



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

كِتَابُ
الْمَكِّيَاتِ

لِلشَّيْخِ الْأَعْظَمِ سُرِّي عَمْرٍو الْأَنْصَارِيِّ

١٢١٥هـ - ١٢٨١هـ

تَحْقِيقُ
الدُّعْيَةِ الْمُتَمَكِّنَةِ كَلَامَتِي

« ٧ »

مَدْرَسَةُ
الْحَدِيثِ وَالْفِقْهِ
بِمَكَّةَ الْمُحَرَّمَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري

نشرت في الطباعة:

نور النور

رقمي الناشر:

مركز القائمة باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
13	المكاسب المجلد 7
13	هوية الكتاب
13	اشارة
15	الاهداء
18	تممة كتاب البيع
18	مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع
18	اشارة
24	ثم الكلام في الخصوصيات المعبرة في اللفظ
24	اشارة
25	المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنائية و المجازية
29	الظاهر جواز الإنشاء بكل لفظ له ظهور عرفي في المعنى المقصود
31	ظهور كلمات الفقهاء في وقوع البيع بكل لفظ يدل عليه
34	ظهور كلمات الفقهاء في وقوع غير البيع بكل لفظ يدل عليه
44	دعوى أن العقود أسباب شرعية توقيفية
51	اذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الايجاب و القبول
51	اشارة
51	أما الإيجاب
51	منها: لفظ بعث في الايجاب
51	منها: لفظ شريت
53	منها: لفظ ملكت بالتشديد
54	أما الإيجاب باشتريت
58	أما القبول

58	اشارة
59	فرع
59	مسألة: في اشتراط العربية
63	مسألة في اشتراط الماضوية
65	مسألة في شرطية الترتيب بين الإيجاب والقبول
99	من جملة شروط العقد الموالاتة بين ايجابه وقبوله
109	من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التتجيز في العقد:
142	من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول
145	من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من ايجابه وقبوله في حال
145	اشارة
148	فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة
153	مسألة أحكام المقبوض بالعقد الفاسد
153	الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
153	اشارة
154	الاستدلال على الضمان
157	قاعدة ما يضمن بصحيحه وعكسها
157	البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
157	اشارة
160	الكلام في معنى القاعدة
172	الكلام في مدرك القاعدة
181	الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن
185	أما عكسها: وهو أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
185	اشارة
185	هل تضمن عين المستأجرة فاسدا
188	منشأ الحكم بالضمان

- 188 الأقوى عدم الضمان
- 189 ثم إنه يشكل اطراد القاعدة في موارد.
- 189 اشارة
- 189 منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل
- 190 منها المنافع غير المستوفاة من البيع فاسدا
- 191 منها حمل المبيع فاسدا
- 191 منها الشركة الفاسدة
- 192 مبنى عدم الضمان في عكس القاعدة هي الأولوية و المناقشة فيها
- 194 الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده فورا إلى المالك
- 197 الثالث: أنه لو كان للعين المتباعدة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور
- 212 الرابع: إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله
- 246 الخامس: ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد.
- 250 السادس: لو تعذر المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك
- 250 اشارة
- 270 فرع لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة
- 271 السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيما
- 271 ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد و الدليل عليه
- 278 ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالعقد الفاسد
- 279 الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف
- 281 الاستدلال بصحیحة أبي ولاد على أن العبرة بقيمة يوم الضمان
- 281 اشارة
- 290 محل الاستشهاد فيها ففترتان:
- 290 اشارة
- 290 الأولى: قوله: نعم قيمة بغل يوم خالفته الى ما بعد
- 294 الثانية قوله: أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم أكرتي كذا و كذا

- 298 ما يوهن الاستدلال بالصحيحة على اعتبار قيمة يوم الضمان
- 308 الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى القيم و المناقشة فيه
- 308 الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر و المناقشة فيه
- 312 استدلال ثالث على أعلى القيم و توجيهه
- 313 المحكي عن جماعة أن الاعتبار بيوم البيع و توجيهه
- 313 ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف (7) على جميع الأقوال
- 315 ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة
- 316 ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية
- 316 تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف
- 320 هل يلزم المالك بأخذ البدل ؟
- 321 ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف
- 322 هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل
- 326 التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها
- 326 اشارة
- 327 خروج العين عن التقويم
- 333 خروج العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية
- 336 حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها
- 337 حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر و قبل الدفع
- 338 اذا ارتفع التعذر و جب رد العين
- 340 هل الغرامة المدفوعة يعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرو التمكّن
- 344 ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل
- 346 لو حبس العين فتلفت
- 350 الكلام في شروط المتعاقدين
- 350 مسألة: من شروط المتعاقدين البلوغ
- 350 في عقد الصبي

350	المشهور بطلان عقد الصبي
350	اشارة
352	الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم
353	الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي
353	اشارة
355	المناقشة في دلالة هذه الروايات
360	الحجة في المسألة هي الشهرة والإجماع المحكي
360	اشارة
361	المناقشة في تحقق الإجماع
361	ما يستأنس به للبطلان
362	استظهار البطلان من حديث رفع القلم
366	رأي المؤلف في المسألة و دليله
367	كلام العلامة في عدم صحة تصرفات الصبي
368	لا فرق في معاملة الصبي بين الأشياء السيرة والخطيرة
373	تصحيح المعاملة لو كان الصبي بمنزلة الآلة
375	دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبي الإباحة لو كان مأذونا والمناقشات فيه
386	الفهارس
386	اشارة
388	1 - فهرس الأبحاث
401	2 - فهرس التعليقات
418	3 - فهرس الآيات الكريمة
418	1 - ا -
418	ب -
418	ح -
418	ف -

418ق -

418ن -

418و -

4204 - فهرس الأحاديث الشريفة.

420ا -

420خ -

420ر -

420ع -

420ل -

420م -

4215 - فهرس الأمكنة.

421ا -

421ب -

421ج -

421ع -

421غ -

421ق -

421ك -

421ل -

421م -

422ن -

422ه -

4236 - فهرس الأعلام.

423ا -

423ب -

424 -ت-

424 -ث-

424 -ح-

425 -ر-

425 -ز-

425 -س-

425 -ش-

425 -ص-

427 -ط-

427 -ع-

427 -ف-

427 -ق-

428 -ك-

428 -م-

429 -ن-

429 -ه-

429 -ي-

430 7- الكتب

430 -ا-

430 -ت-

430 -ج-

430 -خ-

430 -د-

430 -ر-

431 -س-

431 -ش-

432 -ص-

432 -غ-

432 -ف-

432 -ق-

432 -ك-

433 -ل-

433 -م-

434 -ن-

434 -و-

435 الخاتمة

436 تعريف مركز

المكاسب المجلد 7

هوية الكتاب

كِتَابُ الْمَكَايِبِ

للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري قدس سره

1214هـ - 1281م

تحقيق و تعليق : السيد محمد كلانتر

المجلدات 17 ج

منشورات مؤسسة النور للمطبوعات - بيروت - لبنان

ص: 1

إشارة

المكاسب

نويسنده: انصاری، مرتضى بن محمدامين

محقق: كالانتر، محمد

تعداد جلد: 17

زبان: عربى

ناشر: منشورات دارالنجف الدينية - مطبعة الآداب

سال نشر: 1281-1214 هجرى قمرى

ص: 2

سيدي. أبا صالح.

هذه جهودي بين يديك متواضعة بذلتها في سبيل تخليد فقه (أئمة أهل البيت) وهم آباؤك وأجدادك الطاهرون عليهم الصلاة والسلام في سبيل احياء تراثنا العلمي الأصيل، أهديها إليك.. يا حافظ الشريعة يا من يملأ الأرض قسطا وعدلا بعد ما ملئت ظلما وجورا فأنت أولى بها ممن سواك، ولا أراها متناسبة وذلك المقام الرفيع.

وإراني مقصرا وقاصرا غير أن الهدايا على قدر مهديها.

فتفضل عليّ يا سيدي عجل الله تعالى لك الفرج بالقبول، فإنه غاية المأمول.

عبدك الراجي السيد محمد كلانتر

تتمة كتاب البيع

مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع

إشارة

ص: 6

مقدمة (1) في خصوص ألفاظ عقد البيع.

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود مما نقل عليه عقد الاجماع (2)، و تحقق فيه الشهرة العظيمة (3)، مع الإشارة إليه (4) في بعض النصوص.

+++++

(1) اي هذه مقدمة.

قد جرت عادت المؤلفين في كل فن عند ما يكتبون عن موضوع أن يمهدوا لها بمقدمة في بداية الكتاب قبل الدخول في الموضوع، لتكون إشارة الى مواضيع الكتاب التي يبحث عنها حتى يكون القارئ بصيرا بها قبل إحاطته بمحتويات الكتاب.

وفائدة هذه المقدمة زيادة التوضيح، و مساعدة القارئ.

و الشيخ جريا على القاعدة المألوفة اتى بالمقدمة هنا.

(2) و هو الاجماع المدعى من قبل ابن ادريس في السرائر الذي ذكره الشيخ في الجزء 6. ص 77.

و الاجماع المدعى من قبل السيد ابن زهرة في الغنية الذي نقله الشيخ في الجزء 6. ص 79.

(3) الظاهر منها ما ذكره العلامة في التذكرة ونقلها الشيخ في الجزء 6. ص 84 و لا يخفى أن العلامة افاد: الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة، و لم يقل المشهور حتى تكون الشهرة محققة.

اذ قد عرفت الفرق بين الأشهر و المشهور في الجزء 6. ص 196.

(4) اي الى اعتبار اللفظ في البيع.

ص: 7

لكن هذا (1) يختص بصورة القدرة.

أما مع العجز عنه (2) كالأخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا اشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ، وقيام الإشارة مقامه.

وكذا (3) مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة (4) عدم وجوبه كما قيل، لأن (5) الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه (6)،

+++++

(1) وهو اعتبار اللفظ في البيع، بل في مطلق العقود.

(2) أي عن اتیان اللفظ.

(3) أي وكذا لا إشكال في عدم اعتبار اللفظ في البيع مع القدرة على التوكيل.

(4) أي ليس عدم اعتبار اللفظ في البيع في صورة القدرة على التوكيل لاجل أصالة عدم وجوبه كما أفيد في المقام.

و المراد من أصالة عدم الوجوب هي البراءة.

(5) تعليل لكون عدم اعتبار اللفظ في البيع ليس لاجل أصالة البراءة وخلاصت: أن المراد من الوجوب في باب العقود والمعاملات هو

الاشتراط الذي هو الحكم الوضعي: وهي الصحة والبطالان، لا الحكم التكليفي، خذ لذلك مثالا.

إذا قيل: يجب في النكاح، أو البيع مثلا الماضية، أو العربية أو تقديم الايجاب على القبول، أو البلوغ: يراد منه الاشتراط أي يشترط أن يكون

العقد كذا، ولا يراد من الوجوب الحكم التكليفي، لأن الوجوب بمعنى الاشتراط فيما نحن فيه وهو البيع هو الاصل، فكيف يصح أن يقال:

إن عدم اعتبار اللفظ في البيع لاجل أصالة عدم وجوبه؟

(6) وهو البيع كما عرفت آنفا.

ص: 8

هو الاصل، بل (1) لفحوى ما ورد: من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس فإن حملة (2) على صورة عجزه عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد

+++++

(1) اى عدم اعتبار اللفظ في البيع مع القدرة على التوكيل لأجل مفهوم الأولوية: وهو وقوع طلاق الأخرس بالاشارة مع قدرته على توكيل الغير، فجواز البيع منه بالاشارة مع القدرة المذكورة بطريق أولى، لأن الطلاق و النكاح و الأموال و الدماء مما أكد عليه الشارع تأكيداً بالغاً فوق ما يتصوره العقل.

راجع حول صحة طلاق الأخرس بالاشارة مع القدرة المذكورة (وسائل الشيعة) الجزء 15 ص 299-301 الباب 19. الأحاديث أليك نص الحديث الثاني ص 300.

عن ابان بن عثمان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الأخرس.

قال: يلف قناعها على رأسها ويجذبه.

فالشاهد في قوله عليه السلام: يلف قناعها على رأسها، حيث لم يعتبر اللفظ في وقوع الطلاق من الأخرس وإن كان قادراً على توكيل غيره لكون الحديث مطلقاً لا تقييد فيه بصورة العجز عن التوكيل.

(2) تعليل لعدم اعتبار اللفظ في البيع.

و خلاصته: أن حمل ما ورد من الأحاديث: من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس: على صورة عجزه عن توكيله الغير حمل للمطلق على الفرد النادر وهو عجزه عن التوكيل، و لازم هذا الحمل خروج أكثر أفراد الأخرس عن الحكم.

ص: 9

النادر، مع (1) أن الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب.

ثم لو قلنا: (2) إن الأصل في المعاطاة للزوم بعد القول بإفادتها الملكية فالقدر المخرج (3) صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

و الظاهر أيضا كفاية الكتابة (4) مع العجز عن الاشارة، لفحوى (5)

+++++

(1) اى مع أن ظاهر اكثر الفقهاء عدم خلافهم في عدم وجوب التوكيل على الأخرس وإن كان قادرا على التوكيل.

يريد الشيخ أن يؤيد ما ادعاه: من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس وإن كان قادرا على التوكيل: بظهور كلمات اكثر العلماء في عدم وجوب التوكيل على الأخرس وإن كان قادرا على التوكيل لمن راجع كلماتهم في المقام.

(2) خلاصة هذا الكلام: أن العمومات الواردة لو شملت المعاملات بأجمعها، وقلنا: إن مقتضى هذا العموم لزوم المعاطاة التي هي من المعاملات بناء على افادة المعاطاة للزوم، وغيرها: من أفراد المعاملات الفعلية التي منها الاشارة فاللازم حينئذ الحكم بكفاية الاشارة و لو مع القدرة على التوكيل، اذ المسلم والمتيقن خروج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ: عن كفاية الاشارة.

و أما مع العجز عن مباشرة اللفظ و لو مع القدرة على التوكيل فلا مانع من شمول تلك العمومات، لكفاية الاشارة

(3) بصيغة المفعول.

(4) اى في الأخرس في البيع.

(5) اى لمفهوم الأولوية، فإنه اذا جاز طلاق الأخرس بالكتابة مع العجز عن الاشارة فبطريق أولى يجوز بيعه، لأن الطلاق مما اكد عليه الشرع تأكيدا بالغا

ص: 10

ما ورد من النص (1) على جوازها في الطلاق، مع أن الظاهر (2) عدم الخلاف فيه

وأما مع القدرة على الإشارة فقد رجح بعض الإشارة (3)

ولعله (4) لأنها أصرح في الإنشاء من الكتابة

وفي بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس (5)،

+++++

(1) راجع المصدر نفسه. ص 300 الحديث 4 أليك نصه عن يونس في رجل أخرج كذب في الأرض بطلاق امرأته قال: إذا فعل في قبل

الطهر بشهود، وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة

(2) أي الظاهر من كلمات الفقهاء عدم خلافهم في كفاية الكتابة في طلاق الأخرس.

(3) أي على الكتابة، فالأحسن حينئذ من إجراء العقد بالإشارة في الأخرس.

(4) أي ولعل تقديم الإشارة على الكتابة في طلاق الأخرس.

(5) وهو ترجيح الكتابة على الإشارة.

راجع المصدر نفسه. ص 299 - الحديث 1. أليك نصه.

عن أبي نصر البزنطي أنه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم.

قال: أخرج هو؟

قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته، وكراهة لها.

أيجوز أن يطلق عنه وليه؟

قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك.

قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟

ص: 11

وإليه (1) ذهب الحلي رحمه الله هناك.

ثم الكلام في الخصوصيات المعتمدة في اللفظ

إشارة

ثم الكلام في الخصوصيات المعتمدة في اللفظ (2)

تارة يقع في مواد الألفاظ: من حيث إفادة المعنى بالصرحة والظهور والحقيقة (3) والمجاز (4) والكناية (5)، ومن حيث اللغة المستعملة (6) في معنى المعاملة

وأخرى (7) في هيئة كل من الإيجاب والقبول: من حيث اعتبار كونه (8) بالجملة الفعلية، وكونه بالماضي.

+++++

قال: بالذي يعرف به: من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها.

(1) أي وإلى هذا العكس ذهب ابن ادريس، فإنه رجح الكتابة على الإشارة.

(2) من الماضوية والعربية، وتقديم الإيجاب على القبول.

(3) وهو استعمال اللفظ فيما وضع له كاستعمال الأسد في الحيوان المفترس، واستفادة هذا المعنى بواسطة التبادر.

(4) وهو استعمال اللفظ في غير ما وضع له كاستعمال لفظ الأسد في الرجل الشجاع بقريته يرمي مثلاً، ويعبر عن هذه القرينة بالصارفة لصرفها اللفظ عن معناه الحقيقي.

(5) وهو ذكر اللازم وإرادة الملزوم كقولك: زيد طويل النجاد المراد منه طول قامته، فإن طول النجاد كناية عن طول حائل سيفه الذي هو لازم طول القامة.

وستأتي الإشارة إلى أن الكناية على قسمين: الجلية. والخفية.

(6) كالعربية والفارسية، وغير ذلك من اللغات.

(7) أي ويقع الكلام أخرى.

(8) أي كون كل واحد من الإيجاب والقبول.

و ثلاثة (1) في هيئة تركيب الايجاب و القبول: من حيث الترتيب (2) و الموالاة (3)

المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنائية و المجازية

اما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنائيات

قال (4) في التذكرة: الرابع من شروط الصيغة التصريح (5) فلا يقع بالكنائية بيع البتة مثل قوله ادخلته (6) في ملكك، أو جعلته (7) لك أو خذه (8) مني، أو سلطتك (9)

+++++

(1) اي ويقع الكلام ثلاثة.

(2) و هو تقديم الايجاب على القبول.

(3) و هو اتباع القبول للايجاب من دون فصل معتد به بينهما

(4) من هنا يروم الشيخ الاتيان بكلمات الفقهاء الصريحة في عدم وقوع العقد بالكنائيات.

(5) اي الاتيان باللفظ الصريح الدال على البيع.

(6) فإن ادخلته في ملكك أعم من البيع، و الهبة المعوضة، و غير المعوضة، و الاجارة فيكون من الكنائيات.

(7) فإن جعل أعم من البيع، و الهبة المعوضة، و غير المعوضة؛ و الاجارة فيكون من الكنائيات.

(8) فإن الامر بالأخذ أعم من البيع، و الهبة المعوضة، و غير المعوضة فيكون من الكنائيات.

(9) فإن التسليط على المال أعم من البيع، و الهبة المعوضة، و غير المعوضة، و الاجارة، و الاعارة، فيكون من الكنائيات.

نعم لو قال: سلطتك عليه بكذا اخرج الاعارة، لأنه لا يكون في مقابل شيء.

عليه بكذا (1) عملاً (2) بأصالة بقاء الملك، ولأن (3) المخاطب لا يدري بم خوطب. انتهى (4)

وزاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قوله: اعطيتك بكذا، أو تسلط عليه بكذا (5)

وربما يبدل هذا (6) باشتراط الحقيقة في الصيغة فلا ينعقد (7)

+++++

(1) فإن هذه الأمثلة تحتل البيع والهبة المعوضة، و غير المعوضة فتكون من الكنايات فلا يصح وقوع البيع بها.

(2) تعليل لعدم وقوع البيع بالكنايات.

و المراد من الاصل هنا الاستصحاب اى استصحاب بقاء المال على ملك صاحبه عند الشك في انتقاله الى الغير بالكناية.

(3) تعليل ثان لعدم وقوع البيع بالكنايات.

(4) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة. الجزء 7. ص 5

(5) المثالان ملحقان بالأمثلة الثلاثة المتقدمة: من حيث عدم وقوع البيع بهما، لكونهما من الكنايات.

و تأتي الخدشة فيهما كما ذكرنا الخدشة في الثلاثة.

(6) وهو اشتراط التصريح في الصيغة: بأن يقال: تشتط الحقيقة في الصيغة.

(7) اى البيع لا ينعقد بالألفاظ المجازية كاستعمال لفظ سلطتك عليه.

قد عرفت معنى الحقيقة و المجاز في الجزء 6. الهامش 1 ص 10.

و المجاز في الاصل مصدر ميمي إما بمعنى اسم الفاعل و هي الجائزة المراد منها المتعدية. -

بالمجازات حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب (1) و البعيد (2)

+++++

- أو بمعنى اسم المفعول أى الكلمة المجوز بها.

ثم المجاز على ثلاثة أقسام:

(مجاز لغوي) كاستعمال لفظ الاسد في الرجل الشجاع مع القرينة الصارفة.

(مجاز شرعي): كاستعمال لفظ الصلاة في الأركان المخصصة.

(مجاز عرفي): وهو إما خاص يتعين ناقله عن المعنى اللغوي كما في النحوي و الصرفي و الكلامي.

و إما عام لا يتعين ناقله.

(1) المجاز القريب ما كانت مناسبتة و مشابهته و علاقته مع المعنى الحقيقي أكثر من غيره، خذ لذلك مثالا.

إن الرفع في قوله صلى الله عليه و آله و سلم: رفع عن امتي تسعة له ثلاثة تقادير.

تقدير رفع المؤاخذة، تقدير رفع الاثر الشائع، تقدير نفس التسعة

فتقدير رفع نفس التسعة أقرب الى المعنى الحقيقي من تقدير رفع الاثر الشائع، أو تقدير رفع المؤاخذة الذي هو بعض الآثار، لوضوح أن الشيء بارتفاعه بنفسه يرتفع جميع آثاره و جميع خصائصه التي منها رفع الاثر الشائع، و رفع المؤاخذة.

(2) و قد عرفت معناه بتفسيرنا المجاز القريب و هو ما كانت مناسبتة و مشابهته و علاقته مع المعنى الحقيقي أقل كما في تقدير رفع

المؤاخذة في الحديث النبوي، فإن مناسبتة مع المعنى الموضوع له الذي هو الرفع أقل من تقدير -

ص: 15

و المراد بالصريح كما يظهر من جماعة من الخاصة و العامة في باب الطلاق، و غيره (1) ما كان موضوعا بعنوان ذلك العقد لغة (2)، أو شرعا (3) و من الكناية (4)

+++++

- رفع الاثر الشائع، و هو أقل من تقدير رفع نفس التسعة.

و كما في استعمال الجملة الخبرية في الطلب الوجوبي، فإن الطلب الوجوبي الذي هو المعنى المجازي للجملة الخبرية أقل ربطا و نسبة مع المعنى الحقيقي من الطلب الندي فيكون الطلب الوجوبي مجازا بعيدا.

(1) اى و غير الطلاق من بقية العقود.

(2) كما في وضع البيع لمبادلة مال بمال.

(3) كما في وضع الصلاة للماهية المجعولة المفتعلة من الشارع: و هي الأجزاء و الشرائط بكاملها، و كذا بقية الألفاظ العبادية و غيرها الموضوعية للمعاني المفتعلة من الشارع.

(4) اى و المراد من الكناية.

الكناية مصدر كنى يكنى، أو كنى يكنو معناه التعبير عن شيء بلفظ غير صريح: بأن يكون اللفظ موضوعا لمعنى آخر غير الذي اريد.

بعبارة اخرى أن الكناية عبارة عن ذكر اللازم و إرادة الملزوم كقولك:

زيد طويل النجاد المراد من طول النجاد طول قامته، اذ طول النجاد كناية عن طول حمائل سيفه فذكر القائل اللازم و اراد الملزوم: و هي طول القامة فاستعمل اللفظ في غير معناه.

و الفرق بينها، و بين المجاز مع أن كليهما يستعملان في غير ما وضع له هو أن الكناية يمكن الجمع فيها بين اللازم و الملزوم

بخلاف المجاز، فإنه لا يمكن الجمع بين المعنى الحقيقي و المجازى.

ص: 16

ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع فيفيد إرادة نفسه (1) بالقرائن و هي (2) على قسمين عندهم: جلية (3) و خفية (4)

الظاهر جواز الإنشاء بكل لفظ له ظهور عرفي في المعنى المقصود

و الذي يظهر من النصوص (5) المتفرقة في أبواب العقود اللازمة (6)

+++++

(1) اي نفس العقد.

(2) اي الكناية.

(3) و هي ما كانت الواسطة فيها قليلة كقولك: زيد طويل النجاد المراد منه طول قامته الذي هو الملزوم، فالانتقال من طول النجاد الذي هو طول حمائل سيفه الى طول القامة يكون بواسطة واحدة فليس في هذه الكناية تكثير واسطة، و يقال لها: (الكناية الجلية).

(4) و هي ما كانت الواسطة فيها كثيرة كقولك: زيد كثير الرماد المراد منه كثرة جوده الذي هو ملزوم لوسائط كثيرة، فإن الانتقال إليه يحتاج الى تكثير الواسطة، لأن المخاطب ينتقل من كثرة الرماد الى كثرة إحراق الحطب تحت القدر، و من كثرة الإحراق ينتقل الى كثرة الطبخ و من كثرة الطبخ ينتقل الى كثرة الأكلة، و من كثرة الأكلة ينتقل الى كثرة الضيفان، و من كثرة الضيوف ينتقل الى المطلوب: و هي كثرة جود زيد و سخائه.

فهذه الكناية تحتاج الى تكثير الواسطة، فلهذا يقال لها:

(الكناية الخفية).

(5) و هي الأخبار المشار إليها في الجزء 6. الهامش 4. ص 199 و الهامش 1 ص 200.

(6) كالبيع و الاجارة و الرهن و الصلح.

ص: 17

و الفتاوى (1) المتعرضة لصيغها في البيع بقول مطلق (2)، وفي بعض أنواعه (3)، وفي غير البيع من العقود اللازمة (4) هو (5) الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود (6) فلا فرق بين قوله:

بعت و ملكت، و بين قوله: نقلت الى ملكك، أو جعلته ملكا لك بكذا

و هذا (7) هو الذي قواه جماعة من متأخري المتأخرين (8)

و حكي عن جماعة ممن تقدمهم كالمحقق، حيث حكي عن تلميذه كاشف الرموز (9)

+++++

(1) بالجر عطفًا على مجرور (من الجارة) في قوله: من النصوص اى و الذي يظهر من فتاوى العلماء.

و مرجع الضمير في صيغها: العقود اللازمة.

(2) اى من دون أن تفرق تلك النصوص و الفتاوى بين أفراد البيع

(3) اى و في بعض أنواع البيع كالمؤجل، و الحال، و السلف، و الخيار

(4) كالنكاح و الاجارة، و الرهن و الصلح.

(5) خبر للمبتدأ المتقدم في قوله: و الذي يظهر.

(6) كالرهن، و الاجارة، و الصلح.

و الفاء في فلا- فرق تفريع على قوله: هو الاكتفاء اى فعلى ضوء ما ذكرنا فلا فرق بين هذين النوعين: و هما: بعت و ملكت، و بين نقلت اى ملكك، أو جعلته ملكا لك: في استعمال هذه الألفاظ في العقد المقصود.

(7) و هو الاكتفاء بكل لفظ.

(8) كالمحقق الاردبيلي.

(9) يأتي شرح حياته و مؤلفه في (أعلام المكاسب).

أنه حكى عن شيخه المحقق أن عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص وأنه (1) اخناره أيضا.

ظهور كلمات الفقهاء في وقوع البيع بكل لفظ يدل عليه

و حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه أنه جوز البيع بكل لفظ دل عليه (2) مثل اسلمت إليك و عاوضتك.

و حكاه (3) في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين، بل هو (4) ظاهر العلامة رحمه الله في التحرير، حيث قال: إن الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل مثل بعتك، أو ملكتك، أو ما يقوم (5) مقامهما، ونحوه المحكي عن التبصرة (6) و الارشاد و شرحه لفخر الاسلام، فاذا كان الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل فكيف لا ينعقد بمثل نقلته الى ملكك، أو جعلته ملكا لك بكذا؟.

+++++

(1) اى كاشف الرموز اختار عدم لزوم البيع الى لفظ مخصوص بل يكتفي فيه بكل لفظ.

(2) اى على البيع.

(3) اى الاكتفاء بكل لفظ.

(4) اى الاكتفاء بكل لفظ في البيع.

(5) هذا هو محل الشاهد في نقل هذا الكلام، فإن ما يقوم مقامهما كل لفظ دل على البيع و النقل و الانتقال.

(6) التبصرة (للعلامة الحلبي) قدس الله نفسه الزكية.

هي مؤلف نفيس جدا، و الكتاب هذا و ان كان صغيرا حجمه لكن كثير معناه.

و الكتاب هذا حاو جميع أبواب الفقه من بداية الطهارة الى نهاية الحدود و الديات مع صغر حجمه. -

بل قد يدعى أنه (1) ظاهر كل من اطلق اعتبار الايجاب و القبول فيه، من دون ذكر لفظ خاص كالشيخ و أتباعه. فتأمل.

وقد حكي عن الاكثر تجويز البيع حالا بلفظ السلم (2)

و صرح جماعة أيضا في بيع التولية بانعقاده (3) بقوله: وليتك العقد

+++++

- وقد علق على الكتاب الفطاحل من أعلام الطائفة.

و طبع الكتاب اكثر من مرة فله در مصنفه العظيم و سلام الله عليه

(1) اي الاكتفاء بكل لفظ.

(2) المراد من السلم هو بيع السلف، و بيع السلف عبارة عن تعجيل الثمن، و تأجيل المثلن الى وقت معلوم بالشروط المقررة في بابه.

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة. الجزء 3. من ص 402 الى 424.

و مقصود الشيخ: أن البيع يتحقق خارجا بصيغة السلف في قول البائع: سلمتك، أو أسلفتك عند أكثر الفقهاء.

و هذا دليل على أنه يكتفى في العقود، و في البيع بكل لفظ.

(3) اي بانعقاد البيع بلفظ وليتك.

و التولية مصدر ولى يولي يقال: وليت فلانا امر كذا.

و التولية في البيع: أن يشتري انسان سلعة بثمن معلوم ثم يوليها رجلا آخر بذلك الثمن.

بعبارة اخرى: أن التولية إعطاء السلعة برأس المال فيقول البائع بعد علمه، و علم المشتري بالثمن، و ما تبعه: من المؤن، و اجرة الكيال و المحراث، و غيرها: وليتك هذا العقد.

فاذا قال المشتري: قبلت لزمه الثمن جنسا، و قدرا و وصفا.

راجع المصدر نفسه. ص 436

ص: 20

أوليتك السلعة، و التشارك (1) في المبيع بلفظ شركتك.

وعن المسالك في مسألة تقبل أحد الشريكين في النخل حصة صاحبه بشيء معلوم من الثمرة: أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك (2) بلفظ التقييل مع أنه لا يخرج عن البيع، أو الصلح، أو معاملة الثالثة لازمة عند جماعة (3)

+++++

(1) أي وينعقد البيع بلفظ التشارك: بأن يقول المشتري بعد شراء العين المبيعة لصديقه: شركتك في العين المبيعة التي اشتريتها، فيجعل له نصيباً بما يخصه من الثمن: من النصف، أو الربع، أو الثلث مثلاً بشرط علمهما بقدره.

(2) أي جواز وقوع البيع بلفظ التقييل في تقبيل أحد الشريكين حصة صاحبه من الثمرة بشيء معلوم.

حاصل هذه العبارة كما شرحناها في (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة. الجزء 3. ص 368: أن يكون هناك نخيل، أو أشجار بين شريكين، أو أكثر، فيلتزم أحد الشريكين لصاحبه إزاء حصته من الثمر بمقدار معلوم: من الكيل، أو الوزن.

وذلك بأن يخرص أي يخمن الثمر اجمع فيتعاقدان على قبول أحدهما حصة صاحبه بعد الخرص و التخمين مقابل كيل، أو وزن معلوم من نفس الثمر، أو غيره.

فيقول أحد الشريكين المقدم على شراء حصة صاحبه إزاء حصته:

أقبل حصتك بكذا مقدار من الوزن؛ أو الكيل.

(3) راجع المصدر نفسه.

ص: 21

هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع (1)

ظهور كلمات الفقهاء في وقوع غير البيع بكل لفظ يدل عليه

و أما في غيره (2) فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه بقوله (3): تصرف فيه، أو انتفع به و عليك رد عوضه أو خذه بمثله و اسلفتك، و غير ذلك (4) مما عدوا مثله (5) في البيع من الكنايات مع (6) ان القرض من العقود اللازمة على حسب (7) لزوم البيع و الاجارة

و حكي عن جماعة في الرهن أن ايجابه يؤدي بكل لفظ يدل عليه (8) مثل قوله: هذه وثيقة عندك.

و عن الدروس (9) تجويزه بقوله خذه، أو امسكه بمالك.

+++++

(1) الى هنا كان كلام الشيخ حول نقل كلمات العلماء الأعلام في البيع في الاكتفاء بكل لفظ، دون لفظ يخصه.

(2) من هنا يريد الشيخ أن ينقل كلمات الفقهاء حول غير البيع:

من بقية العقود في الاكتفاء بكل لفظ، دون ألفاظ مخصوصة تخصها.

(3) اى بقول المقرض.

(4) مثل قولك: تملكه.

(5) اى مثل لفظ تصرف فيه، أو انتفع به، أو تملكه.

(6) يقصد الشيخ أن القرض من العقود اللازمة فلازمه أن يؤتى له بلفظ خاص، لا بمطلق اللفظ، فتصريح جماعة بوقوعه بمطلق اللفظ دليل على إرادة الاكتفاء به، و أن القرض يقع به.

(7) اى لزوم القرض كلزوم البيع و الاجارة، من دون فرق بينه و بينهما، فإذا يكتفى في القرض بكل لفظ فقد يكتفى به في البيع.

(8) اى لا يحتاج الى لفظ خاص، مع أنه لازم من طرف الراهن

(9) اى تجويز الرهن.

و حكي عن غير واحد تجويز ايجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدت المال و تقلدته، و شبهه (1) ذلك.

و لقد ذكر المحقق و جماعة ممن تاخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية (2) معللين بتحقيق القصد.

و تردد جماعة في انعقاد الاجارة بلفظ بيع المنفعة (3)

و قد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الارض للمزارعة (4)

+++++

(1) كقولك: عليّ اداؤه و بذمتي إعطاؤه.

و المراد من الضمان هنا ضمان الغير في المحاكم الشرعية بالمال.

راجع المصدر نفسه. الجزء 4. ص 113-114.

(2) بأن يقول: اعرتك الدار بمدة سنة مثلا بمبلغ قدره مائة دينار مثلا.

و نتيجة الإعارة هو استيفاء المنافع، فنتيجة الاعارة و الاجارة واحدة إلا أن الاولى جائزة، و الثانية لازمة.

راجع المصدر نفسه. ص 255

(3) بأن يقول: بعتك منفعة الدار سنة كاملة مثلا بمبلغ قدره خمسون دينارا

(4) المزارعة تسليم الارض الى الزارع بعوض من الثمر و الحاصل معلوم القدر، راجع المصدر نفسه. ص 275.

فهنا يجوز لصاحب الارض أن يقول عند تسليمها للمزارع: خذ الارض بربع حاصلها مثلا.

ص: 23

و عن مجمع البرهان كما في غيره أنه لا خلاف في جوازها (1) بكل لفظ يدل على المطلوب، مع كونه (2) ماضيا

و عن المشهور جوازها (3) بلفظ ازرع.

وقد جوز جماعة الوقف بلفظ حرمت و تصدقت (4) مع القرينة الدالة على إرادة الوقف مثل أن لا يباع، ولا يورث، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنهما (5) من الكنايات.

و جوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع (6)، مع أنه ليس صريحا فيه.

+++++

(1) اى في جواز المزارعة بكل لفظ.

(2) اى مع كون اللفظ الدال على المطلوب من الأفعال الماضية:

بأن يقول: سلمتك الارض.

(3) اى المزارعة بلفظ الأمر في قبال من خص اللفظ فيها بصيغة الماضي.

(4) مع أن الوقف له لفظ خاص كقولك: وقفت

راجع المصدر نفسه. الجزء 3. ص 164.

(5) اى حرمت و تصدقت من الكنايات، وليستا من الألفاظ الصريحة الدالة على الوقف، و مع ذلك قال جماعة باكتفائهما في الوقف لو وقع بهما، فكيف لا يكتفى بكل لفظ في البيع؟

(6) بأن تقول المرأة: متعتك نفسي، أو يقول وكيل المرأة: متعت نفس موكلتي لك.

ص: 24

و مع هذه الكلمات (1) كيف يجوز أن يسند الى العلماء، أو اكثرهم وجوب ايقاع العقد باللفظ الموضوع له (2)، وأنه لا يجوز بالألفاظ المجازية (3)، خصوصا مع تعميمها (4) للقريبة و البعيدة كما تقدم (5) 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 اكثرها بالألفاظ غير الموضوعة لذلك العقد (6)

+++++

(1) التي نقلها الشيخ عن الأعلام في الاكتفاء بكل لفظ في بقية العقود بقوله في ص 22: وأما في غيره فظاهر جماعة في القرض الى قوله في ص 24:

و جوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع، مع أنه ليس صريحا فيه

(2) اى للعقد: بأن يقال في البيع: بعتك، وفي الاجارة: أجرتك، وفي القرض اقرضتك، وفي الهبة: وهبتك، وفي النكاح الدائم: زوجتك، أو أنكحتك وفي الموقت: متعتك، وفي العارية: اعرتك، وفي القرض: أقرضتك

و هكذا بقية العقود

(3) وكذا بالألفاظ الكنائية.

(4) يقصد الشيخ من هذه العبارة أن بعض الأعلام منع وقوع العقد بالمجازات و ان كانت قريبة، حيث عرفت في الهامش 1 ص 15:

أن المجاز على قسمين: القريب: و البعيد.

فقال: إن بعض الأعلام عمم المنع حتى بالمجازات القريبة.

(5) في قوله في ص 14-15: فلا ينعقد بالمجازات حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد.

(6) فإن المشهور بين العلماء عدم جواز التعبير في العقود اللازمة بالألفاظ المجازية. -

ص: 25

جمع المحقق الثاني على ما حكى عنه في باب السلم و النكاح بين كلماتهم:

بحمل (1) المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، و هو جمع حسن.

و لعل (2) الاولى أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية (3)، سواء أكان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له بنفسه (4) أو مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع (5) آخر، ليرجع (6) الافادة بالآخرة الى الوضع، اذ (7) لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو

+++++

- و من طرف آخر يقولون بالاكْتفاء بكل لفظ في العقود فهذا هو التنافي بين الكلامين.

فراد المحقق الثاني الجمع بينهما فقال: إن المراد من المجازات التي لا يصح وقوع العقود بها هي المجازات البعيدة، لا القريبة.

(1) الباء بيان لكيفية الجمع بين أقوال الفقهاء.

(2) من هنا يريد الشيخ أن يبدي رايه حول جواز استعمال الألفاظ المجازية في العقود، و عدم الجواز.

(3) و هي الألفاظ الموضوعية لمعانيها اللغوية، سواء أكان الوضع بنحو الحقيقة أم بنحو المجاز، اذ المجاز أيضا وضعي، لاجازة الواضع هذا الاستعمال.

(4) كما في الوضع الحقيقي.

(5) كما في الوضع المجازي.

(6) تعليل للأعمية المرادة من قوله: سواء أكان اللفظ الدال على إنشاء العقد، اى إنما نقول بهذه الأعمية، ليكون مآل افادة المعنى من اللفظ لا محالة.

(7) تعليل لرجوع الإفادة بالآخرة الى الوضع -

ص: 26

مناط الصراحة بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع، أو افادته (1) له بضميمة لفظ آخر يدل (2) بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ.

و هذا (3) بخلاف اللفظ الذي يكون دلالة على المطلب لمقارنة حال

+++++

- و خلاصته: أن الفرق في الوضوح الذي هو ملاك الصراحة بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع كما في الموضوع له الحقيقي، و بين افادة لفظ للمطلب بضميمة لفظ آخر الذي هي القرينة الصارفة كما في المجاز: غير معقول، و غير متصور.

(1) اي افادة اللفظ للمطلب.

خلاصة هذا الكلام: أن افادة اللفظ للمطلب تارة يكون بمعونة لفظ آخر و بمساعدته: بمعنى أن ذلك اللفظ الآخر بشخصه يدل على المطلب و ان كان اللفظ الذي جيء به لا يدل على المطلب، فهذه الدلالة تكون لفظية و وضعية أيضا، لأنها كانت باذن من الواضع كما في الكنايات فإنها لا تدل على المطلب بوحدها، لاحتمالها للمطلب، و غيره.

لكن لما جيء بلفظ آخر الذي يسمى بالقرينة دل اللفظ الاول على المطلب و هو البيع و إن كانت الدلالة بمعونة القرينة، فالدلالة لفظية وضعية.

(2) اي اللفظ الآخر الدال على المطلب إنما يدل عليه بالوضع كما عرفت آنفا عند قولنا: خلاصة هذا الكلام.

(3) اي اللفظ الدال على المراد بمعونة لفظ آخر الذي هي القرينة التي يرجع مآلها الى اللفظ و الوضع، و يكون الاستعمال باذن من الواضع:

غير اللفظ الدال على المراد بمعونة قرينة حالية، أو بمعونة سبق مقال خارج عن العقد، لأن الاعتماد في إنشاء المقاصد يكون حينئذ على القرينة -

ص: 27

أو سبق مقال خارج عن العقد، فإن الاعتماد عليه (1) في متفاهم المتعاقدين و ان كان من المجازات القرينة جدا رجوع عما بني عليه: من (2) عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد. (3) و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال، أو اقتران حال يدل على إرادة البيع جزما (4)

و مما ذكرنا (5) يظهر الاشكال في الاقتصار على المشترك اللفظي

+++++

الحالية و هو خلاف بناء القوم في تفهيم مرادهم، حيث بنوا على إنشاء مقاصدهم بالأقوال لا بالقرينة الحالية، و لا بمعونة سبق مقال و إن كانت القرينة من المجازات القرينة.

فالحاصل: أن العرف المتداول ينشأ مقاصده بالأقوال، و أن التفهيم بالقرائن الحالية خارج عن إطار الدلالات المتداولة عندهم.

(1) أى على اللفظ الذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال.

(2) كلمة من بيان لقوله: عما بني عليه اي بني عليه عبارة عن عدم الاعتبار في إنشاء المقاصد بالقرائن الحالية، أو بسبق مقال، بل لا بد أن يكون الإنشاء بمعونة الأقوال.

(3) تعليل لبناء القوم على عدم اعتبار القرائن الحالية اي و لاجل أن الاعتبار بالأقوال في إنشاء المقاصد، لا بالقرائن الحالية.

(4) اي قطعاً: بمعنى أن القرينة لو لم تكن قطعية تدل على إرادة المطلب الذي هو البيع مثلاً لا تفيد في المقام اصلاً.

(5) و هو أن الاعتبار في إنشاء المقاصد بالأقوال، لا بالقرائن الحالية يظهر الإشكال في الاكتفاء في فهم المراد من المشترك اللفظي على القرينة المعينة. -

اتكالا على القرينة الحالية المعينة، وكذا (1) المشترك المعنوي.

ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا (2) الاستدلال المتقدم في عبارة التذكرة بقوله (3) قدس سره: لأن المخاطب لا يدري بم، خوطب اذ (4)

+++++

- و خلاصته هذا الكلام: أن بعض الأعلام استشكل في اتيان المشترك اللفظي الموضوع لمعان متعددة بوضع على حدة لكل واحد منها يتعين كل واحد منها بقرينة معينة صارفة عن إرادة معنى آخر منها، لاستحالة إرادة معنيين، أو أكثر من المشترك اللفظي عند الاطلاق في آن واحد، واستعمال فارد: اعتمادا على القرينة الحالية، لعدم اعتبارها في إنشاء المقاصد عند القوم كما في لفظ العين الموضوع للذهب و الفضة و الميزان و الجارية و الباكية و الجاسوس.

(1) اي وكذا استشكل بعض الأعلام في اتيان المشترك المعنوي الموضوع لمعنى واحد عام ينطبق على معاني كثيرة متعددة كلفظ الإنسان الموضوع للحيوان الناطق المنطبق على أفراده الكثيرة: من زيد و عمرو:

اتكالا على القرينة الحالية.

(2) وهو أن الاعتبار في إنشاء المقاصد بالأقوال، لا بالقرائن الحالية الخارجية، أو بمعونة سبق مقال.

(3) الذي نقله الشيخ عنه في ص 14 بقوله: وقال في التذكرة.

(4) تعليل لانطباق استدلال العلامة على عدم اعتبار الكنايات في العقود بقوله: لأن المخاطب لا يدري بم خوطب على ما افاده الشيخ: من أن الاعتبار في إنشاء المقاصد بالأقوال، لا بالقرينة الحالية.

و خلاصته: أنه ليس مراد العلامة من قوله: لا يدري المخاطب بم خوطب: أن المخاطب لا يفهم مراد المتكلم من قوله: اعطيتكه بكذا، أو ادخله في ملكك حتى من القرائن الخارجية، فإن ذلك غير معقول. -

ص: 29

- بل مراد العلامة من ذلك: أنه لما كان قول القائل: ادخلته في ملكك و كذا بقية الأمثلة التي ذكرها في التذكرة من الكنايات و ليست من الألفاظ الصريحة الدالة على المراد و هو البيع: فلا بد حينئذ من دلالة على المعنى المنشأ و هو البيع: من قصد الملزوم الذي هو المعنى المنشأ حتى يحصل المعنى المنشأ، و بدون قصد الملزوم لا يحصل المعنى المنشأ.

و من الواضح أن قصد الملزوم لا- يتحقق إلا بعد كون اللازم بالمعنى الأخص، لأن اللازم بالمعنى الأعم لا يمكن إرادة الملزوم منه إلا بالقرائن الخارجية فيكون الاعتبار اذا بالقرائن، لا باللفظ فلا تكون الدلالة لفظية فلم يحصل عقد لفظي يقع التفاهم به و قد اعتبر في الدلالة أن تكون لفظية

هذه خلاصة مراد الشيخ في تفسير قول العلامة.

(إن قلت): إن المعنى المنشأ الذي هو الملزوم يحصل بالنية و القرائن الحالية موجودة فلم لا يحصل الإنشاء؟.

(قلنا): إن القرائن لما كانت غير لفظية لا تؤثر النية في الإنشاء كما قلنا هذا في المعاطاة: من أن النية بنفسها، أو مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثر في النقل و الانتقال الذي هو معنى الاسم المصدرى.

ثم لا بأس بإشارة، اجمالية الى قسمي اللازم: اللازم بالمعنى الأعم، و اللازم بالمعنى الأخص.

(أما الاول): فهو ما لا يختص بملزوم واحد كالحرارة اللازمة للنار و الشمس، و الحركة السريعة، و النور الحاصل من الضياء و الشمس و القمر

(و أما الثاني): فهو اللازم المختص بملزوم واحد، و قد يعبر عنه باللازم المساوي كالخاصة للانسان كالضحك و التعجب بالقوة، أو الإدراك العقلي للانسان.

ثم إن معنى اللازم ما يمتنع انفكاكه عن ملزومه عقلا

ليس المراد (1) أن المخاطب لا يفهم منها (2) المطلب و لو بالقرائن الخارجية بل المراد (3) أن الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ (4) ما لم يقصد الملزوم (5)، لأن (6) اللازم الأعم كما هو الغالب، بل المطرد في الكنايات لا يدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجمع مع الملزوم الخاص، فالخطاب في نفسه محتمل لا- يدري المخاطب بم خوطب، وإنما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم (7)

و المفروض (8) على ما تقرر في مسألة المعاطاة أن النية بنفسها، أو مع

+++++

(1) اى مراد العلامة كما عرفت عند قولنا في الهامش 4 ص 29 و خلاصته

(2) اى من الكناية و هي الأمثلة التي ذكرها العلامة في التذكرة و نقلها الشيخ هنا في ص 13 بقوله: وقال في التذكرة.

(3) اى مراد العلامة كما عرفت في ص 30 عند قولنا: بل مراد العلامة.

(4) و هو البيع كما عرفت في ص 30 عند قولنا: على المعنى المنشأ و هو البيع.

(5) المراد منه البيع كما عرفت.

(6) تعليل لعدم دلالة الكناية على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم و قد عرفته عند قولنا في ص 30 فلا بد حينئذ.

(7) و هذا خلاف الاعتبار، اذ الاعتبار بالدلالة اللفظية كما اشرنا إليه عند قولنا في ص 30: فلم يحصل عقد لفظي.

(8) قد عرفت معناه في ص 30 عند قولنا: قلنا: إن القرائن لما كانت.

ص: 31

انكشافها بغير الأقوال لا تؤثر في النقل و الانتقال: فلم (1) يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به.

لكن هذا الوجه (2) لا يجري في جميع ما ذكره من أمثلة (3) الكناية

دعوى أن العقود أسباب شرعية توقيفية

ثم إنه ربما يدعى أن العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية (4)

+++++

(1) جواب لقوله: لما لم يدل.

(2) و هو الذي ذكره الشيخ في تفسير قول العلامة: لا يدري المخاطب بم خوطب بقوله: إن الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم، لأن اللازم الأعم الى آخر قوله الذي شرحناه في ص 30

و خلاصته: أن المخاطب لا يدري بم خوطب: من حيث الألفاظ و القرائن اللفظية.

و أما بحسب القرائن الحالية فلا مانع من كون المخاطب يدري بم خوطب، فهذا التعليل لا يجري في جميع أمثلة الكنايات التي ذكرها الفقهاء، لأن بعض أمثلة الكنايات تدل على المراد بالقرائن اللفظية التي هو اللازم الأخص مثل قولك: ادخلته في ملكك، فإنه لازم مساو للبيع:

بمعنى أنه لا فرق بين قولك: بع، و قولك: ادخلته في ملكك كما ذكره بعض الأجلة من المحشين.

لكن للخذشة فيه مجال، حيث إن المثال أعم من البيع و الهبة المعوضة، و غير المعوضة فلا يكون مساويا للبيع فلا يكون باللائم الأخص فينطبق عليه قول العلامة: لا يدري المخاطب بم خوطب إلا بالقرائن الحالية

(3) اي الأعم مما ذكره العلامة، و غيره في الكنايات.

(4) اي ألفاظ العقود لا بد أن تكون متلقة من الشارع فلا يجوز

كما حكى عن الايضاح (1): من أن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء فلا بد من الاقتصار على المتيقن

و هو (2) كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء، فضلا عن الروايات المتكثرة الآتي بعضها (3)

و أما ما ذكره الفخر (4) قدس سره فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعا هي اشتغالها على العنوان المعبر به عن تلك المعاملة في كلام الشارع، فاذا (5) كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبرا عنها في كلام الشارع بالنكاح (6)

+++++

لنا التصرف فيها باتيان ألفاظ مجعولة من قبلنا كما أن هذه التوقيفية تكون في العبادات فلا يجوز فيها التصرف: من حيث الزيادة و النقيصة.

(1) مؤلف شريف في الفقه الامامي لفخر الاسلام (فخر المحققين) نجل العلامة قدس سرهما يأتي شرحه و شرح مؤلفه في (أعلام المكاسب)

(2) اي ما افاده المدعي: من أن العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية.

(3) الدالة هذه الروايات على عدم وجود صيغة مخصوصة للعقود

(4) اي في الايضاح بقوله: إن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة.

(5) الفاء تفرع على ما افاده: من أن المراد من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعا هو اشتغالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع. و قد ذكر الشيخ التفرع فلا نعيده

(6) كلفظ انكحت

ص: 33

أو الزوجية (1) أو المتعة (2) فلا بد من اشتغال عقدها (3) على هذه العناوين، فلا يجوز (4) بلفظ الهبة، أو البيع أو الاجارة، أو نحو ذلك (5)

وهكذا الكلام في العقود المنشأة للمقاصد الأخر كالبيع والاجارة ونحوهما (6)

فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتغالها على هذه العناوين (7)

+++++

(1) كلفظ زوجت

(2) كلفظ تمتعت

(3) اي عقد المرأة لا بد أن يكون مشتملا على احد هذه الألفاظ حتى تتحقق العلة الزوجية؛ ويجوز للرجل التمتع بها بجميع معاني التمتع

(4) اي عقد المرأة بأحد هذه الألفاظ: بأن تقول المرأة: وهبتك نفسي، أو بعثتك نفسي، أو آجرتك نفسي

(5) كلفظ سلطتك في قول المرأة: سلطتك على بضعي.

(6) كالقرض والهبة، والصلح والمزارعة والمساقاة، والعارية فلا يجوز استعمال لفظ الاجارة في البيع، أو بالعكس.

وكذا لا يجوز استعمال لفظ القرض في البيع، أو بالعكس

وكذا لا يجوز استعمال لفظ المزارعة في الهبة، أو بالعكس.

وهكذا بقية العقود، فإنه لا يجوز استعمال اي لفظ من العقود أو الايقاعات الصادرة من الشارع في غير ما صدر عنه.

(7) وهو عنوان الزوجية، وعنوان البيع، وعنوان الاجارة، وعنوان الهبة، وعنوان القرض، وعنوان العارية، وعنوان المزارعة، وعنوان المساقاة، وعنوان المضاربة، وعنوان المصالحة.

فاختيار لفظ خاص لمعنى خاص إنما هو لاجل اشتغاله على ذلك المعنى

الدائرة في لسان الشارع، أو ما يراد بها لغة، أو عرفاً، لأنها (1) بهذه العناوين موارد للأحكام الشرعية التي لا تحصى.

فعلى هذا (2) فالضابط وجوب ايقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع؛ إذ لو وقع (3) بإنشاء غيرها.

فإن كان (4) لأمع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة

+++++

الخاص المعبر عنه بالعنوان الذي ذكرناه لك، فلا بد من وقوع ذلك العنوان المراد بلفظ خاص الوارد من الشارع.

فالحاصل: أن انتخاب لفظ خاص لإنشاء معنى خاص إنما هو لاجل ذلك المعنى، وذلك العنوان الوارد من الشارع ليس إلا

(1) تعليل للخصوصية المذكورة

و خلاصته: أن العقود المنشأة للمقاصد الأخرى، كلفظ البيع المنشأ به علقه التمليك، وقطع حبل الملكية عنه، واتصاله بالمشتري مثلاً بهذا العنوان أصبح مورداً للحكم الشرعي.

(2) أي فعلى ضوء ما قلناه: من أن خصوصية اللفظ إنما هو لاجل اشتغالها على تلك العناوين فلا بد من ذكر قاعدة كلية في المقام: وتلك القاعدة هو وجوب ايقاع كل عقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع.

(3) أي العقد لو وقع في الخارج بإنشاء غير العناوين الدائرة في لسان الشارع كإيقاع علقه الزوجة بلفظ غير زوجت. وغير انكحت وغير تمتعت كلفظ سلطت في قول المرأة، سلطتك على بضعي.

وكذا ايقاع قطع حبل اتصال الملكية عنه، ووصلها بشخص المشتري لو كان بغير لفظ بعت كلفظ اقترضت و هبت ادخلت سلطت.

(4) أي فإن كان العقد الواقع بغير العناوين الدائرة في لسان الشارع لا يقصد منه تلك العناوين.

ص: 35

نفسها، أو اجارة نفسها مدة الاستمتاع لم تترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة، أو المنقطعة.
وإن كان (1) بقصد هذه العناوين دخل (2) في الكناية التي عرفت أن تجويزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالأقوال.
فما (3) ذكره الفخر رحمه الله مؤيد لما ذكرناه، و استفدناه من كلام والده قدس سره.

وإليه (4) يشير أيضا ما عن جامع المقاصد: من أن العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه (5)

+++++

(1) اي وإن كان العقد الواقع بغير العناوين الدائرة في لسان الشارع تقصد منه تلك العناوين فقد دخل في سلسلة الكنايات التي عرفت أن جواز اتيان العناوين بها هدم لما بناه القوم: من عدم اعتبار القرائن الحالية في إنشاء المقاصد، لأن الكنايات تحتاج الى نصب القرائن الحالية فيكون الاعتبار بها، لا بالأقوال التي هو الملاك في إنشاء المقاصد.

(2) اي غير العناوين كما عرفت آنفا.

(3) تفريع على ما افاده الشيخ: من أنه لا بد من وقوع العقود بأسرها بإنشاء العناوين الواردة في لسان الشارع أي فعلى ضوء ما ذكرناه لا يكون ما ذكره فخر المحققين في الايضاح: من أن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة مخالفا لنا، ولوالده، حيث افاد العلامة بعدم وقوع العقود بالكنايات، لأن المخاطب لا يدري بم خوطب.

(4) اي والى ما ذكره فخر المحققين يشير المحقق الثاني في جامع المقاصد

(5) كايقاع علقة الزوجية بلفظ ملكتك بضعي.

وما (1) عن المسالك: من أنه يجب الاقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة (2)

و مراده بالمنقولة شرعا هي الماثورة في كلام الشارع.

وعن كنز العرفان (3) في باب النكاح أنه حكم شرعي حادث فلا بد له من دليل يدل على حصوله وهو العقد اللفظي المتلقى من النص (4)

ثم ذكر لايجاب النكاح ألفاظا ثلاثة (5)، وعللها (6) بورودها في القرآن.

+++++

(1) اى و الى ما ذكره فخر المحققين في الايضاح يشير الشهيد الثاني في المسالك.

(2) كما في ألفاظ العقود و الايقاعات و العبادات، فإنها قد نقلت عن معانيها اللغوية من قبل الشارع، و وضعت للماهيات المجعولة من قبله إما بالوضع التعييني، أو التعيني.

كما عرفت في الجزء 6 الهامش 1 من ص 23 - الى 28.

(3) يأتي شرح الكتاب و مؤلفه في (أعلام المكاسب).

(4) اى من الشارع فلا بد من الاقتصار عليه.

(5) وهو لفظ: زوجت. انكحت. متعت.

(6) اى و علل صاحب كنز العرفان الاقتصار على الألفاظ الثلاثة المذكورة في باب النكاح بورودها في القرآن الكريم.

قال عز من قائل: قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ (1)

ص: 37

1- القصص: الآية 27.

و لا يخفى أن تعليله (1) هذا كالصريح فيما ذكرناه: من تفسير توقيفية العقود، وأنها متلقاة من الشارع، ووجوب الاقتصار على المتيقن و من هذا الضابط (2) تقدر على تميز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة من الألفاظ المتقدمة في أبواب العقود المذكورة من غيره (3) و أن الاجارة بلفظ العارية (4) غير جائزة، و بلفظ بيع المنفعة، أو السكنى مثلا لا يبعد جوازه (5) و هكذا (6)

+++++

وقال جل ذكره: فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (1)

وقال عز اسمه: فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكُهَا (2)

(1) اى تحليل صاحب كنز العرفان في حصر العلقه الزوجية في الألفاظ الثلاثة: بورودها في القرآن الكريم.

(2) و هي توقيفية العقود، و أنها متلقاة من الشارع، و أنه واجب الاقتصار على القدر المتيقن.

(3) اى من غير الصريح.

(4) في قوله: اعرتك منفعة الدار و هو يريد الاجارة من الإعارة.

(5) في قوله: بعتك منفعة الدار، أو سكنها سنة كاملة و هو يقصد الاجارة من البيع.

(6) اى و كذا بقية العقود، فإنه لو اتي بلفظ الصلح مثلا في مقام القرض وقال: صالحتك بكذا و هو يقصد الإقراض من لفظة صالحتك فلا يصح.

ص: 38

1- النساء: الآية 24.

2- الأحزاب: الآية 37.

إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول.

إشارة

إذا عرفت هذا (1) فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول.

أما الإيجاب

منها: لفظ بعث في الإيجاب

(منها) (2): لفظ بعث في الإيجاب، ولا خلاف فيه فتوى و نصا و هو وإن كان من الأضداد بالنسبة الى البيع و الشراء لكن كثرة استعماله في البيع وصلت الى حد تغنيه عن القرينة.

منها: لفظ شريت

(و منها) (3): لفظ شريت فلا اشكال في وقوع البيع به لوضعه له كما يظهر من المحكي عن بعض اهل اللغة، بل قيل لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع.

و عن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع و باعه كاشتره فهما ضدان.

و عنه أيضا كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتراه.

و ربما يستشكل فيه (4) بقله استعماله عرفا في البيع، و كونه محتاجا الى القرينة المعينة (5)، و عدم نقل الإيجاب به (6) في الأخبار، و كلام القدماء (7)

+++++

(1) و هي توقيفية العقود و الإيقاعات، و أنه لا بد في صدورهما من الشارع.

(2) اي من تلك الألفاظ.

من هنا اخذ الشيخ في عد ألفاظ وردت في الإيجاب و القبول من الشارع فقال: منها.

(3) اي و من تلك الألفاظ الواردة في الإيجاب و القبول.

(4) اي في لفظ شريت.

(5) ای اذا استعمل عرفا في البيع يحتاج الى ذكر قرينة معينة تعين المراد منه هل البيع، أو الشراء؟.

(6) ای بلفظ شريت.

(7) ای ولم یأت لفظ شريت في كلام القدماء في الايجاب.

ص: 39

و لا يخلو (1) عن وجه.

منها: لفظ ملكت بالتشديد

(و منها) (2): لفظ ملكت بالتشديد، و الاكثر على وقوع البيع به بل ظاهر نكت الارشاد الاتفاق عليه، حيث قال: إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعت و ملكت.

و يدل عليه ما سبق في تعريف البيع (3): من أن التملك بالعوض المنحل الى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفا و لغة كما صرح به فخر الدين حيث قال: إن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري.

و ما قيل من أن التملك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر منه عند الاطلاق غيرها.

فيه أن الهبة إنما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض (4)، لا- من مادة التملك فهي (5) مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة (6)، و بين المجرد عنها (7)، فإن اتصل بالكلام ذكر العوض افاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع، و إن تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريد الملكية

+++++

(1) اى هذا الاشكال وجهه، فمآل الإشكال الى عدم جواز استعمال لفظ شريت في البيع.

(2) اى و من تلك الألفاظ الواردة من الشارع في الايجاب و القبول

(3) في ص 36 من الجزء 6

(4) كما في الهبة غير المعوضة.

(5) اى الهبة مشتركة بالاشتراك المعنوي، لا اللفظي.

(6) كما في الهبة المعوضة.

(7) اى عن المقابلة كما في الهبة غير المعوضة.

ص: 40

وقد عرفت سابقا أن تعريف البيع بذلك (2) تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو اراد منه (3) الهبة المعوضة، أو قصد المصالحة بنيت صحة العقد على صحة عقد بلفظ غيره مع النية.

ويشهد لما ذكرنا (4) قول فخر الدين في شرح الارشاد أن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري (5)

أما الإيجاب باشتريت

و أما الإيجاب باشتريت ففي مفتاح الكرامة أنه قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، و المنقول عنها في نسختين من تعليق الارشاد.

+++++

(1) كما في الهبة غير المعوضة.

(2) اي بمبادلة مال بمال كما عرفت في ص 9 في الجزء 6

(3) خلاصته هذا الكلام: أنه لو اراد القائل من لفظ بعت الهبة أو الصلح: لتوقفت صحة هذا العقد على القول بصحة التعبير عن كل عقد بلفظ آخر كإرادة الإجارة من لفظ بعت، أو الهبة، أو الصلح منه.

فإن قلنا بصحة ذلك تفرع عليها صحة إرادة الهبة، أو المصالحة من البيع، مع قصد الهبة، أو الصلح منه.

وإن لم نقل بالصحة فلا تقع الهبة، أو الصلح من لفظ بعت وإن نوى الهبة، أو الصلح.

(4) و هو أن صحة إرادة الهبة، أو الصلح من لفظة بعت مثلا متوقفة على صحة إرادة العقد بلفظ غيره مع نية الهبة، أو الصلح.

(5) فقول فخر المحققين دليل على صحة إرادة العقد بلفظ غيره من العقود.

أقول: وقد يستظهر ذلك (1) من عبارة كل من عطف على بيعت و ملكت شبههما (2)، أو ما يقوم مقامهما، إذ (3) إرادة خصوص لفظ شريت من هذا (4) بعيد جدا.

و حمله (5) على إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الاخر للعاجز عن العربية أبعد (6) فيتعين إرادة ما يراد فهما لغة أو عرفا، فيشمل شريت و اشتريت.

لكن الإشكال المتقدم (7) في شريت أولى بالجريان هنا، لأن شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع بل لم يستعمل فيه (8) إلا فيه، بخلاف اشتريت (9)

+++++

(1) و هو وقوع الايجاب بلفظ اشتريت.

(2) فإن كلمة شبههما تشمل لفظ اشتريت في وقوع الايجاب به و كذلك أو ما يقوم مقامهما، فإنه يشمل لفظة اشتريت.

(3) تعليل لشمول لفظة شبههما اشتريت.

(4) اى من كلمة شبههما، أو ما يقوم مقامهما.

و أما وجه البعد فلترادف لفظتي شريت و اشتريت.

(5) اى و حمل لفظ أو ما يقوم مقامهما.

(6) لعل وجه الأبعدية: أن الشيخ يعتقد أن الفقهاء الذين اتوا بجملة أو ما يقوم مقامهما لا يجوزون إجراء الصيغة بغير العربية.

(7) و هو قوله في ص 39: وربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفا في البيع، و كونه محتاجا الى القرينة المعينة.

(8) اى فى القرآن الكريم لم تستعمل كلمة شريت إلا في البيع.

(9) فإنه قد استعملت لفظة اشتريت في القرآن الكريم في الشراء -

و دفع (1) الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه ايجابا إما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول، وإما لغلبة ذلك.

غير صحيح، لأن (2) الاعتماد على القرينة غير اللفظية في تعيين المراد من أَلْفَاظِ الْعُقُودِ قد عرفت ما فيه.

+++++

- قبال البيع في قوله تعالى:

إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ (1)

(1) دفع وهم

حاصل الوهم: أن الاشكال الوارد في احتياج كلمة اشترت عند استعمالها في البيع الى قرينة معينة: يدفع بسبب تقديم اشترت، اذ التقديم دليل على أنه الايجاب فيتعين أن المراد منه هو البيع، لا الشراء فلا يحتاج هذا الاستعمال الى قرينة معينة.

و الباء في قوله: بقرينة تقديمه بيان لكيفية الدفع التي عرفتها عند قولنا: حاصل الوهم.

و لا يخفى أن دلالة تقديم اشترت على كونه هو الايجاب و يراد منه البيع باحد الامرين.

إما لبناء القوم على لزوم تقديم الايجاب على القبول.

أو لأجل الغالب، حيث إن الغالب في العقود تقديم الايجاب على القبول.

(2) جواب عن الوهم المذكور.

حاصله: أنه لو قلنا بهذه المقالة يكون الاعتبار حينئذ في المقاصد المنشأة بالقرائن الحالية، لا بالأقوال.

ص: 43

إلا أن يدعى أن ما ذكر سابقا (1): من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ: من حيث دلالة على خصوص العقد، و تميزه (2) عما عداه من العقود.

و أما تمييز ايجاب عقد معين عن قبوله الراجع الى تمييز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحة بل يكفي استفادة المراد و لو بقريئة المقام (3)، أو غلبته أو نحو هما.

+++++

وقد عرفت أن الاعتماد عليها هدم لبناء القوم على اعتمادهم في المقاصد المنشأة بالألفاظ.

(1) في قوله في ص 26: اذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة.

خلاصة هذا الاستثناء، أن اعتبار الأقوال في إنشاء المقاصد إنما يخص كيفية أداء الصيغة و بيانها و صراحتها.

و هذا مما لا بد أن يكون بالدلالة اللفظية.

أما تعيين أن أيّ الطرفين من العقد ايجاب أو قبول فتكتفى به بالقرائن الحالية كتقديم الايجاب على القبول، فلا يكون هذا هدمًا لبناء القوم:

من اعتبار الأقوال في إنشاء المقاصد.

كما افاده الشيخ في ص 28 بقوله: رجوع عما بني عليه: من عدم العبرة بغير الأقوال.

(2) بالجر عطفًا على مجرور (على الجارة) في قوله: على خصوص أي و من حيث دلالة على تميز هذا العقد الخاص الذي نحن بصدده عن بقية العقود.

و هذا مما لا بد أن يكون بالدلالة اللفظية.

(3) المراد منه القرينة الحالية الخارجية.

ص: 44

أما القبول

إشارة

وأما القبول فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ قبلت ورضيت واشتريت، وابتعت وتملكت، وملكتم مخففاً.

وأما بعت فلم ينقل إلا من الجامع (2)، مع أن المحكي عن جماعة من أهل اللغة اشتراكه بين البيع والشراء.

ولعل الإشكال فيه (3) كإشكال اشتريت في الإيجاب.

واعلم أن المحكي عن نهاية الأحكام والمسالك أن الأصل في القبول قبلت وغيره بدل، لأن القبول على الحقيقة مما لا يمكن به الابتداء

(4)، والابتداء بنحو اشتريت وابتعت (5) ممكن

وسياًتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب.

ثم إن في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء (6) والاجازة والانفاذ وشبهها.

+++++

(1) أي في كفاية استفادة المراد ولو بالقرائن الحالية.

(2) أي استعمال كلمة بعت في القبول إلا عن كتاب الجامع، وكتاب الجامع مؤلف شريف في الفقه يأتي شرحه وشرح مؤلفه في (أعلام

المكاسب)

(3) أي الإشكال في استعمال كلمة بعت في القبول مثل الإشكال في استعمال لفظة اشتريت في الإيجاب: في احتياجه إلى القرائن

اللفظية، وأنه لا اعتبار بالقرائن الحالية.

(4) حيث إنه متفرع على شيء خارجي سابق عليه يمكن تغلبه و ما دام لم يتحقق الشيء في الخارج كيف يمكن تحقق القبول الذي يتفرع

عليه

(5) الذين هما من ألقاظ القبول يمكن استعمالهما في الإيجاب.

(6) أي بلفظ امضيت. اجزت. انفذت.

فرع

فرع لو اوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل (2) إما بناء على جواز تقديم القبول وإما من جهة اختلافهما في المتقدم (3)

فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع والاشتراء على واحد (4) منهما

مسألة: في اشتراط العربية

(مسألة): المحكي عن جماعة: منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد والمحقق والشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد، للتأسي (5)

+++++ (1) وجه بعدم الانعقاد: لأنها من الألفاظ المشتركة تحتاج في تعيين المراد من معانيها الى نصب قرينة لفظية وضعية؟

ووجه بالانعقاد، لأن القرينة الحالية تكفي في المقام.

(2) بأن يدعي كل واحد منهما أني موجب وينكر القبول، فلازمه إنكار الايجاب لصاحبه.

(3) بأن يحلف المدعي على إنكار تقدم صاحبه في الايجاب كما أن صاحبه يحلف على إنكار تقدم صاحبه في الايجاب.

راجع الجزء 6. الهامش 4. ص 177 حول التحالف

(4) اى على كل واحد من البائع والمشتري، لا البائع وحده ولا المشتري وحده كما توهم هذه اللفظة.

(5) اى بالرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم، للامر من الله عز وجل في ذلك بقوله عز من قائل: وَلَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ

(1)

ص: 46

كما في جامع المقاصد، لأن (1) عدم صحته بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى.

وفي الوجهين (2) ما لا يخفى

وأضعف منهما (3) منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي.

فالأقوى صحته بغير العربي.

و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة، بناء على اشتراط العربي ؟.

الأقوى ذلك، بناء على أن دليل اعتبار العربية هو لزوم الاختصار على المتيقن من أسباب النقل (4)

و كذا (5) اللحن في الإعراب.

و حكى عن فخر الدين الفرق بين ما لوقال: بعثك بفتح الباء و بين ما لوقال: جوزتك بدل زوجتك فصحح الاول، دون الثاني إلا

+++++

فالرسول كان يوقع العقود بالعربية فلا بد من التأسي به في ايقاع العقود و الايقاعات بالعربية، ليتحقق التأسي.

(1) دليل ثان لاعتبار العربية في العقود.

و هو في الواقع قياس أولوية و خلاصته: أنه لو لم يجز ايقاع العقد بغير العربي الفصيح فبطريق أولى لا يجوز ايقاعه بغير العربي.

(2) وهما: التأسي و قياس الأولوية

(3) اى من الوجهين المذكورين.

(4) و لا شك أن القدر المتيقن من أسباب النقل هو العربي الفصيح

(5) و كذا اى يعتبر عدم اللحن في حركات أواخر الكلمات في ألفاظ العقد

مع العجز عن التعلم و التوكيل (1)

و لعله لعدم معنى صحيح في الاول إلا البيع، بخلاف التجويز، فإن له معنى آخر (2) فاستعماله في التزويج غير جائز.

و منه (3) يظهر أن اللغات (4) المحرفة لا بأس بها اذا لم يتغير بها المعنى.

ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الايجاب و القبول كالثمن و المثلن أم تكفي عربية الصيغة الدالة على إنشاء الايجاب و القبول حتى لو قال:

بعتك اين كتاب را بده درهم كفى ؟

و الأقوى هو الأول (5)، لأن غير العربي كالمعدوم فكأنه لم يذكر في الكلام.

+++++

(1) أى في الثاني و هو قوله: جوزتك بدل زوجتك.

(2) و هو الجواز بمعنى الامكان، و بمعنى عدم الحظر

(3) اى من أن للبيع ليس معنى آخر لو قال: بعتك بفتح التاء بخلاف جوزتك بدل زوجتك، فإن له معنى آخر.

(4) المراد منها الكلمات اللغوية، لا اللغات الاجنبية في قبال اللغة العربية.

(5) و هو اعتبار جميع أجزاء الايجاب و القبول.

لا يخفى على القارئ النبيل أن ما أفاده الشيخ: من اعتبار العربية في جميع أجزاء الايجاب و القبول لا يخلو من إشكال، حيث إن البائع لو كان مصرياً و العملة المتداولة فيما بينهم هي الجنية المصري و هي كلمة اجنبية فماذا يقول عند البيع مكان الجنية لو كان البيع بعشرة جنيهاً ؟

ص: 48

نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب (1) كما لا يجب في القبول و اكتفي بانفهامها و لو من غير اللفظ صح الوجه الثاني (2)

لكن الشهيد رحمه الله في غاية المراد في مسألة تقديم القبول نص على وجوب ذكر العوضين في الايجاب (3)

ثم إنه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ (4): بأن يكون فارقا بين معنى بعت و ابيع و أنا بائع، أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لانشاء البيع؟

الظاهر هو الاول (5) لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام بل بقصد المتكلم منه (6) المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال: إنه تكلم و ادى المطلب على طبق لسان العرب، الا اذا ميز بين معنى بعت و ابيع و اوجدت البيع، وغيرها.

بل على هذا (7) لا يكفي معرفة أن بعت مرادف لقوله:

+++++

(1) اى من دون أن يذكر في البيع الثمن لفظا كما لم تذكر متعلقات القبول في البيع لفظا، حيث يكتفى عن الذكر بالتفهم و التفاهم فيما بينهم و لو بالاشارة.

(2) و هو الاكتفاء بعربية الصيغة، دون بقية الأجزاء.

(3) فمن هذا القول يستفاد عربية جميع أجزاء الايجاب و القبول.

(4) اى بلفظ الايجاب و القبول، و جميع مشتقاتهما.

