

منهاج الفقاهة الجزء: ٣

السيد محمد صادق الروحاني

الكتاب: منهاج الفقاهة
المؤلف: السيد محمد صادق الروحاني
الجزء: ٣
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الرابعة
سنة الطبع: ١٤١٨ - ١٣٧٦ ش
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
(ش) ٤٢)	التمسك بالاطلاق لامضاء كل مظهر
(ش) ١٣٦)	الاذن في التصرفات المتوقفة على الملك
(ش) ٢٥٢)	حول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
(ش) ٣٦٥)	مورد بدل الحيلولة
(ش) ٣٩٧)	أدلة القول بصحة عقد الصبي
(ش) ٤٢٦)	أدلة بطلان عقد المكره
(ش) ٢٣٩)	تنبيهات التعليق في العقد
(ش) ٥)	تعريف البيع وبيان حقيقته
(ش) ٨)	ضابط ما يصح جعله معوضا وعوضا وما لا يصح
(ش) ١٣)	جعل المنفعة عوضا
(ش) ١٤)	جعل عمل الحر عوضا
(ش) ١٦)	حقيقة الحق وأقسامه
(ش) ٢٣)	تعريف الفقهاء للبيع
(ش) ٣٣)	عدم اعتبار تعقب القبول في صدق البيع
(ش) ٣٦)	البيع حقيقة في الصحيح أو الأعم
٤٤	بيع المعاطاة
٥٥	الأقوال في المعاطاة
(ش) ٥٧)	دليل المختار في المعاطاة
(ش) ٦٨)	أدلة عدم إفادة المعاطاة الملكية ونقدها
(ش) ٦٩)	كلام بعض الأساطين وما يرد عليه
(ش) ٨٠)	أصالة اللزوم... استصحاب بقاء الملك
(ش) ٩٠)	دليل السلطنة
(ش) ٩٤)	آية التجارة عن تراض
(ش) ٩٥)	دليل لزوم خصوص البيع
(ش) ٩٦)	آية الوفاء بالعقد
(ش) ٩٨)	دليل الشرط
(ش) ١٠٠)	أدلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها
(ش) ١١٠)	حول اعتبار شرائط البيع في المعاطاة
(ش) ١١٧)	حول جريان الربا في المعاطاة
(ش) ١١٩)	حول جريان الخيارات في المعاطاة
(ش) ١٢٠)	بيان مورد المعاطاة
(ش) ١٢٤)	حول تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة
(ش) ١٢٧)	أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

- التصرفات المتوقفة على الملك (ش) ١٣٣)
- حقيقة الإباحة بالعوض (ش) ١٤٥)
- حول صحة الإباحة بالعوض (ش) ١٤٧)
- الدليل على لزومها (ش) ١٤٩)
- جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات (ش) ١٥٠)
- ملزمات المعاطاة (ش) ١٦٠)
- من الملزمات تلف العينين (ش) ١٦٤)
- حول تلف احدى العينين (ش) ١٦٦)
- إذا كان أحد العوضين ديناً في الذمة (ش) ١٦٩)
- نقل العين بالعقد اللازم (ش) ١٧١)
- نقل العين بالعقد الجائر (ش) ١٧٥)
- لو باع ثالث العين فضولاً (ش) ١٧٧)
- من الملزمات الامتراج والتغير (ش) ١٧٩)
- جواز الرجوع لا يورث بالموت (ش) ١٨١)
- ثبوت الخيار في المعاطاة (ش) ١٨٣)
- حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة (ش) ١٨٦)
- ألفاظ عقد البيع (ش) ١٩٢)
- خصوصيات ألفاظ العقد (ش) ١٩٦)
- ألفاظ الايجاب والقبول (ش) ٢٠٢)
- حول اعتبار العربية في العقد (ش) ٢٠٧)
- عدم اعتبار الماضية (ش) ٢١٠)
- حول تقديم القبول على الايجاب (ش) ٢١٢)
- حول اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول (ش) ٢٢٥)
- حول اشتراط التنجيز في العقد (ش) ٢٣٠)
- اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول (ش) ٢٤٢)
- اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكل منهما الانشاء (ش) ٢٤٥)
- اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة (ش) ٢٤٩)
- حول قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده (ش) ٢٥٨)
- مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده (ش) ٢٦٥)
- حول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (ش) ٢٧٣)
- الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها (ش) ٢٧٦)
- يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة فوراً (ش) ٢٨٤)
- ضمان المنافع المستوفاة (ش) ٢٨٨)
- حكم المنافع غير المستوفاة (ش) ٢٩٣)
- المثلي والقيمي (ش) ٢٩٨)
- بيان ما هو المرجع عند الشك في المثلية والقيمية (ش) ٣٠٣)
- ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك في المثلية والقيمية (ش) ٣٠٧)

٣١٦(ش)	إذا لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل
٣١٧(ش)	إذا سقط المثل عن المالية
٣١٩(ش)	الصورة الثانية
٣٢٣(ش)	لو تعذر المثل في المثلى
٣٢٦(ش)	العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة اي يوم
٣٣١(ش)	لا فرق بين التعذر البدوي والطارئ
٣٣٣(ش)	المراد من اعواز المثل
٣٣٥(ش)	في معرفة قيمة المثل
٣٣٦(ش)	الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف
٣٣٧(ش)	لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة
٣٣٨(ش)	ضمان القيمي بالقيمة
٣٤٢(ش)	تعيين القيمة بحسب ما تقتضيه الأصول العلمية
٣٤٨(ش)	تعيين القيمة بحسب ما يقتضيه صحيح أبي ولاد
٣٦٠(ش)	بيان ما يستفاد من سائر النصوص
٣٦١(ش)	ارتفاع القيمة بحسب الأمكنة
٣٦٢(ش)	بدل الحيلولة
٣٦٧(ش)	إلزام المالك بأخذ البدل
٣٦٨(ش)	في أن بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح
٣٦٩(ش)	هل العين تنتقل إلى الضامن أم لا
٣٧٥(ش)	حق الأولوية
٣٧٦(ش)	حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية
٣٧٨(ش)	إذا ارتفع التعذر يجب رد العين
٣٨٤	شروط المتعاقدين
٣٨٤(ش)	عقد الصبي
٤٠١(ش)	المستثنيات
٤٠٥(ش)	معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة
٤١٣	حول تصرفات الصبي
٤١٤(ش)	اعتبار القصد
٤١٥(ش)	لا بد من تمييز البائع عن المشتري
٤١٦(ش)	لا يجب تعيين من يشتري له ومن يبيع له
٤٢١(ش)	حول تعيين الموجب والقابل
٤٢٥(ش)	من شرائط المتعاقدين الاختيار
٤٣٠(ش)	حقيقة الاكراه
٤٣٢(ش)	اعتبار العجز عن التفصي بما لا ضرر فيه
٤٣٩(ش)	لو أكره الشخص على أحد امرين
٤٤٢(ش)	لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد
٤٤٤(ش)	صور تعلق الاكراه

الاکراه علی بیع عبد من عبدین
الاکراه علی الطلاق
لو تعقب الرضا عقد المکره

(ش) ٤٤٨

(ش) ٤٥٢

(ش) ٤٥٨

منهاج الفقهامة
التعليق على مكاسب الشيخ الأعظم
لآية الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني
الجزء الثالث

(١)

الكتاب: منهاج الفقاهة الجزء ٣
المؤلف: آية الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني
الطبعة: الرابعة
تاريخ النشر: ١٤١٨ هـ ق. ١٣٧٦ هـ ش
المطبعة: العلمية

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين والهداية إلى الحق، وأفضل
صلواته وأكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء
بالله الأمناء على حلاله وحرامه، سيما بقية الله في الأرضين أرواح من سواه فداه.
وبعد

فهذا هو الجزء الثالث من كتابنا منهاج الفقاهة وقد وفقنا إلى طبعة، والمرجو
من الله تعالى التوفيق لنشر بقية المجلدات فإنه ولي التوفيق.

(٤)

كتاب البيع (١)

(٥)

وهو في الأصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال { ١ }

{ ١ } وحيث إنه لا حقيقة شرعية ولا متشرعية للبيع فنظره قده إلى بيان الموضوع بحسب العرف واللغة كي يحمل عليه في الأحكام المترتبة على هذا العنوان وبما أن تعيين العرف واللغة في هذا الزمان لا يفيد بالنسبة إلى زمان الشارع الأقدس ولذا في الهامش يفيد و (الظاهر عرفا ولغة بضميمة أصالة عدم النقل) التي هي من الأصول العقلية إلى يستند إليها الكل في أبواب الفقه وكيف كان فقد عرف البيع بتعاريف الأول ما عن المصباح من تعريفه بأنه مبادلة قال بمال وأورد على التعريف المذكور بأمور:

الأول: إن المبادلة قائمة بالطرفين كما هو الشأن في باب المفاعلة، ولا يصح التعبير بها عما يقوم بطرف واحد، مع أن البيع عندهم ليس هو ذلك بل عبارة عن التبديل. وما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره من انكار تقوم المفاعلة بطرفين مستشهدا بقوله تعالى: (يخادعون الله) (١) وقوله عز وجل (ومن يهاجر في سبيل الله) (٢) وناقوا، و شاقوا، وغير ذلك من الاستعمالات مدعيا أن هذه الهيئة إنما وضعت لتعدية المادة و انائها إلى الغير، مثلا الكتابة لا تقتضي إلا تعدية المادة إلى المكتوب فيقال كتب الحديث من دون تعديتها إلى المكتوب إليه، بخلاف قولهم كاتبه فإنه يدل على تعديتها إلى الغير، بحيث لو أريد إفادة هذا المعنى بالمجرد لقبل كتب إليه، ثم قال: إن الهيئة المجردة وإن أفادت هذه الخصوصية في بعض الموارد كضرب زيد عمروا إلا أنها غير ملحوظة في الهيئة وتكون من لوازم النسبة، بخلاف ضارب زيد عمروا فإن هذه الخصوصية ملحوظة فيه وإن كان لطيفا، إلا أنه يرد عليه: إن هذه الأمور ليست أمورا برهانية بل سماعية لا بد فيها من الرجوع إلى أهله، وهم قد صرحوا بذلك وجعلوا له موارد استثنائية منها الآيات المشار إليها.

(١) سورة البقرة: آية ٩.

(٢) سورة النساء: آية ١٠١.

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

ويرد عليه:

أولاً: إن بيع الكلبي بيع مع أنه قبل البيع ليس طرف الإضافة كي يكون هناك تبديل. وثانياً: أن لازم ذلك عدم كون بيع آلات المسجد بالغلة الموقوفة عليه بيعاً، فإنها لا تصير ملكاً لأحد كي ينطبق عليه هذا التعريف. وثالثاً: إن الملكية لا حقيقة لها سوى الاعتبار وهو بسيط قائم بالمالك والمملوك، فلا يعقل تبدل أحد طرفيها مع بقائها، فلا محالة لا بد من تبديلها. وبعبارة أخرى: المشتري لا يملك المبيع إلا باعتبار كونه ملكاً له، وخلع البائع الملكية عن نفسه ولبسها به ومعه تبدل الملكية لا محالة فلا يتصور بقاء ملك الإضافة و تبديل طرفها.

فالحق في تعريف البيع بنحو يكون جامعاً ومانعاً أن يقال: إنه اعطاء شيء بإزاء شيء، وهذا بحسب الموارد مختلف أثره، فقد يكون أثره ملكية العوضين كما في غالب موارد، وقد يكون أثره الانعتاق كما في بيع العبد ممن ينعق عليه، فإن أثر اعطاء البائع إياه بإزاء شيء انقطاع إضافته، وحيث لا يعقل دخوله في ملك المشتري ينعق عليه قهراً، وقد يكون أثره السقوط كما في بيع الدين ممن هو عليه، وقد يكون أثره قيام المبيع مقام عوضه فيما له من التعلق والإضافة بجهة كالألات المشتراة من غلة العين الموقوفة للمسجد مثلاً.

ضابط ما يصح جعله معوضاً وعوضاً وما لا يصح
فقد قال المصنف قدس سره في ضابط ما يصح جعله مبيعاً
{ ١ } والظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال المنافع بغيرها
تنقيح القول في المقام بالبحث في موضعين
الأول في بيان المراد من العين

بل يظهر من كثير من الأخبار { ١ } كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر، وبيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها، { ٢ } وكأخبار بيع الأرض الخراجية وشرائها. { ٣ } والظاهر أنها مسامحة في التعبير كما أن لفظ الإجارة يستعمل عرفا في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة { ٤ }

في أن البيع لنقل الأعيان والإجارة لنقل المنافع بناء على ما حققناه في كتاب الإجارة من أن حقيقتها تمليك المنفعة بعوض.

واستدل للتعميم بوجهين:

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

{ ١ } الثاني: ما في المتن قال بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار.

حيث أطلق البيع على نقل المنافع في جملة من النصوص

{ ٢ } منها: النصوص الدالة على بيع سكنى الدار: كموثق إسحاق بن عمار (١)

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

ومنها: ما ورد في بيع الأراضي الخراجية (٣)

وفيهما نظر:

أما الأول: فلما تقدم من عدم تمامية تعريف المصباح وعدم حجتيه.

وأما الثاني فلأن الاستعمال أعم من الحقيقة، وأصالة الحقيقة إنما يرجع إليها

لتشخيص المراد لا لتعيين الموضوع له بعد معلومية المراد،

فالأظهر اختصاص البيع بنقل الأعيان

{ ٤ } قوله كالثمرة على الشجرة.

الظاهر أن مراده ليس ما إذا آجر الشجرة لثمرتها قبل وجودها كما أفاده السيد قدس سره بل مراده ما إذا تعلقنا لإجارة بنفس الثمرة - فإنها التي تكون بيعا قطعيا كما في رواية (٤)

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

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب التدبير من كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء حديث ٤.

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

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

وأما العوض فلا اشكال في جواز كونها منفعة { ١ } كما في غير موضع من القواعد و
عن التذكرة وجامع المقاصد ولا يبعد عدم الخلاف فيه، نعم نسب إلى بعض
الأعيان (وهو البهبهاني) الخلاف فيه، ولعله لما اشتهر في كلامهم من أن البيع نقل
الأعيان والظاهر إرادتهم بيان البيع نظير قولهم إن الإجارة لنقل المنافع.

الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام الواردة في بيع الثمار وإن لم يتبين لك ثمرها فلا
تستأجر،

أي لا تشتري كما هو صريح سائر الأخبار

جعل المنفعة عوضا

هذا كله في المعوض،

وأما في العوض فقد قال المصنف قدس سره:

{ ١ } أما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعة.

والكلام في المقام يقع في موارد:

الأول: في بيان حقيقة المنفعة.

الثاني: في جواز جعلها عوضا.

الثالث: في جواز جعل عمل الحر عوضا.

الرابع: في الحقوق.

أما المورد الأول: فالمنفعة عبارة عما به يكون المال مالا، وبعبارة أخرى: عبارة

عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل،

فمنفعة الدابة ليست ما هو فعل الراكب الذي هو من أعراضه لا من أعراض الدابة، بل

المضاييف لفعل الراكب الذي يصير فعليا بالاستيفاء الذي هو عبارة عن الانتفاع.

وبهذا البيان ظهر أن ما أفاده السيد الفقيه في حاشيته من: إن الثمرة تعد منفعة

الشجرة عرفا، لا يمكن المساعدة عليه، إذ حقيقة العين مغايرة لحقيقة المنفعة فلا يعقل

انطباق إحديهما على الأخرى.

وأما المورد الثاني: فقد استدل لعدم جواز جعلها عوضا بوجوه:

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

وأما عمل الحر فإن قلنا: إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا اشكال { ١ }
وإلا ففيه اشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل
المعاوضة كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

الثاني: إن المنفعة غير موجودة: فغير قابلة للمملوكية، فلا يصح جعلها عوضا. وهو
المحكي عن الشهيد.

الثالث: إنه لعدم تعارف جعل المنفعة عوضا تكون أدلة نفوذ البيع منصرفا إلى نقل
غيرها.

وفي كل نظر

أما الأول: فلأن البيع - كما عرفت - إنما هو عمل البائع، فهم في مقام بيان ما ينتقل
من البائع، وهذا منهم نظير ما ذكره من أن الإجارة لنقل المنافع، مع أنه لا كلام بينهم في
صحة جعل العوض فيها عينا.

وأما الثاني: فلما عرفت من أن الملكية أمر اعتباري، فيصح اعتبارها بالإضافة إلى
المنفعة التي هي مقدره الوجود بتبع وجود العين القابلة لاستيفاء المنافع عنها.

وأما الثالث فلأن الانصراف الناشئ عن قلة وجود فرد لا يصلح لتقييد
المطلقات، فالأظهر جواز جعلها عوضا.

جعل عمل الحر عوضا

{ ١ } أما المورد الثالث: فقال المصنف قدس سره: وأما عمل الحر فإن قلنا إنه قابل
المعاوضة

عليه من الأموال فلا اشكال.

محصل كلامه: إنه لا اشكال في جواز جعل عمل الحر عوضا إذا كان ذلك بعد
وقوع المعاوضة عليه، كما إذا كان أجيرا لغيره فإنه يجوز لذلك الغير جعله عوضا، ويكون

كعمل العبد حينئذ الذي لا كلام في أنه مال ويصح جعله عوضا

وأما إذا كان ذلك قبل وقوع المعاوضة عليه فجواز جعله عوضا مبني على كونه

وأما الحقوق فإن لم يقبل المعاوضة بالمال { ١ }

إن كان مالا إلا أنه ليس ملكا لعامله، فلا تتحقق به الاستطاعة نعم لمجرد سلطنة على تملكه للغير يخرج عن كونه فقيرا ولا يصدق عليه هذا العنوان.
وأما الثالث: فلأن الضمان لا بد له من سبب، وهو، إما الاتلاف، أو اليد، أو الاستيفاء، وشئ منها لا يكون في المقام
أما الأول: فلأنه ليس مال العامل حتى يشمل، من أتلف مال الغير فهو له ضامن،
وأما الثاني: فلأن عمل الحر لا يكون تحت اليد والاستيلاء لا بنفسه ولا بتبع
الاستيلاء على الحر، وبعبارة أخرى: قاعدة اليد إنما تجري في صورة الاستيلاء، والحر لا يدخل تحت استيلاء غيره
وأما الثالث: فواضح.

فتحصل: إن الأظهر أنه مال قبل وقوع المعاوضة عليه.
وأما الجهة الثانية: فبناء على كونه مالا، ما ذكر وجهها لعدم جواز جعل المنفعة عوضا جار هنا، والجواب ما ذكرناه، وعلى فرض عدم كونه مالا استدل على عدم الجواز - مضافا إلى ذلك - بأنه يعتبر في المبيع والتمن أن يكونا من الأموال قبل البيع. وفيه: إنه لم يدل دليل على اعتبار ذلك لا من العرف ولا من الشرع، وتعريف المصباح لا حجية له، بل يعتبر عرفا وشرعا كون المبيع قابلا لأن يعوض عنه، وضابط ذلك كونه متعلقا للأغراض، ومعلوم أن عمل الحر كذلك.
فالأظهر أنه يصح جعل عمل الحر عوضا.
حقيقة الحق وأقسامه

وأما المورد الرابع: ففي المتن.
{ ١ } وأما الحقوق فإن لم يقبل المعاوضة بالمال.
تنقيح القول في المقام إنما يكون بالبحث في جهات:

كحق الحضانة والولاية فلا اشكال { ١ } وكذا لو لم يقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار { ٢ }

ولا يخفى أن هذا ليس حقيقة شرعية له، إذ مضافا إلى عدم الدليل عليه: إن الحق يستعمل كثيرا في الأخبار وكلمات علمائنا الأبرار في الحكم، وعليه: فتشخيص كون مورد خاص من قبيل الحكم أو الحق بالمعنى الذي ذكرناه يتوقف على ملاحظة الخصوصيات والقرائن، ولا يستفاد ذلك من مجرد اطلاق الحق عليه. الجهة الثانية: في بيان أقسام الحقوق. فقد جعل المصنف لها أقساما:

{ ١ } الأول: ما لا يقبل المعاوضة بالمال: كحق الحضانة والولاية. والمراد به بحسب الظاهر - لا سيما مع ملاحظة التمثيل - هو ما لا يقبل النقل ولا الاسقاط، ويحتمل بعيدا أن يكون المراد به ما كان له اسقاطه ونقله إلا أنه مجانا لا بال عوض، كحق القسم، فإنه ذكر العلامة قدس سره: إن لكل من الأزواج نقله إلى ضررتها واسقاطه، إلا أنه ليس لها أخذ المال بإزاء ذلك.

{ ٢ } الثاني ما يقبل الاسقاط ولا يقبل النقل: كحق الشفعة وحق الخيار. الثالث: ما يكون قابلا للنقل والانتقال والاسقاط كحق التحجير وأورد على هذا التقسيم بالنحو الذي استظهرناه المحقق النائيني بأن كون شيء حقا وغير قابل للاسقاط لا يعقل فإنه لو لم يقبل الاسقاط فكيف تكون له السلطنة، وكيف يكون زمام أمره بيده، بل الضابط للحق والفرق بينه وبين الحكم كونه قابلا للاسقاط، وتبع في هذا الضابط شيخنا السعيد الشهيد قدس سره. وفيه: إن مقتضى سلطنة الانسان على شيء هو كون أمره بيده لا أمر السلطنة بيده، و الانسان مسلط على العين - أو العمل - لا أنه مسلط على سلطانه ومالك له، وبهذا البيان التزمنا بأن الناس مسلطون على أموالهم (١) لا يدل على صحة الاعراض

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

لأن البيع تمليك الغير { ١ }

وبالجملة: كما أن الحكم أمره بيد الحاكم، كذلك الحق أمره بيد المعترف ومن بيده الاعتبار، فإذا لم يجعل المعترف أمر رفع هذا الاعتبار ونقله إلى الغير بيد من اعتبر له ليس له ذلك،

فالحق أن من أقسام الحق ما لا يقبل الاسقاط. ثم معرفة أن الحق الفلاني هل هو قابل للاسقاط والنقل أم لا؟ لا بد وأن تكون من الدليل وليس لذلك ضابط كلي يمتاز به الحقوق كل منها عن غيره، وتام الكلام في ذلك موكول إلى محل آخر. الجهة الرابعة: في حكم جعل الحقوق عوضا. بعد ما لا كلام ولا اشكال في عدم صحة جعل ما هو من قبيل القسم الأول - أي ما لا يقبل الانتقال والاسقاط عوضا - وقع الخلاف في القسمين الأخيرين، وها هنا أقوال:

الأول: عدم صحة جعل شئ منهما عوضا، اختاره المحقق النائيني قدس سره.

الثاني: جواز جعل ما يقبل الانتقال خاصة عوضا

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

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

{ ١ } بأن البيع تمليك الغير.

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

ولما كان صاحب الجواهر بعد ما نقل هذا من أستاذه وذكر في وجهه: إن البيع من النواقل لا من المسقطات، فلا يصح جعله عوضا على معنى سقوطه، أشكل عليه بأن من البيع بيع الدين على من هو عليه مع أنه لا يفيد إلا الاسقاط فيلتزم في الحق أيضا بذلك

ولا ينتقض بيع الدين على من هو عليه لأنه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط
ولذا جعل الشهيد في قواعده الابرء مرددا بين الاسقاط والتمليك.
والحاصل أنه يعقل أن يكون أن يكون مالكا في ذمته فيؤثر تمليكه السقوط
ولا يعقل أن يتسلط على نفسه { ١ }

{ ١ } وتصدى المصنف قدس سره لجواب هذا الاشكال: بأنه فرق بين الموردین، فإنه في
بيع الدين على من هو عليه تحدث الملكية أنا ما، وتسقط، ولا مورد لتقرير ذلك في
الحق بأن ترجع حقيقة الاسقاط المجعول عوضا إلى نقل الحق إلى من هو عليه، ويؤثر
ذلك في سقوطه، ويدعي أن ما دل على أنه لا يقبل النقل يكون المراد به النقل على وجه
الاستقرار لا على هذا الوجه، فإن نقل الحق إلى من عليه ولو أنا ما محال لاستلزام ذلك
اتحاد المسلط والمسلط عليه، وقد تقدم تنقيح ذلك.

وبهذا البيان الذي بينا مراد المصنف قدس سره يندفع جملة مما أورده المحشون عليه.
وقد استدل المحقق النائيني قدس سره على عدم جواز جعل نفس الحق عوضا: بأن البيع
حقيقته تبديل طرف الإضافة بمثله، ولازم ذلك دخول كل من الثمن والمثمن، في ملك
مالك الآخر، ومعلوم أن الحق ليس كذلك، فإنه مباين مع الملك سنخا، فلا يصلح للحلول
محل المثمن في الملكية كي يصدق البيع.

واستدل قدس سره على عدم جواز جعل الاسقاط عوضا بأن: نفس الاسقاط بما أنه فعل
من الأفعال وأثره وهو السقوط بما أنه اسم المصدر ليس من الأفعال التي تقبل للملوكية
نظير الخياطة، فإن هذا المعنى معنى حر في غير قابل لأن يتمول إلا باعتبار نفس الحق، و
قد عرفت ما فيه.

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

والسر أن مثل هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد { ١ }
بخلاف الملك فإنها نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى من يملك
عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه فافهم

وأما ما ذكر في الاسقاط فيرد عليه - مضافا إلى ذلك - أن نفس الاسقاط وإن كان
معنى حرفيا لا يتمول، والحق في نفسه غير الملك، إلا أنه لا مانع من صيرورة الحق سببا
وواسطة في قابلية اسقاطه للملكية، ونظير ذلك أن العلم بنفسه لا يملك لكنه يصير سببا
لزيادة مالية العبد المتصف به.

وبالحملة: عدم قابلية الحق للمملوكية لا ينافي صيرورته واسطة في كون اسقاطه
قابلا للتمول والمملوكية فتدبر فإنه دقيق.

الجهة الرابعة: كل حق قابل للنقل هل يجوز نقله إلى من عليه الحق فلا أم لا؟
{ ١ } صريح المتن والمحقق النائيني قدس سره: عدم الجواز.

واستدلله بأن الحق لما كان نحو من السلطنة على من عليه الحق يعقل نقله إليه،
لأن الانسان لا يمكن أن يتسلط على نفسه بالنحو الذي كان لطرفه.
وبالحملة: لا يعقل قيام طرفي السلطنة بشخص واحد.

وشيد بعضهم هذا الوجه بأن المسلط والمسلط عليه متضائفان والتضائف من
أقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما في واحد ويرد عليه أولا أن المسلط عليه إنما هو
بمعنيين: الأول: طرف السلطنة، الثاني: من بضرره السلطنة، مثلا في حق الخيار وحق
الشفعة الذين هما مورد كلام المصنف قدس سره، حل العقد في الأول وتملك الشريك ما
اشتراه

المشتري ببذل الثمن في الثاني مسلط عليهما بالمعنى الأول، ومن عليه الحق في
الموردين هو المسلط عليه بالمعنى الثاني، وفي جميع الحقوق التي فيها من عليه الحق
يكون الأمر على هذا المنوال، وعليه فنقل الحق إلى من عليه الحق لا يلزم منه اتحاد
المسلط والمسلط عليه بمعنى قيام طرفي السلطنة بشخص واحد كي يكون أمرا غير
معقول. وثانيا: إنه لو سلم كون المسلط عليه هو من عليه الحق، فلا أرى محذورا في
اجتماعهما في شخص واحد، وليس كل ما هو من أقسام التضائف من أنحاء التقابل، بل ما

وأما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير ونحوه فهي وإن قبلت النقل و
قوبلت بالمال في الصلح إلا أن في جواز وقوعها عوضاً للبيع اشكالا { ١ } من أخذ
المال في عوضي المبايعة لغة وعرفا { ٢ } مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض
لشروط العوضين، ولما يصح أن يكون أجره في الإجارة في حصر الثمن في
المال. { ٣ }

كان بينهما تغاير في الوجود كالعالية والمعلولية منها وإلا فالعالمية والمعلومية أو المحببة
والمحبوبية من أقسام التضائف، وليستا من أنحاء التقابل وتجتمعان في شخص واحد و
بحب الانسان نفسه ويعلم بنفسه.

والسلطنة من هذا القبيل، فإن معناها كون الشخص قاهرا على شخص وكون الغير
تحت إرادته واختياره، وهذا المعنى يمكن اجتماعه في شخص واحد، بل سلطنة
الانسان على نفسه من أعلى مراتب السلطنة، كيف وقد ورد. (الناس مسلطون على
أنفسهم) ولم يستشكل أحد في معقولية ذلك. فتدبر فإنه دقيق.

فتحصل: إن الأظهر جواز نقله إلى من عليه الحق.
الجهة الخامسة في أنه في الحقوق القابلة للانتقال هل يصح جعلها عوضا في
خصوص البيع أم لا يجوز

{ ١ } وقد أشكل المصنف قدس سره في ذلك واستدل لعدم جواز جعل ما يقبل النقل
عوضا للبيع بوجهين

{ ٢ } أحدهما عدم صدق المال على الحق ولو بعد البيع، وقد أخذ المال في
عوضي المبايعة لغة وعرفا.

{ ٣ } ثانيهما ظهور كلمات الفقهاء في حصر الثمن في المال

ويرد على الدليل الأول أن البيع ليس هو التملك من الطرفين، بل هو اعطاء شيء
بإزاء شيء ولو كان الشيء الثاني سقوط الحق فلا مانع من جعل سقوط الحق عوضا وإن لم
يقبل النقل، وقد تقدم تمامية ما أورده صاحب الجواهر من النقص وعدم صحة جواب
المصنف قدس سره عنه.

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

ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية بل هو باق على معناه العرفي كما سنوضحه إن شاء الله. إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه، { ١ } ففي المبسوط والتذكرة وغيرهما، انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي و { ٢ } وحيث إن في هذا التعريف مسامحة واضحة.

العقلاء وميلهم من جهة ما فيه من الأغراض العقلانية فالحق مال، وإن كان المال بحسب المفهوم العرفي أخص من ذلك كما ادعى، فالحق وإن لم يكن مالا إلا أنه لا دليل على اعتبار المال بهذا المعنى في عوضي المبايعة، ومجرد تعريف المصباح أو ما شابه لا يصلح لذلك كما تقدم، فإن حقيقة البيع اعطاء شيء بإزاء شيء، ولا يعتبر في صدقه سوى كون العوض أو المعوض مما يبذل بإزائه الشيء والحق كذلك. فتحصل أن الأظهر جواز جعل كل من القسمين عوضا غاية الأمر في القسم الأول يجعل سقوط الحق عوضا - وفي القسم الثاني يجوز جعل سقوطه عوضا كما يجوز نقله عوضا.

تعريف الفقهاء للبيع

{ ١ } إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: إنه قد عرف البيع بتعاريف: آخر الأول: ما عن جماعة كالشيخ في محكي المبسوط والعلامة في التذكرة وغيرهما في غيرهما من

{ ٢ } إنه انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي. وأورد عليه جماعة منهم السيد الفقيه في الحاشية: بأن الانتقال أثر للبيع، وأيضا أنه فعل، والانتقال انفعال، وأيضا هو مناف لسائر تصاريفه.

وفيه: إن ملكية المشتري في اعتبار العقلاء والشارع أثر للبيع، بمعنى أنه موضوع لها، وأما الملكية في اعتبار المتبايعين فهي عين النقل والتمليك لا أنها أثره، فإن إيجاد الملكية اعتبارا ووجودها كذلك متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار، وعليه فإن أريد من الانتقال في التعريف الملكية في نظر المتبايعين لا يرد عليه شيء من هذه الإيرادات، وإن أريد به الملكية في اعتبار العقلاء أو الشارع، فيرد عليه الإيراد الأول والثالث دون الثاني كما لا يخفى.

عدل آخرون إلى تعريفه بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال { ١ } وحيث إن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجردا أو بشرط قصد المعنى وإلا لم يعقل انشائه باللفظ { ٢ } عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة { ٣ }

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

{ ١ } هذا هو التعريف الثاني وعن المشهور وهو تعريفه بالعقد المركب من الايجاب والقبول الدالين على الانتقال. وعن العلامة دعوى الاجماع عليه.

وأورد عليه صاحب الجواهر قدس سره: بأن اللفظ من مقولة الكيف والبيع فعل والمقولات العشر متباينات لا يصدق بعضها على بعض.

وفيه: إن البيع فعل عرفي لا مقولي كالتكلم الذي هو من مقولة الكيف.

{ ٢ } وارد عليه في المتن بأن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ وإلا لم يعقل انشائه باللفظ، ومراده بذلك: إن البيع - بحسب المرتكز العرفي - هو النقل والتملك الخارجي لا

الوجود اللفظي للانشاء، وإلا لما كان معنى لانشائه، بل كان إظهاره اخبارا لا انشاء و ظاهر التعريف المذكور بقريئة توصيف الايجاب والقبول بالدلالة إرادة الوجود اللفظي منهما.

وبهذا البيان ظهر اندفاع ما أورد على المصنف قدس سره بأن البيع ليس من مقولة المعنى وإلا لزم كونه كلاما نفسيا، إذ لا يعقل كونه من مقولة المعنى إلا جعله من باب النقل القلبي

وهو راجع إلى الكلام النفسي، وقد بين في محله بطلان الكلام النفسي.

ويرد على هذا التعريف - مضافا إلى ذلك - : إن البيع على ما يظهر من مشتقاته قائم بالبائع لا به وبالمشتري معا.

{ ٣ } الثالث: ما في جامع المقاصد من تعريفه بنقل الملك من مالك إلى آخر بصيغة مخصوصة.

ويرد عليه مع أن النقل ليس مرادفا للبيع، { ١ } ولذا صرح في التذكرة بأن
ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت وجعله من الكنايات وأن المعاظة عنده بيع مع
خلوها عن الصيغة { ٢ } أن النقل بالصيغة أيضا لا يعقل انشاءه بالصيغة { ٣ } ولا
يندفع هذا بأن المراد أن البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة 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 لزم الدور لأن
المقصود معرفة مادة بعث وإن أريد بها ما يشمل ملكت وجب الاقتصار على

وأورد عليه المصنف بايرادات.

{ ١ } أحدها أن النقل ليس مرادفا للبيع.

وأجاب عنه المحقق الإيرواني قدس سره: بأنه بعد تقييد النقل في التعريف بأن يكون
بالصيغة المنصوصة لا وجه لهذا الايراد.

الظاهر أنه تخيل أن مراد المصنف قدس سره من الايراد أعمية النقل عن البيع، فأجاب عنه
بذلك، والظاهر أنه يريد تغاير البيع والنقل مفهوما، فإن البيع إذا كان بمعنى التمليك يكون
عبارة عن التسليط، ولازم ذلك إذا كان الشيء مملوكا له هو النقل نظير أن المشي مغاير
للنقل والانتقال في المكان، لكنه لازم لهما مع أنه ليس لازمه دائما، فإن تمليك عمل الحر
يكون بيعا ولا نقل لعدم كونه مالكا له قبله، وبيع الكلي في الذمة يصح ولا نقل هناك،
فهذا الايراد تام. نعم إذا كان المقصود الإشارة إلى المعاملة المتداولة كي يكون التعريف
لفظيا صح ذلك فإنه يكفي فيه الملازمة الغالبية.

{ ٢ } ثانيها: إن المعاظة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة.

ويمكن الجواب عنه: بأن مراد المحقق قدس سره ليس دخل هذا القيد في حقيقة البيع بل
الإشارة به إلى نسخ النقل، وعليه فلا تضر أخصيته.

{ ٣ } ثالثها: إنه إن أريد دخل هذا القيد في ماهية البيع. يرد عليه: إن النقل بالصيغة
لا يعقل انشاءه بالصيغة، وإن أريد به الإشارة إلى النقل الخاص يرد عليه: أنه إن أريد
بالصيغة خصوص بعث لزم الدور، وإن أريد بها غير بعث من سائر الصيغ لزم الاقتصار
على سائر الصيغ غير بعث.

مجرد التملك والنقل. فالأولى تعريفه بأنه انشاء تملك عين بمال { ١ } ولا يلزم عليه شيء مما تقدم. نعم يبقى عليه أمور:

وفيه: إن الظاهر أن مراده هو الشق الثاني، وعليه فيمكن إرادة الجامع بين صيغة بعت وغيرها من الصيغ من الصيغة، ولا يلزم محذور الدور لأنه مع سعة دائرة الكاشف لا يلزم دور، ولا محذور لزوم الاقتصار. فالعمدة الاشكال الأول. { ١ } الرابع: ما في المتن من تعريفه: بأنه انشاء تملك عين بمال. وترد عليه أمور:

أحدها: ما عن المحقق الخراساني قدس سره من: أن التملك الانشائي إذا كان مادة بعت فلا يعقل انشائه بالصيغة، إذ القابل للوجود الانشائي نفس المعنى لا الموجود الانشائي. ثانيها: إن هذا التعريف يصدق على الشراء أيضا لشموله للانشاء الصريح و الضمني، مع أن مقصوده الصريح خاصة.

ثالثها: ما أفاده بعض المحققين قدس سره من: إن ظاهر هذا التعريف تعلق الجار بالتملك، فيكون هو تعريفا للهبة المعوضة، فإن العوض فيها للفعل وهو التملك لا للعين، وفي البيع يكون العوض عوضا لما تعلق به التملك.

رابعها: أنه لا يمكن الالتزام بالتملك في جملة من الموارد: منها: اشتراء آلات المسجد من غلة العين الموقوفة عليه، فإنه لا يملكها أحد كما لا يملك الغلة. ومنها: أنه لا يشمل بيع العبد ممن ينعق عليه، فإنه ليس هناك تملك وتملك و ذلك لوجهين:

الأول: إنه إذا امتنع الملك الحقيقي شرعا أو عقلا لما كان فرق بين زمان طويل أو قصير، فلا يمكن الالتزام بحصول الملك أنا ما ثم الانعتاق.

ودعوى أنه يمكن الالتزام بالملك الحكمي،

مندفعة بأن مرجع ذلك إلى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية، فإن التزم بكونه بيعا حقيقة لزم بطلان التعريف المذكور وإلا لزم بقاء العوضين على ملك مالكما لعدم المعاوضة الحقيقية.

الثاني: إن ظاهر الأدلة ترتب الانعتاق على نفس الشراء، فالالتزام بالملكية

منها: إنه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت وإلا لم يكن مرادفا له و
يرده أنه الحق كما سيحى

ومنها: إنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه لأن الانسان لا يملك ما لا
على نفسه، { ١ } وفيه مع ما عرفت وستعرف من تعقل تملك ما على نفسه (في
ذمته) ورجوعه إلى سقوطه عنه { ٢ } نظير تملك ما هو مساو لما في ذمته وسقوطه
بالتهاثر أنه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع إذ ليس للبيع لغة وعرفا معنى غير
المبادلة والنقل والتمليك وما يساويها من الألفاظ، ولذا قال فخر الدين أن معنى
بعت في لغة العرب ملكت غيري فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء
مما يساويها فلا يعقل البيع.

ومنها: أنه يشمل التمليك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع
على أنها ليست بيعا، وفيه ما سيحى من كون المعاطاة بيعا لأن مراد النافين نفي
صحته.

ولو أنا ما مناف لذلك.

وما عن الجواهر من: أن الجمع بين هذه الأدلة وبين ما دل على عدم العتق إلا في
ملك يقتضي الالتزام بتقدم الملك على الانعتاق تقدا ذاتيا.

يرد عليه: إن الملكية من الأمور الاعتبارية ولا يعقل الاعتبار إلا في الزمان،
فالملكية في غير الزمان مما لا نتعقله.

{ ١ } ومنها: إنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه، فإن الانسان لا يملك ما لا
على نفسه لعدم ترتب الأثر على هذه الملكية فيلغو اعتبارها.

{ ٢ } وما ذكره قدس سره في الجواب عن ذلك من تعقل تملك ما في ذمته ورجوعه إلى
سقوطه عنه،

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

وإن كان لكونه أثر تلك الملكية فيرد عليه: إن ثبوت الشيء لا يكون علة لسقوطه.

ومنها: صدقه على الشراء، فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع وفيه أن التملك فيه ضمنى { ١ }، وإنما حقيقته التملك بعوض، ولذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت تقدم على الإيجاب أو تأخر، وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين { ٢ } حيث إن الاستئجار يتضمن تملك العين بمال أعني المنفعة ومنها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال وبالهبه المعوضة. وفيه أن حقيقة الصلح ولو تعلق بالعين ليس هو التملك على وجه المقابلة والمعاوضة بل معناه الأصلي هو التسالم. { ٣ } ولذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم هو متضمن

{ ١ } قوله وفيه أن التملك فيه ضمنى وإنما حقيقته التملك بعوض. وفيه أن الشراء حقيقته ليس هو اعطاء شئ بإزاء شئ الذي هو حقيقة البيع، كما مر، ولا انشاء تملك عين بمال الذي هو البيع عنده، بل الشراء مطاوعة لذلك، والذي يوجب ملكية المعوض للمشتري والعوض للبائع إنما هو فعل البائع الذي تعلق به القبول

{ ٢ } وأما الإجارة: فقد فرق المصنف قدس سره بينها وبين البيع بأن البيع تملك العين بعوض والإجارة تملك المنفعة به، ولكن على القول بصحة جعل المعوض في البيع منفعة لا بد من بيان فرق آخر بينهما

وقد يقال: إن الفرق بينهما إنما يكون في أن البيع يتعلق بكل من العين والمنفعة، و إذا تعلق بالعين يكون أثره ملكيتها فيما يكون قابلاً لذلك، وهذا بخلاف الإجارة فإنها تتعلق بالعين خاصة وأثرها نقل المنافع.

توضيحه، أن من ملك شيئاً ملك منفعه بالتبع ويكون له حق القبض على العين لاستيفاء المنافع، فالبيع إنما هو اعطاء للعين أو المنفعة بإزاء العوض، وأما الإجارة فإنما هي لنقل ذلك الحق، بمعنى أنها تتعلق بالعين لنقل ذلك الحق. وتام الكلام موكول إلى محله.

{ ٣ } وأما الصلح: فالفرق بينه وبين البيع هو ما ذكره المصنف قدس سره من: أن حقيقة الصلح هو التسالم، ويكون متعلقه في بعض الموارد ملكية العين أو المنفعة، وفي بعض الموارد غير ذلك.

للتمليك إذا تعلق بعين { ١ } لا أنه نفسه والذي يدل على ذلك على هذا أن الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة فيفيد التمليك وقد يتعلق بالانتفاع 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 تسالم عليه وهو يتضمن التمليك لا أن مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام وحقيقته هو انشاء التمليك ومن هنا لم يكن طلبه من الخصم اقرارا له بخلاف طلب التمليك. وأما الهبة المعوضة والمراد { ٢ } بها هنا ما اشترط فيها العوض فليست انشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة { ٣ } وإلا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر.

ولا ايراد عليه سوى ما ذكره من
 { ١ } أنه إذا تعلق الصلح بالعين يكون متضمنا للتمليك،
 فإنه يرد عليه: أنه لا يتعلق بالعين، بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلقه إلا بفعل أو نتيجة كالملكية، ولذا لا يصح جعل مفعوله الثاني العين كما لا يخفى.
 { ٢ } وأما الهبة المعوضة: فتتصور على وجوه:
 الأول: أن يهب المال ويشترط على المتهب هبة شيء.
 الثاني: أن يهبه المال ويكون داعيه هبة المتهب شيئا.
 الثالث: أن يهب المال ويشترط النتيجة، أي كون ذلك المال ملكا له.
 الرابع: أن يهبه بإزاء ذلك الشيء.
 الخامس: ما أضافه السيد الفقيه وهو: أن يهبه في مقابل هبته، بحيث تكون المقابلة بين الهبتين ومقتضى المقابلة بطلان أحد المتقابلين بفقد الآخر.
 { ٣ } أما في الوجه الأول والثاني: فيكون اعطاء المال اعطاء لا بإزاء شيء بل مجانا،

مع أن ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب بالهبة بل غاية الأمر أن المتهب لو لم يؤد العوض، كان للواهب الرجوع في هبته. فالظاهر أن التعويض المشروط في الهبة كالتعويض الغير المشروط فيها في كونه تملكاً مستقلاً { ١ } يقصد به وقوعه عوضاً لا أن حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشروط في ضمن الهبة الأولى، فقد تحقق مما ذكرنا أن حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلا البيع فلو قال ملكتك كذا بكذا، كان بيعاً ولا يصح صلحاً ولا هبة معوضة وإن قصدتهما إذ التملك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحاً ولا هبة فلا يقعان به، نعم لو قلنا بوقوعها بغير الألفاظ الصريحة توجه تحققهما مع قصدتهما فما قيل من أن البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض فيقدم على الصلح والهبة المعوضة محل تأمل، بل منع لما عرفت من أن تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير. نعم لو أتى بلفظ التملك 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 البيع إن شاء الله.

والفرق بينها وبين البيع حينئذ واضح غاية الأمر في الصورة الأولى إذا لم يهب المتهب ذلك الشيء يكون للواهب الخيار، ولا يكون ذلك في الصورة الثانية. وأما في الوجه الثالث: فإن قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام، { ١ } وإن قلنا بصحته فذلك الشيء وإن كان يصير ملكاً له إلا أنه للشرط لا لعقد الهبة والمال الموهوب إنما يعطى مجاناً لا بإزاء شيء، وهذا بخلاف البيع. وأما في الوجه الرابع: فهو بيع حقيقة بلسان الهبة، وسيأتي الكلام في أنه هل يصح البيع بلسان الهبة أم لا. وأما في الوجه الخامس: فقد أفاد السيد قدس سره في الفرق بينها وبين البيع: إن في البيع المقابلة إنما تكون بين المالكين، وفي هذه الهبة تكون بين الفاعلين. وما ذكره من الفرق على تقدير صحة هذه الهبة متين، إلا أن الكلام في صحتها، وذلك لأنه إن أريد بها تعليق هبته على هبة الآخر، فلو لم يهب الطرف لا يكون هبة من هذا

بقي القرض داخلا في ظاهر الحد ويمكن اخراجه بأن مفهومه ليس نفس
المعاوضة بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة { ١ } لا معاوضة للعين بهما
ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضة { ٢ }

الطرف أيضا لتقيدها بهبة الآخر، فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه.
وإن أريد بها أنه يملك هبته في مقابل تملك هبة الآخر
فيرد عليه: إن في الهبة التمليك إنما يتعلق بالمال وليس هناك تمليك متعلق بهذا
العمل من الحر، نعم يصح ذلك فيما إذا وقع عقد آخر على هذا العمل بحيث صار مملوكا
بواسطة عقد آخر، ولكنه خارج عن المقام.
{ ١ } وأما القرض: فقد فرق المصنف قدس سره بينه وبين البيع بأن القرض حقيقته ليست
هي المعاوضة بل هي تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة.
ويرد عليه: إن التمليك المزبور لا يخلو عن أحد وجهين: أما أن يكون تمليكا
بإزاء بدله في الذمة، فهو معاوضة حقيقية، وأما أن يكون تمليكا مجانيا واشتراط في ضمنه
أن تكون الذمة مشغولة بالمثل أو القيمة، فهذا غير معقول، إذ مرجعه إلى اشتراط ضمان
الانسان لمال نفسه.

فالحق أن يقال: إن حقيقة القرض تمليك للعين - أي لخصوصيتها - مجانا وجعل
لماليتها في الذمة، ففي الحقيقة هو ينحل إلى انشائين: تمليك مجاني بالنسبة إلى العين، و
تضمين لمالية العين واستئمان لها في ذمة المقترض إلى أجل معين: وعليه فالفرق بينه و
بين البيع في غاية الوضوح.

وأما ما استشهد به المصنف قدس سره لعدم كون القرض من المعاوضات فهي أمور:
{ ٢ } منها: قوله لا يجري فيه ربا المعاوضة.

وذكر السيد قده في بيان مراد المصنف قدس سره: أنه لا يشترط في تحقق الربا فيه ما
يعتبر في تحققه في سائر المعاوضات من اشتراط كون العوضين من المكيل والموزون و
كونها من جنس واحد بل يجري فيه مطلقا.

ولا الغرر المنفي فيهما { ١ } ولا ذكر العوض { ٢ } ولا العلم به { ٣ } فتأمل. ثم إن ما ذكرنا تعريف للبيع المأخوذ في صيغة بعت وغيره من المشتقات

وأورد عليه: بأن سعة دائرة الربا فيه لدليل خاص لا تنافي كونه من المعاوضات. لكن: الظاهر أن مراده عدم جريان الربا الذي يجري في البيع في القرض، وذلك في مثل بيع الريال الذي يساوي أربعة دراهم مثلا ويكون بحسب الوزن أكثر منها بها، فإن ذلك ربا محرم

وهذا لا يجري في القرض فإن من اقترض الريال له أن يؤدي أربعة دراهم و للمقرض اشتراط ذلك وليس ذلك غير جائز، والسر فيه ما ذكرناه من أن حقيقة القرض تمليك للعين مجاناً واستئمان للمالية في ذمة المقرض، فما في ذمته مالية الريال لا عينه وهي عين مالية أربعة دراهم فيجوز تطبيقها عليها. { ١ } ومنها: عدم جريان الغرر المنفي فيه.

وفيه: إن جماعة من الأصحاب صرحوا بلزوم العلم بمقدار العين المقترضة وأنه لا يجوز بالمكيال المجهول، وجماعة أخرى وإن كان ظاهرهم على ما عن الجواهر عدم اعتبار ذلك إلا أن جريان الغرر في مطلق المعاوضات ليس متفقا عليه، فهذا لا يكون شاهداً على عدم كونه من المعاوضات عندهم.

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

{ ٣ } ومنها: عدم لزوم العلم بالعوض، مع أنه في المعاوضات لا بد من العلم به. وأورد عليه وعلى سابقه: بأن العين المقترضة إما أن تكون من المثليات أو تكون من القيميات، وعلى كل حال العوض معلوم ولا يحتاج إلى الذكر. وفيه: أولاً: إن بعض الأشياء ربما لا يعلم الإنسان حين القرض أنه مثلي أو قيمي فيقترض المال ويستعلم الحال قبل الأداء.

وثانياً: إنه ربما يعلم أنه قيمي ولكن لا يعلم مقدار القيمة.

ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ أخرى غير ما ذكر { ١ } أحدها: التملك المذكور لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري وإليه نظر بعض مشايخنا حيث أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح، ولعله لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ بل وصحة السلب عن المجرد، ولهذا لا يقال باع فلان ماله إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، ويستفاد من قول القائل بعث مالي أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط

الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول وهو الانتقال كما يظهر من المبسوط وغيره

الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول وإليه ينظر من عرف البيع بالعقد،

لا يعتبر تعقب القبول في صدق البيع
{ ١ } التنبيه الثاني: قال المصنف قدس سره: ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ أخرى

لا يخفى أنه لم يظهر لنا وجه ما صنعه المصنف قدس سره في المقام حيث ذكر أولاً تعريف المصباح وانتقل إلى بيان أمور أخرى ثم عاد إليه بذكر سائر التعاريف، ثم كرر العود إليه في هذا الموضوع، مع أن ما ذكره هنا بعينه ما تقدم من المعاني.

ولكن الذي يهمنا في المقام بيان أنه هل يعتبر في صدق البيع تعقب القبول أم لا؟ وفيه أقوال:

الأول: ما في المتن وهو: عدم اعتباره، وتبعه المحقق النائيني قدس سره.

الثاني: اعتباره إما بكونه اسماً لمجموع أو فعل البائع بشرط التعاقب على نحو الشرط المتأخر، اختاره السيد والمحقق الإيرواني.

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

والأظهر هو الأول، وذلك يظهر من ملاحظة انشاء البائع، فإنه إذا قال بعث أظهر بذلك اعتبار نفسه، والمشتري إنما يقبل ذلك لا أن فعله دخيل في ما ينشأه البائع، هذا مضافاً إلى ملاحظة سائر مشتاقه كالبائع وغيره، مع أنه لو نذر أن يبيع داره صح هذا النذر، ولو كان البيع فعل المجموع أو فعل البائع بشرط التعقب بالقبول لما صح

قال: بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات { ١ } حتى الإجارة وشبهها التي ليست هي في الأصل اسما لأحد طرفي العقد. 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 المخبر بعت إنما أراد الايجاب المقيد، فالقيد مستفاد من الخارج لا أن البيع مستعمل في الايجاب المتعقب للقبول، و كذلك لفظ النقل { ٢ } وإلا بدال والتمليك وشبهها مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل في معناها. نعم تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل إذ التأثير لا ينفك عن الأثر فالبيع وما يساويه معنى من قبيل الايجاب و الوجوب لا الكسر والانكسار كما تخيله بعض فتأمل. ومنه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح فضلا عن أن يجعل أحد معانيها.

لكون جزء المنذور أو شرطه خارجا عن تحت القدرة ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار (١) إذ لو كان البيع اسما لفعل المجموع لما كانا بيعين بل كانا معا بائعا.

{ ١ } قوله بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أنواع المعاملات بل الظاهر عدمه فإن مورد البحث في تلك الأبواب نفس المعاملات ولذا يعنونون اعتبار الايجاب والقبول ويقولون، يعتبر في البيع الايجاب والقبول ولو كان مرادهم منه العقد كان هذا التعبير من الفساد بمكان - وسيصرح المصنف قدس سره بعد أسطر بخلاف ذلك -

ويقول والحاصل أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر الخ. { ٢ } قوله وكذلك لفظ النقل

النقل والتمليك إنما هما للمعنى الجامع بين النقل بعوض أو مجانا - فعدم اعتبار القبول في صدقهما لا يلازم عدم اعتباره في البيع وقد استدلل للثاني:

بالتبادر، وبصحة السلب عن المجرد، ولهذا لا يقال باع فلان ما له إلا بعد ما اشتراه غيره،

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الخيار.

وأما البيع بمعنى الأثر وهو الانتقال فلم يوجد في اللغة ولا في العرف وإنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط وقد يوجه بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبني للمفعول أعني المبيعية وهو تكلف حسن وأما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية. { ١ } والظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشاعر لأنه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من أنه حاصل بنفس انشاء الموجب من دون توقف على شيء كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر بمجرد الأمر وإن لم يصبر واجبا في الخارج في نظر غيره وإلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص والفتاوى من قولهم لزم في الخارج في نظر غيره وإلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا يبيع بينهما أو أقاله في البيع ونحو ذلك. والحاصل أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه في نظر الشارع المتوقف على تحقق الإيجاب والقبول، فإضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية، ولذا يقال انعقد البيع، ولا ينعقد البيع، ثم إن الشهيد الثاني نص في

وبأن البيع من العقود ولو تحقق البيع بمجرد انشاء البائع لزم كونه إيقاعاً وباستعماله في المتعقب بالقبول في النصوص والفتاوى من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا يبيع بينهما أو أقاله البيع أو نحو ذلك. وفي كل نظر

أما الأولان: فلأن التبادر وصحة السلب إنما يتمان في مثل بعت داري في مقام الأخبار الذي قامت القرينة على كونه لبيان البيع المثمر، ولا يتمان في غير هذا المورد. وأما الثالث: فلأن العقد والإيقاع اصطلاحان، والمراد بالأول ما يعتبر فيه القبول، و بالثاني ما لا يعتبر، ولا كلام في اعتباره في صحة البيع وترتب الأثر عليه. وأما الرابع: فلأن الاستعمال أعم من الحقيقة، لا سيما مع قيام القرينة على إرادة موضوع الأثر.

{ ١ } قوله لعلاقة السببية قد مر في أول الكتاب ما في إطلاق السبب والمسبب في باب المعاملات وأن ذلك بمعزل عن الصواب فراجع.

كتاب اليمين من المسالك على أن عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح {١} مجاز في الفاسد لوجود خواص الحقيقة والمجاز كالتبادر وصحة السلب {٢} قال: ومن ثم حمل الاقرار به عليه {٣} حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع اجماعاً، ولو كان مشتركاً بين الصحيح والفاسد لقبيل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة وانقسامه إلى الصحيح والفاسد أعم من الحقيقة، انتهى.

وقد استدلل للثالث: بأن البيع اسم للصحيح العرفي، والصحيح العرفي في اجزاء السبب ما كان قابلاً لأن يلتئم منه المجموع، فيكون البيع معناه انشاء التمليك القابل للحقوق القبول.

وفيه ما سيأتي من فساد المبنى وأن البيع ليس موضوعاً للصحيح العرفي، فالحق عدم اعتباره في مفهوم البيع لا بنحو الجزئية ولا بنحو الشرطية. نعم هو معتبر في صحة البيع عرفاً وشرعاً.

البيع حقيقة في الصحيح أو الأعم {١} قوله ثم إن الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من المسالك على أن عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح.

هذا هو التنبيه الثالث والكلام فيه يقع في مقامين الأول في بيان ما أفاده المصنف قدس سره في المقام الثاني في بيان ما هو الحق

وقبل التعرض للبحث في المقامين لا بأس بالتعرض لما أفاده الشهيدان {٢} قوله وصحة السلب

الموجود في المسالك وعدم صحة السلب فيرد عليه مضافاً إلى ما تقدم أنه لا كلام في عدم صحة سلبه عن الصحيح إنما الكلام في اختصاصه به. {٣} قوله ومن ثم حمل الاقرار به عليه.

والظاهر أن السر فيه ظهور حال المسلم في عدم اختيار الفاسد لا وضع البيع لذلك.

وقال الشهيد الأول في قواعده الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم وسائر العقود لا يطلق على الفاسد { ١ } إلا الحج لوجوب المضي فيه، وظاهره إرادة الاطلاق الحقيقي ويشكل ما ذكره بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو أحل الله البيع واطلاقات أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شئ فيها مع أن سيرة علماء الاسلام التمسك بها في هذه المقامات. نعم يمكن أن يقال

{ ١ } قوله قال الشهيد الأول... لا يطلق على الفاسد

يمكن توجيه كلامه قده بقرينة ما في ذيله

فلو حلف على ترك الصلاة والصوم اكتفى بمسمى الصحة وهو الدخول فيها، فلو أفسدها بعد ذلك لم يزل الحنث، ويحتمل عدمه لأنه لا يسمى صلاة شرعا ولا صوما مع الفساد، وأما لو تحرم في الصلاة، أو دخل في الصوم مع مانع من الدخول لم يحنث قطعا

بأنه قده ليس في مقام بيان المفاهيم وأنها موضوعة للصحيحة، حتى يرد عليه ما تقدم، بل في مقام بيان أن ما يتعلق به النذر إنما هو الصحيح وأنه لا ينذر إلا أن لا يصلي صلاة صحيحة، وأن لا يبيع بالبيع الصحيح الشرعي، وأنه بعد الفراغ عن ذلك يفصل بين ما هو الفاسد من الأول، وبين ما لو انعقد صحيحا ثم أفسد في الأثناء. أما المقام الأول: فقد يقال: إن ألفاظ المعاملات من البيع وغيره أسام للصحيحة و إنما تستعمل في غيرها مجازا.

وأورد عليه بايرادين:

الأول: أن لازم ذلك الالتزام بالحقيقة الشرعية في المعاملات، مع أنه بالبداهة ليس كذلك، كيف وقد كان الشارع المقدس يستعمل أسامها فيما كان يستعمل فيه العرف ولم يصرح في مورد بكون مراده غير ما يفهمه العرف.

الثاني: أن لازم ذلك عدم جواز التمسك باطلاقات أدلة العقود ك (أحل الله البيع) (١) ونحوه لنفي اعتبار ما شك في اعتباره فيها، إذ مع الشك المزبور لا محالة يشك

(١) البقرة: ٢٧٥.

إن البيع وشبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر { ١ } الذي يراد من قول القائل بعت عند الانشاء لا يستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظرهم. ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً 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.

في صدق الموضوع، ومعه لا مجال للتمسك بالاطلاق مع أن سيرة علماء الإسلام على التمسك به في هذه المقامات. { ١ } وأجاب المصنف قدس سره عن الأول: بأن البيع أو شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر - أي المسبب والمنشأ - لا يستعمل إلا فيما هو مؤثر وصحيح ولو في نظرهم، ثم إذا كان مؤثراً عند الشارع كان بيعاً عنده أيضاً وإلا كان صورة بيع، فالموضوع له إنما هو الصحيح المفيد للأثر، ولا اختلاف في هذا المفهوم بين العرف والشرع، وإنما الاختلاف في المصداق، فإن أهل العرف يرون بعض البيوع مفيداً مؤثراً والشارع لا يراه كذلك.

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

فإنه يتوجه عليه: إن اعتبار الملكية كان المعبر هو العقلاء أو الشارع إنما يكون عن مصلحة داعية إليه، وأهل العرف ربما يعتقدون وجودها فيعتبرون الملكية والشارع المقدس يخطأهم في ذلك لكونه محيطاً بالواقعات، ويرى أنه ليس في هذا الاعتبار

فلأن الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع، وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف { ١ } أو على المصدر الذي يراد من لفظ بعت { ٢ } فيستدل باطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثرا في نظر الشارع أيضا فتأمل. فإن للكلام محلا آخر.

مصلحة غير مزاحمة بالمفسدة كما في بيع الربوي، فالتخطفة إنما تكون في المنشأ للاعتبار.

وأجاب قدس سره عن الايراد الثاني بوجهين

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

{ ٢ } ثانيهما: حمل لفظ البيع أو شبهه الواقع في أدلة الامضاء على المصدر الذي يراد من لفظ بعت أي انشاء تمليك عين بعوض، الذي هو فعل الموجب، واختاره في تعريف البيع، فإذا حكم الشارع عليه بالحل أو بوجوب الوفاء يستكشف منه كونه مؤثرا في نظر الشارع، وإلا لما كان له حلية ولا وجوب الوفاء، ومقتضى اطلاقه كون انشاء النقل يوجب النقل شرعا. هذا محصل كلامه بتوضيح منا.

والمحقق النائيني قدس سره أورد على ما ذكره ثانيا في وجه التمسك بالاطلاق: بأن المطلقات الواردة في الكتاب والسنة كلها واردة في مقام امضاء المسببات دون الأسباب لأنها أسام للمسببات

وأورد على ما ذكره أولا: بأنه إذا كان الدليل واردا في مقام امضاء المسببات - أي المعاملات الرائجة عند العرف كالزوجية والمبادلة مع قطع النظر عن الأسباب التي

الأظهر جواز التمسك باطلاقات أدلة امضاء كل ما هو مظهر لها، وذلك لأن أدلة امضاء المعاملات مثل قوله تعالى: (أحل الله البيع) (١) كما أن لكل واحد منها اطلاقا فراديا، و يدل على امضاء كل فرد من أفراد البيع مثلا، كذلك له اطلاق أحوالي، فمقتضى (أحل الله البيع) امضاء كل فرد من أفراد البيع في جميع حالاته، أي سواء أبرز بالعربي أو بالفارسي أو بغيرهما، ولازم ذلك امضاء كل مظهر.

ولو تنزلنا عن ذلك وسلمنا دخل شيء آخر غير الاعتبار القائم بالمتعاملين في المعاملات، وأنه لا تصدق أساميتها بمجرد تلك الاعتبارات، فلا يخلو ذلك من أمور: أحدها: اعتبار امضاء العرف والعقلاء، بمعنى أن كل معاملة واقعة بين المتعاقدين ممضاة عند العرف فهي بيع أو غيره وإلا فلا.

ثانيها: اعتبار امضاء الشارع فيها.

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

رابعها: أن يكون البيع مثلا موضوعا لأمر واقعي، ويكون نظر العرف والشرع طريقا إليه، وعليه يكون النهي تخطئة للعرف في المصدق.

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

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

أما الأول: فللشك في صدق الموضوع

وأما الثاني فلوجود القدر المتيقن في العائلات الرائجة عند العرف.

(١) البقرة ٢٧٥.

الكلام في المعاطاة:
إعلم أن المعاطاة على ما فسره جماعة أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر { ١ } وهو يتصور على وجهين:
أحدهما: أن يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه.
الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك، وربما يذكر وجهان آخران:

ويمكن أن يكون اعتماد الشارع الأقدس عليه.
ولو كان المعتبر هو أحد الأخيرين يمكن التمسك بالاطلاق لنفي ما شك في اعتباره شرعا مع احراز عدم دخالته عرفا، بتقريب: إن للشارع جهتين: إحداهما كونه مشرعا وجاعلا للأحكام، ثانيتهما: كونه من العرف والعقلاء، بل هو رئيسهم، فإذا قال أحل الله البيع ولم يعين البيع الشرعي لا محالة يحمل على إرادة امضاء البيع العرفي، كما هو الشأن في جميع المفاهيم الواقعة في الأدلة الشرعية، وعليه فيتمسك بالاطلاق لنفي اعتباره شرعا.
فتحصل مما ذكرناه: أنه يصح التمسك بالاطلاق على جميع الوجوه والأقوال إلا بناء على كون البيع وكذا غيره من المعاملات موضوعا للصحيح عند الشارع.
بيع المعاطاة

المقصد الثاني في المعاطاة:

{ ١ } قال المصنف قدس سره: أعلم أن المعاطاة على ما فسره جماعة أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر
لفظ المعاطاة لم يرد في آية ولا رواية كفي ينازع في تعيين مفهومه، بل المراد بها البيع الذي أبرز بغير الصيغ المخصوصة من الأفعال المقصود بها إبراز ذلك الاعتبار النفساني
وفيما ذكره قدس سره في تعريفها مسامحة واضحة، إذ المعاطاة التي وقع النزاع في

أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع، ولا تصريح بالإباحة المزبورة بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه. { ١ }

والثاني: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع ويرد الأول بامتناع خلو الدافع [الواقع] عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العنوانات الخاصة. { ٢ }

أنها بيع صحيح لازم أم لا، لا يكون كلا طرفيها اعطاء الشيء عوضاً، بل أحدهما اعطاء بعوض، أي أحد الشئيين عوض والآخر معوض.

ومحل النزاع هو المعاطاة التي تتخلف عن البيع المنشأ باللفظ المخصوص في الصيغة مع اشتمالها على جميع الجهات والخصوصيات، وعليه فهي لا تتصور إلا على وجه واحد وهو ما لو قصد بها التملك.

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

ثانيها: أن يقصد بها إباحة التصرفات.

{ ١ } ثالثها: ما في الجواهر وهو: أن يقع الفعل من المتعاطين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة، بل يعطي البقال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه.

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

ولكن: الذي يظهر من كلام صاحب الجواهر قدس سره - بقرينة قوله في ما بعد ذلك ولعل

القائل باشتراط الصيغة في البيع يشرعه أيضاً على جهة الإباحة التي هي كالأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها محتاج إلى قصد آخر بخلافها فإنه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق. انتهى

إن مراده أن يقصد التسليط المطلق من دون أن يقصد شئ من الفصول الوجودية، ونتيجة ذلك الإباحة المالكية، حيث إنه يكون التسليط المطلق غير المتفصل

والثاني: بما تقدم في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو { ١ } مفهوم البيع لا غير. 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 رحمه الله في النهاية احتمال كونها بيعا فاسدا في عدم إفادتها لإباحة التصرف

يفصل وجودي هو الإباحة، لأن فصلها أمر عدمي وهو عدم قصد شيء من العناوين الخاصة من قبيل قطع إضافة الملك عن نفسه.

ولكن يرد عليه: إن هذا يرجع إلى الوجه الأول.

رابعها: ما في الجواهر وهو: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

{ ١ } ويرد عليه: ما أورده في المتن من: إن التمليك بالعوض هو حقيقة البيع لا شيء آخر.

خامسها: ما عن المحقق الرشتي - وقد ذكره في توجيه الوجه الثالث المحكي عن الجواهر ردا على الشيخ قدس سره - قال:

ويمكن دفعه بأن النقل في المقام كاللفظ في العقود قد يكون مسلوب المعنى، نعم لا بد في الفعل الاختياري من غرض، فإذا كان هو محض التوصل إلى الآخر تم الفرض. وفيه: إن هذا وإن كان يتصور في إعطاء الظالم لدفع شره، فإنه لا مبيع ولا مملك، لكنه لا يتصور في المعاطاة المعاملية.

سادسها: ما أفاده بعض المحققين، وهو: ما اختلف فيه العوضان في جهة التمليك والإباحة بأن كانت الإباحة بإزاء التمليك.

سابعها: أن يقصد كل منها الاعراض عن ملكه بإزاء اعراض صاحبه عن ملكه، و يتملك كل منهما مال الآخر بالحيازة. فتحصل: إن المعقول منها أربع صور.

ولا بد أولاً من ملاحظة أن النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التملك { ١ } الظاهر من الخاصة والعامة هو المعنى الثاني، وحيث إن 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 وحق ذلك في شرحه على القواعد وتعليقه على الارشاد بما لا مزيد عليه.

{ ١ } قوله ولا بد أولاً من ملاحظة أن النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التملك

وقد عرفت أن محل النزاع هو خصوص المعاطاة المقصود بها التملك، وصاحب الجواهر أيضاً لا ينكر ذلك وإنما يدعي أن مورد النفي والاثبات ليس شيئاً واحداً بل المعاطاة - التي نفوا عنها إفادة الملكية - هي ما قصد بها التملك، والمعاطاة التي أثبتوا لها

الإفادة للإباحة هي ما قصد بها الإباحة.

وبالجملة: نزاع المعاطاة إنما هو في المعاملات الرائجة عند العرف التي لا شبهة في أن المقصود بها التملك، ومورد نزاع الفقهاء أيضاً ذلك، فإن كلماتهم كالصريحة في أن

مورد النزاع هو ما يكون واجداً لجميع الجهات سوى الصيغة.

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

إن الخاصة يقولون إنه يعتبر في انعقاد البيع الإيجاب والقبول ولو بالفعل، والعامة يقولون إنه ينعقد بمجرد التعاطي الخالي عن الإنشاء، كما أنه ينعقد بالإنشاء.

أما دعواه أن المعاملة الرائجة هي ما لم يقصد فيها التملك ونظرها بالتقابض الواقع بعد الصيغة فبينة الفساد، يكذبها الوجدان،

وأما دعوى أن نزاع الخاصة إنما هو في ذلك فهي تندفع بملاحظة كلمات القوم.

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة { ١ } 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 أصغر 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 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، ولننقل أولاً

بقي الكلام في أنه مع ظهور كلمات الأصحاب في أن المعاطاة التي قصد بها التملك تفيد إباحة جميع التصرفات، لاحظ كلماتهم التي ذكرها المصنف في المتن وستر عليك فإنك لا ترتاب في ظهورها في ذلك

أفاد المحقق الكركي: إن مراد الأصحاب من الإباحة الملك المتزلزل { ١ } وأفاد صاحب الجواهر: إن مراد الأصحاب من المعاطاة المبيحة للتصرفات هي ما قصد به الإباحة لا ما قصد به التملك. والظاهر أن الذي أوجب التزامهما بما ذكرناه أنه يلزم من التحفظ على ظواهر كلمات الفقهاء من كلتا الجهتين وقوع ما لم يقصد، وعدم وقوع ما قصد، وبعبارة أخرى: تخلف العقود عن القصود بل قصد قطع إضافة الملكية عن نفسه ينافي بنفسه مع الإباحة المالكية - أي إباحة ملكه لغيره - ولذا قال صاحب الجواهر قدس سره:

إن القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب إلى أصغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب

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

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 التمليك.

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 فيما أخذه تصرفا مباحا من دون أن يكون ملكه، وفائدة ذلك أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك لأن الملك لم يحصل لهما، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يكون بيعا صحيحا وإن لم يوجد الإيجاب والقبول وقال ذلك في المحقرات دون غيرها، دليلنا أن العقد حكم شرعي ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب أن لا يثبت.

وأما الإباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها انتهى. 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 الحنيفة حيث إنه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال، قال وينعقد بالإيجاب والقبول و بالتعاطي 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.

وقال في السرائر بعد ذكر اعتبار الإيجاب 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 الإيجاب والقبول ما حصلا، وكذلك سائر المحقرات و سائر الأشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب والحيوان أو غير ذلك، وإنما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه ولكل منهما أن يرجع فيما بذله لأن الملك لم يحصل 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 انتهى فإن تعليله عدم الملك بعدم حصول الإيجاب والقبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك مع

أن ذكره في حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا ولا ينافي ذلك قوله وليس هذا من العقود الفاسدة الخ، كما لا يخفى.

وقال ابن زهرة 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 بعينه بألف فيقول بعتك بألف فإنه لا ينعقد بذلك بل لا بد أن يقول المشتري، بعد ذلك اشترت أو قبلت حتى ينعقد واحترزا أيضا عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول أعطني بقلا 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 عده دليل. ولما ذكرنا [من اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين] نهى صلى الله عليه وآله عن بيع المنابذة والملامسة وعن بيع الحصاة على

التأويل الآخر ومعنى ذلك أن يجعل اللبس بشئ والنبد له والقاء الحصاة بيعا موجبا، انتهى. فإن دلالة هذا الكلام على أن المفروض قصد المتعاطين التمليك 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 واشترط الايجاب والقبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع إلى أن قال: فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع، ولم يستحق التسليم وإن جاز التصرف مع اخلال بعضها للتراضي دون عقد البيع ويصح معه الرجوع انتهى. وهو في الظهور قريب من عبارة الغنية.

وقال المحقق رحمه الله في الشرائع ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما دل على إرادة البيع، انتهى. 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 يعتقد (كذا في التذكرة) الناس بيعا، انتهى. ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه أدونها جعل مالك موافقا لا حمد في الانعقاد من جهة أنه قال ينعقد بما يعتقد الناس بيعا وقال الشهيد في قواعده بعد قوله قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي وذكر أمثلة لذلك ما لفظه. وأما المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الإباحة لا الملك وإن كان في الحقير عندنا انتهى ودلالته على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى 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 فالخلاف والسرائر والتذكرة والقواعد ومع ذلك كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد أنهم أرادوا بالإباحة الملك المترزل فقال المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم يكن كالعقد في اللزوم خلافا لظاهر عبارة المفيد ولا يقول أحد من الأصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية. وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها وقوله تعالى: أحل الله البيع يتناولها لأنها بيع، بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها لأنهم يقولون هي بيع فاسد.

وقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فإنه عام إلا ما أخرجه الدليل وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب من أنها تفيد الإباحة و تلزم بذهاب إحدى العينين يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر وبالذهاب يتحقق اللزوم لامتناع إرادة الإباحة المجردة من أصل الملك إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسدة، ولم يجز التصرف في العين وكافة الأصحاب على خلافه وأيضا فإن الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلا و رأسا فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده، وإنما الأفعال لما لم يكن دلالتها على المراد في الصراحة كالأقوال وإنما تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التراد ما دام ممكنا فمع تلف إحدى العينين يمتنع التراد ويتحقق اللزوم

لأن إحداهما في مقابل الآخر ويكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد في الباقي إذ هو موجب لتبعض الصفقة والضرر، انتهى. ونحوه المحكي عنه في تعليقه على القواعد وزاد فيه أن مقصود المتعاطين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا 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 وطى الجارية ومن منع فقد أغرب انتهى والذي يقوي في النفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التملك وأن الإباحة لم تحصل بانشائها ابتداء بل إنما حصلت كما اعترف به في المسالك من استلزام اعطاء كل منهما سلطته مسلطا عليها الأذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة.

وحاصله أن المقصود هو الملك فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك وإن كانت من الشارع فليس عليها دليل ولم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص في ذلك مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود وترتيب غيره بعيد جدا مع أن التأمل في كلامهم يعطي إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية ويؤيد إرادة الملك أن ظاهر اطلاقهم إباحة التصرف شمولها للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالوطى والعتق والبيع لنفسه والتزامهم حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات، كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذي الخيار أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع بعيد. وسيجئ ما ذكره بعض الأساطين من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، لكن الانصاف أن القول بالتزامها لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم، فإن هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية ولم يساعد عليها دليل معتبر واقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة مع أن المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف على الملك كإخراجه في خمس أو زكاة وكوطى الجارية، ومما يشهد على نفي البعد عما ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطين التملك أنه قد صرح الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر كظاهر العلامة في القواعد بعدم حصول الملك

باهداء الهدية بدون الايجاب والقبول ولو من الرسول. نعم يفيد ذلك إباحة التصرف لكن الشيخ استثنى وطى الجارية. ثم إن المعروف بين المتأخرين أن من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة قال: بأنها ليست بيعة حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة ومعقد اجماع الغنية وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي اللزوم وكلاهما خلاف الظاهر ويدفع الثاني تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات وتصريح غير واحد بأن الايجاب والقبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة.

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 النقل. فإن كان في نظر الشارع أو المتشعبة من حيث إنهم متشعبة ومتدينون بالشرع صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، وإلا كان صورياً نظير بيع الهازل في نظر العرف فيصح على ذلك نفي البيعية 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

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

أحدهما: ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره وهو: إن الأصحاب ملتزمون بالإباحة قبل التصرف المتوقع على الملك وقبل التلف - والملكية بعد أحدهما - وعليه فهم ملتزمون بإفادته المعاطاة المقصود بها الملكية الملكية غاية الأمر مشروطة بالتصرف أو التلف ويكون المقام نظير توقف الملكية في باب الصرف على القبض، وإنما يباح التصرف قبل حصول الملكية للسيرة، وعلى ذلك فلا يلزم تخلف العقود عن القصد، فإن ما قصده المتعاملان يقع، والإباحة ليست من مقتضيات العقد، بل مقتضاه الملكية، وإنما يباح التصرف للسيرة.

ثانيهما: إن عدم تخلف العقود عن القصد ليس أمراً لا يقبل التخصيص، فإذا حكم الشارع الأقدس بأن ما قصده المتعاملان - وهي الملكية - لا يقع لبطلان هذا البيع

فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم { ١ } ستة اللزوم مطلقا كما هو ظاهر عن المفيد { ٢ } ويكفي في وجود القائل به قول العلامة رحمه الله في التذكرة الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة واللزوم بشرط كون الدال على التراضي أو المعاملة لفظا حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني [هو السيد حسن (قده)] و بعض متأخري المحدثين (لكن في عد هذه الأقوال في المعاطاة تأمل)

وفيه: إن الإباحة ليست عبارة عن ملك الانتفاع، بل ملك الانتفاع ليس له معنى معقول، وإنما يكون جواز الانتفاع من آثار ملك المنفعة أو إباحة المالك، مع أن البيع ليس إلا تمليكا للعين والمنفعة وليس هو تمليكا للانتفاع، بل ملكية الانتفاع - على فرض معقوليتها - تابعة لمك المنفعة، فالصحيح ما ذكرناه.

ولكن مع ذلك كله يرد على المشهور أمران:
الأول: ما أفاده الشيخ الكبير قدس سره وهو: إن الأصحاب لم يفرقوا بين التصرفات المتوقفة على الملك، والتصرفات غير المتوقفة عليه، وحكموا بإباحة جميعها، والالتزام بهذا مع القول بعدم الملك بعيد، وسيأتي تمام الكلام فيه عند نقل المصنف قدس سره كلامه.

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

ثم مع الاغماض عن ذلك كله لا بد في اثبات هذه الدعوى من إقامة الدليل عليه في مقام الإثبات وستعرف عدم الدليل عليه.

الأقوال في المعاطاة
{ ١ } إذا عرفت ما ذكرناه فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم

سبعة

{ ٢ } أحدها إفادتها الملك اللازم، وهو المحكي عن المفيد ومال إليه في محكي المسالك، وفي محكي شرح الإرشاد واختاره المحدث الكاشاني وجمع من محققي متأخري الأصحاب.

والملك الغير اللازم ذهب إليه المحقق الثاني { ١ } ونسبه إلى كل من قال بالإباحة و في النسبة ما عرفت وعدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبائر كثير بل ذكر في المسالك أن كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات وإباحة ما لا يتوقف على الملك. وهو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشي الشهيد على القواعد وهو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في اهداء الجارية من دون ايجاب وقبول. والقول بعدم إباحة التصرف مطلقا نسب إلى ظاهر النهاية. لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة 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، انتهى. ولذا نسب ذلك إليه في المسالك لكن قوله بعد ذلك ولا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر في أن مراده مجرد الانتفاع إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك. وأما قوله والأقوى إلى آخره فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه الله والعامّة القائلين باللزوم واطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان واطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار أيضا، وكذا اللزوم ويؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه أن الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقفها على الايجاب والقبول، ثم قال: و هل يستغنى عن الايجاب والقبول في هدية الأئمة الأقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال، انتهى. وصرح بذلك أيضا في الهدية فإذا لم يقل في الهبة بصحة المعاواة فكيف يقول بها في البيع،

{ ١ } ثانيها - أنها تفيد الملك غير اللازم، اختاره المحقق الكركي، قال: المعروف بين الأصحاب أنها - أي المعاواة - بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم خلافا لظاهر المفيد، ولا يقول أحد من الأصحاب بأنها بيع فاسد سوى العلامة قدس سره في النهاية، وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنه. ثالثها - أنها تفيد الملكية اللازمة بشرط كون الدال على التراضي أو المعاملة لفظا،

وذهب جماعة تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك ولا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه { ١ } بالعتق والبيع والوطني والايضاء وتوريثه وغير ذلك من آثار الملك.

حكى ذلك عن بعض معاصري الشهيد الثاني وبعض متأخري المحدثين، ولعل المراد اعتبار أن يكون هناك لفظ دال على المساومة وإن كان الانشاء بالمعاطاة. وعليه فلا يرد عليه ما عن المصنف قدس سره في الحاشية: لكن في عد هذا من الأقوال في المعاطاة تأملاً، فإن هذا يصح إذا كان مرادهما انشاء البيع باللفظ، فإنه حينئذ يخرج عن المعاطاة، غاية أنه لا يعتبر لفظ مخصوص. ولا يتم على ما ذكرناه. رابعها - أنها تفيد إباحة التصرفات غير المتوقفة على الملك، وهو الظاهر من حواشي الشهيد على القواعد.

سادسها - أنها لا تفيد الإباحة أيضاً، ذهب إليه الشيخ في النهاية وإن رجع عنه. سابعها - أنها معاملة مستقلة تفيد الملكية، اختاره الشيخ الكبير.

هذه هي الأقوال في المسألة

دليل المختار في المعاطاة

والأظهر أنها تفيد الملك واللزوم، فلا بد من البحث في موردين لاثبات المدعى: الأول: في أنها تفيد الملك، أو الإباحة، أم لا تفيد شيئاً منهما.

الثاني: في أنها هل تفيد اللزوم أم لا.

أما المورد الأول: فالكلام فيه يقع أولاً:

فيما استدل به أو يمكن الاستدلال به على المدعى.

ثم فيما استدل به على عدم إفادتها الملكية.

أما الأول: فقد استدل له بوجوه:

{ ١ } الأول: السيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق والبيع والوطاء والايضاء والتوريث وغير ذلك من آثار الملك

ويدل عليه أيضا عموم قوله تعالى: (وأحل الله البيع) حيث إنه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع { ١ } بل قد يقال بأن الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي لكنه محل تأمل { ٢ }.

أن يقال: إن عمل العقلاء ومعاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية إنما يكون لبنائهم عليها وجزمهم بها، وليسوا شاكين في ذلك، وعليه فلا يعقل رادعية أدلة الاستصحاب المتضمنة لبيان حكم الشك من دون تعرض للموضوع كما هو الشأن في جميع الأدلة المتضمنة لبيان الأحكام، فإن بناء العقلاء متكفل لعقد الوضع، وتلك الأدلة متكفلة لعقد الحمل، فلا يتواردان على محل واحد كي تصلح العمومات للرادعية.

{ ١ } الثالث: قوله تعالى (أحل الله البيع) (١) والاستدلال به يتوقف على اثبات دلالة الآية على حصول الملكية بالبيع. واثبات

صدق البيع عليها

فالكلام يقع في موضعين
الأول في اثبات دلالة الآية على إفادة البيع الملكية.
ومحصل الكلام فيه: إن احتمالات الحل ثلاثة: الحل الوضعي أي الصحة والنفوذ، والتكليفي أي الجواز والرخصة، والأعم منهما، ولعل الجامع بينهما هو جعله مرخي العنان في مقابل المنع والتقييد.

أما على الأول: فالآية تدل على امضاء البيع مطابقة، وهذا الوجه هو الذي أراده المصنف بقوله

{ ٢ } بل قد يقال بأن الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي، لكنه محل تأمل.

والظاهر أن منشأ تأمله هو ظهور الحل في الحلية التكليفية المؤكد هذا الظهور بمقابلة (وحرمة الربا).

ولكن يرد عليه، أنه من جهة استناده إلى نفس البيع ظاهر في إرادة الوضعي منه، و هكذا في الحرمة المنسوبة إلى الربا.

(١) البقرة: ٢٧٥.

وأما منع صدق البيع، عليه عرفاً فمكابرة { ١ } وأما دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً كابن زهرة في الغنية { ٢ } فمرادهم بالبيع، المعاملة اللازمة التي هي أحد العقود، ولذا صرح في الغنية بكون الايجاب و القبول من شرائط صحة البيع { ٣ } ودعوى أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها.

كل بيع وعدم اعتبار شيء مما شك في اعتباره في إظهاره و ابرازه، ففي المقام يشك في اعتبار اللفظ فيه فيتمسك باطلاقها ويحكم بعدم اعتباره وتحققه بالاظهار بالفعل { ١ } الموضوع الثاني: في أنه هل يصدق عليها البيع أم لا؟ ربما يقال بالعدم، لأن العناوين المنشأة بالقول أو الفعل لا بد وأن يكون القول أو الفعل مصداقاً لذلك العنوان بالحمل الشائع الصناعي، وإلا لا يتحقق ذلك العنوان وإن قصد تحققه، فلو مشى بقصد انشاء البيع لما تحقق، والتعاطي الخارجي حيث لا يكون بالحمل الشائع مصداقاً للبيع الذي هو عبارة عن تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، فقصدته و ايجاده ما هو غير مصداقه لا يوجب تحقق عنوان البيع.

وفيه أن القول أو الفعل ليس مصداقاً للبيع في شيء من الموارد بناء على كونه موضوعاً للمسبب، أي اعتبار المتبايعين، نعم لا كلام في أن نفس ذلك الاعتبار النفساني ما لم يبرز باللفظ أو الفعل لا يكون ممضياً عند العقلاء والشارع، و ابرازه لا بد وأن يكون بما

يكون مبرزاً له عند العقلاء، وحيث عرفت أن حقيقة البيع هو اعطاء شيء بإزاء شيء وهذا المعنى عند العرف يبرز باعطاء شيء خارجاً وأخذ ما بإزائه، فلا اشكال، وإن شئت أن تعبر مسامحة بأن الفعل الخارجي مصداق لهذا العنوان على هذا المبني فلا مشاحة { ٢ } وأما دعوى الغنية الاجماع على عدم كونها بيعاً فمراده نفي اللزوم أو الصحة لا الحقيقة.

{ ٣ } قوله ولذا صرح بالغنية بكون الايجاب والقبول من شرائط صحة البيع الظاهر أن مراده الاستشهاد بكلامه حيث جعل الايجاب والقبول من شرائط الصحة لا أصل التحقق - على أن المعاطاة عنده بيع - فيكون المراد من قولهم المعاطاة ليست بيعاً

ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض) { ١ }
وأما قوله (الناس مسلطون على أموالهم) { ٢ } فلا دلالة فيه على المدعى
لأن عمومه باعتبار أنواع السلطنة { ٣ } فهو إنما يجدي فيما إذا شك في أن هذا
النوع من السلطنة ثابتة المالك وماضية شرعا في حقه أم لا. أما إذا قطعنا بأن
سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة في حقه ماضية شرعا

أنها ليست بيعا صحيحا أو لازما - وعليه - فلا يرد على المصنف أنه يفيد عكس المدعى
كما أفاده السيد قدس سره

ثم إنه قد وجه كلام المصنف قدس سره بما هو خلاف الظاهر جدا
{ ١ } الرابع: قوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن
تراض. (١)

وتقريب الاستدلال به: أنه بعد ما لا ريب في أن المراد من الأكل هو معناه الكنائي
- لا معناه الموضوع له وهو واضح - يكون المراد بالأكل أحد معنيين:
الأول: كونه كناية عن مطلق التصرفات حتى المتوقفة على الملك
وعليه فتجري في هذه الآية الوجوه الثلاثة التي ذكرناها لدلالة الآية المتقدمة
على صحة المعاطاة لو أريد بأحل الحلية التكليفية، فلا نعيد.

الثاني: جعل الأكل كناية عن التملك،

وعليه فهي بالمطابقة تدل على صحة المعاطاة وكونها موجبة للملكية، ودعوى
عدم كونها تجارة عن تراض مكابرة واضحة.

{ ٢ } الخامس: النبوي: الناس مسلطون على أموالهم. (٢) تقريب الاستدلال به: أنه يدل
على أن الناس مسلطون على أموالهم بجميع أنحاء
التصرفات ومن جملتها البيع المعاطاتي.

وأورد عليه بإيرادات:

{ ٣ } الأول: ما في المتن وهو: إن عمومه إنما هو باعتبار - أنواع السلطنة

(١) النساء آية ٢٩.

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

لكن شك في أن هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم.

فلو أحرز ثبوت سلطنة خاصة له كتمليك ماله غيره، وشك في أنه هل يحصل بمجرد التعاطي أم، لا بد من القول الدال عليه، فلا يجوز التمسك به على مملكية المعاطاة. إن كان مراده قده أنه في مقام اثبات مشروعية كل نوع في الجملة وليس له اطلاق افرادي،

فيرد عليه: إن له اطلاقا افراديا، ويدل على ثبوت السلطنة على كل تصرف من التصرفات، ولذا لو شك في أن فردا خاصا من نوع من التصرف كالأكل هل يكون جائزا أم لا يتمسك به،

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

وإن كان مراده أنه في مقام امضاء المسببات لا الأسباب،

فيرد عليه: إن هذا اشكال أورد على الاستدلال بآية الحل أيضا بناء على كون ألفاظ المعاملات أسامي للمسببات لا الأسباب، وقد تقدم الجواب عنه.

الثاني: ما عن المحقق الخراساني قدس سره وهو: إن المستفاد منه كونه في مقام بيان عدم محجورية المالك لا في مقام تشريع السلطنة بأنحائها.

وفيه: إن حمل السلطنة - التي هي القدرة على التصرفات مطلقا - على إرادة عدم المحجورية - أي عدم المانع من التصرف - خلاف الظاهر.

الثالث: ما أفاده جمع من المحققين، وهو: إن دليل السلطنة إنما يدل على ثبوت

السلطنة في موضوع المال، ولا يدل على السلطنة على اذهاب هذا الموضوع وإزالة السلطان.

