضا الفرع مفروض فيما إذا كان أصل وقوع العقد بإيجابه وقبوله مسلما فكان دعوى كل (بأن الموجب أنا) راجعا إلى دعوى أن القابل صاحبه فينشأ من ذلك الخصام أما إذا ادعى كل (بأنني أنا الموجب أو أنا القاصد للإيجاب بالصيغة المشتركة) بلا تعرض لحال صاحبه ومن غير إنكار لدعواه فالحكم هو البطلان لعدم تحقق إنشاء عقد بينهما بل مقتضى دعواهما عدمه. (ص ٨٩)

ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل - إما بناء على جواز تقديم القبول، وإما من جهة اختلافهما في المتقدم - فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع والاشتراف على واحد منهما.

(٣٦٥)

(مسألة)

المحكي عن جماعة، منهم: السيد عميد الدين والفاضل المقداد والمحقق والشهيد الثانيان: اعتبار العربية في العقد (٢١)، للتأسي - كما في جامع المقاصد - ولأن عدم صحته بالعربي الغير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى. وفي الوجهين ما لا يخفى. وأضعف منهما: منع صدق العقد على غير العربي (٢٢). فالأقوى صحته بغير العربي (٢٣).

(٢١) النائيني (المكاسب والبيع): بل كل إيقاع أيضا والعقود الأخر. (ص ٢٨٢)
(٢٢) الطباطبائي: وأغرب منها ما قيل من أن غير العربي ليس بلسان ثم إن منع الصدق على

تقدير صحته لا يقتضي الفرق بين التمكن وعدمه، بل مقتضاه الإطلاق كما لا يخفى. (ص ٨٧)

النائيني (منية الطالب): منع صدق العقد على غير العربي مما لا يصغى إليه. (ص ٢٤٥)

(٢٣) الطباطبائي: لا ينبغي الإشكال فيه كيف! وإلا اشتهرت اشتهار الشمس في رابعة النهار، إذ كان حينئذ الواجب على جميع أهالي الأمصار في جميع الأعصار تعلم الصيغة العربية لكل معاملة كتعلمهم للحمد والسورة، إذ كثرة الابتلاء بالمعاملات مما لا يكاد يخفى. مع أنه: لم يرد في خبر من الأخبار ولا أثر من الآثار ذلك ولو على سبيل الإشارة والاشعار ولا فرق في ذلك بين سائر العقود لازمة أو جائزة. (ص ٨٧)
النائيني (المكاسب والبيع): نعم، في خصوص باب النكاح الأحسن مراعاة الاحتياط مع التمكن من العربية تمكنا عرفيا لا عقليا إذ لا إشكال في عدم اعتبارها حتى

وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة (٤)، بناء على اشتراط العربي؟ (٢٥) الأقوى ذلك، بناء على أن دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من أسباب النقل، وكذا اللحن في الأعراب. وحكي عن فخر الدين: الفرق بين ما لو قال: (بعتك) - بفتح الباء - وبين ما لو قال: (جوزتك) بدل (زوجتك)، فصحح الأول دون الثاني إلا مع العجز عن التعلم والتوكيل. ولعله لعدم معنى صحيح في الأول إلا البيع، بخلاف التجويز، فإن له معنى آخر، فاستعماله في التزويج غير جائز. ومنه يظهر أن اللغات المحرفة لا بأس بها إذا لم يتغير بها المعنى.

في النكاح عند التمكن العقلي لكي يجب عليه تحصيل العربية ولو بعسر شديد كما لا يخفى. (ص ٢٨٢)

(٢٤) النائيني (المكاسب والبيع): اللحن في المادة على قسمين:

١ - ما كان لحناً في المادة مع عدم تغيير المعنى به مثل ما إذا لم يتكلم بالحرف عن مخرجه كما إذا بدل الصاد بالسين أو الضاد بالزاء، ب - ما إذا كان منشأ لتغير المعنى مثل ما

إذا قال جوزت بدل زوجت ففي الأول ينبغي القول بالجواز بعد تحقق التعارف على مثل ذاك اللحن لأنه من قبيل اللغات المكسرة. وفي الثاني فالحق فيه هو المنع وذلك لأن مثل جوزت مثلاً حينئذ في هذه اللغة التي تعارف إطلاقها على التزويج ويصير مشوشاً لفظاً. (ص ٢٨٣)

الطباطبائي: بل، المتعين خلافه ما لم يتغير المعنى على وجه يخرج عن حقيقته. (ص ٨٧)

(٢٥) النائيني (المكاسب والبيع): بل في كل لسان ولو بناء على عدم اشتراط العربية. (ص ٢٨٣)

(٢٦) النائيني (المكاسب والبيع): وأيضا هل يعتبر في كل العقود والايقاعات إيقاعها

ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول، كالثمن والمثمن، أم يكفي
عربية الصيغة الدالة على إنشاء الإيجاب والقبول (٣)، حتى لو قال: (بعتك أين
كتاب را به ده درهم) كفى؟
الأقوى هو الأول، لأن غير العربي كالمعدوم، فكأنه لم يذكر في الكلام.

باللغات الفصيحة من كل لسان أو يصح ولو بالمكسرة منها أقواهما الثاني لكن بعد فرض
كون اللغة المكسرة آلة عرفيا في إنشاء العقد والإيقاع، بحيث كان لها ظهور عرفي في
ذلك، وذلك، لأن المعتبر في ألفاظ العقود هو الصراحة في الدلالة على تحقق المعاملة
التي يراد إنشائها وضعا أو كان لها ظهور عرفي في ذلك. (ص ٢٨٣)

(٢٧) النائيني (منية الطالب): إن العربية بناء على اعتبارها إنما تعتبر في نفس عنوان
المعاملة، وما هو ركن فيها: كالعوضين في البيع، والزوجين في النكاح، وأما في غيرهما
فلا وجه لاعتبارها، بل دلت رواية العلاء على عدم اعتبارها في نفس العوضين وصحة
العقد بغيرها. قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام (الرجل يريد أن يبيع بيعا يقول: أبيعك
بده

دوازه)، فقال: (لا بأس، إنما هذه المراوضة فإذا جمع جعل البيع جملة واحدة). إلا أن
يقال: إن هذه الرواية وردت في المقابلة قبل البيع. وعلى أي حال فالتركيب بين اللغات
أيضا لا يضر بالعقد بعد صدق العنوان عليه كما هو المتعارف الآن بين الترك والکرد
المختلطين مع العرب، لأن المدار على إنشاء عنوان العقود بما هو آلة له عرفا. (ص ٢٤٥)
النائيني (المكاسب والبيع): في الصيغة وفي أركان العقد تعتبر العربية أما الشرائط
فهي خارجة عن العقد فما يدل على اعتبار العربية فيهما لا يدل على اعتبارها في
الشروط فعلى هذه فيصح تركيب العقد من العربي وغيره فيما إذا كان العربي متكفلا
لأركانها. (ص ٢٨٤)

نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب - كما لا يجب في القبول - واكتفي بانفهامها ولو من غير اللفظ، صح الوجه الثاني (٢٨). لكن الشهيد قدس سره في غاية المراد - في مسألة تقديم القبول - نص على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب.

ثم إنه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ، بأن يكون فارقا بين معنى (بعث) و (أبيع) و (أنا بائع) أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأول، لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال: إنه تكلم وأدى المطلب على طبق لسان العرب، إلا إذا ميز بين معنى (بعث) و (أبيع) و (أوجدت البيع) وغيرها.

(٢٨) الطباطبائي: العمدة في المسألة إثبات هذا المطلب أعني: إن ذكر المتعلقات لازم أم لا؟ ولا يبعد القول بعدم لزوم فلو تساوما وتقاولا ثم قال أحدهما: (بعث) والآخر (قبلت) مع كون المتعلقات معلومة من المقابلة كفى. لكن لا ينبغي ترك الاحتياط خصوصا بالنسبة إلى ذكر العوضين. (ص ٨٧)

الإصفهاني: قد مر سابقا: إن تأكد المعاهدة الشخصية المتقومة بمعوض خاص وعوض مخصوص في مقام الإثبات باللفظ فلا بد في تحقق العهد المؤكد من اللفظ نعم بعد ذكرهما في مقام الإيجاب لا حاجة إلى ذكرهما في القبول. لأن الظاهر من قوله: (قبلت) بعد قول البائع (بعث الكتاب بدينار) هو قبول هذا المعنى وهذا هو الفارق بين الإيجاب والقبول. نعم، العربية لا دخل لها في التأكد فلا محالة إنما يعتبر من حيث الاقتصار على المتيقن من السبب فيجب اعتبار كل ما يحتمل دخله فيه

حينئذ. (ص ٦٨) * (ص ٢٧٤، ج ١)

(٢٩) الطباطبائي: فيه: منع واضح. بل، يكفي الاتيان بالصيغة الصحيحة بقصد الإنشاء مع

بل على هذا لا يكفي معرفة أن (بعت) مرادف لقوله: (فروختم)، حتى يعرف أن الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميز بين بعتك) و (بعت) - بالضم - و (بعت) - بفتح التاء - فلا ينبغي ترك الاحتياط وإن كان في تعيينه نظر، ولذا نص بعض على عدمه.

العلم بأنها لإنشاء البيع أو غيره وإن لم يفهم المعنى تفصيلا ولم يميز بين الخصوصيات حتى بالنسبة إلى النكاح أيضا، فتدبر. (ص ٨٨)

الإصفيهاني: حيث إن الإنشاء والأخبار وجهان من وجوه الاستعمال والاستعمال متقوم بلحاظ اللفظ والمعنى وإيجاد المعنى باللفظ بالإرادة فلا محالة لا بد من تصور المعنى بالمقدار الذي يريد إيجاده باللفظ وإذا تعلق الإرادة باستعمال اللفظ في نفس معناه وإيجاده به فلا بد من لحاظه حتى يعقل توجه القصد إليه فإنشاء ما لا معرفة له به تفصيلا غير معقول ولا يعقل تعلق العلم بالمردد ليقال: بأنه يقصد إيجاد أحدهما الذي هو معنى اللفظ وإيجاد العنوان الجامع للمعلوم انطباقه عليهما ليس إيجادا لمصادقه ولا استعمالا له فيه وكون اللفظ وجودا لمعناه وضعه معناه أنه وجود له بالقوة وأما الفعلية فبالاستعمال المتقدم بالقصد واللحاظ لا بمجرد وجوده خارجا، إلا أن يقال: لا يقصد وجود المعنى بالذات باللفظ لاستحالتة، حتى يحتاج إلى لحاظه تفصيلا بل الغرض وجوده بالعرض فيكون في وجوده بالعرض قصده بالعرض بأن يقصد العنوان المنطبق عليه قهرا فيستعمل اللفظ في معنونه هذا العنوان المقصود وليس استعماله إلا أن يكون وجوده اللفظ بالذات وجودا بالعرض لذلك المعنى المقصود بالعرض، فتدبر. (ص ٦٩)* (ص ٢٧٥، ج ١)

(٣٧٠)

(مسألة)

المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ (أبيعك) أو (اشتر مني). (٣٠)

(٣٠) النائيني (المكاسب والبيع): التحقيق: اشتراط الماضوية لأن في كل لغة هيئة الماضي لايجاد نسبة حقيقية بين الفاعل لإيجاد النسبة وبين المادة وتلك النسبة معنى حرفي توجد بإيجاد موجدتها بتلك الهيئة في موطن الاستعمال فإن كان الغرض من إيجادها هو الحكاية عن النسبة الواقعة بين الفاعل والحدث في الخارج تدل على وقوعها أي النسبة المحكية عنها في زمان متقدم على الحكاية في الزمانيات فتدل على الزمان الماضي بالدلالة الالتزامية العقلية. وإن كان الغرض إيجاد المادة التي هي معنى أسمى كالبيع في وعاء وجودها وهو عالم الاعتبار يكون بالصراحة دالة على إيقاعها هذا. وأما المضارع فهو موضوع للنسبة التليسية فدالتها على إيقاع المادة بها لا تكون على نحو الصراحة بل هي على نحو من الكناية لكون التلبس بالشئ من لوازم تحققه لا نفس تحققه فلا يقع بها لما عرفت من عدم وقوع الإنشاء بالكناية ولما كان مرتبة الاسم الفاعل متأخرة عن المضارع كما أن الأمر متأخر عن الجميع حسبما فصل في مبحث المشتق من الأصول فعدم وقوع العقد باسم الفاعلي والأمر أولى. (ص ٢٨٣)

النائيني (منية الطالب): وجه اعتبار الماضوية صراحة الفعل الماضي في إنشاء العناوين به لأنه وضع للتحقق والثبوت، ولذا يستلزم الماضي ووقوعه سابقا إذا كان المتكلم في مقام الاخبار عن تحقق المبدأ عن الفاعل، فإذا كان في مقام إيجاد المبدأ بالهيئة كقوله: (بعث) كان صريحا في تحقق الأمر الاعتباري بما هو آلة له، وهذا بخلاف الفعل المضارع، فإنه وضع لتلبس الفاعل بالمبدأ، وهذا ملازم للتحقق، لا أنه صريح فيه، فإن ظهوره البدوي وإن كان تلبسه بالمبدأ حالا - ولذا يتوقف استفادة الاستقبال عنه (كالسين وسوف) - إلا أن التلبس الحالي أيضا ليس صريحا في التحقق، بل لازمه كذلك،

(٣٧١)

ولعله لصراحته في الإنشاء، إذ المستقبل أشبه بالوعد. (٣١)

لأنه في معنى اشتغاله بإصدار المبدأ فاستعماله وقصد الإنشاء به دائر مدار القول بصحة الإنشاء بالكنايات. وبالجملة: الفعل المضارع مع اسم الفاعل متحدان في المعنى وإن كان بينهما ترتب في النسبة، فإن المضارع وضع لنسبة الفعل إلى الفاعل، وبعد تحقق هذه النسبة يتصف الفاعل بأنه ممن صدر عنه الفعل، ولذا يقال: ضرب يضرب فهو ضارب وكما لا يصح إنشاء عناوين العقود والإيقاعات باسم الفاعل فكذا لا يصح بالفعل المضارع، فقلوه: (أبيحك أو أطلقك أو أحررك) بمنزلة قوله: (أنا البائع، أنا المطلق، أنا المعتق) في عدم كونهما آلة لإنشاء العناوين بهما. نعم، في خصوص لفظ (طالق) دل الدليل على وقوع الإيقاع به.

ومما ذكرنا ظهر: حال الأمر أيضا فإنه وضع لإلقاء نسبة المادة إلى الفاعل فإذا لم يكن من العالي فليس إلا استدعاء والتماسا، فقولها: (زوجني نفسك) لا يفيد الإنشاء وإيجاد علقه الزوجية، بل يفيد الاستدعاء وطلب الإنشاء منه، فحكمه حكم المضارع، فكما أنه أشبه بالوعد فكذلك هو أشبه بالمقابلة واستدعاء الإيقاع.

والأخبار الواردة في بيع الآبق الظاهرة في كفاية قوله: (اشترى) في إنشاء العنوان بالفعل المضارع، والواردة في باب النكاح، وبيع المصحف كذلك. محمولة على أن لفظ المضارع وقع مقابلة، لا أن به إنشاء المعاملة كما أن الأخبار الواردة في النكاح الظاهرة في

كفاية الأمر في الإنشاء محمولة على ذلك ويقيد بما إذا وقع القبول بعد قوله: (زوجتكها)، لا أنه إنشاء النكاح بقوله: (يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة). وبالجملة: المراجعة إلى رواية أبان بن تغلب وسهل الساعدي وغيرهما مما ورد في باب شراء العبد الآبق وبيع المصحف، وما ورد عن أبي جعفر الباقر عليه السلام في باب التزويج توجب القطع بأن

الفعل المضارع والأمر في هذه الأبواب وقعا مقابلة ووعدا واستدعاء، فاعتبار الماضوية لا إشكال فيه. (ص ٢٤٦)

(٣١) الإيرواني: صراحته ممنوعة بل، حاله حال المستقبل والأمر في احتياج استعماله في

والأمر استدعاء لا إيجاب، مع أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف وعن القاضي في الكامل والمهذب: عدم اعتبارها، ولعله لإطلاق البيع والتجارة وعموم العقود، وما دل في بيع الآبق واللبن في الضرع: من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دل عليه في النكاح. ولا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام (٣٢)، فتأمل.

الإنشاء إلى العربية وإلا كان معناه معنى ماضويا خبريا فإذا كانت القرينة على ذلك من قبيل الأحوال جاء الإشكال فلا فرق بين الصيغ الثلاث في عدم الصراحة. نعم، لا يبعد أن يكون الماضي أكثر استعمالا في مقام الإنشاء منهما لكن مجرد هذا لا يكون فارقا. (ص ٨٩)

الإصفيهاني: قد مر مرارا: إن الإنشاء والأخبار من وجوه الاستعمال وأن معنى: (بعت) معنى قابل للإنشاء والأخبار، بل الفرق بين الماضي والمضارع، أن الماضي إذا كان في موقع الإنشاء والمعاملة فلا محالة يكون منسلخا عن الزمان الماضي لأن إيجاد شيء في الزمان الماضي محال فلم يبق إلا قصد إيجاد الملكية ومع تمامية العلة يتحقق المعلول قهرا بخلاف المضارع فإن قصد ثبوت الملكية حالا أو استقبالا معقول فلا موجب لانسلاخ المضارع عن الحال والاستقبال وحيث إنه مشترك بين الحال والاستقبال فلا دلالة له بنفسه على ثبوت الملكية في الحال وحينئذ فإن كانت القرينة مقامية أمكن الإشكال بعدم تأكد المعاهدة لتقومها إثباتا بغير اللفظ وإن كانت القرينة مقالية أمكن تصحيحه بأن المجموع الدال على المعاهدة لفظ له ظهور نوعي في

المراد. (ص ٦٩) * (ص ٢٧٦، ج ١)

(٣٢) الطباطبائي: بل هو القوي لا للأخبار المذكورة، إذ الظاهر عدم كونها في مقام بيان

الصيغة بل تعليم الكيفية والمقاولة قبل المعاملة خصوصا ما عدا أخبار النكاح واشتمال

مسألة

الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول، وبه صرح في الخلاف والوسيلة والسرائر والتذكرة، كما عن الايضاح وجامع المقاصد ولعله للأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة (٣٣)، كإطلاق (البيع) و (التجارة) في الكتاب والسنة. وزاد بعضهم: إن القبول فرع الايجاب (٣٤) فلا يتقدم عليه، وأنه تابع له فلا يصح تقدمه عليه وحكى في غاية المراد عن الخلاف: الإجماع عليه، وليس في الخالف في هذه المسألة إلا أن البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه فيؤخذ به، فراجع. خلافا 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 إنه - بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل: (زوجني فلانة) جائز بلا خلاف - قال: أما البيع، فإنه إذا قال: (بعنيها) فقال: (بعتكها) صح عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم: لا يصح حتى يسبق الإيجاب، إنتهى.

أخبار النكاح على ما لا يجب ذكره في الصيغة أو لا يجوز من جهة منافاته للموالاتة بل للإطلاق والعموم ودعوى انصرافهما إلى المتعارف قد عرفت: ما فيها. (ص ٨٨)

(٣٣) الطباطبائي: قد عرفت ما فيه. (ص ٨٨)

(٣٤) الطباطبائي: سيأتي ما فيه.

(٣٥) الطباطبائي: ظاهر العطف المغايرة مع الأول، لكنهما متحدان حسبما يظهر من المصنف أيضا فيما بعد. (ص ٨٨)

وكيف كان فنسبة القول الأول إلى المبسوط مستند إلى كلامه في باب البيع،
وأما في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق قدس سره في الشرائع
والعلامة في التحرير والشهيدان في بعض كتبهما وجماعة ممن تأخر عنهما،
للعوميات السليمة عما يصلح لتخصيصها، وفحوى جوازه في النكاح الثابت
بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب - الوارد في كيفية الصيغة - المشتمل على
صحة تقديم القبول بقوله للمرأة: (أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة رسول
الله صلى الله عليه وآله) إلى أن قال: فإذا قالت: (نعم) فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها.
ورواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين - كما قيل - المشتملة على
تقديم القبول من الزوج بلفظ (زوجنيها).

(٣٧٥)

والتحقيق: أن القبول إما أن يكون بلفظ (قبلت) و (رضيت)، وإما أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب، نحو (بعني) فيقول المخاطب: (بعتك)، وإما أن يكون بلفظ (اشتريت) و (ملكيت) مخففاً و (ابتعت).

فإن كان بلفظ (قبلت) فالظاهر عدم جواز تقديمه، وفاقاً لمن عرفته في صدر المسألة، بل المحكي عن الميسية والمسالك ومجمع الفائدة: أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ (قبلت)، وهو المحكي عن نهاية الأحكام وكشف اللثام في باب النكاح، وقد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضاً، بل المحكي هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه.

ويدل عليه - مضافاً إلى ما ذكر، وإلى كونه خلاف المتعارف من العقد - أن القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدمه عليه، وليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب حتى يقال: إن الرضا بشئ لا يستلزم تحققه 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 الإيجاب، إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل 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 العوضية. (١)

(٣٦) الطباطبائي: ولكن التحقيق: جواز التقديم مطلقاً. وذلك لمنع وجوب كون النقل

ومن هنا يتضح فساد ما حكي عن بعض المحققين في رد الدليل المذكور - وهو كون القبول فرعاً للإيجاب وتابعا له - وهو: أن تبعية القبول للإيجاب ليس تبعية اللفظ للفظ، ولا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه، وإنما هو على سبيل الفرض والتنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولا لما يلقي إليه من الموجب، والموجب متناولا. كما يقول السائل في مقام الإنشاء: (أنا راض بما تعطيني وقابل لما تمنحني) فهو متناول، قدم إنشائه أو آخر، فعلى هذا يصح تقديم القبول ولو بلفظ (قبلت) و (رضيت) إن لم يقم إجماع على خلافه، إنتهى.

ملكية ماله بإزاء مال المشتري كاف في حصول الملكية لكل منهما فلا يجب أن يكون المشتري ناقلا لماله إنشاءً وتسبيبا، بل يكفي في انتقال ماله إلى البائع قبول تسبيب البائع وثانيا: قد مر في أوائل التعليقة إن إنشاء النقل بنظر الناقل لا محصل له لأن الوجود الانشائي خفيف المؤنة لا يتفاوت فيه نظر ونظر والملكية الاعتبارية وإن كانت تتفاوت بتفاوت الاعتبارات، إلا أن التملك البيعي العرفي والشرعي تملك عقدي يتحصل بإيجاب وقبول فيستحيل التسبب إليه بالإيجاب فقط أو القبول فقط وأما اعتبار الملكية من شخص الناقل فهو مباشر لا تسبيبي، حتى يحتاج إلى التسبب بإنشائه فحال القبول المتقدم كحال الإيجاب المتقدم من حيث التسبب إلى اعتبار الملكية عرفا أو شرعا عند تمامية العقد وثالثا إن إفادة الرضا بالإيجاب المتقدم لنقل مال المشتري بالالتزام إذا كان من حيث تعلقه بأمر واقع فرضاه به يوجب انتسابه إليه فيكون نقل البائع نقله حيث إنه رضى به كالإجازة اللاحقة لعقد الفضول كان الأمر كما أفاد من حيث لزوم تأخر القبول إذ لا نقل بعد من البائع حتى يكون رضاه به محققا لانتساب نقله إليه وأما إذا كان المشتري ناقلا لماله كالبائع بإنشائه ولو بنحو الالتزام فيكفي فيه الرضا بمضمون الإيجاب فلو قال (رضيت) بأن يكون مالك ملكا لي بعوض مالي لكان من الآن ناقلا لماله إليه بنظره، إنشاء بنحو الالتزام. (ص ٦٩) * (ص ٢٧٨، ج ١)

ووجه الفساد: ما عرفت سابقا 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 بشئ تابع لتحقيقه في الخارج أو لأصل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره في المثال، بل المراد الرضا الذي يعد قبولا وركنا في العقد (٣٧). ومما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر، كما لو قال: (بعتك هذا بدرهم) فقال: (بعتك)، لأن غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقل في الحال للدرهم إلى البائع، كما لا يخفى.

وأما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق - هنا - على الصحة به، فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه. وأما فحوى جوازه في النكاح، ففيها - بعد الإغماض عن حكم الأصل، بناء على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول، لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي صلى الله عليه وآله ويؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول - منع الفحوى، وقصور دلالة رواية أبان، من حيث اشتغالها على كفاية قول المرأة: (نعم) في الإيجاب.

(٣٧) الطباطبائي: أولا: الإنصاف أن ما ذكره ذلك البعض عين التحقيق بعدما عرفت: من منع لزوم كون النقل حاصلًا حينه بل هو في ذلك تابع للإيجاب كيف! وإلا لم يكن قبولا له ولذا قلنا إن مقتضى القبول المتأخر أيضا النقل المتقدم حين الإيجاب لأنه رضى بما فعله الموجب. ثانيا: قد عرفت: أن القبول ليس إلا الرضا بالإيجاب ولازمه تبعية نقله لنقله سواء كان مقدما أو مؤخرا وهذا واضح جدا. (ص ٨٩)

ثم اعلم: أن في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: إن قال: (بعتها بألف) فقال: (بعتك)، صح، والأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك: (اشترت)، واختار ذلك في الخلاف. وصرح به في الغنية، فقال: واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، وهو أن يقول: (بعتك) أو (قبلت)، وصرح به أيضا في السرائر والوسيلة. وعن جامع المقاصد: أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفقي، وحكي الإجماع أيضا عن ظاهر الغنية أو صريحها. وعن المسالك: المشهور، بل قيل: إن هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الإيجاب والقبول. (٣٨)

(٣٨) الطباطبائي: لا يخفى أن مسألة تقدم القبول بلفظ الأمر غير مسألة الاستدعاء والاستيجاب والإيجاب والتحقيق: جواز الأول وعدم كفاية الثاني فإن الثاني لا يكون قبولا بل مجرد طلب الإيجاب بخلاف لو قال بعني وقصد منه إنشاء القبول والحاصل: أن في الاستيجاب ليس إنشاء القبول فتدبر. ويمكن أن ينزل على هذا كلمات جملة من المانعين، ألا ترى عبارة الغنية: (واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري حذرا من القول بانعقاده بالاستدعاء إلخ)، فإن ظاهره أن الاستدعاء ليس قبولا وغرضه أن الرضا المستكشف من طلب البيع لا يكفي بل لا بد من إنشاء القبول وأيضا هو الظاهر من العبارة المحكية عن المسالك وهي قوله: (بل قيل: إن هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الإيجاب والقبول) إلى غير ذلك ويشهد لما ذكرنا ما يحكيه عن المحقق من تصريحه في

ومع ذلك كله، فقد صرح الشيخ في المبسوط - في باب النكاح - : بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، ونسبته إلينا مشعر - بقرينة السياق - إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال:

إذا تعاقدا، فإن تقدم الإيجاب على القبول فقال: (زوجتك) فقال: (قبلت التزويج) صح، وكذا إذا تقدم الإيجاب على القبول في البيع صح بلا خلاف، وأما إن تأخر الإيجاب وسبق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج: (زوجنيها) فقال: (زوجتكها) صح وإن لم يعد الزوج القبول، بلا خلاف، لخبر الساعدي: (قال: زوجنيها يا رسول الله، فقال: زوجتكها بما معك من القرآن)، فتقدم القبول وتأخر الإيجاب، وإن كان هذا في البيع فقال: (بعنيها) فقال: (بعتكها) صح عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم: لا يصح حتى يسبق الإيجاب، إنتهى.

وحكي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل، بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كل من جوز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، وتمسك له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، إلا أن المحقق قدس سره مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب.

البيع بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب مع أنه صرح بجواز تقديم القبول في النكاح قال: ولو أتى بلفظ الأمر وقصد به الإنشاء كقوله زوجيها فقال زوجتك قيل يصح كما في خبر سهل الساعدي وهو حسن بل قوله وقصد به الإنشاء تدل على المدعى، كما لا يخفى. (ص ٨٩)

وذكر العلامة قدس سره الاستيجاب والإيجاب، وجعله خارجا 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، بناء على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول.

ثم إن هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك. وأما على ما قويناه سابقا في مسألة المعاطاة: من أن البيع العرفي موجب للملك وأن الأصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يتم إجماع على عدم اللزوم، وهو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأسا، أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم، وأما في غير ذلك فالأصل اللزوم. وقد عرفت أن القبول على وجه طلب البيع قد صرح في المبسوط بصحته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا، وحكي عن الكامل أيضا، فتأمل. وإن كان التقديم بلفظ (اشترت) أو (ابتعت) أو (تملكت) أو (ملكك) هذا بكذا) فالأقوى جوازه (٣٩).

(٣٩) الطباطبائي: لا يخفى ما فيه: لأن الاشتراء وابتعت وتملكت وقبلت ورضيت تستعمل على وجهين ولا فرق بينهما. أحدهما: ما يكون مطاوعة لفعل الغير يعني معناها على هذا صرف المطاوعة سابقا كان فعل البائع أو لاحقا وعلى مبنانا معنى الأول كاف لتحقيق

لأنه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة أنشأ المعاوضة كالبائع إلا أن البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كل منهما 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. وحينئذ فليس في حقيقة الاشتراء - من حيث هو - معنى القبول (٤٠). لكنه لما كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، وإنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب 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 ينشئ انتقال المثلث إليه كذلك، لا بمدلول الصيغة. (٤١)

(٤٠) الطباطبائي: الحق: في لفظ (شريت واشتريت) هو التفصيل بالقول بصحة إيقاع القبول بلفظ شريت وبالمنع عن إيقاع الإيجاب بلفظ اشتريت وذلك لحكم العرف بالية الشراء في إيقاع القبول دون الاشتراء بالنسبة إلى الإيجاب. (ص ٨٩)

(٤١) الطباطبائي: الحاصل: أنه يمكن أن يجعل معنى قبلت البيع أو رضيت بالبيع أخذته ملكاً لي بكذا ك (تملكت وابتعت) هذا كله بناء على تسليم اعتبار النقل حين القبول في صحته وإلا فالمعنى الأول أيضاً كاف، كما عرفت سابقاً ومما ذكرنا ظهر: أن انفهام المطاوعة وعدمه من لفظ اشتريت وتملكت ليس دائراً مدار والتأخر والتقدم حسبما يظهر من بيان المصنف قدس سره، بل إنما الاختلاف باختلاف الوجهين من الاستعمال فإنه إن

أريد منه قبول الملكية بملاحظة صدور التملك من الغير وكان المقصود قبول ذلك

وقد صرح في النهاية والمسالك على ما حكى: بأن (اشترت) ليس قبولاً حقيقة، وإنما هو بدل، وأن الأصل في القبول (قبلت)، لأن القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به،

ولفظ (اشترت) يجوز الابتداء به. ومرادهما: أنه بنفسه لا يكون قبولاً، فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع، كما أن (رضيت بالبيع) ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخراً، ولذا منعنا عن تقديمه. فكل من (رضيت) و (اشترت) بالنسبة إلى إفادة نقل المال ومطوعة البيع عند التقدم والتأخر متعاكسان.

التأثير والتمليك كان مطوعة سواء كان مقدماً أو متأخراً وإن أريد منه قبول الملكية لا بملاحظة صدور من الغير بل بمعنى أخذ الشيء ملكاً لم يدل على المطوعة سواء كان مقدماً أو مؤخراً، فالاختلاف إنما هو في المعنى المراد وكذا في قبلت البيع أو الشراء أو رضيت ونحوهما، فتبصر. (ص ٨٩)

النائبي (المكاسب والبيع): التحقيق: إن المنشأ أعني: مطوعة فعل الإيجاب هو المعلق لا إنشائه، فالقابل ينشأ القبول أعني مطوعة الإيجاب بقبوله بقوله: (قبلت) فلا تعليق في الإنشاء ولكن المنشأ وهو المطوعة أمر معلق على الإيجاب وليس هذا التعليق مما يدل الإجماع على بطلانه، إذ ليس بأداة التعليق وحروف الشرط والإجماع مختص به ومع ذلك فلا تصح المعاملة بتقديمه، لأجل عدم تحقق العقد لكون تحققه متوقفاً على الإيجاب والقبول والمفروض عدم تحقق القبول لأن هذا القبول لا يكون قبولاً فعلياً لعدم تضمنه مطوعة الإيجاب بالفعل ولا يتحقق بعد الإيجاب إنشاء مطوعة أخرى من القابل لكي يتحقق به القبول مع أنه: لو كان كذلك لكان هو القبول دون هذا المتقدم فلم يتقدم القبول هذا فيما إذا وقع القبول بلفظ قبلت ورضيت ونحوهما مما يدل على المطوعة. (ص ٢٨٧)

فإن قلت: إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله: (اشترت) حتى يقع قبولا، لأن إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون (اشترت) متأخرا التزاما بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم، فإن مجرد إنشاء الملكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول (٤٢)، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة، فإنه لا قبول فيه رأسا.

قلت: المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة وقبول الأثر، فلا.

فقد تبين من جميع ذلك: أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعا لتضمن إنشاء النقل وللرضا بإنشاء البائع - تقدم أو تأخر - ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع. فقد تحصل مما ذكرناه: صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ (اشترت) وفاقا لمن عرفت، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف، حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والإيجاب.

(٤٢) الطباطبائي: قد عرفت: أن هذا المعنى معنى آخر ولا يكفي في القبول تقدم أو تأخر إلا إذا كان بقصد الرضا بالإيجاب وحينئذ ففيه معنى المطوعة المقصودة في المقام المعتبر في معنى القبول، إذ المراد منها ليس إلا الرضا بالإيجاب وأما تحقق النقل فعلا وقبول الأثر فعلا فلا يعتبر فيه ولا في تحقق المطوعة، إذ المطوعة في المقام اختيارية لا قهرية والمطوعة الاختيارية معناها ما ذكرنا ويمكن اعتبارها بالنسبة إلى المستقبل أيضا فافهم، واستقم ومن ذلك ظهر: ما في جواب المصنف قدس سره بقوله: (قلت المسلم...). (ص ٨٩)

وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل (اشترت). وكذا السيد في الغنية، حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول، واحترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة وبالاستيجاب والإيجاب.

وكذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد.

والحاصل أن المصرح بذلك - في ما وجدت من القدماء - الحلبي وابن حمزة، فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب، مع أنه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب بأن ما عداه مجمع على صحته، وليس على صحته دليل.

ولعمري أن مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول (٤٣). وقد نبهنا على أمثال ذلك في مواردنا.

نعم، يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب، ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسألة الآتية، وهو الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال. (٤٤)

(٤٣) الإيرواني: بل، لو أخذ بإطلاق لفظ ما عداه في كلامه دل على الإجماع على صحة تقديم القبول، لا على بطلانه فإن ذلك أيضا من جملة ما عدا الاستيجاب والإيجاب. (ص ٩٠)

(٤٤) الطباطبائي: قد عرفت: عدم الإشكال خصوصا مع أن الانصراف إلى المتعارف لو سلم بالنسبة إلى خصوصيات الصيغة لزم الالتزام العربية والماضوية وذكر المتعلقات جميعا إلى غير ذلك مما لا يمكن الالتزام به. (ص ٨٩)

ثم إن ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل كالإجارة التي يؤدي قبولها بلفظ (تملكت منك منفعة كذا) أو (ملكت)، والنكاح الذي يؤدي قبوله بلفظ (أنكحت) و (تزوجت).

وأما ما لا إنشاء في قبوله إلا (قبلت) أو ما يتضمنه ك (ارتهنت) فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا التزام في قبوله بشئ كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، وقد تقدم أن الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب كما يجوز تعلقه بأمر محقق، فيجوز أن يقول: (رضيت برهنك هذا عندي) فيقول: (رهنت) (٤٥).

(٤٥) الإيرواني: (لا يخفى ما في)، تفصيله بين المعاملات المعاوضة والمجانبة فيجوز تقديم القبول بالصيغ المستقلة كاشتريت وابتعت وتملكت في الأول لاشتمال هذه الصيغ على إنشاء النقل الفعلي ولا يجوز في الثاني، لأن معنى اعتبار القبول فيها مع عدم اشتمالها على العوض ليكون ذلك لإنشاء النقل هو اعتبار إنشاء المطاوعة ولا مطاوعة مع تقديم القبول بمثل: (افترضت وارتهنت واتهبت) ووجه الغرابة ما عرفت من اعتبار إنشاء الرضا بالإيجاب في جانب القبول على كل حال فلعل اعتبارهم للقبول في العقود المجانية بمعنى اعتبار إنشاء الرضا المذكور ليس إلا والرضا يحصل متقدما، كما يحصل متأخرا فلا مقتضى لحمل اعتبارهم للقبول على اعتبار إنشاء المطاوعة وبالجملة لا فرق بين العقود المعاوضة وغيرها في اعتبار إنشاء الرضا بمؤدى الإيجاب فإن كان الإيجاب إنشاء للمعاوضة أفاد قبوله المعاوضة وإن كان إنشاء للإعطاء المجاني أو غير ذلك أفاد قبوله تقرير ذلك والرضائية. (ص ٩٠)

والتحقيق: عدم الجواز، لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن، ولا يخفى أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقق الرهن، لأن الإيجاب إنشاء للفعل، والقبول إنشاء للانفعال. وكذا القول في الهبة والقرض، فإنه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما التزام بشئ، وإنما يحصل به الرضا بفعل الموجب، ونحوها قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض. (٤٦)

(٤٦) الإصفاة: والتحقيق: أن ما أفاده على مبناه قدس سره، واعتبار تحقق عنوان الارتهان بقبوله

وصدق عنوان المرتهن بفعله في غاية الوضوح، إلا أن الكلام في لزوم كون القبول في الرهن والقرض والهبة واقعا موقع المطاوعة، دون البيع والإجارة والعارية والوكالة وأشباهها، فإن كان من أجل عنوان الارتهان والاتهاب والاقتراض، حيث إنها عناوين مطاوعية لا معنى لانشائها إلا ايجادها ولو بنظر المنشئ والمطاوعة لا تقبل اعتبارها فعل من الغير حتى بنظر المعتمد فلا بد من تأخرها. ففيه أولا: إن لازمه عدم وقوع القبول مقيدا بعنوان الارتهان، لا بعنوان القبول والرضا بقوله: (قبلت) و (رضيت)، لاعترافه قدس سره بأن الرضا

والقبول يمكن تعلقهما بأمر متأخر، ولذا قلنا إن عدم جواز تقديمهما في البيع لا لوجود المانع بل لفقد المقتضى للزوم اشتغال القبول على إنشاء نقل ماله في الحال، مع أن دعواه قدس سره لزوم كون القبول في الرهن واقعا موقع المطاوعة ولو كان بلفظ (قبلت) و (رضيت). وثانيا: قد مر مرارا إن المطاوعة المأخوذة في هذه الصنع مطاوعة مفهومية والإنشاء قصد ثبوت المعنى باللفظ ثبوتا جعليا عرضيا لا حقيقيا أو اعتباريا، فإن الإنشاء من وجوه الاستعمال، وليس الاستعمال إلا جعل المعنى موجودا بالعرض ايجاد اللفظ ذاتا، والشاهد على ما ذكرنا أن المطاوعة المفهومية في (اشترت) و (ابتعت) و (تملكت) موجودة ومع ذلك لا يمنع انشائها عن التقديم، حيث لم ينشأ بقصد المطاوعة الحقيقية، بل

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين، وكان نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة وعرفا. (٤٧)

بقصد اظهار الرضا بها فليكن هنا كذلك.

وأما إن كان من جهة لزوم تحقق عنوان المرتهن والمتهب والمقترض بإنشائه ليترتب عليها أحكامها، وإنشاء القبول المحقق لهذه العناوين نظر المنشئ محال، لعدم الفرق في الاستحالة بين ايجادها بإنشائها بمدلول الصيغة أو بغيره. ففيه أولا: إن هذه العناوين تتحقق قهرا بعد العقد المركب من إنشاء الرهن والرضا بالايجاد كعنوان البائع والمشتري، مع فرض عدم تضمن (اشترت) بمدلول الصيغة إلا الرضا بايجاب البائع، فما الموجب لقصد هذه العناوين المطاوعة تحقيقا لعنوان المرتهن بقبوله. وثانيا: بأن ترتب الأحكام على عنوان المرتهن والمتهب والمقترض لو اقتضى قصد تحققها بالقبول لاقتضى قصد عنوان صيرورته وكيلا أو مالكا للانتفاع في العارية وشبههما مما يترتب فيه أحكام خاصة على عناوين مخصوصة، مع أن جعل القابل نفسه مالكا للانتفاع بنظره أيضا غير معقول، إذ ليس أمر الانتفاع بمال الغير منوطا بنظره، فالقبول

المتقدم لا يحقق عنوان المرتهن، لعدم امكان تحقق المطاوعة حتى بنظره، ولا يحقق عنوان الوكيل والمستعر، لعدم كون ملك الانتفاع بمال الغير أو السلطنة على العمل الراجع إلى الغير منوطا بنظره فتدبر جيدا. (ص ٧٠) * (ص ٢٨١، ج ١) (٤٧) الطباطبائي: لم أفهم الفرق بين المصالحة والبيع إذ في كل منهما يجوز لكل منهما الابتداء ويكون بايعا أو مصالحا والآخر مشتريا ومتصالحا. ففي المصالحة أيضا أحدهما ينشأ عنوان المصالحة والآخر يقبل ذلك أما بلفظ قبلت أو بلفظ تصالحت. (ص ٩٠)

ثم لما انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول (٤٨)، لزم أن يكون الالتزام
الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو قال أيضا: "صالحتك" كان ايجابا
آخر (٤٩)، فيلزم تركيب العقد من ايجابين. (٥٠)
وتحقق من جميع ذلك: إن تقديم القبول في الصلح أيضا غير جائز، إذ لا قبول
فيه بغير لفظ "قبلت" و "رضيت". وقد عرفت أن "قبلت" و "رضيت" مع
التقديم لا يدل على إنشاء لنقل العوض في الحال (٥١).

الإصفهاني: أما تساوي النسبة فأمر اتفاقي، وإلا فالصلح الواقع موقع البيع كما يكون
صاحب الحنطة بائعا وصاحب الدرهم مشتريا، كذلك يكون الأول موجبا للصلح والثاني
قابلا له وكذا الصلح الواقع موقع الإجارة يكون مالك المنفعة مؤجرا أو مصالحا وصاحب
الأجرة مستأجرا أو قابلا للصلح، فليس البادئ موجبا على أي
حال. (ص ٧٠) * (ص ٢٨٢، ج ١)
(٤٨) الإيرواني: قد تقدم منه قريبا إن المتيقن من الإجماع هو اعتبار القبول بالمعنى
الشامل

للرضا بالإيجاب وهذا حاصل بلفظ صالحتك أيضا. (ص ٩٠)
(٤٩) الطباطبائي: قد عرفت: أنه لو كان في مقام القبول وإنشاء الرضا كفي. (ص ٩٠)
(٥٠) الإصفهاني: وأما لزوم تركيب العقد من ايجابين فالممنوع منه تركبه من ايجابين
حقيقيين أي تسيبين من الطرفين، وأما التسيب من طرف والقبول من الآخر ولو
بايجابين وإيقاعين انشائيين، بل من قبول انشائي في مقام الايجاب الحقيقي كما في
السلف، حيث يقول المشتري: (أسلفتك) ويقول البائع: (قبلت) وكما في النكاح يقول
الرجل (أتزوجك) وتقول المرأة: (نعم) أو (رضيت) فإنه يكفي، والوجه فيه ما ذكرنا،
وروايات باب السلف وباب النكاح نعم الشاهد على ما ذكرنا. * (ص ٢٨٢، ج ١)
(٥١) الطباطبائي: قد عرفت: أنه لا دليل على اعتبار إنشاء النقل في الحال بمعنى حين

فتلخص مما ذكرنا: إن القبول في العقود على أقسام: (٥٢)

ناحية الإنشاء. وأما قبول هذا التبديل وإنفاذه فهو لا يمكن إلا بعد وقوع التبديل سابقا، لا من

جهة التعليق في الإنشاء، فإنه لا يلزم من إنشاء القبول قبل الإيجاب، فإن الإنشاء خفيف المؤنة، فينشأ القبول فعلا وإن توقف منشؤه على أمر متأخر كما في الوصية والتدبير. ولا من جهة التعليق في المنشأ، فإنه لا دليل على بطلانه إلا الإجماع، والإجماع قام على اعتبار التنجيز في مقام التلفظ، لا على اعتباره في واقع المعنى، وإلا لفسد جميع المعاوزات والإيقاعات، لأن البيع يتوقف على الملكية، والطلاق على الزوجية، وهكذا، بل لأن المعنى معنى لا يمكن أن يتحقق في عالم الاعتبار إلا إذا كان متأخرا، فإن المطاوعة لا تتحقق إلا بعد وقوع الإيجاب من الموجب فإذا أريد من النقل الحاصل من (قبلت) ما يكون مرتبطا بفعل غيره وإنشاء التملك ما أعطاه وإنفاذا لما أوجده فقوامه بأن يكون الإيجاب صادرا من غيره قبل ذلك. وما قيل: من أن الإنشاء خفيف المؤنة فلا يفيد في المقام، لأنه إذا اعتبر المطاوعة في مفهوم القبول فإنشاؤه بحيث يخرج عن الإيقاع متوقف على وقوع الإيجاب قبل ذلك وعلى هذا فالقبول في العقود العهدية الغير المعاوزية كالهبة والرهن أيضا لا بد أن يكون متأخرا ولو كان بغير لفظ (قبلت) كاتهمت وارتهنت، لأنه لو قدم لا يكون إنفاذا لما أوجده غيره، ولا يتضمن نقلا حتى يمكن تقديمه بالهيئة الواردة على المادة المناسبة لهذا الباب. بل التحقيق: أنه لا يجوز تقديم القبول في باب المعاوزات أيضا ولو بالهيئة الواردة على المادة المناسبة لكل باب كاشتريت واستأجرت وتزوجت ونحو ذلك، فإنها وإن لم تتضمن المطاوعة - لأن صيغة التفاعل والافتعال والاستفعال ونحو ذلك ليست كصيغة الانفعال ومادة القبول متضمنة للمطاوعة دائما، بل إذا تأخرت عن الإيجاب - إلا أنها من جهة خروجها عن الإيقاع وصيرورتها جزءا من العقد لا بد أن تكون متأخرة، فإن قوله: (اشتريت) لو لم يكن قبولا للشراء.

(٥٢) الآخوند: قد عرفت بما حققناه أنه لا بد في القبول الذي يتقوم به العقد ويكون أحد

لأنه إما أن يكون التزاما بشيء من القابل، كتنقل مال عنه أو زوجية، وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب.

والأول على قسمين:

لأن الالتزام الحاصل من القابل، إما أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيرا كالاقتراء.

والثاني أيضا على قسمين:

لأنه إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة (٥٣) كالارتهان والاتهاب والاقتراض، وإما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالكالة والعارية وشبههما.

فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين. ثم إن مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمى مشتريا، وكل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالا من آخر يسمى بائعا.

وبعبارة أخرى: كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع، وكل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، وإلا فكل منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره، ويملك مال غيره بإزاء ماله.

ركنية من التبعية مفهوما ركنه الآخر تقدم في الخارج أو تأخر. وأزيد منها لا يكون فيه بمعتبر مع أنك قد عرفت أنه لا يوجب تأخره وإن كان معتبرا فتدبر جيدا. (ص ٢٨)
(٥٣) الطباطبائي: قد عرفت: إن معنى المطاوعة في القبول هو الرضا بالإيجاب وأنفي جميع العقود على نسق واحد، فتبصر. (ص ٩٠)

الموالة بين إيجابه وقبوله
ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع، ثم العلامة والشهيدان والمحقق
الثاني، والشيخ المقداد.

قال الشهيد في القواعد: الموالة معتبرة في العقد ونحوه، وهي مأخوذة من
اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه، وقال بعض العامة: لا يضر قول
الزوج بعد الإيجاب: (الحمد لله والصلاة على رسول الله، قبلت نكاحها).

ومنه: الفورية في استتابة المرتد، فيعتبر في الحال، وقيل: إلى ثلاثة أيام.
ومنه: السكوت في أثناء الأذان، فإن كثيرا أبطله.

ومنه: السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها، وكذا التشهد.

ومنه: تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع
فلا جمعة. واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة.

ومنه: الموالة في التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر، والموالة في سنة
التعريف، فلو رجع في أثناء المدة استؤنفت ليتوالى، إنتهى. (٥٤)

(٥٤) الطباطبائي: والحق: أن الفصل بالأجنبي إنما يكون مضرا إذا وجد فيه مناط الفصل
الطويل وإن كان قليلا بأن كان بحيث لا يصدق العقد معه عرفا. وأما مجرد الفصل بذكر
متعلقات العقد من الثمن والمثمن والشروط المأخوذة فيه. بل، والإشارة إلى بعض
الأحكام بأن يذكر الموجب في إيجابه، ثم يقبل القابل فلا بأس به قطعاً. ثم أنه لا دليل
على اعتبار الموالة بالمعنى المذكور أيضا لعدم الإجماع. (ص ٩٠)
النائيني (المكاسب والبيع): الوجه الثاني للزوم الموالة راجع إلى ناحية المسبب
(ولكن هذا الوجه يجري فقط في العقود العهدية المعاوضية لأن المعاوضة أي حصول

أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئا فشيئا إذا كان له صورة اتصالية في العرف، فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية، فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعبئه ببعض، فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية، ولذا لا يصدق التعاقد إذا كان الفصل مفردا في الطول كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف، فهو في كل أمر بحسبه، فيجوز الفصل بين كل من الإيجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما، ويجوز الفصل بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف، كما في الأذان والقراءة. وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم في المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا، كما هو مقتضى التمسك بأية الوفاء بالعقود، وبإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، أما لو كان منوطا بصدق (البيع) أو (التجارة عن تراض) فلا يضره عدم صدق العقد (٥٥).

المسبب في هذا القسم فقط) وحاصله: أن المسبب في العقود المعاوضية عبارة عن خلع ولبس بمعنى أن كلا منهما يعطي شيئا ويأخذ شيئا آخر، بحيث يكون مجموع الإعطاء والأخذ هو المسبب الواحد ومع الفصل بين الإعطاء والأخذ بما يخرج عن مصداق الواحد لا يعد مسببا واحدا بل هو إعطاء شيء مستقل وأخذ شيء آخر كذلك وما ذكره المصنف راجع إلى ناحية السبب وهو يجري في العقود العهدية المعاوضية. ويجري أيضا في العقود العهدية الغير المعاوضية أيضا وأما العقود الإذنية فلا يعتبر فيها الموالاة كما لا يعتبر فيها وجوب تقديم الإيجاب وذلك لما عرفت من كفاية مطلق الرضا المبرز في قبولها بل في الحقيقة ليست عقدا. (ص ٢٩١)

(٥٥) الآخوند: مع أنه: يمكن منع اعتبار الموالاة عرفا من صدق العقد أيضا ودعوى صدقه

وأما جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه، فلأنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة، فإن أكثر الكليات إنما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص، وقد صرح في القواعد مكررا بكون الأصل في هذه القاعدة كذا. ويحتمل بعيدا أن يكون الوجه فيه: أن الاستثناء أشد ربطا بالمستثنى منه من سائر اللواحق، لخروج المستثنى منه معه عن حد الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك أقبح، فصار أصلا في اعتبار الموالاتة بين أجزاء الكلام.

ثم تعدي منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظا أو معنى، أو من حيث صدق عنوان خاص عليه، لكونه عقدا أو قراءة أو أذانا، ونحو ذلك. 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 فلا بد من إعادته في أقرب الأوقات. وأما مسألة الجمعة، فلأن هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة من القيام والركوع والسجود مطلوبة، فيقدح الإخلال بها. وللتأمل في هذه الفروع، وفي صحة تفريعها على الأصل المذكور مجال. ثم إن المعيار في الموالاتة موكول إلى العرف، كما في الصلاة والقراءة والأذان ونحوها.

بأثر واحد فلا بد من كونهما على نحو الاتصال العرفي فكأنه كلام واحد بوحدة اتصالية يقوم

بأثر واحد عليه فلا فرق بين دليل الوفاء بالعقد ودليل حلية البيع فإن المدار ليس على ما يقضيه عنوان العقد بل على ما يقتضيه قيام ما هو كالواحد بأثر واحد، فتدبر جيدا. (ص ٧١) * (ص ٢٨٣، ج ١)

ويظهر من رواية سهل الساعدي - المتقدمة في مسألة تقديم القبول - جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي. بناء على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي: (زوجنيها)، والإيجاب قوله صلى الله عليه وآله بعد فصل طويل: (زوجتكها بما معك من القرآن)، ولعل هذا موهن آخر للرواية، فافهم.

(٤٠٣)

ومن جملة الشروط التي ذكرها جماعة:

التنجز في العقد

بأن لا يكون معلقا على شئ بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد

المعاملة في صورة وجود ذلك الشئ، لا في غيرها.

وممن صرح بذلك: الشيخ والحلي والعلامة وجميع من تأخر عنه، كالشهيدين
والمحقق الثاني وغيرهم قدس الله تعالى أرواحهم.

وعن فخر الدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة: أن 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
التنجز في الوقف: الاتفاق عليه.

والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد، وإن لم يتعرض الأكثر في
هذا المقام.

ويدل عليه: فحوى فتاويهم ومعاهد الإجماعات في اشتراط التنجز في

الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كل ما دل على الإذن، حتى

أن العلامة ادعى الإجماع - على ما حكى عنه - على عدم صحة أن يقول

الموكل: (أنت وكيل في يوم الجمعة أن تباع عبدي)، وعلى صحة قوله: (أنت

وكيلي، ولا تباع عبدي إلا في يوم الجمعة. مع كون المقصود واحدا.

وفرق بينهما جماعة - بعد الاعتراف بأن هذا في معنى التعليق: (٥٦) بأن العقود لما كانت متلقاة 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 صرح به العلامة 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 شرط المشيئة، للجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدته، وهو أحد قولي الشافعي، وأظهرهما عندهم: الصحة، لأن هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد، لأنه لو لم يشأ لم يشتر، انتهى كلامه.

(٥٦) الطباطبائي: نمنع كون الثاني في معنى التعليق والفرق بين الصورتين: إن في الأولى لا يصير وكيلا إلا يوم الجمعة بخلاف الثانية ففيها يكون وكيلا من حين الإنشاء غايته أنه لا يجوز له التصرف إلا يوم الجمعة ويظهر الثمرة في الآثار الآخر المترتبة على تحقق الوكالة فإنها تترتب قبل الجمعة على الثانية دون الأولى وبالجملة الفرق بينهما كالفرق بين الواجب المشروط والمعلق، فتدبر. (ص ٩١)

الطباطبائي: أو ما كان بمعناه وإن لم يكن هناك أداة في اللفظ والأولى أن يقال إنه مثل التعليق في الحكم فإن المناط هو عدم كون التملك فعليا سواء كان ذلك من جهة التعليق أو غيره. (ص ٩١)

(٥٧) الطباطبائي: إن أريد الجزم بحصول المنشأ بمعنى ترتب الأثر فلا نسلم اشتراطه وإلا

وتبعه على ذلك الشهيد قدس سره في قواعده، قال: لأن الانتقال بحكم الرضا ولا رضا إلا مع الجزم، والجزم ينافي التعليق، إنتهى.

لزم بطلان البيع بلا تعليق إذا جهل تحقق جميع الشرائط الشرعية وإن أريد الجزم في الإنشاء الذي هو من فعل المنشئ فهو حاصل إذ المفروض أنه منشأ للملكية على تقدير مجيء الحاج مثلاً على سبيل الجزم وإن أريد الجزم بحصول الأثر بحسب إنشائه فإنه مع التعليق لا يكون عالماً بتحقق الملكية من جهة الجهل بحصول المعلق عليه ففيه: أن لازمه بطلان البيع فيما لو قال بعثك إن كان مالي مع أنهم لا يقولون به ثم أقول: إن الوجه المذكور أعم من المدعى من وجه، حيث أن لازمه الصحة فيما لو علم بقدوم الحاج فيما لو علق عليه والبطلان فيما لو قال بعثك إن كان مالي مع الجهل مع أن المدعى بطلان الأول وصحة الثاني، فتدبر. (ص ٩١)

الإصفاهاني: لا ريب في: أن الإنشاء بما هو إنشاء يتحقق ولو مع الجزم بعدم ترتب الملك الحقيقي فعدم الجزم بالإضافة إلى ما يتسبب بكلامه الإنشائي إليه إنما يضر به لا بإنشائه. والوجه في اعتباره عقلاً هو أن القصد الجدي بشئ بحيث يحرك العضلات يستحيل إلا مع إحراز مكانه الذاتي والوقوعي ووجوبه بالغير فمع عدم أحد الأمور المزبورة لا يعقل قصد إيجاده بعنوانه جداً، فإن المراد بالقصد ليس مجرد الشوق فإنه يتعلق بالمحال بل الشوق الأكيد المحرك للعضلات أي الجزء الأخير من العلة التامة لوجود الشئ ومن الواضح: أن التمليك الحقيقي والملكية الحقيقية من باب الإيجاد والوجود المتحددين بالذات والمختلفين بالاعتبار فمع الجزم بعدم ترتب الملكية الحقيقية أو عدم الجزم بترتيبها كيف بتوجه القصد الجدي إلى إيجادها بعنوانها. نعم، الإنشاء بداعي احتمال ترتب الملكية معقول والمقصود الجدي على أي حال هو الإنشاء، لكنه بداعي ترتب الملكية على تقدير إمكان ترتيبها، ولا مانع من إيجاد ما يكون بيعاً على تقدير إمكان تحققه فإنه لا يترقب منه ترتيب الأثر عليه على أي تقدير بل على تقدير تحقق البيع. (ص ٧١) * (ص ٢٨٥، ج ١)

ومقتضى ذلك: أن المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، كما صرح به المحقق في باب الطلاق.

وذكر المحقق والشهيد الثانيان في الجامع والمسالك في مسألة (إن كان لي فقد بعته): أن التعليق إنما ينافي الإنشاء في العقود والإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول. لكن الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم: أن الحزم ينافي التعليق، لأنه بعرضة عدم الحصول ولو قدر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف، لأن الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه (٥٨)، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد.

ثم قال: فإن قلت: فعلى هذا يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل: (إن كان لي فقد بعته منك بكذا). قلت: هذا تعليق على واقع، لا [على] متوقع الحصول، فهو علة للوقوع أو مصاحب له، لا معلق عليه الوقوع، وكذا لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج وإنكار التزويج حيث تدعيه المرأة: (إن كانت زوجتي فهي طالق) إنتهى كلامه قدس سره.