(5) و هو كونه عالما تفصيلا بلفظ الايجاب و القبول، و جميع مشتقاتهما.

(6) أى من الكلام.

(7) و هو أنه لا يقال: إنه تكلم بالعربية إلا اذا ميز القائل بين معنى بعت و ابيع.

فروختم حتى يعرف أن الميم في الفارسي عوض عن تاء المتكلم، فيميز بين بعتك وبعث بالضم، وبعث بفتح التاء، فلا- ينبغي ترك الاحتياط وان كان في تعيينه (1) نظر، ولذا (2) نص بعض على عدمه

مسألة في اشتراط الماضوية

(مسألة) المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية؛ بل في التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ ابيعك، أو اشتر مني (3) ولعله لصراحته (4) في الانشاء، اذ المستقبل (5)، أشبه بالوعد والأمر (6) استدعاء، لا ايجاب، مع أن قصد الانشاء بالمستقبل (7) خلاف المتعارف.

+++++

(1) اي في تعيين معرفة الايجاب والقبول، و متعلقتهما، و جميع مشتقاتهما نظر و اشكال.

وجه النظر أن العرف يحكم بأن المتكلم بالعربي وإن لم يفهم معناه:

يصدق عليه أنه تكلم بالعربية.

(2) أي و لأجل أن في تعيين الايجاب والقبول، و جميع أجزاءهما نظرا و إشكالا صرح بعض الفقهاء بعدم اعتبار هذا.

(3) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة. الجزء 7. ص 5

(4) اي و لصراحة الماضي.

(5) و هو قولك: ابيعك.

(6) و هو قولك: اشتر مني.

(7) اي بصيغة المضارع كما في قولك: ابيعك.

و لا يخفى ضعف ما افاده شيخنا الانصاري، لوقوع النكاح في القرآن الكريم بصيغة المضارع في قوله عز من قائل:

قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّكَ إِحْدَىٰ ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ . القصص: الآية 27.

ص: 50

وعن القاضي في الكامل والمهذب عدم اعتبارها (1)

ولعله لاطلاق البيع والتجارة (2)، وعموم العقود (3)، وما دل في بيع الأبق (4)، واللبن في الضرع (5) من الايجاب بلفظ المضارع

+++++

اللهم إلا أن يقال: إن انكحك وعد وليس إنشاء، أو أنه كان في شريعة (موسى بن عمران)، لا في شريعتنا.

(1) اى الماضوية.

(2) اى على غير الماضي.

(3) وهو قوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ، وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ

فالعموم في الآيتين يشمل العقد الصادر بصيغة المضارع والأمر.

(4) اسم فاعل من ابق يابق ابقا و ابقا وزان تعب يتعب معناه:

الهروب بلا مبرر و مجوز.

يقال: ابق العبد من مولاه اى هرب من سيده من غير خوف منه و لا كد عمل.

راجع (وسائل الشيعة). الجزء 12. ص 262. الباب 11 الحديث 1-2. أليك نص الحديث 1

عن الامام ابي الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لي أن اشترى من القوم الجارية الأبقة و اعطيهم الثمن و اطلبها انا؟

قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوبا، أو متاعا فتقول لهم: اشترى منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع.

فالشاهد في لفظة اشترى، حيث وقع الايجاب بها بلفظ المستقبل.

(5) راجع المصدر نفسه. ص 259. الباب 8. الحديث 1-2 أليك نص الحديث 2 -

ص: 51

وفحوى ما دل عليه في النكاح (1)

و لا يخلوا هذا (2) من قوة لو فرض صراحة المضارع في الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام. فتأمل (3)

مسألة في شرطية الترتيب بين الإيجاب و القبول

(مسألة): الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وبه صرح في الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة، كما عن الايضاح و جامع المقاصد

+++++

- عن سماعة قال: سألت عن اللبن يشتري و هو في الضرع.

فقال: لا إلا أن يحلب لك من اسكرجة(1) فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في اسكرجة و ما في ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة.

فالشاهد في لفظة اشتر، حيث وقع الإيجاب بها بلفظ الامر.

(1) راجع المصدر نفسه. الجزء 14. ص 466. الباب 18.

الأحاديث، إليك نص الحديث 2.

عن أبي بصير عن ثعلبة قال: تقول: اتزوجك على كتاب الله و سنة نبيه نكاحا غير سفاح؛ و على أن لا ترثيني و لا ارثك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما، و على أن عليك العدة

فالشاهد في لفظة اتزوجك، حيث وقع الإيجاب بها بصيغة المضارع

(2) و هو عدم اعتبار الماضوية في العقود.

(3) لعله اشارة الى و هن اشترط صراحة المضارع في الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة.

ص: 52

1- في كتب اللغة بدون الألف، و الكلمة فارسية معربة و هي بضم السين و الكاف و الراء المشددة، و هي إناء صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الادم.

ولعله (1) الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء (2) على العقود المتعارفة كإطلاق البيع والتجارة في الكتاب والسنة (3)

وزاد بعضهم (4) أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدم عليه، وأنه تابع له فلا يصح تقدمه عليه.

وحكي عن غاية المراد عن الخلاف الإجماع عليه (5) وليس (6)

+++++

(1) أي ولعل تقديم الإيجاب على القبول هو الأصل الذي هو الاستصحاب أي استصحاب بقاء كل من العوضين في ملك مالكه عند الشك في سببية الإيجاب المتأخر عن القبول.

(2) وهو قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، حيث يحمل على العقود المتعارفة عند نزول الآية، والمتعارف في ذلك العصر هو تقديم الإيجاب على القبول.

(3) حيث يحمل البيع والتجارة على ما هو المتعارف في الخارج: وهو تقديم الإيجاب على القبول.

فحمل البيع والتجارة والعقود على ما هو المتعارف يضيق دائرة الإطلاق.

(4) أي زاد بعض الفقهاء في المقام دليلاً آخر: وهو أن القبول فرع الإيجاب كما في الأخذ والإعطاء، حيث إن الأخذ فرع الإعطاء

(5) أي على تقديم الإيجاب على القبول.

(6) هذا اعتراض من شيخنا الأنصاري على الإجماع المدعى في غاية المراد عن الخلاف فيريد أن ينفي الإجماع.

في الخلاف في هذه المسألة (1) إلا أن البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه فيؤخذ به (2) فراجع.

خلافًا للشيخ في المبسوط في باب النكاح (3)، وإن وافق الخلاف في البيع (4) إلا أنه عدل عنه (5) في باب النكاح.

بل ظاهر كلامه (6) عدم الخلاف في صحته (7) بين الامامية، حيث إنه بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح: بأن يقول الرجل زوجني فلانة جائز بلا خلاف.

قال: أما البيع فإنه اذا قال: بعنيها فقال: بعتهها صح عندنا و عند قوم من المخالفين.

+++++

(1) اى مسألة تقديم الايجاب على القبول.

(2) اى بهذا الاتفاق في تقديم الايجاب على القبول حين التعامل فيكون صحيحا بالاتفاق.

فهذا الاتفاق يدل على صحة البيع اذا تقدم الايجاب على القبول و ليس اجماعا على وجوب تقديم الايجاب على القبول.

(3) حيث قال: بجواز تقديم الايجاب على القبول.

(4) حيث قال هنا بوجوب تقديم الايجاب على القبول، و البيع يذكر قبل النكاح في الكتب الفقهية.

(5) اى عن وجوب تقديم الايجاب على القبول.

و لا يخفى أن ما نقله شيخنا الانصاري عن الخلاف بقوله: إن البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه فيؤخذ به: لا يدل على رأي الشيخ في وجوب تقديم الايجاب على القبول.

(6) اى كلام شيخ الطائفة.

(7) اى في صحة تقديم القبول على الايجاب.

وقال قوم منهم: لا يصح حتى يسبق الايجاب. انتهى (1)

وكيف كان فنسبة القول الأول (2) الى المبسوط مستندة الى كلامه في باب البيع.

وأما في باب النكاح (3) فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق رحمه الله في الشرائع؛ والعلامة في التحرير، والشهيدان في بعض كتبهما وجماعة ممن تأخر عنهما (4)، للعمومات السليمة (5) عما يصلح لتخصيصها

وفحوى (6) جوازه في النكاح الثابت بالأخبار مثل خبر ابان بن تغلب

+++++

(1) راجع (المبسوط) الطبعة الحروفية الثانية عام 1388. الجزء 4 ص 194، والعبارة هنا منقولة بالمعنى.

(2) وهو وجوب تقديم الايجاب على القبول.

خلاصة هذا الكلام أن هذا الوجوب المستند الى الشيخ إنما هو في كتاب البيع من المبسوط، لا في كتاب النكاح من المبسوط، فإنه في نكاح المبسوط عدل عن وجوب تقديم الايجاب على القبول وقال بصحة تقديم القبول على الايجاب.

وظاهر كلامه عدم الخلاف في ذلك.

(3) اي من كتاب المبسوط.

(4) اي عن الشهيدان.

(5) وهو قوله تعالى: وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ؛ وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، فإن هذه الآيات دالة بعمومها على جواز تقديم القبول على الايجاب.

(6) بالجر عطفًا على مجرور (اللام الجارة) في قوله: للعمومات السليمة، اي ولفحوى الدال على جواز تقديم القبول على الايجاب. -

ص: 55

الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله (1) للمرأة:

اتزوجك متعة على كتاب الله، و سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الى أن قال: فاذا قالت: نعم فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها (2)

ورواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين كما قيل المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجنيها (3):

والتحقيق أن القبول اما أن يكون بلفظ قبلت و رضيت.

و إما أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب نحو بعني فيقول المخاطب؛ بعتك

+++++

و المراد من الفحوى هي الأولوية المأخوذة في باب النكاح، فإنه لما جاز في الأعراس التي اهتم بها الشارع المقدس اهتماما بالغاً تقديم القبول على الايجاب فبطريق اولى يجوز في بقية العقود و الايقاعات.

(1) اى بقول الرجل الذي هو القابل.

(2) (وسائل الشيعية) الجزء 14. ص 466. الباب 18. الحديث 1

و في الباب أحاديث اخرى كلها صريحة في جواز تقديم القبول على الايجاب

(3) راجع (مستدرک وسائل الشيعية) المجلد 2. ص 563. أبواب عقد النكاح و أولياء العقد. الباب 1. الحديث 4

أليك نص الحديث.

روى سهل الساعدي أن النبي صلى الله عليه وآله جاءت إليه امرأة فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك.

فقال: لا اربة(1) لي في النساء.

ص: 56

1- بفتح الهمزة و الراء و الباء و التاء مشتقة من ارب يارب معناه الاحتياج يقال: ارب إليه اى احتاج إليه.

و إما أن يكون بلفظ اشترت و ملكت مخففا و ابتعت.

فإن كان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه (1)، وفاقا لما عرفت في صدر المسألة (2)، بل المحكي عن الميسية (3)

+++++

فقلت: زوجني بمن شئت من أصحابك.

فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها.

فقال: هل معك شيء تصدقها؟

فقال؛ والله ما معي إلا ردائي هذا.

فقال: إن أعطيتها إياها تبقى و لا رداء لك.

هل معك شيء من القرآن؟

فقال: نعم سورة كذا

فقال: زوجتكها على ما معك من القرآن.

(1) لأن القبول كما عرفت عبارة عن تقبل شيء سابق عليه فهو فرع عليه، فكيف يعقل تقديمه على ذلك الشيء الذي لم يتحقق بعد؟

و لا يخفى أن ما أفيد إنما يتم إذا كان القبول بصيغة الماضي.

و أما إذا كان بصيغة المضارع فلا يأتي فيه المحذور المذكور فيصح تقديم القبول على الإيجاب بصيغة المضارع.

(2) وهي مسألة لزوم تقديم الإيجاب على القبول، حيث نقل الشيخ في ص 53 عن بعض الفقهاء بقوله: إن القبول فرع الإيجاب، و أنه تابع له، فلا يصح تقدمه عليه.

(3) نسبة إلى ميس بفتح الميم و سكون الياء مدينة واقعة في لبنان و قد تقدمت الإشارة إليها في الجزء 2 من المكاسب من طبعتنا الحديثة

ص 213

ص: 57

و المسالك و مجمع الفائدة (1) أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ قبلت (2) و هو المحكي عن نهاية الأحكام، و كشف اللثام (3) في باب النكاح و قد اعترف به (4) غير واحد من متأخري المتأخرين أيضا.

بل المحكي هناك عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه.

و يدل عليه (5) مضافا الى ما ذكر (6) و الى كونه (7) خلاف المتعارف من العقد: أن (8) القبول الذي هو احد ركني عقد المعاوضة فرع الايجاب فلا يعقل تقدمه عليه.

و ليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالايجاب، سواء تحقق قبل ذلك أم لا، حيث إن الرضا لشيء لا يستلزم

+++++

(1) كتاب في الفقه الامامي للمحقق الاردبيلي

(2) و انت ترى أيها القارئ النبيل أن قبلت من صيغ الماضي فيكون هذا تأييدا لما قلناه آنفا: من إمكان تقديم القبول على الايجاب بلفظ المضارع.

(3) للفاضل الهندي يأتي شرحه و شرح حياة مؤلفه في (أعلام المكاسب)

(4) اي بعدم تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ قبلت.

(5) اي على عدم جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ قبلت.

(6) و هو أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ قبلت.

(7) اي و مضافا الى كون تقديم القبول على الايجاب خلاف المتعارف، اذ المتعارف تقديم الايجاب على القبول.

(8) أن مع اسمها مرفوعة محلا فاعل لكلمة و يدل.

ص: 58

في تحقيقه في الماضي فقد يرضى الانسان بالامر المستقبل، بل المراد منه الرضا بالايجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله في الحال الى الموجب على وجه العوضية، لأن المشتري ناقل (1) كالبائع، وهذا (2) لا يتحقق الا مع تاخر الرضا عن الايجاب، اذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال فإن من رضي بمعاوضة ينشأها الموجب في المستقبل لم ينقل في الحال ماله (3) الى الموجب، بخلاف من رضي بالمعاوضة التي انشأها الموجب سابقا (4) فإنه يرفع بهذا الرضا (5) يده من ماله، وينقله الى غيره على وجه العوضية.

و من هنا (6) يتضح فساد ما حكي عن بعض المحققين في رد الدليل المذكور: وهو كون القبول فرع الايجاب و تابع له: وهو (7) أن تبعية

+++++

(1) اي ثمنه الى البائع كما ينقل البائع المثلث الى المشتري.

(2) وهو الرضا بالايجاب على الوجه الذي ذكرناه.

(3) الذي هو الثمن.

(4) وهي صورة تقدم الايجاب على القبول.

(5) وهو الرضا المتعقب للايجاب الذي يظهر بالقبول.

(6) وهو الفرق بين الرضا السابق الذي يحصل بتقديم الايجاب على القبول.

و بين الرضا اللاحق الذي يحصل بتأخير القبول عن الايجاب.

(7) هذا رد بعض المحققين على الدليل المذكور، لوجوب تأخير القبول عن الايجاب.

و خلاصته: أن تبعية القبول للايجاب بكونه فرعا له ليست من قبيل تبعية اللفظ للفظ كتبعية الصفة للموصوف، و المعطوف للمعطوف عليه، و التأكيد -

ص: 59

القبول للايجاب ليس تبعية اللفظ للفظ، ولا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه، وإنما هو على سبيل الفرض و التنزيل: بأن يجعل القابل نفسه متناولا- لما يلقى إليه من الموجب، و الموجب متناولا كما يقول السائل في مقام الانشاء: أنا راض بما تعطيني و قابل لما تمنحني فهو متناول قَدَم (1) إنشاء أو آخر.

فعلى هذا يصح تقديم القبول و لو بلفظ قبلت و رضيت ان لم يتم اجماع على خلافه. انتهى (2)

+++++

للمؤكد، و البديل للمبدل منه حتى لا يجوز تقديمه على الايجاب.

و كذلك ليست تبعية القبول للايجاب من قبيل تبعية القصد للقصد كتبعية قصد التقرب بالمقدمة لقصد الوصول بها الى ذى المقدمة: بحيث لو لا هذا القصد لم يتأت ذلك القصد.

بل تبعية القبول للايجاب على سبيل الفرض و التنزيل حيث يجعل القابل نفسه متناولا لما يلقى إليه من الموجب، و الموجب يجعل نفسه متناولا لما يلقى إليه من القابل.

فالخلاصة: أن التبعية هنا ليست تبعية حقيقية واقعية، بل تبعية فرضية تنزيلية فلا محذور في تقديم القبول على الايجاب كما كان يلزم المحذور في تقديم الصفة على الموصوف، أو المعطوف على المعطوف عليه، أو البديل على المبدل منه.

(1) اى السائل أنا راض بما تعطيني، و قابل لما تمنحني.

(2) اى ما افاده بعض المحققين في رد القائل بعدم جواز تقديم القبول على الايجاب: لكون القبول فرعاً للايجاب.

ص: 60

ووجه الفساد (1) ما عرفت سابقا: من (2) أن الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال.

وليس المراد (3) أن أصل الرضا بشيء تابع لتحقيقه في الخارج، أولا قبل الرضا به حتى يحتاج الى توضيحه بما ذكره من المثال (4) بل المراد الرضا الذي يعد قبولا وركنا في العقد.

و مما ذكرنا (5) يظهر الوجه في المنع عن تقدم القبول بلفظ

+++++

(1) أي فساد ما ذكره بعض المحققين.

(2) هذا وجه الفساد و خلاصته: أنه ليس في الرضا الحاصل من القابل في صورة تقديم القبول على الإيجاب في قبال ما يصدر عن الموجب في المستقبل من نقل ماله الى القابل إزاء نقله ماله إليه: إنشاء نقل من القابل في الحال الحاضر.

بل الرضا الحاصل من القابل رضا بالانتقال في زمن الاستقبال، وعند ما يصدر الانتقال من الموجب لا يوجد رضا من القابل لهذا الانتقال، فكيف يتصرف القابل في هذا المال الذي لم يحصل به الرضا في زمن الانتقال؟.

(3) أي وليس المراد من الرضا الرضا بشيء تابع لتحقيقه في المستقبل أولا.

(4) وهو المثال الذي أتى به بعض المحققين في رد تبعية القبول للإيجاب بقوله: أنا راض بما تعطيني وقابل لما تمنحني.

(5) وهو أن المراد من الرضا هو الرضا الواقع احد ركني العقد الذي يحصل به النقل وهو القبول اللفظي المنشأ بلفظ قبلت، أو رضيت و الذي يعد قبولا وركنا في العقد. -

الامر (1) كما لو قال: بعني هذا بدرهم فقال: بعثك، لأن غاية الامر (2) دلالة طلب المعاوضة على الرضا (3) بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقلة نقل في الحال للدرهم الى البائع كما لا يخفى.

و أما ما (4) يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصحة به فموهون:

بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

و أما فحوى (5) جوازه في النكاح ففيها بعد الإغماض عن حكم

+++++

- و من الواضح أن هذا لا يتحقق إلا بعد صدور شيء في الخارج و هو ايجاب البيع.

(1) خلاصة هذا الكلام: أنه كما لا يجوز تقديم القبول على الايجاب في البيع اذا كان القبول بلفظ قبلت، للملاك لذي ذكرناه آنفا في الهامش 5 ص 61 بقولنا: و هو أن المراد.

كذلك لا يجوز تقديمه عليه اذا كان بلفظ الامر و إن كان بغير لفظ قبلت.

(2) و هو قوله: بعني.

(3) اي بهذه المعاوضة بالاستقبال، من دون دلالة لهذه المعاوضة على نقل ماله في الحال الى البائع.

(4) من هنا يريد شيخنا الانصاري أن يرد على ما افاده شيخ الطائفة في المبسوط: من اتفاق الفقهاء على صحة تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ الامر في البيع.

و خلاصته: أن اكثر فقهاء الامامية ذهبوا الى عدم جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ الأمر، فذهب الاكثر مما يوهن الاتفاق المذكور.

(5) هذا رد آخر على ما افاده شيخ الطائفة في جواز تقديم القبول -

ص: 62

الأصل، بناء على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الامر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد ايجاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

ويؤيده (1) أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الايجاب و القبول:

منع (2)

+++++

اذا كان بلفظ الامر على الايجاب في البيع بوقوعه في النكاح؛ ففي البيع بطريق أولى.

و خلاصته: أن لنا أدلة ثلاثة على عدم صحة الأولوية المذكورة في تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ الامر.

(الأول): عدم تسليم كون القبول لفظ الامر في قول الرجل:

زوجنيها يا رسول الله، اذ من الممكن أن يكون القبول قد تحقق منه بعد ايجاب الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم بقوله: زوجتكها بما معك من القرآن.

و إليه اشار الشيخ بقوله: لاحتمال تحقق القبول بعد ايجاب النبي.

(1) هذا تأييد لما افاده الشيخ: من عدم كون القبول لفظ الأمر في قول الرجل زوجنيها يا رسول الله.

و خلاصته: أنه لو قلنا: إن القبول هو لفظ الامر يلزم الفصل الطويل بين الايجاب الصادر من الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم و بين القبول و هو غير جائز، لأنه مفسد للعقد.

(2) بالرفع مبتدأ مؤخر خبره الجار و المجرور المتقدم في قوله:

ففيها.

هذا هو الدليل الثاني لرد ما افاده شيخ الطائفة في جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ الأمر في البيع من باب الأولوية -

ص: 63

+++++

و خلاصته: أن الأولوية المذكورة المستفادة من النكاح ممنوعة، لأن صحة تقديم القبول اذا كان بلفظ الامر على الايجاب في النكاح لأمرين:

(الأول): استحياء المرأة في الدور السابق في الابتداء بالايجاب فإنها كانت تتميز بالحياء البالغ فلا تقدم على الايجاب، فلذا جوز الشارع جواز تقديم القبول على الايجاب في النكاح.

(الثاني): أن الزواج امر مرغوب جدا، لكونه باعثا لبقاء النسل، و موجبا لدفع العنت و الشهوة، و لذا حث الشارع الأعظم لأمر الزواج حثا بالغاً فوق ما تتصوره عقولنا.

قال صلى الله عليه وآله وسلم: اذا تزوج الرجل احرز نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر.

(مستدرك وسائل الشيعة). المجلد 2. ص 530-531 أبواب مقدمات النكاح. الباب الاول. الحديث 1-2

(وسائل الشيعة) الجزء 14. ص 2-6. الباب 1 - الأحاديث وقال صلى الله عليه وآله وسلم: أ ما علمتم أني اباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط.

المصدر نفسه. ص 34. الباب 17 - الحديث 2.

و هذان الامران لا يوجدان في البيع، و بقية العقود حتى يجوز تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ الامر و ان لم يكن بلفظ قبلت.

(1) بالرفع مبتدأ ثان مؤخر خبره ففيها المتقدم.

هذا هو الدليل الثالث لرد ما افاده شيخ الطائفة في جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ الامر في البيع من باب الأولوية -

دلالة رواية ابان. من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة: نعم في الايجاب (1)
ثم اعلم أن في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الأصحاب.

فقال في المبسوط: إن قال: بعنيها بالف فقال: بعتك صح.

و الأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك:

اشتريت (2)

و اختار ذلك (3) في الخلاف

و صرح به (4) في الغنية فقال: و اعتبرنا حصول الايجاب من البائع و القبول من المشتري حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري
و هو أن يقول: بعنيها بالف فيقول: بعتك، فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت، أو قبلت.

+++++

و خلاصته: أن رواية ابان المشار إليها في ص 55 قاصرة:

من حيث الدلالة على المراد، لأنها مشتملة على كفاية قول المرأة في الايجاب نعم، مع أن الألفاظ الواردة في تحقق العلقة الزوجية
منحصرة في الثلاثة المتقدمة: زوجت. انكحت. متعت.

فهذه الأدلة الثلاثة تمنع الأولوية المذكورة.

(1) أي من دون أن تقول المرأة: زوجت، أو انكحت، أو متعت نفسي

(2) راجع (المبسوط) الطبعة الجديدة الثانية. الجزء 2. كتاب البيع. ص 87

(3) أي اختار شيخ الطائفة عدم صحة تقديم القبول على الايجاب في كتابه الخلاف.

(4) أي بعدم جواز التقديم صرح السيد ابن زهرة في كتابه الغنية

ص: 65

و صرح به (1) أيضا في السرائر و الوسيلة.

و عن جامع المقاصد أن ظاهرهم أن هذا الحكم (2) اتفاقي

و حكي الاجماع عن ظاهر الغنية أيضا، أو صريحها.

و عن المسالك المشهور (3)

بل قيل: إن هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الايجاب و القبول و مع ذلك كله فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الامر بالبيع (4)

و نسبته إلينا مشعر بقريئة السياق: الى عدم الخلاف فيه بيننا فقال:

إذا تعاقدا، فإن تقدم الايجاب على القبول فقال: زوجتك فقال: قبلت التزويج صح.

و كذا إذا تقدم الايجاب على القبول في البيع صح بلا خلاف.

و أما إن تأخر الايجاب و سبق القبول فإن كان في النكاح فقال الزوج:

زوجنيها فقال: زوجتكها صح، و إن لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدي قال الرجل: زوجنيها يا رسول الله.

فقال: زوجتكها بما معك من القرآن فقدم القبول و تأخر الايجاب.

و إن كان هذا في البيع فقال: بعنيها فقال: بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين.

و قال قوم منهم: لا يصح حتى يسبق الايجاب. انتهى

+++++

(1) اى بعدم جواز التقديم ابن ادريس في السرائر.

(2) و هو عدم جواز تقديم القبول على الايجاب.

(3) اى عدم التقديم هو المشهور بين فقهاء الامامية

(4) راجع المصدر نفسه. الجزء 4. ص 164. كتاب النكاح

و حكي جواز التقديم بهذا اللفظ (1) عن القاضي في الكامل (2) بل يمكن نسبة هذا الحكم (3) الى كل من جوز تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق، و تمسك (4) له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، إلا (5) أن المحقق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب صرح بجواز تقديم القبول على الايجاب

+++++

(1) اى بلفظ الامر

(2) يأتي شرح الكتاب و مؤلفه في (أعلام المكاسب)

(3) و هو جواز تقديم القبول اذا كان بلفظ الامر على الايجاب

كأن الشيخ يريد أن يدعي كبرى كلية في مقام جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان القبول بلفظ الامر فقال: كل من جوز تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق أى من غير تقييد التقديم بلفظ الامر، أو بغيره فقد جوز التقديم بلفظ الامر بمقتضى اطلاقه.

(4) اى و تمسك مجوز تقديم القبول على الايجاب برواية سهل الساعدي المتقدمة في الهامش 3 ص 56، حيث إن القبول فيها بلفظ الامر في قول الرجل: زوجنيها يا رسول الله.

فتمسكه بهذه الرواية دليل على جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ الامر، و من هذا تستفاد تلك الكبرى الكلية.

(5) في الواقع هذا استدراك عن تلك الكبرى الكلية التي افادها الشيخ بقوله: و يمكن نسبة هذا الحكم الى كل من جوز تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق.

و خلاصته: أن المحقق مع أنه صرح بجواز تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق.

ص: 67

و ذكر (1) العلامة قدس سره الاستيحاب و الايجاب و جعله (2) خارجا عن قيد اعتبار الايجاب و القبول كالمعاطاة (3)، و جزم (4) بعدم

+++++

لكنه صرح في البيع بعدم كفاية الاستيحاب الذي هو طلب الايجاب من البائع و يعتبر قبولاً مقدماً في العقد، و بعدم كفاية الإيجاب الذي هي الصيغة المتعقبة للاستيحاب.

و هذا التصريح دليل على عدم جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان القبول بلفظ الأمر الى المحقق.

فعليه لا يصح نسبة جواز تقديم القبول اذا كان بلفظ الامر على الايجاب الى المحقق.

و المراد من الاستيحاب هو القبول الواقع بلفظ الامر

(1) هذا من متممات الاستدراك المذكور، حيث إن العلامة كالمحقق: في أنه لم يجوز تقديم القبول اذا كان بلفظ الامر على الايجاب.

و خلاصة هذا التتميم: أن العلامة قد اخرج الاستيحاب الذي هو طلب البيع، و الايجاب الذي هو المتعقب للاستيحاب عن شرط الايجاب و القبول: بمعنى أن المتعاقدين لو اوقعا العقد بلفظ الامر فقال: بعني و قال الآخر: بعتك لم يشملها الايجاب و القبول المتعارف فهما خارجان عن إطار العقد.

(2) اي و جعل العلامة العقد المشتمل على الاستيحاب و الايجاب خارجا عن إطار العقد كما عرفت آنفا.

(3) تنظير لخروج العقد المشتمل على الاستيحاب و الايجاب عن اطار العقد: اي هذا العقد نظير المعاطاة: من حيث خروجها عن العقد، لعدم اشتمالها على الصيغة.

(4) اي العلامة قطع بعدم كفاية الاستيحاب و الايجاب في العقد

ص: 68

كفايته، مع أنه تردد في اعتبار (1) تقديم القبول.

و كيف كان فقد عرفت أن الأقوى المنع (2) في البيع، لما عرفت (3)

بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ قبلت يمكن المنع (4) هنا، بناء على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول (5)

ثم إن هذا كله (6) بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفاية مطلق اللفظ في لزوم (7)، و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك (8)

+++++

(1) الاعتبار هنا بمعنى الجواز، لا بمعنى الشرط

ثم لا يخفى عليك أن غرض الشيخ من نقل كلام المحقق و العلامة هو التشكيك في النسبة المذكورة بقوله: بل يمكن نسبة هذا الحكم.

(2) أي منع تقديم القبول إذا كان بلفظ الأمر على الإيجاب في البيع

(3) في قوله في ص 58: من القبول الذي هو أحد ركني المعاوضة فرع الإيجاب فلا يعقل تقدمه عليه.

و كذا في قوله في ص 62: لأن غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقل في الحال للدرهم إلى البائع.

و من الواضح أننا نحتاج إلى قبول في البيع يحصل به نقل المال حالاً

(4) أي في القبول إذا كان بلفظ الأمر.

(5) و من الواضح أن صيغة الأمر ليست من صيغ الماضي.

(6) أي كل ما ذكرناه و اخترناه فيه ما اخترناه، و منعنا فيه ما منعناه

(7) أي في لزوم العقد، بل لا بد من ألفاظ مخصوصة في العقود بشروط مخصوصة.

(8) كما في صورة تقديم القبول على الإيجاب.

ص: 69

و أما على ما قويناه سابقا في مسألة المعاظة: من أن البيع العرفي موجب للملك (1)، وأن الاصل في الملك اللزوم (2) فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد (3) لم يتم اجماع على عدم اللزوم و هو (4) ما اذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ راسا (5)، أو كان (6) اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الاجماع على عدم افادتها اللزوم.

+++++

(1) في قوله في الجزء 6 ص 234: و الأقوى اعتبارها و إن قلنا بالإباحة لأنها بيع عرفي و إن لم يفد شرعا إلا الإباحة الى آخر ما ذكره هناك.

(2) في الجزء 6 ص 286 عند قوله: اعلم أن الاصل على القول بالملك اللزوم.

(3) اي في كل عقد، سواء تقدم فيه القبول على الايجاب أم تأخر

(4) جملة و هو ما اذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأسا مفهوم لقوله: لم يتم اجماع على عدم اللزوم، فإن منطوق هذه الجملة:

أن الاجماع اذا لم يتم على عدم لزوم المعاملة فاللازم الحكم بأنها لازمة، لأن الأصل في الملك اللزوم كما عرفت.

و من الواضح أن العرف يرى العقد المتقدم عليها القبول على الايجاب معاملة صحيحة نافذة مفيدة للملك، و اذا كانت مفيدة للملك افادت اللزوم

و مفهوم هذه الجملة: هو أن الاجماع اذا قام على عدم لزوم المعاملة نحكم بعدم لزومها، و تلك المعاملة: هو ما اذا خلت عن الإنشاء باللفظ لا ما اذا كانت حاوية على اللفظ، لكنها تقدم فيها القبول على الايجاب

(5) اي خلت المعاملة عن اللفظ بالكلية.

(6) هذا هو الشق الثاني للمعاملة التي قام الاجماع على عدم لزومها اذ الشق الاول المعاملة الخالية عن اللفظ رأسا و بالكلية، فلو كانت المعاملة حاوية للفظ قام الاجماع على عدم اعتباره فيها فالمعاملة تكون غير لازمة

ص: 70

و أما في غير ذلك (1) فالأصل اللزوم.

وقد عرفت (2) أن القبول على وجه طلب البيع (3) قد صرح في المبسوط بصحته، بل يظهر منه (4) عدم الخلاف فيه بيننا.

و حكي (5) في الكامل (6) أيضا. فتأمل.

و إن كان التقديم بلفظ اشترت (7) أو ابتعت، أو تملك، أو ملكت هذا بكذا (8)

+++++

(1) اي في غير المعاملة الحاوية للفظ قام الاجماع على عدم اعتباره فيها.

(2) في قوله ص 65: فقال في المبسوط: إن قال: بعنيها بالف فقال: بعتك صحّ .

(3) كقولك: بعني، حيث إن القبول هنا بلفظ البيع.

(4) اي من المبسوط كما نقل عنه شيخنا الانصاري في ص 66 بقوله:

و إن كان هذا في البيع فقال: بعنيها فقال: بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين.

(5) اي و حكي جواز تقديم القبول اذا كان بلفظ الامر على الايجاب

(6) اي في (كتاب الكامل): و هو مؤلف شريف يأتي شرحه و شرح حياة مؤلفه في (أعلام المكاسب)

(7) لعل الأمر بالتأمل لأجل ما مر من الشيخ: من أن دعوى عدم الخلاف عن شيخ الطائفة في المبسوط بقوله: صح عندنا، و عند قوم من المخالفين موهونة بكثرة المخالفين في المسألة.

و لا يخفى أن كلمة (عندنا) لا تدل على الاجماع، و لا تعطي فائدته و لا يمكن التمسك به بدلا عن الاجماع.

(8) اي بدراهم مثلا كثيرة كانت، أو قليلة.

فالأقوى جوازه، لأنه (1) إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً

ففي (2) الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع إلا أن البائع ينشأ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشتري ينشأ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله ففي الحقيقة كل منهما يخرج ماله الى صاحبه، و يدخل مال صاحبه

+++++

(1) اي لأن اشترت، أو ابتعت، أو تملك في الواقع و نفس الامر إنشاء به ينشأ القابل ملكية المبيع لنفسه إزاء ما يعطيه للبائع عوضاً عن المبيع، كما ينشأ البائع ملكية ماله لصاحبه الذي هو المشتري القابل

ففي الحقيقة كل من البائع و المشتري ينشأ ماله إزاء ما ينشأ الآخر عند تقديم القبول على الإيجاب.

(2) خلاصة هذا الكلام. أن لكل واحد من البائع و المشتري إنشاءين: إنشاء تمليك ماله لصاحبه، و إنشاء تملك مال صاحبه لنفسه.

خذ لذلك مثالا.

إن البائع بقوله: بعتك داري بكذا ينشأ تمليك داره لصاحبه و هو المشتري فيدخلها في ملكه، و ينشأ تملك مال صاحبه لنفسه فيخرج الثمن عن ملك المشتري و يدخله في ملكه.

فللبائع إدخال و إخراج: إدخال ملكه الى ملك المشتري، و إخراج الثمن عن ملك المشتري و إدخاله في ملكه.

و كذا المشتري الذي هو القابل بقوله: اشترت بكذا في صورة تقديم القبول على الايجاب ينشأ تمليك الثمن لصاحبه الذي هو البائع فيخرجه عن ملكه، و ينشأ تملك مال صاحبه و هي الدار لنفسه فيدخلها في ملكه.

فللمشتري إدخال و إخراج أيضا: إدخال ملكه الى ملك البائع و إخراج ملك البائع عن ملكه و إدخاله في ملكه.

ص: 72

في ملكه، إلا (1) أن الإدخال في الايجاب مفهوم من ذكر العوض، وفي القبول مفهوم من نفس الفعل، و الاخراج (2) بالعكس، و حينئذ (3) فليس في حقيقة الاثراء (4)

+++++

(1) اى لكن فرق بين الإدخال من ناحية البائع، و الإدخال من ناحية المشتري.

و خلاصة هذا الفرق: أن الإدخال من ناحية البائع يفهم من ذكر العوض بقوله: بعثك داري بمائة دينار.

و أما من ناحية المشتري يفهم من نفس الفعل و هو اخذه الدار و رضائه بها بالسعر المعين.

(2) اى الإخراج يكون بعكس الادخال من ناحية البائع و المشتري في صورة تقديم القبول على الايجاب لو كان القبول بلفظ اشترت مثلا.

فيكون الاخراج من ناحية البائع بالفعل اى بفعله و هو إعطاؤه الدار و تسليمها للمشتري يفهم بنفس الفعل.

و أما من ناحية المشتري يفهم بذكر العوض في قوله: اشترت بكذا عند تقديم القبول على الايجاب.

و يمكن أن يراد من الفعل في قوله: وفي القبول مفهوم من نفس الفعل: صيغة الماضي التي تأتي في الايجاب و القبول بقوله: اشترت بكذا و بعث بكذا.

(3) اى و حين أن قلنا: إن لكل من البائع و المشتري إدخالا و إخراجا و إنشاءين: إنشاء تملك، و إنشاء تملك.

(4) جواب عن سؤال تقديري

و خلاصة السؤال: أنه اذا ليس في كلمة اشترت، أو ابتعت أو تملك المتقدمة على الايجاب قبول فلما اذا اطلق عليها القبول؟ -

ص: 73

من حيث هو معنى (1) القبول.

لكنه (2) لما كان الغالب وقوعه عقيب الايجاب، وإنشاء انتقال مال البائع الى نفسه اذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم

+++++

- فالاطلاق هذا دليل على أن هذه الكلمات ينشأ بها القبول فيأتي فيها ما يأتي في كلمة القبول: من أنها فرع الايجاب و مطاوع له فلا يعقل تقدمها على الايجاب، فكذلك هذه الألفاظ.

فاجاب الشيخ أن القابل بالألفاظ المذكورة في صورة تقديم القبول على الايجاب في الواقع ينشأ ملكية ماله للبائع إزاء ما ينشأه البائع له، ففي الحقيقة يكون إنشاء قبالة إنشاء، فليس في حقيقة الاشارة و ذاته و ماهيته و جوهره، و كذا بقية الألفاظ المذكورة معنى القبول اصلا حتى يأتي المحذور المذكور: و هو أن القبول فرع الايجاب و مطاوع له فكيف يعقل تقدمه عليه؟

(1) مرفوعة بالاعراب التقديري اسم لكلمة ليس خبرها قوله:

في حقيقة الاشارة.

(2) هذا جواب عن اطلاق القول على الاشارة و زميلاته

و خلاصته: أن الغالب في العقود المتداولة وقوع القبول عقيب الايجاب و إنشاء انتقال مال البائع و ملكه الى نفسه، فهذه الغالبية سببت تحقق مطاوعة القبول للايجاب و مفهوم القبول، فلذا اطلق القبول عليه.

و لكن فيما نحن فيه: و هو وقوع القبول بلفظ اشترت و زميلاته لم يكن مؤخرا عن الايجاب حتى يتحقق مفهوم المطاوعة فيه ليتأخر، بل وقع متقدما عليه فلا يلزم المحذور المذكور: و هو كيف يعقل تقدمه على الايجاب، اذ هو فرعه.

ص: 74

القبول اطلق عليه القبول، وهذا المعنى (1) مفقود في الايجاب المتأخر لأن المشتري إنما ينقل ماله الى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضا و البائع إنما ينشأ انتقال الثمن إليه كذلك (2) لا بمدلول الصيغة.

وقد (3) صرح في النهاية و المسالك على ما حكى بأن اشترت ليس قبولا حقيقة وإنما هو بدل، وأن الاصل في القبول قبلت، لأن القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به، و لفظ اشترت يجوز الابتداء به.

و مرادهما (4) أنه بنفسه لا يكون قبولا فلا ينافي ما ذكرنا: من تحقق مفهوم القبول فيه اذا وقع عقيب تملك البائع كما (5) أن رضيت بالبيع

+++++

(1) و هو وقوع القبول عقيب الايجاب: اذا الايجاب قد تاخر كما عرفت آنفا، فلا يلزم المحذور المذكور اصلا.

(2) اى بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضا عن الثمن و انتقاله الى المشتري.

(3) من هنا يروم الشيخ الاستدلال بكلمات الأعلام فيما ادعاه:

من أنه ليس في حقيقة الاشتراء و زميلاته معنى القبول اصلا اذا وقع القبول بها و تقدمت على الايجاب.

(4) اى و مراد صاحب النهاية و المسالك من قولهما: إن اشترت ليس قبولا حقيقة لا ينافي قولنا في اشترت: من أنه يتحقق مفهوم القبول فيه اذا وقع عقيب تملك البائع، لأن ما افاده مطابق لما قلناه، حيث إننا قلنا:

إن لفظة اشترت بما هو هو ليس فيه معنى القبول، لا اذا وقع عقيب تملك البائع، فإنه اذا وقع عقيب ذلك فيه معنى القبول.

(5) تنظير لكون اشترت بما هو هو ليس فيه معنى القبول إلا اذا وقع متأخرا.

ص: 75

ليس فيه إنشاء لنقل ماله الى البائع إلا إذا وقع متأخراً، ولذا (1) منعنا عن تقديمه، فكل (2) من رضيت و اشترت بالنسبة الى افادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدم و التأخر متعاكسان (3).

فإن قلت: إن الاجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تاخير قوله: اشترت حتى يقع قبولا، لأن إنشاء ملكيته لمال الغير اذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال، و قبول الاثر فيكون اشترت متأخراً، التزاما بالاثر عقيب إنشاء التأثير من البائع.

+++++

(1) اي و لاجل أن رضيت بما هو هو مع قطع النظر عن وقوعه عقيب الايجاب ليس فيه إنشاء لنقل ماله الى البائع قلنا؛ لا يجوز تقديمه على الايجاب.

(2) الفاء تفريع على ما افاده: من أن رضيت ليس فيه إنشاء لنقل ماله الى البائع، و لذا منعنا عن تقدمه على الايجاب.

(3) خلاصته: أن لكل واحد من لفظة اشترت و رضيت معنيين:

معنى مطابق، و معنى التزامي فيتعاكسان في صورة تقدم كل واحد منهما على الايجاب، و في صورة تأخرهما عنه.

و معنى التعاكس: أن لفظة اشترت بالمطابقة تدل على إنشاء انتقال مال البائع الى نفسه اذا تأخر عن الايجاب، و بالالتزام يدل على القبول لو تأخر عنه.

و أما لفظة رضيت فبالالتزام تدل على إنشاء انتقال مال البائع الى نفسه لو تأخر عن الايجاب، و بالمطابقة تدل على القبول لو تأخر عنه.

و هذا معنى التعاكس في اشترت و رضيت في صورة تأخرهما عن الايجاب. -

بخلاف ما لو تقدم، فإن مجرد إنشاء الملكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما (1) لو نوى تملك المباحات، أو اللقطة، (2) فإنه لا قبول فيه (3) راسا.

قلت: المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب.

وأما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاعة، وقبول الاثر (4) فلا فقد تبين من جميع ذلك (5) أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعا

+++++

- وأما في صورة تقدم لفظة اشترت على الايجاب فبالمطابقة تدل على الإنشاء، وليس فيها معنى القبول اصلا حتى التزاما.

وأما في صورة تقدم لفظة رضيت على الايجاب فبالمطابقة تدل على القبول وليس فيها معنى الإنشاء اصلا حتى التزاما.

وهذا معنى التعاكس في لفظة اشترت ورضيت في صورة تقدمهما على الايجاب.

(1) تنظير لكون مجرد إنشاء الملكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول اي كما أن مجرد نية تملك المباحات لا يوجب ملكيتها، بل لا بد في صدق تملكها من حيازتها بتحجير ما حازه.

(2) فإن للقطة اذا كانت من المسكوكات و كانت أقل من درهم يجوز تملكها بشرط اخذها، لا بمجرد نية التملك.

(3) اي في اشترت لو تقدم على الايجاب بمجرد إنشاء الملكية لمال

(4) اي فليس هناك اجماع، بل الاجماع قائم على اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب.

(5) اي ما نقلناه حول القبول اذا كان بلفظ اشترت في صورة تقدمه على الايجاب.

ص: 77

لتضمن إنشاء النقل، وللرضا بإنشاء البائع تقدم (1)، أو تأخر.

ولا يعتبر (2) إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحصل مما ذكرناه (3) صحة تقديم القبول اذا كان بلفظ اشترت، وفاقا لمن عرفت.

بل هو ظاهر اطلاق الشيخ في الخلاف، حيث إنه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والايجاب.

وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه (4)؛ والمنع عن تقديم مثل اشترت

وكذا السيد في الغنية، حيث اطلق اعتبار الايجاب والقبول (5)

واحترز (6) بذلك عن انعقاده بالمعاطاة، وبالاستيجاب والايجاب

وكذا ظاهر اطلاق الحلبي في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد.

+++++

(1) اى تقدم القبول، أو تأخر.

(2) اى ليس في القبول إنشاء الانفعال الذي هو التأثير حتى لا يجوز تقدمه على الايجاب، بل فيه إنشاء النقل، والرضا بإنشاء البائع.

(3) من أن القبول عبارة عن إنشاء النقل، والرضا بإنشاء البائع وليس فيه إنشاء انفعال نقل البائع.

(4) اى عن وقوع العقد بالاستيجاب والايجاب.

(5) اى ولم يتعرض لعدم جواز تقديم القبول على الايجاب.

(6) اى السيد ابن زهرة احترز بقوله: يعتبر الايجاب والقبول في العقد عن انعقاده بالمعاطاة، فإنه لا يرى انعقاده بها، ولا بصورة الطلب كقولك: بعني فيقول البائع: بعتك.

و الحاصل (1) أن المصرح بذلك (2) فيما وجدت من القدماء الحلبي و ابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك (3) حكاية الاجماع عن الخلاف (4) على تقديم الايجاب، مع أنه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب: بأن (5) ما عداه مجمع على صحته، و ليس على صحته دليل.

و لعمرى إن مثل هذا (6) مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول

+++++

(1) اى خلاصة ما ذكرناه حول القبول: من حيث جواز تقديمه اذا كان بلفظ اشترت، أو عدم جوازه.

(2) اى بعدم جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ اشترت.

(3) اى بعد تصريح هذين العلمين من فقهاء الامامية فقط بعدم جواز التقديم كيف يدعي شيخ الطائفة الاجماع على عدم جواز التقديم و أنه يلزم تقديم الايجاب عليه؟

(4) اى مع أن شيخ الطائفة لم يكثر على استدلاله على عدم كفاية الاستيجاب و الايجاب في العقد بقوله: ما عداه مجمع على صحته اى ما عدا الاستيجاب و الايجاب، و ليس على صحته دليل اى على صحة الاستيجاب و الايجاب.

(5) الباء بيان لكيفية الاستدلال على عدم كفاية الاستيجاب و الايجاب في العقد و قد عرفتها آنفا.

(6) هذه اليمين من (الشيخ الأنصاري) اى قسما بحياتي التي هي أعز الأشياء و أنفسها عند الانسان: إن مثل هذه الاجماع المدعاة التي ترى المخالف في مسألة اثنين مما لا وقع لها، لأنه كيف يصح نقل الاجماع في مسألة مع أن الداهيين إليها اثنان.

ص: 79

وقد نبهنا على أمثال ذلك في مواردنا (1)

نعم (2) يشكل الامر: بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب و لا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسألة الآتية: وهو الوصل بين الايجاب و القبول (3)

فالحكم (4) لا يخلو عن شوب الاشكال.

+++++

(1) راجع (فرائد الاصول: الرسائل لشيخنا الأعظم الأنصاري) مبحث الاجماع، فإنك تجد هناك لنالي منتشرة.

(2) استدراك عما افاده: من جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان بلفظ اشترت، و أنه لا مانع بذلك، و لا يلزم محذور اصلا و ابدا و خلاصته: أن المتعارف في عرف المتشعبة، و المتداول فيما بينهم هو تقديم الايجاب على القبول فكيف يصح القول بتقديمه عليه، و رفع اليد عن هذا المتعارف، و انخراص القاعدة العرفية الشرعية؟

(3) فإن حكم العرف واحد في مسألة تقديم الايجاب على القبول و المسألة الآتية التي هو لزوم الوصل بين القبول و الايجاب.

فكما أن حكمه في هذه المسألة قاض كذلك حكمه في مسألة تقديم الايجاب على القبول ماض و قاض.

(4) و هو جواز تقديم القبول على الايجاب اذا كان القبول بلفظ اشترت، من هنا يروم الشيخ أن يحتاط في جواز تقديم القبول على الايجاب و يكف عن ذلك و إن كان بلفظ اشترت.

و هو الحق في المقام، فإنه لا يصح تقديم القبول على الايجاب مطلقا سواء أ كان بلفظ اشترت أم بلفظ آخر في جميع العقود، لأن العقد مركب من شيئين هما ركنان ركيزان في تحققه في الخارج، اذ بدونهما لا يتحقق مفهومه خارجا. -

ص: 80

ثم إن ما ذكرنا (1) جار في كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل كالأجارة التي يؤدي قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا، أو ملكك و النكاح الذي يؤدي قبولها بلفظ نكحت و تزوجت.

و أما ما لا إنشاء في قبوله إلا قبلت، أو ما يتضمنه (2) كارتهمت 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 (3) معنى

+++++

- و الشيطان هما: الإيجاب و القبول

و بهذا يفرق بين العقد و الإيقاع، لأن الإيقاع صادر عن واحد و العقد عن اثنين يكون متقوما بالقبول أي مطاوعة فعل الإيجاب، و تسلم ما فعله الموجب.

فالتفاوت بينهما ذاتي جوهري

و هذا المعنى لا يفرق بين أن يكون القبول بلفظ اشتريت، أو بلفظ قبلت، لأن اشتريت متضمن لشيئين: كلفظ قبلت.

(أحدهما): مطاوعة ما أنشأه البائع بقوله: بعتك داري بالف دينار مثلا.

(ثانيهما): إنشاء القابل ما عنده للبائع؛ و تملكه له فبتحقق هذين يتحقق العقد في الخارج: بحيث لولا هما لما تحقق.

(1) من أن اشتريت فيه إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه عوضا عما ينقله إلى البائع فيجوز تقديمه على الإيجاب.

كذلك كل قبول يوجد فيه هذا المعنى فيصح تقديمه على إيجابه.

وقد مثل له الشيخ بقوله: كالأجارة و النكاح.

(2) أي يتضمن القبول.

(3) أي بالرهن، أو بما لا إنشاء في قبوله إلا قبلت.

غير الرضا بفعل الموجب.

وقد تقدم (1) أن الرضا يجوز تعلقه بامر مترقب كما يجوز تعلقه بامر محقق، فيجوز أن يقول: رضيت برهنك هذا عندي فيقول: رهننت و التحقيق (2) 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 (3) إنشاء للفعل، والقبول (4) إنشاء للانفعال وكذا (5) القول في الهبة والقرض، فإنه لا يحصل من إنشاء القول فيهما التزام بشيء، وإنما يحصل (6) به الرضا بفعل الموجب، ونحوهما (7)

+++++

(1) أي في ص عند قوله: إن الرضا بشيء لا يستلزم تحققه قبله فقد يرضى الإنسان بالامر المستقبل.

(2) هذا رأي الشيخ في الموضوع، فإنه يقول بعدم جواز تقديم القبول في الرهن على الإيجاب، لأن القبول إنما يتحقق في الخارج بعد تحقق عنوان المرتهن، فإذا تحقق هذا تحقق ذلك.

فكيف يمكن تقدم القبول فيه على الإيجاب؟

(3) وهو قول الراهن: رهننت داري عندك، فإن هذا إنشاء للفعل الذي هو الرهن.

(4) وهو قول المرتهن: قبلت الرهن، فإن هذا إنشاء للانفعال الذي هو التأثر: وهو قبول الرهن.

(5) أي وكذا لا يجوز تقديم القبول على الإيجاب في الهبة والقرض

(6) أي بالقبول يحصل الرضا بفعل الموجب فقط وهو قول المقرض:

أقرضتك، وقول الواهب: وهبتك.

(7) أي ونحو القرض والهبة في عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب

ص: 82

قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط، أو التملك (1) بغير عوض.

و أما المصالحة المشتملة على المعاوضة (2) فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين، وكانت نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الالتزام الحاصل من احدهما امرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر: كان البادي منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة (3) وعرفا.

ثم لما انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، اذ لو قال أيضا: صالحتك كان

+++++

المصالحة على إسقاط حقه في قوله: صالحتك على إسقاط حقي، فإن القبول في مثل هذه المصالحة لا يتحقق إلا بعد تحقق فعل الموجب: وهو

قول القائل: صالحتك على إسقاط حقي.

(1) بالجر عطفًا على مجرور (اللام الجارة) في قوله: للإسقاط أي أو المصالحة المتضمنة للتمليك بلا عوض كما في قولك: صالحتك على تملك دارى لك بلا عوض، فإنه لا يجوز فيه تقديم القبول، لعين ما ذكر في المصالحة على الإسقاط.

(2) كما في قولك: صالحتك على تملك دارى لك بالف دينار.

وقد ذكر الشيخ كيفية هذه المصالحة: من حيث الايجاب و القبول في المتن فلا نعيده.

(3) حيث إن الايجاب في اللغة ما يوجد المعاملة في العقد، و هنا لما كان البادي من المتصالحين يوجد الصلح على شيء يقال له: الموجب.

هذا في اللغة.

و أما في العرف فكذلك، حيث إن المتقدم عند العرف هو الموجب

ص: 83

ايجابا آخر فيلزم تركيب العقد من ايجابين (1)

و تحقق من جميع ذلك: أن تقديم القبول في الصلح أيضا غير جائز اذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت ورضيت (2)

وقد عرفت (3) أن قبلت ورضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء لنقل العوض في الحال.

فتلخص مما ذكرنا أن القبول في العقود على أقسام (4) لأنه إما أن يكون التزاما بشيء من القابل كنقل مال عنه، أو زوجية؛ وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب.

و الاول (5) على قسمين، لأن الالتزام الحاصل من القابل إما أن يكون (6) نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيرا (7) كالاشتراء.

+++++

(1) فيلزم خلو العقد حينئذ من القبول من كل منهما

(2) ولا شك أن كلمتي قبلت ورضيت لا بد أن تكونا مسبقتين بشيء قبلهما تعبران عن رضا بذلك الشيء، فيلزم حينئذ أن يكون القبول فرع الايجاب و مطاوعا له، فلا يعقل تقدمه على الايجاب.

(3) في ص 59 عند قوله: بل المراد منه الرضا بالايجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله في الحال الى الموجب.

(4) اي أربعة نشير إليها.

(5) وهو كون القبول التزاما بشيء من القابل، وقد اشار إليه بقوله: لأنه إما أن يكون التزاما بشيء من القابل

(6) هذا هو القسم الاول، والمراد من المصالحة هي المصالحة على شيء من الطرفين كما تقدم في ص 83 عند قوله: وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة

(7) هذا هو القسم الثاني، فإن الاشتراء وإن كان فيه التزام -

ص: 84

و الثاني (1) أيضا على قسمين، لأنه إما (2) أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان والاتهاب والاقتراض (3)

و إما (4) أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالايجاب كالوكالة والعارية (5)، وشبههما (6)

+++++

- لكن الالتزام فيه مغاير للالتزام من الموجب: اذ الموجب بايع، والقابل مشتر والمعاملة بيع وشراء.

(1) و هو القبول الذي ليس فيه سوى الرضا بالايجاب فقط، و لا يكون فيه التزام بشيء ابدأ. و قد اشار إليه بقوله في ص 84: وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب.

(2) هذا هو القسم الثالث.

(3) فإن هذه العقود معتبر فيها عنوان المطاوعة فلا يصح تقديم قبولها على ايجابها.

(4) هذا هو القسم الرابع.

(5) فإنهما بمجرد الرضا الصادر من الوكيل والمستعير يتم العقد فيؤثر اثره: و هو جواز تصرف الوكيل فيما و كل فيه، و المستعير فيما استعاره من غير احتياجهما الى شيء آخر كإنشاء نقل مال منهما الى الموكل والمعير كما كان هذا الانشاء موجودا في القابل في معاملة البيع والشراء.

(6) كالمضاربة، فإنها بمجرد الرضا من العامل يتم العقد فيؤثر اثره فينصرف العامل فيما اعطاه المضارب و عين له في كيفية التصرف فيكون للمضارب من الأرباح ما تقرر بينهما: من الثلث، أو النصف، أو الربع

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 4 من ص 211-225 فنجد هناك شرحا وافيا حول المضاربة.

ص: 85

فتقديم القبول على الايجاب لا يكون إلا فى القسم الثاني (1) من كل من القسمين.

ثم إن مغايرة الالتزام فى قبول البيع لالتزام ايجابه اعتبار عرفي.

فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضيية لمال آخر يسمى مشتريا و كل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالا من آخر يسمى بايعا.

وبعبارة اخرى كل من مَلَّك ماله غيره بعوض فهو البائع، و كل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، وإلا فكل منهما فى الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره، و يملك مال غيره ازاء ماله.

من جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه و قبوله

و من جملة شروط العقد الموالاة (2) بين ايجابه و قبوله ذكره الشيخ فى المبسوط فى باب الخلع، ثم العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني، و الشيخ المقداد

+++++

(1) و هو القسم الثاني المشار إليه فى الهامش 7 ص 84، و القسم الرابع المشار إليه فى الهامش 4 ص 85، فإن فى تقديم القبول على الايجاب فيهما لا يلزم محذورا لعدم اعتبار عنوان المطاوعة فيهما.

(2) مصدر باب المفاعلة من والى يوالى، معناه هنا المتابعة من دون فصل مخل: بحيث يقال: إن هذا القبول للايجاب المتقدم.

يقال: و الى فلان فلانا اى تابعه.

و المولى يكون بمعنى المتبوع، و يأتي بمعنى الاولى، و بهذا المعنى قال صلى الله عليه و آله و سلم فى (غدير خم): من كنت مولاه فعلى مولاه إشارة الى قوله تعالى: النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ

الأحزاب: الآية 6

فكل ما كان للرسول الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم: من الأولوية فى أنفس الناس يكون لعلى امير المؤمنين عليه الصلاة و السلام من دون فرق بينهما فى هذه الأولوية.

ص: 86

قال الشهيد في قواعده: الموالاة معتبرة في العقد، ونحوه (1)

وهي (2) مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه.

وقال بعض العامة: لا يضر قول الزوج بعد الايجاب (3) الحمد لله و الصلاة على رسول الله: قبلت نكاحها

ومنه (4): الفورية في استتابة المرتد فيعتبر في الحال.

+++++

(1) كالموالاة في أجزاء الصلاة وأركانها، وأفعال الغسل، وأفعال الوضوء: من الغسلتين والمسحيتين.

(2) أي الموالاة في العقد واعتبارها فيه قد أخذت من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه في قولك: جاءني القوم إلا زيدا فكما أنه لا بد من الاتصال هنا من دون فصل طويل مخل.

كذلك لا بد من الاتصال بين الايجاب والقبول في عقد النكاح ولا يفصل بينهما، لا بزمان، ولا بكلام.

ثم لا يخفى أن الظاهر من قول الشهيد: وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه: أن حكم العقد في الاتصال بين الايجاب والقبول قد أخذ من لزوم الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه فيكون قياسا بحكمهما.

فكيف يمكن حينئذ أن يؤخذ حكم شرعي من حكم ادبي عربي؟

بالإضافة إلى أن ثبوت الحكم في المقيس عليه محل إشكال ونظر

(3) أي بعد ايجاب الزوجة بقولها: زوجت نفسي لك، بالمبلغ المعلوم، أو بقول وكيلها: زوجت نفس موكلتي لك بالمبلغ المعلوم.

(4) أي ومن الموالاة، والتذكير باعتبار أن الموالاة مصدر. -

وقيل: الى ثلاثة أيام

ومنه (1): السكوت في أثناء الاذان، فإن كان كثيرا بطله

ومنه (2): السكوت الطويل في أثناء القراءة، أو قراءة غيرها

وكذا (3): التشهد

ومنه (4): تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا الجمعة.

واعتبر بعض العامة تحريمهم (5) معه قبل الفاتحة

ومنه (6): الموالاة في التعريف (7) بحيث لا ينسى أنه تكرر، و الموالاة

+++++

- و معنى الفورية في استتابة المرتد: أنه بعد أن استتب المرتد يجب عليه فوراً التوبة، فإن لم يتب فوراً قتل، خلافاً لمن قال بعدم وجوب قتله إن لم يتب فوراً، بل يمهل الى ثلاثة أيام ثم يقتل.

(1) اي و من الموالاة: السكوت الطويل المخل.

(2) اي و من الموالاة: السكوت الطويل المخل في قراءة فاتحة الكتاب أو السورة، بناء على وجوبها في الصلاة.

(3) اي و كذا يجب الموالاة: بين أجزاء التشهد، و بين التشهد وبقية أفعال الصلاة المجاورة للتشهد.

(4) اي و من الموالاة

(5) اي تحريم المأمومين مع الامام

(6) اي و من الموالاة.

(7) اي تعريف الضالة، و اللقطة، فإنه يجب التعريف عنهما حولاً كاملاً مرتباً موالياً للدفعات: بحيث يعد التعريف البعدي تكملة للتعريف الاول، وهكذا

في سنة التعريف، فلورجع (1) في أثناء المدة استوتفت، ليتوالى . انتهى

أقول: حاصله أن الامر المتدرج شيئاً فشيئاً اذا كان له صورة اتصالية في العرف فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية.

فالعقد المركب من الايجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض فيقدهم فصل المخل بهيته الاتصالية

ولذا (2) لا يصدق المعاقدة اذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو ازيد (3)

وانضباط (4) ذلك إنما يكون بالعرف، فهو (5) في كل امر بحسبه فيجوز الفصل بين كل من الايجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما، و يجوز بين الكلمات الفصل بما لا يجوز بين الحروف كما في الاذان و القراءة (6)

+++++

(1) بأن لم يعرف حولا كاملاً، أو أخل بالموالاة

(2) اى و لاجل أن العقد بمنزلة كلام واحد.

(3) لا يخفى أن الفصل هكذا بين الايجاب و القبول لا يصدق عليه العقد اصلاً، و لا يساعد عليه العرف، و لا يعترف به

(4) اى القاعدة الكلية في حصول الموالاة، و عدمه فيما له هيئة اتصالية هو نظر العرف، فإن بعض العرف يرى هذا موالاة، و لا يرى ذلك موالاة.

(5) اى الموالاة.

(6) فإنه يجوز الفصل بين حي على خير العمل الاول و الثاني بمقدار لا يصدق الفصل الطويل المخل، لأن دائرة الموالاة أوسع هنا من دائرة

ص: 89

و ما ذكره (1) حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود، و بإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم، بل الملك.

أما لو كان (2) منوطا بصدق البيع، أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد (3)

و أما جعل الماخذ (4) في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه، فلأنه (5) منشأ الانتقال الى هذه القاعدة، فإن أكثر الكليات انما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص (6)

+++++

الفصل بين كلمات الفصول.

و كذلك دائرة الموالاة بين كلمات الفصول أوسع من دائرة الموالاة بين حروف الكلمات، و هكذا دائرة بقية فصول الاذان.

(1) هذا رأي الشيخ حول ما افاده الشهيد الاول.

(2) اي العقد

(3) اي عرفا

(4) اي جعل الدليل في وجوب الموالاة.

(5) اي وجوب الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه هو المنشأ للقول بوجوب الموالاة بين الايجاب و القبول في العقود.

(6) فإنه اذا انتقل ذهننا الى وجوب الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه انتقل أيضا الى وجوب الموالاة بين القبول و الايجاب و أجزاءهما.

و هكذا في غيرهما.

و لا يخفى صحة هذه الكلية في الموارد الادبية و اللغة و النحو و الصرف فإنه يكون بمثابة الاستقراء، إما تاما، أو ناقصا. -

ص: 90

وقد صرح (1) في القواعد مكررا بكون الاصل في هذه القاعدة كذا

ويحتمل بعيدا أن يكون الوجه فيه (2): أن الاستثناء أشد ربطا بالمستثنى منه

+++++

- وأما في الأمور الشرعية التي نقول بتوقيفيتها فلا تقبل ذلك من الشيخ في توجيه كلام شيخنا الشهيد.

اللهم إلا أن يقال بثبوت ذلك في اللغة العربية على نحو الاستقراء التام فمن هنا نستكشف أن الشارع اراد ذلك في العقود اذا قيل بوجوب العربية فيها بالمعنى الأخص.

(1) هذا تأييد من الشيخ بكلام العلامة لما وجهه من كلام الشهيد فيما افاده: من أن المأخذ في وجوب الموالاتة هو وجوب الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه اى صرح العلامة في القواعد اكثر من مرة في مجالات متعددة أن الاساس لوجوب الموالاتة في الأشياء المترابطة: من الأقوال والأفعال:

هو وجوب الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه، فإن هذا الاتصال صار منشأ لوجوب الموالاتة في تلك الأشياء فجعل اصلا و اساسا له.

(2) اى في كون وجوب الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه صار اساسا لوجوب الموالاتة في الأشياء المترابطة.

و خلاصة الاحتمال: أن الاستثناء يكون أشد ربطا و اتصالا بالمستثنى منه من بقية اللواحق التي هي الأشياء المترابطة المذكورة: من الأقوال والأفعال كالمفعول بالنسبة الى الفعل، و الحال بالنسبة الى ذي الحال، و المضاف بالنسبة الى المضاف إليه، لأن الاستثناء لو لم يذكر لبقية المستثنى منه على كذبه، فإن القائل لما يقول: جاءني القوم توجهت نحو هذا الكلام صفة الكذب، حيث إن مجيء القوم امر مستغرب فلما قال: إلا زيدا خرج الكلام عن تلك الصفة و دخل في الصدق، فيكون ذكر الاستثناء لازما واجبا.

من سائر اللواحق، لخروج المستثنى منه معه (1) عن حد الكذب الى الصديق فصدقه (2) يتوقف عليه، فلذا (3) كان طول الفصل هناك أقبح فصار (4) اصلا في اعتبار الموالاته بين أجزاء الكلام، ثم تعدي منه (5) الى سائر

+++++

بخلاف تلك اللواحق، فإنها لو لم تذكر لم يتوجه محذور نحوها

فهذه المناسبة صارت سببا لأن يكون وجوب الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه اساسا لبقية اللواحق.

(1) اي مع الاستثناء كما عرفت آنفا.

(2) اي صديق المستثنى منه متوقف على ذكر الاستثناء حتى يخرج المستثنى منه عن صفة الكذب كما عرفت آنفا.

(3) اي فلاجل هذا التوقف يكون طول الفصل بين المستثنى و المستثنى منه أقبح من طول الفصل بين غيرهما: من الامور المترابطة التي ذكرناها لك، لأنه لو لم يذكر الاستثناء لبقى المستثنى منه على كذبه و هو قبيح.

(4) اي قبح الفصل الطويل بين المستثنى منه و الاستثناء اصبح قاعدة كلية و اساسا لاعتبار الموالاته بين أجزاء الكلام كالايجاب و القبول في العقود فإنه لا يصح الفصل الطويل بين القبول و الايجاب.

(5) اي و من قبح الفصل الطويل بين المستثنى و المستثنى منه تعدد العلماء و قالوا بقبح الفصل الطويل في جميع الامور المترابطة.

و الارتباط على قسمين: لفظي كما في ارتباط المفعول مع الفعل و الحال مع ذي الحال، و المضاف مع المضاف إليه.

و معنوي كما في ارتباط السورة مع الحمد، و ارتباط أفعال الصلاة و الوضوء، و الغسل بعضها مع بعض، فإنه يجب الموالاته في اللفظي و المعنوي

و قد اشار الشيخ الى القسمين بقوله في ص 93: لفظا، أو معنى. -

ص: 92

الأمر المرتبطة بالكلام لفظاً، أو معنى، أو من حيث صدق عنوان خاص عليه (1)، لكونه عقداً، أو قراءة (2)، أو اذانا (3)، ونحو ذلك (4)

ثم في تطبيق بعضها (5)

+++++

- وكلمتا لفظاً أو معنى منصوبتان على التمييز لقوله: الأمور المرتبطة أي تكون الأمور مرتبطة من حيث اللفظ، أو من حيث المعنى كما مثلنا لهما بقولنا أنفاً: كما في ارتباط المفعول مع الفعل، وكما في ارتباط السورة مع الحمد.

(1) أي تكون الأمور مرتبطة من حيث صدق عنوان خاص على الكلام كما لو وقع الكلام عقداً، فإن الارتباط بين القبول والايجاب لاجل صدق عنوان العقدية على هذا الكلام المشتمل على الايجاب و لقبول فيجب الموالاتة بينهما.

(2) أي تكون الأمور مرتبطة من حيث صدق عنوان خاص على الكلام كما لو وقع الكلام قراءة كما في الصلاة، فإن الارتباط بين كلمات القراءة لأجل صدق عنوان القراءة عليها: بحيث لولاه لما كان الارتباط واجبا فوجوب الموالاتة لاجل هذا.

(3) أي تكون الأمور مرتبطة من حيث صدق عنوان خاص على الكلام كوقوعه اذانا، فإن الارتباط بين فصوله لاجل صدق عنوان الاذانية على هذا الكلام: بحيث لولاه لما وجب الارتباط.

(4) كما في الإقامة، فإن وجوب الموالاتة فيه لاجل صدق عنوان الإقامة للصلاة: بحيث لولاه لما وجب الموالاتة.

(5) أي في تطبيق بعض ما أفاده الشهيد الأول

من هنا يريد الشيخ أن يورد على بعض ما أفاده: من وجوب -

ص: 93

على ما ذكره (1) خفاء كمسألة توبة المرتد، فإن غاية ما يمكن أن يقال في توجيهها (2): إن المطلوب في الاسلام الاستمرار فاذا انقطع فلا بد من اعادته في أقرب الأوقات (3)

و أما مسألة الجمعة (4) فلأن هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة:

من القيام و الركوع و السجود مطلوبة فيقدهح الاخلال بها.

+++++

- الموالاة في الموارد التي ذكرها الشيخ عنه بقوله: و منه الفورية في استتابة المرتد، و منه السكوت في أثناء الاذان، و منه السكوت في اثناء القراءة، و منه تحريم المأمومين مع الامام، و منه الموالاة في التعريف.

فقال: إن وجوب الموالاة في مسألة فورية التوبة في المرتد خفي.

وجه الخفاء: أن العلة في وجوب الموالاة بين المستثنى و المستثنى منه هو رفع الكذب عن المستثنى منه لو لا الاتيان بالاستثناء.

و من الواضح عدم وجود العلة المذكورة في وجوب التوبة فوراً بعد الاستتابة حتى يجب الموالاة، بل وجوب الموالاة جاء من الدليل الخارجي

و هكذا وجوب الموالاة في تعريف الضالة و اللقطة ليس من ناحية العلة المذكورة في الاستثناء.

(1) اي الشهيد الاول و نقله عنه الشيخ في ص 87 بقوله: و منه الفورية.

(2) اي توجيه فورية التوبة.

(3) و إعادة الاستمرار في أقرب الأوقات يكفي في فورية التوبة.

(4) و هي فورية التحريم للمأمومين مع الامام.

من هنا يريد الشيخ أن يوجه هذه الفورية و خلاصته: أن الهيئة الاجتماعية من المأمومين و الامام في صلاة الجمعة مطلوبة، فلو اخل بهذه -

و للتأمل في هذه الفروع (1)، وفي صحة تفريعها على الاصل المذكور (2) مجال.

ثم إن المعيار (3) في الموالاتة موكول الى العرف كما في الصلاة و القراءة و الاذان (4) و نحوها (5)

و يظهر من رواية سهل الساعدي المتقدمة (6) في مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الايجاب و القبول بكلام طويل اجنبي، بناء على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي زوجيها، و الايجاب قوله صلى الله عليه و آله و سلم بعد فصل طويل: زوجتكها بما معك من القرآن

+++++

- الصفة المطلوبة: بأن لم ينو الماموم مع الامام قبل الركوع عمدا، أو نسيانا فقد اختلفت الهيئة المطلوبة.

(1) و هي التي ذكرها الشيخ عن الشهيد بقوله: و منه الفورية في استتابة المرتد الى آخر ما ذكرناه في الهامش 5 ص 93-94

(2) و هو وجوب الاتصال بين المستثنى المستثنى منه.

(3) اى الميزان في وجوب الموالاتة بعد التسليم به هو رأي العرف فيه، فإن العرف قد يتسامح في بعضها ما لا يتسامح في بعضها الآخر.

فليس في وجوب الموالاتة قاعدة كلية، و كبرى مسلمة تنطبق على صغرياتها و أفرادها.

(4) هذه أمثلة لكون العرف هو الحاكم في وجوب الموالاتة في أجزائها و فصولها، و أن الفصل الطويل مغل للاتصال المطلوب فيها.

(5) اى و نحو الصلاة و القراءة و الاذان مما يتطلب فيه الاتصال بنظر العرف.

(6) في ص 56

ص: 95

ولعل هذا موهن (1) آخر للرواية فافهم. (2)

من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد:

ومن جملة الشرائط (3) التي ذكرها جماعة: التنجيز (4) في العقد:

بأن لا يكون معلقا على شيء بأداة الشرط: بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك (5) الشيء، لا في غيرها (6)

و ممن صرح بذلك (7) الشيخ والحلي والعلامة، وجميع من تاخر عنه كالشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم قدس الله أرواحهم.

وعن فخر الدين في شرح الارشاد في باب الوكالة أن تعلق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية.

وكذا غيره من العقود لازمة كانت أو جائزة.

وعن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه، و ظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتفاق عليه، و الظاهر عدم الخلاف (8)

فيه كما اعترف به غير واحد وإن لم يتعرض الاكثر في هذا (9) المقام

+++++

(1) اذ الموهن الاول هو كون القبول بلفظ الامر مع أن الماضية معتبرة في العقود.

(2) لعله اشارة الى أن الرواية قوية بعمل الأصحاب وإن كانت قاصرة سنداً ودلالة، فلا يكون الفصل الطويل موهناً للرواية.

(3) أي شروط العقد.

(4) مصدر باب التفعيل، معناه التعجيل يقال: نجز الامر أى عجله

(5) كقولك: بعثك داري بالف دينار اذا رضيت، أو إذا شئت

(6) أي لا في غير وجود ذلك الشرط.

(7) أي بالتنجيز في العقد.

(8) أي في كون التنجيز شرطاً في العقد.

(9) أي مقام تنجيز العقد، وأنه شرط فيه.

و يدل عليه (1) فحوى فتاويهم، و معاهد الاجماع في اشتراط التنجيز في الوكالة مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كل ما دل على الاذن، حتى أن العلامة ادعى الاجماع على ما حكى عنه على عدم صحة أن يقول الموكل: انت وكيلى في يوم الجمعة أن تباع عبدى (2)

و على صحة قوله: انت وكيلى و لا تباع عبدى إلا في يوم الجمعة (3)، مع كون المقصود واحدا

و فرق بينهما (4) جماعة بعد الاعتراف بأن هذا (5) في معنى التعليق:

بأن (6) العقود لما كانت متلقاة من الشارع انيطت بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و إن افادت فائدتها فاذا كان الامر كذلك عندهم في الوكالة (7) فكيف الحال في البيع؟

+++++

(1) اى على أن التنجيز شرط في العقد.