وفيه: إنه إن أريد بذلك أنه يدل على ثبوت السلطنة على المال لا على رفع هذه السلطنة،

فيرد عليه: إن هذا يتم في الأعراض، ولا يتم في البيع الذي حقيقته اعطاء المال للغير، ولازمه رفع السلطنة عن نفسه،

وإن أريد به أن الظاهر من الحديث التسلط على التصرفات في موضوع المال. وبعبارة أخرى: مع إضافة المال إليه، واخراج المال عن الملك ليس منها كما هو واضح،

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

فالحق أن شيئاً مما أورد على الاستدلال بالنبوي ليس بوارد.

وربما يستدل لمملكية المعاطاة بالآية الشريفة أوفوا بالعقود (١) وسيأتي تنقيح القول فيها عند ذكر أدلة اللزوم فانظر.

وقد ظهر مما ذكرناه مدارك سائر الأقوال،

إذ من يقول بأنها مفيدة للملك لكنها ليست بيعاً يستند في عدم كونها بيعاً إلى ما تقدم في آية حل البيع، وفي كونها معاملة مستقلة ممضاة إلى عموم آية التجارة عن تراض.

وأما من يقول بإباحة التصرفات دون الملك فقد استند في الإباحة إلى ما تقدم من السيرة، والآية، وإلى عدم كونها مفيدة للملك بما سيمر عليك.

وأما من يقول بأنها لا تفيد الملكية ولا الإباحة فقد استند إلى أن الآيات إنما هي في مقام امضاء المسببات، فلا نظر لها إلى الأسباب، والسيرة إما غير ثابتة على الإباحة أو غير مفيدة.

(١) المائدة آية ٢.

ومنه يظهر أيضا عدم جواز التمسك به لما سيحى من شروط الصيغة، و كيف كان ففي الآيتين مع السيرة كفاية، اللهم إلا يقال إنهما لا تدلان على الملك، {١} وإنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع والوطي والعتق والإيضاء 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، وصرح في المسالك بأن من أجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات غاية الأمر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه أنا ما فإن الجمع بين إباحة هذه التصرفات وبين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدر 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 {٢} كما لا يخفى

{١} قوله اللهم إلا أن يقال إنهما لا تدلان على الملك. ضمير التثنية ترجع إلى الآيتين التين مفادهما شئ واحد، والسيرة وحاصل، ما يفيد وإن أشرنا إليه سابقا أن غاية ما يدل عليه هذه الأدلة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك واستلزام ذلك لثبوت الملكية من أول الأمر وعدم ملائمتها مع الملكية قبل التصرف المذكور، يتوقف على ثبوت الملازمة عقلا أو شرعا، ولم يثبت تلك أما الملازمة الشرعية فلعدم الدليل عليها بل المشهور قائلون بإباحة جميع التصرفات ولا يقولون بالملك من الأول وأما الملازمة العقلية فلأن القدر اللازم بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك ولو أنا {٢} وأما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقد مر الكلام على ما أفيد عند ذكر الأدلة على إفادة الملكية للمعاطاة واجبنا عن ذلك بأجوبة ثلاثة فراجع.

ودعوى أنه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك {١} كما يظهر من المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمان الهدي وعدم جواز وطى الجارية المأخوذة بها. وقد صرح الشيخ رحمه الله 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 فيجوز للفقهاء حينئذ التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من أول الأمر فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً {٢} هذا مع إمكان اثبات صحة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض اطلاقاتها وتتميمه في البيع بالاجماع المركب هذا مع أن ما ذكر من أن للفقهاء التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه.

{١} قوله ودعوى أنه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات حاصل هذه الدعوى أن انكار الملازمة الشرعية بين إباحة جميع التصرفات والملكية الثابتة بالاجماع وغيره في المقام يبتنى على اختيار المشهور في المقام إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك وهذا غير ثابت فلا وجه لإنكارها وحاصل رده قده أن الملازمة تحتاج إلى دليل ومجرد عدم الدليل على عدمها لا يكفي في ثبوتها.

{٢} قوله بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً محصل ما ذكره قده أن الآية الشريفة تدل على حلية جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك إلا أنها لا تدل على مجرد ذلك بل على حلية التصرفات المترتبة على البيع، ومرجع ذلك إلى حلية الأكل من هذا السبب، ولازم ذلك عرفاً ثبوت الملكية، كما أن اللازم العرفي لما تضمن حرمة الأكل عن سبب عدم الملكية كقوله عليه السلام ثمن العذرة سحت

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

غير تام - فإن ما تأمل فيه هو كون المراد من حلية البيع في الآية الكريمة الحلية
الوضعية فتدل الآية بالدلالة المطابقة على ثبوت الملكية، وما يختاره هو إرادة الحلية
التكليفية فتدبر

أدلة عدم إفادة المعاطاة الملكية

وقد استدل لعدم إفادتها الملكية بوجوده:

الأول: أصالة عدم الملك المعتضدة بالشهرة المحققة إلى زمان المحقق الثاني.

وفيه: إن الأصل إنما يستند إليه مع عدم الدليل، وقد عرفت وجوده:

الثاني: الإجماع المدعى في الغنية والقواعد هنا وفي المسالك في مسألة توقف

الهبة على الإيجاب والقبول.

وفيه: أولاً: إن الإجماع المنقول ليس بحجة.

وثانياً: إن مدرك المجمعين معلوم.

الثالث: الخبر المروي عن النبي صلى الله عليه وآله النهي عن بيع المنابذة والملازمة وعن

بيع

الحصاة (١) بتقريب: أنه يدل على النهي عن انشاء البيع بهذه الأفعال، وبضميمة عدم القول

بالفصل يثبت ذلك في سائر الأفعال، وحيث إن ظاهر النهي في أمثال المقام الارشاد إلى

الفساد فيدل على عدم صحة البيع المعاطاتي.

وفيه: أولاً: إنه نبوي عامي ضعيف

وثانياً: إن الظاهر منه - ولا أقل من المحتمل - النهي عن تعيين المبيع بهذه

الأفعال، والوجه في البطلان حينئذ كونه يباعاً غريباً لا النهي عن انشاء البيع بها.

وثالثاً: إن عدم القول بالفصل بين هذه الأفعال وغيرها لم يثبت.

الرابع: قوله عليه السلام: إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام. (٢)

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

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

وفيه: أنه سيأتي عند تعرض المصنف قدس سره لهذا الخبر بيان المراد منه، وستعرف أنه أجنبي عن ما استدل به له.

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

وفيه: إنه لا اشعار في هذه النصوص بالاشتراط فضلا عن الدلالة، لورودها في مقام بيان أحكام آخر لا اشتراط الصيغة، وليس لها مفهوم كي تدل على عدم الصحة إذا كانت المعاملة بغير اللفظ.

فتحصل أنه لا دليل على عدم إفادة المعاطاة الملكية، فالمتبع هو ما دل على إفادتها تلك.

كلام بعض الأساطين وما يرد عليه

والشيخ الكبير في شرحه على القواعد ذكر محاذير للقول بإفادة المعاطاة الإباحة قبل التصرف والتلف والملكية بعد أحدهما، وتلك المحاذير إنما تكون على قسمين: أحدهما: ما يرجع إلى بطلان القول بإفادة المعاطاة المقصود بها الملكية الإباحة، و هو الأول والثالث مما عدده في كلامه ثانيهما ما يرجع إلى بطلان القول بحدوث الملكية آنا ما قبل التصرف أو التلف.

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

ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد أن القول بالإباحة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك، والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة. منها أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصور.

ومنها أن يكون إرادة التصرف من المملكات فيملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما أو معه دفعة وإن لم يخطر ببال المالك الأول الأذن في شيء من هذه التصرفات لأنه قاصد للنقل من حيث الدفع لأنه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال أعتق عبدك عني وتصدق بمالي عنك.

ومنها أن الأحماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحق المقاصة والشفعة والمواريث والربا والوصايا يتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه أو عدم العلم به فينفي بالأصل، فتكون متعلقة بغير الأملاك وأن صفة الغنى والفقر تترتب عليه كذلك فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك. ومنها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر مضافا إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف.

ومنها جعل التلف السماوي من جانب مملكا للجانب الآخر والتلف من الجانبين مع التفريط معينا للمسمى من الطرفين ولا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت، ومع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنه المطالب لأنه تملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب غريب والقول بعدم الملك بعيدا جدا مع أن في التلف القهري أن ملك التالف قبل التلف فعجيب ومعه بعيد لعدم قابليته، وبعده ملك معدوم ومع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض ونفي الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطيين.

ومنها أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النية فهو بعيد وإن أوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطئا بالشبهة، والجاني عليه والمتلف له (١) جانيا على مال الغير ومتلفا له.

ومنها أن النماء الحادث قبل التصرف إن جعلنا حدوثه مملكا له دون العين فبعيدا ومعها فكذلك وكلاهما مناف لظاهر الأكثر وشمول الإذن له خفي

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

ومنها قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه إلى إذن المالك فيه إذن في التمليك فيرجع إلى كون المتصرف في تمليكه نفسه موجبا قابلا، وذلك جار في القبض بل هو أولى منه لاقتترانه بقصد التمليك دونه، انتهى. والمقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول لا أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول و العمومات إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء. أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للقصد. { ١ } ففيها أولا أن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود ولا من القائم مقامها شرعا 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. { ٢ } أما المعاملات الفعلية التي لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها، 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.

وكيف كان: فمن جملة المحاذير التي ذكرها:
{ ١ } أن لازم ذلك أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصد: وأجاب المصنف قدس سره عن ذلك بجوابين: الأول: الجواب الحلبي
{ ٢ } وحاصله: إن التبعية المزبورة إنما هي في العقود الصحيحة، إذ لا يعقل صحة العقد مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه، وأما العقد الفاسد فعدم ترتب الأثر المقصود عليه لا محذور فيه بل لا معنى للفساد إلا ذلك، وأما ترتب شيء آخر عليه بتعبد من الشارع فلا ينافي شيئا من القواعد،
والمقام كذلك، فإن القوم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعا صحيحا، فلا تترتب عليها الملكية وإن قصد بها تلك وإنما تترتب عليها الإباحة الشرعية لا الملكية بتعبد من الشارع المستكشف من السيرة وغيرها، وليس ذلك تسببا بالعقود ولا مضمونها حتى يقال وقع بالعقد ما لم يقصد،
فما قصد وإن لم يقع إلا أنه لا محذور فيه لأن لازم الفساد ذلك، وما وقع وإن لم يقصد إلا أنه لم يقع بالعقد حتى يقال إنه وقع ما لم يقصد بل إنما هو حكم شرعي:

وثانيا إن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد، الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع أنها لم يقصد إلا ضمان كل منهما بالآخر { ١ } وتوهم أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفا على الوجه الأول وهو اقدمها على الضمان فلاحظ المسالك و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء { ٢ }

وبهذا البيان ظهر اندفاع ما أورده السيد الفقيه والمحقق النائيني قدس سره عليه بأن تبعية العقد للقصد مشتركة بين العقود والمعاملات الفعلية وليست حكما تعبديا كي تختص بمورد دون آخر.

وجه الاندفاع: إن المصنف قدس سره لم يدع أنه لا محذور في تخلف العقد عن القصد في

المعاملات الفعلية بل ادعى أنه لا يلزم ذلك. فتدبر فيما ذكرناه. الجواب الثاني: النقص، وهو أن التخلف في المقام إنما يكون نظير التخلف في الموارد الخمسة، يعني ليس تخلفا حقيقة لا أنه تخلف جائز. { ١ } المورد الأول: إن الأصحاب اتفقوا على أن المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد عندهم الضمان فيما يقتضيه صحيحه، مع أنهما لا يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر. وفيه: إن السبب للضمان في هذا المورد ليس هو العقد بل القبض كان الوجه فيه الاقدام أم قاعدة اليد، فما لم قصد به الضمان بالمسمى هو العقد، وما ترتب عليه الضمان بالقيمة هو القبض، فلا يكون نظيرا للمقام. { ٢ } المورد الثاني: الشرط الفاسد، فإنه لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به، وهو غير مفسد عند أكثر القدماء.

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

وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكل { ١ } وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير { ٢ } وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما على قول نسبة في المسالك وكشف اللثام إلى المشهور. { ٣ } نعم الفرق بين العقود وما نحن فيه أن التخلف عن القصد يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود، وفيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل. وأما ما

{ ١ } المورد الثالث: إنه لو باع ما يملك وما لا يملك بعقد واحد فإنهم التزموا بوقوع بيع ما يملك وصحته مع أنه لم يقصد إلا بيعه مقرونا بما لا يملك. وفيه: إن مدرك صحته انحلال العقد عليهما إلى عقدين، وعليه فأحدهما صحيح ولم يتخلف عن القصد، وثانيهما باطل أي ما قصد لا يقع ولا يقع ما لم يقصد حتى يلزم المحذور المذكور.

{ ٢ } المورد الرابع: بيع الغاصب لنفسه، فإنه إذا أجازته المالك يقع للمالك مع أن الغاصب قصد وقوعه لنفسه. وفيه: إن منشأ الصحة على المشهور أن الغاصب يوقع البيع للمالك غاية الأمر يبنى على أنه المالك، فالتخلف إنما يكون في هذا الاعتقاد المقارن لا في العقد. وتمام الكلام في محله.

{ ٣ } المورد الخامس: إذا قصد بالصيغة في النكاح الانقطاع وترك ذكر الأجل فإنهم حكموا بوقوعه دائما، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد. وفيه: أنهم التزموا بأن النكاح حقيقة واحدة، والفرق بين الدوام والانقطاع هو الفرق بين المطلق والمشروط بشيء، وعليه فحيث إن النكاح من الانشائيات فإذا ترك ذكر الأجل لا تتحقق الخصوصية الزائدة لعدم انشائها وإنما يقع المطلق لقصده وانشائه والانصاف: إن شيئا مما ذكرناه ليس إرادا على المصنف قدس سره، لأنه ليس بصدد بيان موارد تخلف العقد عن القصد بل في مقام بيان أن مثل هذا التخلف الذي هو تخلف صوري لا حقيقي واقع كثيرا.

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

{ ١ } ومنها أن تكون إرادة التصرفات من المملكات القهرية الموجبة لحصول الملكية قبل التصرف أو معه بنحو تكون الإرادة سببا لها، وهذا مناف لدليل سلطنة المالك، ولا يقاس بأعتق عبدك عني وتصديق بمالي عنك، فإنه في هذين الموردين توكيل في التملك، والتملك قبل التصرف، وهذا بخلاف المقام فإن كلا من المتعاطيين يقصد الملك حال التعاطي ولا يقصد الملك حال التصرف.

{ ٢ } وأجاب المصنف قدس سره عن ذلك: بأن مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك، ودليل جواز التصرف المطلق، واستصحاب بقاء الملك إلى آن قبل التصرف، هو ذلك، أي حصول الملك بعد إرادة التصرف، ويكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقع على الملك.

ويرد عليه أمران:

الأول: إن غرض الشيخ الكبير قدس سره ليس عدم الدليل على ملكية إرادة التصرف كي يصح الجواب عنه بأن مقتضى الجمع بين القواعد ذلك، إذ لا يعتبر في الدليل على السببية ورود دليل بالخصوص، بل غرضه أن القول بذلك غريب لا نظير له في الفقه، فلا ينفع هذا الجواب.

الثاني: إن تنظير المقام بتصرف الواهب وذي الخيار في غير محله، فإن في ذينك البابين الواهب ومن له الخيار يقصدان الفسخ والرجوع بالتصرف ولهما ذلك، فالتصرف بنفسه يكون رجوعا أو كاشفا عنه، وهذا بخلاف المقام فإنه ليس هناك قصد التملك و التملك على الفرض، فيقال كيف تكون إرادة التصرف مملكة مع عدم قصد الملكية.

وأما ما ذكره من تعلق الأحماس والزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها { ١ } مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج وتحقق الغنى المانع عن استحقال الزكاة لا يتوقفان على الملك.

وأما الأيراد على المصنف قدس سره كما ذكره المحقق النائيني بأنه ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير كون إرادة التصرف من المملكات بل أنه جعل محط الاشكال كون نفس التصرف ملكا،

فغير صحيح، فإن ما نقله الشيخ قدس سره كالصريح فيما استفاده منه ولعل المحقق النائيني لاحظ شرح القواعد ولم يجده موافقا لما ذكره المصنف قدس سره. والحق في الجواب عما ذكره الشيخ الكبير أن يقال: إنه يمكن أن يلتزم المشهور بأن السبب للملكية هي المعاطاة، وإنما يكون التصرف أو إرادته شرطا للملكية نظير القبض الذي هو شرط لحصولها في بيع الصرف.

ومنها: أن يصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك، فإن الأحماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وغيرها مما هو مترتب على الأملاك تتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه. وأجاب المصنف قدس سره عنه بقوله: { ١ } وأما ما ذكره من تعلق الأحماس والزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها.

وهذا يحتمل معنيين:

أحدهما: إن تعلق هذه الأمور بالمأخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك لا مانع منه سوى الاستبعاد فيلتزم به. ودفعه بمخالفته للسيرة حيث إن بناء المشرعة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية بحيث لو سألوا عن وجه تعلق المذكورات به أجابوا بكونه كسائر الأملاك، رجوع إلى الاستدلال بالسيرة على الملك، والمفروض عدم تماميته عند هذا القائل وإلا لالتزم بالملك.

ثانيهما: إن الالتزام بعدم تعلقها به لا محذور فيه سوى الاستبعاد، ودفعه بقيام السيرة على التعلق، رجوع إليها، فيخصص بها ما دل على عدم تعلقها بغير الأملاك.

وأما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه. { ١ }

والظاهر هو الأول، لأن كاشف الغطاء استبعد التعلق كما لا يخفى. وفيه: إن هذا الجواب لا يفيد في دفع ما أفاده الشيخ الكبير، فإنه يقول: لا كلام في تعلق هذه الأمور بالمأخوذ بالمعاطاة، والمفروض أنه ليس بملك، فيلزم أن يكون غير الملك، بحكم الملك وهذا في نفسه بعيد لا أنه لا دليل عليه. والحق أن يقال: إنه لو كان اشكال واستبعاد فإنما هو في الأحماس والزكوات وحق الشفعة، وأما سائر المذكورات كالأستطاعة وحق الديان والنفقات وغيرها فتتعلق بغير الأملاك لتحقق الاستطاعة بالبذل والإباحة، والدين يجب أداءه من مال أذن صاحبه في الأداء منه إذا كان حالا، والنفقة واجبة من مال يجوز له الانفاق منه، والوارث يرث من الميت كل ما تركه من حق أو مال، مع أنه يمكن الالتزام على هذا المسلك بمالكية المورث آنا ما قبل الموت، وتصح الوصية أيضا، والربا يجري في البيع وإن لم يفد الملك وهكذا البقية.

وأما تعلق الخمس والزكاة وحق الشفعة، والمراد به أن المباح له بالمعاطاة له الأخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك به، فإن ثبت بدليل فيكون هو المخصص لما دل على توقفه على الملك، لكن يبقى استبعاد الشيخ بحاله، وإلا فالقائلون بالإباحة منكرون للتعلق. ومنها: كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر.

{ ١ } وأجاب المصنف عنه بقوله ظهر جوابه ولكن الجواب المتقدم الذي ذكره عن مملكية التصرف من أنه مقتضى الجمع بين القواعد لا يكفي في المقام لأنه يقتضي مالكية المتصرف لما في يده تصحيحا لتصرفه المتوقف على الملك، ولا يقتضي مالكية غير المتصرف، نعم الجواب الذي ذكرناه يكون جوابا عن هذا الايراد أيضا كما لا يخفى.

وأما كون التلف مملكا للجانبين، فإن ثبت باجماع أو سيرة { ١ } كما هو الظاهر كان كل من المالكين 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 بوقوعه فيه توضيحه أن الاجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذي اليد رعاية لعموم على 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 أزمنا امكان تقديره رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله كما يقدر ملكية المبيع للبائع وفسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد.

ومنها: كون التلف من جانب مملكا للجانب الآخر والتلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين، وأنه لا رجوع بالمثل أو القيمة. { ١ } وأجاب المصنف قدس سره عن ذلك بقوله: وأما كون التلف مملكا للجانبين فإن ثبت إلى آخر ما ذكره.

توضيحه: إن مقتضى عموم على اليد (١) وإن كان هو الضمان ببدله الواقعي، إلا أنه لما قام الاجماع على عدم ضمان المثل والقيمة، يدور الأمر بين أن يكون المال قبل التلف ملكا لذي اليد فيبقى عموم على اليد على حاله، وبين أن يكون باقيا على ملك مالكة الأول فيكون الاجماع والسيرة مخصصين لعموم على اليد، وقد ثبت في محله أن التخصيص مقدم على التخصيص عند الدوران، وعليه فلأجل ذلك - بضميمة استصحاب عدم الملك إلى آن قبل التلف - يحكم بحصوله قبله أنا ما هذا هو مراده قده لا ما أفاده بعضهم من أن غرضه ثبوت ملكية التلف بالاجماع والسيرة: ولكن يرد على المصنف قدس سره أمران:

الأول: إن اليد في المقام يد أمانية شرعية أو مالكية ولا تكون مشمولة لقاعدة على اليد على التقديرين.

الثاني: إن التمسك بالعموم - أي تقديم التخصيص على التخصيص - إنما هو

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

وأما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة { ١ } فالظاهر على القول بالإباحة أن لكل منهما المطالبة ما دام باقيا { ٢ } وإذا تلف فظاهر اطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه { ٣ } نعم لولا قام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

فيما إذا لم يكن الحكم معلوما، وأما إذا علم ذلك وشك في كون ما علم عدم ثبوت حكم العام له من أفراد العام كي يكون ذلك تخصيصا أو غيره فلا مورد للتمسك بأصالة العموم حفظا للعام عن ورود التخصيص عليه.

فالحق في الجواب عن الشيخ الكبير: إنه في صورة التلف من الجانبين لا ضمان لعدم المقتضي، مع أنه يمكن الالتزام بالملكية كل منهما قبل التلف، وفي صورة التلف من جانب واحد إنما يكون الطرف الآخر مالكا لما في يده بسبب المعاطاة المشروط تأثيرها في الملكية عندهم بالتصرف المتوقع على الملك أو التلف.

{ ١ } ومنها: إنه لو غضب المأخوذ بالمعاطاة غاصب، فلا بد وأن يكون المطالب هو المالك المبيح لا المباح له، وهو خلاف ظاهر الأصحاب، والقول بتملكه بالغصب، فيكون حق المطالبة له من هذه الجهة بعيد.

{ ٢ } وأجاب المصنف قدس سره عنه: بأن لكل منهما المطالبة ما لم يتلف، ما المالك فلما كونه، وأما المباح له فلفرض أن له السلطان على المأخوذ، والانتزاع من الغاصب من مراتب السلطنة.

{ ٣ } وأما في صورة التلف فالمطالب للقيمة هو المباح له لصيرورته مالكا بالتلف. ويرد على المصنف قدس سره: إن المالك بعد كون عوض المال تحت يده ليس له حق المطالبة وإلا لزم الجمع بين العوض والمعوض.

ومنها: إن النماء الحادث قبل التصرف إن جعلناه ملكا للمباح له دون العين فبعيد، أو مع ملكية العين فكذلك، وكلاهما مناف لظاهر الأكثر، ومع عدم كونه ملكا له ودخوله في ملك المالك - حيث إن شمول الإذن له خفي - فلازمه عدم جواز التصرف فيه، وهو خلاف السيرة.

وأما ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكي عن بعض أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء بالأخذ بل حكمه حكم أصله، ويحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة { ١ }، ثم إنك مما ذكرنا تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره مع أنه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد والانصاف أنها استبعادات في محلها. وبالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك المعتضدة 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 أشكال،

{ ١ } وأجاب المصنف قدس سره عن ذلك: بأن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء بالأخذ، بل حكمه حكم أصله، ويحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة. وفيه: إن الاحتمال الأول هو الذي أجاب عنه الشيخ الكبير بأن شمول الإذن له خفي، وأما الاحتمال الثاني فهو الذي استبعده. ولكن يمكن الجواب عنه: بأن الإباحة الثانية إباحة شرعية لا المالكية، فلا تتوقف على الإذن.

ومنها: أنه في التلف، إن ملك التالف قبل التلف فعجيب للزوم تقدم المسبب على السبب، وإن ملكه معه فبعيد، لأنه لا استقرار له حتى يملكه، وإن ملكه بعده فهو ملك المعدوم.

وفيه: أنه يلتزم بالأول ويقال بتأثير المعاطاة في الملكية وشرطها التلف بنحو الشرط المتأخر، أو يقال بكونه كاشفا عن السبب. ومنها: إن التصرف إن لم يتوقف على النية فهو بعيد، وإن توقف عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطئا بالشبهة. وفيه: أنه بنفسه شرط التأثير في الملكية لا مع النية، فلا بعد فيه، مع أنه لو توقف

فالقول الثاني لا يخلو عن قوة وعليه فهل هي لازمة ابتداء مطلقا { ١ } كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه الله أو بشرط كون الدال على التراضي لفظا كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني وقواه جماعة من متأخري المحدثين أو هي غير لازمة مطلقا فيجوز لكل منهما الرجوع في ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلهم عدا من عرفت

عليها كان الواطئ للجارية من غيرها زانيا لا واطئا بالشبهة. ومنها: قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك في التصرف إذن في تمليك نفسه، فيتحد الموجب والقابل. وهذا بعينه يجري في القبض الذي هو أول تصرف يصدر من المتعاطيين، بل هو أولى لكونه مقرونا بقصد التمليك دونه. وفيه: أولا: إن حصول الملكية قبل التصرف أو معه ليس من حيث الإذن في تمليك نفسه بل هو بنفسه مملك. وثانيا: إن هذا لا يجري في القبض لعدم توقفه على الملك كي يقتضي الجمع بين الأدلة حصول الملكية قبله أو معه. وثالثا: أنه لو كانت مملكية التصرف من باب الإذن في التمليك فلم لا يلتزم بحصول الملكية بالتعاطي، إذ لا فرق بين هذا الفعل الذي ينشأ به التمليك وغيره؟ ولكن الانصاف أن ما أفاده الشيخ الكبير جملة منه استبعادات في محلها، وقد مر أن القول بالإباحة مما لا يمكن اثباته بالدليل، وأنه يقتضي القول بالملك. فراجع. أصالة اللزوم - استصحاب بقاء الملك { ١ } قوله فهل هي لازمة ابتداء مطلقا هذا هو المورد الثاني: وهو أن الملك الحاصل بالمعاطاة لازم أم جائز؟ والكلام فيه يقع في مقامين: الأول: فيما استدل به للزوم.

وجوه أوفقها بالقواعد هو الأول بناء على أصالة اللزوم في الملك للشك في زواله {١} بمجرد رجوع مالكة الأصلي، 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 {٢} بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول {٣} مدفوعة مضافا إلى امكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب {٤} فتأمل.

وقد استدل للزوم بأمور.

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

{١} بناء على أصالة اللزوم في الملك للشك في زواله. وأورد عليه بايرادين.

{٢} الأول: إنه من قبيل استصحاب الكلي في القسم الثاني وهو لا يجري، لأن الفرد القصير، وهو الملك المتزلزل، مقطوع الارتفاع بعد الرجوع، والملك اللازم مشكوك الحدوث فيجري استصحاب عدم حدوثه.

{٣} الثاني: إن هذا الأصل محكوم باستصحاب علقه المالك الأول.

والمصنف قدس سره لم يتعرض في المقام للجواب عن الأول وأجاب عن الثاني.

{٤} أولا بأن الاستصحاب يجري في القسم الثاني من أقسام الكلي. وثانيا: بأن استصحاب بقاء الملك من قبيل استصحاب الشخص لا الكلي، وعمله بما سيمر عليك.

وعلى فرض الشك في كون المستصحب شخصا أم كليا يجري الأصل وإن كان على فرض ثبوت كونه كليا لا يجري فيه الأصل.

تحقيق القول في المقام يقتضي البحث في مواضع:

الأول: في أن الملك المستصحب في المقام هل هو كلي أو شخصي؟ بمعنى أنه القدر المشترك الجامع بين الملك المتزلزل والمستقر، أو هو شخص معين لعدم كون الجواز

واللزوم من الأمور المنوعة أو المفردة؟

الثاني: في أنه لو ثبت كونه شخصا هل يجري الأصل فيه أم لا، ولو ثبت كونه كليا فهل يجري فيه الأصل أم لا، ولو شك في ذلك فهل يكون مجرى الاستصحاب أم لا

بأن انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر، ليس باعتبار اختلاف في حقيقته وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي، ومنشأ هذا الاختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك فجواز الرجوع وعدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب { ١ } ويدل عليه مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك ومع أن المحسوس بالوجدان. انشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد { ٢ } أن اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فإما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك أو بحكم الشارع فإن كان الأول كان اللازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه أو عدم قصده وهو بديهي البطلان إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه وإن كان الثاني لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ وهو باطل في العقود { ٣ } لما تقدم أن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد

الثالث: في أنه في المقام هل يكون أصل حاكم عليه.
وبعبارة أخرى: هل يجري استصحاب بقاء علقه المالك الأول أم لا؟
{ ١ } أما الموضع الأول: فالمصنف قدس سره ذهب إلى أن اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب.
واستدل له بوجهين:

{ ٢ } أحدهما: إن الملكية ليست من الأمور الواقعية أو التعبدية الشرعية حتى يقال إننا لا نعرف حقيقتها، بل هي أمر اعتباري يعتبرها المتعاقدان وعليه فحيث نرى بالوجدان والحس إن انشاء الملك في البيع والهبة على نهج واحد فيستكشف من ذلك اتحاد حقيقة الملك.

{ ٣ } الثاني: إن اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فإما أن يكون التخصيص بجعل المالك أو الشارع.
فإن كان الأول لزم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع وعدمه، وهو بديهي البطلان لعدم دخل قصد المالك في الرجوع وعدمه.
وإن كان الثاني لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، وهو باطل في العقود.

وإن أمكن القول بالتخلف هنا في مسألة المعاطاة بناء على ما ذكرنا سابقا انتصارا للقائل بعدم الملك من منع وجوب امضاء المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطيين،

وأورد عليه بايرادات:

الأول: ما أفاده السيد الفقيه في الحاشية، وهو: إن الظاهر أن الاختلاف بينهما اختلاف في حقيقتها، فإن الملكية في أنظار العرف قسمان، وأنهم يرون الملكية الموجودة في الهبة مغايرة مع الموجودة في العقود اللازمة.

وفيه: إنه بعد التوجه إلى أن الملكية من الأمور الاعتبارية ويعتبرها المالك لغيره، لا يشك أحد في أن المعتبر في الموردین شئ واحد، وأن الاختلاف إنما هو من ناحية الحكم الشرعي بجواز الفسخ والرجوع في مورد دون آخر.

الثاني: ما أفاده أيضا فيها، وهو: إن اختلاف السبب إذا لم يكن موجبا لاختلاف المسبب لا يكون مقتضيا لاختلاف الأحكام.

وفيه: إن المصنف قدس سره يدعي أن اللزوم والجواز من أحكام السبب نفسه لا من أحكام المسبب، فلا وجه لهذا الإيراد.

الثالث: ما أفاده قده أيضا وتبعه المحقق الإيرواني قدس سره، وهو: إنه على فرض اتحاد الحقيقة يكفي في الاشكال التعدد الفردي كما في الحيوان المردد بين زيد وعمرو في الدار إذا كان قاطعا بخروج أحدهما المعين.

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

الرابع: ما أفاده السيد أيضا ایرادا على الوجه الثاني الذي ذكره المصنف قدس سره برهانا لمختاره، وهو: إن التخصيص بالنسبة إلى النوعين من المعاملة كالبيع والهبة مثلا إنما يكون

لكن الكلام في قاعدة اللزوم في الملك تشمل العقود أيضا.

من قبل المتعاقدين، وبالنسبة إلى النوع الواحد كالبيع إنما يكون من قبل الشارع ولا بأس بامضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ، فإن هذا المقدار من الاختلاف معتبر. وفيه: أن لازم ما أفاده في القسم الأول دوران اللزوم والجواز في النوعين مدار قصد المنشئ، وهو بديهي الفساد.

وأما ما ذكره في القسم الثاني فيرد عليه: إن المصنف لا يدعي استحالة امضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ، بل يدعي أنه إذا لم يرد دليل إلا على امضاء ما أنشأه المتعاقدان كان لازم ذلك وقوع المنشأ على نحو ما قصده، وهذا أمر بديهي. الخامس: إن اختلاف السبب مستلزم لاختلاف المسبب، إذ المتباينان لا يعقل تأثيرهما في شيء واحد.

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

فتحصل: إن شيئا مما أورد على المصنف قدس سره لا يرد عليه.

ويشهد لعدم كونهما من مقومات الملك وعدم كون الاختلاف بينهما في حقيقة

الملك - مضافا إلى ما ذكره المصنف قدس سره - : وجهان آخران.

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

الثاني: إنه لو كانا من مقوماتها لزم امتناع معروضية الملكية الواحدة تارة للزوم

وأخرى للجواز مع وضوح خلافه، فإن المبيع المنشأ باللفظ تكون الملكية الحاصلة منه في زمان الخيار جائزة وبعده لازمة.

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

وبالجملة فلا اشكال في أصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعا، وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز { ١ } كالصلح من دون عوض والهبة

إنما هي من الاعتبارات الشرعية، فإذا فرضنا العلم بارتفاع الملك الجائز على فرض حدوثه، وجرت أصالة عدم حدوث الملك اللازم، ثبت من ذلك عدم بقاء الملك الجامع بينهما.

لا يقال: إن استصحاب عدم حدوث الملك اللازم يعارض استصحاب عدم حدوث الملك الجائز فيتساقطان فيرجع إلى استصحاب بقاء القدر المشترك. فإنه يقال: أن الملك اللازم بما أنه يترتب عليه جميع آثار الملك الجائز - غير ارتفاعه بالفسخ - فاستصحاب عدم حدوث الملك الجائز لعدم الأثر لا يجري، نعم لو كان

يثبت به أن الحادث هو الملك اللازم كان جاريا، لكنه لا يثبت. فتحصل: إن الأظهر عدم جريان استصحاب القدر المشترك في المقام. ولعله إلى هذا نظر المصنف قدس سره حيث أمر بالتأمل، كما أن هذا هو مراد السيد الفقيه في حاشيته، فلا يرد عليه شيء مما أوردوه عليه. ولا يخفى أنه بناء على ما اخترناه وحققناه في الأصول من جريان الأصل في الفرد المردد - من جهة أن الموجود وإن كان مرددا عندنا ولكن لا يضر ذلك بتيقن وجوده

سابقا فيستصحب بقاء ذلك المتيقن سابقا.

لا مانع من استصحابه، ومعه لا حاجة إلى استصحاب بقاء القدر المشترك، إذ أثر القدر المشترك أثر لكل واحد من الفردين، فلا مانع من اجراء الاستصحاب في الشخص الواقعي المعلوم سابقا.

الجهة الثالثة: إنه بناء على عدم جريان الاستصحاب في الكلي في أمثال المقام وجريانه في الشخصي، لو شك في أن الملك اللازم والجائز قسمان أم هما شيء واحد، فهل يجري الاستصحاب فيه لو شك في زواله بالفسخ أم لا؟ { ١ } والمصنف قدس سره ذهب إلى جريانه قال وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو

العقد اللازم أو الجائز.

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

نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة { ١ }

جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ.
مندفعة بأن السلطنة على رد الملك سلطنة جديدة إن ثبتت فإنها تثبت في ظرف
عدم الملك، فكيف تكون من آثار الملك.
فالحق أن حق الفسخ إن ثبت فهو حق حادث بعد زوال العلقة الأولية.
ثانيهما: استصحاب بقاء حق الفسخ الثابت في زمان ثبوت خيار المجلس، فإنه
يشك في زواله وبقائه بعد الافتراق، فيستصحب بقاءه.
وفيه: إن ذلك الحق قد زال بالافتراق قطعاً لقوله عليه السلام فإذا افترقا وجب البيع (١) فلو
كان الحق باقياً فهو حق آخر مشكوك الحدوث تجري أصالة عدم ثبوته.
والكلي الجامع بينهما لا يجري الأصل فيه لأن الاستصحاب حينئذ من قبيل
القسم الثالث من أقسام الكلي، والمختار عندنا عدم جريان الأصل فيه إلا إذا عد الفردان
مرتبتين من شئ واحد حتى فيما إذا احتمل حدوث الفرد الآخر مقارنة لحدوث الفرد
الزائل قطعاً.
مضافاً إلى أنه من قبيل استصحاب الحكم الشرعي، والمختار عدم جريانه.
فتحصل مما ذكرناه: إن استصحاب بقاء الملك يجري ويحكم بواسطته باللزوم.
{ ١ } قوله نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة
وذلك فيما إذا تعلق الغرض بتعيين السبب لا الملكية بعد الفسخ إذ لا أصل يعين
الواقع في الخارج، وأما فيما إذا كان الغرض متعلقاً ببقاء الملك بعد الفسخ وعدمه، فيكون
مدعي اللزوم منكراً ومدعي الجواز مدعياً لموافقة قول المدعي للزوم للأصل.
دليل السلطنة

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

ويدل على لزوم مضافا إلى ما ذكر عموم قولهم [قوله] الناس مسيطون على أموالهم { ١ } فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته [ملكه] بغير اختياره فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة فاندفع ما ربما يتوهم أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه ولا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي. ولما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن فائدة الملك السلطنة ونحوه العلامة رحمه الله في موضع آخر

{ ١ } هذا هو الدليل الثاني: وهو قوله صلى الله عليه وآله الناس مسيطون على أموالهم (١) وتقريب الاستدلال به وجهان:

أحدهما: التمسك بعموم هذا الدليل وإطلاقه الزماني أو الأحوالى الشامل لما بعد الفسخ بأن يقال: إن مقتضى عموم ثبوت السلطنة للمالك بعد فسخ المالك الأول ورجوعه، ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ ورجوعه. وفيه: إن موضوع السلطنة هو مال الإنسان وملكه، وثبوته بعد الفسخ غير محرز، إذ لو كان الفسخ مؤثرا لما كان الموضوع باقيا، ومع الشك في صدق الموضوع لا مجال للتمسك بالإطلاق.

ثانيهما: التمسك بإطلاق هذا الدليل الشمولى لجميع أنحاء التصرفات، ومن جملتها دفع مزاحمة الأجانب ومنهم المالك الأول، ولازمه عدم تأثير فسخه. وبعبارة أخرى: خروج المال من ملكه بغير اختياره مناف لسلطنة المالك على ماله، فمقتضى إطلاق دليل السلطنة عدم خروجه وعدم تأثير رجوع المالك الأول. وأورد عليه بايرادات:

الأول: إن الدليل إنما يدل على سلطنة المالك على ماله لا على عدم ثبوت السلطنة لغيره، فلا يدل على عدم ثبوت هذا الحق للمالك الأول. وفيه: أن لازم السلطنة التامة على جميع التصرفات سلطنة مطلقة عدم سلطنة الغير على ما يزاحم سلطنته، وإلا لم تكن سلطنة مطلقة، فتملك الغير بلا رضا منه مناف

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

ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام لا يحل مال امرء إلا عن طيب نفسه { ١ } حيث

دل على انحصار سبب حل مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحل بغير رضاه وتوهم تعلق الحل بمال الغير وكونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام مدفوع بما تقدم من أن تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك أيضا، فلا يحل التصرف فيه ولا تملكه إلا بطيب نفس المالك

علي إزالة الملكية عنه بالرجوع - فتدبر فإنه دقيق.

فالأظهر أنه لا يدل على اللزوم.

{ ١ } هذا هو الثالث: من أدلة اللزوم وهو ما دل على أنه: لا يحل مال امرء إلا بطيب نفسه (١).

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

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

إن الحلية من جهة استنادها إلى المال لا إلى المعاملات ظاهرة في الحلية التكليفية، ألا ترى أنه لم يحتمل أحد في قوله عليه السلام كل شيء حلال أن يدل على نفوذ المعاملات.

وبالجملة: لا ريب في ظهورها في الحلية التكليفية، وقد تقدم في أول الجزء الأول من هذا الشرح: إن الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد، وعليه فهذا الدليل إما لا يشمل الفسخ للعلم بعدم حرمة تكليفها، أو يشملها ولا يدل على عدم نفوذه.

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

ويمكن الاستدلال أيضا بقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض). {١} ولا ريب أن الرجوع ليست تجارة ولا عن تراض، فلا يجوز أكل المال والتوهم المتقدم في السابق غير جار هنا لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكا للأكل لا لغيره {٢} ويمكن التمسك أيضا بالجملة المستثنى منها حيث إن أكل المال ونقله عن مالكه بغير رضى المالك أكل وتصرف بالباطل عرفا {٣} نعم بعد إذن المالك الحقيقي وهو الشارع وحكمه التسلط على فسخ المعاملة من دون رضى المالك يخرج عن البطلان.

آية التجارة عن تراض
{١} هذا هو الدليل الرابع: وهو قوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم (١)).
وقد استدل المصنف رحمه الله بكل من المستثنى والمستثنى منه.
أما الأول: فقد استدل به بتقريبين:
الأول: ما في أول الخيارات وهو أنه يدل على جواز الأكل مطلقا بسبب التجارة عن تراض حتى فيما بعد الفسخ، ولازم ذلك عدم نفوذ الفسخ.
وفيه: ما تقدم في دليل السلطنة من أنه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية، حيث إنه لا يعلم بقاء الملك بعد الرجوع.
مع أنه يتوقف الاستدلال على إرادة جميع التصرفات من الأكل لا التملك.
{٢} التقريب الثاني: ما ذكره في المقام من أنه حصر مجوز الأكل في التجارة، والمراد به أكله على أن يكون ملكا للأكل، ومن المعلوم أن الفسخ ليس تجارة ولا عن تراض.
وفيه: أنه قد سيصرح في مبحث الاكراه بأن الاستثناء منقطع غير مفرغ، وهو لا يفيد الحصر، وهذا هو الظاهر من هذا الاستثناء كما سيمر عليك، وعليه فلا دلالة لهذه الجملة على الحصر، فلا وجه للاستدلال بها.
{٣} وأما المستثنى منه فقد استدل به بتقريب: إن أكل مال الغير وتملكه بغير رضاه

(١) النساء: ٢٩.

ولذا كان أكل المارة من الثمرة الممرور 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. { ١ }

أكل وتصرف بالباطل عرفا.

وفيه: أولا: إنه وإن كان المراد بالباطل هو الباطل العرفي لا الشرعي، إلا أنه حيث يكون إذن المالك الحقيقي موجبا للخروج عن كونه باطلا، ويحتمل في المقام إذنه في الفسخ، فكون الفسخ من الباطل مشکوك فيه، ومع الشك في صدق الموضوع كيف يتمسك بحكمه.

وثانيا: أنه يحتمل اختصاص الآية بالمعاوضات من جهة التعبير بأموالكم بينكم الظاهر في إعطاء مال وأخذ مال، والرجوع ليس منها، فإنه رد للملك، ويستتبع ذلك رجوع العوض لا أنه تملك بعوض.

وثالثا: إن الفسخ إذا كان حلا للعقد فلا تشمله الآية الشريفة لأنه ليس سببا للأكل، بل هو إنما يرفع السبب المملك، وبعده يكون المملك بالسبب الأول. فتحصل: أنه لا يصح الاستدلال على اللزوم بهذه الآية الشريفة.

دليل لزوم خصوص البيع

{ ١ } الخامس: قوله عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. (١) وتقريب الاستدلال به بعد فرض صدق البيع على المعاطاة والبيع على المتعاطي. واضح.

وأورد عليه.

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

وأخرى: بأنه في مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه لتمسك باطلاقه.

وثالثة: بما أفاده المحقق النائيني قدس سره وهو أنه: إنما يدل على اللزوم والجواز

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

وقد يستدل أيضا بعموم قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) { ١ } بناء على أن العقد

الحقيين لا لزوم الحكمي، وفي المعاطاة إن ثبت اللزوم فهو حكمي. وفي الجميع نظر. أما الأول: فلكونه خلاف اطلاق الخبر. وأما الثاني: فلأنه في مقام جعل الخيار قبل التفرق، واللزوم بعده، ولذا في بعض النصوص قال عليه السلام بعد ذلك: فإذا افترقا فلا خيار لهما. وأما الثالث: فلأن اللزوم مطلقا حكمي، بمعنى أنه مجعول شرعي لا من منشآت المتعاقدين، ولذا لو أوقعا العقد غير قاصدين له بل للجواز لا يتصف العقد إلا به كما لا يخفى.

فالأظهر صحة الاستدلال بهذا الوجه للزوم المعاطاة.

آية الوفاء بالعقد

{ ١ } هذا هو الوجه السادس وهو قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) (١)

وتنقيح القول فيه برسم أمور:

الأول: إن العقد غير العهد، فإن العهد، هو الجعل والقرار، وهو يشمل العهود الإلهية، أي التكليف وسائر مجعولاته، ولو كان ذلك من قبيل المناصب كالخلافة، كما في قوله تعالى: لا ينال عهدي الظالمين (٢).

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

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

(١) المائدة، آية ٢.

(٢) البقرة، ١٢٤.

هو مطلق العهد كما في صحيحه عبد الله بن سنان، أو العهد المشدد كما عن بعض أهل اللغة { ١ } وكيف كان فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة

وبما ذكرناه ظهر أن ما في المتن تبعا لجملة من اللغويين وتبعه جمع من المحشين.
{ ١ } من تفسيره بالعهد أو المشدد منه، غير صحيح.

كما أن ما أفاده المحقق النائيني قدس سره في وجه عدم صدق العقد على المعاطاة: بأن العقد إنما يسمى عقدا لكونه مفيدا للعهد المؤكد والميثاق، أي التزام المتبايعين بما أنشأه والفعل قاصر عن إفادة هذا المعنى، فإنه إنما يفيد تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، ولا يدل على الالتزام المزبور، وهذا بخلاف اللفظ فإنه يدل عليه بالالتزام. غير تام، فإن العقد لا دخل للفعل والقول فيه، بل هو أمر نفساني، يكون الكاشف عنه تارة القول وأخرى الفعل.

الثاني: إن الوفاء عبارة عن التمام أو ما يقاربه، والايفاء عبارة عن الاتمام والانتهاء، وعليه فإن كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده، وإن كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على ملكية عين بعوض كان الوفاء به اتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه. وبذلك يظهر أمران.

الأول: إن ما أفاده بعضهم من أن المراد بالوفاء بالعقد في المقام تسليم العوضين، غير تام، إذ العقد لم يتعلق بترتيب آثار الملك، فهو أجنبي عن الوفاء به. الثاني: إن ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره من أن العقد على النتيجة لا يكون مشمولا للآية - إذ العقد عليها إما أن يؤثر في وقوعها أو لا، وعلى كل حال لا عمل خارجي له من العاقد حتى يخاطب بخطاب أو فوا. في غير محله.

الثالث: إن الأمر بالوفاء إما أن يكون ارشاديا، أو يكون أمرا مولويا نفسيا، وعلى الأول: حيث إنه لا معنى لكونه ارشادا إلى الصحة - لما عرفت من أن الوفاء بالعقد في المقام عبارة عن اتمامه وعدم رفع اليد عنه وهذا فرع نفوذه وصحته - فلا محالة يكون

وكذلك قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم { ١ } فإن الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ.

ارشادا إلى اللزوم.

وقد ادعى المحقق النائيني ظهوره في ذلك بدعوى أنه كما يكون للأمر والنهي في باب المركبات ظهور ثانوي في الإرشاد إلى الجزئية والمانعية، كذلك في المعاملات يكون، ارشادا إلى حكم وضعي، وهو في المقام اللزوم وعدم تأثير الفسخ والرجوع، فعلى هذا دلالاته على لزوم المعاطاة واضحة، ولكن لم يثبت هذا الظهور. وإن كان مولويا نفسيا: فيمكن تقريب دلالاته على اللزوم وعدم تأثير الفسخ بوجهين:

أحدهما: إن وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ لو كان فإنما هو بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، ولا يحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق، ومن عدم الحق يستكشف عدم تأثيره. ثانيهما: الإجماع على أنه لو كان حراما كان غير مؤثر، وأنه لو كان مؤثرا لما كان حراما.

فتحصل: إن الأظهر دلالة هذه الآية الشريفة على اللزوم في المعاطاة.

دليل الشرط

{ ١ } هذا هو الوجه السابع: وهو قوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم. (١) وتقريب الاستدلال به على المشهور: إن الشرط لغة: مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

وفيه أن الاستدلال به على اللزوم إنما يتوقف على أمرين: صدق الشرط على المعاملات كالبيع. ودلالاته على اللزوم.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

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

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

وأما الثاني: فالأظهر أنه انشاء حكم تكليفي لا وضعي، وذلك لأن مضمونه لو كان عدم انفكك الشرط عن المؤمن كان يحتمل إرادة اللزوم منه أو الصحة، ولكن بما أن مضمونه عدم انفكك المؤمن عن شرطه - وهذا ليس صفة في الشرط كي يكون ذلك ارشادا إلى صحته أو لزومه بل هو صفة في المؤمن - فلا محالة يكون ظاهرا في كونه أمرا بالوفاء بالشرط تكليفا. وعليه فيجري فيه ما ذكرناه في دليل وجوب الوفاء بالعقد. فراجع.

الثامن: السيرة العقلانية، فإنها قائمة على لزوم كل معاملة صحيحة.

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

التاسع: النصوص الخاصة استدل بها السيد الفقيه قدس سره.

مثل صحيح جميل عن الإمام الصادق عليه السلام الوارد فيمن اشترى طعاما وارتفع أو نقص في القيمة وقد اکتال بعضه فأبى صاحب الطعام أن يسلم له ما بقي وقال: إن لك ما قبضت، فقال: إن كان يوم اشتراه ساعره على أنه له فله ما بقي. (١)

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

والحاصل أن الحكم باللزوم في مطلق الملك وفي خصوص البيع، مما لا ينكر إلا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة { ١ } بل ادعاه صريحا بعض الأساطين في شرح القواعد ويعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخرين فإن العبارة المحكية عن المفيد رحمه الله في المقنعة لا تدل على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به فإن المحكي عنه أنه قال: ينعقد البيع، على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا وتراضيا بالبيع وتقابضا وافتراقا بالأبدان، انتهى.

وجه الدلالة: إنه عليه السلام حكم باللزوم بمجرد المساعرة، وإن لم يكن الانشاء باللفظ ونحوه غيره.

وفيه: إن هذه النصوص واردة في مقام بيان حكم آخر فلا يصح التمسك باطلاقها. فتحصل مما ذكرناه: إن الاستصحاب، والسيرة ودليل وجوب الوفاء بالعقد، ودليل لزوم البيع بالخصوص، تدل على لزوم المعاطاة. أدلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها المورد الثاني: فيما استدل به على عدم اللزوم: وهو أمور.

{ ١ } أحدها: الاجماع.

وتقريبه من وجهين:

الأول: الاجماع البسيط على عدم اللزوم، وقد ادعاه غير واحد. وفيه: أولا: إنه غير ثابت، كيف وأن ظاهر ما عن العلامة قدس سره في التذكرة والمختلف من نسبة اعتبار الصيغة في اللزوم إلى الأشهر والأكثر وجود قائل معتد به بعدم الاعتبار.

ويقوى إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين وتأثيره في اللزوم
وكأنه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد والشيخ رحمه الله أنه لا بد في البيع عندهما
من

لفظ مخصوص وقد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعا وهو نص
في عدم اللزوم ولا يقدح كونه ظاهرا في عدم الملكية الذي لا نقول به وعن جامع
المقاصد يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع.
نعم قول العلامة رحمه الله في التذكرة أن الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة يدل على
وجود الخلاف المعتد به في المسألة ولو كان المخالف شاذ العير بالمشهور وكذلك
نسبته في المختلف إلى الأكثر وفي التحرير أن الأقوى أن المعاطاة غير لازمة، ثم
لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها
ليست مملوكة، وإنما تفيد الإباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفا { ١ } 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

{ ١ } وثانياً: إن أغلب المجمعين بانون على عدم إفاده المعاطاة للملكية، فيكون
الاتفاق تقيدياً لا يفيد. ولا يكون كاشفاً إذ القول باللزوم فرع الملكية ولا يقول الأكثر
بها.

وثالثاً: إن مدرك المجمعين معلوم، فلا يكون اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأي
المعصوم.

الثاني: الاجماع المركب.

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

وفيه: أولاً: إنه ليس اجماعاً لوجود القائل باللزوم.

وثانياً: إن ليس اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأي المعصوم كما تقدم.

وثالثاً إن كون الأصحاب على قولين لا يفيد في الاجماع المركب ما لم يكن
اجماعاً على عدم الثالث، وفي المقام، حيث إن القائلين بعدم إفادتها الملك لم يصرحوا

لأن قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع. نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور أن أصحابنا بين قائل بالملك الجائز وبين قائل بعدم الملك رأساً. فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل.

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

وبالجملة فما ذكره في المسالك من قوله بعد ذكر قول من لم يعتبر مطلق اللفظ في اللزوم ما أحسنه وما أمتن دليله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه في غاية الحسن والمتانة والاجماع، وإن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع إلا أن المظنون قويا تحققه على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على انشاء التملك سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد، ولكن لم ينشأ التملك به بل كان من جملة القرائن على قصد التملك بالتقابض. وقد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار { ١ } بل يظهر منها أن ايجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطي كان متعارفاً بين أهل السوق و التجار،

بعدم اللزوم على تقدير القول بالملك، فلا يفيد.

الثالث: الأخبار الخاصة التي أشار إليها المصنف قدس سره بقوله.

{ ١ } ويظهر ذلك من غير واحد من الأخبار.

ويمكن أن يكون نظره إلى ما تقدم في أدلة إفادة المعاطاة الملك من الخبر الوارد

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

ويمكن أن يكون نظره إلى ما سينقله من الأخبار التي ادعى اشعارها أو ظهورها.

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

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

(٢) الوسائل باب ١٩ من أبواب عقد البيع وشروطه.

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي { ١ }. نعم ربما يكتفون بالمصافقة فقول البائع بارك الله لك أو ما أدى هذا المعنى بالفارسية. نعم يكتفون بالتعاطي في المحقرات ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم الاكتفاء في اللزوم بمطلق الانشاء القولي غير بعيد للسيرة ولغير واحد من الأخبار كما سيحى إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة

{ ١ } الرابع سيرة المتشركة، فإن بناءهم في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع على عدم الاكتفاء بالمعاطاة، وفي المحقرات ينكرون على من امتنع عن الرجوع مع بقاء العينين إذا كان انشاء البيع بالتعاطي. وفيه: إن هذه السيرة لم يثبت كونها مستمرة إلى زمان المعصوم عليه السلام، بل يحتمل قويا كونها مستندة إلى فتوى المراجع والفقهاء، فلا تفيد. الخامس: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وحاصله: إن اللزوم على قسمين: لزوم حكمي، ولزوم حقي.

والأول: إنما هو ما يجعله الشارع الأقدس في موارد لمصلحة تدعو إلى ذلك كما في الهبة بذي الرحم، وآثر هذا عدم جواز جعل الخيار وعدم صحة الإقالة، ويقابل هذا الجواز الحكمي كما في الهبة بغير ذي الرحم، وآثره عدم جواز الاسقاط. والثاني: إنما يكون بانشاء المتعاقدين كما في البيع اللفظي، فإن البائع ينشأ باللفظ أمرين: أحدهما: تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، ثانيهما: الالتزام ببقاء بدلية المبيع للثمن.

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

وفي المعاطاة ليس شئ من اللزومين، أما الأول: فلعدم الدليل عليه، وأما الثاني: فلأن الفعل قاصر عن إفادة الالتزام ببقاء البدلية وإن قصد المتعاقدان ذلك، إذ مجرد البقاء القلبي ما لم ينشأ لا يفيد في باب المعاوضات، والفعل من جهة عدم كونه مصداقا لهذا العنوان لا يصلح لكونه انشاء له، فأدلة اللزوم من جهة تضمنها اللزوم الحقي

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، 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 الاسلام في باب بيع ما ليس عنده والشيخ في باب النقد والنسيئة عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نحيح، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئني ويقول اشتر لي هذا الثوب وأرباحك كذا وكذا فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك قلت: بلى، قال: لا بأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام. { ١ } وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجردة عن قوله عليه السلام إنما يحلل انتهى. كلها تدل على أنه لا بأس بهذه المواعدة والمقاولة ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه. ونقول إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها:

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

وفيه: أولا: إن الزوم مطلقا يكون بجعل الشارع، ولذا لو قصد المتعاقدان الجواز في البيع اللفظي لما حكم به، غاية الأمر في بعض الموارد جعل حق الخيار والإقالة، وفي بعض الموارد لم يجعل ذلك وإلا فالزوم مطلقا إنما يكون بجعل منه وعليه فالأدلة الدالة على لزوم البيع إنما تكون دالة على لزوم المعاطاة كالبيع اللفظي بلا فرق بينهما أصلا. وثانيا: إن الفعل كما يكون قاصرا عن إفادة الالتزام ببقاء البدلية، كذلك اللفظ قاصر عن إفادته، إذ ليس ذلك لازما لقصد تبديل المال بالمال كي يكون اللفظ الدال عليه دالا عليه بالدلالة الالتزامية.

{ ١ } السادس: خبر خالد بن نحيح (١) - أو الحجاج - المذكور في المتن.

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

الأول: أن يراد من الكلام في المقامين اللفظ الدال على التحريم والتحليل { ١ } بمعنى أن تحريم شيء، وتحليله لا يكون إلا بالنطق بهما فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام ولا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال.

وتقريب الاستدلال به: إنه عليه السلام حصر المحلل والمحرم في الكلام - أي اللفظ - فلا

يكون الفعل محللاً ومحرمًا.

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

وأما من حيث الدلالة فقد ذكر المصنف قدس سره للمراد من الجملة التي ذكرت علة، أي قوله عليه السلام إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام - احتمالات أربعة، وستمر عليك. وهنا احتمال خامس لعله الظاهر من الخبر ذكره صاحب الجواهر قدس سره والمحقق الخراساني والمحقق الأصفهاني والمحقق الإيرواني.

وحاصله: أن المراد بالكلام الالتزام البيعي، والمراد بالمحللية والمحرمية المنسوبتين إليه محللية الإيجاب للمبيع على المشتري والضمن على البائع، ومحرمية المبيع على البائع والضمن على المشتري، وإطلاق الكلام على الالتزام شائع، مثل (كلام الليل يمحوه النهار).

فالمتحصل من الخبر: إن المشتري حيث إنه إن شاء أخذ وإن شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة، وإنما الواقع صرف المواعدة والمقاولة، فلا بأس لعدم كونه حينئذ من بيع ما ليس عنده، وهذا بخلاف ما إذا تحقق إيجاب البيع، وانطبق هذه الجملة على جوابه عليه السلام على هذا في غاية الوضوح، وعليه فهذا الخبر أجنبي عما استدل به له وهو

اعتبار اللفظ في اللزوم.

وأما الاحتمالات التي ذكرها المصنف قدس سره فشيء منها لا يخلو عن الاشكال، وهي أربعة.

{ ١ } الأول: أن يكون المراد بالكلام اللفظ، فيكون المراد انحصار المحلل والمحرم باللفظ دون القصد المجرد، ودون الفعل مع القصد.

الثاني: أن يراد بالكلام: اللفظ مع مضمونه كما في قولك: هذا الكلام صحيح أو فاسد لا مجرد اللفظ أعني الصوت ويكون المراد أن المطلب الواحد يختلف الحكم الشرعي حلا وحرمة باختلاف المضامين المؤدات بالكلام مثلا: المقصود الواحد وهو التسليط على البضع مدة معينة يتأتى بقولها ملكتك بضعي أو سلطتك عليه أو أجرتك نفسي أو أحللتها لك وبقولها تمتعت نفسي بكذا، فما عدا الأخير موجب لتحريمه والأخير محلل { ١ } وعلى هذا المعنى ورد قوله عليه السلام إنما يحرم الكلام في عدة من روايات المزارعة.

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 يسمى بذرا ولا بقرا، ولكن يقول لصاحب الأرض ازرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط ولا يسمى بذرا ولا بقرا فإنما يحرم الكلام.

ويرد عليه أمور:

منها: لزوم تخصيص الأكثر، فإن التذكية تحلل الحيوان، وذهاب الثلثين يحلل العصير المغلي بالنار، وانقلاب الخمر خلا يحلل الخمر، والحيازات تحلل الأموال، وموت المورث يحلل المال للورثة، إلى غير تلكم من الموارد. ومنها: أن لازم هذا عدم إفادة المعاطاة الإباحة ولا التملك، وهو خلاف الاجماع. ومنها: عدم انطباقه على جواب الإمام عليه السلام، فإنه في صدد بيان أن بيع ما ليس عنده فاسد، وأن مجرد المقاول لا بأس به، وعليه فالتعليل المذكور غير مربوط بهذا كما لا يخفى.

{ ١ } الثاني: أن يكون المراد أن المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الألفاظ المفيدة له، مثلا التسليط على البضع مدة معينة يتحقق بتمتع نفسي بكذا، ويكون هذا محللا له، ولا يتحقق بملكته بضعي بكذا، ويكون هذا محرما له.

ويرد عليه:

أولا: أنه لا ينطبق على المورد، فإن في المورد مضمونين أحدهما: المواعدة: وثانيهما: البيع، والإمام عليه السلام بصدد بيان أن الأول لا بأس به والثاني فيه بأس

الثالث: أن يراد بالكلام في الفقرتين الكلام الواحد ويكون تحريمه وتحليله باعتبار وجوده وعدمه فيكون وجوده محلا وعدمه محرما أو بالعكس أو باعتبار محله وغير محله، فيحل في محله ويحرم في غيره { ١ } ويحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

الرابع: أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة والمواعدة ومن الكلام المحرم إيجاب البيع وإيقاعه { ٢ } ثم إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول لأنه مع لزوم تخصيص الأكثر حيث إن ظاهره حصر أسباب التحليل والتحريم في الشريعة، في اللفظ يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جوابا عن السؤال مع كونه كالتعليل له 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 والتحريم في هذا الحكم أصلا، فكيف يعلل به

وثانيا: إن التحريم على هذا ليس مستندا إلى الكلام.

وثالثا: إن المناسب لهذا المعنى تنكير الكلام في الموردين:

{ ١ } الثالث: أن يكون المراد بالكلام في الموردين الكلام الواحد، ويكون تحليله وتحريمه باعتبار وجوده وعدمه، أو باعتبار محله وغير محله، مثل: عقد النكاح يحلل إذا كان العاقد محلا، ويحرم إذا كان محرما.

ويرد عليه: إن التحليل والتحريم باعتبار الوجود والعدم في غاية البعد، فإنه مضافا إلى أن الظاهر منه ما هو بالحمل الشائع كلام - ألا ترى أنه لم يحتمل أحد إرادة العدم في غير المقام، مثلا لم يحتمل أحد في قوله تعالى ولله على الناس حج البيت أن المراد عدم الحج - أن تقدير العدم ينافي وحدة السياق.

مع أن نسبة المحللية إلى عدم الشيء لا تصح، إذ العدم لا يؤثر في الصحة. وأما باعتبار وقوع الكلام في محله وفي غير محله فهو أيضا لا يتم، إذ الإيجاب الواقع في غير محله لا يكون محرما، لأن عدم الحلية إنما يكون لعدم حصول الإيجاب الصحيح لا لحصول الإيجاب الفاسد.

{ ٢ } الرابع: أن يراد بالكلام المحلل خصوص المقابلة، ومن الكلام المحرم إيجاب

وكذا المعنى الثاني، إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا وبآخر محرما، فتعين المعنى الثالث وهو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العين التي يريد بها الرجل لأنه بيع ما ليس عنده ولا يحلل إلا عدمه، إذ مع عدم الكلام الموجب للالتزام بالبيع، لم يحصل إلا التواعد بالمبايعة هو غير مؤثر فحاصل الرواية أن سبب التحليل والتحریم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدما ووجودا والمعنى الرابع، وهو أن المقابلة والمرضاة مع المشتري الثاني، قبل اشتراء العين محلل للمعاملة وایجاب البيع معه محرم لها وعلى كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل كما هو المقصود في مسألة المعاطاة.

نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ایجاب البيع بوجه آخر { ١ } بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو ایجاب البيع: بأن يقال أن حصر المحلل والمحرّم في الكلام لا يتأتى إلا مع انحصار ایجاب البيع في الكلام إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرّم في الكلام إلا أن يقال إن وجه انحصار ایجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم امکان المعاطاة في خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول،

البيع. وبعبارة أخرى: يكون المراد أن العبارة الواحدة يختلف حكمها باعتبار قصد الانشاء منها أو صرف المقابلة.

ويرد عليه: إن المقابلة لا تكون محللة لشيء، كما أن البيع الفاسد لا يحرم شيئا. ويمكن تصوير احتمالات آخر في الخبر، إلا أنه لا يهمننا التعرض لها، وقد عرفت أن الأظهر هو ما اخترناه تبعا للأساطين، وعليه فالخبر أجنبى عن المقام. { ١ } قوله: نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ایجاب البيع بوجه آخر. هذا لا يتم بناء على الاحتمال الذي استظهرناه.

وأما بناء على ما استظهره المصنف قدس سره من الخبر فغاية ما يمكن أن يقال في تقريب دلالة الخبر على اعتبار اللفظ في البيع: إنه حصر المحلل والمحرّم في الكلام، ولو لم ينحصر ایجاب البيع به ووقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرّم في الكلام. ولكنه غير تام، إذا الحصر على الاحتمال الرابع لوحظ بالإضافة إلى الإيجاب

فتأمل {١} وكيف كان فلا يخلو الرواية عن اشعار 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 وبعينها أرابحك فيها

كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك اشترها ولا تواجهه البيع قل إن تستوجبها أو تشريها، فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع {٢} ليس مجرد اعطاء 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 بده دوازه 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 تبعه منه بعد.

في مقابل المقابلة لا بالإضافة إلى اللفظ في قبال الفعل مثلا. وعلى الاحتمال الثالث لوحظ بالإضافة إلى وجود الايجاب في قبال عدمه، أو بالإضافة إلى وقوعه في محله في مقابل وقوعه في غير محله.

نعم لو كان للوصف مفهوم صح ما ذكر.

{١} قوله فتأمل.

لعله إشارة إلى أنه في المعاطاة لا يعتبر الاعطاء من الطرفين بل يكفي الاعطاء من طرف واحد فلو أعطى المشتري الثمن قاصدا به الاستيجاب وأخذ البايع بقصد الايجاب تحقق البيع على كلام يأتي.

أو إلى أنه لا دلالة في الخبر على عدم كون المبيع عنده خارجا بل ظاهر قوله اشتر لي هذا الثوب هو حضور الثوب عندهما.

{٢} قوله فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد اعطاء العين.

الانصاف أنه لا اشعار في شيء من هذه النصوص (١) بذلك فضلا عن الظهور. فتحصل: إن الأظهر بحسب الأدلة أن المعاطاة تفيد الملك وتكون لازمة.

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

وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع { ١ } بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد أنه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة في النهاية ودل على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى: (أحل الله البيع). وأما على القول بإفادتها للإباحة فالظاهر أنه بيع عرفي لم يؤثر شرعا إلا الإباحة فنفي البيع عنها في كلامهم ومعاقدهم 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 اشكال 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 وحيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته 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. وأما على المختار من أن الكلام فيما قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع { ٢ } مطلقا أم لا، كذلك أم يبتنى على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلا الإباحة وجوه.

اعتبار شرائط البيع فيها

{ ١ } قوله الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع. هذا هو التنبيه الأول من التنبيهات التي يتعرض لها المصنف. وهو أن المعاطاة هل هي بيع يترتب عليه جميع أحكام البيع أم لا، أم هناك تفصيل بين المسالك.

وحق القول في المقام يقتضي البحث في موارد: { ١ } الأول: في أنه هل يعتبر في المعاطاة شروط البيع كمعلومية العوضين ووجوب

يشهد للأول: كونها بيعا عرفا فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه في البيع { ١ }

التقابض في الصرف والسلم وغيرهما، وهل تلحقها أحكامه ككون تلف المبيع قبل القبض من مال بئعه أم لا؟
الثاني: في أنه هل يجري فيها الربا أم لا.
الثالث: في جريان الخيار فيها.

أما الأول: فإن قلنا إن المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة للملك ولا تكون بيعا، فإن كان دليل امضائها مما له اطلاق ك (أوفوا بالعقود) (١). ونحو ذلك.
فالأظهر عدم اعتبار شيء من الشرائط فيها، إذ تلك شرائط للبيع على الفرض، والمعاطاة ليست بيعا، ومقتضى اطلاق ذلك الدليل عدم اعتبارها فيها بناء على ما عرفت من صحة التمسك باطلاق أدلة المعاملات لنفي اعتبار ما شك في اعتباره في الأسباب وإن كانت ألفاظها أسامي للمسببات.

وإن كان دليل امضائها السيرة التي ليس لها اطلاق، فإن فرضت على عدم أخذ ذلك الشيء في مقام التعاطي فعدم الاعتبار واضح، وإن لم يثبت ذلك فلا بد من رعايتها لقصور الدليل اللبي، والأصل يقتضي عدم ترتب الأثر عليها عند فقدانها.
وبه يظهر حال المعاطاة المقصود بها الإباحة.

وأما إن لم نقل بأنها معاوضة مستقلة وقصد بها الملكية، فتارة: نقول إنها تفيد الملك اللازم، وأخرى: نقول إنها تفيد الملك الجائز، وثالثة: نقول إنها تفيد الإباحة.
{ ١ } فإن قلنا إنها تفيد الملك اللازم فالأظهر اعتبار جميع الشروط فيها ولحوق جميع أحكامه لها، وذلك لأن دليل اعتبار ذلك الشرط إن كان له اطلاق يدل على اعتباره في البيع الشرعي مطلقا فالأمر واضح لأنها بيع، وإن لم يكن له اطلاق - كما إذا ثبت شرطية شيء للبيع بالاجماع.

فقد يتوهم أنه من جهة ذهاب جمع من المجمعين إلى عدم كون المعاطاة بيعا

(١) المائدة، ٢.

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 العامة والخاصة فما انتفي 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 استكمل شروط البيع

لا يكون اجماع على اعتباره في المعاطاة، فلا وجه لاعتباره فيها. ولكنه توهم فاسد، فإنه فرق بين موارد التخصيص والتخصص. توضيح ذلك: أنه تارة: ينعقد الاجماع على وجوب اكرام العلماء، ولكن المجمعين مع بنائهم على أن النحويين من العلماء ذهبوا - أو جمع منهم - إلى عدم وجوب اكرامهم. وفي هذا المورد يؤخذ بالمتيقن ويحكم بعدم وجوب اكرام النحويين واختصاص الاجماع بغيرهم. وأخرى: ينعقد على وجوب اكرام كل عالم، إلا أن جماعة منهم ذهبوا إلى عدم وجوب اكرام النحويين لبنائهم على أنهم ليسوا بعلماء. فمثل هذا الاجماع لا يؤخذ منه بالقدر المتيقن، فلو كان النحوي عندنا من العلماء نحكم بوجوب اكرامه. والمقام من قبيل الثاني، إذ من يقول بعدم اعتبار ذلك الشرط في المعاطاة إنما يقول به لأجل أنه لا يراها بيعا، وعليه فلا وجه للأخذ بالمتيقن من الاجماع. وبالجملة: فتاوى العلماء من قبيل النص إنما يرجع إليها في تعيين الحكم الكلي، وأما صدق الموضوع على فرد وعدمه فلا بد فيه من التماس وجه آخر. ولا فرق فيما ذكرناه بين كون مدرك إفادة المعاطاة الملك وال لزوم هي أدلة امضاء البيع أم كان هي السيرة. وعن المحقق الأصفهاني قدس سره: إنه إن كان دليل نفوذ المعاطاة هي السيرة وقد فرضت

غير الصيغة المخصوصة، وأنها تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض، ومقابل المشهور في كلامه قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.

على عدم أخذ ذلك الشيء - الذي دل النص مثلا على اعتباره في البيع الشرعي مطلقا في مقام التعاطي - كانت مخصصة لدليل اعتبار الشرط ودالة على اختصاصه بالقولي. وفيه: إن المراد بهذه السيرة إن كان هي السيرة العقلائية فلا يعقل كونها مخصصة لدليل اعتبار ذلك الشرط، فإن ذلك الدليل إنما يدل على دخله في البيع الشرعي - كما سيمر عليك - فلا محالة لا بد من تقديمه على السيرة على عدم أخذه في البيع العرفي كما لا يخفى.

وإن أريد بها سيرة المتشعبة المستمرة كان ما ذكر تاما - إن ثبتت - لكن دون اثباتها خرط القتاد.

فالأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على هذا المسلك ولحوق جميع أحكامه لها. وإن قلنا: إنها تفيد الملك الجائز، ففيها أقوال ووجوه:

أحدها: اعتبار جميع شرائط البيع فيها.

الثاني: عدم اعتبار شئ منها فيها.

الثالث: التفصيل بين الشرائط التي ثبت اعتبارها بالنص فتعتبر فيها، وما ثبت

اعتباره فيها بالاجماع فلا يعتبر.

الرابع: التفصيل بين أن يكون دليل نفوذ المعاطاة الأدلة اللفظية فتعتبر فيها شرائط البيع.

وبين أن يكون دليل النفوذ السيرة فلا تعتبر فيها.

والأظهر هو الأول، لأن الأدلة الدالة على اعتبار الشرائط في البيع تدل على اعتبارها في كل ما يصدق عليه البيع سواء أكانت من الأدلة اللفظية أو اللبية، والمعاطاة بيع على الفرض.

ويشهد للثاني: إن البيع في النص والفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم { ١ }
وثبت له الخيار في قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا ونحوه. أما على القول
بالإباحة فواضح لأن المعاطاة ليست على هذا القول بيعا في نظر الشارع
والمتشعبة إذ لا نقل فيه عند الشارع فإذا ثبت اطلاق الشارع عليه في مقام
فنحمله على الجري على ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النقل في نظرهم.
وقد تقدم سابقا في تصحيح دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعا، بيان
ذلك: وأما على القول بالملك فلأن المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم في
قولهم البيعان بالخيار وقولهم إن الأصل في البيع اللزوم، والخيار إنما ثبت للدليل
وأن البيع بقول مطلق من العقود اللازمة وقولهم البيع هو العقد الدال على كذا ونحو
ذلك.

وبالجملة فلا يبقى للمتأمل شك في أن اطلاق البيع في النص والفتوى يراد
به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل،

{ ١ } واستدل للثاني في المتن: بأن البيع إذا وقع موضوعا في النص والفتوى
للأحكام ظاهر فيما حكم فيه باللزوم والمعاملة اللازمة من غير جهة الخيار، ولذا قالوا:
البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وقالوا: الأصل في البيع اللزوم والخيار إنما ثبت للدليل، وقالوا:
أن البيع من العقود اللازمة.

وبالجملة: البيع في النصوص وكلمات العلماء ظاهر فيما كان مبنيا على اللزوم
الذي لو ثبت فيه الجواز كان جوازا حقيقيا والمعاطاة وإن كانت بيعا إلا أنها محكمة
بالجواز

الحكمي، فلا تشملها أدلة الشرائط.

وفيه: أولا: إن اللزوم والجواز على ما اعترف به سابقا من أحكام السبب لا من
خصوصيات المسبب، والبيع اسم للمسبب، فلا مورد لدعوى انصراف البيع إلى البيع
اللازم.

وثانيا: أنه لو سلم كون البيع قسمين: لازما وجائزا، ولكن لا وجه لدعوى
الانصراف إلى اللازم، لأن الغالب تحقق البيع بالتعاطي، وعلى فرض التنزل لا غلبة
للقولي، مضافا إلى أن الغلبة لا تكون منشأ لانصراف.

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 يفتد عند الشارع إلا الإباحة وبين ما ثبت بالاجماع على اعتباره في البيع بناء على انصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم { ١ } والاحتمال الأول لا يخلو عن قوة لكونها بيعا ظاهرا على القول بالملك، كما عرفت من جامع المقاصد.

وبالجملة: بعد ما لا شبهة في أن صدق البيع على المعاطاة ليس ضعيفا بحيث تكون خارجة عن حقيقة البيع عند العرف، فلا مورد لدعوى الانصراف. { ١ } واستدل للثالث: بأن الانصراف المزبور إنما هو في كلمات العلماء، ولا يكون في الأخبار، وعليه فما ثبت اعتباره بالأخبار يكون معتبرا في المعاطاة، وما ثبت اعتباره بالاجماع فهو لانصرافه عندهم إلى البيع القولي لا يكون معتبرا فيها. وبأنه لا بد من الأخذ في الأدلة اللبية بالمتيقن، وهو يقتضي الاختصاص لتصريح جماعة منهم بعدم الاعتبار في المعاطاة، وهذا بخلاف الدليل اللفظي. وفيهما نظر.

أما الأول: فلما تقدم من منع الانصراف.
وأما الثاني: فلما مر من أن الأخذ بالمتيقن إنما هو في مورد التخصيص لا التخصص، والمقام من قبيل الثاني، فراجع.
واستدل للرابع: بما تقدم هو وجوابه في المورد الأول، أي بناء على القول بإفادة المعاطاة الملك اللازم. فراجع.
فالأظهر اعتبار جميع الشرائط في المعاطاة بناء على إفادتها الملك مطلقا. وإن قلنا: بأنها تفيد الإباحة الشرعية، فقد استدل لاعتبار الشرائط فيها بوجهين: الأول: إنها بيع عرفي وإن لم تفتد شرعا إلا الإباحة ومورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع العرفي.

وأما على القول بالإباحة: فلأنها لم يثبت إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضا { ١ } ثم إنه حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد أنه بعد ما منع من اخراج 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 عقدا، وكذا جهالة الأجل، وأنه لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن، انتهى. وحكى عنه في باب الصرف أيضا أنه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقدين. أقول: حكمه قدس سره بعدم جواز اخراج 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 معللا بأن المعاطاة ليست عقدا، يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك

{ ١ } الثاني: إن الأصل في المعاطاة على القول بعدم الملك الفساد، وعدم تأثيره شيئا، خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم - وهو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة - وبقي الباقي. وفيهما نظر.

أما الأول، فلأنه فرق بين دليل امضاء البيع ودليل اعتبار شيء فيه، والأول لا بد وأن يكون موضوعه البيع العرفي لأنه القابل للامضاء، والثاني لا يعقل أن يكون موضوعه ذلك، بل لا بد وأن يكون البيع الشرعي، إذ هو المشروط بنظره بشيء أما البيع العرفي فلا يعقل إناطته بشيء من ما اعتبره، إذ اعتبار شخص كيف يعقل أن يكون منوطا بنظر شخص آخر.

وأما الثاني: فلأن دليل امضاء المعاطاة - كان هو الدليل اللفظي أو السيرة - يكون عاما شاملا للفاقد لتلك الشرائط كما تقدم. وبهذا ظهر مدرك القول بعدم اعتبارها فيها، ويأتي فيه التفصيلان المتقدمان مع جوابهما.

والأظهر اعتبارها فيها على هذا المسلك أيضا لما تقدم من أن المعاطاة على هذا المسلك أيضا بيع شرعي، غاية الأمر تأثيرها في حصول الملك مشروط بالتصرف

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 شرعا إلا الإباحة ومورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب، ولما عرفت من أن الأصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك: الفساد وعدم تأثيره شيئا 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 فيه أيضا { ١ } وإن خصصنا الحكم بالبيع.

المتوقف على الملك، والتصرف نظير القبض المشروط بيع الصرف به، وقد تقدم توجيه ذلك، وعليه فيعتبر فيها كل ما هو من شرائط البيع. فتحصل: إن الأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على جميع هذه المسالك الثلاثة. جريان الربا في المعاطاة

المورد الثاني: في جريان الربا فيها وعدمه قال المصنف. { ١ } وبما ذكرناه ظهر وجه تحريم الربا فيه أيضا.

وملخص القول فيه أنه تارة: نقول بجريان الربا في كل معاوضة وإن لم تكن بيعا كما هو الأظهر والمشهور. لعموم الآية الشريفة وحرم الربوا (١) فإن الربا هي الزيادة في أحد العوضين - المتجانسين، ولخصوص الأخبار الدالة على اشتراط المثلية في المعاوضة مع اتحاد الجنس كقوله عليه السلام في صحيح الحلبي: الفضة بالفضة مثلا بمثل، والذهب بالذهب مثلا بمثل، ليس فيه زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار (٢). وفي صحيح أبي بصير: الحنطة والشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر (٣).

(١) البقرة، آية ٢٧٥.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب الصرف حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٨ من أبواب الربا حديث ٣.

بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك { ١ } لأنها معاوضة عرفية وإن لم يفد الملك، بل معاوضة شرعية اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي حيث قال إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة، انتهى. ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك فلا يبعد أيضا جريان الربا { ٢ } لكونها معاوضة عرفا، فتأمل.

وفي حديث آخر: الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلا بمثل لا بأس به ونحوهما غيرهما.

وأخرى: نقول إنه مختص بالبيع كما عن الحلبي والعلامة رحمهما الله. فعلى الأول يجري الربا في المعاطاة، كانت معاوضة مستقلة أم كانت بيعا مفيدة للملك اللازم أو الجائز أو الإباحة، أما على الثلاثة الأول فواضح، وأما على الأخير فلما تقدم من أنها مفيدة للملك، غاية الأمر مشروطة بشرط متأخر. نعم، إذا كان المقصود بها الإباحة لا يجري فيها الربا، لأنه مختص بالمعاوضات الناقلة للملك.

وعلى الثاني لا يجري فيها إذا كانت معاوضة مستقلة أو قصد بها الإباحة. { ١ } قوله بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يريها مفيدة للملك. إن كان مراده أنه كذلك على التخصيص وهو وإن كان يلائم مع ما ذكره بقوله وبما ذكرناه يظهر وجه تحريم الربا فإن علته حينئذ هي كونها بيعا عرفيا. لكن يرد عليه أن التعليل لذلك بقوله لأنها معاوضة عرفية وإن لم تفد الملك - لا يصح.

وإن كان مراده أنه كذلك على التعميم. فيرد عليه أن الربا مختص بالمعاوضات المفيدة للملك - فمع فرض عدم إفادتها له لا يجري فيها الربا - إلا بناء على ما ذكره سابقا من أنها بيع عرفا بالتقريب المتقدم وعليه فلا بد من التعليل بذلك لا بأنها معاوضة.

{ ٢ } قوله فلا يبعد أيضا جريان الربا. بل هو بعيد كان الربا مختصا بالبيع أو عاما لكل معاوضة أما على الأول فواضح فإنها حينئذ ليست بيعا عرفيا ولا شرعيا. وأما على الثاني فلأنه مختص بالمعاوضة الملكية ولعله إلى ذلك أشار بقوله فتأمل.

وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم { ١ } فيمكن نفيه على المشهور لأنها إباحة عندهم فلا معنى للخيار، وإن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم كما سيأتي عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة { ٢ } إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم وعلى هذا فيصح إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم، ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا يجري لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار وبين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الرد دون الأرش، فيجري لعموم أدلتها.

وأما حكم الخيار بعد اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات.

جريان الخيارات فيها

{ ١ } قوله وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم. هذا هو المورد الثالث: وهو في جريان الخيارات فيها. فإن قلنا: إنها معاوضة مستقلة، فالخيارات المختصة بالبيع لا تجري فيها لعدم كونها بيعاً، وما لا يختص بالبيع يجري فيها، وهذا واضح. وإن قلنا: إنها بيع، فبناءً على إفادتها الملك اللازم تجري جميع الخيارات فيها. وأما بناءً على إفادتها الملك الجائر، فقال المصنف قدس سره.

{ ٢ } فيمكن القول بثبوت الخيار فيها مطلقاً بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم، كما سيأتي عند تعرض الملزمات، فالخيار موجود من زمان المعاطاة. ويرد عليه: إنها إن كانت بيعاً فهي بيع قبل اللزوم، إذ اللزوم لا يصيرها بيعاً. وقد يقال: إنه بناءً على هذا المسلك لا معنى لثبوت الخيار فيها قبل اللزوم لكونه تحصيلاً للحاصل، ويلزم منه اجتماع المثليين، واللغوية لفرض كونها جائزة. ويرد عليه: أولاً: إن جوازها حكمي، والخيار جواز حقي، والأول لا يجوز إسقاطه ونقله، ولا يورث بالموت، والثاني يجوز إسقاطه ونقله ويورث بالموت، فلا يلزم من ثبوته المحاذير المذكورة.

الأمر الثاني: إن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين { ١ } فالملك أو الإباحة في كل منهما بالاعطاء

وثانيا: لو سلمنا كون جوازه أيضا حقيقيا، يمكن الجواب عنه بما أجاب به المصنف قدس سره في الخيارات فيما إذا اجتمع سببان من الخيار ككون المبيع حيوانا ومعيبا، وهو: إن الخيار وجواز الفسخ واحد وله أسباب متعددة، ولو أسقط ذو الخيار أحدهما يكون الآخر باقيا.

وبعبارة أخرى: يكون الجواز واحدا وله علل متعددة، ولا محالة عند اجتماعها يستند المعلول إلى مجموعها، ولو انعدم أحد العلل يكون المعلول باقيا لبقاء علته ومستندا إلى الباقي من العلل.

وثالثا: إن الجواز الأصلي متعلق بالتراد لا بفسخ المعاملة، والخيار إنما هو ملك فسخ العقد، فمع عدم الخيار لو قال فسخت المعاملة تكون باقية بخلاف ما إذا ثبت الخيار.

فالأظهر جريانها فيها على هذا المسلك أيضا.

وأما بناء على إفادتها الإباحة، فحيث عرفت أنها بيع، غاية الأمر حصول الملكية يكون مشروطا بالتلف أو بالتصرف المتوقع على الملك، فتجري فيها الخيارات، وما في المتن من أنه لا معنى للخيار مما لا وجه له.

نعم لو قصد بالمعاطاة الإباحة لا تجري فيها الخيارات، أما الخيارات المختصة بالبيع فواضح، وأما الخيارات التي أدلتها تعميم غير البيع فلأنه ليس هناك سبب معاملي يمكن حله وإزالته.

بيان مورد المعاطاة

{ ١ } قوله الأمر الثاني إن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين.

هذا الأمر: في بيان المراد من المعاطاة وموردها.

وملخص القول فيه: إن الصور المتصورة خمس:

فلو حصل الاعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة ولا الإباحة رأساً لأن كلا منهما ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحتها. إلا أن الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين تبعاً للشهيد في الدروس جعله من المعاطة { ١ } ولا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطة لكن هذا لا يقدر في جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلي فيكون قبض أحد العوضين من مالكه تملكاً له بعوض، أو مبيحاً 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 للثمن به فيحصل الإيجاب والقبول الفعلين بفعل واحد في زمان واحد ثم صحة هذا على القول بكون المعاطة بيعاً مملوكاً واضحة، إذ يدل عليها ما دل على صحة المعاطة 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

الأولى التعاطي من الطرفين وهو المتيقن، والفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطة، ولكن لا بد وأن يعلم أن المقصود بالتعاطي إن كان هي المبادلة والمعاوضة لا يتوقف تحققها على العطاء من الجانبين بل هي تتم بالعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر، فإن المعطي ينشأ البيع باعطائه، والآخذ يقبله بأخذه، فالعطاء من جانب القابل لا محالة يكون بعنوان الوفاء لما التزم به في أخذه، بل لو لم يكن منشئاً للقبول بأخذه كانت المعاملة

فاسدة، فإن العطاءين المقصود بهما التمليك والمعاوضة من قبيل الإيجابين الصادرين من الطرفين، ولا تتحقق بهما المعاملة. نعم إذا قصد بهما الإباحة تتحقق لعدم كونها حينئذ معاملة، وإن كان داعي كل منهما للإباحة إباحة صاحبه.

{ ١ } الصورة الثانية: الاعطاء من جانب واحد والأخذ من الطرف الآخر، وهذا وإن لم يصدق عليه عنوان المعاطة حقيقة، إلا أن هذا العنوان لم يرد في آية ولا رواية كي يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه، والمراد بها في كلمات العلماء: ما يشمل الاعطاء من جانب، ولذا تراهم يعنونون جريان المعاطة في الهبة، مع أنه ليس في ذلك الباب إلا الاعطاء والأخذ. وعليه: فلا بد من ملاحظة الأدلة، وقد عرفت أنه في موارد

على المعاطاة الحقيقية، وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن وأخذ المثلث من غير صدق اعطاء أصلاً { ١ } فضلاً عن التعاطي كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلوس في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، وكذا غير الماء من المحقرات كالخضرىات ونحوها، ومن هذا القبيل دخول الحمام ووضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته. فالمعيار في المعاطاة: وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا بالتصرف. ويظهر ذلك من المحقق الأردبيلي رحمه الله أيضاً في مسألة المعاطاة وسيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله

التعاطي أيضاً يكون انشاء البيع بالاعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر، ويكون اعطاء الأخذ وفاء لما التزم به، فنفس ما هو موضوع للحكم في المورد واحد، فلا وجه لدعوى عدم شمول الأدلة للمورد الثاني. الصورة الثالثة: ما إذا لم يكن هناك اعطاء أصلاً، بل كان ايصال ووصول، كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء، ووضع الفلوس في المكان المعد له، إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، وكذا غير الماء من المحقرات كالخضرىات. { ١ } وأي هذه نظر المصنف بقوله وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن. ولو فرضنا تحقق سائر شرائط البيع من معلومية العوضين وغيرهما - كما هو المفروض في هذا المقام - تصحيح البيع في المقام يتوقف على أحد أمور: أما كون السقاء مثلاً قاصداً بوضع الماء تمليك كل من شرب الماء بإزاء ما تعارف فيه من العوض، وأن صاحب البقل قصد تمليك كل من أخذ البقل بوضعه في ذلك المكان بعوضه المتعارف، وهكذا. وأما كون وضع المال في المحل الخاص في الأمثلة توكيلاً للأخذ في البيع، فيكون هو متصدياً لطرفي العقد. وأما كون وضع الدراهم في كوز السقاء وأخذ الماء منه انشاءً للبيع من الطرفين، والسقاء بعد اطلاعه عليه يجيز هذه المعاملة برضائه بها. والظاهر أن شيئاً منها ليس في المعاملات الخارجية. أما الأول: فلعدم تمليك صاحب المال بالنحو المذكور، مع أنه يلزم منه الفصل بين الايجاب والقبول، وسيأتي اعتبار عدمه فتأمل.