(٥٨) الطباطبائي: لا يخفى ما فيه: إذ لا دليل عليه أصلاً بل هو على فرض وجوده خاص بمورده ويصلح أن يكون حكمة للحكم، إلا إذا كان هناك دليل عام وعلم كون مناطه ذلك. (ص ٩١)

الإيرواني: لا يخفى ما في هذا التعليل من العلة فإنه يشبه علل النحو وكان ذلك بيان لحكمة الحكم بالفساد بعد الفراغ عن ثبوت أصله بإجماع ونحوه وإن حكمة حكم الشارع بفساد التعليق جهالة الشرط نوعاً في الأغلب، لكن يتجه على ذلك منع الفعلية المذكورة. (ص ٩١)

(٥٩) الطباطبائي: لازمه صحة التعليق فيما لو قال (بعتك) إن كان هذا يوم الجمعة مع

وعلل العلامة في القواعد صحة إن كان لي فقد بعته بأنه أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضر جعله شرطا، وكذا كل شرط علم وجوده، فإنه لا يوجب شكاً في البيع ولا وقوفه، إنتهى.

وتفصيل الكلام: أن المعلق عليه، إما أن يكون معلوم التحقق، وإما أن يكون محتمل التحقق.

وعلى الوجهين، فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل.

الجهل بذلك ولا يلتزمون به. (ص ٩١)

(٦٠) النائيني (المكاسب والبيع): الأحسن: التقسيم بوجه آخر. فيقال: المعلق عليه إما حالي أو استقبالي. وعلى كلا التقديرين: فإما أن يكون نفس الزمان أو يكون زمانيا وعلى الثاني أعني ما إذا كان زمانيا فإما يكون محقق الوقوع أو يكون مشكوكا وعلى التقادير فإما

أن يكون من ما يقتضيه العقد أو لا، أما المعلق على الأمر الاستقبالي فالظاهر قيام الإجماع على بطلانه بجميع أقسامه: إلا أن بعضا منها بالقطع وبعض آخر بالظهور. وتوضيحه أن الإجماع قام على بطلان الوكالة المعلقة على الزمان المستقبل مثل أنت وكيلى في يوم الجمعة في البيع كما ادعاه العلامة على ما حكاه عنه المصنف فإذا كان التعليق على الزمان المستقبل باطلا بالإجماع فيكون التعليق على الزماني المحقق الوقوع وقوعه كذلك بالتساوي أو بالأولوية فيكون الزماني المشكوك حدوثه كذلك بطريق أولى قطعاً فظهر أن هذه الصور من التعليق على الأمر الاستقبالي مما قام الإجماع على بطلانه غاية الأمر أن الأولى منها أعني ما كان التعليق على الزمان هو بنفسه مورد النص على الإجماع، والثانية منها أعني ما كان التعليق على الزماني المحقق وقوعه على نحو الظهور لمكان التساوي بينها وبين الصورة الأولى والصورة الثالثة أعني ما كان التعليق على الزماني المشكوك

وعلى التقادير، فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد - ككون الشيء مما يصح تملكه شرعا، أو مما يصح إخراجه عن الملك، كغير أم الولد، وغير الموقوف ونحوه، وكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا، كأن لا يكون عبدا، وممن يجوز العقد معه بأن يكون بالغا -، وإما أن لا يكون كذلك. ثم التعليق، إما مصرح به، وإما لازم من الكلام، كقوله: (ملكك هذا بهذا يوم الجمعة)، وقوله في القرض والهبة: (خذ هذا بعوضه)، أو (خذه بلا عوض يوم الجمعة)، فإن التمليك معلق على تحقق الجمعة في الحال أو في الاستقبال (٦١).

زمانى مقارنين معه أو سابقين عليه أو لاحقين به لكن الصادر عن الفاعل إنما هو نفس الضرب لا الضرب المقيد بهذا الزمان والزمان كما هو واضح. فكذلك في الأمور الاعتبارية فالبيع الصادر عن البائع لا محالة له نسبة إلى الزمانى أو الزمانى على حسب نسبة الضرب إليهما لكن الصادر عن الفاعل هو نفس البيع لا البيع المقيد فعلى هذا فكل ما لم يتحقق الإجماع على بطلانه يشكل الحكم بصحته لا من جهة قيام الإجماع على البطلان بل لمكان الشك في شمول الاطلاقات لأنها تشمل المتعارف من إيجاد الأمور الاعتبارية إلا ما ثبت التعارف في تعليقه وهو ما قدمناه من التعليق على الزمانى الحال المحقق وقوعه أو المشكوك حدوثه فيما إذا توقف صحة الإنشاء عليه. والحاصل: أن مقتضى القاعدة عدم صحة التعليق على الأمر الحالى مطلقا إلا القسم الواحد منه وهو هذا المتقدم ذكره ووجه البطلان لا من جهة قيام الإجماع على بطلانه بل لأجل الشك في شمول الاطلاقات له. وليعلم أنهم يعبرون عن الأمر المحقق وقوعه بالصفة والظاهر أن مرادهم منها هو الزمان. ثم يطلقونها على الزمانى المحقق الوقوع أيضا. (ص ٢٩٥)

(٦١) الطباطبائى: يمكن منع كونه في معنى التعليق فإن يوم الجمعة ظرف لا قيد ألا ترى أن قولك أضرب زيدا يوم الجمعة لا يعد من التعليق وكذا قولك زيد يضرب يوم الجمعة

ولهذا احتتمل العلامة في النهاية وولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن حياته، معللا بأن العقد وإن كان منجزا في الصورة إلا أنه معلق، والتقدير: إن مات مورثي فقد بعتهك.

فما كان منها معلوم الحصول حين العقد، فالظاهر أنه غير قاذح، وفاقا لمن عرفت كلامه - كالمحقق والعلامة والشهيدين والمحقق الثاني والصيمري - وحكي أيضا عن المبسوط والإيضاح في مسألة ما لو قال: (إن كان لي فقد بعته)، بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح، ولذا ادعى في الرياض - في باب الوقف - عدم الخلاف فيه صريحا.

وما كان معلوم الحصول في المستقبل - وهو المعبر عنه بالصفة - فالظاهر أنه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز - وإن كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجري فيه - كما اعترف 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، فإنه قال: إذا قال الواقف: (إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته) لم يصح الوقف بلا خلاف، لأنه مثل البيع والهبة، وعندنا مثل العتق أيضا، انتهى، فإن ذيله يدل على أن مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالإمامية، نعم مماثلته للعتق مختص بهم.

فالتحقيق ما أشرنا إليه آنفا من أن المناط في البطلان أعم من التعليق والتأخير وإن الشرط في الصحة كون التمليك فعليا، فتدبر. (ص ٩١)

وما كان منها مشكوك الحصول وليست صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاهم (٦٢).

وما كان صحة العقد معلقة عليه - كالأمثلة المتقدمة - فظاهر إطلاق كلامهم يشملها، إلا أن الشيخ في المبسوط حكى في مسألة (إن كان لي فقد بعته) قولاً من بعض الناس بالصحة، وأن الشرط لا يضره، مستدلاً بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد، لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره وشرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلن أو ما أشبه ذلك، إنتهى.

وهذا الكلام وإن حكاه عن بعض الناس، إلا أن الظاهر ارتضاؤه له. وحاصله: أنه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه، كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته كالإلزام ببعض غاياته، فكما لا يضر الإلزام بما يقتضي العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه ومقيداً به.

وهذا الوجه وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد - لأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلم. (٦٣)

(٦٢) الإيرواني: لكن: بشرط أن يكون الشرط المشكوك الحصول استقبالياً فلو كان حالياً كما إذا قلت بعث عبدي إن كان أمياً خرج عن معقد الإجماع وحكم بصحته بمقتضى العمومات على ما عرفت. (ص ٩١)

(٦٣) الإيرواني: بل، هو تحقق عنوان المعاملة فعنوان الطلاق وحل عقدة الزواج منوط

فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء، والمعلق على شيء ليس معلقا في كلام المتكلم على شيء، بل ولا منجزا، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام - إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له كاف في عدم الظن بتحقيق الإجماع عليه.

مع أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدل على أن محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه، فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم. ويؤيد ذلك: أن الشهيد في قواعده جعل الأصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع: (بعتك إن قبلت) ويظهر منه ذلك أيضا في أواخر القواعد.

بتحقيق أصل الزواج لا تحقق لمفهومه بدونه فإذا شرط في إنشاء الطلاق تحقق الزوجية وقال (إن كانت زوجتي فهي طالق) فقد علق إنشائه على ما هو معلق عليه واقعا ولم يحدث تعليقا لم يكن بل أظهر ما كان من التعليق والتضييق في مقام المعنى وليس المعنى من ذلك إن الإنشاء التعليقي قد كان قبل كينونته فإن ذلك مما لا يتفوه به ذو مسكة بل المعنى هو أن الإنشاء لم يزد في التعليق على ما هو كائن من التعليق المعنوي فكان المانع هو تطرق التعليق إلى مقام المعنى الذي لا محيص عنه في المقام لكون التعليق ذاتيا له لا عرضيا حاصلًا بالجعل وبتخصيص القصد وتضييقه وإنما القصد قد توجه إلى ما هو مخصص مضيق بحسب واقعه فليس المانع عنده مجرد استعمال العبارة على التعليق حتى لا يكون فرق بين الصورتين لكن الذي يتجه عليه هو أن ذلك جار في كل شرط فإن بيع العبد بشرط أن يكون كاتبًا يرجع إلى قصد بيع الكاتب وبيع العبد بقيد الكتابة معلق بحسب واقعه على تحقق الكتابة فلم يزد في مقام الإنشاء على إظهار التعليق الواقعي وجعله في قالب الإنشاء. (ص ٩١)

ثم إنك قد عرفت أن العمدة في المسألة هو الإجماع (٦٤)، وربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق، وبطلانه واضح، لأن المراد بالإنشاء 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 غدا) أو (خذ المال قرضا - أو قراضا - إذا أخذته من فلان)، ونحو ذلك؟ فلا ريب في أنه أمر متصور واقع في العرف والشرع كثيرا في الأوامر والمعاملات، من العقود والإيقاعات (٦٥).

(٦٤) الإيرواني: القدر المتيقن من التعليق الفاسد، التعليق على أمر استقبالي مجهول التحقق، كما أن المتيقن منهما صحة التعليق على أمر حالي معلوم التحقق ومورد الاختلاف صورتان: التعليق على أمر استقبالي معلوم التحقق والتعليق على أمر حالي مجهول التحقق وحيث إن كلمات المجمعين مختلفة في إفادة كل من الاحتمالين بحيث يظهر من بعضهم اعتبار التنجيز بالمعنى الأول ومن آخر اعتباره بالمعنى الثاني لا جرم كان الموردان خاليين من الإجماع فبالأدلة العامة الدالة على نفوذ العقود يحكم بالصحة فيهما بل أقول يبطل أثر الإجماع حتى بالنسبة إلى المتيقن دخوله في حكم الجميع لعدم الإجماع على عنوان واحد واجتماع الفتاوى في المصداق لا يكون إجماعا معتبرا عندهم. مضافا إلى: ما عرفت من أن العلم بمدرك المجمعين وفساده مما يبطل اعتبار الإجماع. (ص ٩٠)

الطباطبائي: يمكن الخدشة فيه أيضا بمعلومية مستند المجمعين كلا أو بعضا وعدم تماميته فلا ينفع، فتدبر. (ص ٩١)

(٦٥) الطباطبائي: عدم صحة تعليق الإنشاء تكون من جهة أن نفس الإنشاء غير قابل

ويتلو هذا الوجه في الضعف: ما قيل: من أن ظاهر ما دل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك (٦٦).

وفيه بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة واللزوم في مثل قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)، لأن دليل حلية البيع وتسلب الناس على أموالهم كاف في إثبات ذلك -: أن العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله، فليس مفاد (أوفوا بالعقود) إلا مفاد (أوفوا بالعقود) في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد (٦٧).

(٦٦) الإيرواني: ولكن يتجه عليه أن ظرف وفاء العقد التعليلي أيضا هو ظرف العقد وإنما ظاهرها وجوب جنس الوفاء فما كان وفائه حين العقد وجب وفائه حينه وما كان وفائه بعد حين وجب وفائه بعد حين ولا يزيد مدلول الدليل على وجوب ما هو وفاء في كل عقد من غير دلالة على تعيين ظرف الوفاء. (ص ٩١)

(٦٧) الطباطبائي: لم أفهم الفرق بين قوله تعالى (أوفوا بالعقود) وقوله تعالى (أحل الله البيع) ونحوه في الدلالة على السببية الفعلية من حين صدوره لأن مقتضى حلية البيع أيضا جواز التصرف وحصول الملكية من حين تحققه وهكذا في ساير الأدلة فلا اختصاص لذلك على فرض صدقه بالآية الأولى. (ص ٩٢)

الآخوند: قد عرفت: أنه غير كاف في إثبات أنحاء التسلطات فضلا عن أسبابها. (ص ٢٨)

الإصفهاني: كلام المصنف لا يخلو عن محذور، لأنه كما مر مرارا إن الوفاء هو القيام بمقتضى العقد لا ترتيب الأثر فإن كان العهد متعلقا بفعل من الأفعال كان معنى القيام

والحاصل: أنه إن أريد بالمسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها، وإن أريد به الأثر الشرعي وهو ثبوت الملكية، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزة، بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعي الملك الغير المعلق، وإن كان معلقاً فأثره الملكية المعلقة، مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جدا (٦٨).
مع أن ما ذكره لا يجري في مثل قوله: (بعثك إن شئت أو إن قبلت)، فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه.
مع أن هذا لا يجري في الشرط المشكوك المتحقق في الحال، فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفاً.

بمقتضاه إيجاده في الخارج وإذا كان متعلقاً بالنتيجة أي الالتزام بملكية العين بإزاء كذا كان

معنى الوفاء به إبقائه بعدم نقضه ونكته عليه فليس له نقض الالتزام بملكية شيء على تقدير من دون حاله منتظرة، كما أن البيع هو التملك التسيبي بالحمل الشايع وهو مع التعليق غير حاصل فلا معنى لتأثيره في الملكية على تقدير والتحقيق في كلا الدليلين ما عرفت سابقاً من أنه قبل حصول المعلق عليه لا التزام بالفعل ولا تملك بالفعل حتى يلزم تخلف مقتضاهما عنهما والتحقيق: في كلا الدليلين (يعني: دليل حلية البيع وتسلط الناس على أموالهم) ما عرفت سابقاً من أنه قبل حصول المعلق عليه لا التزام بالفعل ولا تملك بالفعل، حتى يلزم تخلف مقتضاهما عنهما. (ص ٧٢) * (ص ٢٨٩، ج ١)
(٦٨) الإيرواني: الكثرة لا توجب انثلام القاعدة ورفع اليد عن ظهور ما دل على سببية العقد

في ترتب مسببة عليه حال وقوعه، إلا أن يكون مقصوده من ذلك لزوم تخصيص الأكثر المستهجن في الأدلة باخراج تلك الصور لو حملت على ظهورها الأولى فلا بد من التصرف في الأدلة والحمل على ما لا يلزم منه ذلك وهو الترتيب ما هو قضية العقد عليه إن معلقاً فمعلق وإن منجزاً فمنجزاً. (ص ٩١)

مع أن ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفي، وليس الكلام في خصوص البيع، وليس على هذا الشرط في كل عقد دليل على حدة ثم الأضعف من الوجه المتقدم: التمسك في ذلك بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجب الاقتصار فيها على المتيقن، وليس إلا العقد العاري عن التعليق، إذ فيه: إن إطلاق الأدلة - مثل حلية البيع، وتسلب الناس على أموالهم، وحل التجارة عن تراض، ووجوب الوفاء بالعقود، وأدلة سائر العقود كاف في التوقيف.

وبالجملة: فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها ووقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً (٦٩).
ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء، وأما إذا أنشأ من غير تعليق صح العقد وإن كان المنشئ متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ 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 ترتب الأثر عليه إذا تحقق القصد إلى التملك العرفي. وقد صرح بما ذكرنا بعض المحققين، حيث قال: (لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد).

(٦٩) الآخوند: وتحصيل الاجماع في مثل هذه المسألة من الاتفاق لو كان أشكل لاحتمال تشبث البعض لولا الجل أو الكل بما أشار إليه من الوجوه الاعتبارية بما فيها من الضعف

والمنقول منه في مثلها ليس بحجة ولو قيل بحجته في نفسه فالعمل بإطلاقات أبواب المعاملات لا يخلو من قوة. (ص ٢٩)

نعم، ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة (٧٠) - كعدم الزوجية - أو الشك فيها في إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقق القصد إليه منجرا إليه منجرا من دون العلم بالزوجية، وكذا الرقية في العتق، وحينئذ فإذا مست الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط، وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بد من إبرازه بصورة التنجيز (٧١)، وإن كان في الواقع معلقا، أو يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه، ولا يقدر فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل، لأن فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن (٧٢).

(٧٠) الطباطبائي: لا فرق بين الزوجية والمالية بمعنى كون المبيع مما يتمول والتحقيق: عدم الإشكال. (ص ٢٩)

الإيرواني: إن كان الجهل بالزوجية مانعا عن تحقق القصد إلى الطلاق منجزا من نفس الزوج كان ذلك مانعا من الوكيل أيضا بل عليه لا يتيسر التوكيل في الطلاق غالبا حتى مع علم الزوج بالزوجية لجهل الوكيل بها إلا أن يجعله عالما مقدما ثم يوكله وفي مقام يجهل الموكل أيضا كما في المقام يلبس عليه الأمر حتى يقطع الوكيل ثم يوكله. (ص ٩٢)

(٧١) الطباطبائي: هذا في غير المقوم وأما إذا كان من قبيل المقوم فلا بد من التوكيل ودعوى: أنه غير مثمر لعدم الجزم في الوكالة مدفوعة بأن غايته بطلان التوكيل وأما الإذن الحاصل بانشائه فلا يبطل. (ص ٩٢)

(٧٢) الإيرواني: هذا إذا كان الإذن غير مقيد بالوكالة وعليه فلا حاجة إلى ضم التوكيل بل يأذن منجزا إذا فرض تمشي الإذن منه في الطلاق المنجز لكن في تمشي الإذن كذلك نظر فإن الإذن في الطلاق المنجز مع عدم علمه بكونه مالكا للطلاق إن تمشى لتمشى مباشرة بنفسه وهل تحتاج إلى مزيد مما يحتاج إليه التسبب عدا إرادة الفعل بالمباشرة

إلا أن ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوجه امرأة يشك في أنها محرمة عليه أو محللة، فظهر حلها، وعلل، وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد قال: وكذا الإيقاعات، كما لو خالع امرأة أو طلقها وهو شاك في زوجيتها، أو ولى نائب الإمام عليه السلام قاضيا لا يعلم أهليته وإن ظهر أهلا. ثم قال: ويخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حياته، فبان ميتا، لأن الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البايع غير معلومة، وإن قيل بالبطلان أمكن، لعدم القصد إلى نقل ملكه. وكذا لو زوج أمة أبيه فظهر ميتا، إنتهى. والظاهر الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق (٧٣)، فافهم.

عوضا عن إرادته بالتسبيب وهذا المقدار لا يوجب فرقا بين المقامين بالضرورة. (ص ٩٢) (٧٣) الطباطبائي: وكذا يمكن قصد بيع مال الغير ولذا يجري فيه الفضولية بخلاف الطلاق فإنه غير معقول إلا مع الزوجية هذا. ولكنك عرفت: كفاية قصد الاحتياط وعدم الإشكال من حيث المقومية. (ص ٩٢) الإصفهاني: لا يخفى عليك إن ما أفيد وإن كان وجيها على مبناه لكنك قد عرفت: - غير مرة - إن الإنشاء بما هو ضعيف المؤنة وتحقق حقيقة المنشأ وإن كان منوطا بشئ في أي نظر كان، ألا أن تحقق مفهومه بوجوده الجعلي العرضي ليس كذلك وأما التسبب بالإنشاء إلى حصول الزوجية الاعتبارية أو فكها أو فك الرقية فكل ذلك بحسب الاعتبار منوط بما يراه المعبر دخيلا في حصول اعتباره غاية الأمران بعض المعاني الاعتبارية لا يختلف فيه العرف والشرع كالطلاق والعتق لتوقفهما على الزوجية والرقية بل الملكية أيضا فإنه يتوقف تمليك المال من الغير شرعا وعرفا على كونه ملكا وإن لم يتقوم به (٤٢١)

وقال في موضوع آخر: ولو طلق بحضور خنثيين فظهر رجلين، أمكن الصحة، وكذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا، ويشكلان في العالم بالحكم، لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح (٧٤)، إنتهى.

مفهوم وبعض المعاني الاعتبارية الأخر يختلف فيه الشرع والعرف كما في الزوجية بالإضافة إلى ما لا مانع منه في نظر العرف وكذا القضاة فمن يتسبب إلى ذلك المعنى شرعا فلامو أما اعتبار شخص المعترف فهو وإن لم يكن منوطا بما يناط به شرعا وعرفا لكنك قد عرفت: إن الاعتبار أمر مباشري للمعترف لا تسيبي يتسبب إلى ذلك المعنى عرفا يمكنه الجزم ومن يتسبب إليه بإنشائه هذا وقد مر سابقا أن التسبب إلى المعنى بعنوانه جدا غير لازم حتى لا يعقل إلا مع الجزم إما مطلقا كما قلنا أو أحيانا كما أفيد بل له الإنشاء

بداعي احتمال حصول المتسبب إليه فله إنشاء مفهوم الطلاق بهذا الوجه فيقع طلاقا حقيقيا إذا كانت المرأة زوجة واقعا وإلا يقع لغوا (ص ٧٢) * (ص ٢٨٩، ج ١) (٧٤) الإيرواني: لا يعتبر القصد إلى عنوان الصحيح والقصد إلى مصداقه حاصل فلا إشكال. (ص ٩٢)

ومن جملة شروط العقد:
التطابق بين الإيجاب والقبول (٧٥)
فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث
خصوص المشتري أو المثلن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل
المشتري على وجه آخر، لم ينعقد (٧٦).

(٧٥) الآخوند: ضرورة: أنه لولا التطابق لما قصد أمرا واحدا بل فإن لكل هم وقصد فلا
يكون

بينها عقد. لو كانت الخصوصية التي اختلفا فيها بحسب التطابق فلو قصد الموجب
البيع من القابل وقد قصد قبوله لموكله صح العقد فإن هم الموجب ليس إلا تملك ماله
من الأعم من الشخص وموكله وإنما قصده لأجل أنه اعتقد أنه قصد الشراء لنفسه وهذا
بخلاف عقد المزاوجة، فإنه لا بد فيه من تعيين الزوج وإنه له أو لموكله فإنه المهم فيه
كالعوضين في البيع. (ص ٢٩)

النائني (منية الطالب): نعم، لو لم تكن الخصوصية التي اختلفا فيها ركنا في
المعاملة ولا توجب اختلافًا في العقد مثل كون المخاطب هو المشتري أو كونه وكيلا منه
فلا بأس بعدم التطابق، لما عرفت أن البيع تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله مع بقاء الطرف
الآخر بحاله، فالمعاوضة تقع بين المالكين، ولا خصوصية لمالكها، وهذا بخلاف عقد
المزاوجة فإن العلة فيها تحصل بين الزوجين، فهما بمنزلة العوضين في باب المعاوضة،
فلا بد في النكاح من التطابق بين الإيجاب والقبول بالنسبة إلى الزوج
والزوجة. (ص ٢٥٦)

(٧٦) الإيرواني: إذا كان فساد الشرط لا يخل بصحة العقد فعدم قبول المشتري للشرط
الذي تضمنه الإيجاب أولى بعدم الإخلال. (ص ٩٢)

ووجه هذا الاشتراط واضح، وهو مأخوذ من اعتبار القبول (٧٧)، وهو الرضا بالإيجاب، فحينئذ لو قال: (بعته من موكلك بكذا)، فقال الموكل الغير المخاطب، (قبلت) صح، وكذا لو قال: (بعتك) فأمر المخاطب وكيهه بالقبول فقبل، ولو قال: (بعتك العبد بكذا)، فقال: (اشتريت نصفه بتمام الثمن - أو نصفه) لم ينعقد (٧٨)، وكذا لو قال: (بعتك العبد بمائة درهم)، فقال: (اشتريه بعشرة دينار).

(٧٧) الإصفهاني: بل، من نفس المعاهدة والمعاقدة بحيث لو لزم في العقود إيجابان مرتبطان للزم التطابق أيضا، إذ لم يتوارد الإنشاءان على مورد واحد لما كان متعاهدين ولا متعاقدين، بل لكل منهما عهد غير مربوط بالآخر والاعتبار بالقصد العهدي العقدي لا بالقصد الخارجي الذي لم يقع العهد والعقد عليه فإذا قال: (بعث من موكلك) ولم تقم قرينة على خلاف القصد العهدي المنكشف بالعقد اللفظي لم يصح القبول عن نفسه وإن كان الغرض النوعي متعلقا بمبادلة مال بمال إلا إذا كانت قرينة نوعية متبعة في صرف اللفظ عن ظاهره ولكن لا يخفى عليك: أن صحة العقد المشروط عند تعذر الشرط أو فساده وكذا صحة العقد في مورد تبعض الصفقة إذا كانت على القاعدة فلا محالة يتوقف الصحة على وقوع المعاقدة على الفاقد للشرط وعلى تبعض الصفقة وحينئذ فالقبول بلا شرط أو قبول النصف بنصف الثمن لا يمنع عن تحقق المعاقدة فاللازم تحقق المعاقدة بالإضافة إلى ما يراد الحكم بصحته، فتدبر. (ص ٧٢) * (ص ٢٩٠، ج ١)

(٧٨) الطباطبائي: فيه: إشكال ولا يبعد الصحة بل ينبغي القطع بها فيما لو قال: (بعتك الكتاب بدرهم والثوب بدرهم) فقال: (قبلت الثوب بدرهم) وكذا لو قال: (بعتك الكتاب بدرهم ووهبتك الثوب بدرهم) فقال: (قبلت البيع دون الهبة) أو قال: (بعتك كذا أو أنكحتك ابنتي) فقال: (قبلت أو النكاح) وهكذا في كل ما يرجع إلى تعدد المعاملة في الحقيقة. (ص ٩٢)

ولو قال للاثنين: (بعتكما العبد بألف)، فقال أحدهما: (اشتريت نصفه بنصف الثمن) لم يقع (٧٩).
ولو قال كل منهما ذلك، لا يبعد الجواز، ونحوه لو قال البائع: (بعتك العبد بمائة) فقال المشتري: (اشتريت كل نصف منه بخمسين) وفيه إشكال (٨٠).

(٧٩) الطباطبائي: يقوي الصحة مع قبول أحدهما النصف بالنصف ومع فرض عدم الصحة فالتفرقة وبين ما لو قبل الآخر أيضا النصف بالنصف لا وجه لها، فتدبر. (ص ٩٢)
(٨٠) الطباطبائي: الصحة هو الأقوى. (ص ٩٢)

(٤٢٥)

ومن جملة الشروط في العقد:
أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء (٨١).
فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال
القبول عن قابلية الإيجاب، لم ينعقد.
ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب - كالموت والجنون
والإغماء بل النوم - فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة
حينئذ (٨٢).

(٨١) الطباطبائي: لا دليل على هذه الكلية وعدم صدق المعاقدة والمعاهدة إنما يتم في
بعض الفروض، ما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة
الإغماء أو النوم أو الجنون وأما في بقية الصور فنمنع عدم الصدق خصوصا فيما إذا نام
البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك. وأن المشتري يقبل لا محالة وكذا فيما إذا كان المانع
هو الفلس أو السرقة أو السفه.

نعم، في جملة من الفروض يحتاج إلى إمضاء الغير كالوارث للعين أو الوالي
وهذا غير البطلان ويشهد. لما ذكرنا من صدق المعاهدة عدم الفرق في ذلك بين كون
العقد لازما أو جازيا مع أنه: لا بأس بالنوم بين الإيجاب والقبول في العقود الجائزة بلا
إشكال. وكذا يشهد له باب الوصية والجواب الذي يذكره المصنف كما ترى. (ص ٩٢)
(٨٢) الإيرواني: فيه: منع فإنه لا يعتبر في تحقق مفهوم المعاقدة إلا وجود الشروط المعتبرة
في كل من المتعاقدين حال إنشاء نفسه نعم لو ارتفع رضا الموجب بالمعاملة حال لحوق
القبول من الآخر لم يبعد عدم صدق المعاقدة بخلاف ما لو مات أو جن أو أغمي عليه،
فإن كل ذلك غير مانع من تحقق المعاقدة عند الطرف الآخر. (ص ٩٢)
الإصفهاني: لأن مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونها معا كذلك في حال الإيجاب

وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط حقيقة، لا ركن، فإن حقيقة الوصية الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه (٨٣)، ولو رد جاز له القبول بعد ذلك.

وفي حال القبول، إذ معية جسم مع جسم ولا معية حيوان مع حيوان، بل معية شاعر ملتفت إلى ما يلتزم له الغير وإلا فلا ينقدح القصد الجدي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار وعلمه بالتفاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلا وسيجئ إنشاء حال الوصية وأنها تمليك لا معاهدة مع الغير على ملكية شيء له والتمليك لا يقتضي التفات وشعوره وأما عدم الأهلية لعدم الرضا المعتبر ولو لعدم اعتبار رضاه فمن الواضح أنه لا دخل له بالتعاقد والتعاقد فإنهما متقومان بالشعور والالتفات المحققين للقصد الجدي إلى المعاهدة مع الغير. (ص ٧٣) * (ص ٢٩١، ج ١)

(٨٣) الإصفهاني: إن حقيقة الوصية العهدية إيصاء الغير غاية الأمر له رده، لا أنه يتعاقد معه على عمل فهو مما لا ينبغي الشبهة فيه. ولذا لا ريب في تحقق الوصية بالحمل الشايع ولو مع عدم التفات الوصي لقبوله قبول الوصية ورده ردها. وأما الوصية التمليكية فحقيقتها: جعل شيء ملكا لغيره بعد موته، ولا المعاهدة مع الغير على الملكية غاية الأمر: إن إدخال شيء في ملك أحد من دون رضاه نحو سلطنته على الغير وليس من شؤون السلطنة على المال السلطنة على الغير فلا محالة يتوقف نفوذ التمليك على رضاه أو عدم رده على الخلاف ومن الواضح أن مجرد التمليك المنوط لا يستدعي شعور المتملك به حال التمليك وإنما كان هذا المعنى من شؤون المعاهدة مع الغير. وأما بناء على أنها تمليك محض لا معاهدة على الملكية فطرف الملكية وإن كان هو المورث لكنه قد استفيد من الأخبار أن للموصى له حق القبول الذي هو شرط تحقق الملكية فينتقل منه إلى وارثه فبقبوله ينتقل الملك إلى المورث ويتلقى الملك من

وإن كان لعدم الاعتبار برضا هما، فلخروجه أيضا عن مفهوم التعاقد والتعاقد، لأن المعتبر فيه عرفا رضا كل منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه (٨٤)، كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو ورق - لو فرض - أو مرض موت (٨٥). والأصل في جميع ذلك: إن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق. (٨٦)

المورث، كما في حق الخيار ولا يمكن إجراء هذا البيان في المعاقدة مع المورث إذ قبول الوارث لا يتحقق المعاقدة مع المورث فإنه قبول من غير طرف المعاقدة ولا معاقدة معه، فتدبر جيدا. (ص ٧٣)

(٨٤) الآخوند: لا يخفى أن الرضا مما يعتبر في صحة العقد وتأثر به شرعا وعرفا لا مما يعتبر

في تحققه وإنما المعتبر فيه القصد لطيب كان أو كره منه. نعم، في تحقق الإكراه في مثل العقد مما يتقوم بالقصد، بحث يأتي. وبالجملة: لا ينبغي الإشكال في انعقاده فيما إذا قصد التوسل إلى تحقق مضمونه ولو كان عن كره غاية الأمر عدم ترتب الأثر عليه ما لم يلحقه الطيب والرضاء فلا يكون صحة بيع المكروه إذا لحقه الرضا على خلاف القاعدة للاجماع. (٢٩)

الإصفيهاني: وأما عدم تأتي المعاقدة الحقيقية لعدم طيب النفس طبعاً لها أو لعدم الاعتبار بالطيب الطبيعي الموجود شرعا فهو أجنبي عما يقتضيه حقيقة المعاهدة والمعاقدة فتعليه قدس سره: بالخروج عن مفهوم التعاقد والتعاقد غير وجيه. (ص ٧٣) * (ص ٢٩٤، ج ١)

(٨٥) الطباطبائي: لا يخفى أن الكلام في الصحة والبطالان بحيث لا يبطل الإجازة أيضا كما

يظهر من استثنائه مسألة بيع المكروه والحجر بالمذكورات لا يوجب البطلان بل يصح فيها الإجازة. فلا وجه لذكرها في المقام، فتدبر. (ص ٩٢)

(٨٦): الإيرواني: إن هذا عين المسألة المبحوث عنها لا أصلها ومأخذها. (ص ٩٢)

وكذا لو كان المشتري في زمان الايجاب غير راض، أو كان ممن لا يعتبر رضاه - كالصغير - فصحة كل من الايجاب والقبول يكون معناه قائما في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب. وبه يتم معنى المعاقدة فإذا لم يكن هذا المعنى قائما في نفس أحدهما، أو قام ولم يكن قيامه معتبرا، لم يتحقق معنى المعاقدة.

الإصفهاني: وأما ما جعله قدس سره أصلا في المسألة من: (أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى

الايجاب)، فهو باعتبار أن زوال الالتزام الصادر من الموجب، تارة يكون بالاختيار كما إذا رد الموجب قبل القبول وأبطله باختياره، وأخرى بلا اختيار كما إذا زال التزامه بجنونه أو بموته أو كان حدوثا كالعدم من حيث عدم اعتباره رضاه شرعا. وفيه: أن الفسخ موجب لحل الالتزام حقيقة فلا إيجاب بالفعل كي يلحقه القبول ويرتبط به كي يتحقق بينهما عقد بخلاف ما إذا مات بعد التزامه أو نام أو أغمي عليه بعده فإنها لا توجب انحلال الالتزام ولذا لا يشك في أن العهود والالتزامات لا تبطل بالموت فضلا عن النوم ولا فرق بين الموت والنوم بعد لحوق القبول وقبله، فإن مقولة الالتزام النفساني أو القرار العرفي العقلاني إذا كانت تزول بالموت والنوم فلا تبقى بلحوق التزام آخر مثله في بقائه حقيقة أو عرفا. بل الوجه ما ذكرنا: من أن المعاقدة مع الغير الذي له التزام باق في النفس لا يعقل إلا مع شعوره والتفاته فعلا إلى المعاقدة معه وإلا كان معاقدة مع من هو كالجدار في أفق المعاقدة وإن كان حيا شاعرا في أفق آخر كالميت المؤمن الكامل فإنه وإن كان حيا شاعرا ملتفتا إلى من يتكلم معه ويلتزم له إلا أن المدار في باب المعاهدات العرفية على المعاهدة بين الاثنيين في هذه النشأة ومما ذكرنا ظهر أن استمرار الأهلية بين الايجاب والقبول غير لازم فإن مقوم المعاهدة مع الغير انتفائهما وشعورهما حال كون كل منهما معاقدا مع الآخر وقد عرفت أن النوم والاعماء فضلا عن غيرهما لا يوجب زوال الالتزام حتى يعتبر استمرار الأهلية لبقاء الالتزام. (ص ٧٣) * (ص ٢٩٣، ج ١)

ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره، ومقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده، فضلا عن حصوله بعد الايجاب وقبل القبول، اللهم إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الاجماع (٨٧).

(٨٧) الإصفهاني ومما ذكرنا تبين إن: جعل الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الاجماع غير وجيه أيضا، إذ الاجماع لا يجعل غير العقد عقدا بل هو عقد حقيقي منوط تأثيره بتبدل الاكراه بالرضا الطبيعي. فإذا تبدل دخل في التجارة عن تراض حقيقة. (ص ٧٣) * (ص ٢٩٢، ج ١) الطباطبائي: وهو مناف لما في ذلك الباب من أنهم يجعلونه مطابقا للقاعدة، فتدبر. (٩٢)

(فرع)

لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا في النقل كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب وجواز العقد بالفارسي أردوها أخيرها. (٨٨)

(٨٨) النائيني (المكاسب والبيع): الأصل عدم الاجزاء إذا تبدل رأي المجتهد أو قلد المقلد مجتهدا آخر مخالفا مع مجتهده السابق في الرأي إذا ثبت الاجزاء بالدليل وفي باب العبادات ادعى الاجماع على الاجزاء وأما في المعاملات فلم يثبت إجماع على الاجزاء وعليه، فالحق: عدم جواز اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة مطلقا. (ص ٢٩٥)

الإيرواني: لا ينبغي الإشكال في جواز اكتفاء كل منهما بما يقتضيه مذهبه وإنما الإشكال في اكتفاء كل منهما بما يقتضيه مذهب صاحبه والمقصود من العبارة أيضا هو ذلك. والظاهر: أنه لا ريب في الاكتفاء بناء على القول بالسببية في الأصول والأمارات كما يقال في حكم الحاكم، كما لا ريب في عدم الاكتفاء بناء على القول بجعل الحجية والعدر وإنما الإشكال على مبنى جعل الأحكام الظاهرية على طبق مؤديات الأصول والأمارات والحق في العبادات هو الاجزاء وعدم الإعادة والقضاء وتفصيل ذلك، يطلب من مبحث الاجزاء وأما ما كان من قبيل الأحكام الوضعية والأسباب كال عقود والايقاعات والطهارة والنجاسة فالحق فيها إن الشخص يعمل فيها بمعتقده الفعلي ولا يلتفت إلى معتقد الغير أو ما اعتقده سابقا فلو لاقى ثوبه العصير حال ما كان يراه ظاهرا اجتنب عنه بعد تبدل الرأي. نعم، لو كان قد صلى فيه لم يعد صلاته. هذا بالنسبة إلى الملاقي وأما عين العصير إذا كانت باقية إلى زمان تبدل الرأي وجب الاجتناب عنها قطعاً وكذا في

(٤٣١)

والأولان مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية، فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة إشارة الأخرس وإيجاب العاجز عن العربية وكصلاة المقيم بالنسبة إلى واجد الماء، أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلد فيها، والمسألة محررة في الأصول.

العقود والايقاعات، فإذا عقد بالعقد الفارسي على امرأته بزعم صحته ثم تبدل رأيه وجب تجديد العقد فإن هذه المرأة أجنبية فعلا في نظره وإن كانت زوجة إلى زمان تبدل الرأي كما لو كانت مستصحبة الزوجية ثم علم بالخلاف ولا يصغى إلى ما يقال (من أن الواقعة لا تتحمل اجتهادين) ولا إلى (أن نقض الآثار عسر و حرج) فإن هذا إن صدق يختص بمورد لزم منه ذلك نعم، أنقن ما قيل في المقام هو: (التمسك باستصحاب أثر العقد إلى زمان تبدل الرأي لعدم العلم بتأثير الاجتهاد اللاحق في الوقائع السابقة) ومع ذلك يرد: أنه لا مجال للاستصحاب بعد قيام الحجة على الخلاف فإن هذه الحجة اللاحقة دليل وحجة بالنسبة إلى جميع الوقائع السابقة واللاحقة وما هو أوجدها وما لم يوجدتها بعد. (ص ٩٢)

(٨٩) الأخوند: هذا إذا قلنا بأنها أحكام واقعية مطلقا ولو في حق من رأى خلافها ولو قلنا:

باختصاص ذلك بمن رأى بواقعتها كما هو الأظهر فلا يتفاوت كونها أحكاما واقعية أو عذرية فيما هو المهم في المقام وإنما التفاوت بينهما في مقام آخر عند كشف الخلاف، فلا تغفل. (ص ٢٩)

الطباطبائي: إنما يتم ما ذكره المصنف لو كان المؤثر في حق البائع في جواز الأكل الإيجاب الصحيح وبالنسبة إلى المشتري القبول الصحيح وليس كذلك، إذ المؤثر المجموع وهو فعل كل واحد منهما وبعبارة أخرى: ليس جواز القبول معلقا على وجود

هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا إلى فعل الآخر، كالصراحة والعربية والماضوية والترتيب (٩٠).

الجزء في باب العقد كفساد المجموع. هذا، مع أن في غير التنجيز في فساد المجموع تأملا

فإن في باب التنجيز يمكن أن يقال: إن البائع إذا أنشأ الإيجاب معلقا زاعما صحته وقبل المشتري هذا الإيجاب الذي يعتقد فساده يكون قبوله أيضا باعتقاده فاسدا، لأن قبول المعلق معلق.

وأما الإخلال بالموالاة فكيف يفسد كلا الجزئين؟ فإن قابل الذي يعتقد عدم اعتبار الموالاة إذا أوجد القبول بعد مدة لا يفسد الإيجاب عنده وإلا فيقتضي أن يكون فساد كل جزء موجبا لفساد المجموع، لكن الأقوى أن يقال: وإن كان بين العقد والايقاعين فرق فإن العقد يرتبط كل جزء منه بالآخر إلا أن ذلك لا يقتضي فساده فيما إذا اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا، فإن اختلافهما في اعتبار تقديم الإيجاب والماضوية ونحوهما ليس كاختلافهما في المنشأ بأن ينشأ أحدهما البيع والآخر الهبة، فإنه لو لم يتطابقا في المنشأ لا يرتبط الإيجاب بالقبول، وهذا بخلاف ما إذا اختلفا في شرائط الصيغة، فإن الإيجاب بالفعل المضارع وإن كان باطلا عند القابل إلا أن فعل الموجب ومنشأه لا يدخل في مفهوم القبول كالعكس، فإذا أوجد البائع ما هو وظيفته باعتقاده فقد أتى بأحد جزئي العقد وهكذا من طرف المشتري.

والتعليل للفساد بأن العقد متقوم بالطرفين فاللازم أن يكون صحيحا من الطرفين كما في العروة، أو بأن البيع فعل واحد تشريكي ولا بد من كونه صحيحا في مذهب كل منهما كما في حاشية السيد لا يستقيم، لأن تقوم العقد بالطرفين لا يقتضي أن يكون الموجب ينشئ مقصوده على نحو ينشأ طرفه مقصوده به. وكون البيع فعلا واحدا تشريكي ممنوع، بل فعلا مرتبب أحدهما بالآخر، فتأمل. (ص ٢٥٩ و ٢٦٠)

(٩٠) الإيرواني: الظاهر أن الترتيب يحصل بفعل الجميع فلو قدم القابل قبوله لم يكن ذلك

وأما الموالاتة والتنجيز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد.

فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع، لأن بالاخلاق بالموالاتة 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 مشروعية ذلك، لم يجز من القائل ببطان هذا تعقيب هذا الايجاب بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالاتة بزعم صحة ذلك، فإنه يجب على الموجب إعادة إجابته إذا اعتقد اعتبار الموالاتة، فتأمل.

بمجردة محققاً بخلاف الترتيب ما لم يوجب الموجب عقبيه فخلاف الترتيب يتحصل من فعلهما جميعاً ويستند إليهما جميعاً. (ص ٩٢)

(٩١) الطباطبائي: التحقيق: ما ذكرنا من عدم الفرق بين الجميع لوجوب تحصيل كل منهما على كل منهما فلا يجوز لواحد منهما ترتيب الأثر إلا إذا كان كل منهما صحيحاً في

مذهبه، إذ ليس من قبيل كون فعل الغير موضوعاً للحكم بالنسبة إليه حتى يكون المناط نظير ذلك الغير فلا تغفل (ص ٩٣)

الإيرواني: ولكن فيه: أن الموالاتة فعل للقابل وهو الذي يجب عليه بلا فصل فالتراخي يكون منه لا من الموجب كي يجب عليه مع تراخي القبول إعادة الايجاب إن لم يكن يعتبر الترتيب بينهما. نعم، الموجب متمكن من تحصيل الشرط لكن ذلك لا يوجب أن يكون تركه مستنداً إليه كما إذا تمكن القابل المعتبر للعربية حمل الموجب على الإنشاء بالعربية فإنه لا يجب عليه ذلك وجاز قبول ايجابه الفارسي. (ص ٩٣)

النائني (منية الطالب): وأما الاخلاق بالموالاتة فكيف يفسد كلا الجزأين؟ فإن القابل الذي يعتقد عدم اعتبار الموالاتة إذا أوجد القبول بعد مدة لا يفسد الايجاب عنده، وإلا فيقتضي أن يكون فساد كل جزء موجبا لفساد المجموع. (ص ٢٥٩)

أحكام
المقبوض بالعقد الفاسد

(٤٣٧)

الأول

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، وكان مضمونا عليه.
أما عدم الملك، فلأنه مقتضى فرض الفساد.
وأما الضمان بمعنى كون تلفه عليه - وهو أحد الأمور المتفرعة على القبض
بالعقد الفاسد - فهو المعروف، وادعى الشيخ في باب الرهن، وفي موضع من
البيع: الإجماع عليه صريحا، وتبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد.
وفي السرائر: أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغضب في
الضمان، وفي موضع آخر نسبه إلى أصحابنا.
ويدل عليه: النبوي المشهور: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (١).

(١) الإصفهاني: لا يخفى عليك، إن ما قبل الغاية حيث إنه مغيب بالأداء فلا بد من أن يكون

أمرا ثابتا فعليا مستمرا إلى أن يتحقق الأداء ولا يناسب أن يكون المغيب وجوب الرد لكون
الغاية حينئذ عقلية، لا شرعية تعبدية ولو امضاء، لأن بقاء وجوب كل موضوع إلى أن
يتحقق الموضوع عقلي لا جعلي وهو بعيد في الغاية سواء أريد بنفسه أو في ضمن
العموم ولا يناسب أيضا إرادة دفع البدل، إذ لا يجب دفعه ما دامت الغاية ممكنة ومع عدم
إمكانها لا غاية حتى يغيب بها، فإما لا مغيب وإما لا معنى لأن يغيب وكذا إرادة الوضع
بمعنى الضمان بالقوة وهو كون دركه عليه مع تلفه، إذ لا ضرر فعلي ولا خسارة فعلية مع
امكان الأداء، فلا أمر مستمر إلى حال الأداء حتى يصح أن يغيب به، وظاهر الخبر فعلية
كون المأخوذ على اليد فلا يصح أن يراد أمر على تقدير التلف حيث لا يجتمع هذا
التقدير مع الغاية حتى يعيب بها. ويمكن تقريب ما عن المشهور من الضمان بالقوة
(يعني إرادة الوضع) بأن الموجب للخسارة على تقدير التلف حيث إنه اليد وهو فعلي

والخدشة في دلالاته: بأن كلمة (على) ظاهرة في الحكم التكليفي فلا يدل على الضمان، ضعيفة جدا، فإن هذا الظهور إنما هو إذا أسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين، لا إلى مال من الأموال، كما يقال: (عليه دين)، فإن لفظة (على) حينئذ لمجرد الاستقرار في العهدة، عينا كان أو دينا، ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة، لعدم التمييز والشعور (٢).

الضمان يكون بعد تلف العين لا حال قيامها كما هو مفاد الحديث بل لو أريد بالموصول جنس المال الكلي المأخوذ بأخذ فرد منه تصحيحا لإرادة الضمان فسد الأمر من جهة أخرى وهو ثبوت اشتغال الذمة بالقيمة حتى مع قيام العين كما في القرض وهذا لا يلتزم به أحد وبالجملة الحديث إن لم يكن ظاهرا في التكليف من جهات فلا أقل من الإجمال المبطل للاستدلال للوضع والضمان. (ص ٩٣)

(٢) الطباطبائي: لا يخفى، أنه بناء على عدم الحكم الوضعي كما هو مذهب المصنف يشكل الحال، لأنه حينئذ لا بد من إرادة الحكم التكليفي فينبغي عدم الاستدلال به على ضمانها ودعوى: أن التكليف متوجه إلى الولي مدفوعة بأنه على هذا يمكن الاستدلال مع إرادة الحكم التكليفي أيضا بتوجيهه إلى الولي. (ص ٩٣)

الإصفيهاني: لا يذهب عليك، أن مفاد (على اليد) إما جعل حكم وضعي أو الخبر عن جعل حكم وضعي، فإن كان الأول فلا يصح إلا ممن يرى الاستقلال بالجعل للوضع حتى يكون جعلا للضمان ابتداء. وأما من يرى أنه منتزع من حكم تكليفي فلا مناص له من الالتزام بأن مفاد (على اليد) جعل حكم تكليفي يستتبع الضمان الوضعي وهنا خلف، لأن المفروض عدم ظهوره في الحكم التكليفي وإمكان ثبوت مفاده في حق الصغير

ويدل على الحكم المذكور أيضا: قوله ٧ في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري: إنه (يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بالقيمة)، فإن ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماء لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى. وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء (٣).

الذي لا تكليف عليه فالالتزام بجعل الحكم الوضعي إما مستقلا أو تبعا بقوله عليه السلام (على اليد) خلف على أي حال، لأنه قدس سره لا يرى استقلال الوضع فالالتزام بأن مفاده جعل الوضع

ابتداء خلف ولا يرى جعل الحكم التكليفي بالخبر فالالتزام بالانتزاع من الحكم التكليفي الثابت بالخبر خلف أيضا. وإن كان الثاني فالإخبار عن وضع منتزع من التكليف الغير المجعول بهذا الخبر لا مانع منه في نفسه، إلا أن فيه: أن انتزاع الوضع من التكليف غير معقول. مضافا إلى: أنه لو كان معقولا في نفسه، إلا أن انتزاعه هنا محال، لأن الأمر الانتزاعي يتبع منشأ انتزاعه ثبوتا وعدما قوة وفعلا لمكان تبعية ما بالعرض لما بالذات ولا تكليف للصغير فعلا حتى ينتزع منه ضمان فعلا وفرض خطاب مشروط بالإضافة إلى الصغير إثبات حكم تقديري له فيكون الأمر الانتزاعي تقديريا أيضا ففعلية الأمر الانتزاعي وتقديرية منشأه محال. (ص ٧٥) * (ص ٣٠٢، ج ١)

(٣) النائيني (المكاسب والبيع): إن استيلاذ الأمة ليس من قبيل إتلاف منفعتها من دون استيفاء أو يد. مثل القسم الذي يمنع الشخص عن استيفاء المنفعة بتوسط مالك العين وإنما الكلام في تشخيص كونه من قبيل الاستيفاء أو من قبيل اليد، فإن كان من قبيل الاستيفاء فضمان المنفعة المستوفاة لا يستلزم ضمان العين كما هو واضح وإن كان لأجل اليد. فاليد على المنافع بعين اليد على العين فيكون ضمانها بعين ضمان العين فلهذا نقول: إن دلالة الرواية حينئذ ليست بمناط الأولوية بل إنما هي بعين الدلالة على ضمان

بل من قبيل إحداهن نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا المتلف، فافهم. ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروف (كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده) وهذه القاعدة أصلاً وعكساً وإن لم أجد لها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة، إلا أنها تظهر من كلمات الشيخ قدس سره في المبسوط، فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة: بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.

أصل مفهومها. فالأقوى: صحة التمسك بالخبر لتبين كون ضمان قيمة الولد باليد لا بالاستيفاء. (ص ٢٩٩)

الإصفيهاني: يمكن أن يقال: إن النطفة وإن كانت من الرجل، إلا أنها لما كانت مكتملة بدم الأم وكانت تكونها حيواناً بالقوى المودعة في الرحم فكأن صيرورتها حيواناً من قبل الأم فقد أتلّفها الرجل على الأب خصوصاً إذا قيل بتكونه من نطفة المرأة وكان اللقاح من الرجل أو قلنا بأن الولد ينعقد رقا وإنما يصير حراً بالولادة فإنه إتلاف حقيقة، فافهم جيداً. (ص ٧٥) * (ص ٣٠٤، ج ١)

الإيرواني: يمكن أن يقال: إن المشتري استوفى منفعة الرحم باشغاله بمائه أو لا أقل من أنه أتلّف منفعته على المالك بذلك، فإنه كان مستعداً لإنماء نطفة الرق فسلب عنه ذلك باشغاله بنطفته وبهذا يصدق الإتلاف ولا يتوقف صدقه على فعلية النماء، فمن سقى أشجار الغير المستعدة للإثمار مائاً مالها منعه عن الأثمار يصدق أنه أتلّف ثمرها. (ص ٩٣)

(٤) الطباطبائي: أولاً: يمكن منع تخصيص محل الكلام بالتلف دون الإتلاف كما يظهر منه ومن صاحب الجواهر، لعدم الفرق بين قاعدة اليد وقاعدة التلف فلو كان إذن المالك

وحاصله: أن قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعي أو جعلي موجب للضمان وهذا المعنى شمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحتها. وذكر أيضا في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: أن صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفساده؟ وهذا يدل على العكس المذكور. ولم أجد من تأمل فيما عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد سبق في أنه يستحق السابق أجره المثل أم لا؟ وكيف كان، فالمهم بيان معنى القاعدة أصلا وعكسا، ثم بيان المدرك فيها (٥).

موجبا لعدم شمول الأولى فكذا الثانية. ثانيا: يمكن دعوى صدق الإلتلاف عرفا في مورد الرواية. (ص ٩٣)

الإيرواني: إذا كان هو كالتالف بحكم الشارع بالحرية يكون هذا كالمثل بالضرورة، فإن الخل المنقلب خمرا إذا كان تالفا كان قابله متلفا فليس ما أفاده إلا كرا على ما فر منه. (ص ٩٣)

(٥) الطباطبائي: بل لا فائدة فيه أصلا لعدم ورود هذه العبارة في الأخبار وعدم كونها معقدا للإجماع فالعمدة هو البحث عن المدرك والمدار عليه لا على هذه العبارة ففي الحقيقة المدرك مدرك للحكم دون القاعدة، كما لا يخفى. (ص ٩٣)

الآخوند: وحيث إن هذه القاعدة بألفاظها ليست مما دلت بها آية، ولا وردت في رواية وما وقعت في معقد إجماع لم يكن بيان معناها من المهم بشئ ضرورة أنه لا بد أن يراد منها ما يساعد عليه سائر القواعد وإنما المهم بيان أن قضيتها الضمان في أي الموارد، ساعد عليه ظاهر القاعدة أو لم يساعد وهكذا الحال في عكسها. (ص ٣٠)

الإيرواني: لا يخفى أن المهم بيان ما يساعد عليه المدرك منها ولا أهمية بل لا غرض في بيان ألفاظ ليست مفاد آية ولا متن رواية ولا هي معقد إجماع. (ص ٩٣)

فنقول ومن الله الاستعانة: إن المراد ب (العقد) أعم من الجائز واللازم، بل مما كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة والخلع (٦).

(٦) النائني (منية الطالب): لا يخفى، أن بعضهم عبر عن هذه القاعدة بقوله: كل عقد يضمن بصحيحه... إلى آخره. وبعضهم عبر عنها بقوله: ما يضمن بصحيحه... إلى آخره. وعلى أي حال المقصود واحد، فإن المراد من العقد ليس خصوص ما لم يكن فيه شائبة الإيقاع، بل يشمل كل ما فيه تضمين وتعهد، فمعناه أن كل ما صدر على وجه التعويض فالفساد منه كصحيحه يوجب الضمان، فيكون المراد من عكسه أن كل ما صدر لا على وجه التعويض بل مجاناً ففساده كصحيحه لا يوجب الضمان، وعلى هذا فتشمل القاعدة مثل الجعالة والخلع، فلو فرضنا كون الخلع فاسداً فليس المهر للزوج مجاناً، كما أنه لو فرض أن عوض الخلع كان مال غير الزوجة فلا يمكن أن تكون الزوجة مطلقة بلا عوض، بل إما يفسد الخلع، وإما يجب عليها المثل أو القيمة، وهكذا في مسألة الجعالة. (ص ٢٦٧)

النائني (المكاسب والبيع): المراد هو العقود المعاوضية وما يلحقها من الإيقاعات المشتمة على المعاوضة كالخلع والجعالة. أما الخلع ففيما إذا بطل بحيث لم يسلم عوض المال المبدول إلى الزوجة وهو تلخيص نفسها عن الزوجية، وحينئذ يدخل تحت تلك القاعدة أعني ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده. فإن المرأة لم تسلط الزوج على مالها مجاناً، بل بعوض وهو خلاص نفسها ولم يسلم إليها. فيكون من الموارد التي لم يقع التسليط عن المالك مجاناً وبلا عوض وقد عرفت: أن الغرض من تأسيس هذه القاعدة أصلاً وعكساً هو تمييز موارد التسليط المجاني عن غيره. حتى يعلم مورد بقاء المأخوذ باليد تحت عموم على اليد. وهكذا الكلام في الجعالة. أما إذا كان بطلان الخلع والجعالة لأجل ظهور كون المال المبدول ملكاً لغير الباذل أعني المرأة في الخلع والمالك

والمراد بالضمان في الجملتين: هو كون درك المضمون، عليه، بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه (٧).

في الجعالة فهو خارج عن مورد القاعدة، إذ لم يتحقق حينئذ عن المالك تسليط حتى يبحث عنه في كونه مجانيا أو مع العوض.
بل لا إشكال في ضمان القابض لمالكة الأصلي بمقتضى عموم على اليد، كما لا يخفى. (ص ٣٠٢)

(٧) الآخوند: لا يخفى أن الضمان هو اعتبار خاص يترتب عليه آثار تكليفا ووضعيا. منها: لزوم أداء المضمون إلى المضمون له لو تمكن منه وأداء بدله من قيمته أو مثله لو لم يتمكن من أدائه لتلف ونحوه وهو بهذا المعنى لا يكاد يكون في مال نفس الضامن، بل في مال غيره فلا يكون في العقد الصحيح ضمان بمعناه الحقيقي. فلا بد أن يراد في القضية الأولى بالمعنى المجازي وأقرب المجازات إلى المعنى الحقيقي كون تلفه عليه فإنه من أظهر آثاره [لا يقال إنه: لا يوجب صحة التجوز وإلا لجاز أن يقال: إن المالك يضمن أمواله فإنه لو سلم فصحة التجوز هي هنا إنما هي لخصوصية المقارنة مع الضمان في القضية الثانية كما في قوله تعالى: (فمن اعتدى) ولمثلها دخل في صحته أو حسنه وملاحظته]. ولا يصح أن يراد بالضمان في القضية الأولى ما أفاده من درك المضمون وخسارته في ماله الأصلي كيف ولا يكون ضمان بهذا المعنى في العقد الصحيح بالنسبة إلى الوارث مع أنه من موارد القاعدة أصلا وعكسا حيث لا ضمان عليه فيما انتقل إليه من مورثه من مال ملكه بالعقد الصحيح، إلا بمعنى كون تلفه عليه وإنما كان خسارته هكذا على البايع بمجرد العقد ولو لم يتلف، فافهم. (ص ٣٠)

النائيني (المكاسب والبيع): إن تفسير المصنف للضمان بأنه كون درك المضمون

وأما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكا له - كما يتوهم - فليس هذا معنى للضمان أصلا، فلا يقال: إن الإنسان ضامن لأمواله (٨).