(2) وجه عدم الصحة: أن الوكالة هنا قد علققت على الشرط و هو يوم الجمعة و هو لا يجوز، لكون التنجيز شرطاً في العقد.

(3) وجه الصحة: أن الوكالة منجزة من حين العقد و إن كان العبد يباع في يوم الجمعة، فليس هنا تعليق في نفس العقد.

(4) اى بين العبارتين في الوكالة: و هما: انت وكيلى في يوم الجمعة أن تباع عبدى. و انت وكيلى و لا تباع عبدى إلا في يوم الجمعة.

(5) و هو قوله: انت وكيلى في يوم الجمعة أن تباع عبدى.

(6) الباء بيان لكيفية التفريق بين العبارتين في الوكالة.

و خلاصتها: أن العقود و الايقاعات متلقاة من الشارع فاذا كانت كذلك فتكون متوقفة على هذه الضوابط و القواعد: من التنجيز و الموالاة و الماضوية و غيرها: من شرائط المتعاقدين و العوضين و لا يجوز التعدي عنها

(7) التي لا يجوز التعليق فيها، بل لا بد من التنجيز.

و بالجمله فلا شبهة في اتقاقهم على الحكم (1)

و أما الكلام في وجه الاشتراط (2) فالذي صرح به العلامة في التذكرة أنه (3) مناف للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم (4) ثم فرع عليه عدم جواز التعليق.

قال: الخامس من الشروط الجزم، فلو علق العقد على شرط لم يصح (5) و إن كان الشرط المشية (6)، للجهل بثبوتها (7) حال العقد، و بقائها (8) مدته

+++++

(1) و هو التنجيز و عدم جواز التعليق.

(2) و هو اشتراط التنجيز في الايجاب و القبول

(3) اى التعليق على شيء كمجيء زيد مثلا.

(4) اى و لم يقل العلامة: إن من جملة الشروط التنجيز، بل قال:

إن من جملة الشروط الجزم.

(5) اى العقد لم يقع صحيحا، بل يكون باطلا.

(6) بأن قال: بعتك داري بالف دينار ان شئت.

(7) اى بثبوت مشية الطرف الآخر، حيث لا يعلم أن الطرف الآخر اراد الشراء حال العقد إن كان مشتريا أو البيع إن كان بايعا.

(إن قلت): إن الإنسان حال العقد إما مقدم على الشراء، أو البيع فكيف لا يعلم بذلك لو علق العقد على مشيئة المشتري؟

(قلنا): إنه يشترط استمرار ذلك الى تمام العقد و الحال أنه لا يعلم الاستمرار.

(8) بالجر عطفًا على مجرور (اللام الجارة) اى و للجهل ببقاء المشيئة الى انتهاء العقد.

و أما التعليق على مشيئة الله عز و جل فإن كان على وجه التيمن و التبرك فلا إشكال في اتيانها. -

و هو احد (1) قولي الشافعي، و أظهرهما عندهم الصحة (2)، لأن هذه (3) صفة يقتضيها اطلاق العقد، لأنه لو لم يشأ لم يشتر. انتهى (4) و تبعه (5) على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده.

قال: لأن الانتقال (6) بحكم الرضا و لا رضا إلا مع الجزم و الجزم ينافي التعليق. انتهى.

و مقتضى ذلك (7): أن المعتبر هو عدم التعليق على امر مجهول الحصول (8)

+++++

- و أما اذا كان على نحو التعليق الحقيقي فلا يصح التعليق بمشية الله عز و جل

(1) اي اشتراط التنجيز في العقد.

(2) اي صحة العقد لو علق على إساءة الطرف الآخر.

(3) اي صحة العقد لو علق على الإساءة صفة من مقتضيات اطلاق العقد فإن العقد مطلق لم يقيد بجواز التعليق و عدمه، فبهذا الاطلاق
تمسك على صحة العقد لو علق على المشية.

(4) راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة. الجزء 7 ص 5

(5) اي و تبع الشهيد الاول العلامة فيما افاده: من عدم جواز التعليق على المشية.

(6) اي انتقال المثلن الى المشتري، و الثمن الى البائع متفرع على الرضا من الطرفين، فاذا علق على المشية يكون إحراز الرضا مشكوكا.

فكيف ينتقل المثلن الى المشتري، و الثمن الى البائع؟

(7) اي مفهوم كلام الشهيد الاول.

(8) فيكون مفهوم كلام الشهيد الاول: أن العقد لو علق على شيء محقق الحصول صح ذلك كقولك: بعتك داري بالف دينار إن كانت الشمس طالعة، و لا شك أن الشمس تكون طالعة لا محالة، كما تأتي الإشارة إليه.

كما صرح به (1) المحقق في باب الطلاق.

و ذكر المحقق و الشهيد الثانيان في الجامع و المسالك في مسألة إن كان لي فقد بعته: أن التعليق إنا ينافي الإنشاء في العقود و الايقاعات، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول (2)

لكن الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم (3) أن الجزم ينافي التعليق، لأنه (4) بعرضة عدم الحصول و لو (5) قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف، لأن الاعتبار بجنس الشرط (6)، دون أنواعه (7) فاعتبر (8)

+++++

(1) اى بعدم جواز التعليق في العقد على امر مجهول الحصول

(2) فمفهومه: أن العقد لو علق على امر محقق الحصول جاز

(3) و هو كلام الشهيد الذي نقله عنه الشيخ بقوله في ص 99: لأن الانتقال بحكم الرضا، و لا رضا إلا مع الجزم.

(4) اى التعليق في معرض عدم الحصول و إن فرض العلم بتحقيقه في الاستقبال كقولك؛ بعتك داري بالف دينار إن كان يموت زيد في المستقبل فإن موت زيد في المستقبل من الامور المتحققة و الواقعية، لكن مع ذلك لا يصح التعليق.

(5) كلمة لو هنا وصلية و قد عرفت معناها عند قولنا: و إن فرض العلم.

(6) خلاصة هذا الكلام: أن الملاك في عدم جواز التعليق على الشيء جنس الشرط و شخصه، لا أفراده حتى يقال: إن التعليق على الوصف المعلوم الحصول و إن كان في الاستقبال جائز، لعدم كونه في عرضة عدم الحصول.

(7) عرفت معناه عند قولنا: لا أفراده.

(8) اى الشهيد الاول اعتبر في عدم جواز التعليق معنى عاما: و هو -

ص: 100

المعنى العام، دون خصوصيات الأفراد (1)

ثم قال (2): (فإن قلت): فعلى هذا (3) يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل: إن كان لي فقد بعته منك بكذا.

(قلت) (4): هذا تعليق على واقع، لا متوقع الحصول فهو (5)

+++++

- الاعتبار بجنس الشرط، لا بأفراده وأنواعه.

(1) من كونها مشكوك الحصول، أو معلوم الحصول كقولك:

بعتك داري بالف دينار إن كان يموت زيد في المستقبل.

(2) أي الشهيد الأول حول التعليق على شيء.

(3) أي فعلى الاعتبار بجنس الشرط، لا بأفراده وأنواعه يرد الإشكال على قول القائل: إن كان لي فقد بعته في صورة دعوى الوكيل الوكالة في البيع.

و خلاصة الإشكال: أن التعميم المذكور في بطلان العقد بسبب التعليق على جنس الشرط، سواء أكان محقق الحصول أم مجهول الحصول:

يوجب بطلان قول القائل: إن كان لي فقد بعته، مع أن الفقهاء قالوا بصحته.

(4) هذا جواب عن الإشكال.

و خلاصته: أن قول القائل: إن كان لي فقد بعته معلق على شيء واقع، لا على متعلق حتى يشمل التعميم المذكور فلا يلزم بطلان العقد.

(5) وهو قوله: إن كان لي

خلاصة هذا الكلام: أن قول القائل: إن كان لي فقد بعته لا يكون فيه معنى التعليق حتى يقال: إن التنجيز شرط في العقد و هنا قد علق على الشرط، لأن الذي علق عليه البيع: هو كون المبيع له وهذا هو -

علة للوقوع، أو مصاحب له (1)، لا معلق عليه (2) الوقوع

و كذا نقول: لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج، و انكار التزويج حيث تدعيه المرأة: إن كانت زوجتي فهي طالق. انتهى كلامه رحمه الله.

و علل العلامة في القواعد صحة إن كان لي فقد بعته: بأنه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا، و كذا كل شرط علم وجوده، فإنه لا يوجب شكاً في البيع و لا في وقوعه. انتهى (3).

و تفصيل (4) الكلام أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق، و إما أن يكون محتمل التحقق.

و على الوجهين فإما أن يكون تحققه المعلوم، أو المحتمل في الحال، أو المستقبل (5)

+++++

- الذي اوجب صحة هذا البيع، فليس فيه معنى التعليق حتى يرد عليه الإشكال.

و هذا نظير قول القائل: لو كانت زوجتي فهي طالق عند ما ينكر الزوجية، فإن في نفس الطلاق عند ما يجريه ليس معنى التعليق حتى يقال بعدم جريان الطلاق، لأن مدخول الشرط: و هو كون زوجية المرأة هو الذي صار سببا و علة لصحة الطلاق و بينونية الزوجية عن المرأة.

(1) اي يكون قوله إن كان لي مصاحبا و ملازما لوقوع البيع، لأنه ليس في قوله معنى التعليق.

(2) اي و ليس العقد معلقا على الشرط و هو قوله: إن كان لي؛ بل معلق على كون المبيع له كما عرفت آنفا.

(3) اي ما افاده الشهيد الاول في قواعده حول التنجيز.

(4) اي تفصيل الكلام في التعليق و المعلق عليه.

(5) فهذه أربعة تقادير اي بعد ضرب 2 * 2-4. أليك تفصيلها.

(التقدير الاول): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الحال -

و على التقادير (1) فإما أن يكون الشرط (2) مما يكون مصححا للعقد ككون (3) الشيء مما يصح تملكه شرعا، أو مما (4) يصح إخراجه عن الملك كغير (5) أمّ الولد، وغير الموقوف (6)

+++++

- (التقدير الثاني): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الاستقبال.

(التقدير الثالث): كون المعلق عليه محتمل التحقق في الحال.

(التقدير الرابع): كون المعلق عليه محتمل التحقق في الاستقبال

(1) اى التقادير الاربعة المذكورة.

(2) اى الشرط الذي يعلق عليه العقد لا يخلو من احد الامرين:

(الاول): أن يكون مصححا للعقد

و هذا الشرط بمنزلة كلي له أفراد أربعة نشير إليها تحت رقمها الخاص.

(3) هذا هو الفرد الاول لذلك الشرط اى كون الشرط مصححا للعقد عبارة عن كون الشيء مما يصح تملكه شرعا كالشاة و الدار و الثياب مثلا

(4) هذا هو الفرد الثاني لذلك الشرط اى كون الشرط مصححا للعقد عبارة عن كون الشيء مما يصح إخراجه عن ملك الانسان كما مثلنا في الفرد الاول.

(5) فإن أمّ الولد لا يجوز اخراجها عن الملك ببيعها، أو هبتها، لأنها تكون حرة من نصيب ولدها اذا مات ابوه و هو في قيد الحياة.

فالشارع يريد حريتها، لتستفيد من مزايا الحياة الاجتماعية و الفردية و هذه لا تجتمع و الرقية فاثبت لها الحرية بسبب ولدها من مولاها، سواء أكان في بطنها أم مولودا.

(6) فإن الموقوف بعد وقفته لا يباع و لا يوهب و لا يرهن.

ص: 103

ونحوه (1)، وكون (2) المشتري ممن يصح تملكه شرعا: كأن لا يكون عبدا و ممن (3) يجوز العقد معه: بأن يكون بالغاً.

وإما أن لا يكون كذلك (4).

+++++

(1) كالتحبيس في مدة مائة عام مثلا، فإن المحبوس في ظرف المدة المذكورة لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه.

(2) بالجر عطفاً على مجرور (الكاف الجارة) في قوله: ككون الشيء.

هذا هو الفرد الثالث للشرط الذي كان بمنزلة كلي له أفراد أربعة أي كون الشيء مصححاً للعقد عبارة عن كون المشتري ممن يصح تملكه شرعا: بأن لا يكون عبداً.

(3) هذا هو الفرد الرابع للشرط الذي كان بمنزلة كلي له أفراد أربعة أي كون الشيء مصححاً للعقد عبارة عن كون المشتري ممن يصح معه العقد ككونه بالغاً عاقلاً مختاراً.

(4) أي لا يكون الشرط مما يصحح العقد

هذا هو الأمر الثاني من الأمرين الذين يكونان للشرط الذي يعلق عليه العقد

وهذا الأمر بمنزلة كلي له الأفراد الأربعة المذكورة، لكن ضدها لأن الشرط الذي لا يكون مصححاً للعقد إما لاجل عدم قابلية الشيء للتملك شرعاً ككونه خمراً، أو خنزيراً، أو كلباً فهذا ضد الفرد الأول الذي كان قابلاً للتملك.

وإما لاجل عدم صحة إخراجه من الملك ككونه أم ولد، أو موقوفاً أو محبوساً، فهذا ضد الفرد الثاني الذي كان قابلاً للإخراج.

وإما لاجل أن المشتري ليس قابلاً للتملك ككونه عبداً، فهذا ضد -

ثم التعليق (1) إما مصرح به، و اما لازم من الكلام كقوله: ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة (2)

+++++

الفرد الثالث الذي كان قابلا للتملك.

و إما لاجل أن المشتري ليس ممن يصح معه العقد ككونه صبيا، فهذا ضد الفرد الرابع الذي كان قابلا لجواز العقد معه.

ثم هذان الامران: و هما كون الشرط مصححا للعقد، أو غير مصحح للعقد يضربان في التقادير الاربعة المذكورة يصير المجموع ثمانية صورة اي $2 * 4 = 8$

(1) و هو الشرط إما مصرح به: بأن ذكرت أداة الشرط كقولك:

بعتك إن جاء زيد، فإن الشرط هنا محقق؛ لكونه اتي به بأداة الشرط و هي كلمة إن.

(2) فإن التعليق على يوم الجمعة ليس بأداة الشرط حتى يكون مصرحا به، بل يفهم من لازم الكلام، لأن تقييد الأخذ، أو التمليك بيوم الجمعة في معنى التعليق فهاتان صورتان.

ثم تضرب هاتان الصورتان و هما: كون التعليق مصرحا به، أو مستفادا من لازم الكلام في الصور الثمانية المذكورة يصير المجموع ست عشرة صورة اي $2 * 8 = 16$. أليك تفصيلها.

(الصورة الاولى): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الحال مع صراحة التعليق، و مع كون الشيء مما يصح تملكه شرعا، و يصح إخراجه عن ملكه، و المشتري يكون ممن يصح تملكه شرعا، و ممن يصح معه العقد

(الصورة الثانية): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الاستقبال مع صراحة التعليق، و مع كون الشيء مما يصح تملكه شرعا، و يصح -

إخراجه عن ملكه، ويكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا، و ممن يصح معه العقد.

(الصورة الثالثة): كون المعلق عليه محتمل التحقق في الحال مع صراحة التعليق، و مع كون الشيء مما يصح تملكه شرعا، و يصح إخراجه عن ملكه، و يكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا، و يكون ممن يصح معه العقد شرعا.

(الصورة الرابعة): كون المعلق عليه محتمل التحقق في الاستقبال مع صراحة التعليق، و مع كون الشيء مما يصح تملكه شرعا، و يصح إخراجه عن ملكه، و يكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا، و ممن يصح معه العقد شرعا.

(الصورة الخامسة): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الحال، مع كون التعليق من لوازم الكلام، و كون الشيء مما يصح تملكه شرعا، و يصح إخراجه عن ملكه شرعا، و يكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا و ممن يصح معه العقد شرعا.

(الصورة السادسة): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الاستقبال مع كون التعليق من لوازم الكلام؛ و كون الشيء مما يصح تملكه شرعا، و يصح إخراجه عن الملك شرعا، و يكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا، و ممن يصح العقد معه شرعا.

(الصورة السابعة): كون المعلق عليه محتمل التحقق في الاستقبال مع كون التعليق من لوازم الكلام، و كون الشيء مما يصح تملكه شرعا و يصح إخراجه عن الملك شرعا، و يكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا و ممن يصح العقد معه. -

(الصورة الثامنة): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الحال مع كون التعليق من لوازم الكلام، و كون الشيء مما يصح تملكه شرعا و مما يصح إخراجه عن الملك شرعا، و المشتري ممن يصح تملكه شرعا و ممن يصح معه العقد شرعا.

(الصورة التاسعة): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الحال مع صراحة التعليق، لكن الشيء الذي علق على الشرط لا يكون مما يصح تملكه شرعا كالكلب و الخنزير و الخمر، و يكون مما لا يصح إخراجه عن الملك كام ولد و الموقوف و التحبيس، و المشتري لا يكون ممن يصح تملكه شرعا كالعبد، و لا يكون ممن يصح العقد شرعا كالصبي و المجنون و المكره.

(الصورة العاشرة): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الاستقبال مع صراحة التعليق، لكن الشيء الذي علق على الشرط لا يصح تملكه شرعا و لا يصح إخراجه عن الملك، و لا يكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا و لا ممن يصح معه العقد شرعا كما عرفت مثال ذلك في الصورة التاسعة.

(الصورة الحادية عشرة): كون المعلق عليه محتمل التحقق في الحال مع صراحة التعليق، لكن الشيء الذي علق على الشرط لا يصح تملكه شرعا، و لا يصح إخراجه عن الملك، و لا يكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا، و لا ممن يصح معه العقد شرعا كما عرفت مثال ذلك في الصورة التاسعة.

(الصورة الثانية عشرة): كون المعلق عليه محتمل التحقق في الاستقبال مع صراحة التعليق، لكن الشيء الذي علق على الشرط يكون مما لا يصح -

- تملكه شرعا، ولا يصح اخراجه عن الملك شرعا، والمشتري يكون ممن لا يصح تملكه شرعا، و ممن لا يصح معه العقد شرعا كما عرفت مثال ذلك في الصورة التاسعة.

(الصورة الثالثة عشرة): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الحال مع كون التعليق من لوازم الكلام، لكن الشيء الذي علق على الشرط يكون مما لا يصح تملكه شرعا، ولا يصح إخراجه عن الملك شرعا والمشتري يكون ممن لا يصح تملكه شرعا، ويكون ممن لا يصح معه العقد شرعا كما عرفت مثال ذلك في الصورة التاسعة.

(الصورة الرابعة عشرة): كون المعلق عليه معلوم التحقق في الاستقبال مع كون التعليق من لوازم الكلام، لكن الشيء الذي علق على الشرط يكون مما لا يصح تملكه شرعا، ولا يصح إخراجه عن الملك شرعا، والمشتري يكون ممن لا يصح تملكه شرعا ويكون ممن لا يصح العقد معه شرعا كما عرفت مثال ذلك في الصورة التاسعة

(الصورة الخامسة عشرة): كون المعلق عليه محتمل التحقق في الحال مع كون التعليق من لوازم الكلام، و كون الشيء الذي علق على الشرط مما لا يصح تملكه شرعا، ولا يصح اخراجه عن الملك شرعا، والمشتري يكون ممن لا يصح تملكه شرعا، و ممن لا يصح معه العقد شرعا كما عرفت مثال ذلك في الصورة التاسعة.

(الصورة السادسة عشرة): كون المعلق عليه محتمل التحقق في الاستقبال مع كون التعليق من لوازم الكلام، لكن الشيء الذي علق على الشرط مما لا يصح تملكه شرعا، ولا يصح اخراجه عن الملك شرعا، والمشتري يكون ممن لا يصح تملكه شرعا، و لا ممن يصح معه العقد شرعا كما عرفت مثال ذلك في الصورة التاسعة.

وقوله في القرض و الهبة: خذ هذا بعوضه، أو خذ بلا عوض يوم الجمعة (1) فإن التمليك (2) معلق على تحقق الجمعة في الحال، أو في الاستقبال، ولهذا (3) احتمال العلامة في النهاية، ولده في الايضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته معللا بأن العقد وإن كان منجزا في الصورة (4) إلا أنه معلق، والتقدير ان مات مورثي فقد بعثك.

فما (5) كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر أنه غير قادح وفاقا لمن عرفت كلامه كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني و الصيمري (6)

+++++

(1) القيد راجع الى الهبة و القرض.

(2) و هو في قوله: ملكتك يوم الجمعة معناه: أنه اذا لم يكن يوم الجمعة لا يحصل التمليك.

(3) اي و لاجل تعلق التمليك على تحقق الجمعة في الحال، أو الاستقبال

(4) حيث إن الوارث يعلم أنه لو لم يمت مورثه لم يجز له البيع فهذا و إن كان منجزا في الظاهر، لكنه معلق في الواقع و نفس الامر فكأنه قال: إن مات مورثي فقد بعثك.

(5) من هنا كلام شيخنا الانصاري يريد أن يذكر أن أية صورة من التقادير للتعليق صحيحة، و أية منها فاسدة، فالفاء تفريع على ما ذكره من التقادير التي بلغت ست عشرة صورة: ثمانية منها يكون التعليق فيها صريحا، و ثمانية منها يكون التعليق فيها مستفادا من لازم الكلام كما عرفت الصور بكاملها.

فقسم الشيخ التعليق على أربعة أقسام فهذا: و هو ما كان منها معلوم الحصول يكون من القسم الاول.

(6) يأتي شرح حياة هؤلاء الأعلام في (أعلام المكاسب)

و حكي (1) أيضا عن المبسوط و الايضاح في مسألة ما لوقال: إن كان لي فقد بعته، بل لم يوجد في ذلك (2) خلاف صريح، و لذا (3) ادعى في الرياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحا و ما (4) كان منها معلوم الحصول في المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة فالظاهر أنه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز (5) و إن كان تعليههم (6) للمنع باشرط الجزم لا يجري فيه كما اعترف به (7)

+++++

(1) اى عدم القدح في الشرط المعلوم الحصول في الحال و حين العقد.

(2) اى في عدم قدح الشرط المعلوم الحصول في العقد.

(3) اى و لاجل عدم قدح الشرط المعلوم الحصول في العقد

(4) هذا هو القسم الثاني من أقسام التعليق حسب تقسيم الشيخ

(5) اى لا- يجوز التعليق في القسم الثاني كقولك: بعتك اذا طلعت الشمس فإن طلوع الشمس وصف محقق الحصول في المستقبل و لا ينافي الجزم الذي يكون معتبرا في العقد، لكن مع ذلك كله لا يجوز التعليق.

ثم لا- يخفى عليك أن اطلاق الوصف على القسم الثاني الذي يكون التعليق فيها محقق الحصول في الاستقبال كطلوع الشمس غدا غير معهود في تعابير القوم.

(6) اى تعلييل الفقهاء لعدم جواز التعليق بقولهم: إن التعليق مناف للجزم حال الانشاء لا يشمل هذا القسم، حيث إن المعلق عليه و هو الوصف حسب تعبير الشيخ محقق الحصول و الوقوع، لأنه بمثابة الامر الجزمي البتي، لكن مع ذلك لا يصح.

(7) اى بعدم جواز التعليق في القسم الثاني في قوله المتقدم الذي نقله عنه الشيخ في ص 100: و لو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لأن الاعتبار بجنس الشرط، لا بأنواعه و أفراده.

الشهيد فيما تقدم عنه، و نحوه (1) الشهيد الثاني فيما حكي عنه، بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه (2) مما لا خلاف فيه بيننا، بل بين العامة، فإنه (3) قال: اذا قال الواقف: اذا جاء راس الشهر فقد وقفته لم يصح الوقف (4) بلا خلاف (5)، لأنه مثل البيع والهبة، وعندنا مثل العتق أيضا (6) انتهى، فإن ذيله (7) يدل على أن مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالإمامية.

نعم (8) مماثلته للعتق مختصة بهم

+++++

(1) اي ونحو كلام الشهيد الاول في الاعتراف بعدم جواز التعليق في القسم الثاني كلام الشهيد الثاني.

(2) اي كون عدم جواز التعليق، و أن التعليق باطل.

(3) اي شيخ الطائفة قال:

(4) مع أن مجيء راس الشهر وصف محقق الحصول و الوقوع

(5) اي بلا خلاف بين السنة و الشيعة في عدم جواز التعليق على وصف محقق الحصول في الوقف.

(6) اي في أن العتق لا يجوز تعليقه على الشرط المحقق الحصول في المستقبل.

(7) اي ذيل كلام الشيخ في المبسوط: و هو قوله: وعندنا مثل العتق أيضا.

هذا تعليل لكون المراد من قول الشيخ في المبسوط: بلا خلاف هو الاتفاق بين الشيعة و السنة في عدم جواز التعليق في الوقف على وصف محقق الحصول في المستقبل.

(8) استدراك عما افاده: من أن الوقف كالبيع و الهبة في عدم -

ص: 111

و ما (1) كان منها مشكوك الحصول و ليست صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم (2)

و ما (3) كانت صحة العقد معلقة عليه كالأمثلة المتقدمة فظاهر اطلاق كلامهم يشملها، إلا أن الشيخ في المبسوط حكى في مسألة إن كان لي فقد بعته قولاً من بعض الناس بالصحة، وأن الشرط (4)، لا يضره (5)

+++++

- جواز التعليق فيه على الشرط المعلوم الحصول في المستقبل عند السنة و الشيعة

و خلاصته: أن تنظير الشيخ الوقف بالعتق مختص بالامامية، حيث إنهم يقولون بعدم جواز تعليق العتق على الشرط المعلوم الحصول في المستقبل دون علماء اخواننا السنة.

(1) هذا هو القسم الثالث من أقسام التعليق حسب تقسيم الشيخ قدس سره، وله نوعان ذكرهما الشيخ في المتن ونحن نشير إليهما تحت رقمهما الخاص.

(2) أي في عدم جواز التعليق على مثل هذه الشروط و إن كانت صحة العقد غير متوقفة على مثل هذا الشرط، و لكن مع ذلك كله فقد اتفقت الامامية على بطلان التعليق في مثل هذا القسم، و هذا هو النوع الاول من القسم الثالث كقولك: بعثك اذا قدم الحاج، فإن قدوم الحاج مشكوك الحصول، اذ يحتمل عدم مجيئه، و على فرض المجيء لم يعلم بالضبط مقدمه فيكون مجهولاً، لكن صحة العقد غير متوقفة عليه.

(3) هذا هو النوع الثاني من القسم الثالث

و خلاصته: أن الشيء المعلق على الشرط المجهول الحصول لو كانت صحة العقد متوقفة عليه لدخل في اتفاق الفقهاء على بطلانه.

(4) و هو الشرط المشكوك الحصول

(5) أي هذا الشرط لا يضر في العقد

ص: 112

مستدلا (1): بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه اطلاق العقد، لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل اذا كان اذن له في الشراء فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره وشرطه كما (2) لو شرط في البيع تسليم الثمن، أو تسليم المثل، أو ما اشبه ذلك (3). انتهى.

و هذا الكلام (4)

+++++

(1) كلمة مستدلا منصوبة على أنها حال لبعض الناس.

و خلاصة استدلال هذا البعض على أن الشرط المشكوك الحصول لا يضر بالعقد وإن كانت صحة العقد متوقفة على الشرط المشكوك الحصول:

أن هذا الشرط من مقتضيات اطلاق العقد و مفهومه، و ليس شيئاً زائداً خارجاً عنه حتى يكون مضراً للعقد، فإن اطلاقه يقتضي هذا، إذ صحة بيع الجارية من الموكل في قوله: إن كانت لي فقد بعته متوقفة على اذنه للوكيل لشراء الجارية، فاطلاق العقد يقتضي هذا الشرط فوجوده كعدمه فذكره لا يكون مفسداً للعقد.

(2) تنظير لكون اطلاق العقد مقتض لهذا الشرط، وأنه ليس خارجاً عنه، و لا يكون مفسداً له.

و خلاصته: أن البائع لو اشترط مع المشتري تسليم الثمن له، أو المشتري اشترط مع البائع تسليم المثل له فلا يكون هذا الشرط خارجاً عن العقد حتى يضربه، لأنه مفهوم العقد و مقتضاه، إذ اطلاق العقد يقتضي هذا الشرط.

(3) كاهلية البائع و المشتري: من حيث البلوغ و العقل و الاختيار

(4) و هو استدلال بعض الناس على أن الشرط المشكوك الحصول لا يكون مضراً بالعقد، لأنه من مقتضيات العقد و مفهومه فاطلاقه يقتضيه

ص: 113

وإن حكاة (1) عن بعض الناس، إلا أن الظاهر ارتضاؤه له.

و حاصله (2) أنه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم (3) العقد المترتبة عليه.

كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع (4) فتعليقه ببعض مقدماته كالالتزام ببعض غاياته (5) فكما لا يضر الالتزام بما يقتضيه العقد الزامه، كذلك التعليق بما كان الاطلاق معلقا عليه، و مقيدا به (6)

و هذا (7) الوجه وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد

+++++

(1) اى وإن حكى هذا الاستدلال شيخ الطائفة عن بعض الناس لكن الظاهر من حكايته عنه أنه راض بذلك.

(2) هذا كلام شيخنا الانصارى اى و حاصل استدلال بعض الناس وقد عرفت الحاصل في الهامش 1 ص 113 عند قولنا: و خلاصة استدلال هذا البعض.

(3) كتسليم الثمن؛ أو المثل.

(4) كملكية الثمن، أو المثل، أو اهلية البائع، أو المشتري.

(5) و هو تسليم الثمن و المثل كما عرفت.

(6) كما في قولك: إن كان لي فقد بعته، فالتعليق على مثل هذا الشرط غير مضر بالعقد.

(7) هذا كلام شيخنا الانصارى يريد أن يورد على استدلال بعض الناس الناس الذي ذكره شيخ الطائفة و الذي ارتضاه هو و نقله عنه شيخنا الانصارى هنا بقوله في ص 112: إلا أن الشيخ في المبسوط حكى في مسألة إن كان لي فقد بعته.

و خلاصة الرد: أن التعليق في مثل الشرط المشكوك الحصول بقوله: -

ص: 114

- بعثك إن كان لي موجود لا محالة، و لا يرتفع بما افاده هذا البعض بقوله:

إن هذا الشرط من مقتضيات العقد و متطلباته و مفهومه، و ليس شيئاً زائداً خارجاً عن مفهوم العقد.

بيان ذلك: أن المعلق على هذا الشرط في الواقع و نفس الامر شخص الاثر الشرعي الذي هو النقل و الانتقال المترتب على العقد: و الذي يقال له: معنى الاسم المصدري كالملكية و الزوجية مثلاً، لا إنشاء مدلول الكلام الذي هو بعث الذي هو من وظائف المتكلم و مختصاته: و أنه قائم بذاته: بمعنى أن صدره لا بد أن يكون منه.

و من الواضح: أن الذي علق في كلام المتكلم: و هو الانشاء غير معلق في الواقع و نفس الامر على شيء ابدأ.

و الذي هو معلق في الواقع و نفس الامر على شيء الذي هو الاثر الشرعي و هو النقل و الانتقال كما عرفت ليس معلقاً في كلام المتكلم الذي هي ملكية البائع في قوله: بعثك على شيء ابدأ، بل و ليس منجزاً على شيء اصلاً، لأنه لا ربط له بمدلول كلام المتكلم الذي هو إنشاء بعث، فهو خارج عنه، لأن الاثر الشرعي الذي هو النقل و الانتقال رفعه و وضعه بيد الشارع، لا بيد المتكلم حتى يكون متوقفاً على كلامه.

نعم لو كان المعلق في كلام المتكلم الذي هي نفس الانشاء معلقاً على شيء للزم المحذور المذكور: و هو منافاة التعليق للتنجيز فينهض ما افاده المستدل: من أن هذا الشرط من مقتضيات العقد و مفهومه لدفع المحذور المذكور: و هو أن التعليق ينافي الجزم.

لأن (1) المعلق على ذلك الشرط (2) في الواقع هو ترتب الاثر الشرعي (3) على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام (4) الذي هو وظيفة المتكلم، فالمعلق (5) في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء، و المعلق (6) على شيء ليس معلقا في كلام المتكلم على شيء، بل ولا منجزا، بل هو شيء (7) خارج عن مدلول الكلام (8) إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له (9) كاف في عدم الظن بتحقيق الاجماع عليه (10) مع أن ظاهر هذا التوجيه (11) لعدم

+++++

(1) تعليل لعدم قيام ما ذكره المستدل للدفع عن المحذور في التعليق

وقد عرفته عند قولنا في ص 114: و خلاصته: أن التعليق في مثل الشرط.

(2) و هو الشرط المشكوك الحصول كما عرفت آنفا.

(3) و هو النقل و الانتقال كما عرفت آنفا.

(4) و هي نفس بعت كما عرفت آنفا.

(5) الذي هي نفس الانشاء كما عرفت آنفا.

(6) و هو الاثر الشرعي كما عرفت آنفا.

(7) و هو الاثر الشرعي الذي علق العقد كما عرفت آنفا.

(8) الذي هي نفس بعت كما عرفت.

(9) اي لاستدلال بعض الناس

(10) اي على اشتراط التنجيز في العقد.

(11) اي توجيه بعض الناس منافية التعليق للتنجيز.

هذا إشكال آخر من شيخنا الأنصاري.

و خلاصته: أن ظاهر توجيه بعض الناس يدل على أن محل الكلام و محوره في جواز التعليق و عدمه: هو الأعم من علم البائع بوجود المعلق عليه و عدمه حين إجراء العقد كما في صورة التوكيل، فإن البائع حينما يقول: -

قدح التعلق يدل على أن محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه (1) بصورة العلم.
و يؤيد ذلك (2) أن الشهيد في قواعده جعل الأصح صحة تعليق البيع على ما هو (3) شرط فيه كقول البائع: بعثك إن قبلت.
و يظهر منه ذلك (4) أيضا في أواخر القواعد.

ثم إنك قد عرفت أن العمدة في المسألة (5) هو الاجماع

+++++

- بعث الجارية إن كانت لي عند ما و كل زيدا لشرائها لا يدري أن الجارية قد اشترت أم لا، و لذا ينشأ البيع على هذا الشرط: فعليه لا مجال لاختصاص محل النزاع في جواز التعليق و عدمه بصورة علم البائع بوجود المعلق عليه عند ما يجري العقد كما توهمه بعض.

(1) اى اختصاص محل النزاع بعلم البائع بوجود المعلق عليه كما عرفت

(2) و هو أن محل النزاع الأعم: من صورة العلم بوجود المعلق عليه و عدمه، و لا اختصاص له بوجود علم البائع بذلك.

(3) اى التعليق شرط في البيع في قوله: بعثك إن قبلت.

فالشهيد قدس سره ذكر صحة التعليق و اتى له بالمثال من غير تقييده بصورة علم البائع بوجود المعلق عليه عند البيع.

بل اطلقه، فهذا الاطلاق دليل على أن محل النزاع في جواز التعليق و عدمه هو الأعم.

(4) و هو عدم اشتراط علم البائع بوجود المعلق عند اجراء العقد و أن محل النزاع هو الأعم.

(5) و هو اشتراط التنجيز في العقد، هذا عود على بدء: اى العمدة في مسألة اشتراط التنجيز هو الاجماع المدعى من قبل تمهيد القواعد -

وربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الإنشاء (1) للتعليق، وبطلانه (2) واضح، لأن المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول (3) الكلام فالتعليق غير متصور فيه، إلا أن الكلام ليس فيه (4)

وإن كان الكلام في أنه كما يصح إنشاء الملكية المتحققة على كل تقدير (5) فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله:

+++++

- الذي نقله الشيخ عنه في ص 96 بقوله: وعن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه.

وبالاتفاق المدعى من قبل الشهيد في المسالك في مسألة الوقف الذي نقله الشيخ عنه في ص 96 بقوله: وظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتفاق عليه.

(1) اى طبيعة الانشاء لا تلائم التعليق، فإن الانشاء قد اخذ في مفهومه الجزم والقطع والبت، و التعليق ينافي ذلك، فهما شيان متضادان متنافران.

(2) اى بطلان هذا التوجيه: و هو عدم قابلية الانشاء للتعليق ظاهر

(3) اى لو كان المراد من الانشاء الذي هو في كلام الموجه هو مدلول الكلام و هو الاثر الشرعي الذي هو النقل و الانتقال فالتعليق غير متصور في مدلول الكلام ابدأ، لأنك قد عرفت أننا أنه ليس معلقاً على شيء في كلام المتكلم، بل و ليس منجزاً على شيء اصلاً، لعدم ربطه بمدلول الكلام، اذ رفع الاثر الشرعي و وضعه بيد الشارع فيكون وقوع الاثر الشرعي تلقائياً مسبباً عن إنشاء العقد.

(4) اى البحث في جواز التعليق و عدمه ليس في مدلول الكلام الذي هو الاثر الشرعي.

(5) اى سواء حصل الشرط أم لا

ص: 118

هذا لك إن جاء زيد غداً، وخذ المال قرضاً، أو قراضاً (1) إذا اخذته من فلان، ونحو ذلك (2) فلا ريب في أنه امر متصور واقع في العرف (3) و الشرع كثيراً كما في الأوامر (4)، و المعاملات: من العقود (5) و الايقاعات (6)

و يتلوا هذا الوجه (7) في الضعف ما قيل (8): من أن ظاهر ما دل

+++++

(1) و هي المضاربة الذي يكون المال من واحد، و العمل من الآخر

(2) كقولك: بعثك الدار إن ملكتها.

(3) كما عرفت في المثال المتقدم.

(4) اى الشرعية كالواجب المشروط في قوله تعالى: **وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا**، فإن القيد فيه راجع الى المادة لا الهيئة.

و ما نحن فيه و هو قولك: بعثك الدار إن جاء زيد كذلك، لأن الالتزام بكون الدار للمشتري بعد مجيء زيد على نحو يرجع التقييد الى كونها له، لا- الى الالتزام: و مثله يكون منشأً لاعتبار ملكية المشتري لها حين مجيئه، اذ حقيقة التمليك ليس إلا ايجاد ما يكون منشأً لاعتبار الملكية و قد انشأ.

(5) كالوصية في قولك: اعط زيدا مائة دينار بعد وفاتي.

(6) كالنذر في قولك: لله علي صوم يوم لو عوفيت.

(7) و هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق.

(8) القائل هو الشيخ صاحب الجواهر

و خلاصة ما افاده: أن العقد سبب لحصول المسبب الذي هو الاثر الشرعي الذي هو النقل و الانتقال فاذا ثبتت السببية ترتب المسبب عليه عند إجراء العقد حالا. -

على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق اثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك (1)

وفيه (2) بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة و اللزوم في مثل قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، لأن دليل حلية البيع، و تسلط الناس على أموالهم

+++++

- وهذا الترتب إنما يحصل فيما اذا لم يكن العقد معلقا على شيء معناه تعليق اثره عليه، و تعليق الاثر مخالف للترتب الذي قلناه.

بعبارة اخرى: أن اطلاق الامر بالوفاء في قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** يقتضي أن كل عقد من العقود ملزوم لتنجز الامر بالوفاء بالعقد، فاذا لم يكن كذلك لم يك داخلا في العقود، و اذا لم يكن داخلا فيها لا تشمله الصحة و اللزوم.

و من الواضح أن العقد المعلق على شيء لا يكون ملزوما لتنجز الامر بالوفاء، لأن التعليق ينافي بالتنجيز فيكون غير صحيح.

(1) اى لكون العقد سببا لترتب مسببه عليه كما عرفت آنفا.

(2) اى و فيما افاده صاحب الجواهر نظر و إشكال.

و خلاصة ما افاده في الرد: أنه لا نسلم انحصار سببية الصحة و اللزوم في العقد بآية **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** حتى يقال: إن ترتب المسبب على السبب حال وقوع العقد امر مسلم بديهي: بمعنى أن ترتب المسبب على السبب عند وقوع العقد يكون امرا (اتوماتيكيا) على اصطلاح اهل العصر فاذا علق اثره الذي هو النقل و الانتقال على شرط من جانب المتعاقدين يكون مخالفا لترتب المسبب على السبب، لأن المعلق لا يحصل إلا بعد حصول الشرط.

بل هناك أدلة اخرى كافية للصحة و اللزوم كدليل و احل الله البيع و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الناس مسلطون على أموالهم -

ص: 120

كاف في اثبات ذلك: أن (1) العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إلا مفاد اوفوا بالعهد: في أن العقد كالعهد اذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

و الحاصل أنه إن اريد بالمسبب مدلول العقد فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها، وإن اريد به الاثر الشرعي و هو ثبوت الملكية فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة، بل هو مطلق الملك، فان كان البيع غير معلق كان اثره الشرعي الملك الغير المعلق وإن كان معلقا فاثرة الملكية المعلقة، مع (2) أن تخلف الملك عن العقد كثير جدا (3)

+++++

- وعلى فرض تسليم سببية العقد لترتب المسبب عليه يكون معناه أن العقد سبب لحصول مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله.

فإن كان مدلوله معلقا يجب الوفاء به معلقا، وإن كان منجزا يجب الوفاء به منجزا فلا يقال: إن العقد اذا وقع على وجه التعليق لا يوجب الوفاء به.

فمفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مفاد اوفوا بالعهد، فإن العقد هو العهد فلا اختصاص لاوفوا بالعقود بالوفاء بالعقد المنجز.

(1) هذا هو الإشكال على صاحب الجواهر وقد عرفته آنفا.

(2) هذا إشكال ثان من الشيخ على صاحب الجواهر فيما افاده من سببية العقد لترتب المسبب عليه.

(3) كما في بيع الصرف، بناء على أن القبض شرط في صحته، فهنا قد تخلف المسبب عن السبب و لم يترتب عليه.

مع أن (1) ما ذكره لا يجري في مثل قوله: بعثك إن شئت، أو إن قبلت فقال: (2) قبلت، فإنه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه، مع (3) أن هذا لا يجري في الشرط المشكوك المتحقق في الحال (4)، فإن (5) العقد حينئذ

+++++

(1) هذا إشكال ثالث من الشيخ على ما افاده صاحب الجواهر:

من سببية العقد لترتب المسبب عليه.

(2) اى المشتري قال بعد التعليق من جانب البائع: قبلت فهنا علق العقد على الشرط وهو قبول المشتري و مشيته، لكن مع ذلك قد ترتب المسبب على السبب فلم يلزم التخلف.

(3) هذا إشكال رابع على ما افاده صاحب الجواهر: من سببية العقد لترتب المسبب عليه فلا يجوز التعليق عليه.

(4) كقول البائع: بعثك الدار إن كان اليوم يوم الخميس مع أن اليوم يوم الخميس، لكن البائع لا يدري بذلك شك فيه.

فهنا علق العقد على الشرط و لكن لم يتخلف ترتب المسبب عليه فإن البيع قد حصل، لتحقق شرطه في الواقع و نفس الامر.

(5) تعليل لعدم جريان ما افاده صاحب الجواهر: من أن التعليق مخالف لترتب المسبب على السبب: في الشرط المشكوك المتحقق في الحال

و خلاصته أن التعليق على مثل هذا الشرط يكون مراعى اى منتظرا على انكشاف الشرط: بمعنى أن الشرط المشكوك المتحقق في الحال: و هو كون اليوم يوم الخميس متحقق ثبوتا و واقعا، لكنه مشكوك عند البائع أو عنده و عند المشتري اثباتا، فعند انكشافه ينكشف تحقق المسبب و هو الاثر من حين العقد و يترتب عليه، فلا يلزم ما افاده: من أن التعليق مخالف لترتب الاثر.

ص: 122

يكون مراعى، لا (1) موقوفا، مع (2) أن ما ذكره لا يجري في غيره (3) من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى.

+++++

(1) اى و ليس التعليق على الشرط المشكوك المتحقق في الحال موقوفا على تحقق هذا الشرط في الخارج حتى يلزم المحذور المذكور: و هو أن التعليق مخالف لترتب المسبب على السبب. لأن معنى التوقف هو أن الشرط غير متحقق ثبوتا و اثباتا.

وقد عرفت أن الشرط المشكوك المتحقق في الحال متحقق ثبوتا، لكنه مشكوك اثباتا فعند الانكشاف ينكشف تحقق المسبب من حين العقد فيترتب على السبب.

(2) إشكال خامس على ما افاده صاحب الجواهر: من أن التعليق مخالف لترتب المسبب على السبب.

(3) اى في غير البيع كالوصية في قول الموصي: اعطوا زيدا مائة دينار بعد وفاتي، لأن مقتضاها و هو تنفيذ الوصية الذي هو اعطاء زيد مائة دينار يكون بعد وفاة الموصي.

فعلى ما افاده صاحب الجواهر: من أن التعليق مخالف لترتب المسبب على السبب يقتضي أن لا تكون الوصية نافذة مع أنها نافذة بالاتفاق.

و كذلك الجعالة في قول القائل: من رد علي ضالتي فله عندي دينار واحد مثلا، فإن الدينار يعطى للواجد بعد وجدان الضالة و تسليمها الى الجاعل.

فعلى ما افاده صاحب الجواهر يقتضي أن لا تكون الجعالة نافذة لتخلف المسبب عن السبب عند العقد، مع أنها نافذة بالاجماع.

و كذلك السبق و الرماية في قول المتسابقين، أو ثالث: إن سبقت بالفتح فلك دينار، و إن سبقت بصيغة المتكلم فلي دينار. -

وليس (1) الكلام في خصوص البيع؛ وليس على هذا الشرط في كل عقد دليل على حدة (2).

ثم الأضعف من الوجه المتقدم (3) التمسك في ذلك (4) بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن (5) و ليس (6)

+++++

- أو إن رميت و اصببت بفتح التاء الهدف فلك دينار، و إن اصببت بالضم فلي دينار، فإن ترتب المسبب على السبب يكون في مثل هذه العقود مخالفا دائما، مع أنها نافذة بالاجماع.

(1) اي و ليس إشكال صاحب الجواهر في خصوص عقد البيع بل إشكاله جار في جميع العقود.

(2) بأن يقال: قام دليل خاص على عدم جواز التعليق في البيع و قام دليل خاص آخر على جوازه في العقد الفلاني كالوصية مثلا.

(3) و هو ما ذكره (صاحب الجواهر): من أن التعليق مخالف لترتب المسبب على السبب.

(4) اي في اشتراط التنجيز في العقود.

و خلاصة هذا الاستدلال: أن الأسباب و العلل الشرعية للملكية مثلا توقيفية ليست قابلة ليد الجعل من غير مشرعها. فلا بد من صدورها من مصدرها و هو المشرع الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم.

و من جملة الأسباب الشرعية العقود، و المسلم من العقود، و المتيقن منها هي العقود المنجزة، لا الأعم منها و من التعليق.

(5) هو العقد المنجز كما عرفت آنفا.

(6) اسم ليس مستتر يرجع الى المتيقن اي و ليس المتيقن سوى العقد المجرد عن التعليق.

ص: 124

الا العقد العاري عن التعليق، إذ فيه (1) أن اطلاق الأدلة مثل حلية البيع و تسلط الناس على أموالهم، و حل التجارة عن تراض، و وجوب الوفاء بالعقود، و أدلة سائر العقود كافية في التوقف.

و بالجمله فاثبات هذا الشرط (2) في العقود مع عموم أدلتها (3) و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الاجماع محققا (4) أو منقولاً مشكلاً.

ثم إن القادح (5) هو تعليق الانشاء.

و أما اذا انشأ من غير تعليق صح العقد، و إن كان المنشئ مترددا في ترتب الاثر عليه شرعا، أو عرفا كمن ينشأ البيع و هو لا يعلم أن المال له، أو أن المبيع مما يتمول (6) أو أن المشتري راض حين الايجاب أم لا

+++++

(1) هذا رد من الشيخ على القائل بتوقيفية الأسباب الشرعية التي منها العقد المنجز.

و خلاصته: أن دليل وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ، و إن الناس مسلطون على أموالهم و تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ ؛ و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، و بقية الأدلة الواردة في العقود كاف لتوقيفية الأسباب من غير احتياج لها بالتمسك بتنجز العقود.

(2) و هو التنجز.

(3) اي عموم أدلة العقود، حيث إنها وردت عامة لا اختصاص لها بالعقد المنجز فتسمل المعلق منها أيضا و لا سيما بعد ورود العقود في العرف و الشرع كما عرفت في الهامش 5-6 ص 119

(4) اي محصلا الذي يكشف عن قول الامام عليه السلام.

(5) اي التعليق المضر في العقد

(6) كغير الخمر و الكلب و الخنزير

ص: 125

أو غير ذلك مما تتوقف صحة العقد عليه عرفاً، أو شرعاً (1)

بل الظاهر أنه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقق القصد إلى التملك العرفي.

وقد صرح بما ذكرنا (2) بعض المحققين، حيث قال: لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتقاع القصد.

نعم ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية، أو الشك فيها عند إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقق القصد إليه (3) منجزاً من دون العلم بالزوجية.

وكذا (4) الرقبة في العتق، وحينئذ (5) فإذا مست الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط، وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من إبرازه بصورة التنجز، وإن كان في الواقع معلقاً؛ أو يوكل غير الجاهل بالحال بايقاعه ولا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل، لأن فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتقاع الأذن إلا أن ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطان (6) فيما لو زوج امرأة

+++++

(1) كالبلوغ والعقد والاختيار، وعدم الحجر

(2) من أن القادح في التعليق هو التعليق في الإنشاء نفسه

(3) أي إلى الطلاق مع الشك في الزوجية، أو عدم الزوجية، فإنه لا يحكم بوقوع الطلاق لو طلق معلقاً.

(4) أي وكذا يشكل الأمر في مثل الرقية، فإنه لا يحكم بالعتق لو اعتق معلقاً.

(5) أي وحين أن كان الشرط من الشروط المقومة للعقد كالزوجية

(6) أي بطلان العقد

ص: 126

يشك في أنها محرمة عليه فظهر حلها، وعلل ذلك (1) بعدم الجزم حال العقد.

قال: وكذا الايقاعات كما لو خالغ امرأة، أو طلقها و هو شاك في زوجيتها، أو ولي نائب الامام عليه السلام قاضيا لا يعلم اهليته وإن ظهر اهلا.

ثم قال: ويخرج من هذا (2) بيع مال مورثه، لظنه حياته فبان ميتا، لأن (3) الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البائع غير معلومة.

+++++

(1) اى بطلان العقد على امرأة يشك في زوجيتها فظهر حلها.

(2) اى من الجزم ببطلان العقد.

(3) تعليل لخروج بيع مال مورثه ظنا منه حياته فبان ميتا: عن بطلان العقد على من زوج امرأة يشك في زوجيتها.

و خلاصته: أنه فرق بين العقد على امرأة يشك في زوجيتها، فظهر حلها، وبين بيع مال مورثه ظنا منه حياته فبان موته، اذ في الاول لا يوجد الجزم بالزوجية حال العقد فالإنشاء يكون معلقا على شيء مشكوك الوقوع فالآثر الشرعي الذي هي الزوجية مشكوك الحصول من بداية الامر و حين وقوع العقد.

وفي الثاني الجزم بالآثر الشرعي موجود من بداية العقد و صدوره فلا يكون العقد معلقا على شيء مشكوك الحصول حين وقوع العقد إلا خصوصية المالك: من أنه الوارث، أو المورث غير معلومة عند العقد و عدم معرفة الخصوصية غير مضر بالعقد.

ثم لا يخفى عليك أن الشيخ قدس سره قال: لكن خصوصية البائع غير معلومة، لكن الأولى التعبير بالمالك كما ذكرنا لك، اذ الظاهر أن البائع معلوم، لكن المالك غير معلوم.

وإن قيل بالبطلان (1) أمكن، لعدم القصد الى نقل ملكه.

و كذا (2) لو زوج امة ابيه فظهر ميتا. انتهى.

و الظاهر (3) الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه (4): بإمكان الجزم فيهما

+++++

(1) اى ببطلان بيع مال مورثه ظنا منه أنه في قيد الحياة.

(2) اى و كذا يخرج تزويج امة ابيه ظنا منه حياته فبان موته عن بطلان تزويج إمرة يشك في زوجيتها ويدخل في الصحة.

و يحتمل أن يشمل قوله: (وإن قيل بالبطلان أمكن) فيحكم ببطلان هذا التزويج أيضا كما افاد البطلان في بيع مال مورثه ظنا منه حياته.

(3) هذا كلام شيخنا الانصاري يريد أن يذكر فرقا بين الطلاق الذي افاده الشهيد ببطلانه، و بين طرفيه و هما: التزويج على امرأة يشك في

زوجيتها، و تولية نائب الامام عليه السلام قاضيا لا يعلم اهليته و إن ظهر اهلا الذين افادهما الشهيد، و حكم ببطلانها.

(4) الباء بيان لكيفية الفرق بين الطلاق و طرفيه.

و خلاصته: أن الجزم باثر العقد في الطلاق و طرفيه موجود.

أما في الزوجية فلأن الاصل فيها عدم كون المرأة احدى محارمه:

من البنات و الام و الاخت و العممة و الخالة؛ و بنات الأخ و بنات الأخت فلاجراء هذا الاصل يحل له الاقدام على زواجها فبهذا الأصل

يجري حلية الزوجية فيقدم على زواجها.

و أما في التولية فلأن نائب الامام يشك في اهلية القاضي بفسق فيجري أصالة عدم الفسق فنثبت الأهلية له.

فهذان الاصلان الاصيلان اوجبا الجزم.

بخلاف الطلاق، فإنه لا اصل هناك حتى يجري، اذ عند الشك -

دون مثال الطلاق. فافهم (1)

وقال (2) في موضع آخر و لو طلق بحضور خنثيين فظهرها رجلين أمكن الصحة، و كذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا
و يشكلان (3) في العالم بالحكم (4)، لعدم قصدهما الى طلاق صحيح انتهى.

من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول

و من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول (5) فلو اختلفا في المضمون: بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث
خصوص المشتري (6)، أو المثلن (7)، أو الثمن (8)

+++++

في زوجيتها لا يصح للطالق إجراء عدمها حتى يجوز له الطلاق، بل لا بد من إحراز الزوجية.

(1) اشارة الى أن بيان كيفية الفرق بين الطلاق، و طرفيه غامض جدا، و مشكل للنهاية، لاحتياجه الى تعمق زائد كما عرفت من ذكرنا لك
الاصلين في طرفي الطلاق، و عدم مجيء الاصل في الطلاق.

(2) اى الشهيد الاول.

(3) اى الطلاق بحضور خنثيين فظهرها رجلين، و الطلاق بحضور رجلين يظن فسقهما فظهرها عدلين.

(4) و هو لزوم حضور رجلين عند الطلاق، و لزوم حضور عدلين عنده.

(5) من حيث البائع و المشتري، و الثمن و المثلن.

(6) بأن خاطب زيدا بالبيع فقال: بعتك فاجاب عمرو بالقبول

(7) بأن قال: بعتك الدار فقال المشتري: قبلت البستان

(8) بأن قال البائع: بعتك الدار بالف دينار فقال المشتري: قبلت بالف جنيه.

ص: 129

أو توابع العقد من الشروط (1) فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد (2)

ووجه هذا الاشتراط (3) واضح و هو (4) مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالايجاب فحينئذ (5)

لوقال: بعته من موكلك بكذا فقال: اشتريته لنفسي لم ينعقد (6)

و لوقال: بعته هذا من موكلك فقال الموكل (7)

+++++

(1) بأن قال البائع: بعتهك الدار بالف بشرط أن تخيط لي ثوبي فقال المشتري: قبلت بلا شرط.

(2) اي في جميع هذه الصور التي خالف قبول المشتري مع البائع أو كان المشتري غير الذي اوقع البائع معه العقد: يكون العقد باطلا للزوم التطابق بين الايجاب و القبول.

(3) و هو التطابق بين الايجاب و القبول.

(4) اي التطابق بين الايجاب و القبول.

(5) اي فحين أن كان مبدأ التطابق بين الايجاب و القبول مأخوذا من اعتبار القبول الذي هو الرضا بالايجاب الصادر من الموجب فاللازم التطابق بينهما حرفيا من جميع الجوانب و الجهات.

فإن كان الايجاب مشتملا على ثمن معين معلوم القدر و الجنس و الوصف مقيدا بشرط معلوم، سواء ذكر في متن العقد أم في خارجه فلا بد من اشتمال القبول على ذلك الايجاب بتمام خصوصياته و جزئياته، لأنه بمعنى الرضا و الرضا لا بد أن يكون رضا بذاك الايجاب.

(6) لعدم التطابق بين الايجاب و القبول، اذ الايجاب وقع على الموكل و القبول وقع لنفس الوكيل.

(7) الذي كان حاضرا عند إجراء العقد.

غير المخاطب: قبلت صح (1)

و كذا (2) لو قال: بعتك فامر المخاطب وكيله بالقبول فقبل

و لو قال: بعتك العبد بكذا فقال: اشتريت نصفه بتمام الثمن، أو نصفه (3) لم ينعقد (4)

و كذا (5) لو قال: بعتك العبد بمائة درهم فقال: اشتريته بعشرة دنانير.

و لو قال للاثنين: بعكما العبد بالف فقال احدهما: اشتريت نصفه

+++++

(1) اى صح هذا العقد للتطابق بين الايجاب و القبول.

(2) اى و كذا صح العقد لو قال البائع للوكيل: بعتك فامر الموكل وكيله بالقبول.

(3) اى اشتريت تمام العبد بنصف الثمن.

(4) اى مثل هذه المعاملة التي وقع القبول فيها على شراء نصف العبد بتمام الثمن، أو بنصف الثمن، لعدم التطابق بين القبول و الايجاب، لأن البائع أوقع البيع على تمام العبد بتمام الثمن لا على نصفه بتمام الثمن حتى يقول المشتري: قبلت نصفه بتمام الثمن، فاختلف الايجاب و القبول من حيث المثل.

و لا أوقع العقد على تمام العبد بنصف الثمن حتى يقول المشتري:

قبلت تمام العبد بنصف الثمن فاختلف الايجاب و القبول من حيث الثمن

(5) اى و كذا لا ينعقد العقد لو قال البائع: بعتك العبد بمائة درهم فقال المشتري: قبلت بعشرة دنانير، لاختلاف الايجاب و القبول من حيث الثمن و إن كانت عشرة دنانير تساوي مائة درهم.

ص: 131

بنصف الثمن لم يقع (1)

و لو قال كل منهما: (2) ذلك لا يبعد الجواز، ونحوه (3) لو قال البائع: بعثك العبد بمائة فقال المشتري: اشتريت كل نصف منه بخمسين

وفيه (4) إشكال

من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من ايجابه و قبوله في حال

إشارة

و من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من ايجابه و قبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء، فلو كان المشتري في حال ايجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الايجاب لم ينعقد.

+++++

(1) اى العقد، لاختلاف الايجاب و القبول من حيث الثمن و المثلن اذ البيع وقع على تمام العبد بالف دينار، و القبول وقع من احد الاثنين على نصف العبد بنصف الثمن

(2) اى لو قال كل واحد من الاثنين الذين قال البائع لهما: بعثكما العبد بالف دينار: اشتريت نصف العبد بنصف الثمن لا يبعد الجواز و صحة العقد، لأن الغرض من بيع العبد هو بيعه بقدر معين و هو الف دينار و قد حصل الغرض بشراء كل واحد من الاثنين نصف العبد بنصف الثمن المعين فطابق القبول الايجاب.

(3) اى و نحو الفرض السابق في الجواز و صحة العقد.

(4) اى و في جواز مثل قول البائع: بعثك العبد بمائة فقال المشتري:

اشتريت كل نصف منه بخمسين اشكال و نظر.

وجه الاشكال أن الظاهر من الايجاب هنا هو ايجاب البيع على مجموع العبد على وجه الاستقلال، لا على وجه التضامن، و القبول لا بد أن يقع طبقا لهذا الايجاب. -

ص: 132

ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الاغماء، بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة و المعاهدة حينئذ (1)

و أما صحة (2) القبول من الموصى له بعد موت الموصي فهو (3) شرط تحققه لا ركن، فإن حقيقة الوصية الايصاء، و كذا لومات (4) قبل القبول قام وارثه مقامه، و لورد (5) جاز له القبول بعد ذلك

+++++

- و من الواضح أن القبول هنا قد وقع على المجموع على وجه التضمن لا على وجه الاستقلال.

(1) اى حين أن كان البائع و المشتري مجنونين، أو ميتين، أو نائمين

(2) دفع وهم

حاصل الوهم أنه لو كانت القابلية شرطاً في الموجب و القابل، و أن الموت مانع عن تحقق المعاهدة و المعاقدة فيما بينهما فما نقولون في قبول الموصى له بعد موت الموصي و قبل قبوله مع أن الفقهاء قالوا بصحة قبول الموصى له بعد موت الموصي؟.

(3) هذا جواب عن الوهم.

و خلاصته: أن القبول في الوصية شرط لتحقيق الايصاء، لا أنه ركن لها، لأن حقيقة الوصية هو الايصاء، من دون أن يكون القبول من مقومات الوصية و أركانها، فلا يلزم وقوع القبول من الموصى له على وجه لا يصح منه الانشاء.

(4) اى الوصي

(5) اى و لورد الوصي الوصية يجوز له القبول بعد الرد.

ص: 133

وإن كان (1) لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه عن مفهوم التعاهد و التعاقد، لأن المعتر فيه (2) عرفا رضا كل منهما لما ينشأ الآخر حين إنشائه كمن (3) يعرض له الحجر بفلس، أو سفه أو ورق أو قرض أو مرض موت

و الأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق.

و كذا لو كان المشتري في زمان الايجاب غير راض، أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير.

فصحة كل من الايجاب و القبول يكون معناه قائما في نفس المتكلم من أوّل العقد الى أن يتحقق تمام السبب، و به (4) يتم معنى المعاقدة فاذا لم يكن هذا المعنى (5) قائما في نفس احدهما، أو قام و لم يكن قيامه معتبرا (6) لم يتحقق معنى المعاقدة.

ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره و مقتضاه عدم اعتباره من احدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الايجاب و قبل القبول.

+++++

(1) اى إن كان عدم قابلية المتعاقدين.

(2) اى في مفهوم التعاهد و التعاقد.

(3) مثال للمتعاقدين لا يعتبر رضاها، و كذا بقية الأمثلة التي ذكرها الشيخ كلها مثال للمتعاقدين لا يعتبر رضاها.

(4) اى و بتمام السبب

(5) و هو قيام الايجاب و القبول بنفس المتكلم من بداية العقد الى أن يتحقق تمام السبب.

(6) كما لو كان محجورا عليه، أو مفلسا، أو مجنوناً.

ص: 134

اللهم إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكروه على خلاف القاعدة (1) لاجل الاجماع (2)

فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة

فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا (3) في شروط الصيغة فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه (4)

+++++

(1) اذ القاعدة تقتضي في المتعاقدين أن يكون الرضا حاصلًا و موجودًا من بداية العقد.

(2) اى مخالفة المكروه للقاعدة لاجل الاجماع القائم على عدم وجود الرضا فيه من اول الامر.

(3) صور المسألة أربعة:

(الاولى): كون المتعاقدين مجتهدين.

(الثانية): كونهما مقلدين.

(الثالثة): كون البائع مجتهدًا و المشتري مقلدا.

(الرابعة): كون المشتري مجتهدًا و البائع مقلدا.

(4) اى وجوه ثلاثة. أليك شرح الوجوه مع ذكر مثال لها.

وفرض المسألة في اختلاف المتعاقدين اجتهادا، أو تقليدا هكذا: الموجب ممن لا يرى العربية في العقد اجتهادا.

والمشتري يشترط العربية فيه اجتهادا، أو تقليدا فهل يجوز لكل منهما العمل برأيه فيوقع البائع العقد بالفارسية مثلا؛ و المشتري يقبله بالعربية: بأن قال البائع: فروختم و المشتري يقول: قبلت؟

اذا عرفت هذا فالأقوال في هذه المسألة ثلاثة

(الأول): جواز ذلك و صحة العقد في حقهما.

(الثاني): عدم جواز ذلك، و عدم صحة العقد في حقهما. -

ثالثها: (1) اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا- قائل بكونه سببا في النقل كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب و جواز العقد بالفارسية اردؤها (2) أخيرها و الأولان (3)

+++++

- (الثالث): عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل به كما لو قال المشتري بجواز تقديم القبول على الايجاب؛ لكنه لا يجوز العقد بالفارسية

وقال البائع بجواز العقد بالفارسية فقدم المشتري القبول باللفظ العربي عملا بمذهبه و اوجب البائع البيع بالفارسية، عملا بمذهبه.

فحصل هنا عقد فارسي مقدم فيه القبول على الايجاب.

و من الواضح أن القائل باشتراط العربية يعتبرها في جميع العقد المركب من الايجاب و القبول، و لا يرى العقد المشتتمل ايجابه على الفارسية عقدا عربيا فيحكم بفساد هذا العقد اجتهادا، أو تقليدا.

كما أن القائل بوجوب تأخير القبول عن الايجاب يرى فساد العقد اذا تقدم فيه القبول على الايجاب.

فالعقد يكون فاسدا على كلا المذهبين

(1) عرفت شرح الوجه الثالث آنفا.

(2) اى الوجه الثالث أردأ الوجوه الثلاثة.

وجه الأردئية أن الاجماع الذي لم يتوارد فيه أقوال المجمعين على عنوان واحد، بل كل واحد افتي بغير ما افتي به صاحبه مما لا يعقد به، لتخطئة كل واحد من المفتيين صاحبه.

(3) و هو الوجه الاول المشار إليه في الهامش 4. ص 135 و الوجه الثاني المشار إليه في الهامش 4. ص 135

ص: 136

+++++

(1) خلاصة هذه العبارة: أن الوجه الاول والثاني من الوجوه الثلاثة في اختلاف المتعاقدين اجتهادا، أو تقليدا مبنيان على القول بكون الأحكام الظاهرية التي اجتهد فيها المجتهد كالأحكام الواقعية الاضطرارية: في أنها مجزية عن الواقع، و مسقطه للتكليف: بمعنى أنها بمنزلتها في تحقق السببية للمجتهد ظاهرا بحيث تكون سببا له كالواقع، وأنها مؤثرة في ترتب الاثر الشرعي كالنقل و الانتقال في الملك، أو الزوجية في المرأة مثلا.

كما أن الأمر بالتيمم في حق من كان متلبسا بشرائطه مقتضى له، اذ ليس في الواقع حينئذ مكلفا إلا بالتيمم: و ليس هناك امر آخر في الواقع و قد امتثل بما هو مأمور به فلا بد من سقوطه عن ذمته.

فلى ضوء ما ذكرنا فلو عامل المجتهد معاملة على طبق اجتهاده فيكون ما تعامل عليه ملكا له، و يجوز للاخرين شراؤه و التصرف فيه باذنه.

و كذا لو تزوج امرأة و كان العقد بالفارسية، بناء على اجتهاده جوازه بها فالمرأة تكون زوجة له شرعا فلا يجوز لمجتهد آخر تزويجها و العقد عليها و إن كان يرى العقد بالفارسية باطلا.

و أما اذا قلنا: إن الأحكام الظاهرية التي اجتهد فيها المجتهد لا تكون كالأحكام الواقعية الاضطرارية في الإجزاء.

بل إنها كالأحكام الواقعية في مجرد المعذورية، و رفع العقاب عن التصرف في مال الغير فحينئذ لا مجال للامثال، و سقوط التكليف عنه لأن الشارع إنما اراد الواقع، فإن اصابه احد فذاك، و إلا كان معذورا لعدم تمكنه من الوصول الى الواقع. -

فلايجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة اشارة الأخرس (1)

و ايجاب (2) العاجز عن العربية، و كصلاة (3) المتييم بالنسبة الى واجد

+++++

- و من الواضح قبح التكليف بما لا يطاق.

ثم لا يخفى عليك: أنه ليس المراد من كون الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية: أنها تكون مخصصة للواقع بحيث لا- يكون هناك حكم واقعي معين؛ بل المعين والواقع تابع لما ادى إليه ظن المجتهد، فإن القول بذلك تصويب محض الذي هو باطل لا- نذهب إليه، لأن لله عز وجل في الواقع أحكاما معجولة للمكلفين والمجتهد اذا ادى إليها ظنه له اجران: اجر الاصابة، و أجر الاجتهاد، وإن اخطأ فله اجر واحد وهو اجر الاجتهاد.

بل المراد كما عرفت أنها بمنزلتها في تحقق السببية للمجتهد.

(1) اي في كون الإشارة حكم اضطراري واقعي ثانوي للأخرس يترتب عليها ما يترتب على النطق من الناطق.

وقد عرفت شرح هذه العبارة آنفا عند قولنا: لو عامل المجتهد معاملة على طبق اجتهاده.

(2) بالجر عطفًا على المضاف إليه في قوله: بمنزلة إشارة الأخرس اي الايجاب بالفارسية بمنزلة ايجاب العاجز عن العربية.

(3) بالجر عطفًا على المضاف إليه في قوله: بمنزلة اشارة الأخرس اي الايجاب بالفارسية بمنزلة صلاة المتييم بالنسبة الى واجد الماء.

فكما أن الأداء بالفارسية عند العجز عن العربية هو الحكم الواقعي الاضطراري الثانوي للعاجز، وأنه مجز، كذلك الأحكام الظاهرية المجتهد فيها للمجتهد. -

ص: 138

الماء أم هي (1) أحكام عذرية لا يعذر فيها الا من اجتهد، أو قلد فيها؟

و المسألة (2) محررة في الاصول هذا كله اذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا الى فعل الآخر كالصراحة والعريية و
الماضوية والترتيب (3)

و أما الموالاة (4) و التنجيز (5) و بقاء المتعاقدين على صفة صحة الإنشاء (6) الى آخر العقد فالظاهر أن اختلافها (7) يوجب فساد
المجموع لأن الإخلال بالموالاة، أو التنجيز، أو البقاء على صفة صحة الانشاء

+++++

- و كذا التيمم يكون حكما واقعا اضطراريا ثانويا لفاقد الماء و يكون مجزيا عن الماء و صلواته صحيحة لا تحتاج الى الاعادة.

(1) اي الأحكام الظاهرية المجتهد فيها كالأحكام الواقعية الاضطرارية في مجرد المعذورية كما عرفت آنفا عند قولنا: اذ ليس المراد.

(2) و هي مسألة أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها كالأحكام الواقعية الاضطرارية محررة في علم الاصول. راجع كفاية الاصول مبحث
الإجزاء

(3) و هو تقديم الايجاب على القبول

(4) و هو اتصال القبول بالايجاب كما عرفت مشروحا

(5) و هو خلو العقد عن التعليق كما عرفت

(6) و هو كون المتعاقدين واجدين لجميع شرائطهما الى انتهاء العقد كما عرفت.

(7) في النسخ الموجودة عندنا: أن اختلافها.

و الظاهر أن تكون العبارة هكذا: أن اختلافهما فيها فمرجع ضمير التثنية الى المتعاقدين، و ضمير فيها الى الموالاة و التنجيز و بقاء
المتعاقدين على صفة صحة الانشاء -

ص: 139

يفسده عبارة من يراها شروطا، فإن الموجب اذا علق مثلا، أو لم يبق على صفة الانشاء الى زمان القبول باعتقاد (1) مشروعية ذلك لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الايجاب بالقبول (2)

و كذا (3) القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالات. بزعم صحة ذلك، فإنه يجب على الموجب إعادة ايجابه اذا اعتقد اعتبار الموالات فتأمل (4)

مسألة أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

اشارة

(مسألة): لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه.

أما عدم الملك فلأنه مقتضى فرض الفساد.

و أما الضمان (5) بمعنى كون تلفه عليه و هو احد الامور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف (6)

+++++

- و معنى العبارة أن المتعاقدين لو اختلفا في هذه الأشياء اجتهادا، أو تقليدا و اجرى كل واحد منهما العقد على طبق ما يراه يكون العقد باطلا.

(1) الظرف متعلق بقوله: اذا علق اى الموجب اذا علق باعتقاد مشروعية التعليق.

(2) لأن عبارته اصبحت فاسدة، فاتباعها بالقبول لا أثر له.

(3) اى و كذا عبارة القابل و هو المشتري مثلا اصبحت فاسدة اذا لا يرى الموالات شرطا، و الموجب يراه شرطا.

(4) لعل وجه التأمل: أن اعتقاد القابل عدم فوات الموالات كاف في صحة العقد، لأن الموالات من فعله و الايجاب قد وقع صحيحا، و الموالات شرط في صحة القبول، لا الايجاب، فالتراضي يكون منه، لا من الموجب كي يجب عليه مع تراضي القبول إعادة الايجاب

(5) اى ضمان ما ابتاعه بالعقد الفاسد.

(6) اى عند الامامية. -

و ادعى الشيخ في باب الرهن، وفي موضع من البيع الاجماع عليه (1) صريحا، و تبعه في ذلك فقيه عصره (2) في شرح القواعد وفي السرائر أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب (3) في الضمان

وفي موضع آخر نسبه (4) الى أصحابنا

الاستدلال على الضمان

و يدل عليه (5) النبوي المشهور: على اليد ما اخذت حتى تؤدي

و الخدشة في دلالة (6): بأن كلمة على ظاهرة في الحكم التكليفي (7) فلا يدل على الضمان (8) ضعيفة جدا، فإن هذا الظهور (9) إنما هو اذا

+++++

- ثم اعلم أن الواجب على القابض أولا وبالذات حفاظة العين المأخوذة بالعقد الفاسد وصيانتها، و ردها الى صاحبها، و عند التلف يجب عليه اداء مثلها اذا كانت مثليا، و قيمتها اذا كانت قيميا، و كذا اذا تلف بعضها

ثم اذا استفاد من منافعها اذا كانت لها فعليه اجرة المثل.

(1) اي على الضمان عند التلف، و يتبعه تلف بعضه

(2) و هو الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله

(3) بمعنى أنه كلما يجري على الغصب في العين المغصوبة من الضمان يجري في المأخوذ بالعقد الفاسد

(4) اي ابن ادريس في موضع آخر من السرائر نسب الضمان الى أصحابنا الامامية، فتدل هذه النسبة على دعوى الاجماع تقريبا

(5) اي على ضمان ما ابتاعه بالعقد الفاسد

(6) اي في دلالة النبوي المشهور

(7) و هي حرمة التصرف، و وجوب الرد الى صاحب العين

(8) الذي هو الحكم الوضعي: بمعنى وجوب المثل، أو القيمة

(9) و هو ظهور النبوي المشهور في الحكم التكليفي

اسند الظرف (1) الى فعل من أفعال المكلفين (2)، لا الى مال من الأموال (3) كما (4) يقال عليه دين، فإن لفظة على حينئذ (5) لمجرد الاستقرار في العهدة (6) عينا كان (7)، أو دينا (8)

و من هنا (9) كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير (10)

+++++

(1) وهي كلمة على اليد ما اخذت

(2) كقوله تعالى: **وَ لِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ اِلَيْهِ سَبِيْلًا**، فإن الظرف وهي كلمة على الناس قد تعلقت بأفعال المكلفين وهو الحج فدل على الحكم التكليفي: وهو وجوب التشرف لبيت الله عند الاستطاعة: المالية، والبدنية، و تخلية السرب.