ثم إنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاوضة أمكن خلو المعاوضة من الاعطاء والايصال رأسا فيتقاولان على مبادلة شئ بشئ من غير ايصال { ١ } ولا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك. وأما على القول بالإباحة فالاشكال المتقدم هنا أكد.

وأما الثاني: فلعدم توكيل المالك شخصا معيناً ولا جميع الأشخاص، بل عدم توجهه إلى ذلك، كما أن الأخذ لا يكون قاصداً للإيجاب والقبول. وأما الثالث: فلعدم قصد الأخذ بالنحو المذكور، مضافاً إلى أن بناء المتشعبة على التصرف في المأخوذ مع عدم احراز الإجازة، بل وعدم إجازة صاحب المال. فالأظهر أنه في هذه الموارد إباحة بالعوض، والدليل على نفوذها وصحتها هي السيرة. وبعبارة أخرى: يكون تصرفاً بالرضا وإذناً في الاتلاف بالعوض المسمى، ودليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع. الصورة الرابعة: ما إذا لم يكن ايصال أيضاً، بل كانت نتيجته كما إذا كان المالان عندهما بسبق أمانة أو اشتباه أو غير ذلك فقصد البيع والتبديل بلا فعل من كل منهما، بل قصده بالبقاء، والظاهر أنه لا يتحقق البيع لعدم وجود قول أو فعل كاشف عن قصد المعاملة ومجرد القصد لا يكفي، اللهم إلا أن يقال إن ابقاء كل منهما ما له تحت يد صاحبه

وامساكه ماله فعلان اختياريان، فيمكن انشاء البيع بهما. { ١ } هذه هي الصورة الخامسة: وهي أن ينشأ البيع باللفظ غير المعبر في العقد، أي اللفظ غير الصحيح، كما في الانشاء باللفظ المتعارف استعماله في مقام المقاوله، والظاهر عدم انعقاد البيع، فإن البيع الممضى بعد ما لم يكن مجرد القصد الساذج، واعتبرنا إظهاره بفعل أو قول، فلا بد وأن يكون باللفظ أو الفعل الذي له مظهرية لذلك المعنى في نفسه، ولا

ينعقد بكل فعل أو لفظ. فتأمل هذا على القول بالملك. وأما على القول بالإباحة التعبدية الشرعية فالأمر أوضح لعدم احراز السيرة على مثله ليحكم عليه بالإباحة نعم بناء على الإباحة المالكية لا اشكال في ثبوتها به لأن المناط فيها احراز الرضا.

الثالث: تمييز البائع من المشتري في المعاوضة الفعلية مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم والديناري والفلوس المسكوكة واضح { ١ } فإن صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف.

تمييز البائع عن المشتري
{ ١ } الأمر الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاوضة، مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم وما شاكل واضح.
إنما الكلام فيما لو كان العوضان من غيره.
وتنقيح القول بالبحث في موردين:
أحدهما: فيما هو الحق.

ثانيهما: فيما أفاده المصنف وسائر الأساطين، وما يرد عليهم.
أما المورد الأول: فلتوضيح المطلب لا بد من تقديم مقدمة، وهي:
إن المعاملة البيعية وسائر المعاملات حتى الهبة إنما تكون متقومة بأمرين: تملك من طرف، ومطاوعة وقبول من الآخر، ولو كان هناك تملك بلا قبول كانا إيجابين ولم ينطبق عليهما عنوان البيع ولا غيره من عناوين المعاملات.
إذا عرفت هذه المقدمة، فاعلم: إنه في مقام الثبوت كل من ملك ماله بعوض هو البائع، وطرفه القابل هو المشتري، من غير فرق بين المعاملة الفعلية والقولية، ومن غير فرق بين الأثمان والعروض.

وأما في مقام الإثبات ففي المعاملة الفعلية لا محالة يكون المعطي ماله أولا هو البائع لأنه يملك ماله بعوض، اللهم إلا أن يكون قصده من الاعطاء كونه أمانة عند صاحبه إلى ما بعد المعاملة فيكون في الحقيقة اقباضا للعوض قبل البيع، ولا يتصور في اعطاء المعطي الأول غير ذلك، فإنه لا يمكن أن يكون قبولا مقدما بأن ينشأ به تملك مال صاحبه، وهذا بخلاف المعاملة اللفظية فإنه يتصور فيه ذلك.
ولو كان الاعطاء من الطرفين في آن واحد.

وأما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضية { ١ } فإذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصدا أن هذا المقدار من الحنطة يسوى درهما هو ثمن اللحم فيصدق عرفا أنه اشترى اللحم بالحنطة وإذا انعكس الصديق فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدينار هو الثمن وصاحبه هو المشتري ولو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلا عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضية أو لو حظ القيمة في كليهما بأن لو حظ كون المقدار من اللحم بدرهم وذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق ومقابلة تدل على كون أحدهما بالخصوص بائعا، ففي كونه يبيعا وشراء

فإن قصد كل منهما باعطائه التمليك لم يكن يبيعا، بل لا يكون صلحا ولا معاملة مستقلة.

أما عدم كونه صلحا فلأنه في الصلح أيضا يعتبر انشاء المسالمة من طرف والقبول من آخر.

وأما عدم كونها معاملة مستقلة فلأن دليل امضاء المعاوضات إما السيرة أو آية أوفوا بالعقود (١) أو آية تجارة عن تراض. (٢) وشئ منها لا يصلح لاثبات صحة هذه المعاملة.

أما الأولى: فلأن عدم قيامها على مثل هذه المعاملة واضح.

وأما الثانية: فلعدم كون الايجابين عقدا الذي حقيقته الربط بين شيئين كما تقدم.

وأما الثالثة: فلعدم صدق التجارة عن تراض عليهما كما لا يخفى.

وإن شئت قلت: إنه لا دليل على امضاء الشارع غير ما هو من العقود المتعارفة، وهذه ليست منها.

{ ١ } والمصنف قدس سره في مقام التمييز ذكر أنه إذا كان أحد العوضين مما تعارف جعله

ثمنا كالدراهم كان صاحب الثمن هو المشتري، وإن كانا من غير ذلك فإن قصد بأحدهما قيامه مقام الثمن في العوضية كان صاحبه المشتري، وإلا ففيه احتمالات:

(١) المائدة، آية ٢.

(٢) النساء، آية ٢٩.

بالنسبة إلى كل منهما، بناء على أن البيع لغة كما عرفت مبادلة مال بمال والاشتراء ترك شيء والأخذ بغيره { ١ } كما عن بعض أهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم: أنه باعه بحنطة وأنه أشتري الحنطة فيحنت لو حلف على عدم بيع اللحم، وعدم شراء الحنطة. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع ولا المشتري لانصرافهما { ٢ } في أدلة الأحكام إلى من اختص بصفة البيع أو الشراء، فلا يعم من كان في معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين أو كونه يباعا بالنسبة إلى من يعطي أو لا لصدق الموجب عليه وشراء بالنسبة إلى الآخذ لكونه قابلا عرفا

منها: كون كل منهما بائعا ومشتريا.

ومنها: كون المعطي أولا هو البائع، والآخر مشتريا.

ومنها: كون ذلك مصالحة أو معاوضة مستقلة. ثم اختار قدس سره الثاني.

وفيه: - مضافا إلى أن لازم ما أفاده قدس سره كون كل من المتبايعين في بيع الصرف مشتريا، ومضافا إلى أنه لم يظهر المراد من قصد قيام أحد العوضين مقام الثمن في العوضية، فإن كان المراد أن يلاحظ قيمته ومقدار تموله من النقود فهذا أمر موجود في كل منهما في غالب البيوع، وإن أراد به المعاملة عليه بالدراهم ثم جعل الدراهم عوضا فهو بديهي الفساد، وإن أراد غير ذلك فالعبارة غير وافية به.

إن ما ذكره قدس سره لو تم فإنما هو في مقام الاشتباه في مقام الاثبات، ولا يفيد في مقام الثبوت.

{ ١ } وفيه أن هذا لازم للاشتراء، وإلا فهو قبول الشراء والبيع.

مع أنه يلزم صدق المشتري على كل منهما في جميع الموارد.

{ ٢ } وفيه أنه لو سلم اختصاص كل منهما بحكم مع أنه ممنوع كما ستعرف دعوى

الانصراف لا تسمع.

ومن الغريب في هذا المقام، ما أفاده المحقق النائيني قدس سره وهو:

إنه لو وقع التبديل بين العروضين بالاعطاء من الطرفين دفعة واحدة ولم يقصد

بأحدهما القيام مقام الثمن ولم يكن بسبق مقابلة، كان أحدهما لا على التعيين بائعا

والآخر مشتريا من دون امتياز بينهما واقعا، إذ هناك معاملة قائمة، بصرف الوجود من

تبديل أحدهما وقبول الآخر، وصرف الوجود يتحقق بأحدهما من دون تمييز بينهما حتى

واقعا لعدم خصوصية في أحدهما دون الآخر.

أو كونها معاطاة مصالحة لأنها بمعنى التسالم على شئ ولذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي: على الصلح أو كونها معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه لا يخلو ثانيها عن قوة لصدق تعريف البائع لغة وعرفا على الدافع دون الآخر وصدق المشتري على الأخذ أولا دون الآخر فتدبر.

الرابع: أن أصل المعاطاة وهي اعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه: { ١ }

فإنه يرد عليه: إنه لا يعقل تحقق شئ في عالم العين وعدم تعيينه واقعا، إذ المردد لا ماهية له ولا وجود فإن كان البيع انشاءا للتبديل والاشتراء قبولا لذلك كما اعترف به، فإن أنشأ في المعاملة المفروضة أحدهما وقبل الآخر فالمنشئ بائع والقابل مشتر، وإن قصدا معا الانشاء فحيث لا يعقل وقوعهما معا - وكونهما بيعا كما اعترف به وكون أحدهما

المعين بيعا والآخر اشتراءا ترجيح بلا مرجح، وأحدهما لا بعينه لا وجود له - فلا مناص عن البناء على البطلان.

وأما ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره في هذا المقام بما حاصله: إن البائع هو من بذل خصوصيات ماله وأغمض النظر عنها ولكن أمسك على ماليته بأخذ البديل، وفي ذلك لا نظر له إلا إلى حفظ تموله، وأما المشتري فهو بعكس ذلك يقال لكل من رغب في خصوصيات الأعيان التي يتلقاها من المأكولات وغيرها، وإذا كانت خصوصيات العين مرغوبة لكل من الجانبين كما في تبديل كتاب بكتاب لم يكن ذلك بيعا بل معاوضة مستقلة.

فيرد عليه: - مضافا إلى أن لازم ما ذكره عدم كون بيع الأجناس بالتاجر الذي غرضه من المعاملة حفظ تموله وازدياده بيعا - أن ما ذكر لا شاهد له من العرف ولا من الشرع، ولم يعتبر أحد في البيع ذلك. فالصحيح ما ذكرناه.

أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين

{ ١ } الأمر الرابع: قال المصنف: إن أصل المعاطاة - وهي اعطاء كل منهما الآخر ماله - يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه، ثم ذكر وجوها أربعة.

وأورد عليه السيد في الحاشية: بأن الوجوه والأقسام أزيد مما ذكره فإنه:

أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر { ١ } فيكون الآخر في أخذه قابلا ومتملكا بإزاء ما يدفعه فلا يكون في دفعه العوض انشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه فيكون الايجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها فدفع العين الثاني خارج عن حقيقة المعاطاة فلو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة وبهذا الوجه صححنا سابقا عدم توقف المعاطاة على قبض كلا العوضين فيكون اطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين. ومثله في هذا الاطلاق لفظ المصالحة والمساقات والمزارعة والمؤاجرة وغيرها وبهذا الاطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن والقرض والهبة وربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن عطاء وفي صحته تأمل.

منها ما إذا كانت المقابلة بين المالكين مع كون القبول بالاعطاء. ومنها: ما إذا كانت المقابلة بين المال والتمليك، أو بين التملك والمال، وكذلك في طرف الإباحة. ومنها: غير ذلك.

وفيه: إن غرض المصنف قدس سره من التعرض لهذا التنبيه هو بيان الصور التي فيها اشكال وكلام، ومورد للنقض والابرام، والصور التي هذه حالها منحصرة في أربع عنده، إذ الاشكال في الصورة الأولى إنما هو من ناحية عدم صدق المعاطاة، وفي الثانية من جهة عدم صدق البيع، وفي الثالثة والرابعة بما ذكره قدس سره مفصلا - وسيأتي -، وأما باقي الصور

فكانت عنده خالية عن الاشكال والكلام فلم يتعرض لها. ولكن الأولى إضافة صورة أخرى إليها، وهي المبادلة بين المال والتمليك، فإنها أيضا وقعت محل الكلام والاشكال.

وكيف كان: فأحد الوجوه الأربعة التي ذكرها: { ١ } أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في أخذه قابلا ومتملكا بإزاء ما يدفعه

ثانيها: أن يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه. فيكون تملك بإزاء تملك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين، والمعاملة متقومة بالعتاء من الطرفين { ١ } فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاظة، وهذا بعيد عن معنى البيع وقريب إلى الهبة المعوضة لكون كل من المالكين خاليا عن العوض، لكن اجراء 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 فالأولى أن يقال إنها مصالحة وتسلم على أمر معين أو معاوضة مستقلة.

{ ١ } ثانيها: أن يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه فيكون تملك بإزاء تملك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين، والمعاملة متقومة بالعتاء من الطرفين.

الكلام في هذا الوجه يقع في موارد ثلاثة:

الأول في معقوليته، والأظهر عدمها، فإنه إن أريد به تعليق التملك على تملك الآخر فهو هبة معلقة، وإن أريد به اشتراط التملك بالتملك الآخر فهو هبة مشروطة، وإن أريد به كون أحد التملكين معوضا والآخر عوضا، كما هو ظاهر المتن - فحيث إن صيرورة التملك معوضا إنما تحتاج إلى انشاء وجعل متعلق بذلك، والتملك، أي انشاء الملكية: إنما هو جعل لذلك نفسه لا جعل لمعوضيته، فلا يعقل أن يكون تملك الآخر عوضا عن هذا التملك، إذ عوضيته إما أن تكون بنفسه أو بجعل الملكية وانشائها، أو بجعل آخر، والأول غير معقول وهو واضح، وكذلك الثاني، فإن كونه معوضا يحتاج إلى جعل آخر متعلق به، والثالث مفروض العدم، فالتملك بإزاء التملك مما لا أتعلقه. الثاني: إنه على فرض معقوليته هل يمكن أن يكون القبول بالأخذ أم لا يمكن إلا أن يكون بالتملك الثاني؟ صريح المتن هو الثاني. وأورد عليه السيد المحشي قده والمحقق الإيرواني: بأنه يمكن أن يكون بالأخذ،

ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه إياه { ١ } فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض، ومن الثاني بقبوله لها التملك كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة آخر [أخرى] { ٢ } فيكون إباحة بإزاء إباحة أو إباحة لداعي إباحة على ما تقدم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوره على نحو الداعي، وعلى نحو العوضية وكيف كان فالاشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطين لهما،

وأما الصورة التي أضفناها، وهي: ما إذا كانت المقابلة والمعاوضة بين المال والتمليك، بأن يقصد أحدهما تملك ماله بتمليك الآخر، وهو الفعل الخارجي الصادر من المشتري، فيكون من بيع الأموال بالأعمال.

فقد أشكل المحقق النائيني قدس سره فيها، وقال: إن البيع باطل في المقام وإن صح بيع الأموال بالأعمال. واستدل له. بأن العمل الذي يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال كي يبذل بإزاء نفسه المال كخياطة الثوب ونحوه، والتمليك ليس كذلك، بل هو آلي وطريقي لتحصيل المال، إذ التملك بالمعنى المصدري ليس مالا، بل المال هو الحاصل من المصدر، وليس هذا الفعل إلا آلة لحصول اسم المصدر، فلا يمكن أن يقابل بالمال، فلا يصح جعله عوضا.

وفيه: إن ضابط صحة جعل شيء عوضا كونه متعلقا للغرض، سواء كان منشأ كونه كذلك طريقته لتحصيل المال، أو كونه بنفسه مالا، ولا يعتبر فيه مزيد من ذلك، والتمليك متعلق للغرض ولو بواسطة طريقته لحصول المال. فالأظهر صحة جعله عوضا نظير سائر الأعمال.

{ ١ } ثالثها أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض، ومن الثاني بقبوله لها التملك كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

{ ٢ } رابعها أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة أخرى، فتكون إباحة بإزاء إباحة أخرى

ومنشأ الاشكال أولاً الاشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف { ١ } بأن يقول أبحث لك كل تصرف من دون أن يملكه العين

وقد استشكل المصنف في هذين الوجهين باشكالين لا يكون شئ منهما مربوطاً بمسألة المعاطاة:

{ ١ } أما الاشكال الأول: وحاصله: إن المالك إنما يجوز له إباحة التصرف في ماله بالنسبة إلى التصرفات السائغة لغير المالك، وليس له إباحة ما لا يجوز لغير المالك إلا بايجاد موضوعه بتمليكه إياه، والمفروض في المقام عدمه، ودليل السلطنة لا يكون مشرعاً لما منع عنه الشارع، ألا ترى أنه لم يتوهم أحد دلالة على جواز وطء عبد الغير بإذنه؟

فهو اشكال عام لجميع أقسام الإباحة سواء كانت باللفظ أو الفعل، مع قصد العوض أو مجاناً.

وعليه فيما أن هذا البحث استطرادي لا بأس بتقديم بحث آخر استطرادي مربوط به.

التصرفات المتوقفة على الملك

وهو أنه هل هناك تصرف متوقف على الملك أم لا؟

وملخص القول فيه: إن جملة من الأمور التي ذكروا توقفها على الملك تقدم ما فيها وعرفت عدم التوقف.

بقي في المقام أمور:

منها: اخراج المال في الخمس والزكاة.

ومنها: ثمن الهدى.

ومنها: وطء الجارية.

ومنها: العتق.

ومنها: البيع.

وشئ منها لا يتوقف على الملك:

أما الأول: فلأنه إن قلنا بأن الخمس والزكاة يتعلقان بالذمة، فيكون سبيلهما سبيل سائر الديون، فكما يجوز وفاء الدين بمال الغير لو أذن لما دل (١) على جواز أداء الدين من غير مال الدائن والتبرع بوفائه.

كذلك يجوز الخمس والزكاة من مال الغير، وكون الخمس والزكاة من العبادات لا ينافي ذلك، وإن كان منافيا لتبرع الغير بأدائهما، فإن المباشر في المقام من وجبا عليه. وإن قلنا بتعلقهما بالعين، فحيث إن للمكلف تبديلها من العين وأدائهما من مال آخر، فله التبديل بأدائهما من مال الغير إن أذن في ذلك. وأما الثاني: فلما ذكرناه في سابقه، لأنه أيضا من الديون.

مضافا إلى ما ورد من النصوص (٢) في جواز الذبح عن العبد والصبي، وأن رسول الله صلى الله عليه وآله ذبح عن أمهات المؤمنين بقرة بقرة، إذ لو جازت النيابة جاز الهدي بملك الغير، وكذلك ثمنه.

وأما الثالث: فلأنه يجوز بالإباحة للنص، (٣) غاية الأمر يعتبر أن يكون لفظ خاص، وهو: أحللت، ولا ينعقد بلفظ أبحت.

وأما ما (٤) ظاهره توقف الوطاء على الملك فلا مناص من أن يكون المراد به ملك التصرف كي يعم جميع موارد الوطاء الحلال. وأما الرابع: فقد ذكر في وجه توقفه على الملك: أنه دلت النصوص على أنه لا عتق إلا في ملك.

ففي خبر ابن مسكان: من أعتق ما لا يملك فلا يجوز (٥) ونحوه غيره

(١) الوسائل باب ٤٦ من أبواب المستحقين للزكاة وباب ٣ من أبواب الدين والقرض وباب ١٢ من أبواب مقدمات

النكاح وباب ١٠٦ من أبواب أحكام الأولاد وغيرها.

(٢) الوسائل باب ٢ و ٣ و ٨ من أبواب الذبح من كتاب الحج.

(٣) (٤) الوسائل باب ٣٥ من أبواب مقدمات النكاح وباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٤) الوسائل باب ٣٥ من أبواب مقدمات النكاح وباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٥) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب العتق حديث ٤.

وثانيا الاشكال في صحته الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة و تمليك فنقول أما 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 فإذا كان بيع الانسان 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 { ١ } نعم يصح ذلك بأحد وجهين كلاهما في المقام مفقود.

وفيه: إن محتملات هذه النصوص التي وردت نظائرها في البيع أمور الأول: إن المعتك لا بد وأن يكون رقا ومملوكا كي يقبل الانعتاق، والمبيع لا بد وأن يكون مملوكا حتى يقبل التملك.

الثاني: أنه يعتبر في العتق والبيع أن يكون البائع والمعتك مالكين لهما لا مالكين للمال.

الثالث: أنه يعتبر فيهما كون البائع والمعتك مالكين للمال، من دون نظر لها إلى كون من يقع البيع: له - أي يدخل الثمن في ملكه - ومن ينعق عليه الرق مالكين.

الرابع: أنه يعتبر فيهما كون البيع والعتق للمالك.

والاستدلال بها يتوقف على إرادة الأخير - كما لا يخفى - وهي غير ظاهرة فيه، لو لم تكن إرادة غيره أظهر كما هو واضح.

وأما الخامس: فقد استدل له - مضافا إلى النصوص المشار إليها مع جوابها - بوجه

عقلي أشار إليه في المتن ونقله عن العلامة في القواعد، وهو

{ ١ } أنه لا يعقل خروج المبيع عن كيس شخص ودخول الثمن في ملك شخص آخر.

وغاية ما قيل في تقريره: إن المعاوضة من المعاني النسبية التعلقية، فلا بد وأن تكون العوضية في شيء، فإذا كانت المعاوضة في الملكية فلا بد من قيام كل من الثمن و المثلن مقام الآخر في الإضافة الملكية لصاحبها، ومقتضى ذلك انتقال كل منهما إلى مالك الآخر، وعليه فالإذن في بيع مال الغير لنفسه إذن في أمر غير معقول.

أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله أبحث لك أن تباع مالي لنفسك أن ينشأ [انشاء توكيل] توكيلا له في بيع ماله ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة { ١ } أو في نقله أولا إلى نفسه ثم بيعه { ٢ } أو تملكها له بنفس هذه الإباحة، فيكون انشاء تملك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله كما صرح في التذكرة بأن قول الرجل لمالك العبد أعتق عبدك عني بكذا، استدعاء لتمليكه واعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء، { ٣ } فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب ويقدر وقوعه قبل العتق أنا ما فيكون هذا بيعا ضمنيا لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع،

بالباع أو العتق، صح ذلك وكان هو فسخا فعليا، تصدى المصنف قدس سره في المقام لتوجيه ذلك

ولبيان حكم تلك المسائل والوجه في الالتزام بالملكية فيها وعدم انطباق تلك الوجوه على المقام، وذكر في كل واحدة من تلك المسائل وجهها غير ما ذكره في غيرها، وقبل بيان تلك الوجوه ذكر وجهين لتصحيح الإذن في البيع.

{ ١ } أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله أبحث لك أن تباع مالي لنفسك انشاء توكيل له في بيع ماله له ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة.

{ ٢ } ثانيهما أن يقصد به نقله أولا إلى نفسه ثم بيعه.

ورددهما: بأن المفروض أن قصد المبيع ليس شيئا منهما.

ويرد عليهما - مضافا إلى ذلك - : إنه في كل منهما فرض التوكيل في الهبة، وهي من الانشائيات ولا تتحقق بمجرد القصد، فلو كان من قصده أيضا ذلك لم يفد شيئا، بل احتاج إلى انشاء الهبة باللفظ أو الفعل.

{ ٣ } أما ما ذكره في مسألة أعتق عبدك عني، فمحصلة: إن قول الرجل لمالك العبد:

أعتق... الخ استدعاء لتمليكه، واعتاق المولى جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء والجواب ويقدر وقوعه قبل العتق أنا ما.

وقال: هذا الوجه لا ينطبق على المقام، إذ المبيع لم يقصد التمليك بالإباحة

المذكورة، ولا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمني مقصود للمتكلم والمخاطب كما كان مقصودا ولو بالاجمال في تلك المسألة.

ولا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً ولا في نقل الثمن إليه ثانياً ولا قصد التمليك بالإباحة المذكورة ولا قصد المخاطب، التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمني مقصود للمتكلم والمخاطب كما كان مقصوداً ولو اجمالاً 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 عقلاً أو شرعاً عليه فمثلوا للعقلي بقوله تعالى: واسأل القرية وللشرعي بهذا المثال ومن المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة. { ١ }

يرد على ما ذكره في مسألة العتق أمور:

الأول: إنه إذا كان العتق هو المملك - لكونه جواباً للاستدعاء - فما وجه الالتزام بحصول الملك قبل العتق أنا ما. وبعبارة أخرى: حيث إن التمليك من الانشائيات، ولا يتحقق بدون الانشاء - والمفروض أن انشاءه هو العتق - فكيف يقدر وجوده قبل العتق؟ وإن التزم بحصوله بالعتق يلزم منه اجتماع الملك وزواله في زمان واحد، وهو غير معقول، مع أنه لا يفيد شيئاً إذ المفروض توقف العتق بالحمل الشائع على الملك، فإذا كان هو متوقفاً على العتق لزم الدور.

الثاني: أن لازم ذلك تأثير العتق في حصول الملك وزواله، وهو في غاية البعد.

الثالث: إن التمليك والتملك من الأمور القصدية، فلو فرض أن المستدعي و المعتق غير ملتفتين إليهما ولم يقصداهما فكيف يلتزم بحصول الملك.

{ ١ } ويرد على ما ذكره قدس سره من الفرق بين المسألتين بعدم القصد إلى التمليك في المقام، وبدلالة الكلام في مسألة العتق على التمليك بدلالة الاقتضاء أن المفروض في المسألتين عدم القصد إلى التمليك، فإن كان القصد إلى العتق كافياً في قصد التمليك من جهة كونه قصداً اجمالياً له، فكذلك في المقام. ويرد على ما أفاده في مسألة العتق أن الأمر به بيع ضمني لا يحتاج إلى الشروط المقررة للبيع

إنه لم يدل دليل على صحة هذا البيع، كي يقال إن مقتضاه سقوط اعتبار تلك الشروط المفقودة، ومجرد كون البيع ضمناً لا يصلح لذلك.

الثاني: أن يدل دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع، أنا ما، فيقع البيع في ملكه أو يدل دليل شرعي على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص أنا ما لا يقبل غير العتق، فإنه حينئذ يقال: بالملك المقدر أنا ما للجمع بين الأدلة { ١ }

التقديري الفرضي بالمعنى المتقدم.

كذلك في المقام الجمع بين ما دل على توقف جملة من التصرفات كالبيع والعتق على الملك، ودليل السلطنة الدال على جواز إباحة جميع التصرفات هو الالتزام بالملك التقديري، وأجاب المصنف قدس سره بما ستعرف تقريبه فيقع الكلام أولا: في مسألة العمودين، ثم في المقام { ١ } أما الأول: فالموهم للتنافي بين الأدلة الموجب للالتزام المذكور إما أن يكون ما دل على أنه لا عتق إلا في ملك (١) - بدعوى أنه ينافي مع ما دل على أن الانسان لا يملك عموديه (٢) أو يكون هو ما دل على توقف الشراء على دخول العمودين في ملك المشتري، وهو ينافي مع ما دل على عدم تملكهما.

وشئ منهما لا يوجب التنافي المزبور

أما الأول: فمضافا إلى ما تقدم في معنى لا عتق إلا في ملك: إنه لو سلم دلالة على لزوم مالكية من يعتق عليه للعبد. أنه إنما يدل على أنه لا عتق - الذي هو فعل اختياري - إلا في ملك، ولا يدل على أنه لا انعقاد إلا في ملك كي ينافي مع ما دل على عدم تملكهما.

وأما الثاني: فلما تقدم في أول البيع وأشرنا إليه في أول هذا التنبيه من عدم توقف صدق البيع والشراء على هذا، بل حقيقة البيع جعل شئ واعطائه بإزاء شئ، وهذا بحسب الموارد يختلف أثره، وقد يكون أثره الانعقاد كما في المثال، فإن أثر اعطاء

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب العتق.

(٢) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب العتق.

وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة واثبات 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 الوطي على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الإذن في مطلق التصرف 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 الإذن في اقتراض المال قبل الشراء أو اقتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء { ١ } لم يصح كما صرح به في مواضع من القواعد. وعلله في بعضها بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير وهو كذلك، فإن مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه، { ٢ } وإلا لم يكن عوضا وبدلا ولما ذكرنا حكم الشيخ وغيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف لكن لا يجوز وطى الجارية { ٣ } مع أن الإباحة المتحققة من الواهب يعم جميع التصرفات،

البائع إياه بإزاء شيء انقطاع إضافته، وحيث لا يمكن دخوله في ملك المشتري ينعقد عليه قهرا.

هذا كله مضافا إلى أن الالتزام بالملك التقديري مرجعه إلى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية، نعم حيث إنه يكون من جملة نصوص المسألة ما تضمن أنه إذا ملك الرجل والديه انعتقا عليه، فهو ينافي ما دل على أن الرجل لا يملك أحد عموديه. والعلاج إنما يكون بأحد النحويين: أما الالتزام بأن المراد بالأول الملك العقدي فيكون قوله عليه السلام إذا ملكوا بمنزلة إذا بيعوا، أو الالتزام بالملك الحقيقي غير المستقر

والمراد بالثاني الملك المستقر - وعلى أي حال لا وجه للالتزام بالملك التقديري { ١ } بأن يشتري الطعام لنفسه بثمن في ذمته ثم يفي دينه بمال الغير. { ٢ } قد مر في أول كتاب البيع عدم كون البيع معاوضة بهذا المعنى. { ٣ } وفيه أن محل الكلام الإباحة المالكية ومورد كلام الشيخ والشهيد الإباحة الشرعية.

وعرفت أيضا أن الشهيد في الحواشي لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة. وثمان الهدي ولا وطى الجارية مع أن مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة ودعوى أن الملك التقديري هنا أيضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلطون على أموالهم، الدال على جواز هذه الإباحة المطلقة. وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك نظير الجمع بين الأدلة في الملك في الملك التقديري مدفوعة بأن عموم الناس مسلطون على أموالهم إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحكامهم فمقتضاه امضاء 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.

ومن المعلوم أن بيع الانسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل 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. وبالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم { ١ } على عموم الناس مسلطون على أموالهم

وأما المقام الثاني فالحق هو عدم انطباق ما ذكر في تلك المسألة على ما نحن فيه لو تم، وذلك لوجهين:

{ ١ } الأول: ما ذكره المصنف قدس سره من حكومة دليل عدم جواز البيع والعتق إلا في ملك على عموم دليل السلطنة، فإن دليل السلطنة إنما يدل على أن له أن يبيع التصرفات المحرمة من جهة عدم رضا مالكة ولا يدل على أن له أن يبيع التصرف الممنوع شرعا لجهة أخرى كما تقدم تقريبه، وحيث إن دليل عدم الجواز ينفي مشروعية هذا التصرف من جهة أخرى، فلا محالة يكون رافعا لموضوع دليل السلطنة.

الثاني: إنه لو كان له اطلاق شامل لجميع التصرفات فيقع التعارض بين الدليلين، و حيث إن النسبة بينهما عموم من وجه، والترجيح مع ذلك الدليل، فيقدم ولا وجه للجمع

الدال على امضاء الإباحة المطلقة من المالك على اطلاقها نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر والعهد. إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر. نعم لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري أنا ما فتأمل. { ١ } وأما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع، أو العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميت { ٢ }

بالنحو المذكور. ولكن الذي يهون الخطب ما تقدم من عدم توقف البيع والعتق على الملك، فلا معارض لدليل السلطنة.

{ ١ } قد عرفت أن مقتضى القواعد على فرض التعارض هو الرجوع إلى المرجحات لا الجمع المذكور ولعله لذلك أمر بالتأمل في ذيل كلامه وأما ما ذكر في مسألة بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه وادعى انطباقه على ما نحن فيه، فمحصله: إنه كما يلتزم في تلك المسألة بصيرورة العبد ملكا للواهب قبل التصرف المتوقف على الملك، فكذلك يلتزم به في المقام. { ٢ } قوله نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميت بأن يقال إن حكم (١) الشارع بانتقال الدية إلى الورثة وأنه يؤدي ديونه منها يستدعي صيرورتها ملكا للميت وانتقالها عنه إليهم - وحيث إنه لا يمكن الالتزام بملكيتها له في حال الحياة وإلا لزم تقدم المعلول على علته ولا بملكيتها له حال الموت وإلا لزم اجراء أحكام دية الجناية على الأعضاء بعد الموت فيلتزم بملكيتها له في حال الحياة بالملكية بالتقريب المتقدم وفيه أن الأدلة إنما دلت على أن ديون الميت تؤدي من ماله وأن ما تركه الميت من ماله فلوارثه - ولم يدل دليل على أنه لا يؤدي ديونه من غيره وأنه ليس للورثة ما لم يتركه الميت وعليه فإذا دل الدليل على أنه يؤدي ديونه من الدية وأنها تنتقل

(١) راجع الوسائل باب ٢٤ من أبواب كتاب الدين والفرض.

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 { ١ } وليس كذلك فيما نحن فيه 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 يعتق 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 ببطلان الإذن في بيع ما له لغيره { ٢ } سواء صرح بذلك كما لو قال بع مالي لنفسك أو اشتر بمالي لنفسك أم أدخله في عموم قوله أبحث لك كل تصرف. فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازماً بناء على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر أو موقوفاً على الإجازة بناء على أن المالك لم ينو تملك الثمن هذا

إلى الورثة فلا موجب للالتزام بالملكية
{ ١ } قوله بناء الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع وليس كذلك فيما نحن فيه. محصل ما أفاده المصنف قدس سره أنه في تلك المسألة إنما يلتزم به من جهة كشف التصرف المتوقع على الملك على قصد الرجوع قبله، وهذا يكفي في الرجوع والفسخ، ولكنه لا ينطبق على ما نحن فيه، إذ في صيرورة شيء ملكاً لشخص يعتبر الانشاء ولا يكفي مجرد القصد
{ ٢ } قوله فلم يبق إلا الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره. وقد تقدم أن الأظهر صحة الإذن في ذلك لعدم توقفه على الملك ولكن يرد على ما ذكره قدس سره في تلك المسألة أمور:
الأول: أن لازم ذلك أن يكون قول الواهب والبائع بالخيار: فسخت اخباراً عن الرجوع لا انشاء له.

ولكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد رحمه الله في باب بيع الغاصب أن تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن والإذن في اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، وأنه يملك المثلثن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء و يظهر أيضاً من محكي المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارياً بعين مغصوبة: إن له وطى 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 { ١ } وسيأتي توضيحه في مسألة الفضولي إن شاء الله. وأما الكلام في صحة الإباحة بالعوض { ٢ }

الثاني: إن الرجوع والفسخ من الانشائيات لأنهما يوجبان صيرورة الشيء ملكاً له، ولا بد فيهما من الانشاء والاظهار، ولا يكفي مجرد القصد.
الثالث: أن لازم هذا البيان قصر الحكم على مورد قصد الرجوع والفسخ، مع أن كلمات القوم مطلقة.

فالحق أن يقال: إنه حيث لم يرد نص خاص في تلك المسألة، فعلى القول بتوقف البيع والعتق على الملك لا مناص عن البناء على البطلان في تلك المسألة.
{ ١ } قوله فتأمل

ولعل وجهه أنه يمكن أن يكون نظر الجماعة إلى أن إعطاء المشتري ماله للغاصب مع علمه بغصبية المبيع تسليط له على ماله مجاناً وموجب لصيرورته ملكاً له فيكون تصرفه في ماله لا في مال الغير المباح له.
الإباحة بالعوض

{ ٢ } الأشكال الثاني الذي أورده المصنف على القسمين الأخيرين، هو الأشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك،

سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة
بغيرها، فمحصله أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل
كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر بل كلاهما ملك للمبيح إلا أن المباح
له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة
شرعا وعرفا مع التأمل في صدق التجارة عليها، فضلا عن البيع { ١ }،

{ ١ } وحاصله أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية
ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلا
أن المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات
المعهودة شرعا وعرفا، مع التأمل في صدق التجارة عليها... إلى آخر ما أفاده.
وهذا الاشكال أيضا لا يختص بالمعاطاة، بل يعم ما إذا كانت الإباحة
باللفظ، فالكلام فيه أيضا استطرادي.

وكيف كان فتتقح القول في هذا المقام بالبحث في موارد
الأول: في حقيقة الإباحة بالعوض، وأنها هل تكون بيعا أو إجارة، أم صلحا
أم معاوضة مستقلة؟

الثاني: في الدليل على صحتها ونفوذها.

الثالث: في أنها لازمة أم جائزة.

أما المورد الأول فلا خلاف ولا ريب في أنها ليست تملিকা للعين ولا
للمنافع ولا للانتفاع، أما الأولان: فواضح.

وأما الأخير: فلأن المبيح ليس مالكا للانتفاع - الذي هو قائم بالمباح له - و
من أفعاله فكيف يملكه له؟ وكذلك ليست اعطاء حق به، فإن جواز التصرف من الأحكام
التكليفية لا من الحقوق، ولذا ليس للمالك اسقاطه ولا نقله إلى غيره، بل
هي إباحة تكليفية للتصرفات ورفع للمنع عنها، وعليه فهي ليست اعطاء شيء
للمباح له بإزاء شيء فلا تكون بيعا، ولا تكون نقلا للمنافع.

إلا أن يكون نوعاً من الصلح لمناسبة له لغة لأنه في معنى التسالم على أمر { ١ } بناء 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 معالمه مستقلة، كفي فيها عموم الناس مسلطون على أموالهم { ٢ }.

فلا تكون إجارة، وليست انشاءاً للصلح والتسالم على أمر - كما هو واضح - فلا تكون صلحاً

{ ١ } قوله لأنه في معنى التسالم على أمر

وما ذكره المصنف قدس سره في وجه كونها صلحاً من أنه عبارة عن التسالم على أمر ولا يعتبر فيه لفظ خاص

واستشهد لذلك بصحيح محمد بن مسلم ومنصور بن حازم عن السيدين الصادقين عليهما السلام: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه فقال كل واحد منهما

لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي فقال عليهما السلام لا بأس بذلك (١). وهذا المعنى ينطبق على

الإباحة المعوضة فهي صلح،

يرد عليه: إن الصلح ليس هو التسالم على أمر، وإلا لزم كون جميع المعاملات صلحاً، بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية وانشاءاً للتسالم، ومن الواضح أن هذا لا ينطبق على المقام.

وأما الصحيحان: فليس فيهما ما يدل على أن تلك المعاملة التي نفي البأس عنها صلحاً، بل من الجائز أن تكون معاملة مستقلة فيتعين أن تكون معاملة مستقلة.

{ ٢ } وأما المورد الثاني: فقد استدل المصنف قدس سره لصحتها بعموم الناس مسلطون على أموالهم (٢)

وأورد عليه: بأنه هذا ينافي ما ذكره قدس سره في المعاطاة من أنه لا يصح الاستدلال به على صحتها

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث ١.

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

والمؤمنون عند شروطهم { ١ }، وعلى تقدير الصحة ففي لزومها مطلقا لعموم { ٢ } المؤمنون عند شروطهم أو من طرف المباح له حيث إنه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح، حيث إن ماله باق على ملكه فهو مسلط عليه أو جوازها مطلقا وجوه أقواها أولها، ثم وسطها.

وفيه: إنه في تلك المسألة بنى على عدم صحة الاستدلال به نظرا إلى أن عمومه إنما هو باعتبار أنواع السلطنة، وأنه لو أحرز ثبوت سلطنة خاصة كالبيع له وشك في أنه هل يحصل بمجرد التعاطي أم لا، لا مورد للتمسك بعمومه وهذا الوجه لا يجري في المقام، بل مقتضى عمومه الأنواعي الذي اعترف بأنه له صحة هذه المعاملة الخاصة التي هي نوع من الأنواع فالحق تمامية هذا الوجه. { ١ } وأما قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) الذي استدل به المصنف قدس سره في المقام فقد تقدم في المعاطاة ما فيه وأنه مختص بالشروط في ضمن العقود ولا يشمل الشروط الابتدائية.

ويشهد لصحتها - مضافا إلى دليل السلطنة السيرة العقلائية القائمة على الإباحة بالعوض المسمى - كما هو المتعارف في إجارة الدكاكين وما شابهها - فإن الشخص يستأجر الدكان من مالكه شهرا بمقدار معين، ثم ينيان على أن كلما بقي المستأجر يعطي الأجرة بذلك المقدار، بل التصرف في الحمامات والأمكنة المعدة لنزول المسافرين ونحو ذلك كلها من هذا القبيل. فتأمل. ودليل التجارة.

ودعوى عدم صدقها على الإباحة المعوضة من جهة أنها عبارة عن التكسب بالمال،

مندفعة بمنع ذلك، بل هي عبارة عن التكسب والاسترباح الشامل للمقام فالحق أنها صحيحة نافذة.

{ ٢ } وأما المورد الثالث، وهو أنها لازمة أو جائزة

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار - في الخبر المسلون بدل - المؤمنون.

أما حكم الإباحة، بالإباحة فالاشكال، فيه أيضا يظهر مما ذكرنا في سابقة والأقوى فيها أيضا الصحة واللزوم للعموم أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط

فيشهد للزومها قوله تعالى أوفوا بالعقود (١) وأورد عليه: بأنه يعارض في طرف الإباحة بعموم (٢) دليل السلطنة، إذ المفروض بقاء المال على ملكه.

وفيه: إن دليل السلطنة إنما يدل على ثبوت السلطنة على المال ولا يدل على السلطنة على العقد، والإباحة اللازمة في المقام إنما هي إباحة عقدية لا إباحة مستندة إلى الإذن.

وإن شئت قلت: إنه إذا كان العقد صادرا من المالك وباختياره - وبديل السلطنة بنينا على أن له ذلك - فلزوم العقد المزبور لا ينافي سلطنته على المال، كما لا ينافيها في مورد الإجارة، مع أن العين باقية على ملكه.

وبالجملة: كما لو شرط في ضمن عقد لازم إباحة مال أحد المتعاقدين للآخر كان له ذلك وكأن لازما، ولا يكون منافيا لدليل السلطنة كذلك في المقام.

ولو تنزلنا عن ذلك وسلمنا التعارض يكون أوفوا بالعقود مقدا بناء على ما هو الحق من الرجوع إلى المرجحات إذا تعارض عامان من وجه، فإن الترجيح مع الآية الشريفة، فإنه إذا كانت موافقة الكتاب من المرجحات كان الكتاب مقدا عند التعارض. هذا بناء على ما هو الحق من أنه إذا تعارض العام والمطلق لا يكون الأول مقدا: وإلا فتقديم الآية أظهر، لأن الجمع المحلي بالألف واللام من ألفاظ العموم، كما أنه لو قلنا بشمول أخبار العرض للمخالفة بالعموم من وجه يكون تقدم الآية الشريفة في غاية الوضوح.

ولو تنزلنا عن ذلك أيضا وسلمنا التسايط يكون المرجع استصحاب بقاء الإباحة، أي الإباحة العقدية لا الإباحة المستندة إلى الإذن، كي يقال

(١) المائدة: آية ٢.

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

الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود وعدمه. { ١ }

أنه لا سبيل إلى استصحابها لتقومها بالرضا المرتفع.

فالأظهر أنها معاوضة مستقلة صحيحة لازمة.

جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات

{ ١ } قوله الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود وعدمه.

ملخص القول في المقام: إن صحة المعاطاة في البيع إن كانت بدليل تعبدى شرعي من الاجماع والسيرة فلا كلام في عدم جريانها في غير البيع إلا ما قام الدليل الخاص على صحته،

وإن كانت على القاعدة من جهة صدق البيع عليها فهي تجري في غيره من المعاملات، فإنه في كل باب يتمسك بعموم دليل ذلك الباب لصحتها لو كان، وإلا تتمسك

بعموم (أوفوا بالعقود) ولا اشكال في ذلك.

نعم في بعض الموارد - كما في باب الطلاق - دل (١) الدليل الخاص على أن الطلاق لا يصح انشائه إلا بصيغة خاصة، فلا تجري المعاطاة فيه لذلك.

وأما سائر الموارد فتجري المعاطاة فيها،

وقد ذكروا في بيان المانع عن جريان المعاطاة في جملة من العقود أموراً:

منها: إن بعض المعاملات لا يكون الفعل فيه مصداقاً لعنوان تلك المعاملة، مثلاً

اطلاق العبد وفكه عن الخدمة مع قصد العتق لا ينطبق عليه عنوان العتق، وفي هذه المعاملات لا يصح الاستدلال بادلتها.

ومنها: ما إذا دل الدليل في باب على أنه لازم كالرهن، وحيث إن المعاطاة جائزة بالاجماع فلا تجري فيه.

ومنها: أنه في بعض الموارد يكون الفعل محرماً شرعاً كما في النكاح بالوطء.

(١) راجع الوسائل باب ١٥ و ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه.

إعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد على ما حكى عنه أن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة { ١ } وكذا في الهبة وذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة، ولو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل،

رابعها: إن الوطاء يحتاج إلى سبب محلل، فلو كان سببا لحللية نفسه لزم اتحاد السبب والمسبب في مرتبة واحدة، مع امتناع تأثير الشيء في نفسه. وفيه: إن أول الوطاء الأول سبب للزوجية، وهي سبب لحللية الوطاء في الآنات المتأخرة والوطاء اللاحق، فلا يلزم اتحاد السبب والمسبب. خامسها: إن السبب المبعوض لا يؤثر، فالوطاء المؤثر في الزوجية مشروط بالحلية والمفروض أنها من مقتضيات الزوجية، فتتوقف حللية الوطاء على تأثيره، ويتوقف تأثيره على حلليته، وهذا دور واضح. وفيه: ما تقدم من أن النهي عن المعاملات - لا سيما الأسباب منها - لا يدل على الفساد، مع أن ترتب الحللية على الزوجية، والزوجية على الوطاء - الذي هو سبب لها - إنما يكون ترتبا رتبيا وأما في الزمان فالجميع في زمان واحد، فالوطاء حين تحققه متصف بالجواز.

فتحصل: أنه لا مانع عقلا ولا شرعا عن جريان المعاطاة في النكاح، ولكن قام الاجماع على عدم الجريان، وهو المستند لو كان وكان تعديدا لا مستندا إلى الوجوه المتقدمة.

ومنها: الإجارة

{ ١ } قوله في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة

في المسألة أقوال

أحدها جريانها فيها مطلقا

ثانيها عدم الجريان كذلك

ولم يستحق أجره مع علمه بالفساد وظاهرهم الجواز بذلك. وكذا لو وهب بغير عقد. فإن ظاهرهم جواز الاتلاف ولو كانت هبة فاسدة لم يجز { ١ } بل منع من مطلق التصرف وهو ملحظ وجيه انتهى.

فكما يقال إنه بالتساوم على البيع مثلا وقصد ذلك يكون الاعطاء مصداقا للبيع على المشهور ومبرزا له عرفا على المختار، كذلك في المقام نقول إن تسليم العين في أول المدة بقصد إجارتها في جميعها يكون مع التساوم قبله مصداقا أو مبرزا لها. واستدل للثالث بأنه في إجارة الأعيان للمنافع يوجد فعل مبرز لعنوان الإجارة، و لا يوجد ذلك في إجارة الحر نفسه للعمل، فإن الفعل المبرز ليس إلا العمل الخارجي، و هذا ليس مصداقا للإجارة المتعلقة بالنفس، فلا تجري فيها. وفيه - مضافا إلى ما تقدم من أن هذا لو تم فإنما هو في الاعطاء لا في كل فعل ولو كان هو الإشارة - : إنه إذا فرضنا التساوم على الإجارة، يكون الشروع في العمل بقصد إجارة نفسه على كل ما تساوما عليه ايجابا للإجارة. فالأظهر جريان المعاطاة في الإجارة مطلقا. ويجوز أن يكون الايجاب بالقول والقبول بالفعل، لاطلاق الأدلة وعمومها. واستدل لعدم الجواز بأنه ليس عقدا ولا معاطاة. وفيه: إنه لم يرد دليل على لزوم الانشاء بالعقد أو المعاطاة، بل الدليل دل على لزوم الابرار بلا تعيين لخصوص مبرز، فالأظهر كفايته. { ١ } وبما ذكرناه يظهر الحال في كثير من أبواب الفقه حيث منع من جريان المعاطاة فيها من جهة عدم وجود فعل يكون مصداقا لتلك المعاملة منها الهبة.

وفيه أن معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر وملك الأمر، العمل المعين على المأمور به { ١ } ولم نجد من صرح به في المعاطاة. وأما قوله لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل، فموضع نظر لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل { ٢ } سيما إذا لم يكن العمل تصرفا في عين من أموال المستأجر، وقوله لم يستحق أجره مع علمه بالفساد ممنوع، لأن الظاهر ثبوت أجره المثل { ٣ } لأنه لم يقصد التبرع، وإنما قصد عوضا لم يسلم له. وأما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها، { ٤ } إلا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة. فإن جماعة كالشيخ والحلي والعلامة صرحوا بأن اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك. لكن المحقق الثاني رحمه الله ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيدا للإباحة المجردة

{ ١ } يرد عليه أمران
الأول أن المفروض أن أحد طرفي عقد الإجارة هو العمل الخارجي فلا تكون الإجارة المزبورة نظير الإجارة اللفظية موجبة للحكم بملك أحدهما الأجر المعين على الآخر والآخر العمل المعين - وبالجملة - أمر الأمر وحده ليس عقد الإجارة الثاني: إن الأصحاب وإن لم يصرحوا في الإجارة بما ذكره - إلا أنهم لم يصرحوا في البيع أيضا بالملك.
{ ٢ } وفيه أن مورد كلام المحقق صورة استلزم العمل التصرف في أموال المستأجر - وأما في صورة عدم استلزامه ذلك فلا ريب في عدم المنع - وفي هذه الصورة مقتضى فساد الإجارة عدم جواز التصرف ودعوى أنه يجوز للرضا به مندفعة بأن الرضا من جهة تخيل صحة الإجارة لا يجدي.
{ ٣ } ولكن ظاهر العبارة الموجودة في جامع المقاصد المحكية في المتن ثبوت الأجرة المسماة لا أجره المثل.
{ ٤ } وفيه أن الأصحاب كما صرحوا في البيع المعاطاتي بالإباحة كذلك حكموا في الهبة المعاطاتية بالإباحة - والمحقق قدس سره في كلا البابين حمل كلماتهم على إرادة الملك المتزلزل فلا يراد مخصص بالمقام عليه.

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 جريان المعاطاة في البيع، جريانها في غيره من الإجارة والهبة لكون الفعل مفيدا للتمليك فيهما.

وظاهر المحكي عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال في باب الرهن أن الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكور في البيع آت هنا، انتهى. لكن استشكله في محكي جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا.

ولعل وجه الاشكال عدم تأتي المعاطاة بالاجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع، { ١ } 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 { ٢ }

{ ١ } قوله ولعل وجه الاشكال عدم تأتي المعاطاة بالاجماع في الرهن لعل مراد المحقق قده أن ما هو ثابت في المعاطاة بالاجماع جار في البيع دون الرهن لعدم معقولية الجواز فيه وعليه، فما ذكره المصنف قدس سره في وجه اشكاله قده تام،

ولا يرد عليه ما أورده المحقق الإيرواني قدس سره من أن هذا من الاجتهاد في مقابل النص لتصريحه بأن منشأ الاشكال عدم شمول الاجماع على حكم المعاطاة للرهن. ومنها الرهن فقد أشكل في جريان المعاطاة فيه بوجهين:

{ ٢ } أحدهما: إن المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع، والجواز غير متصور في الرهن لأنه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، وإن جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا للاجماع.

والجواب عنه: ما ذكرناه في النكاح جوابا عن الوجه الثاني. فراجع. ثانيهما: إن القبض شرط في باب الرهن، والعقد مقتض، فيلزم من انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضي مع الشرط، وهو محال كما حقق في محله. وأجيب عنه: بأن الشرط هو القبض، والمقتضي هو الاقباض، لأن به ينشأ الرهن فلا يلزم الاتحاد المزبور.

خصوصا بملاحظة أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان، وإن جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا لما أطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ، وكان هذا هو الذي دعا المحقق الثاني إلى الحزم 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 كخذه، والجمله الخبرية أمكن أن يقول بإفادة المعاطاة في الرهن اللزوم، لاطلاق بعض أدلة الرهن، ولم يقم هنا اجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات. ولأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف { ١ } بأن يكتفي فيه بالاقباض لأن القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم: من توقف اللزوم على اللفظ والجواز غير معروف في الوقف من الشارع { ٣ } فتأمل.

نعم احتمال الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من الذكرى تبعا للشيخ رحمه الله

وفيه: إن المقتضي هو الاقباض والقبض معا، لأن الرهن من العقود ومتقوم بالايجاب والقبول، فالقبض جزء المقتضي فيلزم الاتحاد. فالحق في الجواب عنه أن يقال: - مضافا إلى ما تقدم من عدم انحصار الفعل الذي ينشأ به الرهن بالقبض -

أنه ليس في النصوص ما يدل على كون القبض شرطا في الرهن، بل هذا اصطلاح من الفقهاء، والموجود في النصوص اعتبار القبض فيه الملائم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء. مع: إنه في باب التشريعات والاعتباريات ليس تأثير من الأفعال الخارجية فيها حتى يكون شيء مقتضيا والآخر شرطا، بل إنما هي موضوعات للمجعولات الشرعية وتكون موضوعيتها تتبع جعل الشارع وتامام الكلام في محله.

{ ١ } ومنها الوقف

وأورد على القول بجريان المعاطاة فيه - بوجهين

{ ٢ } الأول ما في المتن وهو أن القول باللزوم فيه مناف لما اشتهر بينهم من توقف

ثم إن الملزم للمعاطاة فيما تجري فيه من العقود الأخر هو الملزم في باب البيع كما سننبه به بعد هذا الأمر.

اللزوم على اللفظ والجواز غير معروف في الوقف من الشارع وفيه: مضافا إلى ما تقدم في سابقه أنه لا مانع من جواز الوقف، ولم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف والجواز، بل الوقف قبل القبض جائز، اللهم إلا أن يقال: إن القبض جزء المؤثر، فقبله لا يكون المؤثر تاما كي يكون لازما أو جائزا، وقد ورد عنهم عليهم السلام ما كان لله فلا رجعة فيه (١) وظاهر ذلك: إن ما كان لله لا يلائمه الرجوع وهذا غير قابل للتخصيص. وكيف كان ففي الجواب الأول غنى وكفاية. الثاني: ما عن المحقق النائيني قدس سره، وهو مختص ببعض أقسام الوقف، وحاصله: إن بعض أقسامه كالوقف الخاص أو لمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل مصداقا له لا تجري فيه المعاطاة. وفيه: ما عرفت من عدم تصور عقد أو ايقاع لا يكون فعل مبرزا له. فراجع. ومنها: القرض. والكلام فيه اشكالا وجوابا ما في الرهن فراجع. فتحصل: إن الأظهر جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات سوى ما دل الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالنكاح أو لفظ خاص فيه كالطلاق والتحليل.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات.

السادس: في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك والقول بالإباحة. {١} أعلم أن الأصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة. {٢}

ملزمات المعاطاة

{١} الأمر السادس في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك والقول بالإباحة.

إن بنينا على لزوم المعاطاة - كما هو الحق ومر تفصيله - يسقط هذا الأمر ولا مورد له، وأن بنينا على جوازها - فحيث إنه في بعض الموارد الجواز متيقن، كما في صورة بقاء العينين وعدم تحقق شيء من الملزمات، وفي بعض الموارد اللزوم متيقن كصورة تلف العينين أو الامتزاج أو نحو ذلك فينبغي أولاً تأسيس الأصل في المقام كي يرجع إليه عند الشك وعدم الدليل على اللزوم أو الجواز.

{٢} وقد ذهب المصنف قدس سره إلى أن الأصل هو اللزوم على القول بالملك، واستند في ذلك إلى الوجوه الثمانية المتقدمة من العمومات واستصحاب بقاء الملكية. وأورد عليه: تارة: بتمسكه بالعمومات مثل أوفوا بالعقود وأخرى: بتمسكه بالاستصحاب.

أما الأول: فأورد السيد الفقيه في حاشيته والمحقق الأصفهاني قدس سره وغيرهما عليه: بأن التمسك بها ينافي ما بنى عليه في كتبه فقها وأصولاً من أنه إذا ورد عام ولم يكن له عموم أزمني بل كان عمومه افرادياً، وثبوت حكم كل فرد في جميع الأزمنة بالاطلاق، كما إذا ورد أكرم كل عالم، حيث إن عمومه افرادي وبقاء حكم كل فرد في عمود الزمان يستفاد من الاطلاق، ثم خصص العموم الافرادي وخرج فرد من العام عن تحته في زمان وشك في الحكم بعد ذلك الزمان، كما إذا ورد لا تكرم زيدا في يوم الجمعة وشك في يوم السبت في وجوب اكرامه وعدمه، لا يصح التمسك بعموم العام.

وأما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم { ١ } لقاعدة تسلط الناس على أموالهم { ٢ } وأصل سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة { ٣ } وهي حاکمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.

وأما الثاني: فقد أورد المحقق الأصفهاني قدس سره على استصحاب بقاء الملكية: بأنه محكوم لاستصحاب الجواز الثابت أصله بالاجماع، فإن معنى الحكم بجواز المعاطاة الحكم بزوال الملك بالرجوع، فالتعبد به تعبد بعدم الملك عند الرجوع، فلا يبقى شك في زوال الملك حتى يستصحب، ومن الواضح أن ترتب زوال الملك على الرجوع شرعي.

والسيد قدّه وإن أورد عليه بهذا الايراد، إلا أنه أشكل على هذا الأصل بأنه لا يجري عند الشيخ لكونه من الشك في المقتضي.

أما: اشكال السيد قدّه وإن كان في غير محله - من جهة أن الشك في المقتضي هو الشك في بقاء المستصحب في عمود الزمان لا الشك في مقدار استعداده بالنسبة إلى الزمانيات كما حقق في محله

إلا أن أصل الايراد لا يكون موجهها، وذلك لعدم جريان استصحاب الجواز من جهة أن موضوعه التراد، فبعد امتناعه وارتفاع الموضوع لا مورد لاستصحاب الحكم. فتحصل: إن ما أفاده المصنف قدس سره على القول بالملك تام.

{ ١ } وأما على القول بالإباحة، فقد ذهب المصنف إلى أن الأصل عدم اللزوم و استدل له بوجهين:

{ ٢ } أحدهما أصالة بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، الحاکمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.

{ ٣ } الثاني: قاعدة تسلط الناس على أموالهم.

وأورد على الوجه الثاني بايرادين:

الأول: ما عن المحقق النائيني قدس سره وهو: إن ما ذكره الشيخ قدس سره في المقام ينافي ما

اختاره في الأمر الرابع في الإباحة بالعوض من أن الأقوى اللزوم

لعموم: المسلمون عند شروطهم (١)

وفيه: إنه فرق بين المقامين، فإنه في ذلك المقام الإباحة عقدية مالكية وبالتزام المالك نفسه، وأما الإباحة في المقام فهي إباحة تعبدية شرعية غير عقدية وثابتة بخلاف مقتضى العقد، فذلك الوجه لا يجري في المقام.

الثاني: ما أورده المحقق الإيرواني، وهو: إن الإباحة الثابتة في مورد المعاوضة المقصود بها الملك بما أنها إباحة تعبدية شرعية، ثابتة على خلاف سلطنة المالك لثبوتها في موضوع عدم رضا المالك بالتصرف، فدليل السلطنة وقاعدتها لا تنهض لاثبات سلطنة المالك على رفع الإباحة الشرعية لعدم صلاحيتها لاثبات سلطنة المالك على تغيير الأحكام الشرعية.

وفيه: إن غاية ما ثبت بالدليل على خلاف السلطنة إنما هو جواز تصرف المباح له في مال الغير من دون رضاه، وأما أنه هل يباح له حتى مع منع المالك أم لا، فلا يستفاد من هذا الدليل، فالمرجع فيه عموم دليل السلطنة، إذ لا بد من التمسك بالعام عند الشك في التخصيص الزائد.

وإن شئت قلت: إن دليل السلطنة قد خصص بما دل على جواز التصرف مع عدم رضاه، وأما أنه إذا منع عن التصرف هل يجوز ذلك أم لا فالدليل المخصص غير شامل له، فلا بد من الرجوع إلى العام.

فتحصل: إن ما ذكره المصنف قدس سره على القول بالإباحة تام. هذا بناء على القول بالإباحة الشرعية،

وأما على القول بالإباحة المالكية - من جهة الرضا الضمني - فالأمر أوضح كما لا يخفى.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

إذا عرفت هذا فاعلم أن تلف العوضين ملزم اجماعاً { ١ } 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 { ٢ } وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيحجى.

من الملزمات تلف العينين
إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: إنه قد عد من الملزمات أمور
{ ١ } أحدها: تلف العوضين وقد ادعى الاجماع عليه غير واحد،
بعد ما لا كلام على الظاهر في أن تلف العينين من الملزمات على القول بجواز
المعاطاة، للاجماع، تصدى المصنف قده لبيان وجه اللزوم على القولين، أي القول
بالإباحة والقول بالملك.
{ ٢ } واستدل قده لذلك على القول بالإباحة: بأن تلفه من مال مالكة، ولم يحصل
ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه،
لأن ما يتوهم كونه سبباً للضمان هي قاعدة الضمان باليد، وهي لا تجري في
المقام لأن هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان.
وفيه: أن ما ذكره في المقام يناهض ما ذكره في جواب استبعاد الشيخ الكبير من كون
التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين. بما حاصله:
إن الجمع بين الأدلة يقتضي الالتزام بدخول التالف في ملك من تلف في يده قبل
التلف أنا ما، ووجهناه بأن المؤثر في الملك هو المعاطاة والتلف أو إرادة التصرف
المتوقف على الملك من تمام السبب المملك كالقبض في الصرف والسلام، وعلى ذلك
فيجري على هذا القول أيضا ما ذكرناه على القول الآخر، بل اللزوم هنا أولى لعدم جريان
استصحاب الجواز من وجه آخر غير ما ذكرناه
مضافا إلى عدم جريان الاستصحاب في الأحكام مطلقا،
وهو أن الجواز الثابت سابقا هو الجواز لا في ملك، وما يكون مشكوكا فيه لاحقا
هو الجواز في الملك. فتأمل.

وأما على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم { ١ } والمتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين، 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 هذا

{ ١ } وأما على القول بالملك فقد استدل له: بأصالة اللزوم، بدعوى أن المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين، وحيث ارتفع مورد التراد امتنع وأورد عليه بايرادات، عمدتها ايرادات أحدهما: إن المراد بتراد العينين: التراد في الملكية، أي رد الربط الملكي القائم بالعين، وهذا لا يمكن مع بقاء العقد بعد عدم كون الفسخ والرجوع معاملة جديدة، فمتعلق الجواز دائما هو العقد، فلا فرق بين الموردين. ثانيهما: ما عن المحقق الخراساني قدس سره وهو: إن متعلق التراد ملكية العينين لا أنفسهما والملكية كما يصح انتزاعها من الموجود، كذلك يصح انتزاعها من التالف، فإنها من الاعتباريات وهي مما لا يتوقف على موضوع موجود، وعليه فالموضوع وإن كان هو العينين إلا أنه يمكن التراد بعد التلف أيضا. الذي يخطر بالبال في توضيح كلام المصنف قدس سره بنحو يندفع هذان الايرادات وسائر ما أورد عليه إن المراد من التعلق بالعقد هو التعلق به من كل وجه. والمراد من التعلق بالعين فسخ العقد من جهة خاصة وهي تراد العينين خاصة كما تقدم.

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 { ١ } إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراد العينين الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما،

ومنه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين، أو بعضها على القول بالملك { ٢ } وأما على القول بالإباحة فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقا لبعض معاصريه تبعا للمسالك { ٣ } أصالة عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه لها.

وعلى ذلك فإذا كان جواز المعاطاة هو الجواز بالمعنى الثاني فلا محالة يكون مرتفعا بعد تلف العينين، والمفروض لزوم المعاملة من الجهات الأخرى، فلا مورد للرجوع، وعلى هذا فما أفاده المصنف قدس سره في غاية المتانة. { ١ } وبهذا يظهر تمامية ما ذكره المصنف قدس سره في ما لو شك في أن متعلق الجواز هل

هو أصل المعاملة أو الرجوع في العين أو تراد العينين من أن المتيقن تعلقه بالتراد، إذ لا دليل في مقابل أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراد العينين الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما، فإن الترديد حينئذ من قبيل الترديد بين الاطلاق والتقييد لا من قبيل الترديد بين المتباينين بحيث يكون موضوع أحدهما قابلا للبقاء دون الآخر. فتحصل: إن الأظهر كون تلف العينين من الملزمات.

تلف إحدى العينين

{ ٢ } ومما ذكرناه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك، إذ لا فرق بينه وبين تلف العينين أصلا كما هو واضح.

{ ٣ } وأما على القول بالإباحة، فقد نقل المصنف عن بعض معاصريه تبعا للمسالك: إنه ليس بملزم واستوجه بعض مشايخه أن الأصل عدم اللزوم لاستصحاب بقاء ملك مالك العين الموجودة وسلطنته عليها إذ وإن كان يحتمل زوال ملكه ومعه لا مورد

وفيه أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته { ١ } و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محله، بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، بل ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاظة ولم يرد الرجوع { ٢ } إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً هذا

للتمسك بدليل السلطنة، إلا أنه يستصحب ملكه لها وسلطنته عليها. وبه يظهر اندفاع ما أورده السيد الفقيه قدس سره وغيره بقولهم: لا مجال لاستصحاب السلطنة مع وجود قاعدتها، فلا معارض للبراءة، إذ الدليل لا يعارض الأصل.

{ ١ } وأورد هو قده على القوم: بأنه يعارض مع أصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته للقطع بعدم مجانية التلف، أو للاجماع على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية وجواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها. لا يقال: إن مقتضى عموم على اليد (١) الضمان فلا يجري الأصل المزبور. { ٢ } فإنه يقال: إن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، وكذا بعده إذا لم يرجع مالك العين الموجودة.

إنما الكلام في ضمانه إذا رجع، وقاعدة اليد لا تصلح لاثبات الضمان في هذا المورد لوجهين أحدهما أن مقتضى هذه القاعدة الضمان المطلق لا الضمان المشروط. وبعبارة أخرى: مقتضاها العلية التامة للضمان لا الناقصة، أي كون اليد جزء العلة وجزئها الآخر رجوع مالك العين الموجودة. ثانيهما: إن المال المأخوذ بما أنه خرج عن تحت عموم على اليد في زمان وهو قبل التلف وبعده قبل الرجوع، فلا يرجع إليه بعد الرجوع، لأن المورد من موارد الرجوع إلى استصحاب الحكم الخاص لا إلى عموم العام لعدم كون الزمان مفرداً للعام. ثم إنه قده أورد على نفسه توجيهها لكلام الأساطين بأمور ثلاثة:

(١) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠.

ولكن يمكن أن يقال إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة { ١ } مع أن ضمان التالف ببدله معلوم إلا أن الكلام في أن البديل هو البديل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة أو البديل الجعلي أعني العين الموجودة فلا أصل. { ٢ } هذا مضافا إلى ما قد يقال: من أن عموم الناس مسيطون على أموالهم يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه. وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقي، وهو المثل أو القيمة { ٣ } فتدبر.

{ ١ } الأول: إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، إذ الشك في الضمان ناشئ عن الشك في بقاء السلطنة، إذ لو كانت باقية ورجع لا محالة يكون ضامنا بالمثل أو القيمة.

{ ٢ } الثاني: إن الضمان المطلق معلوم، والشك إنما هو في أن البديل هو البديل الحقيقي - أي المثل - أو القيمة - أو البديل الجعلي - أعني العين الموجودة - فلا يجري الأصل في شئ منهما للتعارض بعد العلم الاجمالي بثبوت أحدهما.

{ ٣ } الثالث: إن عموم الناس مسيطون على أموالهم (١) يدل على سلطنة مالك العين التالفة أيضا عليها بأخذ بدلها وهو المثل أو القيمة، ومع وجود الدليل الاجتهادي لا مورد لأصل البراءة.

وفيما ذكره قدس سره مواقع للنظر:

الأول: تسليمه لجريان أصالة بقاء السلطنة، فإنه ينافي ما تقدم منا ومنه من أنه على القول بالإباحة لا بد من البناء على أن التالف قبل تلفه أنا ما يصير ملكا لمن هو تحت يده، وكذلك العين الموجودة تصير ملكا للآخر، فإذا ملك كل منهما مال الآخر فحكم المقام على هذا القول بعينه حكمه على القول بالملك بلا تفاوت أصلا، ولا مورد لجريان أصالة السلطنة لخروج المال عن ملكه، فالسلطنة الثابتة قد زالت قطعا.

الثاني: ما ذكره قدس سره من حكومة أصالة السلطنة على أصالة البراءة،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين { ١ } فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه.

فإنه يرد عليه: أن لازم بقاء السلطنة ونفوذ الرجوع وإن كان ضمان بدل التالف لما تقدم، إلا أن الثاني ليس أثراً شرعياً للأول كي يترتب على استصحابه. الثالث: ما ذكره قدس سره من عدم جريان أصالة البراءة في نفسها للعلم الاجمالي، فإنه يرد عليه: إن هذا العلم منحل لجريان استصحاب بقاء ضمان المسمى الثابت قبل التلف، فإنه على هذا تجري أصالة البراءة من ضمان المثل أو القيمة بلا معارض. الرابع: ما أفاده قده من أن دليل السلطنة يدل على السلطنة على المال التالف بأخذ بدله، فإنه يرد عليه: إن هذا خلاف ظاهر دليل السلطنة الذي موضوعه أموالهم، فإنها لا تشمل الأموال المعدومة التالفة. فتحصل: إنه من الملزمات مطلقاً.

إذا كان أحد العوضين ديناً في الذمة { ١ } ثانيها: ما لو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين، ذكره جماعة ربما يقال: إنه لو قلنا بأن تلف إحدى العينين ليس من الملزمات، لا مورد لهذا البحث، لأن غاية ما في المقام سقوط ما في الذمة وهو بمنزلة التلف ولكن يمكن أن يقال: إنه إذا كان أحد العوضين ديناً، والآخر مما يخرج عن ملك من أنتقل إليه، كما إذا اشترى أحد عموديه، أو كان العوضان ديناً، لا يلغو هذا البحث. وكيف كان: فلو كان أحد العوضين ديناً فالكلام يقع تارة: بناء على القول بالملك وأخرى: بناء على القول بالإباحة.

والظاهر أنه في حكم التلف، لأن الساقط لا يعود ويحتمل العود وهو ضعيف { ١ }
والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة { ٢ } فافهم،

{ ١ } أما على الأول: فقد استظهر المصنف قدس سره كونه في حكم التلف، معللاً بأن الساقط لا يعود، ثم احتمل العود واستضعفه.
وفيه أنه بعد سقوط ما في الذمة لا بد من البناء على اللزوم على القول بأن تلف إحدى العينين من الملزمات - الساقط عاد أم لم يعد وإن كان ما ذكره من أن الساقط لا يعود متين، فإنه إن عاد ليس هو شخص ما في الذمة الساقطة على الفرض، لأنه يتشخص بتشخص أطرافه، فمع سقوط ما في الذمة انعدم ذلك الشخص، وإعادة المعدوم محال.

والوجه في ملزميته - على كل تقدير - أن حق الرجوع بالسقوط ذهب، ورجوع الذمة مشغولة باشتغال جديد لا يصحح تعلق الحق به ثانياً، إذ بعد سقوطه عوده يحتاج إلى دليل، وإن أريد إرجاعها مشغولة بالفسخ فالأمر أوضح، إذ لا بد وأن يكون متعلق الحق ثابتاً قبل الفسخ كي يتعلق الحق به فيفسخ ويأخذ بحقه.

وأما على القول بالإباحة ففي المتن { ٢ } والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة، وهذه العبارة يحتمل فيها وجهان:

أحدهما: إن الحكم هو اللزوم، كما هو كذلك على القول بالملك، وهذا هو الذي فهمه السيد من العبارة.

ثانيهما: إن جعل الدين عوضاً على القول بالإباحة يوجب سقوط ما في الذمة كما هو كذلك على القول بالملك، إذ لا معنى لإباحة ما في الذمة سوى سقوطه والبراء عنه. أما الحكم باللزوم - بناءً على عدم اللزوم على القول بالإباحة لو تلفت إحدى العينين - فلا أرى له وجهاً، إذ غاية ما في الباب سقوط ما في الذمة، وهو في حكم التلف. ولكن السقوط يرد عليه: أولاً: إنه لو سلم عدم معنى معقول لإباحة ما في الذمة

ولو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم فهو كالتلف { ١ } على القول بالملك لامتناع التراد، وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة

لزم البناء على بطلان المعاملة لا الحكم بسقوط ما في الذمة. وثانياً: إن إباحة ما في الذمة أمر معقول، لامكان نقل ما يملكه الغير في ذمته بإذنه ورضاه، نعم لو كانت الإباحة الثابتة في المعاطاة إباحة تكليفية خاصة لما كان يتصور لها معنى معقول في المقام، ولكنه بمراحل عن الواقع. وأما ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من عدم معقولية تسلط الانسان على ما في ذمته، فغريب، فإن الانسان لا يملك ما في ذمته، ولا مانع من تسلطه عليه بنقله وغيره. فتحصل: إنه على القول بالإباحة لا تصير المعاملة لازمة بخلافه على القول بالملك.

نقل العين بالعقد اللازم
{ ١ } الثالث: من الملزمات التي ذكره المصنف ما لو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم.

والحق كونه من الملزمات على القولين
أما على القول بالملك: فلخروجه عن ملكه، والمفروض أن الجواز إنما ثبت بدليل لبي، والمتيقن منه ما إذا بقيت العين على صفة الملكية لمن انتقلت إليه، مع أنه إذا كان الناقل من العقود اللازمة امتنع التراد، ومعه لا معنى لفسخ المعاملة لما تقدم من أن الجواز الثابت في المعاطاة إنما هو جواز التراد.
وأما على القول بالإباحة: فكذلك أن كان النقل بالتصرف المتوقف على الملك، وكذا إن كان بغيره لامتناع التراد، فلا معنى لبقاء الجواز.

ولو عادت العين بفسخ ففي جواز التراد على القول بالملك لامكانه فيستصحب و
عدمه لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة وجهان:
{ ١ } أجودهما ذلك إذا لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول المطلق. بل
المتيقن منه غير ذلك. فالموضوع غير محرز في الاستصحاب، وكذا على القول
بالإباحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق. الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ

{ ١ } ولو عادت العين بفسخ، ففي جواز التراد وعدمه وجهان، اختار المصنف
الجواز بعد احتمال وجهين على القول بالملك، ووجوها على القول بالإباحة.
ومحصل ما ذكره قدس سره في المقام: إنه على القول بالملك يحتمل جواز التراد إذا
عادت

العين بالتفاسخ والإقالة لاستصحاب الجواز الذي موضوعه ما يملكه المتعاطيان، وهو
محفوظ قبل النقل وبعد الفسخ، فلا مانع من استصحابه بعد احتمال أن يكون تخلل النقل
رافعا للحكم عن موضوعه عند ثبوته.
وبهذا البيان يندفع ما أورده السيد قدس سره بأن المفروض سقوط الجواز بنقل العين.
فبعد العود الأصل بقاءه على السقوط،
إذ بعد النقل إلى الغير لا قطع بزوال الجواز، بل لو كان موضوعه ما يملكه
المتعاطيان لا مانع من بقاء الجواز على تقدير التمكن منه.
ويحتمل عدم الجواز من جهة أن دليل جواز التراد إنما هو دليل لبي، فيمكن أن يكون
موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل، فلا يجري الاستصحاب لعدم احراز
الموضوع بنحو يمكن ابقاء حكمه
وحيث إن المتيقن ذلك - أي كون الموضوع ما يملكه المتعاطيان قبل النقل - فلا
بد في غير ذلك من الرجوع إلى أصالة اللزوم.
وبما ذكرناه ظهر اندفاع ما أورده السيد قدس سره عليه: بأن المستصحب معلوم الزوال لا
أن الموضوع غير محرز،
فإن المحرز زوال القدر المتيقن لا المستصحب.
وأما على القول بالإباحة: فاحتمل فيه وجوها:

إلى ملك الثاني { ١ } فلا دليل على زواله 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 { ٢ } فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول وإن كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكة الأول، أو عائدا إليه بفسخ. وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك { ٣ }، بل يكفي فيه إباحة التصرف والاتلاف و يملك الثمن بالبيع، كما تقدم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع لكن الوجهين ضعيفان. بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع، { ٤ }

{ ١ } الأول: أن يكون التصرف الناقل كاشفا عن سبق المالك آنا ما، فبالتفاسخ يرجع المباح له إلى ملك الثاني، ولا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى لأنه لم يتحقق هنا جواز تراد الملك، فإن الثابت في السابق سلطنة الشخص على ملكه لا جواز رد ملك الغير، فلا مورد للاستصحاب.

الثاني: ما ذكره بقوله

{ ٢ } نعم لو قلنا بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل والظاهر أن مراده كون العقد علة لحصول الملك للبائع وخروجه عن ملكه، فتكون ملكية المباح له باقتضاء العقد، فإذا ارتفع العقد كما يرتفع معلوله الآخر كذلك يرتفع هذا المعلول فيدخل في ملك المبيح بالفسخ، فيكون مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد.

{ ٣ } الثالث: عدم كشف التصرف عن سبق الملك ولا كونه علة، بل المال يخرج من ملك المبيح ويدخل في ملك المشتري، وعلى هذا فبالفسخ يرجع إلى ملك المبيح، فمقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد.

{ ٤ } ثم استضعف الوجهين الخيرين واختار الأول

ويرد عليه قده أمور:

الأول: إن الظاهر كون تخصيصه مورد البحث بالتفاسخ من جهة وضوح أنه لو عادت العين بسبب مملك جديد لا مورد للتراد من جهة أن به يحصل الملك الجديد

ولو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل فيه بالرجوع و لا رجوعه، بنفسه إلى عينه { ١ } فالتراد غير متحقق وتحصيله غير واجب، وكذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك. نعم لو كان غير معاوضة كالهبة، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالا لو أحد وانتقال المعوض إلى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتهب، فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب، اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى، أو عودها إلى مالكتها بهذا النحو من العود، إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

نقل العين بعقد جائز

{ ١ } قوله ولو كان الناقل عقدا جائزا، لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه، ولا رجوعه بنفسه إلى عينه. محصل ما أفاده في المقام: إن الناقل ربما يكون معاوضة جائزة، وأخرى يكون غير معاوضة كالهبة.

وإن كان معاوضة: فعلى القول بالملك تصير المعاوضة لازمة لعدم تحقق التراد، و تحصيله غير واجب لأنه موضوع الجواز، وكذا على القول بالإباحة إذ المعاوضة كاشفة عن سبق الملك، وإن كان غير معاوضة كالهبة: فكذلك على القول بالملك.

وأما على القول بالإباحة والقول بعدم توقفها على الملك بل هي ناقلة للملك عن ملك مالكة إلى المتهب، فللمالك الرجوع لخروج المال عن ملكه دون الواهب، فينتج الحكم بجواز التراد ويكون الرجوع في المعاوضة بواسطة الرجوع في الهبة، أو يكون كاشفا عنه كتصرف ذي الخيار مع بقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالكتها بهذا النحو من العود، إذ لو كادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف، فإن السلطنة الثابتة لمالك العين

ولو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعا كبيعته وسائر تصرفاته الناقلة. ولو أجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال، وينعكس الحكم اشكالا ووضوحا على القول بالإباحة { ١ } ولكل منهما رده العين قبل إجازة الآخر ولو رجع الأول فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع ويحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و يلغوا الإجازة، وإن جعلنا ها ناقلة لغت الإجازة قطعاً

لو باع ثالث العين فضولا

{ ١ } ولو باع ثالث العين فضولا، ففي المتن: فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعا كبيعته وسائر تصرفاته الناقلة، ولو أجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال، وينعكس الحكم اشكالا ووضوحا على القول بالإباحة، انتهى. محصل ما أفاده: إنه على القول بالملك لا اشكال في نفوذ إجازة المالك الثاني، و الوجه فيه ظاهر،

وفي نفوذ إجازة المالك الأول كان مرددا ولم يستبعد نفوذها، والوجه في ترده ليس ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من أن رد البيع ليس كرد ذي الخيار ما انتقل عنه في تحققه بكل فعل أو قول، بل لا بد وأن يكون بالدلالة المطابقة، وهي تتحقق برد العين لا بإجازة الفضولي، فإنها لازمة للرد، لأن لازم هذا الاشكال في كون بيعه ردا، مع أنه يصرح بكونه ردا بلا كلام، بل الوجه فيه أحد أمرين.

أحدهما: إن الإجازة ليست كالبيع تصرفا من المجيز قاصدا به الرجوع، بل إنفاذ لتصرف الغير الذي لا رجوع له، ولم يقصده أيضا. ثانيهما: إن الإجازة إنما تكون على خلاف القاعدة، وهي تكون ثابتة للمالك، و ثبوتها لمن يصير مالكا ولو بها لم يدل عليه دليل. ولكن الوجهين ضعيفان.

أما الأول: فلأن الإجازة وإن كانت انفاذا لتصرف الغير إلا أنها بنفسها تصرف

ولو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك { ١ }، لامتناع التراد ويحتمل الشركة وهو ضعيف.

فإن كان البيع واقعا على المثلث، ورجع المشتري وأجاز البائع، أو كان البيع واقعا على الثمن ورجع البائع وأجاز المشتري نفذا معا، إذ الرجوع في الموردتين يوجب صيرورة المجيز مالكا لما وقع البيع الفضولي عليه قبل الإجازة، فله إجازة البيع الواقع على ملكه،

فالكلام إنما هو في الصورتين الأخيرتين فإنه يقع التنافي بين الرجوع والإجازة. فتارة: نقول في الإجازة بالنقل، وأخرى: نقول بالكشف الانقلابي، وثالثة: نقول بالكشف الحقيقي،

أما على الأولين: فلا اشكال في لغوية الإجازة لصدورها ممن ليس له تلك، وأما على الأخير: فقد يقال إنها حيث تكشف عن سبق الملك، فيكون الرجوع واقعا في غير محله.

ولكن يدفعه، أن الإجازة وإن كانت كاشفة إلا أنه يعتبر فيها أن تكون صادرة ممن لو لم يجز كان مالكا، لا من لو لم يجز لم يكن مالكا، كما في المقام، حيث إن الرجوع أوجب خروجه عن ملكه.

فالأظهر تقدم الرجوع مطلقا.

من الملزمات الامتزاج والتغير

{ ١ } قوله: لو امتزجت العينان أو إحداهما. سقط الرجوع على القول بالملك إن كان المزج موجبا للتلف الحقيقي، أو كان موجبا للتلف عرفا - كما لو صبغ شيئا باللون المشتري بالمعاطاة - جرى عليه حكم التلف، وإن لم يكن موجبا له لا عرفا ولا حقيقة - كما لو مزج منا من الدهن المشتري بالمعاطاة بمن آخر - فبناء على القول بالملك

يكون ذلك ملزما، فإنه إن قلنا بحصول الشركة بالمزج القهري فقد تبدلت الملكية الاستقلالية إلى الاشاعية، فلا يمكن التراد لا خارجا ولا ملكا

أما على القول بالإباحة فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به. { ١ } نعم لو كان المزج ملحقا له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف.

لا يقال: إن ذلك فيما لو مزجه بمال الغير لا فيما إذا مزجه بمال نفسه. فإنه يقال: نعم، ولكن لو رجع في المعاطاة وصار ملكا للبائع يملك بالإشاعة لا استقلالا،

وإن لم نقل بذلك فالتراد الملكي وإن كان ممكنا إلا أنه لعدم امكان التراد الخارجي لا يجوز الرجوع، إذ المتيقن من دليله هو الفسخ بالتراد الخارجي غير الممكن في المقام، مع أن العين قد تغير وصف من أوصافها، فلا دليل على جواز الرجوع في هذا المورد.

{ ١ } وأما بناء على الإباحة، فقد ذهب المصنف قدس سره إلى عدم اللزوم لأصالة بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به. وفيه: أنه تارة تزيد قيمة المأخوذ بالمعاطاة، وأخرى تنقص، وثالثة لا تزيد ولا تنقص.

فإن نقصت قيمته لا ينبغي التوقف في اللزوم: لأن المشتري أتلف وصفا من أوصاف المأخوذ، وحيث إنه لم يكن مجانيا فلا وجه لعدم ضمانه، ولا وجه لضمانه المقدر الناقص لعدم كون ضمانه مثليا أو قيميا، ولم يجعل في المعاطاة في مقابل الناقص شئ كي يملكه، فلا مناص عن الالتزام بتملكه جميع ما جعل عوضا في المعاطاة، فيصير المباح له مالكا لما تحت يده، فلا مورد لأصالة بقاء التسلط بعد ارتفاع موضوعه. وإن لم تنقص قيمته، فإن بنينا على حصول الشركة في المزج القهري فحيث إن الملكية الاستقلالية تبدلت إلى الملكية الاشاعية، فلا يكون موضوع الجواز باقيا، وإلا فحيث إن التراد الخارجي غير ممكن لعدم تمييز الأجزاء المنتقلة منه إلى غيره.

ولو تصرف في العين تصرفا مغيرا للصورة { ١ } كطحن الحنطة، وفصل الثوب فلا لزوم على القول بالإباحة وعلى القول بالملك. ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد منشأ الاشكال أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاوضة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت ويسقط بالاسقاط ابتداء وفي ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام { ٢ } بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف.

وبعبارة أخرى: تغير وصف من أوصافها فلا وجه للجواز. فتحصل: إن المزج مطلقا من الملزمات.

{ ١ } ولو تصرف في العين تصرفا مغيرا - للصورة فإن صار التصرف المغير موجبا لنقص القيمة فلا اشكال في اللزوم، إذ تلف وصف موجب لنقص القيمة من الملزمات كما تقدم في المزج وإن لم تنقص قيمته فيمكن أن يقال إن المتيقن تعلق الجواز برد شخص العين المنتقلة عنه بمالها من الصورة والأوصاف التي تتفاوت بها الرغبات، إذ لا دليل في مقابل أصالة اللزوم على أزيد من ذلك، وعليه فهو من الملزمات مطلقا، ولا مورد للاستصحاب لعدم احراز الموضوع. وبذلك ظهر ما في كلمات المصنف قدس سره في المقام.

جواز الرجوع لا يورث بالموت هل جواز الرجوع في مسألة المعاوضة نظير الفسخ في العقود اللازمة فيورث بالموت ويسقط بالاسقاط ابتداء أو في ضمن المعاملة، أم لا يكون نظيرا له بل هو حكم لا يترتب عليه شيء من أحكام الحقوق؟ وجهان: { ٢ } اختار المصنف قده الثاني، وقال بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام.

فلو مات أحد المالكين لم يخبر لوارثه الرجوع على القول بالملك { ١ } للأصل لأن من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي ولا يجري الاستصحاب.

وأورد عليه جمع من المحققين: بأنه لم يعرف مما ذكره سوى كون متعلق الجواز في البيع المعاطاتي تراد العينين، وفي البيوع اللازمة العقد، ومجرد ذلك لا يقتضي كونه حكما لا يورث، ولذا ترى أن الفقهاء اتفقوا على أن الخيار في البيوع اللازمة يورث، مع اختلافهم في أن متعلق الجواز هو العقد أو التراد.

{ ١ } وكيف كان: فعلى القول بالملك لا يورث الجواز، لأن توهم ثبوته للوارث إن كان من جهة ثبوته للمورث فيشمله ما دل على أن ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه،

فيرد عليه: إن ظاهر كلمات القوم كونه حكما، لأنك تراهم في المقام لم يعدوا من الملزمات الاسقاط، مع أنهم ذكروه في الخيار في العقود اللازمة، مع أن الشك في كونه حكما أو حقا يكفي في عدم الحكم بثبوته للوارث للشك في الموضوع كما لا يخفى.

وإن كان من جهة ثبوت الجواز لعنوان المالك المنطبق على الوارث فيرد عليه: إن المتيقن منه في مقابل أصالة اللزوم ثبوته للمتعاطي لا لعنوان المالك، ومعه لا مورد لجريان الاستصحاب لعدم احراز الموضوع، وأما رجوع المالك الحي إلى الوارث فهو أيضا لا يجوز من جهة أن الثابت جواز التراد، ومع عدم ثبوته للوارث لا يمكن التراد. وبما ذكرناه يظهر حكم الاسقاط وأنه لا يسقط به وأما على القول بالإباحة، فقد عرفت أن هذه الإباحة ليست إباحة مالكية ضمنية بل إباحة تعبدية شرعية فلا تكون كما ذكره المصنف قدس سره منوطة بالرضا الباطن بحيث لو

علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف ولكن مع ذلك لا تكون هي ثابتة للوارث، إذ المتيقن من دليلها ثبوته للمورث، فهي حكم لا يورث، وعليه فلا بد من الالتزام بأحد أمرين: إما حصول الملك بالموت، أو بطلان المعاملة رأسا، وعلى أي تقدير لا يكون للوارث الرجوع كما لا يخفى. والأظهر هو الأول كما اعترف به المصنف قدس سره في جواب بعض الأساطين

ولو جن أحدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين { ١ }.
السابع: إن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاوضة بيعا
بعد التلف أو معاوضة مستقلة.

قال يحتمل الأول: لأن المعاوضات محصورة وليست إحداها وكونها
معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. و يحتمل الثاني: لاطباقهم على أنها ليست بيعا
حال وقوعها فيكيف يصير بيعا بعد التلف، وتظهر الفائدة في ترتب الأحكام
المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه وعلى تقدير
ثبوته فهل الثلاثة من حيث المعاوضة أو من حين لزوم كل محتمل ويشكل الأول
بقولهم أنها ليست بيعا، والثاني بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها، اللهم إلا أن
يجعل المعاوضة 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، انتهى. والظاهر أن هذا
تفريع على القول بالإباحة في المعاوضة.