القوم صلاتهم وبالجملة: الضمان كما يناسبه معناه الأصلي كون الشيء في ضمن شيء فإذا نسب إلى الشخص فمعناه أنه في ضمن عهده وهذا المعنى قد يكون بتسبيب من الشخص كما في عقد الضمان بأنحائه، حتى ضمان النفس فإن مرجعه إلى تعهد إحضاره وكما في مطلق المعاوضات لتعهد كل منهما والتزامه بأخذ المال ببدله ولذا عبر عنه بضمان المعاوضة فليس مجرد كونه ذا عوض أو مملوكا بعوض مناط الضمان، بل تعهده أخذه ببدله هو المناسب للضمان وقد يكون بجعل من الشارع أو العرف كما في التعزيمات الشرعية والعرفية فإنهما يعتبران المأخوذ أو المتلف في عهدة الشخص والعهدة في كل مقام لها آثار تكليفية أو وضعية ولكنه لا يختلف معنى العهدة باختلافها فكون الضمان تارة: ضمان المعاوضة وأخرى: ضمان التكفل وثالثة: ضمان الغرامة وهكذا لا يوجب اختلافًا في معناه وبناء على ما ذكرنا في معنى الضمان فمفاد القاعدة أنه كل مورد كان عهدة مورد العقد على المتعاقدين في الصحيح فعدته عليهما في الفاسد وسيجيء إن شاء الله تعالى ما تتعلق بالمقام. (ص ٧٦) * (ص ٣٠٥، ج ١)

(٨) الإصفهاني: وفيه أيضا: استدراك قيد المملوكية فإنه لا يعتبر كون التالف مملوكا لمن تلف عنده في ضمانه وتغريمه، إلا بناء على قول من يقول بكون أداء البذل من باب التعاوض القهري شرعا بين التالف وبدله وهو ضعيف كما سيجيء إن شاء الله تعالى. (وفيه أيضا): إن مجرد تلف مال من شخص غير تلفه عليه فإن معنى كون تلفه عليه ترتب خسارة على الشخص بسببه وأما كون نفس التلف خسارة فهو خسارة منه لا خسارة عليه فعنوان تلفه عليه هو معنى الضمان وهو منحصر في الفاسد فلا يكون جامع بين تلفه منه وتلفه عليه حتى يكون أحد مصداقيه في الصحيح والآخر في الفاسد. نعم

ثم تداركه من ماله، تارة يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى هو والمالك على كونه عوضا وأمضاه الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح. وأخرى بأداء عوضه الواقعي وهو المثل أو القيمة وإن لم يتراضيا عليه. وثالثة بأداء أقل الأمرين من العوض الواقعي والجعلي، كما ذكره بعضهم في بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض (٩). فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأن هذا هو التدارك حقيقة، ولذا لو اشترط ضمان العارية لزوم غرامة مثلها أو قيمتها. ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات - من المغصوبات وغيرها - عدا لفظ (الضمان) بقول مطلق (١٠).

مجرد شباهة ضمان الصحيح بضمان الفاسد إما من جهة كونه ذا بدل كما في الأول أو من جهة الخسارة كما في الثاني يوجب حسن المقابلة مع الضمان في الفاسد كما في قوله تعالى: (ومن اعتدى عليكم فاعتدوا). (ص ٧٦) * (ص ٣٠٦، ج ١) (٩) الطباطبائي: لا يخفى أنه بناء على التخيير مع بقاء العين الأقوى هو ما عن جماعة من تعيين دفع العوض المسمى لأنه قبل التلف كان مخيرا بين دفعه ورد العين وإذا تعذر الثاني تعين الأول بعد عموم وجوب الوفاء بالعقد لكن الكلام في صحة المبنى فإن مقتضى القاعدة وجوب دفع المسمى معينا لعموم وجوب الوفاء بالعقود. نعم، يتعين ما في المسالك لو قلنا في صورة بقاء العين بعدم وجوب دفع المسمى وإن اللواهب الرجوع في عينه لا أن يكون المتهم مخيرا إذ حينئذ لو تلفت العين أيضا لا يجب عليه دفع العوض فللواهب أخذ قيمة العين الموهوبة لكن هذا غير ما ذكر مصنف كذلك من الرجوع الوجه، كما لا يخفى. (ص ٩٣) (١٠) الآخوند: قد ورد ضمان المثل في آية الاعتداد بل استدل بها على ضمان القيمة أيضا

وأما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر، مثل توأطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع.

فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: (يضمن بفساده) هو وجوب أداء العوض المسمى - نظير الضمان في العقد الصحيح -، ضعيف في الغاية، لا لأن ضمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد، إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضية - نظير المعاطاة على القول بالإباحة (١١).

في القيميات لأنها مثل التالف في المالية وأيضا ورد ضمان القيمة في صحيحة أبي ولاد الآتية عن قريب. (ص ٩٤)

(١١) الطباطبائي: إن غاية هذا كونه معقولا وهذا المقدار لا يكفي بعد كونه مخالفا للقاعدة. (ص ٩٤)

النائني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما فيه، فإن الجمع بين الفساد وتعيين المسمى للعوضية جمع بين المتناقضين، وتعين العوض المسمى في المعاطاة ليس مع فرض فسادها، لأنه لا يعقل مع عدم تعلق الجعل الشرعي بكون المسمى عوضا وحكمه بفساده أن يكون عوضا، بل تعينه للعوضية في المعاطاة إنما هو مع فرض صحتها، غاية الأمر أنها لا تفيد التملك الذي قصده المتعاطيان ابتداء، بل إما تفيد الإباحة أو التسليط أو ذلك يتعين المسمى للعوضية، فقياس العقد الفاسد على المعاطاة على القول بالإباحة قياس مع الفارق. (ص ٢٦٧)

النائني (منية الطالب): لا يخفى ما في استدلال المنصف من المناقشة، لأن

بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان. (١٢)
وأن التدارك بالمسمى في الصحيح لامضاء الشارع ما تواطأ على عوضيته، لا
لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك تفككا
في العبارة، فافهم.

لزوم التدارك بالمسمى من لوازم كون العقد ممضى عند الشارع. ففرض فساد العقد
مع لزوم التدارك بالمسمى متناقضان. وأما تنظيره قدس سره بالمعاطاة على القول بالإباحة
ففيه: إن

الإباحة أجنبية عن المقام، لما عرفت من أن صحة تصوير القول بالإباحة تتوقف على
القول بأن المتعاطيين أنشأ الإباحة بالتسليط الخارجي مع كون الداعي هو البيع. فكان
صدور الإباحة عنهما من باب تخلف الداعي. والمفروض: أن الشارع أمضى فعلهما
فليس الصادر عنهما فاسدا أصلا. (هذا) ومع فرض المنع عما ذكرنا في تصوير القول
بالإباحة فلا إشكال إن فعلهما الصادر منهما ممضاء بكاشفية السيرة فيكون صحيحا لا
محالة. فضمن المسمى فيها نشأ عن إمضاء معاملتهما بأي وجه تريد أن تقول في صحته.
وأين هذا من العقد الفاسد الغير الممضي، وهذا ظاهر والحق في رد هذا القول الضعيف
أن نقول بمنع اختلاف معنى الضمان إذا كان تداركه في إحدى الجملتين بأداء المسمى
وفي الأخرى بأداء المثل أو القيمة، لما عرفت من: أن هذا اختلاف في لازم الضمان لا فيه
نفسه وهو ينشأ عن الاختلاف في سبب الضمان وليس اختلافا في الحقيقة بل الضمان
في الجميع بمعنى واحد وهو التعهد المذكور. (ص ٣٠١)

(١٢) الطباطبائي: ما ذكر من معنى الضمان لا يقتضي إلا إمكان إرادة الضمان بالعوض
الواقعي في الفاسد وأما تعيين ذلك فلا يستفاد منه فالأولى: أن يقال: إن المراد من العبارة
في كلماتهم ذلك بسبب القرينة فاللفظ من حيث هو قابل والمراد معلوم من الخارج،
فتدبر. (ص ٩٤)

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع. ليكون أفراده مثل البيع والصلح والإجارة ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنما المقتضي له بعض أصنافه. فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلا الصلح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنه قد لا يفيد إلا فائدة الهبة الغير المعوضة أو الأبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة. فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضا، ولا يلتفت إلى أن نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمانا فلا يضمن بفساده. وكذا الكلام في الهبة المعوضة، وكذا عارية الذهب والفضة. نعم، ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم: أن صحيح العارية لا يوجب الضمان فينبغي أن لا يضمن بفسادها، ولعل المراد عارية غير الذهب والفضة، وغير المشروط ضمانها.

(٤٥٣)

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة إشكال (١٣).

(١٣) الطباطبائي: بل لا إشكال في أن المراد أعم من أن يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمة الشرط فإن العقد مع الشرط ومجردا عنه صنفان متغايران وبعد إرادة الصنف من مدخول كل لا يبقى الإشكال، فتدبر. (ص ٩٤)

النائبي (المكاسب والبيع): الحق عدم الفرق في اقتضاء الصحيح للضمان بين أن يكون للعقد بنفسه أو يكون من ناحية الشرط المتحقق في ضمنه، لأن الملاك في ثبوت الضمان في فاسد ما لو كان صحيحا لكان فيه الضمان هو الاقدام كما قلنا في البحث عن عموم العقود ولو كان مقتضى الشرط هو المجانية فلو فرض صحة العقد المشروط به ولم يكن على تقدير صحته فيه الضمان، فليس فيه على تقدير فساده أيضا ضمان، كما في مثل (البيع بلا ثمن) و (الإجارة بلا أجر). ولو كان مقتضى العقد لولا الشرط هو المجانية وكان مقتضى الشرط هو الاقدام المعاوزي وكان العقد المشروط على تقدير صحته موجبا للضمان ففي فساده أيضا يكون الضمان وذلك كالهبة المشروطة بالعوض. حيث إن الهبة لولا الشرط لا تقتضي الضمان وشرط العوض موجب للاقدام على المعاوضة فيكون فيها الضمان المعاوزي على تقدير الصحة ويكون على فرض الفساد أيضا موجبا للضمان والعبرة بالشرط إنما هو فيما إذا كان الشرط في نفسه متعرضا لاثباته كما في (وهبتك مع العوض) أو لنفيه كما في (بعتك بلا ثمن). وأما إذا كان مضمون الشرط نفي نتيجة الضمان الثابت بالعقد فهو خارج عن مورد القاعدة وذلك كما في مثل (بعتك بكذا) بشرط أن يكون تلفه عند المشتري على عهدة البائع. (ص ٣٠٦)

كما لو استأجر إجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين (١٤)، وقلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأن صحيحه يضمن به ولو لأجل الشرط، أم لا؟ وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة. ويظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقا، تبعا لظاهر المسالك. ويمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل، بناء على أنها هبة مشروطة لا معاوضة.

وربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه: أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا، يضمن به مع الفساد (١٥). ويترتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا أجره كما اختاره الشهيدان، أو باع بلا ثمن، كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد.

(١٤) الإيرواني: سيحى أن العين في الإجارة خارجة عن مصب المعاملة وإنما هي من حواشيها. والقاعدة غير متعرضة إلا لحال ما وقعت عليه المعاملة فاشتراط ضمانها أجنبي عن اقتضاء المعاملة وإن لم نتوقف من حيث اسناد الضمان إلى الشرط دون نفس المعاملة. (ص ٩٤)

(١٥) النائيني (منية الطالب): بعد ما ظهر: أن هذه القاعدة إنما أسست لموارد تمييز اليد المجانية عن غيرها فلا بد من أن يكون معناها مطابقا لما هو مدركها. ولا وجه لما أفاده المصنف قدس سره من (أن الكلام في معنى القاعدة لا في مدركها)، فعلى هذا لو كان ظاهر هذه القاعدة ما أفاده قدس سره من أن الموضوع هو العقد الذي كان له بالفعل فرد صحيح وفاسد وكأن

هذا المعنى منافيا لمدركه فيجب أن يحمل على معنى آخر لا يكون منافيا لدليله، والمعنى الصحيح هو الذي ذكرناه، وحاصله أن المراد من الأصل إن كل عقد صحيح صدر على

ويضعف: بأن الموضوع هو العقد الذي يوجد له بالفعل صحيح وفساد، لا ما يفرض تارة صحيحا وأخرى فاسدا، فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة: الضمان في مسألة البيع، لأن البيع الصحيح يضمن به (١٦).

استعمالاته هو التعهد المالي مقابل الكفالة التي هي تعهد النفس فكون تلف المال مملوكا للشخص ليس من معنى الضمان ولا كون تلفه موجبا للنقص في أموال الشخص من معناه ومناسبا للضمان في سائر موارد استعمالاته وإنما المناسب ما ذكرناه ومناسبته للمقام وانطباقه عليه هو أن العقد في المعاوضات الصحيحة المشتملة على العوضين يفيد ضمان كل من الطرفين وتعهد مال صاحبه ببدله والشارع قرر ذلك التعهد وأمضاه فكذلك في العقود الفاسدة المتضمنة للتعهد لكن ذلك بلا تصحيح وتقرير للمعاملة، بل بحكم هذه القاعدة وإن شئت قلت إن هذا المقدار من المعاملة ممضاه فيؤثر بمقدار ما أمضى وتفسد في البقية ثم إن منصرف الضمان عند الإطلاق وإن كان هو الضمان بالبدل الواقعي وهو المثل والقيمة إلا أن هناك مانعين يمنعان من الحمل على ذلك، الأول: إن الضمان في العقود الصحيحة هو الضمان بالمسمى على ما هو قضية صحتها وهذا يمنع من انصراف الضمان في الفقرة الأخرى إلى الضمان بالبدل الواقعي بعد أن كانت الفقرتان في ما سياقي واحد. الثاني: إن الباء الجارة إذا كانت للسببية ولو سببية ناقصة كان مقتضاها إرادة الضمان بالمسمى من كلمة الضمان إلا أن ضمان غيره ليس باقتضاء من العقد وأجنبي عن اقتضائه ودعوى أن جنس الضمان يكون باقتضائه وإن لم تكن خصوصية باقتضائه مدفوعة بأن الجنس لا يبقى تحت الالتزام بعد أن ألغى فصله فإن الالتزام حاصل بالجنس منفصلا لا بالجنس والفصل جميعا حتى يبقى أحدهما بعد ذهاب الآخر. نعم إذا كانت الباقي الفقرات للظرفية لم يتجه ما ذكرناه. (ص ٩٣)

(١٦) الإيرواني: هذا على فرض معقولية الإجارة بلا أجرة والبيع بلا ثمن وعدم تقوم

نعم، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة: بأنه أقدم على العين مضمونة عليه، لا يجري في هذا الفرع، لكن الكلام في معنى القاعدة، لا في مدركها. ثم إن لفظة (الباء) في (بصحيحة) (بفاسدة)، إما بمعنى (في)، بأن يراد: كل ما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده، وإما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة (١٧).

حقيقتهما بالأجرة والتمن، لكن الظاهر خلافه فإن البيع مبادلة مال بمال والإجارة تمليك منفعة بمال. (ص ٩٤)

الأخوند: لا يخفى أن البيع بلا تمن ليس من أفراد القاعدة فإنه ليس ببيع وإن كان بصيغته، لأنه مبادلة مال بمال لا أنه ليس بصحيحه، بل هو من أفراد عكس القاعدة. فهبة صحيحة إن قلنا: بكفاية المجاز والكناية وفاسدة إن لم نقل بالكفاية وكيف كان، المتيقن بمقتضى عكسها عدم الضمان في المسألة هذا لو قصد التمليك بلا عوض وأما إذا قصد ما هو حقيقة البيع بلا تمن فكما لا بيع لا هبة ولا يكون هناك عقد للمناقصة في القصد. (ص ٣١)

(١٧) الإيرواني: ومن كلامنا الذي مر تحت الرقم ١٥ علم أن في الباء احتمالات ثلاث: السببية التامة، والسببية الناقصة، والظرفية، وحملها على الأول باطل لعدم تأثير العقود الصحيحة في الأغلب في الضمان إلا بعد القبض فكان القبض جزء العلة لا محالة فيدور الأمر بين الأخيرين وحملها على السببية يمنع كون الضمان في العقود الفاسدة بالبدل الواقعي لا بالمسمى فلا يتم معنى السببية فيتعين الحمل على الظرفية وبذلك ترتفع الشبهة من جهة أخرى ويندرج في القاعدة ما إذا كان الضمان بالشرط لا باقتضاء من نفس العقد كما في شرط ضمان العين في العارية والإجارة فإنه يصدق أن في صحيح

فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض، كما في السلم والصرف، بل مطلق البيع، حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أن دركه عليه، ويتداركه برد الثمن، (١٨) فتأمل. وكذا الإجارة والنكاح والخلع، فإن المال في ذلك كله مضمون على ما انتقل عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه.

إلى أثره التكويني، وهو التسليط المجاني. فكما أن المباشر هو المقدم لإتلاف منفعته فكذلك البائع في العين والمؤجر في منفعة الدار. هذا، مضافاً إلى أن المباشر في إجارة الأعمال لم يقدم على العمل إلا بناء على الوفاء بالمعاملة، ولم يقدم عليه ابتداءً من دون عقد ولا أمر معاملي، فإذا قلنا بالضمان في إجارة الأموال فلا بد من القول به في إجارة الأعمال. فتحصل مما ذكرناه: أن نظر من قال بالضمان إما إلى دخولهما تحت قاعدة اليد والإتلاف وخروجهما عن عنوان العقود، وإما إلى دخولهما في الأصل، وقال: حيث إن صحيح البيع والإجارة يضمن بهما فيضمن بفسادهما ومن قال بعدمه أدرجهما في العكس، فإن صحيح الهبة والعارية وكذلك فاسدهما لا ضمان فيهما. ولكنك خبير بأنه يمكن إدراجهما في العكس بما بيناه، وهو أن كل عقد لا يضمن به على فرض صحته لا يضمن به مع فساده، وشخص هذا البيع والإجارة لو فرض صحتهما لا ضمان فيهما فلا ضمان مع فسادهما. (ص ٢٦٨)

(١٨) الإيرواني: إن عدم ضمان المبيع قبل القبض ليس لنقص في سببية العقد بل العقد يفسخ قبل التلف أنا ما وينتقل المبيع إلى مالكة الأول وينتقل الثمن إلى المشتري ثم يتلف من ماله فلا بيع لا أن البيع باق ولا يؤثر في الضمان حتى يتحقق القبض. (ص ٩٤) الإصفهاني: يمكن إبداء الفرق بين خصوص الصرف والسلف ومطلق البيع بأن

وأما العقد الفاسد، فلا يكون علة تامة أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان به إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً: إما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، وإما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض (١٩).

غير مبناه أو بمبناه على غير معناه وكذا غيره ممن يذهب إلى المعنى الثاني فإنه لا ضمان بذلك

المعنى على البايع إلا بناء على انفساخ المعاملة فقط هذا كله في ضمان البايع وأما عدم ضمان المشتري للمبيع وهو الذي ينبغي التكلم فيه لأن الكلام في استقرار ضمان المعاوضة فكون المبيع متداركاً بثمنه من المشتري هو المقصود وهو المنتفي بالتلف بل القبض فنقول المترقب من العقد الصحيح كون المبيع مضموناً على المشتري بالثمن وكون الثمن مضموناً على البايع بالمبيع ومن الواضح أن التدارك العقدي المترقب من العقد الصحيح حاصل بمجرد العقد وانفساخ المعاوضة من زوال الموضوع، لا من باب تخلف العقد عن مقتضاه حتى يقال إن العقد سبب ناقص كما أن الحكم بغرامة المبيع التالف قبل القبض برد الثمن مؤكداً لتأثير العقد أثره وضمان المنتقل بالعقد من باب الغرامة متفرع على سببية العقد لمقتضاه بنحو التمامية لا أنه مناف له فالاستشهاد للسببية الناقصة في مطلق البيع بما ذكر لا وجه له نعم من يذهب إلى أن حقيقة المعاوضة لا تتم إلا بالتقابض من الطرفين وتعقيب التعاوض العقدي بالتعاوض الفعلي له أن يقول بأن عقد البيع مطلقاً سبب ناقص فتدبر فإنه حقيق به. (ص ٧٦) * (ص ٣٠٩، ج ١)

(١٩) الطباطبائي: منع كون العقد سبباً للضمان في الفاسد ولو بضميمة القبض، إذ لا دخل له في ذلك أصلاً فالأولى الاقتصار على التوجيه الأول من أن الاستناد إليه من حيث أنه المنشأ في القبض والأولى من ذلك ما ذكره أولاً من كون الباء بمعنى في. (ص ٩٤)

ولذا علل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، ولا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه (٢٠).

والغرض من ذلك كله: دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان ويقال: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ وقد ظهر من ذلك أيضا: فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، فلا بد من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه.

الإصنفهاني: لا يخفى عليك إن شيئا من الوجهين لا يحقق السببية الناقصة للعقد الفاسد. أما الأول: فلأن سببية العقد للقبض خارجية لتوهم صحته المقتضية شرعا للاقباض فلا سببية للعقد الفاسد شرعا حتى يعمها مضمون القاعدة الشرعية حيث إن ظاهرها ما يضمن فاسده شرعا فالسببية المترتبة من هذه القاعدة هي الشرعية لا الخارجية وأما الثاني: فلأن سببية العقد الفاسد للحكم بالضمان بشرط القبض من باب الوصف بحال المتعلق لعدم دخل العقد الفاسد في سببية القبض للضمان كما عن غير واحد من الأجلة والتحقيق أن دخل العقد الفاسد وعدمه مبني على ملاحظة دليل القاعدة فإن كان دليلها الاقدام فللاقدام العقدي دخل في الصحيح والفاسد وإلا فلا، فتدبر. (ص ٧٧)*

(ص ٣١١، ج ١)

(٢٠) النائيني (المكاسب والبيع): وليس المقصود من مقتضى الضمان هو خصوص اليد، بل المراد منه هو الأعم منه ومن الاتلاف والاستيفاء. فكل مورد تحقق فيه مقتضى الضمان من يد أو إتلاف أو استيفاء فإن كان من موارد تسليط المالك مجانا فلا ضمان فيه وإن كان من موارد تسليطه بعوض ففيه الضمان. (ص ٣٠٨)

ثم إن المدرك لهذه الكلية (٢١) - على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل - هو: إقدام الأخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وآله: (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 مضمونا عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة. وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل، لأنهما إنما أقدما وتراضيا وتواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص، لا الضمان بالمثل أو القيمة. 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. (٢٢)

(٢١) النائيني (المكاسب والبيع): أولا: البحث عن مدرك الضمان في أصل القاعدة والبحث عنه بكونه الإقدام والمناقشة فيه فاسد إذ المدرك في الضمان هو اليد على ما تقدم مرارا وثانيا إن هذه القاعدة أصلا وعكسا ليست مؤسسة لحكم شرعي بل هي لتمييز ما خرج على عموم قاعدة اليد بالتخصيص أو التخصيص عما يكون باقيا تحت عمومها فيترتب على هذا الأمر فساد البحث عن مدرك الضمان في أصل القاعدة... إلخ. (ص ٣٢٠)

(٢٢) الطباطبائي: الأولى أن يقال: إن الإقدام لا يكون موجبا للضمان أصلا لعدم الدليل عليه وهذا هو الأقوى الوجه، لا كونه إقداما على ضمان خاص وبانتفائه ينتفي القدر المشترك إذ لو فرض الإقدام على الضمان بالقيمة الواقعية أيضا لا يكون نافعا إذا لم

هذا كله، مع أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب، إذ قد يكون الإقدام موجودا ولا ضمان، كما قبل القبض، وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: (بعتك بلا ثمن) أو (أجرتك بلا أجر). (٢٣)

يمضه الشارع كما هو واضح وكذا لو كان المسمى مقدارا معيناً كلياً من نقد البلد ينطبق على القيمة الواقعية. (ص ٩٤)

الآخوند: يمكن أن يقال: بأنهما أقدمتا على أصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاص والشارع إنما لم يمض الضمان الخاص لا أصله مع أن دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم إمضائه فافهم. لكن لا دليل على كون الإقدام سبباً للضمان أصلاً. (ص ٣١)

(٢٣) الإصفهاني: التحقيق: إن الملازمة بين الصحيح والفاسد في الضمان وعدمه بسبب الإقدام وعدمه أجنبية عن عدم ضمان المشترك وعن ضمان البائع قبل القبض بسبب انفساخ المعاملة أو بالحكم بضمأن الغرامة على البائع دون المشتري، فإن الضمان المترقب من الإقدام العقدي الصحيح كون المبيع مملوكاً بالعوض وهذا حاصل بمجرد العقد قبل التلف وليس العقد مقتضياً لانفساخ نفسه، حتى يتوهم أن عدم ضمان المشتري من ناحية الإقدام العقدي بل الانفساخ مزيل للإقدام العقدي فلا ضمان على المشتري حيث لا إقدام بقاء لزواله شرعاً فلم يتخلف الإقدام البيعي عن ضمان المعاوضة وأما ضمان البائع فلاجل أن الانفساخ يوجب رجوع المبيع إليه فلا محالة يتلف منه لا أن الإقدام العقدي أوجب ضمانه ولو بالواسطة وكذا إذا قلنا بأن ضمان البائع بعنوان الغرامة وعدم ضمان المشتري بعنوان الغرامة فإنهما أجنبيان عن مقتضيات العقد الصحيح

نعم، قوى الشهيدين في الأخير عدم الضمان، واستشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم. (٢٤)
وبالحملة، فدليل الاقدام مع أنه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله منقوض طردا وعكسا.

والاقدام العقدي فإن أثر الاقدام العقدي في الصحيح ضمان المعاوضة وهو كون كل منهما مملوكا بالعوض لا ضمان الغرامة ليقال بأن المشتري كان له الإقدام ومع ذلك لا ضمان عليه ف ضمان البايع بنحو ضمان الغرامة مؤكدا لتأثير الاقدام العقدي أثره حدوثا وبقاء وعلى أي حال لم يتخلف الاقدام العقدي ما دام الموضوع عن الأثر المترقب منه وهو ضمان المعاوضة فزوال الموضوع شرعا ليس من تخلف الضمان عن الإقدام كما أن عدم ضمان الغرامة لا ينافي الإقدام العقدي المؤثر في ضمان المعاوضة المترقب منه، فتدبر جيدا. (ص ٧٧) * (ص ٣١٣، ج ١)
(٢٤) النائيني (المكاسب والبيع): إن الأقوال في مثل (بعتك بلا ثمن وأجرتك بلا أجر) ربما تنتهي إلى خمسة والصحيح منها هو أن يكون يبيعا فاسدا أو إجارة فاسدة لتضمنه للشرط المخالف لمقتضى العقد لاقتضاء البيع أن يكون مع الثمن، والإجارة أن تكون مع الأجرة. (ص ٣٢٢)

الإصفهاني: في الفرع قولان، قول بالضمان وهو نقض على الاقدام الذي هو مدرك القاعدة وقول بعدم الضمان وهو نقض على نفس القاعدة حيث إن صحيح البيع يقتضي الضمان فلا بد من أن يكون فاسده كذلك وتحقيق الحال فيه: أن البيع بلا ثمن يتصور على وجوه ثلاثة أحدها: أن يقصد حقيقة البيع جدا من دون عوض. ثانيها: أن يقصد حقيقة التمليك بلا عوض وهي الهبة بلفظ بعت. ثالثها: أن يقصد البيع الذي هو تمليك

وأما خبر اليد فدلالته وإن كانت ظاهرة وسنده منجبراً، إلا أن مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة (١).

بعوض ويكون قوله بلا ثمن بمنزلة اشتراط سقوط الثمن في ظرف ثبوته. أما الأول فإن أراد من الابتداء إيجاد حقيقة البيع بلا ثمن فهو من باب إرادة المتنافيين لأن حقيقة البيع وذاته شرعا وعرفا متقومة بالعوض وبعدم المجانية فيإجاده بلا مقوم محال فلا ينقدح في نفس العاقل الملتفت القصدي الجدي إلى إيجاده كذلك وإن أراد ابتداء التمليك بعوض بقوله بعث ثم بدا له بعد قوله بعث أن يكون بلا عوض فهو وإن لم يمنع عن الإرادة الأولى لتحقيقها وتأثيرها في إنشاء الملكية بالعوض إلا أن الإرادة الثانية إن تعلقت بكون ما وقع تمليكا بلا عوض فهو محال لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه وإن أريد منها إبطال ما أنشأه أولا وتبديله بالتمليك بلا عوض فهو إبطال للبيع وإيجاد للهبة فيدخل في القسم الآتي وعلى أي حال فلا عقد حقيقة حتى يتصف بالصحة والفساد ليقال إن الإقدام العقدي على عدم الضمان ومع ذلك يقولون بالضمان أو أن صحيح البيع يقتضي الضمان فكيف يقال في فاسده بعدم الضمان فلا نقض حينئذ لا على القاعدة ولا على مدركها. (ص ٧٧) * (ص ٣١٤، ج ١)

(٢٥) الطباطبائي: وفيه: ما سيأتي من منع عدم صدق الأخذ، فإن أخذها إنما هو بأخذ العين

مع أن عدم الصدق بالنسبة إليها لا يضر كما سيأتي. (ص ٩٤)
الأخوند: ومورده وإن كان مختصاً بالأعيان، إلا أن قضية كونها مضمونة، ضمان منافعها. فضمان المنافع في الإجارة الفاسدة إنما يكون بتبع ضمان العين المستأجرة. وبالجملة قضية ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونة بها، فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها. نعم الحر حيث لم يكن نفسه مضمونه باليد لم تكن أعماله مضمونة في الإجارة الفاسدة بها. (ص ٣١)

اللهم إلا أن يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم، وأنه لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه (٢٦).

استيفاء منافعها على كونها تحت استيلاء المستوفى كالدار المستأجرة للسكنى ومنها: ما لا

يكون استيفائها بالاستيلاء على العين كعمل الحر. ومنها: ما يمكن بكل النحويين كالدابة المستأجرة لحمل المتاع. أما القسم الأول: فقبض المنفعة بقبض العين وتكن المنافع تحت اليد بتبع العين فاليد على العين يد على المنفعة ولذلك أورد عليهم بالتهافت في الحكم بكون قبض العين قبضا للمنفعة وحكمهم بأن تلف العين المستأجرة في الأثناء بما يوجب فوات موضوع المنفعة في الباقي من المدة منشأ لكون المنفعة التالفة على المؤجر بقاعدة التلف قبل القبض إذ اجزاء القاعدة في تلف المنفعة في الأثناء لا يجمع حصول قبضها في الأول بقبض العين ويجاب عنه بأن قبض المنفعة بقبض العين فلا منفعة حتى يكون قبضها بقبضها فلا منافاة بين الحكمين أصلا وإذا كان عقد الإجارة صحيحا أو فاسدا يكون ضمان المنفعة على المستأجر بعد القبض وعلى المؤجر قبله. أما على المستأجر بعد القبض فلمكان الإقدام على الضمان أي الإقدام على كون المنفعة في عهده بالعوض. غاية الأمر يكون الضمان بالمسمى في العقد الصحيح، وبالقيمة في الفاسد. وأما على المؤجر قبل القبض فلأجل قاعدة التلف قبل القبض ذهي عامة في جميع الأبواب ولا تختص بباب البيع وأما القسم الثاني فزمانه إنما هو بالاستيفاء فكل ما سلمت المنفعة للمستأجر يكون ضامنا لها في العقد الصحيح والفاسد على تقدم. وأما

الثالث فما كان منه استيفاء المنفعة بالتصرف في العين فيكون ضمانها باليد وما كان منه بالاستيفاء وحصولها للمستأجر فبالاستيفاء. (ص ٣١٨)

وأن حرمة ماله كحرمة دمه (٢).

(٢٦) الإصفهاني: إن الحلية إذا كانت تكليفية فلا بد من التقييد بأنه لا يحل مال المسلم بلا

عوض إلا عن طيب نفسه حتى يفيد الضمان وإلا فمع عدم التقييد لا يفيد إلا حرمة

وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، مضافا إلى أدلة نفي الضرر (٢٨).

كان بتوهم الاستحقاق فهو وإن لم يهتك حرمة ماله لأنه أقدم على بذله بالبدل لا مجانا، إلا أنه

ليس على الغير حفظ احترامه إلا إذا كان له مساس به فبذله لمن ليس له مساس به ولا حكم من الشارع باستحقاق العوض له هتك له من هذه الحيثية ومن الواضح إن علم المستأجر بالفساد لا يصحح الاسناد بل هو كغيره ممن له علم بفساد المعاملة بل ولو وجب عليه الاعلام فإن الاعلام رافع لما أدخله على نفسه من الضرر لا أن عدمه يصحح اسناد الضرر والتهتك إليه مضافا: إلى وضوح عدم التصرف من المستأجر في المال من العمل المحقق بلا أمر منه والمنفعة التي لم يستوفها ولم يفوتها حتى لا يحل بلا عوض. (ص ٧٩) * (ص ٣٢١، ج ١)

(٢٨) الإصفهاني: إن المنفي بقاعدة نفي الضرر تارة هو الحكم الضرري كما عليه المصنف قدس سره فإذا قلنا: بشمولها للأحكام العدمية نظرا إلى أن عدم الوجوب وعدم الحرمة

ونحوهما تارة يراد عدمهما الواقعي فهو غير مجعول وأخرى يراد إنشاء عدم الوجوب بقوله لا يجب وأنشأ عدم الحرمة بقوله لا يحرم ومرجعه إلى بقاء العدم على حاله إنشاء وتسببيا فهو أمر مجعول وليس مرجعه إلى الأخبار بعدمه الواقعي كما توهم فحينئذ يكون عدم الضمان قابلا لأن يكون مجعولا فيكون قابلا لشمول قاعدة نفي الضرر وأخرى يكون المنفي هو الحكم بنفي موضوعه الضرري كما هو التحقيق فلا بد من أن يكون هناك موضوع ضرري ممن يراد تضمينه حتى يرتفع حكمه فاستيفائه للمنفعة مجانا ضرري وتفويته منافع العين المملوكة للغير بإمساك العين ضرري فيرتفع حكمه ولازمه الضمان بخلاف الأعمال الصادرة من الغير من دون تسبب أو المنافع الفائتة من دون إمساك فإنه ليس هناك موضوع ضرري ممن يراد تضمينه حتى يرتفع حكمه بل نقول نفي الحكم الضري أيضا لا يقتضي الضمان إلا إذا كان للمضمون مساس بالضامن

فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره وتحصيلا لغرضه، فلا بد من أداء عوضه، لقاعدتي الاحترام ونفي الضرار (٢٩).

فالمنافع الفائتة بلا استيفاء ولا تفويت وإن كان ذهابها مجانا ضررا على مالكها إلا أن لزوم تداركها على من لا مساس له بها أيضا بلا موجب لأن نسبتها إليه وإلى غيره على حد سواء ومجرد انتفاع الشخص بها أحيانا لا يوجب تضمينه وإلا لزم القول به ولو لم يكن هناك عقد وإقدام أيضا.

بل نقول إن: فوات المنافع بقبض العين ليس مستندا إلى إمساك المستأجر بل إلى تخلية المؤجر بين العين والمستأجر سواء تعقبها إمساك أو لا فالتخلية هي المفوتة للمنافع على مالكها لا الإمساك حتى يكون ضرري فيرتفع حكمه بل نقول إن المؤجر إذا كان جاهلا بالفساد فالمنافع عن استيفاء منافع توهم وجوب الوفاء عليه دون تخليته أيضا نعم في صورة علمه بالفساد كانت نفس تخليته وتمكين المستأجر من العين مفوتا لمنافعه عليه وإمساك المستأجر كالحجر بجنب الإنسان، وجوده كعدمه على أي حال ولو كان المستأجر عالما بالفساد إلا إذا كان المؤجر عالما بالفساد وكان عرفا ملزما بأداء العين

لاستيفاء منافعها منها فحينئذ يكون إمساك المستأجر مانعا من استخراج المنافع من العدم إلى الوجود. (ص ٨٠) * (ص ٣٢٤، ج ١)
(٢٩) الآخوند: لكن (هذه الأدلة) لا تخلو عن الإشكال لدعوى انصراف مال المسلم عن أعماله أولا وعدم قضية الاحترام إلا حرمة التصرف فيها بدون الإذن لا الضمان ثانيا. ولا أقل من عدم قضية الضمان إلا إذا كان الغير سببا لاتلافها ثالثا. ضرورة أنه ليس في عدم الضمان شيء من المنافاة للاحترام فيما إذا كان المالك باختياره متلفا لها كما في المقام، حيث

إن العاقد يعمل وفاء بالعقد اختيارا بل وربما كان على خلاف ميل الآخر ورضاه. حيث لحقه الندم وكون العقد فعل الاثنین لا يقتضي عدم استقلال كل منهما في زمانه

ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام والدخول عليه: بيان أن العين والمنفعة اللذين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجاناً وتبرعاً حتى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعرض، كما في العمل المتبرع به والعين المدفوعة مجاناً أو أمانة، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال (٣٠).

نعم، في المسالك ذكر كلا من الإقدام واليد دليلاً مستقلاً، فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقص والاعتراض.

ويبقى الكلام حينئذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن ولم يقع بأمره، كالسبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل، خلافاً لآخرين، ووجهه: أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر، ولم يقع بأمره أيضاً، فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا يقضي بضمان الشخص له ووجوب عوضه عليه، لأنه ليس كالمستوفي له، ولذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة، حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل، وتام الكلام في بابه.

النفع إليه لا فرض سقي زرع الغير بمائه بسبب سماوي ونحو ذلك من موارد صرف مال أحد في منفعة آخر قهراً أو لا سبب من الثاني، فتدبر. (ص ٩٤)
(٣٠) الإيرواني: بل بعيد فإنه قدس سره استدلل على عكس القاعدة بالفحوى وسيجيئ أن الفحوى

لا يتم إلا على تقدير كون المدرك في طرد القاعدة الاقدام دون اليد. (ص ٩٤)
(٣١) الإيرواني: المراد بالأمر في المقام بعث الغير نحو العمل لا خصوص الطلب وهذا

ثم إنه لا فرق في ما ذكرنا من الضمان في الفاسد، بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض (٣٢).

حاصل في المسابقة لتضمنها الالتزام بمال السبق فإن البعث يحصل بكل من الطلب والوعد بالثواب والوعيد بالعقاب. (ص ٩٤)

(٣٢) الطباطبائي: التحقيق: عدم الضمان مع علم الدافع خصوصا مع جهل القابض لأن الإذن في التصرف مسقط للضمان ودعوى أنه مقيد مدفوعة بأن قيده حاصل إذ هو مقيد بالملكية المنشأة للدافع وهي حاصلة لا بالملكية الشرعية كما سيأتي بيانه. (ص ٩٤)

الإيرواني: التحقيق في المقام هو أن يقال: إن صور الدفع أربع فتارة يدفعه عالما بفساد المعاملة شرعا أو شاكا في ذلك لا ينبغي الريب في أن دفعه هذا يكون كاشفا عن عدم ارتباط رضاه بالصحة شرعا، بل هو راض بكون ماله في يد صاحبه مع ما هو عليه من عدم الاستحقاق شرعا فكان المال أمانة مالكية في يده لا يضمنه لو تلف ولا يجب عليه رد، ما لم يطالب وأخرى يدفع جاهلا بالفساد ومعتقدا بالصحة وفي هذا تارة يكون اعتقاد الصحة قيما مقوما لرضاه وأخرى داعيا وثالثة مقارنا من المقارنات لا قيما ولا داعيا لا إشكال في أن الأخير حكمه حكم الصورة الأولى وكذا فيما إذا كان داعيا فيبقى مورد واحد للضمان هو صورة تقوم رضاه بصحة المعاملة شرعا فحيث لا صحة لا رضا وكانت يد القابض يد ضمان ووجب عليه رد المقبوض إلى مالكه. (ص ٩٤)

النائيني (منية الطالب): التحقيق عدم الضمان مع علم الدافع خصوصا مع جهل القابض لأن الإذن في التصرف مسقط للضمان ودعوى أنه مقيد مدفوعة بأن قيده حاصل إذ هو مقيد بالملكية المنشأة للدافع وهي حاصلة لا بالملكية الشرعية. (ص ٣١٤)

وتوهم: أن الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه والمفروض أن القابض جاهل، مدفوع: بإطلاق النص والفتوى، وليس الجاهل مغرورا، لأنه أقدم على الضمان قاصدا، وتسليط الدافع العالم لا يجعلها أمانة مالكية، لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، لا أنه أمانة عنده أو عارية، ولذا لا يجوز له التصرف فيه والانتفاع به، وسيأتي تنمة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري (٣٣).

(١) الإصفهاني: لا يذهب عليك أن مورد الكلام ما إذا كان عقد فاسد عمل على طبقه فدعوى الإذن الخارجي والتقرير في صورة العلم بالفساد خارجة عن محل الكلام فإنه ربما يكون وربما لا يكون واللازم ملاحظة ما يقتضيه العقد والعمل به خارجا فالموجود دائما هو الإذن العقدي والاقدام العقدي فمن يقول بعدم الضمان مع وجود مقتضيه من استيفاء أو يد واستيلاء مثلا لا بد له من دعوى المسقط للضمان إما بسبب الإذن العقدي أو

بسبب القبض الصادر عن الرضا أما الإذن العقدي فلا يكاد يجدي لأن معناه: صدور التملك عن الرضا بنحو دلالة المعلول على العلة حيث لا إكراه ولا إجبار من أحد والرضا بحصول الملكية بعد عدم حصولها لا مساس له بالتصرف وقبض العين حتى يرفع الضمان المتحقق بالاستيفاء أو بالاستيلاء وأما الإقباض الصادر عن الرضا فهو بعنوان الجري على ما يقتضيه العقد شرعا إذا كان جاهلا بالفساد أو تشريعا إذا كان عالما بالفساد ومن الواضح أن التسليط الخارجي إذا كان بعنوان أنه ماله وملكه شرعا أو تشريعا لا يفيد الإذن في التصرف فيه على أي تقدير والفرق بينه وبين المعاطة المفيدة للإذن في التصرف والمسقط للضمان أن الإقباض في المعاطة ابتدائي لا مرتب على أمر غير حاصل فالمتعاطي بتسليطه خارجا وإثبات يد الآخر على ماله عن رضاه بقصد حصول

هذا كله في أصل الكلية المذكورة.
وأما عكسها، وهو أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، فمعناه: أن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففساده لا يفيد ضمانا (٣٤)، كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربة والعارية الغير المضمونة، بل المضمونة - بناء على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لا بأمر خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه - وغير ذلك من العقود اللازمة والجائزة.
ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا. لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضمانيها كما صرح به في القواعد والتحرير وحكي عن التذكرة وإطلاق الباقي.

الملك شرعا أو تشريعا فعدم تأثيره في الملك لا يوجب عدم صدور التسليط عن رضا لأنه غير مرتب على الملك بل الملك مرتب عليه فلا معنى لأن يتقيد به

الرضا. (ص ٨١) * (ص ٣٢٦، ج ١)

(٣٤) الإيرواني: الكلام في مدار القضية عكسا هو الكلام في موارد طردا، لكن الذي يشكل هنا هو أن الباء لو كانت للسببية لم تجد هذه القضية للحكم بعدم الضمان في فاسد العقود غير المضمون بصحيحها، بل كان مفادها عدم اقتضاء فاسد تلك العقود للضمان وهذا لا يجدي في الحكم بعدم الضمان فعلا إلا مع إحصاء سائر الجهات وعدم وجدان سبب يقتضي الضمان فيها نعم لو كانت الباء للظرفية لم يتجه هذا الإشكال وكذا لا يتجه لو كان السلب في القضية جزء من المحمول وعلى هذا لو حصل شيء من أسباب الضمان في موارد العقود الفاسدة عارض القاعدة بخلافه على المعنى الأول الذي هو ظاهر القضية. (ص ٩٤)

(٣٥) الإيرواني: أولا: هذا من جملة موارد النقض على طرد القاعدة فلا وجه لعزله عنها في

إلا أن صريح الرياض الحكم بالضمان، وحكى فيها عن بعض نسبه إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، والظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة.

وما أبعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد، حيث قال في باب الغصب: إن الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء المنفعة، والذي ينساق إليه النظر هو الضمان. لأن التصرف فيه حرام، لأنه غصب فيضمنه.

ثم قال:

إلا أن كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك فيقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقا والأصل براءة الذمة من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة. ولولا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأن استيلاءه بغير حق وهو باطل، انتهى.

الذكر. ثانيا: إن النقض بهذه الموارد مبني على أن يكون الباء فيها ظرفية والسلب فيها جزئا من المحمول أما إذا كانت سببية والسلب فيها سلبا محصلا فقد عرفت: أن القضية حينئذ تكون لا اقتضاء، ما لا يقتضي الضمان يجتمع في الخارج مع نقيضه فتكون النتيجة هو الضمان. نعم، إن كان استناد الضمان في تلك الموارد إلى العقد صح النقض على كل حال ومن هذا يظهر أنه لا موقع للجواب عن النقض باستناد الضمان في موارد النقض إلى أسباب أخرى. (ص ٩٤)

ولعل الحكم بالضمان في المسألة:
إما لخروجها عن قاعدة (ما لا يضمن)، لأن المراد بالمضمون مورد العقد،
ومورد العقد في الإجارة المنفعة (٣٦). فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد،
وحيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذونا فيها شرعا ومن طرف المالك، لم
يكن فيه ضمان (٣٧).

(٣٦) الإيرواني: هذا الجواب إن صح كما هو الظاهر اتجه في عامة موارد النقض الآتية ما
عدا الأخير وهو النقض بالشركة. (ص ٩٤)

الآخوند: كما هو المتوهم من تعريفها بتملك المنفعة ولكن التحقيق: أن مورده فيها
نفس العين. ولذا يقال: أجرت الدار واستأجرتها وأن الإجارة عبارة عن إضافة خاصة بين
العين المؤجرة والمستأجر ومن آثارها تملك منفعتها والتعريف بالتملك تعريف بالرسم
مع أنه لو سلم أنه بالحد كان مورد عقدها نفس العين فإنها تملك المنفعة ولا يكاد يكون
مورده ومتعلقه إلا العين فافهم. (ص ٣٢)

(٣٧) الإصفهاني: ينبغي تحقيق القول في أن الإجارة بحقيقتها أو بمقتضاها توجب كون
الاستيلاء على العين بإذن المالك أم لا؟ أما اقتضاها بنفسها فبملاحظة أن حقيقة الإجارة
إعطاء العين في الكراء فإذا صدر هذا المعنى عن رضا المالك ونفذ شرعا فإثبات يده
على العين المأخوذة حيث إنه برضا المالك المبني على أمر محقق وهو استحقاقه
للمنفعة لا يوجب الضمان، وفيه: أن الإعطاء العقدي المقوم لحقيقة الإجارة مع أنه في
الحقيقة إعطاء منفعة العين بالأجرة كما عرفت وجهه لا يجدي هنا إذ الاستيلاء المترقب
منه الضمان هو الاستيلاء الخارجي عقيب العقد فلا بد من إثبات أن الاستيلاء الواقع
عقب العقد صدر عن الرضا، لا الإعطاء المقوم للعقد وسيجئ الكلام فيه. وأما كون

وأما في فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها، لحق الانتفاع فيه، والمفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان.

وإما لأن قاعدة (ما لا يضمن) معارضة هنا بقاعدة اليد (٣٨).
والأقوى: عدم الضمان، (٣٩) فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة، ولا متخصصة. (٤٠)

(٣٨) الإيرواني: إن الباء في القاعدة إن كانت للسببية وكان السلب سلبيًا محصلًا لم تكن القاعدة معارضة بشيء، بل الأثر كان لسائر أسباب الضمان إن اتفق في موردها ومع الاغماض عن ذلك نقول: إن القاعدة ليست معارضة بشيء من أسباب الضمان، بل هي شارحة مضيقه لأدلتها وأنها تقتضي الضمان إن لم يكن في موردها عقد فاسد وإلا ففيما لم يكن مقتضى الضمان موجودًا لم يحتج إلى قاعدة ما لا يضمن بل بنفس عدم مقتضية نحكم بعدمه ومع الاغماض عن هذا أيضًا فالقاعدة مخصصة لعموم على اليد لأنها واردة في مورد اليد كما أن طردها كانت واردة في مورد اليد فهي أخص من عموم على اليد ومع الاغماض عنه أيضًا فلا أقل من التساقط لا تقديم عموم على اليد وبعد التساقط يرجع إلى الأصل والأصل ينفي الضمان. (ص ٩٤)

(٣٩) الإيرواني: لا وجه لتقوية عدم الضمان بعد تمامية دلالة على اليد عنده على الضمان مع كون التسليط في المقام بزعم الاستحقاق لا مجانًا. نعم، التسليط مع العلم بعدم الاستحقاق ملازم للتسليط المجاني حسب مبنا المتقدم الذي لا يلتزم به المصنف. (ص ٩٥)

(٤٠) الإيرواني: التخصص لا محالة حاصلة بعد خروج العين في الإجارة عن مصب

ثم إنه يشكل اطراد القاعدة في موارد: (٤١)
منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل، بناء على فساد العارية، فإنهم
حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به، ولذا
ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصحة والفساد.
إلا أن يقال: إن وجه ضمانه - بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله
وأداء قيمته: (٤٢) أن المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين.

المعاملة، إلا أن يكون نظره في المنع المذكور إلى إنكار اختصاص القاعدة بمصعب
المعاملة وإنكار خروج العين في الإجارة عن مورد المعاملة بدعوى: إن موردها العين
وإنما أثرها نقل المنفعة كما حققناه في بعض كلامنا المتقدم. (ص ٩٥)
(٤١) الطباطبائي: إن الإشكال إنما يرد إذا كان الضمان في هذه الموارد مسلما وليس
كذلك

فعلى فرض تمامية القاعدة يجب الحكم بعدم الضمان في جميع هذه الموارد ومجرد
فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب
لضمان ملك الغير في كل عقد، لا بسبب التلف. (٢)
(٤٢) الطباطبائي: لكن يمكن منع المبنى فإن التخلص عن الإمساك كما يمكن بالإرسال
كذلك يمكن بالدفع إلى المالك مع أن حق المخلوق مقدم على حق الخالق. (ص ٩٥)
الإصفهاني: إما مع البناء على أنه يجب رده على مالكة تقديمها لحق الآدمي على حق
الله تعالى أو مع الفداء جمعا بين الحقين فلا نقض أصلا كي يحتاج إلى
الدفع. (ص ٨٢) * (ص ٣٣٢، ج ١)

الإيرواني: لا إشكال في الضمان بعد تحقق الإلتلاف والإرسال منه وإنما الكلام في
ضمان ما لم يتلف لو حصل التلف بأفة سماوية فإن حكمهم بالضمان هنا مخالف لعموم
القاعدة ووجوب الإلتلاف بنفسه ليس سببا للضمان ما لم يعمل على طبقه، إلا أن يقال إن

فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب
لضمان ملك الغير في كل عقد، لا بسبب التلف. (٤٣)

العين تخرج عن المالية شرعا بحكم الشارع بوجوب إتلافها لكن يردده أنه لو صح ذلك
كان المالك هو المتلف لماله بإعطائه للحرم فلم يكن وجه لضمان المحرم له، إلا أن يقال:
إن القابض المحرم مشارك في الإتلاف بتسلمه للمال. (ص ٩٥)
(٤٣) الطباطبائي: هذا لا يتم في صورة علم الدافع فإنه حينئذ يعد من التلف لماله بدفعه
إلى من هو مكلف بإتلافه فلا وجه لاستقرار القيمة في ذمته خصوصا إذا كان جاهلا بأنه
صيда أو بالحكم، ثم استقرار القيمة فرع خروج العين عن ملك مالكةا ويمكن منع ذلك
بمجرد الإعارة ولذا يجوز له أن يأخذها من غير أن يدفعها إليه المستعير بل مع دفعه لها
إليه جاز له أخذها وإن حرم على المستعير. بل نقول: بعد الإرسال أيضا لا تخرج عن
ملكه ويكون الضمان من باب الحيلولة إلا إذا صارت بحيث يعد تلفا. (ص ٩٥)
الإصنفهاني: إن الوجه في الضمان من حيث وجوب الإرسال المعدود إتلافها أمور
كلها مخدوشة. ومنها: أنه وجوب إرساله يمنع عن دخول العين بشخصيتها في العهدة
لامتناع أدائها شرعا، فأسقط الشارع احترامها من حيث شخصيتها المقتضي لرده إلى
مالكه، فاحترامها من حيث ماليتها على حالها وقد مر سابقا: إن قاعدة احترام مال المسلم
قاعدة برأسها، وهي مقتضية لتدارك المال لما هو مال، ولعله إليه يؤول ما عن المصنف
العلامة قدس سره في المتن من: (أنه يستقر عليه القيمة لا العين)، لا أن وجوب الإتلاف
بما هو

وجوب سبب الضمان يقتضي الضمان حال الوجوب، فإن الإتلاف مضمن لا وجوبه،
نعم، ايجابه كاشف عن استقرار القيمة قبل التلف والإتلاف، وإن كان بين صدر العبارة
وذيلها تناف واضح. والجواب: إن قاعدة الاحترام بعد تسليمها لا تقتضي إلا التدارك عند
الإتلاف أو التلف، لا عند وجوب الإتلاف للضمان لا شبه فيها لا حاجة فيها. إلى قاعدة

ويشكل اطراد القاعدة أيضا في المبيع فاسدا بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها، فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنها مضمونة في العقد الفاسد (٤٤)، إلا أن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد (٤٥).

الاحترام وسببية التلف - مع أنها التزام بأنقضاء لا دفع له تندفع بأن إذنه في الانتفاع كما يكفي في صحيح العارية لعدم تداركه عند عروض التلف كذلك في فاسدها، فما هو المخصص: لقاعدة الاحترام هناك مخصص لها هنا، مع أن: المصنف قدس سره يريد اثبات الضمان قبل التلف والاتلاف لا سببها.

بل الحق: أنه لا دليل على الضمان بمجرد وجوب الارسال، بل بارساله إذا كان اتلافا عرفا، واطلاق كلامهم، كما قيل. وإن كان منزلا على إرادة الضمان بالارسال لا بوجوبه، إلا

أن بعض كلماتهم كما عن العلامة قدس سره في التذكرة صريح في أنه يضمن بالتلف قبل الارسال، بل صرح بأنه يضمنه بمجرد امساكه. (ص ٨٢) * (ص ٣٣ و ٣٣٤ و ٣٣٧، ج ١)

(٤٤) الإيرواني: المنافع في البيع كالعين في الإجارة في الخروج عن حيز المعاملة فيأتي ما تقدم من الجواب بل قد عرفت: إن ذلك الجواب آت في جميع موارد الإشكال عدا الأخير منها فلا وجه لقصره بالأول.

ثم إن تقييد المنافع بغير المستوفاة مع أن المستوفاة مثلها بل أولى منها بالضمان وجهه هو: أن الضمان في المستوفاة ثابت بسبب الاتلاف ومورد القاعدة التلف ويرده: أنه لا فرق في صدق الاتلاف على المالك بين المستوفاة وغير المستوفاة الفائتة بسبب الحبس فلا يكون إشكال في الصورتين وستعرض للمقام مستوفى. (ص ٩٥)

(٤٥) الإيرواني: ويدفعه: أن المدار إن كان على عالم المعنى واللب وعالم الدواعي صح ما

وفيه نظر، لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشئ في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع. (٤٦)

ويمكن نقض القاعدة أيضا بحمل المبيع فاسدا، على ما صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير. من كونه مضمونا على المشتري، خلافا للشهيدين والمحقق الثاني وبعض آخر تبعا للعلامة في القواعد، مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح، بناء على أنه للبائع (٤٧).

وعن الدروس توجيهه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع، وحينئذ لا نقض على القاعدة.

ذكر ولكن خرجت العين حينئذ عن الضمان ودخلت تحت عكس القاعدة فينبغي أن لا تكون مضمونة في فاسد البيع مع أنها مضمونة قطعا وإن كان المدار على عالم الصورة لم يكن الإشكال مندفعاً ولا سبيل إلى الجمع بين الأمرين. (ص ٩٥)

(٤٦) الطباطبائي: المنافع وإن لم تكن مقابلة للمال إلا أنها ملحوظة في القيمة وزيادة الثمن وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة كالشروط. (ص ٩٥)

(٤٧) النائيني (المكاسب والبيع): النقض غير وارد، لأن الحمل إما داخل في المبيع بالشرط أو خارج عنه ويكون المبيع هو الحامل منفردا عن الحمل، فعلى الأول يكون المشتري ضامنا له في البيع الفاسد. إلا أنه كذلك أيضا في البيع الصحيح وعلى الثاني أنه لا يضمه في الصحيح والفساد، بل يكون الحمل أمانة في يد المشتري قد استأمنه البائع عليه بنفس بيعه للحامل منفردا عن الحمل ضرورة إن بيع الحامل يقتضي تسليمه للمشتري فالقبض الذي اقتضاه البيع موجب لقبض الحمل الباقي على ملك البائع فيكون استيماننا على الحمل.

ويمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة، بناء على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان (٤٨).

نفسه لا يوجب التقييد إلا فيما كان دفعه مبنيا على الاستحقاق كالعين في البيع والإجارة لاستحقاق المستأجر لاستيفاء المنفعة منها وأما الحمل فليس دفعه مستحقا عليه على فرض صحة العقد حتى يتقيد بالاستحقاق لينتفي الرضا على تقدير الفساد، فتدبر. (ص ٨٤) * (ص ٣٣٨، ج ١)

(٤٨) الطباطبائي: ذكر هذا المورد من موارد النقض عجيب إذ لم ينقل فيه الضمان من أحد

وإنما ذكر أنه مقتضى كون التصرف عدوانا وهذا الوجه جار في جميع موارد القاعدة كما هو واضح. (ص ٩٥)

الإيرواني: كما يمكن حل النقض بخروج جواز تصرف كل من الشريكين عن اقتضاء عقد الشركة وإنما هو شيء حكم به الشارع في موضوع عقدهما على الشركة وإشاعة المال بينهما فهما أحدثا موضوع الإشاعة والشارع حكم في موضوع الإشاعة بجواز تصرف كل منهما وكون المال أمانة في يد كل منهما فعدم الضمان منشأ الإذن الشرعي والأمانة الشرعية دون الإذن المالكي الحاصل بعقد الشركة يلزم عدم الضمان في فاسد الشركة. (ص ٩٥)

النائيني (المكاسب والبيع): أما على المختار أعني: عدم إفادة عقد الشركة إذن الشركاء في التصرف: فالضمان لكل من الشركاء ثابت في الشركة الصحيحة والفاصلة معا لعدم إذن كل منهم في التصرف في حصته كما هو المفروض فلا نقض كما لا يخفى. (ص ٣١٧)

الإصفهاني: إنما يتوجه النقض بالشركة إذا كان جواز التصرف من مقتضيات عقد الشركة فينتفي عند فسادها لكنه لم يقل به أحد وإنما الجواز من ناحية إذن الشريك بعد

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة - على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط - هي الأولوية، حاصلها: أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده (٩٤). وتوضيحه: أن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان.