(3) كما فيما نحن فيه، حيث إن الظرف وهو على اليد قد تعلق بالمال فيدل على الحكم الوضعي وهو الضمان

(4) التنظير هنا لدلالة الظرف على الحكم الوضعي، لتعلقه بالأموال

(5) اي حين أن تعلق الظرف بالمال

(6) اي في الذمة

(7) كالأعيان الخارجية

(8) عند تلف العين، أو الاستدانة

(9) اي و من أن الظرف اذا تعلق بالمال موجب للضمان وهو الحكم الوضعي يستدل بذلك على ضمان المجنون و الصغير

(10) لا- يخفى أن خطاب الضمان في الحديث الشريف يتوجه أولا- على المجنون و الصغير، لكن المكلف بالأداء الذي هو الحكم التكليفي هو الولي اذا كان موجودا، و الحاكم الشرعي، أو من نصبه هو اذا لم يكن الولي موجودا

ص: 142

بل المجنون اذا لم يكن يدهما ضعيفة، لعدم (1) التمييز و الشعور.

و يدل على الحكم المذكور (2) أيضا قوله عليه السلام في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد أن اولدها المشتري إنه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل (3) ولده بالقيمة (4)، فإن ضمان الولد بالقيمة مع كونه (5) نماء لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الاصل (6) بطريق أولى

و ليس (7) استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث

+++++

(1) التعليل لضعف يد الصغير و المجنون: بمعنى أن ضعف يدهما لأجل أنهما لا يميزان و لا يشعران

(2) و هو الحكم الوضعي الذي هو الضمان

(3) و هو المشتري الذي اولد الامة

(4) (وسائل الشريعة) الجزء 14. ص 592. الباب 88. الحديث 3

(5) اي مع كون الولد

(6) و هي الجارية المسروقة المستولدة

(7) دفع وهم

حاصل الوهم: أن مدار البحث و الكلام في التلف: في أنه هل يوجب الضمان كالتلف السماوي أم لا؟

و ليس البحث في الإتلاف، فإنه مما لا شك في أنه موجب للضمان.

و في مورد الرواية يكون المشتري متلفا للنماء فيكون ضامنا فيكون الاستشهاد بالرواية خارجا عما نحن بصددده.

فاجاب الشيخ عن الوهم ما حاصله: إن استيلاذ الامة المسروقة ليس من قبيل إتلاف النماء حتى يكون المشتري متلفا، بل من قبيل إحداث نماء في رحم الأمة غير قابل للملك لصاحب النماء فيكون بمنزلة التالف، لا المتلف.

فالاستدلال بالحديث لا يكون خارجا عن مورد البحث.

ص: 143

نمائها غير قابل للملك (1) فهو كالتالف، لا كالمتلف. فافهم (2)

قاعدة ما يضمن بصحيحه و عكسها

البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده

اشارة

ثم إن هذه المسألة (3) من جزئيات القاعدة المعروفة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

و هذه القاعدة اصلا (4) و عكسا (5) و إن لم اجدها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة، إلا أنها يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في المبسوط، فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة: بأنه دخل (6) على أن يكون المال مضمونا عليه. و حاصله (7) أن قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعي (8) أو جعلي (9) موجب للضمان.

+++++

(1) اى الاستيلاء يكون كالتالف كما عرفت

(2) لعله اشارة الى إمكان صدق الاتلاف هنا عرفا، لأن المشتري قد استولدها و اخذ منها الولد، و اشغل رحمها بتربية ما وضعه فيه فهو من قبيل زرع الحب في ارض الغير.

(3) و هي مسألة ما لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد

(4) و هو ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده

(5) و هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

(6) اى اقدم المشتري على الشراء بشرط أن يكون المثلن مضمونا عليه فيكون هو الضامن اذا تلف

و كذلك البائع اقدم على البيع بشرط أن يكون هو الضامن للمثلن اذا تلف.

(7) اى حاصل ما افاده الشيخ في استفادة القاعدة المذكورة

(8) و هو المثل، أو القيمة

(9) و هو المعين من قبل المتبايعين المعبر عنه بالمسمى.

و هذا المعنى (1) يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحتها

و ذكر (2) أيضا في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد أن صحيحه لا يوجب الضمان (3) فكيف يضمن بفاسده؟

و هذا (4) يدل على العكس المذكور (5)

و لم اجد من تأمل فيها (6) عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحق السابق اجرة المثل أم لا (7)؟

+++++

(1) و هو الإقدام على ضمان المقبوض بعوض واقعي، أو جعلي لو تلف و ظهر مستحقا للغير

(2) اي شيخ الطائفة

(3) اي المرتهن لا يكون ضامنا للرهنه اذا لم يكن مفرطا

(4) و هو عدم الضمان في الرهن الفاسد، لأن صحيحه لا يضمن

(5) و هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

خلاصة هذا الكلام: أن علة عدم الضمان في الرهن الفاسد إنما جاءت من قبل عدم الضمان في الرهن الصحيح اذا لم يكن المرتهن متعديا في الرهنه، أو مفرطا.

فهذه العلة صارت سببا لعدم الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد الذي هو عكس القاعدة المذكورة: و هو ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(6) اي في القاعدة المذكورة اصلا و عكسا و هو:

كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(7) فهذه العبارة من شيخنا الشهيد الثاني قدس سره تدل على توفقه في القاعدة المذكورة اصلا و عكسا، لأنه لم يحكم بضمن اجرة المثل، و لا بعدم الضمان في عقد السبق اذا كان فاسدا

و كيف كان (1) فالمهم بيان معنى القاعدة (2) اصلا و عكسا ثم بيان المدرك فيها.

فنقول و من الله الاستعانة: إن (3) المراد بالعقد أعم من الجائر و اللازم

بل مما كانت (4) فيه شائبة الايقاع، أو كان (5) اقرب إليه فيشمل الجعالة و الخلع.

+++++

(1) اى لا نزيل الكلام حول القاعدة المذكورة اصلا و عكسا من حيث النفي و الإثبات

(2) غرض الشيخ قدس سره من هذا الكلام أن يمهد قاعدة لتمييز ما كان داخلا في عموم: على اليد ما اخذت عما كان خارجا عنه فذكر هذه القاعدة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

فالكلام في هذه القاعدة تحتاج الى ذكر مقامين:

(الاول): بيان معنى القاعدة اصلا و عكسا

(الثاني) بيان مدركها

(3) من هنا شروع في بيان معنى القاعدة المذكورة اصلا و عكسا

و المراد بالعقد هو العقد الوارد في الكلية المذكورة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(4) اى بل المراد من العقد معناه الواسع كما في قول القائل:

كل من وجد ضالتي فله عندي دينار واحد، اذ القبول فيه لا يحتاج الى لفظ مخصوص، بل الاقدام على تحصيل الضالة قبول

(5) اى كان العقد أقرب الى الايقاع كما في الطلاق الخلعي الذي هو الطلاق بالعوض، فإن الخلع أقرب الى الايقاع من قربه الى العقد -

و المراد بالضمان في الجملتين (1) هو كون درك المضمون عليه (2):

بمعنى كون خسارته و دركه في ماله الاصيلي (3) فاذا تلف وقع نقصان فيه (4)، لوجوب تداركه (5) منه

و أما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان اصلا، فلا يقال: إن الانسان ضامن لأمواله.

ثم (6) تداركه من ماله تارة (7) يكون باداء عوضه الجعلي (8) الذي تراضى هو (9) و المالك على كونه عوضا و امضاء الشارع كما في المضمون بسبب العقد الصحيح.

+++++

- أما كونه أقرب الى الايقاع فلكونه كالطلاق في الانشاء بقول الخالع:

انت مختلعة، أو خلعت فلانة

و أما كونه عقدا فلاحتيجاه الى الطرفين

(1) و هما قوله: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(2) اي على التالف.

و المراد من دركه تحمل الضرر و الخسارة

(3) المراد من الاصيلي هنا مال الضامن من غير هذا المال التالف

(4) اي في المال الاصيلي

(5) اي تدارك المضمون من المال الاصيلي

(6) من هنا شروع في أقسام التدارك فقسمة الشيخ قدس سره على ثلاثة أقسام و نحن نشير إليها عند ما يذكره

(7) هذا هو القسم الاول من أقسام التدارك

(8) و هو الثمن المسمى

(9) اي الضامن

ص: 147

و اخرى (1) بأداء عوضه الواقعي و هو المثل أو القيمة، و إن لم يتراضيا عليه (2)

و ثالثة (3) بأداء أقل الامرين: من العوض الواقعي و الجعلي كما ذكره بعضهم في بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض (4)

فاذا ثبت هذا (5) فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأن هذا (6) هو التدارك حقيقة.

ولذا (7) لو اشترط ضمان العارية لزمّت غرامة مثلها، أو قيمتها

و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات: من المغصوبات و غيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق (8).

+++++

(1) هذا هو القسم الثاني لأقسام التدارك

(2) أي على المثل، أو القيمة

(3) هذا هو القسم الثالث لأقسام التدارك

(4) فإذا كان العوض الواقعي الذي هو المثل، أو القيمة أقل من العوض الجعلي يعطى للواهب إزاء هبته التالفة

و إذا كان العوض الجعلي أقل من المثل، أو القيمة يعطى للواهب إزاء هبته التالفة

(5) أي إذا ثبت أقل الامرين في العين الموهوبة التالفة فالمراد بالضمان في هذه العين الموهوبة التالفة بقول مطلق أي من غير تقييد التدارك بالقيمة الواقعية و هو المثل، أو القيمة، أو بالجعلي و هو المسمى.

(6) و هو التدارك بالعوض الواقعي

(7) أي و لاجل أن التدارك بالعوض الواقعي هو التدارك حقيقة

(8) فيحمل على العوض الواقعي: و هو المثل، أو القيمة -

و أما تداركه (1) بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر مثل تواطئهما (2) عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع.

فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم: يضمن بفاسده هو وجوب اداء العوض المسمى (3)

+++++

- راجع حول أخبار الضمان «وسائل الشريعة»، الجزء 13 ص 237 الباب 1. الأحاديث. أليك نص الحديث 6

عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان.

وقال: ليس على المستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن، و راجع الجزء 6. ص 58. الباب 2. الحديث 5

عن سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له:

الرجل يكون عنده مال اليتيم فيتجر به أ يضمنه؟

قال: نعم

قلت: فعليه الزكاة

فقال: لا، لعمري لا اجمع عليه خصلتين: الضمان، و الزكاة

فالشاهد في كلمة الضمان، حيث ذكرت مطلقة غير مقيدة بالمسمى أو الواقع: و هو المثل، أو القيمة

(1) اي تدارك التالف بغير عوضه الواقعي

(2) اي تواطؤ المتعاقدين بالايجاب و القبول على غير العوض الواقعي و يمضي الشارع هذا العوض الذي تواطيا عليه بالعقد الصحيح

(3) اي المسمى بالعقد الفاسد الذي ظهر فساده لهما

ص: 149

نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيف في الغاية، لا (1) لأن ضمانه بالمسمى يخرج عن فرض الفساد، اذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة، وإن كان عند تلف احدهما (2) يتعين الآخر للعوضية.

نظير (3) المعاطاة على القول بالإباحة، بل (4) لاجل ما عرفت

+++++

(1) أي ليس وجه ضعف وجوب أداء العوض المسمى في العقد الفاسد لاجل أن ضمان العوض المسمى في العقد الفاسد يخرج العقد الفاسد عن فرض كونه عقدا فاسدا، لأنه يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء العوضين على ملك مالتهما، ولا ينافي الفساد تعيين الضمان بالمسمى

(2) أي عند تلف احد العوضين يتعين الآخر للعوضية وهو المسمى في العقد الفاسد.

فإن كان المسمى التالف هي العين فيكون الثمن المسمى هو العوض عن العين.

وإن كان المسمى التالف هو الثمن فيكون المثل المسمى هو العوض عن الثمن، ولا ينافي ذلك كون العقد فاسدا.

(3) تنظير لبقاء العرضين على ملك مالتهما في العقد الفاسد، وأن الضمان يكون بالعوض الواقعي.

و خلاصته أن ما نحن فيه كالمأخوذ بالمعاطاة على القول بالإباحة في أنه باق على ملك مالكة، وعند تلف احدهما يضمن بالعوض الواقعي الذي هو المثل، أو القيمة.

(4) هذا سبب وجه الضعف في الاحتمال المذكور أي وجه الضعف لأجل ما عرفت معنى الضمان: وهو العوض الواقعي الذي هو المثل، أو القيمة

و العقد الصحيح إنما صار المسمى فيه عوضا لإمضاء الشارع ذلك -

من معنى الضمان، وأن التدارك بالمسمى في الصحيح (1) لامضاء الشارع ما تواطأ على عوضيته، لا (2) لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعنى في الفاسد حتى يوجب ذلك (3) تفكيكا في العبارة فافهم (4)

ثم العموم (5)

+++++

- والعقد الفاسد لم يمضه الشارع فليس فيه ضمان المسمى فيرجع فيه الى العوض الواقعي كما عرفت.

(1) اي في العقد الصحيح كما عرفت

(2) المقصود من هذا الكلام: هو أن الحكم في العقد الصحيح بضمان المسمى عند تلف العين، و ضمان العوض الواقعي الذي هو المثل أو القيمة في العقد الفاسد ليس لاجل تغاير معنى الضمان و مفهومه في العقد الصحيح و الفاسد: بحيث تتفكك عبارة الضمان في العقدين.

بل لاجل إمضاء الشارع المسمى في العقد الصحيح بسبب تواطؤ المتعاقدين على ذلك، و عدم إمضاء الشارع المسمى في العقد الفاسد.

(3) و هو تغاير معنى الضمان في العقدين.

(4) لعله اشارة الى أن ضمان الصحيح وإن كان المسمى، و ضمان الفاسد و إن كان العوض الواقعي الذي هو المثل، أو القيمة، لكنه مع ذلك لا يوجب تفكيكا و اختلافا في معنى الضمان.

(5) و هو كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

مقصود الشيخ قدس سره: أن العموم المستفاد من هذه القاعدة بواسطة كلمة كل ليس باعتبار العموم في أنواعه حتى يقال: بخروج جميع أفراد العارية: من الذهب و الفضة، و المشترط فيها الضمان، و غير المشترط -

ص: 151

في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع، لتكون أفراده (1) مثل البيع و الصلح و الاجارة، و نحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان و إنما المقتضي له بعض أصنافه (2) 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 غير المعوضة، أو الأبراء فالموجب للضمان هو المشتمل على المعوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضا؛ و لا يلتفت الى أن نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمانا فلا يضمن بفاسده.

و كذا الكلام في الهبة المعوضة، و كذا عارية الذهب و الفضة.

نعم ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد (3) الذي استعاره المحرم:

+++++

- عن إطارة الضمان، لأن نوع العارية لا يضمن بصحيحه حتى يضمن بفاسده.

بل العموم المذكور باعتبار أصنافه، حيث إن بعض الأنواع من العقود مشتمل على أصناف بعضها لا يضمن بصحيحها فالفاسد من هذا الصنف لا يضمن أيضا.

و بعض الأصناف يضمن بصحيحها فالفاسد من هذا الصنف يضمن أيضا كما مثلنا لك بالعارية.

و كذلك الهبة، فإنها على صنفين: المعوضة، و غير المعوضة.

فالمعوضة يضمن بصحيحها فاذا يضمن بفاسدها.

و غير المعوضة لا يضمن بصحيحها فكذلك لا يضمن بفاسدها.

(1) اي أفراد العموم

(2) عرفت شرح هذه العبارة آنفا في الهامش 5 ص 151-152

(3) اي في المحرم، حيث إن الصيد محرم عليه فلا يملكه.

ص: 152

أن صحيح العارية لا يوجب الضمان فينبغي أن لا يضمن بفسادها (1)

ولعل المراد (2) عارية غير الذهب و الفضة، و غير المشروط ضمانها

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح (3) ففي الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة (4) إشكال كما لو استأجر اجارة فاسدة (5) و اشترط فيها ضمان العين، و قلنا بصحة هذا الشرط (6) فهل تضمن (7) بهذا الفاسد، لأن صحيحه (8) يضمن به و لو لاجل الشرط أم لا؟

و كذا (9) الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة

+++++

(1) و هي استعارة المحرم للصيد حالة الإحرام.

(2) اي مراد الفقهاء: من العارية.

(3) كما في العارية المشترط فيها الضمان

(4) و هو كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

(5) كما لو اختل بعض شروط العقد.

(6) و هو ضمان العين بدون تعد و تفریط.

(7) اي العين المستأجرة التي شرط ضمانها هل تضمن بهذه الاجارة الفاسدة التي فقد فيها بعض شروط العقد؟

(8) اي صحيح عقد الاجارة التي شرط فيها ضمان العين يضمن فهل فساده الذي شرط فيه الضمان يضمن، أو يرجع الى اصله: و هو أن صحيح الاجارة لا يضمن، كذلك فسادها.

(9) اي و كذا عارية الذهب و الفضة المضمونة اذا فسدت تضمن -

ص: 153

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها (1) مطلقا، تبعا لظاهر المسالك.

ويمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل (2)، بناء على أنها هبة مشروطة، لا معاوضة.

وربما يحتمل في العبارة (3) أن يكون معناه أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد.

ورتب عليه (4) عدم الضمان (5) فيما لو استأجر بشرط أن لا اجرة (6)

كما اختاره (7)

+++++

- كما أن صحيحها يضمن، أو يرجع فيها الى اصلها: و هو أن العارية لا يضمن صحيحها فكذلك فاسدها.

(1) اي بفاسد العارية مطلقا، سواء اشترط فيها الضمان أم لا لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: على اليد ما اخذت حتى تؤدي.

(2) اي من قبيل العارية المضمونة في أنها موجبة للضمان أي الهبة المعوضة كالعارية المضمونة في الضمان، فإن صحيحها مضمون.

و هل فاسدها يضمن، أو يرجع الى اصل العقد الذي لا يضمن بصحيحه، كذلك لا يضمن بفاسده؟

(3) أي في القاعدة المعروفة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(4) اي على هذا المعنى المحتمل.

(5) اي عدم ضمان العين المستأجرة اذا لم يتعد فيها و لم يفرض

(6) فإن هذا الشرط فاسد، لا ابتداء الاجارة على الاجرة

(7) اي عدم ضمان العين المستأجرة في الاجارة الفاسدة بالشرط المذكور.

الشهيدان، أو باع بلا ثمن (1) كما هو (2) احد وجهي العلامة في القواعد

و يضعف (3): بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له بالفعل صحيح و فاسد، لا ما يفرض تارة صحيحا، و اخرى فاسدا، فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة (4) الضمان في مسألة البيع، لأن البيع الصحيح يضمن به.

+++++

(1) اى رتب على المبيع بلا ثمن عدم الضمان، لأن البيع فاسد لابتناؤه على الثمن.

(2) اى عدم ضمان العين المبيعة بلا عوض.

(3) اى احتمال تعلق الضمان بشخص العقد، لا بنوعه، أو صنفه ضعيف.

و الباء في بأن بيان لوجه الضعف.

و خلاصته: أن كلامنا في العقد الذي له في الحال فرد صحيح و فرد فاسد كالبيع، لا في العقد الذي يفرض له الصحة تارة: و الفساد اخرى كالأجارة بلا اجرة، اذ شخصها بفرض له الصحة عند من يفتي بصحة الاجارة بلا اجرة، و يفرض له الفساد عند من لا يفتي بصحتها.

فالأجارة على هذا النحو في آن واحد يفرض تارة صحيحة، و اخرى فاسدة.

و هكذا في البيع بلا ثمن، فإن شخص عقد البيع يفرض له الصحة تارة، و اخرى الفساد حسب اختلاف الفتوى، أو النظر.

(4) و هو أن المراد بكل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده: كل شخص من العقود، فاذا تم الاحتمال المذكور يكون مقتضاه الضمان في البيع بلا ثمن و إن قلنا بفساده.

ص: 155

نعم ما ذكره بعضهم (1): من التعليل لهذه القاعدة: بأنه أقدم على العين مضمونة عليه لا يجري في هذا الفرع.

لكن الكلام في معنى القاعدة، لا في مدركها (2)

ثم إن لفظة الباء في بصحيحه وبفاسده إما بمعنى في بأن: يراد كلما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده.

وإما لمطلق السببية الشامل للناقصة (3) لا العلة التامة، فإن (4) العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض كما في السلم، و
الصرف بل مطلق البيع؛ حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع: بمعنى أن دركه عليه، و يتداركه برد الثمن (5). فتأمل (6)

وكذا الاجارة و النكاح و الخلع، فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل عنه الى أن يتسلمه من انتقل إليه.

+++++

(1) و هو شيخ الطائفة بقوله: لأنه أدخل (اي اقدم) على الضمان فإنه جعل الاقدام على الشيء علة للضمان، فعليه لا يشمل هذا التعليل
ضمان البيع بلا ثمن.

(2) و هي قاعدة الاقدام كما ذكرها الشيخ، أو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: على اليد ما اخذت.

(3) اي توجب الضمان بعد التقابض فهو جزء السبب فتكون الباء سببية ناقصة.

(4) تعليل لعدم كون الباء علة تامة.

(5) أى الى المشتري

(6) لعل وجه التأمل: أن الباء في بصحيحه علة تامة للضمان فلا ينافيها توقف الصرف و السلم على القبض في الضمان.

ص: 156

و أما العقد الفاسد فلا تكون علة تامة ابداء، بل يفترق في ثبوت الضمان الى القبض فقبله (1) لا ضمان، فجعل الفاسد سببا إما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، وإما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض (2)، ولذا (3)، علل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه.

و لا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد فهو سبب لضمان ما يقبضه.

و الغرض من ذلك (4) كله دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان و يقال: كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

وقد ظهر من ذلك (5) أيضا فساد توهم أن ظاهر القاعدة (6) عدم توقف الضمان في الفاسد الى القبض (7) فلا بد من تخصيص القاعدة (8)

+++++

(1) أي قبل القبض.

(2) لا مجردا عنه.

(3) أي ولا جل مدخلية القبض في الضمان في العقد الفاسد.

(4) وهو أن الباء سبب للضمان في العقد الصحيح و الفاسد بنحو الاقتضاء، لا أنها علة تامة له، و أن العقد الفاسد بشخصه لا يكون علة تامة للضمان ما لم يكن معه قبض، فالقبض و العقد الفاسد كلاهما يكونان دخيلين في الضمان طوليا، فقبل القبض لا يكون ضمان.

(5) أي من أن القبض دخيل في الضمان، و أن العقد سبب للضمان

(6) و هو كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(7) لأن الضمان في الصحيح غير متوقف على القبض.

(8) أي في العقد الفاسد باجماع: بأن يقال: إن العقد الفاسد -

الكلام في مدرك القاعدة

ثم (2) إن المدرك لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل: هو إقدام الآخذ على الضمان، ثم اضاف (3) الى ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم:

+++++

- بوحده لا يكون سببا للضمان، بل لا بد من القبض حتى يثبت الضمان فخصصت القاعدة في العقد الفاسد باجماع.

(1) لعل المراد به الشهرة، أو الاتفاق، أو عدم وجود الخلاف

(2) من هنا يروم الشيخ قدس سره الدخول في ذكر مدرك القاعدة المعروفة:

كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

و المدرك لها شيان ذكرهما الشيخ في المتن وهما:

الاقدام على الشيء

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: على اليد ما اخذت حتى تؤدي.

(أما الاول) فقد ذكره شيخ الطائفة وهو أول من تكلم وجاء به وأدخله في القواعد الفقهية وصار اصلا من الاصول، وتبعه على ذلك المتأخرون: منهم الشهيد الثاني ذكره في المسالك.

و (أما الثاني): وهو الحديث فقد اشتهر بين (الشيعة والسنة) كالشمس في رائعة النهار ذكره العلماء في كتب الحديث.

ونحن نشير الى مصادره في الرقم الآتي

(3) اي الشهيد الثاني في المسالك.

على اليد ما اخذت حتى تؤدي (1)

و الظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط، حيث علل الضمان في موارد كثيرة: من البيع و الاجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى، فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل، أو القيمة

+++++

(1) راجع (مستدرک وسائل الشیعة). المجلد 3. ص 145. الباب 1 کتاب الغصب الحديث 4

و (الخلاف). الجزء 2. ص 173.

و (کنز العمال). الجزء 10. ص 420

ثم إن الاستدلال بالحديث يقتضي البحث فيه عن جهات لا بأس بإشارة اجمالية إليها حسب ما استفدناه من بحث درس (سيدنا الاستاذ السيد البجنوردي) قدس سره الشريف.

(الاولى): بيان الفرق بين هذه اليد الواردة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما اخذت حتى تؤديه».

و بين اليد التي جعلها الشارع احدى الامارات كما جعل البينة و السوق منها.

فنقول: الفرق بينهما واضح، حيث إن البحث عنها بحث عن حجيتها و أماريتها: بمعنى أن الشارع كما جعل البينة و السوق حجة في أن بهما تثبت الزوجية و الملكية و التذكية و الطهارة؛ و غير ذلك: من الامور الانتزاعية.

كذلك جعل اليد حجة و إمارة على الامورات المذكورة.

فالبحث عن هذه اليد بحث عن ثبوت المذكور لها أى هل تثبت الملكية، أو الزوجية، أو التذكية، أو الطهارة بهذه اليد الواضحة على ما يكون تحت تصرفه أم لا؟ -

ص: 159

- فمآل البحث عنها الى البحث عن أماريتها لا غير.

ثم إن المراد من هذه اليد معناها العام: وهي السلطنة و السلطة و السيطرة و الاستيلاء، و ليس المراد منها اليد الغاصبة أو المأذونة، أو الشرعية أو المالكية.

و أما البحث عن اليد في قوله صلى الله عليه و آله و سلم: على اليد ما اخذت حتى تؤدي فبحث عن أن هذه اليد التي ليست يد مالكية و لا مأذونة من قبل مالكها هل توجب الحكم الوضعي الذي يراد منه الضمان لو تصرفت فيما تحت تصرفه و سلطته و استيلائه عند تلفه.

أو لا يوجب إلا الحكم التكليفي فقط و هو وجوب الرد الى صاحبه؟

و المراد باليد هنا ليست اليد الجارحة، بل الاستيلاء، لأنه ربما يكون الآخذ غير قابل لآخذه الشيء بالجارحة.

و بهذا المعنى يصح أن يقال: إن الأمر ليس بيدي و لو كان بيدي لكنك افعل كذا، فالمراد منها هو الاستيلاء التكويني، أو الاعتباري لأنه من صفات المتولي.

فاذا قيل: على اليد كذا أى على المستولي كذا.

و بهذا المعنى قال العزيز جل شأنه ردا على اليهود لعنهم الله تعالى:

بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ ، حَيْثُ قَالُوا يَدُ اللَّهِ مَغْلُوبَةٌ غَلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَ لُعِنُوا بِمَا قَالُوا ، اذ اليهود ارادوا من الغل القدرة و الاستيلاء أى ليس لله عز و جل الاستيلاء و القدرة على الرزق.

فاجابهم الله عز اسمه: أن قدرة الله واسعة ليس فيها تضيق فهو ينفق حسب المصالح كيف اراد و شاء. -

- فالموضوع في تلك اليد أماريتها، و الموضوع هنا الضمان و عدمه (الثانية): في إعراب الحديث.

فنقول: على اليد ظرف مستقر مرفوعة محلا خبر للمبتدأ المتأخر و هي كلمة ما الموصولة في الحديث فتقدير الجملة هكذا:

الذي اخذته اليد ثابت، أو مستقر في ذمة الانسان حتى يؤديه.

و افاد بعض أن الظرف هنا لغو متعلق بأفعال العموم: و هو الكون و الوجود و الحصول و الثبوت.

و لكن الاول أوفق بالمتفاهم العرفي.

و المعنى: أن الذي اخذته اليد ثابت و مستقر عليها الى أن تؤديه.

وجه الأوقية: أن الظرف لو كان لغوا لاحتاج الى التقدير و الاصل عدمه كما قيل حديثا و قديما، و لا يصار إليه إلا للضرورة.

بالإضافة الى أنه صلى الله عليه و آله و سلم في مقام بيان رد مال الغير الى صاحبه، و ايصاله إليه، لا أنه في مقام بيان حفظه عن التلف و الضياع

(الثالثة): أن مدة الاستيلاء و الاستعلاء الحاصل على الشيء الذي يكون تحت تصرفه و استيلائه الى الوقت الذي لم يؤده الى صاحبه.

و أما اذا اداه فقد ارتفع ذلك الاستعلاء و الاستيلاء، فالاستيلاء محدود بغاية معينة: و هي مدة تصرفه بالعين المستولي عليها فقط.

اذا عرفت هذه الجهات فاعلم أن المأخوذ الذي اصبح تحت تصرف الآخذ إما غصبا، أو بدون اذن المالك، أو الشارع يكون في عهدة الآخذ و ذمته التي يراد منها عالم الاعتبار لا عالم الخارج، لأن عالم الخارج ظرف و وعاء للموجود الخارجي. -

- فاذا قيل: ذمة الشخص، أو عهده مشغولة يراد منهما الاعتبار الشرعية، أو العقلانية بالنسبة إليه.

فالذي يراد من الحديث الشريف: على اليد ما أخذت حتى تؤدي أن المال المأخوذ جبراً، أو بدون رضی من مالكة، أو بدون اذن من الشارع فهو ثابت بوجوده الاعتباري في ذمة الشخص وعهده، ولا يرتفع إلا بعد ادائه الى صاحبه اذا كانت العين موجودة، وإلا بعد اداء مثلها أو قيمتها اذا كانت تالفة، لأنه بمجرد التلف لا يرتفع الموجود الاعتباري عن ذمة الشخص وعهده.

و الخلاصة: أن المأخوذ لو كان موجوداً فأداؤه برد نفس العين الخارجية الموجودة.

و اذا كانت تالفة فيستحيل اداء شخصها و عينها فتتول النوبة الى التدارك بالمثل؛ و اذا تعذر المثل تصل النوبة الى الدرجة الثالثة و هو اداء القيمة.

ثم إن هذه المراتب ليست بحكم العقل فقط، بل العرف يحكم بذلك أيضاً، فإنه بعد أن حكم بالضمان يحكم أولاً برد العين اذا كانت موجودة و برد مثلها اذا تلفت، و برد قيمتها اذا تعذر المثل.

الى هنا كان الكلام في العين.

و أما المنافع لو كانت لها فنقول:

هي على قسمين: المستوفاة، و غير المستوفاة.

(أما الاولى): فلا شك في ضمانها، و أنها في ذمة المستوفي، لأنها تعد من الأموال فلا بد من تداركها: لأنه لا فرق في الأموال بين كونها -

و هذا الوجه (1) لا يخلو عن تأمل، لأنهما إنما اقدما و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص (2)، لا الضمان بالمثل، أو القيمة.

و المفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص (3) و مطلق الضمان (4) لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية (5) حتى يتقوم بخصوصية اخرى

+++++

- عينا، أو منفعة، بل في غالب الأشياء تكون مالية العين بواسطة مالية المنافع، اذ في الحقيقة لو لا للعين من منافع لما بذل المال بإزائها.

بالإضافة الى أن وقوع العين تحت يده يتبع وقوع المنافع تحتها

فكما أن العين تكون مضمونة كذلك المنافع تكون مضمونة.

(و أما الثانية): فالضمان فيها هو المشهور، و هو الأقوى، لتفويتها على صاحبها، بناء على أن التفويت من موجبات الضمان و أسبابه عند العقلاء، حيث إنهم يرون أن تفويت مال الغير موجب للضمان.

هذا تمام الكلام في المنافع اذا كانت متحدة.

و أما اذا كانت للعين منافع متضادة فهل يضمن جميعها اذا تلفت سواء استوفيت أم لم تستوف، أو يضمن اكثرها مالا، أو يضمن احدها

ذهب سيدنا الاستاذ قدس سره الى ضمان اكثر المنافع مالا، لأن اليد يد عدوان فصارت موجبة للتلف فتكون ذمته مشغولة بها، و لا تبرأ إلا بادائها.

(1) و هو الإقدام على الضمان الذي ذكره شيخ الطائفة.

(2) و هو المسمى.

(3) لفساد العقد فالضمان الخاص قد انتفى بحكم الفرض.

(4) و هو المثل، أو القيمة لم يعترف بهما المتعاقدان فكيف تشتغل ذمتهما بهما؟

(5) و هو ضمان المسمى الذي اعترف به المتعاقدان.

ص: 163

فالضمان بالمثل، أو القيمة إن ثبت فحكم شرعي تابع لدليله (1) وليس مما اقدم عليه المتعاقدان.

هذا (2) كله مع أن مورد (3) هذا التعليل (4) أعم من وجه (5) من المطلب، إذ قد يكون الإقدام موجودا ولا ضمان كما قبل القبض

وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري

وكما إذا قال: بعثك بلا ثمن، أو أجرتك بلا اجرة (6)

+++++

(1) فإن وجد دليل نحكم بالضمان، وإن لم يوجد لم نحكم.

(2) وهو أن الضمان المخصوص قد ارتفع بفساد العقد، والضمان المطلق لم يقدم عليه.

(3) وهو العقد الفاسد.

(4) وهو الإقدام على الضمان كما افاده الشيخ

(5) أي بين الإقدام والضمان من النسب الأربعة عموم وخصوص من وجه، لهما مادة اجتماع، ومادتا افتراق.

أما الاجتماع فكما لو تلف المبيع بالعقد الفاسد في يد المشتري فهنا يصدق الإقدام، ويصدق الضمان.

وأما مادة الافتراق من جانب الضمان: بأن يكون الإقدام موجودا والضمان ليس موجودا فقد ذكره الشيخ في المتن.

وأما مادة الافتراق من جانب الإقدام: بأن يكون الضمان موجودا والإقدام ليس موجودا فكما ذكره الشيخ في المتن.

(6) فإن عقد البيع بلا ثمن، والأجارة بلا اجرة فاسد، فالضمان موجود، والإقدام ليس موجودا.

نعم قوّى الشهيدان في الاخير (1) عدم الضمان.

واستشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم (2)

وبالجملة فدلّل الإقدام مع أنه مطلب يحتاج الى دليل لم نحصله منقوض طردا وعكسا (3)

و أما (4) خبر اليد فدلالته وإن كانت ظاهرة، و سنده منجبرا إلا أن مورده مختص بالأعيان فلا يشمل المنافع (5)، و الأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة.

اللهم إلا أن يستدل على الضمان فيها (6) بما دل على احترام مال المسلم (7)، و أنه لا يحل (8)

+++++

(1) و هي الاجارة بلا اجرة.

(2) أي استشكل في الضمان في السلم.

(3) كما عرفت ذلك في قول الشيخ في ص 164: اذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان الى آخر قوله.

(4) من هنا يريد شيخنا الانصاري أن يورد على الاستدلال بالحديث النبوي المشهور: على اليد ما اخذت حتى تؤدي، و يبين أن ليس له عموم حتى يشمل الأعيان و المنافع، بل مختص بالأعيان.

(5) كالاجارة.

(6) اي في المنافع، و في الأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة.

(7) هذا هو الدليل الاول لضمان المنافع، و الأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة.

(8) هذا هو الدليل الثاني لضمان المنافع، و الأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة و هو اشارة الى قوله صلى الله عليه و آله و سلم: المسلم اخو المسلم لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه. -

ص: 165

إلا عن طيب نفسه، وأن حرمة (1) ماله كحرمة دمه. وأنه (2) لا يصلح ذهاب حق احد.

مضافا (3) الى أدلة نفي الضرر، فكل عمل وقع من عامل لاحد بحيث يقع بامر، و حصيلا لغرضه فلا بد من اداء عوضه، لقاعدتي الاحترام (4) ونفي الضرار.

+++++

- وقد مرت الاشارة الى الحديث في الجزء 6 من المكاسب من طبعتنا الحديثة ص 181.

(1) هذا هو الدليل الثالث لضمان المنافع، والأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة.

وقد مرت الإشارة إليه في الجزء 3 من طبعتنا الحديثة. ص 8

(2) هذا هو الدليل الرابع لضمان المنافع، والأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة.

اشارة الى الحديث الوارد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام.

قال: سألته هل تجوز شهادة اهل ملة على غير اهل ملتهم؟.

قال: نعم اذا لم يوجد من اهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق احد.

راجع (وسائل الشيعة). الجزء 13 ص 390 الباب 20 الحديث 3

(3) اى بالإضافة الى ما ذكرنا من الأدلة التي هي الأخبار المشار إليها لنا دليل آخر على ضمان المنافع، والأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة:

وهي أدلة نفي الضرر الواردة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا ضرر ولا ضرار.

(4) وهو أن حرمة ماله كحرمة دمه، وقد اشير إليه آنفا

ص: 166

ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام، و الدخول عليه بيان أن العين و المنفعة التين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجاناً و تبرعا حتى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض كما في العمل المتبرع به، و العين المدفوعة مجاناً، أو امانة، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً (1)، بل هو بيان لعدم المنع عن مقتضى اليد في الأموال (2) و احترام الأعمال (3) نعم في المسالك ذكر كلا من الإقدام، و اليد دليلاً مستقلاً (4) فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقص (5) و الاعتراض (6)

الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن

و يبقى الكلام حينئذ (7) في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن، و لم يقع بامره كالسبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ و المحقق، و غيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل (8)، خلافاً لآخرين (9)

+++++

(1) اي في عرض دليل على اليد ما اخذت حتى تؤديه.

(2) كما في المنافع في الاجارة الفاسدة.

(3) و هي الأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة.

(4) اي كل واحد منهما دليل مستقل في عرض الآخر.

(5) و هو قوله في ص 164: اذ قد يكون الإقدام موجوداً و لا ضمان الى آخر ما ذكره.

(6) و هو قوله في ص 165: فدليل الإقدام مع أنه مطلب يحتاج الى دليل لم نحصله منقوض طرداً و عكساً.

(7) اي حين أن قلنا: إن قاعدة الاقدام منقوضة طرداً و عكساً و أنه لا دليل على أن الاقدام سبب للضمان.

(8) أما اجرة المسمى فليست ممضاة من قبل الشارع.

(9) حيث قالوا باستحقاق السابق اجرة المثل.

ص: 167

ووجهه (1) أن عمل العامل لم يعد نفعه الى الآخر، ولم يقع بامرهم (2) أيضا.

فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا يقضي بضمان الشخص له، ووجوب عوضه عليه، لأنه (3) ليس كالمستوفي له، ولذا (4) كانت شرعيته على خلاف القاعدة، حيث إنه (5) بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل

وتمام الكلام في بابه (6)

+++++

(1) أى وجه عدم استحقاق السابق اجرة المثل.

(2) أى بامر الدافع، لأن الاجارة كانت فاسدة.

(3) تعليل لكون العمل الصادر من السابق ليس له احترام.

وخلاصته: أن هذا العمل ليس كالعمل الذي استوفاه الأمر و استفاد منه، لأنه ليس فيه نفع يعود الى باذل المال.

ومن المفروض أنه لا بد في صحة بذل المال من وجود نفع يعود الى الباذل حتى لا يكون اكل المال اكلا بالباطل.

(4) تعليل لعدم وجود نفع في عمل السباق يعود الى الباذل، اى ولأجل أن العمل الذي هو السباق ليس فيه نفع يعود الى الباذل كانت مشروعية السبق على خلاف القواعد المقررة في الفقه: وهو أنه لا بد في صحة البذل من وجود نفع يعود الى الباذل.

وإنما حكم بصحته لورود النص الخاص على مشروعيته.

(5) اى المال المبذول في المسابقة الفاسدة.

(6) اى في باب السبق و الرماية.

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة. الجزء 4.

ص 428-421

ص: 168

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد (1) بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض.

و توهم (2) أن الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه و المفروض أن القابض جاهل.

+++++

(1) أي في العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه.

لا يخفى أن التعميم المذكور و هو قوله: لا فرق فيما ذكر إلى آخر ما ذكره يرجع إلى أصل مسألة ضمان المبيع بالبيع الفاسد.

فهنا صور أربعة تحصل من ضرب صورتَي العلم و الجهل في البائع و المشتري أي البائع إما أن يكون عالماً بفساد البيع، أو جاهلاً. وكذا المشتري

فالتعميم المذكور ينتج أربعة صور من ضرب البائع و المشتري في صورة العلم و الجهل 2 * 2-4 أليك الصور.

(الأول): كون البائع و المشتري عالمين بالفساد.

(الثاني): كون البائع و المشتري جاهلين بالفساد.

(الثالث): كون البائع عالماً بالفساد، و المشتري جاهلاً به.

(الرابع): كون المشتري عالماً بالفساد، و البائع جاهلاً به، فالشيخ قدس سره افاد الضمان في جميع الصور.

لكن الانصاف عدم الضمان في صورة علم الدافع بالفساد، و جهل القابض به.

(2) أي توهم أن الدافع في صورة جهل القابض بفساد العقد هو الذي سلطه على تلف المال فلا ضمان على القابض.

ص: 169

مدفوع بإطلاق النص (1) و الفتوى (2)، و ليس (3) الجاهل مغرورا لأنه أقدم على الضمان قاصدا و تسليط (4) الدافع العالم لا يجعله امانة مالكية لأنه (5) دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، لا أنه امانة عنده، أو عارية

ولذا (6) لا يجوز له التصرف فيه، و الانتفاع به.

وستأتي تتمه ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري.

هذا كله (7) في اصل الكلية المذكورة.

+++++

(1) و هو على اليد ما اخذت حتى تؤديه، فإنه مطلق ليس فيه تقييد الضمان بصورة الجهل.

(2) اي فتوى علماء الامامية، فإنهم في مقام الفتوى يفتون بالضمان مطلقا، سواء أكان القابض عالما أم جاهلا.

(3) دفع وهم آخر.

و خلاصة الوهم: أن القابض الجاهل مغرور بجهله بفساد العقد فلا يشمل الضمان: لأن الضمان مقيد بعدم الغرر.

وقد اجاب الشيخ عن الوهم في المتن فلا نعيده.

(4) دفع وهم آخر.

حاصل الوهم: أن الدافع العالم بالفساد هو الذي سلط القابض على ماله فالمال حينئذ يكون عنده امانة مالكية فلا يكون ضامنا له.

(5) جواب عن الوهم المذكور وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده

(6) اي و لاجل أن الدافع إنما دفع المال الى القابض بناء على أنه ملك للمدفع إليه، لا امانة عنده، أو عارية.

(7) أي كل ما ذكرنا إنما كان في الكلية من جانب الطرد: و هو أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

إشارة

و أما عكسها: و هو أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فمعناه أن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضمانا كما في عقد الرهن (1)، و الوكالة (2)، و المضاربة (3)، و العارية غير المضمونة (4) بل المضمونة، بناء على أن المراد بإفادته الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لا بامر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه (5)، و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة.

هل تضمن عين المستأجرة فاسدا

ثم إن مقتضى ذلك (6) عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا، لأن

+++++

(1) حيث إن المرتهن لا يضمن الوثيقة اذا تلفت اذا لم يكن بتعد أو تفريط.

(2) حيث إن الوكيل لا يضمن ما في يده اذا تلف عنده اذا لم يكن بتعد.

(3) حيث إن العامل لا يضمن المال اذا تلف عنده اذا لم يكن بتعد.

(4) حيث إن المستعير لا يضمن العارية غير المشروطة، و لا الذهب و الفضة اذا تلفت عنده اذا لم يكن بتعد و تفريط.

راجع حول الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة. الجزء 4 كتاب الرهن. كتاب الوكالة. كتاب المضاربة. كتاب العارية.

(5) كما في العارية المضمونة، حيث إن الضمان فيها جاء من ناحية الشرط، لا من طبيعة العقد، فإن طبيعة العارية بنفسها لا تقيد الضمان لولا الشرط.

(6) أي مقتضى عكس القاعدة الذي هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

صحيح الاجارة غير مفيد لضمائها كما صرح به (1) في القواعد و السرائر

و حكي (2) عن التذكرة و اطلاق الباقي (3) إلا أن صريح الرياض الحكم بالضمان (4).

و حكي (5) فيها عن بعض نسبه الى المفهوم من كلمات الأصحاب

و الظاهر (6) أن المحكي عنه هو المحقق الاردبيلي في مجمع الفائدة.

و ما (7) أبعد ما بينه (8)

+++++

(1) أى بعدم ضمان الاجارة الفاسدة.

(2) أى عدم ضمان الاجارة الفاسدة.

(3) فإن باقي فقهاء الامامية قدس الله ارواحهم قالوا بعدم الضمان في الاجارة و لم يقيدوها بالصحيحة، أو الفاسدة كما قيد العلامة و ابن ادريس عدم الضمان في الاجارة بالفاسدة.

فهذا الاطلاق دليل على عدم الضمان في الاجارة الفاسدة.

(4) أى بضمان الاجارة بالفاسدة.

(5) أى صاحب الرياض حكى في الرياض عن بعض الفقهاء نسبة ضمان الاجارة الفاسدة الى أصحابنا الامامية.

(6) هذا كلام شيخنا الانصاري.

(7) هذا أيضا كلام شيخنا الانصاري يتعجب من نسبة المحقق الاردبيلي ضمان الاجارة الفاسدة الى أصحابنا، و من نسبة المحقق الثاني عدم ضمان الاجارة الفاسدة الى أصحابنا، و يقول: كيف التوفيق بين هاتين النسبتين المتهافتتين؟.

(8) أى بين كلام المحقق الاردبيلي: من نسبة الضمان الى الأصحاب

و بين ما عن جامع المقاصد، حيث قال في باب الغصب: إن الذي يلوح من كلامهم (1) هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء المنفعة.

و الذي (2) ينساق إليه النظر هو الضمان، لأن التصرف فيها (3) حرام، لأنه غصب فيضمنه ثم قال (4): إلا أن كون الاجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك (5) فيقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقا (6) و الاصل براءة الذمة من الضمان فلا تكون العين بذلك (7) مضمونة، و لو لا ذلك (8) لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأن استيلاءه (9) بغير حق و هو باطل. انتهى.

+++++

(1) اى كلام الأصحاب فنسب المحقق عدم الضمان في الاجارة الفاسدة الى الأصحاب.

(2) هذا رأى صاحب جامع المقاصد.

(3) لا يخفى أن حكم المحقق الثاني بحرمة التصرف و غصبيته في العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة محل كلام، حيث إن المستاجر اخذها بزعم صحة الاجارة، و تسلمها من صاحبها برضاه ثم تبين فساد الاجارة.

نعم اذا طلبها صاحبها بعد العلم بالفساد و لم يسلمها المستأجر كان غاصبا.

(4) اى المحقق الثاني

(5) اى للضمان في الاجارة الفاسدة

(6) اى لا يكون مستحقا للاستيلاء، لفساد الاجارة.

(7) اى بالاستيلاء.

(8) اى و لو لا اصل البراءة من الضمان.

(9) اى استيلاء المرتهن على العين المرهونة، لفساد الاجارة.

ص: 173

منشأ الحكم بالضمان

و لعل الحكم بالضمان في المسألة (1)

إما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن (2)، لأن (3) المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الاجارة المنفعة فالعين يرجع في حكمها الى القواعد (4)، و حيث كانت في صحيح الاجارة امانة مأذونا فيها شرعا و من طرف المالك لم يكن فيه ضمان.

و أما في فاسدها فدفعت الموجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها، الحق الانتفاع فيه، و المفروض عدم الاستحقاق، فيده عليها يد عدوان موجبة للضمان.

و إما (5) لأن قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد (6)

الأقوى عدم الضمان

و الأقوى (7)

+++++

(1) اى مسألة اجارة الفاسد كما افاده المحقق الثاني بقوله: و الذي ينساق إليه النظر هو الضمان.

(2) اى ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(3) تعليل لخروج ضمان الاجارة الفاسدة عن قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(4) و هو الضمان.

(5) هذا هو الوجه الثاني للضمان في العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة اذ الوجه الاول هو قوله: إما لخروجها.

(6) و هو قوله صلى الله عليه و آله و سلم: على اليد ما اخذت حتى تؤدى.

(7) هذا رأى الشيخ في الموضوع فاذا تعارضتا تساقطتا فيرجع حينئذ الى القواعد الفقهية و هي تقتضي الضمان. -

ص: 174

عدم الضمان.

فالقاعدة المذكورة (1) غير مخصصة بالعين المستأجرة، ولا متخصصة.

ثم إنه يشكل اطراد القاعدة في موارد.

اشارة

ثم إنه يشكل اطراد القاعدة (2) في موارد.

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل

(منها): (3) الصيد الذي استعاره المحرم من المحل، بناء على فساد العارية (4)، فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به، ولذا (5) ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصحة و الفساد (6) إلا أن يقال: إن وجه ضمانه بعد البناء على أنه يجب على المحرم ارساله، و اداء قيمته: أن المستقر عليه قهرا (7) بعد العارية هي القيمة، لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب

+++++

- ويمكن أن يراد من المعارضة في قوله: و هي معارضة حكومة قاعدة على اليد على أصالة البراءة.

(1) و هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده لا تكون مخصصة بالعين المستأجرة بالإجارة الفاسدة: و كذلك لا تكون متخصصة اى ليس لها خروج موضوعي.

(2) و هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(3) اى من تلك الموارد التي لا تأتي القاعدة المذكورة فيها.

(4) اى في حالة العارية.

(5) اى و لأجل أن صحيح العارية لا يضمن ناقش الشهيد الثاني في ضمان عارية المحرم التي هي فاسدة بالقيمة.

(6) القيدان راجعان الى عارية المحرم اى عارية المحرم، سواء أكانت صحيحة أم باطلة.

(7) اى رغما على انفه جاء على المحرم هذا الضمان بعد ارساله الصيد

الإتلاف (1) الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد، لا بسبب التلف.

منها المنافع غير المستوفاة من البيع فاسدا

و يشكل اطراد القاعدة (2) أيضا في البيع فاسدا بالنسبة الى المنافع التي لم يستوفها، فإن هذه المنافع (3) غير مضمونة في العقد الصحيح (4) مع أنها (5) مضمونة في العقد الفاسد، إلا أن يقال: إن ضمان العين (6) يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد. وفيه (7) نظر، لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع.

+++++

(1) و هو وجوب ارسال الصيد الذي حصل للمحرم بعد اخذه من المحل.

(2) و هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(3) و هي المستوفاة.

و لا يخفى أنه لا مجال للقول بعدم ضمان المنافع غير المستوفاة في العقد الصحيح، لأن علاقة المالكية قد انقطعت عن المالك و اضيفت الى المشتري

(4) المقتضي لعدم الضمان في العقد الفاسد أيضا.

(5) اي مع أن المنافع الغير المستوفاة مضمونة في العقد الفاسد فانخرمت القاعدة المذكورة.

(6) اي ضمان العين في البيع الصحيح و الفاسد: بمعنى أن ضمان المنافع يكون تابعا لضمان العين في العقد الصحيح و الفاسد.

(7) اي وفيما افاده القيل: من أن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع نظر و اشكال

ص: 176

ويمكن نقض القاعدة (1) أيضا: بحمل المبيع فاسدا على ما صرح به في المبسوط و الشرائع و التذكرة، و التحرير من كونه مضمونا على المشتري

خلافًا للشهيدين و المحقق الثاني و بعض آخر، تبعا للعلامة في القواعد مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح، بناء على أنه للبائع. و عن الدروس توجيهه (2) كلام العلامة بما اذا اشترط الدخول في البيع، و حينئذ (3) لا نقض على القاعدة.

منها الشركة الفاسدة

ويمكن النقض (4) أيضا بالشركة الفاسدة، بناء على أنه لا يجوز

بالباع الفاسد، فإن الحمل لو تلف عند المشتري بعد تسلمه الامة يكون مضمونا عليه، مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح، بناء على أن الحمل الذي كان موجودا في رحم الامة عند الشراء للبائع.

(2) اي وجه الشهيد الاول كلام العلامة القائل بعدم ضمان الحمل على اشتراط المشتري مع البائع دخول الحمل في البيع: بأن يكون له.

(3) اي و حين الاشتراط من قبل المشتري يكون الحمل له.

(4) اي نقض قاعدة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بالشركة (1) الفاسدة.

ص: 177

1- بفتح الشين و كسر الراء عبارة عن اختلاط النصيين فصاعدا بحيث لا يتميز احدهما عن الآخر. و أسباب الشركة إما الارث، و إما العقد، و إما الحيازة، و إما الحق كالشفعة، و إما المنفعة كاجارة دار تكون منفعتها مشتركة بينهما. و المعتبر عند الامامية من الشركة شرعا شركة (العنان) التي هي شركة الأموال. -

التصرف بها فاخذ المال المشترك حينئذ (1) عدوانا موجب للضمان.

مبنى عدم الضمان في عكس القاعدة هي الأولوية و المناقشة فيها

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة (2) على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولوية و حاصلها (3) أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده.

و توضيحه أن الصحيح من العقد اذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان، لأن اثر الضمان إما من الاقدام على الضمان و المفروض عدمه، و الا لضمن بصحيحه.

و إما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة و المفروض أنها لا تؤثر شيئا.

و وجه الأولوية (4) أن الصحيح اذا كان مفيدا للضمان امكن أن يقال:

إن الضمان من مقتضيات الصحيح فلا يجري في الفاسد، لكونه لغوا غير مؤثر على ما سبق تقريره: من أنه اقدم على ضمان خاص (5) و الشارع لم يضمنه فيرتفع اصل الضمان (6)

+++++ (1) اي حين فساد الشركة

(2) اي مأخذ عكس القاعدة: و هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(3) اي الأولوية.

(4) اي أولوية عدم الضمان في الفاسد.

(5) و هو ضمان الثمن و المثل

(6) و هو مطلق الضمان، لأنه بعد عدم ثبوت ضمان الخاص من قبل الشارع فلا يبقى مجال للضمان اصلا.

ص: 178

لكن يخدمها (1) أنه يجوز أن تكون صحة الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر على العين شرعا مؤثرة في رفع الضمان.
بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطا لهما على العين فلا أولوية.

(فإن قلت): إن الفاسد و إن لم يكن له دخل في الضمان إلا أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض و بقي الباقي (2)

(قلت): ما خرج (3) به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها. و هي عموم (4) ما دل على أن من لم يضمه المالك، سواء ملكه اياه بغير عوض، أو سلطه (5) على الانتفاع به، أو استأمنه (6) منه عليه لحفظه، أو دفعه (7) إليه لاستيفاء حقه، أو العمل (8) فيه بلا اجرة أو معها، أو غير ذلك فهو غير ضامن.

أما في غير التملك بلا عوض اعني الهبة فالدليل المخصص لقاعدة

+++++

(1) اي هذه الأولوية.

(2) و هي العقود الفاسدة التي يكون صحيحها غير مضمونة ففاسدها تكون مضمونة.

(3) اي عن الضمان

(4) هذا العموم احد أسباب خروج العقود الصحيحة و الفاسدة عن الضمان.

(5) هذا ثاني أسباب خروج العقود الصحيحة و الفاسدة عن الضمان

(6) هذا ثالث أسباب خروج العقود الصحيحة و الفاسدة عن الضمان

(7) هذا رابع أسباب خروج العقود الصحيحة و الفاسدة عن الضمان

(8) هذا خامس أسباب خروج العقود الصحيحة و الفاسدة عن الضمان

ص: 179

الضمان عموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمه.

وأما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد (1) بفحوى ما دل على خروج مورد الاستيمان، فإن استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى.

والتقييد بالمجانبة (2) لخروج التسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات فإنه عين التضمين.

فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن: أن دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمه بعوض واقعي أعني المثل، أو القيمة، ولا جعلي (3) فليس عليه ضمان.

الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده فوراً إلى المالك

(الثاني (4) من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده (5) فوراً إلى المالك.

و الظاهر أنه (6) مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة.

+++++

(1) أي على اليد ما أخذت حتى تؤديه، فإن العموم لا يشمل الهبة الفاسدة، لخروجها عنه بواسطة مفهوم الأولوية التي ذكرها الشيخ في المتن فلا ضمان فيها.

(2) في قوله: عليه مجاناً.

(3) وهو المسمى.

(4) أي الأمر الثاني، إذ الأول كون المضمون بالعقد الفاسد غير داخل في ملك القابض

(5) أي رد المأخوذ بالعقد الفاسد فوراً ففوراً في كل لحظة وآن

(6) أي وجوب الرد إلى صاحبه فوراً ففوراً.

بل صرح في التذكرة كما عن جامع المقاصد أن مئونة الرد على المشتري لوجوب ما (1) لا يتم إلا به.

و اطلاقه (2) يشمل ما لو كان في رده مئونة كثيرة؛ إلا أن يقيد (3) بغيرها بأدلة (4) نفي الضرر

و يدل عليه (5) أن الامسك. أنا ما تصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه لا يجوز لاحد أن يتصرف في مال غيره إلا باذنه (6)

ولو نوقش في كون الامسك تصرفا كفى عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا يحل مال امرئ مسلم لاخيه إلا عن طيب نفسه (7)، حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به (8) التي منها كونه في يده.

+++++

(1) و هي المقدمة، بناء على وجوبها، فإن بذل المئونة لا يصلح المأخوذ بالعقد الفاسد مقدمة لوصول المأخوذ الى صاحبه فالرد واجب و كذلك مقدمته و هو بذل المئونة.

(2) اي اطلاق وجوب ما لا يتم إلا به الذي هو صرف المئونة، حيث إن بذل المئونة مطلق لا تقييد فيه بالقليل، و لا بالكثير.

(3) اي وجوب الرد يقيد بعدم احتياجها الى مئونة زائدة كثيرة.

(4) الباء في بأدلة نفي الضرر بيان للمقيد الذي هو وجوب الرد

(5) اي على وجوب رد المأخوذ بالعقد الفاسد الى صاحبه.

(6) (وسائل الشريعة). الجزء 17. ص 309. الباب 1. الحديث 4

(7) مرت الاشارة في الجزء 6 من المكاسب من طبعتنا الحديثة ص 181

(8) اي بمال امرئ مسلم.

ص: 181

و أما توهم أن هذا (1) باذنه، حيث إنه دفعه باختياره فمندفع بأنه إنما ملكه اياه عوضا (2) فاذا انتفت صفة العوضية (3) باعتبار عدم سلامة العوض له شرعا.

و المفروض أن كونه (4) على وجه الملكية المجانية مما لم ينشئها المالك (5) و كونه (6) مالا للمالك، و أمانة في يده (7) أيضا مما لم يؤذن فيه، و لو اذن له (8) فهو استيداع جديد، كما انه لو ملكه مجانا كانت هبة جديدة

هذا، و لكن الذي يظهر من المبسوط عدم الاثم في إمساكه معللا بأنه قبضه باذن مالكه. و كذا السرائر ناسبا له (9) الى الأصحاب.

و هو ضعيف، و النسبة (10) غير ثابتة

+++++

(1) اى الامساك و هو الابقاء تحت يده.

(2) اى عند ما ملكه عوضا عما يملكه المشتري.

(3) لفساد العقد المستلزم لعدم تملك كل من المتعاقدين الثمن و المثلن

(4) اى كون المدفوع.

(5) بل المالك انشأ الملكية المعوضة.

(6) اى و كون المدفوع.

(7) اى في يد القابض حتى يكون امانة مالكية.

(8) اى بعد فساد العقد و الحال أن الاذن الجديد لم يحصل و لم يثبت

(9) اى عدم الاثم في إمساك المأخوذ بالعقد الفاسد.

(10) اى الى عموم الأصحاب، لأن شيخ الطائفة و ابن ادريس ذهبا الى عدم الاثم في إمساكه.

و لا يبعد إرادة صورة الجهل (1)، لأنه لا يعاقب.

الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور

(الثالث) (2): أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدم من السرائر (3) كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم.

و يدل عليه (4) عموم قوله: لا- يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه (5)، بناء على صدق المال على المنفعة، و لذا (6) يجعل ثمنها في البيع و صداقا في النكاح، خلافا للوسيلة فنفي الضمان (7)، محتجا (8) بأن الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل

+++++

(1) اى جهل القابض بالفساد، حيث لا- يعاقب الجاهل فلو كان هناك اثم لعوقب و إن كان الجهل لا يمنع من الضمان، بناء على مبنى (شيخنا الانصاري).

(2) اى من الامور المتفرعة على المقبوض بالعقد الفاسد.

(3) في نقل الشيخ عنه في ص 141 بقوله: وفي السرائر أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان.

(4) اى على وجوب عوض المنافع المستوفاة على القابض.

(5) مرت الاشارة الى الحديث في الهامش 8 ص 165-166

(6) اى و لاجل صدق المال على المنفعة.

(7) اى عن المنافع المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد بالنبوي المعروف:

الخراج بالضمان اى المنافع في مقابل ضمان العين.

(8) اى استدل صاحب الوسيلة على أن المنافع في مقابل ضمان العين بالحديث النبوي المعروف بالخراج بالضمان.

اقول: الحديث هذا مروى في كتب (اخواننا السنة)

رواه احمد و أبو داود و الترمذي و النسائي و ابن ماجة و ابن حبان -

و تفسيره (1) أن من ضمن شيئاً و تقبله لنفسه فخراجه (2) له فالباء (3) للسببية، أو المقابلة.

+++++

- وقالوا: إنه حديث صحيح، و لم يرو عن طرقنا الامامية.

أليك ما افاده (شيخنا الممقاني) قدس سره في شرحه على المكاسب في ص 288 حول الحديث قال:

لم نعر على ذكره في كتب الأخبار المأثورة عن طرق الخاصة اى (الشيعة الامامية).

لكن قال في كتاب الأشباه و النظائر في القسم الاول:

القاعدة العاشرة الخراج بالضمان من حديث عائشة.

ثم إنه ذكر سبب ورود الحديث في بعض طرقه:

و هو أن رجلا ابتاع عبدا فاقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه و سلم فرده عليه فقال: يا رسول الله قد استعمل الغلام.

فقال صلى الله عليه و سلم: الخراج بالضمان.

قال ابو عبيدة: الخراج في الحديث غلة العبد يشتره الرجل فيستعمله زمانا ثم يعثر منه على عيب دلّه البائع فيرده و يأخذ جميع الثمن و يفوز بغلته كلها، لأنه كان في ضمانه فلو هلك هلك من ماله. انتهى.

و خراج كل شيء ما خرج منه، فخراج الشجر ثمرته، و خراج الحيوان دره و نسله.

(1) اى معنى الخراج بالضمان

(2) اى منافع الشيء الذي ضمنه تكون له اذا كانت له.

(3) اى الباء في كلمة بالضمان الواردة في الحديث النبوي: الخراج بالضمان سببية اى سبب كون المنافع للمشتري هو ضمان الشيء.

ص: 184

فالمشتري لما اقدم على ضمان المبيع و تقبله على نفسه بتقبييل البائع و تضمينه اياه على أن يكون الخراج له مجاناً كان اللازم من ذلك أن خراجه له على تقدير الفساد، كما أن الضمان عليه على هذا التقدير (1) أيضاً.

و الحاصل أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، و مرجعه (2) الى أن الغنيمة و الفائدة بإزاء الغرامة (3)

و هذا المعنى (4) مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري:

ألا ترى أنها لو احترقت كانت من مال المشتري (5)؟

+++++

(1) اي على تقدير فساد العقد.

(2) اي و مرجع عدم اجتماع ضمان العين، و ضمان الخراج الى أن الأرباح و الفوائد تكون بإزاء غرامة العين و ضمانها فلا يكون ضمان آخر للفوائد.

(3) اي ضمان العين كما عرفت.

(4) و هو أن الغنيمة و الفائدة بإزاء ضمان العين يستفاد من عدة روايات وردت في المقام كقوله عليه السلام في الحديث الآتي: الغلة للمشتري

(5) فالحديث هذا يدل على أن القابض لا يضمن المنافع، لأنها بإزاء ضمان العين.

راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12. ص 355. الباب 8. الحديث 1

أليك نص الحديث.

عن اسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و انا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى اخيه فقال: ابيعك داري هذه، و تكون لك احب إليّ من أن تكون لغيرك -

ص: 185

و نحوه (1) في الرهن، وغيره.

وفيه (2) أن هذا الضمان ليس هو ما اقدم عليه المتبايعان حتى يكون

+++++

- على أن تشترط لي إن انا جئتك بثمانها الى سنة أن ترد عليّ .

فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها الى سنة ردها عليه.

قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فاخذ الغلة لمن تكون الغلة ؟

فقال: الغلة للمشتري ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله ؟

(1) اي ونحو هذا الحديث الوارد في أن المنافع المستوفاة لا تضمن لأنها بإزاء ضمان العين: الحديث الوارد في الرهن.

أليك نص الحديث

عن اسحاق بن عمار عن ابي ابراهيم موسى بن جعفر عليه السلام

قال سألته عن الرجل يرهن العبد أو الثوب، أو متاع البيت فيقول صاحب المتاع للمرتهن: انت في حل من لبس هذا الثوب فالبس الثوب و انتفع بالمتاع، و استخدم الخادم.

قال: هو له حلال اذا احله، و ما احب أن يفعل.

قلت: فارتهن دارا لها غلة لمن الغلة ؟

قال: لصاحب الدار

قلت: فارتهن ارضا بيضاء فقال صاحب الارض: ازرعها لنفسك.

فقال: هو حلال ليس هذا مثل هذا يزرعها لنفسه بماله فهو له حلال كما أحله، لأنه يزرع بماله و يعمرها.

المصدر نفسه. الجزء 13 ص 130. الباب 8. الحديث 1.

فالحديث هذا دل على أن المنافع والأرباح تكون ازاء ضمان العين.

(2) اي وفي الاستدلال بالحديث النبوي الخراج بالضمان على عدم -

الخراج بإذائه وإنما هو (1) امر قهري حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم (2)، و المغصوب (3).

فالمراد بالضمان الذي بإذائه الخراج التزام الشيء على نفسه و تقبله له مع امضاء الشارع له (4)

وربما ينتقض ما ذكرناه (5) في معنى الرواية (6) بالعارية المضمونة (7)

+++++

- ضمان المنافع المستوفاة نظر و إشكال.

وجه النظر: أن ضمان العين في العقد ليس ضمانا اقدم عليه المتبايعان بطيب نفسهما، لأنهما إنما اقدموا على المعاملة ظنا منهما صحتها، و
أنهما ليسا ضامين.

بل الضمان للعين في هذا العقد حصل من الشارع قهرا عليهما، و رغما على انفسهما فلا يكون الخراج ازاء الضمان.

(1) أي ضمان العين في العقد الفاسد كما عرفت.

(2) المراد من السوم هو اختبار المشتري السلعة عند شرائها فلو تلفت بوقوعها من يده، أو بطريق آخر لكان المشتري ضامنا لها.

(3) فإن من غضب شيئا يكون ضامنا له مهما بلغ الامر و كلف و يؤخذ بأشد الأحوال.

(4) و من الواضح أن الشارع لم يمض هذا الضمان المتولد من العقد الفاسد حتى تكون الأرباح و المنافع المعبر عنها بالخراج في إزاء
ضمان العين

(5) و هو أن ضمان العين في العقد الفاسد ليس ضمانا اقدم عليه المتعاقدان بطيب نفسهما، بل هو ضمان حصل قهرا عليهما من الشارع.

(6) و هي المرسلة المروية عن طرق اخواننا السنة: الخراج بالضمان

(7) و هي المشترطة، و عارية الذهب و الفضة.

ص: 187

حيث إنه اقدم على ضمانها، مع أن خراجها ليس له، لعدم تملكه للمنفعة وإنما تملك الانتفاع الذي عينه المالك. فتأمل (1).

و الحاصل أن دلالة الرواية (2) لا تقصر عن سندها في الوهن فلا يترك لاجلها (3) قاعدة ضمان مال المسلم (4) واحترامه (5)، وعدم حله إلا عن طيب النفس (6)

+++++

(1) وجه التأمل: أن الخراج بالضمان في العقد الفاسد في مقابل أن العين ملك له، و من أمواله في حال الانتفاع الذي هو سبب لكون تلفها منه.

بخلاف العارية المضمونة، فإن ضمانها ليس من باب أن العين فيها ملك للمستعير حتى يملك المنافع بإزاء ضمان العين.

(2) و هو الخراج بالضمان، حيث إن كلامنا في المقبوض بالعقد الفاسد: في أنه لو كانت للعين منافع مستوفاة هل يضمونها كل واحد من المتبايعين لو كانت للثمن و المثل منافع.

و الحديث هذا ليس فيه دلالة على ما نحن بصدده؟

(3) اي لأجل رواية الخراج بالضمان التي هي قاصرة سنداً و دلالة لا نرفع اليد عن القواعد المسلمة في الفقه.

(4) هذه احدى القواعد المسلمة و هي اشارة الى الحديث المشار إليه في الهامش 7 ص 165

(5) هذه ثانية القواعد المسلمة و هي اشارة الى الحديث المشار إليه في الهامش 7. ص 165

(6) هذه ثالثة القواعد المسلمة و هي اشارة الى الحديث المشار إليه في الهامش 8. ص 165

ص: 188

وربما يرد هذا القول (1) بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد، و عوض اللبن (2)، بل عوض كلما انتفع.

وفيه (3) أن اللام 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.

+++++

- فمع هذه القواعد المسلمة الدالة على ضمان الأموال كيف يمكن رفع اليد عنها، والعمل بتلك المرسلة؟

(1) وهو قول صاحب الوسيلة من عدم الضمان في المنافع المستوفاة

(2) راجع (وسائل الشريعة). الجزء 14. ص 592. الباب 88 الحديث 4

أليك نص الحديث.

عن زرارة قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه أولادا، ثم إن اباهم يزعم أنها له و اقام على ذلك البينة.

قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه في قيمة ما اصاب من لبنها و خدمتها.

فالرواية هذه ترد المرسلة المذكورة: من أن الخراج بالضمان، حيث إنها حكمت برد الجارية الى مالكةا، و بتعويض الرجل الذي اولدها قيمة الولد و اللبن و جميع ما استفاد من خدماتها.

فلو كان الخراج بالضمان كيف يحكم الامام عليه السلام في الرواية بذلك؟

(3) أي وفي هذا الرد.

ص: 189

و أضعف من ذلك (1) رده بصحيحة ابي ولاد المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة ردا على ابي حنيفة القائل بأنه اذا تحقق ضمان العين و لو بالغصب سقط كرها كما يظهر (2) من تلك الصحيحة.

نعم لو كان القول المذكور (3) موافقا لقول أبي حنيفة في اطلاق القول: بأن الخراج بالضمان انتهضت الصحيحة و ما قبلها (4) ردا عليه

+++++

(1) أى و أضعف من هذا الرد رد المرسله المذكورة: الخراج بالضمان بصحيحة أبي ولاد.

وجه الأضعفية: أن الصحيحة واردة في الغصب مجردة عن عنوان البيع، و كلامنا في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد فلا مساس للصحيحة بما نحن بصدده فيبينهما بون بعيد.

راجع حول الصحيحة (وسائل الشيعه) الجزء 17. ص 313.

الباب 7. الحديث 1

(2) اي قول (أبي حنيفة): اذا تحقق ضمان العين و لو بالغصب سقط كرها، لأن الخراج بالضمان.

(3) و هو سقوط ضمان المنافع المستوفاة بضمان العين، لأن الخراج بالضمان كما افاده صاحب الوسيلة اي لو كان قوله بعدم الضمان مطابقا مع قول (أبي حنيفة) في عدم الضمان كانت الصحيحة المذكورة ردا له

لكن قوله مخالف لقول أبي حنيفة، لأن أبا حنيفة يقول بعدم الضمان مطلقا، سواء أكان عدم الضمان في الغصب أم في المقبوض بالعقد الفاسد

و صاحب الوسيلة يقول بعدم الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد فقط فلا تشمله الصحيحة الواردة في الغصب فقط.

(4) و هي الرواية الواردة في شراء الجارية المسروقة المشار إليها في الهامش 2. ص 189

ص: 190

هذا (1) كله في المنفعة المستوفاة.

و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان.

وقد عرفت عبارة السرائر المتقدمة (2)

و لعله (3) لكون المنافع أموالا في يد من بيده العين فهي مقبوضة في يده، و لذا (4) يجري على المنفعة حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر، و يتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا، و كذا الدار المجعول سكنها ثمنا، مضافا (5) الى أنه مقتضى احترام مال المسلم، اذ كونه في يد غير مالكة مدة طويلة من غير اجرة مناف للاحترام.

لكن يشكل الحكم (6)

+++++

(1) اي ما قلناه: من ضمان المنافع، أو عدم الضمان كله كان حول المنافع المستوفاة.

(2) في ص 141 بقوله: إن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب

(3) هذا كلام شيخنا الانصاري: اي و لعل ضمان المنافع غير المستوفاة لاجل صدق المال عليها فهي تحت يده و تصرفه فكما تكون العين مضمونة كذلك المنافع.

(4) اي و لأجل صدق المال على المنافع غير المستوفاة و أنها في يده و تحت تصرفه.

(5) اي بالإضافة الى ما ذكرناه في ضمان المنافع غير المستوفاة:

من أنها أموال فتكون مقبوضة بقبض العين لنا دليل آخر على ضمانها: وهو أن الضمان مقتضى احترام أموال المسلم كما عرفت ذلك في الهامش 7 ص 165

(6) وهو ضمان المنافع غير المستوفاة.

ص: 191

بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقية (1): بأن (2) مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلا أن يندرج (3) في عموم على اليد ما أخذت و لا إشكال في عدم شمول صلة (4) الموصول للمنافع.

و حصولها (5) في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الاخذ.

+++++

(1) اذ لا- نسلم أن المنافع غير المستوفاة تعد أموالاً- حقيقة و على فرض تسليم أنها أموال حقيقة يشكل الحكم بضمان المنافع غير المستوفاة.

(2) الباء بيان لوجه الإشكال في الحكم و هو ضمان المنافع غير المستوفاة اى مجرد كون المنافع غير المستوفاة أموالاً حقيقية.

(3) اى ضمان المنافع غير المستوفاة تحت قاعدة: على اليد ما أخذت حتى تؤدى، بناء على أنها قد أخذت من صاحبها حال كونها تابعة للعين في اخذها.

(4) و هي كلمة اخذت الواقعة في قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

على اليد ما أخذت حتى تؤديه لا- تشمل المنافع غير المستوفاة، لأنها ليست مأخوذة بالاستقلال و إنما أخذت تبعاً للعين فالأخذ لا يشملها.

(لا يقال): إن عموم على اليد، سواء أكان الاخذ بالاستقلال أم بالتبع يشملها فالضمان ثابت لها.

(فإنه يقال): هذا العموم المدعى خلاف ظاهر اللفظ، اذ لفظ الاخذ ظاهر في الاخذ الاستقلالي، لا التبعية فالعموم لا يشمل المنافع غير المستوفاة.

(5) دفع وهم

حاصل الوهم: أن المنافع قد حصلت في اليد و إن كانت بتبعية العين فيصدق الاخذ.