عند رد استبعاداته. فراجع

فتحصل: أنه لا يورث ولا يسقط بالاستقاط على أي تقدير.

{ ١ } قوله ولو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه

غاية ما يمكن أن يذكر في وجه ذلك، أن كل ما يقبل النيابة، يقوم فيه الولي مقام
المولى عليه وحيث إن مباشرة المالك في الرد غير معتبرة - فيقوم مقامه إذا جن
ولكن يرد عليه: إن الثابت بالدليل ولاية الولي في أمواله وحقوقه، وحيث عرفت أن جواز
الرجوع حكم لاحق فلا دليل على ولايته فيه، وتمام الكلام في محله
وعلى ذلك فحكم الجنون حكم الموت كما لا يخفى.
ثبوت الخيار في المعاوضة

وأما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فينبغي الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو يباع متزلزلاً قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم. { ١ } إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل يباع بلا اشكال في ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثاني. فإذا لزم صار يباع لازماً 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 وكيف كان فالأقوى أنها على القول بالإباحة يباع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه، وبعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أول الأمر، 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 مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد أن يقول بالإباحة اللازمة فافهم.

{ ١ } وقد مر الكلام في ذلك بنحو الكبرى الكلية في التنبيه الأول وعرفت المختار هناك، إنما الكلام في المقام يقع في أمر وهو: إنه بعد ما عرفت من أنه على القول بالإباحة يكون حصول الملك بالتلف إنما هو من جهة شرطيته لتأثير المعاطاة نظير شرطية القبض في الصرف والسلم، فلا محالة تصير يباع بعد حصول الشرط وتكون الخيارات ثابتة لها من حين حصول الشرط. وقد وقع الكلام في خيارين. أحدهما: خيار الحيوان فيما إذا كان التالف حيواناً، الثاني، خيار المجلس. أما الأول: فقد ذكر في وجه عدم ثبوته وجوه: الأول: إن الظاهر من الأدلة ثبوت خيار الحيوان فيما إذا كان باقياً لا ما إذا تلف. وفيه: إنه لو كان لسان دليلاً هكذا: يرد الحيوان كان لهذه الدعوى وجه، وحيث إن لسانه هكذا: صاحب الحيوان بالخيار فلا مورد لها أصلاً كما لا يخفى.

الثامن: لا اشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة بما إذا تحقق انشاء التمليك أو الإباحة بالفعل وهو قبض العينين. أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم. { ١ } فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشئ { ٢ } زائد على الانشاء اللفظي، كما قويناه سابقا بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا أشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقدا لازما وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ فهل يرجع ذلك الانشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقا أو بشرط تحقق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقا. نعم إذا حصل انشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة فالانشاء القولي السابق كالعدم لا عبرة به ولا بوقوع القبض بعده خاليا عن قصد الانشاء بل بانيا على كونه حقا لازما، لكونه من آثار الانشاء القولي السابق نظير القبض في العقد الجامع للشرائط. ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الأول تبعا لما يستفاد من كلام المحقق والشهيد الثانيين. قال المحقق في صيغ عقود، (على ما حكى عنه، بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة) أنه لو وقع البيع بغير ما قلناه، وعلم التراضي منهما كان معاطاة انتهى.

حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة
{ ١ } قوله أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم بعد ما لا كلام في تحقق المعاطاة المصطلحة بما إذا تحقق انشاء التمليك أو الإباحة بالفعل وقع الكلام في أنها هل تحصل بالقول غير الجامع للشرائط أم لا. وتنقيح القول فيه بالبحث في موارد:
المورد الأول في عنوان المصنف قدس سره هذا الأمر، فإنه أورد عليه بأمرين أحدهما ما عن المحقق الخراساني قدس سره وهو أن قوله قده { ٢ } فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشئ يكون خلفا لقوله، أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم ثانيهما: إن أخذ محل الكلام ما إذ كان القول فاقد الشرائط اللزوم.

وفي الروضة في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق أنها تفيد المعاطاة مع الافهام الصريح، انتهى.

وظاهر الكلامين صورة وقوع الانشاء بغير القبض بل يكون القبض من آثاره 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 أما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة، كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة وقبل شروط العوضين والمتعاقدين. وأما يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر وكيف كان فالصورة الأولى داخله قطعاً ولا يخفى أن الحكم فيها بالضمان مناف لجريان حكم المعاطاة.

ظاهر في كونه جامعا لشرائط الصحة، ومثل هذا العقد لا كلام من أحد في صحته، وبعبارة أخرى، المفروغ عن صحته كيف يكون محل الخلاف من حيث الصحة والفساد والجواب عنهما: إن مراده من القول الفاقدا لشرائط اللزوم، الذي أخذه في العنوان، هو القول الفاقدا، للعربية، والماضوية، ونحوهما من الأمور التي وقع الخلاف في كونها شروطاً للصحة أو اللزوم وبعبارة أخرى التعبير المزبور لمجرد المعرفية فلا اشكال عليه من هاتين الجهتين والمورد الثاني: في بيان منشأ التعرض لهذا التنبيه، والظاهر أن التعرض له من جهة دفع ما يترأى من التنافي بين كلمات الفقهاء، حيث إن بناءهم على أن المقبوض بالعقد الفاسد لا تترتب عليه الملكية، ولا يجوز التصرف فيه، ويجب رده إلى مالكه، وهذا ينافي مع ما يظهر من كلمات جماعة تبعاً للمحقق والشهيد الثانيين من أنه لو أوقع المتعاقدان العقد فاقدا لشروط الصيغة يكون معاطاة والمصنف قدس سره تعرض لهذا التنبيه للجمع بين كلماتهم.

وربما يجمع بين هذا الكلام وما تقدم من المحقق والشهيد الثانيين، فيقال إن موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة { ١ } فإذا انتفت الصحة انتفي الإذن، لترتبه على زعم الصحة فكان التصرف تصرفا بغير إذن وأكلا للمال بالباطل، لانحصار وجه الحل في كون المعاملة بيعا، أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. والأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، وكذا البواقي للقطع من جهة زعمها [أي المتعاطين] صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شئ في المقابل. فالرضاء المقدم كالعدم، فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمر رضا هما فلا كلام في صحة المعاملة ورجعت إلى المعاطاة كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأي وجه، اتفق سواء صحت المعاملة أو فسدت فإن ذلك ليس من البيع الفاسد في شئ.

أقول المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا يتضمن إلا انشاء و و أحدا هو التملك. ومن المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التملك بعده إن كان انشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأن المعاطاة حينئذ إنما تحصل به لا بالعقد الفاسد للشرائط، مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد والمحقق الثانيين: حصول المعاوضة والمرضاة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع، وب نفس الصيغة الخالية عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما، ومنه يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بتراض جديد بعد العقد غير مبني على صحة العقد.

المورد الثالث: في بيان ما قيل في وجه الجمع وما يمكن أن يقال.

وقد ذكروا في وجه الجمع أمورا

منها: ما عن بعض وهو محكي في المتن.

{ ١ } وحاصله: إن الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد إنما هو فيما إذا كان الرضا بالتصرف لزعم صحة المعاملة، والحكم بصحته معاطاة إنما هو فيما إذا علم الرضا بالتصرف على التقديرين.

وأورد المصنف قدس سره عليه بايرادات:

{ ٢ } الأول: إن المفروض في المقام هو تقييد الرضا بانشاء التملك، فلا يكون مع فرض العلم بالفساد.

ثم إن ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غيره من الصور { ١ }، مع أن كلام الجميع مطلق يرد عليه أن هذا التراضي إن كان تراضيا آخر حادثا بعد العقد، فإن كان لا على وجه المعاطة بل كل منهما رضي بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه في ماله فهذا ليس من المعاطة { ٢ } بل هي إباحة مجانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا، ولا يكفي فيه عدم العلم به وبالرجوع، لأنه كالأذن الحاصل من شاهد الحال ولا يترتب عليه أثر المعاطة من اللزوم بتلف إحدى العين أو جواز

{ ١ } الثاني: أن لازم ذلك هو الحكم بوقوعه معاطة فيما إذا علما بفساد العقد لا مطلقا.

{ ٢ } الثالث: إن الرضا بالتصرف إنما يفيد إباحة التصرفات كالإذن فيها، وهذا أجنبي عن المعاطة.

ومنها: ما عن المحقق الخراساني قدس سره، وهو أن الحكم بالضمان في تلك المسألة اقتضائي - أي من حيث كونه عقدا - فلا ينافي صحته معاطة. وفيه: إن كلماتهم ظاهرة لو لم تكن صريحة في الضمان الفعلي لا الحيثي. ومنها: غير ذلك مما يظهر ما فيه من بيان حق القول في المقام، وهو: أنه إذا كان المفقود الشروط التي دل دليل خاص على اعتبارها في ما ينشأ به البيع لا كلام في عدم صحته معاطة، إذ المعاطة إنما تصح لكونها بيعا مشمولا للأدلة والعمومات على الفرض.

نعم لو قلنا بأن مدرك صحة المعاطة الدليل التعبدي الخاص لا العمومات، و فرضنا شمول موضوع ذلك الدليل للقول الفاقد لذلك الشرط كان معاطة لكن المبنيين فاسدان، وعليه فإذا بقي رضاها بعد ذلك العقد إلى حين التقابض و لم يكن مقيدا بل كان رضا بالتصرف - صحت المعاملة أم فسدت - جاز التصرف فيه،

التصرف إلى حين العلم بالرجوع، وإن كان على وجه المعاظة فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكية كل منها لمال 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 أن الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي، يدخل 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 واجبارا على العمل بمقتضى العقد، فلا اشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه، وكذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقادا أو تشريعا كما في كل قبض وقع على هذا الوجه، لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة في الرضا ينتفي بانتفائها في الواقع، كما في نظائره.

وهذان الوجهان مما لا اشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين كما أنه لا اشكال في الجواز إذا أعرض عن أثر العقد وتقابضا بقصد انشاء التمليك ليكون معاظة صحيحة عقيب عقد فاسد. وأما إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد، من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق ولا قصد لإنشاء التمليك بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها كان الرضا أيضا موجودا وكان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف وأوقعا العقد الفاسد وسيلة له ويكشف عنه أنه لو سئل كل منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا، فادخال هذا في المعاظة يتوقف على أمرين: الأول: كفاية هذا الرضاء المركوز في النفس بل الرضاء الشأني لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره، وقد صرح بعد 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 المباحات انشاء الإباحة أو التملك بالقبض بل و لا بمطلق الفعل بل يكفي وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر والرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور
وفيه اشكال من أن ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة هو: العقد الفعلي كما ينبى عنه قول العلامة رحمه الله في رد كفاية المعاطاة في البيع: إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد، وكذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها بأن الأفعال ليست كأقوال في صراحة الدلالة، وكذا ما تقدم من الشهيد رحمه الله في قواعده من أن الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنما يفيد الإباحة، وكذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي. ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطي [التقابض] 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، فإن بناء الناس على أخذ الماء والبقول وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس في الموضع المعد له و على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمامي فالمعيار في المعاطاة وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة.

ولكنه لا يكون معاطاة، لأن المعاطاة التي تكون موضوعة لهذا المبحث هي التي قصد بها التملك لا الإباحة، وإن أعرضنا عن أثر العقد وتقابضا بقصد انشاء التملك يكون التقابض معاطاة.

وأما إذا كان المفقود الشروط التي اعتبروها من باب الأخذ بالمتيقن، فالظاهر وقوعه صحيحا وبيعا شرعيا مشمولاً للعمومات على المختار من تصحيح المعاطاة على القاعدة لا بالدليل الخاص من الاجماع والسيرة، وكذلك لو قلنا بصحتها للسيرة العقلانية لعدم الفرق عندهم بين الفعل والقول الفاقد، وإن قلنا بصحتها بالاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن وهو ما إذا كان انشاء التملك بالفعل لا بالقول الفاقد للشروط. هذا تمام الكلام في المباحث المتعلقة بالمعاطاة، والحمد لله أولاً وآخراً.

مقدمة: في خصوص ألفاظ عقد البيع { ١ }
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 فمع عدم القدرة على التوكيل
لا اشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ، وقيام الإشارة مقامه { ٢ }

ألفاظ عقد البيع

{ ١ } قوله مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع.

والكلام في هذه المقدمة يقع في موردين:

الأول: فيمن يعتبر في حقه اللفظ في معاملاته.

الثاني: في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ الذي ينشأ به البيع.

{ ٢ } أما المورد الأول: فقد يقال: إنه على فرض اعتبار اللفظ يختص ذلك بغير

العاجز عن التكلم وأما العاجز عنه كالأخرس فلا يعتبر في معاملاته اللفظ.

وحق القول في الأخرس يقتضي البحث في مواضع:

الأول: في معاطاته وأنه هل تكون هي كمعاطاة غيره لا تفيد الملكية أو اللزوم،

أولا تكون مثلها.

الثاني: في إشارته.

الثالث: في كتابته.

أما الموضع الأول: فإن قلنا باعتبار اللفظ في الملكية أو اللزوم - من جهة أن

التعاطي الخارجي غير قابل لأن تنشأ به الملكية وأنه قاصر عن إفادة الملكية أو اللزوم -

فالحق عدم إفادة معاطاة الأخرس أيضا ذلك، إذ معاطاته كمعاطاة غيره غير صالحة

لذلك، فمع الانشاء كيف يمكن الحكم بتحقيق المنشأ،

وإن قلنا باعتباره فيها للاجماع، وإلا فالمعاطاة في نفسها مشمولة للعمومات و

غير قاصرة عن إفادة ذينك.

وكذا مع القدرة على التوكيل لا لأصالة عدم وجوبه { ١ } كما قيل، لأن الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل { ٢ } بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس { ٣ } فإن حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر مع أن الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب، ثم لو قلنا بأن الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكية. فالقدر المنخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

وقد استدل لقيام إشارته مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل بوجهين آخرين: { ١ } أحدهما: أصالة عدم وجوب التوكيل.

{ ٢ } وأورد عليه المصنف قدس سره: بأن الأصل في المعاملات الاشتراط. مراد المستدل أنه بعد شمول العمومات للإشارة القدر المتيقن خروجه هو صورة القدرة على التكلم، وأما في صورة العجز وإن كان قادرا على التوكيل فلا اجماع على عدم الصحة، فمقتضى العمومات الصحة.

ولو شك في الاشتراط وعدمه يكون الأصل عدمه، وعليه فلا يرد عليه ما ذكره المصنف قدس سره.

{ ٣ } الثاني ما ذكره المصنف قدس سره بقوله بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس

لا خلاف ولا اشكال في أنه يقع طلاق الأخرس بالكتابة والإشارة والفعل الدال عليه، وكذا كل من يتعذر عليه النطق، والنصوص شاهدة به لاحظ.

صحيح البنزطي عن الإمام الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم قال عليه السلام أخرس هو قلت نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكراهته لها أتجوز أن يطلق

عنه وليه قال عليه السلام لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف

يطلقها قال عليه السلام بالذي منه من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها (١) ونحوه غيره

من النصوص الكثيرة الدالة على الاكتفاء بالكتابة أو كل فعل أعم من الإشارة وغيرها فتأمل.

(١) الوسائل باب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق.

والظاهر أيضا كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة { ١ } 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 الانشاء من الكتابة. وفي بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس { ٢ } وإليه ذهب الحلبي رحمه الله هناك

{ ١ } وأما الموضوع الثالث: فعن المحقق النائيني عدم كفاية الكتابة، واستدل له: بالاجماع على عدم تأثيرها في غير الوصية وبأنها ليست مصداقا في العرف والعادة لعنوان عقد أو ايقاع، فليست آلة لايجاد عنوان بها. ويرد على الأول: إنه اجماع منقول، مع أن المتيقن منه صورة القدرة على التكلم لا مطلقا.

ويرد على الثاني: إن عناوين العقود والايقاعات أسام للأمر الاعتبارية النفسانية واللفظ، وكذا ما يقوم مقامه مبرز لذلك، وعليه فكما أنه يصح الاخبار بالكتابة، كذلك يصح الانشاء بها لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق في محله، { ٢ } مع أنه قد ورد في بعض أخبار الطلاق أنه يصح الطلاق بالكتابة، بل تقدمه على الطلاق بالإشارة، لاحظ صحيح البنزطي المتقدم آنفا فلو لم يكن انشاء الطلاق بها ممكنا لما كان وجه للحكم بوقوعه. وبعد ما عرفت من أن كفاية الإشارة والكتابة إنما تكون على القاعدة فلا معنى للنزاع في تقدم الكتابة أو الإشارة.

نعم في خصوص الطلاق ذهب الحلبي إلى تقديم الكتابة لأنها أقوى ولكن الأقوائية ليست موجبة للتقديم الأعلى نحو الأولوية وقد يستدل لما ذهب إليه - بذكرها أولا في صحيح البنزطي المتقدم وهو أيضا لا يصلح للتقديم على وجه اللزوم ومن ما ذكرناه يظهر عدم الخصوصية للأخرس وأن الحكم يشمل كل عاجز عن التكلم.

ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ { ١ }، تارة يقع في مواد الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة والظهور والحقيقة والمجاز والكناية و من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة وأخرى في هيئة كل من الايجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية و كونه بالماضي. وثالثة في هيئة تركيب الايجاب والقبول من حيث الترتيب والموالاة. أما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنيات { ٢ } قال في التذكرة الرابع من شروط الصيغة: التصريح فلا يقع بالكناية بيع مع النية 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، انتهى.

وزاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قولك أعطيتك بكذا، أو تسلط عليه بكذا

خصوصيات ألفاظ العقد

{ ١ } قوله ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ.

هذا هو المورد الثاني للبحث

وملخص القول فيه أن الخصوصيات المعتبرة فيه قسمان

أحدهما ما يعرض الألفاظ أنفسها

ثانيهما: ما يكون خارجاً عنها.

أما الأول: فملخص القول فيه: بعد ما لا ريب في صحة الانشاء بالحقيقة الدالة على

المعنى بلا عناية - قرينة ولو صارفة، وبالمجاز المشهور الذي يحتاج إرادة المعنى

الحقيقي منه إلى قيام القرينة، يقتضي البحث في مواضع:

الأول: في انشاء المعاملة بالكنيات.

الثاني: في المجازات.

الثالث: في المشترك اللفظي.

الرابع: في المشترك المعنوي.

أما الموضع الأول: ففي المتن.

{ ٢ } فالمشهور بين الأصحاب - على ما نسب إليهم - عدم وقوع العقد بالكنيات.

وربما يدل 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 موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغة أو شرعاً، ومن الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع { ١ } 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 وملك وبين قوله نقلت إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا، وهذا هو الذي. قواه جماعة

والمراد بالكناية في المقام ليس ما هو من أقسام المجاز - وهو استعمال اللفظ الموضوع لل لازم المعاملة في معنى تلك المعاملة الذي هو الملزوم مجازاً بل المراد بها استعمال اللفظ في معناه الحقيقي، وهو اللازم للانتقال إلى الملزوم والشاهد على ذلك أن بعض المانعين عن الانعقاد بالكناية ذهب إلى انعقاد المعاملة بألفاظ تكون موضوعاً لمعنى هو لازم المعاملة فما هو ظاهر المصنف من حملها على المعنى الأول { ١ } حيث قال ومن الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع

غير صحيح
وكيف كان: فقد اختار المحقق النائيني رحمه الله عدم الانعقاد بها، واستشهد لذلك: بأن انشاء اللازم وإيجاده في الانشاء القولي ليس إيجاداً للملزوم عرفاً، وكون الملزوم مقصوداً وداعياً من إيجاد اللازم لا أثر له، لأن الدواعي لا أثر لها في باب العقود والايقاعات.
ثم أورد على نفسه: بأن الملزوم وإن لم ينشأ أصالة إلا أنه منشأ تبعاً، وفي المرتبة الثانية.

من متأخري المتأخرين، وحكى عن جماعة ممن تقدمهم كالمحقق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز أنه حكى عن شيخه المحقق أن عقد البيع لا يلزم منه لفظ مخصوص. وأنه اختاره أيضا.

وحكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه أنه جوز البيع بكل لفظ دل عليه مثل أسلمت إليك وعروضتك وحكاه في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين بل هو ظاهر العلامة في التحرير حيث قال: إن الإيجاب اللفظ الدال على النقل مثل بعته أو ملكته 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 المسألة تقبل أحد الشريكين في النخل حصّة صاحبه بشئ معلوم من الثمرة أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبل 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 وأسلفتك 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: إن إيجابه يؤدي بكل لفظ يدل عليه مثل قوله هذه وثيقة عندك وعن الدروس تجويزه بقوله خذه أو أمسكه بمالك، وحكى عن غير واحد تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدت المال، وتقلدته 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 بدل على المطلوب مع كونه ماضيا. وعن المشهور جوازها بلفظ أزرع، وقد جوز جماعة الوقف بلفظ حرمت وتصدقت 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 ايقاع 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 حكى عنه في باب السلم والنكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، وهو جمع حسن، و الأحسن

وأجاب عنه: بأن الإيجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود، فينصرف الإطلاق عنه، ولا تشمله العمومات أيضا لخروجه عن الأسباب المتعارفة. ويرد عليه:

أولا: إنه قد صرح بأنه لو قصد البيع بالفعل المصداق للآزمه كالتسليط ينعقد به، و لم يظهر الفرق بين الفعل والقول في ذلك. وثانيا: إنه لا فرق بين الاخبار والانشاء إلا في الداعي كما أشرنا إليه غير مرة، فكما يصح الاخبار بالكناية، كذلك يصح الانشاء بها، مع أنه لو سلم كون الانشاء ايجادا لأمر لا إظهارا. يرد عليه أنه بعد فرض الملازمة بين اللازم والملزوم إذا وجد اللازم في أي وعاء كان لا محالة يوجد الملزوم في تلك الوعاء. وبالجملة: لا يعتبر في الانشاء سوى كون اللفظ مما له ظهور عرفي في المراد، ولا اشكال في أن إظهار اللازم عرفا إظهار للملزوم. ودعوى: انصراف الإطلاق عنه لا تسمع فالأظهر انعقاد البيع وغيره من المعاملات بالكنايات.

منه أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على انشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فيه مجازا بقريئة لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفادة بالآخرة إلى الوضع { ١ } 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 بنى عليه: من عدم العبرة بغير الأقوال في انشاء المقاصد، ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقال أو اقتران حال تدل على إرادة البيع جزما، ومما ذكرنا يظهر الاشكال في الاقتصار 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 بم خوطب 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 الجامع مع الملزوم الخاص

وأما الموضوع الثاني: فقد فصل المصنف قدس سره بين كون القرينة الحالية أو مقالية، و اختار الانعقاد في الثاني دون الأول. وبه جمع بين كلمات القوم ونسبه إليهم. { ١ } واستدل له: بأنه إذا كانت القرينة لفظية فترجع الإفادة بالآخرة إلى الوضع، و لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين إفادة اللفظ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ، وهذا بخلاف ما إذا كانت القرينة الحالية، فإن الإفادة حينئذ لا تكون باللفظ، والمفروض عدم العبرة بغير الأقوال في انشاء المعاملات.

وفيه أن الدال على المعنى في الاستعمال المجازي إنما هو اللفظ وذو القرينة، و القرينة إنما تدل على ذلك - أي إرادة المعنى من ذي القرينة - لا أن جزءا من المعنى يستفاد من ذي القرينة، وجزءا منه من القرينة، مثلا في قولنا: رأيت أسدا يرمي، يكون

فالخطاب في نفسه محتمل لا يدري المخاطب بم خوطب، وإنما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم والمفروض على ما تقرر في مسألة المعاظة 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 حكى عن الإيضاح من أن كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء فلا بد من الاقتصار 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 المنشئة للمقاصد الأخر كالبيع، والإجارة ونحوهما، فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع أو ما يرادفها لغة أو عرفا لأنها بهذه العنوانات موارد للأحكام الشرعية التي لا تحصى، وعلى هذا فالضابط وجوب ايقاع العقد بانشاء العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة الاستمتاع، لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة، وإن كانت بقصد هذه العناوين دخلت في الكناية التي عرفت أن تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال، فما ذكره الفخر رحمه الله مؤيد لم 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 على العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة ومراده بالمنقولة 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 لايجاب النكاح ألفاظا ثلاثة وعللها بورودها في القرآن، ولا يخفى أن تعليله هذا كالصریح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود، وأنه متلقاة من الشارع ووجوب الاقتصار على المتيقن ومن هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة من الألفاظ المتقدمة في أبواب العقود المذكورة من غيره من غيره وأن الإجارة بلفظ العارية غير جائزة ولفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلا لا يبعد جوازه وهكذا.

يرمي قرينة على إرادة الرجل الشجاع من الأسد، وعليه ففي جميع المجازات يكون الدال على المعاملة هو اللفظ.

فالأظهر صحة الانشاء بالمجاز وإن كان بعيدا.

وبما ذكرناه ظهر الحال في المشترك اللفظي إذا كانت إفادة اللفظ فيه للمعنى المراد مع القرينة.

وأما الموضوع الرابع - أي المشترك المعنوي - فقد اختار المحقق النائيني قدس سره عدم صحة الانشاء به إذا كان مشتركا بين العقود التمليكية وغيرها من النقل الخارجي كلفظ نقلت.

واستدل له: بأن امتياز النقل الخارجي عن النقل الاعتباري ليس بعين ما به اشتراكهما، فلا محالة ينشأ الجنس العالي أولا ثم يميز بالفصل، فيلزم التدريجية في الوجود.

وفيه: أنه وإن كان اللفظ مركبا، إلا أنه لا يكون ذلك الاعتبار النفساني البسيط تدريجيا من حيث الاظهار والابراز، بل يصير مبرزاً بالمجموع.

فالأظهر صحة الانشاء بالمشترك المعنوي أيضا.

ألفاظ الايجاب والقبول

ومما ذكرناه من صحة الانشاء بالكنايات والمجازات، والمشترك اللفظي، والمعنوي يظهر أنه يصح الانشاء بجميع الألفاظ التي وقع الخلاف في صحة الانشاء بها التي ستمر عليك.

إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول: منها لفظ بعت في الإيجاب ولا خلاف فيه فتوى ونصا، وهو وإن كان من الأضداد { ١ } بالنسبة إلى البيع والشراء لكن كثرة استعماله في وقوع البيع به تعينه، ومنها لفظ شريت فلا اشكال في وقوع البيع به لو ضعه 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 كاشتره فهما ضد وعنه أيضا كل من ترك شيئا وتمسك بغيره، فقد اشتره وربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفا في البيع { ٢ } وكونه محتاجا إلى القرينة المعينة، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء ولا يخلو عن وجه.

وأما على القول الآخر: فقد وقع الكلام في انشاء البيع بطائفة من الألفاظ من ناحية الصغرى، وأنها داخلة في ما يصح الانشاء به، أو فيما لا يصح، وهي متعددة: منها: لفظ بعت.

{ ١ } والكلام فيه من جهة أنه من الأضداد - كما اختاره المصنف قدس سره - أو مشترك معنوي بمعنى التمليك بعوض أعم من أن يكون صريحا أو ضمنيا. الظاهر أن: المتفاهم منه عرفا كونه موضوعا للبيع المقابل للشراء كما يظهر لمن راجع المرتكز في ذهنه، فلو سلم كونه في اللغة موضوعا لكل منهما أو للجامع بينهما، لا ينبغي التأمل في أن المتفاهم منه عرفا هو البيع، وهذا يكفي في صحة انشاء البيع به، فلا حاجة إلى تطويل الكلام في ذلك. ومنها لفظ شريت.

{ ٢ } والمصنف قدس سره بعد تسليمه كونه من الأضداد استشكل في انشاء البيع به، بقلة استعماله فيه عرفا، وكونه محتاجا إلى القرينة المعينة، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلمات العلماء.

ويرد عليه - مضافا إلى ما تقدم من أنه لا اشكال في صحة الانشاء وإن كانت القرينة المعينة حالية - : إن القرينة المعينة دائما تكون لفظية، لأن الشراء إذا استعمل في البيع

ومنها لفظ ملكت بالتشديد والأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الارشاد الاتفاق حيث قال: إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعث وملك، ويدل عليه ما سبق في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض المنحل إلى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً ولغة، { ١ } صرح به فخر الدين حيث قال: إن معنى بعث في لغة العرب ملكت غيري، وما قيل من أن التمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها فيه أن الهبة إنما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض لا من مادة التمليك، 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 أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع، وإن تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجانية. وقد عرفت سابقاً أن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة، بنى على صحة عقد بلفظ غيره مع النية، { ٢ } ويشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الإرشاد: إن معنى بعث في لغة العرب ملكت غيري.

يكون مفعوله الأول مال نفسه وغير مصدر بالباء وإذا استعمل في الشراء يكون مفعوله الأول مال الطرف ومال نفسه يصدر بالباء - فالقرينة المعينة دائماً تكون هي الهيئة. ومنها: لفظ ملكت.

والكلام فيه ليس في صحة انشاء البيع به
 { ١ } لما ذكره المصنف قدس سره من أن حقيقة البيع هي التمليك بعوض.
 { ٢ } بل الكلام فيه إنما هو فيما ذكره المصنف قدس سره بأن صحة العقد به بإرادة الهبة المعوضة أو المصالحة منه مبنية على صحة عقد بلفظ غيره مع النية، فإنه أورد عليه السيد والمحقق النائيني قدس سره: بأن ما ذكره يتم في الصلح ولا يتم في الهبة المعوضة، فإن الهبة المجانية والمعوضة من التمليك حقيقة. وفيه: إن الهبة المعوضة من التمليك المجاني لا التمليك بعوض، إذ العوض فيها ليس في مقابل المال الموهوب، والمصنف قدس سره يدعي أن الهبة المعوضة ليست من التمليك بعوض، ولم يدع عدم كونها من التمليك. فتدبر في كلماته.

وأما الإيجاب باشتريت، ففي مفتاح الكرامة أنه قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، والمنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد. أقول وقد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على بعث وملكت شبههما أو ما يقوم مقامهما إذا إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعين إرادة ما يرادفهما لغة أو عرفا فيشمل شريت واشتريت لكن الاشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا لأن شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه { ١ } بخلاف اشتريت ودفع الاشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه إيجابا. أما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول. وأما لغلبة ذلك غير صحيح لأن الاعتماد على القرينة غير اللفظية، في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه، { ٢ } إلا أن يدعى أن ما ذكر سابقا من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالاته على خصوص العقد وتميزه عما عداه من العقود. وأما تميز إيجاب عقد معين عن قبوله الرجوع إلى تميز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد ولو بقرينة المقام أو غلبته ونحوهما، وفيه اشكال.

ومنها: لفظ اشتريت.

{ ١ } والمصنف قدس سره: قال إن الاشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا، لأن شريت استعمل في القرآن الكريم (١) في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه بخلاف اشتريت. وربما يتوهم أنه يمكن دفع الاشكال المتقدم وهو قلة استعماله في البيع بأنه لو قدم ذلك يتعين إرادة الإيجاب منه.

{ ٢ } وأجاب المصنف قدس سره عنه بأن الاعتماد على القرينة غير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه.

ويرد عليه ما ذكرناه من الوجهين في شريت إنما الاشكال فيه يكون من جهة أخرى، وهي أن هيئة الافتعال إنما وضعت لمعنيين: أحدهما: قبول المادة. كالا اكتساب

(١) سورة يوسف: آية ٢١ البقرة آية ١٠٢.

وأما القبول، فلا ينبغي الاشكال في وقوعه بلفظ قبلت ورضيت واشتريت و
شريت وابتعت وتملكت وملكت مخففاً { ١ } وأما بعث فلم ينقل إلا من الجامع
(لابن سعيد) مع أن المحكي عن جماعة من أهل اللغة اشتراكه بين البيع والشراء، و
لعل الاشكال فيه كاشكال اشتريت في الايجاب.

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
اشتريت وابتعت ممكن، وسيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الايجاب، ثم إن
في انعقاد القبول بلفظ الامضاء والإجازة والانفاذ وشبهها وجهين. { ٢ }
فرع لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول ثم اختلفا في
تعيين الموجب والقابل { ٣ }، أما بناء على جواز تقديم القبول، وأما من جهة
اختلافهما في المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتيب الآثار المختصة
بكل من البيع والاشتراء على واحد منهما.

والاحتطاب والاقتراب.

ثانيهما: قبول المادة من الغير كالانتقاض وشبهه، وفي كل مورد لا بد من الرجوع
إلى أهله في أنه استعمل في أي المعنيين وليس لنا التصرف، وعليه فحيث إن اشتريت في
الكلمات إنما استعمل في قبول المادة من الغير لا في قبول المادة، فاستعماله في الايجاب
لا يصح.

{ ١ } ومما ذكرناه ظهر وقوع القبول بلفظ قبلت، ورضيت، وشريت، واشتريت
{ ٢ } إنما الكلام فيه في ألفاظ أمضيت، أجزت، أنفذت وأشباهها
ومنشأ الاشكال أن الانفاذ والامضاء والإجازة إنما تتعلق بما له مضي وجواز و
نفوذ، وما يترقب منه ذلك هو السبب التام، وهو العقد لا الايجاب خاصة.
ولكن يمكن دفعه: بأن هذه العناوين بما أنها من لوازم تحقق العقد بلحوق القبول
للإيجاب ويكون القبول ملزوما لها، فانشاء القبول بها من قبيل الاستعمال الكنائي، وقد
عرفت صحة الانشاء بالكنايات.

{ ٣ } لا اختصاص لهذا الفرع بايقاع العقد بالألفاظ المشتركة بل لو كان بالألفاظ

مسألة: المحكي عن جماعة منهم: السيد عميد الدين والفاضل المقداد،
والمحقق والشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد، { ١ } للتأسي { ٢ } كما في جامع
المقاصد، ولأن عدم صحته بالعربي الغير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي
بطريق أولى { ٣ } وفي الوجهين ما لا يخفى وأضعف منهما منع صدق العقد على
غير العربي مع التمكن من العربي. فالأقوى صحته بغير العربي.

المختصة وكان الاختلاف في المتقدم يجري هذا الفرع
ثم إن الحكم بالتحالف إنما هو فيما إذا كان هناك أثر مترتب على كل من
الدعويين، كما لو كان كل من العوضين حيوانا، وإلا فصاحب الحيوان هو المنكر، و
للكلام في هذا الفرع محل آخر.

اعتبار العربية

وأما الثاني: فالكلام في ما قيل باعتباره في طي مسائل:

{ ١ } الأولى: المحكي عن جماعة منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد
والمحقق والشهيد الثانيان: اعتبار العربية في العقد.

واستدل له بوجوه

{ ٢ } الأول: التأسي، فإن النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام كانوا يعاملون
بالعربية.

وفيه: إنه لم يدل دليل على لزوم التأسي أو محبوبيته في كل ما كانوا عليهم السلام يفعلونه،
ألا ترى أنهم كانوا يتكلمون بالعربي ولم يتوهم أحد لزومه أو استحبابه، ولعل انشاء
معاملاتهم بها من هذا القبيل

مع أن مطلوبيتها لا تستلزم فساد الانشاء بغيرها بعد شمول العمومات والاطلاقات
له، مضافا

إلى عدم لزوم التأسي غايته الاستحباب.

{ ٣ } الثاني: إن اعتبار الماضوية في العقد يستلزم اعتبار العربية بالأولوية.

وفيه: إن الماضوية ليست من خصوصيات اللغة العربية حتى يقال إن اعتبارها
يستلزم اعتبار العربية، بل هي خصوصية في كل لغة فهما خصوصيتان في عرض واحد.

وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة بناء على اشتراط العربي؟
الأقوى ذلك { ١ } بناء على أن دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن
من أسباب النقل، وكذا اللحن في الاعراب.

الثالث: إن مقتضى أصالة الفساد عدم ترتب الأثر على شئ من العقود، والمتيقن
مما خرج عن هذا الأصل هو العقد بالعربية، فلا بد من رعايتها.
وفيه: أنه يتوقف على عدم جواز التمسك بالعمومات والمطلقات في دفع احتمال
اعتبار شئ في الأسباب، وقد عرفت في أول هذا الجزء صحته.
الرابع: عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي.
وفيه: أولا: أنه يكفي صدق التجارة والبيع عليه في نفوذه.
وثانيا: إن العقد من مقولة المعنى، فما معنى عدم صدقه على غير العربي وصدقه
على العربي؟ وأضعف من ذلك دعوى عدم صدقه عليه مع التمكن من العربي.
فتحصل: إن الأظهر عدم اعتبار العربية،

ويشهد - له مضافا إلى ذلك - : إنه لو كان ذلك معتبرا لاشتهر وكان يجب على كل
مكلف تعلم صيغ العقود لكثرة ابتلاء الناس بالمعاملات، فنفس عدم اشتهاار ذلك وعدم
نقل ورود رواية دالة على ذلك دليل قطعي على عدم الاعتبار، مع قيام السيرة عليه.
نعم في خصوص النكاح ادعي الاجماع على اعتبار العربية مع من التمكن، فإن
ثبت وإلا فالعمومات تقتضي عدم اعتبارها فيه أيضا، فالأظهر بصحة بغير العربي.
ثم إنه على القول باعتبار العربية وقع الكلام في أمور
{ ١ } أحدها: إنه هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة كما اختاره المصنف
أم لا؟

الظاهر: إن اللحن فيهما إن كان بنحو لا يضر بظهور الكلام عرفا في إرادة المعاملة
الخاصة كما لو قال: بعتك بالفتح صح العقد ولا يعتبر عدمه للعمومات. نعم على القول
بلزوم الاقتصار على المتيقن من الأسباب لا بد من العقد مع عدم اللحن، لكن عرفت أنه
بمراحل عن الواقع، وإن كان بنحو يضر به كما لو قال جوزتك بدل زوجتك اعتبر عدمه
لما
عرفت من لزوم كون الانشاء بما يكون مظهرا لتلك المعاملة.

وحكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعتك بفتح الباء وبين ما لو قال: جوزتك بدل زوجتك، فصحح الأول دون الثاني { ١ } إلا مع العجز عن التعلم والتوكيل، ولعله لعدم معنى صحيح في الأول إلا البيع بخلاف التجويز { ٢ }، فإن له معنى آخر فاستعماله في التزويج غير جائز. ومنه يظهر أن اللغات المحرفة لا بأس بها إذا لم يتغير بها المعنى.

ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الايجاب، والقبول، كالثمن والمثمن أم يكفي عربية الصيغة { ٣ } الدالة على انشاء الايجاب والقبول حتى لو قال: بعتك: أين كتابر ابده درهم، كفي والأقوى هو الأول لأن غير العربي كالمعدوم فكأنه لم يذكر في الكلام. نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لا يجب في القبول، و اكتفي بانفهامها ولو من غير اللفظ صح الوجه الثاني، لكن الشهيد رحمه الله في غاية المراد في مسألة تقديم القبول نص على وجوب ذكر العوضين في الايجاب.

{ ١ } ولعله إلى ما ذكرنا نظر فخر الدين حيث فصل بين ما لو قال بعتك بفتح الباء و بين ما لو قال جوزتك بدل زوجتك فصحح الأول دون الثاني، لا إلى ما أفاده المصنف قدس سره

{ ٢ } بقوله لعدم معنى صحيح في الأول إلا البيع بخلاف التجويز. فإن لازم ما ذكره صحة العقد بوزجتك، إذ لا معنى صحيح له سوى التزويج، مع أنه لا تأمل في فساده فالمعيار ما ذكرناه { ٣ } قوله ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الايجاب والقبول كالثمن والمثمن أم يكفي عربية الصيغة.

يقع الكلام في موردين:

الأول: أنه هل يعتبر ذكر العوضين في عقد البيع أم لا؟

الثاني: إنه على فرض اللزوم هل يعتبر أن يكون بالعربية أم لا؟

أما الأول: فالظاهر لزوم ذكرهما، إذ العوضان في البيع نظير الزوجين في النكاح، إذ المبادلة إنما تكون بين المالين ولا بد من انشاء هذا المعنى، فإذا لم يذكر العوضين لم ينشأ البيع ولو كان من قصده تبديل هذا المال بذلك لعدم العبرة بالقصد المجرد في انشاء المعاملات.

ثم إنه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا، بمعنى اللفظ { ١ } بأن يكون فارقا بين معنى بعت وأبيع وأنا بايع أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ، يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع الظاهر هو الأول لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب فلا يقال إنه تكلم و أدى المطلب على طبق لسان العرب، إلا إذا ميز بين معنى بعت وأبيع وأوجدت البيع وغيرها، بل على هذا لا يكفي معرفة أن بعت مرادف لقوله: فروختم حتى يعرف أن الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم فيميز بين بعتك وبعث بالضم وبعث بفتح التاء، فلا ينبغي ترك الاحتياط وإن كان في تعينه نظر ولذا نص البعض على عدمه.

مسألة: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية، بل في التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك أو اشتر مني، ولعله لصراحته في الانشاء { ٢ } إذ المستقبل أشبه بالوعد

وأما الثاني: فجميع ما ذكر في وجه اعتبار العربية في الصيغة تدل على اعتبارها في أجزاء الايجاب والقبول سوى الأولوية، ولكن قد عرفت فساد الجميع، فالأظهر عدم اعتبارها فيها.

{ ١ } قوله ثم: هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ اعتبار كونه عالما بمعنى اللفظ في الجملة مما لا ينكر، لأن استعمال اللفظ في المعنى يتوقف على لحاظ اللفظ والمعنى، وإلا فلا يعقل ذلك ويكون التلفظ مجرد لقلّة اللسان وليس تكلما بالعربي مثلا ولكن ذلك لا يقتضي اعتبار العلم التفصيلي.

عدم اعتبار الماضوية

الثانية: المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية.

وقد استدل لا اعتبارها بوجوه

الأول: الاجماع وهو كما ترى.

{ ٢ } الثاني: ما في المتن وهو أن الماضي صريح في الانشاء، والمستقبل أشبه بالوعد،

والأمر استدعاء لا ايجاب، { ١ } مع أن قصد الانشاء في المستقبل خلاف المتعارف
{ ٢ }

وفيه: أنه إن أريد من صراحة الماضي في الانشاء عدم احتياج ظهوره في الانشاء إلى قرينة حالية أو مقالية
فيرد عليه: إن تلك الهيئة مشتركة بين الانشاء والأخبار، بمعنى أن الموضوع له والمستعمل فيه في هيئة الصيغة المشتركة بين الانشاء والأخبار - مثل بعث - شئ واحد، وهي النسبة المتحققة بين المسند - وهو الاعتبار النفساني - والمسند إليه - وهو المتكلم -، وإنما يفترقان في الداعي كما حقق في محله، فلا بد في إفادتها الانشاء إلى القرينة. وإن أريد من صراحته عدم كون الماضي المستعمل في الانشاء من قبيل الكناية أو المجاز فهو وإن كان متينا إلا أن الفعل المضارع المستعمل في الانشاء أيضا كذلك، فإن هيئة المضارع وضعت للدلالة على تلبس الذات بالمبدأ في حال التكلم أو بعده، فإذا استعملت في مقام الانشاء فقد استعملت في ما وضعت له. وما أفاده المحقق النائيني قدس سره من أنها تدل على تلبس الفاعل بالمبدأ وهذا ملازم للتحقق لا أنه صريح فيه بل لازمه يرد عليه: إن التلبس عين التحقق لا أنه لازمه. وإن شئت قلت: إنها موضوعة للتحقق أيضا. وتام الكلام في محله. وبما ذكرناه يظهر صحة استعمال الجملة الاسمية نحو أنا بائع في مقام الانشاء، فإن هذه الهيئة وضعت للدلالة على انتساب البيع إلى البائع، فيصح استعمالها في مقام انشاء البيع، فظهر أن الحكم في باب الطلاق بوقوعه بانتهى طالق ليس على خلاف القاعدة. { ١ } وأما الأمر فهو موضوع للدلالة على أن صدور المادة من المخاطب متعلق لشوق المتكلم، وعليه فصحة الانشاء به تتوقف على صحة الانشاء بالكناية، لأن انشاء المعاملة باظهار كون وقوعه متعلقا للشوق من قبيل الاستعمال الكنائي، وقد عرفت صحة الانشاء بالكناية، وسيأتي تمام الكلام في ذلك في المسألة الآتية. { ٢ } الثالث إن قصد الانشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

وعن القاضي في الكامل والمهذب عدم اعتبارها، ولعله لاطلاق البيع والتجارة وعموم العقود، { ١ } وما دل في بيع الآبق واللبن في الضرع من الايجاب بلفظ المضارع، { ٢ } وفحوى ما دل عليه في النكاح ولا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع في الانشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام، فتأمل. مسألة: الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول، { ٣ } وبه صرح في الخلاف والوسيلة والسرائر والتذكرة، كما عن الإيضاح وجامع المقاصد

وفيه: إن التعارف لا يوجب تقييد اطلاق الأدلة كما لا يخفى، { ١ } فالأظهر صحة الانشاء بغير الماضي للمعلومات والاطلاقات. { ٢ } وتشهد له - مضافا إليها - : النصوص الواردة في بيع العبد الآبق، والجارية الآبقة، وبيع المصحف، واللبن في الضرع، والنكاح، من الوقوع بفعل المضارع والأمر (١) وحمل جميعها على إرادة المقابلة والوعد والاستدعاء خلاف الظاهر جدا. تقديم القبول على الايجاب { ٣ } قوله الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا. الأقوال في المسألة ثلاثة الأول: - وهو الأشهر كما قيل - لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا. الثاني: ما عن الشيخ في كتاب النكاح من المبسوط، والمحقق في الشرائع، و العلامة قدس سره في التحرير، والشهيدان في بعض كتبهما وغيرهم في غيرها، وهو جواز التقديم بل عن المبسوط والسرائر دعوى الاجماع عليه في كتاب النكاح

(١) الوسائل باب ٨ و ١١ من أبواب عقد البيع وباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به. وباب ١٨ من أبواب المتقه.

ولعله الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة { ١ } كاطلاق البيع والتجارة في الكتاب والسنة. وزاد بعضهم أن القبول فرع الايجاب فلا يتقدم عليه وأنه تابع له، فلا يصح تقدمه عليه وحكى في غاية المراد عن الخلاف الاجماع عليه وليس في الخلاف في هذه المسألة إلا أن البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه فيؤخذ به فراجع، خلافاً للشيخ في المبسوط في باب النكاح، وأن وافق الخلاف في البيع إلا أنه عدل عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحته بين الإمامية حيث أنه 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 الايجاب، انتهى. وكيف كان فنسبة القول الأول إلى المبسوط مستند إلى كلامه في باب البيع وأما في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق في الشرائع والعلامة في التحرير والشهيدان في بعض كتبهما. وجماعة ممن تأخر عنهما للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها، وفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار { ٢ } 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 المشهور في كتب الفريقين كما قيل: المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجنيها.

الثالث: التفصيل بين الصيغ التي ينشأ بها القبول، وهو الذي اختاره المصنف و سيمر عليك وربما ينسب إلى بعض التفصيل بين البيع والنكاح بجواز التقديم في النكاح بلفظ الأمر دون البيع، لكن الظاهر عدم صحة النسبة. { ١ } وقد استدل للاشتراط مطلقاً بالأصل بعد حمل أدلة الامضاء على العقود المتعارفة، ويرده أنه لا وجه له سوى الانصراف الذي هو بدوي لا يصلح للتقليد { ٢ } وبإزاء ذلك استدل لعدم الاشتراط بفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار.

وقد ذكر المصنف قدس سره من الروايات المثبتة روايتين
إحدهما خبر أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له عليه السلام كيف
أقول لها إذا

خلوت بها فقال عليه السلام تقول أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا
مورثة كذا

وكذا يوما وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهما وتسمي من الأجر ما تراضيتما
عليه قليلا كان أو كثيرا فإذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها
الحديث (١)

ثانيتها وخبر سهل الساعدي المروي عند الخاصة والعامة وعن المسالك أنه
المشهور بين العامة والخاصة ورواه كل منهما في الصحيح وهو أن امرأة أتت الرسول
صلى الله عليه وآله فقالت يا رسول الله صلى الله عليه وآله وهبت نفسي لك وقامت قياما
طويلا فقام رجل وقال يا
رسول صلى الله عليه وآله زوجينها إن لم يكن لك فيها حاجة إلى أن قال فقال رسول الله
صلى الله عليه وآله

زوجتك بما معك من القرآن (٢)

لكن لم يرو هذا الخبر من أصحابنا غير الأحسائي في غوالي اللثالي
نعم في صحيح محمد بن مسلم ما يقرب هذا المضمون (٣)
وتقريب الاستدلال بهذه النصوص أنه ليس فيها أن الزوج أعاد القبول فيكون أمره
قبولا مقدما على الإيجاب

وفيه أن قول الرجل في خبر سهل ومحمد بن مسلم لا يكون قبولا بل هو طلب
النكاح ولذا طلب منه المهر،

أضف إليه الفصل الطويل بين ذلك وإيجاب النبي صلى الله عليه وآله
وأما خبر أبان وما بمضمونه فقد استدلل بها على جواز أن يكون الإيجاب من
الزوجة وسيأتي الكلام فيه في تلك المسألة.

(١) الوسائل باب ١٨ من أبواب المتعة حديث ١.

(٢) المستدرک باب ٢١ من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٢ من أبواب المهور حديث ١.

والتحقيق أن القبول أما أن يكون بلفظ قبلت ورضيت. وأما أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب نحو بعني، فيقول المخاطب: بعتك. وأما أن يكون بلفظ اشتريت وملكت مخففا وابتعت، فإن كان بلفظ قبلت. فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقا لما عرفت 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 أيضا، بل المحكي هناك عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه { ١ } ويدل عليه مضافا إلى ما ذكروا إلى كونه خلاف المتعارف من العقد: إن القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الايجاب، فلا يعقل تقدمه عليه. { ٢ }

وليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد، مجرد الرضا بالايجاب حتى يقال إن الرضا بشئ لا يستلزم تحققه قبله، فقد يرضى الانسان بالأمر المستقبل. بل المراد منه الرضا بالايجاب على وجه يتضمن انشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضية لأن المشتري ناقل كالبائع، وهذا لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الايجاب، 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 سابقا، فإنه يرفع بهذا الرضا يده من ماله وينقله إلى غيره على وجه العوضية. ومن هنا يتضح

وملخص القول في المقام أن القبول تارة: يكون بلفظ قبلت ورضيت، وأخرى: يكون بلفظ الأمر، وثالثة: يكون بلفظ اشتريت وما شابهه.

فإن كان بلفظ قبلت ورضيت فقد استدل لعدم جواز تقديمه على الايجاب بوجوه:

{ ١ } الأول: الاجماع، وهو كما ترى.

{ ٢ } الثاني ما في المتن وحاصله: إن القبول بالمعاوضات إنما يتضمن لأمرين:

أحدهما: الرضا بالايجاب. الثاني: نقل ماله من حين القبول. وهذان الأمران متحققان في القبول المتأخر بأي لفظ كان، فإنه لا حالة منتظرة للنقل سوى لحوقه، وكذلك حاصلان مع

القبول المتقدم إذا كان بلفظ اشتريت، فإنه انشاء لنقل ماله الذي هو العوض.

فساد ما حكى عن بعض المحققين في رد الدليل المذكور، وهو كون القبول فرع الإيجاب وتابعا له وهو أن تبعية القبول للإيجاب ليست 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 الانشاء أنا راض بما تعطيني وقابل لما تمنحني، فهو متناول قدم انشاءه أو آخر فعلى هذا يصح تقديم القبول ولو بلفظ: قبلت ورضيت إن لم يجمع على خلافه انتهى.

ووجه الفساد ما عرفت سابقا من أن الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه انشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال، وليس المراد: إن أصل الرضا بشئ تابع لتحقيقه في الخارج أولا قبل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذي يعد ركنا في - العقد

وأما إذا كان القبول بلفظ قبلت وقدم ذلك، فالأول موجود، إلا أن الثاني غير متحقق، لأن القبول بهذا اللفظ إنما يتضمن نقل ماله بالالتزام من جهة أن ذلك لازم رضاه بانشاء البائع تمليك ماله بإزاء مال القابل، فهو يكون نقلا من حين تحقق الإيجاب من الموجب لا من حين القبول.

وبعبارة أخرى: إن النقل الحاصل بهذا اللفظ إنما يكون بعنوان الرضا بنقل الموجب، ولازم ذلك عدم تحققه إلا حين تحققه من ذلك الغير. وفيه: أولا: أنه لا يعتبر في القبول نقل ماله إلى الغير، بل يكفي رضاه بنقل الغير ماله إليه في مقابل تملك ماله، بل وظيفة القابل ليست إلا ذلك، فإن البائع إنما يعتبر ملكية ماله للمشتري بإزاء ملكية ماله لنفسه، وهذا الاعتبار النفساني المظهر بالإيجاب لا يصير وحده موضوعا لاعتبار العقلاء والشارع إلا مع رضا المشتري بذلك، فالمعتبر هو رضاه المظهر باللفظ لا غير. وثانيا: إنه لو سلم اعتبار النقل فيه أيضا، لكن لم يدل دليل على اعتبار النقل في الحال.

ومما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر { ١ } كما لو قال بعني هذا بدرهم، فقال: بعثك 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 الاغماض عن حكم الأصل بناء على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد ايجاب النبي صلى الله عليه وآله ويؤيده أنه لولاه يلزم الفصل

الطويل بين الايجاب والقبول منع الفحوى وقصور دلالة رواية أبان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة، نعم، في الايجاب.

وثالثا: إن المراد من النقل في الحال إن كان هو النقل في اعتباره فهو ممكن من حين القبول وإن قدم لأنه فعله الاختياري وإن كان هو النقل في اعتبار العقلاء والشارع فهو مما لا يتصور في الايجاب المتقدم أيضا لفرض عدم النقل عندهم إلا بعد تمامية العقد. الثالث: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إن هذا اللفظ - أي قبلت - ظاهر في مطاوعة شئ وانفاذ أمر أوجده، وهذا المعنى يتفرع على وقوع ايجاد من الآخر كتفرع الانكسار على الكسر، فإن مطاوعة الأمر المتأخر والانفعال والتأثر من الايجاب فعلا يمتنع عقلا.

وفيه: إن المطاوعة المأخوذة في القبول إنما هي مطاوعة انشائية لا حقيقية، فلا مانع عن تقدم قبلت على الايجاب. وإن كان القبول بلفظ الأمر، فقد استدل لعدم جواز تقديمه على الايجاب بأمور: { ١ } الأول: ما أفاده المصنف قدس سره في قبلت بتقريب: إنه إنما يدل على الرضا بالمعاملة ولا يكون متضمنا لنقل المال في الحال. وقد عرفت ما فيه. الثاني: ما ذكره المحقق النائيني قدس سره في الصورة الثالثة، وستعرف تقريبه وما يرد عليه

الثالث أنه يعتبر الماضوية في صيغ العقود، وفيه ما عرفت من عدم اعتبارها

ثم اعلم أن في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: إن قال بعنيها 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 بعنيه بألف، فيقول: بعتك، فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشترت أو قبلت، وصرح به أيضا في السرائر والوسيلة وعن جامع المقاصد أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفقي، وحكى الإجماع عن ظاهر كل من اشترط الإيجاب والقبول. ومع ذلك كله فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، ونسبته إلينا مشعر بقريضة السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: إذا تعاقدنا 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 الرجل: زوجنيها يا رسول الله صلى الله عليه وآله 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، انتهى.

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 رحمه الله مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب، 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 الماضية 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. و أما على ما (اخترناه) قويناه سابقا في مسألة المعاطاة من أن البيع العرفي موجب للملك، { ١ } وأن الأصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يتم اجماع على عدم اللزوم وهو ما إذا خلت المعاملة عن الانشاء باللفظ رأسا، أو كان اللفظ المنشئ به المعاملة مما قام الاجماع على عدم إفادتها للزوم. 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 وابتعت أو تملك أو ملكت هذا بكذا، فالأقوى جوازه { ٢ } لأنه انشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضا ففي الحقيقة انشاء المعاوضة كالبائع إلا أن البائع ينشأ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشأ ملكية مال صاحبه

{ ١ } قوله وأما على ما قويناه سابقا في مسألة المعاطاة من أن البيع العرفي موجب للملك

ما ذكره قده في وجه عدم جواز التقديم في الموردين لا ربط له باعتبار اللفظ في الانشاء بل هو قيد آخر وهو تضمن القبول للنقل الفعلي وعليه فلا فرق في هذا المقام بين المسلك المشهور ومسلكه قده - ولعله لذلك أمر بالتأمل.

وإن كان القبول المقدم بلفظ اشترت وابتعت ونحوهما { ٢ } فقد اختار المصنف قدس سره جواز تقديم.

واستدل له بأن المعتبر في القبول أمران: الرضا بالايجاب، ونقل الثمن في الحال و لا يعتبر فيه شيء زائدا على ذلك. وأورد عليه بأمور:

الأول: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: أنه يعتبر في القبول بأي لفظ كان مطاوعة

ففي الحقيقة كل منها يخرج ماله إلى صاحبه، ويدخل مال صاحبه في ملكه إلا أن الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض، وفي القبول مفهوم من نفس الفعل والإخراج بالعكس، وحينئذ فليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول. 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 ينشأ انتقال الثمن إليه كذلك، لا بمدلول الصيغة.

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 تمليك البائع، كما أن رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخراً، ولذا منعنا عن تقديمه فكل من رضيت واشترت بالنسبة إلى إفادة نقل المال ومطاوعة البيع عند التقدم والتأخر متعاكسان

الإيجاب والانفعال والتأثر منه، وإلا كان غير مرتبط بالإيجاب بل هو إيجاب مستقل، و تضمينه للمطاوعة يستدعي تأخره عن الإيجاب.

وفيه: أولاً: إنه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بالإيجاب، وهذا لا يمنع عن جواز التقديم - كما تقدم - ولا يلزم منه عدم الارتباط بالإيجاب كما هو واضح. وثانياً: ما تقدم من أن المطاوعة الانشائية قابلة للتقدم وليست كالمطاوعة الحقيقية.

الثاني: الإجماع على اعتبار القبول في العقد، وهو متضمن لمعنى المطاوعة.

وفيه: إن المتيقن من الإجماع اعتبار القبول الشامل للرضا بالإيجاب.

الثالث: إن الاشتراء أو الابتياح بمفهومه متضمن لاتخاذ المبدأ، فإن كان بعنوان اتخاذ المبدأ من الغير فهو مطاوعة قصدية، وإن كان بعنوان اتخاذ المبدأ ابتداءً فيكون من إنشاء بيع مال الغير فضولاً لا إنشاء الملكية قبولاً.

فإن قلت إن الاجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله اشترت حتى يقع قبولا لأن انشاء مالكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له، يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون اشترت متأخرا التزاما بالأثر عقيب انشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فإن مجرد انشاء المالكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة فإنه لا قبول فيه رأسا. قلت: المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب.

وأما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة وقبول الأثر، فلا، فقد تبين من جميع ذلك أن انشاء القبول لا بد أن يكون جامعا لتضمن انشاء النقل و للرضا بانشاء البائع تقدم أو تأخر ولا يعتبر انشاء انفعال نقل البائع، فقد تحصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ: اشترت وفاقا لمن عرفت، بل هو ظاهر اطلاق الشيخ في الخلاف حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والايجاب. وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل اشترت: وكذا السيد في الغنية حيث أطلق اعتبار الايجاب والقبول واحترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة وبالاستيجاب والايجاب وكذا ظاهر إطلاق الحلبي [أبو الصلاح] في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد.

والحاصل أن المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء: الحلبي وابن حمزة، فمن التعجب بعد ذلك حكاية الاجماع عن الخلاف على تقديم الايجاب، مع أنه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب والايجاب بأن ما عداه مجمع على صحته وليس على صحته دليل ولعمري أن مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول.

وقد نبهنا على أمثال ذلك في مواردنا نعم يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب { ١ } ولا فرق بين المتعارف هنا، وبينه في المسألة الآتية، وهو الوصل. بين الايجاب والقبول

وفيه أولا: إن المطوعة الانشائية لا تمنع من التقديم كما تقدم. وثانيا: إن صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطوعة دائما. { ١ } الرابع: ما أوجب تردد المصنف قدس سره وهو كون تقديم القبول خلاف المتعارف المعهود من الصيغة.

فالحكم لا يخلو عن شوب الاشكال، ثم إن ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدي بانشاء مستقل كالإجارة التي يؤدي قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا، أو ملكة والنكاح الذي يؤدي قبوله بلفظ نكحت وتزوجت. وأما ما لا انشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كارتهمت. { ١ } فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا التزام في قبوله لشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع، بل لا 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 رهننت 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 انشاء للفعل [لنقل] والقبول انشاء للانفعال [لانتقال]، وكذا القول في الهبة والقرض فإنه لا يحصل من انشاء القبول فيهما التزام بشيء، وإنما يحصل به الرضا بفعل الموجب ونحوها قبول المصالحة المتضمنة للاسقاط أو التملك بغير عوض،

وفيه: إن التعارف لا يوجب تقييد المطلقات وانصرافها. فتحصل: إن الأظهر جواز تقديم القبول مطلقا لاطلاق أدلة امضاء البيع والتجارة والعقود.

المؤيد بالنصوص الخاصة الواردة في موارد مخصوصة المتقدمة الإشارة إليها. { ١ } قوله وأما ما لا انشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كارتهمت.

لما فرغ من بيان حكم القبول من حيث التقديم والتأخير في العقود المعاوضية المستلزمة لكون القابل فيها باذلا لشيء من عمل أو منفعة أو عين أو تسليط، أراد بيان حكمه في العقود غير المعاوضية.

وحاصل ما ذكره فيها أنها على قسمين.

منها ما لا يعتبر في قبوله سوى الرضا بالايجاب وهي العقود الإذنية كالوكالة والعارية وشبههما مما ليس فيه اعطاء وأخذ أصلا، بل إنما يفيد إباحة أو سلطنة على التصرف أو الحفظ.

ومنها ما يعتبر في قبوله عنوان المطاولة كالرهن والهبة والقرض وشبهها

أما المصالحة المشتملة على المعاوضة { ١ } 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 البادي منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة وعرفا،

مما يتضمن اعطاء من طرف وأخذ من الآخر. والوجه في اعتباره في قبولها لزوم تحقق عنوان المرتهن والمتهب والمقترض ليترتب عليها أحكامها، وتلك العناوين تتحقق بالقبول، فيعتبر في قبولها عنوان المطاوعة. وفي القسم الأول: لا مانع من تقديم القبول، لأن الرضا يتعلق بالأمر المتأخر. وفي القسم الثاني: لا يجوز التقديم، إذ المطاوعة والانفعال بما يوجبه الموجب لا تتحقق قبل الفعل والایجاب. ويرد عليه قدس سره أمور:

الأول: إن الفرق بين القسمين بلا فارق، إذ كما أنه رتب الأحكام في القسم الثاني على المرتهن مثلا، كذلك رتب في القسم الأول على العناوين الخاصة من المستعير والوكيل وشبههما، وهذه العناوين لا تتحقق قبل القبول، والمحقق لها هو القبول. الثاني: إن العناوين المشار إليها في القسمين ليست عناوين قصدية، وإنما هي تصدق على القابل بعد تحقق العقد، وإن لم يكن القابل ملتفتا إليها كعنوان البائع والمشتري.

الثالث: إن الممتنع تحقق عنوان المطاوعة في الوعاء المناسب له قبل الايجاب، وأما انشاء ذلك العنوان المتحقق بعد الايجاب فلا مانع فيه، ولم يدل دليل على اعتبار تحقق عنوان المطاوعة في حال القبول.

فحصل: إن الأظهر جواز تقديم القبول في القسمين: { ١ } قوله أما المصالحة المشتملة على المعاوضة.. موجبا لصدق الموجب عليه. محصل ما ذكره فيه أن القبول في المصالحة المشتملة على المعاوضة. منحصر

ثم لما انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول إذ لو قال أيضا صالحتك، كان إيجابا آخر فليزم تركيب العقد من إيجابين، وتحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصلح أيضا غير جائز إذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت ورضيت.

وقد عرفت أن قبلت ورضيت مع التقديم لا يدل على انشاء لنقل العوض في الحال. فتلخص مما ذكرنا أن القبول في العقود على أقسام: لأنه أما أن يكون التزاما بشئ من القابل كنقل مال عنه أو زوجية. وأما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب، 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 أما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان والاتهاب والاقتراض.

وأما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالايجاب، كالكالة والعارية وشبههما فتقديم القبول على الايجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين،

بلفظ قبلت من جهة أن الالتزامين من المتسالمين متساويان، ولذا كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين، فنسبتها إليهما على حد سواء، فإن أنشأ القبول بلفظ قبلت كان الايجاب معه عقدا، وإلا كانا ايجابين غير مرتبطين، فإن كان قبولها بلفظ قبلت لزم تأخيرها لما عرفت من أن قبلت إذا قدم لا يدل على النقل في الحال. ويرد عليه - مضافا إلى ما تقدم من أنه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بما أنشأه الموجب، وأنه لا يعتبر النقل في الحال في القبول. أنه في تحقق عنوان المصالحة كعنوان البيع لا يعتبر أزيد من كون انشاء التسالم من أحدهما، وقبول ذلك من الآخر كان بلفظ قبلت أو تصالحت أو غيرهما. فتحصل: إن الأظهر جواز تقديم القبول في جميع العقود.

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 فكل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، وإلا فكل منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره ويملك مال غيره بإزاء ماله. ومن جملة شروط العقد: الموالاة بين إيجابه وقبوله { ١ } ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع، ثم العلامة والشهيدان والمحقق الثاني والشيخ المقداد، قال الشهيد في القواعد الموالاة معتبرة في العقد ونحوه، وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى [الاستثناء] والمستثنى منه { ٢ } وقال بعض العامة لا يضر قول الزوج بعد الإيجاب الحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها،

اعتبار الموالاة

{ ١ } قوله ومن جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه وقبوله. وهو: المحكي عن الشيخ في المبسوط في باب الخلع والعلامة والشهيدان والمحقق الثاني والشيخ المقداد وغيرهم من الأساطين. { ٢ } قوله وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه. الظاهر أن مراده أن ظهور اعتبار الاتصال بينهما صار منشئا للتنبيه على اعتبار الاتصال في غيره من الموارد المشابهة له. ووجه ظهور اعتباره فيه - أحد أمرين. أحدهما ما أفاده المصنف قدس سره بعد أسطر بقوله ويحتمل بعيدا الخ. وهو أن المستثنى من الملحقات التي توجب خروج الكلام من الكذب إلى الصدق، فلا بد من اتصاله كي يخرج الكلام عن الكذب بحسب ظاهره. ثانيهما أن كلمة إلا، بما أن معناها معنى حرفي متقوم بالطرفين فلا بد من اتصال المستثنى بالمستثنى منه كي تتحقق تلك النسبة والربط.

ومنه الفورية في استتابة المرتد { ١ } فيعتبر في الحال، وقيل: إلى ثلاثة أيام، ومنه السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيرا أبطله، ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها (خلالها)، كذا التشهد ومنه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع { ٢ } فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة، واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة، ومنه الموالاتة في التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر والموالاتة في سنة التعريف، فلو رجع في أثناء المدة استونفت ليتوالى، انتهى.

أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً 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 ببعضه ببعض فيقدهم تحلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية { ٣ } ولذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كل أمر بحسبه،

{ ١ } قوله ومنه الفورية في استتابة المرتد.

الظاهر أن مراد الشهيد قدس سره عدم الفصل بين الاستتابة والتوبة بحيث يظهر كون التوبة إجابة للاستتابة، فلو أخرها لم تقبل خلافاً لمن قال إنها تقبل وإن تاب بعد ثلاثة أيام. لا ما ذكره المصنف قدس سره في تفسير كلام الشهيد وهو عدم الفصل بين الارتداد والاستتابة.

{ ٢ } قوله ومنه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع.

يعني أن ما دل (١) على اعتبار العدد في الجمعة يقتضي اعتبار دخولهم في الصلاة قبل الركوع على وجه يعد المجموع أي تمام الصلاة فعلاً لجميعهم. واستدل لاعتبار الموالاتة بين الإيجاب والقبول بوجوه.

{ ٣ } الأول: ما عن الشهيد قدس سره وحاصله: إن كل أمرين أو أمور يجمعها عنوان واحد

كالصلاة والأذان ونحوهما يعتبر في تحقق ذلك العنوان وانطباقه عليها عدم الفصل بينها بنحو يوجب عدم تحقق الصورة الاتصالية وضرورة كل واحد عنواناً مستقلاً. ومن هذا القبيل العقد، فإنه عبارة عن ربط انشاء أحدهما بانشاء الآخر، فلو انفصل

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب صلاة الجمعة.

فيجوز الفصل بين كل من الايجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما، ويجوز 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 وباطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم، بل الملك، أما لو كان منوطا بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد. { ١ } 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 الموالاة بين أجزاء الكلام، ثم تعدى منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظا، أو معنى، أو من حيث صدق عنوان خاص عليه لكونه عقدا أو قراءة أو أذانا ونحو ذلك،

القبول عن الايجاب بزمان معتد به عرفا لما صدق عليهما العقد، فلا يترتب عليهما الأثر المترقب منه.

{ ١ } وأجاب: عن هذا الوجه المصنف قدس سره: بأن حكم الملك واللزوم في المعاملة لو كان منوطا بصدق العقد كان ما ذكر تاما، وأما لو كان منوطا بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد.

وأورد على هذا الجواب المحقق النائيني قدس سره تأييدا للشهيد قدس سره بايرادات: منها: إنه ليس البيع والتجارة والصلح والنكاح إلا العقود المتعارفة. وفيه: إن التعارف لا يوجب الانصراف الذي يعتمد عليه في تقييد اطلاق الأدلة كما حقق في محله.

وإن أريد به عدم صدق البيع كما لا يصدق العقد عليه فهو بديهي البطلان. ومنها: إن أدلة امضاء البيع والتجارة عن تراض من جهة عدم ورودها في مقام

ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتد. فإن غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه أن المطلوب في الاسلام 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 الاخلال بها وللتأمل في هذه الفروع وفي صحة تفريعها على الأصل المذكور مجال،

البيان من جميع الجهات لا سبيل إلى التمسك باطلاقها. وفيه: إنه قد عرفت أنها مطلقة من هذه الجهات، ولذا بنينا على التمسك باطلاقها لامضاء الأسباب، مع أن الشك في كونها في مقام البيان يكفي في الحكم بالاطلاق. ومنها: أنه لا يمكن التفكيك بين الصحة واللزوم إلا بدليل خارجي من الاجماع ونحوه من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين أو جعلهما لأنفسهما أو لا جنبي، وعليه فحيث إن هذه المعاملة - أي الايجاب والقبول الذي تخلل الفصل بينهما - لا تكون مشمولة لدليل أوفوا بالعقود (١) الذي هو دليل اللزوم - ولأجل ذلك لا يحكم بلزومها - فلا بد من البناء على فسادها أيضا.

وفيه: أولا: قد عرفت أن دليل لزوم البيع لا ينحصر به. وثانيا: إنه لم يدل دليل على عدم التفكيك بين الصحة واللزوم. وثالثا: إنه لو سلم ذلك، فليكن دليل الصحة - بضميمة عدم الفصل بين الصحة واللزوم - كافيا في الحكم باللزوم، وعدم شمول دليل أوفوا بالعقود لا يدل على عدم لزومه كي يحكم بضميمة عدم الفصل بالفساد، فإنه يقتضي لزوم كل عقد لا عدم لزوم غير العقد، فلا يصلح لمعارضة دليل الصحة، إذ اللاقتضاء لا يعارض المقتضي لشيء. ويمكن الجواب عن الشهيد قدس سره بوجه آخر - وهو ايراد على المصنف قدس سره أيضا حيث سلم عدم صدق العقد عليه - وهو: إن العقد من مقولة المعنى لا اللفظ، وهو عبادة عن ربط

(١) المائدة، آية ٢.

ثم إن المعيار في الموالاتة موكول إلى العرف كما في الصلاة والقراءة والأذان ونحوه، ويظهر من رواية سهل الساعدي المتقدمة في مسألة تقديم القبول، جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي، بناء على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي زوجها والإيجاب قوله بعد فصل طويل زوجته بما معك من القرآن، ولعل هذا موهن آخر للرواية، فافهم.

أحد الالتزامين بالآخر باعتبار ورودهما على أمر واحد، وهو كون أحد المالين بإزاء الآخر، وهذا لا يقتضي إلا بقاء الالتزام الأول على حاله وإن تخلل زمان طويل. نعم إذا لم يكن الالتزام الأول باقيا في نفس الموجب بأن أعرض عنه مثلا لم يرتبط الالتزام الثاني به، وهذا أيضا لا فرق فيه بين تخلل زمان قصير أو طويل. فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه.

الوجه الثاني: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إن في العقود المعاوضية خلعا ولبسا أو إيجاد علقه، فلا بد وأن يكون مقارنا للخلع لبس، وهكذا مقارنا لإيجاد العلقه قبول، وإلا تقع الإضافة أو العلقه بلا محل ومضاف إليه. وفيه: أولا: النقض بالزمان القصير الفاصل بين الإيجاب والقبول قهرا في جميع الموارد، فإنه لا فرق في هذا المحذور بين الزمان القصير والطويل. وثانيا: إن الخلع في اعتبار الموجب وإن تحقق من حين الإيجاب إلا أن اللبس في اعتباره أيضا كذلك، وأما في اعتبار العقلاء والشارع فكما ليس لبس إلا بعد القبول، ليس خلع كذلك. فتدبر فإنه دقيق.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره، وهو: أنه يلزم من الفصل المخل بالموالاتة عدم تطابق الإيجاب والقبول، فإن الإيجاب نقل من حينه، فإذا تأخر القبول فإما أن يكون قبولا لتمام مضمون الإيجاب فيلزم حصول النقل قبل حصول تمام العقد وذلك باطل أو يكون قبولا لبعض مضمونه - أعني النقل من حين تحقق القبول - فيلزم عدم المطابقة بين الإيجاب والقبول.

ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد { ١ } بأن لا يكون 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 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 الاجماع عليه وظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتفاق عليه. والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد { ٢ } وإن لم يتعرض الأكثر في هذا المقام،

وفيه: أنه ستعرف عدم اعتبار التطابق بينهما بنحو يشمل مثل هذا التطابق. مع أن النقل في اعتبار العقلاء والشارع لا يقع إلا بعد تمامية العقد في جميع الموارد.

فتحصل: إن الأظهر عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول. ومن الشرائط التنجيز في العقد

{ ١ } الخامسة: صرح جماعة منهم الشيخ، والحلي، والعلامة وجميع من تأخر عنه كالشهيدين والمحقق الثاني، وغيرهم: بأنه يعتبر في العقد التنجيز، بأن لا يكون معلقا على شئ بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشئ لا في غيرها. وفي المتن.

{ ٢ } والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد. وعن جماعة: دعوى الاجماع عليه.

وتنقيح القول في المقام: إن المعلق بحسب التصوير العقلي أحد أمور ثلاثة: الأول: الانشاء.

الثاني: المنشأ كالملكية مثلا.

الثالث: متعلق المنشأ، كما لو أجر دارا فعلا ليسكن فيها بعد سنة فإن المنشأ كالانشاء ليس معلقا بل المعلق هو متعلق المنشأ أي سكنى الدار، وإلا فالمستأجر

ويدل عليه فحوى فتاويهم ومعاهد الاجماع في اشتراط التنجيز في الوكالة مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كلما دل على الإذن، حتى أن العلامة ادعى الاجماع - على ما حكى عنه - على عدم صحة أن يقول الموكل: أنت وكيل في يوم الجمعة أن تبيع عبدي، وعلى صحة قوله أنت وكيل ولا تتبع عبدي إلا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحدا وفرق بينهما جماعة بعد الاعتراف بأن هذا في معنى التعليق 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 اتفاهم على الحكم. وأما الكلام في وجه الاشتراط فالذي صرح به العلامة في التذكرة أنه مناف للجزم حال الانشاء بل جعل الشرط هو الجزم. ثم فرع عليه عدم جواز التعليق قال الخامس من الشروط الجزم فلو علق العقد على شرط لم يصح وإن كان الشرط المشية للجهل بثبوتها حال العقد، وبقائها مدته وهو أحد قولي الشافعي، وأظهرهما عندهم الصحة، لأن هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد لأنه لو لم يشأ لم يشتر انتهى كلامه، وتبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده قال: لأن الانتقال بحكم الرضا ولا رضا إلا مع الجزم والجم ينافي التعليق، انتهى.

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 الانشاء في العقود والايقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول لكن الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم أن الجزم ينافي التعليق لأنه بعرضة عدم الحصول، ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لأن الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد، ثم قال: فإن قلت فعلى هذا يبطل قوله في صورة انكار التوكيل: إن كان لي فقد بعته منك بكذا، قلت: هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع، وكذا القول لو قال في صورة انكار وكالة التزويج وانكار التزويج حيث تدعيه المرأة إن كانت زوجتي فهي طالق، انتهى كلامه رحمه الله.

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، انتهى.

وتفصيل الكلام أن المعلق عليه، أما أن يكون معلوم التحقق، وأما أن يكون محتمل التحقق وعلى الوجهين: إما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل، وعلى التقادير، فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد ككون الشيء مما يصح تملكه شرعا، أو مما يصح اخراجه عن الملك كغير أم الولد وغير الموقوف ونحوه، وكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا كأن لا يكون عبداً وممن يجوز العقد معه، بأن يكون بالغاً، وأما أن لا يكون كذلك، ثم التعليق أما مصرح به وأما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة، وقوله في القرض والهبة خذ هذا، بعوضه أو خذ بلا عوض يوم الجمعة فإن التمليك معلق على تحقق الجمعة في الحال أو في الاستقبال ولهذا احتمل العلامة في النهاية، وولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته معللاً بأن العقد وإن كان منجزاً في الصورة إلا أنه معلق والتقدير إن مات مورثي فقد بعته، فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر أنه غير قادح، وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقق والعلامة والشهيد والمحقق الثاني والصيمري. وحكي أيضاً عن المبسوط والايضاح 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 منها 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 حكى 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 أيضاً، انتهى. فإن ذيله يدل على أن مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص

بالإمامية. نعم مماثلته للعتق مختص بهم، وما كان منها مشكوك الحصول وليس صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم الحاج، فهو المتيقن من معقد اتفاقهم، وما كان صحة العقد معلقة عليه كالأمثلة المتقدمة. فظاهر اطلاق كلامهم يشملهم، 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 اطلاق العقد، لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الاطلاق لم يضر إظهاره وشرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلثين أو ما أشبه ذلك انتهى. وهذا الكلام وإن حكاه عن بعض الناس إلا أن الظاهر ارتضائه 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 كالالزام ببعض غاياته فكما لا يضر الالزام بما يقتضي العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان الاطلاق معلقاً عليه ومقيداً به، وهذا الوجه وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق في انشاء العقد، لأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد دون انشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء، والمعلق على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلم على شيء بل ولا منجزاً، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له كاف في عدم الظن بتحقيق الاجماع 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 بعته إن قبلت ويظهر منه ذلك أيضاً في آخر القواعد، ثم إنك قد عرفت أن العمدة في المسألة هو الاجماع، وربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق، وبطلانه واضح لأن المراد بالانشاء إن كان هو مدلول الكلام، فالتعليق غير متصور فيه إلا أن الكلام ليس فيه، وإن كان الكلام في أنه كما يصح انشاء الملكية المتحققة على كل تقدير

فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر، كقوله هذا لك إن جاء زيد غدا، وخذ 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 والايقاعات {١}

الثاني أن ما صرح به المصنف قدس سره في المقام في بيان صحة التعليق في المنشأ بقوله. {١} فلا ريب في أنه متصور وواقع في العرف والشرع كثيرا في الأوامر والمعاملات من العقود والايقاعات.

ينافي ما نسب إليه في التقارير في مبحث الواجب المشروط من امتناعه. وكيف كان: فصور التعليق في المنشأ على ما ذكره المصنف قدس سره ثمان. إلا أن الظاهر أنها اثنتا عشرة وذلك لأن المعلق عليه. إن كان أمرا حاليا فتارة: يكون معلوم التحقق، وأخرى: يكون مشكوك التحقق. وعلى التقديرين فتارة: يكون مما له دخل في صحة العقد، وأخرى: لا يكون دخيلا فيه. وإن كان أمرا استقباليا فهذه التقادير الأربعة تتصور فيه، بإضافة أنه على أي تقدير ربما يكون القيد مأخوذا فيه على نحو الشرط المتأخر، بمعنى أنه ينشأ الملكية الفعلية على فرض تحقق ذلك الأمر في المستقبل، وربما يكون بنحو الشرط المقارن، بمعنى أنه ينشأ الملكية على تقدير تحققه بعد تحققه.

فإن كان المعلق عليه أمرا استقباليا مشكوك الحصول، ولم تكن صحة العقد متوقفة عليه، وكان التعليق بنحو الشرط المقارن، فالظاهر أنه مورد اتفاق الأصحاب القائلين بمبطلية التعليق، فلو كان الاجماع تعديا كان هو الحجة في المقام، ولا دليل عليه سوى ذلك.

فإنه قد استدلل للبطلان - بغير الاجماع - بوجوه:
الأول: ما عن جماعة، وهو: اعتبار الجزم في العقد، وهو منافي للتعليق.

ويتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من أن ظاهر ما دل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعلق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك { ١ } وفيه بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة واللزوم في مثل قوله تعالى (أوفوا بالعقود) لأن دليل حلية البيع وتسلط الناس على أموالهم كاف في إثبات ذلك { ٢ } إن العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد (أوفوا بالعقود) إلا مفاد أوفوا بالعهد في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

وفيه: إنه إن أريد به الجزم بالانشاء فهو حاصل كما هو واضح، وإن أريد به الجزم بالمنشأ في نظره - أي تحقق الملكية الاعتبارية جزماً - فهو محل الكلام، وإن تمسك بالاجماع على اعتباره فسيأتي الكلام فيه.

{ ١ } الثاني: إن ظاهر خطاب (أوفوا بالعقود) (١) كظاهر سائر الخطابات: إن الحكم مطلق غير مشروط بشيء، فيكون ظاهره ترتب الأثر على العقد، وعليه فإن التزم بترتب الأثر فعلاً قبل تحقق ما علق عليه كان ذلك منافياً للانشاء المعلق، ولا سبيل إليه. وإن التزم بعدم ترتب الأثر فعلاً لزم عدم كونه مشمولاً لهذا الخطاب، فلا دليل على لزوم الوفاء به وترتيب الأثر عليه.

وفيه أولاً: إن دليل الصحة لا ينحصر بأوفوا بالعقود، بل هناك أدلة أخرى من قبيل (أحل الله البيع) (٢) التي لا يجري فيها هذا الوجه، ولا فرق في ذلك بين المعلق والمنجز. ولا يخفى أن هذا الإيراد إنما يرد على المستدل لو كان مفاد (أحل الله البيع) الحلية الوضعية، ولا يرد عليه لو كان مفاده الحلية التكليفية، فإن ما ذكر في وجه اختصاص (أوفوا بالعقود) يجري فيه طابق النعل بالنعل. { ٢ } وبذلك ظهر أن المصنف قدس سره حيث التزم في مبحث المعاطاة بأن مفاده الحلية

(١) المائة، ٢.

(٢) البقرة، ٢٧٥.

والحاصل أنه إن أريد بالمسبب هو مدلول العقد فعدم تخلفه عن انشاء 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 معلقا فأثره الملكية المعلقة مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جدا { ١ }

التكليفية ليس له هذا الايراد.

{ ١ } كما أن ايراده عليه بقوله مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جدا. ليس في محله، إذ التخلف مع الدليل لا يوجب سلب الظهور المدعى في الاستدلال، اللهم إلا أن يكون مراده أن التخلف كثير، ولو بنى على الظهور المزبور لزم تخصيص الأكثر المستهجن.

وثانيا: إن العقد ليس هو اللفظ كما تقدم، بل هو ربط أحد الالتزامين الواردين على مورد واحد بالآخر، والوفاء به عبارة عن اتمامه، ومعنى ذلك فيما إذا كان متعلقه النتيجة هو عدم حله ونقضه لا ترتيب الآثار عليه، ومن الواضح أنه في هذا الذي ذكرناه لا فرق بين العقد المعلق والمنجز.

الثالث: أنه يلزم تخلف المنشأ عن الانشاء، وهو غير معقول.

وفيه: إن هذه شبهة أوردوها على الواجب المشروط وقد أجبنا عنها في كتابنا زبدة الأصول مفصلا.

ونقتصر في المقام على الإشارة إلى وقوع ذلك الذي هو أدل دليل على امكانه، لاحظ، الوصية، والنذر، والتدبير، والواجب المشروط.

الرابع: ما عن المحقق النائيني قدس سره، وهو: انصراف العقود إلى العقود غير المعلقة المتعارفة بين عامة الناس، فلا تشمل أدلة العقود والعناوين العقد المعلق.

وفيه: مضافا إلى أن التعارف لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق، أن التعليق في العقد واقع كثيرا كما تقدم

مع أن ما ذكره لا يجري في مثل قوله: بعتك إن شئت، وإن قبلت فقال 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، مع أن ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنه كما لا يخفى، 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 لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، وليس إلا العقد العاري عن التعليق { ١ } إذ فيه أن اطلاق الأدلة مثل حلية البيع وتسلط 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 الاجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً، ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء.

{ ١ } الخامس: إن الأسباب الشرعية توقيفية لا بد فيها من الاقتصار على المتيقن، وهو العقد الخالي عن التعليق. وفيه: إن هذا يتم إذا لم تكن هناك عمومات ومطلقات من قبيل أحل الله البيع وفتحصل مما ذكرناه: إنه ليس في مقابل العمومات والمطلقات الدالة على الصحة ما يدل على بطلان العقد المعلق سوى الاجماع. وفي مقابل هذه الصورة صورتان. إحداهما: ما إذا كان المعلق عليه أمراً حالياً معلوم الحصول مع كونه مما تتوقف صحة العقد عليه. ثانيتهما: ما إذا كان المعلق عليه أمراً استقبالياً كذلك، مع كون القيد مأخوذاً على نحو الشرط المتأخر، فإنه لا يجري فيهما شيء من المحاذير المتقدمة حتى الاجماع، بل لعل الاجماع قائم على عدم بطلان العقد المعلق فيهما.

وأما إذا أنشأ من غير تعليق صح العقد، وإن كان المنشئ مترددا في ترتب الأثر عليه شرعا أو عرفا { ١ } كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم أن المال له، أو أن المبيع مما يتمول أو أن المشتري راض حين الايجاب أم لا أو غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا أو شرعا، بل الظاهر أنه لا يقدر 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 سببا لارتفاع القصد، نعم ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية أو الشك فيها في انشاء الطلاق، فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزا من دون العلم بالزوجية

الأول: إن القادح إنما هو التعليق في العقد، فلو كان مترددا في ترتب الأثر على العقد الذي ينشأه شرعا وأنه صحيح أو فاسد لا كلام في صحته، فإنه لا يكون هذا التردد مورثا للتعليق في ما ينشأه، إذ العلم بالفساد يجتمع مع القصد إلى المعاملة فضلا عن التردد فيه.

هذا فيما إذا كان مترددا في تأثيره شرعا، ولو كان مترددا في تأثيره عرفا فإن كان ما يحتمل دخله في ترتب الأثر عرفا مقوما لعنوان المعاملة وتحققها كالزوجية بالإضافة إلى الطلاق، لا محالة يكون ذلك منافيا للتنجيز، وإلا فلا.

وبما ذكرناه ظهر أن ما أفاده المصنف قدس سره.

{ ١ } بقوله: وأما إذا أنشأ من غير تعليق صح العقد، وإن كان المنشئ مترددا في ترتب الأثر عليه شرعا أو عرفا.

تام، وأن مراده ما ذكرناه، لا أن مراده كون التنجيز من شرائط الصيغة. فلا يرد عليه ما أفاده السيد في الحاشية بقوله: مقتضى ما ذكره العلامة والشهيد من كون الوجه اعتبار الجزم البطلان في هذه الصورة أيضا.

وكذا الرقية في العتق، وحينئذ فإذا مست الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط
وقلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه، فلا بد من إبرازه بصورة
التنجيز { ١ } وإن كان في الواقع معلقا، أو يوكل غيره الجاهل بالحال بايقاعه ولا
يقدر فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لأن فساد الوكالة
بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن إلا أن ظاهر الشهيد في القواعد الحزم بالبطلان،
فيما لو زوج امرأة يشك في أنها محرمة عليه فظهر حلها وعلل ذلك بعدم الحزم
حال العقد، قال: وكذا الايقاعات كما لو خالع امرأة أو طلقها وهو شاك في
زوجيتها أو ولي نائب الإمام عليه السلام قاضيا لا يعلم أهليته، وإن ظهر أهلا ثم قال:
ويخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حياته، فبان ميتا لأن الحزم هنا حاصل، لكن
خصوصية البائع غير معلومة وإن قيل بالبطلان أمكن لعدم القصد إلى نقل ملكه،
وكذا لو زوج أمة أبيه فظهر ميتا، انتهى. والظاهر الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه
بإمكان الحزم فيهما دون مثال الطلاق، فافهم.

الثاني: إنه هل يكون هذا الشرط من شرائط الصيغة كالعربية كما يظهر من بعض
كلماتهم وإليه يشعر ما في المتن.

{ ١ } فإذا مست الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق
الانشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من إبرازه بصورة التنجيز.
أم يرجع هذا الشرط إلى المعنى المقصود بأن يعتبر في المعاملة أن لا يكون القصد
إليها معلقا على أمر، كما هو صريح المحقق النائيني قدس سره حيث قال: لا ينحصر
التعليق في

أداة الشرط بل كل ما كان في معنى التعليق ولو بغير الأداة؟ وجهان.
أقواهما الثاني، إذ الظاهر من كلماتهم ومعاهد اجتماعاتهم هو ذلك كما هو مقتضى
الوجوه الخمسة المشار إليها المذكورة لبطلان التعليق.
الثالث: هل هناك فرق بين الأمور التي تتوقف صحة العقد عليها فلا مانع من تعليق
العقد عليها، وبين ما لا تتوقف صحة العقد عليه فالتعليق عليه مبطل أم لا؟ وجهان.
قد استدلل للأول الشيخ الأكبر في محكي المبسوط: بأن التعليق على ما تتوقف
صحة العقد، عليه ليس إلا شرطا لما يقتضيه اطلاق العقد، فإذا اقتضاه الاطلاق لم يضر
إظهاره وشرطه.

وقال في موضع 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، انتهى.

ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول { ١ } فلو اختلفا في المضمون، بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري، أو المضمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط،

واستدل المحقق النائيني قدس سره له بالانصراف.

وهذا الوجهان وإن كانا فاسدين.

أما الثاني. فلما تقدم.

وأما الأول فلأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد دون انشاء مدلول الكلام، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء كما ذكره المصنف قدس سره.

إلا أنه حيث عرفت انحصار المدرك لهذا الشرط بالاجماع، فمثل هذه الكلمات توجب الترديد في شمول معقد الاجماع للتعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه، فيتعين الرجوع إلى المطلقات والعمومات الدالة على الصحة.

اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول

{ ١ } السادسة: من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول.

كما صرح به غير واحد.

بل الظاهران اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول من القضايا التي قياساتها معها، فإنه مع عدم التطابق - كما لو أنشأ أحدهما بعنوان البيع وقبل الآخر بعنوان الهبة - لا يتحقق

العقد، فإنه مع عدم ورود الالتزامين على مورد واحد لا يكونان مرتبطين، ومع عدم الربط لا يصدق عليهما عنوان العقد.

وإن شئت قلت إن القبول قوامه بالرضا بالايجاب، بل هو حقيقته، فمع عدم كونه قبولا لما أنشأه الموجب لما كان قبولا، فلا يتحقق العقد، بل كانا ايقاعين غير مرتبطين.

فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد { ١ } ووجه هذا الاشتراط واضح وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضا بالإيجاب، فحينئذ لو قال بعته من موكلك بكذا، فقال: اشتريته لنفسي لم ينعقد، ولو قال: بعته من موكلك فقال الموكل: الغير المخاطب: قبلت صح، وكذا لو قال: بعته فأمر المخاطب وكيله بالقبول فقبل،

إنما الكلام في تطبيق هذه الكبرى الكلية على مواردنا: فإن عدم التطابق في بعض الموارد واضح لا يحتاج إلى بيان. كما لو اختلفا في عنوان المعاملة أو في أركانها وهي المبيع والتمن في البيع، مثل ما لو باع العبد بمائة دينار وقبل بيع الجارية. كما أن تحقق التطابق في بعض موارد آخر واضح. كما لو اختلفا من حيث اللفظ مع اتحاد المعنى كأن يقول البائع بعته، فقال: قبلت الشراء.

ومحل الخلاف موارد:

منها: ما إذا أوجب البائع مشروطا بشرط وقبل القابل البيع بلا شرط. ومنها: ما إذا أوجب البائع البيع لشخصين فقبل أحدهما نصف البيع بنصف الثمن. ومنها: ما لو باع البائع شيئين بثمن معين فقبل القابل أحدهما بنصف الثمن. { ١ } أما الأول: فصريح المصنف قدس سره والمحقق النائيني قدس سره: بطلان البيع من جهة عدم المطابقة.

ولكن: الظاهر هو تحقق التطابق الذي دل الدليل على اعتباره، وذلك لأنه لا خلاف بينهم في أن تخلف الشرط أو تعذره أو فساده لا يوجب بطلان العقد بل يقع صحيحا، غاية الأمر غير لازم، فيستكشف من ذلك أن المعاقدة واقعة على الفاقد للشرط، وعليه فالقبول بلا شرط مطابق للإيجاب.

وإن شئت قلت: إن الشرط لو كان قيذا للمعاملة لزم بطلانها عند تخلفه، فالقول بأن تخلفه لا يوجب البطلان يكون مبتنیا على كونه التزاما في ضمن التزام بالمعنى الذي سيأتي تحقيقه في محله، وعليه فالالتزام البيعي غير معلق على شيء،

ولو قال بعتك العبد بكذا، فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه لم ينعقد { ١ } وكذا لو قال: بعتك العبد بمائة درهم، فقال: اشتريته بعشرة دنانير، ولو قال للثنتين بعتهما العبد بألف فقال أحدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم يقع، ولو قال كل منهما ذلك لا يبعد الجواز، ونحوه لو قال البائع بعتك العبد بمائة فقال المشتري اشتريت كل نصف منه بخمسين، وفيه اشكال.

فالقبول بلا شرط مطابق للإيجاب.

ولعله إلى هذا يرجع ما ذكره بعضهم من: أن فساد الشرط إذا لم يخل بصحة العقد فعدم قبول المشتري للشرط الذي تضمنه الإيجاب أولى بعدم الإخلال. { ١ } وأما الثاني: فصريح المحققين المتقدم ذكرهما أيضا البطلان لعدم التطابق، ولكن الظاهر الصحة والتطابق، وذلك لأن البيع لشخصين ينحل إلى بيعين حقيقة، كما يدل عليه افتاء الفقهاء بالصحة وعدم البطلان فيما لو قبلا وفسخ أحدهما البيع في المجلس بالقياس إلى غير الفاسخ، فإذا كان هناك بيعان فالمطابقة بين أحد البيعين والقبول متحققة فلا وجه للبطلان، بل غاية ما هناك ثبوت الخيار للبائع كما لا يخفى. وبما ذكرناه ظهر الحال في الثالث، فإن الأظهر الصحة لعين ما ذكرناه في سابقه. وما أفاده المحقق النائيني قدس سره في المقام من: أنه لا يفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث الانشاء ثبوت خيار تبعض الصفقة الذي هو أثر العقد الصحيح، لأنه لا بد أولا من صحة العقد باتحاد المنشأ ثم اثبات الخيار فيه، فما يترتب على الصحة لا يمكن أن يكون منشأ الصحة.

يرد عليه: إن المثبت للصحة هو الاتحاد بالتقريب المتقدم لا ثبوت الخيار. فلا حظ وتدبر.

فتحصل مما ذكرناه: إن اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول مما لا ينبغي انكاره، إلا أن جملة من الموارد التي ذكرها المصنف قدس سره من موارد عدم المطابقة ليست منها، بل فيها التطابق متحقق، وعليك بالتأمل في كل مورد ثم الحكم بالصحة أو الفساد من جهة وجود التطابق وعدمه.

ومن جملة الشروط في العقد أن يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء { ١ } فلو كان المشتري في حال ايجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الايجاب لم ينعقد { ٢ } ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والاعماء، بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاودة والمعاهدة حينئذ. { ٣ }

اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكل منهما الانشاء

{ ١ } السابعة: من جملة الشروط في العقد: أن يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل منهما الانشاء بلا خلاف فيه في الجملة، بل الظاهر أنه متفق عليه. وتنقيح القول فيه بالبحث في موضعين:

الأول: في عدم الأهلية المانع عن تحقق التعاقد والتعاقد.

الثاني: في عدم الأهلية الموجب لعدم كون العقد عن رضا معتبر. أما الأول: ففيه أقوال:

{ ٢ } الأول: ما اختاره المصنف قدس سره والمحقق النائيني قدس سره وهو: اعتبار واجدية كل

منهما لجميع القيود المعتبرة في تحققه في حال انشاء الآخر.

الثاني: عدم اعتبارها فيهما، اختاره المحقق الإيرواني قدس سره.

الثالث: اعتبار واجدية القابل لها في حال الايجاب وعدم اعتبارها بالنسبة إلى الموجب، ذهب إليه السيد قدس سره في بعض الفروض.

الرابع: عكس ذلك.

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

الأول: في الايجاب.

الثاني: في القبول.

الثالث: فيما بينهما.

أما المورد الأول: فقد استدل لاعتبار واجدية القابل لتلك القيود: في المتن.

{ ٣ } بأن المعاودة والمعاهدة لا تتحقق بدونها، هذا ما أفاده المصنف.

وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي فهو { ١ } شرط حقيقة لا ركن، فإن حقيقة الوصية الايصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه ولو رد جاز له القبول بعد ذلك، وإن كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه أيضا عن مفهوم التعاهد والتعاقد لأن المعتبر فيه عرفا، رضا كل منهما لما ينشأه الآخر حين أنشأه [انشائه] كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رق، لو فرض أو مرض موت والأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق { ٢ }.

فيرد عليه: إن الالتزامات النفسانية لا تزول بذلك، ولذا لا شك لأحد في أن العهود والالتزامات لا تبطل بالموت، فضلا عن النوم والاعماء، ولا فرق بين الموت قبل لحوق القبول وبعده، إذ ضم التزام آخر إليها لا يوجب بقائها إن كانت تزول بالموت. وبما ذكرناه ظهر الحال في المورد الثالث، وأنه لا يعتبر الأهلية بينهما كما لا يخفى. { ١ } قوله وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الوصي فهو شرط. هذا دفع لما توهم من أنه لا كلام في صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فيستكشف من ذلك أن موت الموجب لا يكون مانعا عن تحقق المعاقدة. وحاصل الدفع أن حقيقة الوصية ليست إلا الايصاء ولا يعتبر في تحققها القبول بل هي من الايقاعات وقبولها قبول الوصية وردها ردها لا أنه جزء للوصية. نعم في الوصية التمليكية، من جهة أن ادخال المال في ملك الغير من دون رضا مناف لسلطنة الناس على أنفسهم، وليس من شؤون السلطنة على المال السلطنة على الغير، فلا محالة يتوقف نفوذ التمليك على الرضا، أو عدم الرد على الخلاف إلا أن القبول الكاشف عن الرضا أو عدم الرد شرط لنفوذ الوصية لا أنه جزء للعقد، وتام الكلام في محله.

{ ٢ } قوله والأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ... لغى الايجاب السابق. مراده أن الوجه في الالتفات إلى ما ذكرناه من اعتبار رضا كل منهما حال انشاء الآخر في تحقق المعاقدة، وضوح فساد الايجاب بفسخ الموجب وعدم رضا القابل به، فعلمنا من ذلك مدخلية رضا كل منهما حال انشاء الآخر في تحقق معنى المعاقدة. فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الإيرواني قدس سره بقوله إن هذا عين المسألة المبحوث عنها لا أصلها ومأخذها.

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، أم قام، ولم يكن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاقدة { 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.

ولكن يرد على المصنف قدس سره: إن لغوية الايجاب بفسخ الموجب، أجنبية عن المقام فإن الفسخ موجب لحل الالتزام حقيقة فلا يكون الايجاب باقيا كي يلحقه القبول ويرتبط به، ويتحقق عنوان العقد، وهذا غير ما نحن فيه الذي يكون الالتزام والايجاب باقيا كما عرفت.

وأما الموضوع الثاني: ففيه أيضا أقوال.

وملخص القول فيه: إنه قد استدل المصنف قدس سره لاعتبار واجدية كل منهما لتلك القيود في حال انشاء الآخر.

{ ١ } بعدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة حينئذ.

ولعل نظره الشريف إلى ما أفاده بعض المحققين بأن رضاهما بعد أن كان في نظر الشارع الأقدس كلا رضا، والمفروض أن رضاهما مما يعتبر في تحقق مفهوم التعاهد، لا جرم كان تعاذهما في نظره كالعدم، فلا يكون عقدهما عقدا معتبرا شرعيا. وفيه: إن حقيقة العقد هي ربط الالتزامين الواردين على مورد واحد - كان ذلك مع رضاهما بذلك أو بدونه - فالرضا بالعقد لا يعتبر في تحققه، وعدمه لا يخل به، من غير فرق بين عدم الرضا أصلا أو عدم الاعتبار به شرعا وإنما هو شرط في تأثير انشاء كل منهما نفسه، فاعتبار رضا كل منهما حال انشاء الآخر مما لا أصل له، ولأجل ذلك نلتزم بأن صحة عقد المكره إذا لحقه الرضا إنما تكون على القاعدة، مع أنه لو سلم توقف تحقق العقد على الرضا إلا أن دليل الصحة لا ينحصر بأوفوا بالعقود كما تقدم.

فرع لو اختلف، المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه: { ١ }
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 بالفارسية أردؤها أخيرها

اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة

{ ١ } فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة، فهل يجوز لكل واحد منهما أن يكتفي بما يقتضيه مذهبه، أم لا.
أم يجوز إلا في صورة كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا للنقل كما لو فرضنا أنه لا قائل بصحة العقد بالفارسي مع تقديم القبول على الايجاب، وكان العقد بالفارسي صحيحا عند أحدهما، وتقديم القبول جائزا عند الآخر، فأوقعا العقد كذلك؟ وجوه:

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

الأول: في القيود التي ينحصر دليلها بالاجماع.

الثاني: في ما لدليل اعتباره اطلاق مع عدم سراية إحدى الصفات إلى فعل الآخر.

الثالث: في ما لدليل اعتباره اطلاق مع السراية.

أما الأول: فالظاهر صحة العقد كما هو مقتضى العمومات والمطلقات، والمتيقن من الاجماع على اعتبار ذلك القيد كالعربية مثلا هو غير المقام الصادر فيه الايجاب والقبول عن اعتقاد كل منهما صحة ما أنشأه، ففيه يرجع إلى العمومات المقتضية للصحة.

وأما المورد الثاني: ففيه أقوال:

الأول: الصحة مطلقا.

الثاني: عدم الصحة كذلك.

الثالث: التفصيل بين كون العقد فاسدا في نظر الجميع، بحيث لا قائل بصحته،

والأولان مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية { ١ } فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا إشارة الأخرس وإيجاب العاجز عن العربية وكصلاة المقيم بالنسبة إلى واجد الماء أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلدها؟ والمسألة محررة في الأصول، هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا إلى فعل الآخر كالصراحة والعربية والماضوية

كما لو فرضنا أنه لا قائل بنفوذ العقد الفارسي المقدم إيجابه على قبوله فعدم الصحة، وبين غيره فالصحة.

{ ١ } وقد ابتنى المصنف قدس سره الأولين على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية، فالإيجاب بالفارسي من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة إشارة الأخرس، أم هي أحكام ظاهرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلدها؟ وأورد عليه بوجهين:

الأول: ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره: بأن مجرد كونه حكما واقعا وبمنزلته لا يكفي في الحكم بالصحة، بل لا بد وأن يقيد بما إذا كان كذلك حتى في حق الغير الذي له

مساس بالعقد، فلو كان حكما واقعا في حق المنشئ خاصة لم يجد في الحكم بالصحة بالإضافة إلى غيره.

وفيه: إنه بما أن الملكية من الأحكام المجعولة الوضعية، ومن الاعتباريات لا من الأمور الواقعية، فإذا فرضنا أن الإيجاب بالفارسي وإن كان عند القابل مما لا مصلحة في نفسه في جعل الملكية بعده، إلا أنه من جهة قيام الأمانة عند الموجب تحدث فيه مصلحة بهذا العنوان مقتضية لذلك، فلا محالة للآخر القابل ترتيب الأثر، لأنه لا كشف خلاف لذلك، ولا معنى للقول بأن المصلحة إنما هي في حق الموجب خاصة، فالملكية المجعولة إنما تكون له خاصة. فتدبر فإنه دقيق.

الثاني: ما أفاده السيد في الحاشية وتبعه بعض مشايخنا المحققين قدس سره، وهو: إن

والترتيب { ١ } .

وأما الموالاة والتنجيز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء إلى آخر العقد. فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع لأن بالاخلال بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحة الانشاء يفسد عبارة من يراها شروطاً فإن الموجب إذا علق مثلاً أو لم يبق على صفة صحة الانشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعية ذلك لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الايجاب بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمل { ٢ }

ما ذكر على القول بكون الأحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية إنما يتم بالنسبة إلى ما لو كان الحكم المجتهد فيه مع متعلقه موضوعاً لحكم الآخر، كما لو كان رأيه جواز النكاح بالفارسي فزوج امرأة بالعقد الفارسي فإنه يكون العقد صحيحاً عنده، فلا يجوز لغيره الذي يرى اعتبار العربية تزويج تلك المرأة، ولا ينفع بالنسبة إلى ما إذا كان المتعلق معروضاً لحكمه ولحكم غيره في عرض واحد، كما لو ذكى الذبح بغير الحديد فإنه لا يجوز لمن يرى اعتبار كونه بالحديد الأكل من تلك الذبيحة.

والسر فيه: إن ذلك بعنوانه المجتهد فيه ليس موضوعاً لحكم غيره، فلا يجوز لغيره المخالف له في الرائي الأكل منه.

{ ١ } قوله والترتيب.

وقد أورد عليه بأن الترتيب من الصفات التي تسري إلى فعل الآخر إذا لقابل، إذا قدم قبوله على الايجاب لزعمه جوازه، فيلزم منه تأخر الايجاب، والمفروض أن الموجب يرى بطلان العقد المؤخر ايجابه عن قبوله فليس الايجاب بعده.

ولكن يمكن دفعه بأن مدرك لزوم تقديم الايجاب وعدم جواز تقديم القبول عنده قد عدم كون القبول نقلاً في الحال وهذه الخصوصية لا تسري إلى الايجاب فهو من قبيل الأول لا الثاني.

{ ٢ } قوله فتأمل.

لعله إشارة إلى أن الموالاة إنما تكون شرطاً لصحة القبول لا الايجاب، إذ لا معنى لصحة الايجاب، إلا وقوعه على نحو لو لحقه القبول الواحد للشرائط لأثر، وهو مع فقد الموالاة كذلك فالموالاة من قبيل الترتيب لا التنجيز.

مسألة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه وكان مضمونا عليه { ١ } أما عدم الملك فلأنه مقتضى فرض الفساد. وأما الضمان بمعنى كون تلفه عليه وهو أحد أمور متفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، وادعى الشيخ في باب الرهن وفي موضع من البيع الاجماع عليه صريحا، وتبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد.

وفي السرائر أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان، وفي موضع آخر نسبه إلى أصحابنا ويدل عليه النبوي

{ ١ } قوله لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضمونا عليه. بلا خلاف وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل هو في الجملة من الواضحات. والوجه فيه واضح، لأن ذلك مقتضى فرض الفساد، وتترتب عليه أمور: الأول: أنه لا يجوز له التصرف فيه، وكان مضمونا عليه كما هو المعروف، وعن شيخ الطائفة في باب الرهن وفي موضع من البيع، والحلي في موضعين من السرائر، والعلامة في التذكرة والمختلف، وغيرهم في غيرها: دعوى الاجماع عليه. وليعلم أن محل البحث في المقام إنما هو في فرض التلف، وأما في فرض الاتلاف فلا أظن توهم الخلاف في الضمان، من جهة قاعدة من أتلف.

وكيف كان: فالكلام في موردين:

الأول في الحكم التكليفي، وهو جواز التصرف وعدمه.

الثاني في الحكم الوضعي.

أما الأول: فإن كان المالك المسلط للمشتري على ماله راضيا بالفعل في التصرف في ماله حتى مع فساد العقد - كما لو علم بالفساد وسلطه عليه كذلك - فلا اشكال في جواز التصرف. وإن لم يكن راضيا بالرضا الفعلي ولكن كان راضيا بالرضا التقديري، بمعنى أنه لو كان عالما بالفساد وأن المال ماله كان راضيا بالتصرف فيه، جاز التصرف بناء

على كفاية الرضا التقديري في حلية التصرف. وإلا فلا يجوز لما دل على أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه. (١)

(١) راجع الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي والمستدرک ج ١ ص ٢١٢ وفروع الكافي ج ١ - ص ٤٢٦

والاحتجاج ص ٢٦٧.

المشهور: على اليد ما أخذت حتى تؤدي. { ١ } والخذشة في دلالة بأن كلمة على ظاهرة في الحكم التكليفي، فلا يدل على الضمان { ٢ } ضعيفة جدا، فإن هذا الظهور إنما هو إذا أسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين، لا إلى مال من الأموال كما يقال عليه دين،

ودعوى أن فساد المعاملة لا يوجب زوال الأذن والرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد، لأن الجنس لا يتقوم بفصل خاص. فاسدة، فإن الرضا من قبيل ما يكون ما به اشتراكه عين ما به امتياز. فإذا لم يترتب على الرضا الموجود في ضمن المعاملة أثر - والمفروض أنه ليس هناك رضا آخر - فلا مورد للقول بالجواز. وأما الثاني: فقد مر في التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة ما عن بعضهم من حصول الملك بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة وما يرد عليه. وإنما الكلام في المقام في أنه مع عدم حصول الملك هل يكون ضامنا لو تلف أم لا. المشهور بين الأصحاب هو الأول، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه. واستدل له في المتن بوجهين.

{ ١ } الأول: النبوي المشهور: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١). وهو وإن كان ضعيف السند إلا أنه لاعتماد الأصحاب عليه واستدلالهم به لا مجال للمناقشة في سنده، وإنما المهم دفع ما أورد على الاستدلال به، وهو إنما يكون أمرين. { ٢ } الأول: إن كلمة على ظاهرة في الحكم التكليفي، من جهة أن ظاهر كلمة على هو الاستعلاء والاستعلاء المعقول الحاصل في التكليف أقرب إلى المعنى الحقيقي مما يتصور بالنسبة إلى الوضع. ويمكن الجواب عنه بوجوه. منها: إن حمله على إرادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغوا ويقدر يجب ونحوه، بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى، وهو خلاف الظاهر.

(١) سنن البيهقي ج ٦ - ص ٩٠ - وكنز العمال ج ٥ - ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧، تفسير أبو الفتوح رازي ج ١، ص ٧٨٤، عوالي اللئالي، ج ٢، ص ٣٤٥، ج ١٠ - المستدرک کتاب الغضب باب ١، حديث ٤، نقل عنهما.

فإن لفظة على حينئذ لمجرد الاستقرار في العهدة عينا كان أو دينا {١}.

ومنها: أنه يستدعي تقدير فعل من الأفعال من قبيل رده أو حفظه، وهذا التقدير أيضا خلاف الظاهر.

ومنها: إن تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال إلى صاحبه لا يناسب الغاية، إذ يكون مفاده حينئذ أنه يجب الرد إلى أن يتحقق الرد، فتكون الغاية تحديدا للموضوع، وهو بعيد في الغاية.

ولا يناسب أيضا إرادة دفع البدل، إذ مع إمكان الغاية لا يجب دفع البدل، ومع عدم إمكانها لا غاية كي يفى بها.

فالمتعين حمل الحديث على الوضع.

{١} ثم الوضع المراد من الحديث هل هو بمعنى الضمان بالقوة وهو كون دركه عليه مع تلفه كما هو صريح المتن والمنسوب إلى المشهور.

أم هو بمعنى دخول المأخوذ في العهدة وللعهدة آثار تكليفية ووضعية من حفظه وأدائه مع التمكن وأداء بدله لو تلف - كما اختاره بعض مشايخنا العظام؟ وجهان. أقواهما الثاني، لأن ما قبل الغاية من جهة كونه مغيب بالأداء لا بد وأن يكون أمرا ثابتا فعليا مستمرا إلى أن يتحقق الأداء، وهذا ينطبق على الوجه الثاني، وأما على الوجه الأول فلا أمر مستمر إلى حال الأداء ما لم يتلف.

الإيراد الثاني: ما عن المحقق النائيني قدس سره، وهو: إن الأخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر والغلبة كما تشهد به موارد استعماله - لاحظ قوله تعالى: (وكذلك أخذ ربك إذا أخذ القرى) (١) وقوله: (لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين) (٢) وقوله تعالى: (فأخذناهم أخذ عزيز مقتدر) (٣) وغير ذلك من موارد استعماله. وعليه فيختص الحديث بصورة الغصب ولا يشمل غير ذلك المورد من موارد إذن المالك الحقيقي وتسليط المالك ماله للمشتري.

(١) هود، ١٠٢.

(٢) الحاقة، ٤٦.

(٣) القمر، ٤٢.

ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير { ١ } بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة، لعدم التمييز والشعور،

وفيه: إن الأخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء كان عن قهر وغلبة أم لم يكن، واستعماله في غير موارد الأخذ بالغلبة والقهر كثير، لاحظ قوله تعالى: (خذ العفو) (١) وقوله عز اسمه: (خذ من أموالهم صدقة) (٢) وقوله عليه السلام: خذها فإني إليك معذر. وغير ذلك من الموارد.

فتحصل: إن الحديث يدل على الضمان في مطلق الموارد. { ١ } قال المصنف قدس سره: ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير.

ويرد عليه: أنه يتم على القول باستقلال الأحكام الوضعية في الجعل، وأما بناء على مسلكه قده من أنها منتزعة من الأحكام التكليفية في موارد فلا يتم كما لا يخفى. وما ذكره بعض مشايخنا العظام بقوله: ويمكن دفعه بأن ذلك إنما يتوجه لو أريد من الجملة الانشاء والجعل، وأما لو أريد منه الاخبار بالتعهد، وأن الأخذ متعهد بما أخذه، وأنه يثبت عليه ويتوجه إليه تمام ما في المأخوذ من التكاليف والخسارات المتوجهة طبعاً إلى مالكه، فلا يلزم شيء، ويكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع من التكليف. يرد عليه: - مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر، إذ الظاهر من الجملة كونها في مقام الانشاء لا الأخبار.

إن الأمر الانتزاعي يتبع منشأ انتزاعه فعلاً وتقديراً، فإذا لم يكن بالنسبة إلى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه.

وأما ما أفاده في رسالة الاستصحاب بما حاصله: إن ضمان الصغير حكم وضعي ينتزع من الخطاب المتوجه إليه بعد صيرورته بالغاً بأن يغرم ما أتلفه في حال صغره. فيرد عليه: إن فعلية الأمر الانتزاعي مع كون منشأ انتزاعه أمراً استقبالياً لا تعقل.

(١) الأعراف، ١٩٩.

(٢) التوبة، ١٠٣.

ويدل على الحكم المذكور أيضا قوله عليه السلام في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري أنه: يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة { ١ } فإن ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماء لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، فليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل أحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا كالمثلف فافهم.

{ ١ } هذا هو الوجه الثاني للضمان وهو.

مرسل جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال عليه السلام يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته. (١)

بدعوى أنه يدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري، فيدل بالأولية على ضمان العين في صورة التلف.

وجه الأولوية: إن اليد على المنافع إنما يكون بتبع اليد على الأعيان، فإذا كانت اليد التابعة موجبة للضمان فالمتأصلة أولى بذلك.

وفيه: إنه لو قيل بتكون الولد من نطفة المرأة وكان اللقاح من الرجل. أو قيل بأن الولد ينعقد رقا ويصير حرا بالولادة.

يكون: ذلك اتلافا حقيقة، والضمان في صورة الاتلاف مما لا كلام فيه.

وأما لو قيل بتكونه من نطفة الرجل وأنه ينعقد رقا، فمن حيث أخذ.

الولد منها حرا وإن كان لا اتلاف ولا استيفاء للمنفعة، إلا أنه من حيث اشغال الرحم بتربية ما وضعه فيها استيفاء لمنفعة الرحم، ولا أقل من كونه اتلافا، فإنها كانت مستعدة لانماء نطفة الرق فسلب عنها ذلك باشغالها بنطفته.

وعليه فإذا كان مفاد الحديث ثبوت ضمان الولد بالقيمة كان ذلك تعبدا محضا وتم استدلال المصنف قدس سره به، وأما لو كان مفاده ثبوت ضمان قيمة ولد مملوك فلا يتم، ولا يبعد

دعوى ظهوره في الثاني، ولا أقل من الأجمال.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.

ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة، كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده { ١ } وهذه القاعدة أصلاً وعكساً وإن لم أجد بها هذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة إلا أنها يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في المبسوط، فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.

وحاصله أن قبض المال مقدماً على ضمانه بعوض واقعي أو جعلي موجب للضمان، وهذا المعنى يشمل القبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها. وذكر أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: إن صحيحه لا يوجب الضمان، فكيف يضمن بفساده، وهذا يدل على العكس المذكور، ولم أجد من تأمل فيها عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق، فهل يستحق السابق أجره المثل أم لا، وكيف كان فالمهم بيان معنى القاعدة أصلاً وعكساً، ثم بيان المدرك فيها.

فتحصل: إنه لا يصح الاستدلال به من جهتين.

ثم إنه في مورد الخبر لا بد من البناء على اشتغال ذمة المشتري بالوطاء أيضاً، فإنه منفعة استوفاهما عن ملك الغير.

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده

وفي مفتاح الكرامة نسب إلى الأصحاب أنهم استدلوا للضمان مضافاً إلى ما تقدم بالقاعدة المشهورة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

وفي الجواهر بالنسبة إلى الجملة الأولى أنه يظهر من بعضهم الاجماع عليها. { ١ } وفي المتن: ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده،

فنقول ومن الله الاستعانة: إن المراد بالعقد أعم من الجائز واللازم، بل مما كان فيه شائبة الايقاع، أو كان أقرب إليه فيشمل الجعالة والخلع، والمراد بالضمان في الحملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه معه. { ١ }

وقد أورد على المصنف قدس سره بأن هذه القاعدة أصلا وعكسا لم ترد مورد رواية ولا معقد اجماع كي تكون مدركا لضمان المقبوض بالعقد الفاسد فلا فائدة في البحث فيها. وفيه أن التعرض لذلك بعد بنائه على أن مقتضى حديث على اليد - اقتضاء كل يد للضمان، بيان ما خرج عن تحت هذه القاعدة تخصيصا أو تخصصا. وكيف كان: فالمهم بيان معنى القاعدة أصلا وعكسا، ثم بيان المدرك فيها. فلا بد من البحث في مقامين:

الأول: في الأصل، والكلام فيه في جهات:
الأولى: في معنى الضمان، فعن بعض الأساطين تفسيره بكون تلفه عليه وأنه يتلف مملوكا له.

وفيه: إنه لا دليل ولا وجه لتقدير التالف ملكا لمن تلف في يده إلا بناء على القول بكون أداء البدل من قبيل المعاوضة القهرية الشرعية، وستعرف ما في المبني. مع أن الانسان لا يكون ضامنا لأمواله التالفة ولا يكون ذلك خسارة عليه وإن كان خسارة منه. وفي المتن.

{ ١ } تفسيره بكون المال متداركا بالعوض بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه. ويرد عليه:

أولا: إن هذا لا يناسب معنى الضمان الذي هو من مادة ضمن يضمن بحسب اللغة والمتفاهم العرفي.

وثانيا: أن لازم هذا المعنى عدم فعالية الضمان قبل التلف في العقود الفاسدة. وثالثا: إن الثابت في العقود الصحيحة التملك للمال بالعوض لا التدارك بالعوض، فليس عنوان الدرك والتدارك في الصحيح.

وأما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان أصلا، فلا يقال إن الانسان ضامن لأمواله، 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: { ١ } من العوض الواقعي والجعلي، كما ذكره بعضهم في بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض { ٢ } فإذا ثبت هذا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأن هذا هو التدارك حقيقة. ولذا لو اشترط ضمان العارية

ورابعا: إن التلف لا دخل له في الضمان في الصحيح، وإنما تمام الموضوع فيه هو العقد.

فالحق في معنى الضمان أن يقال: إن المراد به في الجملتين هو المراد به في سائر موارد استعماله، بل سائر موارد استعمال مشتقاته، وهو التعهد المالي. ففي العقود الصحيحة يكون هذا المعنى - أي تعهد كل منهما مال صاحبه بتسبيب من المتعاقدين مع امضاء الشارع - وفي العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع، فالضمان في الجملتين أريد به التعهد المالي.

{ ١ } قوله وثالثة بإزاء أقل الأمرين من العوض الواقعي والجعلي.
{ ٢ } وقد مثل لذلك بتلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.
وفي المسألة أقوال.

الأول عدم وجوب دفع العوض وعدم الضمان، اختاره العلامة، وولده على ما نسب إليهما.

الثاني ما عن جماعة، وهو تعيين دفع المسمى.

الثالث، ما عن المسالك، واختاره المصنف قدس سره وهو وجوب أقل الأمرين من المسمى والعوض الواقعي للعين.

وجه الأول أنه في الهبة المعوضة، لا يجب على المتهب دفع العوض، غاية الأمر مع بقاء العين للواهب الرجوع إذا لم يدفع المتهب العوض، ففي صورة التلف لا يجب عليه شيء، لا العوض المسمى كما هو واضح، ولا الواقعي لفرض أنه هبة صحيحة.

لزم غرامة مثلها أو قيمتها، ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات وغيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق.

وأما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم يضمن بفاسده 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 { ١ } على القول بالإباحة بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان وأن التدارك بالمسمى في الصحيح لامضاء الشارع ما تواطئاً على عوضيته، لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا في العبارة فافهم.

ووجه الثاني عموم ما دل على لزوم الوفاء بالعقد - غاية الأمر أنه في صورة وجود العين يكون المتهم مخيرا بين ردها ودفع المسمى - فإذا تعذر الأول للتلف تعين الثاني. ووجه الثالث أن المتهم قبل التلف مخير بين دفع المشتري ورد العين وإذا تلف يكون هذا الخيار باقيا لأنه تعذر دفع العين يقوم بدلها مقامها في الطرفية للتخيير. فيكون في فرض التلف مخيرا بين دفع المشتري والعوض الواقعي فالواجب عليه أي ما لا بد منه هو دفع أقل الأمرين وتام الكلام في هذه المسألة موكول إلى محله. { ١ } قوله إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضية نظير المعاطاة. وفيه أن معنى الفساد عدم امضاء الشارع لعوضية كل منهما للآخر مطلقا، لا عدم امضائه لها في زمان خاص، أو مع عدم الشرط المنصوص. وعليه فتعين كل منهما للعوضية، عند تلف أحدهما، مناقض لفرض الفساد. وإنما يلتزم بذلك في المعاطاة لما عرفت من أنها صحيحة ممضاة، غاية الأمر تكون مشروطة بشرط، وهو تلف أحدهما فزمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد.

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع { ١ } ليكون أفراده مثل البيع، والصلح والإجارة ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنما 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 بفاسده 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 بفاسدها، ولعل المراد عارية غير الذهب والفضة وغير المشروط ضمانها

{ ١ } الجهة الثانية: في أن عموم العقود هل هو أنواعى، أو أصنافى، أم أفرادى؟ ظاهر العموم وإن كان هو الأخير - كما هو الشأن في كل طبيعة واقعة في متلو أداة العموم كقوله عليه السلام كل شئ طاهر، أو كل مسكر حرام وما شابههما. إلا أن ظاهر قولنا يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وجود الفردين في ما هو الموضوع لهذا الحكم، ولو حمل العام على الأفرادى تعين حمل الصحيح على الفرض والتقدير يقال: إن هذا البيع الفاسد لو كان صحيحا كان يضمن به، فكذلك في هذا الفرض، وهو خلاف الظاهر.

فما احتمله صاحب الجواهر من كون العموم افراديا ضعيف. فيدور الأمر بين كونه أنواعيا أو أصنافيا.

والأظهر هو الثانى، إذ لو كان أنواعيا حيث إنه قد يتفق في نوع واحد، ما يضمن بصحيحه، وما لا يضمن به، كالعارية: فإن في عارية الذهب والفضة ضمان دون عارية غيرهما، وكالصلح فإنه ربما يكون معاوضيا، وربما لا يكون كذلك فلا يفيد سوى الأبراء والتملك المجاني، فالجامع بين القسمين لا محالة لا يكون موجبا للضمان،

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه { ١ } فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة اشكال كما لو استأجر إجارة فاسدة، واشترط فيها ضمان العين. وقلنا بصحة هذا الشرط فهل يضمن بهذا الفاسد لأن صحاحه يضمن به ولو لأجل الشرط أم لا وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة. ويظهر من الرياض اختيار الضمان بفسادها 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، ورتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا أجره كما اختاره الشهيدان أو باع بلا ثمن كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد، ويضعف بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له بالفعل صحيح وفساد، لا ما يفرض تارة صحيحا وأخرى فاسدا، فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة الضمان في مسألة البيع، لأن البيع الصحيح يضمن به 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.

فلا بد من البناء على عدم الضمان في الأفراد الفاسدة منه مطلقا وهو مما لا يمكن الالتزام به.

وإن شئت قلت: إنه مع وجود القسمين في نوع فهل يتبع الفاسد ما يضمن بصحيحه، أو ما لا يضمن به.

وبعبارة ثالثة: إن ظاهر الجملة اتحاد القسمين في جميع ما يعتبر في الضمان وعدمه إلا في الجهة الموجبة للفساد، فيتعين كون العموم أصنافيا.

{ ١ } قوله ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه.

أورد عليه السيد قدس سره: بأن العقد مع الشرط ومجردا عنه صنفان متغايران، وبعد إرادة الصنف من مدخول كل لا يبقى اشكال في أن المراد أعم من أن يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمة الشرط.

وفيه: إن الشرط تارة يكون مؤثرا في اقتضاء العقد للضمان - وبعبارة أخرى:

ثم إن لفظة الباء في بصحيحه وبفاسده. أما بمعنى { ١ } في بأن يراد كلما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده، وأما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض، كما في السلم والصرف بل مطلق البيع حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع بمعنى أن دركه عليه ويتداركه برد الثمن فتأمل. وكذا الإجارة والنكاح والخلع فإن المال في ذلك كله مضمون على من أنتقل عنه إلى أن يتسلمه من أنتقل إليه. وأما العقد الفاسد فلا يكون علة تامة أبدا بل يفتقر في ثبوت الضمان إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سببا. أما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان { ٢ }.

يوجب ضمان متعلق العقد، كما في العارية المضمونة، فإن الشرط يوجب صيرورة يد المستعير يد ضمان.

وأخرى لا يكون كذلك، بل يوجب الضمان في غير متعلق العقد كما لو استأجر إجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين وقنا بصحة هذا الشرط، فإن متعلق العقد هو المنفعة دون العين.

ففي الأول يتم ما ذكره المحشي ولا يتم في الثاني كما لا يخفى.

{ ١ } قوله ثم إن لفظة الباء في بصحيحه وبفاسده أما بمعنى في.

هذه هي الجهة الثالثة: وهي في بيان الباء في بصحيحه وبفاسده.

محتملات الباء في المقام ثلاثة: السببية التامة، السببية الناقصة، الظرفية.

لا سبيل إلى الالتزام بالأول، لأنه ربما لا يوجب العقد الصحيح الضمان إلا بعد

القبض كما في باب الصرف والسلم، فيكون القبض جزء العلة.

وأما الثاني: فالالتزام به في بصحيحه وإن كان لا بأس به إلا أنه لا يتم في بفاسده،

إذ في العقد الفاسد الموجب للضمان هو القبض دون العقد، وقد ذكر المصنف وجهين

لسببية العقد الفاسد للضمان:

{ ٢ } الأول إن العقد منشأ وسبب للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب

للضمان، فهو سبب للسبب.

وأما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض { ١ } ولذا علل الضمان الشيخ وغيره، بدخوله على أن يكون العين مضمونة عليه ولا ريب أنه دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد فهو سبب لضمان ما يقبضه 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: كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وقد ظهر من ذلك أيضا فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد إلى القبض فلا بد من تخصيص القاعدة باجماع ونحوه، ثم إن المدرك لهذه الكلية { ٢ } على ما ذكره في المسالك

وفيه: إن سبب السبب وإن كان سببا إلا أن ذلك فيما إذا كانت السببية في المورد من سنخ واحد تكوينية أو تشريعية، وأما إذا كانت في أحدهما تكوينية وفي الآخر تشريعية فلا يصح هذا الإطلاق كما لا يخفى، والمقام كذلك، فإن سببية العقد الفاسد للقبض ليست تشريعية بخلاف سببية القبض للضمان. وإن شئت قلت: إن الظاهر من هذه الجملة أن السببية المترتبة من هذه القاعدة هي الشرعية لا الخارجية.

{ ١ } الثاني: إن العقد الفاسد سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.

وفيه: إن الموجب للضمان هو القبض، والسببية المشار إليها من قبيل الوصف بحال المتعلق، فعلى هذا بما أن الظاهر بقريئة وحدة السياق إرادة شئ واحد من كلمة الباء، فيتعين حملها على إرادة الظرفية، كما في قوله تعالى: (ولقد نصركم الله بيدر) (١) وقوله: (ونجيناهم بسحر) (٢) وغير ذلك من الاستعمالات.

مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

{ ٢ } قوله ثم إن المدرك لهذه الكلية.

هذه هي الجهة الرابعة: وهي في مدرك هذه القاعدة وقد ذكر له وجوه.

الأول: الاجماع.

وفيه: إنه لو تم الاجماع حيث إنه غير تعبدى لمعلومية مدرك المجمعين فلا يعتنى به.

(١) آل عمران، آية ١١٩.

(٢) القمر، آية ٣٥.

في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل، هو اقدم
الأخذ على الضمان { ١ } ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما أخذت
حتى
تؤدي.

والظاهر أنه تبع في استدلاله بالاقدم 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 { ٢ } لا الضمان بالمثل والقيمة والمفروض عدم امضاء 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

{ ١ } الثاني: اقدم الأخذ على الضمان، وهو وإن دخل على أن يكون المال مضمونا
عليه بالمسمى، لكنه إذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة.
وأورد عليه المصنف قدس سره بايرادات:

{ ١ } منها: إنهما إنما أقدما على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة،
والمفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء
الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى.
وأورد عليه المحقق الخراساني قدس سره على ما نسب إليه: بأنهما إنما أقدما على أصل
الضمان في ضمن الأقدم على ضمان خاص، والشارع إنما لم يمض الضمان الخاص لا
أصله.

وفيه: إن الاقدم الموضوع للأثر هو الأقدم القصدي لا القهري، ومعلوم أن ما
تراضيا عليه وقصداه هو الضمان بشئ خاص، وهذا لا ينحل إلى التراضي بمطلق
الضمان، وكونه بشئ خاص، فلا يكون الأقدم على الضمان بالمسمى اقدا ما على مطلق
الضمان.

فالأولى: أن يورد على المصنف قدس سره: بأن ما ذكره أخص من المدعى، إذ ربما يكون
المسمى مقدارا كلياً منطبقاً على القيمة الواقعية، وربما يكون المسمى هو القيمة الواقعية.
وفي هذين الموردين يكون المقدم عليه هو الذي يحكم بثبوته.

وليس مما أقدم عليه المتعاقدان. هذا كله مع أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب إذ قد يكون الاقدام موجودا ولا ضمان كما قبل القبض { ١ } وقد لا يكون اقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان { ٢ } كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري وكما إذا قال بعتك بلا ثمن، أو أجرتك بلا أجر، نعم قوى الشهيدان في الأخير عدم الضمان واستشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم. وبالجملة فدليل الاقدام مع أنه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله منقوضا طردا وعكسا.

{ ١ } ومنها: إنه ربما يكون الاقدام موجودا ولا ضمان كما قبل القبض. وفيه: إن الضمان في الصحيح ضمان المسمى، وهو متحقق قبل القبض، وإنما يكون التلف من مال بائعه لما دل على ذلك من جهة انفساخ العقد بالتلف أو من جهة الشرط الارتكازي الضمني، وهو ضمان البائع لو تلف المال قبل قبضه. وعلى أي تقدير الضمان المقدم عليه قبل القبض موجود.

{ ٢ } ومنها: إنه ربما لا يكون الاقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا قال بعتك بلا ثمن، وكما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري.

ولكن يرد على النقض الأول: إن المنشأ لهذا البيع لا يتمكن من قصد حقيقة البيع إلا بأن يقصد ذلك بقوله بعتك، وقوله بلا ثمن يكون اسقاطا للعوض وبراءا لذمة المشتري، فإن قوام البيع وحقيقته إنما يكون بجعل المال بإزاء الثمن، فيكون هذا الكلام من الأغلاط وذكر المتناقضين، وإن قصد البيع بقوله بعتك خاصة فقد أقدم على الضمان، وإن قصد به التملك فهو هبة، إذ التملك بلا عوض هو الهبة. وعليه فإن صح انشاء عقد بالألفاظ الموضوعية لعقد آخر كانت هذه هبة صحيحة، وإلا ففاسدة، فعلى جميع التقادير لا يصح هذا النقض.

ويرد على الثاني: إن الاقدام على الضمان المعاوضي موجود، وكذلك الضمان، غاية الأمر هناك شرط لضمان البائع المبيع.

وأما خبر اليد فدلالته وإن كانت ظاهرة وسنده منجبرا { ١ } إلا أن مورده مختص بالأعيان فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة. { ٢ }

ومنها: إنه لا دليل على سببية الاقدام للضمان، وهذا هو الحق في الجواب عن هذا الدليل.

{ ١ } الثالث: خبر على اليد المتقدم، وقد تقدم أن ضعف سنده منجبر بالشهرة ودلالته على الضمان ظاهرة.

{ ٢ } وأورد عليه: بأن مورده مختص بالأعيان ولا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة.

وجه الاختصاص بها أمران.

أحدهما: ما أفاده المصنف في الأمر الثالث، وهو عدم صدق الأخذ بالإضافة إلى المنافع.

وفيه: إنه ليس المراد بالأخذ الأخذ بالجراحة الخاصة، وإلا لزم عدم شمول الخبر لجملة من الأعيان كالدار والعقار، فلا محالة يكون الأخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء، والتعبير عنه بالأخذ باليد من جهة كونه لازما غالبا له، والأخذ بهذا المعنى يصدق بالإضافة إلى المنافع، إذ الاستيلاء على المنفعة إنما يتحقق بالاستيلاء على العين، وإن لم يستوف المنفعة ولم تكن العين مضمونة، فإن المنفعة هي قابلية العين للركوب وللسكنى مثلا، وهذه القابلية من مراتب وجود العين، والاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شؤونها ومراتب وجودها، ومنها القابلية للانتفاع.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره، وهو عدم صدق التأدية في المنافع، فإن الظاهر قوله حتى تؤدي كون عهدة المأخوذ بأداء نفس المأخوذ، والمنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها.

ولا يمكن دفعه بأن المنفعة وإن كانت تدريجية الوجود إلا أنها واحدة وجودا فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد والأداء بأداء طرفه الآخر، لأن المقصود اثبات ضمان المنافع، وهذا التقريب يوجب عدم الضمان بعد رد العين كما لا يخفى.

اللهم إلا أن يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم { ١ }
وأنه لا يحل إلا عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه وأنه لا يصلح ذهاب
حق أحد

كما أنه لا يفيد جعل الغاية محددة للموضوع فيدل الخبر على ضمان المأخوذ غير
المؤدى، إذ الظاهر منه ما كان من شأنه أن يؤدى بعد أخذه.

وفيه: إن الغاية في الخبر ليست أداء شخص ما أخذ وإلا بقي الضمان في صورة
التلف وأداء العوض لعدم تحقق أداء الشخص، بل المراد منها أعم من أداء الشخص وأداء
العوض غاية الأمر يكون بنحو الطولية، فإذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان إلا بأداء
شخصها، وفي صورة التلف يرتفع بأداء عوضها، والمنافع وإن لم يمكن ردها إلا أنه يمكن
رد عوضها.

هذا كله مضافاً إلى أنه يمكن أن يقال: إنه وإن اختص مورد الخبر بالأعيان ولا
يشمل المنافع، إلا أن أخذ العين له أحكام منها ضمان منافعها.

فتحصل: إن الأظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع.

{ ١ } الرابع: قاعدة احترام مال المسلم الثابتة بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم
إلا عن طيب نفسه. (١) وقوله صلى الله عليه وآله: حرمة ماله كحرمة دمه (٢). وقوله: لا
يصلح ذهاب حق

أحد. (٣)

وتقريب دلالة حديث لا يحل: إن الحلال هو ما لا تبعة له، فإذا نسب إلى الفعل كان
معناه أنه لا يعاقب عليه، فيستفاد منه الحلية التكليفية. وإذا نسب إلى المال كما في المقام
كان معناه ما لا خسارة من قبله، فمعنى لا يحل في المقام أنه مع عدم رضا المالك يكون
المال مما له تبعة وخسارة وعوض.

وفيه: أولاً: إن ظاهر هذا التركيب في نفسه إرادة الحلية التكليفية، ويقدر التصرف

(١) بمضمونه أخبار - في الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلي - والمستدرک ج ١، ص ٢١٢ - وفروع
الكافي ج ١ -

ص ٢٢٦ - والاحتجاج ص ٢٦٧.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.

(٣) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب كتاب الشهادات حديث ١ و ٤.

كما في نظائر المقام، كقوله تعالى: (حرمت عليكم أمهاتكم) (١) وقوله عز وجل: (أحل لكم الطيبات) (١) وغيرهما.

وثانيا: إن حمل الحلية على الوضعية لا يلائم مع حرف المجاوزة في قوله إلا عن طيب نفسه، فإن ظاهره صدور شيء عن الطيب، فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا. وثالثا: إن الحديث لو دل على الضمان فإنما هو بالنسبة إلى المنفعة التي استوفيت، ولا يدل على الضمان في المنافع غير المستوفاة، والعمل الصادر من الأجير بالإجارة الفاسدة من دون تسبب من المستأجر، فإنها غير مربوطة بالمستأجر حتى يشملها الحديث الشريف.

ورابعا: إنه لا يشمل عمل الحر بناء على ما تقدم منه في أول كتاب البيع من التأمل في صدق المال عليه.

وأما حديث حرمة ماله كحرمة دمه فتقريب الاستدلال به: إن الحرمة إنما نسبت إلى المال، وظاهر ذلك إرادة احترام المال من حيث إنه مال، واحترامه كذلك إنما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية بتداركها، فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه، فرعاية ماليته رده أو رد عوضه لو تلف.

وفيه: أولا: إن ظاهر الخبر - ولو بقريئة السياق - إرادة الحرمة التكليفية منه، فإن قبله هكذا: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه من معصية الله فيكون المراد من حرمة ماله - بواسطة تنظيره بحرمة دمه - شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر. وثانيا: إنه أيضا لا يشمل المنافع غير المستوفاة والعمل الصادر من الأجير غير العائد نفعه إلى المستأجر.

وثالثا: إن الظاهر منه من جهة إضافة المال إلى المؤمن إرادة رعاية مالكيته،

(١) النساء، ٣٣.

(٢) المائدة، ٤.

مضافا إلى أدلة نفي الضرر فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره وتحصيلا لغرضه، فلا بد من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام ونفي الضرر. ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالاقدام والدخول عليه بيان أن العين والمنفعة اللذين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجانا وتبرعا حتى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض كما في العمل المتبرع به والعين المدفوعة مجانا أو أمانة، فليس دليل الاقدام دليلا مستقلا بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال. نعم في المسالك ذكر كلا من الاقدام واليد دليلا مستقلا فيبقى عليه ما ذكر سابقا من النقص والاعتراض.

وهي لا تقتضي أزيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه، لا تداركه لو تلف. ورابعا: إنه لا يشمل عمل الحر بناء على عدم كونه مالا. وأما حديث لا يصلح ذهاب حق أحد فهو لا يدل على الضمان، لأن الكلام إنما هو في ثبوت الحق في المقام، والحكم لا يصلح لاثبات موضوعه. {١} الخامسة: قاعدة نفي الضرر، بدعوى أن حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال تحت يده ضرري على المالك فينتفي لحديث نفي الضرر (١)، فيحكم بالضمان. ولكن بعد تسليم المبنيين اللذين بنى عليهما المصنف قدس سره في محله، وعليهما بيتني الاستدلال في المقام. أحدهما: إن المنفي بحديث لا ضرر ليس خصوص الأحكام الوجودية المجعولة، بل كل ما هو من الاسلام وجوديا كان أو عدميا. ثانيهما: إن مدلول حديث لا ضرر نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، كان الضرر ناشئا من متعلقه أم كان ناشئا من نفسه، كلزوم البيع الغبني. أنه لا يصح الاستدلال به في المقام من جهة أن حديث لا ضرر إنما يدل على نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، وأن الضرر يكون منفيًا في عالم التشريع،

(١) الوسائل - باب ١٢ و ٧ - من أبواب كتاب احياء الموات وباب ٥ - من أبواب كتاب الشفعة وباب ١ من أبواب موانع الإرث وغيرها من كتب الحديث.

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، خلافا لآخرين ووجهه أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر ولم يقع بأمره أيضا، فاحترام الأموال التي منه 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 وتتمام الكلام في بابه.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض { ١ } وتوهم أن الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه والمفروض أن القابض جاهل مدفوع، باطلاق 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 هذا كله في أصل الكلية المذكورة.

ولا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي، فلو تضرر أحد في تجارته مثلا لا يجب على المسلمين تدارك ضرره، وهذا من الواضح بمكان. وفي المقام إذا حكم الشارع بالضمان فهو إنما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفي الضرر، فالحديث لا يثبت ذلك. مع أن الحديث لو كان مثبتا للزوم التدارك لما كان وجهه للالتزام بلزوم التدارك على من هو طرف العقد مع عدم انتفاعه به ولا اتلافه، فليكن سد ضرره من بيت المال المسلمين.

فالأظهر أن قاعدة نفي الضرر أيضا لا تفي باثبات المطلب. فالعمدة حديث اليد، وهو إنما يختص بالأعيان والمنافع، ولا يشمل مثل عمل الحر كما لا يخفى. { ١ } قوله لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض. الصور المتصورة أربع: علمهما بالفساد، وجهلها به، وعلم الدافع مع جهل القابض، والعكس.

وأما عكسها: وهو أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده { ١ } فمعناه أن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضمانا، 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،

والأشكال إنما هو في صورتين منها، وهما: علم الدافع وجهل القابض، وعلمهما به. وفي الصورة الأولى منهما اشكال آخر مختص بها. أما الأشكال المشترك فهو: إن الدافع ماله العالم بفساد العقد لا محالة يكون دفعه تسليطا وأمانة مالكية.

وفيه: أنه يمكن أن يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذي بنى عليه تشريعا. وبعبارة أخرى: بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث في المقام. وأما إذا سلطه مجانا فلا كلام في عدم الضمان. وأما الأشكال المختص فهو: إن الدافع إذا كان عالما بالفساد والقابض جاهلا به لا محالة يكون الدافع غارا والقابض مغرورا، فلا يكون ضامنا لقاعدة الغرور. وفيه: إن القابض إنما قبضه لا مجانا بل مع العوض وأقدم على ذلك، فلا يكون مغرورا.

قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
{ ١ } المقام الثاني: في عكس القاعدة، وهو: إن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

والكلام فيه في مواضع:
الأول: إن الكلام في مواد القضية هو ما تقدم في أصل القضية، إلا أنه يشهد لعدم إرادة السببية من لفظة الباء في هذه القاعدة أنها لو كانت للسببية. لم تجد هذه القضية

للحكم بعدم الضمان في شيء من الموارد، إذ هي إنما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان، ولا ينافي ذلك اقتضاء اليد أو غيرها للضمان، فالمتعين حملها على إرادة الظرفية.

الثاني: في مدرك هذه القاعدة. فعن الشيخ في المبسوط: الاستدلال لها: بأن الضمان لا بد وأن يكون لاقدام الآخذ، أو لحكم الشارع به، والعقد الصحيح الذي ليس فيه اقدم على الضمان ولا حكم الشارع به فيه فالفاسد منه أيضا كذلك فإنه ليس فيه اقدم، ولا حكم للشارع فيه. أما الأول: فواضح.

وأما الثاني: فلأن حكمه به مع عدم التعبد الشرعي الخاص به لا بد وأن يكون من جهة امضاء ما يقتضي الضمان المفقود في المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع. ولكن هذا الاستدلال مبني على مسلكه في الضمان في فاسد العقود التي يضمن بصحتها من التمسك بقاعدة الاقدام.

وأما بناء على كون المدرك حديث على اليد فهذا الاستدلال أجنبى عن المقام. وظاهر كلام شيخ الطائفة هو الاستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح والفاسد، وقوله فكيف بفاسده أريد به التعجب، إذ مع وحدة العلة كيف يختلف المعلول.

لا بالأولية كما فهمه المصنف قدس سره.

ثم على فرض إرادته الأولية، مراده أولوية الفاسد بعدم الضمان من صحيحه لا أولوية فاسد ما لا يضمن بصحيحه من فاسد ما يضمن بصحيحه كما هو ظاهر توجيه المصنف قدس سره.

وقد استدلل المصنف قدس سره فيما سيأتي من كلامه على عدم الضمان في غير التملك بلا عوض - أعني الهبة - في مقابل اليد المقتضية له: بعموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ماله غير ضامن، بل ليس له أن يتهمه. (١)

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الوديعة.

وحاصله: إن حقيقة الاستئمان المالكي هي التسليط عن الرضا مجاناً الموجود في فاسد العقود التي لا يضمن بصحتها.

واستدل له في الهبة بفحوى ما دل على خروج صورة الاستئمان (١)، فإن استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى.

ولمن تأخر عنه في كل من الموردین كلام.

أما المورد الأول: فأورد عليه المحقق الأيرواني: بأن تسليط المالك إن وقع بزعم صحة المعاملة ومقيداً بها ثم ظهر عدم الصحة لم يكن هناك واقعا تسليط منه، فكانت اليد باقية تحت عموم على اليد القاضية بالضمان.

وفيه: إن حقيقة الاستئمان كما عرفت هي التسليط عن الرضا، وحيث إن دفع ما وقع عليه العقد في هذه الموارد ليس عن اللابدية فلا محالة يكون دفعه المال تسليطاً عن الرضا، وإن وقع باعتقاد صحة المعاملة.

وأما المورد الثاني: فقد أورد عليه المحقق الخراساني: بأن الأولوية إنما تكون فيما إذا لم يكن هناك اتلاف، وإلا فالضمان ثابت في الأصل، مع أنه في المقبوض بالهبة الفاسدة لا ضمان مطلقاً.

ولكن: الظاهر أن مراد المصنف قدس سره أنه في الأصل إنما يحكم بعدم الضمان من جهة أن اليد مأذونة والمالك سلطها عن الرضا، غاية الأمر بما أنه في تلك الموارد لا إذن ولا رضا في التصرف المتلف، فيلحق ذلك التصرف حكمه، وهذا بخلاف الهبة، فإنه في ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلق التصرف حتى المتلف منه.

ووجه الأولوية أنه في تلك الموارد إنما يكون هو التسليط عن الرضا، وفي الهبة يكون ذلك بزيادة قطع إضافة الملكية عن نفسه ووصلها بالموهوب له.

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العارية.

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً، لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به في القواعد والتحرير. وحكى عن التذكرة واطلاق الباقي إلا أن صريح الرياض الحكم بالضمان، وحكى فيها عن بعض نسبه إلى المفهوم من كلمات الأصحاب { ١ }.

فتحصل: إن ما أفاده الشيخ قدس سره حق لا ريب فيه. ويمكن أن يستدل على عدم الضمان في العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه بوجهين آخرين.

أحدهما: السيرة العقلائية على عدم الضمان في العقود المتضمنة للتسليط المجاني، وهي تخصص قاعدة اليد، ولا تصلح هي أن تكون رادعة عنه بعمومها كما حقق في الأصول.

الثاني: انصراف الحديث عن اليد المستندة إلى التسليط المجاني، ولعل وجهه أن قاعدة اليد إنما تكون عقلائية ممضاة شرعا لا تعبدية صرفة، وهي إنما تكون لأجل احترام المال، ولا ريب في سقوط احترام المال بتسليط المالك غيره عليه مجانا. فإذا لا ينبغي التوقف في عموم هذه القاعدة.

نعم يختص ذلك بما إذا كان التسليط المشار إليه باقيا إلى حين التلف أو الاتلاف، فلو وهب ماله لذي رحمه بهبة فاسدة واعتقد صحتها ولم يكن راضيا ببقاء الموهوب تحت يده ولا يسترده لاعتقاد لزومها، لا اشكال في الضمان في صورة التلف والاتلاف لعموم قاعدتي اليد والاتلاف وعدم المخصص.

الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها
الثالث: في الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة أصلا وعكسا فيها:
{ ١ } منها: ضمان العين المستأجرة، فإن الإجارة الصحيحة لا توجب ضمانها، مع أن المنسوب إلى الأصحاب أن فاسدها يوجب الضمان.

الكلام فيه يقع في موردين:
الأول: في أنه على فرض ثبوت الضمان هل يكون ذلك نقضا لعكس القاعدة أم لا

والظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة، وما أبعده 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 يكون العين بذلك مضمونة ولولا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لأن استيلائه بغير حق وهو باطل انتهى.

ولعل الحكم بالضمان في المسألة أما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن، لأن المراد بالمضمون مورد العقد ومورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد. { ١ }

الثاني: في أنه هل الضمان ثابت أم لا؟
أما الأول: فقد أفاد المصنف قدس سره في وجه عدم كونه نقضا.
{ ١ } بأن المراد بالمضمون مورد العقد، ومورده في الإجارة المنفعة، والعين في حكمها يرجع إلى القواعد.
فإذا اقتضت ضمانها لا يكون ذلك نقضا لها.
وأورد عليه المحقق الخراساني قدس سره: بأن حقيقة الإجارة جعل العين في الكراء وملك المنفعة لازمها الغالبي، وإلا فربما تقتضي ملك العين كإجارة الشاة فإنها تقتضي ملك لبنها، فمورد عقد الإجارة، هو العين لا المنفعة.
ولكن يمكن دفعه: بأن كون مورد العقد هو العين أو المنفعة أجنبي عما هو الميزان والملاك للقاعدة، فإن الضابط، هو أن العقد الصحيح إذا أوجب الضمان المعاضي ففي الفاسد منه ضمان الغرامة، وإذا لم يكن في صحيحه الضمان من ناحية العقد ففي فاسده أيضا لا ضمان، والإجارة إنما توجب الضمان بالإضافة إلى المنفعة، وإن كان مورد العقد العين، ولا نظر لها إلى العين، ولا تكون مقتضية بالقياس إليها اثباتا ونفيا. وعليه فما أفاده المصنف قدس سره متين.

وأما المورد الثاني: فقد اختلفت كلماتهم فيه، وملخص القول فيه: إنه في الموارد

وحيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذونا فيها شرعا، ومن طرف المالك لم يكن فيه ضمان. وأما في فاسدها فدفعت المؤجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيه والمفروض عدم الاستحقاق فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان. { ١ } وأما [لأن] قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد { ٢ } والأقوى عدم الضمان فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة ولا متخصصة، ثم إنه يشكل اطراد القاعدة في موارد

التي لا يتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة حيث إنه لا يتوقف استيفاء المنفعة منها وهي الركوب على استيلائه لا يمكن كون المالك هو السائق لا يكون ضمان، إذ بعد ما لا ملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا، فتكون العين أمانة مالكية لما تقدم من أن حقيقة الاستئمان المالكي التسليط عن الرضا. وأما في الموارد التي يكون استيفاء المنفعة متوقفا على التسليط، فإن كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا إلى حين التسليم كما هو الغالب فلا اشكال في عدم الضمان أيضا من جهة الأمانة المالكية، وإن لم يكن باقيا فيمكن أن يوجه عدم الضمان بأن المتعاملين حين العقد متبانيان على عدم ضمان العين لكون الإجارة مبنية على عدم الضمان، ومع هذا التباني واسقاط المالك احترام ماله لا تكون العين مشمولة لحديث اليد لما عرفت من انصرافه عن هذه الموارد. فإذا لا دليل على الضمان والأصل عدمه، بل يمكن الاستدلال عليه ببناء العقلاء على ذلك. فالأظهر عدم الضمان على جميع التقادير.

وقد استدلل للضمان بوجهين ذكرهما المصنف قدس سره في المتن الأول. { ١ } إن دفع المؤجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع منه، والمفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان. وفيه: ما عرفت من أنه في بعض الموارد تكون يده يد أمانية لا عدوانية، وفي بعضها الآخر لا تقتضي الضمان لانصراف حديث اليد وبناء العقلاء. وبذلك كله يظهر الجواب عن الوجه الثاني. { ٢ } وهو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد.

منها الصيد الذي استعاره المحرم من المحل { ١ } 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.

{ ١ } ومنها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العارية فإن المنسوب إليهم ضمان المحرم بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به. لا بد أولاً من الإشارة الإجمالية إلى حكم المسألة. ثم ملاحظة أنه هل يكون نقضا على القاعدة. أم لا. أما الجهة الأولى: فمحمل القول فيها: إنه إن قلنا بعدم حرمة إمساك الصيد للمحرم وأن المحرم هو حدوث ذلك لا ابقائه، فلا اشكال في صحة العارية وعدم الضمان إلا مع الاتلاف، وإلا فبناء على وجوب رده إلى مالكه تقديماً لحق المخلوق على حق الخالق أو مع الفداء جمعاً بين الحقين، فلا وجه للضمان، لأن العارية بنفسها لا تقتضيه من جهة الاستئمان المالكي، والمفروض عدم وجوب الإرسال، فلا يتوهم الضمان من ناحيته. وأما إن قلنا بوجوب الإرسال فلا كلام في الضمان. وكذا بعد الإرسال إذا عد تلفاً عرفياً. وأما قبله فقد نسب إلى المشهور الضمان من حين وجوب الإرسال. واستدل له بوجهين.

الأول: إن وجوب إرسال الصيد كاشف عن خروجه عن ملك مالكه بالعارية وإلا لزم التصرف في مال الغير من غير إذنه، فيشمله ما دل على أن من أتلف مال الغير فهو له ضامن. إذ لا فرق في هذه الكبرى الكلية بين اتلاف العين واتلاف ملكيتها مع بقائها، فتكون القيمة ثابتة من حين العارية. ولعله إلى هذا نظر المصنف قدس سره حيث قال.

إن المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين { ١ } فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف،

{ ١ } إن المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف.

وفي كل من الصغرى والكبرى نظر:

أما الأولى: فلأن التمسك بأصالة العموم إنما هو فيما إذا أحرز الفردية للعام وشك في شمول حكمه له، كما لو علم عالمية زيد وشك في وجوب اكرامه، فيتمسك بعموم أكرم العلماء لوجوبه.

وأما لو أحرز الحكم وشك في فرديته للعام، كما لو علم عدم وجوب اكرام زيد وشك في أنه عالم فيكون عموم أكرم العلماء مخصصا، أو غير عالم، فليس هناك تخصيص، فلا مجال للتمسك بأصالة العموم، والحكم بعدم الفردية كما حقق في محله، والتمسك بعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه في المقام، إنما يكون من قبيل الثاني كما لا يخفى، فلا مورد للتمسك به.

مع أنه لو صح التمسك به لعارضه عموم آخر، وهو ما دل على أن اختيار المال بيد مالكة وأنه مسلط عليه، وهذا ينافي مع خروجه عن ملكه قهرا. مضافا إلى أن لازم هذا أنه لو عصى ورده المحرم إلى مالكة يكون الضمان باقيا، مع أن الأصحاب أفتوا ببراءة ذمته في هذا الفرض.

وأضف إلى ذلك كله أن المعير في صورة العلم دخيل في التلف، فإن التلف بهذا المعنى أثر فعلهما معا، ومعه لا وجه للحكم بضمان المستعير كما هو واضح. وأما الثانية: فلأن الدليل إنما دل على أن اتلاف مال الغير موجب للضمان، وأما اتلاف الملكية وإزالة العلقة فلم يدل دليل على أنه موجب للضمان.

الوجه الثاني: إن من أسباب الضمان الحيلولة بين المال ومالكة، وهي كما تتحقق بعدم تمكنه عقلا من التصرف فيه، كذلك تتحقق بعدم تمكنه شرعا. وفي المقام على

ويشكل اطراد القاعدة أيضا في البيع فاسدا بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها، فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة في العقد الفاسد { ١ } إلا أن يقال إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد.

تقدير وجوب الإرسال لا يتمكن المستعير من رده إليه شرعا، ومعه يكون مقتضى قاعدة الحيلولة الضمان.

وفيه: إن المالك متمكن عقلا وشرعا من الاسترداد، وإنما لا يتمكن المستعير من الرد، وهذا ليس موردا للقاعدة. مع أن دفع بدل الحيلولة إنما هو من أحكام العين المضمونة ولا يكون عدم التمكن من الأداء بنفسه من المضمنات، ومعلوم أن يد المستعير يد مأذونة غير موجبة للضمان، مضافا إلى أن المالك مع علمه بنفسه دخيل في ذلك، فلا وجه لضمان المستعير. وهناك وجوه أخر بينة الفساد.

فالأظهر عدم الضمان قبل الإرسال كما عن العلامة قدس سره وغيره.

وأما الجهة الثانية: فإن بنينا على عدم الضمان فلا كلام، وإن بنينا على الضمان فحيث إن مدركه صدق الاتلاف فعدم ورود النقص واضح، فإنه إنما يصح النقص إذا حكم به مع صدق التلف دون الاتلاف، إذ في صورة الاتلاف في صحيح العارية أيضا يكون الضمان ثابتا.

{ ١ } ومنها: ضمان المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد، مع أنها غير مضمونة في البيع الصحيح. هكذا ذكر المصنف قدس سره هذا النقص.

ولكن يرد عليه: أولا: ما سيأتي منه قده من نقل الأقوال الخمسة في ضمان المنافع التي لم يستوفها المشتري في الأمر الثالث، فليس الحكم بالضمان مسلما. وثانيا: إن التخصيص بغير المستوفاة لا وجه له، فإن المستوفاة أيضا مضمون بها في الفاسد دون الصحيح.

فإن قيل: إن وجه الضمان فيها إنما هو الاتلاف، ومورد القاعدة هو التلف. توجه عليه: أنه لا فرق بينهما، فإن الاتلاف يصدق بالنسبة إلى غير المستوفاة أيضا بإمساك العين.

وفيه: نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشئ في العقد الصحيح { ١ } لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع، ويمكن نقض القاعدة أيضا: بحمل المبيع فاسدا { ٢ } 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 وعن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع وحينئذ لا نقض على القاعدة { ٣ }،

وكيف كان: فالكلام في المقام إنما هو في أنه على فرض الحكم بالضمان هل يكون ذلك نقضا على عكس القاعدة أم لا؟

{ ١ } والمصنف قدس سره سلم ورود النقض من جهة أن المنفعة غير مضمونة في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنفعة. وأورد عليه السيد قدس سره: بأن المنافع وإن لم تكن مقابلة بالمال إلا أنها ملحوظة في القيمة وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة. وفيه: إن الميزان إن كان على عالم اللب لزم عدم ضمان العين، وإن كان على عالم الصورة لم يندفع الأشكال بذلك.

وإن شئت قلت: إنه لا ريب في أن المال في البيع ليس بإزاء المنفعة وإن كانت هي الداعية لجعل المال في مقابل العين، ولذا لو فسخ البيع وكان المشتري مستوفيا لمقدار من المنفعة مع بقاء العين بحالها يرد جميع الثمن، ولا يلاحظ شئ منه في قبالة المنفعة، وعليه فلا يتم هذا الجواب.

والصحيح في وجه عدم ورود النقض أن يقال: إن حكم المنفعة في البيع حكم العين في الإجارة، وهي لكونها خارجة عن مورد العقد لو حكم فيها بالضمان للقواعد لا يكون نقضا على القاعدة، مع أنه ستعرف أنه يمكن أن يقال: إن القاعدة إنما هي في مورد التلف، والمنافع التي يحكم بضماتها إنما هي في صورة الاتلاف من جهة إمساك العين. { ٢ } ومنها: حمل البيع فاسدا، فإنه غير مضمون في الصحيح، مع أنه مضمون في البيع الفاسد.

{ ٣ } والمصنف قدس سره أجاب عنه: بأنه يمكن أن يكون القول بالضمان في صورة الاشتراط - أي جعل الحمل جزءا من المبيع - وحينئذ لا نقض على القاعدة، فإن في صحيحه أيضا الضمان.

ويمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة { ١ } بناء على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان. ثم إن مبني هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولوية. وحاصلها أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده.

وتوضيحه أن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع امضاء الشارع له، فالفساد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان لأن أثر الضمان. أما من الإقدام على الضمان والمفروض عدمه، وإلا لضمن بصحيحه.

وأما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، والمفروض أنها لا تؤثر شيئا. 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 تقريره من أنه أقدم على ضمان خاص، والشارع لم يمضه، فيرتفع أصل الضمان لكن يخذشها أنه يجوز أن يكون صحة الرهن والإجارة المستلزما لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعا مؤثرة في رفع الضمان بخلاف الفاسد

وفيه: إنه لا نقض على القاعدة وإن قيل بالضمان في صورة عدم الاشتراط من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة والعقد بالنسبة إليه لا اقتضاء. ثم إن الأظهر هو عدم الضمان من جهة أن اقدمه على البيع الملازم للتسليط على الحمل بناء من المتعاقدين على عدم الضمان بالقياس إلى الحمل وكونه أمانة مالكية، فلا يشمل حديث على اليد كما تقدم. وتامم الكلام في محله. { ١ } ومنها: الشركة الفاسدة بناء على أنه لا يجوز التصرف بها، فإنهم حكموا بضمان ما أخذه أحد الشريكين عدوانا.

وفيه: إن عقد الشركة بنفسه لا يوجب جواز التصرف كي يقال إنه في صورة الفساد لا يجوز، فيكون المتصرف ضامنا، بل هو إنما يكون في صورة الأذن في التصرف، وعليه فلا فرق بين الصحيح والفساد في عدم الضمان، إذ لو اقتضى الأذن عدم الضمان في الصحيح اقتضاه في الفاسد أيضا.

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 موارد غير
مضمونة على القابض، وبقي الباقي. قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود
يخرج به المقبوض بفاسدها، وهي عموم ما دل على أن من لم يضمه 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. 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. أما في
الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد، بفحوى ما دل على
خروج مورد [صورة] الاستئمان. فإن استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى
عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق أولى،
والتقييد بالمجانبة لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات فإنه
عين التضمنين فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن أن من دفع المالك إليه ملكه على
وجه لا يضمه بعوض واقعي أعني المثل والقيمة، ولا جعلي فليس عليه ضمان.
الثاني: من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب
رده فورا إلى المالك. { ١ } والظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز
التصرف فيه، كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح في التذكرة كما عن جامع
المقاصد: إن مؤنة الرد

يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه فورا
{ ١ } الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب
رده فورا.

والكلام في هذا الأمر يقع في جهات:
الأولى: في مدرك وجوب الرد، وقد استدلل له بوجوه:
الأول: الاجماع.

على المشتري لوجوب ما لا يتم الرد إلا به، وإطلاقه يشمل ما لو كان في رده مؤنة كثيرة إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر، ويدل عليه أن الامساك أنا ما تصرف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه {١} ولو نوقش في كون الامساك تصرفا {٢} كفي عموم قوله صلى الله عليه وآله لا يحل مال امرء مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه {٣}،

وفيه: إنه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

{١} الثاني: التوقيع المروي عن الإحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه. (١) بتقريب: إن الامساك ولو أنا ما تصرف في مال الغير بلا رضا منه، فلا يجوز فيجب الرد.

وأورد عليه: بأن التصرف من الصرف، فالمراد به التقليل والتقلب، ولا يصدق ذلك على مجرد الامساك.

{٢} والظاهر من الكتاب تردد المصنف قدس سره في تمامية هذا الايراد. ولكن عدم تمامية الاستدلال به واضح، إذ لو كان الامساك تصرفا لما دل هذا التوقيع الشريف على وجوب الرد إلا بناء على مقدمية ترك الضد لوجود ضده، والمراد بالضدين في المقام ما يعم المتماثلين أي ما لا يجتمعان، ووجوب نقيض الحرام، فإنه حينئذ يكون الرد ضدا للامساك، فإذا حرم الامساك حرم ترك الرد لحرمة ذي المقدمة وهو الامساك، وإذا حرم الترك وجب الفعل، وفي كلتا المقدمتين نظر بل منع، وعليه فلا يدل هذا الخبر على وجوب الرد.

{٣} الثالث: موثق سماعة عن مولانا الصادق عليه السلام في حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله:

من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه. (٢)

(١) الإحتجاج ص ٢٦٧ - عن الأسدي العمري عنه عليه السلام.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١.

حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده

ولا يرد على هذا الحديث الايراد الأول على الخبر المتقدم، حيث إن حذف المتعلق يفيد العموم فيدل على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلا إذنه، إلا أن الأشكال الثاني يرد عليه.

لا يقال: إن ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر في وجوب الرد. فإنه يرد: بأن ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل.

فالحق أن يستدل له: بأنه المستفاد من النصوص المتفرقة. ففي صحيح البيهقي الوارد في اللقطة: وإن جاءك طالب لا تتهمه رده عليه. وفي صدره في الطير الذي يعرف صاحبه قال عليه السلام: إذا عرف صاحبه رده إليه (١). وغير ذلك من النصوص. فإن المستفاد منها لا سيما بعد ملاحظة الآية الشريفة الواردة في الأمانات إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها (٢) وتسالم الأصحاب على هذا الحكم، وجوب رد مال الغير إلى صاحبه.

الثانية: في معنى الرد والأداء، وأنه هل يكون مجرد اعلام المالك بذلك والتخلية بينه وبين ماله، أم هو حمله إليه واقباضه منه، أم كل من الأمرين مصداق للأداء والرد، أم يكون ذلك في الأمانة بالتخلية وفي غيرها بالاقباض من المالك كما لعلة المشهور؟ أقوال. الأظهر هو الأخير، فإن حقيقة الرد والأداء ايصال الشيء إلى محله، وحينئذ إذا كان المال أمانة عند شخص فرده ليس إلا بالتخلية بينه وبين مالكه، لأن بها يخلع الأمين نفسه عن السلطنة عليه ويدخله تحت سلطنة المالك ويوصل الشيء إلى محله. وأما محل المال خارجا فهو كل مكان رضي به المالك أو الشارع الأقدس،

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) النساء الآية، ٥٨.

وأما توهم أن هذا بإذنه حيث إنه دفعه باختياره فمندفع بأنه إنما ملكه إياه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً انتفى الإذن { ١ } والمفروض أن كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشأها 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 معللاً بأنه قبضه بإذن مالكه وكذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب وهو ضعيف والنسبة غير ثابتة ولا يبعد إرادة صورة الجهل لأنه لا يعاقب.

وحيث إن وجود المال خارجاً عند الأمين إنما يكون برضا المالك أو بإذن من ولي أمره - أي الشارع الأقدس - فلا يكون في غير محله كي يكون مكلفاً بالرد الخارجي. وأما إذا كان المال مغصوباً فأدائه وردّه إنما يكون بالاقباض منه، إذ كما أن كونه تحت سلطنة الغاصب في غير محله - فلا بد من إيصاله إلى محله. كذلك كونه عنده خارجاً يكون في غير محله، فلا بد من إيصاله إليه بالاقباض منه. وبما ذكرناه ظهر أنه لو نقل الأمين الوديعة من بلد الإيداع إلى بلد آخر بغير داعي الحفظ وبدون إذن مالكه والشارع، يجب ردها إلى بلد الإيداع. الجهة الثالثة: في أنه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الأمانة فيكفي في رده التخلية، أم يكون من قبيل المغصوب فيجب الاقباض؟ والأظهر هو الأول، وذلك في العقود الجائزة واضح، لأنه مع عدم كون المالك ملزماً بالدفع لا محالة يكون دفعه للمال عن الرضا، وقد مر أن الاستئمان المالكى هو التسليط عن الرضا، وأما في العقود اللازمة فلأنه حين إقدامه على العقد المقتضى للدفع لا محالة كان راضياً بالدفع والتسليط، والظاهر بقائه على حاله نوعاً إلى ما بعد العقد، وهذا هو الوجه في كون يده أمانياً، فلا يرد عليه ما ذكره المصنف قدس سره. { ١ } بقوله: إنه إنما ملكه إياه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضية... انتفى الإذن. إذ الوجه في كونه استئماناً هو الأذن الخارجي لا الأذن العقدي.

الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد { ١ }

وبما ذكرناه ظهر أنه يمكن أن يقال: إن النزاع في المقام صغروي، إذ من يقول بجواز التصرف يقول بذلك فيما إذا أحرز رضا المالك بالتصرف في ماله ولو كان رضا تقديرية، ومن يقول بالعدم فإنما هو في غير هذه الصورة. الجهة الرابعة: في أنه إذا توقف الرد على المؤونة. فهل يجب بذلها على المشتري من جهة أنه لا يتم الرد إلا به. أم لا يجب لقوله عليه السلام لا ضرر (١).

أم هناك تفصيل بين المؤونة القليلة والكثيرة، فيجب البذل في الأولى ولا يجب في الثانية من جهة عدم صدق الضرر على بذل القليلة، بخلاف بذل المؤونة الكثيرة، كما هو الظاهر من المتن في بادئ النظر.

أم يفصل بين ما إذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد مال الغير فهو على القابض، وإن كانت زائدة عليه فلا يجب بذلها كما هو محتمل المتن وصريح المحقق النائيني قدس سره؟ وجوه:

أقواها الأخير، وذلك لأنه إذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد أخص من حديث لا ضرر فيخصص به، وإن كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل.

ضمان المنافع المستوفاة

{ ١ } الثالث: فيما لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد.

والكلام في هذا الأمر يقع في مقامين:

الأول: في المنافع المستوفاة.

الثاني: في المنافع غير المستوفاة.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات - وغيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدم من السرائر من كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم

أما الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:
أحدهما: في الدليل على الضمان.
ثانيهما: فيما استدل به على عدم الضمان.
أما المورد الأول: فيمكن أن يستدل له بوجوه:
الأول: عموم على اليد (١). بناء على ما تقدم من أن اليد على المنافع إنما يكون بتبع اليد على الأعيان، وأن الحديث يدل على الضمان.
الثاني: الرواية الواردة في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري، الدالة على أنه يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة (٢). بالتقريب المتقدم في أول هذا المبحث.
الثالث: صحيح أبي ولاد (٣) الآتي الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاة، نعم هذان الوجهان لا يصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كما ستعرف.
الرابع: قاعدة من أتلف، الاستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة، وجملة منه موارد العقود الاستثنائية كالمضاربة والرهن وغيرها (٤). فإنه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتفريط، وجملة منها في غيرها، مثل ما ورد في القصار يخرق الثوب من قوله عليه السلام: فهو ضامن، أو غرمه بما جنت به يده (٥). وغيره.
ودعوى عدم صدق المال على المنفعة قد مر جوابها في أول الكتاب.

- (١) سنن البيهقي ج ٦ - ص ٩٠ - وكنز العمال ج ٥، ص ٢٥٧.
(٢) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.
(٣) الوسائل - باب ٧ - من أبواب كتاب الغصب - وباب ١٧ - من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.
(٤) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب المضاربة - وباب ٧ - من أبواب كتاب الرهن.
(٥) الوسائل - باب ٢٩ - من أبواب كتاب الإجارة.

ويدل عليه عموم قوله لا يحل مال امرء مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه بناء { ١ }
على صدق المال على المنفعة. ولذا يجعل ثمننا في البيع وصدقا في النكاح، خلافا
للوسيطة فنفي الضمان محتجا بأن الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل { ٢ }
وتفسيره أن من ضمن شيئا وتقبله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببية أو المقابلة
فالمشتري لما أقدم على ضمان المبيع وتقبله على نفسه، بتقيل البائع وتضمينه إياه
على أن يكون الخراج له، مجانا، كان اللازم من ذلك أن خراجه له على تقدير
الفساد كما أن الضمان عليه على هذا التقدير أيضا.
والحاصل أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج ومرجه إلى أن
الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة. وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل
قوله 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 بالضمان الذي بإزائه الخراج التزام الشيء على نفسه وتقبله
له مع امضاء الشارع له،

ثم إنه قد استدل له بوجوه أخر.
{ ١ } منها: قاعدة احترام مال المسلم.

ومنها: قاعدة نفي الضرر.

وقد تقدم أنه لا يمكن إثبات الضمان بهذه الوجوه.

وأما المورد الثاني: فقد استدل على عدم الضمان.

{ ٢ } بالنبوي المرسل بالضمن (١).

بتقريب: أنه يدل على أن من ضمن شيئا وتقبله لنفسه فخراجه - أي منافعه - له
مجانا.

وتنقيح القول في النبوي المرسل بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء أصحابنا به - مع أنه
محل نظر - فإنه وإن استدل شيخ الطائفة به في جملة من الموارد في محكي المبسوط،

(١) راجع صحيح الترمذي، ج ٥، ص ٢٨٥ - وسنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٥٥، والمبسوط كتاب البيوع فصل
الخراج
بالضمان.

وربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة { ١ } حيث إنه أقدم على ضمانها مع أن خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة، وإنما تملك الانتفاع الذي عينه المالك، فتأمل.

أما الاحتمال الأخير: فيدفعه: إن ملكية المنفعة إنما تكون تابعة لملك العين لا لكونها في كفالته، مع أنه يختص الخبر حينئذ بمثل الحيوان، ولا يشمل غيره. وأما الاحتمال السادس: فهو خلاف إطلاقه، فإن حذف المتعلق يفيد العموم. وأما الاحتمال الرابع: فقد مر ما فيه في بيان المراد من قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

وأما الاحتمال الأول: فيدفعه صحيح أبي ولاد الآتي الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين.

وأما الاحتمال الثاني: فيدفعه أنه مع عدم امضاء الشارع لا تحقق حقيقة لاحداث الضمان، مع أنه يلزم منه حينئذ ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم، مع أنه يلزم منه أنه لو ضمن بشئ في ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه. فيدور الأمر بين الثالث والخامس.

والأظهر هو الأول، فإن ظاهر القضية أن المنفعة إنما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التي هي الداعية إليه، ومعلوم أن الداعي للأقدام على الضمان في العقود المعاوضية هي المنافع، ومع الاغماض عن ما ذكرناه لأجمال الخبر لا يستند إليه في الحكم بعدم ضمان المنافع المستوفاة.

{ ١ } قوله وربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة.

يمكن دفعه بأن المراد بالضمان على المعنى الذي اختاره المصنف قدس سره في معنى الخبر وفاقا للمشهور وقويناه هو ثبوته في الذمة دون كون العين في العهدة ومعلوم أن هذا المعنى لا يكون في العارية المضمونة ويختص بالعقود المعاوضية الصحيحة.

مع أنه في العارية المضمونة أيضا كذلك فإنه لا فرق بين تملك المنفعة والانتفاع فإن معنى كون الخراج له - أنه ينتفع بمنافعه مجانا كان ذلك لملكية المنفعة أو الانتفاع ولعل الأمر بالتأمل في الكتاب إشارة إلى ذلك.

والحاصل أن دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حله إلا عن طيب النفس، وربما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد، وعوض 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، 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 كراها، كما يظهر من تلك الصحيحة. نعم لو كان القول المذكور موافقا لقول أبي حنيفة في اطلاق القول بأن الخراج بالضمان، انتهزت الصحيحة وما قبلها ردا عليه. هذا كله في المنفعة المستوفاة. وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء { ١ } فالمشهور فيها أيضا الضمان.

حكم المنافع غير المستوفاة

{ ١ } قوله وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان.

هذا هو المقام الثاني: وهو في المنافع الفائتة بغير استيفاء.

فالمشهور فيها أيضا الضمان.

والكلام فيه في موردين:

الأول: في دليل الضمان.

الثاني: فيما استدل به على عدم الضمان.

أما المورد الأول: فيدل على الضمان حديث على اليد بناء على ما تقدم في بيان

مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده من شمول الحديث للمنافع.

وتشهد له أيضا قاعدة الاتلاف، فإن حبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها

اتلاف لمنافعها عرفا.

وعن المحقق الخراساني قدس سره: الاستدلال له بأن من آثار ضمان العين ضمان

منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل لضمان منافعها.

وفيه: إن أريد بذلك أنه يصدق الاستيلاء واليد على المنافع بالاستيلاء واليد

ولعله لكون المنافع أموالا في يد من بيده العين { ١ } 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 المجعل خدمتها ثمنا،
وكذا الدار المجعل 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 فلا اشكال في عدم شمول صلة
الموصول للمنافع، ووصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ، ودعوى أنه
كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة. وأما
احترام مال المسلم فإنما يقتضي عدم حل التصرف فيه واتلافه بلا عوض، وإنما
يتحقق ذلك في الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقا كما عن الإيضاح أو مع علم
البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم، مضافا: إلى أنه قد يدعي
شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

على العين فهو يرجع إلى التمسك بحديث اليد.
وإن أريد به ما ذكره المحقق الأيرواني قدس سره من أن أداء العين المجعل غاية للضمان
لا يكون إلا بأدائها بمنافعها وفروعها، فيرد عليه: أنه إن لم يصدق اليد على المنافع باليد
على العين لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها، فإن الغاية أداء نفس ما يكون
تحت اليد لا شيء آخر، وإن أريد به غير ذلك فعليه البيان.
{ ١ } قوله ولعله لكون المنافع أموالا في يد من بيده العين.
هذه هي الصغرى لقياس تكون النتيجة الضمان، فلا بد وأن تنضم إليها ما يدل على
الضمان من قاعدة اليدا، والاتلاف، أو الاحترام، وشئ منها لا يصلح للحكم بالضمان كما
مر.

وأما المورد الثاني: فقد استدل لعدم الضمان بوجوه:
الأول: إن مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده. ذلك، فإن المنافع
لا تضمن في العقد الصحيح فكذلك في فاسده.

ومن المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة، لأنها له مجاناً ولا يتقسط الثمن عليها، وضمانيها مع الاستيفاء لأجل الاتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة لأنها بالنسبة إلى التلف لا الاتلاف مضافاً، إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المباعة الساكتة من ضمان غيرها في مقام البيان. { ١ }

وفيه: أولاً: ما تقدم من أن القاعدة إنما تختص بصورة التلف ولا تشمل صورة الاتلاف، وقد عرفت صدق الاتلاف على تلف المنافع.

وثانياً: إن مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة، وبضميمة عدم الفصل بين البيع والإجارة يثبت الضمان في المقام. وثالثاً: ما تقدم من أن المنافع خارجة عن مورد العقد ومصبه، والقاعدة أصلاً وعكساً مختصة بما هو مصب العقد.

الثاني: إن البائع في صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجاناً.

وفيه: إن البائع لا نظر له إلى المنافع، وإنما يسلط المشتري على العين، إذ ليس متعلق العقد بالمنفعة، وإنما هو العين، مع أن هذا لا يختص بغير المستوفاة كما لا يخفى. { ١ } الثالث: قوله عليه السلام في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري: يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته. (١) بتقريب: أنه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة، وساكت عن ضمان غيرها في مقام البيان.

وفيه: إن الخبر وارد في مقام بيان منفعة واحدة، وأنه يكون الولد حراً، وعليه قيمته، ولذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الأخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما. والغريب أن المصنف قدس سره في أول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان في

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.

وكذا صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها { ١ } وسكت عن المنافع الفاتئة. فإن عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى. والانصاف أن للتوقف في المسألة كما في المسالك تبعا للدروس والتنقيح مجالا، وربما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الأشكال والتوقف بصورة علم البائع على ما استظهره السيد العميد والمحقق الثاني من عبارة الكتاب، وعن الفخر حمل الأشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء

المقبوض بالعقد الفاسد ذكر الرواية، وجعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاة، وفي المقام جعلها من المستوفاة، وقد تقدم ما هو الحق عندنا. { ١ } الرابع: صحيح محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، قال عليه السلام: خذ وليدتك وابنها (١).