العقد سواء كان العقد كاشفا عن الأذن أو أمر آخر فإن فساد العقد لا يبطل كشفه ولا معنى

في المقام لتقيد الإذن والرضا بعقد الشركة الصحيحة إذ ليس مقتضى صحتها تسليم المال أو لزوم الإذن حتى يعقل التقييد بصحتها فمقتضى اليد حينئذ في الصحيح والفاسد وإن كان هو الضمان لكنه حيث إنه مأذون فيه بإذن خارجي ولو كان الكاشف عنه هو العقد فهي يد مأذونة لا توجب الضمان خصوصا مع ملاحظة أن الشركة عقد جائز فليس تسليم المال المشترك إليه مما لا بد منه لئلا يكشف عن رضاه به بعد العقد وقد عرفت عدم تقيده بالاستحقاق فتدبر جيدا. (ص ٨٤) * (ص ٣٣٩، ج ١)

(٤٩) النائيني (المكاسب والبيع): لا أولوية في البين لأن من بياننا في معنى أصل القاعدة يظهر معنى عكسها وحاصله أن كل شخص من عقد أو إيقاع إذا فرض صحته ولم يكن على فرض صحته موجبا للضمان فهو على تقدير فساده أيضا لا يوجب الضمان وذلك لكون منشأ عدم الضمان في صحته مع وجود مقتضاه من اليد أو الاتلاف أو الاستيفاء إنما هو تسليط المالك مجانا وهذا الملاك بعينه موجود في فاسده أيضا فمقتضى عدم الضمان في الصحيح والفاسد شئ واحد وهو التسليط المجاني من غير أولوية في فاسده على صحيحه. (ص ٣١٠)

لأن أثر الضمان إما من الأقدام على الضمان، والمفروض عدمه، وإلا لضمن بصحيحه، وإما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، والمفروض أنها لا تؤثر شيئاً. (٥٠)

(٥٠) الطباطبائي: هذا الوجه إنما يتم إذا كان الضمان ناشئاً من العقد ومسبباً عنه، بحيث لا

مقتضى له غيره، إذ حينئذ يصح أن يقال: إذا لم يكن الصحيح مقتضياً للضمان فالفساد الذي لا أثر له أولى بعدم الاقتضاء والمفروض أن سببه منحصر فيه. وأما إذا كان المقتضى له غير العقد من اليد والتصرف فلا بد أن يكون عدم الضمان في الصحيح من جهة اقتضاء العقد للعدم ولا يلزم من اقتضاء الصحيح للعدم أن يكون الفساد كذلك، كما هو واضح. ومن المعلوم: أن الأمر كذلك بمعنى أن المقتضى ليس هو العقد حسبما عرفت سابقاً أيضاً، بل الموجب له هو اليد وحينئذ فلا يتم الوجه المزبور. وبالجملة: فغاية الوجه المزبور إن العقد الفاسد لا يقتضى الضمان كما أن صحيحه أيضاً لا يقتضيه وهذا القدر المشترك لا يكفي في الحكم بالعدم بعد وجود مقتض آخر وهو عموم على اليد. (ص ٩٥)

الإصهاني: قول شيخ الطائفة قدس سره: (فكيف بفساده) إذا حمل على التعجب كفاه مجرد

الاشتراك في العلة، فإن الاختلاف في المعلول مورد التعجب، وهذا هو الظاهر الموافق لمسلك الشيخ قدس سره حيث إنه يقول بالضمان في مورده من باب الأقدام. وأما إذا حمل على إرادة الأولوية، فمقتضى العبارة أولوية الفساد بعدم الضمان من الصحيح لا من غيره، وظاهر توجيه المصنف قدس سره أولوية فاسد ما لا يضمن بصحيحه من فاسد ما يضمن بصحيحه بعدم الضمان، الآن ما ذكره قدس سره ليس إلا أن الصحيح ربما يقتضي

الضمان للأقدام والامضاء، وفساده لا يقتضى الضمان لعدم الأقدام على طبيعي العوض، وعدم امضاء الخاص المقدم عليه، فإذا كان فاسد ما يضمن بصحيحه مع ترقب الضمان

ووجه الأولوية: أن الصحيح إذا كان مفيدا للضمان أمكن أن يقال: إن الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجري في الفاسد، لكونه لغوا غير مؤثر، على ما سبق تقريبه: من أنه أقدم على ضمان خاص، والشارع لم يمضه فيرتفع أصل الضمان (٥١).

منه لكونه على طبع صحيحه لا يقتضي الضمان ففاسد ما لا يضمن بصحيحه الذي لا يترقب منه الضمان بوجه لعدم الإقدام وعدم الامضاء أولى بأن لا يقتضي الضمان، فهذا في الحقيقة ينتج أولوية فاسد عقد من فاسد عقد آخر في عدم الضمان، مع أن ظاهر العبارة بناء على إرادة الأولوية دون التعجب أولوية فاسد عقد من صحيحه في عدم الضمان. فلا بد من التكلف في توجيه المصنف قدس سره بأن يقال: الملحوظ طبيعي الصحيح وإن طبيعي الصحيح الذي فيه اقتضاء الضمان ومع ذلك لم يوجب الضمان فعلا، فالفساد الذي ليس فيه اقتضاء الضمان إما لعدم إقدام مضمن أو لعدم امضاء مضمن أولى بأن لا يوجب الضمان. (ص ٨٥) * (ص ٣٤٠، ج ١)

(٥١) الإيرواني: أولا: إن الأولوية المذكورة مبنية على أن يكون مدرك الضمان في طرد القاعدة هو الإقدام وأما إذا كان مدركه قاعدة على اليد فلا أولوية. بل عموم على اليد يقتضي الضمان في فاسد ما لا يضمن بصحيحه لأن تسليط المالك حصل بزعم الاستحقاق الشرعي فإذا لم يكن استحقاق لم يكن إذن مالكي والمفروض عدم الإذن الشرعي أيضا لفرض فساد العقد فكانت اليد أعاديه وهذا بخلاف اليد في مورد صحيح هذا العقد فإنها يد إذنية من المالك والشارع جميعا فلا مقتضى للضمان. ثانيا: الأولوية ممنوعة فإن التسليط إنما هو بعنوان أن المال صار ملكا لمن سلطه عليه والمفروض أن المال لم يصر لمن سلطه عليه ولا تسليط آخر بعنوان التسليط على مال

لكن يخذشها: أنه يجوز أن يكون صحة الرهن والإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعا مؤثرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطا لهما على العين، فلا أولوية.
فإن 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 مواردها غير مضمونة على القابض، وبقي الباقي (٥٢).
قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهي عموم ما دل على أن من لم يضمنه المالك سواء ملكه إياه بغير عوض، أو سلطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقه، أو العمل فيه بلا أجر أو معها أو غير ذلك فهو غير ضامن (٥٣).

نفسه وعلى وجه الإذن في إثبات اليد على مال نفسه فكان إثبات اليد مع ذلك على وجه العدوان فيشملة عموم على اليد. (ص ٩٥)
(٥٢) الطباطبائي: لا يخفى عدم ملائمة هذا السؤال لما قبله إذ هو فرع تمامية الوجه المزبور والمفروض أن المصنف ناقش فيه إلا أن يقال إنه ناظر إلى أصل الاستدلال مع قطع نظر عما ذكره من الخدشة. (ص ٩٥)
(٥٣) الطباطبائي: لا يخفى، إن الاستيمان والإذن كانا مقيدين بصحة المعاملة فلا ينفعان مع الفساد كما في الإذن في الإتلاف في العقود الضمانية كما تقدم، فتدبر. (ص ٩٥)
الإيرواني: فيه: نظر واضح فإن تسليط المالك مجانا إن وقع بزعم صحة المعاملة شرعا وكان مقيدا بصحتها ثم ظهر عدم الصحة لم يكن هناك واقعا تسليط منه فكانت اليد باقية تحت عموم على اليد القاضية بالضمان بلا مخرج لها منه وهذا البيان هو الذي قضى

أما في غير التمليك بلا عوض - أعني الهبة - فالدليل المخصص لقاعدة الضمان عموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمه.

وأما في الهبة الفاسدة، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم (اليد): بفحوى ما دل على خروج صور الاستئمان، فإن استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى. والتقييد بالمجانبة لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات، فإنه عين التضمنين (٥٤).
فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن: أن من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمه بعوض واقعي - أعني المثل أو القيمة - ولا جعلي، فليس عليه ضمان.

بالضمان في فاسد العقود التي يضمن بصحيحها وهو مورد طرد القاعدة وإن كان لنا مناقشة هناك في عمومه لمورد علم المالك بفساد العقود وتسليطه مع ذلك بل وعمومه لجميع موارد جهل المالك وإنما ذلك مختص بما إذا كان تسليط المالك على ماله مقيداً بصحة المعاملة شرعاً حتى لا يكون إذن حيث لا تكون صحة. (ص ٩٥)
(٥٤) الآخوند: قضية الفتوى ليست إلا عدم الضمان فيما إذا لم يكن هناك إفراط وتفريط لا ولو كان كما هو المهم في الهبة الفاسدة كي يكون كصحيحها كما لا يخفى. هذا مع أن منع

الفحوى بمكان من الإمكان، إذ لعل ملاك عدم الضمان مع الاستئمان ما نجده بالوجدان من الملائمة التامة بينهما في الجملة ولا يكاد يدركها بينه وبين الهبة الفاسدة. فضلاً عن أن يكون بالأولى. (ص ٣٣)

الثاني

الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب رده فورا إلى المالك (٥٥).

والظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة. (٥٦)

(٥٥) النائي (المكاسب والبيع): وجوب رده على المالك فورا مطلقا سواء كان قبضه موجبا للضمان أو لا ومحل الكلام هو فيما إذا كان القبض وفاء بالمعاملة وجريا على وفقها بلا تحقق إذن جديد على القبض وفلا فرق بين علم الدافع بفساد المعاملة وبين جهله إذ مع العلم يكون التسليم منه وفاء بالمعاملة الفاسدة. غاية الأمر تشريعا لا اعتقادا بالصحة ولا منافاة بين نفي الضمان فيما لا يكون قبضه مضمونا بين وجوب رده بعد فرض انتفاء إذن المالك في حفظه وتصرفه وعدم صحة الإبقاء تحت اليد اعتمادا على القبض المتحقق بعنوان الوفاء بالمعاملة. (ص ٣٢٥)

(٥٦) الطباطبائي: لا ينبغي الإشكال في عدم جواز التصرف فيه مع الجهل الدافع وأما مع علمه فيمكن الإشكال فيه وإن كان باقيا على ملكه وذلك للإذن فيه في ضمن التمليك ودعوى أن الإذن مقيد بالملكية وهي غير حاصلة. مدفوعة بأن القيد ليس إلا الملكية في اعتبار البائع وهي حاصلة إذ المفروض أنه أنشأها وبنى على كون المشتري مالكا وقد قبل هو أيضا. نعم لو كان مقيدا بالملكية الشرعية صح دعوى عدم حصول القيد لكنه ليس كذلك.

والحاصل: أن المقيد بقيد حاصل يكون كالمطلق والإذن فيما نحن فيه كذلك فإن هذه الملكية الواقعية بحسب اعتبار المتبايعين والمفروض بناؤهما عليهما بحسب إنشائهما.

بل صرح في التذكرة كما عن جامع المقاصد: أن مؤونة الرد على المشتري لوجوب ما لا يتم الرد إلا به (٥٧)، وإطلاقه يشمل ما لو كان في رده مؤونة كثيرة، إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر (٥٨).

العرض شرعا فاثبات يده عليه من دون إذنه من أول الأمر غصب وقد ورد: (إن الغصب كله مردود)، فتدبر (ص ٨٦) * (ص ٣٤٤، ج ١)
(٥٧) الطباطبائي: أولا: الرد واجب فيما إذا كان هو الناقل له عن مكانه وأما إذا كان في مكان

القبض وقد انتقل البايع إلى بلد آخر فلا دليل على وجوب نقله إلى ذلك البلد وكون مؤنته على القابض. ثانيا: في وجوب الرد يكفي التخلية فقط. فتدبر. (ص ٩٥)
(٥٨) الطباطبائي: لا فرق بين الكثيرة واليسيرة في كونه ضررا إلا أن يراد بالكثيرة ما يكون فيه إجحاف. (ص ٩٥)

الآخوند: إنما يقيد بها فيما إذا كانت المؤونة الكثيرة زائدة على ما يتوقف عليه الرد بحسب المتعارف وإلا كان دليله مقيدا لها. وذلك لما محقق في محله من أن: أدلة نفي الضرر كما يقيد بها أدلة الأحكام كذلك يقيد بها فيما لا بد منه ويقتضيه طبعها بحسب المتعارف. (ص ٣٣)

النائبي (المكاسب والبيع): حاجة الرد إلى مؤونة النقل أكثرى لكون الرد بالنسبة إلى ما لا يحتاج نقله إلى المؤونة أقل مما يحتاج إليها لمكان أكثرية ما في نقله المؤونة. كالعروض عما لا يحتاج فلو حكمتنا بتحكيم لا ضرر في المقام للزم انحصار الحكم بوجوب الرد على الأخذ بالموارد النادرة لكن الواجب عليه هو مؤونة النقل بما لم يكن إجحافا. هذا إذا كان المالك والمال كلاهما في بلد القبض.

ولو أخرج المال عنه مع بقاء المالك فيه فيجب نقله إلى بلده والتسليم إليه ويكون مؤونة الرد عليه بطريق أولى لأنه هو المخرج إياه ولو خرج المالك عن البلد مع بقاء

ويدل عليه: أن الإمساك آنا ما تصرف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز، لقوله (عجل الله فرجه): (لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه) (٥٩).

المال فيه ففي وجوب النقل إليه إلى خارج بلد فيجب عليه مؤونته أو عدمه بل يسلمه إلى الحاكم ومن بحكمه وجهان أقواهما الثاني، وذلك لعدم دليل على الالتزام إلى النقل وإنما الواجب هو النقل إليه على النحو المتعارف ومع تعذره يقوم الحاكم مقامه. ولو كان المال والمالك كلاهما خارجين عن البلد مع كون المال منتقلا إلى غير ما انتقل إليه المالك فهل يجب النقل إلى بلد القبض أو إلى البلد الذي فيه المالك احتمالان: والذي ينبغي أن يقال إنه إذا كانت مؤونة النقل إلى بلد القبض أقل وكان النقل إليه أنفع للمالك لأجل تفاوت القيمة يجب النقل إليه من غير إشكال. وهكذا مع التساوي في المؤونة والتفاوت للمالك.

وأما إذا كان النقل إلى بلد القبض أكثر مؤونة وكان النقل إليه أعود للمالك فإن تواطيا على النقل إلى بلد القبض، أو إلى بلد إقامة المالك فهو فإن اختلفا فالظاهر أن لكل منهما حق النقل إلى بلد القبض فليس للمالك إلزامه على النقل إلى بلد إقامته بل يجوز له النقل إلى بلد القبض والتسليم إلى الحاكم كما أنه ليس له النقل إلى بلد إقامة المالك ما لم يرض المالك ولكن الحكم في صورة الاختلاف لا يخلو عن الإشكال فالاحتياط مما ينبغي أن لا يترك. وكيف كان: ليس للقبض تسليم المال إلى الحاكم المقيم في بلد المال من غير إشكال، كما لا يخفى. (ص ٣٢٨)

(٥٩) الإيرواني: ينبغي عد حرمة إثبات اليد على مال الغير مع عدم رضا صاحبه من الضروريات الغنية عن الاستدلال سيما بمثل هذه الأدلة القاصرة عن إثباتها وإنما الخلاف من خالف راجع إلى الصغرى بدعوى أن: إذن المالك ورضاه موجود في المقام لأنه الذي سلطه على ماله وقد عرفت في الأمر الأول عند الكلام في الضمان وعدمه ما يتضح منه

ولو نوقش في كون الإمساك تصرفاً (٢)، كفى عموم قوله صلى الله عليه وآله: (لا يحل مال

امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه) حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده (٦١).

حكم المقام فإن الضمان وحرمة إثبات اليد متلازمان يردان على محل واحد وحاصله أن التسليط من المالك إن كان مع العلم بفساد العقد فلا محالة يكون إذنه إذناً مطلقاً غير مقيد بصحة المعاملة شرعاً فلم يجب على القابض رد العين، إلا إذا تجدد الكراهة وإن كان مع الجهل واعتقاد الصحة فهناك ثلاث صور. صورة منها: يجب رد المال فوراً وهي صورة تقييد الإذن من المالك بصحة المعاملة شرعاً فلا يكون إذن حيث لا تكون صحة والصورتان الأخريان وهما صورة كون الصحة داعياً على التسليط وصورة كونها من المقارنات الاتفاقية فلا إمكان النزاع بين القوم صغروياً والتفصيل الذي ذكرناه في المقام السابق هو الحق الحقيقي بالاتباع. (ص ٩٥)

(٦٠) النائيني (منية الطالب): ودعوى: أن الإمساك ليس تصرفاً ممنوعاً، فإنه وإن كان منصرفاً عنه بدواً، إلا أن الانصراف البدوي لا عبرة به، ويصدق عليه التصرف بعد صدقه على الأخذ، فإذا كان الأخذ تصرفاً فبقاء المأخوذ عند الأخذ حكمه حكم نفس الأخذ، لأنه باق على ما كان عليه. (ص ٢٧٤)

(٦١) الإيرواني: يزيد على العموم المتقدم إن لم ينقص فإنه إن لم يكن ظاهراً في أن الفعل المقدر هو الانتفاع فليس بظاهر في تقدير أوسع من التصرف ليشمل إثبات اليد بلا تصرف. فالأولى: تبديل الاستدلال به بالاستدلال بعموم على اليد فإنه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف فلا أقل من أن يعم الوضع والتكليف جميعاً بتقريب أن مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها ودفع البدل مع التلف. (ص ٩٥)

الآخوند: لا يخفى أن المناقشة في عموم مثل لا يحل لغير التصرفات أوضح مع أنه لو

وأما توهم: أن هذا بإذنه حيث إنه دفعه باختياره (١)، فمندفع: بأنه إنما ملكه إياه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً، والمفروض أن كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشئها المالك، وكونه مالا للمالك وأمانة في يده أيضاً مما لم يؤذن فيه، ولو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنه لو ملكه مجاناً كانت هبة جديدة.

هذا، ولكن الذي يظهر من المبسوط: عدم الإثم في إمساكه، وكذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب، وهو ضعيف، والنسبة غير ثابتة، ولا يبعد إرادة صورة الجهل، لأنه لا يعاقب. (٢)

قلت: هذا الإشكال يرد على فرض كون خروج التسليط المجاني عن عموم الحكم بالضمان بقاعدة على اليد بالتخصيص بأن يقال بكون مورد قاعدة على اليد مخصوصاً بما إذا كان قهر على المالك إذ حينئذ لا نظر للقاعدة على ما لا قهر على المالك في الأخذ منه كما في موارد تحقق التسليط مجاناً، وأما على فرض كون خروجه بالتخصيص كما هو الظاهر لكون الأخذ أعم من الأخذ على نحو القهر كما في مثل أخذ الوديعة والأمانة فلا وقع لهذا السؤال أصلاً، وذلك لأن الاستفادة من دليل على اليد حينئذ حكمان أحدهما الضمان والآخر وجوب الرد. وتخصيص الأول بمخصص لا يستلزم تخصيص الثاني أيضاً بعد أن لم يرد عليه مخصص فحينئذ فاللازم الاقتصار في التخصيص على مقدار ورود الدليل عليه. (ص ٣٢٦)

الثالث

أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهما المشتري قبل الرد (٣)، كان عليه عوضها على المشهور. بل ظاهر ما تقدم من السرائر من كونه بمنزلة المغضوب: الاتفاق عفى الحكم.

ويد عليه: عموم قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل ما امرئ مسلم الأرض عن طيب نفسه. بناء على صدق المال على المنفعة ولذا يجعل ثمننا في البيع وصادقا في النكاح (٦٥).

وجه الداعي فاعتقاد وجوب الوفاء واستحقاق المشتري يدعوه إلى دفعه عن رضاه لا أن الرضا يتعلق بالدفع المعنون بعنوان دفع ما يستحقه عليه وهو وجداني أما سلامة العوض شرعا فمدفوع بما ذكرنا في المعاطاة من أن تسليط المشتري على ماله وإن لم يكن مجانا لكنه يسلطه عليه عن رضاه بإزاء سلطانه على مال المشتري عن رضاه وإن اعتقد حصول الملك شرعا إما بالعقد السابق أو بنفس تسليطه الذي قصد به حصول الملكية والغرض من التمليك حصول هذا المعنى بنحو أوفى والكلام هنا في مجرد أن الإمساك من الطرفين من الرضا حدوثا وبقاء وأما فرض رجوعه عن إذنه بعد علمه بالفساد فهو أمر آخر. (ص ٨٧) × (ص ٣٤٨، ج ١)

الطباطبائي: قد عرفت إن عدم الإمضاء شرعا لا دخل له في رضی المالك، إذ القيد هو العوضية في اعتبار المتبايعين وهو حاصل، فتدبر. (ص ٩٥)

(٣) الإيرواني: صورتني الاستيفاء وعدم الاستيفاء مدر كهما واحد. ولعل أفراد صورة عدم الاستيفاء لأجل ذكر ما اختصت به من الأقوال. (ص ٩٥)

(٦٥) الإصفهاني: لم يستدل قدس سره على ضمان المنافع المستوفاة بما اشتهر من قولهم: "من

خلافاً للوسيلة، فنفي الضمان، محتجاً بأن الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل (١).

وتفسيره: أن من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه فخرجه له، فالبراء للسببية أو المقابلة، فالمشتري لما أقدم على ضمان المبيع وتقبله على نفسه بتقبيل البائع وتضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجاناً، كان اللازم على ذلك أن يخرج له على تقدير الفساد، كما أن الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً (٢).

بوجه غير جار في الباب، إلا أن يكون هو إجماع الأصحاب. لكنه لا يظن أن يكون مدرّكهم أيضاً إلا ما ذكرنا، فافهم. ثم إن مثله في الإشكال في الاستدلال به على الضمان الاستدلال بما دل على احترام مال المسلم كما تقدم وانقذح بما ذكرنا أنه لا موجب للضمان في المنافع إلا اليد، بالتقريب الذي ذكرنا لا ما ذكره من غير فرق بين المستوفى منها وغير المستوفى. نعم لو سلم دلالة عدم حل مال الغير واحترام مال المسلم على الضمان لاختصاص بالمستوفى فإن غيره ما تصرف فيه وما انتفع به كي لا يحل بلا عوض أو ينافيه الاحترام. (ص ٣٤)

(٦٦) الآخوند: لا يخفى ضعف الخبر سنداً ودلالة بإرساله وإجماله. لاحتمال أن يكون المراد

به هو أن خراج الأرض كما وكيفاً على من ضمنها إنما هو بحسب ضمانها أو معنى آخر حيث لم يعلم أنه في أي مورد ورد، فتدبر. (ص ٣٤)

(٦٧) النائيني (المكاسب والبيع): هذا الخبر لا يشمل العقود الفاسدة لأنه يلاحظ فيه:

أ - الاختصاص بما إذا كان الضمان ببذل العوض ووجه ذلك ظهور كلمة البراء السببية الداخلة على الضمان والعوض في مقابل المال وهو إما أن يكون عيناً أو منفعة.

ب - الاختصاص بما إذا كان الضمان الجعلي ببذل العوض بالعقد الصحيح لا ما

والحاصل: أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجعه إلى أن الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة، وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة (١)، مثل قوله عليه السلام في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري: (ألا ترى أنها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟) ونحوه في الرهن وغيره. وفيه: أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه، وإنما هو أمر قهري حكم به الشارع كما حكم بضمن المقبوض بالسوم والمغصوب. فالمراد بالضمن الذي بإزائه الخراج: التزام الشيء على نفسه وتقبله له مع إمضاء الشارع له. (٢)

أن يكون ذلك مع إمضاء من الشارع فلعل المراد من القاعدة بعض ما احتملناه سابقا من المعاني فلا يكون الحديث دليلا لأبي حنيفة ولا دليلا لأبي حمزة ومع ذلك ليس المراد من الضمان فيها الضمان بمعناه المصدري. (ص ٩٦)

(٦٨) الإيرواني: قد أشرنا إلى أن ما هو المستنبط من هذه الأخبار هو تبعية الخراج للضمن

بمعنى تلف العين عن ملك الشخص وبعبارة أخرى تبعية ملك المنفعة لملك الأصل وهذا واضح لا إشكال فيه فإن أراد من النبوي هذا المعنى كان ذلك أجنيا عما فهموه منه إلا أن يكون المراد من قوله عليه السلام في هذه الأخبار، ألا ترى أنها لو أحرقت كانت من مال

المشتري إن خسارتها ودركها يكون من ماله لا أنها تتلف مملوكة له. (ص ٩٦)

(٢) الطباطبائي: يظهر منه: أنه لو كان الضمان مما أقدم عليه المتبايعان يكون الخراج بإزائه وهو أيضا مما لا دليل عليه كما هو واضح. فالأولى في الجواب عن المرسل أن يقال: إنها ضعيفة السند من غير جابر متروكة الظاهر، فإنه لا عامل بإطلاقها وأنه موافق

وربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة، حيث إنه أقدم على ضمانها، مع أن خراجها ليس له، لعدم تملكه للمنفعة، وإنما تملك الانتفاع الذي عينه المالك (٣)، فتأمل.

لمذهب أبي حنيفة وفي الجواب عن الأخبار المشار إليها أن التعبير المذكور فيها كناية عن كونه مالكا ومن المعلوم: أن النماء لمالك العين وليس الغرض إعطاء قاعدة كلية جديدة، وهذا واضح جدا. (ص ٩٦)

(٣) النائيني (منية الطالب): ومما ذكرنا من أن الغرض الأصلي إنما هو استفادة المنفعة والخاصية يظهر أن العارية المضمونة وشرط ضمان المبيع على البائع ونحوهما خارج عن قوله عليه السلام: (الخراج بالضمان).

أما العارية فلأن الضمان ليس بإزاء المنفعة، ولا الانتفاع، فإن المعير لا يضمن المستعير في مقابل المنفعة والانتفاع، بل ينتفع المستعير مجانا، وإنما يضمنه خوفا من تلفه، وليس المستعير ضامنا على كل تقدير، ولذا لو لم يتلف لا ضمان عليه. وهكذا في ضمان البائع المبيع إذا تلف عند المشتري. (ص ٢٧٩)

الإصفهاني: النقض بلحاظ تعميم التضمين للضمان بالعوض الواقعي لا خصوص العقود المعاوضية ويندفع بناء عليه بأحد وجهين إما بإرادة عدم ضمان الخراج بعد ضمان العين لا ملك الخراج نظرا إلى أن منشأه أنه إذا أقدم على تضمين العوض فالمنافع مجانية لا ضمان لها وتملكها تابع لملك العين لا لتضمينها بالعوض، وإما بدعوى: أن المنافع مملوكة في العارية بوجه خاص بحيث يكون هو المباشر لاستيفائها بخلاف الإجارة فإنها بطبعها تقتضي ملك المنافع مطلقا. وقد مر في أوائل التعليقة مزيد توضيح في الفرق بينهما، فراجع. (ص ٨٨) × (ص ٣٥٣، ج ١)

والحاصل: أن دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن (٧١)، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حله إلا عن طيب النفس ٧٢. وربما يرد هذا القول: بما ورد في شراء الجارية المسروقة، من ضمان قيمة الولد وعوض اللبن، بل عوض كل ما انتفع. وفيه: أن 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. (٢)

(٧١) النائيني (المكاسب والبيع): بل الإنصاف صحة الاستناد إليه بهذا البيان، فنقول: روي بطرق العامة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه من جملة قضاياه أنه قال صلى الله عليه وآله: (الخراج بالضمان) ويكون راوي قضاياه صلى الله عليه وآله هو عبادة بن الصامت الذي أتقن في النقل، وجملة من القضايا المروية عنه صلى الله عليه وآله بطريق عبادة بن الصامت مروى في أخبارنا أيضا، وقد ذكر الشيخ قدس سره هذا الخبر - أعني جملة (الخراج بالضمان) - في المبسوط وذكر له معنيين وذكره في كتابه وتصديه لبيان معناه يكشف عن اعتماده عليه ويكفي في الاطمئنان بصدوره مع أنه مؤيد بما ورد في طرقنا في باب الرهن وغيره من أن الزيادة الحاصلة في العين المرهونة للمالك لكون خسارة العين عليه ومع ذلك كله فلا وجه للمناقشة في سنده. كما في الكتاب برميته إلى الإرسال، بل الإنصاف صحة الاستناد إليه بما بيناه. (ص ٣٢٩)

(٢) الإيرواني: قد عرفت أن الرواية في ذاتها ظاهرة فيما فهمه أبو حنيفة وما ذكره المصنف لا يدفع الظهور والسند مجبور بالعمل والفتوى ولو في غير مقامنا فإنه كسند على اليد الذي لم يناقش فيه. نعم ما ذكرناه من الاحتمالات يشوش الرواية فبذلك تسقط عن قابلية الاستدلال بل ولولا ذلك أيضا فصحيحة أبي ولاد تكون قرينة صارفة للرواية

وأضعف من ذلك رده بصحيحة أبي ولاد المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة، ردا على أبي حنيفة القائل بأنه إذا تحقق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراهها، كما يظهر من تلك الصحيحة. (٧٣)
نعم، لو كان القول المذكور موافقا لقول أبي حنيفة في إطلاق القول بأن الخراج بالضمان، انتهزت الصحيحة وما قبلها ردا عليه (٧٤).
هذا كله في المنفعة المستوفاة، وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء، فالمشهور فيها أيضا الضمان (٧٥).

بلا تعيين ما هو المراد منها، إلا أن يقال إن صحيحة أبي ولاد تقتضي عدم عموم الرواية لمورد الغصب والعام المخصص حجة فيما بقي فيؤخذ بها في المقبوض بالعقود الفاسدة كما صنعه أبو حمزة. (ص ٩٦)
(٧٣) الإصفهاني: مضافا إلى أن: المنشأ لهذه الملازمة (المدعاة من القائل وهو بين ضمان العين ومجانبة المنافع) ما عرفت من أن الاقدام على ضمان العين مستلزم لمجانبة المنافع وهذا إنما يكون في البيع وأما الإجارة فيها على تضمين المنافع دون العين، ومورد الصحيحة إجازة البغل فمثل الإجارة خارج عن مورد كلام هذا القائل، كما أنه خارج عن مورد المرسلة بناء على هذا المعنى. (ص ٨٨) * (ص ٣٥٤، ج ١)
(٧٤) الطباطبائي: كما أنهما ينتهضان للمعارضة مع المرسلة فإن ظاهره موافق لقول أبي حنيفة كما عرفت. (ص ٩٦)
(٧٥) الطباطبائي: هذا هو الأقوى بمعنى: أن حالها حال العين لقاعدة الاتلاف فإن الاستيلاء

على العين ومنع المالك عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها ويصدق عليه الاتلاف عرفا ولذا نحكم بالضمان لها في الغصب ودعوى: أن ذلك إنما هو بإذن المالك مدفوعة بما يدفع

وقد عرفت عبارة السرائر المتقدمة، ولعله لكون المنافع أموالا في يد من بيده العين، فهي مقبوضة في يده، ولذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر، ويتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا، وكذا الدار المجعول سكنها ثمنا، مضافا إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم، إذ كونه في يد غير مالكة مدة طويلة من غير أجره مناف للاحترام.

لكن يشكل الحكم - بعد تسليم كون المنافع أموالا حقيقة - : بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلا أن يندرج في عموم (على اليد ما أخذت).

على استيلاء المشتري على المنافع مجانا.

وفيه أولا: أنه يلزم عدم الضمان في المستوفاة أيضا.

وثانيا قد تقدم أن العلم بالفساد لا ينافي البناء على الصحة تشريعا، والتسليط الرافع للضمان هو التسليط على مال نفس الأذن، لا التسليم وفاء بالمعاملة.

وثالثا: أنه لا نظر للمسلط في المقام إلى المنافع، لأنه لو كان متعلق العقد هو المنفعة بحيث كان الاستيلاء على العين من قبل المالك مقديا لكان للبحث عن أنه سلطه على المنافع مجانا مجال، فإن التسليط على المنافع لو كان على وجه التعويض فهو إجارة، ولو كان على وجه المجانية فهو عارية.

وأما لو كان العين ملحوظا استقلاليا لا مقديا كما في محل البحث فلا مجال للبحث في تحقق الضمان وعدمه، لأنه لو تحقق التضمن فهو بيع، وإلا هبة، فالتسليط على المنافع لا موضوع له في المقام حتى يبحث عن أنه مع العوض أو مجاني، فالحق هو الضمان مطلقا. (ص ٢٨١)

ولا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع (٧٦)، وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ. ودعوى: أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان، مشكلة (٢).

(٧٦) الإيرواني: مع أنه يمكن أن يقال إن شموله للأعيان كان في الحكم بضمان المنافع فإن

أداء العين المجمعول غاية للضمان لا يكون إلا بأداء منافعها وفروعها ثم إن هذا في المنافع الحكومية كسكنى الدار وأما المنافع المتصلة أو المنفصلة كالصوف واللبن واشتباه ذلك فلا إشكال في شمول الموصول لها وصدق الأخذ عليها وإن هي حصلت في يد المشتري، إذ لا يراد من الأخذ الأخذ الحسي بل ما يعم إثبات اليد على ملك الغير وذلك حاصل. (ص ٩٦)

(٧٧) الطباطبائي: لا إشكال فيه أصلاً، إذ من المعلوم أن الأخذ ليس بمعنى القبض باليد وإلا

لزم عدم الحكم بالضمان في كثير من الموارد، هذا مع أنه يكفي صدق الأخذ بالنسبة إلى العين في ضمان المنافع فإن حاصل المعنى أن ما أخذت اليد مضمونة ويجب الخروج عن عهدتها ومن شؤون الخروج عن عهدة العين أداء عوض منافعها، كما أن من شؤونه أرش العيب ونحوه. (ص ٩٦)

النائيني (المكاسب والبيع): والحق الضمان مطلقاً كما عليه المشهور المنصور وذلك لعموم على اليد الشامل للعين والمنفعة مطلقاً المستوفاة منها وغير المستوفاة منها. ودعوى المصنف من انصراف قاعدة على اليد بالاستيلاء مستقلاً والاستيلاء على المنافع ليس بمستقل بل بتبع الاستيلاء على العين، مدفوعة بأن هذا الانصراف بدوي ولا يضر بالتمسك بالاطلاق ومنشأ بدوية الانصراف هو تواطى أفراد الأخذ في صدق المفهوم عليه. وإذا كانت الأفراد كذلك فيكون انصراف اللفظ إلى بعض منها بدويًا لأجل أنس الذهن إليه. (ص ٣٣٤)

وأما احترام مال المسلم، فإنما يقتضي عدم حل التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك في الاستيفاء (٧٨).
فالحكم بعدم الضمان مطلقا - كما عن الإيضاح - أو مع علم البائع بالفساد (٧٩) - كما عن بعض آخر - موافق للأصل السليم.
مضافا إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) له ٨٠. ومن المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة، لأنها له مجانا ولا يتوسط الثمن عليها، وضمانيها مع الاستيفاء لأجل الاتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة، لأنها بالنسبة إلى التلف لا الاتلاف.

(٧٨) الطباطبائي: فيه: منع بل هو أعم من ذلك كما لا يخفى وقد اعترف به سابقا حيث قال

إنه يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة بالمال. (ص ٩٦)
الإيرواني: بل يتحقق في غير الاستيفاء أيضا إذا استند فوات المنفعة إلى حبس العين.
نعم في الفائتة لا لحبس العين بل لآفة سماوية لا يصدق الاتلاف وهذا مع قطع النظر عما تقدم عنا من المناقشة في صدق الاتلاف على ما استوفى من المنافع ومع قطع النظر عن المناقشة في اقتضاء قاعدة الاحترام للضمان من جهة أن مؤداها لا يتجاوز عن الحكم التكليفي بعدم تضييع أموال المسلمين وإتلافها. (ص ٩٦)
(٧٩) الإيرواني: علم البائع لو أثر في رفع الضمان لأثر كلية حتى بالنسبة إلى المنافع المستوفاة وحتى بالنسبة إلى العين فهذا القيد أجنبي عن حيثية البحث في المقام. ثم إن الحكم بعدم الضمان هنا أو التوقف فيه مع الحكم بالضمان في المنافع المستوفاة عجيب بعد اتحاد طريق المسألتين إلا أن يراد من المنافع غير المستوفاة المنافع الفائتة تحت اليد بلا استناد إلى صاحب اليد. (ص ٩٧)
(٨٠) الإيرواني: قد عرفت أن المنافع في البيع خارجة عن حيز المعاملة وإنما تنتقل إلى

مضافا إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة، الساكتة من ضمان غيرها في مقام البيان. وكذا صحيحة محمد بن قيس الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: (الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها) وسكت عن المنافع الفائتة، فإن عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى. والإنصاف: أن للتوقف في المسألة - كما في المسالك تبعا للدروس والتنقيح مجالا.

المشتري تبعا للعين ومفاد القاعدة لا يتجاوز عن ضمان موردها وعدم ضمانه. (ص ٩٧) الإصفهاني: قد عرفت دفعه سابقا وإن المنافع في باب البيع خارجة إن مورد العقد فعقد البيع بالإضافة إليها لا اقتضاء فراجع. (ص ٨٨) * (ص ٣٥٤، ج ١) الطباطبائي: فيه أولا: ما عرفت من عدم تمامية القاعدة، وثانيا: ما أشرنا إليه من أن المنافع مضمونة في البيع حيث أن الثمن في اللب يكون بملاحظتها وبإزائها فالاندراج ممنوع بل مقتضى أصل القاعدة الضمان حيث إن المقام بهذا البيان مندرج فيه لا في العكس، فتدبر. (ص ٩٦)

(٨١) الطباطبائي: فيه: ما لا يخفى فإن كونها في مقام بيان حكم المنافع ممنوع والتعرض لحكم الولد إنما هو من جهة دفع توهم كونه رقا لمالك الجارية ألا ترى إنها لم تتعرض لحكم المنافع المستوفاة المضمونة بلا إشكال. (ص ٩٦)

الإيرواني: وكذا صحيحة محمد بن قيس كما هي ساكتة عن المنافع غير المستوفاة ساكتة عن المنافع غير المستوفاة وإنما هي متعرضة لمنفعة واحدة فقط استوفيت أو أتلقت فاللازم إما التمسك بها لعدم ضمان المنافع رأسا أو ترك

وربما يظهر من القواعد في باب الغصب - عند التعرض لأحكام البيع الفاسد: 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.

فتحصل من ذلك كله: أن الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة: الأول: الضمان، وكأنه للأكثر.

الثاني: عدم الضمان، كما عن الايضاح.

الثالث: الضمان إلا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرائع.

الرابع: التوقف في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد من عبارة القواعد.

الخامس: التوقف مطلقا (٨٢)، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك ومحتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدين.

التمسك بها رأسا.

إلا أن يقال: إن ما تعرضت له من المنفعة مثال لمطلق ما استوفيت من منافعها والحق أنه لم تثبت منفعة أخرى للجارية في مورد الرواية فآتية تحت اليد حتى يكون عدم التعرض لضماتها دليلا على عدم الضمان وعلى تقدير الثبوت لم يثبت أن الرواية في مقام بيان جميع ما هو مضمون من المنافع بالأعم مما استوفيت ومما لم تستوف وبالأعم مما وقع السؤال عنه وما لم يقع حتى يكون السكوت دليلا على عدم الضمان. (ص ٩٧) (٨٢) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى عدم استقامة عد التوقف من الأقوال، إذ هو عبارة عن عدم الحكم لا أنه قول في المسألة حتى يعد من الأقوال. (ص ٣٣٣)

وقد عرفت أن التوقف أقرب إلى الإنصاف، إلا أن المحكي من التذكرة ما لفظه:
إن منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت
والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو عقاراً أو حيواناً
مملوكاً ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت
مدة في يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع.
ولا يبعد أن يراد ب (اليد العادية) مقابل اليد الحقة، فيشمل يد المشتري في ما
نحن فيه، خصوصاً مع علمه، سيما مع جهل البائع به.
وأظهر منه ما في السرائر في آخر باب الإجارة: من الاتفاق أيضاً علي ضمان
منافع المغصوب الفاتئة، 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 قوة، وإن كان المتراءى من ظاهر
صحيحة أبي ولاد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من
البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة، إلا أنا لم نجد بذلك عاملاً في
المغصوب الذي هو موردها. (٢)

(٨٣) الطباطبائي: الإنصاف: أنا لو فرضنا عدم تمامية ما ذكرنا من الأدلة على الضمان لا
وجه للقول به من جهة هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجية الإجماع المنقول
وعدم معلومية الشمول للمقام ولعمري إن الخدشة في تلك الأخبار مع ظهورها في
الغاية، ثم الركون إلى هذين الإجماعين عجيب. فظهر مما ذكرنا: أن ما قواه أولاً من عدم
الضمان للخدشة في دلالة الأخبار والركون إلى الأصل لا وجه له ثم على فرض عدم

الرابع (٨٤) إذا تلف المبيع، فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف.

التمامية لا وجه للتوقف الذي ذكره ثانيا إذ بعد عدم الدليل لا مانع من الأصل، كما أنه لا وجه لما ذكره أخيرا من تقوية الضمان للإجماعين المذكورين، فتدبر. (ص ٩٦)
الإصفيهاني: بل القول بعدمه لا يخلو عن قوة. (ص ٨٨)* (ص ٣٥٥، ج ١)
(٨٤) النائيني (المكاسب والبيع): إن الركن في باب الضمان ومقومه هو المالية وأما ما لا مالية له كالخنافس ونحوها فلا ضمان بالنسبة إليه، وأما بقية الخصوصيات من أوصاف المقبوض أو خصوصية العينية فليست مقوما للضمان بل يجب أداء الخصوصيات مهما أمكن ويترتب على ذلك أن المضمون باليد في صورة التلف إذا كان له أفراد شائعة من نوعه وصنفه، بحيث يكون رد إحدى الأفراد والمصاديق رد التالف يجب رده وهذا هو المعبر عنه بالمثلي ويشترط فيه أن لا يكون عزيز الوجود بل كان مما يمكن رده عرفا كما أنه يعتبر غلبة الوجود في باب السلم أيضا ومنه يظهر أن المدار في المثلي هو أن يكون رد المثل مما يعد رد الشيء عرفا بحيث كان اتحاد الأوصاف بمرتبة كانت الخصوصية العينية ملغاة في نظر المالك بحسب العرف بحيث صدق على أخذ المثل أخذ المال التالف نفسه فلا عبرة باعتبار الأقرب فالأقرب إلى التالف وإن كان في غاية من لقرب ومنه يظهر أيضا أنه لا يحتاج في إثبات وجوب أداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي إلى دليل آخر عدا قاعدة على اليد لاشتماله على وجوب الخروج عن عهدة الشيء برده وإذا كان الشيء مثليا وكان رد مثله ردا له عرفا فيجب رد مثله بحكم على اليد والاجماع أيضا يكون مدركه هذا الخبر فلا دليل لنا سواه. ويترتب على ذلك مع ملاحظة عدم ذكر المثلي والقيمي في نص وكان مناط الحكم في وجوب رد المثلي والقيمة في القيمي قاعدة على اليد. (ص ٣٣٦)

إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي (٨٥). وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي، فالشيخ وابن زهرة وابن إدريس والمحقق وتلميذه والعلامة وغيرهم قدس سرهم، بل المشهور - على ما حكى - أنه: ما يتساوى أجزاءه من حيث القيمة.

والمراد بأجزائه: 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 يستوي قيمة، فنصفه يستوي نصف تلك القيمة (٨٦). ومن هنا رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيميا، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها.

(٨٥) الطباطبائي: ولكن التحقيق على ما سيأتي إن نفس العين باقية في الذمة والعهدة ويجب الخروج عن عهدها لكن لما لم يكن رد نفسها وجب دفع عوضها وبدلها فيه بنفسها باقية في العهدة إلى حين الأداء وإعطاء البدل إنما هو من باب الوفاء، كما فيما إذا كان عليه من من الحنطة ولم يمكن أدائه فإن الذمة مشغولة بالحنطة حتى حين التعذر ودفع البدل من باب الوفاء بغير الجنس ولا ينتقل إلى البدل من حين التعذر والبدل الواجب أدائه هو المثل في المثليات والقيمة في القيميات بمعنى: أنه لو أراد أحدهما غير ذلك لم يجبر عليه. (ص ٩٦)

(٨٦) الإيرواني: ينبغي حمل الأجزاء على إرادة الجزئيات والافراد للكلي دون ما هو ظاهره من الأجزاء للمركب والمراد من التساوي في القيمة التساوي من غير جهة الاختلاف في الكلم يعني أن الاختلاف الوصفي في المثلي لا يوجب اختلاف القيم كما يوجب في

قلت: وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليا، 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 مثلا للحنطة، ولا الدقاقة مثلا للأرز. ومن هنا يظهر أن كل نوع من أنواع الجنس الواحد، بل كل صنف من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف. فلا يرد ما قيل: من أنه إن أريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شئ من المعرف، إذ ما من مثلي إلا وأجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإن قفيزا من حنطة يساوي عشرة ومن أخرى يساوي عشرين. وإن أريد التساوي في الجملة، فهو في القيمي موجود، كالثوب والأرض، إنتهى.

القيمي وإن أوجبه الاختلاف الكمي كاختلاف مثقال من الحنطة مع حقة من تلك الحنطة بعينها ولازم هذا أن يكون اختلاف فرد منه مع فرد آخر على حسب اختلاف نفس ذينك الفردين في الكم لا أن معنى التعريف هو هذا كما هو صريح المصنف وآية مناسبة بين عبارة التعريف وبين الأربعة المتناسبة التي رتبها المصنف قدس سره وفسر بها التعريف. (ص ٩٧)

الإصفيهاني: بل ظاهره أن قيمة كل نصف منها تساوي قيمة النصف الآخر، إذ ربما يكون للهيئة الاتصالية أو الاجتماعية دخل في قيمة الكل فلا نقض حينئذ بالمسكوكات ولا بالمصوغات فإن قيمة النصف منها وإن لم تكن نصف قيمة الكل لكنها تساوي قيمة النصف الآخر بخلاف الأرض المعدودة من القيميات فإن قطعاتها مختلفة من حيث القيمة. (ص ٨٨) * (ص ٣٥٥، ج ١)

وقد لوح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا: من أن كون الحنطة مثلية معناه: أن كل صنف منها متماثل الأجزاء ومتساو في القيمة، لا بمعنى أن جميع أبعاض هذا النوع متساوية في القيمة، فإذا كان المضمون بعضا من صنف، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمة ولا بعض من صنف آخر.

لكن الانصاف: أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم، فإنهم يطلقون المثلي على جنس الحنطة والشعير ونحوهما، مع عدم صدق التعريف عليه (١).

(٨٧) الإيرواني: إن صح هذا الإطلاق صح تعريف المثلي بهذا الإطلاق بالتعريف المذكور فلا وجه لما ذكره المصنف من الفرق. (ص ٩٧)

الآخوند: وحيث إن هذا اللفظ لم يرد في آية أو رواية لبيان حكم ضمانه بالمثلي، بل غايته وقوعه في معقد الإجماع، لا يجدي في الحكم به تعيين واحد من المعاني التي اختلفوا فيها، بل لا بد فيه مما اتفقوا عليه من المعنى، والرجوع فيما اختلفوا فيه إلى ما يقتضيه القواعد. والخلاف في معناه، مع وقوعه في معقد الإجماع إنما لا يمنع عن تعيينه بقواعده، إذا كان بماله من المعنى مجمعا عليه، كي لا ينافي خلافهم في ذلك إجماعهم عليه بماله من المعنى، لا إذا كان بمعنى مجمعا عليه فينافي الخلاف الإجماع، إلا فيما اتفقت عليه المعاني المختلفة فيها، كما لا يخفى، ولم يعلم بعد انعقاده على النحو الأول، فافهم. ثم الظاهر: أن الاختلاف في تعريفه ليس لأجل الخلاف في حقيقته وماهيته، ضرورة: أن مثل هذه التعريفات ليس بحد، بل ولا رسم، بل من باب شرح الاسم، كما هو الشأن في التفسيرات اللغوية. ولعله أشار الكل إلى المعنى الواحد، والمفهوم الفارد من وجه التفت إليه من طرفه، فلا مجال للنقض والإبرام فيها طردا وعكسا، وليس اختلافهم

وإطلاق المثلي على الجنس باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن بعيدا، إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا (٨٨)، إلا أن يهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها، كما التزمه بعضهم (٨٩). غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضا عن التالف، أو القرض، وهذا أبعد. هذا، مضافا إلى أنه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا، بأنه: إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا، فقل ما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع، لأن أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة، لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها، كما لا يخفى. (٣)

الرابع: أن يكون تماثل الصفات موجبا لتماثل القيمة وتقاربها، وأما لو كان شئ مماثلا لشئ آخر في جميع الصفات والآثار، ولكنهما متفاوتان في القيمة جدا فهذا ليس مثلا لذلك. وعلى هذا فالمتيقن من المثلي الحبوبات، ولكنه لا بحسب الجنس أو النوع، بل بحسب الصنف. كما أن المتيقن من القيمي الحيوانات. (ص ٢٨٤)

(٨٨) الطباطبائي: بل لا بعد فيه أصلا. (ص ٩٧)
(٨٩) الإيرواني: ليس الأمر بيدهم إن شأؤوا أهملوا أو شأؤوا راعوا، بل هم مسؤولون مطالبون

بذكر الفارق بين المثلي والقيمي، فإن بنوا على الإهمال فليهملوا الخصوصيات في القيمي أيضا، ثم ينظروا كيف تتساوى القيم وإن بنوا على المراعاة فليراعوا في المثلي أيضا ولينظروا كيف تختلف القيم، مع أن ما ذكره من وجوب رعاية الخصوصيات عند الأداء بشئ يحتاج إلى دليل خارج عن وسع دليل وجوب أداء المثل في المثلي. (ص ٩٧)

(٩٠) الطباطبائي: بل لا يمكن لأن مقتضى مثلية كلي الجواز إعطاء أي فرد منه من غير

وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم يتساو حقيقة،
تحقق ذلك في أكثر القيميات، فإن لنوع الجارية أصنافا متقاربة في الصفات
الموجبة لتساوي القيمة، وبهذا الاعتبار يصح السلم فيها، ولذا اختار العلامة
في باب القرض من التذكرة - على ما حكى عنه - أن ما يصح فيه السلم من
القيميات مضمون في القرض بمثله.

وقد عد الشيخ في المبسوط الرطب والفواكه من القيميات، مع أن كل نوع منها
مشمول على أصناف متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفا.

ثم لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمة عزيز
الوجود بخلاف الأنواع المثلية، لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم،
يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمة الحكم بضمان المثلي بالمثلي،
والقيمي بالقيمة.

ثم إنه قد عرف المثلي بتعاريف أخر أعم من التعريف المتقدم أو أخص (٩١).

ملاحظة خصوصية. (ص ٩٧)

(٩١) الإيرواني: الظاهر: أن هذه التعاريف تعاريف لفظية والمراد واحد لا اختلاف فيه
ويشهد له التعريفان الأخيران. ولا يبعد أن يكون المراد من المثلي في معقد الاجماع هو
المثلي في نظر العرف ويكون الاختلاف المذكور اختلافا في تحديد المعنى العرفي بلا
اصطلاح من الشارع والمتشعبة في ذلك.

ثم إن صح ما ذكرناه من عدم الاختلاف المعنوي بين الفقهاء كان إجماعهم على
الحكم في المثل والقيمي إجماعا معتبرا ولا ننظر إلى خلافهم بعد ذلك في بيان معنى

فعن التحرير: أنه ما تماثلت أجزاءه وتقاربت صفاته.
وعن الدروس والروضة: أنه المتساوي الأجزاء والمنفعة، المتقارب الصفات،
وعن المسالك والكفاية: أنه أقرب التعريفات إلى السلامة.
وعن غاية المراد: ما تساوى أجزاءه في الحقيقة النوعية.
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 حكاه في
التذكرة عن العامة (٩٢).

المثلي بل نأخذ بما نستظهره من اللفظ ونترك ما وراء ذلك وإن حصل في مورد شك
رجعنا إلى ما يقتضيه الأصل وإلا بأن كان فتوى كل واردا على المعنى الذي ذكره لا على
ما

سمى بالمثلي لم يحصل إجماع في المسألة ولم يجد اتفاقهم بعد ذلك على جزئي من
الجزئيات بأنه مثلي بل لا بد في إثبات الحكم من الرجوع إلى أدلة آخر غير الإجماع ومنه
يظهر مبنى ما سيذكره المصنف في المقام. (ص ٩٧)
(٩٢) الإيرواني: والأحسن: أن يعرف المثلي بما تشابهت أفرادها وجزئياته في الصورة
والصفات اللازم منه التساوي في الرغبات اللازم منه التساوي في المالية وعلى هذا
فجنس الحنطة المختلف الأنواع والأصناف اختلافا فاحشا إن لم يكن مثليا صادقا عليه
التعريف فأصنافه النازلة مثلية البتة. (ص ٩٧)
النائيني (المكاسب والبيع): فلا جرم يكون الأولى الاضراب عما قيل في
تحديدهما والنظر إلى ما يستفاد من القاعدة في تشخيص المثلي والقيمي فنقول يعتبر
في المثلي اجتماع أمور: الأول: أن يكون أفراد نوع واحد أو صنف واحد متحدة الصفات

ثم لا يخفى أنه ليس للفظ (المثلي) حقيقة شرعية ولا متشرعية، وليس المراد معناه اللغوي (٩٣)، إذ المراد بالمثل لغة: المماثل، فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس، وإن أريد من بعضها، فغير مطرد.

وليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه. نعم، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على أن المثلي يضمن بالمثل، وغيره بالقيمة، (٩٤)

بحسب الخلقة الإلهية كالحبات من الحنطة ونحوها من الحبوبات وكذا إذ كانت كذلك بحسب صنع المخلوقين كالمطبوعات والمصنوع في المكائين ومنه الدراهم والدنانير المسكوكة. الثاني: أن يكون تلك الصفات المتحدة نوعا أو صنفا مما لها قيمة، فلو لم تكن كذلك لم يكن الضامن ضامنا لها لما عرفت من عدم اعتبار الضمان فيما لا مالية له. الثالث: أن تكون لتلك الصفات بقاء بحسب الزمان على حسب بقاء العين وبعبارة أخرى من الصفات القارة بقرار العين لا ما يتجدد عليها مع عدم قرارها فمثل الخضروات التي تتبدل صفاتها في كل زمان مع عدم بقائها لا تكون من المثليات. الرابع: أن تكون الأفراد المتساوية مع الفرد التالف في الصفات شايعا يمكن ردها إلى المالك بحسب العادة لا ما إذا كانت نادرة يعز وجودها. (ص ٣٣٧)

(٩٣) الطباطبائي: بل هو المراد وليس المراد إلا المماثل في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة وهذا هو الظاهر من معقد الإجماع والاختلاف في التعريفات والمصاديق لا يضر بعد معلومية المراد وإلا فالإجماع على كون الشيء الفلاني مثليا أيضا لا ينفع إذا لم يكن موافقا للمعنى اللغوي والعرفي إذ من المعلوم أنه لم يرد حكم تعبدي بكون ضمان الشيء الفلاني بالمثل أو القيمة. (ص ٩٧)

(٩٤) النائيني (منية الطالب): فنقول: أما الإجماع فالظاهر أن مدرك المجمعين هو أدلة

ومن المعلوم أنه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين.

الضمانات، ولا يكشف عن قول المعصوم، ولا عن دليل معتبر سواها، مع أنه لم ينعقد على مفهوم مبين حتى يكون النزاع في مقام الشك في أن الضمان بأمثل أو القيمة في الصغرى وفي تطبيق المفهوم المبين على المشكوك، بل انعقد على مفهوم مجمل. (ص ٢٨٣)

الإصفيهاني: لكننا لا نظن بأنه بهذا العنوان أخذوه من المعصوم حتى يتكلم في تعيين مفهومه، بل الظاهر أن طائفة من المضمونات مضمونة بالمثل وطائفة أخرى منها مضمونة بالقيمة واتفاقهم على مثلية شيء أو قيمة اتفاق منهم على الحكم لا على الحكم المرتب على هذا العنوان بل يمكن أن يقال إن اتفاقهم على مثلية شيء أو قيمته ليس اتفاقا على الحكم لكي يكون من الإجماع المصطلح الذي هو أحد الأدلة على الحكم الشرعي، بل هو في قبال اختلافهم في مثلية شيء وقيميته من حيث انطباق تعريف المثلي والقيمي عليه وعدمه ولذا صح أن يكون شيء قيميا في عصر لعدم المماثل له نوعا دون عصر آخر كما في المنسوجات في عصرنا فإنه لها أفراد مماثلة من دون زيادة ونقيصة مع أن الثوب وأشباهه كان قيميا عندهم وبالجملة لا نظن بإجماع تعبدى على الحكم فضلا عن الحكم على عنوان المثلي والقيمي بما هما ولذا لم يرد في هذا الباب مع كثرة ورود الأخبار في باب الضمانات والغرامات نص بعنوان المثل والمثلي والقيمة والقيمي إلا نادرا في باب القيمة وإنما الغالب إثبات الموضوع وهو أنه ضامن فيعلم منه إيكال تعيين المضمون به إلى الطريقة العرفية الجارية على التضمين في بعض الموارد بالمثل وفي بعضها الآخر بالقيمة كما سيأتي إن شاء الله. (ص ٨٨) * (ص ٣٥٦، ج ١)

وحينئذ فينبغي أن يقال: كل ما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل، للاجماع، ويبقى ما كان مختلفا فيه بينهم، كالذهب والفضة الغير المسكوكين، فإن صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيميات، وظاهر غيره كونهما مثليين، وكذا الحديد والنحاس والرصاص، فإن ظواهر عبارة المبسوط والغنية والسرائر كونها قيمة.

وعبارة التحرير صريحة في كون أصولها مثلية وإن كان المصوغ منها قيميا. وقد صرح الشيخ في المبسوط: بكون الرطب والعنب قيميا، والتمر والزبيب مثليا. وقال في محكي المختلف: إن في الفرق إشكالا، بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب والعنب مثليين. وقد حكي عن موضع من جامع المقاصد: أن الثوب مثلي، والمشهور خلافه. وأيضا فقد مثلوا للمثلي بالحنطة والشعير، ولم يعلم أن المراد نوعهما أو كل صنف؟ وما المعيار في الصنف؟ وكذا التمر. والحاصل: أن موارد عدم تحقق الاجماع (٩٥) على المثلية فيها كثيرة، فلا بد من ملاحظة أن الأصل الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل، أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمة؟ ولا يبعد أن يقال: إن الأصل هو تخيير الضامن، لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره، فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك، لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك (٩٦).