و دعوى أنه (1) كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة (2)

و أما (3) احترام مال المسلم فإنما يقتضي عدم حل التصرف فيه (4) و إتلافه (5) بلا عوض، و إنما يتحقق ذلك (6) في الاستيفاء بالحكم (7) بعدم الضمان مطلقا كما عن الايضاح، أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض

+++++

فاجاب الشيخ أن الحصول في اليد لا يوجب صدق الاخذ حتى يشمله حديث على اليد ما اخذت.

(1) اى لو ادعي أن الأخذ هنا كناية عن الاستيلاء و السلطنة لا الاخذ باليد الجارحة، و هذا الاستيلاء حاصل على المنافع غير المستوفاة بسبب القبض.

(2) وجه الإشكال أن الظاهر من الاخذ هو الأخذ باليد الجارحة.

(3) من هنا يريد الشيخ أن يبدي نظره حول المنافع غير المستوفاة في عدم الضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد. و خلاصته: أن قاعدة احترام مال المسلم تقتضي على عدم جواز التصرف في ماله، و عدم جواز اتلافه بلا عوض.

لكن هذه القاعدة تأتي في المنافع المستوفاة، لا في غير المستوفاة.

(4) اى في المأخوذ بالعقد الفاسد كما عرفت.

(5) بالجر عطفًا على المضاف إليه في قوله: عدم حل التصرف اى احترام مال المسلم إنما يقضي عدم إتلافه بلا عوض كما عرفت.

(6) هذا رأي الشيخ في المنافع غير المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد.

(7) سواء أكان البائع عالما بالفساد أم لا.

آخر موافق للاصل (1) السليم.

مضافا (2) الى أنه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده له (3)

ومن المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة، لأنها له (4) مجانا، و لا (5) يتقسط الثمن عليها، و ضمانها (6) مع الاستيفاء لاجل (7) الإلتاف فلا ينافي القاعدة المذكورة، لأنها بالنسبة الى التلف لا الإلتاف.

+++++

(1) وهي براءة ذمة القابض عن الضمان وهذا الاصل سالم عن معارضة شيء معه.

(2) أي لنا دليل آخر على عدم ضمان المقبوض بالعقد الفاسد في المنافع غير المستوفاة.

(3) أي للمقبوض بالعقد الفاسد.

(4) أي للقابض.

(5) أي الثمن المقبوض بالعقد الفاسد لا يتوزع قسم منه على المبيع وقسم منه على المنفعة: بأن يقال: إن قسما منه بإزاء المثلث، وقسما منه بإزاء المنفعة فالذي بإزاء المنفعة يؤخذ منه وإن لم يستوفها.

(6) دفع وهم

حاصل الوهم: أن عدم ضمان المنافع غير المستوفاة لو كان لاجل القاعدة المذكورة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فلما ذا يحكم بضمان المنافع المستوفاة، مع أن صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري في المنافع؟

(7) جواب عن الوهم المذكور حاصله: أن الضمان هنا لاجل أن القابض قد اتلف المنافع باستيفائها ففوتها على مالكة الضمان لا ينافي

-

مضافا (1) الى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة (2) المبيعة الساكنة عن ضمان غيرها في مقام البيان (3)

و كذا صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه بغير اذنه

فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها (4) و سكت عن المنافع الفائتة، فإن عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير (5) البائع يوجب عدم الضمان هنا (6) بطريق اولى.

و الانصاف أن للتوقف في المسألة (7) كما في المسالك تبعا للدروس و التنقيح مجالا.

+++++

- القاعدة المذكورة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، لأن هذه القاعدة موردها التلف، لا الإتلاف.

(1) اي و لنا دليل آخر على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة.

هذه ثالثة الأدلة القائمة على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد، اذ الدليل الاول الاصل السليم، و الثاني ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(2) (وسائل الشريعة). الجزء 14. ص 592. الباب 88. الحديث 3

(3) اي مع أن الامام عليه السلام في مقام البيان، فلو كانت المنافع غير المستوفاة مضمونة كالمستوفاة لبين حكمها كما بين حكم المستوفاة.

و تأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز.

(4) المصدر نفسه. ص 591. الحديث 1

(5) حيث إن الامة في الموردین غير ملك للبائع.

(6) و هو المقبوض بالعقد الفاسد، حيث إن المبيع ملك للبائع إلا أن البيع فاسد.

(7) و هي مسألة ضمان المنافع الغير المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد

ص: 195

وربما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الإشكال و التوقف بصورة علم البائع (1) على ما استظهره السيد العميد و المحقق الثاني من عبارة الكتاب (2)

و عن الفخر حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء (3)

فتحصل من ذلك كله أن الأقوال في ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة

(الاول): الضمان (4) و كأنه للاكثر

(الثاني): عدم الضمان كما عن الايضاح (5).

(الثالث): الضمان الا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع

(الرابع): التوقف في هذه الصورة (6) كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد من عبارة القواعد.

(الخامس): التوقف مطلقا (7) كما عن الدروس و التنقيح و المسالك

+++++

(1) فإن هؤلاء الأعلام توقفوا في عدم ضمان المنافع غير المستوفاة في صورة علم البائع بفساد البيع.

(2) اي كتاب القواعد.

(3) بأن توقف في عدم ضمان المنافع المستوفاة، سواء أ كان البائع عالما بالفساد أم جاهلا.

(4) مطلقا، سواء أ كان البائع عالما بالفساد أم لا.

(5) اي مطلقا، سواء أ كان البائع عالما بالفساد أم لا

(6) اي في صورة علم البائع بالفساد.

(7) سواء أ كان البائع عالما بالفساد أم جاهلا

و محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين.

وقد عرفت (1) أن التوقف أقرب الى الانصاف، إلا أن المحكي عن التذكرة ما لفظه: إن منافع الأموال: من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبدا أو جارية أو ثوبا أو عقارا، أو حيوانا مملوكا ضمن منفعه، سواء أتلّفها بان استعملها أو فاتت تحت يده: بأن بقيت مدة في يده لا يستعملها عند علمائنا اجمع (2)

و لا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة فتشمل (3) يد المشتري فيما نحن فيه، خصوصا مع غلبته (4)، و لا سيما مع جهل البائع به. و أظهر منه (5) ما في السرائر في آخر باب الاجارة من الاتفاق أيضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة، مع قوله في باب البيع: إن البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الاثم عن امساكه انتهى.

و على هذا (6) فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة و إن كان المترائى

+++++

(1) اي في قول الشيخ أنفا في ص 195: إن للتوقف في المسألة كما في المسالك تبعا للدروس مجالا.

(2) راجع (تذكرة الفقهاء) كتاب الغصب البحث الثالث ص 380

(3) اي هذه اليد العادية تشمل يد المشتري الذي ابتاع شيئا بالعقد الفاسد.

(4) اي مع غلبة المقبوض بالعقد الفاسد على بقية الضمانات.

(5) اي و أظهر من قول العلامة في التذكرة: من ضمان المنافع غير المستوفاة قول ابن ادريس في السرائر.

وجه الأظهرية أن ابن ادريس صرح بضمان المنافع الفائتة في المغصوبات

(6) من هنا يريد الشيخ العدول عما افاده: من التوقف في عدم -

ص: 197

من ظاهر صحيحة ابي ولاد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به الى غير محل الرخصة، إلا أنا لم تجد بذلك (1) عاملا في المغصوب الذي هو موردها.

الرابع: إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله

(الرابع) (2): اذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف إلا ما يحكى عن ظاهر الاسكافي (3).

وقد اختلفت كلمات أصحابنا في تعريف المثلي فالشيخ وابن زهرة وابن ادريس والمحقق وتلميذه (4) والعلامة وغيرهم قدس الله أرواحهم بل المشهور على ما حكى: أنه ما تساوت أجزاءه من حيث القيمة (5)

+++++

ضمان المنافع غير المستوفاة، اي وعلى قول العلامة في التذكرة، وابن ادريس في السراء: من ضمان المنافع الفائتة التي لم يستوفها القابض.

(1) اي لم نر احدا عمل بمورد الرواية التي وردت في الغصب في المنافع المستوفاة بل الفقهاء عمموها حتى في المنافع غير المستوفاة.

(2) اي من الامور المتفرعة على المقبوض بالعقد الفاسد.

(3) حيث لم يذهب بوجوب المثل في المثلي اذا كان التالف مثليا بل قال: إن تلف المضمون ضمن قيمته، أو مثله إن رضي صاحبه فهو حكم بضمن القيمة ابتداء.

(4) وهو صاحب كاشف الرموز يأتي شرح الكتاب و حياة مؤلفه في (أعلام المكاسب).

(5) لما انجر بنا البحث الى المثلي والقيمي لا بأس بصرف عنان القلم الى تعريفهما بتعريف يجعل كبرى كلية تنطبق على صغرياتها، ليكون القارئ النبيل بصيرا بالمقصود منهما، و محيطا بتطبيق تلك الكبرى الكلية على صغرياتها. -

- اعلم أننا ذكرنا هذا الموضوع في (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة. الجزء 7. من ص 36 - الى 40 فراجع.

ولنذكر ما ذكرناه هناك مع زيادة في التوضيح.

فالبحث عنهما يقتضي البحث عن جهات ثلاث:

(الاولى): أن الواجب أولاً وبالذات هو رد العين الى صاحبها اذا كانت موجودة فلا تصل النوبة الى المثل، أو القيمة ابداً مع وجودها

بل وصول النوبة إليهما الذي هي المرتبة النازلة بعد عدم إمكان رد العين بتلفها.

(الثانية): وجوب أداء بدل العين بعد تلفها مع قطع النظر عن أن البديل هو المثل، أو القيمة.

(الثالثة): أنه بعد أن ثبت وجوب البديل عند التلف فهل مقتضى الاصل هو المثل، أو القيمة؟

أما البحث عن الجهة الاولى فلا شبهة في ضمان (من اتلف مال الغير)

كما أنه لا شبهة في ضمانه عند تلفه تحت يده اذا لم تكن اليد امانة ولم يكن التلف بتفريط.

ولا ريب في أن الواجب أولاً كما عرفت أداء العين نفسها، لاشتغال الذمة بها ابتداءً فما دام المكلف متمكناً من تأدية نفسها، فلا تصل

النوبة الى المرتبة النازلة: وهي تأدية بدلها.

ولما كان العوض و البديل من باب الوفاء، لا أنه أداء لنفس العين فالعين بنفسها باقية في العهدة و الذمة الى أداء بدلها و عوضها.

فعلى هذا الضوء اذا كان للعين التالفة في الخارج ما يماثلها من حيث -

- الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة زيادة و نقيصة و جب عليه دفعها الى مالكها، لأنه أقرب عند العرف و العقلاء الى رد العين.
فاذا لم يتمكن المكلف من رد نفسها و جب رد مماثلها.

و أما اذا لم يكن لها في الخارج مماثل فالواجب على المكلف دفع قيمة العين، لأنها اقرب الى العين بنظر العرف.

و هذا معنى قول (الفقهاء) رضوان الله تبارك و تعالى عليهم:

إن البدل في الواجب هو المثل في المثليات، و القيمة في القيميات.

و ستأتي زيادة توضيح عن الجهة الاولي عند ما يتعرض الشيخ لمدرکها و أما البحث عن الجهة الثانية فتشملها الاطلاقات الواردة.

راجع (وسائل الشيعة). الجزء 13 الباب 1 ص 337 الأحاديث الواردة في المقام، و قد اشرنا الى بعضها في ص 149.

(و منها): صحيحة ابي و لاد المشار إليها في الهامش 1 ص 190

(و منها): رواية الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكاري دابة الى مكان معلوم فنفتت الدابة.

قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن، و إن دخل و اديا لم يوثقها فهو ضامن، و إن سقطت في بئر فهو ضامن، لأنه لم يوثقها.

(المصدر نفسه). ص 257. الباب 17. الحديث 3.

و أما البحث عن الجهة الثالثة فيتعرض عنها الشيخ قدس سره مفصلا و نحن نشير إليها عند ما يتعرض عنها.

فالمهم هو البحث عن تعريف المثلي و القيمي

فنقول مستعينا بواهب العطيات جل شأنه و عز اسمه:

إن المثل ليس له حقيقة شرعية، أو متشعبة.

- بل هو بمعناه اللغوي والعرفي: وهو (المماثل).

و من هنا قالوا: (إن المثل عبارة عن الأعيان الخارجية التي يكون مدار ماليتها الجهات المشتركة بينها).

خذ لذلك مثالا

الحنطة تكون ماليتها باعتبار الجامع والجهات الكلية المشتركة بين جميع أفرادها، التي هي الكميات، ولا تلاحظ المشخصات الفردية في مرحلة التقويم، لأن المناط في معرفة الأفراد والجزئيات والخصوصيات إنما هو بانطباق تلك الجهات الكلية عليها: من الحنطية والحمرة والصفرة والخشونة والنعومة، والجودة والرداءة التي هي المناط في ماليتها.

وبكلمة أخصر: أن المثلي هو الفرد الذي يكون المدار في ماليته جهاته الكلية المنطبقة عليه كالحنطة مثلا، فإن مالية جميع أفرادها إنما هي بلحاظ الجهات الكلية: الجنسية، والنوعية، والصفية.

والقيمي بعكس ذلك، فإن الملاك في ماليته الجهات الشخصية الخارجية.

خذ لذلك مثالا.

إن الفرس يعد من القيمي؛ لأن مناط ماليته هي الجهات الشخصية فيه، والأوصاف الخارجية.

والحاصل: أن المثلي ما يكون له مماثل في الأوصاف والجهات التي تتفاوت بها زيادة ونقصا، وكل ما كان كذلك فهو مثلي.

والقيمي ما لا يكون له مماثل في الأوصاف والجهات التي بها المالية زيادة ونقصا. -

بل الملاك في ماليته هي الأوصاف الشخصية الخارجية فيه القائمة بشخصه. و كل ما كان كذلك فهو قيمي.

و هذا يختلف بحسب الأزمان و الأصقاع.

فالثوب و إن كان معدودا من القيمي إلا أنه في العصر الحاضر بواسطة (معامل الحياكة، و المكنائ الاوتوماتيكية) المحيرة للعقول يعد مثليا

و كذا جميع الأقمشة الصوفية و الحريرية و القطنية و النايلونية بجميع أنواعها.

و من هنا يظهر أن ما افاده الأعلام من الأفاذ في تعريف المثلي:

(إن المثلي ما تساوت أجزاءه من حيث القيمة): ناظر الى الغالب كما نقل هذا التعريف (شيخنا الانصاري) قدس سره في المتن.

و المقصود من تساوي الأجزاء ما ذكرناه لك.

(إن قيل): إن اريد من التساوي التساوي بالكلية و في تمام المثليات بشتى أشكالها و ألوانها فالامر ليس كذلك، فإن الحنطة و الشعير، و نحوهما تكون أفرادهما مختلفة بحسب القيمة؛ فإن قفيزا من حنطة كذا يساوي عشرين ديناراً، و من حنطة كذا يساوي خمسة عشر ديناراً، و من حنطة كذا يساوي عشرة دنانير.

و هكذا في الشعير

و إن اريد من التساوي في الجملة فهو موجود في بعض القيميات أيضا كالارض، و بعض أصناف الثوب و ما شاكلها.

(قلنا): أما أولا فلأن مثل هذه التعريفات كلها من قبيل شرح الاسم، و تبديل لفظ بلفظ اوضح منه كقولك في تعريف (السعدانة):

إنها نبت. -

- من فاذا لا مجال للإشكال فيه بالطرده تارة كما في الحنطة والشعير، وبالعكس اخرى كما في الارض، وبعض اصناف الثوب.

و أما ثانيا فلأن (الأصحاب) رضوان الله تبارك و تعالى عليهم و إن اطلقوا المثلي على جنس الحنطة و الشعير.

لكن الظاهر أن هذا الاطلاق باعتبار مثلية أنواعهما و أصنافهما.

و من الواضح أن أفراد كل نوع، أو صنف منهما متساوية بحسب القيمة. مثلا أفراد الحنطة الحمراء متساوية في القيمة، و كذا أفراد الحنطة الصفراء.

(لا يقال): إن كان المراد من الأجزاء أجزء الكل و المركب فلا يصدق التعريف على الحنطة و الشعير، و نحوهما، لأننا فرضنا أن ليس لهما أجزاء، بل لهما أفراد.

و إن كان المراد من الأجزاء أفراد الكلي و الطبيعي فلا يصدق على الدرهم و الدينار الواحد، لأن لهما أجزاء، لا أفرادا

بالإضافة الى أنه يصدق على بعض أقسام القيمي أيضا كالثوب، و نحوه

(فإنه يقال): إنك قد عرفت أن هذا التعريف ناظر الى الغالب و ليس تعريفا حقيقيا حتى يشكل تارة في طرده بالحنطة و الشعير، و اخرى في عكسه بالدرهم و الدينار.

هذا بالإضافة الى أنه يمكن أن يكون المراد من الأجزاء الأعم منها و من الأفراد.

ثم لا يخفى عليك: أن هذين اللفظين: (المثلي و القيمي) لم يردا في شيء من الروايات، بل وردا في معقد اجماعات الأصحاب رضوان الله تبارك و تعالى عليهم.

و المراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة (1)

و المراد بتساويها (2) من حيث القيمة تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة الى قيمة البعض.

+++++

- فاذا يدور الأمر مدار تحقق الاجماع.

ففي كل مورد تم الاجماع على أن التالف مثلي فهو مضمون به.

و أما في موارد الاختلاف فلا يثبت الضمان بالمثل؛ لعدم تحقق الاجماع فيهما.

إذا فلا اثر، و لا وقع في إطالة الكلام فيهما.

هذه خلاصة ما اردنا ايراده حول المثلي و القيمي حسب فهمنا القاصر فله الحمد على ما انعم، و له الشكر على ما الهتم.

(1) قد عرفت المقصود من صدق اسم الحقيقة على المثلي عند قولنا في ص 201: و بكلمة اخصر.

(2) قد عرفت معنى تساوى الأجزاء عند قولنا في ص 201: و بكلمة أخصر.

و خلاصة كلام الشيخ أن المراد من تساوى الأجزاء هو تساويها من حيث القيمة: اي لو كان الكل قيمته عشرة دنانير فرضا لكان كل جزء من أجزائه متساو مع الجزء الآخر في القيمة بالنسبة الى قيمة الكل.

فلو كانت قيمة مائة طن من الحنطة الف دينار مثلا لكانت قيمة ربع طن منها الذي هي خمسة و عشرون طناربع قيمة مجموع مائة طن و هو مائتان و خمسون ديناراً.

و كذا ربه الآخر، و هكذا.

و كذا نصف مائة طن يساوي نصف قيمتها و هي خمسمائة دينار -

ص: 204

الآخر كنسبة نفس البعضين (1) من حيث المقدار، و لذا (2) قيل في توضيحه:

إن المقدار منه اذا كان يساوي قيمة فنصفه (3) يساوي نصف تلك القيمة

و من هنا (4) رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيميا

قال: (5) اذ لو انفصل نقصت قيمته.

+++++

- ثم إن المراد من الأجزاء هي الكميات، اذ ليس لكل جزء من أجزاء الكل مالية معينة يجعل بعض الثمن بإزائه كما في حبات الحنطة و الشعير و الحبوب الاخرى: من الحمص و الباقلاء و غيرهما.

و التعبير عن الكميات بالأجزاء للإشارة الى أن الجزء أيضا كمية بملاحظة اجتماعها مع جملة من الكميات و الحبات الاخرى الملازم لجزئيتها مع الكميات المجتمعة في مرحلة عروض المالية عليها، و على جامعها اعني الحنطة.

(1) اي كما أن نسبة البعضين الى الكل متساوية كذلك نسبة قيمة كل بعض الى بعض آخر متساوية كما عرفت.

(2) اي و لأجل أن المراد من تساوي الأجزاء هو تساويها من حيث القيمة قيل في توضيح هذا المعنى: إن المقدار من المثلي كطنّ مثلا يساوي قيمة معينة كعشرة دنانير مثلا فنصف ذلك المقدار يساوي نصف تلك القيمة و النصف هي خمسة دنانير.

(3) اي نصف المقدار كما عرفت.

(4) اي و من أن المقدار من المثلي اذا كان يساوي قيمة فنصفه يساوي نصف تلك القيمة.

(5) تعليل لكون المصوغ من الذهب و الفضة قيميا أي الشهيد الثاني قال:

الدليل على أن المصوغ من النقدين قيمى نقصان قيمته لو انفصل و صار نصفين، فإنه في هذه الحالة لا يشتري بقيمته الواقعية قبل الفصل و القطع.

فلو كان مثليا لما نقصت قيمته بعد القطع، لأنك عرفت أنفا في توضيح المثلي: أن المقدار منه إذا كان يساوي قيمة فنصفه يساوي نصف تلك القيمة. -

قلت (1): وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليا، اذ لو انكسر نصفين نقصت قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع.

الا (2) أن يقال: إن الدرهم مثلي بالنسبة الى نوعه، وهو (3) الصحيح ولذا (4) لا يعد الجريش مثلا للحنطة ولا (5) الدقاقة مثلا للارز.

+++++

- ثم إن في النسخ الموجودة عندنا حتى في نسخة العلامة الشهيدى قدس سره التي تدعى أنها صحيحة جدا و مصنونة عن الأغلاط، لإشراف بعض الأفاضل على تصحيحها هكذا: قال: اذ لو انفصلت نقصت قيمتها بتأنيث فعل الماضي و الضمير.

و الصحيح ما اثبتناه، لكون الفاعل في انفصل المصوغ، كما أنه المرجع للضمير

(1) هذا كلام شيخنا الانصاري اى ما افاده الشهيد الثاني من أن المصوغ من التقدين قيمي، اذ لو انفصل نقصت قيمته.

(2) استثناء عما افاده الشيخ: من أن لازم قول الشهيد الثاني: عدم كون المصوغ من التقدين من القيميات، لتقصان قيمته بالكسر

و خلاصته: أن للدرهم نسبتين:

نسبة الى نوعه وهي الدراهم الموجودة المصوغة

و نسبة الى جنسه وهي الفضة و الذهب

فإضافته الى نوعه توجب أن يكون مثليا

و إضافته الى جنسه توجب أن يكون من القيميات، لتقصان قيمته بعد الكسر.

(3) اى كون الدرهم مثليا بالنسبة الى اضافته الى نوعه

(4) اي و لاجل أن الدرهم مثلي اذا اضيف الى نوعه، لا الى جنسه حتى يعد قيميا لا يعد الجريش الذي هو طحين الحنطة غير ناعم مثلا

للحنطة، لأنه ليس من نوعها، لأنها بعد الجرش خرجت عن نوعها فلا يعد من المثليات

(5) بضم الدال هو تراب كل شيء، والمراد منه هنا القطع المتكسرة -

و من هنا (1) يظهر أن كل نوع (2) من أنواع الجنس (3) الواحد بل كل صنف (4) من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة الى أفراد ذلك النوع أو الصنف.

فلا- يرد ما قيل (5): من أنه إن اريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، اذ ما من مثلي الا و أجزاءه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإن قفيزا من حنطة يساوي عشرة، و من اخرى يساوي عشرين.

+++++

- من الأرز أي هذه الدقاقة لا تعد مثلا للارز، لأنه ليس من نوعه حتى يعد في المثليات فإنه بعد التصفية خرج عن كونه من نوع الارز.

(1) اي و من أن الدرهم اذا اضيف الى نوعه يعد مثليا.

(2) هو الكلبي الذي يطلق على الأفراد المتفقة الحقيقة كالانسان الذي يقع جوابا عن السؤال عن زيد وعمرو في قولك: زيد وعمرو ما هما؟

فيقال: إنسان

و هذا الكلبي احد الكليات الخمس المذكورة في علم المنطق.

(3) هو الكلبي الذي يطلق على الأفراد المختلفة الحقائق كالحيوان الذي يقع جوابا في السؤال عن الانسان و البقر في قولك: الانسان و البقر

ما هما؟

فيقال: حيوان

و هو احد الكليات الخمس حسب تقسيم اهل الميزان.

و الجنس على قسمين:

قريب كالحيوان، و بعيد كالنامي، حيث يقع جوابا في السؤال عن الانسان و البقر و الشجر.

(4) هي الأفراد من النوع كالعربي و الفارسي و التركي و الزنجي و الرومي و الهندي، و غيرهم من أصناف البشر.

(5) قد اشرنا الى هذا القيل في ص 202 بقولنا: لا يقال: إن اريد التساوي

ص: 207

وإن اريد التساوي في الجملة (1) فهو في القيمي موجود، كالثوب و الارض. انتهى.

وقد لوح هذا المورد (2) في آخر كلامه الى دفع ايراده بما ذكرنا:

من أن كون الحنطة مثلية معناه أن كل صنف منها متماثل للأجزاء (3) و متساويا في القيمة، لا بمعنى أن جميع أبعاض (4) هذا النوع متساوية في القيمة.

فاذا (5) كان المضمون بعضا من صنف فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف (6)، لا القيمة، ولا بعض (7) من صنف آخر.

+++++

(1) قد اشرنا الى هذا في ص 202 بقولنا: وإن اريد من التساوي

وقد اشرنا الى الجواب في ص 202 بقولنا: أما أولا

(2) وهو المحقق الاردبيلي قدس سره الذي افاد بقوله في ص 207:

إن اريد التساوي بالكلية.

(3) المراد منها الكميات.

(4) المراد منها أفراد الحبات.

و المراد من النوع هو جنس الحنطة، أو الشعير بما تحتها من الأصناف

(5) الفاء تفریع على ما افاده: من أن المراد بمثلية الحنطة كون كل صنف منها متماثل للأجزاء و متساويا في القيمة.

وليس المراد من التماثل و التساوي التماثل في الأجزاء التي هي الحبوب و تساوي الأجزاء في القيمة.

(6) وهو ما كان المضمون بعضا من صنف.

(7) بالجر عطفًا على المضاف إليه في قوله: دفع مساويه أي وليس الواجب على المتلف دفع بعض من الحنطة وإن لم يكن المدفوع من صنف المضمون.

ص: 208

لكن الانصاف أن هذا (1) خلاف ظاهر كلماتهم؛ فإنهم يطلقون المثلي على جنس الحنطة و الشعير (2)، و نحوهما (3)، مع عدم صدق التعريف (4) عليه، و إطلاق المثلي على الجنس (5) باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه (6) و إن لم يكن بعيدا، إلا أن انطباق التعريف (7) على الجنس بهذا الاعتبار (8) بعيد (9) جدا إلا (10) أن يهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها

+++++

(1) و هو كون الحنطة مثلية معناه أن كل صنف منها متماثل الأجزاء و متساو في القيمة.

(2) لاعلى الصنف من الحنطة، و الشعير.

(3) كالارز، و بقية الحبوب.

(4) و هو أن المثلي ما تساوت أجزاؤه، فإن هذا التعريف لا يكون شاملا لجميع أفرادها، مع أن شمول التعريف لجميع الأفراد هو المراد.

(5) و هو جنس الحنطة، أو جنس الشعير، أو جنس الحبوب.

(6) و هي الحنطة الشمالية، أو الجنوبية.

و الأولى في العبارة أن يقال هكذا:

و إطلاق المثلي على أنواعه باعتبار مثلية أصنافه.

(7) و هو أن المثلي ما تساوت أجزاؤه.

(8) و هو اعتبار مثلية أنواعه، أو أصنافه.

(9) وجه البعد هو أنه بناء على الاعتبار المذكور يلزم المسامحة في التعريف، لاحتياجه الى إضمار في نظم الكلام، لأن التقدير يكون هكذا:

المثلي ما تساوت أجزاء أنواعه، أو أصنافه

و من المعلوم أن البناء في التعريف على عدم المسامحة فيه مهما أمكن.

(10) الاستثناء هذا لرفع البعد المذكور، و توجيه انطباق التعريف -

كما التزمه (1) بعضهم.

غاية الامر وجوب رعاية الخصوصيات (2) عند اداء المثل عوضا عن التالف، أو القرض و هذا أبعد (3). هذا (4).

مضافا (5) الى أنه يشكل اطراد (6) التعريف بناء على هذا: بأنه

+++++

- المذكور على الجنس باعتبار مثلية أنواعه، أو أصنافه.

(1) وهو إهمال الخصوصيات في الأصناف.

(2) أي خصوصيات الأصناف.

(3) وجه الأبعدية: أن الخصوصية الصنفية لو كانت ملحوظة حالة العقد فلا بد من مراعاتها حين الأداء، فلا وجه لإهمالها.

(4) أي خذ ما تلوناه عليك حول تعريف المثلي و ما اورده المحقق الاردبيلي و ما لّوحه في هذا المقام.

(5) أي بالإضافة الى ما اوردناه على التعريف المذكور هنا إشكال آخر: وهو عدم اطراد التعريف و شموله لجميع أفراد.

(6) لا يخفى عليك أن كلمة اطراد كلما تستعمل يراد منها شمولها لجميع الأفراد، كما أن كلمة منعكسا كلما تستعمل يراد منها مانعيتها للأغيار.

فاذا قيل: يكون التعريف مطردا يراد أنه جامع للأفراد

و اذا قيل: يكون منعكسا يراد أنه مانع للأغيار.

كما اذا قيل: لا يكون مطردا اي لا يكون جامعا للأفراد

و اذا قيل: لا يكون منعكسا اي لا يكون مانعا للأغيار.

و هنا قد استعمل شيخنا الانصاري كلمة الاطراد في كونها لا تكون جامعة للأفراد، و لا مانعة للأغيار، خلافا لاستعمالها المصطلح.

و الدليل على ذلك اتيان الشيخ لعدم جامعيتها للأفراد بقوله: بأنه -

إن اريد تساوي الأجزاء من صنف واحد (1) من حيث القيمة تسويا حقيقيا، فإنه قلّ (2) ما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع، لأن أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة، لتفاوتها (3) بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها كما لا يخفى.

+++++

- إن اريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تسويا حقيقيا قل ما يتفق ذلك، و اتيانها لعدم مانعيتها للأغيار بقوله:

وإن اريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و إن لم تتسار حقيقة تحقق ذلك في أكثر القيميات.

ولست ادري ما الذي دعا الشيخ الى خلاف استعمال المصطلح، مع أنه لم يكن غافلا عن استعمال المصطلح، لأنه قدس الله نفسه في شتى مجالات كتابيه: (الرسائل - و المكاسب) استعمال الكلمتين حسب المصطلح.

(1) كالحنطة الشمالية، أو الجنوبية، أو الجيدة، أو الرديئة.

(2) لا- نفهم معنى قوله قدس سره: قلّ ما يتفق ذلك، لأنه بعد فرض أن للنوع أصنافا كما مثلنا لك أنفا في الحنطة فما المانع من تساوي الأجزاء حقيقة من حيث القيمة؟

خذ لذلك مثلا

الطن من الحنطة الشمالية التي هو صنف لنوع الحنطة يساوي عشرة دنانير فكل مائة كيلو منها يساوي دينارا واحدا بعد أن اريد من تساوي الأجزاء تساوي أجزاء الصنف من حيث القيمة، لا تساوي الأجزاء من حيث الصفات، لأن التساوي هكذا إما معدوم بالكلية، أو قل ما يتفق ذلك

(3) اي لتفاوت تلك الأشخاص بسبب الخصوصيات

الظاهر أن تفاوت الأشخاص هو الذي دعا الشيخ أن يقول: قلّ ما يتفق ذلك. -

ص: 211

وإن اريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم تتساو حقيقة تحقق ذلك في أكثر القيميات (1) فإن لنوع الجارية أصنافا متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة، وبهذا الاعتبار (2) يصح السلم فيها ولذا (3) اختار العلامة في باب القرض من التذكرة على ما حكى عنه أن ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله (4)

وقد عد الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات (5)

مع أن كل نوع منهما (6) مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة بل متساوية عرفا.

ثم لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمة عزيز الوجود، بخلاف الأنواع المثلية لم يوجب ذلك (7) اصلاح طرد التعريف.

+++++

- اذا لا يكون التعريف جامعا للأفراد.

(1) اذا لا يكون التعريف مانعا للأغيار:

(2) وهو تقارب الصفات الموجبة لتساوي القيمة.

(3) اي و لاجل وجود صفات متقاربة في القيميات.

(4) لأن مثله موجود فيضمن بالمثل، و لا يجوز تبديله بالقيمة وإن كان قيميا، لعدم براءة ذمته.

(5) حيث إن الرطب و الفواكه متقاربة الأصناف.

(6) اي من الفواكه

(7) خلاصة هذا أن عزة وجود الصنف المتساوي الأجزاء من حيث القيمة في الأنواع القيمة لا تكون موجبة لخرق تعريف المثلي: بأنه ما تساوت أجزاؤه بعدم كونه مانعا للأغيار، بل يشمل القيميات المتساوية للأجزاء.

ص: 212

نعم يوجب ذلك (1) الفرق بين النوعين في حكمة الحكم بضمان المثلي بالمثلي، والقيمي بالقيمة.

ثم إنه قد عرف المثلي بتعاريف أخر أعم من التعريف المتقدم (2) أو اخص فعن التحرير (3): أنه ما تماثلت أجزاؤه، و تقاربت صفاته.

وعن الدروس و الروضة البهية: أنه المتساوي الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات (4)

+++++

(1) وهي عزة وجود الصنف المتساوي الأجزاء من حيث القيمة و قلة انفرق في المثلي و القيمي في حكمة الحكم بضمان المثل في المثلي، و بضمان القيمة في القيمي.

(2) في قوله في ص 198: ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة

(3) من هنا شروع في تعريف المثلي بتعاريف آخر.

و التعريف هذا يكون أعم من تعريف المثلي: بأنه ما تساوت أجزاؤه لأن تماثل أجزائه، و تقارب أوصاف الأجزاء قد يوجدان فيما لا تتساوى قيمة أجزائه كما في النحاس الموجود في بلاد الهند، و الموجود في بلاد ايران فإنهما مع اتفاقهما في المقدار و الصفة تراهما يختلفان في القيمة.

(4) الظاهر أن هذا التعريف أخص من تعريف العلامة، حيث إنه بعد اعتبار المساواة في القيمة كما كان هناك اعتبر المساواة في المنفعة أيضا، و تقاربه في الصفات.

خذ لذلك مثالا

لو كانت هناك كمية من الحنطة صنع منها خبز، و كانت هناك كمية أخرى من حنطة أخرى صنع منها خبز أقل من الخبز الأول: بأن كان نتاجها أقل من الحنطة الأولى، إلا أن طعم الخبز من الحنطة الثانية ألد من الخبز -

ص: 213

وعن المسالك والكفاية أنه (1) أقرب التعريفات الى السلامة.

وعن غاية المراد: ما تساوت أجزاؤه في الحقيقة النوعية (2)

وعن بعض العامة: أنه ما قدر بالكيل، أو الوزن.

وعن آخر منهم: زيادة جواز بيعه سلما.

وعن ثالث منهم: زيادة جواز بيع بعضه ببعض

الى غير ذلك مما حكاه في التذكرة عن العامة.

ثم لا يخفى أنه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية، ولا متشعبة.

وليس المراد معناه اللغوي، اذ المراد بالمثل لغة المماثل، فإن اريد من جميع الجهات فغير منعكس (3)، وإن اريد من بعضها فغير مطرد

(4)

+++++

- الاول المخبوز من الحنطة الاولى فتساويا في القيمة.

فتعريف العلامة يصدق هنا.

بخلاف تعريف صاحب الدروس والروضة البهية، لأنها اعتبارا التساوي في المنفعة، وهناك لا يوجد التساوي في المنفعة.

(1) اى تعريف صاحب الدروس المثلي بقوله: إنه المتساوي الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات.

(2) لا في الحقيقة الصنفيه.

(3) اى غير شامل للأفراد.

قد استعمل الشيخ كلمة منعكس في غير مصطلحها: و هو جامع للأفراد مع أنها مصطلحة لكونها مانعة للأغيار.

(4) اى غير مانع للأغيار.

وقد استعمل الشيخ كلمة مطرد في غير مصطلحها: و هو مانع للأغيار مع أن مصطلحها أنها جامع للأفراد.

وليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان (1) 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 (2) فينبغي أن يقال:

كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا اشكال في ضمانه بالمثل، للاجماع.

و يبقى ما كان مختلفا فيه بينهم كالذهب و الفضة غير المسكوكين، فإن صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيميات.

و ظاهر غيره كونهما مثليين.

وكذا الحديد و النحاس و الرصاص، فإن ظواهر عبارة المبسوط و الغنية و السرائر كونها قيمة.

و عبارة التحرير صريحة في كون اصولها (3) مثلية و إن كان المصوغ منها قيميا.

وقد صرح الشيخ في المبسوط بكون الرطب و العنب قيميين، و التمر و الزبيب مثليين.

وقال في محكي المختلف: إن في الفرق (4) إشكالا

بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين.

+++++

(1) و هو المثلي.

(2) اى و حين عدم وجود حكم في النصوص لخصوص المثلي.

(3) اى اصول الحديد و النحاس و الرصاص.

(4) اى بين الرطب و العنب في أنهما قيميان، و بين التمر و الزبيب في أنهما مثليان.

ص: 215

وقد حكي عن موضع من جامع المقاصد أن الثوب مثلي

والمشهور خلافه.

وأيضا فقد مثلوا للمثلي بالحنطة والشعير، ولم يعلم أن المراد نوعهما أو كل صنف، وما المعيار في الصنف، وكذا (1) التمر.

والحاصل أن موارد عدم تحقق الاجماع على المثلية فيها كثيرة فلا بد من ملاحظة أن الاصل الذي يرجع إليه عند الشك (2) هو الضمان بالمثل أو بالقيمة، أو تخيير المالك، أو الضامن بين المثل والقيمة.

ولا (3) يبعد أن يقال: إن الاصل هو تخيير

+++++

(1) اي وكذا اختلف الفقهاء في التمر في أنه مثلي، أو قيمي.

(2) اي في هذه الموارد التي لم يتحقق فيها اجماع على أن الشيء مثلي

(3) من هنا يريد الشيخ قدس سره أن يبين أن الاصل المعول عليه عند الشك في مثلية الشيء أو قيمته.

ولا يخفى عليك أنه ليس المراد من الاصل الاصول اللفظية، حيث إنه لا عموم ولا اطلاق حتى يرجع إليه عند الشك في مثلية شيء، فإن أدلة الضمان الدالة عليه التي منها قوله صلى الله عليه وآله وسلم: على اليد ما اخذت حتى تؤدي، والآية الكريمة: فَمَنْ اِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ليس فيها دلالة سوى الضمان فقط، وأن الضمان يرتفع بالأداء

و أما الضمان بالمثل، أو القيمة فخارج عن مفهوم الأدلة.

فالمراد من الاصل هنا هي الاصول العملية.

والاصل العملي هنا له أربعة احتمالات:

(الاول): الضمان بالمثل لا غير.

(الثاني): الضمان بالقيمة لا غير. -

الضامن (1)، لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره فإن فرض اجماع على خلافه (2) فالأصل تخيير المالك، لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك

مضافا (3) الى عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي

+++++

- (الثالث): تخيير المالك بالمثل، أو القيمة.

(الرابع): تخيير الضامن بالمثل، أو القيمة.

أما الوجه في الاول فلأنه من قبيل الأقل والأكثر في أنه يجب الاتيان بالأكثر حتى تبرأ ذمته.

و كذلك الوجه في الثاني هو الوجه في الاول مع القول بجريان البراءة في المثل.

و أما الوجه في القول الثالث هي قاعدة اشتغال ذمة الضامن المعبر عن هذه القاعدة بالاستصحاب.

و سيأتي شرحه قريبا في ص 218.

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: على اليد ما اخذت حتى تؤدي حيث إن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان إلا برد العين عند وجودها، وعند التلف فالأقرب إليها هو المثل.

و أما الوجه في الرابع فعدم وجوب الموافقة القطعية في المتباينين، بناء على عدم تأثير العلم الاجمالي إلا في حرمة المخالفة القطعية.

(1) وهو التالف.

(2) اي على خلاف ضمان الضامن.

(3) اي ولنا بالإضافة الى الاصل العملي الدال على ضمان الضامن دليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: على اليد ما اخذت حتى تؤدي. -

ص: 217

فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين خرج ما اذا رضي المالك بشيء آخر (1).

و الأقوى (2) تخيير المالك من أول الامر، لأصالة الاشتغال (3) و التمسك (4) بأصالة البراءة لا يخلو من منع.

+++++

- وقد عرفت شرح هذا في ص 217 عند قولنا: الرابع تخيير الضامن.

(1) و هو المثل، أو القيمة، فإن رضى المالك بذلك يخرج اشتغال ذمة الضامن عن مصداق الحديث حتى يؤدي.

(2) هذا رأي الشيخ في المورد الذي يشك في مثلية الشيء بعد عدم قيام الاجماع على مثليته.

(3) اى اشتغال ذمة التالف بالمثل، أو القيمة.

و المراد من الاصل هنا الاستصحاب اى استصحاب اشتغال ذمة التالف بالمثل، أو القيمة قبل التلف، وعند التلف و تخيير المالك الاخذ بالمثل أو القيمة نشك في زوال ذمة التالف عن المثل فنستصحب الاشتغال بالمثل لو اختار المالك المثل، أو القيمة لو اختار القيمة.

وقد اشرنا الى هذا الاستصحاب في ص 217 بقولنا: وسيأتي شرحه قريباً.

(4) دفع وهم

حاصل الوهم أن الضامن عند اختيار المالك المثل يجري براءة ذمته عنه فيعطي للمالك القيمة، أو المثل لو اختار المالك القيمة.

فاجاب الشيخ عن الوهم المذكور ما حاصله:

إن استصحب اشتغال ذمة الضامن حاكمة على أصالة البراءة فلا مجال لها هنا.

ص: 218

نعم يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح احد الأقوال (1)، و الاجماع على عدم تخيير المالك: التخيير (2) في الأداء من جهة دوران الامر بين المحذورين: اعني تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة، و لا للضامن الامتناع، و بين تعيين القيمة كذلك (3) فلا متيقن (4) في البين.

و لا يمكن (5)

+++++

(1) و هي الاحتمالات الاربعة التي ذكرناها في الهامش 3. ص 216

(2) بالرفع نائب فاعل لقوله: نعم يمكن أن يقال.

و نعم استدراك عما افاده: من قوله: و الأقوى تخيير المالك من اول الامر و خلاصته أنه يمكن القول بتخيير الضامن في أداء بدل التالف عند الأداء: من المثل، أو القيمة، لأنه إن لم نقل بتخيير الضامن يدور الامر بين محذورين و هما:

تعيين المثل فقط على الضامن: بحيث لا يكون للمالك حق المطالبة بالقيمة ابداء، و لا للضامن حق الامتناع عن دفع المثل.

أو تعيين القيمة فقط على الضامن: بحيث لا يكون للمالك حق المطالبة بالمثل ابداء، و لا للضامن حق الامتناع عن المثل ابداء.

و ليس في المقام دليل يعين المصير إليه فنضطر الى القول بتخيير الضامن

(3) اى بحيث لا يكون للمالك حق المطالبة بالقيمة ابداء، و لا للضامن حق الامتناع عن دفع المثل كما عرفت عند قولنا: و تعيين القيمة.

(4) عرفت معناه عند قولنا: و ليس في المقام دليل.

(5) اى و لا يجوز للضامن أصالة براءة ذمته عن المثل لو اختار المالك المثل، و لا أصالة براءة ذمته عن القيمة لو اختار المالك القيمة عند تشاحهما و تنازعهما على المثل، أو القيمة.

ص: 219

البراءة اليقينية عند التشاح، فهو (1) من باب تخيير المجتهد في الفتوى فتأمل (2). هذا

ولكن يمكن أن يقال: إن القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان

+++++

- فليس له دفع القيمة الى المالك لو طالب المثل بدعوى أصالة البراءة عنه، و لا له دفع المثل الى المالك لو طالب القيمة بدعوى أصالة البراءة عنها.

(1) اي ما نحن فيه: و هو تشاح المالك و الضامن على المثل، أو القيمة من قبيل تخيير المجتهد في الفتوى.

فكما أن المجتهد عند تعارض الخبرين الدال احدهما على الوجوب و الآخر على الحرمة مثلا يضطر الاخذ باحدهما و الإفتاء على طبقه لقوله عليه السلام: اذا فتخير.

كذلك ما نحن فيه يضطر الضامن الاخذ باحدهما: المثل، أو القيمة لدوران امره بين المحذورين الذين اشرنا إليهما في الهامش 2 ص 219 عند قولنا:

لأنه ان لم نقل بتخيير الضامن يدور الامر بين محذورين.

(2) قد ذكروا في وجه التأمل وجوها.

افاد السيد الطباطبائي اليزدي في تعليقه على المكاسب في ص 97: أنه اشارة الى أن تخيير المجتهد في الفتوى إنما هو لاجل تعارض الخبرين، لا في مثل المقام الذي هو لاجل المحذورين المذكورين.

و أفاد الشيخ المامقاني في تعليقه على المكاسب في ص 301 أن وجه التأمل منع قيام الاجماع على عدم تخيير المالك الذي هو من مقدمة مقدمات مطلوبة الذي هو تخيير الضامن في الاداء.

و افاد ثالث: أن الوجه لعله اشارة الى أن هذا مبني على امرين:

ص: 220

في المغصوبات، و الأمانات المفرط فيها، و غير ذلك هو الضمان (1) بالمثل لأنه اقرب الى التالف من حيث المالية و الصفات، ثم بعده قيمة التالف من التقدين (2)، و شبههما، لأنهما أقرب (3) من حيث المالية، لأن ما عداهما (4) يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه إليهما، و لاجل الاتكال على هذا الظهور (5) لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد (6) على كثرتها قد نص المشهور فيه على ذكر المضمون به (7)

+++++

- (احدهما): عدم ثبوت الترجيح لاحد هذه الأقوال التي ذكرناها في الهامش 3 ص 216-217

(الثاني): قيام الاجماع على عدم تخيير المالك.

و كلاهما ممنوع الى آخر ما افاده هناك.

(1) اي ضمان الضامن.

وقد اشرنا الى هذه الاطلاقات في ص 149

(2) وهما: الذهب و الفضة.

(3) اي الى التالف.

هذه الأقرية هي التي دعت شيخنا الانصارى الى القول بإمكان استفادة القاعدة من الاطلاقات في ص 220 بقوله: و لكن

(4) اي ما عدا التقدين.

(5) و هو امكان استفادة ضمان الضامن بالمثل من الإطلاقات الواردة في ضمان المغصوبات.

(6) اي المشكوكة التي لم يتم اجماع على مثلتها.

(7) و هو المثل، أو القيمة.

ص: 221

بل كلها إلا ما شذ و ندر قد اطلق فيها الضمان (1) فلو لا الاعتماد على ما هو المتعارف (2) لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان.

وقد استدل في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة بقوله تعالى: **فَمَنْ إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعَدَّ دُوًّا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** (3) بتقريب أن مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي، والقيمة في غيره.

واختصاص الحكم (4) بالمتلف عدوانا لا يقدح بعد عدم القول بالفصل وربما يناقش في الآية (5) بأن مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء (6)

+++++

(1) من غير ذكر المثل، أو القيمة.

(2) وهو حكم العرف بضمن التالف فقط

(3) البقرة: الآية 194

(4) وهو وجوب المثل في المثلي، والقيمة في القيمي

دفع وهم

حاصل الوهم: أن الحكم وهو وجوب دفع المثل في المثليات والقيمة في القيميات مختص بالإتلاف عدوانا فلا تشمل التلف وكلامنا في التلف لا في الاتلاف.

فاجاب الشيخ عن الوهم المذكور: أن الفقهاء في هذه المسألة بين قائل بعدم الضمان مطلقا، لا في التلف، ولا في الإتلاف.

وبين قائل بالضمان مطلقا، سواء في التلف والإتلاف.

وليس هناك قول بالفصل بالضمان في الاتلاف وعدم الضمان في التلف

(5) اى في دلالتها على وجوب اداء المثل في المثلي، والقيمة في القيمي

(6) بمعنى أنه لو كان مقدار الاعتداء درهما فاللزام الاعتداء على المعتدي بهذا المقدار لا غير.

ص: 222

لا المعتقدى (1) به

وفيه نظر (2)

نعم الانصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليها (3) بالقول المشهور (4)، لأن مقتضاهما (5) وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة و
المالية

وهذا (6) يقتضي اعتبار المثل حتى في القيميات، سواء وجد المثل فيها أم لا

أما مع وجود المثل فيها كما لو اتلف ذراعا من كرباس طوله عشرون

+++++

(1) وهو المثل في المثليات، والقيمة في القيميات.

(2) وجه النظر: أن الآية ظاهرة في مقدار الاعتداء والمعتدى به كليهما، وليس لها اختصاص في مقدار الاعتداء فقط

(3) اي على الآية،

والمراد من الدليل السابق هو قوله في ص 220: ولكن يمكن أن يقال:

إن القاعدة المستفادة

أو الدليل العرفي المشار إليه في قوله في ص 222: فلو لا الاعتماد على ما هو المتعارف

والاول أوفق، لتصريحه به

(4) وهو وجوب المثل في المثليات، والقيمي في القيميات.

المقصود من هذا نفى دلالة الآية الكريمة، والدليل السابق على القول المشهور الذي عرفته آنفا.

ولو لا هذا النفي لأمكن القول بخروج القيميات عن حكم الآية بضمان المماثل ابتداء: بأن يعطى المثل حتى في القيميات.

(5) اي الآية الكريمة، والدليل السابق

(6) وهو وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة و المالية

ص: 223

ذراعا متساوية من جميع الجهات، فإن مقتضى العرف والآية الزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته، ودفعه الى مالك الذراع المتلف مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به (1)

و كذا لو اتلف عليه عبدا وله في ذمة المالك بسبب القرض، أو السلم (2) عبد موصوف بصفات التالف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهري (3)

+++++

(1) اي بالزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من نفس نوعية الكرباس و دفعه الى صاحبه.

(الكرباس) لغة فارسية بحتة و هي حياكة يدوية من الطراز القديم كانت تحاك من القطن في بلاد (ايران) و قد نسخت هذه الحياكة بعد وجود (المعامل الاتوماتيكية).

و جاء مكانها ما يسمى عندنا في (العراق: الخام)

(2) بناء على جواز الإقراض و السلف في العبد

(3) عرفت معنى التهاتر القهري في الجزء السادس في الهامش 1. ص 35

مقصود الشيخ أن مقتضى الآية الكريمة، و الدليل السابق عليها هو الحكم بالتهاتر القهري في مسألة إتلاف عبد من زيد و كان للمتلف بذمة زيد من المتلف عبد موصوف مع العبد التالف من تمام الجهات و الصفات، لوجود المماثلة في الحقيقة و المالية في العبد كما هو الملاك في دفع المثلي، مع أن الفقهاء لا يحكمون بالتهاتر القهري في المقام، بل يحكمون بدفع قيمة العبد التالف لأن العبد من القيميات.

فالآية و الدليل السابق لا تجتمعان مع قول المشهور القائل بوجوب دفع المثلي في المثليات، و القيمي في القيميات.

ص: 224

كما يشهد به (1) ملاحظ كلماتهم في بيع عبد من عبيد

نعم (2) ذهب جماعة منهم الشهيدان في الدروس و المسالك الى جواز رد العين المقترضة اذا كانت قيمية.

لكن لعله من جهة صدق اداء القرض باء العين، لا من جهة ضمان القيمي بالمثل، و لذا (3) انفقوا على عدم وجوب قبول غيرها (4) و إن كان مماثلا لها من جميع الجهات.

+++++

(1) اي بعدم حكم الفقهاء بالتهاتر القهري ملاحظة كلمات الفقهاء في بيع عبد من عبيد، حيث إن الفقهاء ذكروا مسألة إتلاف عبد من زيد في مسألة بيع عبد من عبيد.

فمن راجع كلماتهم في تلك المسألة عرف أنهم لم يحكموا بالتهاتر القهري في مسألة إتلاف العبد.

(2) استدراك عما افاده: من عدم التزام المشهور بدفع المثل في القيميات كما هو مقتضى الآية و الدليل السابق، حيث إن مقتضاهما هو دفع المثل في القيميات أيضا.

و خلاصته: أن حكم الفقهاء برد العين المقترضة الى صاحبها دليل على أن ضمان القيمي بالمثل كما هو مقتضى الآية و الدليل السابق، لا بالقيمة كما هو مذهب المشهور، اذ لو كان ضمان القيمي بالقيمة لما حكموا بجواز رد العين المقترضة الى صاحبها.

(3) اي و لاجل أن صدق القرض باء العين، لا من جهة ضمان القيمي بالمثل اتفق فقهاء الامامية.

(4) اي غير العين المقترضة.

ص: 225

و أما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف فمقتضى الدليلين (1) عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر كما لو تعذر المثل في المثلي (2) فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي ولا يقولون به (3)

و أيضا فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا فمقتضى ذلك (4) عدم جواز الزام المالك بالمثل، لاقتضائهما (5) اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية، مع أن المشهور كما يظهر من بعض الزامه (6) به، وإن قوى خلافه (7) بعض.

بل ربما احتتمل جواز دفع المثل ولو سقط المثل عن القيمة بالكلية وإن كان (8) الحق خلافه

+++++

(1) وهما: الآية الكريمة

و الدليل السابق و هو قوله في ص 220 و لكن يمكن أن يقال:

(2) في أنه لا يسقط المثل عن الذمة بسبب تعذره في الخارج

(3) اي بضمان القيمة في يوم الدفع.

(4) اي النقص الفاحش

(5) اي الدليلين وهما: الآية الكريمة،

و الدليل السابق المشار إليه في الهامش 1

(6) اي الزام المالك بالمثل.

(7) اي خلاف عدم وجوب الزام المالك بالمثل: و هو إزام المالك بالمثل.

(8) هذا رأي الشيخ في الموضوع و يقول: إن الحق خلاف ما افاده البعض: من وجوب الزام المالك بالمثل و إن سقط المثل عن القيمة.

بل الواجب دفع قيمة هذا المثل الساقط عن القيمة.

ص: 226

فتبين (1) أن النسبة بين مذهب المشهور (2) و مقتضى العرف، و الآية عموم من وجه

+++++

(1) من هنا يروم الشيخ أن يذكر أن الآية الكريمة، و الدليل السابق الدال على وجوب الاعتداء بالمثل الشامل لاعطاء المثل حتى في القيميات لا توافقان قول المشهور الدال على وجوب دفع المثل في المثليات، و القيمة في القيميات.

وأن بين الآية، و الدليل السابق، و قول المشهور عموما و خصوصا من وجه لهما مادتا افتراق، و مادة اجتماع.

أما مادة الافتراق من جانب المشهور: بأن تكون الآية الكريمة و الدليل السابق موجودتين، و قول المشهور لم يكن موجودا كما في المثاليين المتقدمين

و هما: إتلاف ذراع من كرباس طوله عشرون ذراعا متساويا مع الذراع المتلف من تمام الجهات.

و إتلاف عبد لزيد و للمتلف في ذمة زيد عبد بمثل العبد التالف من تمام الجهات و الصفات.

فالآية و الدليل تحكمان بدفع المثل في إتلاف ذراع من كرباس الى المالك سواء وجد المثل أم لم يوجد، و وجب شراؤه مهما بلغت قيمته و كلفت

و المشهور يحكم بوجود دفع القيمة الى صاحب الذراع التالف.

و كذا في العبد، فإن الآية، و الدليل السابق تحكمان بقبول زيد عبد عمرو بدلا عن عبده التالف بالتهاتر القهري.

و المشهور لا يحكم بالتهاتر القهري. -

(2) و هو وجوب المثل في المثليات، و القيمة في القيميات

ص: 227

فقد (1) يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين (2) ولا يضمن به عند المشهور كما في المثاليين المتقدمين (3).

+++++

- وأما مادة الافتراق من جانب الآية و الدليل السابق: بأن يكون المشهور موجودا و هما ليسا بموجودين كما لو فرض نقصان المثل عن التالف نقصانا فاحشا من حيث القيمة بحيث سقط عن المالية.

فالمشهور يحكم بوجوب دفع هذا المثل الى المالك و الزامه باخذه.

و الآية و الدليل السابق يحكمان بعدم وجوب دفعه إليه، و عدم الزام المالك باخذه، لأنهما يعتبران المماثلة في الحقيقة و المالية.

و من الواضح أن المثل هنا قد سقطت المالية عنه، فإن الثلج الموجود في الشتاء لا يستفاد منه، و لا سيما اذا كان موجودا في الأماكن الباردة التي لا تحتاج الى الثلج.

و أما مادة الاجتماع كما في الحنطة و الشعير، فإن الآية، و الدليل السابق تحكمان بوجوب دفع المثل عنهما لو تلفا، لأنهما مثل التالف في الحقيقة النوعية و الصنفيه، و في المالية.

و المشهور يحكم أيضا بوجوب دفع مثلهما، لعدم سقوطهما عن المالية.

(1) هذه مادة الافتراق من جانب المشهور و قد عرفتها أنفا.

(2) و هما: الآية الكريمة، و الدليل السابق.

(3) و هما: إتلاف ذراع من كرباس طوله عشرون ذراعا متحدة الجهات و الصفات.

و إتلاف عبد لزيد و بذمة المتلف عبد من عمرو موصوف مع التالف بكل الصفات و الجهات.

ص: 228

وقد (1) ينعكس الحكم كما في المثال الثالث

وقد يجتمعان (2) في المضمون به كما في اكثر الأمثلة.

ثم إن الاجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدي بالنسبة الى ما لم يجمعوا على كونه قيميا.

ففي موارد الشك يجب الرجوع الى المثل بمقتضى الدليل السابق (3) و عموم الآية (4)، بناء (5)

+++++

(1) هذه مادة الافتراق من جانب الآية، و الدليل السابق و قد عرفتها آنفا.

(2) هذه مادة الاجتماع و قد عرفتها آنفا.

(3) و هي القاعدة المستفادة من الاطلاقات الواردة في ضمان المثل المشار إليها في ص 220 عند قوله: و لكن يمكن أن يقال

(4) و هو قوله تعالى: فَمَنْ إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ، حيث إن الآية عامة تحكم بوجوب دفع المثل عن التالف مطلقا، سواء أ كان في المثليات أم في القيميات، و سواء وجد المثل أم لا، إلا فيما سقط المثل عن القيمة رأسا كما في المثال الثالث و هو الثلج في الشتاء.

لكن العموم المذكور خصص بالاجماع، فإن الاجماع قام على ضمان القيمة في القيميات.

(5) تعليل للرجوع الى المثل في الموارد المشكوكة في مثليتها بمقتضى العموم في الآية الشريفة و إن خصص العموم. -

ص: 229

على ما هو الحق المحقق: من أن العام المخصص بالمجمل مفهوما المردد بين الأقل والاكثرا لا يخرج عن الحجية بالنسبة الى موارد الشك.

فحاصل (1) الكلام أن ما اجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التي يختلف فيها الرغبات وإن فرض نقصان قيمته في زمان

+++++

- و خلاصته: أن العموم المذكور وإن خصص بالاجماع ومقتضاه وإن كان عدم الرجوع الى العموم في الموارد المشكوكة، وعدم الحكم بوجوب دفع المثل فيها، لا في المثليات ولا في القيميات.

لكنه قرر في علم الاصول: أن العام اذا خصص بالمجمل مفهوما كما فيما نحن فيه، حيث إن القيمي مررد بين الأقل والأكثرا: فيقتصر في التخصيص فيه على القدر المتيقن من قيمته: وهو ما اجمع على أنه قيمي فيبقى الباقي تحت العموم المذكور: وهو وجوب دفع المثل في التالف سواء أكان مثليا أم قيميا.

هذا في الشبهات المفهومية كما في المقام، حيث إن مفهوم القيمي مجمل مررد بين الأقل: وهو مورد الاجماع المحقق.

وبين الأكثر: وهو مطلق ما قيل: إنه قيمي وإن اختلف فيه

(1) اي و خلاصة ما ذكرناه في مفاد الآية الكريمة و الدليل السابق.

مقصود الشيخ من ذكر هذه الخلاصة: أن مجموع ما ذكرناه حول مفاد الآية الكريمة؛ و الدليل السابق وإن كان هو وجوب دفع المثل في المثليات و القيميات، و كان وجوب دفع المثل هي نتيجة ما وصلنا إليه من مفاد الآية، و الدليل السابق.

لكن مع ذلك كله إن قام اجماع على مثلية شيء و جب دفع المثل و إن نقصت قيمته عن قيمة المثل التالف. -

ص: 230

الدفع، أو مكانه عن قيمة التالف، بناء (1) على تحقق الاجماع على اهمال هذا التفاوت.

مضافا (2) الى الخبر الوارد في أن الثابت في ذمة من اقترض دراهم واسقطها السلطان، وروج غيرها هي الدراهم الاولى (3)

+++++

- بل ولو سقطت قيمته بالكلية عن قيمة التالف.

كما اشار الى هذا السقوط الخبر الآتي

أو قام اجماع على قيمة شيء وجب دفع القيمة عن التالف.

فحينئذ تخصص الآية، و الدليل السابق فترفع اليد عن عمومهما كما عرفت ذلك عند قولنا في الهامش 4. ص 229: لكن العموم المذكور خصص بالاجماع.

(1) تعليل لجوب دفع المثل وإن نقصت قيمته عن التالف في زمان الدفع، أو مكانه.

(2) اي ولنا بالإضافة الى الاجماع المذكور على وجوب دفع المثل عن التالف وإن نقصت، أو سقطت قيمة المثل عن قيمة التالف يوم الدفع أو مكان الدفع: الخبر الوارد

(3) أليك نص الحديث الثاني

عن يونس قال: كتبت الى أبي الحسن الرضا عليه السلام أنه كان لي على رجل دراهم، وأن السلطان اسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من تلك الدراهم، ولهم اليوم وضیعة فأی شيء لي عليه الأولى التي اسقطها السلطان، أو الدراهم التي اجازها السلطان؟

فكتب عليه السلام: الدراهم الاولى

راجع (وسائل الشيعة). الجزء 12. ص 488. الباب 20. الحديث 2

ص: 231

و ما (1) اجمع على كونه قيميا يضمن بالقيمة، بناء على ما سيجيء (2) من الاتفاق على ذلك، وإن وجد مثله، أو كان مثله في ذمة الضامن.

و ما (3) شك في كونه قيميا، أو مثليا يلحق بالمثلي، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع و التالف، و مع الاختلاف ألحق بالقيمي. فتأمل (4)

الخامس: ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد.

(الخامس) (5): ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد. انتهى.

أقول: كثرة الثمن ان كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه فالظاهر أنه لا اشكال في وجوب الشراء (6)، و لا خلاف كما صرح به (7) في الخلاف، حيث قال: اذا غصب ماله

+++++

(1) عرفت معنى هذا عند قولنا في ص 231: أو قام الإجماع على قيمة شيء.

(2) اي في الامر السابع من الامور المتفرعة على المقبوض بالعقد الفاسد

(3) عرفت معنى هذا عند قولنا في ص 230: و خلاصته أن العموم المذكور وإن خصص.

(4) لعل وجه التأمل: أنه لا وجه للقول بوجوب دفع القيمة في موارد اختلاف قيمتي المدفوع و التالف.

بل الواجب و اللازم هو وجوب دفع المثل حينئذ كما عرفت عند قولنا مشروحا في ص 230: لكنه قرر في علم الاصول أن العام المخصص.

(5) اي من الامور المتفرعة على المقبوض بالعقد الفاسد.

(6) اي شراء المثل وإن كانت قيمته أضعاف قيمة التالف.

(7) اي بوجوب شراء المثل وإن ترقى قيمته.

ص: 232

مثل الحبوب و الأدهان فعليه مثل ما تلف في يده يشتره بأي ثمن كان بلا خلاف

وفي المبسوط يشتره بأي ثمن كان اجماعا. انتهى.

ووجهه (1) عموم النص (2) و الفتوى بوجوب المثل في المثلي.

و يؤيده (3) فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال الى القيمة.

بل ربما احتمل بعضهم ذلك (4) مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية كالماء على الشاطئ، و الثلج في الشتاء.

+++++

(1) اى دليل وجوب شراء المثل بأي ثمن كان.

(2) و هي آية فَمَنْ إَعْتَدَىٰ عَلَيَّكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ .

وقد عرفت وجه العموم في الهامش 4. ص 229 عند قولنا: حيث إن الآية الكريمة عامة تحكم.

(3) اى و يؤيد وجوب دفع المثل و شرائه بأي ثمن كان الأولوية الواردة في حكم الفقهاء بعدم انتقال المثل الى القيمة عند تنزل قيمة المثل عن التالف عند الدفع.

فاذا كان الحكم كذلك عند التنزل فبطريق أولى لا ينتقل المثل الى القيمة عند ترفي القيمة بزيادة القيمة السوقية.

ووجه هذه الفحوى: أن حكم الفقهاء بعدم الانتقال الى القيمة عند التنزل لازمه عدم مراعاة قاعدة لا ضرر و لا ضرار بالنسبة الى ضرر المالك

فهذه القاعدة اولى بعدم المراعاة بالنسبة الى الضرر الوارد على الضامن

(4) اى عدم الانتقال الى القيمة.

ص: 233

و أما إن كانت (1) لاجل 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.

فالظاهر أن هذا هو المراد بعبارة القواعد (2)، لأن الثمن في الصورة الاولى (3) ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل وإنما زاد على ثمن التالف يوم التلف فحينئذ (4) يمكن التردد في الصورة الثانية (5) كما قيل:

من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة و الهدى

+++++

(1) اى كثرة الثمن.

في النسخ الموجودة عندنا و أما إن كان بتذكير كان الناقصة، و الصواب كما أثبتناه بتأنيثها، اذ المرجع كثرة الثمن كما كانت هي المرجع في الشق الاول في قوله: اقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية.

(2) و هي التي ذكرها الشيخ بقوله في ص 232: ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد.

(3) و هي كثرة الثمن لزيادة القيمة السوقية.

(4) اى فحين أن لم يكن الثمن بأزيد من ثمن المثل

(5) و هي ما كانت كثرة الثمن لاجل تعذر المثل، وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس.

و المراد من التردد هو التردد في وجوب شراء المثل بأي ثمن كان فإن في الصورة الثانية لا يمكن الحكم قطعيا بوجوب الشراء.

بخلاف الصورة الاولى، فإنه يحكم فيها بوجوب الشراء مهما بلغ الامر و كلفت القيمة.

ص: 234

وأنه يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة و هو (1) ضرر

و لكن الأقوى مع ذلك (2) وجوب الشراء، وفاقا للتحريم كما عن الايضاح و الدروس و جامع المقاصد.

بل اطلاق السرائر، و نفي الخلاف المتقدم عن الخلاف (3)، لعين ما ذكر (4) في الصورة الاولى.

ثم إنه لا- فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، و لا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا، وفاقا لظاهر المحكي عن التحرير و التذكرة و الايضاح و الدروس و جامع المقاصد.

و في السرائر أنه (5) الذي يقتضيه عدل الاسلام، و الأدلة و اصول المذهب و هو (6) كذلك

+++++

(1) اى إمكان طلب البائع أضعاف قيمة المثل و إمكان أنه يعاند في ذلك ضرر على المتلف الضامن و هو منفي بقوله صلى الله عليه و آله و سلم:

لا ضرر و لا ضرار.

(2) اى مع إمكان معاندة البائع و مطالبته بأضعاف قيمة المثل.

(3) في نقل الشيخ عنه بقوله في ص 233: و لا خلاف كما صرح به في الخلاف.

(4) و هو قوله في ص 233: و وجهه عموم النص و الفتوى

و قد عرفت في الهامش 2 ص 233 أن المراد من النص الآية الكريمة

(5) اى عدم الفرق في جواز مطالبة المالك بالمثل

(6) اى ما افاده ابن ادريس في السرائر: من أن عدم الفرق في جواز مطالبة المالك أنه الذي يقتضيه عدل الاسلام و الأدلة و اصول المذهب

ص: 235

لعموم الناس مسلطون على أموالهم

هذا (1) مع وجود المثل في بلد المطالبة.

وأما مع تعذره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة (2)

السادس: لو تعذر المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك

إشارة

(السادس) (3): لو تعذر المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة (4) مع مطالبة المالك، لأن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن

+++++

(1) أى وجوب دفع المثل في بلد المطالبة

(2) المراد من المسألة السادسة (الأمر السادس) الذي يأتي ذكره بقوله: السادس.

(3) أى الأمر السادس من الأمور المتفرعة على المقبوض بالعقد الفاسد

البحث هنا يقتضي في مقامين:

(الأول) في الحكم الوضعي: وهو انتقال حق المالك إلى القيمة عند تعذر المثل لو طالب بحقه.

(الثاني): الحكم التكليفي: وهو وجوب الدفع إلى المالك.

لا شك في وجوب المبادرة إلى الحكم التكليفي: الذي هو الدفع، سواء طالب المالك أم لم يطالب، ولذا لو أخر عصى

وهذا هو الفرق بين الدين والغصب، حيث إن المدين لا يجب عليه المبادرة إلى دفع الدين لو لم يطالب الدائن طلبه

بخلاف الغاصب، فإنه يجب المبادرة إلى الرد و الدفع إلى المالك، سواء طالب أم لا

(4) هذا بناء على مختار الشيخ: من أن إمساك الغصب حرام ولو كان آناً، بناء على أن المقبوض بالعقد الفاسد يجري مجرى الغصب -

بالمثل منفي بالتعذر فوجبت القيمة، جمعاً بين الحقين (1)

مضافاً (2) إلى قوله تعالى: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ، فإن الضامن اذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى (3)

و أما مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على الزامه (4) بقبول القيمة

+++++

- بخلاف مذهب ابن ادريس، حيث إنه نفى الاثم عن الإمساك وإن قال بوجوب الدفع الى المالك.

و أما الحكم الوضعي: و هو انتقال حق المالك الى القيمة فلا إشكال في تحققه عند المطالبة

و أما في غير صورة المطالبة فلا ينتقل حقه الى القيمة، لثبوت المثل في ذمته

و المراد من يوم المطالبة هو يوم الدفع، و إلا فمجرد المطالبة لا يكون مبرراً، لانتقال حقه الى القيمة، بل المثل ثابت في ذمته، لاشتغالها به فلا تبرأ ذمته إلا بالأداء بالمثل.

اذا عرفت المقامين فاعلم أن مقتضى القاعدة هو وجوب دفع القيمة الى المالك عند تعذر المثل لو طالب

(1) و هما: حق المالك بوجوب دفعه إليه عند مطالبته

و حق الضامن بعدم جواز الزامه بالمثل

(2) اي و لنا بالإضافة الى مقتضى القاعدة دليل آخر على وجوب دفع القيمة الى المالك لو طالب عند تعذر المثل.

(3) اي الضامن على المعتدى به و هو المالك

(4) اي الزام المالك، لأن ذمته مشغولة بالمثل فلا تبرأ إلا بالأداء بالمثل

ص: 237

لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، و جمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة، و حق الضامن، لعدم تكليفه بالتعذر و المعسور.

أما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل.

و ما ذكرنا (1) يظهر من المحكي عن التذكرة و الايضاح، حيث ذكرنا في رد بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه.

إن المثل لا يسقط بالإعواز (2) ألا ترى أن المغصوب منه لو صبر الى زمان وجدان المثل ملك المطالبة، وإنما المصير الى القيمة وقت تغريمها (3) انتهى.

لكن اطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل.

و لعلهم يريدون صورة المطالبة، و إلا فلا دليل على الاطلاق (4)

و يؤيد ما ذكرنا (5): أن المحكي عن الأكثر في باب القرض أن (6) المعتبر في المثلي المتعذر قيمته (7) يوم المطالبة.

+++++

(1) و هو عدم الدليل على الزام المالك بقبوله القيمة عند تعذر المثل لو لم يطالب

(2) و هو تعذر المثل

(3) و هو يوم الدفع المعبر عنه بيوم المطالبة

(4) اى حتى و لو لم يطالب المالك بحقه

(5) و هو أن المراد من تعذر المثل هي صورة المطالبة، لا مجرد التعذر

(6) أن مع اسمها مرفوعة محلا خبر لكلمة أن الاولى الواقعة في قوله: و يؤيد ما ذكرنا أن المحكي

(7) بالرفع خبر لكلمة أن الثانية الواقعة في قوله: إن المعتبر.

نعم عبر بعضهم بيوم الدفع (1). فليتأمل (2)

وكيف كان (3) فلنرجع الى حكم المسألة (4) فنقول:

إن المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته هو يوم الدفع، لأن المثلي ثابت في الذمة الى ذلك الزمان (5) و لا دليل على سقوطه بتعذره

كما لا يسقط الدين بتعذر ادائه

وقد صرح بما ذكرنا (6) المحقق الثاني.

وقد عرفت (7) من التذكرة و الايضاح ما يدل عليه

ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل و هو للحلي في البيع الفاسد، و التحرير في باب القرض، و المحكي عن المسالك، لأنه (8) وقت الانتقال الى القيمة

+++++

(1) اي عن يوم المطالبة

(2) وجه التأمل أن المراد بيوم الدفع في تعبير هذا البعض هو يوم المطالبة، و لو لا هذا لما صح القول بانتقال حق المالك الى القيمة بمجرد المطالبة كما عرفت

(3) اي سواء أكان المراد من تعذر المثل يوم المطالبة أم لا

(4) و هو انتقال حق المالك الى القيمة عند تعذر المثل لو طالب المالك بحقه

(5) و هو يوم الدفع

(6) و هو أن العبرة في قيمة المثل المتعذر قيمة يوم الدفع

(7) عند قول الشيخ في ص 238: و ما ذكرنا يظهر من المحكي عن التذكرة و الايضاح، حيث ذكرنا في رد بعض الاحتمالات

الى قوله: إن المثل لا يسقط بالإعواز

(8) اي وقت تعذر المثل

ص: 239

و يضعفه أنه إن اريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة الى القيمة في ذلك الوقت فلا دليل عليه.

و إن اريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة فوجوب الاسقاط بها (1) و إن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا أنه لو اخر الإسقاط بقي المثل في الذمة الى تحقق الإسقاط

و إسقاطه (2) في كل زمان باداء قيمته في ذلك الزمان، و ليس في الزمان الثاني مكلفا بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول (3)

هذا. و لكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة الى ما تقدم سابقا من الآيه، و من أن المتبادر من اطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع الى أقرب الأموال الى التالف بعد تعذر المثل توجه القول بصيرورة التالف قيما بمجرد تعذر المثل (4)، اذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات، و بين طوره بعد التمكن كما في ما نحن فيه (5)

و دعوى اختصاص الآيه، و اطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكم.

ثم إن في المسألة (6) احتمالات اخر ذكر اكثرها في القواعد

و قوى بعضها في الايضاح، و بعضها بعض الشافعية

+++++

(1) اى بالقيمة و دفعها الى مالكيها

(2) اى إسقاط المثل

(3) و هو التعذر و يوم المطالبة

(4) و إن لم يطالب المالك

(5) و هو تعذر المثل

(6) و هو تعذر المثل في المثلي

ص: 240

و حاصل جميع الاحتمالات (1) في المسألة مع بيانها أنه إما أن نقول باستقرار المثل في الذمة (2) الى أوان الفراغ منه بدفع القيمة و هو الذي اخترناه، تبعاً للاكثر: من اعتبار القيمة عند الإقباض (3)

و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات.