بتقريب: إنه ساكت عن المنافع الفاتئة، وهو وإن ورد فيما إذا كانت العين لغير البائع، إلا أنه يدل على حكم المقام بالأولوية. ويرد عليه ما أوردناه على سابقه.

الخامس: صحيح أبي ولاد الآتي الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غيرها (٢). وإذا ثبت عدم الضمان في المغصوب ثبت في المقام بالأولوية. وفيه: إنه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة، فإنه وإن كان يتصور له منفعة أخرى، إلا أنها تضاد مع ما استوفاه. وبعبارة أخرى كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البدل، وحيث إنه استوفى واحدة منها ولم تكن هناك فائدة أخرى يمكن استيفائها فائتة، كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة. مع أنه عليه السلام في هذا الصحيح في مقام الرد على أبي حنيفة وبيان أن عليه كرى البغل وليس في مقام بيان أحكام آخر.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.

فيتحصل من ذلك كله: إن الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة:
الأول الضمان وكأنه للأكثر الثاني عدم الضمان كما عن الإيضاح الثالث: الضمان
إلا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرايع
الرابع: التوقف في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد، والسيد العميد
من عبارة القواعد الخامس: التوقف مطلقا كما عن الدروس والتنقيح والمسالك، و
محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين، وقد عرفت أن التوقف أقرب إلى
الانصاف، إلا أن المحكي من التذكرة ما لفظه: إن منافع الأموال من العبد والثياب
والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبدا أو
جارية أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منافعه، سواء أتلّفها بأن استعملها أو فاتت
تحت يده بأن بقيت مدة في يده لا يستعملها، عند علمائنا أجمع، ولا يبعد أن يراد
باليد العادية مقابل اليد الحقة، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصا مع علمه
سيما مع جهل البائع به، وأظهر منه ما في السرائر في آخر باب الإجارة من
الاتفاق أيضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة، 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 { ٢ } وأن المترائي من ظاهر
صحيحة أبي ولاد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل
المتجاوز به إلى غير محل الرخصة، إلا أنا لم نجد بذلك عاملا في المغصوب الذي
هو موردها.

{ ١ } قوله الرابع التوقف في هذه الصورة

لا يخفى ما في عد التوقف في الحكم مطلقا - أو مع العلم بالفساد من الأقوال في
المسألة - فالأقوال ثلاثة.

{ ٢ } قوله وعلى هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة لا يخفى أنه قد حكم

بالضمان أولا - ثم بعدمه - ثم توقف في حكم المسألة - ثم قوى الضمان
وأورد عليه السيد في الحاشية بأنه إن لم يتم ما ذكر وجهها للضمان - لما صح القول
به لا جل الاجماعين المنقولين بعد عدم حجية الاجماع المنقول وعدم معلومية الشمول
للمقام فتحصل مما ذكرناه أن الأظهر هو الضمان

الرابع: إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف { ١ } إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي، فالشيخ وابن زهرة وابن إدريس والمحقق وتلميذه والعلامة وغيرهم (قدس الله أرواحهم)، بل المشهور على ما حكى

المثلي والقيمي
{ ١ } الرابع: إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف.
والكلام في هذا الأمر يقع في مواضع:
الأول: في تعريف المثلي والقيمي.
الثاني: في أنه لو شك في مورد في أنه يجب رد المثل أو القيمة، مقتضى الأصول العملية رد أيهما.
الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية.
وقبل الشروع في البحث في هذه المواضع لا بد من التنبيه على أمر وهو: إنه لم يقع لفظا المثلي والقيمي في شئ من الروايات. نعم المشهور بين الأصحاب: إنه لو تلف شئ تحت يد غير المالك - الذي لا يكون مأذونا فيه - يجب رد مثله إن كان من المثليات، ورد قيمته إن كان من القيميات. بل ادعي عليه الاجماع، وحيث إن المثلي والقيمي ليسا من المفاهيم الواضحة المصاديق، واختلفت كلماتهم فيهما في جملة من الموارد.
فقد وقع الخلاف في أنه هل يرجع إلى العرف في تفسيرهما ولا يتبع تفسير العلماء وإن اتفقوا على أمر مخالف لما هو المتفاهم عند العرف
أم لا بد من البناء على المثلية في خصوص ما إذا اتفقت كلماتهم على كون شئ كذلك ولا يرجع في ذلك إلى العرف،
أم لا اعتبار بالعرف، ولا باتفاق العلماء، بل يرجع في كل مورد إلى ما يفهم من اطلاقات أدلة الضمان.

أنه ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة { ١ } 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 أن المقدار منه إذا كان يساوي قيمة، فنصفه يستوي نصف تلك القيمة ومن هنا رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيميا، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها.

قلت: وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليا إذا 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.

ومنشأ هذا الخلاف: إن الاجماع على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة هل هو من قبيل الاجماع على القاعدة ويكون الاجماع كاشفا عن صدور الحكم عن المعصوم عليه السلام متعلقا بهذين العنوانين أم هو من قبيل الاجماع على الحكم في الموارد الخاصة يجمعها تفسير المجمعين لها بذينك العنوانين

أم هو من قبيل الاجماع على تفسير الاطلاقات الواردة في الضمان وليس من قبيل الاجماع على القاعدة ولا من قبيل الاجماع على الحكم إذ على الأول لا بد من الرجوع في تفسيرهما إلى العرف كما هو الشأن في العناوين المأخوذة في متون النصوص ولا عبرة بتفسير الفقهاء وعلى الثاني لا بد من الأخذ بما اتفق عليه المجمعون ولا عبرة بنظر العرف و فهمهم كما هو واضح.

وعلى الثالث لا عبرة بشئ منهما.

وحيث إنه لم يثبت كون الاجماع في المقام من أي قسم من هذه الأقسام فلا دليل لكون العبرة بنظر العرف ولا بتفسير الفقهاء، وعليه فيتعين الرجوع إلى الأدلة - وستعرف مقتضاها - فلا أثر للنزاع في أن المثلي ما هو.

وكيف كان: فقد عرفت أنه يقع الكلام في مواضع:

الأول: في تعريف المثلي والقيمي. فعن المشهور تفسير المثلي

{ ١ } بأنه ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة

والمراد من الأجزاء الجزئيات والأفراد، والمراد من التساوي التساوي من غير جهة الكم.

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 شيء من المعرف، إذ ما من مثلي إلا و أجزاءه مختلفة في القيمة كالحنطة فإن قفيزا من حنطة تساوي عشرة ومن أخرى تساوي عشرين، وإن أريد التساوي في الجملة فهو، في القيمي موجود كالثوب والأرض { ١ }، انتهى. 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 أبعاد هذا النوع متساوية في القيمة. فإذا كان المضمون بعضا من صنف لواجب 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، وإطلاق المثلي على الجنس باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن بعيدا إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا، إلا أن يهملوا خصوصيات الأصناف

فمحصل المراد: إن المثلي ما له مماثل في الصورة والصفات التي تختلف بها الرغبات وتتفاوت بها القيم.

وأظن أن ما عن التحرير من تفسيره بما تماثلت أجزاءه وتقاربت صفاته وما عن الدروس والروضة من: أنه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات وما عن بعضهم من: أنه ما يجوز بيعه سلما، وما عن آخر ما يجوز بيع بعضه ببعض. أيضا ترجع إلى هذا المعنى، ولا اختلاف بينهم بحسب المراد. وقد أورد على هذا التعريف بإيرادات:

{ ١ } الأول: إنه أريد بالتساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من الموارد، إذ ما من مثلي إلا وأجزأه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإن قفيزا من حنطة تساوي عشرة ومن أخرى تساوي عشرين. وإن أريد التساوي في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب والأرض.

وفيه: إن الميزان وجود المماثل له، كان الجامع بينهما هو الصنف أو النوع أو الجنس، ففي الحنطة يكون كل صنف منها مثليا وهذا هو مراد كل من جعلها مثلية.

الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها، كما التزمه بعضهم غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف أو القرض وهذا أبعد، مضافاً إلى أنه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا: بأنه إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقياً، فقل ما يتفق ذلك من الصنف الواحد من النوع، لأن أشخاص ذلك الصنف لا يكاد يتساوى في القيمة، لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها، كما لا يخفى، وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم يتساو حقيقة، تحقق ذلك في أكثر القيميات { ١ } فإن لنوع الجارية أصنافاً متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة، وبهذا الاعتبار يصح السلم فيها.

ولذا اختار العلامة في باب القرض من التذكرة - على ما حكى عنه - على 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 مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفاً، ثم لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمة عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلية، لم يوجب ذلك اصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمة الحكم بضمنان المثلي، بالمثل والقيمي، بالقيمة ثم إنه قد عرف المثلي بتعاريف أحر أعم من التعريف المتقدم أو أخص

{ ١ } الثاني: إنه إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقياً، فقلما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع. وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة تحقق ذلك في أكثر القيميات. وفيه: إن المراد هو الأول، وعرفت أن المراد هو التساوي في الصفات الموجبة لاختلاف القيم، وعليه فدعوى اختلاف أفراد الصنف الواحد في الصفات الموجبة لاختلافها في المالية مجازفة، واختلاف الرغبات بملاحظة بعض الخصوصيات غير الدخيلة في المالية بالنسبة إلى الأفراد من صنف واحد وإن كان لا ينكر إلا أنه لا يضر بالمثلية

فمن التحرير أنه ما تماثلت أجزاءه و تقاربت صفاته. وعن الدروس والروضة أنه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات. وعن المسالك والكفاية: أنه أقرب التعريفات إلى السلامة وعن غاية المراد: ما تساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية. وعن بعض العامة أنه ما قدر بالكيل أو الوزن، وعن آخر منهم: زيادة جواز بيعه سلما. وعن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض. إلى غير ذلك مما حكاه في التذكرة عن العامة، ثم لا يخفى أنه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية ولا متشرعية، وليس المراد معناه اللغوي إذ المراد بالمثل لغة المماثل. فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس وإن أريد من بعضها فغير مطرد، { ١ } وليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه، نعم وقع هذا العنوان في معقد اجماعهم على أن المثلي يضمن بالمثل وغيره بالقيمة.

ومن المعلوم أنه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد الاجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين، وحينئذ فينبغي أن يقال كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا اشكال 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 عبائر المبسوط والغنية والسراير كونها قيمة وعبارة التحريز صريحة في كون أصولها مثلية وإن كان المصوغ منها قيميا. وقد صرح الشيخ في المبسوط

الثالث: إنه ربما يوجد لبعض ما هو من القيميات مماثل بهذا المعنى، كما لو فرضنا حيوانين مثليين في جميع الخصوصيات، مع أنه لا ريب في كون الحيوان قيميا. وإلى هذا نظر المصنف ره حيث قال

{ ١ } فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس وإن أريد من بعضها فغير مطرد. وفيه: إن الميزان هو وجود المماثل نوعا وبحسب الغالب، ولا عبرة بوجود المثل في النادر، إذ أهل العرف يحكمون بضمان القيمة في هذه الموارد. وأما القيدان الآخران اللذان ذكرهما المحقق النائيني ره:

أحدهما: أن يكون التساوي في الصفات بحسب الخلقة الإلهية كالحبوبات لا ما كان كذلك بحسب الصناعة البشرية، فالمسكوكات من القيميات لا المثليات. ثانيهما: أن يتغير بالبقاء أو بتأثير من الهواء كالفواكه.

فلا يكونان معتبرين، إذ لا وجه لتوهم اعتبارهما سوى عد جمع من العلماء هذه الأشياء -

بكون الرطب والعنب قيميا والتمر والزبيب مثليا.
وقال في محكي المختلف أن في الفرق اشكالا بل صرح بعض من قارب
عصرنا بكون الرطب، والعنب مثليين، وقد حكى عن موضع من جامع المقاصد أن
الثوب مثلي والمشهور خلافة
وأيا 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 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 { ١ } فإن فرض اجماع على
خلافه، فالأصل تخيير المالك

أي ما تساوت جزئياته بحسب الصناعة البشرية، وما يتغير بالبقاء وبتأثير الهواء من
القيميات - مع أنه يكون الاختلاف في ذلك بحسب الأزمان والأمكنة والكيفيات، ومن
الواضح أنه لو كان شئ مثليا في زماننا كالثوب والكتاب وغيرهما - يعامل معه معاملة
المثلي وإن كان في سالف الزمان من القيميات.
بيان ما هو المرجع عند الشك في المثلية والقيمية
الموضع الثاني: في بيان المرجع عند الشك في المثلية والقيمية
وفيه وجوه وأقوال:
(١) إن الأصل الذي يرجع إليه هو تخيير الضامن بين المثل والقيمة.
(٢) إنه تخيير المالك بينهما.
(٣) الضمان بالمثل.
(٤) الضمان بالقيمة.
(٥) القرعة.
(٦) الرجوع إلى الصلح القهري.
وقد استدلل للأول
{ ١ } بأصالة براءة ذمة الضامن عما زاد على ما يختاره.

لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك { ١ } مضافا إلى عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين خرج ما إذا رضي المالك بشئ آخر { ٢ } والأقوى تخيير المالك من أول الأمر لأصالة الاشتغال { ٣ } والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع

تحصيلا لرضا المالك وثبوت حقه فيها على وجه يكون له الامتناع عن الخصوصية لو أراد الضامن دفعها، فتجري البراءة عن ذلك أيضا. فتكون نتيجة الأصلين تخيير الضامن في دفع أيهما شاء.

الثالث: إن الدوران بينهما إن لم يكن من قبيل دوران الأمر بين المتباينين فهو من قبيل دوران الأمر بين التعيين والتخيير، والأصل في الدوران بينهما هو التخيير لا التعيين. الرابع: إن الحكم الظاهري يعتبر فيه عدم العلم بالمخالفة للواقع، وإلا فلا يكون مجعولا. وفي المقام إذا علمنا بأن الواقع إما المثل معيناً أو القيمة كذلك، فيعلم بأن التخيير غير مطابق للواقع، فلا وجه للبناء عليه.

وفيه: إن التخيير الذي بنينا عليه ليس بنفسه مفاد أصل من الأصول، بل هو نتيجة جريان البراءتين اللتين لا علم بمخالفة كل واحدة منهما للواقع، والعلم بمخالفتها معا للواقع لا يضر بجريانهما معا.

فتحصل: إن الأظهر هو تخيير الضامن.

وقد استدل المصنف لتخيير المالك بوجوه

{ ١ } الأول أصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك

{ ٢ } الثاني إن مقتضى عموم على اليد عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين خرج ما

إذا رضي المالك بشئ آخر

وسياتي الكلام على ذلك في الموضوع الثالث

{ ٣ } أصالة الاشتغال

توضيح هذا الوجه، أنه إذا لم تجر أصالة البراءة بالقياس إلى الضامن لما تقدم وتعين عليه دفعهما واختار المالك أحدهما لا ريب في كونه مسقطا للذمة، لأن ما يختاره إما هو البدل الواقعي، أو يكون بدل البدل من جهة رضا المالك

نعم يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، 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، وبين تعيين القيمة، كذلك فلا متيقن في البين ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى فتأمل

بغير الجنس في مقام الوفاء. وعلى أي تقدير يكون مسقطا، فما يختاره المالك يكون مسقطا قطعا وغيره مشكوك فيه والأصل عدم السقوط إلا بما يختاره المالك. وفيه: إن محل الكلام إنما هو فيما إذا لم يرض المالك إلا بما هو حقه، ولم يرض الضامن إلا بدفع ما يجب عليه دفعه واقعا. وأما صورة تراضيهما على أمر فهي خارجة عن محل الكلام، فإنه في هذه الصورة لا كلام في جواز رد القيمة وإن تعين دفع المثل، وكذلك العكس، ومن المعلوم أن اختيار المالك ليس معينا لما يجب دفعه ولا هو بنفسه موضوع للحكم كما لا يخفى.

واستدل للثالث - وهو تعيين المثل - بوجهين:

الأول: إن المثل والقيمة من قبيل الأقل والأكثر، والدوران بينهما من قبيل دوران الأمر بين التعيين والتخيير، والأصل في هذا المورد هو التعيين. وفيه: ما حققناه في محله من أن الأصل فيه هو التخيير. الثاني: إن مقتضى عموم على اليد هو تعيين دفع المثل مطلقا، خرج عنه بالاجماع القيميات، ومن الواضح أن الاجماع إنما يكون حجة فيما ثبت قيمته فالمرجع في صورة الشك هو عموم العام.

وفيه: إنه لو سلم كون مقتضى عموم على اليد هو تعيين المثل مطلقا، إن الخارج عنه بالاجماع ليس هي الموارد الخاصة بل عنوان القيمي، فلو شك في شيء أنه قيمي أو مثلي يكون من الشك في المصداق، وليس المرجع فيه عموم العام لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

واستدل للقول الرابع: بأن مقتضى النبوي هو لزوم دفع القيمة مطلقا، خرج منه المثلي، فمع الشك فيه يرجع إلى عموم العام. وفيه: - مضافا إلى ما ستعرف من عدم دلالة النبوي في نفسه على ذلك - أنه عند الشك في كون شئ مثليا بالشبهة الموضوعية لا يرجع إلى عموم العام كما تقدم آنفا.

واستدل للقول الخامس: بعموم أدلة القرعة (١).

وفيه: أولا: إنه إنما يرجع إليها في صورة عدم تعيين الوظيفة بالأمانة أو الأصل، وقد عرفت أن مقتضى الأصل هو تخيير الضامن. وثانيا: أنه تختص أدلتها بالشبهة الموضوعية ولا تشمل الشبهة الحكمية. واستدل للقول السادس: بأنه من جهة أن الأمر دائر بين المتباينين، وكما يجب على الضامن دفعهما معا قضاء للعلم الاجمالي، لا يجوز على المالك أخذهما للعلم الاجمالي بحرمة أخذ أحدهما، فلا مناص إلا عن الصلح. وفيه: ما عرفت من أن الأصل يقتضي تخيير الضامن.

ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك في المثلية والقيمة

الموضع الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية في هذا المقام، والأدلة التي ركنوا إليها في المقام ثلاثة:

الأول: النبوي المتقدم: على اليد ما أخذت حتى تؤدي

وقد استظهر المصنف ره منه تخيير المالك بتقريب أنه يدل من جهة جعل الغاية أداء العين خاصة على بقاء عهدة العين، وأنه لا رافع لها سوى أدائها، وقد قام الاجماع على سقوطها بدفع ما رضي به المالك وبقي الباقي.

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى كتاب القضاء.

هذا ولكن يمكن أن يقال إن القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات، و الأمانات المفرط فيها، وغير ذلك هو الضمان بالمثل لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات { ١ } ثم بعده قيمة التالف من النقدين وشبههما، لأنهما أقرب من حيث المالية لأن ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه إليهما، 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 شد و ندر قد أطلق فيها الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف

ولكن لازمه تعيين المثل، مع أنه لا يرجع إليه في الشبهة الموضوعية وأما على الرابع: فلا شك في بقاء العهدة حتى يتمسك بالعموم، بل وجوب دفع البديل إنما يكون ثابتا بدليل آخر. ويدفع الاحتمال الأول لزوم ركافة هذا الكلام، إذ كون أداء العين رافعا ومسقطا لعهدتها واضح لا يحتاج إلى بيان مع أن ما ذكر من ظهور الجملة في كون الغاية ممكن الحصول إنما يتم بالقياس إلى ما لا يمكن حصوله لا ما إذا أمكن في زمان دون زمان كما لا يخفى. ويدفع الاحتمال الأخير الضرورة والاجماع فيدور الأمر بين الثاني والثالث.

والأظهر هو الثالث، إذ كون العين بنفسها في العهدة أمر معقول ثبوتا حتى بعد تلفها، وعدمها في عالم العين لا ينافي وجودها في عالم الاعتبار، وحيث إن الظاهر من الحديث كون المأخوذ بنفسه في العهدة فلا وجه لصرف ذلك عن ظاهره. { ١ } الثاني: إن مقتضى اطلاقات أدلة الضمان الواردة في المغصوبات والأمانات المفرط فيها ذلك هو الضمان بالمثل، إذ هي على كثرتها لا تكون متعرضة لبيان.

لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان، وقد استدل في المبسوط و
المختلف على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالى { ١ } (فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)

المضمون به إلا ما شذ وندر، فيعلم من ذلك اتكاله على ما هو المتعارف عند الناس. ومن
المعلوم أن المتعين عندهم تعين رد ما هو الأقرب إلى العين بعد عدم إمكان رد، العين
نفسها، والأقرب هو المثل لكونه تداركا للمالية، والخصوصيات الفائتة التي تختلف بها
الرغبات، فيتعين ذلك.

وفي صورة عدم التمكن من رده أيضا يراعى ما هو الأقرب إلى التالف بعد المثل، و
هو القيمة من النقدين أو شبههما، لأن غيرهما مشتمل على خصوصيات غير متمولة
مغايرة لخصوصيات التالف، ومعلوم أن غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة أقرب
من المشتمل عليها.

وبعبارة أخرى: إن غير النقدين إنما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه إليهما.
وفيه: أولا: إنه لو تم لاختص لزوم أداء المثل بما إذا كان موجودا نوعا، إذ المعلوم
من حال العقلاء رعاية للحكمة عدم التضمن بالأقرب مطلقا، فلا عبرة بوجوده أحيانا.
وثانيا: إن الأقرب ليست مناط الحكم، بل العبرة على التقريب المتقدم بما هو
المتعارف عند الناس، ومن المعلوم من حالهم أنه لا نظر لهم في هذا المقام إلا إلى المالية،
ولذا تراهم لا يطالبون المثل لو سقط عن المالية، ولا يلتفتون إليه ولا يلزمون بدفعه إذا
زادت قيمته.

وبالجملة: المعيار عندهم هو القمية، وعليه فهذا الوجه يعين القمية.
{ ١ } الثالث: قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١)
قيل: إنه يدل على تعين المثل في المثلي والقيمة في غيره، بتقريب أن مماثل ما اعتدى

(١) البقرة الآية ١٩٤.

بتقريب أن مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي، والقيمة في غيره، و اختصاص الحكم بالمتلف عدوانا { ١ } لا يقدح بعد عدم القول بالفصل، وربما يناقش في الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء، لا المعتدى به. { ٢ } وفيه نظر نعم الأنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه، بالقول المشهور لأن

هو المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

وأورد عليه بوجوه

{ ١ } الأول: إنه مختص بالمتلف عدوانا.

{ ٢ } إن مدلوله اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به.

الثالث: إن النسبة بين مقتضاه ومذهب المشهور عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الآية الشريفة ولا يضمن به عند المشهور، كما لو أتلّف عليه عبدا وله في ذمة المالك بسبب القرض عبد موصوف بصفات التالف، فإن مقتضى الآية الشريفة التهاتر القهري، والمشهور غير ملتزمين بذلك.

وقد ينعكس الأمر كما لو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا فإن مقتضى الآية عدم جواز إلزام المالك بالمثل لاقتضائها اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية، والمشهور ملتزمون بتعيين المثل، وقد يجتمعان في المضمون به. وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلعدم القول بالفصل.

وأما الثاني: فلأن الظاهر من الآية المماثلة في المعتدى به، لأن حملها على إرادة المماثلة في الاعتداء يستلزم كون الباء زائدة، وكون المثل صفة لمفعول مطلق محذوف - وهو الاعتداء وهذا خلاف الظاهر.

وأما الثالث: فلعدم كونه اشكالا على الاستدلال بالآية الشريفة، مع أنه ستعرف ما فيه.

مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية، { ١ } وهذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيميات، سواء وجد المثل فيها أم 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 عبيدين. نعم ذهب جماعة منهم الشهيدان في الدروس والمسالك

ولكن الأنصاف أن مقتضى إطلاق الآية الشريفة - لا سيما بعد ملاحظة موردها و هو مقاتلة المشركين في الشهر الحرام، وما عن التهذيب عن الإمام الصادق عليه السلام في الرجل قتل رجلاً في الحرم أو سرق في الحرم قال عليه السلام: يقام عليه الحد وصاغراً لأنه لم ير للحرم

حرمة وقد قال لله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) فقال: هذا هو في الحرم، و قال: (لا عدوان إلا على الظالمين) فقال: هذا هو في الحرم، و قال: (لا عدوان إلا على ظالمين) (١)

هو إرادة الأعم من المماثلة في الاعتداء والمعتدى به وكيفياته، إلا أنها لا تدل على الضمان واشتغال الذمة، بل تدل على جواز الاعتداء بالمثل، فلو تصرف في حنطته جاز له التصرف في حنطته أيضاً، ولا تدل على مزيد من ذلك.

ثم يقع الكلام في أنه على فرض دلالة الآية على الضمان هل تدل على أن ضمان المثلي إنما يكون بالمثل والقيمي بالقيمة كما عن شيخ الطائفة { ١ } أو تدل على وجوب المماثلة في الحقيقة والمالية في جميع الموارد كما

اختاره المصنف ره

أم تدل على غير ذلك.

محتملاتها أربعة:

الأول: أن يراد بالمماثلة المطلقة - أي المماثلة في الحقيقة والمالية - من جهة أن المماثلة المطلقة هي المماثلة بلا عناية، ولازم ذلك ما أفاده الشيخ ره من أنه لو نقص قيمة المثل عن التالف لا يجتزي به في مقام الأداء.

الثاني: أن يراد بها المماثلة في الحقيقة خاصة، من جهة أنها المماثلة العرفية

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ١.

إلى جواز رد العين المقترضة إذا كانت قيمة، لكن لعله من جهة صدق أداء القرض بأداء العين { ١ } لا من جهة ضمان القيمي بالمثل، ولذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها وإن كان مماثلاً 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، 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.

ولازمه ما أفاده المشهور من تعيين المثل وإن نقص قيمته عن التالف.

الثالث: أن يراد بها المماثلة في المالية، من جهة أن الأغراض العقلانية في باب الأموال متعلقة بحيثية المالية، ولازمه تعيين القيمة مطلقاً.

الرابع: أن يراد بها مطلق المماثلة - أي المماثلة من أي وجه كان - ولازمه التخيير في أداء أيهما شاء. والأظهر منها هو الثاني كما لا يخفى وجهه.

فظهر مما ذكرناه أمور:

الأول: إن ما نسب إلى شيخ الطائفة من دلالة الآية على أن المثلي يضمن بالمثل و القيمي بالقيمة لا يمكن تصحيحه وتطبيق الآية عليه.

الثاني: إن ما اختاره المصنف ره خلاف الظاهر.

الثالث: إن ما اختاره المشهور هو الذي تدل عليه الآية على فرض دلالتها { ١ } قوله لكن لعله من جهة صدق أداء القرض بأداء العين.

وفيه أنه إذا كان المفروض عدم حل عقد القرض وكون المتعين في القيميات القيمة لزم عدم كفاية رد العين لعدم كونها من مصاديق ما ثبت في الذمة فمن يفتي بجواز رد العين لا مناص من بنائه على كون ردها حلاً لعقد القرض أو أن القيمة في القيميات لا تكون متعينة بل أدائها من باب الارفاق - وعليه فكما يجوز رد العين يجوز رد المثل.

وأن قوى خلافه بعض بل ربما احتتمل جواز دفع المثل. ولو سقط من القيمة بالكلية وأن كان الحق خلافه فتبين أن النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ولا يضمن به عند المشهور، كما في أكثر الأمثلة، ثم إن 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 { ١ } بناء على ما هو الحق المحقق من أن العام المنخص بالمجمل مفهوم المتردد بين الأقل والأكثر، لا يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك فحاصل الكلام إن ما أجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التي يختلف بها الرغبات وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التألف بناء على تحقق الاجماع على إهمال هذا التفاوت مضافا إلى الخبر الوارد في أن اللازم على من عليه دراهم الثابت في ذمة من اقترض دراهم وأسقطها السلطان وروج غيرها هي الدراهم الأولى { ٢ } وما أجمع على كونه قيميا يضمن بالقيمة، بناء على ما سيحى من الاتفاق على ذلك وإن وجد مثله

{ ١ } قوله وعموم الآية

ما ذكره قده لا يتم في الشبهة المصدقية لعدم جواز التمسك بالعام فيها مطلقا. { ٢ } قوله مضافا إلى الخبر الوارد في أن اللازم على من عليه دراهم الثابت في ذمة ... هي الدراهم الأولى النص هو صحيح معاوية عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شئ لصاحب الدراهم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس فقال عليه السلام لصاحب الدراهم الأولى (١) ومكاتبة يونس إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام أنه كان لي على رجل دراهم وأن السلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من الدراهم الأولى ولها اليوم وضيفة فأى شئ له عليه الأولى التي أسقطها السلطان

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الصرف حديث ٤.

أو كان مثله في ذمة المالك وما شك في كونه قيميا أو مثليا يلحق بالمثلي
مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف، ومع الاختلاف الحق بالقيمي { ١ }
فتأمل. { ٢ }

أو الدراهم التي أجازها السلطان فكتب عليه السلام لك الدراهم الأولى (١)
وظاهرهما في بادئ النظر وإن كان سقوط مالية الدراهم رأسا إلا أنهما قابلان
للحمل على نقص القيمة
وبإزائهما مكاتبة أخرى ليونس قال كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام أن 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 عليه السلام إلى
لك
أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس والترجيح للأولين { ١ } قوله
ومع الاختلاف ألحق بالقيمي
ربما يورد عليه كما عن جمع من المحشين منهم السيد الطباطبائي قده من أنه،
بناء على الرجوع إلى، عموم ما دل على وجوب المثل مطلقا في مورد الشك في المثلية
والقيمية، كما هو مختاره قده على ما صرح به قبل أسطر لا فرق بين ما علم مثلية وما شك
فيها، فكما أنه في المورد الأول يجب أداء المثل وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع
عن قيمة التالف كذلك في المورد الثاني لا بد من البناء عليه، فلا وجه للبناء على اللاحق
بالقيمي
ولكن الظاهر هو الفرق بينهما: فإنه فيما علم مثليته إنما حكم بذلك للاجماع
المختص بذلك المورد، وإلا فقد صرح قبل ذلك بأن مقتضى الآية واطلاقات الضمان عدم
إلزام المالك بالمثل لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية، وعلى هذا ففي مورد
الشك حيث لا اجماع على ذلك فلا يكون هو المتعين.
{ ٢ } قوله فتأمل
الظاهر أنه إشارة إلى أن مقتضى الأدلة المتقدمة على مسلكه من دلالتها على
اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية - هو دفع المثل مع تفاوت القيمة لا الرجوع إلى القيمة
مطلقا.

(١) نفس المصدر ح: ١.

الخامس: ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد - انتهى - { ١ }

أقول كثرة الثمن أن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صار قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا اشكال في وجوب الشراء ولا خلاف { ٢ } كما صرح به في الخلاف حيث قال: إذا غصب ماله مثل كالحبوب [كاللحوم] و الأدهان فعليه مثل ما تلف في يده يشتره بأي ثمن كان بلا خلاف. وفي المبسوط يشتره بأي ثمن كان اجماعاً، انتهى.

إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل { ١ } قوله الخامس: ذكر في القواعد: إنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد.

قبل الشروع في البحث لا بد من تقديم مقدمات:

الأولى: إنه إذا كانت العين موجودة بنفسها يجب ردها وإن زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية، أو لترقي القيمة السوقية. وإن نقصت قيمتها فإن كان ذلك من جهة تلف وصف من أوصافها أو جزء منها يجب رد تفاوت القيمة لعموم على اليد، وإن كان ذلك من

جهة تنزل القيمة السوقية يكتفي بردها لعدم اشتغال ذمته إلا بها، بل لو سقطت عن المالية بالكلية لا يجب عليه رد شيء آخر.

الثانية: ما تقدم من أن الحق شغل الذمة بنفس العين إلى حين الأداء، بمعنى كون العين في العهدة وأن الانتقال إلى المثل أو القيمة إنما هو حين الأداء.

{ ٢ } الثالثة: إن محل الكلام في المقام ليس هو ما إذا ازدادت القيمة السوقية للمثل بأن صار قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فإنه لا اشكال في هذا المورد في وجوب الشراء فإنه إن أريد أداء القمية لا بد من أداء قيمة يوم الأداء. فعلى أي تقدير يتعين صرف هذا المقدار من المال فلا وجه لتوهم عدم وجوب الشراء للاضرار وغيره، بل محل البحث ما إذا لم يوجد المثل إلا عند من لا يبيعه إلا بثمن غال وهي الصورة الثانية للمسألة ذكرها المصنف قدس سره بعد التعرض لمسألة أخرى وهي

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 احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية { ١ } كالماء على الشاطي، والتلج في الشتاء.

إذا سقط المثل عن المالية

{ ١ } قوله: بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية. قد تقدم أنه لا اشكال في أنه إذا سقطت العين المأخوذة عن المالية من دون أن ينقص منها شيء ولا من صفاتها ومنافعها لا يجب عليه شيء سوى ردها. إنما الكلام فيما إذا تلفت وكانت مثلية وسقط المثل عن المالية والأظهر هو عدم الانتقال إلى القيمة وكفاية رد المثل، وذلك فإن مقتضى الأدلة وجوب المثل، وأما المالية المنتزعة من ميل الناس ورغبتهم أو اعتبار من بيده الاعتبار كالتومان المتداول في هذا الزمان فهي لا تكون مضمونة. وإن شئت قلت: إن العين بما لها من الخصوصيات تكون في العهدة إلى حين الأداء، وهي في الفرض حين الأداء لا قيمة لها، فلا وجه للانتقال إلى القيمة، وأداء قمية يوم الأخذ أو يوم التلف والفائت إنما هو رغبات الناس أو اعتبار المعتبر لا شيء من المأخوذ ويشهد لما اخترناه - مضافاً إلى أنه مقتضى القاعدة: صحيح معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شيء الصاحب الدراهم الدراهم الأولى، أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال عليه السلام: لصاحب الدراهم الدراهم الأولى. (١) وقد استدل لضمان المالية في هذه الصورة بوجوه: الأول: إن الزمان والمكان من خصوصيات العين الدخيلة في ماليتها، فإن الماء

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الصرف حديث ٤.

في مفازة الحجاز غير الماء على الشاطئ، والثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف، فإذا أخذ الماء في المفازة والثلج في الصيف تكون خصوصية الزمان والمكان في عهدة الضامن ولا يكون ردهما في الشاطئ والشتاء أداءاً للمأخوذ، فلا مناص عن رد القيمة أداءاً للخصوصيتين.

وفيه: - مضافاً إلى أن لازم ذلك لزوم تدارك المالية إذا سقطت العين عن المالية، وتدارك النقصان إذا نقص المثل عن التالف من حيث القيمة، مع أنهم غير ملتزمين بذلك - أن الزمان والمكان ليسا دخیلین في المالية، بل أصل القيمة وترقيها ينشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود، كما أن عدمها وتنزلها ينشئان من كثرة الوجود وقلة الطالب بلا دخل للزمان والمكان في ذلك، فإن الثلج في الصيف إذا كثر لو قل طالبه تنقص ماليتة أو يسقط عنها، وهو في الشتاء إذا قل وكثر راعبه يصير غالباً. فالمعيار ما ذكرناه. وبالجملة: سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في ذلك الشيء كما إذا صار الثلج ماء، وأخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لأجل كثرة وجوده أو غير ذلك مع بقائه على ما هو عليه من الخصوصيات،

ففي الأول يحكم بالضمان لعموم أدلته، ولا يحكم به في الثاني. الثاني: حديث لا ضرر (١) بتقريب: إن المأخوذ حين أخذه كان له مالية، فإذا رد مثله مع عدم المالية له من دون تداركها يكون ذلك ضرراً على المالك، والحديث ينفيه. وفيه: إنه لو كان مفاد الحديث ما اختاره بعض معاصري الشيخ الأعظم ره - وهو نفي الضرر غير المتدارك - تم ما ذكر، فإن لازمه ثبوت التدارك في موارد الضرر بالأمر به في الشريعة المقدسة، وإن كان ثبوت ضمان الآخذ على هذا الوجه أيضاً لا يخلو من اشكال، فإن غاية ما يقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك، أما كون المتدارك هو الآخذ فلا يدل عليه، فليكن التدارك من بيت المال. ولكن قد حققنا في محله ضعف المبنى وأن

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب احياء الموات.

وأما إن كان لأجل تعذر المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الاعواز بحيث يعد بذل ما يريد مالكة بإزائه ضررا عرفا، والظاهر أن هذا هو المراد بعبارة القواعد لأن الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل،

الحديث إنما ينفي الأحكام الضرورية ولا يثبت به حكم، فلا يثبت به الضمان في المقام.

الثالث: ما أفاده المحقق الأصفهاني ره، وهو: إن دليل وجوب رد المثل إنما يكون دليلا على التضمين والتغريم، فلا بد من رعاية حيثية المالية، إذ المال التالف لا يتدارك إلا بالمال. ثم قال: ومنه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عن المالية، فإن رد الملك بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها، لكن التضمين والتغريم بلحاظ ماليتها، فيجب حفظ المالية في الثاني دون الأول.

ولكن يرد عليه قده أمران

الأول: إنه لا فرق بين العين والمثل، ووجوب رد كليهما إنما ثبت بعموم على اليد، وهو بالنسبة إليهما على حد سواء، فلو قلنا بلزوم غرامة المالية في المثل لا مناص عن القول به في العين.

الثاني: إن أدلة الضمان إنما تدل على وجوب رد العين مع وجودها، والمثل بعد تلفها إن كان مثليا، وقد تقدم أن المماثلة المعتبرة هي المماثلة من حيث الحقيقة، وحيث إن المالية ليست صفة في العين أو المثل، فلا وجه لضمانيها. وإن شئت قلت: إن العين بعد تلفها إنما تكون في العهدة إلى حين الأداء، وهي على الفرض لا مالية لها حينه، فلا وجه لأدائها.

فتحصل: إن الأظهر بحسب القواعد ما اختاره صاحب الجواهر ره واحتمله في القواعد من أنه إذا سقط المثل عن المالية لا ينتقل الفرض إلى القيمة بل يكفي رد المثل (الصورة الثانية)

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 والهدي وأنه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف القيمة وهو ضرر، ولكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء { ١ } وفاقا للتحرير، كما عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد بل اطلاق السرائر ونفي الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الأولى. { ٢ }

وكيف كان فالأقوال في ما هو محل البحث وهو ما إذا لم يوجد المثل إلا عند من لا يبيعه إلا بثمن غال ثلاثة

{ ١ } الأول ما عن جماعة منهم المصنف ره وهو وجوب الشراء الثاني: عدم وجوب الشراء وأن حكمه حكم تعذر المثل - وسيأتي - اختاره جمع آخرون.

الثالث: ما أفاده السيد ره وغيره وهو التفصيل بين ما لو علم الآخذ بعدم الاستحقاق، وما لو لم يعلم بذلك، فيجب الشراء في الأول دون الثاني. { ٢ } واستدل للأول: باطلاق النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي. وفيه: إن اطلاق النص ترفع اليد عنه بحديث لا ضرر (١) الحاكم على جميع أدلة الأحكام الواقعية.

وأورد على التمسك بحديث لا ضرر في المقام بايرادات: الأول: إن هذا الحكم بنفسه ضرري في جميع الموارد، فلا محالة يكون دليله مخصصا للحديث.

وفيه: إنه لا يتم بالنسبة إلى المقدار الزائد كما لا يخفى. الثاني: إن جريان دليل الضرر في إلزام الضامن بالشراء يعارض مع منع المالك من مطالبة المثل بحقه.

وفيه: إن كون حقه المثل في هذا الفرض أول الكلام.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات وغيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

ثم إنه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره { ١ } ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمة في مكان التلف أم لا، وفاقا لظاهر المحكي عن التحرير والتذكرة والايضاح والدروس وجامع المقاصد، و في السرائر أنه الذي يقتضيه عدل الاسلام 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.

مع كون الغسل ضروريا عليه - فلا يكون ذلك الاقدام سببا لعدم شمول الحديث. فتدبر فإنه دقيق.

والمقام من قبيل الثاني، فإن أخذ العين هو المقدم عليه وهو ليس ضروريا، والضرر إنما ينشأ من حكم الشارع بوجوب رد المثل فيشملة لا ضرر. فتحصل: إن مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب الشراء ويشهد له: - مضافا إلى ذلك - ما تقدم من أن وجوب رد المثل إنما هو فيما لو كان المثل كثيرا مبدولا، وإلا فهو قيمي، ولا فرق في ذلك بين كون عزة الوجود بدوية أو طارئة، فكون الشيء مثليا في زمان لا يوجب كونه كذلك إلى الأبد. فالأظهر عدم وجوب الشراء. ومما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وجوابه.

{ ١ } قوله لا فرق في جواز مطالبة المالك بين كونه في مكان التلف أو غيره. لا ينبغي التوقف في جواز مطالبة المالك لماله من العين أو المثل في أي مكان كان لعموم الناس مسلطون على أموالهم (١) وكذا لا اشكال في وجوب رد العين إذا كانت موجودة، والمثل إذا كانت قيمته في مكان المطالبة مساوية لقيمته في مكان التلف، إنما الكلام فيما إذا كانت قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف، وفيه وجوه وأقوال:
الأول: وجوب رده على الضامن.
الثاني: عدم وجوبه.

(١) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

السادس: لو تعذر المثل في المثلي { ١ } فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك، لأن منع المالك ظلم والزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر { ٢ } فوجب القيمة جمعا بين الحقين

الثالث: التفصيل بين البلدان التي نقل الضامن العين إليها وبين غيرها، فإن طالبه في أحد تلك البلدان وجب الرد، وإن طالبه في غيرها لا يجب. واستدل السيد قده للأخير: بانصراف أدلة الضمان نظير ما يقال في القرض من الانصراف إلى بلد وقوعه فإن المستفاد منها وجوب الرد والدفع في مكان ذلك المال، ولا يفهم جواز الالتزام في كل مكان أراد المالك. وفيه: إنه في باب القرض يتم ما ذكر لكون الانصراف هناك عقديا، وهذا بخلاف باب الضمان.

والأظهر هو الأول، لأن العين لا تخرج عن العهدة بعد تلفها كما تقدم، فمال المالك في عهدة الضامن، ومقتضى عموم على اليد ما أخذت وغيره من الأدلة لزوم الخروج عن عهده في أي مكان كانت المطالبة.

لو تعذر المثل في المثلي

{ ١ } قوله السادس: لو تعذر المثل في المثلي.

والكلام في هذا الأمر يقع في مقامات:

الأول: في أنه إذا تعذر المثل في المثلي هل يكون مضمونا بالقيمة أم لا؟

والكلام في هذا المقام يقع في موردين:

الأول: في ما إذا طالب المالك.

الثاني: في فرض عدم مطالبته.

أما المورد: فقد استدل على الانتقال إلى القيمة بوجوه:

{ ٢ } أحدها: ما ذكره المصنف ره بقوله: لأن منع المالك ظلم، والزام الضامن بالمثل

منفي بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقين.

وفيه: إن الامتناع عن أداء القيمة إنما يكون ظلما إذا كان حقه هو القيمة في فرض تعذر المثل، وإلا فلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه متعذر لا أنه ممنوع عن حقه، فثبوت الاستحقاق به دوري.

الثاني: ما أفاده السيد في الحاشية والمحقق النائيني ره، وهو: أنه للعين جهات ثلاثا: الخصوصية الشخصية، والخصوصية النوعية، والحيثية المالية. فبمقتضى الأدلة وجب رد جميعها على الآخذ فكما أنه إذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الأخيرتين.

كذلك إذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فيجب رد القيمة من هذه الجهة.

وفيه: إن المالية الواجب ردها في المثلي إنما هي المالية الخاصة الموجودة في المثل، فوجوب رد مالية أخرى مجردة عن الخصوصية النوعية مع كون التالف مثليا يحتاج إلى دليل آخر.

الثالث: ما استند إليه السيد قدس سره أيضا، وهو حديث لا ضرر (١) فإنه يدل على نفي

كل حكم وجودي أو عدمي ينشأ منه الضرر في الشريعة ومن تلك الأحكام هذا الحكم.

وفيه: إن لزوم الصبر على المالك وجواز تأخير الضامن بالقياس إلى المثل وإن كانا ضررين إلا أنهما عقليان ومن باب تعذر أدائه وأما عدم لزوم أداء القيمة فهو لا يكون ضررا عليه، فإن الامتناع عما لا يستحقه لا يكون ضررا عليه، واثبات حقه به دور واضح.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات وغيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

مضافا إلى قوله تعالى: (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) فإن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى { ١ } وأما مع عدم مطالبة المالك { ٢ } فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة. وحق الضامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور. وما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل، وما ذكرنا يظهر من المحكي عن التذكرة والايضاح

{ ١ } الرابع: ما أفاده المصنف ره أيضا، وهو قوله تعالى: (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١) بتقريب: إن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى.

وفيه: إن الآية على فرض دلالتها على الضمان، إنما تدل على لزوم الاعتداء بالمثل، ولا تدل على أن الاعتداء المأمور به هو ما لا يزيد على ما اعتدى عليه، وإلا لزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعذر المثل.

والصحيح أن يستدل له بما تقدم من أن الشيء إذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمي، من غير فرق بين التعذر في جميع الأعصار أو في عصر واحد ومن باب الاتفاق. فالمثلي المتعذر مثله قيمي، فللمالك مطالبة القيمة لأنها حقه.

والغريب أن المحقق النائيني ره مع تصريحه بهذا في الأمر السابق لم يلتزم به في المقام بل صرح بخلافه. فراجع.

{ ٢ } المورد الثاني: في أنه إذا لم يطالب المالك فهل للضامن إلزام المالك بقبول القيمة أم لا؟ فيه وجهان بل قولان:

أظهرهما الأول: فإنه بناء على ما عرفت في وجه لزوم أداء القيمة لو طالب المالك يكون حق المالك ثابتا في القيمة قبل المطالبة، فللضامن إلزامه بقبول حقه.

(١) البقرة: ١٩٤.

حيث ذكرنا في رد بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه أن المثل لا يسقط بالاعواز ألا ترى أن المغضوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به، وإنما المصير إلى القيمة وقت تغريمها، انتهى. لكن أطلق كثير منهم: الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، ولعلمهم يريدون صورة المطالبة وإلا فلا دليل على الاطلاق ويؤيد ما ذكرنا أن المحكي عن الأكثر في باب القرض أن المعتبر في المثلي المعتذر وقيمه يوم المطالبة. نعم عبر بعضهم بيوم الدفع، فليتأمل. و كيف كان فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول أن المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع { ١ } لأن المثلي ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان ولا دليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه. وقد صرح بما ذكرنا المحقق

نعم بناء على ما أفاده المصنف ره في وجه ذلك أولاً ليس للضامن إلزامه بذلك، فإن الانتقال إلى القيمة إنما يكون من جهة الجمع بين الحقين، فإذا لم يطالب المالك لما كان وجه للانتقال.

وبهذا التقريب يظهر أنه لا يرد عليه ما ذكره المحقق الأيرواني قدس سره من أنه إذا جاز للمالك مع تعذر المثل مطالبة القيمة كشف ذلك عن أن حقه هو القيمة، فجاز إلزامه بأخذ القيمة وتفريغ ذمة الضامن عن حقه.

العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة أي يوم المقام الثاني: في أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة أي يوم ففي المتن { ١ } المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة يوم الدفع.

والوجوه المحتملة التي بعضها أقوال خمسة عشر، إلا أن ما يمكن أن يذكر له وجه عشرة كما ستعرف ومنشأ الاختلاف الخلاف في أمرين:

أحدهما: إن المدار في القيمي على قيمة يوم الدفع، أو قيمة يوم الغصب، أو قيمة يوم التلف، أو أعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم الدفع، أو الأعلى من يوم الأخذ إلى يوم التلف. وسيأتي في الأمر السابع تنقيح القول في ذلك.

ثانيهما: إنه بناء على الانتقال إلى القيمة هل العين تصير قيمة أو القدر المشترك بينهما يكون قيمياً؟

الثاني، وقد عرفت من التذكرة والايضاح ما يدل عليه، ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل وهو للحلي في البيع الفاسد. وللتحرير في باب القرض، ومحكى 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 اسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة فوجوب الاسقاط بها وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا أنه لو أخرج الاسقاط، بقي المثل في الذمة إلى تحقق الاسقاط واسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، وليس في الزمان الثاني مكلفا بما صدق عليه الاسقاط في الزمان الأول. هذا ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدم سابقا من الآية ومن أن المتبادر من اطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيرورة التالف قيميا بمجرد تعذر المثل { ١ } إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات وبين طروقه بعد التمكن، كما في نحن فيه ودعوى اختصاص الآية واطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكم ثم إن في المسألة احتمالات أخر ذكر أكثرها في القواعد.

وحق القول في المقام يقتضي البحث في موردين:
الأول: في بيان المختار.

الثاني: في بيان الوجوه التي ذكرت أو يمكن أن تذكر لسائر الأقوال.
أما الأول: فحيث عرفت أن العين تكون في العهدة إلى زمان الأداء وعرفت في ضابط القيمي والمثلي أن العين المتعذر مثلها تصير قيمية، وستعرف أن العبرة في القيميات بقيمة يوم الأداء، فلا محالة تعرف أن المدار في المثل المتعذر مثله على قمية يوم الدفع.
{ ١ } وأما الثاني: فإن قيل: إن المأخوذ بنفسه يصير، قيميا تأتي فيه احتمالات خمسة، وهي: قيمة يوم الأخذ. قمية يوم التلف. قمية يوم الأداء أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف. أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الدفع.

وقوى بعضها في الإيضاح وبعضها بعض الشافية. وحاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيتها أنه أما نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة وهو الذي اخترناه تبعا للأكثر من اعتبار القيمة عند الاقباض، وذكره في القواعد خامس الاحتمالات. وأما أن نقول بصيرورته قيما عند الاعواز، فإذا صار كذلك. فأما أن نقول: إن المثل المستقر في الذمة قيمي { ١ } فيكون القيمة صفة للمثل. بمعنى أنه لو تلف وجب قيمته. وأما أن نقول: إن المغصوب انقلب قيما بعد أن كان مثليا.

فإن قلنا بالأول فإن جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمة يوم الاعواز، كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد. و التحير 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 لأنه أول أزمنة وجوب المثل في الذمة، المستلزم لزمانه بقيمته عند تلفه

{ ١ } وإن قيل إن المثل يصير قيما، جاء فيه احتمالات خمسة وهي: قيمة يوم تلف العين فإنه يوم غصب المثل وكونه في الذمة إلى يوم اعواز المثل، قيمة يوم الأداء، قيمة يوم الاعواز باعتبار كونه يوم تلف المثل، أعلى القيم من يوم تلف العين الذي هو يوم غصب المثل إلى يوم اعواز المثل الذي هو يوم تلفه، أعلى القيم من يوم تلف العين إلى يوم الأداء.

وإن قيل: إن الجامع بينهما يصير قيما، جاء فيه أيضا احتمالات خمسة، وهي: قيمة يوم الأداء وقيمة يوم الغصب وهو يوم غصب العين، إذ غصب القدر المشترك يكون بغصب العين. وقيمة يوم التلف، وهو يوم اعواز المثل، فإن تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل وعدم التمكن من أدائه وأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الدفع. وأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.

وحيث إن احتمالين من احتمالات كون المثل قيما - وهما الأولان - ينطبقان مع احتمالين من القول بكون المأخوذ قيما - وهما الثاني والثالث - كما لا يخفى

وهذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغضب كما عن الأكثر. وإن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف، كما حكى عن جماعة من القدماء في الغضب، كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الاعواز، وذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات. وإن قلنا: إن التالف انقلب قيميا، احتتمل الاعتبار بيوم الغضب، كما في القيمي المغضوب، والاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلف. وذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد.

وإن قلنا: إن المشترك بين العين والمثل صار قيميا، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل، لاستمرار الضمان في ما قبله من الزمان. أما للعين، وأما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغضب إلى التلف. وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات، واحتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغضب إلى دفع المثل، ووجهه في محكي التذكرة والايضاح بأن المثل، لاستمرار الضمان في ما قبله من الزمان. أما للعين، وأما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغضب إلى التلف. وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات، واحتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغضب إلى دفع المثل، ووجهه في محكي التذكرة والايضاح بأن المثل لا يسقط بالاعواز، قالوا: ألا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقه، فالمصير إلى القيمة عند تغريمها { ١ } والقيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

وحاصله أن وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه إلى وجوب مبدله أعني العين فيجب أعلى القيم منها، فافهم.

واحتمالات أربعة من القول بكون الجامع يصير قيميا، وهي غير الأخير تنطبق مع احتمالات القولين الأولين، وإنما لا ينطبق خصوص الأخير من جهة أنه على هذا المسلك يكون هو الأعلى من يوم غضب العين إلى يوم الاعواز. فالمتحصل من هذه المسالك: إن الاحتمالات التي لها وجه تسعة. وهناك احتمال آخر، { ١ } وهو: كون المدار على قيمة يوم المطالبة بناء على أن انقلاب المثل إليها إنما هو حينها. هذه هي المحتملات التي لها وجه، وأما غير تلكم من الاحتمالات فإما لا أساس له، أو لا تتفاوت به القيمة مع المحتملات المذكورة.

إذا عرفت هذا، فاعلم أن المناسب لاطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلي هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة، غاية الأمر يجب اسقاطه مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو اسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الاسقاط وتفرغ 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. فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيميا، وهو حال الاعواز فحال الاعواز معتبر من حيث إنه 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 رحمه الله 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 الاعواز، إذ كما أن ارتفاع القمية مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القيم كذلك بشرط تعذر المثل في المثلي، إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية، و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثليا 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 كما أن تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الاعواز، وهو أصح الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل.

وإن قلنا: إن تعذر المثل لا يسقط المثل وليس كتلف العين، كان ارتفاع القيم فيما بعد تعذر المثل أيضا مضمونا فيتوجه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القمية، وهو المحكي عن الإيضاح، وهو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين أو المثل.

ثم اعلم أن العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنه لو تلف المثلي والمثل موجود، ثم أعوز { ١ } وظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل، بعد تيسره في بعض أزمنة التلف لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً. وعن جامع المقاصد أنه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف، ولعله لعدم تنجز التكليف

فتحصل أن المحتملات التي لها وجه عشرة:

الأول: قيمة يوم قبض العين.

الثاني: قيمة يوم تلفها.

الثالث: قيمة يوم اعواز المثل.

الرابع: قيمة يوم الدفع.

الخامس: أعلى القيم من يوم قبض العين إلى يوم الدفع.

السادس: أعلى القيم من يوم تلف العين إلى يوم الأداء.

السابع: أعلى القيم من يوم قبض العين إلى يوم تلفها.

الثامن: أعلى القيم من يوم قبض المثل - أي تلف العين - إلى يوم الاعواز.

التاسع: أعلى القيم من يوم قبض العين إلى يوم الاعواز.

العاشر: قيمة يوم المطالبة.

وبذلك يظهر عدم تمامية ما أفاده المحقق النائيني ره، وهو: إن المحتملات ثمانية،

مع أن المحتمل الثالث في كلامه قدح متحد مع الخامس. فراجع وتدبر.

لا فرق بين التعذر البدوي والطارى

{ ١ } المقام الثالث: ظاهر كلام العلامة ره اختصاص هذه الاحتمالات بصورة طروء

التعذر، لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً.

وعن جامع المقاصد: إنه حينئذ يتعين كون التالف قيمياً. وذكر في وجه التفصيل أمور:

بالمثل عليه في وقت من الأوقات { ١ } ويمكن أن يחדش فيه بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمة ابتداء { ٢ } كما لا يشترط في استقراره استدامتها على ما اعترف به مع طرو التعذر بعد التلف. ولذا لم يذكر أحد هذا التفضيل 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 يقال إن أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن وإن لم يكن مشروطا به عقلا، فلا تعم صورة العجز، { ٣ } نعم إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيميا. 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

{ ١ } الأول: إنه في صورة التعذر ابتداء لا يكون التكليف لأداء المثل منجزا في وقت من الأوقات، وهذا بخلاف صورة التعذر الطارئ.

{ ٢ } وأورد عليه المصنف ره: بأن التمكن من الأداء ليس شرطا في الحكم الوضعي، أي اشتغال الذمة بالمثل، كما لا يشترط في استقراره استدامة.

ولكن: يرد على المصنف ره: إن مبنى التوجيه المزبور على أن الضمان ليس بنفسه أمرا اعتباريا استقلاليا، بل هو منتزع من التكليف الفعلي بأداء البدل، وأساس الايراد إنما هو كونه أمرا اعتباريا مستقلا في الجعل، فهما لا يردان على مبنى فارد.

فالحق أن يورد عليه: بأنه بناء على كونه أمرا اعتباريا، إن صح اعتباره في فرض التعذر الطارئ صح في الابتدائي أيضا، فإنه إذا لم يكن مانع من اشتغال الذمة بالشئ مع عدم التمكن من أدائه صح ذلك في التعذر البدوي، وإلا لما صح بقاء أيضا.

{ ٣ } الثاني: ما ذكره المصنف ره، وهو: إن الأدلة في مقام الإثبات قاصرة عن الشمول لصورة التعذر البدوي، وأما إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل أو انقلابه قيميا.

وفيه: إنه إذا كانت الأدلة في مقام الإثبات قاصرة عن شمول صورة التعذر الابتدائي، لزم أن لا تكون الذمة مشغولة بالقيمة في القيمي مع تعذر أدائها ابتداء.

ثم إن المحكي عن التذكرة أن المراد باعواز المثل أن لا يوجد في البلد وما حوله. {١} وزاد في المسالك قوله مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه.

وعن جامع المقاصد الرجوع فيه إلى العرف 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 مؤنة كثيرة، ولذا كان يجب تحصيل المثل بأي ثمن كان، وليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة.

الثالث: ما ذكره بعض أكابر المحققين، وهو: إن الفرق بين العجز البدوي والطارئ عدم صدق ضابط المثلية في الأول، وصدقه في الثاني. توضيحه: إن ضابط كون الشيء مثليا كون الشيء ذا مماثل موجود لا كونه ذا مماثل نوعا، وعليه فمع العجز البدوي لا يكون التالف مثليا بخلاف صورة طروء العجز. وفيه: أنه إذا كان ضابط المثلية كون الشيء ذا مماثل موجود، فعند طروء التعذر لا يكون بقاء كذلك، فلا مناص عن القول بالانقلاب. فتحصل: إنه لا فرق بين الصورتين. ثم إن هذا كله على مسلك المشهور من اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة وأما على المختار من كون العين في العهدة، فعدم الفرق أوضح. المراد من اعواز المثل المقام الرابع: في بيان المراد من الاعواز. {١} فعن العلامة: إن المراد به عدم وجوده في البلد وما حوله، وعن المسالك زيادة قوله: مما ينقل إليه عادة، وعن المحقق الثاني: الرجوع فيه إلى العرف.

نعم لو انعقد الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز، تعين { ١ } ما عن جامع المقاصد كما أن المجمعين إذا كانوا بين معبر بالاعواز ومعبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع إلى الأخص وهو المتعذر لأنه المجمع عليه، نعم ورد في بعض أخبار السلم أنه إذا لم يقدر المسلم إليه [عليه] على ايفاء المسلم فيه تخير المشتري. { ٢ } 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 { ٣ }

{ ١ } والمصنف ره ذهب إلى الأخير بناء على الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز، وأما إذا كان المجمعون بين معبر بالاعواز ومعبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع إلى الأخص وهو المتعذر.

{ ٢ } ثم مال قده إلى ما عن العلامة من جهة النص الوارد في السلم أنه إذا لم يقدر المسلم إليه على ايفاء المسلم فيه تخير المشتري. بتقريب: إنه من المعلوم أن المراد بعدم القدرة بحسب المتفاهم العرفي ذلك.

{ ٣ } ثم قال: وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه. ولكن الاعواز والتعذر لم يردا في رواية، ولا هما معقد اجماع تعبدي حتى يناع في صدقهما، بل الفقهاء بعد استخراجهم الحكم من القواعد عبروا بهما، وعليه فيتعين ملاحظة القواعد.

ومحصل الكلام: إن هنا مسألتين - بعد مفروغية أنه إذا كان المثل موجود أليس للمالك مطالبة القيمة والزام الضامن بأدائها وله الالزام بأداء المثل.

الأولى: إنه متى ليس للمالك إلزام الضامن بالمثل.

الثانية: إنه متى للمالك إلزامه بأداء القيمة.

أما الأولى: فليس للمالك إلزامه بأدائه إذا لم يتمكن عقلا أو شرعا، بأن كان الأداء ضروريا عليه أو حرجيا. وبعبارة أخرى: متى انتفى أحد الشروط للتكليف، من غير فرق في ذلك بين وجود المثل في البلد أو غيره، كما أن له إلزامه به إذا كانت شروط التكليف موجودة، ولو كان المثل في بلد بعيد.

ثم إن في معرفة قيمة المثل { ١ } مع فرض عدمه اشكالا 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 ألجأ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل وشبهها فإن الراغب في الجمد في العراق من حيث أنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، وإنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالأهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلا، أو معالجة مشرف على الهلاك 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

وأما الثانية: فليس له إلزامه بأدائها إلا إذا تعذر عقلا المثل، وإلا فلو لم يكن متعذرا عقلا ولكن كان أدائه حرجيا أو ضروريا له أن يتحمل الضرر والحرج، ويؤدي المثل. وهذا أيضا لا فرق فيه بين البلد وغيره.

في معرفة قيمة المثل

{ ١ } المقام الخامس: في معرفة قيمة المثل.

منشأ اختلاف القيمة إن كان اختلاف الأيام والفصول، فقد تقدم الكلام في تعيينها وإن كان اختلاف الأمكنة فسيأتي الكلام فيه

وإن كان اختلاف الأيام في عزة الوجود وكثرته، فالميزان هو قيمة اليوم الذي عين لذلك، كان هو يوم الغصب أو يوم التلف أو يوم الأداء أو غير ذلك.

وبالجملة: حيث عرفت أن العين إنما تكون في العهدة إلى حين الأداء - ولذلك بنينا على أن المدار على قيمة يوم الأداء - فيفرض العين موجودة يوم الأداء، وتقوم و تؤدي تلك القيمة الفرضية. فلا اشكال في المسألة.

صدق التعذر فلا عبء بفرض وجوده في التقويم عند عدمه ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه ولو كان في غير بلد الضمان وكان قيمة المثل هناك أزيد، أما مع تعذره وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً في بلد المطالبة فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف وجوه { ١ } وفصل الشيخ في المبسوط في باب الغصب { ٢ } بأنه أن لم يكن في نقله مؤنة كالنقدين فله المطالبة بالمثل سواء كانت القيمتان مختلفتين أم لا، وإن كان في نقله، مؤنة فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً، لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وإلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصير حتى يوفيه بذلك البلد، ثم قال أن الكلام في القرض كالكلام في الغصب، وحكي نحو هذا عن القاضي أيضاً فتدبر، ويمكن أن يقال أن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الاطلاق، لانصراف العقد إليه وليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف

الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف

{ ١ } السادس: إذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة مخالفة لقيمه في بلد التلف، فهل الاعتبار ببلد المطالبة، أو ببلد التلف، أو يتخير المالك في التعيين، أو يخير الضامن فيه؟ وجوه:

المسألة مبنية على مسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره، وقد عرفت أن الأظهر جواز المطالبة في كل مكان شاء المالك، وعليه فالعبء في المقام ببلد المطالبة. { ٢ } وفصل في المبسوط، بما حصله: إن للمالك مطالبة القيمة في كل مكان كان له مطالبة المثل، فإن كان المثل مما لا مؤونة في نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقاً، وإن كان في نقله مؤونة فإن كانت القيمتان متساويتين فله المطالبة بها أيضاً مطلقاً، وإن كان في نقله مؤونة وكانت القيمتان مختلفتين فليس له إلا مطالبة قيمة بلد التلف.

بقي الكلام في أنه هل يعد من تعذر المثل، خروجه عن القيمة { ١ } كالمال ء على الشاطيء إذا أتلفه في مفازة والحمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف، أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأول، بل حكي عن بعض نسبه إلى الأصحاب وغيرهم والمصرح به في محكي التذكرة والايضاح والدروس قيمة المثل في تلك المفازة، ويحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالية.

فرع لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله، ثم تمكن من المثل { ٢ } فالظاهر عدم عود المثل في ذمته وفاقا للعلامة رحمه الله. ومن تأخر عنه ممن تعرض للمسألة، لأن المثل كان ديناً في الذمة سقط بأداء عوضه مع التراضي، فلا يعود كما لما لو تراضيا بعوضه مع وجوده، هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز. وأما على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً.

ولكن يرد عليه: إن الضرر الذي لأجله حكم في الصورة الأخيرة بعدم لزوم أداء المثل أو قيمته في بلد المطالبة: إن كان من جهة الاحتياج إلى مؤونة النقل، فهو موجود في الصورة الثانية، وإن كان من جهة زيادة القيمة فهو موجود في الصورة الأولى، وإن كان من جهة مجموع الأمرين فيرد عليه: إن الانضمام يوجب زيادة الضرر لا أصله، فالالتزام بالتفصيل، وأن له المطالبة في أي مكان شاء في الصورتين الأوليتين وأن العبرة ببلد التلف في الأخيرة مما لا وجه له.

{ ١ } قد مر الكلام على ذلك وغرفت أن روايتين يمكن استفادة حكم المقام منهما - وأن أرجحهما ما يدل على أنه من تعذر المثل وسيأتي تمام الكلام فيه لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة

{ ٢ } السابع: لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالأقوى عدم عود المثل في ذمته، وذلك بناء على المختار من أن التالف إذا تعذر مثله يصير قيمياً واضح. فإنه مع صيرورته قيمياً وأدى الضامن القيمة فقد برئت ذمته، فلا موجب لاشتغال الذمة بالمثل.

فإن قلنا بأن المغصوب انقلب قيميا عند تعذر مثله فأولى بالسقوط لأن المدفوع نفس ما في الذمة.
وإن قلنا إن المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قيميا { ١ } احتمال وجوب المثل عند وجوده لأن القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي أن حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.
السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا، فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة { ٢ }.

وإن شئت قلت: إن القيمة بدل للعين لا للمثل، فلا موهم لكون القيمة بدل الحيلولة للمثل.
{ ١ } وأما بناء على أن المثل يصير قيميا،
فإن قلنا ببقائه في الذمة إلى حين الأداء وأن المالك يسقط خصوصية المماثلة للطبيعة ويطالب المالية ولذلك له أن يصبر إلى أن يتيسر المثل فلا يعود المثل في ذمته أيضا،
وكذلك لو قلنا بانقلاب شغل الذمة من المثل إلى قيمته.
نعم بناء على القول ببقاء المثل في الذمة يعقل اعتبار بدل الحيلولة من جهة أنه بالتعذر لا يسقط المثل عن الذمة، وإنما يؤدي القيمة لأن ينتفع بها إلى أن يتيسر المثل ضمان القيمي بالقيمة
{ ٢ } السابع، لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة.
والكلام في هذا الأمر يقع في موارد:
الأول: إنه لا ريب ولا كلام في أنه عند تعذر المثل في القيميات يكفي رد القيمة وإنما الخلاف المتوهم في صورة وجود المثل من جميع الجهات أو ما يصدق عليه المثل، فالمشهور بين الأصحاب أنه يكفي رد القيمة،
وعن الإسكافي والمحقق: أنه يجب رد المثل.
وظني أنهما غير مخالفين للمشهور، فإن مورد كلامهما القرض، ولا يبعد فيه دعوى

ويدل عليه الأخبار المتفرقة في كثير من القيميات، فلا حاجة إلى التمسك بصحیحة أبي ولاد الآتية في ضمان البغل، 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 { ١ } إلا أن المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذرا، بل يمكن دعوى انصراف الاطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات كالبغل والعبد ونحوهما لصورة تعذر المثل، كما هو الغالب. فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي وإن فرض تيسر المثل له كما في من أتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلك العبد بعينه، وكما لو أتلف عليه ذرعا من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في أجزائه أصلا هو الاجماع كما يستظهر وعلى تقديره ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل. { ٢ }

أن المتعارف الشرط الضمني برد المثل ولو في بعض الصفات. ويؤيد ما ذكرناه تصريح المحقق في باب الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة، فمدعي عدم الخلاف في كفاية رد القيمة مع تيسر المثل غير مجازف. { ١ } وكيف كان: فالأولى بيان ما هو المستفاد من الأدلة، وقد تقدم في الأمر السابق أن حديث على اليد لا نظر له إلى هذه الجهة وآية الاعتداء لا تدل على الضمان، وأن الاطلاق المقامي والاجماع يقتضيان تعين القيمة. فراجع. { ٢ } قوله وعلى تقديره ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل مراده قده أنه على تقدير الاجماع، على وجوب القيمة، مع تيسر ما يصدق عليه المثل عرفا، ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل فلا حزازة في كلامه لكن يرد عليه أن التفصيل خرق للاجماع والأدلة بالنسبة إلى الصورتين على حد سواء.

خصوصا مع الاستدلال عليه كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى: (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) { ١ } بناء على أن القيمة مماثل للتالف في المالية، فإن ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل، وكيف كان فقد حكى الخلاف في ذلك عن الإسكافي، وعن الشيخ والمحقق في الخلاف و الشرائع في باب القرض، 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 [ذلك] القول فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة { ٢ } منها صحيحة أبي ولاد الآتية، ومنها رواية تقويم العبد ومنها ما دل على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه { ٣ } بحساب ذلك، فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف. ومنها غير ذلك من الأخبار الكثيرة وإن أرادوا أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيدا، نظرا إلى ظاهر آية الاعتداء ونفي الضرر، لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد اللهم إلا أن يحقق اجماع على خلافه ولو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء اطلاق القول بضمن المثل، فيكون الفصل بين التيسر و عدمه قولاً ثالثاً في المسألة

{ ١ } قوله خصوصا مع الاستدلال عليه كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى (فاعتدوا...)

وفيه أنه قد عرفت في المسألة السابقة أن الآية الكريمة لا تدل على الضمان و على فرض دلالتها لا تدل على ما اختاره الشيخ الأكبر فراجع. { ٢ } قوله فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة. قد مر عدم دلالة الروايات على الانقلاب، مع أن خلاف الجماعة إنما هو في القرض لا في غيره، فلا تكفي الروايات في ردهم مع احتمال الفصل، مضافا إلى أنه لو أغمض عن ذلك كله فهو المتيقن من الروايات فلا حاجة إلى الاطلاق.

{ ٣ } قوله ومنها ما دل على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه وفيه أنه ليس في نصوص الرهن عنوان، السقوط بل فيها أنهما يتردان الفضل.

إذا كان لأحد الأمرين من الرهن والدين عند تلفه فضل، وأنه إذا كان الرهن يساوي ما رهنه فليس عليه شيء.

الثاني: في أنه هل تشتغل الذمة حين التلف بالقيمة في القيميات، أم تبقى العين في العهدة إلى حين الأداء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول.

والحق هو الثاني لما تقدم في الأمر السابق من ظهور حديث على اليد في ذلك. ولا ينافيه شيء من الأخبار،

أما ما دل على الضمان فواضح،

وأما النصوص المعينة للقيمة فلأن جملة منها مثل

خبر السكوني عن الإمام الصادق عليه السلام الوارد في السفرة المطروحة الكثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه

يفسد وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن. (١)

وخبر علي بن جعفر عن الإمام الكاظم عليه السلام في رجل أصاب شاة في الصحراء

الدال على أنه يأكلها وإن جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه. (٢)

ومرسل الصدوق عن مولانا الصادق عليه السلام في الطعام الذي وجد في مفازة،

المتضمن أنه يقوم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة إن جاء (٣).

وغير ذلك من النصوص التي تكون بهذا المضمون

تكون في مقام بيان أن للواجد ولاية على أن يبيع ما وجده عن صاحبه لنفسه و

يبقى الثمن في ذمته إلى أن يجيء صاحب المال، وأجنبية عن المقام بالمرّة

وجملة أخرى منها لا يستفاد منها أزيد من وجوب دفع القيمة حين الأداء، وهذا

يلتزم مع كون العين في العهدة.

(١) الوسائل - باب ٢٣ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ٧.

(٣) الوسائل - باب ٢ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ٩.

ثم إنهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد { ١ } فالمحكي في غاية المراد عن الشيخين وأتباعهما تعين قيمة يوم التلف. وعن الدروس والروضة نسبته إلى الأكثر.

تعيين القيمة

{ ١ } قوله ثم إنهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد. الأقوال والوجوه المحتملة في المسألة في كون المدار على أي يوم خمسة: (١) القبض، نسب إلى الأكثر.

(٢) يوم التلف، نسب إلى الشيخين وأتباعهما، وعن الدروس والروضة: نسبته إلى الأكثر.

(٣) يوم الدفع.

(٤) أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف.

(٥) أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الدفع.

وأما ما عن المفيد والقاضي والحلي من الاعتبار بيوم البيع، فالظاهر إرادة يوم القبض، فهو يرجع إلى القول الأول.

وتنقيح القول في المقام بالبحث في مواضع:

الأول: فيما تقتضيه الأصول العملية.

الثاني: فيما تقتضيه القواعد.

الثالث: فيما يقتضيه صحيح أبي ولاد وغيره من النصوص الخاصة.

أما الموضع الأول: فعن العلامة وغيره: أنها تقتضي القول الخامس، إذ اشتغال ذمته بحق المالك معلوم، ولا تحصل البراءة إلا بالأعلى.

وأورد عليه: بأن الأصل في المقام البراءة لكون الشك في التكليف الزائد.

وأجاب عنه المصنف ره: بأن الأصل بالنسبة إلى لزوم دفع القيمة وإن كان هو

والوجه فيه على ما نبه عليه جماعة منهم: العلامة في التحرير أن الانتقال إلى البديل 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 و تداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه { ١ } ومما ذكرنا ظهر أن الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمة يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك مثلاً فبديل خارج.

وثانياً: أن لازم ذلك أنه لو كانت العين باقية ولكن نقصت قيمتها لزوم دفع ما نقص. وثالثاً: إن هذا الوجه لو تم لاقتضى كون المدار على أعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم التلف، لأن على اليد لا يختص بحدوث اليد، بل يشمل بقائها، فكل زمان من أزمنا كون العين تحت اليد قد أزيلت فيه يد المالك، فوجب أن يغرم أكثرها. { ١ } واستدل للقول الثاني في المتن بأن معنى ضمان العين عند قبضها كونها في عهده، ومعنى ذلك وجوب تداركها ببدلها عند التلف حتى تكون عند التلف كأنها لم تتلف، وتداركها على هذا النحو بالتزام مال معادل لها قائم مقامها. وفيه: إنه بناء على المسلك الحق من بقاء العين في العهدة إلى حين الأداء لا وجه لرعاية قيمة يوم التلف كما لا يخفى، وبه يظهر أن الحق هو القول الثالث، وهو أن العبرة بقيمة يوم الدفع. واستدل للقول الرابع بوجوه: أحدها: قاعدة نفي الضرر. وفيه: أولاً: إن قاعدة نفي الضرر حاکمة على الأدلة المثبتة للحكم، وتدل على نفيه ولا تدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر. وثانياً: إنها لو دلت على ذلك لزم البناء على لزوم دفع ما نقص من القيمة مع بقاء العين.

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 الغضب، كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآتية، كشف ذلك عن عدم اقتضاء اطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ يلزم حينئذ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغضب غير واجب التدارك، عند التلف لما ذكرنا من أن معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك { ١ } 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

{ ١ } ثانيهما: ما أفاده المصنف ره، وحاصله: إنه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم أمكن تخصيصها بالغاصب وعدم التعدي عنه، وأما لو كان ظاهرها أن الاعتبار بيوم الغضب وجب التعدي عنه، وذلك لأنه إذا كان قيمة المغصوب يوم التلف أو الدفع أكثر من قيمة يوم الغضب لزم من البناء على أن قاعدة الضمان والتدارك تقتضي كون العبرة بقيمة يوم التلف أو يوم الدفع الارتفاع بالغاصب، والتخفيف عليه، وكون غيره أسوء حالاً منه، وهذا مما يقطع بخلافه، فلا محالة يستكشف أن المجعول هو قيمة يوم الأخذ مطلقاً.

وبالجملة: التحفظ على ظهور الرواية في كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يستلزم البناء على أنه المعيار مطلقاً، وإلا لزم كون غير الغاصب أسوء حالاً منه. ثم إن السيد قد أفاد في وجه مراد المصنف ره: إنه لو قلنا بأن معنى التدارك إقامة البدل مقام الشيء يوم التلف، فإذا دل الصحيح على أن العبرة في باب الغضب بيوم الغضب لزم أن لا يكون المغصوب واجب التدارك، وهذا بخلاف ما لو قلنا بأن معنى التدارك إقامة البدل مقام الشيء في زمان انقطاع يده عنه، وعليه فظهور الصحيح في كون المدار على يوم الأخذ كاشف عن كون معنى التدارك ذلك، وأن الذي فهمناه خطأ.

إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد. أما لما ادعاه الحلي. وأما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك والغرامة في المضمونات وكون العبرة في جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد، 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 قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى نحو النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوما، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلل منه فيما [مما] صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهما، فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة وأخبرته بالقصة وأخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغلة، قلت رجعت [فقلت قد دفعته] سليما، قال: [فقال] نعم، بعد خمسة عشر يوما، قال فما تريد من الرجل قال: أريد كراء بغلي، فقد حبسه على خمسة عشر يوما، فقال: إني ما أرى لك حقا لأنه اكرته إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكراء، فلما رد البغل سليما وقبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده وأخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة، وأعطيته شيئا وتحللت منه وحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تمنع السماء ماءها وتحبس الأرض بركاتها فقلت لأبي عبد الله عليه السلام فما ترى أنت جعلت فداك؟ قال عليه السلام: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل وذهابا من النيل إلى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه، قال: قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه، قال: لا لأنك غاصب، قلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني، قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر، قال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه، قلت فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت، وهو إما أن يحلف هو فيلزمك،

وإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك، فقلت إني كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحللتني فقال عليه السلام إنما رضي بها وحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه فأخبره بما أفيتك به، فإن جعلك في حل بعد معرفته، فلا شئ عليك بعد ذلك الخبر ومحل الاستشهاد فيه فقرتان: الأولى: قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته { ١ } إلى ما بعد، فإن الظاهر أن اليوم قيد للقيمة أما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً يعني قيمة يوم المخالفة للبغل { ٢ } فيكون اسقاط 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.

وأورد عليه: بأنه يمكن أن يقال: إن التدارك له معنى جامع شامل للتدارك بحسب يوم قبضه وبحسب يوم التلف، إلا أن اطلاقه يقتضي كون المناط على قيمة يوم التلف، وهذا لا ينافي تقييده بيوم آخر بالنسبة إلى مورد خاص، فلا يكشف الخبر عن خطأ ما بنى عليه. ولكن الظاهر أن مراده ما ذكرناه. إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: أنه قد استدل في المقام بصحيح (١) أبي ولاد الذي هو مذکور في المتن.

ومحل الاستشهاد فيه جمل ثلاث: { ١ } الأولى: قوله عليه السلام: نعم قيمة البغل يوم خالفته. والاحتمالات في اليوم ثلاثة: أحدها: أن يكون قيدا للقيمة، فتكون الصحيحة حينئذ ظاهرة في أن العبرة بقيمة يوم الغصب. وذكر المصنف قدس سره في تقريب كونه قيدا لها وجهين: { ٢ } الأول: إضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً، فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل.

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.

وإما بجعل اليوم قيذا للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل. { ١ }

وفيه: إنه إن أراد بذلك إضافة المضاف نفسه إليه ثانيا، فمضافا إلى أنه لا معنى حينئذ لقوله فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة.
يرد عليه: إن الشيء الواحد لا يضاف إلى شيئين مرتين.
وبعبارة أخرى: المضاف إلى شيء لا يضاف ثانيا.
وإن أراد به إضافة مجموع المضاف والمضاف إليه، فمضافا إلى أنه لا يصح قوله:
فيكون اسقاط... الخ، إذ لا دليل على أنه لا بد وأن لا يصدر جزء المضاف بحرف التعريف.

يرد عليه: إن المجموع لتضمنه النسبة الإضافية التي هي من الحروف لا يضاف، إذ المعنى الحرفي لا يقع ظرفا.

وبعبارة أخرى: الإضافة من خواص الأسماء والحرف لا يضاف.

{ ١ } الثاني: جعل اليوم قيذا للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل، والظاهر أن مراده ليس جعل متعلق الظرف والعامل فيه الاختصاص الحاصل من الإضافة، فإنه معنى حرفي، والعامل لا بد وأن يكون فعلا أو شبه فعل.
بل مراده قيديّة اليوم للقيمة المضافة إلى البغل، وهي مضافا إلى كونها معنى حديثا في نفسها فإنها ما يقوم بالشيء من المالية، أنه لو سلم كونها معنى جامدا بسبب الإضافة تتضمن معنى اشتقاقيا.

وفيه: إن هذا وإن كان لا محذور فيه، إلا أن قيديّة اليوم لنعم لو لم تكن أظهر لا ريب في كونها محتملة، والاحتمال مسقط للاستدلال.

الثالث: كون اليوم قيذا للبغل بإضافة البغل إليه، فيكون المقام من قبيل تتابع الإضافات. فقد يقال كما عن المحقق النائيني قدس سره: بأن الخبر على هذا أيضا يدل على أن

العبرة بقيمة يوم المخالفة، إذ حيث لا تختلف الأعيان باختلاف الأيام، فبدلالة الاقتضاء لا بد وأن يكون إضافة البغل إلى اليوم باعتبار قيمته في ذلك اليوم.

وما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله نعم { ١ } القائم مقام قوله عليه السلام يلزمك يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فبعيد جدا، بل غير ممكن لأن السائل إنما سئل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم يكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان { ٢ } كما يدل عليه رأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمي، فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. وقد أطب بعض من جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه، ولم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي ولا المتفاهم العرفي.

وفيه: إنه حيث لا ريب في أن للبغل بحسب الصفات والخصوصيات المتفاوتة بحسب الأيام قيما مختلفة، ولا كلام أيضا في أن هذا الاختلاف مضمون في باب الضمان، والخلاف إنما هو في اختلاف القيم المستندة، إلى اختلاف السوق والرغبات، فيمكن أن يكون يوم المخالفة في الخبر إشارة إلى قيمة يوم البغل حال كونه قويا، فإن التعب والهزال إنما عرضه بعد الحركة العنيفة لا لخصوصية في ذلك اليوم، وهذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف أو يوم الدفع بأن يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة في وقت التلف أو يوم الدفع فيقوم ذلك البغل في يوم الأداء أو وقت التلف، فعلى هذا الاحتمال يكون الصحيح أجنيا عن ما هو المقصود.

{ ١ } الرابع: كون اليوم قيما لقوله عليه السلام نعم الذي هو في قوة قوله يلزمك أو يكون لفظ

يلزمك مقدرا بعده، فيكون اليوم حينئذ وعاء توجه التكليف، فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه في الصحيحة.

وأورد على هذا الاحتمال بوجهين:

{ ٢ } الأول: ما أفاده المصنف قدس سره، وهو: إن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.

وفيه: أولا: إن السائل لم يقل ما يلزمي كي يكون ظاهرا فيما ذكر، بل قال أليس كان يلزمي فالواقع عقيب أداة الاستفهام الذي هو المسؤول عنه أصل اللزوم،

الثانية: قوله أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكرتري كذا وكذا { ١ } فإن إثبات قيمة يوم الاكترء من حيث هو يوم الاكترء لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار به فلا بد أن يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة، بناء على أنه يوم الاكترء، لأن الظاهر من صدر الرواية أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة.

ومن المعلوم أن اكرتري البغل لمثل تلك المسافة القليلة، إنما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق، ومعلوم أيضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة. { ٢ }

{ ١ } الجملة الثانية: قوله عليه السلام: ويأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكرتري كذا وكذا.

{ ٢ } وتقريب الاستدلال بها على أن الميزان قيمة يوم المخالفة ما أفاده المصنف وهو: إن اثبات قيمة يوم الاكترء يكون لا ثبات قيمة يوم المخالفة، لأن الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة، ومن المعلوم أن اكرتري البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج، ومعلوم أيضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة.

وفيه: إن نكتة التعبير بيوم الاكترء - بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا في هذا الباب - إنما هو وجود المكارين حينه دون سائر الأوقات. وهذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف أو يوم الأداء من جهة عدم الاختلاف في مدة خمسة عشر يوما أيضا كما سيصرح هو قده به.

ويؤكد ذلك أن الظاهر من الجملة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح والمعيب أن المقصود تعيين أصل قيمة البغل من جهة الجهل بها حيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الاشتباه.

مع أنه لو سلم الاختلاف - بما أن هذه الجملة غير واردة لبيان حكم شرعي بل في مقام بيان موضوع عرفي كما يشهد له قول السائل من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية - فيمكن أن يقال: إنه لو كان الميزان قيمة يوم الأداء

وأما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده {١} فالظرف متعلق بعليك {٢} لا قيد للقيمة، إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الرد إجماعاً {٣} لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى عليك أداء الأرش يوم رد البغلة

إذا عينت قيمة البغل في يوم المخالفة معرفة قيمته في يوم الأداء سهلة كما لا يخفى. فتحصل: إن هذه الجملة أيضاً لا تدل على خلاف ما تقتضيه القواعد.

{١} الجملة الثالثة: قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده.

وملخص القول فيها: إنه بناء على وجود اليوم في الرواية، لم احتملات فيها أربعة.

{٢} أحدهما ما في المتن وهو: رجوعه إلى قوله عليه السلام عليك فلا تعرض فيها ليوم هذه القيمة.

وأورد على هذا الاحتمال: إن التكليف بأداء الأرش والضمان إنما يكون في يوم حدوث العيب لا يوم الرد، وإن أريد به يوم رد البغلة.

وفيه: إنه بناء على المختار من أن العبرة في القيميات بقيمة يوم الدفع، هذه الجملة على هذا الوجه تدل على ذلك، فإنه بما أن التالف مع وجود العين وصف من أوصافها فلا يلاحظ بنفسه في العهدة، بل إنما يكون عهدته بتبع عهدة العين، فإذا خرجت العين عن العهدة بأدائها لا عين في العهدة ليقال إن صحيحها كذا ومعيبها كذا، وليس على الضامن إلا عهدة ما به يتفاوت صحيحها حال كونها في العهدة، فلا محالة يكون المعيار في مثل هذا التالف قيمة يوم رد العين. فتدبر فإنه دقيق.

ثانيها: رجوعه إلى القيمة، وإرادة رد الأرش من قوله يوم ترده.

ويدفع هذا الاحتمال: إن مرجع الضمير حينئذ إن كان قيمة ما بين... الخ لزم تأنيته، وإن كان ما بين لزم رعاية عناية لعدم صدق الرد إلا على المأخوذ دون بدله.

{٣} وأما ما ذكره المصنف قدس سره من أنه لا عبرة في أرش العيب بيوم الرد إجماعاً.

ويحتمل أن يكون قيذا للعيب { ١ } والمراد العيب الموجود في يوم الرد.
لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الرد، فهو المضمون دون العيب القليل
الحادث أولا لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد والعبرة حينئذ
بالعيب الموجود حال حدوثه لأن المعيب [العيب] لو رد إلى الصحة أو نقص لم
يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه
الجهة ضعيف { ٢ } أيضا، فتعين تعلقه بقوله عليك

فيرد عليه: إن المسألة خلافية، وقد عرفت أن مقتضى القواعد أن العبرة بيوم الرد،
وقد أفتى بذلك جمع، مع أنه لو سلم قيام الاجماع عليه فليس هو اجماعا تعبديا، مضافا
إلى احتمال الفرق بين العين والنقص.

{ ١ } ثالثها: رجوع يوم ترده إلى العيب فيكون مفادها ضمان العيب الفعلي، فلا
عبرة بحدوث العيب مع زواله عند رده، ويعتبر زيادته حال رد العين، وعلى هذا فهي
أجنبية عن المقام وغير متعرضة لهذا الحكم.
وأورد عليه بايرادين:

{ ٢ } الأول: ما أفاده المصنف قدس سره، وهو: إن العيب قد يرتفع أو ينقص يوم الرد،
ولازم

هذا الوجه أن لا يوجب ضمانا في الصورة الأولى وأن لا يوجب الضمان بالنسبة إلى ما
حدث منه وارتفع في الثانية، مع أن مقتضى الفتوى خلاف ذلك.
وفيه: إن المسألة خلافية وفيها أقوال ثالثها التفصيل بين الوصف القابل للزيادة
كالسمن، وما لم يكن كذلك كوصف الصحة.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إن المراد منه هنا الحاصل من المصدر
وهو معنى اسمي ليس فيه معنى الفعل ولا يمكن اشراب معناه فيه.

وفيه: إن الجوامد على قسمين: قسم لا يتقدر بالزمان، وقسم يتقدر به، والأول لا
يتعلق به الظرف، والثاني لا مانع من تعلق الظرف به، والمقام من قبيل الثاني.
رابعها: رجوعه إلى القيمة وإرادة رد البغلة. وتقريب دلالتها على المختار من أن
العبرة بيوم الرد ما ذكرناه في المحتمل الثاني.

فحصل: إن هذه الجملة مضافا إلى أنها لا دلالة فيها على أن العبرة بيوم المخالفة،

والمراد بقيمة ما بين الصحة والعيب قيمة التفاوت بين الصحة والعيب ولا تعرض في الرواية ليوم هذه القيمة فيحتمل يوم الغضب، 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 الغضب 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 بيوم المخالفة، دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام، أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل وإن نقص بعد ذلك لأنه خسره المبلغ الذي اشترى به البغلة، ويؤيده التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء، فإن فيه اشعاراً 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. ويؤيده أيضا قوله عليه السلام فيما بعد في جواب قول السائل ومن يعرف ذلك قال أنت وهو إما أن يحلف هو فيلزمك فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه. { ١ }

يمكن دعوى دلالتها على أن الميزان قيمة يوم الأداء.

بقي الكلام في الصحيح في جهات ثلاث:

الأولى: في الأشكال الذي أوردوه على قوله عليه السلام 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 اكترى كذا وكذا فيلزمك. والجواب عنه.