(٩٥) الطباطبائي: الإجماع إنما هو بالنسبة إلى الحكم الواقعي لا الظاهري فلا يضر لا في المقام ولا في تخيير المالك. (ص ٩٧)

(٩٦) الآخوند: لا يخفى أنه لو كان الضمان بالقيمة في القيميات مجرد ارفاق بحيث لو تمكن

مضافاً إلى عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر. (٩٧)

الإيرواني: الإشكال إنما هو فيما إذا تعاسرا بأن دفع الضمان كلا العوضين فقال للمالك: (خذ منهما ما هو حقك واقعا) أو قال له: (خذ واختر أيهما شئت عوضاً عن حقك) فلم يرض المالك بالاختيار ولا وجه للتخيير بعد إمكان الاحتياط بتملك الضامن كلا العوضين بدلا عما اشتغلت به ذمته ولا أصل عملي يعين واحداً من المثل أو القيمة فلا ملجأ إلا القرعة أو أن الحاكم يجبر المالك على اختيار أحد الأمرين إذا سلمهما الضامن للاختيار وحكم المصنف هنا بالرجوع إلى أصالة البراءة وإن رجع عنه فيما بعد فذلك لا يتم، إلا على تقدير كون الدوران بين المثل والقيمة من قبيل الدوران بين الأقل والأكثر وهو باطل حتى إذا اختلفت القيمتان بالزيادة والنقيصة أو كان الدوران في المقام من قبيل الدوران بين التعيين والتخيير وهو باطل لعدم احتمال التخيير واقعا بل الحكم واقعا إما المثل معيناً أو القيمة معيناً. (ص ٩٧)

(٩٧) النائيني (منية الطالب): هذا بناء على ما ذهب إليه المشهور من أن مقتضى الضمان الاستفادة من الآية الشريفة (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ومقتضى قوله صلى الله عليه وآله: (على اليد ما أخذت) هو المثلية في المثلي والقيمية في القيمي.

وهكذا مقتضى الاجماع المدعى في المقام. ولو منعنا عن ذلك وقلنا: إن مقتضى الآية والنبوي هو اعتبار المماثلة في جميع الخصوصيات، والأقرب إلى التالف هو المثل مطلقاً، والى اجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، لأن المقام من دوران المخصص المنفصل بين الأقل والأكثر فالمرجع عند الشك هو عموم العام، كما سلك هذا المسلك المصنف قدس سره. أو قلنا: بأن الآية والنبوي مجملان ولكن مقتضى

والأقوى: تخيير المالك من أول الأمر، لأصالة الاشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع.

نعم، يمكن أن يقال - بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال (٩٨)، والاجماع على عدم تخيير المالك: التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعني: تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن الامتناع، وتعيين القيمة كذلك، فلا متيقن في البين، ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى (٩٩)، فتأمل.

والقيمة إلى المالك لسقطت العهدة قطعا سواء رضى بأحدهما بالخصوص أم لا وإن قلنا بالثالث فلا شك في بقاء العهدة أبدا وإنما الشك في أن حكم العهدة الباقية هل هو وجوب دفع المثل أو القيمة ولا متيقن بينهما حتى يؤخذ به ويجري الأصل في غيره فلا مجال أيضا للتمسك بالعام ولا لاستصحاب الضمان المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله (على اليد)،

بل ينحصر استصحاب العهدة فيما إذا شك في حصول أداء العين حقيقة. (ص ٨٩) * (ص ٣٦٠، ج ١)

(٩٨) الإيرواني: قد عرفت أن المقام بمعزل من الدوران بين المحذورين فليس أصله هو أصالة التخيير فإنه يمكن الاحتياط بتمليك أطراف الشبهة جميعا ولو قام إجماع على عدم وجوب هذا الاحتياط تعين الرجوع إلى أدلة القرعة إلا أن يكون إجماع على بطلان الرجوع إلى القرعة أيضا فكان الواجب حينئذ الأخذ بالمضنة إن كان وإلا فبالاحتمال فيكون هذا دليل انسداد صغير جار في المسألة لا أن أصل المسألة هو أصالة التخيير. ونتيجته الأخذ بالمضنة ثم الاحتمال. (ص ٩٧)

(٩٩) الطباطبائي: تخيير المجتهد إنما هو في تعارض الخبرين لا في مثل المقام. (ص ٩٧)

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إن القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفرط فيها، وغير ذلك، هو الضمان بالمثل:

تقدير تعلق التكليف به كان الحكم التكليفي المتعلق به تخييريا ففي مثله إذا كان من
الماليات

يحكم بالتنصيف وليس الحكم في المقام كما ترى هو التخيير بل المتعين الواقعي هو أحد الأمرين من المثل أو القيمة، وأما سقوط القرعة: فلأنها في مورد المشتبه وبعد تبين الحكم في المقام بجواز الاكتفاء بالامثال الاحتمالي لا ينبغي شبهة حتى يعمل بالقرعة، ومنه يظهر سقوط احتمال الصلح القهري أيضا هذا ما يقتضيه التحقيق، بناء على تقدير كون الظرف مستقرا أو لغوا وعلى تقدير كونها لغوا كان الضمان في الماليات بالمالية المتقدرة أو بغير المتقدرة. وأما التحقيق في باب الظرف فالحق: أنه مستقر لا لغو وذلك لظهور قوله عليه السلام (على اليد ما أخذت)، في كون نفس ما أخذت على اليد. لا خسارته

ودرکه وأنه حين المقبوضية قبل التلف يكون على اليد فعلا. لا أنه قبل التلف يكون خسارته على اليد لو تلف والحاصل أن دعوى ظهور الظرف في الاستقرار من وجهين أحدهما: من جهة ظهور القضية في كون نفس ما أخذت على اليد وثانيهما: من جهة ظهورها في كون ما على اليد مضمونا فعلا قبل التلف ومع جعل الظرف لغوا. لا بد من ارتكاب خلاف الظاهر من كلتا الجهتين وأما الضمان في القيميات، فالحق كون العبرة فيها على المالية لغير المتقدرة. وذلك لعدم الدليل على اعتبار تقدرها بالأثمان ضرورة أن الدليل على رد القيمة في القيميات أيضا هو عموم على اليد كما في رد المثلي في المثليات وليس في عموم دلالة على الأزيد من رد المالية. وأما أن الواجب هو رد المالية المتقدرة بالأثمان فلا دلالة فيه عليه أصلا ولازم ذلك هو كون المدار على القيمة بقيمة يوم الأداء. كما أنه يكون الأصل عند الشك في المثلية والقيمية هو المثلية فتحصل أن المختار هو وجوب ترتيب آثار المثلية عند الشك في كون المقبوض مثليا أو قيميا لظهور الظرف في كونها مستقرا ولازم كونها مستقرا هو ذلك للاستصحاب. (ص ٣٤١)

لأنه أقرب إلى التآلف من حيث المالية والصفات (١٠٠)، ثم بعده قيمة التآلف من النقدين وشبههما، لأنهما أقرب من حيث المالية، لأن ما عدهما يلاحظ مساواته للتآلف بعد ارجعه إليهما (١٠١).

(١٠٠) الإصفهاني: لا ريب في أن المثل أقرب إلى التآلف ولا ينسلخ عن هذا الشأن أبد، إلا أن

المظنون من حال القلاء ورعايتهم للحكمة عدم التضمين بالأقرب مطلقا، بل إذا كان الأقرب موجودا نوعا فما له مماثل نوعا من حيث الحقيقة والصفات التي بها تتفاوت الزغبات مضمون عندهم بالمثل وإلا فبالقيمة سواء كان مماثله موجودا أحيانا أو لم يكن له مماثل أصلا وأما مع الشك في أنهم يحكمون بالضمان بالمثل وإن وجد من باب الاتفاق فالأصل ما مر. (ص ٩٠) * (ص ٣٦١، ج ١)

(١٠١) الآخوند: إنما يمكن إذا لم يكن المتعارف في القيميات ضمانها بالقيمة ولو مع التمكن

من المثل. بل كان المتعارف هو الضمان مطلقا بالأقرب إلى التآلف فالأقرب. ولا اشكال في أن المثل مطلقا أقرب وإلا فقضية الاطلاقات ليس إلا الرجوع فيما علم أنه مثلي إلى المثل وفيما علم أنه قيمي إلى القيمة وأما ما لم يعلم أنه من أيهما فهي ساكتة عن بيان حكمها فلا بد فيه من الرجوع إلى ما يقتضيه الأصل وقد عرفت لكن الظاهر أن المرتكز في الأذهان في باب الضمان بعد تعذر رد نفس العين هو دفع المثل مع الامكان وهو ظاهر الآية حيث دلت على اعتبار المماثلة في الاعتداء الملازمة للاحتياط في المعتدى به هذا ولو سلم أنه لبيان اعتبارها في الاعتداء كما في المناقشة فيها مع أنه مما يساعده الاعتبار والتضمين باقيمه في بعض الأخبار كما يأتي إنما يكون في مورد يتعذر فيه المثل عادة. (ص ٣٦)

النائني (المكاسب والبيع): ولا يخفى ما فيه: لما عرفنا من: أن العبرة في المثلي إنما هو على كون أداء المثل هو أداء التالف بعينه بأن يكون كأنه هو وقد عرفت أنه يتوقف

ولأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نص الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلها - إلا ما شذ وندر - قد أطلق فيها الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع اهماله في موارد البيان (١٠٢).

على أمور، وأما اعتبار أداء الأقرب فالأقرب إلى التالف فليس عليه دليل وإنما عموم على اليد يدل على اعتبار المثل بالمعنى الذي ذكرناه لكون أدائه، أداء التالف وإنما هو والعموم متكفل لاثبات وجوب أداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي، لا أنه يدل على وجوب أداء المثل حتى في القيميات وإنما خرج القيميات بالتخصيص بدليل منفصل وحينئذ إذا شك في التالف في مثليته وقيميته لا يكون عموم لكي يرجع إليه في اثبات المثلية بل ينتهي الأمر إلى الأصل العملي وهو الاستصحاب. (ص ٣٤٦)

الإصفيهاني: كونهما ميزانا ومعيارا لفهم مساواة التالف لغيره لا يكون دليلا على تأخر رتبته عنهما بل الوجه في تعيين النقدين أنهما حيث لا يتفاوت بهما الرغبات نوعا بخلاف غيرهما فلا شأن لهما إلا المالية فهما كغيرهما مما يجري مجراهما في الرواج متمحضان في المالية فلذا ليس للضامن الامتناع من دفعهما ولا للمالك الامتناع من أخذهما فالذمة مشغلة بالمالية المحضبة التي لا مصداق لها إلا النقود، لا أنها مشغلة بها ولا بالمالية إلا بشرط السارية في كل مال. (ص ٩٠) * (ص ٣٦٢، ج ١)

(١٠٢) الإيرواني: لو بنى على الاعتماد على المتعارف وتنزيل اطلاقات الضمان عليه فالمتعارف ليس إلا الضمان بالمالية وما يساوي القيمة مطلقا وليست الخصوصية العينية ملحوظة في نظر أهل العرف إلا عبرة إلى مرتبه مالية المال. ولذا لو سقط المثل عن المالية لم يلتفتوا إليه أصلا ولا يرون دفعه من الضامن تداركا له وكذا إذا زاد في المالية لم

وقد استدل في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة قوله تعالى: (فمن أعدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) بتقريب: إن مماثل (ما اعتدى) هو المثل في المثلي، والقيمة في غيره، واختصاص الحكم بالمتلف عدوانا لا يقدر بعد عدم القول بالفصل (١٠٣) وربما يناقش في الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به (١٠٤)، وفيه نظر.

يرون المالك مستحقا لأزيد من قيمة ماله يوم تلف وبالجملة: ليس النظر في الأموال إلا إلى ماليتها بل لو كانت خصوصية مال مطلوبة لشخص كان ذلك عرضا خارجيا غير دخيل في حيثية الضمان وإنما الضمان يدور مدار التمول والمضمون به يكون هو التمول في أي عين دفع هذا التمول فقد دفع ما هو تداركه بلا خصوصية للنقدين ولا للمماثل ولا لغيرهما. (ص ٩٨)

(١٠٣) الإصفهاني: إن ما نسبه المصنف إلى الشيخ من الاستدلال بالآية لتفصيل بين ضمان القيمي بالقيمة وضمن المثلي بالمثل هذه الآية فلم أظفر به في المبسوط، إلا أن فيه الاستدلال بالآية لخصوص ضمان المثلي بالمثل، فراجع. (ص ٩١) * (ص ٣٦٥، ج ١) (١٠٤) الإصفهاني: (بل المماثلة أعم من حيث الاعتداء والمعتدى به وكيفياته) ففي التهذيب

عن الصادق عليه السلام في رجل قتل رجلا في الحرم وسرق في الحرم فقال عليه السلام (يقام عليه الحد)

وصغار له لأنه لم ير للحرم حرمة وقد قال الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا بمثل ما اعتدى عليكم) يعني في الحرم وقال (فلا عدوان إلا على الظالمين) فإن المماثلة بين السرقة والحد ليست في الاعتداء والمعتدى به بل في كيفية وقوعهما في الحرم فليست المماثلة في طبيعة الاعتداء والمعتدى به بل في كيفية وقوعهما في الحرم فليست

نعم، الانصاف عدم وفاء الآية - كالدليل السابق عليه - بالقول المشهور، لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية، وهذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيمات، سواء وجد المثل فيها أم لا (١٠٥).

المماثلة في كل كيفية مستلزمة للمماثلة في طبيعة الاعتداء والمعتدى به. ومن استدلاله عليه السلام بالآية مع أن موردها مقاتلة المشركين في الشهر الحرام يظهر أن المراد أعم

وأن المماثلة أعم من حيث الاعتداء والمعتدى به وكيفياته. (ص ٩٠) * (ص ٣٦٣، ج ١) الإيرواني: قد عرفت أن ظاهر الآية هو أن يكون معناها المماثلة في مرتبة الاعتداء وحكم العرف في باب الضمانات أيضا هو هذا فإنه ليست خصوصيات الأعيان ملحوظة عندهم في الغرامات وإنما الملحوظ مقدار تمويلها فلو نزلنا اطلاقات أدلة الضمان على ما هو المتعارف تطابق الكتاب والسنة على وجوب القيمة مطلقا حتى في المثلي لكن لا القيمة بمعنى خصوص الدرهم والدينار بل مطلق ما يساوي المال المأخوذ في التمويل ثم إنه يتجه على الاستدلال بالآية بأنها لا تدل على اشتغال ذمة الضامن ولا على جواز تملك المالك منه بل غاية مدلولها جواز مقاصة أمواله في التصرف والانتفاعات وهذا يجتمع مع عدم الملك كما في المعاطاة على القول بالإباحة. (ص ٩٨)

النائبي (منية الطالب): وأما الآية الشريفة فاستفادة المتعدى به منها في غاية الإشكال، فإن الظاهر: كونها ناظرة إلى اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء. (ص ٢٨٣) (١٠٥) الطباطبائي: قد عرفت مما بيناه: إن العرف يجعل البدل الواجب بحكم الأخبار المثل

فيما له مماثل غالبا والقيمة فيما ليس كذلك وإن كان له مماثل نادرا فالمدار عندهم على إمكان المماثل نوعا لا شخصا، فتدبر. (ص ٩٧)

الإصفهاني: على أي حال لا يصح الاستدلال بالآية على التفصيل بأداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي خلافا للمشهور. لأن المماثلة تارة: هي المماثلة المطلقة لا

أما مع وجود المثل فيها، كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإن مقتضى العرف والآية: إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته - ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به، وكذا لو أتلّف عليه عبداً وله في ذمة المالك بسبب القرض أو السلم - عبد موصوف بصفات التالف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهري، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبيد. نعم، ذهب جماعة - منهم الشهيدان في الدروس والمسالك إلى جواز رد العين المقترضة إذا كانت قيمة، لكن لعله من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة ضمان القيمي بالمثل، (١٠٦)

إنما هو بما يد أداء له عرفاً وعادة. ولا شبهة إن المرتكز في الأذهان إن أداء المثلية بالمثل والقيمي بالقيمة فإن الضامن لو أداها فكأنه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله، ويصدق أنه هو الذي أخذ منه وبالجمله: مقتضى النبوي إن كل ما دخل تحت اليد يجب على الضامن رده فما دام العين موجودة تدخل بخصوصياتها النوعية والشخصية والمالية تحت الضمان، وإذا تلفت الأبد من ر عوضها. (ص ٢٨٣)

(١٠٦) الطباطبائي: لكن يمكن أن يقال: إن مناط جواز رد العين موجود في المثل أيضاً فإنه

يصدق عليه الأداء وإن كان من القيميات فيكون جواز دفع القيمة من باب الرخصة بمعنى: أن الضامن مخير بين دفع المثل النادر الوجود إذا وجود دفع القيمة لصدق أداء البدل الواجب عليه وهذا هو الأقوى. (ص ٩٧)

الإصْفَهَانِي: لا يخفى عليك إن الكلام تارة: في حل عقد القرض لكونه جائزاً على المشهور برد العين المقترضة فحينئذ لا يجوز غير رد العين ولا يمكن أداء المثل في

ولذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها وإن كان مماثلا لها من جميع الجهات. وأما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر، كما لو تعذر المثل في المثلي، فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي، ولا يقولون به (١٠٧).

المثلي والقيمة في القيمي مع وجود العين بعد حل العقد وأخرى: في أداء ما أشغلت به الذمة فإذا كانت العين المقترضة قيمية فمعناه اشتغال الذمة بالعقد والقبض بنفس قيمة العين ولا يعقل جعل كلي ما في الذمة خارجيا، إلا بأداء مصداقه فلا يعقل أن يكون العين ولا مثلها مصداقا لما في الذمة حتى يتحقق بأدائها أداء القرض فمن يجوز رد العين لا بد ومن أن يلتزم بأحد أمرين أما قصد حل عقد القرض برد العين أو أن القيمي غير مضمون بالقيمة بل القيمة ارفاق ويجوز رد المثل وحينئذ يجوز رد العين ورد المثل، إذ الذمة لم تشتغل بعنوان المثل حتى يقال إن المماثلة من باب التضائف والشئ لا يكون مماثلا لنفسه بل اشتغلت بكلي الثوب مثلا وكلا الأمرين من العين ومثلها مصداق لذلك الكلي ومما ذكرنا تبي: إن جواز رد العين في القيمي ملازم لجواز رد المثل أيضا. (ص ٩١) * (ص ٣٦٦، ج ١)

(١٠٧) الطباطبائي: قد عرفت وستعرف أن التحقيق: شغل الذمة بنفس العين إلى زمان الأداء

وأن الانتقال إلى المثل أو القيمة إنما هو حين الأداء بمعنى أنه نظير الوفاء بغير الجنس وأن مقتضى القاعدة وجوب قيمة يوم الدفع حتى في القيميات وإن لم يقولوا به. (ص ٩٧) الإصفهاني: لا يخفى أن التحقيق وإن كان بقاء العين في العهدة في المثلي والقيمي إلى زمان أداء المثل والقيمة فالاعتبار حينئذ بقيمة يوم الدفع كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - إلا أن الكلام في مخالفة مقتضى الدليلين لمسلك المشهور لا للمسلك المنصور

وأيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب إلزام المالك بالمثل، لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية، مع أن المشهور - كما يظهر من بعض - إلزامه به وإن قوى خلافه بعض، بل ربما احتتمل جواز دفع المثل ولو سقط من القيمة بالكلية وإن كان الحق خلافه.

فالفرض: أن المشهور بناء على مسلكهم لا يمكنهم الاستدلال بالدليلين ولا يمكن الاستدلال على مسلكهم بهما فلا تغفل. (ص ٩١) * (ص ٣٦٦، ج ١) (١٠٨) الطباطبائي: نمنع أن مقتضى الدليلين عدم الإلزام بالمثل إذ المعتبر في البدل والعوض

المفهومين من الأدلة والمماثلة المستفادة من الآية إنما هو من حيث الصفات والكيفيات لا من حيث المالية فحال نقصان قيمة المثل حال نقصان قيمة العين مع بقائها فإنه لا يكون ضامناً لنقصان القيمة السوقية بلا إشكال والحاصل: أن نقصان قيمة المثل لا يخرج عن صدق البدلية والمماثلة كما لا يخفى وسقوط قيمته كسقوط قيمة نفس العين مع بقائها ثم على فرض عدم الإلزام بالمثل نمنع الانتقال إلى القيمة بل الواجب رد المثل وتدارك النقصان كما لو قلنا بذلك في العين مع بقائها، فتدبر. (ص ٩٧) الإصفيهاني: هذا إذا كانت المماثلة مطلقة من جميع الجهات لكنه قد مر عدم تعيينها بل الظاهر المماثلة من حيث الحقيقة مع حفظ المالية تحقيقاً للتغريم والتضمين بالمال فلا يكون مقتضى الآية مخالفاً لمسلك المشهور. نعم الإلتزام بكفاية المماثلة من حيث الحقيقة ولو مع سقوط المثل عن المالية رأساً فهو غير صحيح وإن قلنا بأن الآية ناظرة إلى المماثلة من حيث الحقيقة فقط فإنها المسألة العرفية في كل شئ لأن اعتبار المالية ليس من حيث دخلها في المماثلة، بل من حيث إن الآية في مقام التحريم ولا يتدارك المال إلا

فتبين: أن النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ولا يضمن به عند المشهور، كما في المثاليين المتقدمين (١٠٩)، وقد ينعكس الحكم كما في المثال الثالث، وقد يجتمعان في المضمون به كما في أكثر الأمثلة.

ثم إن الاجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميا، ففي موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآية، بناء على ما هو الحق المحقق: من أن العام المخصص بالمجمل مفهوما، المتردد بين الأقل والأكثر لا يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك.

فحاصل الكلام: أن ما أجمع على كون مثليا يضمن بالمثل، مع مراعاة الصفات التي تختلف بها الرغبات وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف، بناء على تحقق الإجماع على إهمال هذا التفاوت،

بالمال فلا بد من حفظ المالية وإن كانت المماثلة لا من حيث المالية حتى يعتبر رعايتها بحدها الموجود في العين التالفة، ومنه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عن المالية فإن رد العين بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها لكن التضمين والتغريم لا بلحاظ ماليتها فيجب حفظ المالية في الثاني دون الأول ولا يقاس أحدهما بالآخر. (ص ٩١) * (ص ٣٦٧، ج ١)

(١٠٩) الطباطبائي: لكن قد عرفت منع الانتقال إلى القيمة بل غاية الأمر وجوب تدارك النقصان. (ص ٩٨)

مضافا إلى الخبر الوارد في أن الثابت في ذمة من اقترض دراهم وأسقطها
السلطان وروج غيرها، هي الدراهم الأولى (١١٠).

(١١٠) الإيرواني: إسقاط الدراهم وترويج غيرها لا يقتضي حصول نقص في ماليتها فضلا
عن سقوطها عن المالية بل ربما كان السلطان بنفسه يشتريها بقيمتها الأصلية وكان
الفرض من المنع إسقاطها عن الرواج وعن جعلها أثمانا في المبيعات. (ص ٢٢١)
النائني (منية الطالب): وذهب بعضهم إلى أنه مضمون، فلا بد من رد ما يساوي
القيمة السابقة، فيرد من الرائجة لو كانت في الوزن والقيمة مساوية للسابقة، كما قد يتفق
نادرا أو من غير الجنس لو كان بينهما تفاوت حتى لا يلزم الربا. ومنشأ الاختلاف اختلاف
الأخبار في المسألة.

ففي مكاتبة يونس إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: أنه كان لي على رجل عشرة دراهم،
وإن

السلطان أسقط تلك الدراهم، وجاءت بدراهم أعلى من تلك الدراهم الأولى، ولها اليوم
وضيعة فأني شئ لي عليه، الأولى التي أسقطها السلطان، أو الدراهم التي أجازها
السلطان، فكتب عليه السلام: (لك الدراهم الأولى).

وعت العباس بن صفوان قال: سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن
رجل، وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت، ولا يباع بها شيء، الصاحب الدراهم الدراهم
الأولى، أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: (لصاحب الدراهم الدراهم الأولى). هذا
مدرك المشهور، ومدرك غيرهم: مكاتبة أخرى من يونس، قال: كتبت إلى
الرضا عليه السلام: إن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم، وكانت تلك الدراهم تنفق بين
الناس تلك

الأيام وليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها، أو ما ينفق اليوم بين الناس؟
قال: فكتب إلي (لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس).
وفي الوسائل، عن الصدوق: إن الحديشين متفقان غير مختلفين، فمن كان له عليه

وما أجمع على كون قيميا يضمن بالقيمة - بناء على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمة الضامن.
وما شك في كونه قيميا أو مثليا يلحق بالمثلي، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف، ومع الاختلاف ألحق بالقيمي (١١١)، فتأمل.

وجمع الشيخ بين الأخبار بحمل ما ينفق بين الناس على معنى قيمة ما كان ينفق، وحمل الدراهم الأولى في الخبرين على قيمة الدراهم الأولى.
وحاصل جمعه: أنه ليس له الدراهم الرائجة، وإنما له قيمة الدراهم السابقة، وهذا أيضا خلاف ظاهر كل من الطائفتين، فإن ظاهرهما عين الدراهم السابقة أو ما ينفق.
فالصواب: أن يجعل الطائفتين من قبيل الاطلاق والتقييد، فإن قوله عليه السلام: (الدراهم الأولى) مطلق من حيث ضم تفاوت السكة وعدمه إلهيا، وقوله عليه السلام: (لك أن تأخذ منه ما

ينفق بين الناس) مقيد له، أي تأخذ الدراهم الأولى بقيمة ما ينفق. (ص ٣٠٠)
(١١١) الإيرواني: لا وجه للالحاق بالقيمي بل اللازم إن زاد الرجوع إلى عموم الآية وضم مقدار التفاوت إن نقص المثل قيمة واسترجاعه هذا على تقدير تسليم كون الإجمال مفهوما وتسليم أن المرجع في مثله هو عموم العام وأما إذا قلنا إنه لا إجمال في مفهوم القيمي أو قلنا لا يتمسك بالعام في الإجمال المفهومي كالإجمال المصدقي كان المرجع في موارد الاشتباه هو الأصول والقواعد وقد تقدم بيانه. (ص ٩٨)
الطباطبائي: يمكن أن يقال إنه إذا كان المفروض جواز الرجوع إلى العموم المقتضي الوجوب المثل فتعين دفعه ولو مع الاختلاف في القيمة للإجماع المشار إليه على إهمال هذا التفاوت، إذ لا فرق في الإجماع المذكور بين ما علم كونه مثليا وما ثبت بالعموم. (ص ٩٨)

الخامس

ذكر في القواعد: أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردد، انتهى. أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: إذا غصب ما له مثل - كالحبوب والأدهان - فعليه مثل ما تلف في يده، يشتريه بأي ثمن كان، بلا خلاف، انتهى. وفي المبسوط: يشتريه بأي ثمن كان إجماعاً، انتهى. ووجهه: عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي، ويؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربما احتل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية، كالماء على الشاطئ والثلج في الشتاء. وأما إن كان لأجل تعذر المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الأعواز، بحيث يعد بذل ما يريد مالكة بإزائه ضرراً عرفاً - والظاهر أن هذا هو المراد بعبارة القواعد، لأن الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، وإنما زاد على ثمن التالف يوم التلف - وحينئذ فيمكن التردد في الصورة الثانية كما قيل: من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبة في الكفارة والهدى، وأنه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف القيمة، وهو ضرر.

(١١٢) الطبائبي: وكذا الحال لو نقص قيمة العين مع بقائها فإنه لا ينتقل إلى البدل ولا

ولكن الأقوى مع ذلك: وجوب الشراء، وفاقا للتحرير كما عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد، بل إطلاق السرائر، ونفي الخلاف المتقدم عن الخلاف، لعين ما ذكر في الصورة الأولى. (١١٣)

يضمن التفاوت وهذا إنما يكون فيما لو كان بانيا على بيع غيره عينه في حال زيادة قيمتها فغصبها منه ثم ردها بعد ما نقصت لكن الظاهر عدم التزامهم بذلك فإنهم صرحوا بعدم ضمان تفاوت القيمة من غير تفصيل ومن غير خلاف بينهم في ذلك. (ص ٩٨) الإصفهاني: تقريب الفحوى: إن أداء المثل مع نقصان قيمته عن قيمة التالف لمكان صدق المماثلة، فإذا صدق عليه إنه مماثل مع عدم كونه مماثلا للتالف في المالية بحدهان فصدق المماثل عليه مع بلوغه لقيمة التالف وزيادة بالأولوية ن فإنه مماثل له في الحقيقة والمالية على الحقيقة لا بالعناية، وبمجرد المماثلة في الصورة. وفيه: أن الأولوية بالصدق في مقام الكفاية واضحة والكلام في الأولوية في مقام اللزوم، وأنه إذا لزم أداء المثل في مقام تفرغ الذمة مع نقصان القيمة، فهو مع ارتفاع قيمته أولى باللزوم، مع أنه لا موجب له بل غايته المساواة من حيث إن نقصان القيمة موجب لتضرر المالك وارتفاعها موجب لتضرر الضامن. (ص ٩٣) * (ص ٣٦٩، ج ١) (١١٣) الآخوند: وذلك، لأن ضرر الضامن في الشراء بأزيد من ثمنه يزاحم بضرر المالك في

منعه عما يستحقه من المثل فيبقى ما دل على الضمان بالمثل بلا مزاحم وعدم العلم باستحقاقه للمثل شرعا لا ينافي استحقاقه له عرفا واعتبارا وهو كاف في صدق الضرر حقيقة، فافهم. (ص ٣٦)

الطباطبائي: لا يخفى أن هذا على إطلاقه مشكل، لحكومة قاعدة الضرر على العمومات ودعوى أنه قد أقدم بنفسه مدفوعة باختصاص ذلك بصورة الغصب وما بحكمه كما إذا كان عالما بفساد المعاملة وأما في صورة الجهل فليس مقدما على الضرر.

ثم إنه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره.

ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف، أم لا، وفاقا لظاهر المحكي عن السرائر والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد.

والتحقيق أن يقال إن كان مع وصف عدم البيع إلا بالأزيد فيما يلحق بالمعدوم ويعد من تعذر المثل فلا يلزم الشراء بل ينتقل إلى القيمة. وإلا فإن كان مما لا يصدق عليه الضرر بأن كان الزائد قليلا وجب الشراء وإن كان يصدق الضرر ففي باب الغصب وصورة علم القابض وجب الشراء أيضا لأنه قد أقدم على ضرر نفسه وإن كان جاهلا فلا يجب تحكيما لقاعدة الضرر وحينئذ ينتقل إلى القيمة كما في صورة التعذر، بل هو تعذر شرعي ومما ذكرنا يظهر حكم ما إذا كان المثل موجودا في بلد آخر يحتاج نقله إلى مؤنة فإنه إن كان بحيث يلحق مع هذه الحاجة بالمتعذر عرفا فلا يجب حينئذ نقله بأن كانت القيمتان متساويتين ويبقى مؤنة النقل ضررا على الناقل وإلا بأن كانت القيمة في البلد المنقول إليه أزيد من البلد الآخر بمقدار المؤنة أو بتفاوت يسير وجب النقل إليه إلا إذا كان ضررا غير مقدم عليه، فتدبر. (ص ٩٨)

الإيرواني: لا يخفى أن التمسك بإطلاق النص والفتوى في مقابل قاعدة نفي الضرر الحاكمة على أدلة الأحكام الواقعية في غير محله فتكون القاعدة حاكمة على إطلاقات أدلة ضمان المثل بالمثلي، حتى إذا لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل فإن تملك المال بأزيد من ما يسوى ضرر لا يلزم به الشارع ولو مقدمة للتسليم إلى المالك وبعد جريان قاعدة نفي الضرر يكون المقام مشاركا في الحكم لصورة تعذر المثل وهي المسألة الآتية. ويأتي الكلام فيها. (ص ٩٨)

وفي السرائر أنه الذي يقتضيه عدم الإسلام والأدلة وأصول المذهب، وهو كذلك لعموم الناس مسلطون على أموالهم هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، وأما مع تعذره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة.

(١١٤) الطباطبائي: والتحقيق أن المدار على مكان وجود العين في يده إلى زمان التلف فله مع وجودها مطالبتها لكان القبض بمعنى الإلزام على الرد إليه وله مطالبتها في كل مكان نقلها إليه فلو أدارها في البلدان له الزامه بالرد إلى كل واحد منها لأن له أن يقول: إني أريد بقاء مالي في ذلك البلد الذي وصل إليه وهكذا وليس له إزامه بالنقل إلى مكان لم يصل إليه وإن كان المالك هناك وجواز المطالبة لا يستلزم ذلك وكذا بالنسبة إلى المثل له المطالبة به في جميع الأمكنة التي وصلت العين إليها إلى زمان التلف وكذا مع التعذر له قيمة المثل في تلك الأمكنة لا في مكان المطالبة وإن جاز له المطالبة في كل مكان والوجه فيما ذكرنا انصراف أدلة الضمان نظير ما يقال في القرض والسلم من الانصراف إلى بلد وقوعهما وذلك، لأن المستفاد من قوله المغصوب مردود وقوله عليه السلام (من أتلف

مال الغير فهو له ضامن) وقوله عليه السلام: (على اليد) ونحو ذلك وجوب الرد والدفع في مكان

ذلك المال ولا يفهم جواز الإلزام بذلك في كل مكان أراد المالك. نعم لو كان المثل في بلد المطالبة مساويا في القيمة للمثل لمكان التلف أمكن جواز مطالبته بمعنى عدم الانتقال إلى القيمة على فرض المطالبة. (ص ٩٨)

(٥٦٣)

السادس

لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك، لأن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب القيمة، جمعا بين الحقين (١١٥).

(١١٥) الطباطبائي: هذا إذا لم نقل بالانتقال إلى القيمة والانقلاب إليها بمجرد التعذر وإلا فلا

ينبغي التأمل في جواز ذلك لأنها نفس ماله عليه والظاهر أن الحكم كذلك في كل مورد كان لواحد على آخر كلي متعذر سواء كان ثمنا للبيع أو ثمنا أو عوضا في الصلح والإجارة أو فرضا أو نحو ذلك فله المطالبة به والانتقال إلى البديل إذا كان ذلك بلا أجل وبعد حلوله وليس للآخر أن يقول إن حقك الشيء الفلاني لا القيمة، فاصبر حتى يحصل التمكن منه نعم لو كان ذلك ضرر عليه دون المالك فهو أمر آخر. (ص ٩٩)

الإصفيهاني: إن العين المغصوبة مثلا ذات شؤون ثلاثة، أحدها: الخصوصية المفردة لها. ثانيها: الخصوصية النوعية. ثالثها: حيثية المالية القائمة بها وتعذر كل مرتبة لا يوجب اضمحلال سائر المراتب فكما أن منع المالك عن الخصوصية الشخصية مع إمكانها ظلم وكذا منعه من الخصوصية النوعية مع تيسر المثل ظلم كذلك منعه عن أصل المالية بأداء القيمة ظلم وأنت خبير بأن الامتناع عن أداء المالية إنما يكون ظلما مع استحقاق المالك ثبوت الاستحقاق به كما هو المفروض دوري والعين التالفة وإن كانت ذات شؤون ثلاثة وبلحاظها جعلت المثل والقيمة لكن مجرد كون العين ذات شؤون ليس بنفسه دليلا على لزوم المثل أو القيمة شرعا أو عرفا وما ثبت شرعا وعرفا في المقام هو المثل وثبوت القيمة بتعذره مع تيسره فيما بعد أول الكلام فكيف يكون المنع عما يشك في استحقاق المالك له ظلما شرعا أو عرفا؟ (ص ٩٢) * (ص ٣٦٩، ج ١)

(٥٦٤)

مضافا إلى قوله تعالى: (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) فإن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى (١١٦).

يكون لذلك ظلما ولا دليل على الانتقال إلى البديل بمجرد التعذر في الحال ولا اعتداء منه ثانيا يوجب جواز الاعتداء عليه بالالزام بالقيمة بعد الاعتداء عليه بمثل ما اعتدى بالزامه والحكم باشتغال ذمته بالمثل أولا فالزامه معه بها اعتداء عليه بغير اعتداء منه فلا دلالة للآية على جواز إلزامه بها. فافهم.

ولا يخفى أن الإشكال إنما يكون لو قيل باشتغال الذمة بالمثل وتبديل عهدة العين المضمونة بالذمة كما هو ظاهر المشهور. وأما لو قيل ببقاء العهدة على حالها كما هو قضية ظاهر الأدلة فلا إشكال فإن أثر العهدة يختلف بحسب الأحوال ففي صورة بقاء العين هو وجوب أداء نفس العين مع التمكن منه ومع عدمه بدل الحيلولة إلى أوان التمكن منه وفي صورة عدم البقاء هو وجوب أداء البديل من المثل في المثلي فيما إذا تمكن منه والقيمة فيما إذا تعذر فيه وفي القيمي. هذا مع أنه يمكن أن يقال إن الانتقال إلى القيمة في صورة تعذر المثل كالانتقال إلى بدل الحيلولة عند تعذر رد العين في الحال وأنه مما هو متعارف في التضمنات العرفية فيكون متبعا في الشريعة منها لعدم ورود نحو خاص من الشارع في باب التضمنين كما لا يخفى. (ص ٣٧)

(١١٦) الإصفهاني: تحقيق المقام: إن الأمر بالاعتداء أما للإرشاد إلى اشتغال الذمة بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي وأما لمجرد الإذن والترخيص في أخذ المثل في المثلي والقيمة في القيمي فإن كان للإرشاد فهو يتصور على وجوه ثلاثة لا يفى شيء منها بما ذهب إليه المصنف والمشهور أحدها: الإرشاد إلى اشتغال الذمة بالمثل فيما له مماثل نوعا فعلا بالإضافة إلى حال اعتداء الضامن وهو حال التلف أو الاتلاف وإلى اشتغال الذمة بالقيمة فيما لا مماثل له نوعا فعلا بلحاظ تلك الحال إما لعدم المماثل له نوعا في حد ذاته

وأما مع عدم مطالبة المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة (١١٧)،

العرفية قاصرة عن إثبات البدل للعين ما عدا المثل وكذا عن إثبات البدل للمثل بأحد النحويين

المزبورين وسيأتي - إن شاء الله تعالى - تنمة الكلام. (ص ٩٢) * (ص ٣٧١، ج ١) (١١٧) النائيني (منية الطالب): والحكم كذلك في باب السلم والقرض، فليس للضامن إلزام المالك بأخذ القيمة. (ص ٢٩٤)

الإصفيهاني: كلام المصنف بناء على عدم انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة ولكن كلامه لا يخلو عن شيء، إذ كون المثل هنا (يعني عدم الانقلاب) في الذمة وعدم ذمة أخرى، بل مجرد جواز المطالبة ككون العين في العهدة وعدم انقلابها إلى ذمة المثل أو القيمة، بل مجرد جواز المطالبة ببدلها، فكما أن جواز مطالبة المالك هناك (يعني في صورة الانقلاب) يلام وجوب الأداء على الضامن موسعا ويتضيق بفعالية المطالبة كذلك جواز المطالبة هنا، وكما للضامن هناك المبادرة إلى أداء ما عليه وإن لم يطالبه المالك كذلك هنا، والله أعلم بحقايق أحكامه. (ص ٩٣) * (ص ٣٧٦، ج ١) الإيرواني: مطالبة المالك وعدمها غير دخيل في تعيين الحق، وإنما الكاشف عن الحق جواز مطالبته فإذا جاز له مع تعذر المثل مطالبة القيمة كشف ذلك عن أن حقه هو القيمة فجاز إلزامه بأخذ القيمة وتفريغ ذمة الضامن عن حقه فكأن الذمة مشغولة بالمثل ما أمكن المثل وإذا تعذر انقلب اشتغال الذمة إلى القيمة، فكأنما العين من ابتداء الأمر كانت قيمية وكان كل من المثل والقيمة بدلا عن العين على سبيل الترتب لأن المثل بدل من العين والقيمة بدل عن المثل والحاصل: أن آية الاعتداء تقتضي جواز الاعتداء بمثل ما اعتدى عليه والمراد من المماثلة حسب مبناها هو المماثلة في الاعتداء وهو يختلف باختلاف المالية والتقويم فإذا أخذ بمال توازي ماليته مالية المتعدى به فقد اعتدى بالمثل فكان الحق القيمة مطلقا نعم خرج المثلي بالإجماع والتميقن من معقده ما دام المثل

لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة وحق الضامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور، أما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل.

وما ذكرناه يظهر من المحكي عن التذكرة والإيضاح، حيث ذكرنا في رد بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه: إن المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أن المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به؟ وإنما المصير إلى القيمة وقت تغريمها، إنتهى.

لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، ولعلهم يريدون صورة المطالبة، وإلا فلا دليل على الإطلاق.

ويؤيد ما ذكرنا: أن المحكي عن الأكثر في باب القرض: أن المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة، نعم عبر بعضهم بيوم الدفع، فليتأمل.

وكيف كان، فلنرجع إلى حكم المسألة (١١٨)

(١١٨) الإيرواني: لازم ما استظهرناه من الآية - أعني المماثلة في الاعتداء دون المعتدى

به

وأن ذلك يكون بأخذ القيمة - هو أن الواجب من القيمة في المقام وفي القيميات هو أعلى القيم من حين وضع اليد على العين إلى زمان تلفها لأن اعتداء المعتدي لما كان مستمرا من زمان وضع اليد عن العين إلى زمان تلفها ومن جملة ذلك زمان ارتفاع القيمة فهو معتد في هذا الزمان بالقيمة العالية واعتدائه بمثل ما اعتدى به في هذا الحال هو الأخذ بالقيمة العالية. نعم، ما دام المثل ميسورا في المثليات كفى دفع المثل بأي قيمة كان فإذا تعذر المثل يرجع إلى حكم الآية. وحكم الآية ما ذكرناه دون قيمة يوم الضمان أو يوم

فنقول: المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع، لأن المثل ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان ولا دليل على سقوطه بتعذره، كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه.
وقد صرح بما ذكرنا المحقق الثاني، وقد عرفت من التذكرة والإيضاح ما يدل عليه.

(١١٩) الطباطبائي: وهو الموافق للتحقيق من كون المثل بل العين في الذمة إلى ذلك الزمان. (ص ٩٩)

النائبي (منية الطالب): إلا أن هذا التعذر إنما هو في المضمون باليد. وأما المضمون بالعقد كالسلم والقرض ففي مورد التعذر الابتدائي يشكل أصل صحة التعهد. أما السلم فالظاهر اتفاق الأصحاب عليه، ووجهه: أن من لا يمكنه أداء الحنطة - مثلاً - حال حلول الأجل يدخل بيع الحنطة فيما لا يقدر على تسليمه. وأما القرض فإننا وإن لم نجد من صرح بالبطلان ولكن لو جعل للقرض مدة لا يمكنه رد العين المقترضة ولا مثلها، كما لو اقترض بطيخاً ونحوه مما يفسد في هذه المدة ولا يوجد مثله فأصل صحة القرض مشكل حتى يقال بالانقلاب أو عدمه. (ص ٣٠١)
الآخوند: هذا على المشهور من اشتغال الذمة بالمثل وأما على ما هو ظاهر الأدلة فلائ العين باقية على العهدة إلى ذلك الزمان فيكون العبرة بقيمة يوم الدفع، لأنها قيمة العين لا المثل، فافهم. (ص ٣٧)
الإصفهاني: ينبغي أولاً تأسيس الأصل في المقام ليكون مرجعاً عند عدم تعيين أحد الاحتمالات المنسوبة إلى الأعلام.
(والحق هو الاشتغال) وتحقيقه: أن المالية القائمة بالأعيان التي هي من حيثياتها

ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل، وهو للحلي في البيع الفاسد، وللتحرير في باب القرض، ومحكي عن المسالك، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة. ويضعفه: أنه إن أريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك الوقت، فلا دليل عليه.

وإن أريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة. إلا أنه لو أخرج الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط، وإسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان وليس في الزمان الثاني مكلفا بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول.

الاستحقاق وهو فرع انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة وإن قلنا بعدم انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة وبقاء ذمة المثل إلى أن يصير بنفسه أو بمالائه خارجيا فالاعتبار بقيمة يوم الأداء لأن الواجب أداء ما للمثل من المالية فعلا لا أداء ماله من المالية قبلا إذ الأداء ليس إلا جعل ما في الذمة خارجيا والمتحقق في الذمة بتحقيق المثل فيها هي المالية الموجودة لا المالية المفروضة لانعدامها بسبب تنزل القيمة السوقية فأداء تلك المالية أداء بعناية الفرض والتقدير وأداء المالية الفعلية أداء ما لا يتوقف على الفرض والتقدير وهذا هو الفارق بين بقاء العين في العهدة إلى زمان التفريغ وبقاء المثل في الذمة إلى زمان الأداء والإسقاط، فإن العين حيث كانت شخصية وقد تلفت فلا وجود لها إلا بالفرض ولا مالية لها إلا بالفرض بخلاف المثل فإنه كلي لا يتوقف اشتغال الذمة به حدوثا وبقاء على وجود شيء يطابقه خارجا فلا تلف له فمالائه حال الأداء مالية متحققة لا مفروضة فيجب أدائها في الخارج. (ص ٩٤) * (ص ٣٧٦، ج ١)

هذا، ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدم سابقا: من الآية، ومن أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيرورة التالف قيميا بمجرد تعذر المثل، إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات، وبين طوره بعد التمكن، كما في ما نحن فيه. (١٢٠)

(١٢٠) الطباطبائي: لا يخفى أولا: إن هذا مناف لما ذكره سابقا من أن مقتضى الدليلين الضمان بالمثل حتى في القيميات وما ذكره من أن مقتضاهما عدم سقوطه عن الذمة بالتعذر. ثانيا: إن مقتضى الآية والاطلاقات وإن كان ما ذكره من وجوب الرجوع إلى الأقرب إلى التالف لكن المدار فيه على الأقرب إليه نوعا والعرف بعين مصداقه في القيميات في القيمة وفي المثليات في المثل من غير نظر إلى وجوده أو تعذره فالمناط عندهم وجود المماثل له في الصفات غالبا بحسب نوعه وعدم وجوده ولا ينظرون إلى خصوصيات المقامات من وجود المماثل في القيميات نادرا أو عدم وجوده في المثليات من جهة التعذر العرضي. وثالثا: إنا نمنع أن وجوب دفع الأقرب يقتضي الانقلاب بل هو لا ينافي بقاء المثل في الذمة ووجوب دفع القيمة التي هي الأقرب حال التعذر من باب الوفاء بغير الجنس بل قد عرفت أن مقتضى الأدلة كون نفس العين في الذمة وجوب الخروج عن عهدتها أما بالمثل وأما بالقيمة، فتدبر.

فالتحقيق هو عدم الانقلاب لعدم الدليل على الانقلاب بل أقول التحقيق إن الذمة مشغولة بنفس العين إلى حال الأداء إذ هو المستفاد من أدلة الضمان مثل البيع سابقا والتعذر لا ينافي ذلك لعدم إناطة الأحكام الوضعية بالقدرة وذلك كما فيما لو كان عليه كلي من حنطة أو شعير أو نحوهما من غير جهة الضمان مثل البيع والصلح والقرض

ودعوى: اختصاص الآية وإطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء، لا يخلو عن تحكم (١٢١).

ومال الإجارة ونحو ذلك وتعذر أدائه فإنه لا إشكال في أنه لا ينقلب إلى القيمة بذلك بل يبقى في ذمته غايته أنه لو طالبه وجب عليه الوفاء من غير الجنس فكذا الحال فيما نحن فيه ثم بناء على الانقلاب فالقول بأنه ينقلب حين المطالبة أوفق بالقاعدة لأنه زمان وجوب أداء القيمة، فتدبر. ثم على هذا البناء هل المثل ينقلب إليها أو العين أو القدر المشترك بينهما وهو المالية المحفوظة في البين وجوه أقواها بناء على هذا القول هو الأول وذلك لأن المفروض أن تلف العين أوجب الاشتغال بالمثل إلى حال المتعذر أو إلى حال المطالبة وبعد ذلك وجب القول أداء القيمة فلا بد أن يكون بدلا عما في الذمة وهو المثل لا عن العين التالفة قبل ذلك المفروض تبدلها إلى المثل.

(مسألة): بناء على الانقلاب هل هو ما دامي بمعنى أنه لو وجد المثل بعد ذلك يجب أدائه أو مستقر بمعنى أنه ينقلب إلى القيمة ولا يعود ولو وجد قبل أدائها وجهان أقواهما الثاني لأن المفروض سقوطه بالتعذر واشتغال الذمة بالقيمة فلا دليل على العود إلا أن يقال بأن وجوده قبل أداء القيمة يكشف عن عدم الانقلاب وهو كما ترى. (ص ٩٩ و ١٠١)

(١٢١) النائيني (منية الطالب): فإن غاية ما يتوهم من الفرق: إن التعذر البدوي بمنزلة كون العين قيمة، ولكنه فاسد، فإن القيمي ما لا يوجد له مثل في الصفات كالحيوانات والفيروزج والعقيق ونحو ذلك، لا ما كان في جنسه مثليا، ولم يوجد مثله من باب الاتفاق في عصر من الأعصار مع وجوده قبل ذلك وبعده، فمن التزم بأن التعذر الطارئ لا يوجب الانقلاب فيجب أن يلتزم بأن التعذر الابتدائي أيضا كذلك.

وبعبارة أخرى: كما أن استدامة وجود المثل ليس شرطا لتعلق الضمان بالمثل، بل

ثم إن في المسألة احتمالات أخرى، ذكر أكثرها في القواعد، وقوى بعضها في الإيضاح، وبعضها بعض الشافعية.
وحاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها، أنه:
إما أن نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، وهو الذي اخترناه - تبعا للأكثر - من اعتبار القيمة عند الإقباض، وذكره في القواعد خامس الاحتمالات. (١٢٢)

فيما كان له مثل موجود وبالقيمة فيما لم يكن له مثل موجود من دون تعرض لما يطرأ على ما اشتغلت به الذمة من التعذر بعد التيسر أو العكس حيث لا اعتداء آخر حتى تتكفل لحكم الاعتداء بإزائه بل إذا جعلنا الآية متضمنة للتكليف المحض والترخيص البحث لا تتكفل إلا الترخيص في الاعتداء بالمثل فيما كان المثل موجودا وللاعتداء بالقيمة فيما لم يكن موجودا من دون تعرض لصورة التعذر لما ذكرنا من عدم موجب آخر حتى تتكفل ترخيصا آخر بالإضافة إلى القيمة. نعم بملاحظة التسالم على عدم سقوط الإذن في الاعتداء عند طرو التعذر مع عدم موجب آخر لترخيص آخر نقول إن الموجب الأول قد اقتضى التكليف بالبدل المنحل في الحقيقة إلى مماثل في الطبيعة وفي المالية وبعد عدم إمكان الإذن في الاعتداء بالمماثل في الحقيقة لعدم إمكانه يبقى الإذن بجزئه الآخر على حاله فيجوز له عند التعذر الاعتداء بأخذ قيمة المثل فعلا فإنها المالية المأذون في الاعتداد بها فعلا في ضمن الاعتداء بالمثل لا مالية أخرى فما ذكره من إلحاق التعذر الطارئ بالتعذر الابتدائي لا يصح إلا على هذا الوجه. (ص ٩٥) * (ص ٣٨١، ج ١) وإما أن نقول بصيرورته قيميا عند الأعواز، فإذا صار كذلك، فإما أن نقول: إن المثل المستقر في الذمة قيمي، فتكون القيمة صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف وجب قيمته. (٢)

(١٢٢) الطباطبائي: قد عرفت مما ذكرنا سابقا، إن هذا هو مقتضى القاعدة بناء على القول بالانقلاب عند التعذر، إذ المفروض اشتغال الذمة بالمثل أولا بانقلاب العين التالفة إليه،

وإما أن نقول بصيرورته قيما عند الإعواز، فإذا صار كذلك، فإما أن نقول: إن المثل المستقر في الذمة قيمي، فتكون القيمة صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف وجب قيمته. (١٢٣)

هذا وظاهر ما ذكره المصنف أنفا اختيار الوجه الثاني حيث قال توجه القول بصيرورة التالف قيما بمجرد تعذر المثل ولا وجه له. (ص ١٠١)

(١٢٣) الإيرواني: ما أفاده من الاحتمالات الثلاثة أعني انقلاب ما في الذمة إلى القيمة أو انقلاب التالف إليها أو انقلاب القدر المشترك أمور غريبة إذ الموصوف بالمثلية والقيمة في المثلي والقيمي هي الطبايع الكلية دون الأشخاص وإنما توصيف الأشخاص بهما بلحاظ طبايعهما فإذن لو فرض انقلاب كان ذلك من الطبيعة فتصير الطبيعة بتعذر المثل قيمة يعامل معها معاملة القيمي التالف فتأتي الأقوال الثلاثة في القيمي التالف من اعتبار قيمة يوم الضمان أو يوم تلف العين أو أعلى القيم فمع أن الطبيعة قيمة لا خصوص العين يعتبر ويلحظ في القيمة أيام العين. نعم لو لم نقل بالانقلاب وقلنا ببقاء المثل في الذمة إلى يوم الأداء فذاك مبني آخر أشار إليه في المتن وبالجملة لا معنى لهذا التشقيقات زعما أنها هي مباني الأقوال فإنها مع كونها فاسدة في ذاتها ليست هي بمبانيها وإنما مبني كل من الأقوال الثلاثة أعني اعتبار قيمة يوم الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم بينهما هو مبني الأقوال الثلاثة في القيميات فهذا بعد أن صار قيما صار حكمه حكمها وأما اعتبار قيمة يوم الإعواز أو يوم المطالبة أو يوم الأداء أو أعلى القيم من يوم الضمان إلى إحدى هذه الأيام فمبناه كون هذه الأيام من أيام انتقال الحق من المثل إلى القيمة على اختلاف لا تظار في زمان توجه الخطاب بأداء القيمة فكان كل من الأيام الثلاثة عند من يختاره بمنزلة يوم تلف العين في القيميات فبذاك المناط الذي يعتبر قيمة يوم تلف العين في القيميات يعتبر قيمة أحد هذه الأيام الثلاثة في المثليات وهو كون هذا اليوم يوم انتقال

وإما أن نقول: إن المغصوب انقلب قيما بعد أن كان مثليا (١٢٤).

الحق إلى القيمة ويوم توجه التكليف بدفع القيمة كما أن مبنى اعتبار أعلى القيم من يوم الضمان إلى إحدى هذه الأيام هو مبنى اعتبار أعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم التلف في القيميات فإن يوم التلف إنما يعتبر في القيميات باعتبار أنه يوم انتقال الحق القيمة فإذا فرضنا أن يوم انتقال الحق في المثلي المتعذر مثله يوم هو التعذر أو يوم المطالبة أو يوم الأداء كان حكم هذا اليوم حكم يؤم التلف في القيميات في كونه غاية لاختلاف القيم المضمونة وقد عرفت ما هو الحق والصواب من تلك الأقوال وأن الواجب هو أعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم التلف مطابق ما هو الحق في القيميات بل حتى لو قلنا بقيمة يوم الضمان في القيميات لصحيحة أبي ولاد الواردة فيها قلنا هنا بأعلى القيم استفادة له من آية الاعتداء فإن مفاد الآية على ما تكرر منا هو وجوب القيمة حتى في المثليات وغاية ما خرجنا فيه بالإجماع عن مقتضاها هو المثلي الممكن فيه المثل والباقي باق تحتها ومنه المقام. (ص ١٠٠)

(١٢٤) النائيني (المكاسب والبيع): التحقيق هو: عدم الانقلاب كما عليه المشهور بل المثل

بعد التعذر باق في الذمة إلى زمان الأداء، فتكون العبرة بقيمة المثل يوم الأداء وعلى القول بالانقلاب كما هو الأقرب عند المصنف فالحق هو كون الانقلاب بالقيمة إنما هو ما دام تعذر المثل وأما مع صيرورته متمكنا بزوال التعذر يتعين عليه المثل لأن زوال الصفات عن الذمة إنما كانت لأجل التعذر فيه فيدور مداره حدوثا وبقاء كما لا يخفى وهذا بناء على كون القيمة قيمة المثل لا قيمة العين كما عليه المصنف فيصير كالبديل الحيلولة والقول بالانقلاب ضعيف، بل لا يستقيم على الإطلاق بل يمكن دعوى عدمه على الإطلاق وإن قيل به في الجملة، وذلك أن المسلم منهم في باب السلم هو عدم انقلاب المسلم فيه إلى القيمة بواسطة إعوازه في رأس الأجل بل يفتون ببقاء المثل في ذمة

فإن قلنا بالأول، فإن جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمة المثل يوم الإعواز، كما صرح به في السرائر في بيع الفاسد، والتحرير في باب القرض، لأنه يوم تلف القيمي.

وإن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان - كما هو القول الآخر في القيمي - كان المتجه اعتبار زمان تلف العين (١٢٥)، لأنه أول أزمئة وجوب المثل في الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه، وهذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

وإن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف - كما حكي عن جماعة من القدماء في الغصب - كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الأعواز، وذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات (١٢٦).

الحنطة لو أسلم حنطة حمراء ولم يقد دليل على إسقاط ما كان ضمانه تبعيا وأما السقوط بعد

القبض فلمكان كون المقبوض الفاقد للخصوصية مصداقا لما في الذمة بالرضا فكان المالك رضى بكون الفاقد مصداقا وبعد انطباق ما في الذمة على الفاقد يسقط ما في الذمة فتسقط الخصوصية بطبع سقوط متبوعه. (ص ٣٥١)

(١٢٥) الإيرواني: بل كان المتجه اعتبار زمان إثبات اليد على العين لأنه أول زمان ضمانها ودخول العين في العهدة بنفسها ما دامت قائمة ثم بمثلها إذا تلفت ثم بقيمتها إذا أعوز المثل. (ص ١٠٠)

(١٢٦) الإيرواني: بل من يوم إثبات اليد على العين إلى زمان الإعواز. (ص ١٠٠)

النائيني (المكاسب والبيع): يجب أن نضيف قسما آخر إلى صورة كون القيمة قيمة

وإن قلنا: إن التالف انقلب قيماً، احتمال الاعتبار بيوم الغصب - كما في القيمي المغصوب - والاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلف، وذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد.

وإن قلنا: إن المشترك بين العين والمثل صار قيماً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل، لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إما للعين وإما للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف، وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات.

واحتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل، ووجهه في محكي التذكرة والإيضاح: بأن المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا: ألا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، استحققه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها. والقيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

وحاصله: أن وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه أو وجوب مبدله أعني العين فيجب أعلى القيم منها، فافهم.

المثل لا التالف وهو كون الاعتبار بأعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم الأداء يعني أعلى قيمة المثل من يوم تلف العين إلى يوم الأداء. (ص ٣٥١)

(١٢٧) النائيني (المكاسب والبيع): إن في القسم الأول وهو كون القيمة، قيمة الجامع بين المثل والعين لا قيمة أحدهما فالصحيح هو القول باعتبار أعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم الأداء يعني من يوم الغصب إلى زمان الأداء لا إلى زمان تلف العين يعني زمان تعذر المثل، كما أفاده المصنف. (ص ٣٥١)

إذا عرفت هذا، فاعلم: أن المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلي هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة. غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط وتفريغ الذمة. وأما بناء على ما ذكرنا - من أن المتبادر من أدلة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب - كان المثل مقدما مع تيسره، ومع تعذره ابتداء كما في القيمي، أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه، كان المتعين هو القيمة (١٢٨). فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيميا، وهو حال الإعواز. فحال الإعواز معتبر من حيث أنه أول أزمة صيرورة التالف قيميا، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجه ما اختاره الحلبي قدس سره. ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف - كما عليه جماعة من القدماء - توجه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز، إذ كما أن ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القيم، كذلك بشرط تعذر المثل في المثلي، إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية.