و إما أن نقول بصيرورته (4) قيماً عند الإعواز.

فاذا صار كذلك (5) فإما أن نقول: إن المثل المستقر في الذمة قيمي فتكون القيمة صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف و جبت قيمته.

و إما أن نقول: إن المغصوب انقلب قيماً بعد أن كان مثلياً (6) فإن قلنا بالاول (7) فإن جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف كما هو احد الأقوال كان المتعين قيمة المثل يوم الاعواز كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد، و التحرير في باب القرض، لأنه يوم تلف القيمي.

و إن جعلنا الاعتبار فيه (8) بزمان الضمان كما هو القول الآخر

+++++

(1) و بذكر الشيخ هذه الاحتمالات بقوله: و ذكر هذا اول الاحتمالات في القواعد، و ذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات

(2) اي بمجرد تعذر المثل و عدم وجوده في الخارج اصلاً، أو مع وجوده لكن يباع بقيمة راقية عالية جدا

(3) اي إقباضه الى المالك

(4) اي بصيرورة المثل

(5) اي صار المثل قيماً عند الإعواز و تعذره في الخارج

(6) اي عند تعذره في الخارج

(7) و هو أن المثل المستقر في الذمة قيمي

(8) اي في القيمي، و المراد من زمان الضمان هو يوم الغصب

ص: 241

في القيمي كان المتجه اعتبار زمان تلف العين، لأنه أول أزمنة وجوب المثل في الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه.

وهذا (1) مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

وإن جعلنا الاعتبار فيه (2) بأعلى القيم من زمان الضمان الى زمان التلف كما حكي عن جماعة من القدماء في الغصب كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز.

وذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات.

وإن قلنا: إن التالف انقلب قيميا احتمال الاعتبار بيوم الغصب كما في القيمي المغصوب، و الاعتبار بالأعلى منه الى يوم التلف

وذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد.

وإن قلنا: إن المشترك بين العين و المثل صار قيميا جاء احتمال الاعتبار بالأعلى: من يوم الضمان الى يوم تعذر المثل، لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان: إما للعين، وإما للمثل فهو مناسب لضممان الأعلى: من حين الغصب الى التلف.

وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات.

وا احتمال الاعتبار بالأعلى (3): من يوم الغصب الى دفع المثل.

ووجهه (4) في محكي التذكرة

+++++

(1) وهو أن الاعتبار في القيمي من زمان الضمان الذي هو يوم الغصب

(2) اي في القيمي

(3) اي بأعلى القيم

(4) اي وجه العلامة وولده فخر المحققين احتمال الاعتبار بأعلى القيم

و الايضاح بأن المثل لا يسقط بالإعواز (1) قالاً:

ألا ترى أنه لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقه فالمصير الى القيمة عند تغريمها (2) و (3) القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

و حاصله (4) أن وجوب دفع قيمة المثلي يعتبر من زمن وجوبها (5) أو وجوب مبدلها اعني العين (6)

+++++

(1) اي بمجرد الإعواز لا ينقلب المثل الى القيمة

(2) و هو يوم دفع القيمة الى مالك العين، وإقباضها له

(3) الواو هنا حالية الى و الحال أن القيمة الواجبة على الغاصب بعد القول بأن المصير الى القيمة هو زمن تغريمها: هو أعلى القيم: من يوم التلف و من يوم الدفع

فاذا كانت قيمة يوم التلف أعلى من قيمة يوم الدفع تعطى للمالك قيمة يوم التلف، لأن الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال

و اذا كانت قيمة يوم الدفع أعلى من قيمة يوم التلف تعطى للمالك قيمة يوم الدفع، لعين الملاك في الاول

(4) اي و حاصل توجيه ما افاده العلامة في التذكرة، و فخر المحققين في الايضاح

(5) المراد من الوجوب الثبوت، و كذلك في قوله: أو وجوب مبدلها.

و المراد من زمن الوجوب هو يوم التغريم الذي هو يوم الدفع

و من وجوب مبدلها هو يوم غصب العين التي هي المبدل و القيمة هو البدل

(6) المراد منها الغصبية التي قبضت بالعقد الفاسد، بناء على أن المقبوض بالعقد الفاسد يجري مجرى الغصب كما افاده ابن ادريس

ص: 243

فيجب أعلى القيم منهما (1). فافهم (2)

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 إسقاطه (3) مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل (4) فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط (5)، و تفرغ الذمة.

و أما بناء على ما ذكرنا: من أن المتبادر من ادلة الضمان التفرغ بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدما (6) مع تيسره، و مع تعذره ابتداء (7) كما في القيمي، أو بعد التمكن (8) كما فيما نحن فيه كان المتعين هو القيمة، فالقيمة قيمة للمغضوب من حين صار قيميا: و هو حال الإعواز (9)

+++++

(1) أي من يوم التفرغ الذي هو يوم الدفع، أو يوم غضب العين

(2) لعله إشارة إلى ضعف المبني الذي هي صيرورة القدر المشترك قيميا

(3) أي المثل

(4) و هو يوم المطالبة، فالذمة تبرأ عند ما طالب المالك وادى الغاصب و أما لو لم يطالب فلا تبرأ ذمة الغاصب عن المثل، بل المثل ثابت في ذمته بقاعدة الاشتغال، إذ بمجرد تعذر المثل، و عدم المطالبة لا ينقلب المثل الثابت في ذمة الغاصب إلى القيمة

(5) و هو يوم الدفع و عند المطالبة

(6) أي يقدم المثل على القيمة

(7) بأن لا يوجد المثل أصلا و ابدا بعد أن تلفت العين

(8) بأن كان مثل العين التالفة موجودا، لكنه تعذر وجوده بعد ذلك

(9) سواء أ كان الإعواز ابتداء أم بعد التمكن من المثل

ص: 244

فحال الاعواز معتبر من حيث إنه أول أزمنة صيرورة التالف قيميا لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل (1)، دون العين.

فعلى القول باعتبار يوم التلف (2) في القيمي توجه ما اختاره (3) الحلي رحمه الله

و لو قلنا بضمان القيمي (4) بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف كما عليه جماعة من القدماء توجه ضمانه (5) فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب الى زمان الاعواز، اذ (6) كما أن ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر ادائها المتدارك لارتفاع القيم.

+++++

(1) اى وإن قلنا باعتبار حال الاعواز، لكن مع ذلك نقول: إن القيمة بدل عن العين التالفة، لا عن المثل المتعذر وجوده

(2) وهو تلف العين

(3) وهو الاعتبار بقيمة يوم تعذر المثل وإعوازه

(4) اى عند انقلاب المثل قيميا عند تعذر المثل

(5) اى ضمان التالف فيما نحن فيه وهو تعذر المثل المعبر عنه بيوم الاعواز

(6) تعليل لوجوب دفع أعلى القيم: من زمن الغصب الى زمن الدفع

و خلاصته: أن العين اذا كانت موجودة و ترقت قيمتها، لكن تعذر ادائها الى صاحبها لمانع آخر غير التلف لكان هذا الارتفاع والترقي مضمونا على الغاصب.

كذلك ما نحن فيه الذي تعذر المثل فيه بعد أن كان موجودا يجب على الغاصب إعطاء أعلى القيم الى صاحب العين مهما بلغ الامر و كلف

ص: 245

كذلك يشترط تعذر المثل في المثلي (1)، اذ (2) مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية.

و حيث كانت العين فيما نحن فيه (3) مثلية كان اداء مثلها عند تلفها كرد عينها في الغاء ارتفاع القيم.

فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل.

فإن قلنا: إن تعذر المثل يسقط المثل كما أن تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة: من زمان الغصب الى زمان الاعواز (4)

و هو أصح الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل:

و إن قلنا: إن تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف (5) العين كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضا مضمونا فيتوجه ضمان القيمة من حين الغصب الى حين دفع القيمة، و هو المحكي عن الايضاح.

+++++

(1) حتى يتوجه نحو الغاصب أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع

(2) تعليل لاشتراط تعذر المثل في المثلي حتى يتوجه نحو الغاصب أعلى القيم

و خلاصته: أن مع وجود العين وردها الى صاحبها لا يبقى مجال لضمان ارتفاع القيمة مهما بلغ الارتفاع

بل ضمان الارتفاع مشروط بشرط تعذر المثل

فإن وجد المثل لا يضمن الارتفاع، وإلا يضمن

(3) و هو تعذر المثل

(4) و هو يوم تعذر المثل المعبر عنه بيوم الدفع

(5) في أنه يسقط العين عن ردها

ص: 246

و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة، مراعى بعدم رد العين، أو المثل.

ثم اعلم أن العلامة ذكر (1) في عنوان هذه الاحتمالات أنه لو تلف المثلي و المثل موجود ثم أعوز ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما اذا طرأ تعذر المثل بعد وجود المثل في بعض أزمنة التلف، لا ما تعذر فيه المثل ابتداء.

و عن جامع المقاصد أنه يتعين حينئذ (2) قيمة يوم التلف.

و لعله (3) لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات

و يمكن أن يחדش فيه (4) بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه

+++++

(1) اى في القواعد في كتاب الغصب في الركن الثالث بقوله:

و لو تلف المثلي في يد الغاصب و المثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعتمدة احتمالات

(2) أى حين أن طرأ تعذر المثل و هو كان موجودا بعد تلف العين

(3) هذا كلام شيخنا الانصارى يريد أن يوجه ما افاده صاحب جامع المقاصد: من تعين وجوب دفع قيمة يوم التلف على الغاصب الى المالك عند طرو تعذر المثل، اى لعل هذا الوجوب لاجل أن الغاصب بعد تعذر المثل لم يكن التكليف الذي هو وجوب دفع المثل الى المالك منجزا عليه في وقت من الأوقات، لاستلزامه الحرج

(4) اى فيما افاده صاحب جامع المقاصد، و الباء بيان لكيفية الخدش

و خلاصة الخدش: أن مفهوم المثل لم يكن مقيدا بالتمكن في بداية اشتغال الذمة به اى قبل فقدان المثل بعد أن كان موجودا، كما أن التمكن -

ص: 247

في الذمة ابتداء كما لا يشترط في استقراره (1) استدامة على ما اعترف به (2) مع طرو التعذر بعد التلف، ولذا (3) لم يذكر احد هذا التفصيل في باب القرض.

وبالجملة (4) فاشتغال الذمة بالمثل إن قيد بالتمكن لزم الحكم

+++++

من المثل لم يكن شرطا في استدامته الى زمن الاداء.

فالتمكن خارج عن مفهومه أصلا.

(1) اى في استقرار المثل

(2) اى صاحب جامع المقاصد اعترف بعدم اشتراط التمکن من المثل في استقراره في الذمة استدامة، وعدم سقوطه، لأن مذهبه في الاداء هو يوم الاقباض

فلو كان التمکن من المثل شرطا في صحة تعلقه بالغاصب لكان اللازم سقوط المثل بمجرد تعذره في الخارج، ولتحقق انتقال المثل الى القيمة حالا من دون توقف

(3) اى و لأجل أن التمکن من المثل ليس شرطا لحدوث المثل ابتداء في الذمة كما لم يكن شرطا فيها استدامة: لم يذكر احد من الفقهاء التفصيل المذكور: وهو وجود المثل وعدمه في إقراض المثلي: بأن يقول: إن المقترض اذا تمكن من المثل ثبت في ذمته المثل واستقر عليه ووجب دفعه الى صاحبه

و اذا لم يتمكن منه لم يثبت في ذمته المثل

فلا مدخلية للتمکن من المثل في تعلقه بالذمة ابتداء

(4) أى خلاصة الكلام في المثلي: أن اشتغال الذمة بالمثل إن قيدناه بالتمکن لازمه الحكم بارتفاع المثل عند تعذره

ص: 248

بارتفاعه بطرو والتعذر، وإلا لزم (1) الحكم بحدوئه مع التعذر من أوّل الامر.

إلا (2) أن يقال: إن أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن وإن لم يكن مشروطا به عقلا فلا تعم صورة العجز.

نعم اذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيميا.

وقد يقال (3) على المحقق المذكور: إن اللازم مما ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل اخذ القيمة لم يكن له المطالبة، ولا اظن احدا يلتزمه

وفيه (4) تأمل

ثم إن المحكي عن التذكرة أن المراد باعواز المثل أن لا يوجد في البلد و ما حوله.

+++++

(1) اي وإن لم يكن الاشتغال مقيدا بالتمكن من المثل لزم الحكم بحدوث المثل عند تعذر المثل من بداية الامر

(2) استثناء عما افاده: من لزوم الحكم بحدوث المثل من بداية الامر عند تعذر المثل.

و خلاصته: أنه لو قيل بظهور أدلة وجوب المثل بصورة التمكن من المثل وإن لم يكن الوجوب مشروطا بالتمكن عقلا فلا تشمل صورة العجز عن المثل

(3) اي وقد يورد على صاحب جامع المقاصد على ما افاده: من تعيين قيمة يوم التلف على الغاصب حين أن تعذر المثل و هو كان موجودا.

(4) اي وفيما اورده القيل على المحقق الكركي تأمل وإشكال

وجه التأمل: أن عدم تنجز التكليف على الغاصب بسبب تعذر المثل عليه لا يكون منافيا لوجود اصل التكليف، فليسا بمانعتي الجمع اذ التكليف بالمثل مشروط بوجوده فمتى وجد لزمه اداؤه

ص: 249

وزاد في المسالك قوله: مما ينقل عادة منه إليه (1) كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه (2)

وعن جامع المقاصد الرجوع فيه (3) الى العرف

ويمكن أن يقال: إن مقتضى عموم (4) وجوب اداء مال الناس و تسليطهم على أموالهم أعيانا كانت أم في الذمة وجوب تحصيل المثل كما كان يجب رد العين أينما كانت و لو كانت في تحصيلها مئونة كثيرة و لذا (5)

+++++

(1) اي من حول البلد الى البلد

(2) اي في بيع السلم و السلف الذي يكون الثمن فيه نقدا، و المثل مؤجلا محدودا بوقت معين، فإن الملاك في عدم وجود المثل في بيع السلم هو عدم وجوده في البلد و حواليه، و المكان الذي ينقل منه الى البلد

(3) اي في الاعواز، فإن العرف اي شيء حكم في ذلك فهو المتبع ليس إلا

(4) هو قوله عليه السلام: المغصوب كله مردود(1)، فإنه عام يشمل رد المثل، أو القيمة.

و ليس المراد من العموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: على اليد ما اخذت، لأنه مسوق لبيان الحكم الوضعي و هو الضمان، لا الحكم التكليفي الذي هو وجوب الرد كما افاد هذا المعنى شيخنا الانصاري في قوله في ص 141: و يدل عليه النبوي المشهور

(5) اي و لاجل أنه يجب تحصيل العين اينما كانت و لو كان تحصيلها يلزم مئونة كثيرة

ص: 250

1- راجع (وسائل الشيعة) الجزء 17، ص 309. الباب 1. الحديث 3

كان يجب تحصيل المثل بأي ثمن كان، وليس هنا (1) تحديد التكليف بما عن التذكرة

نعم لو انعقد الاجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد (2)

كما أن المجمعين اذا كانوا بين معبر بالاعواز، و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الأخص و هو المتعذر، لأنه المجمع عليه (3)

نعم ورد في بعض أخبار السلم أنه اذا لم يقدر المسلم إليه (4) على ايفاء

+++++

(1) اي في وجوب تحصيل المثل بأي ثمن كان تعيين التكليف بالشيء الذي ذكره العلامة في التذكرة بقوله: المراد بإعواز المثل أن لا يوجد في البلد و ما حوله

بل لا بد على الغاصب تحصيله مهما بلغ الامر حتى في بلد آخر أو في دولة اخرى

ثم لا يخفى عليك أن الكلام كان في التعذر الذاتي: بأن لم يوجد المثل اصلا و اساسا

و أما لو لم يوجد لاجل عدم الامكان على ايصاله: بأن كان تحت يد من لا يمكن إخراجه منه فحكمه حكم التعذر الذاتي.

(2) كما نقل الشيخ عنه في ص 247 بقوله: و عن جامع المقاصد أنه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف.

(3) فبين الاعواز و التعذر عموم و خصوص مطلق، اذ كلما صدق التعذر صدق الاعواز، و ليس كلما صدق الاعواز صدق التعذر، فالأخص من جانب التعذر.

(4) و هو بايع السلعة سلفا و سلما.

ص: 251

المسلم فيه (1) تخيير المشتري.

ومن المعلوم أن المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر (2) بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة (3)

وهذا (4) يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

+++++

(1) وهي السلعة.

(2) وهو الذي سلم الثمن الى البائع الذي هو المسلم إليه.

راجع (وسائل الشيعة) الجزء 13 ص 68. الباب 11. الأحاديث أليك نص الحديث الاول

عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن الرجل يسلم في الغنم: ثنيان و جذعان، وغير ذلك الى اجل مسمى.

قال عليه السلام: لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها، أو ثلثها، أو ثلثيها، و يأخذ راس مال ما بقي من الغنم دراهم، و يأخذ دون شروطهم، و لا يأخذون فوق شرطهم.

و الأكسية أيضا مثل الحنطة و الشعير و الزعفران و الغنم.

(3) و هو أن لا يوجد المثل في البلد و ما حوله.

(4) و هو أن الحكم في باب السلم و هو التخيير بين الفسخ و الصبر اذا علق على عدم القدرة ينزل على الموضوع العرفي، دون العقلي، فإن العرف هو الحاكم في عدم القدرة على تسليم المسلم فيه الى المسلم الذي هو المشتري، دون العقل.

كذلك فيما نحن فيه و هو تعذر المثل ينزل على الموضوع العرفي، دون العقلي. -

ص: 252

ثم إن في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالا: من حيث إن العبرة بفرض وجوده (1) ولو في غاية العزة كالفاكهة في أول زمانها أو آخره، أو وجود المتوسط.

الظاهر هو الاول (2)، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغني عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا اذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

نعم لو الجأ (3) الى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض

+++++

إلا أن التخيير هنا بين اخذ القيمة، وبين الصبر الى أن يوجد المثل فالذي كان مناطا هناك يكون مناطا هنا.

(1) اى الاعتبار و المعيار في قيمة المثلي يدور مدار وجوده، فإن وجد تعرف القيمة و تقدر ثم تعطى الى صاحب العين التالفة.

و أما اذا لم يوجد المثل فمن أين تعرف قيمته؟

ففي هذه الصورة اختلفت الآراء في اعتبار القيمة و معيارها.

قال بعض: إن الملاك هو أول زمان وجوده.

وقال آخر: الملاك آخر زمان وجوده.

وقال ثالث: الملاك أوساط زمان وجوده.

اختار الشيخ أول زمان وجود المثل كما في الفاكهة العريضة الوجود القليلة النادرة.

فلو تلفت و لا يوجد مثلها فالواجب على الغاصب دفع قيمتها يوم بداية وجودها.

(2) و هو أول زمان الفاكهة العريضة كما عرفت.

(3) اى الغاصب.

ص: 253

الجمد في الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق (1) الخيل، وشبهها، فإن الراغب في الجمد (2) في العراق من حيث إنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه وإنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالأهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجة مشرف على الهلاك، ونحو ذلك من الأغراض ولذا (3) لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذر كما ذكرنا في المسألة الخامسة (4)

فكل (5) موجود لا يقدر وجوده في صدق التعذر، فلا عبرة بفرض وجوده في التقويم عند عدمه.

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه ولو كان في غير بلد الضمان وكانت قيمة المثل هناك أزيد.

وأما مع تعذره، وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة فهل له المطالبة بأعلى القيمتين (6) أم يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف؟ وجوه

وفصل الشيخ في المبسوط في باب الغصب بأنه إن لم يكن في نقله مئونة فإن كالتقدين فله المطالبة بالمثل، سواء أكانت القيمتان مختلفتين أم لا

+++++

(1) بكسر العين جمع عتيق والمراد منه الخيل الاصيل.

(2) وهو الثلج.

(3) أي ولاجل أنه لو اجبر الغاصب إلى شراء المثل لغرض آخر

(4) عند قوله في ص 234: وأما إن كانت لاجل تعذر المثل، وعدم وجدانه

(5) الفاء تفرع على ما أفاده في قوله: ولذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذر

(6) أي من بلد التلف، ومن بلد المطالبة، كما أن القاعدة هو أعلى القيم زماناً.

ص: 254

وإن كان في نقله مئونة فإن كانت القيمتان متساويتين له المطالبة أيضا، لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وإلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه (1) بذلك البلد.

ثم قال (2): إن الكلام في القرض كالكلام في الغصب.

و حكي نحو هذا (3) عن القاضي أيضا. فتدبر.

ويمكن أن يقال: إن الحكم باعتبار بلد القرض، أو السلم على القول به (4) مع الاطلاق (5) لانصراف (6) العقد إليه؛ وليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف (7)

+++++

(1) الباء بمعنى في أي يوفيه في ذلك البلد.

(2) أي شيخ الطائفة قال: إن القرض كالغصب في جميع ما قيل فيه.

(3) أي الكلام في القرض كالكلام في الغصب.

(4) أي ببلد القرض، أو السلم.

(5) بأن استقرض عشرين طنا من الحنطة من دون أن يقيدها بحنطة الشمال، أو الجنوب.

أو باع سلما عشرين طنا من الحنطة كذلك.

(6) الجار والمجرور مرفوعة محلا خبر لكلمة إن في قوله: إن الحكم أي الحكم باعتبار بلد القرض لاجل انصراف العقد إليه.

(7) فإن في باب الغصب ليس انصراف حتى لا يجوز للمالك مطالبة الغاصب في غير بلد الغصب، بل له المطالبة في أي بلد اراد و شاء فلم يقيده الشارع.

ص: 255

بقي الكلام في أنه هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ اذا اتلفه في مفازة (1)، و الجمد في الشتاء اذا اتلفه في الصيف أم لا؟

الأقوى بل المتعين هو الاول (2)

بل حكي عن بعض نسبه (3) الى الأصحاب وغيرهم (4) و المصرح به في محكي التذكرة و الايضاح و الدروس قيمة المثل في تلك المفازة.

و يحتمل آخر مكان؛ أو زمان سقط المثل فيه عن المالية.

فرع لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة

(فرع) لو دفع القيمة في المثلي المتعذر مثله ثم تمكن من المثل فالظاهر عدم عود المثل في ذمته، وفاقا للعلامة رحمه الله و من تاخر عنه ممن تعرض للمسألة، لأن المثل كان ديناً في الذمة سقط بآداء عوضه مع التراضي فلا يعود.

كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده.

+++++

و لعل ذلك لاجل أن الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال.

(1) بفتح الميم مفرد علم للصحراء و الفلات بلا ماء فهي اسم مكان جمعها مفازات.

و إنما قيل للفلات مفازة لفوز الانسان فيها تقاؤلاً بالخير و النجاح.

(2) و هو خروج المثل عن القيمة كالماء على الشاطئ، و الثلج في الشتاء.

(3) اي نسبة هذا الخروج الى الأصحاب فيكون اجماعياً.

(4) هم (علماء اخواننا السنة)

ص: 256

هذا (1) على المختار: من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز (2)

و أما على القول بسقوطه (3) و انقلابه قيما.

فإن قلنا: إن المغصوب انقلب قيما عند تعذر مثله فأولى (4) بالسقوط، لأن المدفوع (5) نفس ما في الذمة.

و إن قلنا: إن المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قيما احتمل وجوب المثل عند وجوده، لأن القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل.

و سيأتي أن حكمه عود المبدل (6) عند انتفاء الحيلولة.

السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيما

ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد و الدليل عليه

(السابع) (7): لو كان التالف المبيع فاسدا قيما فقد حكي الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة.

و تدل عليه الأخبار المتفرقة في كثير من القيميات (8) فلا حاجة الى التمسك بصحیحة أبي ولاد الآتية في ضمان البعل.

+++++

(1) و هو عدم عود المثل بعد وجوده، و بعد اداء عوضه.

(2) اى بمجرد الإعواز لا ينقلب المثل الى القيمة.

(3) اى بسقوط المثل بمجرد إعواز المثل و انقلابه الى القيمة

(4) اى المثل عند إعوازه و انقلابه قيما اولى بالسقوط عن الذمة عن المثل الذي لا ينقلب قيما بمجرد الاعواز

(5) و هي القيمة

(6) و هو المثل

(7) اى الامر السابع من الامور المتفرعة على المقبوض بالعقد الفاسد

(8) راجع حول هذه الأخبار (وسائل الشیعة). الجزء 17

كتاب اللقطة من ص 347 - الى 373.

أليك نص الحديث الاول من باب 23. ص 372 -

و لا بقوله عليه السلام: من اعتق شقصا من عبد قوم عليه (1)

+++++

عن السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة، كثير لحمها وخبزها و جنبها وبيضها، وفيها سكين.

فقال امير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل، لأنه يفسد و ليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن.

ف قيل: يا امير المؤمنين لا يدرى سفرة مسلم، أو سفرة مجوسي؟

فقال عليه السلام: هم في سعة حتى يعلموا

فالشاهد في قوله عليه السلام: فإن جاء طالبها غرموا لها الثمن، حيث دل على أن الموجود في السفرة المأمور بأكله يدفع الى صاحبها ثمنها بعد الاكل، لأنه من القيميات.

وراجع المصدر نفسه الجزء 16. ص 26. الباب 18

أليك نص الحديث الرابع

عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في عبد كان بين رجلين فحرر احدهما نصفه و هو صغير، و امسك الآخر حتى كبر الذي حرر نصفه.

قال: يقوم قيمة يوم حرر الاول، و امر الاول أن يسعى في نصفه الذي لم يحرر حتى يقضيه.

فالشاهد في قوله عليه السلام: يقوم قيمة يوم حرر الاول؛ حيث امر بتقويم نصف العبد الذي لم يحرر و هو من القيميات.

(1) (مستدرک وسائل الشيعة). المجلد الثالث. ص 40. الباب 16 الحديث 6

ص: 258

بل الأخبار كثيرة

بل قد عرفت أن مقتضى اطلاق أدلة الضمان في القيميات هو ذلك (1) بحسب المتعارف.

إلا أن المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه (2) متعذرا

بل يمكن دعوى انصراف الاطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات كالبغل (3) و العبد (4)، و نحوهما لصورة تعذر المثل كما هو الغالب

فالمرجع (5) في وجوب القيمة في القيمي وإن فرض تيسر المثل (6) له كما في من اتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلك العبد بعينه، و كما لو اتلف عليه ذراعا من مائة ذراع كرباس منسوج

+++++

(1) أي هو دفع القيمة إلى صاحب المال، و أن القيمة تكون مضمونة

(2) أي في القيمي، بناء على ما افاده في ص 223: و هذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيميات

فعليه يكون وجوب دفع القيمة في القيمي عند تعذر المثل لا مطلقا حتى وإن وجد المثل.

(3) و هي صحيحة أبي ولاد في قوله عليه السلام: قيمة بغل يوم خالفته.

(4) و هي الأخبار المشار إليها في الهامش 8 ص 257-258 في العبيد

و لا يخفى منع انصراف اطلاقات المذكورة الواردة في القيمة، حيث لو رجعت إليها لم تجد انصرافا منها إلى تعذر المثل فقوله عليه السلام:

من اعتق شقفا من عبد قوم عليه أعم من تعذر المثل وغيره.

(5) مبتدأ خبره قوله: هو الاجماع

(6) أي للقيمي

ص: 259

على طريقة واحدة لا تفاوت في أجزائه اصلا: هو الاجماع كما يستظهر.

وعلى تقديره (1) ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل، خصوصا مع الاستدلال عليه (2) كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى:

فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ، بناء (3) على أن القيمة مماثلة للتالف في المالية، فإن ظاهر ذلك (4) جعلها من باب الأقرب الى التالف بعد تعذر المثل.

وكيف كان (5) فقد حكي الخلاف في ذلك (6) عن الاسكافي

وعن الشيخ و المحقق في الخلاف، و الشرائع في باب القرض (7)

فإن (8) ارادوا ذلك مطلقا حتى مع تعذر المثل فتكون القيمة عندهم

+++++

(1) اى وعلى ثبوت الاجماع و وجوده فهل يشمل هذا الاجماع المورد الذي يكون مماثلا مع التالف في جميع الصفات، أولا يشملها ؟

(2) اى على وجوب دفع القيمة الى صاحب المال في القيمي.

(3) تعليل للاستدلال على وجوب دفع القيمة في القيمي بالآية الكريمة

(4) اى ظاهر كون القيمة مماثلة للتالف في المالية.

(5) اى سواء أ كانت القيمة مماثلة للتالف في المالية أم لا

(6) اى في وجوب دفع القيمة في القيمي، فإن الاسكافي على ما ينسب إليه يقول بضمان المثل في القيمي.

(7) اى هذان العلمان افادا في كتاب القرض أن ضمان القيمي بالمثل

(8) هذا كلام شيخنا الانصارى يريد أن يناقش مع هؤلاء الأعلام فقال:

إن اراد الاسكافي و الشيخ و المحقق من وجوب ضمان القيمي بالمثل -

بدلا عن المثل حتى يترتب عليه (1) وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكروا ذلك (2) احتمالا في مسألة تعيين القيمة، متفرعا (3) على هذا القول

فترده (4) اطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة

(منها) (5): صحيحة أبي ولاد الآتية

+++++

- مطلقا حتى وإن تعذر المثل، ثم عند تعذر المثل تدفع القيمة، بناء على أنها بدل عن المثل عندهم.

(1) اى على كون القيمة بدلا عن المثل؛ لا عن العين يترتب وجوب القيمة عند دفعها الى المالك، و اقباضها له، لا يوم الغصب أو يوم التلف.

(2) وهو وجوب دفع قيمة يوم التلف فيما تعين القيمة وهو القيمي

(3) اى حال كون هذا الاحتمال متفرعا على القول بتعيين القيمة في القيميات.

(4) هذارد من الشيخ على ما افاده الشيخ والاسكافي والمحقق:

من أن ضمان القيمي بالمثل.

و خلاصته: أن الاطلاقات الواردة في الأخبار في أن ضمان القيمي بالقيمة كثيرة فاخذ الشيخ في عدها ونحن نذكرها تحت رقمها الخاص

(5) اى من بعض تلك الاطلاقات.

هذا احد الاطلاقات الواردة في المقام، وقد مضت الاشارة الى هذه الصحيحة في الهامش 3 ص 259

فالشاهد في قوله عليه السلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته، حيث حكم بضمنان البغل بالقيمة، لكونه من القيميات.

ص: 261

(و منها) (1): رواية العبد

(و منها) (2): ما دل على أنه اذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته بحساب ذلك، فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف

(و منها) (3): غير ذلك من الأخبار الكثيرة

وإن ارادوا (4) أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيدا نظرا الى ظاهر آية الاعتداء، ونفي الضرر، لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد (5)

+++++

(1) اي و من بعض تلك المطلقات الواردة في المقام.

هذه ثانية الاطلاقات الواردة في المقام، وقد مضت الاشارة إليها في الهامش 1. ص 258

فالشاهد في قوله عليه السلام: من اعتق شقصا من عبد قوم عليه حيث حكم بضمنان العبد بالقيمة، لكونه من القيميات.

(2) اي و من بعض تلك الاطلاقات الواردة في المقام.

هذه ثالثة الاطلاقات

راجع (وسائل الشيعة). الجزء 17 من ص 347-373

(3) اي و من بعض تلك الاطلاقات الواردة في المقام.

هذه رابعة الاطلاقات، وقد مضت الاشارة الى كثير منها في الهامش 8 ص 258

(4) اي الاسكافي و الشيخ و المحقق.

هذا هو الشق الثاني من نقاش الشيخ مع المذكورين.

اذ شقه الاول قوله: إن ارادوا ذلك مطلقا حتى مع تعذر المثل

(5) فإن المثل أقرب الى التالف، لكونه مشتملا على تلك الخصوصيات -

ص: 262

اللهم إلا- أن يحقق اجماع على خلافه (1) و لو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء (2) اطلاق القول بضمان المثل (3) فيكون الفصل بين التيسر (4)، و عدمه (5) قولاً ثالثاً (6) في المسألة (7)

ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالعقد الفاسد

ثم إنهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد

فالمحكي في غاية المراد عن الشيخين و اتباعهما تعيين قيمة يوم التلف و عن الدروس و الروضة نسبته الى الأكثر

و الوجه فيه (8) على ما نبه عليه جماعة منهم العلامة في التحرير:

أن الانتقال الى البدل (9) إنما هو يوم التلف، اذ الواجب قبله هو رد العين

+++++

الموجودة في العين، و هذه الخصوصيات مقصودة و مطلوبة عند اهلها

(1) بأن يقوم الاجماع على أن ضمان القيمي بالقيمة و إن تيسر المثل.

(2) و هو الشيخ و الاسكافي و المحقق

(3) حيث إن هؤلاء الأعلام اطلقوا القول بضمان المثل في تلف العين و لم يقيدوه بالتيسر و عدمه.

(4) بأن يقال بوجوب المثل في القيمي عند تيسر المثل

(5) بأن يقال بعدم وجوب المثل في القيمي عند تعذر المثل

(6) القول الاول هو وجوب دفع المثل عن القيمي مطلقاً، سواء تعذر المثل أم تيسر

و القول الثاني عدم وجوب دفع المثل عن القيمي مطلقاً، سواء تيسر المثل أم تعذر.

(7) و هي مسألة المقبوض بالعقد الفاسد اذا كان المقبوض قيميا

(8) في تعيين قيمة يوم التلف.

(9) الذي هو المثل، فإن انتقال العين الى المثل عند تلف العين فالواجب على الضامن هو دفع قيمة يوم التلف

وربما يورد عليه (1) أن يوم التلف يوم الانتقال (2) الى القيمة

أما كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا

و يدفع (3) بأن معنى ضمان العين عند قبضه كونه في عهده.

و معنى ذلك (4) وجوب تداركه ببذله عند التلف حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، و تداركه ببذله (5) على هذا النحو (6) بالتزام مال معادل له (7) قائم مقامه

الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف

و مما ذكرنا (8) ظهر أن الاصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف (9)، فإن خرج المغصوب من ذلك (10) مثلا فبدليل خارج (11)

+++++

(1) اي على القول بتعين قيمة يوم التلف

(2) اي انتقال العين

(3) اي هذا الايراد

(4) اي و معنى كونه في عهده

(5) و هي القيمة

(6) و هو حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف

(7) اي للمثل بأن يقوم هذا المال مقام المثل، و ينوب عنه عند تعذره

(8) اي في معنى الضمان: من أن ضمان المثلي المتعذر قيمته يوم الدفع، وأنه المعيار و الاعتبار.

(9) لا يوم الدفع و الإقباض

(10) اي من ضمان قيمة يوم التلف

(11) و هو أن الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال

فالحاصل أن الاصل الاولي، و القاعدة المسلمة في الضمان هو ضمان يوم التلف، لا يوم الدفع و الإقباض. -

إشارة

نعم (1) لو تم ما تقدم عن الحللي في هذا المقام: من دعوى الاتفاق علی كون المبيع فاسدا بمنزلة المغصوب، إلا في ارتفاع الاثم الحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه (2) حكم مخالف لهذا الاصل (3)
بل (4) يمكن أن يقال: اذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم

+++++

- خرج عن هذا الاصل ضمان الغصب، فإن الضمان فيه ضمان يوم الدفع، و الخروج إنما هو لاجل دليل خارجي كما عرفته آنفا

(1) استدراك عما افاده: من أن الاصل في ضمان التالف هو ضمان قيمة يوم التلف، و يروم أن يرفع اليد عن الاصل المذكور و يدعي اصلا ثانويا: و هو أن ضمان التالف يكون بقيمة الدفع و الاقباض

و خلاصته: أنه لو تم ما افاده ابن ادريس: من أن المقبوض بالعقد الفاسد يجري مجرى الغصب في الضمان: لألحقنا المقبوض بالعقد الفاسد بالغصب لو ثبت أن الضمان بيوم القبض و الدفع، فترفع اليد عن الاصل المذكور في المقبوض بالعقد الفاسد.

لكن تبقى بقية الضمانات تحت ذلك الاصل:

و هو أن ضمان التالف بقيمة يوم التلف

(2) ای في المقبوض بالعقد الفاسد كما عرفت عند قولنا:

لو ثبت أن الضمان بيوم القبض

(3) و هو أن الاصل في ضمان التالف ضمانه بيوم التلف كما عرفت

(4) هذا إضراب عن الاستدراك الذي افاده: من أن لو تم ما افاده ابن ادريس لالحقنا المقبوض بالعقد الفاسد بالغصب: في كون ضمانه بيوم التلف

و خلاصة الإضراب أنه لو تم الاعتبار و الملاك في الغصب بيوم الغصب -

الغضب كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآتية: كشف ذلك (1) عن عدم اقتضاء اطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ (2) يلزم حينئذ أن يكون المغضوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغضب غير واجب التدارك عند التلف، لما (3) ذكرنا: من أن معنى التدارك

+++++

- كما هو ظاهر صحيحة ابي ولاد الآتية في قوله عليه السلام: قيمة بغل يوم خالفته، حيث حكم على الغاصب بضمان منافع البغل بيوم المخالفة الذي هو يوم غصب البغل من قصر بني هبيرة الى النيل، و منه الى بغداد و من بغداد الى الكوفة التي هي محل اكتراء البغل: لكشف هذا الاعتبار عن عدم اقتضاء الاطلاقات الواردة في ضمان التالف بيوم التلف.

فيكون الملاك حينئذ بيوم الغصب.

(1) و هو ثبوت اعتبار يوم الغصب في الغضب كما عرفت.

(2) تعليل للكشف المذكور، و المراد من حينئذ حين ثبوت اعتبار يوم الغصب في الغضب

و خلاصة التعليل: أنه لو لم نقل بالكشف المذكور: و هو عدم اقتضاء الاطلاقات الواردة في ضمان التالف بيوم التلف: لزم أن تكون المغضوب على فرض ثبوت اعتبار يوم الغصب في المغضوب لو كانت قيمته يوم التلف أضعاف من قيمته يوم الغضب: غير واجب التدارك لأن الاعتبار بيوم الغضب، فيكون حال الغاصب أحسن حالا من غير الغاصب الذي هو المشتري القابض بالعقد الفاسد، لأنه على القول بعدم الكشف يلزم أن يكون المقبوض بالعقد الفاسد اذا كانت قيمته يوم التلف أضعاف من قيمة يوم الغضب لازم التدارك و الجبر.

(3) تعليل للملازمة المذكورة: و هو أنه لو لم نقل بالكشف -

الالتزام بقيمته يوم وجوب التدارك (1)

نعم (2) لو فرضت دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذاً له بأشق الأحوال

فالمهم حينئذ (3) صرف الكلام الى معنى الصحيحة (4) بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد (5) إما لما ادعاه الحلبي (6)، وإما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك و الغرامة في المضمونات.

+++++

- المذكور لزم كون الغاصب أحسن حالاً من القابض في العقد الفاسد وبيان لها.

(1) وهو يوم الدفع و يوم الاقباض

(2) استدراك عما افاده: من لزوم كون الغاصب أحسن حالاً من غيره، وقد ذكر الشيخ الاستدراك في المتن فلا نذكره

(3) اي حين أن تفاوت مقتضى الاصل في باب الضمان باختلاف معنى الصحيحة كما عرفت، لأن مفادها لو كان ضمان الغصب من حين الغصب كما في قوله عليه السلام: نعم قيمة يوم خالفته يلزم تمشية هذا الضمان في جميع الضمانات التي منها المقبوض بالعقد الفاسد.

ولو كان مفادها ضمان أعلى القيم من يوم الغصب، و من يوم التلف لكان ضمان التالف القيمي هو الضمان بيوم التلف.

(4) وهي صحيحة أبي ولاد

(5) وهو المقبوض بالعقد الفاسد

(6) وهو ابن ادريس حيث قال: إن المقبوض بالعقد الفاسد يجري مجرى الغصب كما نقله عنه الشيخ في ص 141

ص: 267

و كون العبرة في جميعها (1) بيوم الضمان كما هو احد الأقوال فيما نحن فيه من (2) البيع الفاسد.

و حيث إن الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة، و فوائد خطيرة فلا بأس بذكرها جميعا، و إن كان الغرض متعلقا ببعضها (3)

فروى الشيخ في الصحيح عن ابن محبوب عن أبي ولاد قال:

اكثرت بغلا الى قصر بني (4) هبيرة ذاهبا و جائيا بكذا و كذا و خرجت في طلب غريم لي

+++++

(1) اي في جميع المضمونات، سواء أ كانت بالعقد الفاسد أم بغيره

(2) كلمة من بيان لكلمة ما الواقعة في قوله: فيما نحن فيه

(3) اي ببعض تلك الأحكام، و الفوائد الخطيرة

(4) في بعض نسخ مصادر الحديث (ابن هبيرة) كما هنا

و في (التهذيب) بني هبيرة

ثم إن الصحيحة في بعض نسخ المكاسب مذكورة بتمامها

و في بعضها لم يذكر منها سوى النصف

بالإضافة الى أن النسخ الصحيحة مختلفة في المصادر من حيث بعض المفردات فذكرنا الصحيحة بتمامها على (التهذيب)

و هبيرة كان عاملا عند بني امية في أواخر أيام حكومتهم و دولتهم

و القصر هذا واقع في غربي الحلة في مكان يسمى (الجربوعية) سابقا و حاليا (الهاشمية) التي هي من أفضية (محافظة بابل) الحلة تبعد عن

الحلة عشرين كيلومترا، و تبعد عن الكوفة ستة و ستين كيلومترا عن طريق البر اذا كان الذهاب لا يقصد الحلة ثم الهاشمية

و هذا القصر لم يبق منه اثر سوى أطلال

ص: 268

فلما صرت الى قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي (1) توجه نحو النيل (2) فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت أنه (3) توجه الى بغداد فاتبعته فظفرت به، و فرغت (4) فيما بيني وبينه، و رجعت الى الكوفة.

و كان ذهابي و مجيء خمسة عشر يوما فاخبرت صاحب البغل بعذري (5) و اردت أن اتحلل منه فيما صنعت و ارضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا (6) بابي حنيفة و اخبرته (7) بالقصة و اخبره الرجل

فقال (8) لي: ما صنعت بالبغل؟

فقلت: قد رجعت سليما

قال (9): نعم بعد خمسة عشر يوما

قال (10): فما تريد من الرجل؟

+++++

(1) و هو المدين

(2) قرية كانت للكوفة

(3) اي المدين

(4) اي اخذت منه طلبي

(5) حيث إن صاحب البغل قد اكراه البغل من الكوفة الى الهاشمية لا الى بغداد و منها الى الكوفة؛ فالمستأجر قد تصرف في مال الناس بلا اجازة من صاحب البغل فاراد ارضاء خاطره و اكتساب رضاه

(6) اي انا و صاحب البغل رضينا بحكم (ابي حنيفة) و قضائه

(7) اي (أبا حنيفة)

(8) اي (ابو حنيفة)

(9) اي صاحب البغل لأبي حنيفة

(10) اي ابو حنيفة خاطب صاحب البغل و قال له: ما ذا تريد من المستأجر؟

قال (1): اريد كرى بغلى فقد حبسه على خمسة عشر يوما

فقال (2): انى ما ارى لك حقا، لأنه اكتراه الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النيل و الى بغداد فضمن قيمة البغل (3) و سقط الكرى فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكرى (4)

قال (5): فخرجنا من عنده (6) و جعل صاحب البغل يسترجع (7) فرحمت (8) مما افتى به ابو حنيفة، و اعطيته شيئا و تحللت منه، و حججت تلك السنة فاخبرت ابا عبد الله عليه السلام بما افتى به ابو حنيفة.

فقال (9): فى مثل هذا القضاء (10) و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الارض بركاتها

+++++

(1) اى صاحب البغل قال (لأبي حنيفة)

(2) اى (ابو حنيفة) لصاحب البغل

(3) اى لو تلف البغل كان المستاجر ضامنا لقيمه

(4) لأن الخراج بالضمان فالمنافع المستوفاة من البغل فى قبال ضمان العين و هو البغل

(5) اى المستاجر

(6) اى من عند (أبي حنيفة) الذى قضى بالحكم

(7) اى يقول: إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ

(8) اى كسر قلبى و شفقت عليه

(9) اى (الامام الصادق) عليه السلام

(10) و هو أنه لا شيء لصاحب البغل سوى قيمة البغل لو تلف و أن المنافع المستوفاة فى قبال ضمان البغل لو مات: بناء على أن الخراج بالضمان

ص: 270

قال (1): فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى انت؟

قال (2): أرى له عليك مثل كربي البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل و مثل كربي البغل من النيل الى بغداد، و مثل كربي البغل من بغداد الى الكوفة، و توفيه (3) اياه

قال (4): قلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه (5) علفه؟

قال (6): لا، لأنك غاصب

فقلت (7): أرايت لو عطب (8) البغل، أو نفق (9) أليس كان يلزمني (10)؟

+++++

(1) اي المستأجر

(2) اي (الامام الصادق) عليه السلام قال للمستأجر

(3) اي تعطي هذه الأجور لصاحب البغل

(4) اي المستأجر

(5) اي على صاحب البغل الدراهم التي صرفتها في تغليف البغل

(6) اي قال (الامام الصادق) عليه السلام: لا يجوز لك أن تأخذ من صاحب البغل أجور تغليف البغل، لأنك غاصب فالمنافع لا تكون إزاء هذه الدراهم المصروفة.

(7) اي المستأجر الغاصب قال (للامام الصادق) عليه السلام

(8) اي هلك و انكسر

يقال: عطب الفرس اي هلك، أو انكسرت رجله

(9) بمعنى الهلاك و خروج الروح

(10) اي أليست قيمة البغل كانت لازمة علي لو هلك البغل و مات؟

قال (1): نعم قيمة بغل يوم خالفته

قلت (2): فإن اصاب البغل كسر، أو دبر (3)، أو عقر (4)

فقال (5): عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده (6) عليه

قلت (7): فمن يعرف ذلك (8)

قال (9): انت و هو: إما يحلف هو على القيمة (10) فيلزمك

+++++

(1) اي (الامام الصادق) عليه السلام قال: نعم كان يلزمك قيمة بغل من اليوم الذي خالفت مدة اجارتك و هي من قصر بني هبيرة، اذ كانت الاجارة المتفق عليها من الكوفة الى القصر المعهود فما زاد عنها و هي المسافة من القصر الى بغداد، و من بغداد الى الكوفة كانت باطلة لأنها لم تقع باذن و اجازة من صاحب البغل فتكون مغصوبة فيجب على الغاصب دفع اجرة المثل.

(2) اي (لامام الصادق) عليه السلام

(3) بفتح الدال و الباء و الراء قرحة توجد في الدابة

(4) بفتح العين و القاف و الراء بمعنى جرح

(5) اي (الامام الصادق) عليه السلام قال للمستأجر

(6) اي يوم ترد البغل على صاحبه فإن كان فيه احد المذكورات:

من الكسر و الدبر و العقر عليك ما بين القيمة الصحيحة و المعيبة.

فإن كانت قيمة البغل صحيحا خمسين دينارا، و معييا اربعين دينارا فيلزمك أن تدفع إليه التفاوت ما بين القيمتين المعبر عنه بالارش

(7) اي قال المستأجر (لامام الصادق) عليه السلام

(8) اي قيمة ما بين الصحيحة و الفاسدة

(9) اي (الامام الصادق) عليه السلام للمستأجر

(10) اي يحلف صاحب البغل على القيمة الصحيحة، أو المعيبة

فإن رد (1) اليمين عليك فحلفت على القيمة (2) لزمك ذلك

أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك

قلت (3): إني اعطيته دراهم ورضي بها و حللني

قال (4): إنما رضي فأحللك حين قضى عليه (ابو حنيفة) بالجور والظلم ولكن ارجع إليه واخبره بما افتيتك به

فإن جعلك في حل بعد معرفته (5) فلا شيء عليك بعد ذلك الخ (6)

+++++

(1) اى صاحب البغل

(2) اى القيمة الصحيحة، أو المعيبة

(3) اى (للامام الصادق) عليه السلام

(4) اى (الامام الصادق) عليه السلام

(5) اى بعد أن عرف صاحب البغل أن له عليك اجرة المنافع المستوفاة من قصر بني هبيرة الى بغداد، و منها الى الكوفة.

فإن وهبك من تلك الاجور فانت في حل من ذلك و لا شيء عليك و إن لم يهبك فالواجب عليك دفعها إليه.

فهو قبل معرفته بهذه الفتيا لا يجوز عليك أن لا تخبره بها

(6) اى الى آخر الخبر. أليك تمام الحديث

قال ابو ولاء: فلما انصرف من وجهي ذلك لقيت المكارى فاخبرته بما افتاني به ابو عبد الله عليه السلام، و قلت له: قل ما شئت حتى اعطيكه

فقال: قد حببت (1) إليّ جعفر بن محمد، و وقع في قلبي له التفضيل -

ص: 273

1- يظهر من عبارة صاحب البغل أنه قبل إفتاء (الامام الصادق) عليه السلام بتلك الفتيا كان لا يحب الامام

إشارة

و محل الاستشهاد فيها (1) فقرتان:

الأولى: قوله: نعم قيمة بغل يوم خالفته الى ما بعد

(الأولى): قوله (2): نعم قيمة بغل يوم خالفته الى ما بعد (3) فإن (4) الظاهر ان اليوم قيد للقيمة إما باضافة القيمة المضافة الى البغل إليه (5) ثانيا (6): يعني قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل

+++++

- وانت في حل، وإن اردت أن ارد عليك الذي اخذت منك فعلت(1)

(1) اى محل الشاهد من صحيحة ابي ولاد على مدعانا: من أن الاعتبار في ضمان القيميات بالقيمة إنما هو بقيمة يوم الغصب كما افاد هذا المعنى سابقا عند قوله: كما هو ظاهر صحيحة ابي ولاد.

(2) اى قول (الامام الصادق) عليه السلام لصاحب البغل عند سؤاله عنه.

(3) اى الى ما بعد يوم خالفته الذي هو تمام الحديث

(4) من هنا يريد الشيخ أن يبين كيفية دلالة الصحيحة على أن الاعتبار بيوم المخالفة الذي هو يوم الغصب.

(5) اى الى اليوم: بأن اضيفت القيمة مرة الى البغل، و ثانية الى اليوم

(6) قد اعترض المعلقون على الكتاب حول كلمة ثانيا، حيث إن كلمة قيمة مضافة مرة ثانية الى اليوم بعد أن اضيفت مرة اولى الى البغل

و حاصل الاعتراض أنه كيف يسوغ اضافة شيء واحد مرتين، لعدم -

ص: 274

للاضافة، لا (1) لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل، و القيمة إنما هي قيمة المثل

+++++

- مساعدة القواعد العربية على ذلك فهذه لا تنسجم والقواعد

وقد اطنبوا حول هذه الكلمة

اقول: ما كان ينبغي الى هذا التطويل بلا طائل الذي لا يسمن ولا يغني من الجوع، ولا سيما الموضوع تافه وبسيط جدا لا يحتاج الى تضييع العمر الذي هو أعلى من كل شيء، وإن كان اعتراضهم حول عدم جواز اضافة الشيء الواحد مرتين في محله

لكن عند ما يمعن القارئ الكريم النظر في عبارة الشيخ في قوله:

فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل في قوله عليه السلام: قيمة بغل للاضافة اى لأجل اضافة البغل الى اليوم: يتضح له أن في العبارة إما سقطا، أو زيادة كلمة ثانيا، لأنه اذا كانت كلمة القيمة مضافة الى اليوم ثانيا فلما ذا حذفت الألف و اللام عن البغل مع أنه لم يصف، و الحذف بلا مبرر و موجب لا يجوز، فحذف الألف و اللام من البغل دليل على أن البغل مضاف الى اليوم، لا أن القيمة مضافة الى اليوم ثانيا

و المعنى يكون هكذا: نعم ارى عليك قيمة بغل يوم المخالفة و هو يوم غصب البغل من قصر بني هبيرة الى بغداد، و منها الى الكوفة.

(1) اى و ليس حذف الألف و اللام من البغل لأجل أن صاحب القيمة الذي هو البغل هو بغل مجهول غير معين حتى تكون الصحيحة موهمة الى مذهب من يقول بضممان المثل في القيميات.

و القيمة المعطاة هنا هي قيمة مثل ذلك البغل

ص: 275

وإما بجعل اليوم قيذا للاختصاص (1) الحاصل من اضافة القيمة الى البغل.

و أما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله عليه السلام: نعم القائم مقام قوله عليه السلام: يلزمك يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل (2) فبعيد جدا

+++++

(1) هذا هو الشق الثاني لكيفية الاستشهاد بالصحيحة على ما ادعاه من أن الاعتبار بضممان القيمي في القيميات بيوم المخالفة الذي هو يوم الغضب اذ شقه الاول هو اضافة القيمة الى البغل و البغل الى اليوم.

و خلاصته: أن القيمة لما اضيفت الى البغل تضمن معنى اشتقاقيا وهي كلمة الاختصاص فيصح حينئذ تعلق الظرف بكلمة قيمة، و لولا هذه التمحلات لما صح تعلق الظرف بكلمة قيمة، لأن المتعلق لا بد أن يكون فعلا أو شبه فعل، أو ما فيه شائبة الفعل.

(لا يقال): كلمة قيمة مصدر يصح تعلق الظرف بها فلا تحتاج الى هذه التمحلات حتى يصح تعلق الظرف بها.

(فإنه يقال): كلمة قيمة ليست مصدرا، لأنها فيه عبارة عن نفس ما يتقوم به فتكون اسما مجردا يراد بها الثمن.

(2) إذا صارت الاحتمالات في متعلق الظرف ثلاثة.

(الاول): تعلقه بكلمة قيمة

(الثاني): تعلقه بكلمة اختصاص

(الثالث): تعلقه بكلمة نعم القائم مقام يلزمك

فالشيخ اختار الاول و الثاني منهما

و إن كان الثاني قريبا الى القواعد العربية، لأنه مصدر

و الثالث أقرب، لأنه اذا كان في الكلام فعل، أو شبهه فهو أولى -

بل غير ممكن، لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان (1) كما يدل عليه (2) أ رأيت لو عطب البغل، أو نفق أليس كان يلزمني؟ فقوله:

نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.

وقد أظن بعض في جعل الفقرة (3) ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه و لم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي، و لا التفاهم العرفي

+++++

- لأن يكون متعلقا للظرف، فإن نعم في قوة قوله عليه السلام: يلزمك لكن الشيخ افاد أن الثالث بعيد

و اورد عليه أنه أقرب من الاول، و الثاني فليس فيه بعد، لما فيه من معنى الفعل، أو شبهه

(1) و هو يوم الغصب

(2) اى على عما يلزمه

وقد اورد على هذه الدلالة بأنه لو قيل: أ رأيت لو مات زيد أ ليست تقسم أمواله بين ورثته لا دلالة فيه على السؤال عن كيفية القسمة و عن أن كل واحد من الورثة ما مقدار نصيبه

بل السؤال عن اصل القسمة

و ما نحن فيه كذلك، اذ السؤال فيه عن اصل الضمان

فتعلق الظرف بنعم لا يكون غير ممكن، بالإضافة الى مساعدة التركيب اللغوي عليه كما عرفت

(3) و هو قوله عليه السلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته اى جعل هذا المطنب هذه الفقرة قرينة على تعلق الظرف و هو يوم بلزوم القيمة على الغاصب -

ص: 277

الثانية قوله: أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا

(الثانية) (1) قوله: أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا، فإن اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار به فلا بد أن يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة (2)، بناء على أنه يوم الاكتراء، لأن (3) الظاهر من صدر الرواية أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة

+++++

- ثم لا يخفى عليك أن الغاية من جعل الظرف قيما للقيمة، أو للاختصاص أو بكلمة نعم لاجل عدم جواز تخصص القيمة بيوم المخالفة الذي هو يوم غضب الدابة إلا باعتبار اضافة القيمة الى اليوم، أو باعتبار تضمنها معنى الاختصاص بالنظر الى اضافة القيمة الى البغل ثم اضافة البغل الى اليوم

فبالنتيجة كأنما اضيفت القيمة الى اليوم الذي يراد منه يوم المخالفة.

(1) اى الفقرة الثانية التي تكون محلا- للاستشهاد بها على ما نحن فيه: و هو أن الاعتبار في ضمان القيميات بالقيمة إنما هو بقيمة يوم الغضب لا بيوم التلف

(2) و هو يوم الغضب

(3) تعليل لكون يوم المخالفة هو يوم الاكتراء

و أما وجه الظهور فهو قول المستأجر: فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل، فإن هذه الجملة تدل على أن المستأجر من بداية الامر خالف محل الاجارة المشترطة اذ الاجارة وقعت على السير من الكوفة الى قصر بني هبيرة ذاهبا و جائيا فهو بمجرد خروجه من الكوفة خالف الاجارة الواقعة، لأنه لما صار قرب قنطرة الكوفة التي هي داخله في الكوفة سمع أن مدينه هرب الى النيل التي هي قرية من قرى الكوفة فغير حالا مسيره من الذهاب -

ص: 278

و من المعلوم أن اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج، أو في عصر اليوم السابق.

و معلوم أيضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة (1) القليلة

و أما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن اصابة العيب:

عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده فالظرف (2) متعلق بعليك لا قيد للقيمة (3)، اذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعا، لأن
النقص

+++++

- الى قصر بني هبيرة الى الذهاب الى النيل باختلاف السير، اذ مسافة قصر بني هبيرة كانت محل الاجارة، و السير نحو النيل، و منها الى
بغداد، و من بغداد الى الكوفة خارج عن محل الاجارة

(1) فالاختلاف بين صاحب البغل، و المستأجر إنما كان لاجل تلك المسافة البعيدة من النيل الى بغداد، و منها الى الكوفة التي طالت
خمسة عشر يوما

(2) و هي كلمة يوم في قوله عليه السلام: يوم ترده اى الواجب عليك قيمة الفرق في يوم ترد البغل الى صاحبه

(3) (لا يقال): كيف جعل الظرف في الجملة السابقة و هو قوله عليه السلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته متعلقا بالقيمة، بناء على اعتبار اضافة
القيمة الى اليوم، أو باعتبار تضمن القيمة معنى الاختصاص حتى يصح اختصاص القيمة بيوم المخالفة؟

و هنا افاد أن الظرف قيد لكلمة عليك، لا قيد للقيمة من دون أن يعتبر احد الامرين المذكورين، اى عليك قيمة الفرق بين الصحيح و
المعيب بيوم رد البغل الى صاحبه.

(فإنه يقال): إن المراد من قيمة ما بين الصحيح و المعيب هي قيمة -

الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لاصل العين (1)

فالمعنى عليك اداء الارش يوم رد البغلة.

و يحتمل أن يكون (2) قيدا للعيب

و المراد (3) العيب الموجود في يوم الرد، لاحتمال ازدياد العيب الى يوم الرد فهو مضمون، دون العيب القليل الحادث أولا (4)

+++++

- الفرق ما بين الحالتين فعليه يجوز تعلق الظرف بالحالتين من دون اعتبار شيء آخر: من الامرين الذين اعتبرناهما في الجملة السابقة

(1) فكما أن العين تكون مضمونة من يوم الغصب، كذلك الفرق بين الصحيح والمعيب يكون مضمونا من يوم الغصب.

ثم لا يخفى عليك أنه ليس المراد من الفرق بين قيمة الصحيحة والمعيبة ملاحظة النسبة من الثمن كما في ارش التفاوت

بل المراد هو التفاوت والعرفي

خذ لذلك مثالا

لو كانت قيمة البغل صحيحا يوم أن اكتري خمسين دينارا، و قيمته يوم الرد معيبا اربعين دينارا فعلى المستأجر إعطاء الفرق بين القيمتين صحيحا و معيبا و هي عشرة دنانير، لا خمسة دنانير التي هي نتيجة نسبة العشرة الى الخمسين

و من المعلوم أن نسبة العشرة الى الخمسين العشر اى يعطي المستأجر من كل عشرة دنانير دينارا واحدا لصاحب البغل.

(2) اى كلمة يوم الواردة في صحيحة ابي ولاد

(3) اى من العيب الوارد في قول الامام عليه السلام

(4) و هو يوم الغصب

ص: 280

لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص الى يوم الرد، و العبرة حينئذ (1) بالعيب الموجود حال حدوثه، لأن المعيب لورد الى الصحة، أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى.

فهذا الاحتمال (2) من هذه الجهة ضعيف أيضا، فتعين تعلقه (3) بقوله عليه السلام: عليك

و المراد بقيمة ما بين الصحة و العيب قيمة التفاوت بين الصحة و العيب

و لا تعرض في الرواية ليوم هذه القيمة فيحتمل يوم الغصب

و يحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف و صف الصحة الذي هو (4) بمنزلة جزء (5) العين في باب الضمانات و المعاوزات

+++++

(1) اي حين أن نقص العيب الى يوم الرد

(2) و هو احتمال أن كلمة يوم قيذا للعيب ضعيف من جهة أن العيب لورد الى الصحة، أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع

كما أن احتمال كون كلمة يوم قيذا للقيمة ضعيف أيضا

(3) اي تعلق الظرف الذي هي كلمة يوم

(4) اي وصف الصحة

(5) فكما أن الجزء من الشيء اذا تلف يكون المتلف ضامنا له

كذلك وصف الصحة الذي هو بمنزلة جزء العين اذا تلف يكون المتلف ضامنا له كما فيما نحن فيه و هو البغل المستأجر، فإنه لو اصابه مرض فنقصت قيمته عن القيمة الصحيحة بسبب المرض يكون الغاصب ضامنا لنقصان الصحة

ص: 281

و حيث عرفت (1) ظهور الفقرة السابقة (2) عليه (3) و اللاحقة (4) له في اعتبار يوم الغضب تعين حمل هذا (5) أيضا على ذلك

ما يوهن الاستدلال بالصحيحة على اعتبار قيمة يوم الضمان

نعم (6) يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة 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

+++++

(1) عند قوله في ص 278: لأن الظاهر من صدر الرواية

(2) و هو قوله عليه السلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته

وجه الظهور أن المستأجر خالف عقد الاجارة من بداية السير، لأنه حين ما عرف أن صاحبه هرب توجه نحو النيل

فيوم المخالفة هو المعيار في الضمان، لا يوم الاكتراء

(3) اي على أن الاعتبار في الضمان بيوم الغضب

(4) اي وقد عرفت أيضا ظهور الجملة اللاحقة و هو قوله عليه السلام:

عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده: في يوم المخالفة و هو يوم الغضب

وجه الظهور هي القرينة الخارجية: و هو عدم الجدوى بيوم الاكتراء كما عرفت، مع ضم القرينة الداخلية و هو صدر الصحيحة الى القرينة الخارجية: و هو اعتبار قيمة يوم المخالفة

(5) و هو أن ضمان قيمة ما بين الصحة و العيب على يوم المخالفة الذي هو يوم الغضب

فكما أن قيمة البغل يحمل ضمانها على يوم الغضب

كذلك ضمان قيمة ما بين الصحيح و المعيب يحمل على يوم الغضب

(6) استدراك عما افاده: من أن الاعتبار في ضمان القيميات بيوم -

ص: 282

و يكون (1) السرف في التعبير بيوم المخالفة دفع (2) ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص

+++++

- المخالفة الذي هو يوم غضب البغل الى بغداد.

و خلاصته: أنه من الممكن أن يوهن ما استظهرناه: و هو أن المعيار في الضمان بيوم المخالفة بيان أن مبنى الحكم الذي هو الضمان على ما هو الغالب المتعارف، أي الضمان مبني على هذا و هو أن الغالب عدم اختلاف قيمة البغل من يوم الاكتراء الى يوم الرد الذي كانت مدته خمسة عشر يوما، فلا فرق بين يوم المخالفة، و بين يوم الاكتراء من هذه الناحية، اذ في المدة اليسيرة التي هي خمسة عشر يوما قل ما يتفق تغيير من حيث الزيادة و النقيصة في سعر البغل الذي استؤجر.

اذا يكون الاعتبار بيوم الاكتراء

(1) دفع وهم

حاصل الوهم: أنه اذا كان المعيار هو يوم الاكتراء، و أنه لا فرق بينه، و بين يوم المخالفة فلما ذا عبر عليه السلام عنه بيوم المخالفة في قوله:

نعم قيمة بغل يوم خالفته ؟

(2) جواب عن الوهم المذكور

حاصله: أن السرف في ذلك هو دفع ما يتوهمه العوام من ذوي البغل حيث إنهم يرون أنفسهم متضررين بموت بغلتهم، أو اصابته بمرض أو نفق، أو كسر، لأنه بهذا العارض قد خسر المبلغ الذي به اشترى البغل، فجبرا و تداركا لهذه الخسارة يطالب بقيمة يوم الاشتراء

فالامام عليه السلام دفعا لهذا التوهم قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته

ص: 283

بعد ذلك، لأنه (1) خسر المبلغ الذي اشترى به البغلة

و يؤيده (2) التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء (3) فإن فيه (4) اشعاراً بعدم عناية المتكلم (5) بيوم المخالفة من حيث إنه يوم المخالفة

إلا (6) 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 غالباً بمشهد من الناس وجماعة من المكارين، بخلاف

+++++

(1) تعليل لكون العوام يرون الضمان بيوم الشراء

(2) أي ويؤيد عدم الفرق بين المخالفة، ويوم الاكتراء، وأنه لا فرق بينهما في التعبير، سواء قلت: يوم المخالفة أم يوم الاكتراء، لعدم وجود اختلاف بين المدتين في هذه المدة الوجيزة وهي خمسة عشر يوماً

(3) في قوله عليه السلام: حين اكتري كذا وكذا

(4) أي في هذا التعبير

(5) وهو الامام عليه السلام، حيث إنه لا يعتني بيوم المخالفة من حيث إنه يوم المخالفة، لعدم موضوعيته، بل له الطريقة فقط

(6) استثناء عما افاده في التأيد: من عدم الفرق بين يوم المخالفة وبين يوم الاكتراء، وأن يوم المخالفة ليس له الموضوعية

و خلاصته: أن السر في التعبير عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء مع أن المناط والملاك هو يوم المخالفة: هي سهولة الاستشهاد على تعيين قيمة البغل عند تلفه، أو ورود نقص عليه باقامة البينة وأهل الخبرة على أن سعر البغل يوم الاكتراء كان كذا وكذا، لوجود البغل في يوم الاكتراء بمحض من المكارين -

زمان المخالفة من حيث إنه زمان المخالفة فتغيير (1) التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبية على سهولة معرفة القيمة بالبينة كاليمين (2) في مقابل قول السائل: و من يعرف ذلك. فتأمل (3)

+++++

- بخلاف يوم المخالفة، فإنه من الصعب جدا الاستشهاد به على تعيين القيمة باقامة اهل الخبرة، لأن سعر قيمة يوم المخالفة لا يطلع عليه احد سوى المستأجر، فلذا عبر بيوم الاكتراء وإن كان يوم المخالفة هو المناط

و لا يخفى أنه لو قلنا: إن المدة القصيرة و هي خمسة عشر يوما لا توجب اختلاف الأسعار فالسر المذكور لا أثر له

(1) الفاء تفرع على ما افاده: من أن السر في التعبير عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء هي سهولة الاستشهاد باقامة البينة أى فعلى ضوء ما ذكرنا فتغيير التعبير في مكان بيوم المخالفة في قوله عليه السلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته

و في مكان بيوم الاكتراء في قوله عليه السلام: يشهدون أن قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا: لا يكون لعدم الاعتبار بيوم المخالفة، و أنه لا مدخلية له و لا موضوعية له

بل له الموضوعية و المدخلية

(2) اى كما أن اليمين جعلت سهولة لقطع مادة النزاع، فإن صاحب البغل عند ما يحلف على قيمة البغل تنقطع الخصومة و لا تبقى مادة النزاع

ثم إن رد اليمين توجهت نحو الغاصب

فاليمين بما هي يمين جعلت تسهلا على الناس، لقطع دابر النزاع

(3) لعل الامر بالتأمل لاجل أن تكليف صاحب البغل باقامة البينة مع حكمه عليه السلام بتوجه اليمين نحوه طبقا للقاعدة المعروفة: -

ص: 285

و يؤيده (1) أيضا قوله عليه السلام: فيما بعد في جواب قول السائل:

و من يعرف ذلك (2)

قال: انت و هو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت له لزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا فيلزمك، فإن (3) العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك، مع كونه (4) مخالفا للأصل

ثم (5) لا وجه لقبول بينته، لأن من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه

و حمل الحلف هنا (6)

+++++

- (البينة للمدعي، و اليمين على من انكر) حيث إن صاحب البغل منكر لما يدعيه الغاصب: لا ينطبق اى لا يجتمع

(1) اى و يؤيد عدم الفرق بين يوم المخالفة، و بين يوم الاكتراء

(2) اى قيمة البغل

(3) تعليل لعدم الفرق بين يوم المخالفة، و يوم الاكتراء

(4) اى مع كون القول قول المالك مخالف للأصل، لأن الأصل يقتضي عدم الزيادة فيما يدعيه المالك فقبول قوله مخالف لهذا الأصل

(5) إشكال ثان أى بالإضافة على أن تقديم قول المالك مخالف للأصل، لما عرفت هنا إشكال آخر: و هو أن من كان القول قوله فلا وجه لقبول بينته، لأن البينة حينئذ تكون لصاحبه و هو الغاصب، طبقا للقاعدة

المعروفة: (البينة للمدعي، و اليمين على من انكر)

(6) اى في مثل هذا النزاع

ص: 286

على الحلف المتعارف (1) الذي يرضى به المحلوف له، و يصدقه فيه، من دون محاكمة (2)

و التعبير برده (3) اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقا له ابتداء خلاف (4) الظاهر

و هذا (5) بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف، فإنه يمكن أن يحمل

+++++

(1) و هو الحلف بالرسول الأعظم و الأئمة المعصومين صلوات الله عليه و عليهم اجمعين، أو بسيدنا العباس صلوات الله عليه كما هو المتعارف عند عامة الناس من الشيعة الامامية

(2) اي من دون مراجعة المحاكم الشرعية و القضاة

(3) اي برد المالك اليمين

(4) خير للمبتدئ المتقدم و هو قوله: و حمل الحلف اي حمل الحلف على الحلف المتعارف عند الناس خلاف الظاهر

بل الظاهر أن المراد من الحلف هو الحلف المتداول عند القضاة و المحاكم الشرعية

و لا يخفى أن هذا الظاهر خلاف الظاهر، اذ الظاهر أن المراد من الحلف هو الحلف المتعارف عند الناس

(5) اي قبول بينة المالك و الحكم بكون القول قوله في صورة تنازع المالك و الغاصب على قيمة البغل، بناء على اعتبار يوم الغصب، و أنه المعيار و المناط

و أما بناء على اعتبار يوم التلف، و أنه المعيار في ضمان القيميات فاليمين تتوجه على المالك عند التنازع

ص: 287

توجه اليمين (1) على المالك على ما اذا اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاهما، أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا
و لا شك حينئذ (2) أن القول قول المالك، و يكون (3) سماع البينة في صورة اختلفهما في قيمة البغل سابقا مع اتفاهما على بقائه عليها
الى يوم التلف

فتكون الرواية (4) قد تكفلت لحكم صورتين من صور تنازعهما (5)

+++++

(1) و هي اليمين المردودة من الغاصب

(2) اى حين أن كان المالك و الغاصب مختلفين على تنزل القيمة في يوم التلف، و متفقين على ثبوت القيمة في يوم التسلم

هذه هي الصورة الاولى من صور التنازع

(3) اى يكون سماع البينة من المالك، و أن القول قوله حينئذ في صورة اتفاق المالك و الغاصب على بقاء قيمة البغل في يوم التلف و
اختلفهما عليها في يوم التسلم

هذه هي الصورة الثانية من صور التنازع

(4) اى صحيحة ابي ولاد

(5) اعلم أن صور تنازع المالك و الغاصب على قيمة البغل أربعة و هي كما يلي:

(الاولى): اتفاق المالك و الغاصب على قيمة البغل يوم التسلم و اختلفهما عليها يوم التلف: بأن يدعي المالك الزيادة في يوم التلف، و
الغاصب ينكر زيادة القيمة

(الثانية): اختلف المالك و الغاصب على قيمة البغل يوم التسلم:

بأن يدعي المالك زيادة القيمة، و الغاصب ينكر زيادتها، و اتفاهما عليها يوم التلف

و يبقى بعض الصور (1) مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة

و لعل حكمها (2) اعني حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها (3) المذكور في الرواية

و أما (4) على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة فلا بد

+++++

(الثالثة): اختلاف المالك و الغاصب على قيمة البغل يوم التسلم و يوم التلف: بأن يدعي المالك زيادة القيمة في يوم التسلم و يوم التلف و الغاصب يدعي خلافها

(الرابعة): عدم اختلاف المالك و الغاصب على قيمة البغل لا يوم الغصب و لا يوم التلف، لعدم تفاوت القيمة فيهما

فالشيخ قدس سره افاد أن الصحيحة متكفلة لصورتين من الصور الاربعة و هما: الصورة الاولى و الصورة الثانية

و قد اشرنا إليهما في الهامش 5. ص 288

و قد علم حكمهما: من توجه اليمين على المالك في الصورة الاولى و من اثبات البينة على المالك في الصورة الثانية

(1) اى من الصور الأربعة المذكورة و هي الصورة الثالثة المشار إليها في هذه الصفحة

(2) اى الصورة الثالثة

(3) اى عكس الصورة الثالثة: و هي الصورة الاولى المشار إليها في الهامش 5 ص 88

فكما أن الصورة الاولى يحلف المالك فيها

كذلك هنا يحلف المالك فيكون القول قوله

(4) اى الى هنا كان الكلام حول يوم المخالفة -

ص: 289

- وأما إذا كان المالك و المعيار يوم التلف فلا بد من حمل الرواية و هي صحيحة أبي ولاد كما يلي

إنما قال شيخنا الانصاري فلا بد من حمل الرواية، لأن في الصورة الاولى التي كان المالك و الغاصب مختلفين في زيادة قيمة البغل يوم التلف و متفقين في بقائها عليها يوم التسلم: بأن يدعي المالك زيادة القيمة يوم التلف، و الغاصب ينكرها:

كانت القاعدة الفقهية تقضي على أن البينة للمدعي، و اليمين على من انكر

و هنا نرى أن الصحيحة حكمت بحلف المالك الذي هو المدعي في قوله عليه السلام: إما أن يحلف هو فيلزمك، خلافا للقاعدة الفقهية المذكورة فقال الشيخ:

فلا- بد من حمل الصحيحة حينئذ على صورة اتفاق المالك و الغاصب على قيمة البغل في يوم التسلم، و اختلافهما على قيمته في يوم الغصب، بأن ادعى الغاصب نقصانها عن يوم المخالفة عما اتفقا عليه، و ادعى المالك بقاءها على ما كانت عليه يوم المخالفة

فحينئذ يكون المالك منكرا، فيجب عليه اليمين، لموافقة قوله لأصالة عدم النقصان

هذا من طرف دلالة الصحيحة على حلف المالك الذي هو المدعي و قد عرفت توجيهها

و هكذا الصحيحة تصرح باتيان صاحب البغل بشهود يشهدون في قوله عليه السلام: أو يأتي صاحب البغل مع أنه منكر لما يدعيه الغاصب

فالقاعدة الفقهية: و هي البينة للمدعي، و اليمين على من انكر تحكم بوجود الحلف على المنكر، و البينة على المدعي

و هنا نرى عكس ذلك، حيث نرى أن المالك مع أن منكر -

من حمل الرواية على ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة

أو اللاحق (1) له فادعى الغاصب نقصانه (2) عن تلك يوم المخالفة

و لا يخفى بعده (3)

و أبعد منه حمل النص (4) على التعبد، و جعل الحكم مخصوصا

+++++

- يقول الامام عليه السلام: أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا

فلا بد في توجيهها من حملها على صورة اتفاق المالك و الغاصب على قيمة البغل في يوم التلف الموافق ليوم المخالفة فادعى الغاصب نقصان القيمة في يوم المخالفة عن قيمة يوم المتفق عليه و هو يوم التسلم، و ادعى المالك مساواتهما

فحينئذ يكون المالك مدعيا، لمخالفة قوله للاصل الجاري و هي براءة ذمة الغاصب عن الزائد فيجب عليه البينة فطابقت الصحيحة القاعدة
الفقهية

(1) اي اللاحق بيوم المخالفة: بأن اتفق المالك و الغاصب على القيمة في اليوم اللاحق، لكن ادعى الغاصب تغير العين من يوم المخالفة الى الزيادة، و أن العين يوم المخالفة كانت أنقص

و المالك يدعي عدم الاختلاف بين القيمتين

فحينئذ يكون المالك منكرا للتغير الذي يدعيه الغاصب فيتوجه نحوه اليمين

(2) اي نقصان العين عن يوم المخالفة كما عرفت

(3) اي بعد هذا الحمل، للزوم حمل الرواية على الفرد النادر

(4) و هي صحيحة ابي ولاد: بأن نقول: إن توجه اليمين نحو المالك مع أنه مدع تعبد محض

في الدابة المغصوبة؛ أو مطلقا (1) مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا و فتوى:

من (2) كون البينة على المدعي، واليمين على من انكر كما حكى عن الشيخ في بابي الاجارة والغصب (3)

الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى القيم و المناقشة فيه

وأضعف من ذلك (4) الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم:

من حين الغصب الى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني، اذ لم يعلم لذلك (5) وجه صحيح

و لم اظفر بمن وجه دلالتها (6) على هذا المطلب

الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر و المناقشة فيه

نعم (7) استدلوا على هذا القول بأن العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته

وفيه أن ضمانها في تلك الحال إن اريد به وجوب قيمة ذلك

+++++

(1) اي في الدابة وغيرها

(2) كلمة من بيان للقاعدة المتفق عليها

(3) من أن البينة للمدعي، واليمين على من انكر

(4) اي وأضعف من هذا القول: وهو حمل الصحيحة على التعبد

(5) اي للقول بأعلى القيم

(6) اي دلالة صحيحة ابي ولاد على أن الاعتبار بأعلى القيم: من حين الغصب الى يوم التلف

(7) استدراك عما افاده: من أنه لم يظفر بمن وجه دلالة صحيحة ابي ولاد على أن الضمان يكون بأعلى القيم كما افاد هذا الضمان الشهيد

الثاني قدس سره

الزمان (1) لو تلف فيه مسلم، اذ تداركه لا يكون الا بذلك

لكن المفروض أنها (2) لم تتلف فيه

وإن اريد به (3) استقرار قيمة ذلك الزمان (4) عليه فعلا- وإن تنزلت بعد ذلك (5) فهو (6) مخالف لما تسالموا عليه: من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين

وإن اريد استقرارها (7) عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف فهو (8) وإن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل عدا (9) ما حكاه في الرياض عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحهما:

+++++

(1) وهو زمان الارتفاع

(2) وهي العين المضمونة لم تتلف في زمان أعلى القيم

(3) أي بضمان أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف

(4) وهو زمان أعلى القيم

(5) أي بعد الارتفاع

(6) أي أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف

(7) أي استقرار القيمة العالية، وثبتها على الغاصب بمجرد ارتفاع القيمة، لكن الاستقرار متوقف على تلف العين

فإن تلفت استقر أعلى القيم، وإن لم تتلف وجب ردها على المالك

(8) أي استقرار أعلى القيم وإن لم يكن مخالفا للاتفاق الذي هو عدم وجود شيء على الغاصب لورد العين، إلا أنه مخالف لأصالة براءة ذمة الغاصب عن أعلى القيم، لأن الاصل براءة ذمته عنها، وليس هنا دليل شاغل يصرفنا عن أصالة البراءة

(9) أي نعم هناك شيء ذكره صاحب الرياض عن خاله العلامة المجلسي قدس الله نفسهما، وطيب روحهما: وهو أن الغاصب لو لم يسلم -

ص: 293

من قاعدة نفي الضرر الحاصل على المالك

وفيه (1) نظر كما اعترف به بعض من تأخر

نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم (2): من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة (3): بأن (4) العين اذا ارتفعت قيمتها في زمان و صارت ماليتها مقومة بتلك القيمة فكما أنه اذا تلفت حينئذ (5) يجب تداركها بتلك (6) القيمة

فكذا اذا حيل بينها (7)، وبين المالك حتى تلفت (8)، اذا لا فرق

+++++

- أعلى القيم الى المالك لكان ضررا على المالك و الضرر هذا منفي بقوله صلى الله عليه و آله و سلم: لا ضرر و لا ضرار فلا بد للغاصب من دفع أعلى القيم: من حين الغصب الى حين التلف للمالك حتى لا يتوجه نحوه ضرر

(1) اي وفيما حكاه صاحب الرياض عن خاله العلامة المجلسي قدس الله نفسهما نظر و إشكال

وجه النظر: أن قاعدة نفي الضرر متساوية مع صورة تلف العين

(2) و هو ما أفاده الشهيد الثاني: من اعتبار أعلى القيم: من يوم الغصب الى يوم التلف

(3) التي منها زمن الغصب، و زمن التلف

(4) الباء بيان لكيفية توجيه الاستدلال المتقدم

(5) اي و حين أن صارت ماليتها مقومة بتلك القيمة المرتفعة

(6) اي بتلك القيمة المرتفعة التي صارت ماليتها مقومة بها

(7) اي بين العين المغصوبة

(8) فيجب تدارك تلك القيمة المرتفعة أيضا

ص: 294

مع عدم التمكن منها (1) بين أن تتلف، أو تبقى.