{ ١ } الثانية: فيما أفاده المصنف قدس سره من أن هذه الجملة تؤيد القول بأن العبرة بيوم التلف

أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أن قيمة البغل يوم اكرتري كذا وكذا، فيلزمك الخبر، فإن العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفا للأصل، ثم لا وجه لقبول بينته، لأن من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه { ١ } وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له ويصدق فيه من دون محاكمة { ٢ } والتعبير برده اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغله، فكان الحلف حقا له ابتداء خلاف الظاهر وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف فإنه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك

الثالثة في أنه هل يمكن أن يستدل بالصحيح على أن العبرة بأعلى القيم أم لا. أما الجهة الأولى: فمحصل الأشكال: إن المالك دائما يدعي الزيادة، فقوله مخالف للأصل، فيكون هو مدعيا ووظيفته إقامة البينة، والغاصب منكرا ووظيفته الحلف أو رد الحلف، فكيف حكم عليه السلام بأنه يحلف المالك وأن له رد الحلف على الغاصب. { ١ } ثم على فرض كونه منكرا، فما معنى جعل إقامة البينة وظيفته؟ وأجيب عن الأشكال بوجوه:

{ ٢ } أحدها: إنه عليه السلام في مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة، وقضية البينة على المدعي واليمين على من أنكر إنما هي في المخاصمات. وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب في ذلك، حيث إن السؤال إنما يكون عن العارف، وأجاب عليه السلام: بأنه إما أن يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله، أو أن تحلف أنت من

جهة كونه عندك في مدة أو يقيم المالك البينة لو لم تعرف أنت ولم يعرف هو، فتكون الصحيحة غير مربوطة بموازن القضاء.

والذي يوهن هذا الجواب - وإن ذهب إليه جمع منهم السيد الفقيه والمحققان الأصفهاني والايرواني.

قوله عليه السلام فيلزمك، وقوله لزمه إذ الملزم إنما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الإلهي ذلك لا حلف كل أحد وإن توافق الطرفان عليه. اللهم إلا أن يقال إن الانسان بحسب الغالب يطمئن بحلف غيره.

على ما إذا اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاهما، أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا { ١ } ولا شك حينئذ أن القول قول المالك، فيكون سماع البينة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقا مع اتفاهما على بقائه عليها إلى يوم التلف { ٢ } فيكون الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، ويبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة، ولعل حكمها أعني حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور في الرواية. 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 وأبعد منه حمل النص على التعبد. { ٣ }

ثانيها أن تكون هذه الجملة في مقام بيان حكم صورتين من صور النزاع. { ١ } ويكون الحلف وظيفه المالك في ما لو اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاهما على قيمته سابقا فيكون قول المالك موافقا للأصل. { ٢ } والبينة وظيفته في صورة أخرى وهي صورة اختلافهما في قيمته سابقا مع اتفاهما على بقائه عليها إلى يوم التلف فيكون قول المالك مخالفا للأصل واختار المصنف هذا الوجه.

وفيه: إن هذا مناف لظاهر الصحيح، بل صريحه، فإنه صريح في ورود حلف المالك والغاصب وسماع البينة من المالك كلها على مورد واحد.

ثالثها: حمل الصحيح على التعبد وجعله مخصصا للقاعدة العامة، وهو غير بعيد في نفسه، إذ من شؤون أخذ الغاصب بأشق الأحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه، وأن لا يطالب منه بشيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب إلى المالك. والتزم به الشيخ في محكي النهاية، والمفيد في محكي المقنعة، وعن المصنف: نسبه إلى الأكثر. وبذلك ظهر ما في تضعيف المصنف قدس سره هذا الوجه. وقال.

{ ٣ } وأبعد منه حمل النص على التعبد.

فتحصل: إن الأوجه في دفع الأشكال الوجه الثالث ثم الأول.

وأما الجهة الثانية: فقد أفاد المصنف قدس سره في وجه كون هذه الجملة مؤيدة للقول:

وجعل حكم خصوص الدابة 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، 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 { ١ } ولم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلوب،

بأن العبرة بيوم التلف بعد حملها على الموردين أنه إذا كان المعيار يوم التلف يمكن
توجيه الأشكال المتقدم بوجه قريب وهو حمل الخبر على موردين متعارفين، وهما ما
إذا اتفقا في السابق على قيمة البغل وادعى الغاصب نقصانها في يوم التلف عن قيمته في
السابق، وما إذا اتفقا على أنه لم تتفاوت قيمة البغل وإنما اختلفا في السابقة من حيث
الزيادة والنقصان. فإنه في المورد الأول تكون وظيفة المالك اليمين لموافقة قوله للأصل،
وفي المورد الثاني تكون وظيفته البينة لمخالفة قوله للأصل، وهذا بخلاف ما لو قلنا إن
المدار على يوم المخالفة، فإن فرض صورة يكون قول المالك موافقا للأصل ووظيفته
الحلف على هذا إنما يكون فرضا نادرا، وهو ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم
المخالفة أو اللاحق له وادعى الغاصب نقصانها عن تلك يوم المخالفة، ومعلوم أنه لا يصح
حمل الصحيح على هذا الفرض النادر.
ولكن يرد عليه أمور:

الأول: ما تقدم من منافاة حمل الخبر على الموردين لظاهره بل صريحه.
الثاني: إن غاية ما يدل عليه الوجه المزبور أنه لا عبرة بقيمة يوم المخالفة، وأما أن
المدار قيمة يوم التلف أو يوم الدفع فالخبر أجنبى عنه حينئذ.
الثالث: أنه يمكن فرض صورة يكون قول المالك موافقا للأصل، وتكون تلك
الصورة متعارفة، وإن قلنا بأن المدار قيمة يوم المخالفة، وهي ما إذا اتفقا على قيمة البغل
وادعى الغاصب أنه كان معيوباً حين المخالفة، فإن قول المالك بكونه صحيحاً موافق
لأصل، فتكون وظيفته حينئذ الحلف.
وأما الجهة الثالثة: ففي المتن.
{ ١ } لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلوب.

نعم استدلووا على هذا القول: بأن العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته. وفيه أن 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، 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 وإن أريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو إن لم يخالف الاتفاق، إلا أنه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل، على ما حكاها في الرياض عن خاله العلامة (قدس الله تعالى روحهما) من قاعدة نفي الضرر الحاصل على المالك، وفيه نظر كما اعترف به بعض من تأخر، 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 تتلف 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 وقلة.

ووجهها المحقق النائيني بأن قوله عليه السلام يوم خالفته بيان لأن المخالفة موجبة للضمان والمفروض أن كلما كان الشيء تحت سلطنة الغاصب خالف المالك فيه، ولا موجب لأن تكون القيمة ملحوظة في أول حدوث المخالفة، بل إذا فرض قيمة العين أعلى في يوم من سائر الأيام يضمنها الغاصب وإن تنزلت بعد ذلك، ولا ممتنع اجتماع الضمانات لعين واحدة يدخل الأدنى تحت الأعلى وينحصر في الأعلى. ويرد عليه: - مضافا إلى ما تقدم من تطرق احتمالات في يوم خالفته الموجب لعدم صحة الاستدلال به، ومضافا إلى ما عرفت من أن المالية ليست مضمونة وداخله تحت على اليد - أن الظاهر من يوم خالفته هو أول يوم حدوث المخالفة.

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، ولأجل ذلك استدل العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنه زمان إزالة يد المالك، 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 درهمين، وفي ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامة أكثرها، فتأمل. واستدل في السرائر وغيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال لاشتغال ذمته بحق المالك، ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى.

وقد يجاب بأن الأصل في المقام البراءة حيث إن الشك في التكليف بالزائد، نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد، 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.

وأما المورد الثاني: فقد استدل لأن العبرة بيوم التلف بطائفتين من النصوص: الأولى: ما ورد في باب الرهن (١)، وقد تقدم في أول هذا التنبيه وعرفت أنه لا ينافي مع القاعدة. فراجع.

الثانية: ما ورد في عبد أعتق بعضه، ففي خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي أعتق

نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقي؟ فقال عليه السلام: نعم يؤخذ بما بقي (منه بقيته يوم أعتق خ) (٢) ونحوه غيره.

وفيه: إنه من المحتمل كون قوله يوم أعتق قيذا ليؤخذ لاللقيمة، وعليه فيدل على أن زمان توجه التكليف إنما هو من حين التعلق وساكت عن أن ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف أو يوم الأداء.

فتحصل: إن الأظهر بحسب الأدلة كون الميزان قيمة يوم الأداء والدفع.

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب كتاب أحكام الرهن.
(٢) الوسائل - باب ١٨ - من أبواب كتاب العتق حديث ٦.

ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال { ١ } إلا أنه تردد فيه في الشرائع، ولعله كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضمونا بمثله، ودفع القيمة إنما هو لاسقاط المثل، وقد تقدم أنه مخالف لاطلاق النصوص والفتاوى، 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 { ٢ } لأن ماليته الشيء تختلف بحسب الأماكن، وتداركه بحسب ماليته.

{ ١ } قوله ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال. وقد عرفت أن الحق اعتبارها من جهة بقاء العين في العهدة إلى حين الخروج عنها الذي هو مختار جمع من المحققين، لا ما احتمله قده من كون القيمي مضمونا بمثله. ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة
{ ٢ } قوله وأما إذا كان بحسب الأمكنة... فالظاهر اعتبار محل التلف. يحتمل في العبارة وجهان: أحدهما: مع لفظ عدم. الثاني: بدونه.

ومراده على الأول: إن خصوصية المكان من الخصوصيات والأوصاف التي تكون دخيلة في المالية وتختلف المالية باختلافها، وأن اختلاف المالية فيها ليس مستندا إلى مجرد تفاوت الرغبات فتكون نازلة منزلة الجزء، وعليه فالمضمون به أعلى القيم من قيم البلاد التي مرت بها العين لا قيمة يوم التلف.
ومراده على الثاني: إن معنى الضمان وجوب تداركه ببدله عند التلف حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل في مكان التلف قائم مقامه.

ولكن يرد على الوجه الأول: إن خصوصية المكان كخصوصية الزمان ليست دخيلة في المالية، بل أصل القيمة وترقيتها ينشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود، كما أن عدمها وتنزلها ينشئان من كثرة الوجود وقلة الطالب، بلا دخل للزمان والمكان في ذلك

ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس. وأما إذا كان حاصلًا من زيادة في العين، 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، نعم يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، فإن العبرة بيوم فوتها أو يوم ضمانها، أو أعلى القيم، ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليه { ١ } وإن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق لما دل على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة 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

ويرد على الوجه الثاني: ما تقدم من بقاء العين في العهدة إلى حين الأداء، والصحيح أنه بناء على المختار من بقاء العين في العهدة يكون الاعتبار بقيمة العين في محل الخروج.

نعم في المقام مسألة أخرى، وهي: إنه إذا كانت القيمة في مكان أزيد من القيمة في مكان التالف والأخذ، هل للمالك أن يطالبها أم لا؟ وقد تقدم الكلام في ذلك. بدل الحيلولة

لا بأس بالتعرض لحكم ما لو لم تتلف العين ولكن تعذر الوصول إليها. { ١ } فقد صرح المصنف وغير واحد: بأنه في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة.

وتنقيح القول فيه بالبحث في جهات:

الأولى: إنه لا كلام في الضمان في صورة تعذر الوصول إلى ماله إذا صدق عليه التالف عرفًا للأدلة المتقدمة، وللنصوص الكثيرة الدالة عليه منطوقًا ومفهوماً الواردة في السرقة والضياع، ولا حاجة إلى نقلها.

لكن ظاهر اطلاق الفتاوى الأخير كما يظهر من اطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل، ويؤيده أن فيه جمعا بين الحقين { ١ } بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين،

إنما الكلام فيما إذا لم يصدق عليه التلف عرفا.

وقد استدل على الضمان بمعنى لزوم دفع البديل المسمى عندهم ببديل الحيلولة -
بوجوه:

الأول: قاعدة نفي الضرر (١) بدعوى أن صبر المالك إلى حين الوصول إليه ضرر عليه فجاز له إلزام الغاصب بالبديل.

وفيه: إن قاعدة نفي الضرر إنما تنفي الحكم الضرري وحكم الموضوع الضرري، ولا تدل على ثبوت حكم ولا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حقق في محله. الثاني: قاعدة اليد بدعوى أن أداء العين كما يكون بأداء بدلها عند تلفها يكون بأداء بدل الحيلولة.

وفيه: إن مفاد حديث على اليد (٢) إن كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالاته على الضمان ببديل الحيلولة واضح، وإن كان بقاء العين في العهدة إلى حين الخروج عنها فهو إنما يدل على لزوم أداء العين ما دامت موجودة وتدارك ماليتها بأداء حصة مماثلة لها بعد التلف. وبعبارة أخرى: ما دامت موجودة لا يكون أداء بدل الحيلولة أداء لها، ولذا لا تخرج عن ملك مالكها، ولو كان ذلك أداء لها كان اللازم خروجها عن ملكه.

{ ١ } الثالث: إن في أدائه جمعا بين الحقين، بعد فرض رجوع البديل إلى الضامن لو ارتفع التعذر.

وفيه: إن الحق الثابت للمالك إنما هو بالإضافة إلى العين نفسها لا بد لها مع بقائها. مع أنه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر وهو إلزام الضامن بالشراء، بل هذا الجمع أولى كما لا يخفى.

(١) راجع الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب احياء الموات.
(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

فإن تسلط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذر نفسه { ١ } نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلي، نعم لو كان زمان التعذر قصيرا جدا بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء القيمة أشكل الحكم،

{ ١ } الرابع: قاعدة السلطنة (١).

إما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها إلى مطالبة البدل وأخذه. أو بدعوى أن من شؤون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها. وبعبارة أخرى: للعين شؤون ثلاثة: من حيث الشخصية، ومن حيث الطبيعة النوعية، ومن حيث المالية. وتعذر مطالبة الأولى لا يمنع عن مطالبة غيرها. أو بدعوى السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بما له. وفي الجميع نظر.

أما الأولى: فلأن السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردها ثابتة ولازمها السعي في ذلك بالسعي في مقدماته لا رد البدل، ومع عدم امكانه لا تكون ثابتة لعدم القدرة، والامتناع بالاختيار وإن كان لا ينافي الاختيار إلا أنه عقابا لا خطابا. وأما الثانية: فلأن مالية العين القائمة بها، أي تلك الحصة الخاصة من المالية يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين، والمالية القائمة ببدلها حصة أخرى من المالية، ولم تثبت السلطنة على مطالبتها.

وأما الثالثة: فلأن السلطنة على الانتفاعات بما له ساقطة للتعذر. الخامس: إنه فوت سلطنة المالك وأتلفها فيجب عليه تدارك ذلك. وفيه: إن ما للمالك إنما هو الملك لا السلطنة، بل هي من الأحكام المترتبة عليه، فلا يتعلق بها الضمان.

السادس: اطلاق النصوص المتقدمة. وفيه: إنها ظاهرة أو منصرفة إلى صورة صدق التلف عرفا. السابع: الاجماع، وهو كما ترى.

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

ثم الظاهر عد 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 إزامه برد العين { ١ } فتأمل

الجهة الثالثة: في بيان أن التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر المسقط للتكليف.

قد استدلل للأول بوجهين.

{ ١ } أحدهما ما في المتن وهو أصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزامه برد العين الذي كان قبل التعذر، خرج عن ذلك ما إذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف. ثانيهما أنه مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين، ولا يجتمع التكليف برد العين والبدل.

وفيهما نظر:

أما الأول: فلأن الأدلة التي أقاموها على ثبوت بدل الحيلولة مقتضى اطلاقها ثبوته في مورد التعذر العرفي أيضا، ومعه لا مورد للرجوع إلى الأصل. وأما الثاني: فلأن مورد التكليف بالبدل زمان الاشتغال بالمقدمات، ومورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات.

ولكن الحق في المقام هو التفصيل بين كون زمان الأشغال بالمقدمات، قصيرا جدا، فلا يكون ثابتا وبين غيره، فيكون ثابتا ولا يخفى وجهه.

ثم إن السيد الفقيه أورد على المصنف قدس سره بعد قوله ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله: لا يخفى أن هذا ليس مطلبنا آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بأن فيه جمعا بين الحقين، كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول وهو اليأس من الوصول، فلا وجه للتكرار.

وفيه: إن في المقام بحثين:

أحدهما: إنه هل يعتبر في ثبوته اليأس عن الوصول إلى الأبد أم لا؟

الثاني: في أنه هل يعتبر التعذر المسقط للتكليف أم لا؟ وبين الجهتين عموم من وجه، إذ اليأس من الحصول ربما لا يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا، كما أن

العلم بوجوده أو رجائه قد يوجب سقوط التكليف فعلا للتعذر العقلي، وعلى هذا فلا مورد لايراده.

ولعل المراد به التعذر في الحال وإن كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخر لأجلها ذو المقدمة، ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين، ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقا للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها، ويصبر إلى زوال العذر، كما صرح به الشيخ في المبسوط ويدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم { ١ } وكما أن تعذر رد العين في حكم التلف، فكذا خروجه عن التقويم،

إلزام المالك بأخذ البديل

الجهة الرابعة: في الأحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته.

وتنقيح القول فيها في ضمن مسائل:

الأولى: هل يكون دفع البديل حقا للضامن فله إلزام المالك بأخذه، أم ليس له ذلك. { ١ } وقد استدل المصنف قدس سره على الثاني: بقاعدة تسلط الناس على أموالهم (١). وفيه: إن المراد بذلك أن كان هو السلطنة على الامتناع من قبول بدل الحيلولة، فيرد عليه: إن بدل الحيلولة إن صار ملكا له مع عدم مطالبته، فامتناعه عن قبوله كامتناعه عن قبول نفس العين لا يؤثر في عدم الخروج عن العهدة بدفعه. وإن لم يصر ملكا له فلا إضافة له إليه كي يشمل دليل السلطنة. وإن كان المراد به السلطنة على الامتناع من أخذ بدل الحيلولة من جهة كونه بدلا عن ماله - وبعبارة أخرى: السلطنة على الامتناع من أخذ بدل ماله - فيرد عليه: إن بدل الحيلولة إن قلنا إنه غرامة يدفعها الضامن وليس بإزاء العين، فلا يزاحم ذلك للسلطنة الثابتة للمالك على ماله. وإن قلنا له عوضه قهرا فدليل السلطنة لا يمنع عنه لا خصية دليله حينئذ من دليلها. نعم بناء على أن للمالك المعاوضة الاختيارية يتم ذلك، لكنه بمراحل عن الواقع.

والحق في المقام اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركه، إذ لو كان مدركه

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر وظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين، ولعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق إلا بذلك ولولا ظهور الاجماع، وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه { ١ } نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين، وحكى الحزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله،

قاعدة اليد أو اطلاق النصوص كان ذلك حقا للضامن، فإن حاله حينئذ كحال سائر أمواله. وأما إن كان المدرك قاعدة نفي الضرر، أو كون ذلك من باب الجمع بين الحقين أو الاجماع، فللمالك الامتناع من أخذه، فإن الضرر ينتفي بثبوت حق للمالك في مطالبة البدل، كما أن الجمع بين الحقين يكون بذلك، وقاعدة السلطنة على فرض دلالتها على ذلك تدل على أن للمالك السلطنة على مطالبة ماله للتوسل به إلى أخذ بدله، فله أن لا يطالب، والمتيقن من الاجماع صورة المطالبة. في أن بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح المسألة الثانية: في أن بدل الحيلولة هل هو ملك للمضمون له أو مباح؟ فقد استدلل للثاني بوجهين:

{ ١ } الأول: ما ذكره المصنف قدس سره، ومحصله: إن الفأث بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين، فاللازم تداركها بسلطنة توازيها بأداء مماثل العين، لأن معنى الضمان ذهاب العين من مال الضامن، ولازم تلك فيما إذا كان الضمان بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية قيام مقابله مقامه في السلطنة لا في الملكية ليكون مقابلا وتداركا للسلطنة الفأثة، فالتدارك لا يقتضي ملكية المتدارك في هذه الصورة، وحيث إن السلطنة على الانتفاعات لا تقتضي الملك من أول الأمر عنده، فلذا اختار الإباحة لولا الاجماع.

وعلى أي حال فلا ينتقل العين إلى الضامن { ١ } 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 البديل له وقد استشكل في ذلك المحقق والشهيد الثانيان. قال: الأول في محكي جامعهم أن هنا اشكالا، فإنه كيف يجب القيمة ويملكها الآخذ ويبقى العين على ملكه وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه، انتهى.

أما أن الإباحة المطلقة هل تقتضي الملك من أول الأمر أم لا، فقد أشبعنا الكلام فيه في المعاطاة.

وأما أن أدلة بدل الحيلولة هل تدل على الملك أو الإباحة فالحق هو التفصيل، إذ لو كان المدرك هو الجمع بين الحقين لما اقتضى ذلك مزيد من الإباحة، ولو كان المدرك غيره

كان مقتضاه هو الملك، إذ قاعدة اليد تدل على كون المبدول بدلا عن مالية العين، كما أن قاعدة السلطنة الدالة على السلطنة على مطالبة مالية ماله تقتضي ذلك، إذ مع عدم الملك لا يكون اعتبارها اعتبار مالية غير ماله، وقاعدة نفي الضرر أيضا تقتضي ذلك فإن ضمان القيمة هناك كضمانها في صورة التلف وقاعدة نفي الضرر تدل على ضمان البديل لأن عدمه، ضرري.

الثاني: إنه حيث تكون العين باقية على ملكه، فلو ملك البديل لزم منه الجمع بين العوض والمعوض.

وفيه: أولا: أنه سيأتي الكلام في أن العين تنتقل عنه أم لا. وثانيا: أنه يمكن أن يقال: إن ثبوت البديل من باب الغرامة لا المعاوضة. فتأمل. ثم إن هذا كله في غير صورة التلف العرفي، وأما في تلك الصورة فلا ينبغي التوقف في الملكية للأدلة الدالة على ثبوت البديل فيها المتقدمة.

في أن العين هل تنتقل إلى الضامن أم لا

المسألة الثالثة: في أن العين هل تنتقل إلى الضامن أم لا؟

{ ١ } قال المصنف وعلى أي حال فلا ينتقل العين إلى الضامن.

لا اشكال في عدم الانتقال بناء على عدم صيرورة البديل ملكا للمالك، وأما بناء على الملكية ففي موارد التلف الحقيقي أو العرفي لا كلام أيضا في خروجه عن ملكه

وقال الثاني إن هذا لا يخلو من اشكال 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 أجاز له التصرف، كان وجهها في المسألة انتهى. واستحسنه في محكي الكفاية أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا: أن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، ولازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه ليصدق ذهابه 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، نعم لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك لتوقف بعض التصرفات عليها وجب ملكيته للمبدول تحقيا لمعنى التدارك والخروج عن العهدة، وعلى أي تقدير، فلا ينبغي الاشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكيها { ١ } إنما الكلام في البدل المبدول، ولا كلام أيضا في وجوب الحكم بالإباحة وبالسلطنة عليها، وبعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ إلى أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، هل يستلزم الملك من حين الإباحة أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف. وقد تقدم في المعاطاة بيان ذلك،

أما في الأول: فواضح.
وأما في الثاني: فلأن الملكية من الاعتباريات، والاعتبار إنما يكون بلحاظ الأثر، وبدونه لغو، فلا يكون هناك اعتبار الملكية.
وأما في غير ذينك الموردین، فقد اضطرت فيه كلمات الأعلام غاية الاضطراب، ومحصل القول: إن في مسألة وجوها وأقوالا:
أحدها: إن الضامن يملك العين التي أدى عوضها مطلقا.
{ ١ } الثاني: إنه لا يملكها كذلك. اختاره المصنف قدس سره.

ثم إنه قد تحصل مما ذكرنا أن تحقيق ملكية البدل، أو السلطنة المطلقة عليه، مع بقاء العين على ملك مالکها إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به بحيث يعد بدل البدل غرامة وتداركاً، أما لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكية فالتدارك لا يقتضي ملكه ولا السلطنة المطلقة على البدل ولو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته، حينئذ لم يبعد انكشاف [كشف] ذلك عن انتقال العين إلى الغارم { ١ }

{ ١ } الثالث ما مال إليه المصنف واختاره بعض المحققين وهو عدم الملكية فيما إذا كان الفئات معظم الانتفاعات، والملكية فيما إذا لم يكن الفئات إلا بعض ما ليس به قوام الملكية.

والأظهر هو الأول، وذلك لوجهين:

الأول: إن أهل العرف يفهمون من الأمر بدفع البدل حصول المعاوضة والمبادلة بين العينين، وصيرورة كل منهما ملكاً للآخر، وبدلاً عنه.

الثاني: إن مقتضى عنوان التدارك والغرامة ذلك، إذ مع فرض عدم التلف وبقاء مقدار من المالية للمتعدّر لو حكم الشارع بتدارك ماليته بتمامه بعنوان تدارك ما في العهدة وبمعنوا أنه أداء للمتعدّر لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه، وحيث إن كون المتعدّر من المباحات الأصلية لم يقل به أحد فلا بد من البناء على صيرورته ملكاً للضامن. واستدل للثاني: بمنع تلك الاستفادة والفهم العرفي من أدلة الضمان.

وبأن التكليف بأداء البدل يمكن أن يكون بعنوان الغرامة لا بعنوان البدلية، والغرامة لا تقتضي كون العين ملكاً للضامن، فإن العين التالفة يضمن الضامن قيمتها ولا تكون ملكاً له.

وبالجملة: الغرامة سادة للثلثة التي وردت على ملك المالك، فلا يقتضي لزومها على الغارم دخول العين في ملكه لأنها ليست بدلاً عن نفس العين. وفيه: إنه مع بقاء العين على مقدار من المالية، سد الثلثة لا يكون باعطاء كمال القيمة، فاعطاء تمامها مع فرض كون الغرامة لا بعنوان العقوبة والمجازاة بل بعنوان تدارك

ولذا استظهر غير واحد أن الغارم، لقيمة الحيوان الذي وطئه يملكه، لأنه وإن وجب بالوطني نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر لكن هذا لا يعد فواتا لما به قوام المالية، 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، لأن القيمة عوض الأوصاف والأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم { ١ } لا عوض العين نفسها، كما في الرطوبة الباقية بعد الضوء بالماء المغصوب، فإن بقائها على ملك مالِكها لا ينافي معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك،

ما في العهدة، يستلزم خروج العين عن ملكه ودخولها في ملك الضامن. واستدل للثالث: بأنه مع فوات معظم الانتفاعات لا محالة يكون أداء القيمة غرامة، وهي، لا تقتضي انتقال العين إلى الغارم. وأما مع فوات بعضها فعنوان الغرامة لا يقتضي أداء تمام القيمة، فالأمر بأداء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعية. وفيه: إن ما ذكره في الشق الأول يتم في صورة التلف العرفي، وأما في غيره فليس التالف مما يسوي بتمام القيمة كما عرفت. فتحصل: إن الأظهر صيرورته ملكا للضامن. { ١ } قوله لأن القيمة عوض الأوصاف والأجزاء... عن التقويم. بل القيمة عوض عن العين بلحاظ ماليتها الثابتة لها، بلحاظ الأوصاف. وظاهر هذه العبارة أنه لو كانت القيمة عوض العين نفسها لزم منه انتقال العين إلى الضامن وهذا وإن كان حقا. إلا أنه ينافي ما تقدم منه قدس سره، حيث قال وعلى أي حال، فلا تنتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيه بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين في ملكه.

ولو بذل القيمة، قال في شرح القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب { ١ } ثم يضمن الغاصب النقص ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، انتهى. { ٢ }

وعطف على ذلك قوله ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أن جنابة الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعب القيمة أخذها ولم تدفع العين، انتهى.

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 لكن عن مجمع البرهان في هذه المسألة اختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: يمكن أن لا يجوز ويتعين القيمة، لكونه بمنزلة التلف، وحينئذ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، إذ لا غضب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد اكتمال الغسل وقبل المسح انتهى.

{ ١ } عبارة القواعد هكذا ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الامكان فإن خيف تلفها فالقيمة انتهى.

احتمل في هذا المورد وأمثاله أمور:

منها: أن يجب بدل الحيلولة لتعذر وصول المالك إلى ماله.

ومنها: اشترك مالك الثوب ومالك الخيوط في قيمة الثوب بعد الخياطة.

{ ٢ } ومنها: كونها من موارد التلف.

والأظهر هو الأخير، إذ قيمة الثوب وإن زادت بالخياطة إلا أن زيادتها ولو مقداراً منها ليست بإزاء الخيوط، وإن صارت هي سبباً لازدياد قيمة العين، وقد مر عدم كون المورد من موارد بدل الحيلولة، بل تعد هذه الموارد عند العرف من موارد التلف، فيكون الغاصب ضامناً لقيمة الخيوط، وقد مر أن ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن، وعليه فلا يجب نزعها وإن طلبه المالك، وتجوز الصلاة في هذا الثوب المخيط كما أفتى به في محكي مجمع البرهان واستجوده صاحب الجواهر قدس سره.

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 الذهاب نفس العين، كما في التلف الحقيقي أو كان الذهاب السلطنة عليها التي بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذهاب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته ولا يخفى أن العين على التقدير الأول خارج عن الملكية عرفاً، وعلى الثاني السلطنة المطلقة على البدل، بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين. وهذا معنى بدل الحيلولة، وعلى الثالث فالمبدول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم لا عن نفس العين، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة لا نفس العين الباقية، كيف ولم تتلف هي وليس له على تقدير التلف أيضاً عهدة مالية. بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال { ١ } بل، لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه { ٢ } فتأمل. ولعل ما عن المسالك من أن ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالاخراج، فتعين القيمة فقط، محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المنخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة كما لا يأبى عنه عنوان المسألة فلا حظ. وحينئذ فلا تنافي ما تقدم عنه سابقاً { ٣ } من بقاء الخيط على ملك مالكة وإن وجب بذل قيمته.

{ ١ } قوله بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال. ولعل الوجه في وجوب الرد في المقام، مع عدم شمول الأدلة، لأن موضوعها المال وما له عهدة مالية، والمفروض خروج المغصوب عن ذلك وكونه غير مال. اطلاق قوله (١) عليه السلام لأن الغصب كله مردود. { ٢ } قوله أمكن سقوطه. لحديث لا ضرر، اللهم إلا أن يدعى أن ما دل على أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال يشمل الغاصب المؤدي لمالية المال، فلا يرفع حكمه بحديث لا ضرر. ولعله أشار إلى ذلك بأمره بالتأمل، إلا أن الشأن في مدرك هذه العبارة. { ٣ } قوله فلا تنافي ما تقدم عنه سابقاً. لأن عدم وجوب الرد في المقام إنما هو لأجل المانع لا لعدم المقتضي وهو الملكية.

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الغصب حديث ٣.

ثم إن هنا قسما رابعا، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه { ١ } كما لو صار الخل المغصوب خمرا فاستشكل في القواعد وجوب ردها مع القيمة.

حق الأولوية

{ ١ } قوله: ثم إن هنا قسما رابعا وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية.

الكلام في هذا الفرع يقع في جهات:

الأولى: في بقاء حق الأولوية بعد زوال الملكية: وقد استدل له بأمور:
الأول: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره وغيره، وهو: إن الحق ليس أمرا مغايرا للملك، بل هو من شؤونه ومراتبه الضعيفة المندكة تحت القوى، لأنه عبارة عن إضافة خاصة بين المستحق والمستحق عليه، وهي حاصلة للمالك ومحفوظة في جميع الحالات المتواردة على الملك.

وفيه: إن الملكية والحق من الاعتباريات الشرعية والعرفية، لا من المقولات، والاعتبار لا اشتداد فيه ولا حركة، وكل من الملك والحق اعتباري غير الآخر. الثاني: إن حق الأولوية من آثار الملك، فمع زواله غاية الأمر يشك في ارتفاعه، فيستصحب بقاءه.

وفيه: إن ما هو أثر الملك إنما هو الحكم التكليفي من قبيل جواز التصرف فيه ونحوه، وهو غير حق الأولوية، مع أن لازم كونه أثرا له ارتفاعه بارتفاعه. وبالجملة: حق الأولوية الذي هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك. الثالث: إنه قد دل الدليل على أن المالك أحق بماله، فيستفاد من ذلك كون حق الأولوية من مقارنات الملك، ولو شك في زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك. وفيه: إن ما دل عليه الدليل المزبور إنما هو أولوية المالك بالتصرف في ماله من

ولعله من استصحاب وجوب ردها ومن أن الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب إلا رده ولم يكن المالك إلا أولى به، إلا أن يقال: إن الموضوع في الاستصحاب عرفي. { ١ } ولذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم: الشهيدان والمحقق الثاني ويؤيده أنه لو عاد خلا ردت إلى المالك بلا خلاف ظاهر.

غيره، وهذا غير ثبوت حق الأولوية.

الرابع: الاجماع.

وفيه: إنه ليس تعبدية، ولعل مستند المجمعين ما تقدم.

فالصحيح أن يستدل لثبوتها بالسيرورة العقلانية وبناء العقلاء على ذلك، وأظن أنه لا

ريب في بنائهم عليه، وحيث لم يردع عنه الشارع فيستكشف امضائه لذلك.

الجهة الثانية: في وجوب رده على القول بعدم انتقاله إلى الضامن.

بناء على ثبوت حق الأولوية لا شك في وجوبه، فإنه كما يجب رد الملك يجب رد

ما هو متعلق الحق.

ولو شك في وجوب رد متعلق الحق، فهل يجري استصحابه نظرا إلى كون الملكية

من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية.

{ ١ } فالموضوع عند العرف يكون باقيا.

أم لا يجري لكونه من الجهات التقييدية؟ وجهان: أظهرهما الأول.

وأما بناء على عدم ثبوتها، فجريان الاستصحاب وعدمه مبنيان على ما تقدم.

الجهة الثالثة: في أنه مع فرض ثبوت حق الأولوية هل يكون ذلك للمالك أو

الضامن؟ والأظهر هو الثاني لاقتضاء الغرامة ذلك، ولبناء العقلاء عليه. فالضامن أحق من

غيره.

حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية

المسألة الرابعة: في حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة. السوقية

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء كان للسوق أو للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمرة، ولا يضمن منافعه { ١ } فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. وعن التذكرة وبعض آخر ضمان المنافع، وقواه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه. وفي موضع من جامع المقاصد أنه موضع توقف وفي موضع آخر رجح الوجوب.

{ ١ } قوله فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع... ولا يضمن منافعه. عن العلامة قدس سره وبعض آخر: ضمان المنافع، ورجحه في موضع من جامع المقاصد، والظاهر أن المشهور بين الأصحاب العدم، وهو الأظهر. أما على ما اخترناه من صيرورة العين المتعذرة ملكا للضامن فواضح. وأما على المسلك الآخر فلأنه قد خرج الضامن عن عهدة العين وادي ماليتها، فليس له بعد أدائها عهدة العين الثابتة بعلى اليد وغيره من أدلة الضمان، فلا شيء يقتضي الضمان.

نعم إذا وضع يده عليها ثانيا أو على نمائها حصل الضمان. وبالجملة: بعد خروج الضامن عن عهدة العين يكون حاله بالإضافة إلى ذلك الملك حال غيره من الأجنب، وعليه فكون النماء حادثا في ملك المالك لا يقتضي ضمانه، كما أن اليد السابقة التي خرج عن عهدها لا تقتضي ذلك. فالأظهر عدم الضمان.

واستدل للقول الآخر: بأن المال حيث يكون باقيا على ملك مالكة وارتفعت ماليته وقيمته، فالضامن كما يكون سببا للحيلولة بين المال وصاحبه، يكون سببا للحيلولة بين تلك الزيادة والمالك، والغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلا لا المالية فعلا، فيجب تداركها.

وفيه: إن هذه الحيلولة ليست أخرى بل بقاء لتلك الحيلولة، والمفروض أنه خرج عن عهدها.

ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع { ١ } كالحاصل بعد التلف لكن مقتضى القاعدة ضمانه له لأن مع التلف 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 تلف كان له قيمتها من حين التلف أو أعلى القيم إليه أو يوم الغصب على الخلاف، والحاصل أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر، والحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، مع الحكم بضمان الأجرة والنماء إلى دفع البدل، وإن 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 اشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكناً وجب ردها إلى { ٢ } مالكها، كما صرح به في جامع المقاصد فوراً وإن كان في احضارها مؤنة كما كان قبل التعذر، لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي { ٣ }

{ ١ } قوله الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع.

قد عرفت أن مقتضى القاعدة ضمان الارتفاع بعد التلف قبل الدفع أيضاً، وعلى فرض الالتزام بالانتقال واشتغال الذمة بالقيمة عند التلف الذي هو مبنى عدم ضمان الارتفاع بعد التلف نلتزم به في المقام من حين التعذر، فإنه من أول تحقق التعذر لا يكون مكلفاً برد العين بل برد القيمة فينتقل التكليف من العين إلى القيمة.

إذا ارتفع التعذر يجب رد العين

{ ٢ } المسألة الخامسة: إذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكناً، فهل يجب ردها كما في المتن أم لا؟ وجهان.

وقد استدلل لذلك بوجوه:

{ ٣ } الأول: ما في المتن وهو: إن مقتضى عموم على اليد ما أخذت المغيب بالأداء هو ذلك.

ودفع البدل لأجل الحيلولة. { ١ } إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنى أنه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، واستلزم (ولازم) 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 { ٢ } والعموم هو الضمان المدلول عليه، بقوله عليه السلام على اليد ما أخذت المغيب بقوله حتى تؤدي.

وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرو التمكن فيضمن العين من يوم التمكن ضمانا جديدا بمثله، أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم 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.

وفيه: إنه إن قلنا بالملكية - أي العين بدفع الغرامة تصير ملكا للضامن - فلا موضوع لعلى اليد.

وإن قلنا ببقائها على ملك المالك، فيرد عليه: إنه على الفرض حيث خرج عن عهدة العين بدفع البدل وأداء المالية - فلا وجه لعود مقتضى اليد مع عدم وضع اليد عليه ثانيا.

ودعوى أن العموم المزبور يدل على تعهد الآخذ بالعين تداركا ورضا، ودفع الغرامة إنما يكون تداركا للمالية، وإنما يسقط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلي، وإذا ارتفع التعذر وجب عليه الرد لكونه من آثار تعهده به حين الآخذ كما أفاده بعض مشايخنا المحققين، ولعله إلى هذا يشير.

{ ١ } قوله قدس سره: ودفع البدل لأجل الحيلولة... الخ.
مندفعة بأن على اليد إنما يدل على كون المال المأخوذ في العهدة ما لم يؤد، فإذا فرضنا كون دفع البدل أداء فلا وجه لوجوب الأداء ثانيا.
وبعبارة أخرى: إنما يجب دفع البدل من جهة كونه أداء، ومعه لا وجه لوجوبه ثانيا.
وإن شئت قلت: إنه لا يدل على وجوب الرد تكليفا، وإنما يدل على الضمان خاصة.
{ ٢ } الثاني: ما في المتن أيضا، وهو: استصحاب وجوب الرد.
وفيه: إنه إن أريد به استصحاب الوجوب التنجيزي، فيرد عليه: أنه ارتفع

وأما الضمان وعهدة جديدة فلا؟ وجهان، أظهرهما الثاني لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة وعدم طرو ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمانا جديدا { ١ } ومجرد عود التمكّن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض، والمعوض، غاية ما في الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفاتئة المبدلة عنها بالغرامة ووجوبها عليه، وحينئذ فإن دفع العين فلا اشكال في زوال ملكية (مالكية) المالك للغرامة.

بالتعذر فلا وجه لاستصحابه.

وإن أريد استصحاب الوجوب التعليقي.

فيرد عليه: إن التمكّن ليس من قيود الطلب شرعا، بل هو شرط عقلي في كل واجب، فلا يكون الوجوب بسببه تعليقا.

اللهم إلا أن يقال: إنه إما أن نقول باشتراط كل تكليف بالتمكّن شرعا، فلا محالة يصير الوجوب تعليقا، ولا مانع من استصحابه في المقام على القول بجريان الاستصحاب التعليقي.

وإن قلنا بأنه شرط عقلي، بمعنى أنه مع عدم التمكّن لا يحكم العقل بلزوم متابعة المولى، وإن كان التكليف باقيا شرعا فيستصحب الوجوب التنجيزي في المقام. وعليه فالحق أن يورد على هذا الأصل: بأنه مع الخروج عن عهده العين لا يجب ردها تكليفا لاختصاص الأدلة بصورة بقاء العهدة.

الثالث: ما أفاده السيد قده والمحقق النائيني قدس سره، وحاصله: إن البدلية المفهومة من الأدلة إنما هي بدلية ما دام التعذر وموقته، فإذا ارتفع التعذر يعود كما كان.

وفيه: إنه في موارد صدق التلف عرفا تكون الغرامة بدلا دائما بمقتضى اطلاق النصوص، وفي موارد بدل الحيلولة على القول به مقتضى الأدلة من على اليد وغيره كون دفع البدل في حال التعذر أداءا للعين وخروجا عن عهدها لا ما دام متعذرا. وبعبارة أخرى: التعذر علة للحدوث لا أن البدلية تدور مداره وجودا وعدما. { ١ } ولو شك في ذلك لكفى الاستصحاب في بقاء البدلية.

وتوهم: إن المدفوع كان بدلا عن القدر الفائت 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 ولو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أو لا، إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم فإن الغرامة عوض السلطنة { ١ } لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتأمل.

نعم للمالك مطالبة عين ماله، لعموم: الناس مسلطون على أموالهم. وليس ما عنده من المال عوضا من مطلق السلطنة، حتى سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك، ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة { ٢ }

الرابع: الاجماع، وهو كما ترى.

فالصحيح أن يستدل له ببناء العقلاء، بدعوى أن بناءهم على العود في أمثال المقام مما يكون البديل لا من باب الإبراء عن الخصوصية أو المعاوضة الشرعية، بل تنازلا عن الخصوصية الشخصية، كان المتنازل هو المالك أو الشارع ولاية عليه. فتدبر فإنه دقيق. { ١ } قوله فإن الغرامة عوض السلطنة.

وفيه أن الغرامة على فرض كونها بدل السلطنة، إنما تكون بدلا عن السلطنة على المطالبة، أي امكان وضع اليد على العين، ولو بواسطة قدرة الغاصب. لا عن السلطنة الفعلية ولذا لو كان الغاصب من الأول قادر أعلى الدفع لم يكن بدل الحيلولة ثابتا.

{ ٢ } قوله ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

مراده أن البديل لو كان بدل السلطنة.

على المطالبة لكان يباح لغيره ممن له تلك كالولي فإن له السلطنة على مطالبة مال المولى عليه من الغاصب، فإن المفروض كونه بدل السلطنة على المطالبة، وهي له مع أنه لا يباح له الغرامة بلا كلام، فيستكشف من ذلك عدم كونها بدلا عنها. وفيه أن المدعى كونها بدلا عن السلطنة على مطالبة المالك، لما له لينتفع به، لا مطلق السلطنة على المطالبة.

ومما ذكرنا يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين { ١ } إلى أن يدفع المالك القيمة، كما اختاره في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد، وعن التحرير الجزم بأن له ذلك. ولعله لأن القيمة عوض. أما عن العين، وأما عن السلطنة عليه وعلى أي تقدير، فيتحقق التراد، وحينئذ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر، وفيه أن العين بنفسها ليست عوضا ولا معوضا. ولذا تحقق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلط عليها والمعوض لغرامة 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، ثم لو قلنا بجواز الحبس لو حبسه فتلفت العين محبوسا فالظاهر أنه لا يجري عليه حكم المغصوب لأنه حبسه بحق، نعم يضمه لأنه قبضه لمصلحة نفسه. والظاهر أنه بقيمة يوم التلف على ما هو الأصل في كل مضمون ومن قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف. وذكر العلامة في القواعد أنه لو حبس فتلف محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع القيمة الأولى. والظاهر أن مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة، بناء على زوال حكم الغصب عن العين لكونه محبوسا بغير عدوان، لا خصوص حين التلف وكلمات كثير منهم لا يخلو عن اضطراب.

{ ١ } قوله مما ذكرناه يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين. ما ذكره قدس سره أولا من أنه مع بقاء الغرامة على ملك المالك لا مورد لحبس الغاصب العين إذ ما لم يرد العين، لا يستحق الغرامة، فكيف يجوز له حبسها لأجلها وإن كان تاما، إلا أن الأظهر هو عدم جواز الحبس حتى بناء على عود الغرامة إلى الغاصب، كانت الغرامة بدلا، عن العين أو السلطنة - إذ جواز الحبس، حكم تعبدي ثبت في المعاملات، وفي غيرها لا دليل عليه. فما يظهر من ذيل كلامه من دوران جواز الحبس وعدمه مدار كون العين عوضا أو معوضا - غير تام.

ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب، لكن الظاهر أن أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضمونا، إذ ليس في الغصب خصوصية زائدة. نعم ربما يفرق من جهة نص في المغصوب مخالف لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة أبي ولاد، أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحيحة عليه، وأما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال، فلم نعرف له مأخذا واضحا. { ١ }

ولنختتم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد وإن بقي منه آخر أكثر مما ذكرنا ولعل بعضها يجيء في بيع الفضولي.

{ ١ } قوله وأما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال فلم نعرف له مأخذا قد تطابق النص والفتوى على أن الغاصب يلزم بالأشق على وجه تقدم على قاعدة لا ضرر ولا حرج.

وإليه يشير ما رواه السيد الرضي في نهج البلاغة قال أمير المؤمنين عليه السلام الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها قال يروى هذا الكلام للنبي صلى الله عليه وآله (١). فإنه يدل على لزوم رد المال إلى صاحبه وإن استلزم خراب الدار أجمع بل ظاهر كلمات جمع من الفقهاء أن هذه الجملة معقد اجماع.

وفي الجواهر بل قد يقال إن للمالك أخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه في كل حال وإن استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه إلا في الحال المزبور انتهى.

(١) باب ١ من أبواب الغصب حديث ٥.

الكلام في شروط المتعاقدين { ١ }
مسألة: المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي { ٢ } بل عن
الغنية: الاجماع عليه وإن أجاز الولي.
وفي كنز العرفان: نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا وظاهره إرادة
التعميم لصورة إذن الولي. وعن التذكرة: إن الصغير محجور عليه بالنص
والاجماع، سواء كان مميزاً أم لا في جميع التصرفات إلا ما استثني كعباداته
واسلامه واحرامه وتدييره ووصيته وايصال الهدية وإذنه في الدخول

عقد الصبي

{ ١ } المقصد الرابع: في شرائط المتعاقدين.

وهي: البلوغ، والعقل، والقصد والاختيار.

تنقيح القول: بالبحث في مسائل:

{ ٢ } الأولى: المشهور كما عن الدروس والكفاية: بطلان عقد الصبي.

معاملة الصبي تتصور على وجوه:

الأول: كونه مستقلاً فيها كان ذلك في أمواله أو في أموال غيره، إذن الولي أو لم
يأذن.

الثاني: ما إذا أذن الولي مع كون المعاملة مستندة إليه ويكون من قبيل الوكيل
المفوض.

الثالث: كونه آلة محضّة، بمعنى كون المعاملة معاملة الولي إن كانت في أمواله،
ومعاملة الموكل إن كانت في أموال غيره، ويكون الصبي منشئاً فقط. ومرجع منعه من
التصرف على النحو الأخير إلى كون قصده للانشاء كلاً قصداً، ومن قبيل بيع الهازل والنائم
ومحل الكلام هو الصبي المميز.

وأما غير المميز فلا اشكال في بطلان معاملاته حتى بالنحو الأخير لعدم قصده
لمدلول العقد.

والمصنف قدس سره استظهر من عبارة التذكرة دعوى الاجماع على بطلان عقده بالنحو
الأخير أيضاً، ومورد استظهاره منها

على خلاف في ذلك انتهى. واستثناء ايصال الهدية وإذنه في دخول الدار يكشف
بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله { ١ } لأن الايصال والإذن ليسا من
التصرفات القولية والفعلية.

وإنما الأول آلة في ايصال الملك، كما لو حمله على حيوان أو أرسلها.
والثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحة الدخول وهو رضا المالك،

{ ١ } استثناءه ايصال الهدية، وإذنه في دخول الدار من التصرفات التي ادعى
الاجماع على محجوريته فيها، مع أنهما ليسا من التصرفات القولية أو الفعلية، فاستكشف
من ذلك شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله.

ويرد عليه قده: إن عدم حجية فعله في الأول، وقوله في الثاني في حكايتهما
بالتصرف في مال الغير بأخذ الهدية والدخول في الدار لا يقتضي عدم العبرة بقصده
للإنشاء لرجوع ذلك إلى عدم تصديق الصبي كالفاسق، فاستثناءهما لا يكشف عن شمول
المستثنى منه لمطلق أفعاله.

وبعبارة أخرى: استثناءه إياهما من كون الصبي محجورا عليه شرعا يقتضي حمل
كلامه قدس سره على إرادة الايصال والإذن - الذين هما من التصرفات الشرعية - لا الآلية
المحضة، فلا مناص عن حملهما على إرادة كونهما فعل الوكيل أو قوله الكاشفين عن
اهداء المالك وإذنه في الدخول، ولا كلام في أن هذا التصرف تصرف استقلالي للصبي
وليس من قبيل اجراء الصيغة.
وعلى هذا فثبوت الشهرة والاجماع على بطلان عقده بالمعنى الأخير محل نظر،
بل منع.

وكيف كان: فلا بد من البحث في الأدلة.

والكلام فيها يقع في مقامين.

الأول: في أدلة المنع.

الثاني: في أدلة الجواز.

أما الأول: فقد استدل له بأمور:

الأول: الآية الشريفة (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) (١).

وتقريب الاستدلال بها على المنع: إن الظاهر من الآية الشريفة من جهة جعل البلوغ غاية الابتلاء والامتحان، وغير ذلك من القرائن كون جواز الدفع مشروطا بشرطين: البلوغ والرشد، فمفهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة أو الصباوة، وليس ذلك إلا

من جهة حجره في تصرفاته، بل المراد من عدم الدفع ذلك.

فإن قلت: إن ظاهر الآية الشريفة من جهة الأمر بالدفع وجوب الدفع بعد البلوغ والرشد فمفهومها عدم الوجوب قبل ذلك، وهذا يلائم مع الجواز. فلا تدل الآية على عدم الجواز.

أجبت عنه: أولا: إنه لو جاز الدفع لوجب لعدم جواز إمساك مال الغير، فمفهومها عدم جواز الدفع قبل ذلك ووجوب حفظ أمواله وعدم رده إليه.

وثانيا: إن هذا الأمر لو روده مورد الحظر والمنع لا يستفاد منه الوجوب، فدلالة الآية الشريفة على محجورية الصبي في الجملة لا كلام فيها.

إنما الاشكال في أنها هل تدل على المنع عن التصرفات مستقلا بالمعنى الأول خاصة أم تدل على المنع عنها بالمعنى الثاني، أم تدل على إلغاء تصرفه بالمرة.

الظاهر هو الوسط، فإن الآية من جهة توجيه الخطاب فيها إلى الولي، وتضمنها

المنع عن الدفع قبل البلوغ، تدل على عدم استقلال الصبي في معاملاته في أمواله وإن أذن له الولي، ولكنها لا تدل على جعل انشائه كلا انشاء مع عدم كون التصرف تصرفا له، بل

من تصرفات وليه، وكون البيع بيعه مثلا، فالآية تدل على عدم نفوذ ما يعد تصرفا له ولو مع إذن الولي، وهي وإن اقتصت بأمواله إلا أنه يكفي في منعه عن التصرفات في مال غيره

(١) النساء، آية ٦.

واحتج على الحكم في الغنية بقوله صلى الله عليه وآله رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ. { ١ } وقد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسألة الاقرار، وقال: أن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم، ونحوه الحلي في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرا، وتبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلامة وغيره،

عدم القول بالفصل.

{ ١ } الثاني: حديث رفع القلم عن الصبي الذي رواه في محكي الخصال عن ابن الضبيان عن أمير المؤمنين عليه السلام في سقوط الرجم عن الصبي: أما علمت أن القلم يرفع عن

ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم. الحديث (١).

وروي عن قرب الإسناد عن الإمام علي عليه السلام في سقوط القصاص والدية في ماله:

وقد رفع عنهما القلم. (٢)

وفي موثق عمار عن الإمام الصادق عليه السلام عن الغلام متى يجب عليه الصلاة؟ قال عليه السلام: إذا أتى عليه ثلاث عشر سنة، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم. الحديث (١). ونحوها غيرها.

وعن الشيخ في المبسوط في مسألة الاقرار: إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم.

وأورد عليه بايرادات:

ثلاثة منها ما في المتن وحيث إن المصنف يتعرض لها بعد أسطر فنحن تبعاً له نتعرض لها في ما بعد /

رابعها: ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره، وهو: إن المراد بالقلم لو كان قلم التكليف كان المراد خصوص التكليف الالزامية، وذلك بقريضة الرفع، فإن مناسب مادة الرفع

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١٢.

واستدلوا أيضا بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام أن الجارية إذا زوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة، الحديث. وفي رواية ابن سنان: متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشده، قال: ما أشده، قال: احتلامه. وفي معناه روايات أخر لكن الانصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف لأن الجواز مرادف للمضي فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف

وأعماله كأعمال المجانين، فهذه الكلمة كناية عن أن عمله كالعدم، ورفع عنه ما جرى عليه القلم، فلا ينفذ فعله ولا يمضي عنه، فإن ما صدر عنه لا ينسب إليه. وفيه: أنه يدل على رفع قلم الوضع والتكليف عن الصبي، ولازم ذلك بطلان عقده بالمعنيين الأولين دون الثالث، فإن العقد الصادر من الصبي بإذن الولي له نسبتان: نسبة إلى الصبي، ونسبة إلى الولي، غاية الأمر نسبه إليه إنما تكون بالتسبيب، ولا منافاة بين عدم نفوذ ما هو عقد الصبي بالمباشرة ونفوذ ما هو عقد الولي، إذ القلم رفع عن الصبي لا عن الولي.

هذا على فرض تسليم صدق كون العقد والبيع عقد الصبي مع كونه مجري الصيغة، خاصة وكون طرف المعاملة عند العرف هو الولي، وإلا فعدم دلالة على سلب عبارته أوضح.

الثالث: النصوص الدالة بالمنطوق والمفهوم على عدم جواز أمر الصبي في البيع والشراء (١).

وقد ذكر المصنف روايتين منها وهما خبر حمزة ورواية ابن سنان.

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه وباب ٢ من أبواب كتاب الحجر. وباب ٤٤ من أبواب الوصايا وغير تلكم من الأبواب المختلفة.

ويشهد له: الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله إلا أن يكون سفيها { ١ } فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته. وأنه إذا ساوم وليه متاعا وعين له قيمته وأمر الصبي بمجرد ايقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلا، وكذا لو أوقع ايجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.

وتقريب الاستدلال بها: إنها بالاطلاق تدل على عدم نفوذ بيعه وشرائه حتى مع إذن الولي، فتدل على البطلان حتى بالمعنى الأخير.

وأورد عليه المحقق النائيني قدس سره: بأنها في مقام بيان أن الاحتلام شرط في نفوذ أمر الصبي وليست في مقام بيان عدم نفوذ أمره قبله ولو مع إذن الولي.

وفيه أن بعض تلك النصوص منطوقه يدل على عدم نفوذ أمره قبله، ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين إذن الولي وعدمه.

والحق أن يقال: إن دلالتها على بطلان عقد الصبي بالمعنيين الأولين لا تنكر.

إلا أنها لا تدل على البطلان بالمعنى الأخير، إذ لو كان الصبي مجري الصيغة خاصة لا يستند البيع والشراء إليه، وعلى هذا بنوا عدم ثبوت خيار المجلس لمجري الصيغة لعدم صدق البيع عليه، فالبيع إنما يكون بيع الولي أو الموكل والأمر أمره، ومجرد الصيغة لا تكون موضوع النفوذ وعدمه.

ولو تنزلنا عن ذلك فلا أقل من أن مثل هذا البيع له نسبتان: نسبة إلى الصبي، ونسبة إلى الولي أو الموكل، فلا مانع من نفوذه ومضيه بالاعتبار الثاني كما تقدم.

{ ١ } قوله ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله إلا أن يكون سفيها.

وجه الشهادة: إن السفيه ليس مسلوب العبارة، فمن استثنائه يعلم أن المراد عدم استقلاله في التصرف.

وفيه: إنه لو كان مفاد هذه الأخبار - بحسب ظواهرها - عدم نفوذ أمر الصبي ولو في اجراء الصيغة خاصة، هذا الاستثناء لا ينافيه، بل غاية ما هناك كنا نقول إن هذه الأخبار تدل بالاطلاق على كونه أيضا مسلوب العبارة، إلا أن الدليل دل على خلاف ذلك، فلا يحكم بكونه مسلوب العبارة لدليل آخر لو كان، وإلا فلا مانع من الالتزام بكونه أيضا مسلوب العبارة.

وأما حديث رفع القلم ففيه:

أولاً: أن الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام { ١ } ولذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبي.

وثانياً: أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين { ٢ } فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ أو على الولي إذا وقع بإذنه وإجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ، وحرمة تمكينه من مس المصحف

وقد أورد المصنف على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبي بوجوه.

{ ١ } أحدها: إن الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام. وفيه: أولاً: إنه لا شاهد لهذا الحمل، بل الظاهر منه قلم جعل الأحكام، ولا أقل من الإطلاق.

وثانياً: إن مورد بعض هذه النصوص القصاص وثبوت الدية وهما ليسا من قبيل المؤاخذة على مخالفة التكليف، بل من قبيل الحكم الوضعي. وثالثاً: إن المراد لو كان رفع فعلية المؤاخذة مع ثبوت الاستحقاق فيكون مقتضاه العفو كان ذلك مما يقطع بخلافه، وإن كان المراد رفع الاستحقاق فهو لا يصح إلا مع رفع

الحكم الذي هو منشأ هذا الحكم العقلي.

{ ٢ } ثانيها: إن المشهور على الألسنة إن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين، فلا مانع من كون عقده سبباً فعلياً للوجوب التعليقي - أي وجوب الوفاء بعد البلوغ - ويكون هذا الوجوب منشأ انتزاع الوضع لعدم اختصاص منشأه بالوجوب الفعلي المنجز. وفيه: إن ما هو المشهور إنما هو ثبوت الوضع في حقه في الجملة في قبال عدم ثبوت التكليف اللزومي بقول مطلق لا ثبوت الأحكام الوضعية في حقه مطلقاً، كيف وقد اشتهر بينهم بطلان عقد الصبي.

وثالثا: لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعولة في حق البالغين { ١ } فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ. وبالجملة: فالتمسك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي، وما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين. فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الاجماع المحكي المعتضد بالشهرة العظمية، وإلا فالمسألة محل اشكال، ولذا تردد المحقق في الشرائع في إجازة المميز بإذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية واستشكل فيها في القواعد والتحرير، وقال في القواعد وفي صحة بيع المميز بإذن الولي نظر، بل عن الفخر في شرحه أن الأقوى الصحة مستدلا بأن العقد إذا وقع بإذن الولي، كان كما لو صدر عنه، ولكن لم أجده. فيه وقواه المحقق الأردبيلي على ما حكى عنه، ويظهر من التذكرة عدم ثبوت الاجماع عنده حيث قال: وهل يصح بيع المميز وشرائه؟ الوجه عندي أنه لا يصح واختار في التحرير صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشده، وذكر المحقق الثاني أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا، ثم حكم بأنها غير شرعية وأن الأصح بطلان العقد.

{ ١ } ثالثها: إنه لو سلمنا اختصاص الأحكام الوضعية أيضا بالبالغين، لكن لا مانع من كونه جزء السبب للملكية بعد البلوغ بأن يكون الجزء الآخر البلوغ، ومع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد لكون العقد موضوعا لوجوب الوفاء، وإن لم يؤثر في الملكية كما في معاملة الفضولي مع الأصيل، فإنه يجب على الثاني الوفاء بالعقد مع عدم حصول الملكية.

وبهذا البيان اندفع ايراد المحقق النائيني قدس سره عليه بأنه: لا يمكن التفكيك في الآثار بين البالغ وغيره، إذ لو أفاد عقد الصبي الملكية فلا يمكن أن لا يؤثر فعلا ويصير ذا أثر بعد البلوغ.

وفيه: إنه بعد الالتزام باختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين لا سبيل إلى الالتزام بكون عقده جزء المؤثر.

وعن المختلف إنه حكى في باب المزارعة عن القاضي كلاماً يدل على صحة بيع الصبي.

وبالجملة فالمسألة لا يخلو عن اشكال وإن أطب بعض المعاصرين في توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه فالانصاف أن الحججة في المسألة هي الشهرة المحققة والاجماع المحكي عن التذكرة بناء على أن استثناء الاحرام الذي لا يجوز إلا بإذن الولي شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفي الاستقلال في التصرف وكذا اجماع الغنية بناء على أن استدلاله بعد الاجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي، وليس المراد نفي صحة البيع المتعقب بالإجازة، حتى يقال أن الإجازة عند السيد (ابن زهرة) غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل. ولو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولي، ويؤيد الاجماعين ما تقدم عن كثر العرفان، نعم لقائل أن يقول: إن ما عرفت من المحقق والعلامة وولده والقاضي وغيرهم خصوصاً المحقق الثاني: الذي بنى المسألة على شرعية أفعال الصبي يدل على عدم تحقق الاجماع، وكيف كان. فالعمل على المشهور ويمكن أن يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن عمد الصبي وخطأه واحد { ١ } كما في صحيحة ابن مسلم وغيرها، والأصحاب وإن ذكروها في باب الجنائيات إلا أنه لا اشعار في نفس الصحيحة. بل وغيرها بالاختصاص بالجنائيات.

{ ١ } الرابع: النصوص المتضمنة لكون عمد الصبي خطأ:

كصحيح محمد بن مسلم عن مولانا الصادق عليه السلام: عمد الصبي وخطأه واحد. (١) وتقريب الاستدلال بها: أنها تدل على أن الأحكام المترتبة على الأفعال مع القصد والعمد لا تترتب على أفعال الصبي، وأن أعماله عن قصد كالأعمال الصادرة عن غيره بلا قصد، فعقده كعقد الهازل والنائم. وتنقيح القول بالبحث في جهتين.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة من كتاب الديات حديث ٢.

ولذا تمسك بها الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر على أن اخلال الصبي المحرم بمحظورات الاحرام التي يختص حرمتها الكفارة فيها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبي، ولا على الولي لأن عمده خطأ. وحينئذ فكل حكم شرعي تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد، فما يصدر منها عن الصبي قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد فعقد الصبي وابقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطيء وابقاعاتهم بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون و الصبي استظهار المطلب من حديث رفع القلم { ١ } وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه كأن يقول: المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة. وقد رفع عنهما القلم، إلى آخره. فإن ذكر رفع القلم في الدليل ليس له وجه ارتباط، إلا بأن تكون علة لأصل الحكم وهو ثبوت الدية على العاقلة أو بأن تكون معلولة لقوله عمدهما خطأ، يعني أنه لما كان

الجنايات:

أحدهما: إن في ذيل بعض (١) تلك النصوص هذه العبارة تحمله العاقلة أو جعل الدية على قومه ولا ريب في أن مثل هذه النصوص مختصة بباب الجنايات، وهي تكون قرينة على غيرها.

وفيه: إنه لا وجه لحمل المطلق في المقام على المقيد لكونهما مثبتين. ثانيهما: إن النصوص غير المذيلة بما ذكر إنما تكون مطلقة لا عامة، والقدر المتيقن منها باب الجنايات.

وفيه: إن القدر المتيقن لا يمنع عن التمسك بالاطلاق، فالصحيح ما ذكرناه { ١ } والمصنف ره بعد ما أشكل على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبي

قال: بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد (٢) من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبي استظهار المطلب من حديث رفع القلم.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة حديث ٣ و ٥ وباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع، وفي الواقع رفع القلم عنهما، ولا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلية والمعلولية للحكم المذكور في الرواية، أعني عدم مؤاخذه الصبي والمجنون بمقتضى جناية العمد وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد وهو الدية، في مالهما لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعا، من حيث العقوبة الأخروية والدينية المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية. { ١ } وعدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة أخروية أو دنيوية، وعلى هذا، فإذا التزم على نفسه مالا باقرار أو معاوضة ولو بإذن الولي فلا أثر له في إلزامه بالمال ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ { ٢ } فإذا لم يلزمه شيء بالتزامته، ولو كانت بإذن الولي فليس ذلك إلا لسلب قصده وعدم العبرة بانشائه إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذه شاملا لصورة إذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده في انشاءاته واخباراته مسلوب الأثر.

{ ١ } وتقريب استظهار المطلب منه: إن قوله وقد رفع عنهما القلم لا وجه لذكره إلا كونه علة للحكم - وهو ثبوت الدية على العاقلة - أو معلولا لقوله عليه السلام عمدهما خطأ وعلى

أي تقدير يدل على أن قصد الصبي كلا قصد، فإنه يدل حينئذ على عدم اختصاص الرفع بالمؤاخذه وأنه عام لكل ما التزم على نفسه من المال باقرار أو معاوضة، ويدل أنه لا أثر له في إلزامه بالمال ومؤاخذته به بعد البلوغ

{ ٢ } ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين إذن الولي وعدمه، وعدم ترتب الأثر على التزامه حتى مع إذن الولي لا يكون إلا لسلب قصده وعدم العبرة بانشائه.

ويرد عليه - مضافا إلى ما عرفت من ظهور حديث رفع القلم في رفع جميع الأحكام في نفسه ومع ذلك لا يدل على سلب قصده. فراجع.

إنه ليس علة للحكم، ولا معلولا لعمدهما خطأ

أما الأول: فلخلوه عن اللام والفاء الدالتين على ذلك، مضافا إلى أنه إما أن تؤخذ العلة رفع القلم مطلقا، أو رفع القلم في باب الجنائيات.

الأول: الآية الشريفة (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) (١)

وتقريب الاستدلال بها من وجهين.

أحدهما: ما أفاده أبو حنيفة ووافقه بعض المعاصرين، وهو: إن ظاهر الآية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى، وقوله تعالى حتى سواء كانت للغاية أم للابتداء، والظاهر من الابتلاء بالمعاملات على الأموال بأن يأذنوا لهم في البيع و الشراء قبل البلوغ، وذلك يقتضي صحة تصرفاتهم.

وفيه: أنه لا اشكال في دلالتها على عدم كون الصبي مسلوب العبارة، إلا أنها لا تدل على كونه مستقلا في التصرف لحصول الابتلاء بالبيع مع إذن الولي أو إجازته، و حيث إن ظاهر ذيل الآية الشريفة - كما مر - عدم صحة تصرفاته استقلالا، فلا بد من البناء

على ذلك.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره، وهو: إن المستفاد من الآية الشريفة أن المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد بأن تكون الجملة الأخيرة استدراكا عن صدر الآية، وأنه مع استئناس الرشد لا يتوقف في دفع المال ولا ينتظر البلوغ وأن اعتبار البلوغ طريقي اعتبر أمانة إلى الرشد بلا موضوعية له

وفيه أنه لو لم يكن الأمر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد لم يكن وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ، وكان ذكر حتى إذا بلغوا النكاح زائدا، و حمله على الطريقية إلى الرشد خلاف الظاهر.

الثاني: مرسل المبسوط وروي: إنه إذا بلغ عشر سنين وكان رشيدا كان جائز التصرف.

(١) النساء: آية ٧.

وفيه: إنه لارساله وعدم العمل حتى من مرسله به لا يعتمد عليه.
الثالث: النصوص (١) الدالة على جواز وصيته وصدقته وعتقه، فإنه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم يرد عليه إباء سياقه عن التخصيص.
وفيه: أولاً: إن الدليل لم يكن مختصاً بحديث رفع القلم.
وثانياً: إنه غير آب عن التخصيص،
هذا على فرض جواز تلك التصرفات وإلا فالأمر أسهل.
الرابع: السيرة التي ادعاها سيد الرياض على ما نقل عنه الشيخ قدس سره والانصاف أنه لا ينبغي التشكيك فيها، إلا أن المتيقن منها المعاملة بإذن الأولياء، بل سيد الرياض ادعاها في هذا المورد، ولا مورد للايراد عليه بأنها ناشئة عن عدم المبالاة بالدين.
الخامس: خبر السكوني عن الإمام الصادق عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الإماء فإنها إن لم تجد زنت إلا أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنه إن لم يجد سرق (٢)
فإن حصر كراهة التصرف فيما اكتسبه الغلام بما إذا لم يحسن صناعة بيده واحتمل سرقة أقوى شاهد على نفوذ معاملاته.
وأجاب عنه المصنف قدس سره: بأنه محمول على موارد عدم معاملة نافذة من الصبي، إما بأن لا تكون هناك معاملة أصلاً - كالاتقاط المترتب عليه الملكية - أو مع كون المعاملة من الولي - كالإجارة التي أوقعها الولي - أو مع كونها عن الصبي على نحو يجمع فساد المعاملة - كاستحقاق أجره المثل في الإجارة التي أوقعها الصبي بغير إذن الولي

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب الوقوف والصدقات - وباب ٥٦ من أبواب كتاب العتق - وباب ٤٤ - من أبواب كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالاتلاف { ١ } الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكي عن بعض، إلا أن يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم، ولا يخلو من بعد ولكن هذا غير وارد على الاستدلال، لأنه ليس مبنياً على كون رفع القلم علة للحكم، لما عرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبي والمجنون، فيختص رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الاتلاف، فافهم واغتنم.

وفي كل مناقشة:

أما الأول: فلأن هذا النهي إنما هو بلحاظ هذا الاحتمال أي احتمال السرقة ولا نظر في ذلك إلى نفوذ المعاملة وعدمه كي يدل على نفوذها مع عدم ذلك، مع أن المنهي عن التصرف فيه ليس خصوص ما اكتسب بالمعاملة بل مطلق ما حصله الصبي كان بتلك أم غيرها، فلا يدل على نفوذ معاملته مع عدمه.

وأما الثاني: فلأن الفرق بين من يحسن صناعة بيده وغيره واضح، فإنه في الأول يكون احتمال السرقة أضعف من غيره، فيكون ذكر القيد لتحقيق الموضوع،

مع أن القيد لا مفهوم له.

وأما الثالث: فلعدم القرينة لحمل النهي على الكراهة، مع أن هذا النهي إنما هو بلحاظ احتمال السرقة خاصة ولا نظر فيه إلى جهات آخر. فتحصل: إن المستفاد من مجموع الأدلة بطلان عقد الصبي إذا كان مستقلاً في المعاملة ونفوذه إذا كان بإذن الولي.

المستثنيات

{ ١ } قوله عدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منهما... فيخرج مثل الاتلاف وقد استثنى من رفع القلم عن الصبي مواضع: منها: اتلافه.

فإن المشهور بين الأصحاب كونه موجبا لضمانه وقد استدلووا لذلك بوجوه

أحدها: ما يستفاد من كلمات المصنف قدس سره، وهو: إن المستفاد من أدلة الباب بعد ضم بعضها ببعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتر فيهما القصد إلى مقتضاها كانشاء العقود، فيخرج مثل الاتلاف.

وفيه: إن مقتضى عموم حديث رفع القلم رفع كل تكليف، أو وضع عن الصبي كان سببه فعلة القصدي أو غير القصدي

ثانيها: ما ذكره المحقق الأصفهاني وهو: إن مقتضى مناسبة الحكم والموضوع أن كل أثر منوط ترتبه على الفعل بالعقل وكما له، واستشعار الفاعل فهو مرفوع عن الصبي، فمثل الضمان المترتب على مجرد الاتلاف غير المنوط بشئ خارج عن عموم الآثار المرفوعة.

وفيه: إن كمال العقل إنما هو من باب الحكمة لا العلة، وإلا فرب غير بالغ أعقل من البالغ.

ثالثها: ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره، وهو: إنه في بعض (١) النصوص جمع بين عمد

الصبي خطأ ورفع القلم عنه، وهو يصلح قرينة لقصر المرفوع بقلم العمد، وأن المرفوع أحكام أخذ في موضوعها العمد، ومعه لا يبقى لرفع القلم عموم، وذلك الحديث يوجب سقوط سائر النصوص المشتملة على رفع الحكم عن الصبي، فمثل الاتلاف غير مشمول لها.

وفيه: أولاً: إن عموم رفع القلم في ذلك الحديث لا محذور فيه، ومجرد تطبيقه على مورد خاص لا يصلح قرينة لعدم إرادة العموم منه.

وثانياً: إنه لا وجه لصيرورته مسقطاً لعموم سائر الروايات.

رابعها: إن حديث رفع القلم لوروده مورد الامتنان يختص بما في رفعه منة ولا منة على الأمة في رفع الضمان لكونه خلاف الامتنان بالنسبة إلى الكبير أفاده المحقق الأصفهاني

(١) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير { ١ } والحاصل أن مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكي في البيع وغيره من العقود والأخبار المتقدمة، بعد انضمام بعضهما إلى بعض: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها كإنشاء العقود أصالة ووكالة، والقبض والاقباض { ٢ } وكل التزام على نفسه من ضمان أو اقرار أو نذر أو ايجار.

وفيه: إنه لا قرينة لكونه واردا مورد الامتنان، بل لازم ذلك عدم شموله لبيعه، إذ ليس في رفع حليته منة على الصبي، فالعمدة في استثنائه الاجماع إن ثبت وكان تعديا ومنها: التعزير.

{ ١ } وقد أفاد المصنف قدس سره في وجه خروجه: إن المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير وفيه أولا: إنه لا شاهد لهذا التخصيص بل مقتضى عمومته شموله لكل من الأمرين وثانيا: إن هناك شاهدا على خلاف ذلك فإن مجرد الفرق بين الصبي والبالغ في المؤاخذة واختلاف حكمهما لا يصحح اسناد رفع القلم إليه كما لا يخفى فالصحيح في وجه خروجه قيام الدليل الخاص عليه المخصص لعموم رفع القلم. ومنها: إنه إذا لاقى جزء من بدنه مع النجاسة ينجس، ولو تحقق في حقه سبب الجنابة يجنب كما هو المشهور بين الأصحاب.

والوجه في ذلك عدم شمول حديث رفع القلم لهما في نفسه، وذلك لأنه يعتبر أن يكون الحكم المرفوع به مترتبا على فعل الصغير بما هو، فلا يعم مثل النجاسة المترتبة على الملاقاة والجنابة المترتبة على سببها بلا دخل لفعل الصبي فيه، وأما عدم شمول ما دل على أنه لا يجوز أمر الصبي لهما فواضح. { ٢ } ومنها: القبض. والاقباض.

وقال في التذكرة: وكما لا يصح تصرفاته اللفظية كذا لا يصح قبضه، ولا يفيد حصول الملك في الهبة، وإن اتهب له الولي ولا لغيره وإن أذن الموهوب له بالقبض، ولو قال مستحق الدين للمديون سلم حقي إلى هذا الصبي فسلم مقدار (قدر) حقه إليه لم يبرأ عن الدين وبقي المقبوض على ملكه ولا ضمان على الصبي لأن المالك ضيعه حيث دفعه إليه وبقي الدين لأنه في الذمة ولا يتعين إلا بقبض صحيح، كما لو قال ارم حقي في البحر فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالي إلى الصبي أو القه في البحر لأنه امتثل أمره في حقه المعين، ولو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن وإن كان بإذن الولي

وملخص القول فيه: إن القبض ربما يكون معيناً للكلي وآخر يكون قبضاً لمال معين. وعلى التقديرين: ربما يكون جزء السبب المملك كما في بيع الصرف والهبة، وربما لا يكون كذلك، وعلى التقادير: ربما يكون بإذن الولي وقد يكون بغير إذنه، فقد يقال بترتب الأثر على قبضه مطلقاً.

واستدل له السيد: بالسيرة عليه في الصدقات وباطلاق نصوص الكفارة الدال على جواز إعطائها بيد الصغير (١) وبما في الزكاة الدال على جواز إعطائها بالصغير. (٢) ولكن المتيقن من السيرة إعطائها بإذن الولي ونصوص الكفارة والزكاة واردة في مقام بيان حكم آخر لا يصح الاستدلال بها في المقام، ففي محكي الجواهر: ثم لا يخفى أن المراد من إعطاء الأطفال في النص والفتوى الإيصال إليهم على الوجه الشرعي بأن يسلم بيد وليهم. والحق في المقام أن يقال: إن المقبوض إن كان شخصياً، فإن لم يكن مال الصبي و لم يأذن المالك في القبض لا كلام في عدم كونه مبرءاً للذمة، وإن أذن مالكه في القبض كان ذلك مبرءاً للذمة، لأن ذلك قبض منه واستيلاء على المال، إذ القبض الذي يترتب.

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الكفارات من كتاب الإيلاء والكفارات.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب المستحقين للزكاة ووقت التسليم والنية.

إذ ليس له تضييعها بإذن الولي { ١ } وقال أيضا لو عرض الصبي دينارا على الناقد لينقده، أو متاعا إلى مقوم ليقومه فأخذه لم يجز له رده إلى الصبي، بل إلى وليه إن كان. فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه برأ من ضمانه إن كان المال للولي، وإن كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر، فإنه يلزمه ضمانه، وإذا تباع الصبيان وتقايبضا وأتلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيين. ويأتي في باب الحجر تمام الكلام، ولو فتح الصبي الباب وأذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي، فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

عليه الأثر ليس هو الأخذ باليد خاصة بل هو الاستيلاء على المقبوض المتحقق في الفرض.

وإن شئت قلت: إن المبرء للذمة أداء مال الغير فتبرأ الذمة وإن أمر بإلقاء ماله في البحر فألقاه.

وإن كان المال مال الصبي فإن أذن له الولي في اقباضه أو أذن الصبي في قبضه برئت ذمته لأنه قبض للولي.

{ ١ } وما أفاده العلامة قدس سره من أن ذلك تضييع لمال الصبي فلا يجوز وإن أذن الولي، غير تام، لعدم كونه تضييعا بل اقباض للولي.

وإن كان بدون إذنه لا يجوز لعدم العبرة بقبضه مستقلا.

وإن كان كليا، فإن كان بدون إذن الولي - إن كان ماله أو مال الصبي - أو بدون إذن مالكة - إن كان لغيرهما - لم تبرأ ذمته وبقي المقبوض على ملكه.

وإن كان مع إذنه، كان ذلك قبضا معينا للكلي، ولا أقل من كونه توكيلا منه في قبض حقه وتعيينه فيما بيده ثم دفعه إلى الصبي. فافهم واغتنم.

معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة

ثم إنه ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الأشياء
اليسيرة أو الخطيرة { ١ } لما عرفت من عموم النص والفتوى، حتى أن العلامة في
التذكرة لما ذكر حكاية أن أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فأرسله ردها: بعدم
الثبوت، وعدم الحجية، وتوجيهه بما يخرج عن محل الكلام.
وبه يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني من أن الأظهر جواز بيعه و
شرائه، فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعا للحرص، { ٢ } انتهى. فإن
الحرص ممنوع سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات، و
التزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء
الناس على نصب الصبيان للبيع والشراء في الأشياء الحقيرة، ثم لو أراد استقلاله
في البيع والشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور
عليه في الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفا للاجماع.

{ ١ } قوله لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة
وقد استدلل لنفوذها في الأشياء اليسيرة بوجوه:
الأول: إن الآية والنصوص المتقدمة المختصة بالمعاملة في الأشياء الخطيرة بقريضة
مناسبة الحكم والموضوع.

بتقريب: إنها بمناسبة الحكم والموضوع تدل على عدم نفوذ أمر الصبي فيما له شأن
يتفاوت فيه كامل العقل وغيره، وهو إنما يكون في الأشياء الخطيرة دون المحقرات التي
لها ثمن معين لا يتفاوت في الصغير والكبير.
وفيه: ما تقدم من أن كمال العقل إنما هو من قبيل الحكمة لا العلة، وإلا فرب غير
بالغ أكمل عقلا من البالغ.
{ ٢ } الثاني: لزوم الحرج من تصدي البالغين لجميع المعاملات حتى المعاملة على
المحقرات.

وفيه: إن لزوم الحرج من كونهم مستقلين في المعاملة ممنوع، نعم لا ننكر لزومه

وأما ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، { ١ } قال: ونهى النبي صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده معللاً بأنه إن لم يجد سرق

من منعهم عن المعاملة مطلقاً، ولكن قد مر أن الأظهر جواز معاملاتهم في صورة إذن الأولياء حتى في المجملات.
الثالث: إن سيرة أهل العرف من كل ملة ونحلة جرت على إيكال المعاملات في المحقرات إلى الصبيان.
وأجاب عنه المحقق النائيني قدس سره: بأن السيرة مختلفة باختلاف الأشياء، فإنهم يوكلون إلى من بلغ أربع سنين معاملة البقول، وإلى من بلغ ثمانية بيع اللحوم، وهكذا، و
ثبوت السيرة من عصر الأئمة عليهم السلام من المتدينين بهذا التفصيل مشكل، بل المعلوم عدمها،
فلا يمكن الالتزام بكون هذه السيرة مخصصة للأدلة.

ويرد عليه قده: إن المستدل استدل بالسيرة العقلية، وما ذكره قدس سره إنما يصلح جواباً عن سيرة المتشرعة، وبينهما فرق واضح كما لا يخفى.
فالحق أن يقال: إن الاستدلال إن كان بالسيرة العقلية فالأدلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها، فلا كاشف عن امضائها، وإن كان استدلالاً بسيرة المتشرعة فيرد عليه: إن ثبوتها في صورة عدم إذن الأولياء ممنوع.
{ ١ } قوله وأما ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام.
أشار بذلك إلى موثق (١) السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن

كسب الإماء فإنها إن لم تجد زنت إلا أمة قد عرفت بصنعة يد ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنه إن لم يجد سرق.
ظاهر هذه الرواية صحة معاملة الصبي إما مطلقاً أو في صورة إذن الولي كما اخترناه على ما هو القدر المتيقن من إطلاقها، لتعليقه النهي بأنه لو لم يجد سرق حيث إنه لو كان قصده كلاً قصد كان المناسب تعليقه بما يفيد ذلك لا بما ذكر لأن مقتضى ما ذكر عدم النهي لو علم بأنه لا يسرق

(١) الوسائل باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

فمحمول على عوض كسبه من التقاط أو أجرة عن إجارة أوقعها الولي أو الصبي
بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجارة، فأعطاه المستأجر أو الأمر
أجرة المثل فإن هذه كلها مما يملكه الصبي { ١ } لكن يستحب للولي وغيره
اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيه، لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة
نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالي بالمحرمات. وكيف كان
فالقول المذكور في غاية الضعف، نعم ربما صحح سيد مشائخنا في الرياض { ٢ }
هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلة ممن له أهلية التصرف من جهة استقرار
السيرة واستمرارها على ذلك. وفيه اشكال من جهة قوة احتمال كون السيرة
ناشئة عن عدم المبالاة في الدين، كما في سيرهم الفاسدة. { ٣ }
ويؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين و
غيرهم ولا بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لا أنفسهم بالاستقلال بحيث لا
يعلم الولي أصلا ومعاملتهم لأولياءهم على سبيل الآلية، مع أن هذا مما لا ينبغي
الشك في فساده خصوصا الأخير

مع أنه لم يكن وجه للتقييد بالذي لا يحسن صناعة بيده، إذ على فرض كون قصده
كلا قصد لم يكن فرق بينه وبين ما يقابله

{ ١ } وأجاب عن ذلك المصنف في المتن بأن الخبر إنما يدل على الصحة لو كان
الكسب في الخبر بمعناه المصدري أي الاكتساب وإيجاد ما هو سبب لتحصيل المال، و
ليس كذلك بل هو بمعناه الاسم المصدري أي المكتسب وعوض الكسب وفائدته من
التقاط أو أجرة عن إجارة أوقعها الولي أو الصبي بإذن الولي فإن هذه كلها مملوكة للصبي
و

يستحب للولي وغيره الاجتناب عنه،

ويرد عليه أن المعنى المصدري واسم المصدري واحد وهما مختلفان اعتبارا
فالتفصيل بينهما في غير محله

{ ١ } قوله ربما صحح سيد مشايخنا ومثله صاحب مفتاح الكرامة، واستدل له
بالسيرة وأجاب المصنف عنه في الرياض.

{ ٣ } بأن السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين

مع أن الإحالة على ما جرت العادة به كإحالة على المجهول { ١ } . فإن الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبي ما هو فطن فيه بحيث لا يغلب في المساومة عليه فيكلون إلى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل أو بيع بيضة دجاج بفلس وإلى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم والخبز ونحوهما، وإلى من بلغ أربعة عشر سنة شراء الثياب بل الحيوان بل يكلون إليه أمور التجارة في الأسواق والبلدان ولا يفرقون بينه وبين من أكمل خمسة عشر سنة ولا يكلون إليه شراء مثل القرى والبساتين ويبيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب ولا أظن أن القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل.

وكيف كان، فالظاهر أن هذا القول أيضا مخالف لما يظهر منهم، وقد عرفت حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز رد المال إلى الصبي إذا دفعه إلى الناقد لينقده أو المتاع الذي دفعه المقوم ليقومه مع كونه غالبا في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي، وكذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه بإذن الولي مع أنه بمنزلة الآلة في ذلك غالبا.

والحق أن يقال إن المراد بالسيرة إن كان هو السيرة العقلية فالأدلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها فلا كاشف عن امضائها، وإن كان المراد بها سيرة المتشعبة فيرد عليه أن ثبوتها حتى مع عدم إذن الأولياء ممنوع

{ ١ } قوله إن الإحالة على ما جرت به العادة به كإحالة على المجهول. المحيل هو المحدث الكاشاني في عبارته المتقدمة، وليس هذا إيرادا لو سلم السيرة فإن لازم ما أفاده المصنف الاقتصار على المتيقن وفي الموارد المشكوك فيها يرجع إلى عموم ما دل على عدم نفوذ معاملة الصبي، كما هو الشأن في جميع موارد الشبهة

المفهومية
ولتمام الكلام في هذه المسألة وهو التمسك بالعام في الشبهة المفهومية إذا كان الدليل أي دليل الخاص مجملا ومنفصلا محل آخر.

وقال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحة عقد الصبي أصالة ووكالة ما لفظه، نعم ثبت الإباحة في معاملة المميزين إذا جلسوا مقام أوليائهم أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتى يظن أن ذلك من إذن الأولياء خصوصا في المحقرات، ثم قال: ولو قيل بتملك الأخذ منهم، لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا انتهى { ١ }

أما التصرف والمعاملة بإذن الأولياء سواء كان على وجه البيع، أو المعاطاة فهو الذي قد عرفت أنه خلاف المشهور والمعروف، حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة، لأنها تصرف لا محالة، وإن لم يكن بيعا، بل ولا معاوضة، وإن أراد بذلك أن أذن الولي ورضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة لا نفس المعاملة، كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعادة الصبي

{ ١ } وأفاده كاشف الغطاء في وجه تصحيح المعاملة، يرجع إلى أن صاحب المال إنما يوكل كل من أخذه من الصبي بالأخذ للبيع فأخذه انشاء للبيع من جانب صاحب المال وقبول من ناحية نفسه فيكون موجبا وقابلا، ولكن يرد عليه إن صاحب المال لا يوكل شخصا معينا، ولا جميع الأشخاص بل هو غير متوجه إلى ذلك أضف إليه أن الأخذ لا يكون قاصدا للإيجاب والقبول، مع أن بناء المشرعة على التصرف في المأخوذ مع عدم احراز الإجازة بل وعدم إجازة صاحب المال والحق أنه في هذا المورد يكون إباحة بالعوض والدليل على نفوذها و صحتها هي السيرة وبعبارة أخرى يكون تصرفا بالرضا وإذنا في الاتلاف بالعوض المسمى و دليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع هذا على تقدير عدم صحة عقد الصبي حتى مع إذن الولي وإلا فالظاهر أن ظاهر الحال كون الصبي مأذونا من قبل الولي في المعاملة فالمعاملة صحيحة بلا احتياج إلى هذه التمحلات.

فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته { ١ } وهو أنه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفق، وكانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة، كما هو المشهور وجرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات، وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعين القيمة { ٢ } والاختلاف الذي يتسامح به في العادة فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدو من الصبي من صورة البيع والشراء، مع الشروط المذكورة كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار. وفي إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه { ٣ } وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف.

{ ١ } قوله ما ذكره بعض المحققين من تلامذته هو صاحب المقاييس ذكره في المقاييس في ثالث شروط المتعاقدين { ٢ } قوله وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد على قول الصبي تعين القيمة مراده تعين القيمة من الخارج من غير حاجة إلى المساومة فلا ينافي ما ذكره كاشف الغطاء { ٣ } قوله بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه أحدها - وجود الأمارات المفيدة للاطمئنان بالإذن مثل الجلوس مقام أوليائهم والمعاملة بمرئى ومستمع من الناس في المقام دون الهدية ثانيها تخصيص المال باليسير وتعميمه في الهدية له وللخطير على ما هو ظاهر اطلاقهم ثالثها إن الهدية من باب التملك والمقام من باب الإباحة وبديهي أنه يتسامح في الثاني بما لا يتسامح به في الأول، ورابعها إن المقام فيه العوض بخلاف الهدية.

وبالجملة فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ وإلا عطاء مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبي ومعاملته من حيث إنه كذلك، وكثيرا ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد من غير وجود ذي يد أصلا، مع شهادة الحال بذلك، كما في دخول الحمام ووضع الأجرة عوض الماء التالف في الصندوق، وكذا في أخذ الخضر الموضوع للبيع و شرب ماء السقائين، ووضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد لهما، وغير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوضات من أنواع التصرفات، فالتحقيق أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب ولا منافيا له ولا يعتمد على ذلك أيضا في مقام الدعوى ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا، انتهى.