(١٢٨) الطباطبائي: قد عرفت: ما فيه من منع كون لازم وجوب دفع القيمة حينئذ لكونها أقرب الانقلاب فلا تغفل. (ص ١٠١)

(١٢٩) الطباطبائي: فيه أيضا ما في سابقه كما لا يخفى فإن مقتضى القاعدة حينئذ القول

وحيث كانت العين فيما نحن فيه مثلية كان أداء مثلها عند تلفها كرد عينها في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين والمثل. فإن قلنا: إن تعذر المثل يسقط المثل (١٣٠) كما أن تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز، وهو أصح الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل. وإن قلنا: إن تعذر المثل لا يسقط المثل وليس كتلف العين، كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضا مضمونا، فيتوجه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة، وهو المحكي عن الإيضاح، وهو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين أو المثل (١٣١).

بالأعلى من حين الغصب إلى حين تلف العين لا إلى حين صيرورتها قيمة وهو حال يوم الإعواز. (ص ١٠١)

(١٣٠) الطباطبائي: لا يخفى ما في هذا الترديد إذ المفروض هو الكلام على فرض كون القيمة قيمة للعين وصيرورتها قيمة بالتعذر فالشق الثاني خارج عن الفرض فكان الأولى عدم الترديد والتكلم على الشق الأول تنمة للمطلب وأن يقول بدل الشق الثاني وهو قوله: (وإن قلنا إن تعذر المثل لا يسقط... إلخ)، وأما على المختار من أن المثل لا يسقط بالتعذر فيتوجه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة بناء على القول بأعلى القيم، فتدبر. (ص ١٠١)

(١٣١) النائيني (المكاسب والبيع): لا شبهة في أنه بناء على ما حققناه من عدم التبديل، يكون المدار على القيمة، بقيمة يوم الأداء. ضرورة: بقاء العين بخصوصيتها المثلية في العهدة إلى زمان الأداء، فيتعين عليه أداء قيمة يوم الإخراج عن العهدة وهو يوم الأداء. (ص ٣٤٩)

ثم اعلم: أن العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنه لو تلف المثلي والمثل موجود ثم أعوز وظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل بعد تيسره في بعض أزمنة التلف، لا ما تعذر فيه المثل ابتداء (١٣٢). وعن جامع المقاصد: أنه يتعين حينئذ قيمته يوم التلف، ولعله لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات (١٣٣).

(١٣٢) الإصفهاني: بل يستحيل جريان بعضها، وهو انقلاب المثل أو المثلي قيميا عند التعذر،

فإنه يستحيل اشتغال الذمة بالمثل وانقلاب المثل أو العين في تلك الحال إلى ذمة القيمة. (ص ٩٥) * (ص ٣٨٣، ج ١)

(١٣٣) الإصفهاني: لا يخفى عليك أن التوجيه والإيراد لم يردا على مورد واحد ومبنى فأرد

بل التوجيه بحصر التضمين والتغريم في مجرد التكليف الفعلي بالبدل والإيراد بإرادة الوضع واشتغال الذمة به من التضمين والتغريم ومن الواضح أن التكليف الفعلي بالمثل مع تعذره غير معقول حدوثا وبقاءا فالتعذر الطارئ كالتعذر الابتدائي في عدم جريان الاحتمالات المبنية على ضمان المثل كما أن الوضع وهو اشتغال الذمة بالمثل غير موقوف على تيسر المثل حدوثا وبقاءا إذ لا موجب للالتزام بإمكان أداء كلي المثل في اشتغال الذمة بالمثل حدوثا أو بقاءا فالتعذر الابتدائي كالتعذر الطارئ في جريان جملة من الاحتمالات إلا ما سبق وعليه فلا نزاع إلا في المبني فإن قلنا بأن الضمان أمر منتزع من التكليف الفعلي بأداء البدل أو أمر اعتباري مستتبع للتكليف به بحيث لا ينفك عنه فمثله مع التعذر الابتدائي لا يحدث ومع طوره لا يبقى ولا مجال لاستصحابه إذ لا يعقل التعبد به وإن قلنا بأن الضمان أمر اعتباري استدلالى يستتبع التكليف الفعلي مع إمكانه وإلا فلا فالتعذر المانع عن التكليف الفعلي حدوثا وبقاءا لا يمنع عن ثبوت الضمان واعتبار كون البدل في الذمة حدوثا ولا بقاءا. (ص ٩٥) * (ص ٣٨٣، ج ١)

ويمكن أن يחדش فيه: بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمة ابتداء، كما لا يشترط في استقراره استدامة - على ما اعترف به - مع طرو التعذر بعد التلف، ولذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض. وبالجملة، فاشتغال الذمة بالمثل إن قيد بالتمكن لزم الحكم بارتفاعه بطرو التعذر، وإلا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أول الأمر، إلا أن يقول: إن أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن وإن لم يكن مشروطا به عقلا، فلا تعم صورة العجز (١٣٤).

نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيميا (١٣٥). وقد يقال على المحقق المذكور: إن اللازم مما ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة، ولا أظن أحدا يلتزمه، وفيه تأمل. وعن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف.

(١٣٤) الإصفهاني: لكنه مחדوش بأنه لو كان الدليل قاصرا عن شمول صورة العجز عن الأداء لزم عدم القول باشتغال الذمة بالقيمة في القيمي مع تعذر أدائها ابتداء ويلتزم به أحد فيعلم أن اشتغال الذمة بشئ لا يدور مدار تيسره ثبوتا ولا إثباتا فالأوجه في توجيه كلامه قدس سره ما قدمناه. (ص ٩٥) * (ص ٣٨٤، ج ١)

(١٣٥) النائيني (المكاسب والبيع): لكن الأقوى وجوب دفع قيمة التالف وذلك لما عرفت في الأمر المتقدم من أن المعتبر في كون الشئ مثليا هو كون أداء مثله أدائه عرفا بحيث لو لم يكن كذلك، لكان قيميا ولا فرق في اعواز الشئ بين ما كان حين التلف أو كان طاريا، فكما أن إعواز المثل من الأول يخرج الشئ عن المثلية فكذا إذا حدث الاعواز في الأثناء. (ص ٢٣٤)

(١٣٦) الطباطبائي: لا يخفى أن هذا الإشكال وارد على كل من قال بالانقلاب بالتعذر سواء

ويمكن أن يقال: إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس وتسليطهم على أموالهم أعيانا كانت أم في الذمة: وجوب تحصيل المثل كما كان يجب رد العين أينما كانت ولو كانت في تحصيله مؤونة كثيرة، ولذا كان يجب تحصيل المثل بأي ثمن كان (١٣٧)، وليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة. نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد، كما أن المجمعين إذا كانوا بين معبر بالإعواز ومعبر بالتعذر، كان المتيقن الرجوع إلى الأخص وهو التعذر، لأنه المجمع عليه. نعم، ورد في بعض أخبار المسلم: أنه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخير المشتري. ومن المعلوم: أن المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة، وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه (١٣٨).

كان من الابتداء أو في الأثناء فلا وجه لإيراده على خصوص مقالة المختلف المذكور من كون التعذر الابتدائي موجبا لانتقال إلى القيمة. (ص ١٠١) (١٣٧) الإيرواني: قاعدة نفي الضرر حاكمة على هذا العموم وأضرابه إذا لم يكن الضامن هو

المقوم على هذا الضرر بنقله للعين إلى مكان يتضرر بإعادتها بل كانت العين في مكانها وارتحل المالك عنها ثم طلب نقلها إليه وكذا الكلام في المثل. (١٠٠) (١٣٨) الطباطبائي: ولكن الظاهر: أن المراد من التعذر، العرفي، وحينئذ فيتحد مع الاعواز الذي بمعنى كونه مفقودا عرفا وإن أريد العقلي منهما فهما متحدان أيضا فالأخصية إنما تتم مع التفكيك بإرادة العقلي من إرادة الأول والعرفي من الثاني. (ص ١٠٢)

ثم، إن في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالا، من حيث إن العبرة بفرض وجوده ولو في غاية العزة - كالفاكهة في أول زمانها أو آخره - أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأول، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه وشرائه، فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغني عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم، لو ألحى إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك، كما لو فرض الحمد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل وشبهها.

النائبي (منية الطالب): ولكن لا في مورد صار عزة وجوده موجبا لأن يعد مثله عادم النظير، بل المقصود: أنه لو صار عزه وجوده موجبا لغلائه فقيمته في حال غلائه تستقر في ذمة الضامن، لأن المال مثلي فإنه آخر أزمنا وجود المثل، وبعد ذلك لو وصل عزته بحيث لا يباع إلا بإزاء عتاق الخيل، فهذا يعد متعذرا. (ص ٣٠٣)

الطباطبائي: التحقيق ما ذكرناه من أن مقتضى عموم السلطنة جواز المطالبة بالبدل بمجرد عدم الوجود في البلد وما بحكمه سواء قلنا بجواز الفسخ أيضا ولم نقل فإن جوازه لا يمنع من ذلك إذ الخيار حق له لا عليه فلا يلزم باستيفائه فله أن لا يفسخ ويطلب البدل، فتدبر. وأما عدم جواز المطالبة بالمثل فيحتاج إلى عدم الإمكان وإلا فمقتضى عموم السلطنة أيضا جواز الإلزام بالنقل وإن احتاج إلى مؤنة كثيرة وتوقف على مقدمات بعيدة فالمناطق في جواز الإلزام بتحصيله مجرد الإمكان كما أن مناطق جواز المطالبة بالبدل أيضا مجرد عدم الوجود في البلد يحتاج تحصيله إلى مدة ولو يسيرة، فتدبر. (ص ١٠٢)

(١٣٩) الآخوند: لا بد من تعيين ما هو المرجع في صورة الشك في التعيين وأنه أصالة البراءة

عن الأكثر أو أصالة الاشتغال فرما يقال: إن قضية بقاء العين المضمونة في العهدة مع

فإن الراغب في الجمد في العراق من حيث إنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، وإنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجة مشرف على الهلاك به، ونحو ذلك من الأغراض. ولذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذر كما ذكرنا في المسألة الخامسة.

فكل موجود لا يقدر وجوده في صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده في التقويم عند عدمه (١٤٠).

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه ولو كان في غير بلد الضمان وكان قيمة المثل هناك أزيد.

وأما مع تعذره وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة، فهل له المطالبة بأعلى القيمتين، أم يتعين قيمة بلد المطالبة، أم بلد التلف؟ وجوه. (١٤١) وفصل الشيخ في المبسوط في باب الغصب: بأنه إن لم يكن في

القيم على جميع المباني، فراجع ما قدمناه في بعض الحواشي، والله

أعلم. (ص ٩٦) * (ص ٣٨٨، ج ١)

(١٤٠) الطباطبائي: إلا إنه إذا فرض كون العين التالفة في غاية العزة ومما لا يرغب في بيعه إلا

لغرض كذائي فالظاهر اعتبار قيمته في هذه الحالة ولو فرض وجود المثل بهذا الوصف وجب تحصيله. (ص ١٠٢) (١٤١) الطباطبائي: والمسألة متفرعة على مسألة مطالبة المثل مع فرض عدم التعذر وقد

ذكرنا سابقاً: أن التحقيق جواز مطالبته في كل مكان وصلت العين إليه دون غيره من الأمكنة وذلك لأنه المفهوم من أدلة الضمان كما عرفت. (ص ١٠٠)

نقله مؤونة كالتقدين فله المطالبة بالمثل، سواء أكانت القيمتان مختلفتين أم لا. وإن كان في نقله مؤونة، فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضا، لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وإلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد.

الآخوند: لا يبعد تعين قيمة بلد المطالبة فإنه محل الخروج عما عليه والوفاء بما في ذمته بناء على المشهور من بقاء اشتغال ذمته بالمثل مع تعذره وعدم تبدل الاشتغال به، بالاشتغال بالقيمة وكذا على ما قربناه من بقاء العين على العهدة فإنه محل العمل بما هو قضية كون العين مضمونة وفي العهدة ولو منع عن أنه لم يعلم استقرار سيرة العقل على ذلك فلا بد من الرجوع إلى ما يقتضيه الأصل وقد مر تحقيقه. (ص ٣٨)
الإصفيهاني: التحقيق: بناء على بقاء العين في العهدة إن الاعتبار ببلد التلف كما كان الاعتبار بزمان التلف لأن تلك المالية القائمة بالعين الشخصية حال تلفها مالية متحققة فعليه متشخصة بزمان التلف ومكانه وماليتها بعد التلف فرضيه وفي غير مكان التلف كذلك فلا عبرة في مقام التدارك إلا بما كان محققا لا بما كان مفروضا مقدرا. وأما بناء على

انقلاب عهدة العين إلى ذمة المثل فكلي المثل لا تشخص له بزمان أو مكان إلا أن الوفاء بجعله خارجيا ويجعل ماليته خارجيته بحصة من المالية المحضنة مماثلة لها وخارجية في مكان الأداء خارجية فعلية فأداء ما يماثل مالية المثل في بلد الأداء مالية غير فرضية بخلاف لحاظ ماليته في بلد التلف فإنها مالية المثل بلحاظ فرض خارجية هناك فهذا وفاء خارجي وذلك وفاء فرضي وأما إذا قلنا بانقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة عند التعذر فالاعتبار بمكان التعذر لا مكان تلف العين ولا مكان المطالبة والأداء. لأن مالية المثل فعلا عند تمحضها في الذمة وسقوط خصوصية الطبيعة هي تلك المالية عند التمحض والسقوط لا ماليته المفروضة سابقا أو لاحقا فتدبره فإنه حقيق به. (ص ٩٧) * (ص ٣٩٠، ج ١)

ثم قال: إن الكلام في القرض كالكلام في الغصب. وحكي نحو هذا عن القاضي أيضا (١٤٢)، فتدبر.

(١٤٢) الإيرواني: تفصيل الشيخ ليس في محل البحث بل أطلق فيه القول بضمان قيمة بلد التلف والصورتان الأوليان في كلامه خارجتان عن موضوع التعذر بل يمكن أن يدعي أن كلامه بمعزل عن موضوع التعذر وإنما حكم بالقيمة فيما حكم بمناط الضرر لا بمناط التعذر إلا أن يقال إن المسألتين من واد واحد ثم لا يخفى ما في هذا التفصيل الذي أفاده فإن الضرر الذي حكم من أجله بسقوط المثل في الصورة الأخيرة إن كان من جهة زيادة القيمة فهذا موجود في الصورة الأولى أيضا فلم لم يحكم فيها بسقوط المثل وإن كان من جهة الاحتياج إلى مؤنة النقل فهذا موجود في الصورة الثانية أيضا وقد حكم فيها بوجوب النقل وإن كان من جهة مجموع الأمرين فهو مع أنه فاسد في ذاته إذ الانضمام إن أوجب فإنما يوجب زيادة الضرر لا أصله مردود بأن مجموع الأمرين ربما كان مساويا أو أنقص من أحدهما الموجود في كل من الصورتين الأوليين والتحقيق في أصل المسألة إن هذه المسألة ليس لها شأن مستقل بل تتفرع على المسألة المتقدمة أعني مطالبة المثل مع فرض التمكن منه وإن المالك يستحق المثل في أي بلد فكل ما قيل هناك يتفرع عليه قيمته هنا فراجع تلك مسألة. (ص ١٠٠)

الطباطبائي: محصل مناط هذا التفصيل أحد الأمرين لأنه إما أن يقال إن مقتضى عموم دليل السلطنة جواز المطالبة في كل مكان إلا إذا استلزم الضرر فيكون المدار على مكان التلف وفيه: أنه لا وجه لتعيين بلد التلف حينئذ وإما أن يقال إن مقتضى القاعدة اعتبار بلد التلف إلا أنه إذا لم يكن ضرر جاز المطالبة في غيره أيضا وفيه: أن المناط إذا كان بلد التلف فلا وجه لجواز المطالبة في غيره ومجرد عدم الضرر لا يكفي في ذلك إلا

يمكن أن يقال: إن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الإطلاق لانصراف العقد إليه، وليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف. (١٤٣)

بقي الكلام في أنه هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازة، والجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف أم لا؟ (١٤٤)

أن يقال إن مقتضى الجمع بين عموم السلطنة وفهم دليل التلف من أدلة الضمانات ذلك وفيه ما لا يخفى. (ص ١٠٢)

(١٤٣) الطباطبائي: يمكن أن يقال كما أشرنا إليه سابقا إن المنساق والمتفاهم عرفا من أدلة

الضمانات أيضا ذلك أي اعتبار بلد التلف أو كل بلد وصل إليه العين وذلك لأن مقتضى اعتبار المماثلة في الاعتداء ومقتضى البدلية المفهومة من التغيريم فإن القيمة إذا كانت مختلفة بحسب الأمكنة فلا بد من اعتبار القيمة في المكان الذي كانت العين فيه أو تلفت فيه وانتقلت إلى القيمة، فتدبر. (ص ١٠٢)

(١٤٤) الآخوند: أما المثل فبناء على بقاء العين مع التلف على العهدة - كما قويناه - لا يبعد أن

يكون من آثارها حينئذ دفع القيمة، كما كان في صورة تعذر المثل فإنه حينئذ لا يكون قابلا لأن يعرض به عن المالية وبناء على تبدل العهدة بالاشتغال كما هو ظاهر المشهور في وجوب دفع المثل فإنه الوفاء بما في ذمته حقيقة أو وجوب دفع القيمة فإن المثل في نظر العقلاء بذلك خرج عما يوفي به الدين، وجهان أظهرهما الأول ومع الشك فالمرجع هو الأصل وقضيته وجوب دفع القيمة بناء على بقاء العهدة استصحابا لها ما لم يدفعها وكذلك بناء على اشتغال الذمة بالمثل لو كان دفع القيمة أيضا من باب الوفاء بما فيها لا لأجل انتقال اشتغال الذمة بها لاستصحاب بقائه فيها ما لم يدفعها للقطع بكون

الأقوى بل المتعين هو الأول (١٤٥)، بل حكي عن بعض نسبه إلى الأصحاب وغيرهم. والمصرح به في محكي التذكرة والإيضاح والدروس: قيمة المثل في تلك المفازة.

المماثل في الصورة فقط لأنه قريب منه من حيث الخصوصية المقصودة للعقلاء على الفرض أو المماثل في المالية لأنه المهم بحسب الأغراض العقلائية أو هما معا لإمكان تدارك الحثيتين المطلوبتين فلا يقطع بسقوط العهدة إلا بالأخير. وأما بناء على انقلاب عهدة العين إلى ذمة المثل والشك في كفاية أداء المثل فمنشأ الشك فيها الشك في أن المالية من مقومات المثل الذي اشتغلت الذمة به حتى لا يسقط ذمة المثل بأداء المماثل في الصورة فقط أو من حالاته حتى لا يكون بقاءه في الذمة بعد سقوطه عن المالية مانعا عن وفائه بأداء المماثل في الصورة فالموضوع الذي قد اشتغلت به مردد بين ما يكون مقطوع البقاء بعد أداء المثل الذي له مالية إلا أمر خاص لأن الذمة مشتغلة بأداء المثل وأداء المالية ليتوهم الانحلال لمكان يتقن المثل والشك في لزوم أداء المالية. نعم بناء على انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة عند التعذر والشك في أن السقوط عن المالية كالتعذر فمقتضى الأصل بقاء الذمة وعدم اشتغال الذمة بالقيمة إلا أن بقاء ذمة المثل وعدم اشتغال الذمة بالقيمة لا يصحح كفاية أداء المثل الساقط عن المالية ولزوم تدارك المالية لا ينافي عدم اشتغال الذمة بالقيمة كما في القول بعدم الانقلاب من أصله بل من المحتمل بقاء ذمة المثل بماله من المالية فإما أن يصبر إلى أن يعود ماليته أو يخرج عن عهدة ماليته بأداء القيمة، فتدبر. (ص ٩٧) * (ص ٣٩٢، ج ١)

(١٤٥) الإيرواني: وأما على المختار من دلالة الآية على وجوب القيمة حتى في المثليات فالقدر المتيقن الخارج من الآية بالإجماع ما إذا لم يخرج المثل عن المالية بل لم تتغير تغيرا فاحشا وإلا أنتقل الحكم إلى القيمة بحكم عموم الآية. (ص ١٠٠)

ويحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالية. (١٤٦)

(١٤٦) الإيرواني: هذا هو البحث السابق فإنه بعد دخول المثل بالخروج عن المالية في حكم

المتعذر يجري بحث صورة التعدي وقد عرفت أن مسألة التعذر ليس لها شأن مستقل بل هي من متفرعات مسألة المطالبة بالمثل مع التمكن منه وإن مطالبته يكون في بلد التلف أو أي بلد كان فراجع تلك المسألة ونقحها حتى يرتفع عنك إشكال البقية. (ص ١٠٠) الإصفهاني: تفصيل القول فيه بناء على المباني المختلفة أما لو قلنا ببقاء العهدة فسواء كان أداء المثل مسقطاً للعهدة أو موجباً للخروج عن مقتضاها فلا مجال إلا للاشتغال لأن أداء المثل على الثاني وإن لم يكن مسقطاً للعهدة إلا أن المالية كما مر سابقاً ليست دائرة بين الأقل والأكثر حتى يؤخذ بالأقل ويجري البراءة عن الأكثر بل أنحاء المليات متباينات والقلة والكثرة في لازمها وإن قلنا بانقلاب عهدة العين إلى ذمة المثل فالمقوم للمثل كما مر هي المالية في الجملة لا بحد خاص بحيث لا تأتي عن التفاوت بحسب مرور الزمان إلا أن اللازم في جعل مالية المثل خارجية إن كان حال اشتغال الذمة فالملاك قيمة يوم التلف العين وإن كان قيمة يوم التعذر فالملاك قيمة يوم سقوط المثل عن المالية وإن كان قيمة يوم الأداء فحيث إن يوم الأداء لا قيمة للمثل فمع استقرار المثل في الذمة إلى حين الأداء وملاحظة قيمته في غير هذه الحالة فقيمة يوم اشتغال الذمة وقيمة يوم سقوط المثل عن القيمة كلتاهما على حد سواء وليست كقيمة يوم الأداء متعينة لكونها مالية المثل فعلا بل كالتا الماليتين السابقتين لم يكن بهما عبرة في حد ذاتهما فلا بد من أن يلاحظ مقتضى الأصل. وقد عرفت أن أنحاء المليات متباينات وليس بينها في نفسها قلة وكثرة فمقتضى القاعدة الاشتغال وأداء أعلى القيم ومنه يظهر أنه بناء على انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة الأمر كذلك لتردد ما اشتغلت به الذمة بين المتباينين فلا بد من الاحتياط بخلاف من يرى القيمة دائرة بين الأقل والأكثر فإنه لا يقين له إلا بالاشتغال بالأقل كما أنه لا يقطع بسقوط ذمة المثل إلا بأداء الأكثر، فافهم

(فروع)

لو دفع القيمة في المثلي المتعذر مثله ثم تمكن من المثل (١٤٧).

وتدبر. (ص ٩٩) * (ص ٣٩٥، ج ١)

النائبي (منية الطالب): لا يخفى أنه بناء على دخل الأزمنة والأمكنة في مالية الأموال لا وجه لما أفاده المصنف في مسألة خروج المثل عن القيمة، كالماء على الشاطئ والجمد في الشتاء من احتمال ضمان آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالية، لأنه يجب عليه رد جميع هذه الخصوصية فيلاحظ قيمة الماء في المفازة، وقيمة الجمد في الصيف. (ص ٢٩٥)

(١٤٧) النائبي (المكاسب والبيع): إن التعذر إما يكون في الابتداء أو يكون في الأثناء وعلى

كلا التقديرين فإما أن لا يرجى زواله عادة أو يكون مرجو الزوال فإن كان مرجو الزوال عادة فقد تقدم أن فيه قولين، قول بالانقلاب إلى القيمة وقول بالعدم، وتقدم إن المختار منهما هو عدم الانقلاب من غير فرق في ذلك بين التعذر الطارئ في الأثناء أو ما كان من الابتداء وإن كان غير مرجو الزوال فلا يعتبر فيه ضمان المثل من غير فرق أيضا بين التعذر الطارئ الابتدائي، وذلك الوجه مشترك في جميع الضمانات من القهرية بسبب اليد والإتلاف والاختيارية الحاصلة بالالتزام العقدي ووجه مختص بباب الضمان الاختيارية ووجه مختص بالقهرية. أما المشترك بين الجميع فهو لغوية اعتبار ضمان ما لا سبيل إلى أدائه بحسب العادة بوجه من الوجوه أصلا. وأما المختص منه بباب العقود أما فيما كانت القدرة شرطا شرعيا في صحته فواضح، حيث إنه مع التعذر الغير المرجو زواله لا يمكن أدائه فيبطل العقد من جهة فقط شرطه وهو القدرة، وأما فيها لم تكن القدرة شرطا شرعيا بل كانت شرطا عقليا فلعدم تمشي الالتزام العقدي مع فرض العجز الدائمي عن الوفاء بما التزم به. بل يكون التزامه هذا لقلقلة اللسان وعلى تقدير أن يكون صورة الالتزام الصوري لا يكون مشمولاً بدليل وجوب الوفاء لأن دليله إنما يدل على وجوب

فالظاهر عدم عود المثل في ذمته، وفاقا للعلامة قدس سره ومن تأخر عنه ممن تعرض للمسألة، لأن المثل كان ديناً في الذمة سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده (١٤٨).

وفاء ما كان التزاماً حقيقياً لا ما كان صورة الالتزام. وأما وجه المختص بباب الضمانات القهرية فلأن قوله عليه السلام: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) وإن كان بالنظر إلى كلمة الموصول فيما أخذت عاماً يشمل ما يكون أدائه وما لا يمكن فيه الأداء إلا أنه بواسطة كلمة حتى تؤدي الظاهرة فيما له أداء يصير مختصاً بما يمكن فيه الأداء وإن منع عن الانصراف فلا أقل من الشك في شموله لما لا أداء له فلا يدل على ضمان ما لا يمكن أدائه وعلى ذلك ففي باب الضمانات القهرية لو طرأ التعذر في الأثناء ينقلب إلى القيمة ولو كان من الابتداء يتعلق الذمة بالقيمة من أول الأمر، وفي حكم الضمانات القهرية ما كان من العقود التي لم يعتبر فيها التمكن على أداء نفس ما وقع به الالتزام كالصلح فإنه أيضاً يوجب الضمان بالقيمة وأما غير الصلح مما يشترط فيه ذلك فيحكم بالبطلان لو كان التعذر من الابتداء وبالتبدل إلى القيمة لو كان في الأثناء. والسرف في صحة الانقلاب في هذا القسم أعني ما كان الفجر دائماً هو عدم تقدم الضمان بوصف المثلية بل إنما الركن في باب الضمان هو المالية، وإنما يعتبر المثلية مع إمكانها فيكون حالاً لمثلية لبقية الأوصاف مثل حراوية الحنطة وكتابة العبد ونحو ذلك حيث أنه مع التعذر ينتقل إلى القيمة. (ص ٣٥٦)

(١٤٨) الإيرواني: صورة التراضي خارجة عن محل البحث وإنما الإشكال فيما إذا كان أخذ

القيمة بعنوان الاستحقاق الشرعي فهل يرجع الحق إلى المثل بالتمكن منه أو لا. والتحقيق أن يقال على المختار من وجوب القيمة في جميع موارد الضمان استظهاراً له من الآية وأن الإجماع قد أخرج المثليات فينبغي الاقتصار في وجوب المثل على المتيقن من معقد الإجماع وهو إذا تمكن من المثل فعلاً فإذا تعذر فعلاً وأدى القيمة حكم بالبراءة

هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز، وأما على القول بسقوطه وانقلابه قيماً، فإن قلنا: بأن المغصوب انقلب قيماً عند تعذر مثله، فأولى بالسقوط، لأن المدفوع نفس ما في الذمة. وإن قلنا: بأن المثل بتعذره - النازل منزلة التلف - صار قيماً، احتمال وجوب المثل عند وجوده، لأن القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي أن حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة (١٤٩).

بحكم الآية وإن تمكن بعد ذلك من المثل. (ص ١٠٠)

الآخوند: (أولاً) الإشكال في عدم عود المثل، فيما إذا كان دفع القيمة بتراضي منهما عوضاً عما هو عليه، وإنما الإشكال فيما إذا كان دفعها استحقاقاً لها فعلاً. (ثانياً) ومنشأ (عوده وعدمه) احتمال كونه وفاء حقيقة في هذه الصورة أو كونه من قبيل بدل الحيلولة لا ما ذكره المصنف.

(والحق في الفتوى) أنه حيث لم يعلم أن أداء القيمة من باب الوفاء أو بدل الحيلولة واستصحاب بقاء المثل في الذمة يعارض باستصحاب بقاء القيمة المدفوعة على ملك المدفوع إليه. وعدم عودها إلى ملك الدافع. وكيف كان لم يثبت للمالك بعد أخذ القيمة حق مطالبة الضامن بالمثل بعد تمكنه منه والمرجع أصالة البراءة عن وجوب دفع المثل لو طولب به. فتدبر جيداً. (ص ٤٠)

(١٤٩) الإصفهاني: وفيه: أن اعتبار بدل الحيلولة - كما مر مراراً - من أحكام المضمون ومن

اعتباراته، فللعين الداخلة في العهدة هذا الاعتبار، وأما المثل المشتغل به الذمة فهو ما يضمن به، لا أنه مضمون، فليس له اعتبار بدل الحيلولة مطلقاً مضافاً إلى أن اعتبار بدل الحيلولة يستدعي الثبوت من وجه والانتفاء من وجه آخر، فلا بد من أن يكون هناك شيء مضافاً إلى المالك حتى تصح الحيلولة بينه وبين المالك، وإلا ع فالحيلولة معنى لا يتقوم

السابع

لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا، فقد حكي: الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة (١٥٠).

ويدل: عليه الأخبار المتفرقة في كثير من القيميات، فلا حاجة إلى التمسك بصحیحة أبي ولاد الآتية في ضمان البغل (١٥١)، ولا بقوله عليه السلام: (من أعتق شقصا من عبد قوم عليه) بل الأخبار كثيرة، بل قد عرفت أن مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيميات هو ذلك بحسب المتعارف (١٥٢)، إلا أن المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذرا. بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات كالبغل والعبد ونحوهما لصورة تعذر المثل، كما هو الغالب.

(١٥٠) الطباطبائي: ولكن قد عرفت أن مقتضى القاعدة عدم الانقلاب حتى في القيميات وكون العين في العهدة إلى حال أداء العوض والخروج عن العهدة ولازم ذلك كون المدار على قيمة يوم الدفع ولا ينافي كون ذلك كونها قيمية، إذ معنى ذلك وجوب القيمة حين الأداء بخلاف المثليات فإن الواجب دفع المثل حينه فيكون الأول من باب الوفاء بغير الجنس ولا ينافي ما ذكرنا شيء من الأخبار، كما سيأتي. (ص ١٠٢)

(١٥١) الإيرواني: إن اظهر الاستغناء ثم العود إلى التشبث بهما بعد سطرين ليس كما ينبغي. (ص ١٠١)

(١٥٢) الإيرواني: ما عرفنا سوى عكس هذا وإن حكم العرف المنزل عليه إطلاقات أدلة الضمان هو الضمان بالمثل حتى في القيميات فكانت القيمة بدلا عما اشتغلت به الذمة لا مصداقا لما اشتغلت به الذمة. (ص ١٠١)

(٥٣١) الإصفهاني: ومبنى هذا الإشكال كما تقدم منه سابقا على أن المثلي عند العرف ما كان له

فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي وإن فرض تيسر المثل له - كما في من أتلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه (١٥٤)، وكما لو أتلف عليه ذراعاً من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في أجزائه أصلاً هو الإجماع، كما يستظهر. وعلى تقديره، ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل،

مماثل بالفعل فإنه الأقرب إلى التالف والقيمي عندهم ما لم يكن له مماثل بالفعل وإن كان نوعاً ذا مماثل فإنه الأقرب إلى التالف بعد عدم المماثل وقد مر منا سابقاً أن مقتضى الحكمة العقلانية ملاحظة كونه ذا مماثل نوعاً لا اتفاقاً حيث إن الإلزام به منافع للحكمة وأن ملاك المثلية والقيمية في الطريقة العرفية كون الشيء ذا مماثل نوعاً أو عدم كونه ذا مماثل نوعاً، فراجع. ويمكن تقريب الاطلاق بوجه لا يرد عليه أشكال المصنف وهو: أن ما حكم بضمانه الشرع، حيث إنه مضمون بالمثل تارة، وبالقيمة أخرى ومع ذلك لم يقيده بشيء منهما في مواردتهما، وكانت الطريقة العرفية على تغريم بعض الأشياء وبعضها الآخر بالقيمة، فلو كان الاطلاق اتكالا منه على حكم العرف وايقالا للأمر إليهم لم يكن ناقضاً لغرضه، وإلا لكان ناقضاً لغرضه حيث إنه لا تعيين منه لما يضمن به مع أنه معين عنده، ولا اتكال منه على التعيين عند العرف الذي ألقى الكلام إليهم فالطريقة العرفية ممضاة ومتبعة بحكم الاطلاق، وحينئذ لا مورد للاشكال الآتي. (ص ٩٩) * (ص ٣٩٨ و ٣٩٩، ج ١)

(١٥٤) الطباطبائي: بناء على المختار من كون نفس العين في العهدة إلى حين الأداء يمكن أن يقال في هذه الصورة بالتهاتر فتأمل، فإنه على هذا ليس ما في الذمة كلياً بل عين شخصي نعم بناء على ثبوت المثل يحكم بالتهاتر. (ص ١٠٣)

خصوصا مع الاستدلال عليه كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى: (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم). بناء على أن القيمة مماثلة للتالف في المالية، فإن ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل. (١٥٥) وكيف كان، فقد حكي الخلاف في ذلك عن الإسكافي، وعن الشيخ والمحقق في الخلاف والشرائع في باب القرض (١٥٦).
فإن أرادوا ذلك مطلقا حتى مع تعذر المثل فيكون القيمة عندهم بدلا عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها - كما ذكروا ذلك احتمالا في مسألة تعيين القيمة متفرعا على هذا القول - فيرده إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة.
منها: صحيحة أبي ولاد الآتية.

(١٥٥) الطباطبائي: لا يخفى ما فيه من الخزانة حيث إن التقدير ثبوت الإجماع على وجوب القيمة وإن فرض تيسر المثل. (ص ١٠٣)
الإيرواني: التفصيل بين صورة وجود ما صدق عليه المثل وصورة وجود المثل من جميع الجهات غريب. فإنه إن كان إجماع على وجوب القيمة في القيمي وشمل ذلك صورة وجود المثل عم الصورتين وإن لم يشمل، لم يشمل الصورتين. (ص ١٠١)
النائني (منية الطالب): وتقدم أيضا: أنه لم ينهض دليل على وجوب رد الأقرب إلى التالف، مع أنه ليس له ميزان مضبوط، لإمكان أن يكون شيء أقرب إلى التالف من جهة وشئ آخر من أخرى، فوجوب رد القيمة في القيميات لا إشكال فيه. (ص ٣٠٧)
(١٥٦) النائني (منية الطالب): ولكنه يمكن توجيه كلامهما بأن المتعارف في باب القرض لا سيما بالنسبة إلى الرغبة أن وجوب رد مثله ولو في بعض الصفات من باب الشرط الضمني. (ص ٣٠٧)

ومنها: رواية تقويم العبد.
ومنها: ما دل على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته
بحساب ذلك، فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد
ضمان التالف. (١٥٧)
ومنها: غير ذلك من الأخبار الكثيرة (١٥٨).

(١٥٧) الطباطبائي: لا دلالة في هذه الأخبار لأن الأخبار الدالة على الضمان فواضح وأما
الأخبار المعينة للقيمة فلعدم استفادة أزيد من وجوب دفعها حين الأداء منها. نعم، الخبر
الوارد في الرهن الدال على سقوط ما في ذمته يحسبان ما تلف من الرهن بتفريطه يدل
على الانقلاب وإنما غايتها وجوب دفع القيمة عند الأداء لكن لم أعثر على هذا الخبر.
نعم يدل جملة من الأخبار على أنهما يترادان الفضل إذا كان أحد الأمرين من الرهن
والدين عند تلفه بالتفريط فضل لكن هذا لا يدل على الانقلاب بل المراد أنهما يتراضيان
على ذلك ويحتسبان كذلك ويؤيده أنه قد يكون الرهن مثليا وقد يكون الدين من غير
النقدين، فتدبر. (ص ١٠٣)
(١٥٨) الإصفهاني: ليس في أخباره كما قيل عنوان السقوط حتى يستظهر منه القيمة بل
فيها

أنهما يترادان الفضل بينهما فيحمل على أنهما يترادان بقواعده إن مثليا فبالمثل وإلا
فبالقيمة. نعم في جملة منها وإن كان الرهن يسوي ما رهنه فليس عليه شيء فإنه لا يصح
إلا في القيمة وإلا فإن كان مثليا يجب عليه رد مثله كما أن الدين أيضا إذا كان مثليا وجب
على المرتهن رد مثله ولا يمكن حمل الأخبار على لزوم أداء القيمة مطلقا بحيث يكون
المضمونات كلها قيمة. نعم حمل الأخبار على ما إذا كان الرهن والدين قيميا ممكن
فيكون هذه الأخبار دليلا على الضمان بالقيمة في القيميات فيتم الاستشهاد بهذه الفقرة لا
بما أفاده قدس سره على تقدير وجوده في الأخبار، فتدبر. (ص ٩٩) * (ص ٤٠٠، ج ١)

وإن أرادوا أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيدا (١٥٩)، نظرا إلى ظاهر آية الاعتداء ونفي الضرر (١٦٠)، لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد. اللهم إلا أن يحقق إجماع على خلافه ولو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء إطلاق القول بضمنان المثل (١٦١)، فيكون الفصل بين التيسر وعدمه قولاً ثالثاً في المسألة (١٦٢).
ثم إنهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد (١٦٣).

(١٥٩) الطباطبائي: لا يخفى أن إطلاق المذكور مناف لذلك فلا وجه لقوله لم يكن بعيدا فكان المناسب أن يتمسك لبطلان هذا الشيء بالإطلاق دون الشق الأول، حسبما عرفت. (ص ١٠٣)
(١٦٠) الإيرواني: قد تقدم: إن ظاهر الآية وجوب القيمة حتى في المثلي عكس ما نسب إلى الإسكافي وأما قاعدة نفي الضرر فلا ضرر مالي بعد أخذ القيمة وفوت الأغراض الشخصية المتعلقة بالعين أو المثل لا يعد ضرراً. (ص ١٠١)
(١٦١) الطباطبائي: أولاً تحقق الإجماع ممنوع ثانياً إن هذه الإجماعات لا تكشف عن رأي المعصوم لأنه مدركي ومستفاد من الأدلة. (ص ١٠٤)
(١٦٢) الآخوند: لا بأس بالمصير إليه حيث لم يظهر اتفاق وإجماع على عدمه لاحتمال كونه

من باب الاتفاق. (ص ٤٠)

(١٦٣) الطباطبائي: فالأقوى: كون المدار على يوم التلف كما عليه المصنف ويمكن أن يستدل عليه مضافاً إلى كونه مقتضى القاعدة بما في ذيل خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله وخبر محمد بن قيس المتقدمين من قوله عليه السلام: (بقيمه يوم أعتق) في الأول وقوله عليه السلام:

(يقوم قيمة يوم حرر الأول)، فتدبر. (ص ١٠٤)

الآخوند: الظاهر: تعيين قيمة يوم التلف لو قيل باشتغال الذمة بالقيمة وتبديل العهدة به

فالمحكى في غاية المراد عن الشيخين وأتباعهما: تعين قيمة يوم التلف، وعن الدروس والروضة نسبتة إلى الأكثر.

والوجه فيه - على ما نبه عليه جماعة، منهم العلامة في التحرير - : أن الانتقال إبي البد 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 ببدله عند التلف، حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه (١٦٤).

العين حين تلفها فإنها مالية انقطع عنها وجوب الأداء وحكم على العين بتدارك ماليتها التالفة

بتلف العين من دون حاجة إلى موجب آخر غير تلفها بتلف العين على نحو الأداء لها بل لها التدارك فقط كما أن مالية العين ما دامت في العهدة بعد تلفها مالية فرضية لا عروض للتلف عليها حتى يجب تداركها بل فرضها بفرض وجود العين والمالية الفرضية بفرض العين موجودة يحتاج تداركها إلى موجب آخر غير كون العين بماليتها الفعلية التي كانت لها حقيقة في العهدة وفرض بقائها في العهدة غير فرض وجودها المساوق لفرض ماليتها في الخارج بل معناه أن المالية كانت لها تداركية فلا تسقط عهدها إلا بتداركها ومما ذكرنا يظهر الحال بناء على انقلاب عهدة العين إلى اشتغال الذمة بالقيمة فإن المالية الفعلية التي لها التدارك بجعلها باقية في ذمة الضامن وإن كانت تالفة بتلف العين هي المالية حال اشتغال الذمة دون سائر أنحاء المالية فإنها إما تالفة لا بتلف العين أو فرضية غير تالفة فالصحيح الموافق للاعتبار هو لزوم قيمة يوم التلف سواء قلنا ببقاء العين في العهدة أو بانقلاب عهدة العين إلى ذمة

المثل. (ص ١٠٠) * (ص ٤٠٠، ج ١)

(٢٣١) الإيرواني: هذا إن تم اقتضى وجوب قيمة يوم الأداء، لا يوم التلف، فإن معنى الضمان

ومما ذكرنا ظهر أن الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك مثلاً فبدليل من خارج. (١٦٥)

كلي لم تتلف بالتعذر حتى يكون كمالية العين الشخصية التالفة حقيقة بتلفها فليس هناك عنوان التدارك بل عنوان الوفاء. (ص ١٠٠) * (ص ٤٠٢، ج ١) (١٦٥) النائيني (المكاسب والبيع): المدار في القيمة والموافق للدليل هو كون العبرة على يوم الأداء والمشهور بين الأصحاب هو العبرة عن قيمة يوم التلف والقول الثالث اعتبار أعلى القيم والقول الرابع اعتبار يوم القبض ولنبحث أولاً: فيما يقتضيه القاعدة المستفادة من عموم (على اليد) ونحوه وأخرى من حيث ما يقتضيه الأدلة الخاصة كصحيحة أبي ولاد فهيها مقامان، الأول فيما يستفاد من العمومات فنقول استدل للقول الأول أعني كون المدار على قيمة يوم التلف بعموم على اليد وتقريب الاستدلال به أن الظرف في قوله على اليد لغو متعلق بفعل مقدر مثل الدرك والضمان ونحوهما فمعنى على اليد ما أخذت هو كون درك المأخوذ وضمان على الأخذ بمعنى كون التلف منه واستقرار ذمته بماليته والدليل على كون الظرف لغوا هو ذكر الغاية أعني حتى تؤدي فإن جعل الأداء غاية للضمان يكشف عن كون الضمان إنما هو فيما له أداء فلا ضمان لما لا أداء له ولذلك قلنا سابقاً بأن الركن في الضمان هو المالية وإنما الخصوصية والأوصاف تتعلق بها الضمان إذا أمكن أدائها. ومع عدم الإمكان يكون الضمان بالمالية ونتيجة ذلك هو استقرار مالية التالف على عهدة الضامن بسبب التلف وإذا كانت الذمة مستقرة بضمان قيمة التالف عند التلف تصير العبرة بالقيمة على يوم التلف. الحق هو: القول بكون الواجب ضمان قيمة يوم الأداء مستنداً إلى عموم على اليد بواسطة جعل المالية غير متقدرة لكي يمكن جعل الظرف مستقراً من غير منافاة مع جعل الأداء غاية. ومعنى جعل الظرف مستقراً بمعنى كون المأخوذ بنفسه هو في العهدة ولما كان المأخوذ بنفسه هو في العهدة ولما كان الركن في الضمان هو المالية تجعل هي المضمون بها بالتلف. لكن

نعم، لو تم ما تقدم عن الحلبي في هذا المقام: من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزلة المغصوب إلا في ارتفاع الإثم، ألحقناه 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 الآتية - 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 يوم التلف، لما ذكرنا من أن معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك (١٦٦).

المالية الغير المتقدرة أعني صرف المالية التي تبذل بإزائها المال ونتيجة كون التالف بمالته الغير المتقدرة في العهدة لزوم أداء قيمة يوم الأداء إذ اللازم عليه إعطاء مالية التالف في كل زمان يعطيها. لكن القول بضمان قيمة يوم الأداء شاذ لذهاب المشهور إلى القول بضمان قيمة يوم التلف فحينئذ رعاية الاحتياط عند مخالفة قيمتي يوم التلف والأداء مما لا ينبغي تركه. (ص ٣٥٧)

(١٦٦) الطباطبائي: يمكن أن يقال: إن مقتضى إطلاق الغرامة والتدارك ما ذكرنا من كون المناط على قيمته يوم التلف ولكن يجوز أن يقيد بيوم آخر بمعنى أنه لو قيل يجب تداركه بحسب يوم قبضه لا يخرج عن كونه تداركا أيضا فعلى هذا لا يلزم من دلالة الصحيحة على خلاف ما ذكرنا كشفها عن كونه خطأ ففي سائر الأبواب لما كان الدليل مطلقا نحمله على ما ذكرنا وفي باب الغصب نعمل بالصحيحة ولا محذور. والحاصل: أن التدارك المقيد غير المطلق ومطلقه أعم من القسمين ومع عدم التقييد يحمل على ما يقتضيه المطلق، فتدبر. (ص ١٠٤)

الإصفهاني: ويمكن تقريب قول المصنف بأن دخول العين في العهدة معناه دخولها

نعم، لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم، أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذاً له بأشق الأحوال. فالمهم حينئذ صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها، ليلحق به البيع الفاسد، إما لما ادعاه الحلبي، وإما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك والغرامة في المضمونات، وكون العبرة في جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد.

بماليته فإنها تداركية والعين بماليته حال الغصب دخلت في العهدة لا بمالية أخرى والماليات المتجددة ماليات واردة على ما في العهدة، لا أن العهدة واردة عليها ولا نعني ببقاء العين في العهدة، إلا أن المالية التي وردت عليها العهدة باقية إلى أن يتدارك وحيث لا عهدة للماليات المتجددة فلا تدارك لها إذ حقيقة التدارك للتالف الذي له عهدة لا لما لا عهدة له والمنافي للاعتبار عدم وجوب تدارك ماله عهدة فإنه ليس بتداركي حتى يلزم الخلف من عدم وجوبه ولكن فيه أولاً: هذا التقريب وإن كان موجبا للتخصيص دون التخصيص من حيث حكم العهدة لكنه لا يقتضي عدم العهدة للماليات المتجددة مطلقاً بل في خصوص الغصب ولا مانع من الالتزام بأنه لا عهدة في الغصب إلا للمالية الفعلية وفي غيره تكون العين بما لها من المالية فعلية كانت أو متجددة في العهدة وإن كان حكم العهدة تدارك ماليته حال التلف لأنها المالية التالفة بتلف العين دون غيرها فتدبر جيداً. ثانياً: قد عرفت سابقاً أن كل مالية تالفة يعقل فيها التدارك بجعل حصة مماثلة لها في مكانها فمرجع الأمر حقيقتنا إلى عدم وجوب التدارك لا إلى أن حقيقة التدارك مختصة بمالية العين حال الغصب أو القبض حتى يكشف عن عدم اقتضاء الإطلاقات ليكون تخصصاً لا تخصيصاً. (ص ١٠٠)

(١٦٧) النائيني (منية الطالب): وجه الأهمية: إما لكون المقبوض بالعقد الفاسد حكمه

وحيث إن الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة وفوائد خطيرة، فلا بأس بذكرها جميعا وإن كان الغرض متعلقا ببعضها.

فروى الشيخ في الصحيح عن أبي ولاد، قال: اكرتت بغلا إلى قصر بني هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي. فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت خبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعتة فظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوما، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، وأخبرته بالقصة وأخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغل؟

فقلت: قد رجعتة سليما.

حكم المغصوب كما ذكره الحلبي قدس سره. وإما من جهة استفادة قاعدة كلية من الصحيحة في

جميع موارد ما يضمن بالقيمة، فإذا دلت على أن الاعتبار بقيمة يوم الغصب تكشف عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان اعتبار قيمة يوم التلف، وإلا لزم أن يكون الضمان في الغصب أقل من غيره في بعض الموارد، كما إذا كانت قيمة يوم الغصب أقل من قيمة يوم التلف فيلزم خروج المغصوب عن سائر ما يتعلق به الضمان خروجاً حكماً.

وبالجملة: لو دلت الصحيحة على عدم وجوب التدارك إلا بقيمة يوم المخالفة فيستكشف منها أن ما عدوه مصداقاً للتدارك من قيمة يوم التلف أو الدفع خطأ، وإلا يلزم أضعفية الغصب وعدم وجوب تدارك قيمته بمقدار ما يتدارك به سائر المضمونات ولو في بعض الموارد. نعم، لو دلت الصحيحة على ضمان أعلى القيم فلا محذور في خروج المغصوب عن سائر المضمونات.

قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟
قال: أريد كربي بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً. فقال: إني ما أرى لك حقاً، لأنه اكتراه إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكربي، فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكربي.
قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة، وأعطيته شيئاً وتحللت منه، وحججت تلك السنة.
فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة.
فقال عليه السلام: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها. قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام فما ترى أنت؟
قال: أرى له عليك مثل كربي البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ومثل كربي البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كربي البغل من بغداد إلى الكوفة، وتوفيه إياه.
قال: قلت: جعلت فداك، قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟
قال عليه السلام: لا، لأنك غاصب. فقلت: أرأيت لو عطب البغل أو أنفق، أليس كان يلزمني؟
قال عليه السلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته.
قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟
فقال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه.
قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال عليه السلام: أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك. (*)

قلت: إني أعطيته دراهم ورضي بها وحللتني. قال عليه السلام: إنما رضي فأحلك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه وأخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك... الخبر (١٦٨).
ومحل الاستشهاد فيه فقرتان:

الأولى: قوله: (نعم، قيمة بغل يوم خالفته) إلى ما بعد، فإن الظاهر أن اليوم قيد للقيمة، إما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً، يعني قيمة يوم الخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، لا لأن ذا القيمة بغل غير معين، حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، والقيمة إنما هي قيمة المثل.

(١٦٨) الطباطبائي: الظاهر من الخبر أن المدار قيمة المثل لتفاوت يوم رد العين وهو مقتضى

كلمات بعض العلماء، بل مقتضى القاعدة أيضاً فإن اللازم رد العين سليمة فإذا كانت معيبة فلا بد من تدارك عيبه حينه لتكون كأنها صحيحة ودفع التفاوت يوم الغصب لا دخل له في ذلك وبالجملة المراد من يوم الرد ليس يوم دفع العوض، بل رد العين وكون المناط قيمة ذلك اليوم ليس مخالفاً لشيء من القاعدة أو لكلمات العلماء ولا دخل لهذه المسألة بمسألة ضمان نفس العين على فرض تلفها فالأولى في دفع المنافاة بين هذه الفقرة والسابقة أن يقال ولا ربط لهذه المسألة بتلك. (ص ١٠٥)

(١٦٩) الإيرواني: ويرده مضافاً إلى: أن الوجه الأول من وجهي الاستدلال باطل فإن المضاف

لا يضاف ثانياً، إلا أن يلحظ مقيداً بالإضافة الأولى ثم يضاف فيرجع حينئذ إلى الوجه الثاني من وجهي الاستدلال إن جعل اليوم قيماً للقيمة في هذه الفقرة يناهني جعله قيماً لعليك في الفقرة الثانية فإنهما في سياق واحد وأيضاً يناهيه حكمه بإقامة الشهود على أن قيمة البغل يوم أكثرى كان كذا وكذا فاختلف التعابير يكشف عن عدم لحاظ خصوصية

وإما بجعل اليوم قيذا للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل (١٧٠).

من أقصى المدينة) أريد به الفرد المعين في الواقع بل والمعين عند المخاطب أيضا. (ص ١٠١)

(١٧٠) الآخوند: فيه إشكال، فإن إضافة المضاف بما هو مضاف ثانيا، يستلزم أن يكون الإضافة

بما هي إضافة وملحوظة باللحاظ الألى طرفا لها وملحوظة على الاستقلال فإنها من مقوماته في الإضافة الثانية ولو كان المراد إضافته ثانيا، لا بما هو كذلك وهذا يستلزم أن ينظر عليه ذاك الحين بالنظرين المتباينين، ضرورة: تنافي النظر إليه بما هو مضاف لأحدهما للنظر إليه بما هو مضاف للآخر، كما لا يخفى على من تدبر مع أنه غير مفيد فإنه

لا يوجب اختصاص قيمة البغل بيوم المخالفة وقد انقح بذلك حال إضافة مجموع المضاف والمضاف إليه. فإنه لا بد فيها من ملاحظة الإضافة الأولى ثانيا على حدة لكونها من مقومات المضاف في الثانية. اللهم إلا أن لا يكون اللحاظ الثاني الاستقلالي حين اللحاظ الألى وهو حال التلفظ بالمضاف والمضاف إليه في الإضافة الأولى بل بعده بأن يكون إضافة المجموع أو إضافة المضاف بحسب المعنى، فافهم فإنه دقيق. نعم لو كان المراد إضافة القيمة المضافة إلى البغل المضاف إلى اليوم فهو وإن كان مما لا إشكال في صحتها إلا أن يجدي فيما هو المهم فإن إضافة البغل إلى يوم المخالفة لا يقتضي اختصاص القيمة بيومها كما لا يخفى. هذا، مع أن الموجود في بعض نسخ الكافي والاستبصار البغل مع اللام. (ص ٤١)

الإصفيهاني: ينبغي أن يراد من إضافة القيمة إلى اليوم ثانيا بعد إضافتها إلى البغل أولا إضافتها لبا ومعنى لا إضافتها لفظا ومفهوما في مرحلة الاستعمال أما لفظا فعدم فعلية الإضافة بل امتناعها واضح إذ لم يذكر لفظ القيمة على النهج الخاص إلا مرة واحدة ولا يعقل وجوده الشخصي مرة أخرى لتضاف إلى اليوم وأما مفهوما فلأن ملاحظة

وأما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله: (نعم) القائم مقام قوله عليه السلام: (يلزمك) يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل - فبعيد جدا، بل غير ممكن (١٧١).

البغل لا يمكن أن يتخصص بيوم المخالفة، وهكذا لا يمكن أن يتعلق اليوم بالاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل فإنه معنى حرفي، فالأوفى والأوفق بالقواعد العربية تعلق الظرف بنعم، وهو أيضا يدل بالالتزام على أن المدار على قيمة يوم المخالفة. بل لو قيل: إن المقام من قبيل تتابع الإضافات وحيث لا تختلف الأعيان باختلاف الأيام فبدلالة الاقتضاء لا بد أن تكون إضافة البغل إلى اليوم باعتبار قيمته في ذلك اليوم لكان المدار أيضا على قيمة يوم المخالفة.

هذا، مع أن البغل في بعض نسخ الكافي والاستبصار باللام، فيكون يوم المخالفة حالا من القيمة، بل لو كان غير محلي بالألف واللام يمكن أن يكون منونا بدلا عن اللام. وبالجملة: ظهور هذه الفقرة في أن المدار على قيمة يوم المخالفة مما لا ينبغي التشكيك فيه، لأنه لو كان السؤال عن أصل الضمان لكان اللازم الاكتفاء بقوله عليه السلام: (نعم)،

فتعقبه بقوله عليه السلام: (قيمة بغل يوم خالفته) كاشف عن أن أصل الضمان كان مفروغا عنه

عند السائل، لذا قال: (أرأيت لو عطب أو نفق؟) سيما بعد فتوى أبي حنيفة بأن الضمان موجب لسقوط الكري من باب الخراج بالضمان، وإنما كان سؤاله عن مقدار الضمان، فأجاب الإمام عليه السلام بعد تقديره له أصل الضمان بقوله: (نعم) عن المقدار بقوله: (قيمة بغل)

يوم خالفته) أو (قيمة البغل يوم خالفته) بنصب اليوم. (ص ٣١٢)

(١٧١) الطباطبائي: بل هو الأقرب والأظهر كما لا يخفى فإن الاحتمال الأول بعيد على فرض صحته في الغاية والثاني وإن كان صحيحا وفي الحقيقة عليه يكون الظرف متعلقا بالقيمة إلا أن الثالث أقرب منه لأنه إذا كان في الكلام فعل أو شبهه فهو أولى بأن يكون متعلقا للظرف والقيمة بمعنى العوض ليس فعلا ولا شبهة، بخلاف (نعم) فإنه في قوة

لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان. كما يدل عليه: (أرأيت لو عطب البغل، أو نفق أليس كان يلزمني؟)، فقله: (نعم) يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.

قوله يلزمك مقدرًا بعده، بل قد يقال: إن تعلق الظرف بلفظ القيمة غير صحيح لأنه وإن كان بمعنى العوض إلا أنه لوحظ فيه معنى الفعل فإنه في قوة قولنا ما يقوم مقام الشيء، فتدبر. ثم على فرض عدم أظهرية الاحتمال المذكور فلا أقل من الاحتمال المسقط للاستدلال. (ص ١٠٤)

الإيرواني: بل غير ممكن لأن السائل إنما سئل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان ففيه: أن السائل لم يسئل إلا عن أصل الضمان لا عما به الضمان بعد العلم بأصله وأيضاً سؤاله عن الضمان بالتلف وتوجه التكليف بسبب التلف مؤذن بأن زمان المخالفة ليس زمان الضمان عنده ولا يحتمله فأين كون أصل الضمان مسلم عنده أيضاً والظاهر أن سؤال السائل لم يجر على حقيقته وإنما أراد بذلك بيان ما تلقنه من أبي حنيفة من قاعدة من عليه الغرم فله الغنم استعلاماً من الإمام عليه السلام جواب تلك القاعدة وأنه إذا كان ضامناً فينبغي أن لا يكون عليه الكراء والإمام عليه السلام تجاهل في مقام الجواب ملوحاً بتجاهله بأن هذا الكلام مما لا يليق أن يتعرض له وللجواب عنه فكل من السؤال والجواب مشتمل على نكتة لطيفة. (ص ١٠١)

(١٧٢) الآخوند: بل إنما سأل عن اللزوم أو الملازمة بينه وبين العطب وليس في كلامه ما يشهد بكون سؤاله عما يلزمه، ضرورة ظهور قوله: (ليس له عطب أو نفق... إلخ) في السؤال عن الملازمة أو اللزوم لا عما يلزم كما هو واضح وعليه كونه قيد النعم بمكان من الإمكان فيكون لبيان أن زمان الملازمة التي هي مبنى الضمان يوم المخالفة دفعا لتوهم

وقد أظن بعض في جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه، ولم يأت بشئ يساعده التركيب اللغوي، ولا المتفاهم العرفي (١٧٣).