نعم لوردت (2) فتتدارك تلك المالية بنفس العين، وارتفاع القيمة السوقية امر اعتباري لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالا وإنما هو مقوم لمالية المال (3)، وبه تمايز الأموال كثرة وقلة.

والحاصل (4) أن للعين في كل زمان من أزمنة تفاوت قيمته مرتبة من المالية ازيلت يد المالك منها، وانقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن، وإن تلفت استقرت عليها تلك المراتب (5) لدخول (6) الأدنى تحت الأعلى

نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث إنه يضمن الأعلى منها

ولأجل ذلك (7) استدل العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب

+++++

(1) اي من العين المغصوبة

(2) اي العين فحينئذ تتدارك تلك المالية المرتفعة بنفس العين المردودة

(3) لا يخفى أنه بعد القول بكون الارتفاع مقوما لمالية الشيء لا مجال للقول بعدم ضمان هذا الارتفاع وإن كان امرا اعتباريا، ولا سيما بعد ما افاد أن بارتفاع القيمة السوقية تمايز الأموال كثرة وقلة

(4) اي حاصل توجيه الاستدلال المتقدم عن الشهيد الثاني

(5) وهي المراتب الزائلة عنها يد المالك، والمنقطعة عنها سلطنته:

و من تلك المراتب هو تلف قيمة العين المرتفعة

(6) تعليل لاستقرار تلك المراتب الفائتة من المالك

(7) اي ولاجل استقرار المراتب الزائلة عن تحت يد المالك بواسطة الحيلولة التي صارت سببا للضمان، وأن الأدنى داخله تحت الأعلى

ص: 295

بقوله: لأنه زمان إزالة يد المالك.

و نقول في توضيحه (1): إن كل زمان من أزمنة الغصب قد ازيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليته، ففي زمان ازيلت من مقدار درهم وفي آخر (2) عن درهمين، وفي ثالث عن ثلاثة فاذا استمرت الازالة الى زمان التلف (3) وجبت غرامة اكثرها (4) فتأمل (5)

استدلال ثالث على أعلى القيم و توجيهه

و استدل في السرائر وغيرها على هذا القول (6) بأصالة الاشتغال لاشتغال ذمته (7) بحق المالك، و لا تحصل البراءة إلا بالأعلى

وقد يجاب (8) بأن الاصل في المقام البراءة، حيث إن الشك في التكليف بالزائد

+++++

(1) اي في توضيح ما افاده العلامة في التحرير في هذا المقام، حيث يستفاد من كلامه أن المعيار هو يوم الغصب، و الاستشهاد بكلامه لأعلى القيم فقال الشيخ في توضيح كلام العلامة ما ذكره في المتن

(2) اي وفي زمان آخر

(3) اي تلف العين

(4) اي أكثر مالية العين التالفة، و أكثر مالية العين هو أعلى القيم

(5) لعل وجه التأمل هو منع كون الواجب على الغاصب غرامة قيمة وقت تلف العين

(6) و هو أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف

(7) اي ذمة الغاصب

(8) اي عن أصالة اشتغال الذمة

خلاصة هذا الجواب أن أصالة الاشتغال معارضة بأصالة براءة ذمة الغاصب عن الزائد فهذه حاکمة على تلك، لأن الشك في التكليف بالزائد

-

نعم (1) لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد

المحكي عن جماعة أن الاعتبار بيوم البيع و توجيهه

ثم (2) إنه حكي عن المفيد والقاضي والحلي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض (3) الى حكم المشتري ولم يعلم (4) له وجه.

ولعلمهم (5) يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع والقبض.

فافهم (6)

ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف (7) على جميع الأقوال

ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف (7) على جميع الأقوال

+++++

- والاصل عدمه، وليس الشك في اصل الضمان حتى يقال: إنه مكلف بالإعطاء، لقاعدة الاشتغال

(1) استدراك عما افاده: من حكومة أصالة البراءة على أصالة اشتغال ذمة الغاصب

و خلاصته أن ضمان الغاصب للعين قبل التلف كان مسلما فشك في ضمانها بعد التلف فنستصحب، و من جملة زمن الاستصحاب هو زمن أعلى القيم فاشتغال الذمة تكون حاکمة على أصالة البراءة بهذا الاستصحاب

(2) هذا عود على بدء وهو الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد فلا ربط له بمسألة المغصوب

(3) اي تفويض تعيين الثمن الى حكم المشتري وقضاوته فيه

(4) اي لهذا التفويض

(5) اي هؤلاء الأعلام يقصدون من يوم التفويض يوم إقباض السلعة الى المشتري

(6) لعله اشارة الى أن إرادة هؤلاء الأعلام القبض من البيع بعيدة

(7) اي بعد تلف العين

الأقوال هنا ثلاثة:

(الاول): عدم اعتبار زيادة القيمة بعد تلف العين، لأن تلفها -

ص: 297

إلا أنه تردد فيه (1) في الشرائع

ولعله (2) كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضمونا بمثله، ودفع القيمة إنما هو لإسقاط المثل (3)

وقد تقدم (4) أنه مخالف لإطلاق النصوص والفتاوى

ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة

ثم إن ما ذكرنا: من الخلاف (5) إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة

و أما إذا كان بسبب الأمكنة كما إذا كان في محل الضمان بعشرة

+++++

- لا يبقى مجالاً للزيادة، وقد اختاره الشيخ

(الثاني): اعتبار الزيادة وإن تلفت العين، لقاعدة اشتغال الذمة بضمان العين حتى يؤدي مثلها إن كانت مثلياً، وقيمتها إن كانت قيمياً

وهذا ذهب إليه المحققون من الأعلام

(الثالث): ما افاده المحقق في الشرائع وقد ذكره الشيخ في المتن

(1) أي في عدم اعتبار زيادة القيمة بعد التلف

(2) أي ولعل وجه تردد المحقق في عدم اعتبار زيادة القيمة

(3) أي عند الاعواز، ومطالبة المالك كما صرح بذلك في ص 236 عند قوله: السادس لو تعذر المثل في المثلي

(4) أي تقدم أن دفع القيمة إنما هو لإسقاط المثل مخالف لإطلاق النص الذي هي آية الاعتداء

راجع عند قوله في ص 226: وأما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر

(5) أي في أن ضمان التالف هل هو بيوم الغصب، أو بيوم التلف أو بأعلى القيم حسب الأزمنة؟

وفي مكان التلف بعشرين، وفي مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر اعتبار محل التلف، لأن مالية الشيء تختلف بحسب الأماكن، و تداركه بحسب ماليته (1)

ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية

ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس و أما إذا كان (2) 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 لاجل الزيادة العينية الحاصلة فيه (3) النازلة منزلة الجزء الفائت

نعم يجري الخلاف المتقدم (4) في قيمة هذه الزيادة الفائتة، فإن العبرة بيوم فواتها، أو يوم ضمانها، أو أعلى القيم

تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف

ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر: من ضمان المثل، أو القيمة حكم تعذر الوصول إليها، وان لم تهلك كما لو سرقت، أو غرقت؛ أو ضاعت أو ابقت (5)، لما (6) دل على الضمان بهذه الأمور (7)

+++++

(1) و تدارك المالية إنما يكون بحسب يوم تلف الشيء

(2) اي ارتفاع القيمة السوقية

(3) اي في التالف

(4) من أن الاعتبار في الضمان بيوم الغصب، أو بيوم التلف، أو بيوم أعلى القيم

(5) كما إذا كان المبيع بالعقد الفاسد عبدا فابق فالإباق حصل بعين العبد

(6) تعليل لما افاده: من أن حكم تعذر الوصول الى العين حكم تلف العين، فكلما يجري في التلف يجري هنا من دون فرق بينهما

(7) وهي السرقة و الغرق، و الضياع و الإباق، فإن هذه الأمور أسباب للضمان

في باب الأمانات المضمونة (1)

و هل يقيد ذلك (2) بما اذا حصل الياس من الوصول (3) إليه، أو بعدم رجاء وجدانه (4)، أو يشمل (5) ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها، أو لو كانت (6) قصيرة؟ وجوه

ظاهر أدلة ما ذكر من الأمور (7) الاختصاص بأحد الاولين (8)

لكن ظاهر اطلاق الفتاوى الاخير (9)

+++++

(1) اذا اردت الاحاطة على ضمان هذه الامور فعليك بمراجعة تعليقة العلامة الممقاني قدس سره على المكاسب فقد اسهب الكلام طاب ثراه في هذا المقام، و ذكر لكل واحد من هذه الامور و زيادة على ذلك أمثلة بقوله: فمنها و منها و منها و منها و منها

راجع ص 317 من تعليقه على الكتاب

(2) و هو تعذر الوصول الى العين

(3) اي الى العين

(4) اي وجدان العين

(5) اي تعذر الوصول الى العين

(6) اي يشمل تعذر الوصول الى العين حتى و لو كانت مدة الوصول إليها قصيرة

(7) و هي المشار إليها في ص 299 بقوله: لما دل على الضمان بهذه الامور

(8) اي اختصاص تعذر الوصول الى العين بأحد الاولين

و هما: اليأس من الوصول الى العين، و عدم رجاء وجدانه

(9) اي اختصاص حكم تعذر الوصول الى العين بالخير: و هو ما اذا كانت مدة الوصول الى العين قصيرة مختصرة

ص: 300

كما يظهر (1) من اطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينة اذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل الى قيمته (2) الى أن تبلغ الساحل

و يؤيده (3) أن فيه (4) جمعا بين الحقين بعد فرض رجوع القيمة الى ملك الضامن (5) عند التمكن من العين، فإن تسلط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذر نفسه

نظير ما تقدم في تسلطه (6) على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلي (7)

+++++

(1) اي اختصاص حكم تعذر الوصول الى العين بالاخير

(2) بأن تبقى اللوحة في مكانها من دون أن تقلع الى أن تبلغ السفينة الساحل ثم تدفع قيمتها الى مالكيها و لو كانت مدة البلوغ الى الساحل قصيرة

فمن هذا الاطلاق يستفاد المدة الوجيزة فيما نحن فيه و هو تعذر الوصول الى العين، وأنه تدفع قيمتها الى مالكيها

(3) اي و يؤيد الاخير

(4) اي في القول الاخير و هو الانتظار الى مدة وجيزة حتى يمكن الوصول الى العين المتعذر الوصول إليها جمعا بين الحقين و هما: حق المالك و حق الغاصب، اذ لو اجبر الضامن على الشراء بالمثل و العين موجودة و لم تتلف لكن الوصول إليها متعذر: لكان ضررا عليه و هو منفي بقوله صلى الله عليه و آله و سلم:

لا ضرر و لا ضرار

(5) فيما لو أعطى الضامن قيمة العين المتعذر الوصول إليها الى المالك

(6) اي في تسلط المالك

(7) عند قوله في ص 236: السادس لو تعذر المثل في المثلي

ص: 301

نعم (1) لو كان زمان التعذر قصيرا جدا بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على اداء القيمة أشكل الحكم (2)

ثم الظاهر (3) عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكنا بحيث يجب عليه السعي في مقدماته لم تسقط القيمة زمان (4) السعي

لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر (5) و هو الأوفق بأصالة

+++++

(1) استدراك عما أفاده: من أن القول الاخير و هو الانتظار الى مدة و لو كانت قصيرة حتى يتمكن الوصول الى العين هو المطابق للفتوى

(2) و هو الانتظار

وجه الاشكال: أنه من طرف تسلط الناس على أموالهم فاللازم مطالبة المالك الضامن بالقيمة حين التعذر من الوصول الى العين المقتضى هذا التعذر للانتقال الى القيمة

و من أن الحصول على العين امر ممكن فلا تنتقل العين الى القيمة بمجرد التعذر على الوصول إليها، و لا سيما المدة و جيزة جدا فلا يجبر الضامن بدفع القيمة، بل على المالك الانتظار حتى يتمكن الضامن على الحصول عليها

(3) اي من حديث على اليد ما اخذت حتى تؤديه، و من اطلاق فتاوى الفقهاء في هذا المقام

(4) اي يجوز دفع القيمة الى المالك في خلال مدة السعي للوصول الى العين المتعذر الوصول إليها

(5) اي التعبير بالتعذر أوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه الضامن من برد العين

وجه الأوفقية: أن مقتضى هذه الأصالة و مفهومها عدم تسلط المالك على مطالبة القيمة إلا في زمان تعذر العين، و يبقى التسلط على القيمة في زمان السعي تحت الاصل المذكور فلا يجوز المطالبة

ص: 302

عدم تسلط المالك على أزيد من إزمه برد العين فتأمل (1) ولعل المراد (2) به التعذر في الحال، وإن كان (3) لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخر لاجلها ذو المقدمة (4)

هل يلزم المالك بأخذ البديل؟

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها (5) في كون دفعها (6) حقا للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع (7)، بل له (8) أن يمتنع من اخذها، ويصبر الى زوال العذر كما صرح به (9) الشيخ في المبسوط

و يدل عليه (10) قاعدة تسلط الناس على أموالهم

+++++

(1) لعله اشارة الى أنه لا اعتبار بأصالة عدم تسلط المالك بعد وجود العموم في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم سواء أكان في زمن تعذر العين أم في زمن السعي

(2) اي بالتعذر الوارد في كلمات الفقهاء

(3) اي وإن كان التعذر في الحال لاجل توقفه على مقدمات يتأخر لاجل هذه المقدمات ذو المقدمة وهو الوصول على العين

(4) وهو الوصول على العين بعد أن كانت متعذر الوصول إليها

(5) اي مع تلف العين

(6) اي في كون دفع القيمة حقا للضامن

(7) اي من اخذ القيمة لو دفعها الضامن في صورة تلف العين

(8) اي بل للمالك حق الامتناع من اخذ القيمة في صورة تعذر العين

(9) اي بأن للمالك حق الامتناع من اخذ القيمة في صورة تعذر العين

(10) اي على أن للمالك حق الامتناع من اخذ القيمة في صورة تعذر العين

و كما أن تعذر رد العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم (1)

ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف

ثم إن المال المبذول (2) يملكه المالك بلا خلاف كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر

و ظاهرهم (3) إرادة نفي الخلاف بين المسلمين

و لعل الوجه فيه (4) ان التدارك لا يتحقق إلا بذلك (5) و لولا ظهور الاجماع (6)، و أدلة الغرامة (7)

+++++

(1) بحيث سقطت العين عن المالية راسا كاللحم يتعفن، و الفاكهة تفسد، فإن العين حينئذ كالتالف

و ليس المراد من خروج العين خروجها عن صورتها النوعية، اذ البيض اذا صار فرخا خرج عن صورته النوعية، لكنه يعد ما لا يبذل بإزائه المال

(2) و هي القيمة التي تكون بدلا عن العين المتعذر الوصول إليها

(3) اي ظاهر هؤلاء الأعلام الذين قالوا في كتبهم: المبسوط، الخلاف الغنية، السرائر: بلا خلاف قصدهم عدم الخلاف بين المسلمين، و ليس قصدهم اختصاص عدم الخلاف بالشيعة الامامية

(4) اي في تملك المالك المال المبذول بدلا عن العين المتعذر الوصول إليها

(5) اي إلا بتملكه للمال المبذول بدلا عن العين المتعذر الوصول إليها

(6) و هو قول صاحب المبسوط و الخلاف، و الغنية، و السرائر: لا خلاف في تملك المال المبذول، فان ظاهر هذا النفي الاجماع على الملكية

(7) و هي أدلة وجوب اداء ما أُلّف؛ أو بحكم الاتلاف كالتعذر، فإنها ظاهرة في أن المبذول يملك

في الملكية لاحتملنا أن يكون (1) مباحا له إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه نظير الإباحة المطلقة في المعاوضة على القول بها (2) فيها،
و يكون دخوله (3) في ملكه مشروطا بتلف العين

و حكى الجزم بهذا الاحتمال (4) عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله (5)

هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البديل

و على اي حال (6) فلا تنتقل العين الى الضامن فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبدول (7) عن ملكه (8)؛ و دخول العين في ملكه
(9)

و ليست (10) معاوضة، ليلزم الجمع بين العوض و المعوض

+++++

(1) اي المبدول بدلا عن العين المتعذر الوصول إليها

(2) أى بالإباحة المطلقة حتى المتوقفة على الملك في المعاوضة

(3) اي دخول المبدول بدلا عن العين المتعذر الوصول إليها

(4) و هو احتمال دخول المبدول بدلا عن العين في ملك المالك على نحو الإباحة المطلقة يتصرف فيها اي نحو شاء، وإن كان دخوله في
ملكه متوقفا على تلف العين

(5) يأتي شرح الكتاب، و حياة مؤلفه العظيم (في أعلام المكاسب)

(6) اي سواء قلنا: إن البديل المبدول على نحو الإباحة المطلقة أم يمتلكه المالك بلا خلاف

(7) و هي القيمة التي تكون بدلا عن العين المتعذر الوصول إليها.

(8) اي عن ملك الضامن

(9) اي في ملك الضامن، اي لا منافاة بين هذا الخروج، و بين هذا الدخول

(10) اي هذه القيمة المدفوعة للمالك بدلا عن العين ليست معاوضة -

فالمبذول هنا (1) كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له (2)

وقد استشكل في ذلك (3) المحقق والشهيد الثانيان.

قال الاول (4) في محكي جامعه: إن هنا (5) إشكالا، فإنه كيف تجب القيمة ويملكها الآخذ وتبقى العين على ملكه (6)،

وجعلها (7) في مقابلة الحيلولة لا يكاد (8) يتضح معناه. انتهى

+++++

- حتى يقال: لازم هذه المعاوضة الجمع بين العوض و هي القيمة، والمعوض

و هي العين عند المالك، لأن القول ببقاء العين على ملك المالك لازمه هذا الجمع

(1) و هو تعذر الوصول الى العين لأسباب ذكرت في ص 299 عند قوله: كما لو سرقت، أو غرقت

(2) اي للمبذول حتى يجمع بين العوض و المعوض عند المالك

(3) اي في عدم انتقال العين الى الضامن، و أنها غرامة

(4) اي المحقق الثاني

(5) اي في القول بأن العين لا تنتقل الى الضامن

(6) اي على ملك الآخذ الذي هو المالك

(7) اي (إن قلت): إن القيمة في مقابلة الحيلولة: و هو تعذر الوصول الى العين

(8) اي (قلنا): إن جعل القيمة في مقابل الحيلولة لا مفهوم له و لا يتضح معناه، اذ الفقهاء يجعلون القيمة بدلا عن نفس العين، لا عن

الحيلولة

بالإضافة الى أن لازم هذا القول عدم عود البدل الى الضامن عند عود العين الى المالك، لأنه بدل عن الحيلولة، لا عن العين حتى يرجع

برجوع العين

ص: 306

وقال الثاني (1): إن هذا (2) لا يخلو عن إشكال: من حيث اجتماع العوض و المعوض (3) على ملك المالك من دون دليل واضح.

و لو (4) قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا، و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف كان وجهها في المسألة (5). انتهى (6)

و استحسنة (7) في محكي الكفاية

اقول (8): الذي ينبغي أن يقال هنا: إن معنى ضمان العين ذهابها

+++++

(1) اى الشهيد الثاني

(2) و هو عدم انتقال العين الى الضامن، و أنها غرامة

(3) و هما: القيمة التي بدل عن العين، و العين المتعذر الوصول إليها

(4) هذا من متمات كلام الشهيد الثاني، اى لو قيل بحصول ملك العين للضامن، و ملك القيمة للمالك متزلزلا: بمعنى أن ملكية كل واحد من العين و القيمة تحصل لكل منهما بتلف احدى العينين، أو بالتمكن من رد العين فتزول الملكية حينئذ

(5) اى في مسألة تعذر الوصول الى العين

(6) اى ما افاده الشهيد الثاني في هذا المقام

(7) اى استحسنت صاحب الكفاية القول بتملك كل واحد من الضامن العين، و المالك البدل على نحو التزلزل، و توقف تملك المالك البدل على اليأس من الحصول على العين

(8) هذا كلام شيخنا الانصاري اى الشيء الذي ينبغي أن يقال في مسألة تعذر الوصول على العين

من مال الضامن، ولازم ذلك (1) إقامة مقابلها من ماله مقامها، ليصدق ذهابها من كيسه (2)

ثم إن الذهاب (3) إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي (4) المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفا وجب قيام مقابلها من ماله مقامها في الملكية وإن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنها، وفوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية وجب قيام مقابلها مقامها في السلطنة، لا في الملكية، ليكون مقابلا و تداركا للسلطنة الفاتنة، فالتدارك لا يقتضي ملكية المتدارك (5) في هذه الصورة (6)

نعم (7) لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة (8) للسلطنة الفاتنة متوقفة

+++++

(1) اي ولازم ذهاب العين من مال الضامن بعد القول بوجوب دفع القيمة عن العين المتعذر الوصول إليها

(2) فحينئذ يصدق أن العين ملك للضامن قد خرجت عن ملك المالك

(3) أي ذهاب العين على وجه التلف الحقيقي كأن عدت رأسا

(4) كاللحم بقي مدة فجاف، فإنه خرج عن الملكية عرفا، لكنه لم يتلف حقيقة، لأنه يمكن إطعامه للجوارح فيباع لمن يريد ذلك

و كلمة المخرج صفة للعرفي

(5) وهي العين المنقطعة عنها السلطنة

(6) وهي الصورة المنقطعة عنها السلطنة

(7) استدراك عما افاده: من أن الذهاب اذا كان بمعنى الانتفاع وجب قيام مقابله في السلطنة، لا في الملكية

(8) بصيغة الفاعل المقصود منها هي التي تكون بدلا عن السلطنة الفاتنة

ص: 308

على الملك؛ لتوقف بعض التصرفات (1) عليه وجب تملكه للمبدول تحقيقا (2) لمعنى التدارك، والخروج عن العهدة

وعلى اي تقدير فلا ينبغي الاشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكةا، إنما الكلام في البديل المبدول

ولا كلام أيضا في وجوب الحكم بالإباحة، وبالسلطنة المطلقة عليها (3) وبعد ذلك (4) فيرجع محصل الكلام حينئذ الى أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الاباحة؛ أو يكفي فيه (5) حصوله من حين التصرف؟ وقد تقدم في المعاطاة بيان ذلك (6)

التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها

إشارة

ثم إنه قد تحصل مما ذكرنا (7) أن تحقيق ملكية البديل (8)، أو السلطنة

+++++

(1) كالعق، و البيع، و الوطي، و الوقف، فإنها متوقفة على الملك

(2) منصوب على المفعول لاجله اي إنما نقول بتملك المبدول لأجل تحقق معنى تدارك السلطنة الفاتئة

(3) اي على العين المبدولة المتعذر الوصول إليها

(4) اي وبعد الحكم بالإباحة في المال المبدول، وبالسلطنة المطلقة على العين

(5) اي في الملك

(6) في الجزء السادس من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة. ص 111 عند قوله: وإباحة هذه التصرفات

(7) و هو بقاء العين على ملكية مالكةا، و أن الكلام في البديل المبدول

(8) بناء على أن المالك يملك البديل المبدول

ص: 309

المطلقة (1) عليه، مع بقاء العين على ملك مالكةا إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به (2) بحيث يعد بذل البدل غرامة و تداركا (3)

أما لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكية فالتدارك لا يقتضي ملكه (4)، ولا السلطنة المطلقة (5) على البدل

و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذ (6) لم يبعد انكشاف ذلك (7) عن انتقال العين الى الغارم، ولذا (8) استظهر غير واحد أن الغارم لقيمة الحيوان الذي وطأه يملكه، لأنه وإن، وجب بالوطني نفيه (9) عن البلد، ويبيعه في بلد آخر

لكن هذا (10) لا يعد فواتا لما به قوام المالية

خروج العين عن التقويم

هذا (11) كله مع انقطاع

+++++

(1) بناء على الحكم بالإباحة المطلقة في البدل المبذول

(2) اي بسبب هذا الفوات

(3) اي لفوات معظم تلك الانتفاعات

(4) اي ملك البدل على القول بالملكية

(5) على القول بالإباحة المطلقة

(6) اي حين أن لم يفت سوى بعض ما ليس به قوام الملكية

(7) و هو حكم الشارع بوجوب الغرامة

(8) اي و لاجل انكشاف حكم الشارع بوجوب دفع الغرامة عن انتقال العين الى الغارم

(9) اي نفي الحيوان عن البلد الذي وطئ به

(10) اي الوطني فالوطني يملك الحيوان الموطوء

(11) اي الإشكال في أن العين بعد تداركها بدفع قيمتها الى مالكةا هل هي ملك الغارم، أو باقية على ملك المالك الاول؟

السلطنة (1) مع بقائها على مقدار ماليتها (2) السابقة

أما لو خرجت (3) عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية.

فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة (4)، مع بقاء العين على ملك المالك به (5) لأن (6) القيمة عوض الأوصاف، أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا عوض عن العين نفسها (7) كما (8) في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإن بقاءها على ملك مالکها لا ينافي معنى الغرامة، لفوات معظم الانتفاعات به (9) فيقوى (10) عدم جواز المسح بها إلا باذن المالك ولو ببذل القيمة.

+++++

(1) اي سلطنة مالك العين

(2) في النسخ الموجودة عندنا: الخطية و المطبوعة على مقدار ملكيتها و الصحيح على مقدار ماليتها كما اثبتناها، لعدم انسجام الملكية مع قوله:

أما لو خرجت العين عن التقويم، اذ المراد من خروج العين عن التقويم خروجها عن المالية

(3) اي العين كالثلج في الشتاء، و الماء علي الشاطئ

(4) اي إعطاء قيمة كاملة للمالك

(5) اي بسبب خروج العين عن المالية رأسا

(6) تعليل لوجوب دفع قيمة كاملة عن العين الخارجة عن المالية راسا

(7) حتى يقال: إن العين موجودة فلما ذا تعطى قيمة كاملة عن العين

(8) تنظير لكون القيمة في العين الخارجة عن المالية رأسا بدلا عن الأوصاف، أو الأجزاء الفائتة التي بسببها خرجت العين عن المالية

(9) اي بسبب التوضؤ بالماء المغصوب

(10) الفاء تقرير على ما افاده: من أن بقاء العين على ملك مالکها -

قال (1) في القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة: و لو طلب (2) المالك نزعها (3) و إن افضى (4) الى التلف وجب، ثم يضمن الغاصب النقص (5)

و لو لم تبقى لها (6) قيمة غرم جميع القيمة. انتهى (7) و عطف (8) على ذلك في محكي جامع المقاصد قوله: و لا يوجب ذلك (9) خروجها

+++++

- لا ينافي معنى الغرامة للعين، اي فعلى ضوء ما ذكرنا لا يجوز المسح بالبلل الموجود من التوضؤ بالماء المغصوب و إن بذل الغاصب قيمة الماء، لأن الماء باق على ملكية المالك

(1) من هنا اخذ الشيخ في الاستدلال بكلمات الأعلام من الفقهاء العظام على مدعاه: و هو عدم منافاة بقاء العين على ملكية مالكةا، و وجوب دفع الغرامة الى صاحبها

(2) جملة و لو طلب مقول قول العلامة في القواعد

(3) اي نزع تلك الخيوط المغصوبة التي خيط بها الثوب

(4) اي نزع الخيوط الى تلف الخيوط

(5) اي النقص الوارد على الخيوط

(6) اي للخيوط المغصوبة المنتزعة من الثوب لو لم تبقى قيمة وجب على الغاصب دفع جميع تلك القيمة

(7) راجع القواعد كتاب الغصب

(8) اي المحقق الثاني عطف على مسألة خياطة الثوب بالخيوط المغصوبة

(9) اي خروج الخيوط المنتزعة من الثوب التي لم تبقى لها قيمة

ص: 312

عن ملك المالك كما سبق: من أن جناية الغاصب توجب أكثر الامرين (1) ولو استوعبت (2) القيمة اخذها ولم تدفع العين. انتهى
وعن المسالك في هذه المسألة (3) أنه إن لم يبق له (4) قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج (5) بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع
(6) بين العين و القيمة

لكن عن مجمع البرهان في هذه المسألة (7) اختيار عدم وجوب النزاع

بل قال: يمكن أن لا يجوز (8) و تتعين القيمة، لكونه بمنزلة التلف

+++++

(1) وهما: قيمته الواقعية، و الارش، فإن كانت قيمته الواقعية أكثر يجب عليه دفع هذه

وإن كان الارش أكثر يجب عليه دفع هذا، لأن الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال

(2) اي الجناية لو استوعبت جميع القيمة اخذ المالك القيمة كلها و لم يدفع العين الى الغاصب

(لا يقال): لازم هذا القول الجمع بين العوض و المعوض

(فإنه يقال): لا يلزم الجمع، لأن القيمة بدل عن الأوصاف و الأجزاء الفائتة، لا عن العين نفسها

(3) اي في مسألة خياطة الثوب بخيوط غصبية

(4) أي للخيط المغصوب

(5) أي الخيط الغصبي لا يخرج بعدم بقائه على المالية عن ملك المالك

(6) اي المالك، و لا يلزم الجمع بين العوض و المعوض كما عرفت آنفا

(7) اي في مسألة خياطة الثوب بخيوط غصبية

(8) اي النزاع

ص: 313

و حينئذ (1) يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، اذ لا- غصب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به (2) بعد إكمال الغسل (3)، وقبل المسح. انتهى

و استجوده (4) بعض المعاصرين، ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته (5) معوضاً شرعاً

وفيه (6) أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، و أدلة (7) الضمان قد عرفت

+++++

(1) اي و حين أن كان الخيط بمنزلة التلف، و أن الغاصب يدفع قيمته

(2) اي بالغصب

(3) بفتح الغين المراد منه معناه المصدري

و المقصود منه هنا هو غسل اليدين بتمامهما بعد غسل الوجه

(4) اي جواز الصلاة في الثوب المخيط بالخيط الغصبي بعد أن سقطت عن المالكية

و كذا الصلاة بالتوضؤ بالماء الغصبي بعد العلم به بعد الغسل و قبل المسح

(5) تعليل للترجيح المذكور اي هذا الترجيح لأجل صيرورة المضمون الذي هي العين معوضاً شرعاً: بمعنى أن الشارع جعل العين

المتعذر الوصول إليها معوضاً عن القيمة التي تبذل بإزائها فتصير العين المضمونة خارجة عن ملك المالك بهذا الجعل

(6) اي و فيما استجوده بعض المعاصرين نظر و إشكال، اذ لا منشأ و لا اثر للاقتضاء المذكور حتى يكون موجبا للترجيح

و لا- يخفى أنه بعد القول بالعوضية و أن المضمون معوض، و القيمة عوض عنه يكون الاقتضاء المذكور منشأ للاثر الذي هو الترجيح

المذكور

(7) دفع وهم -

ص: 314

أن محصلها يرجع الى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء أ كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليتها كغرق المال (1)، أو كان الذاهب الأجزاء، أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم، مع بقاء ملكيتها (2)

و لا يخفى أن العين على التقدير الاول (3) خارجة عن الملكية (4) عرفا و على الثاني (5) السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين.

و هذا معنى بدل الحيلولة

+++++

- حاصل الوهم أن أدلة ضمان مال الناس تدل على أن القيمة عوض و هذه العوضيّة تدل على أن العين المضمونة بعد دفع القيمة خارجة عن ملك المالك

فاجاب الشيخ ما حاصله: أن أدلة الضمان تدل على تدارك ما ذهب من المالك، لا أنها تدل على العوضيّة

وقد عرفت ما في الجواب عند قولنا: و لا يخفى أنه بعد القول

(1) حيث إن الفأنت عن المال الغريق هي السلطنة عليها، لا نفس المال

(2) كما في اللحم الجائف النتن، فإن أوصافه و هي الطراوة، و حسن المنظر، و طيب الرائحة قد ذهبت بحيث تشمئز النفس من اكلها، لأن اكله موجب للأمراض

(3) و هو ذهاب نفس العين

(4) اي خروج العين عن الملكية امر عرفي، لا شرعي، حيث إنها لو خرجت عن الملكية شرعا لما استحق المالك بدلا و عوضا

(5) و هو ذهاب السلطنة عن العين

ص: 315

و على الثالث (1) 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 (2) ولم تتلف هي، وليس لها على تقدير التلف أيضا عهدة مالية

بل الامر بردها (3) مجرد تكليف لا يقابل بالمال، بل لو استلزم ردها ضررا ماليا على الغاصب أمكن (4) سقوطه. فتأمل (5)

خروج العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية

ولعل ما عن المسالك من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالاخراج فتتعين القيمة فقط محمول على صورة تضرر المالك (6) بفساد الثوب المخيط أو البناء الداخلة

+++++

(1) وهو ذهاب الأوصاف، أو الأجزاء

(2) اي كيف يمكن أن تكون القيمة إزاء العين و الحال أن العين باقية و لم تتلف

(3) اي برد العين التالفة أو صافها، أو أجزاءها مجرد تكليف صوري، لا حقيقة له

(4) اي أمكن سقوط رد العين التالفة الأوصاف، أو الأجزاء

وجه الإمكان هي قاعدة نفي الضرر المتوجه على الغاصب، لأن الرد يستلزم ضررا ماليا على الغاصب و هو منفي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم:

لا ضرر ولا ضرار

(5) لعل وجه التأمل منافاة السقوط مع قوله عجل الله تعالى له الفرج: الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال

(6) و هو مالك الثوب الذي غصب الخيوط و خاط بها ثوبه

ص: 316

فيه الخشبة (1) كما لا يأبى عنه (2) عنوان المسألة فلاحظ، و حينئذ (3) فلا ينافي (4) ما تقدم سابقا: من بقاء الخيط على ملك مالكة وإن وجب بذل قيمته

ثم إن هنا (5) قسما رابعا: وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه كما لو صار الخل المغصوب خمرا

+++++

(1) فإن غاصب الخشبة لو ادخلها في بنايته: و حكمنا بإخراجها من البناية لتضرر المالك الغاصب فلم يؤمر بإخراجها

كما لم يؤمر مالك الثوب بإخراج الخيوط الغصيبة منه، للزومه التضرر المنفي

(2) اي عن إخراج الخشبة الداخلة في البناء عنوان هذه المسألة

(3) اي و حين أن حكم بعد جواز إخراج الخيط الغصبي من الثوب و الخشبة من البناء

(4) أما وجه المنافاة فلأن بقاء الخيط على ملك مالكة مستلزم لوجوب الرد فيجب إخراجها من الثوب مقدمة لوجوب رده

فالحكم بعدم الإخراج مناف للحكم بوجوب رده، لأن الوجوب مستلزم للإخراج كما عرفت

و أما وجه عدم المنافاة فلأن وجوب الرد محمول على صورة عدم تضرر الغاصب، و نحن نرى بالعيان أن الخيوط لو اخرجت لاستلزم ضرر على المالك الغاصب في الثوب

(5) اي في تعذر الوصول الى العين

الصور في مسألة تعذر الوصول الى العين أربعة

(الاولى): ذهاب العين بشخصها و نفسها كما في التلف الحقيقي -

ص: 317

فاستشكل في القواعد وجوب ردها مع القيمة (1)

ولعله (2) من (3) استصحاب وجوب ردها، و من (4) أن الموضوع في المستصحب ملك المالك، اذ لم يجب إلا رده ولم يكن المالك إلا أولى به

إلا (5) أن يقال: إن الموضوع في الاستصحاب عرفي

+++++

- (الثانية): ذهب السلطنة على العين كالمال الغريق

(الثالثة): ذهب أوصاف العين وأجزائها، لا نفس العين كما في اللحم الجائف التتن

(الرابعة): ذهب العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية لمالكها كما في الخل المنقلب الى الخمر

(1) اي مع إعطاء قيمة العين المتعذر وصولها الى المالك

(2) اي ولعل وجه الاستشكال

(3) هذا دليل جواز رد الخمر الى مالكها: ببيان أن الخل قبل صيرورته خمرا كان جائز الرد فنشك في الجواز بعد انقلابه خمرا فنستصحب الجواز لاتحاد الموضوع في الاستصحاب

(4) دليل لعدم جواز الرد

خلاصته: أن الموضوع في الاستصحاب هنا ليس متحدا، لأن الموضوع في المستصحب و هو الخل كان ملك المالك و بعد أن صار خمرا خرج عن ملكه فليس هنا ملك حتى يستصحب بعد صيرورته خمرا فلا يجوز ردها

نعم يبقى للمالك بعد الانقلاب الأولوية فقط

(5) استثناء عما افاده: من خروج الخل عن ملك المالك بعد انقلابه خمرا، و أن الموضوع في الاستصحاب مختلف -

ص: 318

ولذا (1) كان الوجوب مذهب جماعة: منهم الشهيدان، و المحقق الثاني

و يؤيده (2) أنه لو عادت خلا ردت الى المالك بلا خلاف ظاهر.

حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواء أ كان (3) للسوق، أم للزيادة المتصلة (4)، بل المنفصلة كالثمرة، و لا يضمن منافعها (5) فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك (6)

و عن التذكرة و بعض آخر ضمان المنافع (7) و قواه (8) في المبسوط

+++++

- و خلاصته: أنه لو قلنا: إن الموضوع في الاستصحاب امر عرفي كما تقدمت الاشارة إليه في الجزء 6 من المكاسب من طبعتنا الحديثة في الهامش 2 ص 317 لجاز ردها الى صاحبها لأن العرف يرى أن الخل المنقلب خمرا هو ذاك الخل الذي كان صاحبه يملكه، فالموضوع في الاستصحاب واحد فيجب ردها إلى صاحبها

(1) اي و لأجل أن الموضوع في الاستصحاب هنا امر عرفي افتي الشهيدان، و المحقق الثاني بوجوب رد هذه الخمر الى صاحبها

(2) اي و يؤيد هذا الوجوب

(3) اي هذا الارتفاع

(4) كالسمن و الصوف

(5) اي منافع العين المغصوبة غير المستوفاة

(6) اي بعد دفع الغرامة الى صاحب العين

(7) اي المنافع غير المستوفاة بعد دفع الغرامة

(8) اي ضمان المنافع بعد دفع البدل

ص: 319

بعد أن جعل الأقوى خلافه

وفي موضع من جامع المقاصد أنه (1) موضوع توقف

وفي موضع آخر (2) رجح الوجوب

حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر و قبل الدفع

ثم إن ظاهر عطف التعذر (3) على التلف في كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل، أو القيمة يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع كالحاصل (4) بعد التلف

لكن مقتضى القاعدة (5) ضمانه له، لأنه (6) مع التلف تتعين القيمة، ولذا (7) ليس له الامتناع من اخذها، بخلاف تعذر العين، فإن القيمة غير متعينة فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك (8)

+++++

(1) اي ضمان المنافع بعد دفع البدل

(2) اي من جامع المقاصد رجح وجوب الضمان

(3) حيث عطف بعض الفقهاء على تلف العين تعذرها

(4) اي كالارتفاع الحاصل في العين بعد تلفها: في أنه لا يجب تداركه بعد التلف

(5) الظاهر أن المراد منها قوله عجل الله تعالى له الفرج:

الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال.

(6) الضمير للشأن كما هو الحال في أمثال هذه العبائر

(7) اي و لاجل أنه بعد تلف العين تتعين القيمة على الغاصب ليس لصاحب العين التالفة الامتناع من اخذ القيمة

(8) اي الصبر حتى يتمكن من اخذ العين المتعذر الوصول إليها

ص: 320

و تبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه (1)، أو يوم الغصب على الخلاف

و الحاصل أن قبل دفع القيمة (2) تكون العين الموجودة في عهدة الضامن فلا عبرة بيوم التعذر

و الحكم يكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الاجرة و النماء الى دفع (3) البديل، وإن تراخى عن التعذر مما (4) لا يجتمعان ظاهراً فمقتضى القاعدة (5) ضمان الارتجاع الى يوم دفع البديل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر (6) في المثلي

إذا ارتفع التعذر وجب رد العين

ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكناً وجب ردها على مالکها كما صرح به (7) في جامع المقاصد فوراً و إن كان

+++++

(1) اي الى التلف

(2) اي في العين المتعذر الوصول إليها

(3) اي الى يوم دفع البديل

(4) الجار و المجرور مرفوعة محلاً خبر للمبتدأ المتقدم و هو قوله:

و الحكم

و أما وجه عدم الاجتماع: فهو أنه كيف يمكن الحكم بكون يوم التعذر بمنزلة تلف العين مع الحكم بضمان الاجرة و النماء الى يوم دفع البديل، اذ قد عرفت أنه بعد تلف العين لا يضمن الغاصب شيئاً مما ذكر

كذلك بعد التعذر لا يضمن شيئاً مما ذكر

(5) و هو قوله عجل الله تعالى فرجه الشريف: الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال، و أن ضمان الارتجاع هو مقتضى عدل الاسلام كما أفاده ابن ادریس

(6) و إن ارتفعت قيمته

(7) اي بوجوب الرد بعد ارتفاع التعذر

في إحضارها مئونة كما كان (1) قبل التعذر، لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي، و دفع (2) البديل لاجل الحيلولة إنما افاد خروج الغاصب عن الضمان:

بمعنى أنه لو تلفت لم تكن عليه قيمتها بعد ذلك (3)

واستلزم (4) ذلك على ما اخترناه: من عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة

و سقوط (5) وجوب الرد حين التعذر، للعدر العقلي فلا يجوز استصحابه

+++++

(1) اى وجوب الرد

(2) دفع وهم

حاصل الوهم أنه اذا كان الرد واجبا بعد ارتفاع التعذر فلما ذا يعطى البديل لصاحب العين المتعذر الوصول إليها؟

فاجاب أن دفع البديل لاجل خروج الضامن الغاصب عن قيد الضمان المتوجه نحوه ليس إلا

(3) اى بعد دفع بدل الحيلولة

(4) عطف على قوله: إنما افاد خروج الغاصب، اى و دفع البديل إنما استلزم عدم ضمان قيمة العين بعد الدفع لو تلفت

(5) دفع وهم آخر

حاصل الوهم: أنه لو كان دفع القيمة لا يفيد، ولا يستلزم سوى خروج الغاصب عن قيد الضمان و عهده فلما ذا يسقط وجوب الرد عند تعذر الوصول الى العين؟

فاجاب: أن السقوط لاجل العذر العقلي: و هو عدم امكان الوصول الى العين فلما ارتفع العذر العقلي بواسطة الوصول إليها عاد وجوب الرد فلا مجال لاستصحاب ذلك السقوط عند ارتفاع العذر

ص: 322

بل مقتضى الاستصحاب (1)، و العموم (2) هو الضمان المدلول عليه (3) المغيبي (4) في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: على اليد ما اخذت حتى تؤدي

هل الغرامة المدفوعة يعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرو التمكّن

و هل الغرامة المدفوعة يعود ملكها الى الغارم بمجرد طرو التمكّن فيضمن العين من يوم التمكّن ضمانا جديدا بمثله، أو قيمته يوم حدوث الضمان، أو يوم التلف، أو أعلى القيم، أو أنها (5) باقية على ملك مالك العين، و تكون العين مضمونة بها (6) لا بشيء آخر في ذمة الغاصب

فلو (7) تلفت استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب رده

+++++

(1) اى استصحاب وجوب الرد قبل التعذر

بيان ذلك: أن الرد كان واجبا على الغاصب قبل التعذر، و بعد عروض التعذر و ارتفاعه نشك في زواله فنستصحب ذلك الوجوب

(2) و هو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: على اليد ما اخذت

(3) اى على الضمان

(4) المراد من المغيبي هي كلمة تؤدي الداخلة عليها كلمة حتى التي هي للغاية، فإن كلمة تؤدي تدل على وجوب الرد و إن كان بعد ارتفاع التعذر حيث إن الاداء لا يحصل إلا بالرد

(5) اى الغرامة المدفوعة الى مالك العين المتعذر وصولها الى المالك بعد ارتفاع التعذر

(6) اى بهذه الغرامة المدفوعة الى المالك

(7) الفاء تفرّيع على ما افاده: من بقاء الغرامة على ملك مالك العين، و أن الغاصب لا يضمن العين و إن ارتفع التعذر

ص: 323

و أما الضمان (1) وعهدة جديدة فلا؟ وجهان:

أظهرهما الثاني (2)، لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، وعدم طرو ما يزيل ملكيته عن الغرامة، أو يحدث ضمانا جديدا

و مجرد عود التمكّن (3) لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوض (4)

غاية ما في الباب قدرة الغاصب على اعادة السلطنة (5) الفاتئة (6) المبدلة (7)

+++++

(1) و هو ضمان العين بعد التلف ثانيا، و بعد ارتفاع التعذر عنها

(2) و هو بقاء الغرامة على ملك مالك العين، و أن ضمان العين بها لا بشيء آخر يكون في ذمة الغاصب

وجه الأظهرية في القول الثاني هو الاستصحاب

بيان أن العين المتعذر الوصول إليها كانت مضمونة بالغرامة فلما اعطى الغاصب الغرامة سقطت ذمته عن كل شيء، و بعد رفع التعذر و وجود العين نشك في تملك المالك الغرامة المدفوعة إليه فنستصحبه، لعدم وجود شيء يزيل هذه الملكية، و لعدم وجود شيء يحدث ضمانا جديدا على الغاصب بعد ارتفاع التعذر

(3) اى التمكّن من العين بسبب ارتفاع التعذر

(4) بل الغرامة تعود الى الغاصب بعد ارتفاع التعذر، و تمكّن المالك من العين فلا مجال للجمع بين العوض و هي القيمة، و المعوض و هي العين عند المالك

(5) اى بواسطة ارتفاع التعذر عن الوصول الى العين

(6) اى بواسطة غضب الغاصب العين

(7) اى هذه السلطنة الفاتئة

ص: 324

- عنها بالغرامة ووجوبها (1) عليه، وحينئذ (2) فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة (3)
وتوهم أن المدفوع (4) كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة في زمن التعذر فلا يعود (5)، لعدم عود مبدله (6)
ضعيف (7) في الغاية، بل كان (8) بدلا عن اصل السلطنة يعود بعودها، فيجب (9) دفعه

+++++

- (1) اي وجوب هذه الغرامة على الغاصب
(2) اي وحين أن اعاد الغاصب السلطنة الفائتة من المالك بواسطة غصبه العين، ثم تعذر الوصول إليها، ثم ارتفع التعذر
(3) وإن لم يدفعها بقيت الغرامة في ملك المالك حتى يسلم الغاصب العين للمالك
(4) وهي القيمة التي تعطى بدلا عن العين المتعذر الوصول إليها
(5) اي هذا المدفوع الذي هي القيمة
(6) وهو القدر الفائت من السلطنة أيام تعذر الوصول الى العين فهذا القدر لا يعود فالمدفوع وهي القيمة التي كانت بدلا عنه لا يعود الى الغاصب أيضا
(7) اي هذا التوهم ضعيف للنهاية، لأن المدفوع بدل عن اصل السلطنة الفائتة أيام التعذر، لا عن القدر الفائت فيعود المدفوع الى الغاصب بعود اصل السلطنة الفائتة، وعود اصل السلطنة بعود العين المتمكن الوصول إليها بعد رفع التعذر
(8) اي المدفوع كما عرفت آنفا
(9) الفاء تقرير على ما افاده: من أن المدفوع بدل عن اصل السلطنة -

أو دفع بدله (1) مع تلفه، أو خروجه (2) عن ملكه بناقل لازم، بل جائز ولا يجب رد نمائه (3) المنفصل

و لو لم يدفعها (4) لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً، اذ (5) ما لم تتحقق السلطنة (6) لم يعد الملك الى الغارم (7)، فإن الغرامة عوض عن السلطنة لا عوض عن قدرة الغاصب على تحصيلها (8) للمالك. فتأمل (9)

+++++

- الفاتئة، لا عن القدر الفائت أيام التعذر، اى فعلى ضوء ما ذكرنا يجب دفع هذا المدفوع الى الغاصب بعد عود اصل سلطنة المالك برد العين إليه

(1) اى دفع بدل هذا المدفوع اذا تلف

(2) اى وكذا يجب دفع بدل المدفوع اذا خرج عن ملك المالك بسبب ناقل لازم كالبيع، أو جائز كالأجارة

(3) اى نماء هذا المدفوع الى الغاصب بعد رد العين الى المالك

(4) اى لو لم يدفع الغاصب العين الى المالك بعد التمكن من الوصول إليها ليس له حق مطالبة الغرامة التي هو المدفوع من المالك

(5) تعليل لعدم حق مطالبة الغاصب الغرامة ما لم يدفع العين الى المالك بعد ارتفاع التعذر

(6) اى السلطنة على العين للمالك

(7) وهو الغاصب

(8) اى على تحصيل السلطنة لمالك العين بدفع العين إليه حتى يصح أن يقال: إنه قد تحقق ما ابدلت الغرامة عنه: وهو كون الغاصب في

سبب تحصيل السلطنة للمالك فحينئذ تخرج الغرامة عن ملك المالك و تعود الى الغاصب

بل الغرامة عوض عن اصل السلطنة الفائتة

(9) لعل الامر بالتأمل اشارة الى أن ما قلناه: وهو أن الغرامة -

ص: 326

نعم للمالك مطالبة عين ماله، لعموم الناس مسلطون على أموالهم، و ليس ما عنده من المال عوضا عن مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة
(1)

بل (2) سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك، ولذا (3) لا تباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البذل

و مما ذكرنا (4) يظهر أيضا أنه ليس للغاصب حبس العين الى أن يدفع المالك القيمة كما اختاره (5) في التذكرة، و الايضاح، و جامع المقاصد

و عن السرائر الجزم بأن له (6) ذلك

+++++

- عوض عن اصل السلطنة الفائتة، لا عن قدرة الغاصب على تحصيل السلطنة للمالك حتى يقال: إنها وجدت بتحصيله السلطنة للمالك
باخذ العين و اعطائها له: هو الثابت المسلم. فتأمل في المقام

(1) حتى لا يجوز للمالك المطالبة بعين ماله

(2) اي بل الغرامة عوض عن سلطنة الانتفاع بها

(3) اي و لاجل أن الغرامة ليست عوضا عن مطلق السلطنة، بل إنها عوض عن سلطنة الانتفاع بها لا تباح العين لغير المالك بمجرد بذل
الغرامة بمعنى أن المالك لو بذل الغرامة وحدها الى الغاصب بأن قال له: لا اريد منك الغرامة، أو قال بعد اخذها من الغاصب: هذه لك هبة
غير معوضة لا يكون مجرد البذل له سببا لإباحة العين للغاصب حتى يسقط حق المطالبة للعين من المالك

(4) و هو عدم عود المدفوع الى الغاصب ما دام لم يعد الغاصب السلطنة على العين الى المالك

(5) اي كما اختار العلامة في التذكرة عدم جواز حبس الغاصب العين

(6) اي للغاصب حق حبس العين حتى يدفع المالك الغرامة له

ولعله (1) لأن القيمة عوض إما عن العين، وإما عن السلطنة عليها

وعلى أي تقدير فيتحقق التراد، وحينئذ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر

وفيه (2) أن العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً، ولذا تحقق للمالك الجمع بينها، وبين الغرامة، فالمالك مسلط عليها، والمعوض للغرامة هي السلطنة الفائتة التي في معرض العود بالتراد (3)

اللهم (4) إلا أن يقال: له (5) حبس العين من حيث تضمنه (6) لحبس مبدل الغرامة وهي السلطنة الفائتة

+++++

(1) اي ولعل جزم ابن ادريس بأن للغاصب حق الحبس لاجل أن القيمة إما عوض عن العين، أو عن السلطنة الفائتة، وعلى أي تقدير يتحقق موضوع التراد، اي أن لكل من المالك والغاصب حق الحبس الى أن يتسلم ماله: الغاصب يتسلم الغرامة التي دفعها الى المالك، و المالك يتسلم العين التي غصبها الغاصب

(2) اي وفيما افاده ابن ادريس من الجزم بأن للغاصب حق حبس العين الى أن يسلم المالك الغرامة له لأجل أن العين إما عوض عن العين أو عن السلطنة نظر وإشكال

وقد ذكر الشيخ وجه النظر في المتن فلا نعيده

(3) اي بتراد العين ورجوعها الى المالك بإعطاء الغاصب اياها له بعد ارتفاع التعذر

(4) استثناء عما افاده: من النظر فيما افاده ابن ادريس

(5) اي للغاصب

(6) اي تضمن حبس الغاصب للعين لحبس مبدل الغرامة

ص: 328

و الأقوى الأول (1)

لو حبس العين فتلفت

ثم لو قلنا بجواز الحبس لو حبسها فتلفت العين محبوسة فالظاهر أنه لا يجري عليه (2) حكم المغصوب، لأنه (3) حبسها بحق

نعم يضمنها، لأنه قبضها لمصلحة نفسه

و الظاهر أنه (4) بقيمة يوم التلف على ما هو (5) الاصل في كل مضمون

و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا (6) من زمان الحبس الى زمان التلف

و ذكر العلامة في القواعد أنه لو حبس فتلف محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن، واسترجاع (7) القيمة الاولى

+++++

(1) و هو عدم جواز حبس الغاصب العين حتى يتسلم الغرامة

و وجه ذلك: أن المقام ليس من قبيل البيع حتى يجوز لكل من البائع و المشتري امتناع تسليم ماله حتى يتسلم من الآخر ماله، لأن البيع كما عرفت مبادلة مال بمال؛ و أن كل واحد من الثمن و المثلث عوض، عن الآخر

بخلاف ما نحن فيه، فإن الغرامة عوض و الآخر و هي السلطنة معوض فما دام لم يتحقق العوض لم يرتفع المعوض

(2) اي على هذا الحبس

(3) اي الغاصب حبسه بحق: و هو إزاء الغرامة التي دفعها الى المالك

(4) اي تلف العين المحبوسة

(5) اي قيمة يوم التلف

(6) اي في تلف العين المحبوسة بحق فتكون هذه اليد غير اليد الاولى لأنها كانت يد عدوان و ظلم

(7) اي و الأقرب استرجاع الغاصب القيمة الأولية التي دفعها للمالك

ص: 329

و الظاهر أن مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة، بناء على زوال حكم الغضب عن العين، لكونها محبوسة بغير عدوان، لا خصوص حين التلّف

و كلمات كثير منهم (1) لا تخلو عن اضطراب

ثم إن أكثر ما ذكرناه (2) مذكور في كلماتهم في باب الغضب

لكن الظاهر أن أكثرها (3) بل جميعها في حكم المغضوب من حيث كونه مضمونا (4)، اذ ليس في الغضب خصوصية زائدة (5)

نعم (6) ربما يفرق من جهة نص في المغضوب مخالف لقاعدة الضمان كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة

أبي ولاد (7) أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني (8)

+++++

(1) اي من الفقهاء في هذا المقام

(2) اي في المقبوض بالعقد الفاسد

(3) اي أكثر كلماتهم

(4) فتشمل كلماتهم حكم المقبوض بالعقد الفاسد، لأنه مضمون فيكون مغضوبا، ولا سيما على رأي ابن ادريس كما عرفت في ص 141

(5) حتى لا تشمل كلماتهم المقبوض بالعقد الفاسد

(6) استدراك عما افاده: من عدم الفرق في كلمات الفقهاء الواردة في باب الغضب بين المقبوض بالعقد الفاسد، وبين الغضب، وقد ذكر

الفرق في المتن فلا نعيده

(7) المشار إليها في ص 272 عند قوله عليه السلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته الدال على ضمان يوم الغضب

(8) كما نقل عنه الشيخ في ص 292 بقوله: اذ لم يعلم لذلك وجه صحيح

ص: 330

دعوى دلالة الصحيحة عليه (1)

وأما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال فلم نعرف له مأخذا واضحا
ولنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد وإن بقي منه أحكام آخر أكثر مما ذكرنا
ولعل بعضها يجيء في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى

+++++

(1) اي على أعلى القيم

ص: 331

شروط المتعاقدين

ص: 332

الكلام فى شروط المتعاقدين

مسألة: من شروط المتعاقدين البلوغ

فى عقد الصبى

المشهور بطلان عقد الصبى

إشارة

(مسألة): المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبى (1)

بل عن الغنية الاجماع عليه وإن اجاز الولى

وفى كنز العرفان نسبة عدم صحة عقد الصبى الى أصحابنا

و ظاهرها (2) إرادة التعميم لصورة اذن الولى

+++++

(1) مشتق من صبى يصبو. جمعه صبيان و صبيان فهو علم لمن لم يتجاوز عمره عشر سنين عند الفقهاء، و المراد منه عند الفقهاء الصبى الذى يميز و البحث عنه عن جهات ثلاث

(الاولى): فى تصرفات الصبى فى أمواله: من بيع و شراء، و إعطاء و هبة، و وقف، و عتق

و هذا مما لا إشكال فى عدم جواز التصرفات فيها، و أنه كالسفيه و المفلس فى كونه محجورا عليه، و أنها لا تنفذ

(الثانية): فى تصرفاته باذن الولى و قد ذهب المشهور الى عدم نفوذ تصرفاته، بل ادعى الاجماع عليه

(الثالثة): فى إنشاءاته و قصوده

لا شك فى بطلان ما ينشأه الصبى و يقصده، و كذا لا شك فى أن إنشاءه و قصده كإشياء فهو كالهازل و النائم

فاذا و كل من قبل البالغين فى إجراء عقد، أو و كّل شخصاً فى عقد نكاح، أو و كله الولى فى إجراء الصيغة على أمواله و وقع العقد فقد بطل

و البحث هنا عن الجهة الثالثة التى عقد لها الشيخ هذا العنوان و قال:

المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبى

(2) أى ظاهر هذه النسبة

وعن التذكرة أن الصغير محجور عليه بالنص والاجماع، سواء أكان مميزاً أم لا في جميع التصرفات إلا ما استثني كعبادته، وإسلامه، وإحرامه وتدييره وصيته، وإيصال الهدية؛ واذنه في الدخول على خلاف في ذلك (1) انتهى.

واستثناء إيصال الهدية، واذنه في دخول الدار يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه (2) لمطلق أفعاله، لأن الإيصال والاذن ليسا من التصرفات القولية والفعلية وإنما هو (3) في الأول آلة في إيصال الملك كما لو حملها على حيوان وأرسلها، والثاني (4) كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحة الدخول وهو رضى المالك

الاستدلال على البطالان بحديث رفع القلم

واحتج على الحكم (5) في الغنية بقوله صلى الله عليه وآله وسلم:

رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ (6)

+++++

(1) أي في أذن الصبي لدخول الآخرين في الدار مثلاً، فإنه محل الخلاف بين الفقهاء الإمامية في الجواز، والعدم

(2) وهي محجورية الصبي بالنص والاجماع

(3) أي وإنما الصبي في إيصال الهدية إلى آخرين بمنزلة الآلة في كونها تكون محمولة

(4) وهو أذن الصبي في الدخول للآخرين

(5) وهو بطالان عقد الصبي وتصرفاته

(6) (وسائل الشريعة). الجزء 1. ص 32. الباب 4. اشتراط التكليف بالوجوب والتحريم بالاحتلام. الحديث 11

ص: 334

وقد سبقه (1) في ذلك الشيخ في المبسوط في مسألة الاقرار

وقال: إن مقتضى رفع القلم (2) أن لا يكون لكلامه حكم (3)

ونحوه الحلبي في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرا

و تبعهم في الاستدلال به (4) جماعة كالعلامة وغيره

الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي

إشارة

واستدلوا أيضا يخبر حمزة بن حرمان عن مولانا الباقر عليه السلام:

إن الجارية اذا زوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، و جاز امرها في الشراء، والغلام لا يجوز امره في البيع و الشراء ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة الى آخر الحديث (5)

وفي رواية ابن سنان متى يجوز امر اليتيم

قال: حتى يبلغ اشده

قال: ما اشده؟

قال: احتماله (6)

وفي معناها روايات اخر (7)

+++++

(1) اي وقد سبق صاحب الغنية الشيخ في الحكم ببطلان عقد الصبي و تصرفاته، و لم يكن صاحب الغنية مستقلا بهذا الحكم، أو هو أول من تكلم فيه

(2) اي عن الصبي في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: رفع القلم عن ثلاث: الصبي حتى يحتلم

(3) اي اثر، فإن كلامه ككلام الهازل و النائم في رفع الاثر منه

(4) اي في عدم جواز وصية البالغ عشرا

(5) المصدر نفسه ص 30. الحديث 2

(6) المصدر نفسه. الجزء 13. ص 143. الحديث 5. الباب 2

(7) المصدر نفسه. الجزء 1 ص 30. الأحاديث

ص: 335

المناقشة في دلالة هذه الروايات

لكن الانصاف أن جواز الامر (1) في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأن الجواز مرادف للمضي فلا (2) ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الاجازة (3) كما يقال: بيع الفضولي غير ماض، بل (4) موقوف

و يشهد له (5) الاستثناء في بعض تلك الأخبار (6)

+++++

(1) في قوله عليه السلام: و جاز امرها، وفي قوله: لا يجوز امره، وفي قول السائل: متى يجوز امره؟

مقصود الشيخ أن الجواز المذكور في هذه الروايات يراد منها الاستقلال في التصرف اي الصبي لا يجوز أن يتصرف في أمواله، وفي عقوده و إيقاعاته بالاستقلال

و أما اذا كانت باذن الولي فلا بأس بها، لأن الجواز بمعنى المضي اي لا تكون تصرفاته ماضية بالاستقلال

(2) الفاء تفرع على ما افاده: من أن الانصاف أن الجواز ظاهر في استقلاله في التصرف، لامع اذن الولي، اي فعلى ضوء ما ذكرنا لا ينافي عدم الجواز ثبوت توقف تصرفات الصبي على اجازة الولي

كما في البيع الفضولي، حيث يقال: إنه غير ماض، بل موقوف على اجازة المالك، فإن اجاز مضي البيع، وإلا فلا

(3) اي على اجازة الولي كما عرفت

(4) اي اجازة المالك كما عرفت

(5) اي لأن جواز الامر ظاهر في الاستقلال في التصرف

(6) و هو الحديث المشار إليه في الهامش 6 ص 335

أليك تمام الحديث

قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة، أو أقل أو أكثر و لم يحتلم -

ص: 336

بقوله: إلا أن يكون سفيها فلا دلالة لها (1) حينئذ (2) على سلب عبارته (3) و أنه اذا ساوم (4) وليه متاعه و عين له قيمته، و أمر الصبي لمجرد ايقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلا

و كذا لو اوقع ايجاب النكاح، أو قبوله لغيره باذن وليه (5)

+++++

- قال: اذا بلغ و كتب عليه الشيء، و نبت عليه الشعر جاز عليه امره إلا أن يكون سفيها، أو ضعيفا

وجه شهادة الحديث على ظهور جواز الامر في الاستقلال في التصرف أن السفيه ليس مسلوب العبارة، وإنما هو ممنوع التصرف بالاستقلال فيعلم من هذا الاستثناء أن المراد عدم الاستقلال بالتصرف من الصبي

(1) اي لهذه الرواية التي فيها الاستثناء بقوله عليه السلام: إلا أن يكون سفيها كما عرفت

(2) اي حين الاستثناء

(3) اي عبارة الصبي

(4) اي عرض ولي الصبي متاع الصبي للبيع

(5) اي لا يكون هذا الايقاع باطلا

فكما أن السفيه في الحديث في الاستثناء الوارد في قوله عليه السلام:

إلا أن يكون سفيها لا يكون مسلوب العبارة، بل يكون محجور التصرف بالاستقلال

كذلك الصبي لا يراد منه أنه مسلوب العبارة في عقود و ايقاعاته أو أنه اذا ساوم وليه متاعه؛ و عين له سعر المتاع للبيع، أو الشراء أو اذن له وليه في إجراء العقد، أو الايقاع يكون بيعه و شراؤه و عقده و ايقاعه باطلا

ص: 337

و أما (1) حديث رفع القلم ففيه أولا (2) أن الظاهر منه قلم المؤاخذة (3)، لا- قلم جعل الأحكام (4)؛ و لذا (5) بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبي

و ثانيا (6) أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين فلا مانع من أن يكون عقده (7) سببا لوجوب الوفاء به بعد البلوغ أو على الولي اذا وقع باذنه، أو اجازته كما تكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ، و حرمة تمكينه من مس المصحف

و ثالثا (8) لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين (9) لكن لا- مانع من كون فعل غير البالغ (10) موضوعا للأحكام المجعولة

+++++

(1) من هنا يريد الشيخ أن يناقش حديث رفع القلم المستدل به على عدم نفوذ تصرفات الصبي وقد ناقش فيه من جهات ثلاثة

(2) هذه هي الجهة الاولى

(3) و هو الحكم التكليفي الذي هي العقوبة الاخرية

(4) بمعنى أنه لم توضع لهم أحكام في الواقع، بل لهم أحكام مجعولة كبقية المكلفين

(5) اي و لا جل أنه ليس المراد من رفع قلم المؤاخذة هو رفع قلم جعل الأحكام، بل المراد رفع المؤاخذة، و الحكم التكليفي

(6) هذه هي الجهة الثانية

(7) اي عقد الصبي

(8) هذه هي الجهة الثالثة

(9) و قلنا بخروج الصبي عن تلك الأحكام: الوضعية، و التكليفية

(10) و هو الصبي

ص: 338

في حق البالغين فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ

وبالجملة فالتمسك بالرواية (1) ينافي ما اشتهر بينهم (2) من شرعية عبادة الصبي، وما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين.

فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الاجماع المحكي (3) المعتضد بالشهرة العظيمة، وإلا (4) فالمسألة محل إشكال، ولذا (5) تردد المحقق في الشرائع في اجازة المميز باذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية، واستشكل فيها (6) في القواعد والتحرير

وقال في القواعد: وفي صحة بيع المميز باذن الولي نظر، بل عن الفخر في شرحه أن الأقوى الصحة، مستدلا بأن العقد اذا وقع باذن الولي كان كما لو صدر عنه (7)

+++++

(1) اي التمسك بحديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم على عدم نفوذ تصرفات الصبي

(2) اي بين الفقهاء

(3) اي عن صاحب الغنية بنقل الشيخ عنه في ص 333 بقوله: بل عن الغنية الاجماع عليه

(4) اي و لولا وجود الاجماع المعتضد بالشهرة العظيمة لكان الحكم بعدم نفوذ تصرفات الصبي محل إشكال

(5) اي و لاجل وجود الإشكال

(6) اي في اجازة الصبي

(7) اي عن الولي

ص: 339

ولكن لم اجده (1) فيه

وقواه (2) المحقق الاردبيلي على ما حكي عنه

ويظهر من التذكرة عدم ثبوت الاجماع (3) عنده، حيث قال:

و هل يصح بيع المميز و شراؤه ؟ الوجه عندي (4) أنه لا يصح

و اختار في السرائر صحة بيع الصبي في مقام اختبار (5) رشده

و ذكر المحقق الثاني أنه لا يبعد بناء المسألة (6) على أن أفعال الصبي و أقواله شرعية أم لا، ثم حكم بأنها غير شرعية، و أن الأصح بطلان العقد

و عن المختلف أنه حكي في باب المزارعة عن القاضي كلاما يدل على صحة بيع الصبي

و بالجملة فالمسألة (7) لا تخلو عن اشكال، و إن أظن بعض المعاصرين في توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه

+++++

(1) اي لم اجد هذا الحكم في شرح القواعد

(2) اي وقوع العقد من الصبي باذن الولي كأنه صدر من الولي

(3) اي الاجماع على عدم نفوذ تصرفات الصبي

(4) فكلمة عندي قرينة على عدم ثبوت الاجماع عنده اذ لو كان غير ثابت عند الآخرين لكان يقول: عندنا

(5) الظاهر أن مقصوده من الاختبار و الامتحان هي الآية الشريفة في قوله تعالى: **وَإِيتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ**

رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ: الآية

(6) اي مسألة عدم نفوذ تصرفات الصبي

(7) اي مسألة عدم نفوذ تصرفات الصبي

ص: 340

فالانصاف أن الحجة (1) في المسألة هي الشهرة المحققة، و الاجماع المحكي عن التذكرة (2) 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.