وحاصله أن مناط الإباحة ومدارها في المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين، أو بشخص منزل منزلة شخصين، بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه في ماله حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق، كإطارة الريح ونحوها، فتراضيا على التصرف بأخبار صبي، أو بغيره من الأمارات كالكتابة ونحوها، كان هذه معاطاة أيضا، ولذا كان وصول الهدية إلى المهدي إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضی المهدي بالتصريف، بل التملك كافيا في إباحة الهدية بل في تملكها، وفيه أن ذلك حسن، إلا أنه موقوف أولا على ثبوت حكم المعاطاة من دون انشاء إباحة و تملك، والاكتفاء فيها بمجرد الرضا ودعوى حصول الانشاء بدفع الولي المال إلى الصبي مدفوعة بأنه انشاء إباحة لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها، وبه يفرق بين ما نحن فيه، ومسألة إيصال الهدية بيد الطفل فإنه يمكن فيه دعوى: كون دفعه إليه للإيصال إباحة أو تملك، كما ذكر أن إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير. وأما دخول الحمام و شرب الماء ووضع الأجرة والقمية فلو حكم بصحتها بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الانشاء انحصر صحة وساطة الصبي فيما يكفي فيه مجرد وصول العوضين دون ما لا يكفي فيه

والحاصل أن دفع الصبي وقبضه بحكم العدم، فكلما يكتفي فيه بوصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر بأي وجه اتفق، فلا يضر مباشرة الصبي. لمقدمات الوصول، ثم إن ما ذكر مختص بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبي وليا كان أم غيره. وأما ما ذكره كاشف الغطاء أخيرا من صيرورة الشخص موجبا وقابلا. ففيه أولا: إن تولي وظيفة الغائب وهو: من أذن للصغير أن كان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه { ١ } وإن كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع { ٢ } وثانيا: إن المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عن أذن للصبي، ثم إنه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآلية بالصبي، ولا بالأشياء الحقيرة، بل هو جار في المجنون والسكران، بل البهائم في الأمور الخطيرة إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار وكان الصغير آلة فلا فرق في الآلية بينه وبين غيره، نعم من تمسك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجشم لادخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك الصبي لأنه المتيقن من موردها كما أن ذلك مختص بالمحقرات.

{ ١ } قوله إن كان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه

وفيه أن المفروض وجوده بعلائمه بل وبما يكون مظهرا بالفعل لا بالقول - و بعبارة أخرى أنه قد عرفت أن مسألة المعاوضة لا تختص بالاعطاء والأخذ الخارجيين لعدم ورود هذا اللفظ في خبر ولا معقد اجماع بل المراد بها ما لو كان الانشاء بالفعل ولو مثل تحريك الرأس جوابا عن السؤال هل تباع مالك، وعليه فالأعمال المفروضة إنما يكون إذنا فعليا.

{ ٢ } قوله وإن كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل

سيجئ الكلام على ذلك في بحث الفضولي وستعرف أن الأظهر أن الرضا النفساني كاف في الخروج عن الفضولية

مسألة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدتها لمدلول العقد الذي يتلفظان به { ١ } و
اشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد، بل في تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه و
لا اشكال فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ، كما في الغلط أو إلى المعنى لا معنى
عدم استعمال اللفظ فيه بل بمعنى عدم تعلق إرادته وإن أوجد ما لوله بالانشاء كما
في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الأخبار كما في { ٢ } في الهازل أو قصد
معنى يغير مدلول العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام أو انشاء معنى غير البيع
مجازاً أو غلطاً فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، ولا المقصود إذا اشترط فيه عبارة
خاصة

اعتبار القصد

{ ١ } قوله من جملة شرائط المتعاقدين: قصدتها لمدلول العقد.
هذه هي المسألة الثانية وتنقيح القول فيها إنما يكون بالبحث في مباحث:
الأول: إن للعقد بحسب قصد اللفظ وقصد معناه أحوالاً أربعة:
الأول: أن يكون اللفظ صادراً عنه عن غير قصد، كاللفظ الصادر من النائم أو
الغلط.

الثاني: أن يكون اللفظ مقصوداً له دون معناه، كما إذا قال بعثت على وزن خفت.
الثالث: أن يكون المعنى مقصوداً له بالإرادة الاستعمالية دون الإرادة الجدية، كما
إذا أنشأ البيع بمعنى استعمل الصيغة في معناها من دون أن يكون هناك اعتبار نفساني، و
نظيره في الأخبار ما إذا أخبر عن شيء وحكى عنه بداعي الهزل لا الجد.
الرابع: أن يكون المعنى مقصوداً بالإرادة الجدية ولكنه لم يكن عن طيب النفس.
واعتبار القصد بالمعاني الثلاثة الأول في صحة العقود من القضايا التي قياساتها
معها، فإن عناوين المعاملات أمور قصدية ومع عدم هذه القصد لا تتحقق تلك
وأما القصد بالمعنى الرابع فاعتباره إنما يكون شرعياً وسيأتي الكلام فيه في
محلّه.

وقد ظهر مما ذكرناه أمور:

الأول: { ٢ } ما أفاده المصنف قدس سره في المقام من قياس الأمر الصوري بالكذب في
الاخبار وتشبيههما بعدم القصد بالمعنى الثالث في الانشاء كلام متين

ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره، كما صرح به في المسالك { ١ } حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله، وفيه أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد، مضافاً إلى ما سيحجى في أدلة الفضولي. وأما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

ولا يرد عليه ما أورده المحقق النائيني قدس سره من: إن شبهه الكذب في الأخبار منحصر في الانشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار، أي اعتبار الشارع - وأما مع عدم قصد عنوان المعاملة الذي يكون الأمر الصوري شبيهاً به فلا يكون ذلك، مثل الكذب في الأخبار، فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

الثاني: إن جعل اعتبار هذا القصد بالمعنى الثالث - الذي هو مورد كلام المصنف ره من شرائط المتعاقدين أولى من جعله من شرائط العقد، فإنه ليس من شؤون الصيغة، بل مما يعتبر في البائع بالحمل الشائع.

وما ذكره المحقق النائيني قدس سره في وجه أولوية جعله من شرائط العقد من أنه لا يتحقق العقد بدونه،

يرد عليه: إنه مع فقد سائر شرائط المتعاقدين أو العوضين لا يتحقق العقد أيضاً، فالمراد من شرائط المتعاقدين في مقابل شرائط العقد هي الأمور التي تكون معتبرة في ترتب الأثر على العقد مع كون مركزها المتعاقدين، وإلا فمقتضى هذا البرهان عدم كون شيء من الشروط شرطاً للمتعاقدين حتى مثل البلوغ، إذ العقد لا يتحقق مع عدمه. { ١ } الثالث: إن ما أفاده الشهيد ره. من أن الفضولي والمكره غير قاصدين لمدلول العقد

خلط قصد بقصد، إذ المكره لا طيب نفس له بمضمون العقد لا أنه غير قاصد لمدلوله. وتام الكلام في محله. لا بد من تمييز البائع من المشتري

واعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاما في هذا المقام في أنه هل يعتبر تعيين المالين اللذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما أم لا { ١ } وذكر أن في المسألة أوجها وأقوالا وأن المسألة في غاية الأشكال، وأنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب (قدس الله أرواحهم) في تضاعيف أبواب الفقه. ثم قال: و تحقيق المسألة أنه إن توقف تعيين المالك على التعيين حال العقد لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعا اعتبر تعيينه في النية أو مع اللفظ به أيضا كبيع الوكيل والولي العاقد عن اثنين في بيع واحد والوكيل عنهما والولي عليهما في البيوع المتعددة، فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء من نفسه أو غيره، وأن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما، فإذا عين جهة خاصة تعينت، وإن أطلق فإن كان هناك جهة ينصرف إليها الاطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه [وبين] وغيره إذا لم يقصد الإبهام والتعيين بعد العقد وإلا وقع لا غيا، وهذا جار في سائر

المبحث الثاني: صرح صاحب المقاييس: بأنه يجب أن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما.

لا ينبغي التشكيك في لزوم تمييز البائع من المشتري - بمعنى تعددهما لتقوم حقيقة البيع بذلك - وأما إذا كان متعددا ولكن لم يميز أحدهما من الآخر - كما إذا قال: بعث منا من حنطة أحد هذين بتومان في ذمة صاحبه - فستعرف حكمه في المبحث الآتي لا يجب تعيين من يشتري له ومن يبيع له

{ ١ } المبحث الثالث: وقع الكلام في أنه هل يجب تعيين من يشتري له ومن يبيع له مطلقا فلو باع أو اشترى للكلي - كما إذا اشترى لموكله أي هذا العنوان مع تعدده أو للفرد

المبهم، كما إذا اشترى لأحد هو كليه مبهما ابهاما واقعيا بطل العقد ذهب إليه صاحب المقاييس، أم يجب التعيين إذا كان العوضان كليين، أو كان أحدهما كذلك، اختاره المصنف قدس سره أم لا يجب التعيين مطلقا؟ وقد استدلل للأول بوجوه:

العقود من النكاح وغيره، والدليل على اشتراط التعيين ولزوم متابعتة في هذا القسم أنه لولا ذلك لزم بقاء الملك [المملوك] بلا مالك معين في نفس الأمر { ١ } وإن لا يحصل الجزم بشئ من العقود التي لم يتعين فيه العوضان { ٢ } ولا بشئ من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك، وفساد ذلك ظاهر ولا دليل على تأثير التعيين المتعقب ولا على صحة العقد المبهم { ٣ } لانصراف الأدلة إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة والعادة فوجب الحكم بعدمه، وعلى هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة فإن عين ذلك الغير تعين ووقف على إجازته سواء تلفظ [وقع التعيين في اللفظ والنية خاصة] بذلك أم نواه وإن أبهم مع قصد الغير بطل ولا لا يوقف إلى أن يوجد له مجيز.

{ ١ } الأول: إنه لو صح ذلك لزم بقاء المملوك بلا مالك معين في نفس الأمر وفيه: إنه لا محذور في بقاء المملوك بلا مالك معين، ونظيره في الشرع مالكية الفقراء للزكاة والعناوين الكلية للأوقاف لها، ومالكية أحد رجلين للمال المنذور لأحدهما مع أنه يمكن الالتزام بصحته وصورته من يعين بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة مالكا إما من حين العقد أو بعد التعيين، على الخلاف في كونه كاشفا أو ناقلا.

{ ٢ } الثاني: إنه إن صح لزم أن لا يحصل الجزم بشئ من العقود التي لم يتعين فيها العوضان، ولا بشئ من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك.

وفيه: إن الجزم بالعقد وبما يترتب عليه من الآثار والأحكام متحقق، وإنما المفقود الجزم بوقوعه لشخص معين، وهذا مما لا دليل على اعتباره، مع أنه يمكن أن يقال بأن الجزم بذلك أيضا متحقق وهو وقوعه لمن يعين بعد ذلك. فتأمل.

{ ٣ } الثالث: إن الأدلة لا تشمل العقد المبهم لانصرافها إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة والعادة.

وفيه: إن الانصراف الناشئ عن شيوع فرد وندرة آخر لا يصلح لتقييد الاطلاق.

إلى أن قال. إن لم يتوقف تعيين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين، ولا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكيهما، ففي وجوب التعيين أو الاطلاق المنصرف إليه أو عدمه مطلقا، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل وعدمه فيصح أو وجه أقواها الأخير، وأوسطها الوسط { ١ } وأشبهها للأصول الأولى { ٢ } وفي حكم المعين إذا ما عين المال بكونه في ذمته زيد مثلا. وعلى الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه ولغى قصد كونه على الغير، ولو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان وكيلا عن زيد صح عنه وإلا وقف عن إجازته ولو اشترى لنفسه بمال في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلا فالمقتضي لكل من العقدين منفردا موجود، والجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما، ولما لم يتعين احتمال البطلان للتدافع و صحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء وترجيح جانب الأصالة، و عن الموكل لتعين العوض في ذمة الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين ولو اشترى عن زيد بشئ في ذمته فضولا، فلم يجز فأجاز عمرو لم يصح عن أحدهما وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب ولا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة والتسمية ويفرق بينهما على الأخير و يبطل الجميع على الأول، انتهى كلامه

وفيه: إنه إن كان هناك ما يمكن أن يستشهد به للتعين - ولو مع الاحتياج إلى إذن الحاكم الشرعي - وإلا فيرجع إلى أدلة القرعة التي هي المرجع في هذه الموارد، فإذا لا دليل على اعتبار التعيين.

{ ١ } قوله أقواها الأخير وأوسطها الوسط

لم أفهم وجه الجمع بين أقوائية الأخير وأوسطية الوسط لأنه من قبيل الجمع بين النقيضين كما صرح بذلك بعض المحققين.

{ ٢ } قوله وأشبهها للأصول الأولى،

الظاهر أن مراد بالأصول، أصالة الفساد وأصالة عدم ترتب الأثر

أقول مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين في ملك الآخر، وإلا لم يكن كل منهما عوضا وبدلا وعلى هذا فالقصد إلى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك إلا أن ملكية العوض وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك، فإن من الأعواض ما يكون متشخصا بنفسه في الخارج كالأعيان، ومنها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك كما في الذمم، لأن ملكية الكلي لا تكون إلا مضافا إلى ذمة { ١ } واجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المردد بين شخصين فصاعدا غير معهود، فتعين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقا غير معتبر سواء في العوض المعين أو في الكلي، وأن اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن من اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير، لم يكن الثمن ملكا، لأن ما في الذمة ما لم يضاف إلى شخص معين لم يترتب عليه أحكام المال من جعله ثمنا أو مثمنا

وأما القول الثاني: فقد استدل له المصنف قدس سره: { ١ } بأن الكلي ما لم يضاف إلى ذمة شخص معين لا يكون مالا فتعين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة. وفيه: إن المفهوم الكلي ما لم يضاف إلى الذمة لا تعتبر له المالية، ولكن كما له المالية إذا أضيف إلى ذمة شخص معين كذلك له المالية إذا أضيف إلى ذمة الكلي أو أحد الشخصين مع صيرورة من في ذمته معينا بعد ذلك إما بالقرعة أو بالتعيين. فالحق أنه لا دليل على اعتبار التعيين مطلقا. ثم إن هناك نزاعا آخر وهو: إنه في المبيع الشخصي أو الكلي المضاف إلى ذمة شخص معين لو قصد البيع أي أوقعه لغير المالك ولغير من في ذمته فهل يبطل البيع كما يظهر من المقابيس، أم يصح ويلغو قصد كونه عن غير المالك كما ذهب إليه المصنف قدس سره،

أم يصح ويقع عنه؟ وجوه:

وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال: بعت عبدا بألف، ثم قال: قبلت، فلا يصير العبد قابلا للبيع ولا الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما إلى معين، أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين فيقول: بعت عبدا من مال فلان بألف من مال فلان فيمتاز البائع عن المشتري. وأما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت أن من لوازمها العقلية، دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقا لمفهوم العوضية والبدلية، فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما وإليهما العوضان، وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية فالباع غير منعقد.

فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض، فقال: ملكتك فرسي هذا بحمار عمر، فقال المخاطب: قبلت، لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه، وفي وقوعه اشتراء فضوليا لعمره كلام يأتي. وأما ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره { ١ } فلا اشكال في عدم وقوعه عن غيره، والظاهر وقوعه عن البائع ولغووية قصده عن الغير لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة، وهو معنى لغويته. ولذا لو باع مال غيره عن نفسه { ٢ } وقع للغير مع إجازته كما سيجيء ولا يقع عن نفسه أبدا، نعم لو ملكه فأجاز قيل: بوقوعه له لكن لا من حيث ايقاعه أولا لنفسه فإن القائل به لا يفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائما ووجوده كعدمه

وحق القول في المقام: إنه إن بنينا على أن حقيقة البيع هو الاعطاء لا مجانا كما هو الحق - ففي الصور المفروضة المذكورة في المتن

{ ١ } من بيع مال نفسه عن غيره
{ ٢ } وبيع مال غيره عن نفسه
وبيع مال غيره عن غيره
إن كان ذلك مع إذن المالك ومن يشتري له أو إجازته صح على ما أوقعه، وإلا بطل لذلك.

وأما بناء على ما بنى عليه المصنف قدس سره وفاقا لجمع من أن البيع حقيقته متقومة بالمعاوضة ويلزم فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض، فإن لم يقصد المعاوضة بطل العقد، وإن قصدتها فإن كان مراده من قصده وقوع البيع لغير المالك

إلا أن يقال إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية لم لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقية أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع، كما سيأتي أن المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه، وحينئذ يحكم بطلان المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي. ومن هنا ذكر العلامة وغيره في عكس المثال المذكور، أنه لو قال المالك للمرتهن بعه لنفسك بطل، وكذا لو دفع مالا إلى من يطلبه الطعام، وقال اشتر به لنفسك، طعاما هذا ولكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة، ولغووية القصد المذكور، لأنه راجع إلى إرادة ارجاع فائدة البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركني المعاوضة. وأما حكمهم بطلان البيع في مثال الرهن واشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أن المخاطب إذا قال: بعته لنفسي أو اشتريته لنفسي لم يقع لمالكة إذا أجازة. وبالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولي وشراؤه لنفسه، ووقوعه للمالك، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك، ثم إن ما ذكرنا كله حكم: وجوب تعيين كل من البائع والمشتري، من يبيع له ويشترى له. وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري والمخاطب والقابل لخصوص البائع { ١ } فيحتمل اعتباره، إلا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين

رجوع نفعه إليه بمعنى أن يهبه بعد المعاملة، فلا كلام، وإن كان مراده منه دخول العوض في كيسه فيمكن تصحيحه والالتزام بلغووية القصد المزبور بالتقريب الذي سيأتي في مبحث الفضولي. وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام. تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع { ١ } هذا هو المبحث الرابع: وهو في تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع. والكلام في هذا المبحث يقع في جهتين. الأولى في بيان ما هو محل كلام المصنف قدس سره. الثانية في بيان ما هو الحق في المقام.

كما في غالب البيوع والإجازات، فحينئذ يراد من ضمير المخاطب في قوله ملكتك كذا، أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا، أو جعليا كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية، و يحتمل عدم اعتباره إلا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين كما في النكاح والوقف الخاص والهبة والوكالة والوصية، والأقوى هو الأول عملا بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية { ١ } وتبعية العقود للقصود، وعلى فرض القول الثاني فلو صرح - بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره. قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد، وهذا الإشكال وإن كان ضعيفا مخالفا للجماع والسيرة إلا أنه مبنية (منبه) على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام. وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه، وبين النكاح، أن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، ويختلف الأغراض باختلافهما، فلا بد من التعيين و توارد الإيجاب والقبول على أمر واحد ولأن معنى قوله بعتك كذا بكذا، رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك ووكيله، ومعنى قولها زوجتك نفسي، رضاها بكونه زوجها، والزوج لا يطلق على الوكيل، انتهى. ويرد على الوجه الأول من وجهي الفرق، أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصلح وجهها لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع { ٢ } مع أن الظاهر

أما الأولى فالذي يظهر من { ١ } الاستدلال بظاهر الكلام - أن مورد كلامه أنه هل يكون ظاهر كلام الباع أو المشتري الموجه إلى الطرف هو كون شخص المخاطب طرفا للمعاملة بالأصالة، فليس له أن يقبل عن غيره، أم ليس له ذلك، فيلائم مع كونه أصيلا أو وكيلا أو وليا وبه يظهر تمامية إيراد المصنف قدس سره على من فرق بين البيع ونحوه وبين النكاح بأن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود { ٢ } بأن هذا يصلح وجهها لوجوب التعيين في النكاح لا لعدم الوجوب في البيع كما أن ما ذكره في وجه الفرق تام كما ستعرف

أن ما ذكرناه من الوقف وإخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة، أو الفضولي فلا بد من وجه مطرد في الكل. وعلى الوجه الثاني أن معنى بعثك، في لغة العرب، كما نص عليه فخر المحققين وغيره هو ملكتك بعوض ومعناه جعل المخاطب مالكا، ومن المعلوم أن المالك لا يصدق على الولي والوكيل والفضولي فالأولى في الفرق: ما ذكرناه من أن الغالب في البيع والإجازة، هو قصد المخاطب لا من حيث هو بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالة أو عن الغير { ١ }

وأما الجهة الثانية فملخص القول فيها أن الكلام وقع في موارد الأول في أنه هل تصح المعاملة مع عدم علم البائع مثلا بأن مخاطبه هو المشتري بالأصالة - أو أنه وكيل عنه أو ولي عليه. وبعبارة أخرى: هل يجب أن يكون عالما بمن ينتقل إليه ماله وينتقل ماله إليه أم يفصل بين العقود. والحق في هذا المقام هو التفصيل بين البيع ونحوه والنكاح وشبهه، فإنه في النكاح تختلف الرغبات باختلاف الطرفين، كما أنه في الوقف تختلف الأغراض باختلاف الموقوف عليهم، فيلزم التعيين. وأما في البيع: فلا يختلف الغرض باختلاف المالك، بل الركن فيه العوضان، وعليه فلا يجب فيه التعيين. نعم لا يبعد القول بوجوب التعيين في صورة كون العوض هو الكلي في الذمة، فإنه تختلف الأغراض باختلاف من في ذمته ذلك، مع أنه من جهة اعتبار معلومية العوض لا بد من تعيين من في ذمته الكلي لاختلاف ما في الذمم باختلافها. المورد الثاني: في أنه هل يكون للكلام ظهور في كون المخاطب طرف المعاملة بالأصالة فليس له أن يقبل عن غيره، أو لا ظهور له في ذلك ذاتا، أو لقرينة نوعية صارفة عن ظهوره الذاتي، أم هناك فرق بين المعاملات. والأظهر هو الأخير والصحيح في وجهه ما أفاده المصنف قدس سره { ١ } وحاصله: إن في البيع ونحوه قرينة نوعية صارفة عن ظهور الكلام في كون المخاطب به هو طرف المعاملة، بالأصالة، وتلك القرينة هي أن الغرض فيه متعلق بالمبادلة ووصول كل منهما إلى عوض ماله

ولا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل فتأمل، بخلاف النكاح وما أشبهه. فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد، بل ربما يستشكل في صحة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل، كما لو قال زوجتك مريدا له باعتبار كونه وكيلا عن الزوج { ١ } وكذا قوله وقفت عليك وأوصيت لك ووكتك ولعل الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها { ٢ } فلا يقال للوكيل الزوج ولا الموقوف عليه ولا الموصى له ولا الموكل بخلاف البائع والمستأجر فتأمل، حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرناه، سابقا واعترضنا عليه.

إذ هذا الغرض يكشف عن طور القصد العقدي ولا يبقى معه ظهور في ذلك، وأما في النكاح وشبهه فلا صارف عن الظهور الذاتي للكلام، بل اختلاف الرغبات باختلاف طرفي العقد يؤكد ذلك الظهور.

{ ١ } المورد الثالث: في أنه مع العلم بكون الطرف وكيلا أو نائبا، هل يصح في مقام اجراء الصيغة أن يجعله طرفا في المعاملة، أم لا بد من ذكر الموكل أو المولى عليه، أم يفصل بين المعاملات.

والأظهر هو الأخير، فإنه فرق بين النكاح ونحوه والبيع وشبهه لا من جهة أن معنى أنكحتك جعلتك زوجا، ومعنى بعتك جعلتك بائعا، والبائع يصدق على الولي والوكيل، ولا يصدق الزوج عليهما فإنه يمكن أن ينتقض عليه بما إذا أنشأ البيع بلفظ ملكتك فإن معناه جعلتك مالكا، والمالك لا يصدق على الوكيل والولي { ٢ } بل من جهة أنه على القول باعتبار الصراحة في ما تنشأ به المعاملة بما أنه تعارف في البيع توجيهه إلى المخاطب بعنوانه الأعم، ولم يتعارف ذلك في النكاح، فيجوز في الأول دون الثاني من جهة وجود الصراحة، بمعنى أن أهل العرف يفهمون منه المراد في الأول دون الثاني.

مسألة ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار { ١ } والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس لا الاختيار في مقابل الجبر. ويدل عليه

من شرائط المتعاقدين الاختيار { ١ } قوله: ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار. والمراد به: القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة لا الاختيار في مقابل الجبر. والكلام في هذه المسألة إنما هو في اعتبار أمر آخر وراء القصد المقوم للعقد الذي انعقدت له المسألة السابقة، وهو أنه هل يعتبر صدور العقد عن طيب النفس والرضا فلا يجوز أن وقع عن كره، أم لا يعتبر ذلك. فما يظهر من جماعة - منهم الشهيدان - حيث قالوا: إن المكروه قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله - من إرجاع هذا البحث إلى البحث السابق، وجعل المكروه من مصاديق غير القاصد - في غير محله. وما ذكره في توجيهه بأن مرادهم: إن المكروه غير قاصد لوقوع مضمون العقد في الخارج فيه: أنهم صرحوا بكونه غير قاصد إلى مدلوله، ووقوع مضمون العقد في الخارج ليس مدلولاً له كما هو واضح. والمعاملات الرائجة المتعارفة بين الناس إنما تكون على أقسام أربعة: الأول: أن تكون لأجل جلب المنفعة. الثاني: أن تكون لا لجلب النفع ولا لدفع الضرر. الثالث: أن تكون لأجل دفع الضرر المترتب على شيء آخر، كما إذا كان عياله جائعين فباع ثوبه ليشتري بثمنه طعاماً، فإن البيع إنما يكون لدفع ضرر الجوع، وبعبارة أخرى: تكون المعاملة للتخلص عن الضرر المتوجه إليه المترتب على أمر آخر. الرابع: أن تكون لأجل ترتب الضرر المترتب على ترك المعاملة، كما لو أكره عليها

قبل الاجماع قوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض) وقوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه { ١ }

{ ١ } الأول: ما دل على اعتبار الرضا وطيب النفس، وهو آية التجارة عن تراض (١) وأحاديث عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه (٢) والكلام فيهما يقع في موردين:

الأول: في أن عقد المكره فاقد للرضا أم لا؟

الثاني: في دلالة ما ذكر على اعتبار الرضا في صحة العقد.

أما الأول: فقد ذهب جمع من المحققين منهم السيد الفقيه، والمحقق الأصفهاني، و المحقق الإيرواني قدس سره إلى أنه غير فاقد للرضا، وأن الرضا ملازم للإرادة.

وقد أفاد المحقق الأصفهاني قدس سره في وجه ذلك: إن الإرادة المحركة للعضلات نحو الفعل لا تتعلق بشيء إلا إذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى، وإلا فلا ينقدح بسببها

الشوق في النفس كي يتأكد إلى أن يصير علة لحركة العضلات

وهذه الملائمة ربما تكون بالإضافة إلى القوى الطبيعية كالباصرة وغيرها، وربما تكون بالإضافة إلى القوة العاقلة كما في شرب المريض الدواء، وربما تجتمعان، فما من

فعل إرادي إلا وهو يصدر إما عن شوق طبيعي أو عن شوق عقلي، فليس الرضا وراء الإرادة ومبادئها، فالفعل الصادر عن اكراه كالصادر عن اضطرار إنما يكون عن طيب

عقلي غالب على الكراهة الطبيعية، وإلا لما صدر.

وفيه: إن الرضا بحسب المتفاهم العرفي يلازم ابتهاج النفس في مقابل انقباضها، و

ذلك ربما يكون مع إرادة الفعل وآخر لا يكون معها كما في المكره

وأما في المضطر فهو موجود دائما، وإن شئت فاختر ذلك من حال العرف، فهل

يتوهم أحد أن يكون قول: إني فعلت ذلك باختيار عن غير رضا مني إذا كان مكرها عليه متهافتا في كلامه هذا.

وبالجملة: لا ينبغي التأمل في أن الرضا بحسب المتفاهم العرفي غير الإرادة و

مبادئها

(١) النساء: آية ٢٩.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي والاحتجاج ص ٢٦٧ وفروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦ والمستدرک

ج ١ ص

٢١٢.

وقوله صلى الله عليه وآله في الخبر المتفق عليه بين المسلمين رفع أو وضع عن أمتي تسعة أشياء أو ستة. ومنها ما أكرهوا عليه { ١ } وظاهره وإن كان رفع المؤاخذة إلا أن استشهاد الإمام عليه السلام به في بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الالتزام عليه بشئ. ففي صحيحة البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك. فقال عليه السلام لا قال رسول الله صلى الله عليه وآله وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لم يطبقوا وما

أخطأوا والحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا إلا أن مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه يدل على أن المراد بالنبوي ليس خصوص المؤاخذة والعقاب الأخرى. هذا كله مضافا إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره، بضميمة عدم الفرق.

وأما المورد الثاني: فالأظهر عدم دلالة الآية والروايات على اعتبار الرضا أما الآية: فلأنه إذا كان الاستدلال بالمستثنى منه وهو (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) بدعوى أن عقد المكره - أي الصادر عن غير رضا - من مصاديق الباطل، فيرد عليه: إنه مع إذن المالك الحقيقي - الموجب لخروجه عن كونه باطلا المستكشف في المقام من العمومات - لا مجال للاستدلال به وإن كان الاستدلال بالمستثنى وهو: إلا أن تكون تجارة عن تراض فيرد عليه: إن الاستثناء منقطع غير مفرغ، وهو لا يفيد الحصر. وأما الروايات: فلأن ظاهر الحلية من جهة استنادها إلى المال لا إلى المعاملات الحلية التكليفية، وقد تقدم في أول الجزء الأول من هذا الشرح أن الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد، وعليه فهذه الروايات إما لا تشمل عقد المكره لعدم حرمة تكليفها، أو تشملها ولا تدل على عدم نفوذه. { ١ } الثاني: حديث الرفع (١) ودلالته على بطلان عقد المكره بناء على ما حققناه في

(١) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وباب ١٢ و ١٦ من أبواب كتاب الإيمان.

ثم إنه يظهر من جماعة منهم الشهيدان: إن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة. وليس مرادهم أنه لا قصد له إلا إلى مجرد التكلم، كيف والهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصدا صوريا، والخالى عن القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليدا أو تلقينا كالطفل الجاهل بالمعاني. فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج وأن الداعي له إلى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لا أن كلامه الانشائي مجرد عن المدلول، كيف وهو معلول الكلام الانشائي إذا كان مستعملا غير مهممل. وهذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الاكراه لغة وعرفا وأدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الاكراه التي لا يستقيم مع ما توهمه من خلوه المكره عن قصد مفهوم اللفظ وجعله مقابلا للقصد وحكمهم بعدم وجوب التورية في التفصي عن الاكراه وصحة بيعه بعد الرضا واستدلالهم له بالأخبار الواردة في طلاق المكره وأنه لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق حيث إن المنفي صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغة وعرفا وفيما ورد فيمن طلق مداراة بأهله إلى غير ذلك.

وفي أن مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق اكرها لا ينبغي أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمى خبرا ولا انشاء، وغير ذلك مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد، ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام، ويكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أن المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

نعم ذكر في التحرير والمسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك قال في التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا، فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا أكره على القصد، انتهى.

وبعض المعاصرين [صاحب الجواهر] بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم فرد عليهم بفساد المبنى وعدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك وسيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

ثم إن حقيقة الاكراه لغة وعرفا حمل الغير على ما يكرهه { ١ } ويعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقتترانه بوعيد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضر بحال الفاعل أو متعلقه نفسا أو عرضا أو مالا، فظهر من ذلك أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله في المكروه عليه، كيف والأفعال الصادرة من العقلاء كلها أو جلها ناشئة عن دفع الضرر،

زبدة الأصول من عموم الحديث لجميع الآثار والأحكام التكليفية والوضعية واضحة، فإنه يدل على عدم نفوذ عقد المكروه.

وأما ما أفاده المصنف قدس سره من أنه يدل على ذلك حتى بناء على كونه ظاهرا في رفع المؤاخذة من جهة أن استشهاد الإمام عليه السلام به في رفع بعض الأحكام الوضعية كما في صحيح البنزطي (١) - حيث استدل عليه السلام به على عدم وقوع آثار ما حلف به من الطلاق

والعتاق - يدل على أن المراد بالنبوي ليس خصوص المؤاخذة. فيرد عليه: أنه بعد فرض كون الحلف بالطلاق والعتاق غير صحيح عندنا من دون الاكراه أيضا، لا محالة يكون الاستدلال به غير جار على الحق، ولا يكون الحديث منطبقا على المورد، وعليه فلا وجه لصرف النبوي عن ظاهره، إذ لا منشأ له سوى دلالة الاقتضاء وتصحيح التعليل، ومع فرض كون التطبيق جاريا على وفق التقية لا يبقى لذلك محل فافهم واغتنم. فالصحيح ما ذكرناه.

الثالث: النصوص الواردة في طلاق المكروه وعتقه كحسن زرارة عن الإمام الباقر عليه السلام عن طلاق المكروه وعتقه فقال عليه السلام: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق (٢). ونحوه غيره، بضميمة عدم الفرق.

حقيقة الاكراه { ١ } قوله ثم إن حقيقة الاكراه لغة وعرفا حمل الغير على ما يكرهه. بعد ما عرفت من أن الميزان في صحة المعاملة وفسادها صدق كونها مكرها

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الايمان حديث ١٠.
(٢) الوسائل باب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه حديث ١.

وليس دفع مطلق الضرر الحاصل من ايعاد شخص يوجب صدق المكروه عليه، فإن من أكره على دفع مال وتوقف على بيع بعض أمواله. فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال. ولذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف أو شبهه إلا أنه ليس مكروها فالمعيار في وقوع الفعل مكروها عليه سقوط الفاعل من أجل الاكراه المقترن بايعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه ولا يتعمد إليه عن رضا. { ١ } وإن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره دفعا للضرر أو ترجيحا لأقل الضررين إلا أن هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به فإن النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الايعاد عليه بما يشق تحمله. والحاصل أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنه مستقل في فعله، ومخلى وطبعه فيه بحيث تطيب نفسه بفعله، وإن كان من باب علاج الضرر، وقد يفعل لدفع ضرر ايعاد الغير على تركه، وهذا مما لا يطيب النفس به وذلك معلوم بالوجدان،

عليها وعدمه، وأن وجود طيب النفس والرضا وعدمه أجنيان عن هذا المقام، لا بد من بيان حقيقة الاكراه وبيان ما يعتبر فيها. حقيقة الاكراه: حمل الغير على ما يكرهه.

ويعتبر في صدقه أمور:

{ ١ } الأول: بأن يكون بحمل الغير على الفعل، وأما إذا لم يكن ذلك بل فعله لترضية خاطره فلا يصدق عليه المكروه عليه، كما أنه لو لم يكن حمل من انسان بل كان الحامل له ضرورة أو خوفا من حيوان مثلا لا يصدق عليه الاكراه.

الثاني: أن يكون حمل الغير مقترنا بوعيد منه على تركه بالمطابقة أو بالالتزام كما هو الغالب في حمل السلطان الجائر، فلو حملة غيره على فعل مع وعده بالنعف - كما لو وعده بأن ينصبه واليا إذا باع داره - لا يكون ذلك مكروها عليه.

الثالث: أن يكون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقا عليه، فلو قال بع دارك وإلا قتلتك قصاصا وكان مستحقا عليه، أو وإلا أطالبنك بالدين الذي لي عليك لا يصدق الاكراه.

ثم إنه هل يعتبر في موضوع الاكراه، أو حكمه عدم امكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب به ضررا آخر كما حكى عن جماعة أم لا؟ { ١ } الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية، لأن حمل عموم رفع الاكراه وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره، وعتقه، ومعاقده الاجماع والشهات المدعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد جدا، بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها مع أن القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا هذا

الرابع: أن يكون حمل الغير متعلقا بنفس المعاملة، فلو حمله على اعطاء مال وتوقف ذلك على بيع داره لا يصدق على البيع أنه مكره عليه، وإن أبيت عن ذلك فلا أقل من عدم شمول حديث الرفع له، فإن رفعه تضيق لا توسعة، وقد مر أنه يعتبر في شموله كون رفعه منة وتوسعة.

الخامس: أن يحتمل ترتب الضرر المتوعد به، ولا يعتبر العلم به ولا الظن، ولا فرق بين أن يكون الضرر المترتب من الأمر أو من غيره، فلو أمره أمر بفعل وخاف من ترتب الضرر على تركه من ناحية أخيه مثلا يصدق عليه أنه مكره عليه.

اعتبار العجز عن التفصي بما لا ضرر فيه
{ ١ } وهل يعتبر في موضوع الاكراه أو حكمه عدم امكان التفصي عن الضرر المتوعد به أم لا؟
فيه أقوال خمسة:

الأول: اعتبار العجز عن التفصي بالتورية أو غيرها في صدقه.

الثاني: عدم اعتباره.

الثالث: التفصيل بين التورية وغيرها، فيعتبر العجز عن التفصي بها.

الرابع: التفصيل بينهما حكما لا موضوعا.

الخامس: أنه يعتبر في الاكراه الرفع للحكم التكليفي العجز عن التفصي

وربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضا في صدق الاكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله، قال: لا يمين في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في اكراه، قلت أصلحك الله وما الفرق بين الجبر والاكراه، قال: الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والأم والأب وليس ذلك بشئ، الخبر {١}.

ويؤيده أنه لو خرج عن الاكراه عرفا بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها لأن المناط حينئذ انحصار التخلص عن الضرر المتوعد في فعل المكره عليه فلا فرق بين أن يتخلص عنه بكلام آخر أو فعل آخر. أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. ودعوى أن جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدية لا من جهة صدق حقيقة الاكراه كما ترى،

وبعبارة أخرى: إن من يتمكن من التفصي عن الفعل المكره عليه يكون مجبولا على الجامع بينه وبين ما أكره عليه، فاختيار ذلك الفعل لا محالة يكون لخصوصية أخرى غير الجهة المشتركة بينه وبين التفصي، فيستند ذلك الفعل لا محالة إلى غير الاكراه. وأما الجهة الثانية:

فاستدل للقول الثاني - وهو عدم اعتبار التفصي مطلقا بوجه:
الأول: إن الاكراه: إنما هو على الفعل وهو مكره عليه ابتداء، والتفصي إنما يكون تخلصا عن الاكراه بعد تحقق موضوعه، فالاكراه متحقق ولو لم يتفص.
الثاني: إن حمل النصوص ومعاهد الاجماع على صورة عدم امكان التفصي حمل بعيد، بل غير صحيح، إذ في كل مورد فرض الاكراه لا محالة يتمكن الشخص من الفرار عنه بالتورية أو عدم القصد أو غير ذلك.
{١} الثالث: خبر ابن سنان عن مولانا الصادق عليه السلام (١): المذكور في الفتن.

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الايمان حديث ١.

لكن الانصاف أن وقوع الفعل عن الاكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية، لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي، عليه هو خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك ومع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكره عليه، بل على تركه وترك التفصي معا.

فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين، من فعل المكره عليه، والتفصي، فهو مختار في كل منهما، ولا يصدر كل منهما إلا باختياره، فلا اكراه وليس التفصي من الضرر أحد فردي المكره عليه حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما كما لو أكره إلى أحد الأمرين، حيث يقع كل منهما حينئذ مكرها عليه لأن الفعل المتفصي به مسقط عن المكره عليه لا بدل له. ولذا لا يجري عليه أحكام المكره عليه اجماعا فلا يفسد إذا كان عقدا

وفي كل نظر.

أما الأول: فلأنه مع التمكن من الفرار عما أكره عليه لا يصدق أنه مكره عليه لما عرفت من أنه يعتبر في صدقه ترتب الضرر المتوقع به على تركه، فمع امكان التفصي لا يترتب ذلك على تركه، فلا يصدق عليه الاكراه.

وأما الثاني: فلأن الغالب أن المكره حين الاكراه لا يلتفت إلى عدم كونه مكرها على القصد، ولأجله يرى نفسه مكرها على القصد أيضا.

مع أنه لو سلم كون ذلك فردا نادرا لا محذور فيه، إذ حمل المطلق على الفرد النادر مستهجن، وأما إذا أخذ في الموضوع عنوان له أفراد نادرة في نفسه فلا محذور فيه، والمقام من قبيل الثاني كما هو واضح.

وأما الثالث: فلأنه أجنبي عن المقام، إذ إما نلتزم بأن الأم أو الزوجة أو الأب تقدر على الاضرار لو ترك ما أكره عليه، فهو يدل على أنه لا فرق في الضرر المترتب بين كونه قويا أو ضعيفا، وأما نلتزم بالعدم فهو يدل على عدم اعتبار ترتب الضرر على ترك الفعل المكره عليه، فيكون حينئذ خلاف المتفق عليه.

واستدل للقول الثالث: بأنه يعتبر في صدق الاكراه أن يعلم المكره أو يظن بأنه

وما ذكرناه وإن كان جاريا في التورية، إلا أن الشارع رخص في ترك التورية، بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى وبعد حملها على صورة العجز عن التورية، مع أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف والاكراه، خصوصا في قضية عمار وأبويه حيث أكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمار ما أرادوا فجاء باكيا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فنزلت الآية: من

كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله إن

عادوا عليك فعد ولم ينبهه على التورية. { ١ }

فإن التنبيه في المقام وإن لم يكن واجبا إلا أنه لا شك في رجحانه خصوصا من النبي صلى الله عليه وآله باعتبار شفقتة على عمار وعلمه بكرهه تكلم عمار بألفاظ الكفر من

دون تورية كما لا يخفى هذا،

لو امتنع عن الفعل واطلع عليه المكروه بالكسر لأوقعه في الضرر، ومن المعلوم أن هذا يصدق مع إمكان التفصي بالتورية، ولا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها، إذ المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكروه وعدم وقوع الضرر عليه. وفيه: إن المعتبر في صدقه أنه لو امتنع يحتمل أو يظن وقوع الضرر عليه، فمع العلم بعدم التفات المكروه بالكسر إلى التورية يعلم بعدم وقوعه عليه، فلا يصدق عليه الاكراه، ألا ترى أنه لو فرض إرسال الجائر الخمر إلى بيت أحد ليشربها وهو يقبل قوله لو قال شربتها ويتمكن من عدم الشرب واطهار الشرب، أنه لا يجوز له الشرب من جهة أنه لو اطلع المكروه على الامتناع لأوقعه في الضرر.

{ ١ } واستدل للقول الرابع: بالأخبار (١) المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف والاكراه وبما ورد (٢) في قضية عمار وأبويه حيث أكرهوا على الكفر فأبى أبواه فقتلا، وأظهرهم عمار ما أرادوا فجاء إلى النبي صلى الله عليه وآله فنزلت الآية (من كفر بالله إلى آخره) فقال صلى الله عليه وآله: له إن عادوا فعد ولم ينبهه على التورية.

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الإيمان.

(٢) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما من كتاب الأمر بالمعروف.

هذا، ولكن الأولى أن يفرق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيره، بتحقيق الموضوع في الأول دون الثاني لأن الأصحاب وفاقا للشيخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقق الاكراه أن يعلم أو يظن المكروه بالفتح أنه لو امتنع مما أكره عليه، وقع فيما توعد عليه ومعلوم أن المراد ليس امتناعه عنه في الواقع ولو مع اعتقاد المكروه بالكسر عدم الامتناع بل المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المكروه لامتناع المكروه.

وهذا المعنى يصدق مع إمكان التورية، ولا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها لأن المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه وعدم وقوع الضرر عليه.

والحاصل أن التلازم بين امتناعه ووقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الاكراه موجود مع التمكن بالتورية، لا مع التمكن بغيرها، فافهم. ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الاكراه المسوغ للمحرمات، ومناطه توقف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه. وأما الاكراه الراجع لأثر المعاملات. فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة { ١ }

وفيهما نظر.

أما الأول: فلأن عدم الإشارة إلى التورية إنما هو لأجل أن طبع المتكلم في بيان مرادته بالألفاظ إنما هو بالقاء الألفاظ الظاهرة فيها، ولا يمكن له التورية إلا بالتروي، وهو في مقام الخوف والاكراه عسر جدا وخرج شديد. وأما الثاني: فلأن السب والتبري حرام حتى مع عدم قصد المعنى وقصد معنى آخر، لأن مناط حرمة السب هو انتهاك المسبوب عند الغير، وهذا المناط موجود مع عدم القصد أيضا.

والمحقق النائيني قدس سره أجاب عن الوجه الأول:

بأن التورية أيضا من الكذب المحرم ولا جله لم ينبه عليها.

وفيه: ما عرفت من خروج التورية عن الكذب موضوعا.

{ ١ } وأما القول الخامس - الذي اختاره المصنف قدس سره - فحاصله: الفرق بين الاكراه

الراجع لأثر المعاملات، فيكفي فيه العجز عن التفصي فعلا وإن كان قادرا على أن يقدر نفسه عليه، وأما الاكراه المسوغ للمحرمات فيعتبر فيه العجز المطلق، فمن كان قادرا

وقد يتحقق مع امكان التفصي مثلاً من كان قاعداً في مكان خاص خال عن الغير، متفرعاً لعبادة أو مطالعة فجاءه من أكرهه على بيع شيء مما عنده، وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خدم يكفونه شر المكره فالظاهر صدق الاكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقف دفع ضرر اكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه وطرده، فإن هذا لا يتحقق في حقه الاكراه، ويكذب لو ادعاه بخلاف الأول إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل، ولو فرض في ذلك المثال اكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل.

فقد تقدم الفرق بين الجبر والاكراه في رواية ابن سنان فالاكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور، والرافع لأثر المعاملات هو الاكراه الذي ذكر فيها أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة والمعيار فيه عدم طيب النفس { ١ } فيها لا الضرورة والالغاء، وإن كان هو المتبادر من لفظ الاكراه. ولذا يحمل الاكراه في حديث الرفع عليه فيكون الفرق بينه وبين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث: اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض لكن الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أن العبرة فيها بالقصد الحاصل من طيب النفس حيث استدلوا على ذلك

على التفصي ليس له ارتكاب المحرم المكره عليه.
{ ١ } واستند في ذلك إلى أن المناط في الاكراه الرافع لأثر المعاملات عدم طيب النفس بالمعاملة وهو يتحقق مع العجز الفعلي، وإن أمكن التفصي، ومثل لذلك بمن كان قاعداً في محل فارغ للعبادة فجاءه من يكرهه على بيع داره وهو في هذه الحال لا يقدر على دفع ضرره وله خدم في الخارج لو خرج إليهم يكفونه شر المكره ولكن يكره الخروج. فالظاهر صدق الاكراه الرافع لأثر المعاملة.
وأما الاكراه المسوغ للمحرمات، فهو عبارة عن الجبر غير الصادق في المثال

بقوله تعالى: (تجارة عن تراض) ولا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه وعموم اعتبار الإرادة في صحة الطلاق وخصوص ما ورد في فساد طلاق من طلق للمدارة مع عياله فقد تلخص مما ذكرنا أن الاكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخص من الرافع لأثر الحكم الوضعي، ولو لو حظ ما هو المناط في رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الاكراه، كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لأن المناط في رفع الحكم التكليفي، هو دفع الضرر. وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة وطيب النفس، ومن هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرمين لا بعينه { ١ } فكل منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم لأن المعيار في دفع الحرمة دفع الضرر المتوقف على فعل أحدهما. أما لو كانا عقدين، أو ايقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد

المتقدم الذي إليه يتبادر لفظ الاكراه، وعليه يحمل حديث الرفع وغيره. ويرد عليه أولا: قد عرفت أنه لا دليل على اعتبار الرضا وطيب النفس في صحة المعاملات، بل الرافع هو الاكراه، وعليه فلا فرق بين المعاملات والتكليفات في أن الرافع والمسوغ هو الاكراه.

وثانيا: إنه لو سلم اعتبار الرضا وطيب النفس فالظاهر أن الرضا ليس إلا ما يقابل الكره، ففي كل مورد لم يكن الرضا موجودا لا محالة يصدق الاكراه، مثلا في المثال المتقدم إذا لم يكن الخروج من ذلك المكان حرجيا ولا ضرريا كما لا يصدق الاكراه لا يصدق عدم الرضا وطيب النفس وإن كان حرجيا أو ضرريا، فكما يصدق عدم الرضا يصدق الاكراه.

فتحصل: إن الأظهر هو اعتبار عدم امكان التفصي مطلقا.

لو أكره الشخص على أحد أمرين

بقي الكلام في أمور:

{ ١ } الأول: لو أكره الشخص على أحد الأمرين المحرمين لا بعينه.

فتارة يكون الاكراه على الأفراد الطولية،

استشكل غير واحد في أن ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه. ويرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الاكراه، مكره عليه باعتبار جنسه أم لا؟ بل أفتى في القواعد بوقوع الطلاق وعدم الاكراه وإن حملة بعضهم على ما إذا قنع المكره [بالكسر] بطلاق إحداهما مبهمة لكن المسألة عندهم غير صافية عن الاشكال من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصية، وإن كان الأقوى وفاقا لكل من تعرض للمسألة تحقق الاكراه لغة وعرفا مع أنه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الاكراه أصلا إذ الموجود في الخارج دائما إحدى خصوصيات المكره عليه إذ لا يكاد يتفق الاكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات

وأخرى يكون على الأفراد العرضية.

وقد أفاد المحقق النائيني في الصورة الأولى: بالفرق بين المحرمات والمعاملات، فلو كان مكرها على شرب الخمر موسعا لا يجوز له المبادرة إليه في أول الوقت، إذ لا بد في ارتكاب المحرم من المسوغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا لا مجوز له، وأما لو كان مكرها على بيع داره موسعا فاقدامه على البيع في أول الوقت لا يخرج عنه الاكراه.

وفيه: إنه بعد ما عرفت من أن الرفع لأثر المعاملات بعينه هو المسوغ للمحرمات لوحدة الدليل لم يظهر لنا الفرق بين البابين.

فالحق في المقام أن يقال: إن الاكراه تارة يكون على الجامع، وأخرى على الفردين على البدل.

فإن كان على الجامع الذي هو موضوع الأثر، فحيث إن وجود الجامع في الخارج لا بد وأن يكون مع خصوصية من الخصوصيات، والمفروض أن موضوع الأثر هو الجامع دون الخصوصيات، فكل ما وجد في الخارج يقع مكرها عليه، والخصوصية الملازمة وإن لم تكن مكرها عليها إلا أنه لا أثر لها حتى ترتفع بالاكراه كي يقال إنه لا اكراه عليها. وأما إن كان على الجامع بين ما هو موضوع الأثر وغيره - كالاكراه على بيع داره صحيحا أو فاسدا - فحيث إن الجامع المكره عليه لا أثر له، وما له الأثر وهو الخصوصية

نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية وإن كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أن وجوده الخارجي ناشئ عن اكراه واختيار. ولذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، ويستحقه باعتبار الخصوصية وتظهر الثمرة: فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة، فإنه لا يرتفع بالاكراه على القدر المشترك. مثلا لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر لأنه مختار فيه وإن كان مكرها في أصل الشرب، وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنه لا يرتفع أثر الصحيح، لأنه مختار فيه وإن كان مكرها في جنس البيع لكنه لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالاكراه.

لا اكراه عليها - وإن كانت هي أو مقابلها مما لا بد منه - فلا يرتفع شئ بالاكراه. وسيأتي

لذلك زيادة توضيح في القسم الثاني.

وأما إن كان على الفردين على البديل.

فقد يقال كما عن المحقق الأصفهاني قدس سره بالفرق بين باب المعاملات والمحرمات. ففي الأول لو اختار أحدهما - وإن كان هو موضوع الأثر دون مقابله - يقع مكرها عليه، ولا يترتب عليه الأثر. إذ المفروض أنه ومقابله كليهما مكره عليهما على البديل، فكل منهما يقع في الخارج يتصف بكونه مكرها عليه، واختيار كل منهما اختيار البديل الاكراهي.

وفي الثاني لا يجوز اختيار ما هو موضوع الحكم إن لم يكن مقابله كذلك كما في الاكراه على شرب الخمر أو الماء، إذ المسوغ في المحرمات هو الاضطرار ومع وجود البديل المباح لا اضطرار إلى الحرام.

ولكن يرد عليه.

أولا: إن المسوغ للمحرمات - مع قطع النظر عن الاضطرار هو الاكراه، فمع صدق المكره عليه على محرم ترتفع حرمة به وإن لم يصدق عليه المضطر إليه، فلا وجه للفرق بين البابين.

ومن هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مستحق، لم يكن إكراهها لأن القدر المشترك بين الحق وغيره إذا أكره عليه، لم يقع باطلاً وإلا لوقع الإيفاء أيضاً باطلاً، فإذا اختار البيع صح لأن الخصوصية غير مكره عليها، والمكره عليه هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر ولو أكرهه على بيع مال، أو أداء مال غير مستحق كان إكراهها لأنه لا يفعل البيع إلا فراراً من بدله أو وعيده المضرين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى، ببذله أو التضرر الديني بوعيده، ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد { ١ } بمعنى إلزامه عليهما كفاية، وإيعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرهاً.

وثانياً: إن الإكراه على البذل لا يزيد على الإكراه التعييني، فقد مر أنه مع إمكان التفصي في الإكراه التعييني لا يصدق الإكراه ولا يرتفع الأثر به، فكذلك في الإكراه على البذل، فإذا كان أحدهما موضوع الأثر دون الآخر فيمكن التفصي عما هو موضوع الأثر، فلا وجه لتطبيق أدلة الإكراه عليه.

وإن شئت قلت: إنه في الإكراه على البذل بين ما هو موضوع الأثر وما لا أثر له يصرح المكره باتيان موضوع الحكم أو التفصي عنه، فلا مورد لأدلة الإكراه. فتحصل: إنه لو أكره على فردين أحدهما مباح والآخر حرام، أو أحدهما صحيح والآخر فاسد، فحيث إنه يمكن التخلص عن الحرام والصحيح فلا يكون مكرهاً عليه. ومنه يظهر حكم ما لو كان حكم أحدهما أشد، كما لو أكره على شرب النجس أو النجس المغصوب لا يجوز ارتكاب الثاني، فإنه بالنسبة إلى المغصوب يمكن التفصي. لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد

{ ١ } الثاني: لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إلزامه عليها كفاية، وإيعادهما على تركه، ففيه وجوه وأقوال. أحدها: ما اختاره المصنف وهو: إن فعل كل منهما يقع مكرهاً عليه وإن علم أن صاحبه يفعله.

واعلم أن الاكراه قد يتعلق بالمالك والعاقد { ١ } كما تقدم، وقد يتعلق بالمالك دون العاقد كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله، فإن العاقد قاصد مختار، والمالك مجبور، وهو داخل في العقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الاكراه { ٢ }

أن صاحبه يشربه لا يجوز له الشرب، ولو شرب لا يكون مكرها عليه لفرض امكان التفصي والتخلص، بمعنى أنه لو لم يفعل لما وقع في الضرر، ولو علم أن صاحبه لا يفعله يجوز له الشرب ويقع فعله مصداقا للمكره عليه. ولو احتمل ذلك فهل يجوز له الفعل أم لا؟ وجهان مبنيان على أنه هل يعتبر في صدق الاكراه العلم بترتب الضرر على فرض الترك، أم يكفي احتمال ترتبه؟ إذ على الأول لا يجوز الفعل لعدم العلم بترتبه، وعلى الثاني يجوز. وحيث عرفت أن الأظهر هو الثاني فالأقوى هو الجواز إلا إذا علم بأن صاحبه يفعله.

صور تعلق الاكراه

{ ١ } الثالث: قد يتعلق الاكراه بالعاقد والمالك.

وقد يتعلق بالمالك دون العاقد.

وقد يتعلق بالعاقد دون المالك.

وقد تقدم حكم تعلق الاكراه بالمالك العاقد.

والكلام في المقام إنما هو في صورتين:

الأولى: ما لو تعلق الاكراه بالمالك دون العاقد، كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله.

الثانية: ما لو انعكس الأمر، وهي ما لو أكره العاقد دون المالك.

{ ٢ } أما الصورة الأولى: فلا اشكال في فساد التوكيل، فالعاقد يكون فضوليا في

بيعه، فلو تعقبه الإجازة صح وإلا فلا. وهذا مما لا كلام فيه.

إنما الكلام في أنه إذا كان مورد الوكالة ايقاعا دون العقد، كما لو أكره على التوكيل في طلاق امرأته ولم يجز الطلاق بل أجاز الوكالة،

وقد ينعكس كما لو قال بع مالي أو طلق زوجتي، وإلا قتلتك والأقوى هنا، الصحة لأن العقد هنا من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقداً، والرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض { ١ } فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضي لاحقاً.

واحتمل في المسالك عدم الصحة نظراً إلى أن الاكراه يسقط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها، ثم قال: والفرق بينهما: إن عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره، فإن عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدرح اكراه المأمور، انتهى وهو حسن.

وقال أيضاً لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففي صحته وجهان { ٢ } أيضاً من تحقق الاختيار في الموكل المالك، ومن سلب عبارة المباشر انتهى، وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين،

فإنه إن أجاز الطلاق لا يصح للاجماع على عدم صحة الفضولي من الايقاعات، وإن عقبه الإجازة، وبنينا على الكشف دون النقل، إذ على النقل لا يصح في المقام كما هو واضح. والحق أن يقال: إنه إن كان معقد الاجماع عدم صحة الايقاع الذي تعلق به الإجازة، ففي المقام بما أن الإجازة تتعلق بالوكالة دون الطلاق يصح الطلاق. وإن كان المعقد أن الايقاع لا يصح أن يكون معلقاً على الإجازة كما هو الظاهر منه فلا يصح في المقام، فإن صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الإجازة، والمتوقف على متوقف على شيء متوقف عليه، فتكون صحة الطلاق موقوفة على الإجازة فلا يصح.

فتحصل: أن الأظهر عدم الصحة تعلق الإجازة بالايقاع أو التوكيل. { ١ } وأما الصورة الثانية - وهي ما لو تعلق الاكراه بالعاقدة دون المالك - فقد يكون المكره هو المالك كما لو قال المالك للعاقدة بع داري أو طلق زوجتي، وقد يكون الاكراه من الأجنبي كما لو أكره الوكيل على بيع دار موكله أو طلاق زوجته. { ٢ } وإلى هاتين الصورتين نظر المسالك وتكون الصورة الأولى، هي الفرع

بما دل على رفع حكم الاكراه { ١ } وفيه ما سيحجى من أنه إنما يرفع حكما ثابتا على المكروه لولا الاكراه ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الاكراه { ٢ } ومما يؤيد ما ذكرنا حكم المشهور بصحة بيع المكروه بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمر وهو النقل والانتقال. وأما التلطف بالكلام الذي صدر مكرها عليه فلا معنى للحقوق الرضا به لأن ما مضى وانقطع لا يتغير عما وقع عليه ولا ينقلب.

الأول المذكور في المتن والصورة الثانية هي الفرع الثاني فيه.
وفي المقام أقوال:

أحدها: الصحة في الفرعين، ذهب إليه المصنف قدس سره وغيره.
ثانيها: البطلان فيهما.

ثالثها: التفصيل بين الفرعين بالبناء على الصحة في الفرع الأول، والبطلان في الثاني اختاره المحقق النائيني قدس سره.

وقد استدلل للبطلان في الموردین بوجوه، عمدتها وجهان:

{ ١ } الأول: إن مقتضى حديث رفع الاكراه رفع أثر العقد.
وأجاب عنه المصنف قدس سره.

{ ٢ } بقوله إنه إنما يرفع حكما ثابتا على المكروه لولا الاكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الاكراه.

وليس مراده أن حديث الرفع إنما يرفع الحكم الذي على المكروه لا الذي له، من جهة أن ذلك هو المناسب للامتنان الذي احتمله السيد الفقيه.

فإنه يرد عليه: أن لازمه صحة قبول الهبة اكرها.

مع أنه لا يعتبر في شمول الحديث كون الحكم ضررا عليه، بل يكفي كونه منافيا لغرضه.

كما أنه ليس مراده أن حديث الرفع إنما يرفع الأثر المتعلق به، وآثر العقد في الفرض ليس متعلقا به كما احتمله السيد أيضا.

فإنه يرد عليه: إنه لا دليل على هذا التقييد.

نعم ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور، بأن القصد إلى المعنى ولو على وجه الإكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد، ولا يعرف إلا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن احرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية دون المكره عليها { ١ } اللهم إلا أن يقال إن الكلام بعد احراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً، أو مورياً ولو كان مكرهاً مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمل.

بل الظاهر أن مراده أن لفعل الوكيل جهتين.
إحدهما: جهة العقدية.

ثانيتها: جهة قيامه بالوكيل.

والإكراه لا يؤثر في فقد عقد الوكيل لشيء من الأمور المعتبرة فيه من الجهة الأولى من العربية ونحوها بعد كونه مستجمعة لها، والجهة الثانية غير دخيلة في ترتب الأثر وحصول النقل والانتقال لكون الوكيل أجنبياً عن المال، بل عقده إنما يؤثر من حيث انتسابه إلى المالك الموكل، والمفروض عدم كونه مكرهاً. فما هو موضوع الأثر لم يتعلق بالإكراه به، وما تعلق بالإكراه به لا أثر له، وهو حسن.

{ ١ } الثاني: إن القصد إلى المعنى شرط في صحة العقد، ومع الشك في ذلك لا أصل يحرز به كون المكره قاصداً له، إذ أصالة القصد الجارية في أفعال العقلاء إنما هي في الأفعال الاختيارية دون المكره عليها.

وفيه: أولاً: إن الكلام إنما هو بعد احراز القصد.

وثانياً: إن أصالة القصد إنما هي في مطلق الأفعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش.

واستدل للبطلان في الفرع الثاني المحقق النائيني قدس سره:

بأن المكره إذا كان غير المالك فغاية ما هناك رضا المالك بالعقد، ومجرد الرضا لا يصح الاستناد، كما أن الكراهة الباطنية ليست رداً.

وفيه: إن محل الكلام هو كون العاقد وكيلاً مفوضاً، وفعل الوكيل يستند إلى الموكل من جهة الوكالة، فالأظهر هي الصحة في الفرعين.

فرع ولو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبيدين { ١ } فباعهما، أو باع نصف أحدهما ففي التذكرة اشكال.

أقول أما بيع العبيدين، فإن كان تدريجا، فالظاهر وقوع الأول مكرها، دون الثاني { ٢ } مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادعى العكس أم لا،

الاکراه على بيع عبد من عبيدين

{ ١ } قوله فرع: لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبيدين فباعهما أو باع نصف أحدهما ففي التذكرة: اشكال:

هذا هو الفرع الرابع وفيه صور.

الأولى: أن يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما تدريجا.

{ ٢ } فقد جعل المصنف وقوع الأول مكرها عليه دون الثاني هو الظاهر، واحتمل الرجوع إليه في التعيين.

وأورد جل من تأخر عنه عليه: بأنه لا وجه لهذا الاحتمال، إذ بعد انطباق عنوان

أحدهما على البيع الأول قهرا، وارتفاع لسان المكره عنه، واندفاع ضرره به لحصول مقصوده، لا وجه لوقوع الثاني مكرها عليه.

ولكن يمكن أن يقال: إن نظر المصنف قدس سره إلى أنه لو باع الأول بالبيع الخياري ثم باع

الثاني، فله أن يفسخ البيع الأول، فيقع الثاني مصداقا للمكره عليه، وله أن يقيه على حاله، فيكون الأول مصداقا له، فيكون البائع هو المرجع في التعيين بهذا المعنى.

وأما في صورة لزوم العقد الأول فلا يحتمل في حق المصنف قدس سره احتمال وقوع الثاني مكرها عليه.

الصورة الثانية: أن يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما دفعة، ففي المسألة وجوه:

ولو باعهما دفعة، احتمال صحة الجميع، لأنه خلاف المكروه عليه، والظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه { ١ } وبطلان الجميع لوقوع أحدهما مكروها عليه، ولا ترجيح، والأول أقوى،

الأول: صحة الجميع، ذهب إليها المصنف وجل الأساطين ممن تأخر عنه.
الثاني: بطلان الجميع.

الثالث: بطلان أحدهما وصحة الآخر، ويرجع في التعيين إلى القرعة.
واستدل للأول بوجهين:

{ ١ } الأول: ما في المتن، واختاره المحقق النائيني قدس سره، وهو: إن ما صدر عنه خارجا

غير ما أكره عليه، وما أكره عليه لم يصدر، ومجرد اشتغال المجموع على أحدهما لا يوجب صدق الإكراه على أحدهما، فضلا عن كليهما.

وفيه: إن المكروه عليه ليس يبيع أحدهما بشرط لا كي لا يصدق على بيع أحدهما في المقام، بل يبيع أحدهما لا بشرط الحاصل في ضمن بيعهما، لأن لا بشرط يجتمع مع ألف شرط، فضم يبيع آخر إليه لا يخرج عما أكره عليه.

الثاني: ما أفاده السيد الفقيه وتبعه المحقق الإيرواني قدس سره، ويمكن استظهاره من كلمات المصنف قدس سره، وهو: إن بيعهما معا دفعة مع كون الإكراه على أحدهما يكشف عن

كون البائع راضيا ببيع أحدهما، ومعه لا يؤثر الإكراه شيئا، لأن المفروض أن ما ألزمه المكروه - وهو بيع أحدهما غير المعين - نفس ما هو راض به، فلا يكون إكراهها على ما لا يرضاه.

وفيه: إن بيع المجموع لا يكشف عن كون البائع راضيا ببيع أحدهما في مفروض المسألة وهو كونه كارها لبيع كل منهما لولا الإكراه، بل يمكن أن يكون ناشئا عن غرض آخر من أنه يشق عليه التفرقة بينهما لكونهما والدا وولدا، أو أنه لا يوجد من يشتري أحدهما منفردا، أو نحو ذلك، فحينئذ يكون بيع كل منهما مكروها، ولكن لما عرفت من اعتبار ترتب الضرر على ترك المكروه عليه في صدق الإكراه، وهذا المعنى لا ينطبق

ولو أكره على بيع معين فضم إليه غيره وباعهما دفعة، فالأقوى الصحة في غير ما أكره عليه. {١}

وأما مسألة النصف، فإن باع النصف [بعد الاكراه على الكل] بقصد بيع النصف الآخر امتثالا للمكره بناء على شمول الاكراه لبيع المجموع دفعتين، فلا اشكال في وقوعه مكرها عليه {٢}، وإن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضا اكرها {٣}

على كل منهما إلا على البدل، فلا محالة يقع أحدهما مكرها عليه دون الآخر، وحيث إن انطباقه على واحد معين ترجيح بلا مرجح، والقرعة لا مورد لها في المقام إذ الظاهر من أدلتها (١) كونها معينة لما له التعيين واقعا - لاحظ قوله عليه السلام: القرعة سهم من سهام الله وسهم الله لا يخطئ - فإنه إذا لم يكن له واقع معين لا معنى لخطئها وعدمه، فيتعين البناء على بطلانهما معا.

{١} الصورة الثالثة: أن يكون المكره عليه واحدا معيناً فباعهما دفعة. لا ينبغي التوقف في صحة بيع ما لم يكره على بيعه، ون كان لولا الاكراه على المعين لما باعه، لأنه لا يترتب الضرر على تركه فلا يكون مكرها عليه. كما لا ينبغي التوقف في بطلانه بالنسبة إلى المكره عليه لصدق الاكراه بالإضافة إليه.

{٢} الصورة الرابعة: ما لو أكره على بيع واحد معين فباع نصفه، فتارة يشمل اكراهه المكره لبيعه دفعتين، وأخرى لا يشملها. فإذا شمله فإن باع النصف بقصد أن يبيع النصف الآخر فلا كلام في كونه مكرها عليه، وإن باعه لرجاء أن يقنع المكره بالنصف. {٣} فقد اختار المصنف قدس سره كونه أيضا مكرها عليه، وخالف المحقق النائيني قدس سره

بدعوى أن البيع كذلك غير متعلق الاكراه به، فإن رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب والرضا ببيع النصف.

والحق ما أفاده المصنف قدس سره، فإن من يدفع النصف إلى المكره وداعيه إلى الدفع هو الاكراه - وإنما يدفعه لرجاء أن يقنع المكره - يكون ذلك استدعاء منه لأن يتبدل.

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم.

وإن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضا اكراهها، لكن في سماع دعوى البائع ذلك، مع عدم الأمارات نظر. { ١ }

الاكراه التعييني بدفع التمام إلى الاكراه التخييري بين دفع التمام ودفع النصف، فكما أنه في صورة التخيير ابتداء يقع كل من فردي التخيير مكرها عليه، كذلك في التخيير بعد الاستدعاء.

وبالجملة: لا ينبغي التوقف في أن من يدفع إلى المكره نصف ما أكره عليه لدفع شره ورضي المكره بذلك يصدق عليه أنه مكره عليه، ألا ترى أنه لو أجبر ظالم شخصا بأعطاء ألف تومان فأعطاه نصفه واستدعى منه قبوله ذلك وعدم اضراره يصدق عليه أنه مكره عليه، ولا سبيل إلى دعوى أنه هبة صحيحة، لأنه غير ما أكره عليه، والسر فيه ما ذكرناه.

وبهذا البيان ظهر أنه لو أكره على دفع شيء وأعطى شيئا آخر لرجاء أن يقنع المكره بذلك يصدق عليه أنه مكره عليه، لأنه بفعله هذا يستدعي منه تبديل اكراهه التعييني إلى الاكراه التخييري، فيصير دفعه هذا أحد فردي التخيير فيصدق عليه أنه مكره عليه. وبهذا ظهر حكم ما إذا لم يشمل الاكراه لبيعه دفعتين، فإنه إن باع نصفه لرجاء أن يقنع المكره بذلك يصدق عليه أنه مكره عليه.

{ ١ } قوله لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر. لم يظهر لي فرق، بين هذا المورد، وبين ما لو أكره على بيع شيء معين فباعه، فكما أن هنا يحتمل كون بيعه الواقع عقيب الاكراه عن رضاه به كذلك في ذلك المورد، فما الوجه في سماع دعواه هناك وعدم سماعها هنا، وإن شئت قلت إن أصالة الجدل التي عليها بناء العقلاء لا تجري في أمثال هذه المقامات.

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا، فالأقرب وقوع الطلاق { ١ } انتهى ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع لأن الاكراه أسقط أثر اللفظ، ومجرد النية لا حكم لها، وحكى عن سبطه في نهاية المرام أنه نقله قولاً، واستدل عليه بعموم ما دل من النص والاجماع على بطلان عقد المكره، والاكراه يتحقق هنا إذ المفروض أنه لو لواه لما فعله، ثم قال: والمسألة محل اشكال انتهى. وعن بعض الأجلة [كاشف الثام] أنه لو علم أنه لا يلزمه إلا اللفظ وله تجريده عن القصد فلا شبهة في عدم الاكراه، وإنما يحتمل الاكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد وإن لم يرد المكره أم لا، انتهى.

الاكراه على الطلاق

{ ١ } الخامس قال في التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق.

يقع الكلام في موردين:

الأول: في بيان وجه فتوى العلامة قدس سره بالصحة.

الثاني: في بيان محتملات هذا الفرع في نفسه وأحكامها.

أما الأول: فالظاهر أن نظر العلامة قدس سره إلى أنه لو أكره على الطلاق وإن لم يقصد المعنى الذي يكون عند العامة طلاقاً شرعياً مع النطق بالصريح، فطلق ناويا، فالأقرب وقوع الطلاق، فإنه غير مكره عليه.

وايراد المصنف قدس سره عليه بأنه يبتني على القول باعتبار عدم امكان التفصي بالتورية في صدق الاكراه، إذ لا فرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى وقد مر عدم اعتباره.

مندفع أولاً: بما تقدم من اعتبار العجز عن التورية في صدقه.

وثانياً: بالفرق بينهما بعد كون المكره راضياً بالنطق بالصريح مع عدم القصد لاحظ وتأمل في الوجه المتقدم لعدم اعتبار العجز عن التورية ترى عدم جريانه في المقام.

ثم إن بعض المعاصرين [صاحب الجواهر] ذكر الفرع عن المسالك وبناه على أن المكره لا قصد له أصلا فردّه بثبوت القصد للمكره وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه، وفيه ما عرفت سابقا من أنه لم يقل أحد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ، وليس هذا مرادا من قولهم إن المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ. ولذا شرك الشهيد الثاني بين المكره والفضولي في ذلك، كما عرفت سابقا، فبناء هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر، ضعيف جدا، وكذا ما تقدم عن بعض الأجلة [كاشف اللثام] من أنه إن علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية، فنوى اختيارا صح لأن مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها، المتفطن لها إذ لا فرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغيا وقد عرفت أن ظاهر الأدلة والأخبار الواردة في طلاق المكره وعتقه، عدم اعتبار العجز عن التورية.

وتوضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور: إن الاكراه الملحق بوقوع الطلاق قصدا إليه راضيا به. أما أن لا يكون له دخل في الفعل أصلا، بأن يوقع الطلاق قصدا إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الاكراه لبنائه على تحمل الضرر المتوقع به ولا يخفى بدهة وقوع الطلاق هنا { ١ } وعدم جواز حمل الفرع المذكور عليه،

وأما المورد الثاني: فالاحتمالات المتصورة خمسة:

{ ١ } الأول: أن لا يكون للاكراه دخل في الطلاق، بل يوقعه عن طيب نفسه ورضاه، والمكره لجهله بحاله أكرهه عليه، لا اشكال ولا كلام في صحة هذا الطلاق. الثاني: أن يكون كل من الاكراه والرضا سببا مستقلا، بحيث لولا الاكراه كان يوقعه، ولولا الرضا لأوقعه دفعا للاكراه.

فعن المحقق النائيني قدس سره: الحكم بالبطلان، بدعوى أن كل علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد وكان بينهما تدافع لا يؤثر كل منهما، كاجتماع الرياء وقصد الأمر في العبادات، فهذه المعاملة وإن صدرت عن الرضا إلا أنها تكون عن اكراه أيضا، أو أنها وإن لم تكن عن اكراه إلا أنها لا تكون تجارة عن تراض.

فلا معنى لجعله في التحرير أقرب، وذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك، وجعله قولاً في نهاية المرام واستشكاله فيه لعموم النص والاجماع، وكذا لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الاكراه مستقلاً في داعي الوقوع { ١ } بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل،

وفيه: أولاً: إن المكروه إذا كان راضياً لا يصدق على ما صدر عنه عنوان المكروه عليه، بل يصدق هذا العنوان مشروطاً بمعنى أنه لو لم يكن راضياً كان مكروهاً عليه. وبالجملة: مع وجود الرضا لا يصدق الاكراه، ولا يقاس المقام بالرياء في العبادات الذي هو متحقق في الفرض، ويكون مبطلاً للصلاة. بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقي شرع في الصلاة أمام الناس، فإن هناك سببين مستقلين لعدم ابطاله صلاته: الخوف من الله تعالى، وحفظ مقامه عند الناس، فهل يتوهم القول ببطلان صلاته لأن ما بقي من صلاته يقع عن سببين مستقلين؟

وثانياً: إنه لو فرض استناد الطلاق إلى الرضا والاكراه، فمن حيث استناده إلى الاكراه لا يترتب عليه الأثر، إلا أنه يترتب عليه الأثر من حيث استناده إلى الرضا. وبعبارة أخرى: الاستناد إلى الاكراه لا يؤثر في البطلان - كما هو الحال في الرياء - بل يوجب عدم تأثير العقد المستند إليه، فلا يمنع عن صحته من حيث استناده إلى الرضا. وثالثاً: إن حديث الرفع من حيث وروده في مقام الامتنان لا يشمل مثل هذا الطلاق، لأن رفع أثره خلاف الامتنان. فالأظهر هي الصحة في هذه الصورة. الثالث: أن يكون كل من الاكراه والرضا جزء السبب، بحيث إنه لولا اجتماعهما لا يؤثر كل منهما. { ١ } وقد حكم المصنف قدس سره بالصحة في هذه الصورة وتبعه السيد قدس سره. واستدل له: بصدق كون الفعل عن الرضا، وإن كان تحققه بعد وجود أمر آخر من إلزام الغير.

وأورد عليه بايرادين:

أحدهما: ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره، وهو: إنه كما يصدق كون الفعل عن الرضا

وإن كان الداعي هو الاكراه. فأما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر { ١ } كمن قال له ولده: طلق زوجتك وإلا قتلتك أو قتلت نفسي، فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر أو على المطلقة أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لثلا يقع الناس في محرم، والحكم في الصورتين لا يخلو عن اشكال { ٢ }

ورده: بأن لازمه بطلان أغلب المعاملات، فإنها بالآخرة تنتهي إلى غير الاختيار. والحق ما أفاده المصنف كما سيمر عليك بعد التعرض لفرع آخر. { ١ } قوله بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر.

لا يخفى أن المصنف تعرض لأمر هنا كان المناسب ذكره في المحل الذي ذكر مفهوم الاكراه، ونحن أيضا غفلنا عن ذكره هناك. وهو: إنه إذا كان الضرر المتوقع به على ترك المكره عليه هو ما يترتب على المكره بالكسر لا المكره - كما لو قال: طلق زوجتك وإلا قتلت نفسي - فهل يصدق عليه الاكراه

أم لا؟

{ ٢ } فقد استشكل المصنف قدس سره في ذلك.

والحق هو التفصيل، فإنه ربما يعد ضرر المكره ضررا للمكره بالفتح، كما لو كان المكره بالكسر هو العبد أو الابن، والمكره بالفتح هو المولى أو الأب، فإن ضرر العبد أو الابن بالقتل يعد ضررا على المولى والأب، وفي هذا المورد يصدق الاكراه، إذ لا فرق في ترتب الضرر المعتبر في صدقه بين كونه ضررا مع الوسطة أو بلا واسطة، ولذا لو قال الأجنبي بع دارك وإلا قتلت ابنك يكون ذلك اكراه.

وربما لا يعد ضرره ضررا عليه كما لو كان المكره بالكسر هو الأجنبي وقال طلق زوجتك وإلا قتلت نفسي فإنه لا يعد ضررا عليه، فلا يصدق الاكراه.

ومن هذا القبيل ما لو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر كما لو قال الأجنبي طلق زوجتك وإلا زנית بامرأة أجنبية، فإن طلاق زوجته لثلا يقع فعل محرم في الخارج ليس طلاقا ناشئا عن خوف ترتب الضرر، فلا يصدق عليه أنه مكره عليه.

وإن كان الفعل لداعي التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أن الحذر لا يتحقق إلا بايقاع الطلاق حقيقة { ١ } لغفلته عن أن التخلص غير متوقف على قصد إلى وقوع أثر الطلاق وحصول بينونة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة والاعراض عنها فيوقع الطلاق قاصدا، وهذا كثيرا ما يتفق للعوام، وقد يكون هذا التوطن والاعراض من جهة جهله بالحكم الشرعي أو كونه رأي مذهب بعض العامة، فزعم أن الطلاق يقع مع الاكراه فإذا أكره على الطلاق طلق قاصدا لوقوعه لأن القصد إلى اللفظ، المكره عليه بعد اعتقاد كونه سببا مستقلا في وقوع بينونة يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضي نفسه بذلك ويوطنها عليه، وهذا أيضا كثيرا ما يتفق للعوام، والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن اشكال، إلا أن تحقق الاكراه أقرب.

{ ١ } قوله لأجل اعتقاد المكره أن الحذر لا يتحقق إلا بايقاع الطلاق حقيقة. ما أفاده رجوع إلى بيان ما هو الحق في المسألة التي محل الكلام بعد التعرض لمسألة أخرى في الوسط، وقد أشرنا إلى أنه بعد بيان ما عندنا في تلك المسألة نشير إلى ما هو الحق في المقام.

الحق تمامية ما أفاده المصنف قدس سره فإن توطين النفس وإرادة الفعل واسم المصدر لا ينافي مع الاكراه، بل هذا المعنى ربما يستند إلى الرضا وآخر إلى الاكراه، وإلا فمع عدم الإرادة لا يصدق أنه صدر عنه الطلاق عن اكراه، بل لم يصدر عنه، وحديث رفع الاكراه إنما يرفع أثر الطلاق الواجد لجميع ما يعتبر فيه سوى أنه صدر عن اكراه. ودعوى أنه لو حكم ببطلان ذلك لزم الحكم ببطلان أغلب المعاملات. غريبة، فإنه إنما يحكم بالبطلان هنا لحديث رفع الاكراه، ولا ربط ذلك بمسألة الاختيار وعدمه.

فالأظهر هو البطلان في هذه الصورة.

ثم إنه لا يهمننا التعرض لما قيل في بيان مراد العلامة قدس سره وما يمكن أن يورد عليه.

ثم إن المشهور بين المتأخرين، أنه لو رضي المكره بما فعله صح العقد { ١ } بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه اتفاقهم، لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع وهو طيب النفس. ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد { ٢ } خالية عن الشاهد مدفوعة، بالاطلاقات وأضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد { ٣ } اللازم، منه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقة وأضعف من الكل، دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده { ٤ } اللازم، منه عدم صحة بيع المكره بحق، وكون إكراهه على العقد تعدياً لا لتأثير فيه. ويؤيده فحوى صحة عقد الفضولي حيث إن المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد، وغير منسئ للنقل بكلامه وامضاء انشاء الغير ليس إلا طيب النفس بمضمونه، وليس انشاء مستأنفاً، مع أنه لو كان، فهو موجود هنا. فلم يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن انشاء العقد وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، وهو انشائه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من أن عقده انشاء حقيقي وتوهم أن عقد الفضولي واجد لما هو به مفقود

لو تعقب الرضا عقد المكره

{ ١ } قوله المشهور بين المتأخرين: إنه لو رضي المكره بما فعله صح العقد. قد مر في أول هذا المبحث أن محل الكلام هو العقد الجامع لجميع ما يعتبر فيه من قصد اللفظ والمعنى والجد وغير ذلك، وعليه فالاستدلال للبطلان، بعدم قصد المكره للفظ، أو عدم قصده للمعنى، أو عدم قصده لوقوع مضمون العقد في الخارج في غير محله.

وقد استدل لعدم صحة العقد بلحوق الرضا بوجوه.

{ ٢ } منها اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد.

{ ٣ } ومنها اعتبارها في مفهوم العقد.

{ ٤ } ومنها اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده.

ومنها غير ذلك مما ذكره المصنف قدس سره في المتن وأجاب عنها.

هنا وهو طيب نفس العاقد بما ينشئه مدفوع بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له لا في صدق العقدية إذ يكفي فيه مجرد قصد الانشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، ولا في النقل والانتقال لعدم مدخلية غير المالك فيه، نعم لو صح ما ذكر سابقا من توهم أن المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلا وأنه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت، كما صرح به بعض صح أنه لا يجدي تعقب الرضا إذ لا عقد حينئذ، لكن عرفت سابقا أنه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى فراجع.

فظهر مما ذكرنا: ضعف وجه التأمل في المسألة كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعا للمحقق الثاني في جامع المقاصد، وإن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض) الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي { ١ } مضافا إلى النبوي المشهور الدال على رفع حكم الاكراه مؤيدا بالنقض بالهزل، مع أنهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا، والكل كما ترى لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي أما بمفهوم الحصر وأما بمفهوم الوصف ولا حصر كما لا يخفى لأن الاستثناء منقطع غير مفرغ { ٢ } ومفهوم الوصف، على القول به مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في (ربائبكم اللاتي في حجوركم) ودعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة وسيجيء زيادة

بل عمدة الوجه للبطلان في مقابل الاطلاقات والعمومات الدالة على صحة معاملة المكره أمران.

{ ١ } الأول: قوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١).

بتقريب: أنه يدل على انحصار التجارة الممضاة بما إذا كانت ناشئة عن الرضا، ومن المعلوم أن عقد المكره وإن لحقه الرضا ليس عقدا عن الرضا، بل هو عقد ورضا. { ٢ } وأجاب عنه المصنف قدس سره: بأن الاستدلال إن كان بمفهوم الحصر. فيرده: إن الاستثناء منقطع غير مفرغ. وأورد عليه بايرادات:

(١) النساء، ٢٩.

توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي.
وأما حديث الرفع ففيه: أولاً إن المرفوع فيه هي المؤاخذة والأحكام
المتضمنة لمؤاخذة المكره، والزامه بشئ { ١ } والحكم بوقوف عقده على رضاه
راجع إلى أن له أن يرضى بذلك، وهذا حق له لا عليه. نعم قد يلزم الطرف الآخر
بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ، وهذا إلزام لغيره والحديث لا يرفع
المؤاخذة والالزام عن غير المكره كما تقدم.
وأما إلزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه فهو من توابع الحق الثابت
له بالاكراه، لا من أحكام الفعل المتحقق على وجه الاكراه، ثم إن ما ذكرنا واضح

وفيه: إنه خلاف الظاهر، إذ الظاهر منه كون الباطل موضوعاً لا علة للحكم، وأيضا
الظاهر منه إرادة الباطل العرفي.

فالحق تمامية جواب المصنف قدس سره.
ويرد عليه - مضافاً إلى ذلك - أن المراد من التجارة ليس هو العقد كي يعتبر أن يكون عن
الرضا، بل المراد بها الكسب والاكتساب، وهو لا يحصل شرعاً إلا بعد الرضا،
فيكون تجارة عن تراض.

الأمر الثاني: حديث الرفع (١).

بتقريب: أنه يدل على رفع أثر ما استكرهوا عليه تكليفاً كان أم وضعاً، فاثبات
التأثير للعقد الصادر عن اكراه - ولو كان على سبيل جزء العلة كما يقوله القائل بصحة
عقد

المكره إذا تعقبه الرضا - خلاف مقتضى الحديث.

وأجاب عنه المصنف قدس سره بأجوبة.

{ ١ } الأول: ما ظاهره: إن حديث الرفع بمقتضى وروده في مقام الامتنان يختص
بالآثار التي تكون على المكره، ولا يشمل الأثر الذي له، ولا الأثر المتوجه إلى غيره،
وعليه فحيث إن الحكم بوقوف عقد المكره على الرضا وأن له أن يرضى وله أن لا يرضى،
حكم له لا عليه، والزام الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ إلزام

(١) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه.

على القول بكون الرضا ناقلا، وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل. وثانياً أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المكروه عليه لولا الاكراه { ١ } يرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه، كما هو معنى رفع الخطأ والنسيان أيضاً، وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه لأن أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه السببية المستقلة لنقل المال. ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الاكراه وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الاكراه، حيث إنه جزء العلة التامة للملكية لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النظر عن الاكراه ليرتفع به إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الاكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالاكراه.

وبعبارة أخرى الزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه هو الزوم المنفي بهذا الحديث، والمدعي ثبوته للعقد بوصف الاكراه هو وقوفه على رضا المالك. وهذا غير مرتفع بالاكراه لكن يرد { ٢ } على هذا أن مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكروه ووقوفه على الرضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكروه فيرجع إلى أصالة الفساد، وبعبارة أخرى أدلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة، فإذا قيدت بغير المكروه لم يبق لها دلالة على حكم المكروه بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الاكراه حاكماً عليه

وقسم منها يكون مترتباً على ذلك الفعل مستقلاً، نظير وجوب وفاء الطرف بالعقد الواقع بينه وبين المكروه، حيث إنه مترتب على العقد مستقلاً. وما ذكرناه يتم في القسم الأول دون الثاني - فتدبر.

فظهر أن هذا الجواب متين.

{ ١ } الجواب الثاني: إن الحديث إنما يرفع الأثر المترتب على المكروه عليه لولا الاكراه، وأما الأثر الثابت له بوصف الاكراه فلا يدل الحديث على رفعه، وهو واضح، والأثر الثابت للعقد - مع قطع النظر عن الاكراه - السببية المستقلة والمدعي ثبوته له هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالاكراه.

{ ٢ } وأورد على نفسه: بأن أثر العقد الثابت له بمقتضى الاطلاقات هو السببية التامة المرفوعة بالحديث، وثبوت السببية الناقصة يحتاج إلى دليل آخر مفقود، فيرجع

مقيدا له فلا ينفع اللهم إلا أن يقال إن الاطلاقات المقيدة للسببية مقيدة { ١ } بحكم الأدلة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل ومع عدم طيب النفس، بالبيع المرضي به سبقه الرضا أو لحقه ومع ذلك فلا حكومة للحديث عليها إذ البيع المرضي به سابقا لا يعقل عروض الاكراه له. وأما المرضي به بالرضا اللاحق فإنما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف، وهو أصل البيع ولا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضا في تأثيره ووجوب الوفاء به، فالاطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه، والرضا به لاحقا ولازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام. وهذا لا يرتفع بالاكراه لأن الاكراه مأخوذ فيه بالفرض كما ترتفع السببية المستقلة. وهذا لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا أو كاشفا إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه. وعلى الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقبه للرضا، وكيف كان فذات العقد المكروه عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام. وهذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه، ومن الرضا أو وصف تعقبه له فتأمل.

إلى أصالة الفساد.

{ ١ } وأجاب عنه: بأن المطلقات قيدت بمقيد آخر غير حديث الرفع بالرضا في مرتبة سابقة على الحديث، فيكون المستفاد منها - بعد الجمع - أن العقد المرضي به بالرضا

السابق أو اللاحق يكون مؤثرا، ولا حكومة للحديث على ذلك، إذ البيع المرضي به بالرضا السابق لا يعقل عروض الاكراه عليه، وأما المرضي به بالرضا اللاحق فهو مع هذا القيد لا يعرضه الاكراه، وبدونه وإن كان يعرضه إلا أنه لا أثر له، إذ كونه جزء المؤثر عقلي قهري يحصل بعد حكم الشارع بتأثير العقد المرضي به، وعلى هذا فالمطلقات المقيدة بما دل على اعتبار الرضا الأعم من السابق واللاحق دليل صحة هذا العقد.

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف مقتضى الأصل وعدم حدوث حل مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني كما سيحى في مسألة الفضولي، وربما يدعي أن مقتضى الأصل هنا. وفي الفضولي هو الكشف لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره فامضاء الشارع للرضا بهذا المعنى وهو النقل من حين العقد وترتب الآثار عليه لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل. وفيه أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل، إلا أن إنشاءه لما كان في زمان التكلم فإن كان ذلك الانشاء مؤثرا في نظر الشارع في زمان التكلم

يرد عليه أمور:

أحدها: ما تقدم من أنه لولا دليل رفع ما استكروهوا عليه لما كان دليل على اعتبار الرضا في العقد.

ثانيها: إن الجزئية للمؤثر وإن كانت غير مجعولة إلا أنها مجعولة بتبع جعله جزء المؤثر، وهو قابل للرفع. والحمد لله أولا وآخرا.

حدث الأثر فيه وإن كان مؤثرا بعد حصول أمر حدث الأثر بعده، فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم ولذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول، أو بعد القبض في الصرف والسلم والهبة أو بعد انقضاء زما الخيار على مذهب الشيخ، غير مناف لمقتضى الإيجاب، ولم يكن تبعيضا في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة. { ١ }

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك، وإن كان بعد الرضا إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهة امضائه للرضا بما وقع، فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله، قلت: المراد هو الملك شرعا، ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعي بالملك، وسيأتي توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه وإن كان حلا للعقد السابق وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ، لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه. ثم على القول بالكشف هل للطرف الغير المكروه أن يفسخ قبل رضا المكروه أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله.

(٤٦٦)