بالقوة في كلام المشهور. أما الأول فهو غير مرتب على العطب بل يتحقق بمجرد الغصب والمخالفة فلا يمكن جعله جزاء للشرطية في كلام السائل بل هذا المعنى من اللزوم نفق عطب البغل أو خفق أم لا فلا دلالة لقوله كان على تقدم هذا اللزوم فإنه غير معقول لأن يكون ذلك الأمر المتقدم مرتبا على العطب مع أن العهدة مضافة إلى العين لا إلى البدل فلا بد من الاقتصار على قوله عليه السلام، (نعم) ولا يعقل تعلق اللزوم المستفاد منه بقيمة البغل

وأما الثاني: فهو قابل لترتبه على العطب فيتعين حينئذ أن يكون يوم خالفته إذ قيذا للقيمة لا لزوم فعلي من يوم المخالفة لكن تعيين اللزوم بهذا المعنى متوقف على عدم إمكان إرادة اللزوم التقديري كعدم إمكان إرادة العهدة منه وأما الثالث فهو مرتب على العطب بفرض وجوده لا على العطب الفعلي ومن الواضح: أن قوله: (أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني بيان لمعنى الضمان بالقوة وهو لزوم البدل على تقدير التلف بجعل العطب مقدما وجعل لزوم البدل تاليا لا أن اللزوم على تقدير التلف بحملته مرتب على العطب حتى يكون مستهجنا ليتعين اللزوم الفعلي وهذا اللزوم التقديري هو الذي سمعه من أبي حنيفة وارتكز في ذهنه لا اللزوم الفعلي حيث لم يكن في الواقعة عطب فعلي ومنه ظهر أنه لا وجه لاستفادة اللزوم الفعلي فإنه مرتب على العطب الفعلي لا على فرضه بجعله واقعا موقع الفرض والتقدير بجعله في تلو أداة الشرط التي شأنها جعل مدخولها واقعا موقع الفرض والتقدير وعليه فيتردد الأمر بين أن يكون يوم المخالفة قيذا للقيمة أو قيذا للزوم التقديري المستفاد من قوله نعم فتكون الرواية ساكتة عن وقت القيمة. (ص ١٠١) * (ص ٤٠٧، ج ١)

(١٧٣) الإيرواني: قد عرفت أن ذلك مقتضى القواعد العربية من تعلق الظرف في الكلام بالفعل وما هو في قوته. (ص ١٠٢)

الثانية قوله: (أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا)، فإن إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه (١٧٤)، لعدم الاعتبار به، فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة، بناء على أنه يوم الاكتراء، لأن الظاهر من صدر الرواية أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة، ومن المعلوم أن اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج، أو في عصر اليوم السابق. ومعلوم أيضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة (١٧٥).

الطبائبي: فيه ما لا يخفى إذ لا منافاة فيه لشيء منهما ومن العجب إصراره على عدم هذا الاحتمال والحكم بعدم إمكانه بحسب القواعد مع اختياره لنظيره في قوله يوم تردده. (ص ١٠٤)

(١٧٤) الإصفهاني: لا يخفى عليك أن التعبير عن القيمة المعتمدة واقعا سواء كانت العبرة

بيوم

التلف أو بيوم المخالفة أو بغيرهما بقيمة يوم الاكتراء، لأجل نكتة لا تنافي تلك القيمة الواقعية المعتمدة بل متوافقة معها وإلا فلا يعقل أعمال تلك النكتة مع مخالفتها للقيمة الواقعية وكما أن قرب يوم المخالفة من يوم الاكتراء يوجب عدم اختلاف اليومين في القيمة مع أعمال نكتة سهولة إقامة البينة في يوم الاكتراء لكون البغل بمرئى من المكارين وغيرهم كذلك بالإضافة إلى يوم التلف فإن الأشياء نوعا مختلفة من هذه الجهة فالفواكه وأشباهاها تختلف قيمتها بتفاوت أولها ووسطها وآخرها ولو في أيام قلائل وغير الفواكه كالدار والعقار والحيوان والمملوك لا تتفاوت قيمتها بتفاوت شهر وشهرين بل وأكثر وحينئذ فالبغل كما أن قيمته في يوم المخالفة لا تتفاوت نوعا مع يوم الاكتراء كذلك مع يوم التلف في مدة خمسة عشر يوما فلا يتعين قيمة يوم المخالفة لقربه من يوم الاكتراء الذي عبر به لنكتة سهولة إقامة البينة، فتدبر. (ص ١٠١) * (ص ٤٠٨، ج ١) (١٧٥) الطبائبي: لا يخفى ما فيه، إذ غاية ما في هذا البيان توجيهه بحيث لا ينافي ما دل

وأما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابة العيب: (عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده) فالظرف متعلق ب (عليك) لا قيد للقيمة. إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الرد إجماعاً، لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين.

على كون المدار على يوم المخالفة على فرض وجوده وإلا فلا يمكن أن يكون دليلاً عليه كما هو واضح خصوصاً مع ما يأتي منه من المناقشة فيه بما يأتي، فالإنصاف أنه لا دلالة في هذا الخبر على القول المذكور فعلاً، فتدبر. (ص ١٠٤)

الإيرواني: كما أن ذلك معلوم أيضاً عدم اختلاف قيمة البغل في خمسة عشر يوماً وسيعترف به المصنف فإن البغل ليس من قبيل مال التجارة المسرع إليها الاختلاف فاختلاف التعابير في الصحيحة يكون لأغراض خارجية والمقصود تعيين أصل قيمة البغل بلا دخل كل من الأيام في قيمته، بل الناظر في الصحيحة يكاد يقطع بأن المفروض فيها جهالة أصل القيمة بحيث لو علم قيمته في يوم ما ارتفع الجهل والاشتباه لعدم احتمال اختلاف القيم في الأيام. (ص ١٠٢)

(١٧٦) النائيني (منية الطالب): ظاهره: أن المدار في القيمة على قيمة يوم الرد لا يوم المخالفة، سواء كان اليوم قيماً للقيمة أو متعلقاً بأفعال العموم المقدره، أو متعلقاً ب (عليك). أما بناء على كونه قيماً للقيمة أو متعلقاً بأفعال العموم فواضح، لأن معناه عليك ما يتقوم به يوم الرد أو القيمة الثابتة يوم الرد وأما بناء على كونه متعلقاً بعليك: فلما ذكرنا من الملازمة بين فعلية الضمان في زمان وزمان القيمة. ولكنك خبير بأن هذا لا يوجب الوهن أصلاً وإن اخترناه في تعليقتنا سابقاً، وذلك لظهور هذا الكلام في تعلق الظرف بعليك، والملازمة ممنوعة في المقام، لأنها في مقام اشتغال الذمة لا في مقام الفراغ. والرواية ليست في مقام بيان أن نقص الصفات موجب للضمان في يوم الرد، بل مفادها

فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم رد البغلة (١٧٧).

نقص وحدث فيها زيادة من غير جنسه فلا ينجبر النقص بتلك الزيادة لأن العين عادت وهي ناقصة حقيقة وإن كانت ذات زيادة مملوكة لمالكها ومما ذكرنا تبين أن استقرار عهدة الجزء التالف أو ذمة بدله مراعى بعدم زوال النقص فلا مانع من إرجاع الظرف إلى قوله عليه السلام: (عليك) فإنه لبيان استقرار الوضع أو التكليف على حال العين يوم الرد فيفيد

فائدة عود الظرف إلى العيب أيضا وتكون هذه الفقرة ساكتة عن يوم القيمة فيرجع إلى ما يقتضيه القاعدة في الضمانات وهذا أظهر الاحتمالات. (ص ١٠٢) * (ص ٤٠٩، ج ١) (١٧٧) النائيني (المكاسب والبيع): ولكن يدفع هذا الإشكال بمنع الظهور المذكور بل الظاهر كون الظرف في المقام أعني: قوله عليه السلام: (يوم ترده) متعلقا بعليك الذي يتضمن

معنى يلزمك والمعنى حينئذ يلزم عليك يوم الرد تفاوت ما بين قيمة الصحيح والمعيب وليس فيها دلالة على تعيين يوم القيمة وأنه يوم الرد أو غيره. وبعبارة أخرى هذه الفقرة ناظرة إلى زمان الأداء والامتثال كما أن الفقرتين السابقتين كانتا ناظرتين إلى زمان الاشتغال فالمقصود من هذه الفقرة هو تعيين ظرف الأداء بما اشتغلت الذمة به من غير نظر فيها إلى تعيين مقدار ما اشتملت الذمة به فيحتمل أن يكون المدار في الأرش أيضا على قيمة يوم الغصب كما في ضمان أصل العين ويحتمل أن يكون المدار على يوم حدوث العيب الذي هو بمنزلة تلف جزء من العين في باب الضمانات. وحيث قد عرفت ظهور الفقرتين السابقتين في ضمان العين على يوم الغصب فيحمل تلك الفقرة أيضا على يوم الغصب فيحمل تلك الفقرة أيضا على يوم الغصب ويحتمل أن يكون الظرف قيذا للعيب. ويكون المعنى عليك تفاوت ما بين قيمة الصحيح والمعيب بالعيب الموجود حين رد البغل فلا تعرض حينئذ لهذه الفقرة في تعيين يوم تلك القيمة أعني قيمة التفاوت بين المعيب والصحيح، وإنما يعتبر العيب الموجود في يوم الرد لأجل احتمال ازدياد العيب إلى يوم الرد وهو المضمون دون العيب القليل

(٦٣٣)

ويحتمل أن يكون قيداً ل (العيب)، والمراد: العيب الموجود في يوم الرد،
لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الرد فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث
أولاً.

(١٧٨) الإيرواني: العيب الذي يزداد أيضاً مندرج في قوله فإن أصاب البغل عقراً أو كسراً
أو

دبر إذ ليس المراد من المذكورات أول حدوثها ليحتاج تعميمها لغيره إلى إرجاع يوم الرد
إلى العيب. (ص ١٠٢)

النائيني (منية الطالب): وفيه: أنه ليس عدم سقوط الضمان مقتضى فتوى الكل، بل
المسألة خلافية بسقوط الضمان.

ف قيل بسقوط الضمان مطلقاً، وقيل بعدم سقوطه مطلقاً كما عليه الفاضل في التذكرة،
وقيل: بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن، وما لم يكن كذلك كوصف الصحة
فإذا زال السمن ورجع فعليه الضمان، بخلاف ما إذا حدثت نقطة في عين الدابة
وارتفعت، وهذا الاختلاف رجاء في العيب الموجود حال العقد، أو الحادث بعده إذا زال
قبل القبض.

ولكن الأقوى في الغصب عدم ارتفاع الضمان بارتفاع الوصف، سواء ارتفع بفعل الله
سبحانه، أم بفعل الغاصب، أم الأجنبي، لأن ارتفاعه حصل في ملك المالك فلا ينفع به
الغاصب.

والأقوى في باب العقد ارتفاع الضمان، لأن المدار في هذا الباب تسليم المبيع
صحيحاً.

وعلى أي حال ليس ضمان الوصف في باب الغصب مطابقاً لفتوى جميع الفقهاء.
هذا، مضافاً إلى أن كون أحد الاحتمالات مخالفاً للفتوى لا يوجب ظهور الكلام في غيره،
فإن الظهور لا بد أن يكون مستنداً إلى اللفظ.

فالصواب: أن العيب غير قابل لأن يتعلق به الظرف، لأن المراد منه هنا: الحاصل من

لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد، والعبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه، لأن المعيب لو رد إلى الصحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى الفتوى (١٧٩)، فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضا، فتعين تعلقه بقوله عليه السلام: (عليك). (١٨٠)

المصدر، وهو معنى اسمي ليس فيه معنى الفعل، ولا يمكن إشراب معناه فيه، ولا يمكن أن يجعل اليوم صفة للعيب بأن يكون الظرف مستقرا، لأنه نكرة، والعيب معرف باللام، والظرف المستقر منحصر في النعت والصلة والحال والخبر، وكل منها لا محل له في المقام. (ص ٣١٤)

(١٧٩) الطبائبي: فيه: منع لأن الواجب رد العين كما كانت وهو محقق مع العود إلى الصحة

والظاهر أن فتواهم ما ذكروه في مسألة زيادة القيمة لزيادة صفة ونقصانها بزوالها وعودها بعودها من عدم ضمانه لذلك الوصف ما ذكرنا إذ لا فرق بين وصف الكمال والصحة بل يمكن دعوى كون كلامهم أعم قال في الشرائع: (لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت ثم عادت لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لأنها انجبرت بالثانية ولو نقصت الثانية عن قيمة الأول ضمن التفاوت أما لو تجددت صفة غيرها مثل إن سمت فزادت قيمتها ثم هزلت فنقصت ثم تعلمت صنعة فزادت قيمتها ردها وما نقص بفوات الأولى). وبالجملة: ظاهر الفتوى ومقتضى الدابة وفرض عدم تفاوت قيمة السمينه والهزيلة لا يكون ضامنا، فتدبر. (ص ١٠٥)

(١٨٠) الطبائبي: الإنصاف: أن هذا هو الأظهر إلا أن ظاهره كون المدار ملاحظة قيمة التفاوت أيضا يوم الرد لأنه من المنساق من قوله يجب عليك يوم الرد أن ترد قيمة التفاوت أيضا، فتدبر. (ص ١٠٥)

والمراد ب (قيمة ما بين الصحة والعيب) قيمة التفاوت بين الصحة والعيب، ولا تعرض في الرواية ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغصب، ويحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصحة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات والمعاضات، وحيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه واللاحقة له في اعتبار يوم الغصب، تعين حمل هذا أيضا على ذلك. نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحة بأنه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوما، ويكون السر في التعبير ب (يوم المخالفة) دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام: أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل وإن نقص بعد ذلك، لأنه خسر المبلغ الذي اشترى به البغلة.

ويؤيده: التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية ب (يوم الاكتراء) فإن فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث إنه يوم المخالفة. إلا أن يقال: إن الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس وجماعة من المكارين، بخلاف زمان المخالفة من حيث إنه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينة كاليمين، في مقابل قول السائل: (ومن يعرف ذلك؟)، فتأمل. (١٨١)

(١٨١) الإيرواني: قد عرفت أن المتأمل في الرواية يكاد يقطع بأنها ليست ناظرة إلى تعيين

ويؤيده أيضا: قوله عليه السلام في ما بعد، في جواب قول السائل: (ومن يعرف ذلك؟) قال: (أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أن قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا، فيلزمك... الخبر)، فإن العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفا للأصل. (١٨٢)

القيمة بحسب الأيام عند اختلافها بحسبها بل ناظرة إلى تعيين أصلها عند الجهل بها مع القطع بعدم اختلافها باختلاف الأيام واختلاف التعبير بيوم المخالفة تارة، ويوم الاكتراء أخرى ويوم الأداء ثلاثة شاهد على ما ذكرناه والظاهر أن اختلاف التعبير لنكتة اقتضته في كل مقام فعبر بيوم الاكتراء لنكتة أنه يوم اطلاع الشهود وعبر بيوم الأداء لنكتة أنه اليوم الذي يتعارف فيه دفع الأرش وأما يوم المخالفة فقد عرفت أنه متعلق بنعم لا بالقيمة. وأما ما أفاده المصنف هنا في وجه ذلك بعد أن أرجعه إلى القيمة فبعيد في الغاية، وأي متوهم يتوهم ضمان البغل بثمنه مع أنه ربما لا يكون البغل منتقلا إليه بالشراء. مع أن دفع ذلك التوهم لا يتوقف على التقييد القيمة بقيمة يوم المخالفة بل لو أطلق اندفع به التوهم كما أنه قيد بقيمة يوم الاكتراء أو يوم التلف أو يوم الرد اندفع أيضا به التوهم. (ص ١٠٢) (١٨٢) الطباطبائي: أولا: إن مثل هذه الوجوه الاعتبارية ومجرد الاحتمال لا يصلح أن يكون

مناطاً في الظهور. وثانيا: أنهما في البعد سواء ولا نسلم أقربية الأول إذ هما من واد واحد كما هو واضح. وثالثا: لا وجه لشيء منهما من حيث استلزامهما التفكيك بين مورد البينة ومورد الحلف بحمل كل على صورة مع أن القضية المفروضة واحدة ولا يمكن أن يكون النزاع فيهما على وجهين مع أنه يمكن التوجيه بوجوه آخر من مقولة الوجهين المذكورين مع الالتزام بالتفكيك بحيث لا ينطبق الخبر معها على شيء من القولين

ثم لا وجه لقبول بينته، لأن من كان القول قوله فالبيئة بينة صاحبه (١٨٣).

(١٨٣) النائيني (المكاسب والبيع): يمكن أن يحاب عن هذا الإشكال، بأن عدم سماع البيئة

من المنكر ليس أمرا إجماعيا بل هو مما وقع الخلاف فيه وورد الرواية على سماع البيئة من المنكر كما في دعوى من ادعى البغل الذي ركبه الصادق عليه السلام فإنه نزل عن البغل ورده

إلى مدعيه ثم ادعى المدعي سرج البغل وما أعطاه قائلا: (بأنه كان ملكا لأبي وأنا أتملكه إرثا منه ولي شهود على ذلك إلى آخر ما نقل بالمعنى فإنه دليل على صحة إقامة الشهود من المنكر، وعلى هذا فيكون هذا الخبر أيضا دليلا على سماع البيئة من المنكر وليس هذا إشكالا على الخبر كما لا يخفى.

والذي يسهل الخطب في هذا الإشكال، إن إجمال الرواية في هذه الجملة لا يزاحم مع ظهور الفقرتين السابقتين منها، فيما استظهرناه من كون مدار القيمة على يوم الغصب فيؤخذ بظاهرها في اعتبار قيمة يوم الغصب ولو بقيت هذه الفقرة على الإجمال. (ص ٣٦٦)

الإيرواني: الإشكال المتوجه على الرواية لا مدفع عنه وحاصله أن اليمين وإقامة البيئة متوجهان جميعا في الرواية على رجل واحد وهو المالك والمصنف حمل كلا من الأمرين على صورة غير الأخرى فالإحلاف على صورة اتفاهما في القيمة في يوم سابق على التلف ومعلوم أن المالك في هذه القضية منكر يتوجه إليه اليمين وحمل طلب البيئة على صورة اختلافهما في أصل القيمة وزيادة ونقيصة والمالك حينئذ مدع لزيادة القيمة فعليه إقامة البيئة.

لكن الصحيحة كالصريح في أن كلتا الوظيفتين وظيفه صورة واحدة لا أن كل واحدة وظيفه صورة غير الأخرى فالتأويل المذكور بعيد في الغاية بل غير محتمل في الرواية. فالوجه أن يقال إن قضية البيئة على المدعي واليمين على من أنكر قضية واردة في المخاصمات وفي مورد الرواية لم يفرض مخاصمة بل الراوي سئل إن أنه من يعرف

وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له
ويصدق فيه من دون محاكمة والتعبير برده اليمين على الغاصب من جهة أن
المالك أعرف بقيمة بغله، فكأن الحلف حق له ابتداء - خلاف الظاهر.

قيمة البغل وهو تالف فقال عليه السلام: (أما أنت أو هو) فيكون الحلف من كل منهما
لأجل أن
يدعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمة لا لأجل إلزام خصمه المنكر له ثم التفت عليه السلام
وقال:

(أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون وأن قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فيلزمك)
وإن أبيت عما ذكرناه فلا محيص من حمل الصحيحة على التبع والخروج بها عن ما هو
الضابط العام في باب المخاصمات فلعله من شؤون مؤاخذة الغاصب بأشق الأحوال أن لا
يكون القول قوله ولا يطلب منه شيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب إلى المالك
فيطلب منه البينة ويستخلف هو إلا أن يرد هو الحلف على الغاصب فحينئذ حلف
الغاصب ويثبت به دعواه. (ص ١٠٢)

الإصفيهاني: فرض هذه الصورة على القول بقيمة يوم المخالفة، والمالك يدعي أن
هذه قيمة يوم المخالفة أيضا والغاصب يدعي أن قيمة يوم المخالفة أنقص ولازمه:
دعوى الترقى إلى هذا اليوم. فعلى هذا الأصل مع الغاصب والمالك مدع لما يخالف
الأصل، فعليه البينة. وبعد هذا الفرض لا وجه له، إلا أن دعوى الترقى من يوم الاكتراء
وهو يوم سلامة البغل إلى يوم التلف مثلا، وهو حال اشرافه من التعب والنصب على
التلف بعيدة مع أنه سيأتي - إن شاء الله تعالى - إلا من يقول: بقيمة يوم التلف لا يقول
بها

إلا من حيث تفاوت القيمة السوقية ترقيا وتنزلا، لا من حيث خصوصيات البغل من حيث
كونه مشرفا على التلف وعدمه. فالصورة الأولى في هذا الفرض لا يتعين الفرض فيها
والصورة الثانية فيه لا بعد فيها. (ص ١٠٤) * (ص ٤١٤ و ٤١٥، ج ١)

(١٨٤) الإصفيهاني: يمكن الجواب عما أشكله على الصحيحة من حيث قبول الحلف
وسماع
البينة بوجوه ثلاثة. أحدها: أن الإمام عليه السلام في مقام تعليم طريق لمعرفة القيمة لا في
مقام

وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف، فإنه يمكن أن يحمل توجه اليمين

بيان موازين الحكومة لفصل الخصومة وذلك لظهور السؤال والجواب فيما ذكرنا حيث قال السائل: فمن يعرف ذلك، قال عليه السلام: (أنت وهو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك

فإن رد اليمين فحلفت فيلزمه أو يأتي صاحب البغل بشهود... إلخ)، فالسؤال عن العارف والجواب بأنه إما يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله فيكون طريقا عاديا لمعرفتك حيث إن الإنسان بطبعه يطمئن بيمين غيره وإما أن تحلف أنت لمعرفتك بقيمته من حيث كان عندك في هذه المدة فيطمئن المالك بحلفك أو لا يعرف هو ولا أنت فيأتي بأهل الخبرة من المكارين المشاهدين للبغل فيكون قولهم طريقا عاديا لمعرفتكما فالصحيحة أجنبية عن بيان موازين القضاء حتى يشكل عليها بما مر، فتدبر. ثانيها: بحملها على بيان موازين القضاء وحمل الدعوى على صورة غالبية في مقام الدعوى وهي دعوى المالك أنه اشترى البغل بكذا وأنه على ما كان كما هو المتعارف في باب مطالبة الضامن بقيمة ما اشتراه فيصدق الضامن ولكنه يدعي بترك القيمة والمالك عليه اليمين لموافقة دعواه للأصل لكن الحلف كما هو مختار جملة من المحققين إرفاق بالمنكر لا أنه وظيفة معينة وإنما لم يكلف بالبينه لعدم تمكنه غالبا من إقامة البينة على النفي لا أنه لا يسمع منه البينة وله في الشرع نظائر وليس ما ثبتت في غيره مما ثبت بأقوى من هذه الصحيحة. ثالثها: بحملها على صورة غالبية أخرى هي طبع دعوى الزيادة من المالك والنقص من الغاصب وقول المالك مخالف للأصل وحقه إقامة البينة لكنه ثبت في الشريعة في موارد قبول دعوى المدعي إما مطلقا وبيمينه فليقبل هنا قول المدعي بيمينه مع مناسبة الحكم والموضوع حيث إنه أعرف بقيمة بغله والغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فلا مانع من العمل بالصحيحة في قبول دعوى المالك بيمينه فليست قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر غير مخصصة أصلا حتى تستبعد تخصيصها بالصحيحة بل مخصصة كثيرا في طرفيها ولذا قال بمضمونها جماعة من الأعلام، فتدبر جيدا. (ص ١٠٣) * (ص ٤١٦، ج ١)

على المالك على ما إذا اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما أولا الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا (١٨٥).

ولا شك حينئذ أن القول قول المالك، ويكون سماع البينة في صورة اختلافهما في قيمة البعل سابقا مع اتفاقهما على بقاءه عليها إلى يوم التلف، فتكون الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، ويبقى بعض

(١٨٥) الآخوند: ربما يأتي عنه أنه الحلف الفاصل للخصومة في مقام الحكومة وليس هو إلا

الحلف عند الحاكم ويمكن أن يقال: إن الإمام عليه السلام إنما يكون بصدد الإشارة إلى ما لا يقع

معه الخصومة حيث إن الإنسان يحصل له الاطمئنان بحلف خصمه غالبا لو لم يكن دائما وكان مراده من الحلف أو الرد الحلف في صورة اطمئنانه بمقدار القيمة دون صاحبه والرد في صورة العكس فيحصل للجاهل منها الاطمئنان بحلف الآخر فتدبر ولا يخفى بعد ما أفاده من التوجيه عن ظاهر الرواية، فتأمل. (ص ٤٣)

النائني (المكاسب والبيع): وهذا الجواب بعيد في غاية البعد، إذ الظاهر اتحاد صورة توجيه اليمين عليه مع صورة إقامة البينة لأنه عليه السلام في صورة دعواهما يقول بأن المالك إما أن يحلف أو يقيم البينة وهذا ظاهر في كون إقامة البينة والحلف إنما هو للمالك في صورة واحدة كما لا يخفى. (ص ٣٦٦)

النائني (منية الطالب): وفيه: أنه يمكن النزاع في تنزل القيمة يوم المخالفة مع اتفاقهما في القيمة قبل ذلك فيدعي الغاصب التنزل فالقول قول المالك. (ص ٢٦٥) الإصفهاني: يرد على المصنف في حمل الصحيحة على الموردين من أنه مناف لظاهر الصحيحة بل صريحها في ورود الحلف من المالك ومن الغاصب وسماع البينة من المالك كلها على مورد واحد حيث قال عليه السلام: (إما أن يحلف هو أو يرد الحلف فتحلف

أنت أو يجيء بشهود يشهدون... إلخ)، لا أنه يحلف في صورة ويجيء بالشهود في صورة أخرى. (ص ١٠٣) * (ص ٤١٦، ج ١)

(٦٤٣)

الصور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة، ولعل حكمها أعني حلف الغاصب - يعلم من حكم عكسها المذكور في الرواية. (١٨٦)

وأما على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة، فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، أو اللاحق له وادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة، ولا يخفى بعده (١٨٧). وأبعد منه: حمل النص على التعبد، وجعل الحكم في خصوص الدابة المغصوبة أو مطلقا مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا وفتوى: من كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر، كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة والغصب (١٨٨).

(١٨٦) الإصفهاني: إنه مناف لما اعترف به سابقا في كلامه من أن الغالب عدم تفاوت قيمة

البغل في مدة خمسة عشر يوما فلا مجال لتنزيلها في صورة على دعوى التنزل وعدمه حتى يستنتج منها قرب هذه الدعوى على القول بقيمة يوم التلف دون قيمة يوم المخالفة. (ص ١٠٣) * (ص ٤١٦، ج ١)

(١٨٧) الإيرواني: الاتفاق على قيمة يوم لاحق لا أثر له إلا على القول بالاستصحاب القهقري

والقول بالأصل المثبت فيثبت بأصالة عدم حدوث التغيير في القيمة إن هذه القيمة اللاحقة هي قيمة يوم المخالفة. (ص ١٠٢)

الإصفهاني: يرد على المصنف ما مر منا من عدم أقربية فروض القول بقيمة يوم التلف من فروض القول بقيمة يوم المخالفة. (مضافا إلى) أن: غاية ما يمكن تسليمه أن العبرة ليست بقيمة يوم المخالفة لا تعين قيمة يوم التلف بل يمكن إرادة قيمة يوم الأداء فإنه أبعد من يوم الاكتراء فالفرض فيه أقرب. (ص ١٠٣) * (ص ٤١٦، ج ١)

(١٨٨) النائيني (منية الطالب): وفيه أولا: أن مجرد الاستبعاد لا يثبت المدعى، لأن للخصم

وأضعف من ذلك: الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف - كما حكى عن الشهيد الثاني - إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب (١٨٩).

دعوى الاستبعاد في بعض الموارد على الوجه الآخر أيضا، فكما يمكن فرض مورد سماع البيئة من المالك غير مورد كون القول قوله بناء على القول بيوم التلف فكذا يمكن اختلاف المورد على القول بيوم المخالفة.

وثانيا: يمكن حمل الرواية على صورة واحدة، وهي دعوى الغاصب كون الدابة معيوبة حين اكتراها فالأصل مع المالك، لأصالة الصحة، أو دعواه التنزل عما اتفقا عليه سابقا قبل يوم المخالفة، وسماع البيئة منه إنما هو لدفع اليمين عن نفسه فتكون الصحيحة من الأدلة الدالة على سماع البيئة من المنكر، كما في قضية السرج المعروفة، وهي أن عيسى بن موسى أمر رجلا في السعي أن يدعي البغلة التي عليها أبو الحسن موسى عليه السلام، فأتاه وتعلق باللجام وادعى البغلة، فثنى أبو الحسن عليه السلام رجله ونزل عنها وقال لغلمانه: (خذوا سرجها وادفعوها إليه)، فقال: السرج أيضا لي، فقال عليه السلام: (كذبت عندنا

بالبيئة بأنه سرج محمد بن علي). وأما البغلة فإننا اشتريناها منذ قريب وأنت أعلم بما قلت. (ص ٣١٦)

(١٨٩) النائيني (المكاسب والبيع): ولكن يمكن أن يوجه الصحيحة على وجه تنطبق على هذا القول وذلك بعد بيان مقدمة وهي أن مناسبة الحكم مع الموضوع ربما توجب استفادة معنى من الكلام بحسب المتفاهم العرفي مغايرا مع المعنى الظاهر منه لولا ملاحظة المناسبة، ففي مثل قوله عليه السلام (قيمة بغل يوم خالفته) الذي عرفت ظهوره في معنى أنه يلزمك يوم المخالفة، قيمة البغل في يوم المخالفة، يمكن أن يقال إن هذه الجملة تتحمل معنيين (أحدهما): أن يكون حدوث المخالفة تمام الموضوع في ضمان قيمة البغل في ذلك الوقت. وعلى هذا فيكون المدار على خصوص قيمة زمان حدوث

نعم، استدلووا على هذا القول بأن العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته (١٣٣).

الغصب (وثانيهما): أن تكون المخالفة بحدوثها وبقائها علة للضمان بمعنى أنه في كل زمان تحقق فيه المخالفة ولو بقاء كان ضامنا لقيمة البخل في ذلك الزمان، وعلى هذا فلو ترقى قيمة البخل في بعض أوقات المخالفة يكون ضامنا لتلك المرتبة وتكون بقية المراتب داخلية في تلك المرتبة العليا ومناسبة الضمان للغصب تقتضي استفادة المعنى الثاني من الرواية بحسب الفهم العرفي. ففي قوله عليه السلام: (نعم يلزمك قيمة بخل يوم خالفته)

إشارة إلى أن المخالفة بما هي مخالفة (لا بحدوثها فقط) موضوع للضمان ومعناه حينئذ ضمان قيمة البخل في كل زمان من أزمنة المخالفة التي منها ارتفاع القيمة فيكون مرتبة الأعلى مضمونة أيضا. (ص ٣٦٧)

الإصنفهاني: مع أنه لنا أن نقول: بدلالة الصحيحة على عدم اعتبار أرفع القيم على وجه وذلك لتصريح الإمام عليه السلام بقيمة يوم الاكتراء في قوله عليه السلام: (أو يأتي بشهود، يشهدون أن

قيمة البخل حين اكترى كذا) فإن نكتة التعبير بيوم الاكتراء وإن كان لأجل سهولة إقامة الشهود فيه، إلا أن هذه النكتة إنما تصح إذا كانت قيمة يوم الاكتراء متساوية مع القيمة الواقعية المعتمدة في بابا الضمان، وذلك لا يكون إلا بأحد وجهين: أما بعدم تفاوت قيمة البخل في هذه الأيام القلائل، فلا موقع لفرض أعلى القيم في الصحيحة، وأما بكون الاعتبار بقيمة يوم المخالفة وهو يوم بعد الاكتراء مثلا، فالاعتبار بقيمة أول يوم من أيام المخالفة لا بأرفع القيم فتدبر جيدا. (ص ١٠٥) * (ص ٤١٨، ج ١)

(١٩٠) النائيني (المكاسب والبيع): ومدرك القول بأعلى القيم هو جعل المالية المتقدرة متعلق للضمان بجعل المالية كساير الأوصاف التي توجب التفاوت في القيمة داخلية تحت الضمان، فكلما تحصل التفاوت في القيمة يدخل الأقل منها تحت الأكثر ويستقر الضمان على المقدار الأكثر، ونتيجة ذلك هو الضمان بأعلى القيم ولكنه يمنع بأن عموم

وفيه: إن ضمانها في تلك الحال، إن أريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم، إذ تداركه لا يكون إلا بذلك، لكن المفروض أنها لم تتلف فيه (١٩١).

وإن أريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلا وإن تنزلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين. (١٩٢)

تلف العين.

وبالجملة: لا بد - بناء على القول بالأعلى - من تعلق الضمان بالرغبات وكون الذمة مشغولة بغير القيمة حتى يلاحظ أعلى القيم من زمان الأخذ إلى يوم التلف أو إلى يوم الدفع.

ثم لا يخفى أن لازم تعهد الضامن للرغبات أن يكون كذلك حتى مع رد العين، ولا يلتزمون به، فيلزم التناقض بين القول بالأعلى وعدم ضمان نقصان القيمة عند رد العين. (ص ٣٧ و ٣٨)

(١٩١) الإصفهاني: الضمان بهذا الوجه لا يخلو محذور لأن وجوب دفع البديل على تقدير التلف في كل زمان لا يقتضي، إلا الوجوب في ذلك الزمان فيصير فعليا بوقوع التلف فيه، وأما تعيين قيمة ذلك الزمان: فلا يستفاد من نفس الضمان المناسب بجميع الأقوال، فلا حاجة في رده إلى أن المعلق عليه لا تحقق له، بل الجواب: إن الوجوب في كل زمان تعليقا كان أو فعليا لا يقتضي قيمة ذلك الزمان، وقد تقدم سابقا: إن التدارك لا يقتضي ذلك بحيث لو قلنا بوجوب قيمة غير يوم التلف لم يكن من باب تدارك مالية التألف، فتدبر. (ص ١٠٥) * (ص ٤٢٠، ج ١)

(١٩٢) الإصفهاني: الضمان بهذا الوجه لا يخلو عن محذور لأنه لا حاجة إليه، بل لا يكون

الضمان فعليا ولو بالإضافة إلى نفس القيمة دون ارتفاعها، مع أن التسالم على عدم ضمان

وإن أريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو وإن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل، عدا ما حكاه في الرياض عن خاله العلامة قدس سره من قاعدة نفي الضرر الحاصل على المالك. وفيه نظر، كما اعترف به بعض من تأخر (١٩٣).

ارتفاع القيمة مع عدم التلف رأسا، لا مع عدم التلف حين الارتفاع كيف! وهو محل النزاع، والوجه في عدم فعلية أصل الضمان هو أن التعزية والتدارك لا يعقل إلا مع التلف والخلل، ومع عدمه لا يعقل فعلية التدارك، حتى يعقل وجوبه فعلا، فحقيقة التضمين مع وجود العين غير معقولة. (ص ١٠٦) * (ص ٤٢٠، ج ١)
(١٩٣) الطباطبائي: تساوي نسبة القاعدة إلى صورة تلف العين وردها فلا وجه لعدم العمل بها في الثانية والاتفاق لا يصلح أن يكون فارقا لأن الظاهر هم عدم العمل بقاعدة الضرر في المقام أصلا لا فرق بين الصورتين. (ص ١٠٦)
الإصفهاني: الضمان بهذا الوجه أيضا لا يخلو عن محذور لأنه إن أريد بكونه مراعى كون التلف كاشفا محضا عن فعلية الضمان سابقا فهو غير معقول لاستحالة المنكشف كما عرفت.

وإن أريد كون التلف شرطا متأخرا لفعلية الضمان سابقا، فيكون كاشفا من باب كشف العلة عن المعلول، لا الكشف المحض ففيه: أن وجوب شيء فعلا مشروطا بأمر متأخر، وإن قلنا: بمعقولة إلا أن حقيقة التضمين الفعلي المتقوم بالتلف في حقيقته لا يعقل أن ينوط بأمر متأخر، فيستحيل التدارك الفعلي مع عدم فعلية التلف.
وإن أريد إناطة وجوب أرفع القيم بالتلف بنحو الشرط المقارن فهو معقول لكنه لا وجه للتغيير عنه بالمراعى المشعر بالفعلية، لكن قد بينا سابقا إن تدارك المالية التالفة بتلف العين يستدعي اعتبار قيمة يوم التلف. (ص ١٠٦) * (ص ٤٢٠، ج ١)

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة: بأن 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 التمكن منها بين أن تلف أو تبقى. نعم، لو ردت تدارك تلك المالية بنفس العين، وارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالا، وإنما هو مقوم لمالية المال، وبه تمايز الأموال كثرة وقلة. (١٩٤)

(١٩٤) الإصفهاني: والجواب: أن اعتبار البدل المدفوع إما اعتبار بدل التألف واعتبار بدل الحيلولة فإن كان اعتباره اعتبار بدل التألف فلا دليل على هذه الكلية وهي أن كل مالية لم تتلف بتلف العين بل تعقبها تلف العين مضمونة. ومنه تبين ما في كلام العلامة قدس سره

في التذكرة من الاستدلال على اعتبار أعلى القيم بأنه يجب رده برد العين فيضمن إذا تلفت العين بل القدر المسلم أن كل مالية تلفت بتلف العين هي المضمونة وإن كان اعتباره اعتبار بدل الحيلولة فلا بد من تطبيقه على قاعدة بدل الحيلولة ومن الواضح أن ملاكها تعذر رد العين حتى ينزل منزلة التلف ليكون لها البدل وحيلولة الغاصب اختيارية وليست من قبيل تعذر رد العين حتى ينزل منزلة التلف فعدم شرطية بقاء العين ودخله في تحقق الحيلولة مسلم لكن مقتضيها غير موجود ليرتب عليه أثرها. (ص ١٠٥) * (ص ٤٢٢، ج ١)

الطباطبائي: فيه: منع ظاهر وكون الارتفاع أمرا اعتباريا لا ينافي ضمانه بعد وجود سببه من الحيلولة المذكورة الموجبة له بالفرض فالأولى أن يقال: إن الصورة وجود العين وردّها خارجة بالإجماع وأولى من ذلك أن يقال في التقريب: إن مقتضى كون العين

والحاصل: أن للعين في كل زمان من أزمنة تفاوت قيمته مرتبة من المالية، أزيلت يد المالك منها وانقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن، وإن تلفت استقرت عليها تلك المراتب، لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث إنه يضمن الأعلى منها (١٩٥). ولأجل ذلك استدل العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنه زمان إزالة يد المالك.

مضمونة في جميع الأزمنة كونها تحت اليد التي منها زمان الارتفاع حيث إن معناه ليس إلا قضية تعليلية هي وجوب الخروج عن عهدها بإعطاء القيمة على فرض التلف عدم فعلية شيء عليه على فرض عدم التلف ووجوب أداء قيمتها بحسب تلك الأزمنة على فرضه فمع عدم التلف وإن كان الضمان متحققا، إلا أنه لم يؤثر في فعلية وجوب القيمة وعلى فرض التلف يؤثر في وجوبها فعند التلف يشتغل ذمته بقيمتها في جميع تلك الأزمنة بمعنى وجوب الخروج عن عهده كل قيمة لها في تلك، إلا أن الأدنى يتداخل في الأعلى يجب دفع الأعلى فوجه وجوب عدم التدارك على فرض عدم التلف عدم حصول الفعلية ومجرد الحيلولة لا يؤثر في الوجوب حتى يحتاج إلى دعوى كون رد العين موجبا لتدارك القيمة السابقة حسبما ذكره المصنف قدس سره. (ص ١٠٦)

(١٩٥) الإصفهاني: لا يخفى عليك الفرق بينه وبين ما نحن فيه فإن المنافع المتضادة كلها فائتة وحيث إن المالك لا يملك المتضادين فلا معنى للتضمنين بالكل والجامع بين تلك المنافع من حيث المالية لا مانع منه والزيادة أيضا مال فائت لا مانع من تضمينه فيضمن الأعلى لدخول الأدنى بخلاف ما نحن فيه فإن كل مالية من المالية المفروضة لا دليل على ضمانها إلا إذا تلفت بتلف العين فلا مقتضى إلا لها ولم يثبت دليل على صلاحية كل منها حتى يكون مقتضى وحدة البذل دخول الأدنى تحت الأعلى. (ص ١٠٥) * (ص ٤٢٣، ج ١)

ونقول في توضيحه: 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 درهمن، وفي ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامة أكثرها (١٩٦)، فتأمل.

(١٩٦) الطباطبائي: يمكن منع كون الواجب إلا غرامة قيمة وقت التلف لأن ذلك مقتضى إقامة البدل مقامها المستفاد من الأدلة لا غرامة جميع تلك القيم مع دخول الأدنى في الأعلى. (ص ١٠٦)

الإيرواني: إن الحيلولة لا يوجب الانتقال إلى القيمة ما دام الاختيار باقيا بل يجب رد العين ولذا لا يكون الغاصب ضامنا للقيمة لحيلولته بين المالك وبين ماله ما دامت العين قائمة وتحت يده، بل التكليف متوجه بأداء العين ما دامت باقية إلا إذا تعذر رد العين فعلا فحينئذ يكلف بالقيمة الفعلية فإذا كانت قيمتها عالية فعلا أدى للقيمة العالية ثم إذا استمرت الحيلولة حتى تلفت العين وكانت قيمتها يوم التلف منقطة لم يسترجع التفاوت مع احتمال لاسترجاع وأخذ تلك القيمة وأداء قيمة يوم التلف فإن قيمتها يوم التلف قائمة مقام الأصل فكما أن الأصل إذا عاد إلى اليد يردده ويأخذ القيمة كائنا ما كانت قيمة يوم الرد كذلك قيمته يوم التلف القائمة مقام الأصل حكمها حكم الأصل يرددها ويأخذ بدل الحيلولة فالأحسن في الاستدلال على ضمان أعلى القيم أنه يصدق عند صعود القيمتان الغاصب معتد يوم صعود القيمة بمالية صاعدة ومقتضى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى جواز أخذ تلك المالية منه بعد التلف مجازاة لاعتدائه نعم لو لم تتلف العين رد نفس العين لم يكن ذلك موردا للآية لأن نفس المعتدي به قد استرجعه فلا محل للاعتداء عليه حتى يعتدي بمثل ما اعتدى به أو لا يعتدي نعم منافع العين التي فوتها على المالك في مدة الغصب يجب أن يؤديها بأداء قيمتها وفي قيمة المنافع أيضا يأخذ

واستدل في السرائر وغيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال، لا اشتغال
ذمته بحق المالك، ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى.
وقد يجاب بأن الأصل في المقام البراءة، حيث إن الشك في التكليف
بالزائد (١٩٧).

نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد (١٩٨).

قيمة كل يوم بحسبه ففي يوم إذا كانت أجرتها كذا أو في آخر أقل منه أو أكثر يأخذ أجره
كل يوم بما يسوي في ذلك اليوم. فظهر بما ذكرنا: أن الحق من الأقوال هو هذا دون قيمة
يوم الغصب ولا قيمة يوم التلف أما قيمة يوم الغصب فلا وجه يساعد عليها وأما قيمة
يوم التلف فوجهه اعتباري محض وذوقي بحث ومقتضى الآية هو أعلى
القيم. (ص ١٥٢)

الإصفهاني: لكنه ليس غرض المستدل لاعتبار قيمة يوم الغصب بهذا الوجه إلا أنه
أول أزمة إزالة يد المالك ولعله لما مر منا سابقا من أن المالية التي دخلت في العهدة هي
مالية العين ابتداء وأما سائر مراتب المالية فهي ماليات متجددة واردة على الداخل في
العهدة لا أن العهدة واردة عليها وجوابه ما تقدم. (ص ١٠٥) * (ص ٤٢٣، ج ١)
(١٩٧) الطباطبائي: فيه: أيضا ما في سابقه فإن مقتضى القاعدة حينئذ القول بالأعلى من
حين

الغصب إلى حين تلف العين لا إلى حين صيرورتها قيمية وهو حال يوم
الإعواز. (ص ١٠١)

(١٩٨) الطباطبائي: هذا الجواب صحيح بناء على مذهب المشهور من الانقلاب إلى القيمة
بالتلف وأما على المختار من بقاء العين في العهدة فلا. (ص ١٠٦)
الإصفهاني: لا يخفى أن المراد من الضمان المستفاد من قاعدة اليد كون العين في
العهدة فلا يقطع بالخروج عنها إلا بدفع الأكثر ولكنك قد عرفت سابقا أن عهدة العين إن

ثم إنه حكى عن المفيد والقاضي والحلي: الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري، ولم يعلم له وجه، ولعلمهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع والقبض، فافهم. (١٩٩) ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال، (٢٠٠) إلا أنه تردد فيه في الشرائع، ولعله - كما قيل - من جهة احتمال كون القيمي مضمونا بمثله، ودفع القيمة إنما هو لإسقاط المثل. وقد تقدم أنه مخالف لإطلاق النصوص والفتاوى (٢٠١).

(١٩٩) الإصفهاني: ويمكن أن يقال بناء على الاستناد في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد إلى

قاعدة الإقدام أن الإقدام العقدي على الضمان بالمسمى إذا كان إقداما على الضمان بالعوض الواقعي فالعوض الواقعي في حال الأقدام هي القيمة في يوم القبض وإن كان تأثيره في ضمان هذه القيمة منوطا بالقبض. (ص ١٠٦) * (ص ٤٢٤، ج ١) (٢٠٠) الإصفهاني: كما يمكن القول باعتبار الزيادة بعد التلف بناء على ما استحسنته المحقق

في الشرائع من ضمان كلية المضمونات بالمثل وبقائه في الذمة إلى زمان جعله خارجيا فيكون الاعتبار بقيمة المثل حال الوفاء وإن زادت على قيمة يوم التلف كذلك على القول ببقاء العين في العهدة وبكون الاعتبار بقيمة العين يوم الخروج عنها كما هو مختار المحققين من المتأخرين وإن لم يقل به أحد من المتقدمين وهذا في الحقيقة قول باعتبار القيمة العليا للعين بخلاف قول المحقق قدس سره فإنه من باب ترقى المثل الذي هو مال المالك

لا من باب ضمان أرفع القيم فإن المثل مضمون به لا أنه مضمون لكنك قد عرفت سابقا أن القول بالعهدة لا يقتضي ذلك بل عهدة المالية التالفة بتلف العين فقط،

فراجع. (ص ١٠٦) * (ص ٤٢٥، ج ١)

(٢٠١) الطباطبائي: قد عرفت: أنه مقتضى التحقيق الموافق المستفاد من الأدلة والإجماع على خلافه ممنوع وعلى فرضه غير كاشف في الظاهر. (ص ١٠٦)

ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما 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، فالظاهر اعتبار محل التلف، لأن مالية الشيء تختلف بحسب الأماكن، وتداركه بحسب ماليته. (١٣٢)

ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس، وأما إذا كان حاصلًا من زيادة في العين.

(٢٠٢) الإيرواني: وعلى المختار من وجوب أعلى القيم تجب قيمة أعلى البلاد. التي مرت بها العين قيمة وإن لم تتلف بها العين بل رجعت إلى محلها الأصلي أو بلد آخر وتلفت فيه ولا يكفي مجرد زيادة قيمتها في بعض البلاد في وجوب القيمة الزائدة مما لم تمر بها العين فإن ماليته لا تزيد بمجرد علو قيمتها في بعض البلاد ما لم تصل إليها العين والمضمون هي المالية الحاصلة بالخصوصيات العينية وبالكون في مكان خاص أو زمان خاص فعلا لا تقديرا ولا يكفي التقدير في علو القيمة فعلا. (ص ١٠٣)

الإصهاني: قد مر سابقا، إن مالية العين مبهمة لا تعين لها إلا من حيث الزمان والمكان فالقيمة المعبرة إذا كانت متعينة بزمان الغصب أو زمان التلف أو أعلى القيم فلا محالة تتعين بتعين مكان الغصب أو التلف أو مكان ارتفاع القيمة فإنه بعد تعينها بلحاظ زمان، فتعينها بلحاظ مكان آخر وإن كان معقولا إلا أنه يحتاج إلى عناية أخرى وليس يوم المطالبة أحد الأيام المعبرة حتى تكون العبرة بمكانها. نعم بناء على القول ببقاء العين في العهدة ربما يقال إن العبرة بالخروج عن عهدة مالية العين في محل الخروج عن العهدة وهو محل المطالبة كما أن العبرة بزمان الخروج عن العهدة لكنك قد عرفت مرارا إن العبرة بمالية العين التالفة بتلفها فتشخص المالية بتشخص زمان تلفها ومكان تلفها وإلا كانت مالية غير فعلية بل فرضية بفرض العين في زمان آخر أو مكان آخر، فراجع وتدبر. (ص ١٠٦) * (ص ٤٢٥، ج ١)

فالظاهر كما قيل عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم، وفي الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة، وإنما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت. (٢٠٣)

(٢٠٣) الإيرواني: الزيادة إما أن تكون منفصلة كالتمر والصوف والشعر واللبن والولد وهذه لا

إشكال في ضمانها مستقلا مع الدخول تحت اليد بالمثل إن كانت مثلية وإلا فبالقيمة، ويأتي فيها ما تقدم من الكلام في المثلي والقيمي فإن عاد مثلها في الشجر والحيوان بعد أن زال الأول وتلف لم يوجب ذلك عدم تدارك ما فات فيها تحت اليد فإن الحادث يحدث مملوكا لمالكه فلا يحصل به تدارك التالف وأما أن تكون منحلة كالسمن في الحيوان أو النمو في الشجر فتكون مضمونة أيضا بقيمتها إن بقيت العين ورجعت إلى حالتها الأصلية أو تلفت ففي الأول يرد العين المهزولة مع قيمة سمنها وهي تفاوت قيمتها مهزولة وسمينة وفي الثاني يرد قيمة الدابة السمينة وأما إن هزلت ثم رجعت إلى السمن أو تعيبت الدابة أو مرضت ثم رجعت إلى الصحة فردها حال صحتها وهكذا كل كمال ذهب ثم عاد كالكتابة أو العلم أو الصنعة نسيها العبد ثم تذكرها فهل يضمن مع ذلك

تفاوت ما بين الصحة والعيب أو النقص والكمال لأن الحادث هبة من الله تم للمالك لا يجبر به منافاة تحت يد الغاصب أو لا يضمن لأن الحادث يعد عين ما زال الظاهر العدم وإن سبق من المصنف نسبة الضمان إلى الفتوى عند التعرض لصحيحة أبي ولاد لكن المسألة ذات قولين بل لعل القول بالضمن ضعيف فإن هذه الصحة الجديدة في نظر العرف تعد هي الزائلة وقد عادت لا أنها جديدة مملوكة لمالكها حتى لا تقوم مقام العتيقة الفائتة كما في النمائم المنفصلة سيما في تذكر الكتابة ولعل الأوجه التفصيل بين ما لو كانت الحادثة حادثة حتى على تقدير وجود القديمة أيضا وموجبة لزيادة القيمة كالسمن على السمن فيضمن وبين مثل تذكر الكتابة فلا يضمن وقد استدلوا على عدم الضمان بدليل نفي الضرر أيضا بل أقول لو كانت الصفات الزائلة العائدة مضمونة لزم فيما لو

نعم، يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، وأن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم (٢٠٤).
ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر - من ضمان المثل أو القيمة - حكم تعذر الوصول إليه وإن لم يهلك كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق، لما دل على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة (٢٠٥).

زالت وحدثت مرات حتى استوعبت قيمتها بل زادت أن يرد الأصل مع قيمة بل أضعاف قيمة وهذا مما يقطع بفساده. (ص ١٠٣)

(٢٠٤) الطبائبي: مقتضى القاعدة إن العبرة بيوم الدفع كما في نفس العين ولو فرض الإجماع على خلافه فيوم الفوات، ثم الظاهر أنه يجوز أخذ قيمة الزيادة أولاً، ثم أخذ قيمة العين وإن لم يؤخذ الأول إلى حين تلف العين كما أنه يجوز تقويم العين عند التلف مع فرض وجود تلك الزيادة الفائتة وأخذ قيمة واحدة ويتعين الأول إذا قلنا إن المدار في الزيادة قيمة يوم الفوات وفي العين قيمة يوم التلف وهكذا الكلام في وصف الصحة إذا زال ثم تلفت العين. (ص ١٠٦)

(٢٠٥) الطبائبي: المفروض صدق التلف عرفاً فيكون مشمولاً للأدلة العامة مثل قوله صلى الله عليه وآله

" على اليد " و " من أتلف " ونحو ذلك ولا اشكال في الحكم في هذه الصورة وإنما الإشكال

فيما كان من الحيلولة مع العلم بحصول المال بعد مدة كثيرة أو قليلة أو رجاء حصوله أو نحو ذلك مما لا يصدق معه التلف العرفي ومقتضى تعبيرهم في عنوان الباب بالتعذر عند الحكم بالضمان في المقام فإن ظاهره التعذر المطلق في زمان المطالبة لكن مقتضى إطلاقهم في مسألة لوح السفينة الضمان. ويمكن التمسك بعموم (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) إلا أنه إذا دل النقل أو العقل على جواز أكل مال الغير في مقام حفظ النفس لا يقال بجواز ذلك لا بعنوان التجارة بل غايته أنه

وهل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه 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 الأخير، كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل.

كون المأخوذ في عهدة ذي اليد وهي المناسبة لهذه الغاية كما مر تفصيله فتحقيق الحال فيه:

إن عهدة العين تارة تكلفية وأخرى مالية فما دامت موجودة يجب ردها وبعد تلفها لا بد من تدارك ماليتها بحصة مماثلة لها ولا تدارك لها قبل تلفها إلا أن اعتبار عهدة العين فعلا في كل زمان تحتاج إلى أثر مصحح وإلا كان اعتبارها لغوا ومن الواضح أنه عند تعذر ردها وعدم تلفها ليس لها عهدة تكلفية حيث يستحيل التكليف بردها وليس لها عهدة تداركية لنفسها حيث أنها غير تالفة فلو لم يجب تداركها من حيث فوات السلطنة على الانتفاعات بها كان اعتبار عهدها فعلا لغوا فالالتزام بكونها في العهدة فعلا يقتضي الالتزام بأثر لها فعلا ومنها قاعدة الضرر إما بدعوى إن صبر المالك إلى حين الوصول إلى ماله ضرر عليه كما عن بعض أجلة المحشين وإما بدعوى أن تأخير الضامن أو امتناعه عن رد العين ضرر على المالك وإما بدعوى إن امتناع الضامن عن أداء البدل ضرر عليه. وإما بدعوى أن عدم ضمان البدل ما دام التعذر ضرر عليه وما عدا الأخير لا يخلو عن محذور نبهنا عليه في مسألة المثلي المتعذر مثله وأما الأخير فمبني على أن مفاد القاعدة رفع الحكم الضرري لا رفع حكم الموضوع الضرري وعلى شمولها للأحكام العدمية وعلى عمل الأصحاب بها في المورد ينجبر به وهن دلالتها لوضوح عدم عملهم بها في نظير المقام كما إذا لم تكن العين متعذرة وحال بينها وبين مالكتها اختيارا فإنه لا يكون فيه بدل الحيلولة مع أن حاله حال المقام في الضرر، فتدبر. (ص ١٠٦) * (ص ٤٢٦، ج ١)

ويؤيده: أن فيه جمعا بين الحقين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين، فإن تسلط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذر نفسه. (٢٠٦)

(٢٠٦) الطباطبائي: قد عرفت آنفا: إن مقتضى الجمع بين الحقين إلزام الضامن بالشراء مثلا لا

أخذ البدل قهرا عليه بلا عوض كيف وهو ضرر عليه مع عدم تلف العين المال عنده. (ص ١٠٧)

النائبي (منية الطالب): وفيه: أنه لو ثبت حق للمالك على الضامن مع بقاء عين ماله لكان دفع القيمة إليه ما دام العين خارجة عن تحت استيلائه جمعا بين الحقين، وهذا يتوقف على كون مجرد وضع اليد على العين مع بقائها موجبا لتعلق حق فعلي بالبدل للمالك على الغاصب، وهذا مما لا يلتزم به أحد، حتى بناء على القول بأن المدار في القيمي على يوم المخالفة، لأنه ليس معناه فعلية الضمان بالقيمة والعين، بل فعليته بالنسبة إلى القيمة مشروطة بالتلف، غاية الأمر أنه يلاحظ قيمة يوم المخالفة، وأما بدون تلف العين فلا حق له إلا على العين. (ص ٣٢٦)

الإصفهاني: وأما حكم المسألة فيختلف باختلاف مداركها فمقتضى قاعدة اليد على التقريب الذي ذكرناه اعتبار التعذر الحقيقي حيث إنه مبني على لزوم اللغوية مع عدم العهدة التكليفية فلا محالة مع القدرة على التحصيل له عهدة تكليفية فلا كاشف عن عهدة مالية وأما قاعدة الضرر فمقتضاها كفاية مطلق التعذر للضرر بعدم الانتفاع بما له في مدة طويلة وأما قاعدة السلطنة فيمكن أن يقال له السلطنة على مطالبة ماله وعلى مطالبة مالية ماله من دون ترتب الثانية على عدم الأولى كما يمكن أن يقال إنه لا ريب في عدم السلطنة له على مطالبة مالية منحازة عن ذات ماله عند عدم التعذر رأسا للتمكن من مطالبة ماله فكذا فيما نحن فيه حيث إن المفروض التمكن من إلزامه برد ماله ولا أقل من الشك في الشمول فالأصل عدم التسلط على أزيد من الإلزام برد ماله حيث كان قبل

نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلي (٢٠٧).

نعم، لو كان زمان التعذر قصيرا جدا، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم.

ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكنا 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 إلزامه برد العين (٢٠٨)، فتأمل.