و كذا اجماع (3) الغنية، بناء على أن استدلاله بعد الاجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده (4) للبيع بأذن الولي

و ليس المراد نفي صحة البيع المتعقب بالاجازة حتى يقال: إن الاجازة عند السيد (5) غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل و لو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولي

و يؤيد الاجماعين (6)

+++++

(1) اي الدليل على عدم نفوذ تصرفات الصبي

(2) الذي نقله الشيخ عن التذكرة في ص 334 بقوله: إن الصغير محجور عليه بالنص و الاجماع

(3) الذي نقله عنه الشيخ في ص 333 بقوله: بل عن الغنية الاجماع عليه

(4) اي استدلال السيد ابن زهرة في الغنية بعد دعواه الاجماع على عدم نفوذ تصرفات الصبي بحديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم دليل على شمول معقد اجماعه حتى التصرفات الصادرة من الصبي بأذن الولي في أنها غير نافذة

فمقصود السيد ابن زهرة أن الصبي مسلوب العبارة

(5) و هو ابن زهرة صاحب الغنية

(6) وهما: اجماع العلامة، و اجماع السيد ابن زهرة

ما تقدم عن كنز العرفان (1)

المناقشة في تحقق الإجماع

نعم (2) لقائل أن يقول: إن ما عرفت من المحقق والعلامة ولده والقاضي وغيرهم، خصوصاً المحقق الثاني الذي بنى المسألة على شرعية أفعال الصبي يدل على عدم تحقق الإجماع

و كيف كان (3) فالعمل على المشهور (4)

ما يستأنس به للبطان

ويمكن أن يستأنس له (5) أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة: من أن عمد الصبي وخطأه واحد كما في صحيحة ابن مسلم، وغيرها (6)

+++++

(1) في نقل الشيخ عنه في ص 333 بقوله: وفي كنز العرفان نسبة عدم صحة عقد الصبي الى أصحابنا، فإن نسبة عدم الصحة الى أصحابنا دليل على وجود الإجماع في مسألة عدم نفوذ تصرفات الصبي

(2) استدراك عما افاده: من وجود الإجماع على عدم نفوذ تصرفات الصبي، وأن ما تقدم عن كنز العرفان مؤيد للاجماعين المذكورين عن العلامة و ابن زهرة

(3) اي سواء أكان الإجماع موجوداً في المسألة أم لا

(4) وهو عدم نفوذ تصرفات الصبي إلا ما استثني كالعبادات

(5) اي للقول المشهور

(6) راجع (وسائل الشريعة). الجزء 19. ص 307. الباب 11 الحديث 1 أليك نص الحديث

عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال:

كان (امير المؤمنين) عليه السلام يجعل جنابة المعتوه على عاقلته خطأ كان، أو عمداً

و هناك أحاديث اخرى فراجعها

ص: 342

و الأصحاب وإن ذكروها (1) في باب الجنائيات إلا أنه لا اشعار في نفس الصحيحة، بل وغيرها بالاختصاص بالجنائيات

و لذا (2) تمسك بها الشيخ في المبسوط، و الحلي في السرائر على أن اخلال الصبي المحرم بمحظورات الإحرام التي يختص حرمتها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبي، و لا على الولي، لأن عمده خطأ

و حينئذ (3) فكل حكم شرعي تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها اذا وقعت بغير القصد، فما يصدر منها (4) عن الصبي قصدا بمنزلة الصادر عن غيره (5) بلا قصد

فعقد الصبي و ايقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط، و الخاطئ و ايقاعاتهم

استظهار البطلان من حديث رفع القلم

بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون و الصبي استظهار المطلب (6) من حديث رفع القلم: و هو ما عن قرب الأسناد بسند أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه كان يقول:

+++++

(1) اي صحيحة محمد بن مسلم

(2) اي و لاجل عدم اختصاص الصحيحة بالجنائيات

(3) اي و حين أن قلنا: إن اخلال الصبي المحرم بمحظورات الإحرام و منهياته التي تختص حرمتها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبي و لا على وليه

(4) اي من هذه الأفعال المعتبر فيها القصد في ترتب حكم شرعي

(5) اي عن غير الصبي كالهازل و النائم

(6) و هو أن الصادر من الصبي: من العقود و الايقاعات مع القصد يعد كأنه الصادر بغير قصد فهو كعقد الهازل و النائم

ص: 343

المجنون المعتوه الذي لا يفيق، و الصبي الذي لم يبلغ عمدها خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم الى آخر الحديث (1)، فإن ذكر رفع القلم في الذيل (2) ليس له وجه ارتباط، إلا- أن يكون علة لاصل الحكم وهو ثبوت الدية على العاقلة، أو أن يكون معلولا لقوله: عمدهما خطأ يعني أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع، وفي الواقع رفع القلم عنهما

و لا يخفى أن ارتباطها (3) بالكلام على وجه العلية (4) أو المعلولية (5) للحكم المذكور في الرواية اعني عدم مؤاخذة الصبي و المجنون بمقتضى جناية العمد وهو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد و هي الدية في مالهما لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا: من حيث العقوبة الاخرية (6) و الدنيوية (7) المتعلقة بالنفس كالقصاص، أو المال كغرامة الدية، و عدم ترتب ذلك (8) على افعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع

+++++

(1) راجع (قرب الأسناد) طباعة (إيران چاپخانه اسلامية) ص 72. الحديث 5

(2) اي في ذيل حديث قرب الأسناد

(3) اي ارتباط جملة: وقد رفع عنهما القلم

(4) كما افادها الشيخ بقوله: إلا أن يكون علة لاصل الحكم

(5) كما افادها الشيخ بقوله: أو أن يكون معلولا

(6) وهو الحكم التكليفي

(7) وهو الحكم الوضعي

(8) وهي العقوبة الاخرية التي يراد منها الحكم التكليفي و العقوبة الدنيوية: من القصاص و الدية التي يراد منها الحكم الوضعي

ص: 344

من غيرهما (1) مع القصد و التعمد لترتبت عليه غرامة اخروية (2) أو دنيوية (3)

و على هذا (4) فاذا التزم (5) على نفسه مالا- بإقرار، أو معاوضة و لو باذن الولي فلا اثر لهما (6) في الزامه بالمال، و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ، فاذا لم يلزمه شيء بالتزاماته و لو كانت باذن الولي فليس ذلك (7) إلا لسلب قصده، و عدم العبرة بإنشائه، اذ لو كان ذلك (8) لاجل عدم استقلاله، و حجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذة شاملا لصورة اذن الولي و قد فرضنا الحكم مطلقا (9) فيدل بالالتزام (10) على كون قصده في إنشاءاته و إخباراته مسلوب الاثر

+++++

(1) اي من غير المجنون و العاقل

(2) و هي العقوبة الإلهية المراد منها الحكم التكليفي

(3) و هي العقوبة الدنيوية: من القصاص و الدية المراد منها الحكم الوضعي

(4) اي و بناء على القول بأن المراد من رفع القلم هو رفع المؤاخذة من الصبي و المجنون من حيث الحكم التكليفي و الوضعي

(5) اي الصبي

(6) اي لهذا الاقرار بالمال، أو المعاوضة

(7) اي عدم الاثر بالتزامات الصبي

(8) اي عدم الاثر بالتزامات الصبي

(9) اي حتى مع اذن الولي لا اثر لالتزامات الصبي

(10) اي بالدلالة الالتزامية

ص: 345

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة (1) بناء على كونها علة للحكم (2) عدم مؤاخذتهما (3) بالاتلاف الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكي عن بعض إلا أن يلتزم بخروج ذلك (4) عن عموم رفع القلم

و لا يخلو (5) من بعد

لكن هذا (6) غير وارد على الاستدلال، لأنه ليس مبنيا على كون رفع

+++++

(1) و هو قوله عليه السلام في حديث قرب الأسناد: وقد رفع عنهما القلم

(2) و هو ثبوت الدية على العاقلة

(3) و هما: المجنون و الصبي

(4) اي بخروج الاتلاف الحاصل من الصبي و المجنون عن تحت عموم: رفع قلم المؤاخذة عن الصبي و المجنون

(5) اي هذا الخروج لا يكون خاليا من بعد

وجه البعد أن حديث رفع قلم المؤاخذة عن الصبي و المجنون إنما وضع و شرع لاجل الامتنان على العباد فعليه لا يكون قابلا للتخصيص حتى يفرق بين التلف و الإتلاف

اللهم إلا أن يقال: إن حديث الرفع الموضوع للامتنان يختص بما اذا لم يكن فيه خلاف الامتنان في حق الآخرين

و أما اذا التزم ذلك كما فيما نحن فيه، حيث إن الاتلاف ضرر في حق الغير فلا نلتزم به

(6) اي هذا الاشكال غير وارد على الاستدلال بحديث رفع قلم المؤاخذة عن الصبي و المجنون على عدم نفوذ تصرفاتهما

ص: 346

القلم علة للحكم، لما عرفت: من احتمال كونه (1) معلولا لسلب اعتبار قصد الصبي و المجنون فيختص رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الاتلاف (2)، فافهم و اغتتم

ثم إن القلم المرفوع (3) هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير (4)

رأي المؤلف في المسألة و دليله

و الحاصل أن مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكي في البيع وغيره من العقود، و الأخبار المتقدمة (5) بعد انضمام بعضها الى بعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد الى مقتضاها كإنشاء العقود أصالة ووكالة، و القبض و لاقباض، و كل التزام على نفسه:

من ضمان، أو إقرار أو نذر، أو ايجار

+++++

(1) اي رفع القلم كما عرفت عن قول الشيخ في ص 344: أو أن يكون معلولا لقوله: عمدهما خطأ

(2) عن تحت عموم رفع قلم المؤاخذة عن الصبي و المجنون، حيث إنهما لا قصد لهما في ذلك، و على فرض القصد في الصبي يكون قصده كلا قصد

(3) اي المراد من رفع قلم المؤاخذة في الحديث هو قلم المؤاخذة عن البالغين: بمعنى أن نهاية مدة رفع المؤاخذة في حق الصبي و المجنون و آخر وقته هو عدم وصول الصبي الى البلوغ الشرعي الذي عرف في الكتب الفقهية، و عدم افاقة المجنون.

و أما اذا بلغ الصبي و افاق المجنون فلا مجال لرفع قلم المؤاخذة

(4) فإنه ثابت في حق البالغين أيضا

(5) المشار إليها في ص 335-336

ص: 347

قال (1) في التذكرة: و كما لا يصح تصرفاته اللفظية كذا لا يصح قبضه و لا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتهب له الولي، و لا لغيره (2) و إن اذن الموهوب له بالقبض

و لو قال مستحق الدين للمدين: سلم حقي الى الصبي فسلم مقدار حقه إليه لم يبرأ عن الدين، و بقي المقبوض (3) على ملكه، و لا ضمان (4) على الصبي، لأن المالك ضيعه، حيث دفعه إليه و بقي الدين (5)، لأنه في الذمة، و لا يتعين (6) إلا بقبض صحيح كما لو قال: ارم حقي في البحر فرمى مقدار حقه

بخلاف ما لو قال للمستودع: سلم مالي الى الصبي، أو ألقه في البحر لأنه امثل امره في حقه المعين (7)

+++++

(1) من هنا يريد الشيخ أن يستشهد بكلمات الأعلام الأفاضل على إثبات مدعاه: و هو عدم اعتبار أي شيء يصدر من الصبي: من عقود، و ايقاعات و كل التزام التزمه على نفسه

(2) اي و لا لغير الولي

(3) الذي بيد الصبي

(4) اي لهذا المال المقبوض باذن المالك لو تلف

(5) اي في ذمة المدين المسلم الى الصبي

(6) اي و لا يتعين و لا يتشخص هذا الدين على الآخرين إلا بقبض صحيح

و من المفروض أن الصبي قبضه غير صحيح فلا- تشتغل ذمته به لو تلف المقبوض فلا- يكون ضامنا له، و لا مأمورا بادائه للآمر الذي هو الدائن

(7) حيث إن المال المستودع مال معين مشخص يشار إليه

ولو كانت الوديعة للصبي فسلمها (1) إليه ضمن وإن كان باذن الولي اذ ليس له (2) تضييعها باذن الولي

وقال (3) أيضا: لو عرض الصبي دينارا على الناقد (4) لينقده أو متاعا إلى مقوم ليقومه فاخذه لم يجز له رده إلى الصبي، بل على وليه إن كان، فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه برأ (5) من ضمانه إن كان المال للولي، وإن كان للصبي فلا كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر فإنه يلزمه ضمانه و إذا تباع الصبيان و تقابضا و اتلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى باذن الوليين فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيين

و يأتي في باب الحجر تمام الكلام

ولو فتح الصبي الباب و اذن في الدخول على اهل الدار، أو ادخل الهدية إلى انسان عن اذن المهدي فالاقرب الاعتماد، لتسامح السلف فيه.

انتهى كلامه، رفع مقامه

لا فرق في معاملة الصبي بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة

ثم إنه ظهر مما ذكرنا (6) أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن تكون في الأشياء اليسيرة، أو الخطيرة، لما عرفت من عموم النص (7) و الفتوى

+++++

(1) اي المستودع سلم الوديعة إلى الصبي

(2) اي للمستودع تقويت المال المودع عنده: اذ إعطاء المال المودع إلى الصبي تقويت له

(3) اي العلامة في المصدر نفسه

(4) اي الصراف

(5) اي الناقد، أو المقوم

(6) و هو عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي: من عقود و إقاعات، و التزام

(7) و هو رفع قلم المؤاخذه عن الصبي

حتى أن العلامة في التذكرة لما ذكر حكاية أن أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فارسله (1) ردها (2) بعدم الثبوت، وعدم (3) الحجية

و توجيهه (4) بما يخرجها عن محل الكلام

و به (5) يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني: من أن الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به: من الأشياء اليسيرة، دفعا (6) للخرج.

انتهى

+++++

(1) فالحكاية هذه تدل على صحة تصرفات الصبي، وأنها نافذة، لأن أبا الدرداء اشترى عصفورا من الصبي ثم أرسلها في الهواء

فلو كانت تصرفاته غير نافذة لما أقدم أبو الدرداء على الشراء

(2) هذا رد من العلامة على حديث أبي الدرداء

و خلاصته: أن الحكاية المذكورة لم تثبت من طرفنا الامامية حتى يصح التمسك بها

(3) هذا رد آخر من العلامة على الحكاية

و خلاصته: أنه بالإضافة الى عدم الثبوت لا يكون فعل ابى الدرداء حجة، لأنه ليس بمعصوم

(4) بالرفع جملة مستأنفة مستقلة اى توجيه العلامة الحكاية بشيء قد اخرجها عن محل النزاع، فإن العلامة وجه الحكاية: بأن أبا الدرداء

كان وليا على الصبي، أو كان مأذونا منه

لكن التوجيه غير وجيه، حيث إن الكلام في تصرفات الصبي مباشرة و مستقلا، لا ما اذا كان شخص وليا عليه، أو مأذونا من قبله

فإن هذا بحث آخر خارج عن محل النزاع

(5) اى و برد العلامة حكاية ابى الدرداء

(6) اى القول بجواز تعامل الصبي في الأشياء الصغيرة لأجل دفع -

ص: 350

فإن (1) الحرج ممنوع، سواء اراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات، و التزام مباشرة البالغين لشرائها أم اراد أنه (2) يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحقيقية

ثم إن اراد (3) استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون اذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة فالظاهر كونه مخالفا للاجماع (4)

و أما (5) ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

+++++

- الحرج عن المجتمع، لأنه لو منعناه عن التعامل في تلك الأشياء، و حكمنا بلزوم مباشرة الكبار فيها لاستلزم العسر و الحرج، اذ المباشرة منهم في جميع حاجياتهم ليلا و نهارا غير متحقق عادة، فدفعنا لهذا المحذور نقول بالجواز فيها على نحو الموجبة الجزئية و هي التصرفات الصغيرة

(1) هذا كلام شيخنا الانصاري يقصد به الرد على ما افاده (المحقق الكاشاني)

(2) اي الحرج المدعى في كلام (المحقق الكاشاني)

(3) اي (المحقق الكاشاني) إن اراد بجواز بيع الصبي و شرائه، في الأشياء الصغيرة

(4) الذي عرفته عند نقل الشيخ عن العلامة في كتاب التذكرة في ص 334 و عن السيد ابن زهرة في كتاب الغنية في ص 333

(5) عود على بدء من هنا رجع الشيخ الى اصل مسألة تصرفات الصبي و نفوذها، و لا ربط له بما افاده المحقق الكاشاني في هذا المقام

و الغاية من ذكر الرواية هو الرد على من استدل بها على صحة تصرفات الصبي

ص: 351

و نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده، معللاً بأنه إن لم يجد سرق (1) فمحمول
(2) على عوض

+++++

(1) راجع (وسائل الشيعة) الجزء 12. ص 118. الباب 33 الحديث 1

ثم البحث عن الحديث لا بد أن يكون من جهتين

(الأولى): كيفية دلالتها على صحة التصرفات

(الثانية): كيفية رد الشيخ على الحديث، وأنه لا دلالة له على صحة التصرفات

أما الأولى فنقول: إن بطلان عقد الصبي، وعدم نفوذ تصرفاته يمكن أن يكون مستندا ل أحد امرين

(الأول): عدم اعتبار قصده، وأن قصده كلاً قصد فهو كالسفيه والهازل كما عرفت

(الثاني): عدم اجتنابه عن المحرمات

فإن كان السبب هو الأول لكان المناسب التعليل بحديث رفع القلم عن المؤاخذة عن الصبي، لا التعليل بجملة: إن لم يجد سرق

فالتعليل بها دليل على أن قصد الصبي معتبر ومؤثر

فيما نحن فيه وهو الاستدلال برواية السكوني على صحة تصرفات الصبي فمنطوق الرواية: وهو أن الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده يصرح بعدم جواز كسبه

و مفهومها: وهو أنه إن يحسن الصناعة بيده يصرح بجواز كسبه

فالمستدل استدلال على الصحة بمفهوم الرواية فجواز الكسب في هذه الصورة دليل على اعتبار قصده وتأثيره

(2) هذا رد من الشيخ على الاستدلال بالحديث -

ص: 352

كسبه من التقاط، أو اجرة عن اجارة اوقعها الولي، أو الصبي بغير اذن الولي، أو عن عمل امر به من دون اجارة فاعطاه المستأجر، أو الأمر اجرة المثل، فإن هذه (1) كلها مما يملكه الصبي

لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها اذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها، لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة

نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالي بالمحرمات

و كيف كان (2) فالقول المذكور (3) في غاية الضعف

+++++

- وكيفية الرد أنه لا بد من التصرف في معنى الكسب، و حمله على معنى الاسم المصدري الذي هي نتيجة الكسب، لا على المعنى المصدري و هو الاكتساب

و خلاصة الرد أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن عوض كسبه و هي الفوائد و الأرباح الحاصلة من الالتقاط، أو اجرة اجارة أوقع الاجارة الولي، أو الصبي بغير اذن الولي، أو بواسطة امر أمر امره بعمل له اجرة المثل، أو غير ذلك من الأسباب الموجبة للحصول على الفائدة، و التي يملكها كلها الصبي

فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم إنما نهى عن هذه الأرباح و الفوائد لا عن نفس الكسب الذي هو الاكتساب حتى يستدل بالحديث على صحة تصرفات الصبي بمفهوم الحديث، ثم تؤخذ النتيجة و هي اعتبار قصد الصبي بهذه التصرفات

و المراد من العوض في قوله على عوض كسبه هي الأرباح و الفوائد

(1) و هي اجرة الاجارة، أو العمل الذي امره به الأمر، أو الملتقط

(2) اي سواء أ كان النهي في الرواية يدل على حرمة الكسب بمعناه المصدري أم بمعنى الاسم المصدري

(3) و هو ما افاده المحقق الكاشاني: من جواز بيع الصبي و شرائه

تصحيح المعاملة لو كان الصبي بمنزلة الآلة

نعم ربما صحح سيد مشايخنا في الرياض هذه المعاملات (1) اذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له اهلية التصرف، من جهة استقرار السيرة، واستمرارها على ذلك

وفيه (2) إشكال من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين كما في كثير من سيرهم الفاسدة (3)

و يؤيد ذلك (4) ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم، ولا- بينهم، وبين المجانين، ولا بين معاملاتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي اصلا، وبين معاملاتهم لأولياتهم على سبيل الآلية

مع أن هذا (5) مما لا ينبغي الشك في فسادها، خصوصا الاخير (6) مع أن الإحالة على ما جرت العادة به (7)

+++++

(1) وهو تعامل الصبي على الأشياء اليسيرة

(2) اي وفيما افاده السيد صاحب الرياض إشكال

(3) وقد عرفت منا غير مرة: أن السيرة اذا كان المراد منها سيرة المتشعبة كما هو الحق فلا يترتب عليها ما ذكره الشيخ من المفاسد

وأما اذا كان المراد منها غيرها فالحق مع الشيخ

(4) اي كون السيرة ناشئة من عدم المبالاة في الدين

(5) وهو عدم الفرق بين المميزين وغيرهم، وبين المجانين، وأنفسهم

(6) وهو عدم الفرق بين معاملاتهم لأنفسهم بالاستقلال، وبين معاملاتهم لأولياتهم على سبيل الآلية

(7) وهو ارسال الصبي لشراء الشيء، وبيعه من الأشياء اليسيرة كما افاده (المحقق الكاشاني)

كالإحالة على المجهول، فإن (1) الذي جرت عليه السيرة هو الوكول الى كل صبي ماهر فطن فيه بحيث لا يغلب في المساومة عليه.

فيكلون الى من بلغ ست سنين شراء (2) باقة بقل، أو بيع بيضة دجاج بفلس

و الى من بلغ ثماني سنين اشتراء اللحم و الخبز، و نحوهما

و إلى من بلغ اربع عشرة سنة شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكلون إليه امور التجارة في الأسواق و البلدان، و لا يفرقون بينه، و بين من اكمل خمس عشر سنة، و لا يكلون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب

و لا أظن أن القائل (3) بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل (4)

و كيف كان (5) فالظاهر أن هذا القول (6) أيضا مخالف لما يظهر منهم

+++++

(1) تعليل لكون ما افاده (المحقق الكاشاني): من جريان العادة في أصالة الصبي لشراء الأشياء الصغيرة اليسيرة

(2) عبارة عن حزمة من البقل، أو الورد، أو ما اشبه ذلك

(3) و هو (المحقق الكاشاني) القائل بصحة بيع الصبي، و شرائه في الأشياء اليسيرة

(4) و هو وكول من بلغ من الصبيان ست سنين الى شراء باقة بقل، و عدم وكولهم إليه شراء مثل القرى و البساتين، و بيعها

(5) اى سواء أ كان الكبار يكلون الصبي في شراء المذكورات على التفصيل المذكور أم لا يكلون

(6) و هو ما افاده (المحقق الكاشاني) في جواز بيع الصبي، و شرائه في الأشياء اليسيرة

ص: 355

وقد عرفت (1) حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز رد المال الى الصبي اذا دفعه الى الناقد لينقده، أو المتاع الذي دفعه الى المقوم ليقومه، مع كونه (2) غالبا في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي

و كذا حكمه (3) بالمنع من رد مال الطفل إليه باذن الولي، مع أنه بمنزلة الآلة في ذلك غالبا

دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبي الإباحة لو كان مأذونا و المناقشات فيه

وقال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحة عقد الصبي أصالة ووكالة ما لفظه:

نعم ثبت الاباحة في معاملة المميزين اذا جلسوا مقام أوليائهم أو تظاهروا على رءوس الأشهاد حتى يظن أن ذلك (4) من اذن الأولياء خصوصا في المحقرات

ثم قال: ولو قيل بتملك الآخذ منهم، لدلالة (5) مأذونيته في جميع التصرفات، فيكون (6)

+++++

(1) عند نقل الشيخ عنه في ص 349 بقوله: وقال أيضا: لو عرض ديناراً الى الناقد

(2) اي الصبي المميز في مثل دفع النقد الى الناقد؛ أو دفع المتاع الى المقوم

(3) اي حكم العلامة في التذكرة عند نقل الشيخ عنه في ص 349 بقوله:

فلو امره الولي بالدفع إليه

(4) اي التظاهر على رءوس الأشهاد

(5) تعليل لتملك الآخذ من الصبيان، اي لدلالة مأذونية الآخذ في جميع تصرفاته عند ما يأخذ من الصبي: على تملك ما يأخذه من الصبيان

(6) اي الآخذ يكون موجبا باعتبار أنه يملك نفسه، وقابلا باعتبار أنه يقبل هذا التملك لنفسه

ص: 356

موجبا قابلا لم يكن بعيدا انتهى (1)

أما (2) التصرف و المعاملة باذن الأولياء، سواء أ كان على وجه البيع أم المعاطاة فهو الذي قد عرفت أنه خلاف المشهور (3) و المعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة، لأنها (4) تصرف لا محالة وإن لم تكن بيعا، و لا معاوضة

و إن اراد (5) بذلك أن اذن الولي و رضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة، لا نفس المعاملة كما ذكره (6) بعضهم في اذن الولي في اعارة الصبي

فتوضيحه (7)

+++++

(1) اى ما افاده الشيخ كاشف الغطاء في هذا المقام

(2) هذا كلام شيخنا الانصاري يروم به الرد على الشيخ كاشف الغطاء و لذا كان الأنسب تبديل قوله: أما التصرف بقوله: إن كان المراد من ثبوت الإباحة

(3) حيث إن المشهور لا يجوز بيع الصبيان و شراءهم

(4) اى المعاطاة

(5) هذا إشكال ثان اورده شيخنا الانصاري على ما افاده الشيخ كاشف الغطاء: من ثبوت الإباحة في تعامل الصبيان المميزين: أن اذن الولي هو المفيد للإباحة، لا نفس تعاملهم

(6) اى كما ذكر ثبوت الإباحة من اذن الولي، لا من نفس تعامل الصبيان

(7) اى نقول في توضيح أن الإباحة تثبت باذن الولي، لا بنفس تعامل الصبيان المميزين

ص: 357

ما ذكره بعض المحققين (1) من تلامذته: وهو أنه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفقت، وكانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة (2) كما هو المشهور، و جرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة، و الرضا باعتماد غيرهم (3) في التصرف فيها (4) على الإمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات، و كان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعيين القيمة (5)، و الاختلاف الذي يتسامح (6) به في العادة فلاجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع و الشراء، مع الشروط المذكورة (7)، كما يعتمد عليه (8) في الاذن في دخول الدار، و في ايصال الهدية اذا ظهرت أمارات الصدق

+++++

(1) و هو المحقق المدقق الشيخ اسد الله التستري صاحب كتاب (المقاييس) يأتي شرح حياته، و شرح الكتاب في (أعلام المكاسب)

(2) أى لا الملكية

(3) و هم الصبيان

(4) أى في الأشياء اليسيرة

(5) فلو قال الصبي الجالس مكان وليه، أو المتظاهر بذلك على رءوس الأشهاد: إن قيمة هذه السلعة دينار واحد لصدق قوله، و قبل منه

(6) بأن قال الصبي: قيمة هذه السلعة ثمانون فلسا، و قال الآخذ المتعامل معه ثمانية و سبعين

فالفارق بين السعيرين و هما الفيلسان امر بسيط جدا لا يعبأ به

(7) التي ذكرها الشيخ كاشف الغطاء بقوله في ص 356: اذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رءوس الأشهاد

(8) أى على الصبي

ص: 358

بل ما ذكرنا (1) أولى بالجواز من الهدية من وجوه (2)

وقد استند فيه (3) في التذكرة الى تسامح السلف

وبالجملة فالاعتماد في الحقيقة على الاذن المستفاد من حال المالك في الاخذ و الإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب: من كونه (4)
صحيح التصرف لا على قول الصبي و معاملته من حيث إنه كذلك (5)

+++++

(1) و هو التسامح في الأشياء اليسيرة عند تصدي الصبيان بها

(2) و هي أربعة كما يلي

(الاول): أن تعامل الصبيان يكون في الأموال اليسيرة

بخلاف الهدية، فإنها أعم من اليسيرة و الخطيرة

(الثاني): وجود الامارات المفيدة للظن في تصدي الصبيان في البيع و الشراء كجلوسهم مقام أوليائهم، و أنهم على رعوس الأشهاد، و
بمرأى و منظر من الناس

بخلاف الهدية، فإنها لا تكون كذلك

(الثالث): أن تعامل الصبيان يفيد الإباحة المجردة

بخلاف الهبة، فإنها تفيد الملك

(الرابع): أن تعامل الصبيان على نحو المعاوضة اى يقع ما يعطيه الصبي معوضاً، و ما يأخذه عن الآخذ عوضاً

بخلاف الهبة، فإنها لا تكون على نحو المعاوضة هنا

(3) اى في جواز تصرفات الصبي: من حيث البيع و الشراء

(4) اى الصبي

(5) اى من حيث إنه صبي و مستقل في تصرفاته لا علاقة له مع أوليائه

و كثيرا (1) ما يعتمد الناس على الاذن المستفاد من غير وجود ذي يد اصلا، مع شهادة الحال بذلك (2) كما في دخول الحمام، و وضع الاجرة عوض الماء التالف في الصندوق، و كما في اخذ الخضروات الموضوعه للبيع، و شرب ماء السقائين، و وضع القيمة المتعارفة في الموضوع المعد لها، و غير ذلك من الامور التي جرت العادة بها

كما يعتمد على مثل ذلك (3) في غير المعاوضات (4) من أنواع التصرفات

فالتحقيق أن هذا (5) ليس مستثنى من كلام الأصحاب، و لا منافيا (6) له، و لا يعتمد على ذلك (7) أيضا

+++++

(1) هذا تأييد من الشيخ لما افاده: من حيث أن الصبي صحيح التصرف، و أن الاعتماد في الحقيقة على الاذن المستفاد من المالك، لا على قول الصبي

(2) اي على الاذن المستفاد

(3) اي على مثل وضع الاجرة عوض الماء في الصندوق، و كاخذ الخضروات الموضوعه في مكان معين للاخذ

(4) كما في اذن الصبي في الصلاة في مكان معين

(5) اي مثل تصرفات الصبي في البيع و الشراء ليس مستثنى من كلمات الأصحاب: و هو أنه لا تجوز تصرفات الصبي، و لا تكون نافذة

(6) اي و لا تكون هذه التصرفات منافية لتلك القاعدة: و هو كلام الأصحاب القائلين بعدم نفوذ تصرفات الصبي

(7) اي على تصرفات الصبي في البيع و الشراء اي لا تكون هذه التصرفات موجبة لتقديم قول المشتري لو تنازع مع المالك و ادعى أن الصبي -

ص: 360

في مقام الدعوى، ولا فيما (1) اذا طالب المالك بحقه، وظهر عدم الرضا. انتهى (2)

+++++

- مأذون من قبل المالك و انكر المالك ذلك بحجة أن قول المشتري موافق للظاهر فيقدم، و أن قول المالك بعدم اذنه له موافق للاصل الذي هو عدم الاذن

(1) اي و لا تكون هذه التصرفات موجبة لتقديم قول المشتري على قول المالك أيضا لو تنازعا في الاذن فادعاه المشتري و انكره المالك و قال بعدم رضاه في تصرفات الصبي فطالب من المشتري حقه و أظهر عدم رضاه بالمعاملة الواقعة بينه، و بين الصبي

ثم لا يخفى أن الفرق بين الصورة الاولى: و هو ادعاء المشتري اذن الولي للصبي في المعاملة، و انكار المالك ذلك

و بين الصورة الثانية: و هو طلب المالك حقه، و إظهاره عدم رضاه بالمعاملة: أن الصورة الاولى يكون المالك منكرًا لدعوى المشتري، و في الصورة الثانية يكون ساكتًا، أو يدعي الجهل بالاذن

ثم إن ثمره هذا النزاع تظهر في ضمان المبيع بعد التلف

فعلى القول بعدم تقديم قول المشتري، و أن القول قول المالك يكون المشتري ضامنا للمبيع المأخوذ بالمعاطة المفيدة للإباحة المجردة إما بالبدل الواقعي و هو المثل، أو القيمة، أو الجعلي و هو المسمى

و أما قبل التلف فلا ثمره مترتبة على النزاع، لأن العين الموجودة ترجع الى صاحبها، لتحقق موضوع التراد كما عرفت في الجزء السادس من المكاسب من طبعتنا الحديثة ص 291

(2) اي توضيح ما افاده كاشف الغطاء في هذا المقام، بناء على ما ذكره تلميذه (المحقق التستري) صاحب المقاييس قدس سره

ص: 361

و حاصله (1) أن مناط الإباحة و مدارها في المعاطة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين، أو بشخص منزل منزلة شخصين (2)، بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه في ماله حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق كإطارة الريح و نحوها ففرضيا على التصرف بإخبار صبي، أو بغيره من الامارات كالكتابة، و نحوها: كان هذا معاطة أيضا، و لذا (3) يكون وصول الهدية الى المهدي إليه على يد الطفل الكاشف ايصاله عن رضى المهدي بالتصرف، بل التملك كافيًا في إباحة الهدية، بل في تملكها (4)

و فيه (5) أن ذلك حسن إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطة من دون إنشاء إباحة، أو تملك، و أنه يكتفى فيها بمجرد الرضا

+++++

(1) اي و حاصل التوضيح، أو حاصل ما افاده كاشف الغطاء

(2) كما عرفت في الجزء السادس من (المكاسب) من طبعتنا الجديدة ص 351 بقوله: فالمعيار في المعاطة وصول المالكين، أو احدهما مع التراضي

(3) اي و لأجل أن التعاطي يحصل و لو بواسطة إطارة الريح مال كل منهما الى الآخر

(4) اي في تملك الهدية

(5) اي و فيما افاده (المحقق التستري) نظر

من هنا يريد الشيخ النقاش مع (المحقق التستري) فيما افاده في توضيح ما افاده استاذة (كاشف الغطاء)

و خلاصة النظر: أن ما افاده (المحقق التستري) حسن

لكنه متوقف أولاً على ثبوت حكم المعاطة و هي الإباحة المجردة من دون وجود إنشاء إباحة، أو تملك اصلاً، و أنه يكتفى في حصول المعاطة بمجرد الرضا من الطرفين -

ص: 362

و دعوى حصول الانشاء بدفع الولي المال الى الصبي مدفوعة: بأنه (1) إنشاء إباحة لشخص غير معلوم، و مثله (2) غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة، مع العلم بخروجه (3) عن موضوعها

و به (4) يفرق بين ما نحن فيه (5)

و مسألة إيصال الهدية بيد الطفل، فإنه يمكن فيه (6) دعوى كون دفعها (7) إليه للإيصال إباحة، أو تمليكا، كما ذكر أن اذن الولي للصبي في الاعارة اذن في انتفاع المستعير

+++++

- و هذا أول الكلام

و لا يخفى أن شيخنا الانصاري ذهب الى هذا الرأي في آخر تنبيهات المعاطاة

و قد ذكرناه لك آنفا في الهامش 2 ص 362

(1) اي هذا لإنشاء المدعى إنشاء إباحة لشخص غير معين

(2) اي و دخول مثل هذا الإنشاء غير معين في حكم المعاطاة غير معلوم

(3) اي بخروج مثل هذا الانشاء غير معين في المعاطاة عن المعاطاة

(4) اي و بهذا الخروج

(5) و هو بثبوت الاباحة في تعامل الصبيان في البيع و الشراء في الأشياء اليسيرة

(6) اي في إيصال الهدية بيد الطفل

(7) اي دفع الهدية الى الطفل لإيصالها الى المهدى له على نحو الاباحة، أو التمليك

بخلاف تعامل الصبي في البيع و الشراء في الأشياء اليسيرة فإنه ليس على نحو الاباحة، أو التمليك

ص: 363

و أما (1) دخول الحمام، و شرب الماء، و وضع الا-جرة و القيمة فلو حكم بصحتها، بناء على ما ذكرنا: من حصول المعاطاة بمجرد
المرضاة الخالية عن الانشاء انحصرت صحة وساطة الصبي بما يكتفى فيه بمجرد وصول العوضين (2) دون ما لا يكتفى فيه (3)
و الحاصل أن دفع الصبي (4) و قبضه (5) بحكم العدم فكل ما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين الى صاحب الآخر بأي وجه اتفق فلا
تضر فيه مباشرة الصبي لمقدمات الوصول (6)

ثم إن ما ذكر (7) مختص بما اذا علم اذن شخص بالغ عاقل للصبي وليا كان أو غيره

+++++

(1) هذا رد على ما افاده (المحقق التستري) بقوله في ص 360: كما في دخول الحمام و وضع الاجرة عوض الماء

(2) كما في الأشياء اليسيرة

(3) كما في الأشياء الخطيرة، و الصادرة و الاستيراد، و ما شابه هذه

(4) كما في بيعه

(5) كما في شرائه

(6) و أما غير هذه المتوقف على الدفع و القبض فتضر مباشرة الصبي فيه

(7) و هو أن الظن الحاصل من جلوس الصبي مقام وليه، و التظاهر به على رؤوس الأشهاد مختص بصورة علم الآخذ بكون الصبي مأذونا
من قبل وليه في البيع و الشراء فيصح له التعامل معه

و الآخذ الجاهل بذلك يكون خارجا عن جواز التعامل معه مع أن المدعى عام فيكون الدليل أخص من المدعى

ففي الحقيقة هذا إشكال آخر من الشيخ على السيد صاحب الرياض

ص: 364

و أما ما ذكره كاشف الغطاء اخيرا: من صيرورة الشخص (1) موجبا وقابلا (2)

ففيه أولا أن تولي (3) وظيفة الغائب و هو من اذن للصغير إن كان باذن منه فالمفروض انتفاؤه، و إن كان (4) بمجرد العلم برضاه، فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع

و ثانيا أن المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عمن اذن للصبي

+++++

(1) و هو الآخذ من الصبي

(2) في قوله في ص 357 عند نقل الشيخ عنه: فيكون موجبا وقابلا لم يكن بعيد

(3) اى تولي الآخذ في ايقاع الايجاب عن الغائب الذي هو ولي الصغير الآذن للصغير في البيع و الشراء في الأشياء اليسيرة إن كان باذن من ولي الصغير فالمفروض أن هذا الاذن منتف و ليس بموجود للآخذ

(4) اى و إن كان تولي الآخذ في الايجاب و القبول بمجرد العلم برضى ولي الصغير فالإكتفاء بمثل هذا العلم، وأنه سبب لخروج هذا الآخذ عن موضوع البيع الفضولي مشكل، بل هو احد أفراد البيع الفضولي

فعلى هذا لا يصح أن يكون الآخذ موجبا وقابلا

بالإضافة الى لزوم اتحاد الموجب و القابل، و إن كان هذا ممكن الارتفاع بلحاظ تعدد الاعتبارين: باعتبار أنه يبيع للطفل و يشتري لنفسه فيكون موجبا على وجه الفرعية، لتفرعه عن اذن ولي الطفل.

و باعتبار أنه مشتر لنفسه فيكون قابلا بالأصالة، و أما لو باع مال نفسه الى الصبي فيكون الامر بالعكس -

ص: 365

ثم إنه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآلية بالصبي، ولا بالأشياء الحقيرة، بل هو جار في المجنون والسكران، بل البهائم، وفي الأمور الخطيرة، إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار وكان الصغير آلة فلا فرق في الآلية بينه، وبين غيره

نعم (1) من تمسك في ذلك بالسيره من غير أن يتجشم لا دخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك بالصبي، لأنه المتيقن من موردها، كما أن ذلك مختص بالمحقرات

+++++

- ثم لا يخفى أنه بعد القول بصدور الاذن من ولي الصغير للصغير لا يبقى مجال للإشكال المذكور، لأن اذن الصغير للاخذ اذن من الولي، لكنه ليس بالمباشرة

(1) استدراك عما افاده: من عدم وجه لاختصاص ما ذكره:

وهي الآلية: بالصبي، وبالأشياء الحقيرة

و خلاصته: أن الذي يتمسك في صحة تصرفات الصبي في البيع و الشراء في الأشياء الصغيرة بالسيره المستمرة، ولا يتكلف في إدخال هذه التصرفات تحت قاعدة فقهية معينة: فله أن يخص هذه التصرفات بالصبي المميز، لأنه المتيقن من جواز التصرف، فلا تشمل هذه التصرفات المجنون و السكران

كما أن هذه التصرفات تختص بالمحقرات، فلا تشمل الأشياء الخطيرة

ص: 366

1 - الأبحاث

2 - التعليقات

3 - الآيات الكريمة

4 - الأحاديث الشريفة

5 - الأعلام

6 - الكتب

7 - الخاتمة

ص: 367

1 - فهرس الأبحاث

ص الموضوع

4 الإهداء

7 مقدمة في خصوص ألفاظ البيع

9 في كيفية طلاق الاخرس

11 ترجيح الكتاب على الاشارة

13 الكلام في الخصوصيات المعتبرة في البيع

15 عدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد

17 ما يظهر من النصوص و الفتاوى في أبواب العقود اللازمة

19 جواز البيع بكل لفظ

21 ما افاده في المسالك في تقبل احد الشريكين حصة صاحبه

23 تجويز ايجاب الضمان بلفظ تعهدت

25 ما اورده الشيخ على بعض الأعلام

27 اللفظ الدال على المراد بقريئة لفظية

29 امكان انطباق ما ذكره الشيخ مع ما ذكره العلامة

31 المراد من الخطاب بالكناية

ص الموضوع

33 رد الشيخ على ما افاده فخر المحققين

35 الضابطة الكلية في ايقاع العقد بالعناوين الطائفة

37 ما ذكره فخر المحققين مؤيد لما أفاده الشيخ

39 الألفاظ الدالة على الايجاب و القبول

41 وقوع الايجاب بلفظ اشترت

43 دفع وهم و الجواب عنه

45 الكلام في القبول

47 هل يعتبر عدم اللحن في الصيغة

49 هل يعتبر علم المتكلم تفصيلا بمعاني الألفاظ

51 ورود الايجاب بلفظ المضارع في الأحاديث

53 القبول فرع الايجاب فلا يتقدم عليه

55 كلام شيخ الطائفة في النكاح

57 رأي الشيخ حول تقديم القبول على الايجاب

59 فساد ما حكى عن بعض المحققين

ص: 369

61 المراد من الرضا في القبول

63 ورود القبول بلفظ الأمر في الرواية

65 الاختلاف الواقع في تقديم القبول على الايجاب بلفظ الأمر

67 من جور تقديم القبول على الايجاب جوز تقديمه بلفظ الأمر

69 رأي الشيخ حول تقديم القبول على الايجاب

71 في جواز تقديم القبول على الايجاب بلفظ اشترت

73 لا يوجد في حقيقة الاشارة معنى القبول

75 تصريح صاحب النهاية و المسالك في أن اشترت ليس قبولاً

77 لا بد من أن يكون القبول جامعاً

79 الحلبي و ابن حمزة لا يجوز ان تقديم القبول على الايجاب

81 كل ما قيل في اشترت يجري في كل قبول فيه إنشاء

83 لا بد في القبول من مطابقته مع الالتزام الحاصل من الموجب

85 في أقسام القبول

87 مأخذ اشتقاق الموالاة

89 تحقيق في الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً

91 وجه آخر لكون الاستثناء سبباً لوجوب الموالاة

93 إشكال من الشيخ على ما افاده الشهيد

95 الميزان في الموالاة موكول الى العرف

97 استشهاد الشيخ بكلام العلامة على عدم جواز التعليق

99 متابعة الشهيد الاول للعلامة في عدم جواز التعليق

101 إشكال و الجواب عنه

103 الشرط إما أن يكون مصححا للعقد أولا

105 التعليق على قسمين

107 المراد من الرضا في القبول

109 الكلام في التقادير الاربعة

111 عدم الخلاف من الشيعة و السنة في عدم جواز التعليق

113 الاشتراط في العقد هو مقتضاه

117 ما افاده الشهيد حول التعليق

119 ما افاده صاحب الجواهر في التعليق

ص: 370

121 تحقيق حول المسبب

123 ايراد الشيخ على ما افاده صاحب الجواهر

125 القادح في التعليق هو التعليق في الإنشاء

127 ما افاده الشهيد في العقود و الايقاعات

129 لزوم التطابق بين الايجاب و القبول

131 في اختلاف الموجب و القابل

133 بيان وجه عدم قابلية المتعاقدين

135 اختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا

137 هل الأحكام الظاهرية بمنزلة الأحكام الواقعية؟

139 لزوم بقاء المتعاقدين على صفة صحة الإنشاء

141 الحديث النبوي يدل على ضمان ما ابتاعه بالعقد الفاسد

143 الاستدلال بحديث الامة المسروقة على الضمان

145 توقف الشهيد الثاني في قاعدة كل عقد يضمن بصحيحه

147 أقسام تدارك التالف

149 تدارك التالف بغير عوضه الواقعي

151 العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الألفاظ

153 المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان

155 ضعف تعلق الضمان بشخص العقد

157 عدم كون العقد الفاسد علة تامة للضمان

159 متابعة الشهيد الثاني للشيخ في الضمان بقاعدة الإقدام

163 الإقدام على الضمان لا يخلو عن تأمل

165 إيراد الشيخ على الاستدلال بحديث على اليد

167 مراد شيخ الطائفة من الاستدلال بالإقدام

169 عدم الفرق في ضمان العقد الفاسد بين جهل الدافع، وعلمه

171 معنى ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

173 رأي المحقق الثاني في العين المستأجرة بالعقد الفاسد

175 عدم مجيء قاعدة ما لا يضمن بصحيحه في موارد عديدة

ص: 371

177 نقض قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

179 الخدشة في الأولوية المذكورة

181 النقاش في كون الإمساك تصرفا

183 في حكم المنافع المستوفاة

185 عدم اجتماع ضمان العين مع ضمان الخراج

187 انتقاص ما ذكره الشيخ في معنى الرواية بالعارية المضمونة

189 ما اورده الشيخ على من اورد على صاحب الوسيلة

191 في المنافع غير المستوفاة

193 نظرية الشيخ حول المنافع المستوفاة

195 الأخبار الواردة في عدم ضمان المنافع غير المستوفاة

197 التوقف في ضمان المنافع غير المستوفاة

199 ترجيح الشهيد الثاني أن المصوغ من النقدين قيمى

207 كل نوع من أنواع الجنس مثلى

209 اطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية أنواعه

211 ايراد الشيخ على التعريف المشهور للمثلى

213 تعريف المثلى بتعاريف اخرى

215 لا يوجد في النصوص حكم يتعلق بالمثلى

217 راي الشيخ حول الموارد المشكوكة

219 إمكان القول بتخيير الضامن

221 الضمان بالمثل هي القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان

223 عدم دلالة الآية الكريمة على القول المشهور

225 ذهاب الشهيدين الى عدم جواز رد العين المقترضة

227 النسبة بين مذهب المشهور و الآية الكريمة

229 عدم اجراء الاجماع على ضمان القيمي بالقيمة

231 الخبر الدال على أن الثابت في ذمة المقترض هي الدراهم الاولى

233 عدم انتقال المثل الى القيمة و ان سقط عن المالية

235 عدم الفرق في جواز مطالبة المثل

ص: 372

ص الموضوع

في مكان التلف، وغيره

237 دليل آخر على وجوب دفع القيمة لو طالبها المالك

239 احتمال اعتبار وقت تعذر المثل

241 حاصل جميع الاحتمالات المذكورة في القواعد

243 حاصل توجيه العلامة

245 ضمان التالف بأعلى القيم عند تعذر المثل

247 ما ذكره العلامة في القواعد حول تلف المثلي

249 ما أورد على المحقق الكركي

251 تعيين ما افاده المحقق الكركي عند انعقاد الاجماع

253 في تعيين قيمة المثل مع عدم فرض وجوده إشكال

255 الكلام في القرض كالكلام في الغصب

257 في حكم المبيع الفاسد التالف لو كان قيميا

259 المتيقن من المتعارف هو تعذر المثل

261 في الاطلاقات الواردة

ص الموضوع

263 اختلاف الفقهاء في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد

265 في الحاق المقبوض بالعقد الفاسد بالقبض

267 تحقيق حول صحيحة ابي ولاد

277 إطناب بعض حول تفسير بعض جمل الصحيحة

281 المراد من قيمة ما بين الصحيح والمعيب

283 سر التعبير بيوم المخالفة في الصحيحة

285 سر تغيير التعبير هو سهولة اقامة البيئة

287 سر التعبير برد المالك اليمين الى الغاصب

289 لو كان المعيار في ضمان القيمة بيوم المخالفة

291 أبعديّة حمل الصحيحة على التعبد من حملها على صورة الاتفاق

293 في الجواب عن إرادة أعلى القيم

295 للعين المتعذر الوصول إليها مراتب من الضمان

ص: 373

297 ما حكي عن شيخنا المفيد في ضمان القيمة بيوم الدفع

299 حكم تعذر الوصول الى العين حكم تلف العين

301 الذهاب الى القول الاخير جمع بين الحقين

303 لبس ثبوت القيمة للعين المتعذر الوصول إليها كثبوت القيمة للعين

305 احتمال كون المبذول مباحا إباحة مطلقة

307 ما افاده المحقق و الشهيد الثانيان في القيمة

309 الكلام في البديل المبذول

311 في حكم خروج العين عن المالية رأسا

313 كلمات الأعلام في خياطة الثوب بالخياط الغصبية

315 في حالات ذهاب العين

317 قسم رابع لتعذر الوصول الى العين

319 مقتضى صدق الغرامة خروج الغارم عن عهدة العين

321 في وجوب رد العين اذا ارتفع ص الموضوع

التعذر

323 حكم الغرامة المدفوعة عند طرو التمكن

325 ضعف توهم كون المدفوع بدلا عن القدر الفائت

327 ليس للغاصب حبس العين

329 ما ذكره العلامة في القواعد

331 كلام حول إن الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال

333 في شروط المتعاقدين

335 الاستدلال بحديث حمزة بن حمران

337 بطلان ما يوقعه الصبي وإن كان باذن الولي

339 التمسك بحديث رفع القلم ينافي شرعية عبادة الصبي

341 الاجماع و الشهرة هما الدليل على عدم نفوذ تصرفات الصبي

343 التمسك بصحيفة محمد بن مسلم

345 لا وقع بما التزم به الصبي

347 تحقيق حول رفع القلم

349 عدم الفرق في معاملة الصبي بين اليسير و الكثير

ص: 374

351 نقاش من الشيخ حول ما افاده المحقق الكاشاني

353 جواب الشيخ عن الاستدلال برواية السكوني

355 ايراد الشيخ على ما افاده المحقق الكاشاني

357 توضيح ما افاده الشيخ كاشف الغطاء

359 الاعتماد على جواز تصرفات الصبي ص الموضوع

على الاذن الحاصل من المالك

361 جواز تصرفات الصبي لا يكون مبررا لتقديم قول المشتري

363 رد من الشيخ على الدعوى المستدل بها

365 رد من الشيخ على ما افاده الشيخ كاشف الغطاء

ص: 375

2 - فهرس التعليقات

ص الموضوع

7 تحقيق حول كلمة المقدمة

8 تعليل و خلاصته

9 في الحديث الدال على صحة طلاق الاخرس بالاشارة

9 تعليل و خلاصته

10 تأييد من الشيخ لمدعاه

10 خلاصة كلام الشيخ

11 الحديث الدال على ترجيح الكتابة على الاشارة

12 تعريف الحقيقة و المجاز و الكناية

13 اتيان الشيخ بكلمات الفقهاء

13 التسليط على المال أعم

14 المراد من الاصل الاستصحاب

15 المجاز على ثلاثة أقسام

15 تعريف المجاز القريب و البعيد

16 تعريف أبسط للكناية

16 الفرق بين الكناية و المجاز

17 الكناية الجلية و الخفية

19 تعريف تبصرة العلامة

20 المراد من السلم

ص الموضوع

20 تعريف حول التولية

21 تعريف حول تقبل احد الشريكين حصة صاحبه

23 تعريف الاعارة و المزارعة

26-27 تعليل و خلاصته

27 خلاصة كلام الشيخ

27 في اللفظ الدال على المراد بمعونة لفظ آخر

28 الإشكال في الاكتفاء في فهم المراد من المشترك اللفظي على القرينة المعينة

29 تعليل و خلاصته

30 إن قلت قلنا

30 الاشارة الى قسمي اللازم

32 خلاصة كلام العلامة

34 عدم جواز استعمال لفظ في غير معناه

35 تعليل و خلاصته

36 تفريع

37 الاقتصار في النكاح على الألفاظ الثلاثة، لأجل ورودها في القرآن

ص: 376

38 عدم جواز استعمال لفظ مكان لفظ آخر

41 خلاصة كلام الشيخ

42 وجه الأبعدية

42 تحقيق حول كلمة شريت و اشترت

43 دفع وهم و حاصل الوهم، و الجواب عن الوهم

44 خلاصة الاستثناء

46 وجهان في ذكر انعقاد القبول بلفظ الإمضاء

48 ايراد منا على الشيخ فيما افاده:

من اعتبار العربية

50 النظر ووجهه

50 ايراد على الشيخ فيما افاده

51 الحديث الوارد في العبد الأبق و اللبن

51-52 في الضرع: و النكاح

55 خلاصة كلام الشيخ

56 المراد من الفحوى

56 حديث سهل الساعدي

57 ايراد على ما افاده الشيخ

57 تحقيق حول كلمة قيس

61 وجه الفساد و خلاصته

62 خلاصة كلام الشيخ

62 رد الشيخ على ما افاده شيخ الطائفة

63 تأييد من الشيخ لما افاده

63 دليل ثان من الشيخ للرد على شيخ الطائفة

64 دليل ثالث من الشيخ للرد على شيخ الطائفة

65 دعوى كبرى كلية من الشيخ في جواز تقديم القبول على الايجاب

67 استدراك و خلاصته

69 تميم و خلاصته

70 مفهوم إن لم يجمع اجماع

71 وجه الامر بالتأمل

72 خلاصة كلام الشيخ

73 الفرق بين الادخال من ناحية البائع و الادخال من ناحية المشتري

73 سؤال تقديري و خلاصة الجواب عنه

74 جواب و خلاصته

75 مراد صاحب النهاية و المسالك

ص: 377

76 تحقيق حول أن اشترت ورضيت متعكسان عند التقديم و التأخير

80 استدراك و خلاصته

80 إشكال في جواز تقديم القبول على الايجاب

81 الفرق بين العقد و الايقاع

85 كلام في العارية و الوكالة و المضاربة

86 تحقيق حول الموالة

87 مبدأ مأخذ الموالة في العقد و اعتبارها فيه

91 تأييد من الشيخ في توجيه كلام العلامة

91 وجوب الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه هو سبب لوجوب الموالة في الأشياء المترابطة

91 احتمال و خلاصته

92 الارتباط على قسمين

93 إيراد الشيخ على ما افاده الشهيد الاول

97 في الفرق بين العبارتين في الوكالة

98 إن قلت قلنا

100 خلاصة كلام الشيخ

101 إشكال و خلاصته و الجواب عنه

101 خلاصة كلام الشيخ

102 تفصيل الكلام في التعليق و أقسامه

103 الشرط الذي يعلق عليه العقد له أربعة أفراد

104 الامر الثاني للشرط الذي يعلق عليه العقد

105 الشرط إما مصرح به، أو مستفاد من لازم الكلام

105 في صور التعليق و هي ستة عشر

109 حكم الشيخ في صحة بعض الصور و بطلان بعضها الآخر

111-112 استدراك و خلاصته

112 القسم الثالث من أقسام التعليق

112 النوع الثاني من القسم الثالث

113 خلاصة استدلال البعض

113 تنظير و خلاصته

114 ايراد الشيخ على استدلال البعض و خلاصته

117 إشكال آخر على استدلال البعض

119 خلاصة ما افاده صاحب الجواهر

ص: 378

ص الموضوع

120 إشكال من الشيخ على ما افاده صاحب الجواهر

122 تعليل و خلاصته

123 إشكال خامس على ما افاده صاحب الجواهر

124 خلاصة استدلال من يشترط التنجيز في العقد

125 رد من الشيخ على من يقول بتوقيفية الأسباب

127 تعليل و خلاصته

128 في الفرق بين الطلاق و طرفيه

132 إشكال و وجهه

133 وهم و الجواب عنه

135 صور اختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا و هي أربعة

135 الأقوال في اختلاف المتعاقدين اجتهادا، أو تقليدا

137 خلاصة عبارة الشيخ

140 وجه التأمل

143 وهم و الجواب عنه

145 كلام حول كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده

ص الموضوع

146 تمهيد الشيخ قاعدة كلية

149 الحديث الوارد في الاستعارة

150 سبب وجه الضعف

151 مقصود كلام الشيخ

151 المراد من قوله: فافهم

151 مقصود الشيخ من قوله: ثم العموم

155 بيان وجه الضعف

158 المدرك لقاعدة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

159 تحقيق حول حديث على اليد ما اخذت

162 في تقسيم المنافع

166 الحديث الوارد عن الحلبي

169 في صورة البائع والمشتري

170 وهم والجواب عنه

170 وهم آخر

173 إشكال على ما افاده المحقق

183 تحقيق حول حديث: الخراج بالضمان

185 الحديث الوارد عن اسحاق بن عمار حول المنافع المستوفاة

ص: 379

186 حديث آخر عن اسحاق بن عمار حول المنافع المستوفاة

187 إشكال ووجهه

188 وجه التأمل

188 القاعدة الاولى - و الثانية - و الثالثة

189 الحديث الوارد في ضمان قيمة الولد

190 وجه الأضعفية

192 لا يقال فإنه يقال

192 وهم و الجواب عنه

193 وجه الإشكال

193 نظرية الشيخ حول المنافع غير المستوفاة

194 وهم و الجواب عنه

197 وجه الأظهرية

197 عدول الشيخ عما افاده

198 تحقيق حول المثلي و القيمي

202 إن قيل قلنا

203 لا يقال فإنه يقال

204 خلاصة كلام الشيخ

205 المراد من الأجزاء

205 تعليل لكون المصوغ من الذهب ص الموضوع

206 تصحيح عبارة الكتاب

206 استثناء و خلاصته

206 تحقيق حول الجريش و الدقاقة

207 تحقيق حول النوع و الجنس، و تقسيم الجنس

207 تحقيق حول الصنف

209 وجه البعد

210 وجه الأبعدية

210 إشكال على ما افاده الشيخ

211 إشكال آخر على ما افاده الشيخ

213 التعريف الثاني للمثلي أعم من التعريف الاول

213 التعريف الثالث للمثلي أخص من التعريف الثاني

216 المراد من الاصل الاصل العملي

216 للاصل العملي أربعة احتمالات

217 ذكر وجه الاحتمالات

218 المراد من الاصل هو الاستصحاب

218 وهم و الجواب عنه

219 استدراك و خلاصته

220 تحقيق حول تشاح المالك و الضامن

ص: 380

220 ذكر وجه التأمل و ما افاده الأعلام

222 وهم و الجواب عنه

224 مقصود الشيخ

225 استدراك و خلاصته

227 ما ذكره الشيخ حول الآية الكريمة و الدليل السابق، و النسبة بينهما

229 تخصيص الآية بالاجماع

229 تعليل و خلاصته

230 مقصود الشيخ من قوله: فحصل الكلام

231 الحديث الوارد عن يونس في الدراهم الساقطة

232 وجه التأمل

233 تأييد

233 الفحوى و وجهها

234 المراد من التردد

236 البحث في الحكم التكليفي و الوضعي

237 المراد من يوم المطالبة

244 وجه فافهم

245 تعليل و خلاصته

246 تعليل و خلاصته

247 خدش و خلاصته

249 استثناء و خلاصته

249 وجه التأمل

251 النسبة بين الإعواز و التعذر

252 الحديث الوارد في بيع السلف

253 الأقوال في ملاك القيمة اذا لم يوجد المثل

256 تحقيق حول كلمة (مفازة)

257 مصدر الأحاديث الدالة على أن ضمان القيمي التالف بالقيمة، و ذكر بعض من تلك الأحاديث

259 إشكالنا على ما ادعاه الشيخ من الانصراف

260 ذكر مناقشة الشيخ مع الاسكافي

261 رد من الشيخ على مقالة شيخ الطائفة و الإسكافي و المحقق

262 الشق الثاني من نقاش الشيخ مع المذكورين

264 الاصل الاولي

265 استدراك و خلاصته

ص: 381

265 إضراب عن الاستدراك و خلاصته

266 تعليل و خلاصته

267 استدراك عما افاده الشيخ

268 تحقيق عن هبيرة و قصر هبيرة

272 تحقيق حول قوله عليه السلام:

نعم قيمة يوم خالفته

272 تحقيق حول كلمة دبر و عقر

273 تحقيق حول كلمة حَبَّته

273 ذكر تمام حديث أبي ولاد

274 محل الشاهد من صحيحة ابى ولاد

274 اعتراض المعلقين على ما افاده الشيخ حول كلمة ثانيا

275 اعتراضنا على الاعتراض المذكور

276 الشق الثاني لكيفية الاستشهاد بصحيحة ابى ولاد

277 ايراد على الدلالة

278 الغاية من جعل الظرف قيذا للقيمة

278 تعليل و وجه الظهور

279 لا يقال فإنه يقال

280 المراد من الفرق بين قيمة ص الموضوع

الصحيحة و المعيبة

281 تحقيق حول وصف الصحة اذا تلف

282 وجه الظهور

282 وجه الظهور أيضا

282 استدراك

283 وهم و الجواب عن الوهم

284 تأييد

284 استثناء و خلاصته

285 تفريع

285 وجه الامر بالتأمل

286 إشكال ثان

287 الظاهر خلاف الظاهر

288 صور تنازع المالك و الغاصب

289 اذا كان المعيار في ضمان القيمي يوم التلف

292 استدراك

293 استقرار القيمة العالية متوقف على تلف العين

293 استقرار أعلى القيم مخالف لأصالة براءة الذمة

ص: 382

293 ما ذكره صاحب الرياض و العلامة المجلسي

294 وجه النظر فيما ذكره صاحب الرياض و العلامة المجلسي

295 إشكالنا على الشيخ بقولنا: و لا يخفى

296 الجواب عن أصالة اشتغال الذمة

297 استدراك و خلاصته

297 الأقوال في زيادة القيمة بعد تلف العين

300 الإشارة الى ما ذكره العلامة الممقاني في تعليقه على المكاسب

301 كيفية الجمع بين الحقين

302 إشكال و وجهه

302 وجه الأوقفية

303 وجه التأمل

304 المراد من خروج العين عن المالية

304 المراد من قول الأعلام: بلا خلاف

306 إن قلت قلنا

307 من متممات كلام الشهيد الثاني

311 ما أوردناه عبارة على المكاسب بقولنا:

و الصحيح على مقدار ماليتها

ص الموضوع

313 المراد من أكثر الامرين

313 لا يقال فإنه يقال

314 تعليل

314 وهم

315 الجواب عن الوهم

316 لعل وجه التأمل

317 وجه المنافاة، ووجه عدم المنافاة

317 صور مسألة تعذر الوصول الى العين

318 دليل عدم جواز الرد و خلاصته

318 استثناء و خلاصته

321 وجه عدم الاجتماع

322 وهم و الجواب عنه

322 وهم آخر و الجواب عنه

324 وجه الأظهرية

325 ضعف التوهم

326 وجه التأمل

327 بيان أن الغرامة ليست عوضا عن مطلق السلطنة

328 بيان عن جزم ابن ادريس

329 وجه عدم جواز حبس الغاصب العين

ص: 383

ص الموضوع

354 كلام حول السيرة

356 تعليل

357 كلام شيخنا الانصاري

357 إشكال ثان على كاشف الغطاء

358 الاختلاف في السعيرين

359 الوجوه الاربعة

360 تصرفات الصبي لا تكون موجبة لتقديم قول المشتري لو تنازع مع المالك

361 وكذا لا تكون موجبة لتقديم ص الموضوع

قول المشتري لو طالب المالك حقه

362 إشكال الشيخ على المحقق التستري و خلاصته

364 إشكال من الشيخ على صاحب الرياض

365 الآخذ من الصبي داخل في البيع الفضولي

366 إشكالنا على ما افاده الشيخ

366 استدراك و خلاصته

ص: 384

- 1 -

إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ 43

- ب -

بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ 160

- ح -

حَيْثُ قَالُوا يَدُ اللَّهِ مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَلُعِنُوا بِمَا قَالُوا 160

- ف -

فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا 38

فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ 38

فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ 216، 222، 229، 233، 237، 260

- ق -

قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ 37، 50

- ن -

النَّبِيِّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ 86

- و -

وَإِتْلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ 340

وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ 50، 55، 125

وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ 50، 53، 55، 120، 121، 125

وَتِجَارَةٌ عَنِ تِرَاضٍ 55، 125

وَلَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ 46

وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ۚ 119، 142

ص: 385

4 - فهرس الأحاديث الشريفة

- 1 -

إن الناس مسلطون على أموالهم 120، 125، 236، 158، 303، 327.

- خ -

الخراج بالضمان 184، 186، 187، 190

- د -

رفع عن امتي تسعة 15

رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ 334، 335

- ع -

على اليد ما اخذت حتى تؤدي 154، 156، 159، 160، 162، 165، 174، 175، 180، 192، 193، 216، 217، 250، 323

- ل -

لا ضرر ولا ضرار 166، 235، 294، 301

- م -

المسلم اخو المسلم لا يحل ماله الا عن طيب نفس منه 165، 181، 183

من كنت مولاه فعلي مولاه 86

ص: 386

5 - فهرس الأمكنة

- أ -

ايران 224، 344

- ب -

بابل 268

بغداد 269، 271، 272، 273، 275، 279

- ج -

الجربوعية 268

- د -

العراق 224، 254

- هـ -

غدير خم 86

- و -

قصر بني هبيرة (ابن هبيرة) 270، 272، 273، 275، 278، 279

- ز -

الكوفة 268، 269، 271، 272، 273، 275، 278، 279

- ح -

لبنان 57

- ط -

مصر 48

الميس 57

- ن -

النيل 269، 270، 271، 278، 279

- ه -

الهاشمية 268، 269

ص: 387

- 1 -

الأئمة المعصومون - ع - 287

ابن حمزة 79

ابن زهرة 7، 65، 78، 198، 341، 351

ابن سنان 335

ابن ماجة 183

ابن محبوب 268

ابو البختری 343

ابو بصیر 52

ابو حنیفة 19، 269، 270، 273

ابو داود 183

ابو الدرءاء 350

ابو عبیدة 184

ابو ولاد 19، 198، 200، 257، 259، 261، 268، 273، 274، 280، 288، 290، 291، 292، 330

احمد 183

الاردییلی: المحقق 58، 172، 205، 210، 340

الاسکافی 198، 260-262، 266، 267

- ب -

الامام الباقر - ع - ابو جعفر 258، 335، 342، 343

البجنوردی: میرزا حسن 159

البزنطي: ابو نصر 11

بنو امية 268

- ت -

الترمذي 183

التستري: اسد الله 358، 361، 362 364

تغلب: ابان بن تغلب 55، 65

- ث -

ثعلبة 52

- ح -

الحلبي 78، 79، 149، 166 200 252، 297

الحلي: ابن ادريس 7، 12، 96 141، 172، 197، 198، 235 237، 265، 267، 328، 330 335، 343

الحلي: العلامة 7، 19، 29-33

ص: 388

55، 68، 69، 86، 91، 96، 97، 98، 102، 109، 144، 155، 165، 172، 177، 197، 198، 212-214، 243، 244، 247، 251،
263، 296، 312، 329، 335، 341، 342، 350، 351، 356

حمران: حمزة بن حمران 335

- ر -

الرسول الأعظم - ص - 15، 46، 56، 63، 64، 86، 95، 120، 154، 156، 158-161، 165، 166، 173، 181، 184، 192، 216،
217، 235، 250، 294، 301، 303، 323، 334، 335، 352

الامام الرضا - ع - ابو الحسن 11 231

- ز -

زرارة 189

الامام زين العابدين - ع - علي 343

- س -

الساعدي: سهل 56، 63، 66، 67، 95

السكوني 258، 351، 352

سماعة

- ش -

الشهيد الاول 19، 49، 55، 86، 87، 90، 91، 93، 94، 95، 96، 99، 100، 101، 102، 109، 111، 117، 118، 126، 128، 129،
145، 155، 165، 177، 225، 319

الشهيد الثاني 37، 46، 55، 86، 96، 100، 109، 111، 145، 155، 158، 165، 175، 177، 205، 206، 225، 292، 294، 306،
307، 319، 330

الشهيد: العلامة 206

- ص -

صاحب جامع المقاصد 173، 247، 248

صاحب الجواهر 119-124

صاحب الدروس 214

صاحب الروضة البهية 214

صاحب الرياض 172، 293، 294، 254

صاحب الغنية 335، 339

ص: 389

صاحب الكفاية 307

صاحب كنز العرفان 37

«صاحب المبسوط (شيخ الطائفة الطوسي) 54، 62، 65، 66، 71، 78، 79، 86، 96، 112، 114، 141، 144، 145، 158، 178،
163، 167، 198، 212، 215، 254، 260، 261، 262، 268، 292، 303، 335، 343

صاحب المسالك 75

صاحب الوسيلة 189، 190

صاحب النهاية 75

الامام الصادق - ع - ابو عبد الله جعفر 9، 125، 143، 149، 166، 185، 189، 195، 200، 220، 250، 252، 258، 259، 261،
262، 266، 267، 270-277، 279-286، 290، 291، 300، 336، 337، 343، 346، 351

الصيمري 109

- ط -

الطباطبائي: السيد اليزدي 220

- ع -

العباس - ع - سيدنا 287

العميد: السيد 196

عمران: موسى بن عمران - ع - 51

الامام علي - ع - امير المؤمنين 86، 258، 342

عمار: إسحاق بن عمار 185، 186

عميد الدين 46

- ف -

الفخر، فخر الدين، فخر الاسلام 19، 33، 36، 37، 40، 41، 47، 96، 109، 196، 197، 243، 339، 342

- ق -

القاضي 51، 67، 297، 342

القمي: المحقق 305

قيس: محمد بن قيس 195

- ك -

الكاشاني: المحدث 350

الكاشاني: المحقق 351-353-355

كاشف الرموز 18، 19، 198

كاشف الغطاء: جعفر 141، 356-358، 362، 356

- م -

المجلسي: العلامة 193، 294

المحقق الاول 18، 19، 23، 55

ص: 390

342, 339, 260-262, 198, 173, 167, 109, 67-69

المحقق الثاني 26, 36, 36, 46, 86, 96, 100, 109, 172-174, 177, 196, 239, 306, 319, 340

مسلم: محمد بن مسلم 342, 343

المفيد 297

المقداد: الفاضل 46, 86

الممقاني: الشيخ 184, 220, 300

الامام موسى الكاظم - ع - ابو الحسن 51, 186

- ن -

النسائي 183

- ه -

الهندي: الفاضل 58

- ي -

يونس 11, 231

ص: 391

7 - الكتب

- 1 -

الارشاد 19، 41

الأشباه والنظائر 184

الايضاح 33، 52، 109، 110، 193، 235، 238، 239، 240، 242، 243، 246، 256، 327

- ت -

التبصرة 19

التحرير 19، 55، 177، 213، 215، 235، 239، 241، 263، 296، 239

التذكرة 7، 14، 29-31، 50، 51، 58، 98، 99، 172، 177، 181، 197، 214، 235، 238، 239، 242، 243، 249، 251، 252،

256، 319، 327، 334، 339، 341، 348، 350، 351

التفقيح 195، 196، 356

التهذيب 268، 274

- ج -

الجامع 45، 100، 306

جامع المقاصد 36، 47، 52، 66، 173، 181، 196، 216، 235، 247، 250، 251، 312، 320، 321، 227

- خ -

الخلاف 52-54، 65، 78، 79، 159، 260، 304

- د -

الدروس 177، 195، 196، 213، 225، 235، 256، 263، 333

- ر -

الروضة البهية 213، 263

الرياض 110، 154، 172، 293

- س -

السرائر 7، 52، 66، 141، 172، 182، 183، 191، 197، 215، 235، 241، 304، 327، 335، 340، 343

- ش -

الشرائع 55، 196؛ 260، 298، 339

شرح الارشاد 19، 41، 96

ص: 392

شرح القواعد 340

- ص -

الصحيح 268

- غ -

غاية المراد 53، 263

الغنية 7، 65، 66، 78، 215، 304، 333، 339، 341، 351

- ف -

فرائد الاصول: «الرسائل» 80، 211

- ق -

القاموس 39

القرآن الكريم 39، 42، 50

قرب الاسناد 344، 346

القواعد 87، 90، 91، 100، 102، 117، 118، 126، 141، 155، 172، 177، 196، 197، 240-242، 247، 312، 318، 329، 339

- ك -

الكافي 78

الكامل 51، 67، 71

كشف اللثام 58

الكفاية 214، 307، 333

كفاية الاصول 139

كنز العرفان 38، 333، 342

- ل -

اللمعة الدمشقية 20، 21، 85، 168، 171، 178، 199

- م -

الميسوط 54، 55، 62، 65، 66، 71، 86، 110-112، 114، 144، 156، 159، 177، 178، 182، 212، 215، 233، 254، 303،

304، 319، 335، 343

مجمع البرهان 24، 313

مجمع الفائدة 58، 172

المختلف 215

المسالك 19، 21، 37، 45، 66، 75، 100، 118، 145، 158، 167، 195، 196، 214، 225، 239، 250، 313، 316

مستدرک وسائل الشيعة 64، 159، 258

مفتاح الكرامة 41

ص: 393

المقاييس 358، 361

المهذب 51

الميسية 57

- ن -

النهاية 75، 109

نهاية الأحكام 45، 58

- و -

وسائل الشيعة 9، 51، 56، 64، 143، 149، 166، 181، 185، 189، 190، 195، 200، 231، 250، 252، 257، 263، 334،

342، 352

الوسيلة 52، 66

ص: 394

وقد انهينا بحمد الله تبارك وتعالى (الجزء السابع) من كتاب (المكاسب لشيخنا الانصاري) قدس الله سره، و طيب رسمه من بداية مقدمة في خصوص أفاظ البيع

الى نهاية تصرفات الصبي، حامدين الله عز وجل وشاكرين له على هذه النعمة العظمى.

و كان ذلك في يوم الخميس الحادي عشر من شوال 1396 في غرفة ادارة (جامعة النجف الدينية) العامرة حتى ظهور (الحجة البالغة) الذي تحيي البلاد به عجل الله تعالى فرجه الشريف بعد عناء كثير مقابلة و تعليقا و تصحيحا حسب الحاجة و اللزوم بقدر الوسع و الإمكان، و بعد سهر الليالي و الأيام، رغبة منا في إخراج هذا التراث الخالد: فقه (أئمة أهل البيت) صلوات الله و سلامه عليهم اجمعين، و شغفا بمواصلة الأجزاء و متابعتها واحدا بعد آخر إن شاء الله تعالى.

و كان الشروع فيه في اليوم الحادي عشر من جمادى الاولى 1396

وقد جاء بحمد الله تبارك و تعالى على طراز حسن جميل، و اسلوب رائع بديع.

و يتلوه إن شاء الله تعالى (الجزء الثامن) اوله: (مسألة: و من جملة شروط المتعاقدين قصدهما لمداول العقد).

وإني لأرى هذه الإفاضات كلها من بركات صاحب هذا (القبر المقدس العلوي) على من حل فيه آلاف التحية و الشناء.

فشكرا لك يا إلهي على هذه النعم الجسيمة، و الآلاء الجزيلة.

و نسألك اللهم و ندعوك التوفيق لإتمام بقية الأجزاء، و المشروعات الخيرية الدينية النافعة للامة الاسلامية جمعاء بلطفك السابق، و رحمتك الواسعة إنك ولي ذلك و القادر عليه.

عبدك السيد محمد كلانتر

في 1396/10/11

ص: 395

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