عروض التعذر كذلك كما عرفت وقد تقدم بعض ما يناسب المقام في المثلي المتعذر

مثله، فراجع. (ص ١٠٧) * (ص ٤٣٠، ج ١)

(٢٠٧) الآخوند: لا يخفى أن السلطنة على المال لا يقتضي جواز المطالبة بالبدل عن تعذر رد

عينه نعم، لا يبعد أن يكون جوازها من آثار الضمان والعهدة فيكون قضيته وجوب رد العين مع التمكن وجواز المطالبة ببدل الحيلولة مع التعذر في زمان وبالبدل مع التعذر مطلقا كيف ولو كان جواز المطالبة من أحكام السلطنة لكانت جائزة فيما إذا كان التعذر في زمان يسير جدا. (ص ٤٣)

(٢٠٨) الطباطبائي: يمكن أن يقال إن أصالة عدم السلطنة لا تعارض عموم الناس المقتضي لجواز مطالبة المالية بأخذ البدل قبل زمان أو مكان الوصول مع أن في ذلك الزمان ليس له السلطنة على الالتزام بالرد له السلطنة على الإلزام بالاشتغال بالتحصيل، بل قد لا يمكن الاشتغال به أيضا إلا بعد مضي مدة والحاصل أن الكلام في جواز المطالبة في أثناء المدة التي يحتاج إليها في تحصيل الوصول ومقتضى عموم الناس ذلك ولا يجري الأصل المذكور وعلى فرضه لا يقاوم العموم. (ص ١٠٧)

ولعل المراد به التعذر في الحال وإن كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخر لأجلها ذو المقدمة (٢٠٩).
ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقا للضامن. (٢١٠)

(٢٠٩) النائيني (منية الطالب): وأما أقسام التعذر فأصولها أربعة: الأول: أن يكون لسرقة المال المضمون مع معرفة السارق، أو لأباق العبد، وحاصله: ما تمكن الضامن من رده ذاتا، وإنما تعذر لعارض خارجي.
الثاني: أن يكون لعدم التمكن خارجا كالرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء.
الثالث: أن يكون لخروج المال بالرد عن المالية كالخيط المغصوب الذي خيط به الثوب، فإنه قد يكون إخراجا من الثوب مفضيا إلى التلف.
الرابع: أن يكون لخلطه بمال آخر، ولا يخفى أن بدل الحيلولة إنما يجري في القسم الأول دون غيره، وسنشير إلى ذلك إن شاء الله. (ص ٣٢٥)
(٢١٠) الطباطبائي: بعد وجود الإجماع وظهور أدلة الغرامات في الملكية لا وجه لهذا التعليل العليل عنده بالفرض كما يظهر من بيانه، فتدبر. (ص ١٠٧)
الإيرواني: وفيه: أن هذا خارج عن وسع أدلة الضمان فإنه إن أثبتت أثبتت اشتغال الذمة بالحيلولة قهرا إلا باختيار المالك للبدل سيما فيما إذا عدت العين تالفة كما في الغرق ولو كانت هذه معاوضة اختيارية لما رجعت العين إلى مالها بالتمكن منها بل كانت للغاصب وأيضا زيادتها العينية المتصلة والمنفصلة كلها من زمان إعطاء البدل كانت له إلا أن يقال إن عمدة المدرك لهذا الضمان الإجماع والتميقن منه صورة تضمين المالك للغاصب ومطالبته للبدل. ومما ذكرنا ظهر أن التمسك بدليل السلطنة هنا في غير محله إذ ليس أخذ البدل من باب المعاملة الاختيارية حتى يتمسك بدليل السلطنة على عدم تعيين

فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها ويصبر إلى زوال العذر (٢١١)، كما صرح به الشيخ في المبسوط. ويدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم (٢١٢).

وأما بناء على الطريقة العرفية فمبناها على الارفاق بالملك لئلا يكون ممنوعا عن مالية ماله بعد كونه ممنوعا عن ماله والإرفاق به ينافي إلزامه بأخذ البديل. (ص ١٠٧) * (ص ٤٣٠،

ج ١)

(٢١١) النائيني (المكاسب والبيع): الأقوى: أنه ليس لواحد منهما الامتناع عن الإعطاء قبل قبض الآخر خلافا للمصنف من أنه منع من جواز امتناع الضامن فقط وذلك لأنه وإن ثبت بالدليل في باب المعاوضات كالبيع ونحوه جواز امتناع كل واحد من المتعاملين عن إعطاء ما عنده قبل قبض ما عند الآخر لكنه منتف في المقام. وتوضيح ذلك: إن في باب المعاوضات ثبت ذاك الحكم من جهة اشتغال عقد المعاوضة مثل البيع على اشتراط التسليم والتسليم شرطا ضمنيا. فلأجل هذا الشرط الضمني يكون كل واحد منهما ملزما بالقبض بالآخر. ولذلك يصير تأخير كل من الثمن والمثمن منشأ للخيار، وهذا الملاك مفقود في المقام، أما أولا فلما عرفت من أن بدل الحيلولة غرامة لا أنه عوض عن المبدل (كما أشار إليه المصنف) وأما ثانيا فلأنه على تقدير كون باب البديل باب المعاوضة فلعدم تحقق عقد مشتمل على ذاك الشرط الضمني بل إنما هو معاوضة قهرية من الشارع بين المالكين لا مالكية من قبل المالكين حتى يقال بكون فعلهما متضمنا للشرط مع أن الكلام إنما هو في مقام رجوع البديل إلى الضامن الذي يثبت بتمكّنه من رد المبدل. (ص ٣٨٨)

(٢١٢) الإصفهاني: المراد من السلطنة على الامتناع أما السلطنة على الامتناع من أخذ بدل الحيلولة وأما السلطنة على الامتناع من أخذ عين ماله بذاته أو بمالته فإن أريد الأولى فنقول بدل الحيلولة إن كان ثابتا بقاعدة اليد أو قاعدة نفي الضرر على التقريب الأخير

وكما أن تعذر رد العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم (٢١٣).
ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف. (٢١٤)

عند التعذر موجبا لإسقاط ما هو تحت سلطان المالك حتى تنفى بقاعدة السلطنة المطلقة للمالك فظهر أنه لا تجدي السلطنة على الامتناع في عدم تمكن الضامن من الخروج عن عهدة العين أو عن ضمان القيمة بدفع بدل الحيلولة. (ص ١٠٧) * (ص ٤٣١، ج ١) (٢١٣) الإيرواني: بل لا يبعد أن يعد الخروج عن التقويم من التلف الحقيقي إذ المراد من التلف هنا تلف المالية لا تلف العين بخروجها عن الصورة النوعية فقد تكون العين خارجة عن الصورة النوعية وهي مع ذلك لا تكون تالفة وقد تسقط عن التقويم مع بقاء العين بل غالب أفراد التلف من هذا الباب ولا يتوقف صدق التلف على اضمحلال الصورة بل قد يتكسب كما لا باضمحلال الصورة كما عرفت. (ص ١٠٤) (٢١٤) النائيني (منية الطالب): وجوب البدل ليس إلا من باب الغرامة لا المعاوضة، فإذا كان

كل واحد من البدل والعين المتعذر ردها ملكا للمالك فلا محذور فيه، لأن اجتماعهما كاجتماع الأرش والعين المعيبة.
ولكن الصواب أن يقال: لو كان البدل بدلا عن المالية بأن استفدنا وجوبه عن عموم (على اليد) فهو ملك للمالك، ولو كان بدلا عن السلطنة الفائتة فمقتضاه كونه مباحا له كإباحة في المعاطاة، لأن ما فات عن المالك هو آثار الملك، وهي التصرف والتقلب فيه كيف شاء، فلا بد أن يقام مقامه ما جاز للمالك التصرف فيه حتى المتوقف على الملك، كما كان له السلطنة على عينه قبل التعذر، ومقتضى ذلك هو الإباحة المطلقة، والالتزام بالملكية آنا ما في التصرف المتوقف على الملك لا الملكية من أول الأمر.
وكيف كان لم يجتمع عند المالك العوض والمعوض، ولا البدل والمبدل، لأن الغرامة لو كانت مباحة له كانت بدلا عن السلطنة الفائتة، ولو كانت ملكا له فهي بدل عن مالية ماله التي فاتت منه زمان التعذر.

كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر وظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين ولعل الوجه فيه: أن التدارك لا يتحقق إلا بذلك. ولولا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين، وحكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي قدس سره في أجوبة مسأله.

منه تحقق المعاوضة بين البدل وبين مال المالك ومع عدم تحقق المعاوضة فلا جمع بين العوض والمعوض أصلا. (ص ٣٧٦)

(٢١٥) الآخوند: لا يخفى، أن الإباحة المطلقة، من أول الأمر، حتى بالنسبة إلى التصرفات المتوقفة على الملك، لا يكاد يكون إلا إذا كان موردها ملكا للمباح له، ولا يفيد التملك أنا ما قبل التصرف، فإنه مستلزم للتقييد، فلا يكون إباحة جميع التصرفات مطلقة، بل مقيدة بالنسبة إلى الموقوف، منها على التصرف لتعذر التملك قبله أنا ما فيباح، فافهم. إلا أن يكون الإباحة بالنسبة إلى الموقوف، بمعنى أن له هذا التصرف لتمكنه من أن ينسب إلى إباحته بإيجاده، وإن لم يتصف بالمباحية بدونه. (ص ٤٣)

الطباطبائي: لا وقع لهذا الاحتمال أصلا إذ مع القيدين يجري هذا في التلف الحقيقي أيضا ثم إن في صورة صدق التلف عرفا يكون الدليل الدال على الغرامة واحدا بالنسبة إلى التلف الحقيقي والحيلولة فلا معنى للحمل على الملكية في الأول والإباحة في الثاني. ثم إن كان الداعي على هذا الاحتمال الفرار من لزوم الجمع بين العوض والمعوض فهو لازم على هذا الاحتمال أيضا في بعض الصور كما لو تصرف في البدل بالبيع أو تلف عنده مع أن الحكم بالإباحة حتى بالنسبة إلى التصرفات الموقوفة على الملك مشكل وفي المعاطاة أيضا لم يقل بذلك ولو قلنا لا نقول في المقام لعدم الدليل

(٦٧٥)

وعلى أي حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين في ملكه، وليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض والمعوض، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البدل له (٢١٦).

وتخصيص التصرفات بغير الموقوفة على الملك ينافي العوض من جعله بدلا عن العين، كما هو واضح. (ص ١٠٧)
الإيرواني: بل قد عرفت: أنه لولا الإجماع لما حكمنا إلا بضمان أجره العين في أيام التعذر دون قيمة نفس العين وما احتمله ليس إلا استحسانا ذوقيا لا منشأ له سواه فلا ينبغي الاعتداد به فضلا عن اطلالة المقال فيه. (ص ١٠٤)
الإصفهاني: لا يخفى عليك أن الدليل على ثبوت بدل الحيلولة إن كان مثل قاعدة اليد فعهدت العين المتعذرة كعهدة العين التالفة كما سيأتي شرحها - إن شاء الله تعالى - وكذلك

إن كان مثل قاعدة نفي الضرر فإن ضمان القيمة هنا كضمانها في صورة التلف بل الأمر كذلك إن كان الدليل مثل قاعدة السلطنة على مطالبة مالية ماله فإن مقتضى كون القيمة المؤداة من باب تأدية مالية ماله عند التعذر، هو اعتبار ملكيتها حتى يكون اعتبارها اعتبار مالية ماله، لا اعتبار مالية غير ماله المضاف إليه. (ص ١٠٩) * (ص ٤٣٣، ج ١)
(٢١٦) الآخوند: لا عوض كي يلزم الجمع بين العوض والمعوض، وإنما يلزم الضامن بغرامة

العين بلا عوض، لأجل ما فات على المالك من نفس العين المضمونة أو سلطنتها، أو قيمتها، أو ماليتها، أو غير ذلك، فالغرامة وإن كانت لنفس العين في جميع صور لزوم الغرامة، إلا أنه ليس بعوض العين، ليلزم الجمع بينهما، ولا بإزاء ما فات منها من سلطنة، أو قيمة، أو مالية، كما يظهر منه قدس سره حيث جعلها بإزاء السلطنة الفاسدة، وبإزاء الأوصاف، أو الأجزاء التي خرجت العين بفواتها عن التقويم، وإلا لوجب عليه تداركها، لو لم يدفع

وقد استشكل في ذلك المحقق والشهيد الثانيان.
قال الأول في محكي جامعه: إن هنا إشكالا، فإنه كيف يجب القيمة
ويملكها الآخذ ويبقى العين على ملكه؟ وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد
يتضح معناه (٢١٧)، انتهى.

لا مالية له لا عهدة ولا ضمان ولا غرامة ولا خسارة فالبدل بدل في المالية لا في الملكية،
غاية

الأمر: إن اعتبار بدلية شئ للعين في ماليتها حيث إنها مضافة إلى المالك بإضافة الملكية
يستتبع الملكية حتى يكون بدلا في مالية ملكه فالتبديل ليس إلا في المالية وأما الملكية
فبالاستتباع لا بعنوان البدلية لا ابتداء وبالذات ولا ثانيا وبالتبع ولا يخفى عليك أن الجمع
بين الملكين لا محذور فيه إنما المحذور في الجمع بين البدل والمبدل وحيث لا تبديل
في الملكية فلا جمع بينهما في الملكية وأما قيام مالية البدل مقام مالية العين فلا محذور
فيه لأن المالية من الاعتبارات القائمة بالعين لا من الإضافات المتعلقة بالشخص كما أن
المالية المتيسرة قائمة مقام المالية المتعذرة فلا جمع بوجه من الوجوه بل بمجرد التيسر
لكل منها رد ما بيده واسترداد ما بيد الآخر. (ص ١٠٨) * (ص ٤٣٦، ج ١)
النائني (منية الطالب): من غير فرق بين التعذر بأقسامه والتلف الحقيقي والعرفي،
وجريان الرجاء فيها لا يدل على كون الغرامات من باب المعاوضة، إلا إذا قلنا بالتلازم
بينهما، وبناء عليه لا نلتزم بجريان الرجاء فيها، فإن عدم صحة رد الزائد أو الناقص في
المكيل أو الموزون وبدلا عن التالف أو المتعذر ليس اتفاقيا، وبناء على ثبوت الاتفاق
ليس اختصاص الربا بالمعاوضات اتفاقيا. (ص ٣٢١)
(٢١٧) الطباطبائي: مع أنه مخالف لظاهر كلماتهم فإنهم يجعلون البدل في مقابل نفس
العين

وأیضا لازمه عدم العود بعود العين لأنه نظير أخذ أجره العين فإن العوض إذا فرض كونه
في مقابل الحيلولة فهي متحققة في زمان الأخذ فلا وجه لعوده وأيضا لازمه جواز أخذ

وقال الثاني: إن هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا، وتوقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرف، كان وجهها في المسألة (٢١٨)، انتهى. واستحسنه في محكي الكفاية.

أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا: إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، ولازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه، ليصدق ذهابها من كيسه. ثم إن الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفا، وجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكية، وإن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية، وجب قيام مقابله مقامه في السلطنة، لا في الملكية، ليكون مقابلا وتداركا للسلطنة الفائتة، فالتدارك لا يقتضي ملكية المتدارك في هذه الصورة.

العوض عن الحيلولة السابقة على رد العين إذا فرض طول المدة بين الغصب والرد فيجب مع رد العين رد بدل الحيلولة أيضا إلا أن يقال إن الحيلولة الدائمة تقتضي البدل لا مطلقها فيرتفع الوجهان الأخيران لكن فيه عدم الفرق غاية الأمر كون قيمة الزائلة أقل من الدائمة، فتدبر. (ص ١٠٨)

(٢١٨) الطباطبائي: مجرد اليأس لا يكفي في دفع الإشكال فإنه يلزم الجمع المذكور لو كانت موجودة في الواقع إلا أن يقال إن الجمع الممنوع منه ما لو كانت العين تحت اليد لا

ما إذا عدت من التالف عرفا ولا بأس به لكنه لا يخلو من شيء بعد ذلك فتدبر. (ص ١٠٨)

نعم، لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفاتئة متوقفة على الملك، لتوقف بعض التصرفات عليها، وجب ملكيته للمبدول تحقيقا لمعنى التدارك والخروج عن العهدة (٢١٩).

(٢١٩) الطباطبائي: فعلى هذا يصير بدلا عن العين في الملكية ولا يبقى فرق بينه وبين التلف

الحقيقي إذ بعد عدم تحقق التدارك إلا بذلك يكون كذلك. (ص ١٠٨)
الأصفهاني: ما أفاده المصنف قدس سره في المتن من أن الفاتئ بسبب تعذر العين السلطنة على الانتفاعات فالواجب تداركها بسلطنة توازيها بأداء ما يماثل العين المتعذرة فالسلطنة على المدفوع بدل عن السلطنة على العين المتعذرة كما هو صريح كلامه عند ختامه والسلطنة على الانتفاعات لا يقتضي الملك من أول الأمر عنده قدس سره كما أنها حيث كانت

بدلا عن السلطنة المتعذرة بتعذر العين لا يعقل أن يكون مبدلها للضامن لتعذرها على الفرض وليست كالملكية حتى يعقل تحققها للضامن مع تعذر العين. نعم على مسلك شيخنا الأستاذ حيث إن السلطنة من أحكام الملك فهي عبارة عن جواز الانتفاعات تكليفا ووضعيا فلا معنى لقيام حكم تكليفي أو نفوذ وضعي مقام حكم تكليفي أو نفوذ وضعي كما لا معنى لقيام عين مقام عين في الحكم الشرعي المرتب على ما يتعلق بها من الأفعال المعاملية وغيرها وليست الإباحة هنا ملاكية حتى يعقل أن تكون تسببية إنشائية ليتصور بدلية عين عن عين في الإباحة التسببية بل إباحة شرعية محضة وأما على ما هو الحق الذي مر الكلام فيه مرارا من أن السلطنة بمعناها وهي القدرة والقاهرة شرعا إما بعدم المنع من التصرف وإما بإنفاذ الأسباب فهي معنى اعتباري شرعي أو عرفي ومصححه الترخيص التكليفي أو الانفاذ الوضعي فلا محالة تكون قابلة للقيام مقام مثلها أو قيام عين مقام عين في هذا الاعتبار الوضعي إلا أنه يمكن أن يقال إن مقتضى دخول العين في العهدة دخولها بحيثياتها وشؤونها القائمة بها وهي المالية والملكية فالخروج عن عهدها بأداء ما يماثلها في شؤونها وحيثياتها القائمة بها والسلطنة الاعتبارية للمالك مثلا

وعلى أي تقدير: فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكةها، إنما الكلام في البذل المبذول، ولا كلام أيضا في وجوب الحكم بالإباحة وبالسلطنة المطلقة عليها (٢٢٠).
وبعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ إلى أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ (٢٢١) وقد تقدم في المعاطاة بيان ذلك.
ثم إنه قد تحصل مما ذكرنا: أن تحقق ملكية البذل أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكةها، إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعد بذل البذل غرامة وتداركا.

بالإضافة إلى أفعاله التي لها مساس خارجي أو اعتباري بالعين لأن حقيقة القدرة لا تعلق لها بالأعيان بل بالأفعال فلا معنى لاعتبارها إلا في الأفعال فهي ليست من شؤون العين كالمالية والملكية ليكون تدارك العين التي هي في العهدة بلحاظها لا يقال إن نظير هذا الإشكال جار في المالية المتعذرة فإنه لا معنى لتعذرها إلا تعذر الانتفاع بها وإلا فمالية العين على حالها لأننا نقول دخول العين في العهدة مقتضى لردها بماليتها فإذا لم يتمكن من ردها بماليتها إما لتلف ماليتها بتلفها ولخروج العين بماليتها عن تحت يده يجب ردها بمالية أخرى مماثلة لماليتها فالمالية المؤداة بدل للمالية التي لا يتمكن من ردها فما لا يتمكن من ردها نفس المالية القائمة بالعين الداخلة في العهدة وليست كالسلطنة القائمة بالشخص المتعلقة بفعله، فتدبر. (ص ١٠٩)

(٢٢٠) الطباطبائي: قد بين كونه أيضا على وجه الملكية فلا وقع لهذه العبارة. (ص ١٠٨)
(٢٢١) الطباطبائي: قد عرفت: الإشكال فيه لعدم الدليل مع أنه لو أمكن الالتزام بالملكية فلا وجه للتأخير إلى حين التصرف. (ص ١٠٨)

أما لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكية (٢٢٢)، فالتدريك لا يقتضي ملكه ولا السلطنة المطلقة على البدل (٢٢٣).
ولو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذ لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم (٢٢٤).

(٢٢٢) الإصفهاني: الصحيح، ما ليس به قوام المالية كما ذكره قدس سره فيما بعد. (ص ١٠٩) * (ص ٤٣٨، ج ١)
(٢٢٣) الطباطبائي: ظاهره أنه يجب التدريك لكن لا يقتضي الملكية مع أنه ليس كذلك إذ حينئذ لا دليل على وجوب التدريك نعم لو فرض وجود دليل في مقام الأمر كما ذكره لكن يبقى عليه بيان الفرق بين هذه الصورة والصورة الأولى حيث لم يحكم هناك بكون حكم الشارع بدفع العوض كاشفا عن حكمه بكون العين للدافع بمعنى العوضية الشرعية، إذ لا خصوصية لهذه الصورة تقتضي ذلك. ودعوى: أن المفروض عدم تحقق سبب الغرامة فلا بد أن يكون الحكم بالقيمة لأجل ما ذكره من الانتقال مدفوعة بأن المفروض أن الشارع حكم بها على وجه الغرامة ثم إن مقتضى ما ذكره من الانكشاف عن الانتقال أنه يملك العين ولو عصى ولم يدفع القيمة أيضا وهو مشكل بل الظاهر أن الانتقال إنما يحصل بالدفع لا قبله بمجرد إيجاد السبب. (ص ١٠٨)
(٢٢٤) الآخوند: لا وجه لهذا الانكشاف أصلا. لوضوح أن دفع تمام القيمة إنما يكون من باب

الغرامة وقد عرفت عدم اقتضاءها الانتقال وخصوصيتها تعبدا غير موجبة لخروجها عما هو قضية بابها كما لا يخفى. (ص ٤٤)
الإصفهاني: والتحقيق: عدم لزوم القيمة في مثل الفرض إذ القاعدة لا تقتضيه وفرض الحكم به من الشارع فرض محض، فتدبر. (ص ١٠٩) * (ص ٤٣٨، ج ١)

ولذا استظهر غير واحد أن الغارم لقيمة الحيوان الذي وطأه يملكه، لأنه وإن وجب بالوطء نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر، لكن هذا لا يعد فواتا لما به قوام المالية (٢٢٥).

هذا كله مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها السابقة.

أما لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية، فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة، مع بقاء العين على ملك المالك (٢٢٦).

(٢٢٥) النائيني (منية الطالب): تفصيل المصنف بين غرامة الحيوان بالوطء وسائر الغرامات - حيث اختار دخول الحيوان في ملك الغارم دون غيره - لا وجه له، لأن وجوب الغرامة لو اقتضى ملكية المتدارك من باب عدم إمكان الجمع بين العوض والمعوض لاقتضى في الجميع، ولو لم يقتض ذلك لا يقتضي في الجميع. وتوهم: أنه إذا خرج الحيوان عن ملك المالك فلا بد أن يدخل في ملك الغارم وإلا يبقى الملك بلا مالك فاسد.

أما أولا: فلأنه لا موجب لخروجه عن ملك المالك، فإن الغرامة ليست عوضا حتى يقتضي دخولها في ملك المضمون له خروج العين التي وجب على الضامن غرامتها عن ملكه.

وأما ثانيا: فلأن خروجها عن ملكه لا يقتضي دخولها في ملك الغارم، لإمكان دخولها في بيت المال، إلا أن يقال: إن تفصيل المصنف مستفاد من نفس الرواية الدالة على غرامة الحيوان فإن قوله عليه السلام: (يغرم ثمنه) ظاهر في الحيوان بالوطء يدخل في ملك

الواطيء، فإن التعبير بالثمن إنما هو لبيان ذلك. (ص ٣٢٥)
(٢٢٦) الطباطبائي: لا يخفى أنه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صفة الملكية

لأن القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء (٢٢٧) التي خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا عوض العين نفسها، كما في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإن بقاءها على ملك مالكها لا ينافي معنى الغرامة، لفوات معظم الانتفاعات به، فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك ولو بذل القيمة (٢٢٨).

فإن الرطوبة الباقية نظير القصة المكسورة فإنه لا يقال إن أجزاءها باقية على ملكية مالكها مع عدم فائدة فيها إلا نادرا. نعم يبقى الكلام في بقاء حق الاختصاص له وهو أيضا ممنوع على ما سيأتي هذا ولو فرض فيها فائدة تقتضي بقاء الملكية لا نسلم لزوم جميع القيمة بل يمكن أن يقال بعدم الانتقال إليها أصلا وإنما يجب عليه التفاوت. (ص ١٠٨) (٢٢٧) الإصفهاني: لكنك قد عرفت أن التغيرات بلحاظ المالية لا بلحاظ الملكية فالقيمة بدل عن العين في المالية فلا مانع من بقائها على صفة الملكية لمالكها كما مر تفصيله ثم إنه هل القيمة عوض عن الأوصاف أو عوض عن العين بلحاظ ماليتها المتقومة بأوصافها الظاهر هو الثاني لأن الأوصاف ليست بمال بالحمل الشائع بل مقومة لمالية العين ولا عهدة إلا للمال بالحمل الشائع ومنه تعرف أن القيمة بدل عن العين في المالية لا أنها بدل عن مالية العين إذ الداخل في العين هو المال لا المالية وإتلاف المال مضمن لا إتلاف العالية وسيجيء إن شاء الله تعالى تنمة الكلام. (ص ١٠٩) * (ص ٤٣٩، ج ١) (٢٢٨) النائيني (منية الطالب): وكيف كان، لا إشكال في أن الخمر إذا صار خلا عاد إلى ملك المالك اتفاقا إذا لم يسبقه سابق.

ثم إن مما يتفرع على هذه المسألة: عدم جواز المسح بالبلل الباقي على أعضاء الوضوء، فإن الماء وإن كان تالفا عرفا فيجب على الضامن بدله، إلا أنه لم يخرج عن ملك المالك، لما عرفت أن الضمان في حد نفسه لا يقتضي دخول المضمون في ملك

قال في القواعد في ما لو خا ط ثوبه بخيوطه مغصوبة: ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثم يضمن الغاصب النقص، ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، إنتهى.

وعطف على ذلك في محكي جامع المقاصد قوله: ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أن جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعبت القيمة أخذها ولم تدفع العين، إنتهى.

وعن المسالك في هذه المسألة: أنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة.

الضامن، ولذا لم يلتزم أحد بأن الضامن لدين الغير يملك الدين، وعرفت أن جريان الربا في الضمان لا يلازم كونه معاوضة، ولذا ينسب ذلك المشهور جريانه في الضمان العقدي، فقالوا: لا يجوز أن يصير الشخص ضامنا لدين في ذمة الغير أزيد مما في ذمته إذا كان مكيلا أو موزونا، مع أنهم لا يلتزمون باقتضاء الضامن المعاوضة مطلقا.

اللهم إلا أن يقال بالفرق بين الخمر والرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء، فإن الخمر قابل للتخليل فيبقى حق الاختصاص للمالك، أو هو مباح لكل من سبق إليه، وأما الرطوبة فلا هي مال، ولا فيها حق اختصاص، لعدم إمكان ردها إلى المالك خارجا، وعدم قابلية الانتفاع بها لغير المتوضىء.

وبالجملة: الرطوبة شيء لا يمكن أن يتعلق بها وجوب الرد تكليفا، ولا هي في عهدة الضامن وضعا، لأن ما لا يمكن أدائه أبدا لا معنى لأن يتعلق الضمان به، فإذا خرجت عن المملوكية عرفا فلا مانع لأن ينتفع بها من هي على أعضائه، فتأمل. (ص ٢٣٤)

لكن عن مجمع البرهان في هذه المسألة: اختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: يمكن أن لا يجوز ويتعين القيمة، لكونه بمنزلة التلف (٢٢٩)، وحينئذ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، إذ لا غصب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل وقبل المسح، إنتهى. واستجوده بعض المعاصرين، ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته عوضاً شرعاً. وفيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، وأدلة الضمان قد عرفت أن محلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو أوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته.

ولا يخفى أن العين على التقدير الأول خارج عن الملكية عرفاً.

(٢٢٩) الإصفهاني: ظاهر كلامه قدس سره حيث جعله بمنزلة التلف عدم قبوله للملكية كما في

التالف حقيقة حيث لا زوال ملكية المالك فقط لمكان أداء البدل وانتقاله إلى الغارم وعليه فكما يمنع كونه بمنزلة التلف عن بقاء صفة الملكية كذلك يمنع عن حدوثها للغارم فتكون العين الموجودة بلا مالك ولا يمكن الالتزام به. (ص ١٠٩) * (ص ٤٤٠، ج ١) الطباطبائي: مع الإغماض عما ذكرنا من أن مقتضى القاعدة بقاؤها على ملك المالك مع الشركة في قيمة الثوب الحق مع الأردبيلي. (ص ١٠٨)

(٢٣٠) الطباطبائي: قد عرفت أن المنشأ اقتضاء العوضية مع فرض بقاء المال على المالية وذلك فلا وجه للمقايسة بصورة التلف الحقيقي مع إمكان دعوى أن فيه أيضاً يعود

وعلى الثاني: السلطنة المطلقة على البديل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين، وهذا معنى بدل الحيلولة.

وعلى الثالث: فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين (٢٣١)، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة، لا نفس العين الباقية، كيف! ولم تتلف هي (١٣٤). وليس لها على تقدير التلف أيضا عهدة مالية؟ (٢٣٣)
بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال (٢٣٤).

التالف ملكا للضامن بمعنى أنه يعتبر كونه المال التالف له فلو فرض عوده إلى الوجود بمعجزة أو غيرها كما في الخل إذا صار خمرا فدفعت القيمة ثم عادت خلا نلتزم بأنه للضامن، فتدبر. (ص ١٠٨)

(٢٣١) الطباطبائي: فيه: تأمل بل الظاهر أنه بدل عن نفسها وإلا لم يكن وجه لعدم العهدة لها

ومن ذلك يظهر أنه لا معنى لوجوب ردها تكليفا مجردا عن الوضع. (ص ١٠٩)
(٢٣٢) الإصفهاني: ولنا: أن نقول بأن التغيريم حيث إنه بلحاظ المالية دون الملكية والأوصاف

مقومة لمالية العين ففواتها توجب تلف مالية العين فهي بما هي مال تالفة وإن كانت بما هي ملك وبذاتها باقية. (ص ١١٠)* (ص ٤٤٠، ج ١)
(٢٣٣) الإصفهاني: بل لا يعقل أن تكون لها عهدة مالية حيث إنه ليس لها خسارة مالية ليكون

لها تدارك مالي ومنه يعلم أن التكليف بردها من باب رعاية حيثية ملكيتها، لا ماليتها فتوهم أنه لا معنى للتكليف بردها مجردا عن الوضع لا وجه له. (ص ١١٠)* (ص ٤٤١، ج ١)

(٢٣٤) الإصفهاني: لا يخفى أن الأدلة اللفظية قاصرة عن إيجاب رد ما ليس بمال وإن كان مضافا بإضافة الملكية لأخذ عنوان المال في قوله: (الناس مسلطون على أموالهم)

بل لو استلزم رده ضررا ماليا على الغاصب أمكن سقوطه، فتأمل (٢٣٥).
ولعل ما عن المسالك: من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط
المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعين القيمة فقط،
محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل
فيه الخشبية، كما لا يأبى عنه عنوان المسألة، فلاحظ، وحينئذ فلا تنافي ما تقدم
عنه سابقا: من بقاء الخيط على ملك مالكة وإن وجب بذل قيمته (٢٣٦).

وقوله صلى الله عليه وآله: (لا يحل مال امرء) وقوله صلى الله عليه وآله: (لا يجوز أن
يتصرف أحد في مال غيره) بل
قوله صلى الله عليه وآله: (على اليد ما أخذت) كذلك لأن موضوعه المأخوذ الذي له
خسارة مالية فما لا
مالية له لا أداء ولا تأدية له نعم، قوله عليه السلام: (المغصوب مردود) بإطلاقه يعم ما ليس
بمال إذا

لم يناقش فيه بورود الاطلاق مورد الغالب. (ص ١١٠) * (ص ٤٤١، ج ١)
(٢٣٥) الإيرواني: وذلك لقاعدة نفي الضرر وإنما لا تجري تلك القاعدة ما دام ضامنا
لأجل أن

الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فإذا خرج عنه عهدة الضمان بأداء القيمة ولم يبق سوى
تكليف بحت بأداء العين تفتته قاعدة نفي الضرر إلا أن يدعى أن مؤاخذه الغاصب بأشق
الأحوال يشمل الغاصب المؤدي لمالية العين أيضا لكن الشأن في مدرك هذه
العبارة. (ص ١٠٥)

الإصفهاني: لأنه غير معارض بضرر مالي في جانب المالك لاستيفاء مالية ماله بأخذ
الغرامة وقاعدة الضرر حاكمة على أدلة التكاليف إلا أن يكون طبع الرد
لواجب مقتضيا لضرر مالي فإن مثله لا يرتفع بقاعدة الضرر وإلا لارتفعت التكاليف
المالية. (ص ١١٠) * (ص ٤٤١، ج ١)
(٢٣٦) الطباطبائي: لكن الأقوى عدم بقاءه أيضا بعد صدق التلف فيكون للغاصب من باب
المعاوضة الشرعية القهرية بعد دفع العوض، هذا مع الإغماض عما ذكرنا من أن التحقيق

ثم إن هنا قسما رابعا، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه، كما لو صار الخل المغصوب خمرا، (٢٣٧)

بقاؤه على ملك مالكة وأنه شريك في القيمة بحسب قيمة خيطه إذ هذا الموجود الخارجي وهو الثوب المخيط مشترك بينهما فخيطه للمالك وثوبه للغاصب كما فيما كان مشتتلا على قطعتين لا يمكن الفصل بينهما وكان إحديهما للمالك والأخرى للغاصب بل التحقيق الشركة فيما كان الوصف لشخص والموصوف لآخر كما إذا كان العبد المشتري مع خيار البايع غير كاتب فعلمه المشتري الكتابة ثم فسخ البايع، فتدبر. (ص ١٠٩)

(٢٣٧) الطباطبائي: التحقيق: إن مجرد الملكية السابقة أيضا كافية في الأحقية كما هو وظاهرهم في باب الرهن قال في الشرائع: (ولو رهن عصيرا جاز فإن صار خمرا بطل الرهن ولو عاد خلفها وإلى ملك الراهن) وفي الجواهر: بلا خلاف أجده بيننا، إلا ما تسمعه من المحكي عن أبي الصلاح وهو شاذ لرجحانه على غيره بالملك السابق واليد المستمرة إذ يد المرتهن من آثار يد المالك وللسيرة وللإجماع بل الضرورة على ملك الخل وجواز اتخاذه مع أن العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة إلى أن قال مضافا إلى الشك في اندراج الفرض في المباح الذي يملكه من استولى عليه فلا بد من دخوله في ملك أحد حال تخلله ولا ريب في رجحان المالك السابق على غيره، إلى أن نقل عن أبي الصلاح: (أنه إن صار خمرا بطلت وثيقة الرهن ووجب إراقتة) وفي الشرايع بعد العبارة السابقة: (ولو رهن مسلم بن مسلم خمرا لم يصح فلو انقلب في يده خلا فهو له على تردد) وعن المسالك وجامع المقاصد الأقوى كونها أيضا للأول إذا كانت محترمة بخلاف غيرها فإنه لا يد فيه لأحد عليها هذا ويظهر من صاحب الجواهر في ذلك الباب مفروغية أحقية المالك السابق إلا مع الاعراض أو الإراقة فيختلف كلامه في البابين وكيف كان فالأقوى هو ذلك لا للتعليقات المذكورة لأنها أخص من المدعى إذ لا إشكال في

فاستشكل في القواعد وجوب ردها مع القيمة (٢٣٨).

فيستكشف منه أولوية المالك به وكفايتها في وجوب الرد فالجواب عنه إن وجوب الرد للعود إلى الملك فيكون من باب وجوب رد الملك لا من باب رد ما يكون المالك أولى به والعود إلى الملك بعد زوال الملكية لا يقتضي بقاء حي الأولوية بتوهم التخصيص بلا مخصص والترجيح بلا مرجح وذلك لأن زوال الملكية تارة لموجب الانتقال إلى الغير وأخرى لبقاء مقتضى حدوث الملكية من العقد وغيره على حاله وإنما سقط عن التأثير بقاء لوجود المانع وهو انقلاب الخل خمرا فإذا زال المانع أثر المقتضي أثره من دون وجود حق الأولوية في حال سقوطه عن التأثير وعدم لزوم الترجيح بلا مرجح بعد وجود المقتضي لملكية المالك للعين دون غيره واضح جدا، فلا كاشف عن حق الأولوية ولا عن تعلق وجوب الرد بذات الملك. (ص ١١٠) * (ص ٤٤٢ و ٤٤٥، ج ١) (٢٣٨) الطباطبائي: ولا يخفى أن مقتضى إشكاله في المقامين الإشكال في الثالث أيضا فإنه

لو لم يكن المالك أحق بالخمر فيمكن أن يقال بعدم وجوب رده بعد الخلية بل يرد المثل ويكون الخل له. (ص ١١٠)

النائبي (المكاسب والبيع): فإن قلت: بقاء حق الاختصاص للمالك بالنسبة إلى الباقي بعد التلف ينافي مع أخذه لتمام ما يقابل مالية ماله لكون الغرامة بإزاء تمام ماله قلت: الغرامة إنما هي بإزاء التالف من مالية ماله وأما الموجود فلا تلف حتى تلف الغرامة عليه فحينئذ لم تقع غرامة بإزاء ماله على الباقي من الإضافة الضعيفة المعبر عنها بالحق كما لا يخفى. ومما يبطل به دعوى ملكية الغارم للمال الذي يغرمه للمالك وأعطى غرامته إياه هو لزوم كون المنافع المتجددة منه الحاصل بين زمان تعذر الوصول إليه وبين عود التمكّن منه ملكا للغارم وما أظن أن يلتزم به أحد حتى نفس القائل بحصول ملكية العين للغارم. (ص ٣٨٤)

ولعله من استصحاب وجوب ردها. ومن أن الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب إلا رده ولم يكن المالك إلا أولى به (٢٣٩).
إلا أن يقال: إن الموضوع في الاستصحاب عرفي (٢٤٠)، ولذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان والمحقق الثاني، ويؤيده أنه لو عاد خلا ردت إلى المالك بلا خلاف ظاهر.

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضماتها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواء كان للسوق أو للزيادة المتصلة، بل المنفصلة - كالثمرة - ولا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك (٢٤١).

(٢٣٩) الآخوند: لا يخفى، أن الموضوع بمقتضى اليد، هو نفس العين، لا ببعض عناوينها، وهي حقيقة باقية، فلا إشكال في صحة استصحاب وجوب أدائها أصلا، مع أن استصحاب حق الاختصاص الذي حصل للمالك قبل دفع القيمة وبعد الانقلاب بلا ارتياب، فإن البحث في ارتفاعها يدفعها، لا في حدوثه بسببه، فتأمل. (ص ٤٤)
(٢٤٠) الطباطبائي: قد عرفت: إن بقاء الموضوع لا ينفذ بعد كون الحكم معلقا على الملكية

الزائلة قطعا. (ص ١١٠)

الإيرواني: أولا: إن كان موضوع وجوب الرد عنوان مال الغير لا ذات ما كان مالا له فهو مرتفع لا معنا للاستصحاب بعده حتى إذا كان الموضوع في الاستصحاب عرفيا فإنه كاستصحاب حكم العلم والعدالة بعد ارتفاعهما وإن كان موضوعه ذات ما هو مال الغير الذات بعنوان التمويل فالذات باق والاستصحاب جار وإن اعتبرنا في الاستصحاب بقاء الموضوع بالدقة. ثانيا والظاهر: أن التمسك بالاستصحاب لا محل له على كل حال فإنه كما يجب رد مال الغير يجب رد متعلق حقه أيضا قطعا إلا أن يناقش في ثبوت حق الأولوية له فإن كل مالك له حق الأولوية بماله بعد زوال التمويل عنه. (ص ١٠٥)
(٢٤١) الآخوند: بل خروجه عما هو قضية عهدتها وضماتها، وإن كانت نفس العهدة باقية، ولا

وعن التذكرة وبعض آخر: ضمان المنافع، وقواه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه. وفي موضع من جامع المقاصد: أنه موضع توقف. وفي موقع آخر رجح الوجوب. 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، كالحاصل بعد التلف (٢٤٢).

عما كان تقتضيه وبالجملة عود تكليف جديد وضمن جديد يحتاج إلى سبب جديد وليس،

فظهر أن الأصل عدم ضمان النماءات الحادثة ما لم تدخل تحت اليد بعد حدوثها ولا تكفي اليد القديمة على أصول تلك النماءات هي ضمانها ولا في التكليف بأدائها إذا تمكن منها. (ص ١٠٥)

النائني (المكاسب والبيع): التحقيق أن يقال: لو كان البديل بدلا عن السلطنة الفاتئة من المالك في زمان عدم تمكنه من ماله وعدم سلطنته عليه كما سلكه المصنف قدس سره فاللازم هو ضمان الغاصب بتلك المنافع المتجددة حينئذ وذلك لأن البديل حينئذ تدارك عن بعض ما للمالك وهو السلطنة وأما عين ماله ومنافعه المتجددة فلم يتدارك بشيء ولو فات شيء منها فيجب تداركه على الغاصب. هذا لو قلنا بملك البديل للمالك على هذا المسلك ولو قلنا بالإباحة كما تقدم فالأمر أظهر. وبناء على ما أسسناه من إثبات بدل الحيلولة بالتمسك بالإطلاق فالوجه هو عدم الضمان، وذلك لأن البديل حينئذ تدارك عن مال المالك فيكون بمنزلة وصول ماله إليه. غاية الأمر لا بعينه بل بماليته فحينئذ لا ضمان لما يفوت من المنافع على الغاصب ما دام البديل باقيا على ملك المالك فبرجوعه عن ملكه الذي يتحقق بتمكن الغاصب من رد المال الأصلي إلى المالك يصير الغاصب ضامنا لما يفوت من المنافع المتخللة بين زمان عود التمكن من الرد وبين زمان وصول العين إلى المالك. (ص ٣٨٥)

(٢٤٢) النائني (منية الطالب): ففيه: أن العطف لا يقتضي الاتحاد بين المعطوف

لكن مقتضى القاعدة ضمانه له، لأن مع التلف يتعين 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 المدة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب، على الخلاف.

والحاصل: (٢٤٣) أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبء بيوم التعذر، والحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة والنماء إلى دفع البدل وإن تراخى عن التعذر، مما لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلي.

ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكناً، وجب ردها إلى مالكها كما صرح به في جامع المقاصد فوراً، وإن كان في إحضارها مؤونة، كما كان قبل التعذر، لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي).

والمعطوف عليه من جميع الجهات، فعدم ضمان ارتفاع القيمة بعد التلف لا يقتضي عدمه بعد التعذر وقبل الدفع. (ص ٣٢٠)

(٢٤٣) الطباطبائي: لا يذهب عليك أن مقتضى ما قدمناه من كون نفس العين في العهدة بعد

التلف، حتى في القيميات ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل بعد التلف أيضاً فلا فرق بين التلف والتعذر في ذلك. (ص ١١٠)

(٢٤٤) الإيرواني: قد عرفت أن هذا خلاف القاعدة وأن القاعدة تقتضي عدم بقاء باقية من ما

ودفع البديل لأجل الحيلولة إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد (٢٤٥)، واستلزم ذلك على ما اخترناه - عدم ضمان المنافع والنماء المنفصل والمتصل بعد دفع الغرامة. وسقوط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب والعموم هو الضمان المدلول عليه بقوله عليه السلام: (على اليد ما أخذت) المغيا بقوله: (حتى تؤدي) (٢٤٦).

مصداقا لما في ذمته وبدلا عن الكلي.

ولا شبهة أن كل ما وقع بدلا عن الدين يوجب سقوطه ولو كان من غير جنسه، وهذا بخلاف العين الشخصية فإنها إذا سقطت أداؤها بالتعذر وطالب المالك ماليتها فوقع كل ما يؤديه الضامن بدلا عن العين يحتاج إلى معاوضة مالكية أو شرعية أبدية، لا دائرة مدار التعذر، لأن العين لا تدخل في الذمة حتى تبرأ ذمة الضامن عنها بأداء بدلها، فإذا ارتفع التعذر يجب رد العين، وهذا أيضا مقتضى قوله عليه السلام: (على اليد ما أخذت) المعنى بأداء

المأخوذ. (ص ٣٣٧)

(٢٤٥) الطباطبائي: لا نسلم ذلك بل أفاد التخلص بالمرّة وإلا فلا فلقائل أن يقول ببقاء حكم

النماءات والمنافع والارتفاع السوقي أيضا والحاصل: إنه جعل العين كأنها تلفت وأخذ البديل فلا معنى لبقاء عهدة بعد ذلك نعم لما كان من جهة التعذر فبارتفاعه يرتفع الحكم لا أنه من أول الأمر بقي بعض مراتب العهدة، فتدبر. (ص ١١١)

(٢٤٦) الإيرواني: الصواب أن يقال هو الوجوب لأنه المدعى دون الضمان وسينكر المصنف

عود الضمان ثم أنه لم أدر أي معنى للاستصحاب المذكور بعد انقطاع الحالة السابقة في الأثناء ولو لعذر عقلي وأي معنى للعموم بعد حصول غايته وهو الأداء فإن عادت اليد صح التمسك بالعموم في اليد الجديدة واقتضى ضمنا جديدا بناء على أن عموم (على

وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طرو التمكن، فيضمن العين من يوم التمكن ضمانا جديدا بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم. (٢٤٧)

اليد) يستفاد منه الوضع واشتغال الذمة وهم لا يقولون بضمان جديد وإن لم تعد اليد بل كان من مجرد التمكن لم يعد شيء واستصحاب عدم التكليف زمان التعذر لا بأس به فإنه من استصحاب حال العقل واستصحاب البراءة العقلية وما اقترن بحكم العقل من عدم الحكم الأزلي، لا من استصحاب الحكم الشرعي المستند إلى حكم العقل كي يمنع. (ص ١٠٥)

(٢٤٧) الإصفهاني: إن الغرامة المدفوعة إما هي بدل عن العين في الملكية أو في المالية أو في

السلطنة الفائتة مطلقا أو في السلطنة المتعذرة أو في السلطنة على المطالبة، لا على الانتفاعات أو بدل عن قدرة الغاصب وتمكنه من رد العين فنقول إذا كانت الغرامة بدلا عن العين في الملكية، فمجرد ارتفاع التعذر لا يوجب إلا تمكن الغاصب من ما ملكه بدفع الغرامة ولا موجب لخروج الغرامة عن ملك مالكها وعودها إلى الضامن وإذا كانت بدلا في المالية مطلقا فكذلك، حيث لا موجب لخروج الغرامة المملوكة عن ملك مالكها غاية الأمر أن العين بذاتها مضافة إلى مالكها لا بماليتها إلا بعد دفع الغرامة إلى الضامن وإذا كانت بدلا عن العين في المالية المتعذرة بحيث تكون المالية بدفع ما يوازئها كأنها لم تتعذر فإذا ارتفع التعذر وانقلب إلى التيسر لم يعد بقاء الغرامة على البدلية لأنها لم تكن بدلا عن مالية العين مطلقا، بل بدل عن ماليتها المتعذرة وحيث لا تعذر فلا مبدل قهرا كي تكون الغرامة بدل منه وسيجيء - إن شاء الله تعالى - تحقيق القول فيه وإذا كانت الغرامة بدل عن السلطنة الفائتة بما هي كذلك فلا عود لها فيستحيل عود الغرامة إلى ملك الغارم إلا أن هذا الاحتمال هو في نفسه ضعيف إذ لو كان فوات سلطنة المالك على ماله مصححا لأخذ البدل لصح أخذ البدل بمجرد وضع يد الغاصب مثلا على المال ولو لم

أو أنها باقية على ملك مالك العين، وكون العين مضمونة بها لا بشئ آخر في ذمة الغاصب، فلو تلفت استقر ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب رده، (٢٤٨) وأما الضمان وعهدة جديدة فلا؟ وجهان:

أظهرهما الثاني، لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، وعدم طرو ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمانا جديدا.

الغرامة فقد سقط الوجوب أو الاستحقاق سواء ارتفع التعذر بعده أم لا. وأما حصول السلطنة

أو الملكية فهو يتحقق بدفع الغرامة وارتفاع التعذر أجنبي عنه بل يرتفع بدفعهما إلى الضامن. (ص ١١٢) * (ص ٤٤٩، ج ١)

(٢٤٨) الطباطبائي: قد عرفت أنه لا معنى لحدوث الحكم التكليفي بلا وضع فإنه في المقام

تابع له. (ص ١١١)

(٢٤٩) النائيني (منية الطالب): وذلك لأن التعذر وإن أوجب استحقاق البدل إلا أنه علة

للوjub، لا أنه موضوع له حتى يبطل البدلية بمجرد التمكن، وذلك لأن التمكن لا يخرج العين عما هي عليه من انقطاع سلطنة المالك عنها وعدم كونها تحت يده، فما لم يرجع العين لا تدخل تحت سلطنته ويده، ولا تعد مالا من أمواله، فالموضوع هو خروج العين عن تحت السلطنة لا التعذر، فإنه علة للوجوب كالتغير الذي هو علة لعروض النجاسة على الماء، فإذا شك في أنه علة محدثة فقط أو علة محدثة ومبقية أيضا

فيستصحب بقاء البدل على ملك المالك، ولازم ذلك عدم ثبوت الضمان الجديد، فإن منشأ توهم الضمان الجديد هو عود الغرامة إلى الغارم، ومنشأ العود هو كون التعذر ركنا لثبوت تملك المالك للغرامة، وكونه ركنا يتوقف على أن يكون التمكن موجبا للجمع بين العوض والمعوض عند المالك، مع أن مجرد التمكن لا يخرج العين عما هي عليه

ومجرد عود التمكّن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض والمعوض، غاية ما في باب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفاتئة المبدلة عنها بالغرامة ووجوبها عليه (٢٥٠).
وحينئذ، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة، وتوهم: أن المدفوع كان بدلا عن القدر الفاتئ من السلطنة في زمان التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله، ضعيف في الغاية، بل كان بدلا عن أصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز، ولا يجب رد نمائه المنفصل.

يكون بنائهم على العود بالرد لا بالتمكّن وعليه فليس للغارم مطالبة ما دفعه إلا بعد الرد. (ص ٤٥)

(٢٥٠) النائيني (المكاسب والبيع): ولا يخفى ما في هذا الاستدلال، أما أولا فلأن السلطنة حكم شرعي وإن كانت ملزوما لأمر عرفي ولا معنى للغرامة على الحكم الشرعي. وأما ثانيا فلأنه لو سلم كونها أمرا عرفيا كشف عنها الشارع وأمضاها. لكنها ليست مما يقابل المال إذ لا دليل على مضمونيتها بالمال لعدم دلالة دليل الضمان عليها من عموم (اليد والاتلاف)، أما اليد فلعدم مجئ السلطنة تحت اليد حتى تصير مضمونا باليد. وأما الاتلاف فلأنه يدل على الضمان بتلف المال والسلطنة ليست مالا. وأما ثالثا فلأنه لو سلم صحة ضمان ما يقابل السلطنة، لكان اللازم منه هو الأرش على السلطنة لا أخذ بدل العين بما لها من المالية إذ البديل أجنبي عما فات من السلطنة ولا ينتهي الأمر إلى بدل الحيلولة أصلا، لأن الفاتئ من السلطنة لا تعود، فلو كانت لها قيمة يجب إعطائها كسائر الغرامات الحاصلة في مقابل النقصانات وأين هذا من بدل الحيلولة، كما لا يخفى. (ص ٣٧٤)
الطباطبائي: قدرة الغاصب يحتاج إلى دليل وليس إلا زوال ملكية المالك للبديل من جهة المادامية. (ص ١١١)

ولو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً، إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم (٢٥١)، فإن الغرامة عوض السلطنة لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل.

نعم، للمالك 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 الأملاك، ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة (٢٥٢).

ومما ذكرنا يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة، كما اختاره في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد. وعن التحرير: الجزم بأن له ذلك، ولعله لأن القيمة عوض إما عن العين، وإما عن السلطنة عليه، وعلى أي تقدير فيتحقق التراد، وحينئذ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر.

(٢٥١) الطبائبي: مراده من ذلك السلطنة الفعلية وحينئذ فلا نسلم توقف عود البدل على عودها بل السلطنة على المطالبة هي المدار وكذا لو كان الغاصب من الأول قادراً على الدفع لا ينتقل إلى البدل فالمناط ليس مجرد عدم كون العين تحت يد المالك بل المناط قطع السلطنة بمعنى عدم إمكان إثبات اليد عليها فقدره الغاصب كافية في العود لا من جهة أن البدل بدل عنها بل من جهة حصول السلطنة للمالك معها والمفروض أنها المبدل منه. (ص ١١١)

(٢٥٢) الطبائبي: قد عرفت ما فيه وإن دفع البدل موجب للخروج عن جميع مراتب العهدة فمع الإغماض عما ذكرنا لا يمكن التمسك بعموم الناس. (ص ١١١)

وفيه: أن العين بنفسها ليست عوضا ولا معوضا، ولذا تحقق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلط عليها، والمعوض للغرامة السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتراد.
اللهم إلا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة وهي السلطنة الفائتة.
والأقوى: الأول. (٢٥٣)

(٢٥٣) الطباطبائي: لما كان جواز حبس مال الغير حتى يأخذ منه ماله الذي عنده مختصا بالأعواض، وإلا فلو كان عنده دين أو عين لغيره وكان عند الآخر كذلك للأول لا يجوز لواحد منهما حبس ما عنده حتى يتسلم ما عند الآخر إلا إذا كان أحدهما عوضا عن الآخر ببيع أو نحوه إن أراد أن بين أن فيما نحن فيه لا يجري حكم الحبس لما ظهر أن البديل ليس بدلا عن العين بل عن السلطنة الفائتة فلا يجوز حبس العين لأنه نظير حبس عين أخرى من مال المالك وأنت خبير بما فيه فإن البديل بدل عن العين غاية الأمر أن بدليته عنها من جهة السلطنة الفائتة لا من جهة تلفها وأيضا إذا كان المبدل هي السلطنة وهي مقومة بالعين فيجوز حبسها من حيث تضمنها لحبس المبدل الذي هي السلطنة.
مع أن هذا هو الأقوى إلا أن يقال إن حكم الحبس مختص بالمعاضات لا بمطلق الأعواض، فتدبر. (ص ١١١)

الإيرواني: وفيه أن عدم جواز الحبس لا يبتني على ما ذكره بل لو قلنا برجوع الغرامة إلى الغاصب بتمكّنه من العين أو باستيلائه على العين لم يكن له حبس العين على صاحبها وإنما ذلك شيء ثبت في المعاضات على خلاف القاعدة. نعم إن كان ممتنعا من الأداء رأسا جاز له التقاص مما بيده لكن تلك مسألة أخرى. (ص ١٠٥)
الأخوند: ليس للضامن حبسها مطلقا وإن قلنا بعود الغرامة بالتمكّن كما أنه ليس

ثم لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه فتلفت العين محبوسا، فالظاهر أنه لا يجري عليه حكم المغصوب، لأنه حبسه بحق.

العين في المالية أو السلطنة ليست الغرامة فعلا ملكا للغارم حتى يجوز له حبس العين توصلا إلى ما يملكه بيد الآخر. بل التحقيق إنا وإن قلنا بعود الغرامة إلى الغارم بمجرد ارتفاع التعذر إلا أن امتناع أحد عن أداء ملك الغير معصية لا تسوغ معصية الآخر وجواز الامتناع في باب المعاملات إما حكم تعدي مخصوص بها ولا دليل عليه هنا أو ذلك من مقتضيات المعاملة كما ربما يقال نظرا إلى أن التسليط العقدي مقدمة للتسليط الخارجي فكأن تمامية التعاوض بفعالية التعاوض الخارجي وكذا لو قلنا به في صورة الفسخ فإن انحلال المعاوضة بمراقبتها لا يكون إلا بالتراد الخارجي وهذا كله من شؤون التبديل المعاملي لا البدلية القهرية الشرعية. (ص ١١٢) * (ص ٤٥١، ج ١) النائيني (منية الطالب): بل يمكن أن يقال: ليس للغارم حق حبس العين ولو قيل ببطالان البدلية بمجرد التمكن وأن المورد الذي دل الدليل على جواز الحبس فيه: هو مورد المعاوضات قبل الفسخ وبعده.

أما قبله: فللشرط الضمني من المتعاضين، فإن بناءهما بحسب العادة هو التسليم والتسلم بحيث صار ذلك من الأمور الارتكازية عند العرف، فللبائع حبس المبيع ليأخذ الثمن، وللمشتري حبس الثمن ليتسلم المبيع. وأما بعد الفسخ فحق الحبس وإن لم يكن خاليا عن الإشكال، لأن العقد إذا بطل بطل بتوابعه ومنها الشرط الضمني إلا أنه ادعي الإجماع على أن لهما حق الحبس، أو أن الشرط الضمني اقتضى حق الحبس بعد الفسخ أيضا، وبطلانه لبطلان متبوعه لا يقتضي ذهاب أثره، لأن هذا الأثر أثر لمطلق وجوده لا لبقائه. (ص ٣٣٩)

نعم يضمنه، لأنه قبضه لمصلحة نفسه.
والظاهر أنه بقيمة يوم التلف (٢٥٤) على ما هو الأصل في كل مضمون ومن
قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان
التلف.

(٢٥٤) النائيني (منية الطالب): على أي تقدير فيد الغارم يد أمانة لا يد عدوان، ويد الأمانة
خارجة عن عموم (على اليد) إما تخصصا، أو تخصيصا، وكون قبضه لمصلحة نفسه ليس
من موجبات الضمان في حد ذاته، كما أنه ليس رافعا للضمان أيضا، مع أن القبض ليس
أصلح له دائما، كما إذا كانت الغرامة أعلى قيمة وأكثر نفعاً من العين.
وبالجملة: العين التي وجب ردها إلى المالك عين مسلوقة المالية، فإذا تصرف فيها
مقدمة للرد ولم يماطل فيه فلو تلفت بقيت الغرامة على البدلية، وتكون العين مضمونة
بها لا بشئ آخر فلا وجه للضمان الجديد وبطلان الضمان الأول.
وأما لو تصرف فيها زائدا عما يتوقف الرد عليه أو عدوانا فلا إشكال في ثبوت
الضمان بالنسبة إلى المنافع وارتفاع القيمة، لأنه تصرف بلا إذن مالكي ولا شرعي. وأما
ضمان نفس العين غير الغرامة بحيث لو تلفت بطلت بدلية الغرامة ورجعت إلى ملك
الغارم وضمن العين بالضمان الجديد فلا نعرف له وجهها. (ص ٣٤١)
النائيني (المكاسب والبيع): والأقوى: ضمانه بأعلى القيم وذلك لخروج البدل عن
ملك المالك بتمكن الضامن على الرد فيكون نسبه إلى بقية أموال الضامن على حد سواء
فلا معين لإخراج الضامن به عن الضمان بخصوصه وليس حاله كحال التلف قبل
التمكن حيث إن البدل حينئذ كان ملكا للمالك وكان الضامن بريئا عن ضمان المبدل
بالبدل براءة مؤقتة فبالتلف يستقر ملك المالك على البدل ويصير ملكا مطلقا بعد أن كان
مؤقتا وخروج الضامن عن العهدة كذلك يصير دائميا، وأما بعد خروج البدل عن ملك
المالك فليس في البين ما يوجب تعيينه لأن يكون بدلا عن التالف. (ص ٣٩١)

وذكر العلامة في القواعد: أنه لو حبس فتلف محبوسا، فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع القيمة الأولى والظاهر أن مراده ب (قيمة الآن): مقابل القيمة السابقة، بناء على زوال حكم الغضب عن العين، لكونه محبوسا بغير عدوان، لا خصوص حين التلف. وكلمات كثير منهم لا يخلو عن اضطراب. ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغضب، لكن الظاهر أن أكثرها بل جميعها حكم المغضوب من حيث كونه مضمونا، إذ ليس في الغضب خصوصية زائدة.

نعم، ربما يفرق من جهة نص في المغضوب مخالف لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحیحة أبي ولاد أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحیحة عليه، وأما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال، فلم نعرف له مأخذا واضحا. ولنختتم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد وإن بقي منه أحكام أخر أكثر مما ذكر، ولعل بعضها يجىء في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

تم بحمد الله

ويليه الجزء الثاني بعون الله تعالى وهو من أول مبحث شروط المتعاقدين.